

沖縄弁護士会司法法制委員会
「民法（債権関係）改正」に関する報告集

2011年（平成23年）1月

目 次

- 1 債權讓渡 3 頁
- 2 弁済・相殺 5 0 頁
- 3 時効 1 4 2 頁
- 4 詐害行為取消 1 4 9 頁
- 5 履行障害 1 5 8 頁

1 債權讓渡

指名債権譲渡法制についての仮提案

第1部 仮提案の内容

【債権の譲渡性】

【譲渡禁止特約の効力】

【代位訴訟】

【指名債権譲渡の対抗要件】

【指名債権譲渡の競合】

【指名債権譲渡における債務者の抗弁】 正案 副案

【指名債権譲渡により増加した履行の費用】

【債権の譲渡性】

- 1 債権は、これを譲り渡すことができる。
- 2 将来発生すべき債権は、譲渡の対象となる債権として識別することができるかぎり、譲り渡すことができる。
- 3 1、2にもかかわらず、債権の性質がこれを許さないときは、これを譲り渡すことはできない。

【譲渡禁止特約の効力】

- 1 債権者および債務者が特約により債権の譲渡を許さない旨を定めていた場合であっても、当該特約に反してなされた譲渡の効力は妨げられない。ただし、債務者は、特約につき、悪意または重過失のある譲受人に対しては、この特約をもって対抗することができる。
- 2 1ただし書にもかかわらず、債務者は、次に掲げる場合には、1の特約につき悪意重過失のある譲受人に対しても、1の特約を対抗することができない。
 - (1) 債務者が、譲渡人または譲受人に対し、当該譲渡を承諾したとき
 - (2) 【指名債権譲渡の対抗要件】の対抗要件が備えられている場合で、譲渡人について倒産手続の開始決定があったことを債務者が知ったとき
- 3 2(2)の場合においても、債務者は、譲渡人について倒産手続の開始決定がなされる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。ただし、譲渡人について倒産手続開始申立があったことを知った後に取得した債権による相殺をもって対抗することはできない。

- 4 1の特約のある債権が差し押さえられたときは、債務者は、差押債権者に対して1の特約をもって対抗することができない。

【代位訴訟】

債権者代位権の準用ないし同構造の手続を定め、譲渡禁止特約の付された債権の譲受人は、債務者が譲受人の悪意重過失を争ったときは（債務者が譲受人に対する弁済を拒んだときや譲受人が請求をしても弁済をしないで相当期間を経過したときは悪意重過失を争うものとみなすことができる。）、債務者に対し訴訟により、譲渡人に代位して、請求することができるとする制度を定めることとする。

【指名債権譲渡の対抗要件】

特定の者を債権者とする債権（以下「指名債権」という。）の譲渡は、譲渡人が債務者に確定日付ある証書によって通知をし、または債務者が確定日付のある証書によって承諾をしなければ、譲受人は、債務者その他の第三者に対抗することができない。

【譲渡の競合】

- 1 同一の指名債権について複数の譲渡がなされた場合において、ともに【指名債権譲渡の対抗要件】に定める対抗要件を備えているときは、通知が債務者に到達した時と承諾の時のいずれか先のが優先する。
- 2 同一の指名債権について、差押えと【指名債権譲渡の対抗要件】に定める対抗要件を備えた譲渡が競合したときは、差押送達時と1に定める時のいずれか先のが優先する。
- 3 1及び2の場合に、その先後を決することができないときは、譲受人または差押債権者は、譲り受けまたは差し押さえた指名債権の全額を債務者に請求することができる。

【指名債権譲渡における債務者の抗弁】 正案

- 1 指名債権が譲渡された場合においては、債務者は、【指名債権譲渡の対抗要件】に定める通知を受けるまでまたは承諾をするまでに、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。
- 2 債務者が、異議をとどめないで【指名債権譲渡の対抗要件】の承諾をしたときは、承諾時において譲渡人に対抗しうる事由を主張できた場合であっても、これをもって、善意であり、かつ過失がない譲受人に対抗することができない。この場合において、債務者が、その債務

を消滅させるために譲渡人に払い渡したものがあるときはこれを取り戻し、譲渡人に対して負担した債務があるときはこれを成立しないものとみなすことができる。

【指名債権譲渡における債務者の抗弁】 副案

指名債権が譲渡された場合においては、債務者は、【指名債権譲渡の対抗要件】に定める通知を受けるまでまたは承諾をするまでに、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。

(正案の1に同じ・正案の2を削除〔抗弁切断に関する規定をおかない。〕)

【指名債権譲渡により増加した履行の費用】

債務者は、債権の譲渡によって増加した履行の費用を債権の譲渡人または譲受人に対して請求することができる。

第2部 仮提案の説明

【債権の譲渡性】

- 1 債権は、これを譲り渡すことができる。
- 2 将来発生すべき債権についても、譲渡の対象となる債権として識別することができるかぎり、譲渡することができる。
- 3 1、2にもかかわらず、債権の性質がこれを許さないときは、譲渡をすることはできない。

第1 1について

1は、現民法466条1項を維持するものである。

第2 2について

- 1 将来発生すべき債権（以下「将来債権」という。）については、大審院裁判例において将来債権譲渡の譲渡性は認められていた。将来債権譲渡に関する最高裁判所裁判例も複数存在しており、今日、将来債権譲渡が可能であること自体に異論はないものと思われる。なお、最高裁判所が初めて将来債権譲渡の有効性について判断を示した最判昭和53年12月15日は、民集搭載判例に選定されていないが、将来債権譲渡の有効性自体は確たる判例法理であり、事例判決の一つにすぎないと評価されたものと考えられる。

○大審院昭和9年12月28日判決

「将来ノ債権ニ付テモ譲渡契約ハ有効ニ之ヲ為シ得ヘク此ノ場合ニハ後日債権カ譲渡人ニ付成立シタルトキ何等ノ行為ヲ要セスシテ譲受人ニ移転スルモノトス而シテ債権譲渡ノ通知ハ譲渡行為アリタル事実ノ通知ニシテ債権移転ノ法律上ノ効果ヲ通知スルモノニ非ス従テ将来ノ債権ニ付譲渡契約アリタル場合ニハ債権成立前ト雖譲渡人ハ有効ニ譲渡ノ通知ヲ為シ得ヘク此ノ通知カ確定日附アル証書ヲ以テ為サレタルトキハ之ニ依リテ譲受人ハ後日債権成立セハ其ノ債権ヲ取得シタルコトヲ債務者其ノ他ノ第三者ニ対抗シ得ヘキ法律上ノ地位ヲ有スルニ至ルモノトス」

○最高裁昭和53年12月15日第二小法廷判決

「現行医療保険制度のもとでは、診療担当者である医師の被上告人ら支払担当機関に対する診療報酬債権は毎月一定期日に一か月分づつ一括してその支払がされるものであり、その月々の支払額は、医師が通常の診療業務を継続している限り、一定額以上の安定したものであることが確実に期待されるものである。したがって右債権は、将来生じるものであっても、そ

れほど遠い将来のものでなければ、特段の事情のない限り、現在すでに債権発生の原因が確定し、その発生を確実に予測しうるものであるから、始期と終期を特定してその権利の範囲を確定することによって、これを有効に譲渡することができるというべきである。」

○最高裁平成11年1月29日第三小法廷判決

「将来発生すべき債権を目的とする債権譲渡契約の有効性については、次のように解すべきものとする。 (一) 債権譲渡契約にあつては、譲渡の目的とされる債権がその発生原因や譲渡に係る額等をもって特定される必要があることはいうまでもなく、将来の一定期間内に発生し、又は弁済期が到来すべき幾つかの債権を譲渡の目的とする場合には、適宜の方法により右期間の始期と終期を明確にするなどして譲渡の目的とされる債権が特定されるべきである。ところで、原判決は、将来発生すべき診療報酬債権を目的とする債権譲渡契約について、一定額以上が安定して発生することが確実に期待されるそれほど遠い将来のものではないものを目的とする限りにおいて有効とすべきものとしている。しかしながら、将来発生すべき債権を目的とする債権譲渡契約にあつては、契約当事者は、譲渡の目的とされる債権の発生の基礎を成す事情をしんしゃくし、右事情の下における債権発生の可能性の程度を考慮した上、右債権が見込みどおり発生しなかった場合に譲受人に生ずる不利益については譲渡人の契約上の責任の追及により清算することとして、契約を締結するものと見るべきであるから、右契約の締結時において右債権発生の可能性が低かったことは、右契約の効力を当然に左右するものではないと解するのが相当である。 (二) もっとも、契約締結時における譲渡人の資産状況、右当時における譲渡人の営業等の推移に関する見込み、契約内容、契約が締結された経緯等を総合的に考慮し、将来の一定期間内に発生すべき債権を目的とする債権譲渡契約について、右期間の長さ等の契約内容が譲渡人の営業活動等に対して社会通念に照らし相当とされる範囲を著しく逸脱する制限を加え、又は他の債権者に不当な不利益を与えるものであると見られるなどの特段の事情の認められる場合には、右契約は公序良俗に反するなどとして、その効力の全部又は一部が否定されることがあるものというべきである。」

○最高裁平成12年4月21日第二小法廷判決

「債権譲渡の予約にあつては、予約完結時において譲渡の目的となるべき債権を譲渡人が有する他の債権から識別することができる程度に特定されていれば足りる。そして、この理は、将来発生すべき債権が譲渡予約の目的とされている場合でも変わるものではない。」

「本件予約によって担保される債権の額は将来増減するものであるが、予

約完結の意思表示がされた時点で確定するものであるから、右債権の額が本件予約を締結した時点で確定していないからといって、本件予約の効力が左右されるものではない」

○最高裁平成13年11月22日第一小法廷判決

「甲が乙に対する金銭債務の担保として、発生原因となる取引の種類、発生期間等で特定される甲の丙に対する既に生じ、又は将来生ずべき債権を一括して乙に譲渡することとし、乙が丙に対し担保権実行として取立ての通知をするまでは、譲渡債権の取立てを甲に許諾し、甲が取り立てた金銭について乙への引渡しを要しないこととした甲、乙間の債権譲渡契約は、いわゆる集合債権を対象とした譲渡担保契約といわれるものの1つと解される。この場合は、既に生じ、又は将来生ずべき債権は、甲から乙に確定的に譲渡されており、ただ、甲、乙間において、乙に帰属した債権の一部について、甲に取立権限を付与し、取り立てた金銭の乙への引渡しを要しないとの合意が付加されているものと解すべきである。したがって、上記債権譲渡について第三者対抗要件を具備するためには、指名債権譲渡の対抗要件（民法467条2項）の方法によることができるのであり、その際に、丙に対し、甲に付与された取立権限の行使への協力を依頼したとしても、第三者対抗要件の効果を妨げるものではない。」

○最高裁平成19年2月15日第一小法廷判決

「将来発生すべき債権を目的とする債権譲渡契約は、譲渡の目的とされる債権が特定されている限り、原則として有効なものである（最高裁平成9年（オ）第219号同11年1月29日第三小法廷判決・民集53巻1号151頁参照）。また、将来発生すべき債権を目的とする譲渡担保契約が締結された場合には、債権譲渡の効果の発生を留保する特段の付款のない限り、譲渡担保の目的とされた債権は譲渡担保契約によって譲渡担保設定者から譲渡担保権者に確定的に譲渡されているのであり、この場合において、譲渡担保の目的とされた債権が将来発生したときには、譲渡担保権者は、譲渡担保設定者の特段の行為を要することなく当然に、当該債権を担保の目的で取得することができるものである。そして、前記の場合において、譲渡担保契約に係る債権の譲渡については、指名債権譲渡の対抗要件（民法467条2項）の方法により第三者に対する対抗要件を具備することができるのである（最高裁平成12年（受）第194号同13年11月22日第一小法廷判決・民集55巻6号1056頁参照）。以上のような将来発生すべき債権に係る譲渡担保権者の法的地位にかんがみれば、国税徴収法24条6項の解釈においては、国税の法定納期限等以前に、将来発生すべき債権を目的として、債権譲渡の効果の発生を留保する特段の付款のない

譲渡担保契約が締結され、その債権譲渡につき第三者に対する対抗要件が具備されていた場合には、譲渡担保の目的とされた債権が国税の法定納期限等の到来後に発生したとしても、当該債権は「国税の法定納期限等以前に譲渡担保財産となっている」ものに該当すると解するのが相当である。」

- 2 最高裁判所が初めて将来債権譲渡の有効性について判断を示した最判昭和53年12月15日は、「将来生じるものであっても、それほど遠い将来のものでなければ、特段の事情のない限り、現在すでに債権発生の原因が確定し、その発生を確実に予測しうるものであるから、始期と終期を特定してその権利の範囲を確定することによって、これを有効に譲渡することができる」と判示したが、将来債権譲渡の有効性が限定的に認められるかのようにとることのできる表現であり、将来債権譲渡の有効性要件が問題とされてきた。

最判平成11年1月29日は、「原判決は、将来発生すべき診療報酬債権を目的とする債権譲渡契約について、一定額以上が安定して発生することが確実に期待されるそれほど遠い将来のものではないものを目的とする限りにおいて有効とすべきものとしている。しかしながら、将来発生すべき債権を目的とする債権譲渡契約にあつては、契約当事者は、譲渡の目的とされる債権の発生を基礎を成す事情をしんしゃくし、右事情の下における債権発生の可能性の程度を考慮した上、右債権が見込みどおり発生しなかった場合に譲受人に生ずる不利益については譲渡人の契約上の責任の追及により清算することとして、契約を締結するものと見るべきであるから、右契約の締結時において右債権発生の可能性が低かったことは、右契約の効力を当然に左右するものではないと解するのが相当である。」と判示し、将来債権発生を蓋然性が有効要件でないことを明らかにした。最判平成19年2月15日は、「将来発生すべき債権を目的とする債権譲渡契約は、譲渡の目的とされる債権が特定されている限り、原則として有効なものである（最高裁平成9年（オ）第219号同11年1月29日第三小法廷判決・民集53巻1号151頁参照）」と判示し、債権発生の可能性の程度が将来債権譲渡の有効要件ではないことが明らかにされた。実務や学説もこれを支持しているものと思われる。

そこで、次に問題となるのが、特定性の程度の問題である。最判平成11年1月19日は「債権譲渡契約にあつては、譲渡の目的とされる債権がその発生原因や譲渡に係る額等をもって特定される必要があることはいうまでもなく、将来の一定期間内に発生し、又は弁済期が到来すべき幾つかの債権を譲渡の目的とする場合には、適宜の方法により右期間の始期と終期を明確にするなどして譲渡の目的とされる債権が特定されるべきであ

る。」としているが、同最判は自体は債務者が特定された事案に関するものであり、どの程度の特定性が要求されるのかという問題が残されていた。

最判平成12年4月21日は、「債権譲渡の予約にあつては、予約完結時において譲渡の目的となるべき債権を譲渡人が有する他の債権から識別することができる程度に特定されていれば足りる。そして、この理は、将来発生すべき債権が譲渡予約の目的とされている場合でも変わるものではない。」「本件予約によって担保される債権の額は将来増減するものであるが、予約完結の意思表示がされた時点で確定するものであるから、右債権の額が本件予約を締結した時点で確定していないからといって、本件予約の効力が左右されるものではない」と判示し、譲渡の目的となるべき債権が他の債権から識別可能であれば特定性があることを明らかにした。

そして、「動産及び債権の譲渡の対抗要件の民法の特例等に関する法律」（平成17年10月施行）によって、第三債務者不特定の将来債権譲渡についても登記が可能となった。対抗要件に関する特別法とはいえ、実体法の問題として、第三債務者が不特定であっても、他の要素によって債権が特定されれば良いことを前提とするものである。

以上より、将来債権の譲渡の有効性要件として、他の債権との識別可能性があれば足りるものといえる。

- 3 将来債権譲渡の限界として、次の二つの点が指摘されている。一つは、公序良俗との関係であり、最判平成11年1月29日は、「契約締結時における譲渡人の資産状況、右当時における譲渡人の営業等の推移に関する見込み、契約内容、契約が締結された経緯等を総合的に考慮し、将来の一定期間内に発生すべき債権を目的とする債権譲渡契約について、右期間の長さ等の契約内容が譲渡人の営業活動等に対して社会通念に照らし相当とされる範囲を著しく逸脱する制限を加え、又は他の債権者に不当な不利益を与えるものであると見られるなどの特段の事情の認められる場合には、右契約は公序良俗に反するなどとして、その効力の全部又は一部が否定されることがあるものというべきである。」と判示している。もう一つは、譲渡人の処分権ないし譲渡人の地位の変動との関係からの問題であり、例えば、「債権法改正の基本方針」（以下「基本方針」）の【3.1.4.02】〈2〉は「将来債権が譲渡された場合には、当該将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者に対しても、その譲渡の効力を対抗することができる。」との立法提案をしている。

この二つの点からの限界は、たしかに存するものと考えられる。

しかし、先ず、公序良俗との関係で、最判平成11年11月29日が示したように、過剰担保や偏頗行為といった面から無効になる場合がありう

ることは否定できないとしても、それを類型化して要件を具体的に設定しうるに足るような合意の形成は、現時点では未だないように思われる。債権譲渡については、真正売買という類型と債権譲渡担保という異質な類型があるものと考えられるし、さらにその中でも類型は細分化されるものであり、これらを民法という基本法典において統一的に規律することは、少なくとも現時点では不可能と言わざると得ないように思われる。また、過剰担保取得や偏頗行為という問題は、将来債権譲渡という取引行為に関してのみ生じるものではなく、民法の規律が及ぶ取引類型の中で、将来債権譲渡に関してのみ個別規定の議論をすることが、果たして妥当なことか否かという疑問も生じうる。公序良俗の観点からの将来債権譲渡の限界を民法において規定することは、困難であると考えられる。

譲渡人の処分権ないし地位の変動の点からの制限が存すること自体は、当然のことと思われるが、具体的類型毎の価値判断の一致をみるに至っていない。たとえば、法制審議会民法（債権関係）部会資料である「民法（債権関係）の改正に関する検討事項(4) 詳細版」の第1・5(2)において、「不動産の賃料債権の譲渡後に賃貸人が不動産を譲渡した場合における当該不動産から発生する賃料債権の帰属」、「売掛債権の譲渡後に事業譲渡等によって事業が譲渡された場合における同一事業から発生する売掛債権の帰属」、「将来債権を含む債権の譲渡後に倒産手続が開始された場合における管財人等の下で発生した債権」という例をあげて、見解の対立が示されている。すなわち、①「不動産の賃料債権の譲渡後に賃貸人が不動産を譲渡した場合における当該不動産から発生する賃料債権の帰属」については、「[A説] 賃料債権の譲受人は、将来債権譲渡の効力を新賃貸人に対抗でき、将来債権譲渡の対象となった賃料債権は、すべて賃料債権の譲受人に帰属するという考え方 [B説] 賃料債権の譲渡人（建物の譲渡人）である旧賃貸人が締結した賃貸借契約に基づき発生した賃料債権は、賃料債権の譲受人に帰属し、建物の譲受人である新賃貸人が新たに締結した賃貸借契約に基づき発生した賃料債権は、新賃貸人に帰属するという考え方 [C説] 賃料債権の譲受人は、将来債権譲渡の効力を新賃貸人に対抗できず、不動産の譲渡後に発生する賃料債権は、すべて新賃貸人に帰属するという考え方」が示され、②「売掛債権の譲渡後に事業譲渡等によって事業が譲渡された場合における同一事業から発生する売掛債権の帰属」については、「[D説] 債権の譲受人は、将来債権譲渡の効力を事業の譲受人に対抗することができ、将来債権譲渡の対象となった売掛債権は、すべて債権の譲受人に帰属するという考え方 [E説] 事業の譲受人が締結した個別契約から発生する債権については、基本契約と個別契約の結び付きが弱い場合には事業

の譲受人に帰属し、基本契約と個別契約の結び付きが強い場合には債権の譲受人に帰属するという考え方 [F説] 債権の譲受人は、将来債権譲渡の効力を事業の譲受人に対抗することができず、事業の譲渡後に発生する売掛債権は、すべて事業の譲受人に帰属するという考え方」が示され、③「将来債権を含む債権の譲渡後に倒産手続が開始された場合における管財人等の下で発生した債権の帰属」については、「[G説] 債権の譲受人は、将来債権譲渡の効力を管財人等に対抗することができ、将来債権譲渡の対象となった債権は、すべて債権の譲受人に帰属するという考え方 [H説] 将来債権譲渡の対象となった債権のうち、管財人等が締結した契約に基づき発生する債権については、譲渡人（管財人等）に帰属し、倒産手続開始前に譲渡人が締結した契約に基づき発生する債権については、債権の譲受人に帰属するという考え方 [I説] 債権の譲受人は、将来債権譲渡の効力を管財人等に対抗することができず、倒産手続開始後に発生する債権は、すべて倒産手続が開始された譲渡人（管財人等）に帰属するという考え方」が示されている。このような見解の対立は、一方では、立法による解決の要請を示すものとも言えるが、他方で、条文化についての合意形成の困難を示しているものとも言える。実務家の間においても、倒産管財人等の側からの意見と債権の流動化・証券化等に関与する立場からは、意見が異なることが予想される。基本方針【3.1.4.02】〈2〉「将来債権が譲渡された場合には、当該将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者に対しても、その譲渡の効力を対抗することができる。」との立法提案についても、「管財人等が基本方針【3.1.4.02】〈2〉の提案要旨に定義する「第三者」に該当するか、あるいは、譲渡人の契約上の地位を承継した者に当たるか否かという点の結論が、管財人等のもとで新たに締結された取引から発生する債権などについて、渡人の下で行われた将来債権譲渡の効力が及ぶか否かという論点の結論を形式的に導きだすようなアプローチは適切でない」「基本方針【3.1.4.02】〈2〉自体の必要性等については、当ワーキング・グループ内でも一部、懐疑的な見方を示す者も存した」（一般社団法人流動化・証券化協議会民法改正ワーキング・グループ「債権法改正に係る意見書【詳細版】（中間論点整理）」）との意見も存する。また、学者グループによる立法提案を見ても、「民法改正研究会「日本民法典財産法改正 国民・法曹・学会有志案」（仮案・〔平成21年10月25日国民シンポジウム提出案〕）」（以下「改正研究会案」）は、将来債権譲渡に関する規定はおらず、解釈に委ねられている（なお、2010年6月30日発行の池田真朗「債権譲渡と電子国際化」415頁には、「改正研究会案360条の本文『債権は、これを譲り渡すことができる。』は、平成21（2009）年10月25日のシンポジウム

での議論を受けて、将来債権譲渡の有効性を明示するため、『債権は、現存するものであれ将来発生するものであれ、これを譲り渡すことができる。』と改められている。』とされている。)。現時点においては、条文化についての合意形成を望める状況にはないものと思われる。

以上より、公序良俗の観点および譲渡人の処分権ないし地位の変動の面からの将来債権譲渡の限界については、これが存するとの認識に立ちながらも、現時点においては、立法による具体的規律になじむまでに議論は熟していないものと考え、解釈に委ねるものである。

第3 3については、現民法466条1項ただし書を維持するものである。

【譲渡禁止特約の効力】

- 1 債権者および債務者が特約により債権の譲渡を許さない旨を定めていた場合であっても、当該特約に反してなされた譲渡の効力は妨げられない。ただし、債務者は、特約につき、悪意または重過失のある譲受人に対しては、この特約をもって対抗することができる。
- 2 1ただし書にもかかわらず、債務者は、次に掲げる場合には、1の特約につき悪意重過失のある譲受人に対しても、1の特約を対抗することができない。
 - (1) 債務者が、譲渡人または譲受人に対し、当該譲渡を承諾したとき
 - (2) 第三者対抗要件が備えられている場合で、譲渡人について倒産手続の開始決定があったとき
- 3 2(2)の場合においても、債務者は、譲渡人について倒産手続の開始決定がある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。ただし、譲渡人について倒産手続開始申立があったことを知った後に取得した債権による相殺をもって対抗することはできない。

【代位訴訟】

債権者代位権の準用ないし同構造の手続を定め、譲渡禁止特約の付された債権の譲受人は、債務者が譲受人の悪意重過失を争ったときは（債務者が譲受人に対する弁済を拒んだときや譲受人が請求をしても弁済をしないで相当期間を経過したときは悪意重過失を争うものとみなすことができる。）、債務者に対し訴訟により、譲渡人に代位して、請求することができるとする制度を定めることとする。

第1 譲渡禁止特約の検討の視座

- 1 現民法の立法経緯

現民法466条2項は、「前項の規定は、当事者が反対の意思を表示した場合には、適用しない。ただし、その意思表示は、善意の第三者に対抗することができない。」と規定している。

この譲渡禁止特約の機能として、民法典制定当時考えられていたのは、債権が過酷な取立てをする取立屋などに譲渡されるのを防ぎ、弱い債務者を保護することにあった。

しかし、「起草者たちは、特約が実際に広く使われると考えていたわけではない。なぜなら、弱小債務者が特約をつけてくれと求めても債権者が応じないだろうし、強い債務者（資力のある債務者）は、債権者が誰であるかは問題ではないから、特約など問題としないであろうと予想されたからである。」（内田貴「民法Ⅲ（第3版）」211頁）とされている。

現民法制定前の法制度（明治9年7月6日太政官布告第99号）が、借主による証書の書換えを有効要件としたもので、譲渡当事者間の合意のみで自由に譲渡をできるという法制度ではなかったこと、いわゆる民法典論争において債権譲渡制度が槍玉に挙げられたこと等の特殊な時代背景のもとで立法されたものであって（立法の経緯の詳細については、米倉明「債権譲渡一禁止特約の第三者効」、池田真朗「債権譲渡法理の展開」326頁以下、前田達明監修「史料債権総則」397頁以下〔松岡久和〕）、現行法は妥協の結果であるといわれており、「自由な債権譲渡を認めるにあたっての抵抗に処するためのいわば過渡的な性格を持っているとの評価もあながち不当ではなからう。」（池田真朗「債権譲渡法理の展開」329頁）との評価もなされている。

2 譲渡禁止特約に関する比較法

国際的な趨勢は、「世界各国の近代民法は、等しく債権の譲渡性を認めており、譲渡禁止特約は、本来存在する指名債権の譲渡性を、当事者の合意によって例外的に奪うものである、という認識がまず共通の前提にあるとあってよい。この特約による譲渡制限の明定は、世界的に見ても、ドイツ民法399条などのわずかの例のみある少数の規定である。フランス民法、イタリア民法、スペイン民法などには存在せず、もちろんこれらにおいては、特約による譲渡禁止は対外的効力は持たない（当事者間でそのような特約をすること自体は禁じられていないが第三者には主張対抗できない。）趣旨と解される（わが国のボアソナード旧民法も譲渡禁止特約を置いていなかった。）。そればかりか、以下に述べるアメリカ合衆国のように、明文で譲渡禁止特約の無効を規定する国もある。すでに100年前の段階において、わが民法制定の際の法典調査会に提出された議案469条（現行466条）に付された参照条文は、オーストリア民法、ポルトガル民法、ス

イス債務法、モンテネグロ民法、ベルギー民法草案、ドイツ民法第1草案、その他プロシア、ザクセン民法のものであるが、そこで起草者も説明する通り、これらのほとんどが譲渡禁止特約の定めを置かない例として参照されているのであり、わずかにスイス債務法とドイツ民法（第2）草案だけが譲渡禁止の特約を許す規定として参照されているのである。」（池田真朗「債権譲渡法理の展開」309頁）とされている。

また、「債権流動化を視野に収めた近時の国際ルールにおいては、資金調達目的での譲渡に関して、一律に（ユニドロワ国際商事契約原則9.1.9(1)：内田貴「ユニドロワ国際商事契約原則2004-改訂版の解説(2)」NBL812号73頁[2005]）あるいは一定の債権の類型を限定列挙して（国連国際債権譲渡契約9.3条：草案の和訳として池田真朗ほか訳「UNCITRAL国際債権譲渡契約草案作業部会最終案試訳」法学研究[慶応義塾大学]74巻3号215頁[2001]）特約の対外効を否定する傾向が窺える。」（石田剛「譲渡禁止特約の現代的機能と展開」内田貴・大村敦志編『民法の争点』210頁）とされている。

3 債権を利用した資金調達取引と譲渡禁止特約

債権譲渡については、危機対応型の紛争処理手続から正常業務の中の資金調達取引とへと、取引社会の中で大きく位置づけを変えていると指摘されている。

平成19年の法人企業統計で、全企業ベースでは土地が約159兆円、売掛金（受取手形を含む）が約244兆円、資本金1億円未満の中小企業では、土地が約82兆円、売掛金（受取手形を含む）が約79兆円となっており、債権という資産を利用した資金調達の需要が高まっている。しかしながら、平成12年段階でアメリカ合衆国における売掛金債権の約13%が流動化していたのに対し、わが国のそれは平成11年段階で約1%にとどまっている（以上、池田真朗「債権譲渡の発展と特例法」20頁以下）。

そして、この債権を利用した資金調達について、譲渡禁止特約がその阻害要因となっていることが指摘されている（加藤雅信「新民法体系Ⅲ 債権総論」306頁等）。法制審議会民法（債権関係）部会は、譲渡禁止特約に関する実態調査を行っているが、「譲渡禁止特約によって、債権譲渡による資金調達に支障が生じているとお考えでしょうか。」という質問に対し、ABL協会の回答では、同協会会員23社の回答はすべて支障が生じたことを肯定している。また、流動化・証券化協議会の回答では、同協議会会員の7社の回答中、支障が生じたことを肯定するものが6社、否定するものが1社という内容となっている。

4 今日における譲渡禁止特約の機能

現民法立法当時の趣旨とは異なり、今日において、譲渡禁止特約を利用

するのは強い債務者であると言われている。

このような債務者が債権譲渡を禁止する理由として、「現在では、むしろ力関係において優位にある債務者によって、①譲渡に伴う事務の煩雑化の回避、②過誤払の危険の回避及び③相殺の期待の確保といった理由から用いられている」（「民法（債権関係）の改正に関する検討事項(4)詳細版」3頁）という3点が一般的に指摘されているが、これらは、主に金融機関の利益を図るものである（能見善久・加藤新太郎編「論点体系判例民法4債権総論」320頁〔野澤正充〕）。

また、譲渡禁止特約の現代的機能として、債権譲渡を用いた一括決済方式において、納入企業の売掛代金債権等が、受託機関（ファクタリング会社等）によって立替払されるため、納入企業の債権が二重譲渡されないようにするための需要があることが指摘されている（池田真朗「債権譲渡法理の展開」333頁以下）。

5 譲渡禁止特約に対する批判

譲渡禁止特約については、「そもそも立法時から、債権も財産であるから、自由に譲渡することが認められるべきであり、債務者は、債権者が誰であっても、期限通りに債務を履行すればよいだけであるから、債権が自由に譲渡されたとしても不利益はないとして、債権の譲渡性を制限すべきでないという考え方が有力に主張されていた。また、現在では、公共団体や金融機関のように比較的強い立場にある債務者が自らの利益を確保するために譲渡禁止特約を置くことが多く、立法時に想定されていたような場面で利用されているわけではないことへの批判があるほか、譲渡禁止特約を利用する前記①から③までの理由についても、譲渡禁止特約が利用されている場面に等しく当てはまるわけではなく、必ずしも合理的な必要性がないのに利用されている場合もあるとの批判もされている。さらに、前記のような譲渡禁止特約に違反する債権譲渡の効力に関する考え方については、譲渡禁止特約に違反する債権譲渡を譲渡当事者間においても無効とする必要はなく、その効力が強すぎるという批判もある。また、現在では、企業が資金調達のために、売掛債権等の担保化、債権の流動化等を行う際の手法として、債権譲渡の重要性が高まっているところ、譲渡禁止特約の存在が、このような資金調達目的で行われる債権譲渡取引の障害となっているという不都合も指摘されている。以上のような理論的・実務的な問題点を踏まえ、譲渡禁止特約に強い効力を認めている現行法の規定については、立法論として問題視する見解が数多く主張されており、譲渡禁止特約の効力を制限する方向で見直すべきであるという考え方が提示されている。」（「民法（債権関係）の改正に関する検討事項(4)詳細版」3頁）との指摘

がなされている。

第2 譲渡禁止特約の効力について

- 1 契約自由の原則よりしても、債権者と債務者間において、譲渡禁止の特約をすること自体は有効というべきである。
- 2 次に問題になるのは、この譲渡禁止特約の効力を、譲受人に主張できるとするのか、それとも、特約の効果は譲受人に及ばず、債権者（譲渡人）と債務者間の特約違反による損害賠償の問題にとどまるとすべきかである。

譲渡禁止特約の債務者に対する効力をおよそ否定することは、第1・4で述べたような今日の取引社会における譲渡禁止特約の機能を考えると、妥当ではなく、一定の主観的要件を充足する譲受人との関係では、譲渡禁止特約の効力の主張が認められるべきである。

なお、現民法466条2項を削除し、解釈の問題として、譲渡禁止特約の合意をした段階で譲受人がそれに関与していたような場合には、譲渡禁止特約を悪意の譲受人に対抗できるとする立法提案も存し、かかる見解は比較法的にも相応の根拠を有するものである。しかし、債権者（譲渡人）と債務者間の特約の効力を、債務者は一定の悪意の譲受人に主張することができるという結論が、明文上の根拠なくして当然に導かれるのかについては解釈が分かれる余地もないわけではないように思われる。そこで、かりに譲渡禁止特約の効力を一定の悪意の譲受人について対抗できるという結論をとる場合にも、譲渡禁止特約については、明文の規定をおくことが相当である。

- 3 譲渡禁止特約に違反した債権譲渡契約の効力について、債務者に対抗しえないとすることで足りるのか、それとも、譲渡当事者間においても移転の効果を否定すべきか問題となる。いわゆる債権的（相対的）効力か物権的（絶対的）効力といわれることが問題となる。

最高裁昭和52年3月17日第一小法廷判決は「譲渡禁止の特約のある指名債権をその譲受人が右特約の存在を知つて譲り受けた場合でも、その後、債務者が右債権の譲渡について承諾を与えたときは、右債権譲渡は譲渡の時にさかのぼつて有効となり、譲渡に際し債権者から債務者に対して確定日付のある譲渡通知がされている限り、債務者は、右承諾以後において債権を差し押え転付命令を受けた第三者に対しても、右債権譲渡が有効であることをもつて対抗することができるものと解するのが相当であり、右承諾に際し改めて確定日付のある証書をもつてする債権者からの譲渡通知又は債務者の承諾を要しないというべきである。」と判示し、最高裁平成9年6月5日第一小法廷判決は「譲渡禁止の特約のある指名債権について、譲受人が右特約の存在を知り、又は重大な過失により右特約の存在を知ら

ないでこれを譲り受けた場合でも、その後、債務者が右債権の譲渡について承諾を与えたときは、右債権譲渡は譲渡の時にさかのぼって有効となるが、民法一一六条の法意に照らし、第三者の権利を害することはできないと解するのが相当である（最高裁昭和四七年（オ）第一一一号同四八年七月一九日第一小法廷判決・民集二七卷七号八二三頁、最高裁昭和四八年（オ）第八二三号同五二年三月一七日第一小法廷判決・民集三一巻二号三〇八頁参照）。」と判示しているが、これは、物権的（絶対的）効力であることを前提としたものとされている。もっとも、最高裁平成21年3月27日第二小法廷判決は「民法は、原則として債権の譲渡性を認め（466条1項）、当事者が反対の意思を表示した場合にはこれを認めない旨定めている（同条2項本文）ところ、債権の譲渡性を否定する意思を表示した譲渡禁止の特約は、債務者の利益を保護するために付されるものと解される。そうすると、譲渡禁止の特約に反して債権を譲渡した債権者は、同特約の存在を理由に譲渡の無効を主張する独自の利益を有しないのであって、債務者に譲渡の無効を主張する意思があることが明らかであるなどの特段の事情がない限り、その無効を主張することは許されないと解するのが相当である。」と判示した。結論において、無効の効力は相対的なものとなっていると言っているものである。

譲渡禁止特約が、債務者の利益を保護するためのものであることよりすれば、債務者が人的抗弁として主張しえるものとすれば足り、譲渡当事者における債権譲渡の効力を否定するまでの必要性はない。譲渡禁止特約の効力については、債権的（相対的）効力にとどめることが相当である。

債権譲渡取引の保護という点からは、譲渡禁止特約の効力を債権的（相対的）なものであるとすることによって、物権的（絶対的）効力と解する場合と比して、債権譲渡取引の保護が高まることとなる。譲渡禁止特約の効力が問題となるのは、典型的には、譲渡人が経済的に破綻した場合であると考えられる。すなわち、担保目的の債権譲渡であるならば、譲渡人が破綻しない限り、譲渡当事者間において、譲渡人が回収して資金として利用することが許諾されている場合が多いものと思われる。また、真正売買においても、譲渡人が回収し、譲受人に回金するということが一般的なものと思われる。したがって、譲渡禁止特約の効力が問題となる典型的な場面は、譲渡人が経済的に破綻し、譲渡人の債権者が譲渡債権を差し押えたり、譲渡人について破産手続が開始された場合等ということになる。譲渡禁止特約の効力が物権的（絶対的）効力であり、かつ債務者以外の者が譲渡禁止特約の効力（債権譲渡の無効）を主張できるとするならば、債権の譲受人は、差押債権者や破産管財人に対して、債権の譲渡を受けたことを主張

できないこととなる。これに対し、債権的（相対的）効力とするならば、譲渡人の債権者の差押えに対しては第三者異議を主張できることとなり、また倒産財団にも帰属しないこととなる（なお、物権的効力と解しても、債務者以外の（独自の利益を有しない）者が譲渡禁止特約の効力を主張しえないとするならば、その効力は相対的なものであるということとなり、債権的か物権的かという問題設定は、従来ほどの大きな意味は存しないこととなる。）

この点、譲渡禁止特約の効力を債権的（相対的）効力とすることについては、倒産財団形成等の観点からの強い反対がある。たとえば、「大阪弁護士会「意見書—民法（債権法）改正について」（以下「大阪意見書」という。）は、「譲渡人に倒産手続が開始した場合において、譲渡禁止特約に反する債権譲渡の効力を物権的無効と解すれば（ただし、最判平成21年3月27日判タ1295号172頁が、譲渡人の管財人等を射程外とすることを前提とした場合）、倒産管財人等が当該債権を回収した場合における、当該債権の譲受人の倒産管財人等に対する請求権は、担保責任に係る請求権として、倒産手続開始前の原因に基づく破産債権、再生債権等と解される一方、本提案によれば、倒産管財人等が当該債権を回収した場合における、当該債権の譲受人の倒産管財人等に対する請求権は、不当利得返還請求権として、倒産手続後の原因に基づく財団債権・共益債権等と解されることになる。現行法下においては、譲渡人により譲渡禁止特約に反する債権譲渡がなされた債権についても、譲渡人の財産を構成するとの前提において倒産実務が現に運用されてきたところであり、当該運営が『倒産者の再生・更生』ないし『一般債権や労働債権への弁済原資の確保』に役立っているのも事実であって、当該実務を翻して、『譲渡禁止特約について悪意・重過失である譲受人』（善意・無重過失である譲受人は、そもそも譲渡禁止特約を対抗されないので、本提案の射程外である。）の保護をあえて強化する必要性の有無については、さらに慎重な検討を要するものと思料する。」（141頁）としている。

しかしながら、債権譲渡禁止特約の制度趣旨は、債務者の保護にあるものというべきであり、譲渡人倒産時における譲渡人の債権者保護ということは、譲渡禁止特約の制度趣旨ではないものというべきである。倒産時点において、債権の譲受人と譲渡人の債権者・倒産管財人との間の利害は、詐害行為取消権や倒産法上の否認権の制度の問題として検討されるべき筋合いのものである。「譲渡禁止特約違反の債権譲渡を無効とすることは、債務者の利益を考慮するという趣旨と異なるコンテキストで用いられることがある。適切にも、次のような指摘がこれを言い当てている。『債務者自身

が、特約した債権譲渡禁止特約を自衛のために援用するのではなく、譲受人と譲渡人の債権者との優劣争いに譲渡禁止特約が意味を持つてしまうのである。債権譲渡禁止特約による保護を受けるはずの債務者が、債権相当額を供託し、優先争いがどうなるかには関心がないことを表明していて、もはや関与しないということもある。そうした場合にまで、債権譲渡禁止特約によって譲受人への債権の移転が阻まれる（それによって譲渡人の債権者を利する結果となる）ことは特に理解しがたい。さらに、禁止に反して、本来なら無効であるはずの債権譲渡を後で追認し、その気になればこういう方法で、譲受人に優先権を与えてやるのが、債務者の随意の判断に委ねられていることになるが、その理由はなおさら理解しがたいものである。』（ケッツ〔潮見ほか訳〕『ヨーロッパ契約法Ⅰ』510頁）」（潮見佳男「債権総論Ⅱ（第3版）」606頁）との指摘もなされている。

さらに、大阪意見書自体が留保しているとおおり、最判平成21年3月27日は、「民法は、原則として債権の譲渡性を認め（466条1項）、当事者が反対の意思を表示した場合にはこれを認めない旨定めている（同条2項本文）ところ、債権の譲渡性を否定する意思を表示した譲渡禁止の特約は、債務者の利益を保護するために付されるものと解される。そうすると、譲渡禁止の特約に反して債権を譲渡した債権者は、同特約の存在を理由に譲渡の無効を主張する独自の利益を有しないのであって、債務者に譲渡の無効を主張する意思があることが明らかであるなどの特段の事情がない限り、その無効を主張することは許されないと解するのが相当である。」としているものであり、現行法の下においても、大阪意見書が指摘するような倒産実務は既に維持しえないものとなっているとも考えられる。

債務者の利益を保護しつつ、債権譲渡の安全を一定確保するという観点から、譲渡禁止特約自体は許容しながら、その効力を債権的（相対的）効力とするのが相当である。

第3 譲受人の主観的要件について

- 1 現民法466条2項は、「善意の第三者には対抗することができない」と規定しているが、最高裁昭和48年7月19日第一小法廷判決は「民法四六六条二項は債権の譲渡を禁止する特約は善意の第三者に対抗することができない旨規定し、その文言上は第三者の過失の有無を問わないかのようであるが、重大な過失は悪意と同様に取り扱うべきものであるから、譲渡禁止の特約の存在を知らずに債権を譲り受けた場合であつても、これにつき譲受人に重大な過失があるときは、悪意の譲受人と同様、譲渡によつてその債権を取得しえないものと解するのを相当とする。」と判示し、善意・無重過失を要求しているが、善意・無重過失を要件とするのが、相当であ

ると考えられる。

悪意やこれに準ずる重過失のある譲受人については、債務者の保護を優先すべきである。悪意ないし重過失の譲受人についても、譲渡禁止特約の効力を債権的（相対的）なものとするならば、譲渡当事者間の効力が否定されるものではなく、債権譲渡の利益が完全に否定されるわけではない。

他方、債権は譲渡性を有することが原則であり、債権の譲受人が、例外的な特約の存在を調査する義務を負うものとするべきではない。債権を利用した資金調達の需要、譲渡禁止特約についての国際的趨勢などよりしても、譲受人の無過失を要求することは相当ではない。債務者の保護という点からも、悪意やこれに準ずる重過失のある譲受人に対抗できるとすることで、足りるものである。過誤払の危険、事務の煩瑣という点で、保護の必要性が高いのは、日常的に大量の取引をしている銀行預金取引である。また、相殺の期待の保護という点でも、預金を引き当てとした銀行の貸付である。この点の保護がなければ、銀行預金取引のコストが高くなり、手数料の高騰や金利の低利化などの形で預金者に転嫁をせざるを得なくなろう。また、預金を引当てとした貸付についても、預金債権が譲渡されれば貸付債権と相殺ができないということになれば、貸付金の遅滞があれば直ちに期限の利益を喪失させて預金と相殺をすることにもなりかねない。したがって、預金債権については譲渡禁止特約の保護が高いと言えるが、逆に他の種類の債権について、預金債権と同程度に高度な譲渡禁止特約の必要性は認められない。そして、前掲最判昭和48年7月19日は、「銀行を債務者とする各種の預金債権については一般に譲渡禁止の特約が付されて預金証書等にその旨が記載されており、また預金の種類によつては、明示の特約がなくとも、その性質上黙示の特約があるものと解されていることは、ひろく知られているところであつて、このことは少なくとも銀行取引につき経験のある者にとつては周知の事柄に属するといふべきである。」と判示しているとおり、銀行預金債権に譲渡禁止特約が付されていることは公知の事実であり、悪意およびこれに準ずる重過失のある譲受人に対して譲渡禁止特約が対抗することができないとすれば、預金債権の譲受人にはほぼ定型的に譲渡禁止特約を対抗できることになり、銀行の保護をはかることは可能となる。

- 2 この譲受人の主観的要件について、譲渡の効力を主張する譲受人に自らの善意無重過失の主張立証責任を負わせるのか、それとも、譲渡の効力を否定する債務者に負わせるのかが、問題となるが、債権は譲渡性を有するのが原則であるから、例外的な譲渡禁止を主張する債務者側に、譲受人の悪意ないし重過失の立証責任を負わせるのが相当である。

このように解しても、前述のとおり、譲渡禁止の要請が高い銀行預金債権については譲渡禁止特約の存在は広く知られているものであり、銀行預金取引の安全を阻害することにはならないものと考えられる。

第4 債務者の承諾について

債権譲渡禁止特約の効力を、債権的（相対的）効力と構成する立場からは、債務者が承諾した場合に特約を対抗できないことは当然の帰結とも言えるが、確認の意味で規定するものである。

第5 譲渡人に倒産手続が開始された場合について

- 1 法制審議会民法（債権関係）部会の部会資料（「民法（債権関係）の改正に関する検討事項(4)」）において、「譲渡禁止特約の効力について、相対的効力案を採る立場からは、譲渡禁止特約の効力を譲受人に対抗することができない新たな事由として、譲渡人について倒産手続の開始決定があった場合には、債務者は、第三者対抗要件を具備した譲受人に対して譲渡禁止特約の効力を対抗することができないものとするべきである」という考え方が提示されているが、どのように考えるか。」という問題提起がなされている。
- 2 この問題について、基本方針の【3.1.4.03】では、「第三者対抗要件が備えられている場合で、譲渡人について倒産手続の開始決定があったとき」には、譲渡禁止特約を対抗できないとする立法提案がなされている。この提案の理由については、「ここでは、当該債権について、もはや債務者と譲受人の利益が対立している（譲渡禁止特約を援用したい債務者の利益と、特約にもかかわらず債権者としても地位を主張したい譲受人の利益が対立する）のではなく、倒産手続の中で複数の債権者が債権を奪い合う場面（倒産財団と譲受人との対立）となっている。このような状況においてまで、債務者の意思（譲渡禁止特約の主張）によって、債権譲受人の地位を危うくすることは相当でないと考えられる。そこで、この場合にはもはや債務者は譲渡禁止特約を対抗できず、譲受人が債務者との関係でも譲渡の効力を主張できるものとしている。」（民法（債権法）改正検討委員会編「詳解債権法改正の基本方針Ⅲ」285頁）とされている。

この基本方針の提案に対し、たとえば、大阪意見書は、①「本提案が、譲渡禁止特約自体の有効性を認め、それにより守られるべき債務者の利益の存在を肯定する立場を維持する以上、譲渡人の倒産手続開始という債務者にとっては何らの帰責性もない事象によって、当該債務者の譲渡禁止特約による利益（たとえば、事務手続の煩瑣を避ける、望ましくない債務者からの弁済請求を避ける等）が奪われる理由は、到底容易には理解できない。」（150頁）と批判した上で、②「仮に、『譲受人の倒産手続の開始決定により、債務者は譲渡禁止特約を譲受人に対抗できない』旨の規定を設け

るのであれば、併せて、『債務者は、譲渡人の倒産手続の開始決定時まで、譲渡人（または、譲渡人の倒産手続の開始決定時まで債務者に対抗できる譲受人であった者）に対して生じた事由をもって対抗できる』旨の規定を別途設けるべきである。」（151頁）としている。

①の点について、首肯することはできない。「事務手続の煩瑣」という点については、倒産手続という極めて限定された場面において、倒産手続の開始という客観的にも明確な要件のもとで、譲渡の効力を認めることが、大きな事務の支障を生じさせるものとは考えられない。煩瑣がないとは言えないであろうが、債権の譲渡性に対する例外を認め、債権取引を否定することに値する程の支障ということはできないであろう。望ましくない者の弁済請求という点については、そもそも今日、譲渡禁止特約制度の理由となりうるだけの合理性が肯定されていないものというべきである。

他方、②については、譲渡人に対して有していた抗弁を主張できなくなるとする合理的な理由はないものというべきであろう。また、譲渡人について、倒産手続開始決定がなされたときに相殺ができなくなるとするならば、経済的にひっ迫した取引先に対し、金融機関が返済を猶予しながら再建に協力することが困難となり、形式的に期限の利益喪失事由が生じれば、ただちに期限の利益を喪失させ、一括返済を要求し、貸付金と預金とを相殺することも懸念される。逆に言うならば、この抗弁主張、相殺の期待が保護されるのであれば、倒産手続開始が開始された場合に、譲渡の効力を認めることが合理的ということになる。もっとも、譲渡人に債権が帰属したまま倒産手続開始決定があった場合よりも債務者を有利に扱う理由はないものであるから、譲渡人について倒産手続開始の申し立てがあったことを知った後に取得した譲渡人に対する債権による相殺は認められないものとするべきである。

第6 デッドロック解消の制度について

譲渡禁止特約について、債権的（相対的）効力とすると、誰もが債務者に請求をできないというデッドロック状態が生じることとなる。

たとえば、譲渡人がその債権者から譲渡債権の差押えを受けた場合、譲受人は第三者異議の訴えを提起することができるものと解される。しかし、譲受人が第三者異議訴訟で勝訴をしても、譲受人に悪意ないし重過失がある場合には、譲受人の請求に対しては、債務者は譲渡禁止特約を対抗できることとなり、デッドロック状態が生じることとなる。

この例について、債権的（相対的）効力を提案している基本方針の解説には、「債権者代位権を行使することが考えられよう。」（民法（債権法）改正検討委員会編「詳解債権法改正の基本方針Ⅲ」288頁）とされている。

たしかに、債権者代位権の行使によるならば、債務者は譲渡人について主張しえた事由を主張できることとなるから、債務者の利益も尊重されることとなり、すぐれた解決であるように思われる。

もつとも、債権者代位権とすると、果たして被保全権利がなんであるのか等、疑問が生じないでもない。そこで、明文によって、債権者代位権によることができる旨を規定するか、または同構造の手続を定めることを提案するものである。

なお、譲渡人の債権者が譲渡債権を差し押さえた場合に限らず、譲渡人が任意に回収に協力しない場合には、債権者代位権（ないし類似）の手続きを認める必要があり、差押えの場合等への限定は不要である。

もつとも、債権者代位権の利用が、簡易に認められるならば、結局、譲渡禁止特約の意味はないに等しいこととなりかねない。そこで、その行使は訴えに限ることとしてユーザーアンフレンドリーなまでに重たい制度とし、いわば最後の手段、伝家の宝刀との位置づけとすることが相当である。

【指名債権譲渡の対抗要件】

特定の者を債権者とする債権（以下「指名債権」という。）の譲渡は、譲渡人が債務者に確定日付ある証書によって通知をし、または債務者が確定日付のある証書によって承諾をしなければ、譲受人は、債務者その他の第三者に対抗することができない。

第1 債務者への対抗要件

- 1 本提案は、債務者対抗要件たる通知、承諾について、現行法はなんらの方式も要求していないのに対し、債務者以外の第三者対抗要件と区別せず、確定日付ある証書によることを要求する点で、現民法と異なる提案をするものである。
- 2 現民法の債権譲渡法の沿革は、ボアソナード草案を通じて、フランス法を継受したものである。このボアソナード草案においては、債務者に対する関係においても、通知や承諾に確定日付を要求していたが、旧民法、現民法の立法過程において、債務者に対する対抗要件に方式を要しないものとされた。

法典調査会等での議論をみても、確定日付がどのような制度となるのも定まっていないため、多額な費用と多大な手間を要する困難な手続きであるとの認識が多く委員にあったように思われる（池田真朗「債権譲渡の研究（増補第2版）」31頁以下、前田達明監修「史料債権総則」414頁以下

〔松岡久和〕。しかし、確定日付のある証書による方法としては、通知に関しては内容証明郵便によることが一般的であるが、そのコストは、法典調査会等の多くの委員らが想定していたような複雑なものでは決していない。また、承諾についても、現行の実務では、「異議をとどめず承諾いたします。」といった文言の入った書面を作成し、これに確定日付を得ておくことが一般的に行われていると思われるが、公証人役場での確定日付の手数料は低額（一件700円）である。したがって、ボアソナード草案から現民法に至る修正には、必ずしも合理的なものではなかったと考えられる。

「わが民法は、後に述べるように、一定の場合には、確定日付ある証書による通知または承諾をもって対抗要件とする厳格な態度をとるが、その他の場合について全くの無方式とすることは、物権変動に関する意思主義と調子を合わせたものであろうが、債権という存在の不明瞭なものの譲渡に関する立法としては、いささかルーズに過ぎるように思われる・・・（中略）・・・債務者に対する対抗とは、要するに、債権者が変更したということ、債務者自身に対して主張することである。これに対し、債務者以外の第三者に対抗するとは、同一債権について二重に譲り受けた二人の者、譲り受けた者と差し押さえた者などのように、両立しない関係に立った者の間の優劣を決することである・・・（中略）・・・債権の譲渡では、一方は確定日付を要し、形式が異なるので、その間にいささかの混乱を免れないようである・・・（中略）・・・債務者と第三者とを区別する点は、果たして妥当なものか疑わしい。」（我妻榮「新訂債権総論（民法講義Ⅳ）」528頁以下）との指摘もなされている。

自己に関係のない理由で債権者の変動という影響を受ける債務者の立場という点からは、債務者に対する権利行使の要件として、できるだけ厳格な手続きを要求することが望ましいということになり、債務者に対する関係では、何らの方式を要しないとすることは、債務者の保護という点からは望ましいものではない。

この点、「動産及び債権譲渡の対抗要件に関する法律」に定める方式を個人にまで広げた上で、「譲渡人または譲受人が当該債権の債務者に対し、登記事項証明書を交付して通知をしなければ、債務者に対して権利行使をすることができない。」とするならば、最も厳格な手続を踏むことになる。また、債権譲渡契約を公正証書によることを要求した上で確定日付のある通知を権利行使要件とするとか、債務者の承諾を公正証書によることとすれば、やはり厳格な手続によって債務者保護を図ることとなる。

しかし、後述のとおり、債権譲渡登記への一元化については、IT環境等の社会的インフラ等の点より、少なくとも現時点において実現可能性が

担保されていないものと思われる。また、公正証書については公証人役場というインフラに欠けるものはないが、私書証書に確定日付を得る場合に比してコストがあまりにも高いものとなり、必ず公正証書によることは、債権譲渡取引の著しい阻害要因となりかねない

結局のところ、譲渡人と譲受人の契約による債権の帰属の変動の影響を受ける債務者の立場と譲渡のコストを衡量して、妥当な利害調整点を検討するほかはないが、通知等に確定日付を要求するのが相当であると考え。現行の実務においても、債権譲渡を行った場合には、第三者対抗要件を具備することが一般的であると考えられ、債務者権利行使要件を現行法より加重しても、実務に著しい変容、困難を強いるものではないと考えられる。

また、現民法について、「丙が甲からその乙に対する債権を譲り受け、普通の書面で通知した場合でも、丙が乙から弁済を受けまたはこれを免除し、その債権が消滅した後は、丁が二重に譲り受けて確定日附ある証書によって通知しても、丁はもはや丙の譲り受けを否認しその弁済を無効とすることはできない・・・(中略)・・・甲乙丁が共謀して、丁への第二の譲渡が丙への譲渡より前に行われたような証書を作成するだけでなく、進んで弁済もすでに行われたような証書を作成すれば、確定日附ある証書による必要はない」((我妻榮「新訂債権総論(民法講義Ⅳ)」548頁以下)との不都合が指摘されている点についても、債務者対抗要件についても確定日付ある証書を要求することにより、一定の対処がなされることとなる。

以上より、債務者対抗要件について、第三者対抗要件と区別せず、確定日付ある証書によることとしたものである。(なお、第三者対抗要件で後述することと同様、金銭債権譲渡の対抗要件を登記に一元化することが現時点では実現可能性が担保されていないとの認識を前提とする提案であり、債権譲渡登記が簡便かつ安価になされるようになれば、金銭債権譲渡については、動産債権譲渡特例法に定める方式に一元化することを積極的に検討すべきである。)

第2 債務者以外の第三者への対抗要件

- 1 現民法467条に定める第三者対抗要件を維持するものである。
- 2 現民法は、対抗要件制度を採用したものであるが、その制度趣旨について、最高裁昭和49年3月7日第一小法廷判決は、「民法四六七条一項が、債権譲渡につき、債務者の承諾と並んで債務者に対する譲渡の通知をもつて、債務者のみならず債務者以外の第三者に対する関係においても対抗要件としたのは、債権を譲り受けようとする第三者は、先ず債務者に対し債権の存否ないしはその帰属を確かめ、債務者は、当該債権が既に譲渡されていたとしても、譲渡の通知を受けないか又はその承諾をしていないかぎ

り、第三者に対し債権の帰属に変動のないことを表示するのが通常であり、第三者はかかる債務者の表示を信頼してその債権を譲り受けることがあるという事情の存することによるものである。このように、民法の規定する債権譲渡についての対抗要件制度は、当該債権の債務者の債権譲渡の有無についての認識を通じ、右債務者によつてそれが第三者に表示されうるものであることを根幹として成立しているものというべきである。そして、同条二項が、右通知又は承諾が第三者に対する対抗要件たり得るためには、確定日附ある証書をもつてすることを必要としている趣旨は、債務者が第三者に対し債権譲渡のないことを表示したため、第三者がこれに信頼してその債権を譲り受けたのちに譲渡人たる旧債権者が、債権を他に二重に譲渡し債務者と通謀して譲渡の通知又はその承諾のあつた日時を遡らしめる等作為して、右第三者の権利を害するに至ることを可及的に防止することにあるものと解すべきであるから、前示のような同条一項所定の債権譲渡についての対抗要件制度の構造になんらの変更を加えるものではないのである。右のような民法四六七条の対抗要件制度の構造に鑑みれば、債権が二重に譲渡された場合、譲受人相互の間の優劣は、通知又は承諾に付された確定日附の先後によつて定めるべきではなく、確定日附のある通知が債務者に到達した日時又は確定日附のある債務者の承諾の日の先後によつて決すべきであり、また、確定日附は通知又は承諾そのものにつき必要であると解すべきである。」と判示している。

債務者をいわば情報センターとして公示をするものであり、債務者にとっては、情報が集約されるという意味でその保護に資するという利点を有する制度である。

- 3 他方で、債務者を情報センターとする現行制度に対しては限界が指摘されている。例えば、基本方針の解説においては、「まず、債務者には、債権譲渡の有無等について照会があった場合に、これに回答する義務（さらには真実を回答すべき義務）が課されていないため、現民法467条の理念にもかかわらず、実際には、債務者がインフォメーション・センターとして機能することを期待できないという問題がある。債務者に真実回答義務を課したとしても、実効的なサンクションを設けることができないため、債務者をインフォメーション・センターとして機能させることは期待しにくい。次に、確定日付が十分に機能していないことがあげられる。すなわち、競合する譲渡の優劣を、一般の証拠方法によつて証明された債務者への到達時の前後で決定するのでは、現民法467条が確定日付を要求した意義が著しく減殺される。このことを債権の譲受人からみれば、同条の定める確定日付とは別に、通知の債務者への到達時を証明する手段を確保し

なければ、権利を確実に保全することが困難だということである。次に、特例法上の対抗要件制度について。同制度は、法人の金銭債権譲渡を支援するものとして、一定の評価を得ている。しかし、法人の金銭債権譲渡については、特定法上の対抗要件と民法上の対抗要件が競合する可能性がある。そのため、法人から、金銭債権を譲り受けようとする者は、債権譲渡登記を調査するだけでなく、インフォメーション・センターたる債務者にも債権譲渡の有無等を照会して真実の回答を得なければ、安全確実な取引をすることができないことになっており、債権譲渡登記制度による公示の意義が損なわれている。さらに、民法の対抗要件と特例法の対抗要件の競合が肯定されていることに伴い、特例法上の対抗要件（登記）をして自らは公示の時を固定したとしても、競合する譲受人が民法上の対抗要件を具備した場合には、一般の証拠方法によって第三者対抗要件が具備された時刻の先後をめぐる争いを避けることができない。また、実際に債権の多重譲渡がされた場合に、それぞれの譲渡について個別の対抗要件が具備されたときには、譲渡債権の債務者にとって、誰を債務者として弁済すべきかの判断が難しく、誤弁済のリスクも高まることになる。」（民法（債権法）改正検討委員会編「詳解債権法改正の基本方針Ⅲ」291頁）との批判がなされている。また、現行法の利点である債務者への情報の集中という点についても、逆にサイレント方式の譲渡の要請があることも指摘されている。

そして、現行法とまったく異なる対抗要件制度として、〈基本方針【3.1.4.04】（指名債権譲渡における債務者以外の第三者に対する対抗要件）〈1〉金銭債権の譲渡は、これについて債権譲渡の登記をしなければ、債務者以外の第三者に対抗することができない。〈2〉非金銭債権の譲渡は、その譲渡契約書に確定日付を得なければ、債務者以外の第三者に対抗することができない。〉との提案がなされ、金銭債権譲渡の対抗要件の登記一元化という立法提案の是非が議論されている。

- 4 債権譲渡登記に関するインフラ整備の実現可能性や対抗要件具備に要する手間、費用などを、さしあたって考慮の外におき、理念のみで考えるならば、現行制度にも相応の合理性があるとしても、相対的に、登記一元化に優位性が認められるものとする。〈なお、譲渡契約書の確定日付をもって第三者対抗要件とすることは、実務感覚として、受け入れられない。譲渡契約の内容については、譲渡人と譲受人間に秘密保持契約が締結されることが常態であり、譲渡契約の内容を開示する制度を立法することは、考え難いものと言うべきである。〉

しかしながら、現実の立法問題として、現行制度を改めて登記一元化をするというのであれば、郵便局で内容証明郵便を発することや、公証

人役場で私書証書に確定日付を得ることと、同程度の手間と費用で債権譲渡登記ができること等が前提となるものというべきである。

そして、現在債権譲渡に対応している法務局は全国で一か所であること、オンライン申請によるとしても、債権譲渡の登録免許税は内容証明郵便に比して遥かに高額であるうえ、司法書士等に依頼をすとなればその報酬も必要となり、現行の債権譲渡と比較にならない程度にまで費用が高額化することが懸念されること、かりに登録免許税が大幅な減額になるとしても、司法書士によらずにオンライン申請をするほどのIT環境が整備されているとは考えられないこと（単にテクノロジー的な整備の問題にとどまらず、いわゆる国民総背番号制の是非といった合意形成の困難な問題とも関係しうる。）等より、IT環境等のインフラ整備が進展した将来的な課題としてはともかく、現時点における立法提案として、登記一元化に賛成することはできない。

以上より、現時点における提案としては、現行法維持とするものである。

（金銭債権の債権譲渡登記への一元化の実現可能性が、現時点では担保されていないとの認識を前提とするものであり、かりにこの認識が誤ったものであり、債権譲渡登記が簡便かつ安価になされることが現時点で実現できるのであれば、債務者情報センターという現民法の構造を転換し、債権譲渡登記に一元化することを積極的に検討すべきである。）

【複数の債権譲渡の競合】

- 1 同一の指名債権について複数の譲渡がなされた場合において、ともに【指名債権譲渡の対抗要件】に定める対抗要件を備えているときは、通知が債務者に到達した時と承諾の時のいずれか先のが優先する。
- 2 同一の指名債権について、差押えと【指名債権譲渡の対抗要件】に定める対抗要件を備えた譲渡が競合したときは、差押送達時と1に定める時のいずれか先のが優先する。
- 3 1及び2の場合に、その先後を決することができないときは、譲受人または差押債権者は、譲り受けまたは差し押さえた指名債権の全額を債務者に請求することができる。この場合において、債務者は、譲渡または差押えの競合する部分について供託して債務を免れることができる。

複数の債権譲渡が競合した場合の優劣の基準について、判例上、以下のような判断が積み重ねられており、優劣の基準は、この判例ルールを明文化したものである。

記

○最高裁昭和49年3月7日第一小法廷判決

「債権が二重に譲渡された場合、譲受人相互の間の優劣は、通知又は承諾に付された確定日附の先後によつて定めるべきではなく、確定日附のある通知が債務者に到達した日時又は確定日附のある債務者の承諾の日の先後によつて決すべきであり、また、確定日附は通知又は承諾そのものにつき必要であると解すべきである。」

○最高裁昭和55年1月11日第三小法廷判決

「指名債権が二重に譲渡され、確定日付のある各譲渡通知が同時に第三債務者に到達したときは、各譲受人は、第三債務者に対しそれぞれの譲受債権についてその全額の弁済を請求することができ、譲受人の一人から弁済の請求を受けた第三債務者は、他の譲受人に対する弁済その他の債務消滅事由がない限り、単に同順位の譲受人が他に存在することを理由として弁済の責めを免れることはできないもの、と解するのが相当である。」

○最高裁平成5年3月30日第三小法廷判決

「滞納処分としての債権差押えの通知と確定日付のある右債権譲渡の通知の第三債務者への到達の先後関係が不明であるために、第三債務者が債権者を知ることができないことを原因として右債権額に相当する金員を供託した場合において、被差押債権額と譲受債権額との合計額が右供託金額を超過するときは、差押債権者と債権譲受人は、公平の原則に照らし、被差押債権額と譲受債権額に応じて供託金額を案分した額の供託金還付請求権をそれぞれ分割取得するものと解するのが相当である。」

【指名債権譲渡における債務者の抗弁】（正案）

- 1 指名債権が譲渡された場合においては、債務者は、**【指名債権譲渡の対抗要件】**に定める通知を受けるまでまたは承諾をするまでに、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。
- 2 債務者が、異議をとどめないで**【指名債権譲渡の対抗要件】**の承諾をしたときは、承諾時において譲渡人に対抗しうる事由を主張できた場合であっても、これをもって、善意であり、かつ過失がない譲受人に対抗することができない。この場合において、債務者が、その債務を消滅させるために譲渡人に払い渡したものがあるときはこれを取り戻し、譲渡人に対して負担した債務があるときはこれを成立しないものとみなすことができる。

第1 **【指名債権譲渡における債務者の抗弁】**の1について

- 1 1については、現民法（468条2項）を維持する趣旨である。

2 なお、債権譲渡と相殺の優劣に関しては、解釈に委ねる趣旨である。

これに関連する裁判例に、最高裁判所昭和50年12月8日第一小法廷判決が存し、同判決は、受働債権の弁済期が自働債権の弁済期よりも先であるが、債権譲渡時にはいずれの債権の弁済期も未到来であったという事案に関し、相殺を肯定したものである。第一小法廷において、3対2に判断が分かれている。団藤、岸上、岸裁判官が、相殺を肯定する結論を支持したが、理論については一致をみていない。岸上裁判官が無制限説の立場からの補足意見を付し、岸裁判官がこれに同調したが、団藤裁判官はこれに同調していない。他方、藤林裁判官が制限説の立場から反対意見を付し、下田裁判官がこれに同調している。このように、同最判は、結論だけを見ると無制限説からの帰結と同じであるが、無制限説の立場はあくまで補足意見として付されたものであって、法廷意見中には無制限説という考え方は示されていない。調査官解説は、「債権譲渡と相殺に関する事案であっても、本件と別異の事実関係の事件については、本件は先例としての意義を有するものではない。」とされている。同最判については、特殊な事案に関する事例判断との評価が一般的であると考えられ（潮見佳男「債権総論Ⅱ（第3版）」631頁、中田裕康「債権総論」390頁等）、債権譲渡と相殺に関して、最高裁判所による一般的法理は未だ示されていないものというべきである。

そして、学説においては、債権譲渡と相殺については、制限説が大勢であるとされている（潮見佳男「債権総論Ⅱ（第3版）」632頁、中田裕康「債権総論」390頁）。他方で、金融機関の企業法務担当者からは、「大審院・最高裁は、相殺の抗弁に関しては、債権譲渡と差押えを同列に論じてきたと考えられる。すなわち、大審院時代の相殺適状説ないし修正相殺適状説の判例は多くが債権譲渡に関するものであり、添付命令について民法468条を類推適用すべきとする立場であった。また、無制限説をとった昭和45年大法廷判決後の債権譲渡に関して無制限説を採ったのか争いの残る昭和50年判決も第一小法廷のものである。この流れで理解すると、債権法改正後の債権譲渡と相殺の抗弁に関する問題には、差押えの部分で述べたことがおおむね当てはまると考えられる。ただ、学説上は、昭和50年判決を、特殊な事例に関する限定的なものと解し、制限説を妥当とするものが多数説であるといわれている。ここで注意しておきたいのは、法定相殺における差押えと債権譲渡とでは共通の考えを採る（そういう意味では判例の流れと同様の）説が多数であって、差押債権者、転付債権者債権譲受人間で利害関係が異なり、債権譲受人は差押債権者よりも保護されるべきだとする見解は少数であるという点である。」（三上徹「相殺」金融法務事

情 1874 号 49 頁) との認識が示され、また、「銀行実務の立場から強調しておく必要があるのは、債権譲渡禁止特約の重要性である。相殺の抗弁権の制限の方向と債権譲渡禁止特約の重要性とはトレードオフ (反比例) の関係に立つ。とくに、改正試案・仮案が譲渡禁止特約の第三者効を全面的に否定するものとする、受動債権者と第三者の合意により突然一方的に現れ得る債権譲渡に対抗するためには、銀行取引においては無制限説による対抗は必要不可欠になろう。」(同 50 頁) との主張もなされている。

以上のとおり、判例の立場も未だ明確ではなく、譲渡禁止特約の制度設計如何によって解釈に影響を及ぼす可能性も否定しえないことから、現時点において立法的に一義的な解決をするのではなく、解釈に委ねるものである。

第 2 【指名債権譲渡における債務者の抗弁】の 2 について

1 前段について

(1) 異議をとどめない承諾による抗弁の切断に関する裁判例に、以下のようなものがある。

○大審院大正 5 年 8 月 18 日判決

「債務者カ異議ヲ留メスシテ債権譲渡ニ付キ承諾ヲ為シタルトキハ譲渡人ニ対抗スルコトヲ得ヘカリシ事由アルモ之ヲ以テ譲受人ニ対抗スルコトヲ得サルコトハ民法第四百六十八条第一項ノ規定スル所ニシテ其法意ハ債務者カ異議ヲ留メスシテ承諾ヲ為シタルトキハ譲渡人ニ対抗スルコトヲ得ヘカリシ事由アルモ其抗弁ヲ抛棄シタルモノト謂ハサルヲ得サルヲ以テ之ヲ譲受人ニ対抗スルコトヲ得サラシムルニ在リ故ニ譲受人ハ債務者ニ対シテ何等ノ抗弁ノ附着セサル債権ヲ取得スルモノトス而シテ債務者ノ為シタル右ノ承諾カ取消サレサル限りハ一般ニ其効力ヲ有スルヲ以テ第三者モ亦譲受人ノ取得シタル債権カ何等ノ抗弁ノ附着セサルモノナルコトヲ認容セサルヘカラサル筋合ナルノミナラス債務者カ債権譲渡ニ付キ承諾ヲ為シタルトキハ譲受人ハ安シテ其債権ヲ譲受クヘキヲ以テ若シ譲受人カ他日第三者ヨリ債務者ノ既ニ抛棄シタル抗弁ヲ対抗セラルトキハ不測ノ損害ヲ蒙ルニ至ルヘシ故ニ債務者カ異議ヲ留メスシテ債権譲渡ノ承諾ヲ為シタル場合ニ於テハ第三者ト雖モ其債務者ノ譲渡人ニ対抗スルコトヲ得ヘカリシ事由ヲ以テ譲受人ニ対抗スルコトヲ得サルモノト解スルヲ相当トス」

○大審院昭和 8 年 8 月 18 日判決

要旨「抵当附債権カ弁済ニ因リ消滅シタルニ拘ラス債権者カ抵当権消滅ノ登記ヲ為スコトナク抵当権ト共ニ該債権ヲ譲渡シ債務者異議ヲ留メスシテ之ヲ承諾シタル場合ニ於テハ債務者ハ譲受人ニ対シテ債権及抵当権

- ノ消滅ヲ對抗スルコトヲ得サルモノトス」
- 大審院昭和15年10月9日判決
要旨「主タル債務者カ異議ヲ留メスシテ指名債権ノ讓渡ヲ承諾シタリトスルモ之カ為メ連帯保証人ハ讓渡人ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシ事由ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ妨ケサルモノトス」
 - 最高裁判所昭和42年10月27日第二小法廷判決
「請負契約は、報酬の支払いと仕事の完成とが対価関係に立つ諾成、双務契約であつて、請負人の有する報酬請求権はその仕事完成引渡と同時履行の関係に立ち、かつ仕事完成義務の不履行を事由とする請負契約の解除により消滅するものであるから、右報酬請求権が第三者に讓渡され對抗要件をそなえた後に請負人の仕事完成義務不履行が生じこれに基づき請負契約が解除された場合においても、右債権讓渡前すでに反対給付義務が発生している以上、債権讓渡時すでに契約解除を生ずるに至るべき原因が存在していたものというべきである。従つて、このような場合には、債務者は、右債権讓渡について異議をとどめない承諾をすれば、右契約解除をもつて報酬請求権の讓受人に對抗することができないが、しかし、債務者が異議をとどめない承諾をしても、讓受人において右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つていた場合には債務者は、讓受人に契約解除をもつて對抗することができるものと解すべきである。けだし、民法四六八条一項本文が指名債権の讓渡につき債務者の異議をとどめない承諾に抗弁喪失の効果をみとめているのは、債権讓受人の利益を保護し一般債権取引の安全を保障するため法律が附与した法律上の効果と解すべきであつて、悪意の讓受人に対してはこのような保護を与えることを要しないというべきだからである。」
 - 最高裁判所平成4年11月6日第三小法廷判決
「本件抵当権は、被上告人がその被担保債権である本件貸付金債権を代位弁済したことによつて消滅したところ、上告人岩佐がその後に樋口から当該貸付金債権の讓渡を受け、債務者である上告人内川が異議を留めずに債権讓渡を承諾しても、これによつて上告人内川が上告人岩佐に対して本件貸付金債権の消滅を主張し得なくなるのは格別、抵当不動産の第三取得者である被上告人に対する関係において、その被担保債権の弁済によつて消滅した本件抵当権の効力が復活することはないと解するのが相当である。」
 - 最高裁判所平成9年11月11日第三小法廷判決
「賭博の勝ち負けによつて生じた債権が讓渡された場合においては、右債権の債務者が異議をとどめずに右債権讓渡を承諾したときであつても、

債務者に信義則に反する行為があるなどの特段の事情のない限り、債務者は、右債権の譲受人に対して右債権の発生に係る契約の公序良俗違反による無効を主張してその履行を拒むことができるというべきである。

けだし、賭博行為は公の秩序及び善良の風俗に反すること甚だしく、賭博債権が直接的にせよ間接的にせよ満足を受けることを禁止すべきことは法の強い要請であって、この要請は、債務者の異議なき承諾による抗弁喪失の制度の基礎にある債権譲受人の利益保護の要請を上回るものと解されるからである。」

- (2) 大判大正5年8月18日は「抗弁ヲ抛棄」とし、意思表示による抗弁権の放棄と構成していたが、最判昭和42年10月27日は「法律が附与した法律上の効果」としており、大判大正5年8月18日の理論を踏襲していない。

最判昭和42年10月27日は、「債権譲受人の利益を保護し一般債権取引の安全を保障するため法律が附与した法律上の効果」とし、公信という用語自体は用いていないが、公信力説に依拠したものの評価が多数と思われる。

「異議なき承諾に一種の公信力を与えたものである」（我妻榮「新訂債権総論（民法講義Ⅳ）」517頁）とするのが、我妻榮以降の伝統的通説である。

公信力という解釈については、結論として公信力説を支持する立場からも、「債権譲渡という事実の承認に公信力を認めることの根拠、換言すれば、果たして譲受人は異議を留めない承諾ゆえに抗弁がないものと理解するか、仮りにそうだとしてもそれをそのまま認めてよいか、についての疑問が生じる」（星野英一「民法概論Ⅲ（債権総論）」210頁）との疑問が示されていた。また、「公信力」という用語を用いて説明することについて、「公信の原則または権利外観法理の適用によって与えられる善意者保護の効果の原因が広く公信力と呼ばれている。だが、これは適当ではないように思われる。公信力の語は、権利存在の表象、例えば、占有・登記・証券などに与えられる権利取得のみに限定するほうが妥当であると思われる。このことは、ドイツ法学における物権的行為の無因性の理論と権利の表象の公信力による善意取得の理論との混線、また、手形理論における抗弁の切断の理論と証券上の権利の善意取得の理論との不明確性にあらわれている。異議を留めない承諾には、消極的に抗弁切断の効果を与えられるのみであって、承諾の公信力によって積極的に権利の善意取得がなされるものではない。ことに、債務承認説を否定するためには、抗弁切断の理論を明確にする必要があるものと思われる。」（於

保不二雄「債権総論（新版）」316頁）との指摘もなされている。

現民法の解釈として、その沿革についての詳細な研究に基づき、公信用力説を厳しく批判し、「異議を留めない承諾は、現行法においても、いわゆる（民法総則に定義される）意思表示そのものでないとしても、なんらかの意志的要素を持った行為として認識されて規定されてと思われる。さらに言うならば、それは四六八条の異議を留めない承諾に止まることではなくて、そもそも四六七条の『承諾』自体が、債務者が債権譲渡契約に主体的に関与する、意思的行為であるのである。結局、異議を留めない承諾に抗弁切断という強い効果を与えることを可能にするのは、その行為の外形ないしそれへの信頼にそれだけの効果を付与すべき価値があるからではなくて、そこに債務者の意思的要素があるからではないか。」（池田真朗「債権譲渡の研究（増補第2版）」414頁）、「権利の実現について債務者は不可欠の存在であり、債務者の態度は債権者にとって常に重大関心事であるから、債務者が自ら譲渡手続に関与したからには、その発言、態様は、譲渡人および譲受人に対して、契約当事者が取引上相手の信頼に対応すべく注意義務を負うのに準じた注意義務を負うものと解すべきではないだろうか。この意味において、事実反して異議を留めない承諾をした債務者は、自らのした行為に反して抗弁を持ち出すことは許されないことになり、そこから抗弁切断効が根拠付けられるのである。これは、あえて言うならば、承諾行為によって債権譲渡契約の準当事者とでもいふべき立場に立った債務者の、譲受人に対する一種の注意義務違反に基づく責任と理解して良いであろう・・・（中略）・・・四六八条一項は、その異議を留めない承諾という意思的要素を内在させた行為に一律に法定の効果を与えたものと見るべきである」（同417頁）との見解が主張された。近時においては、「異議なき承諾によって対抗できなくなる根拠をどのように解するかは。難しい問題であるが、債務者がしたところの先行行為（すなわち異議なき承諾）と矛盾する行為（異議を述べないでおきながら対抗を主張したこと）には効果を認めないという一般原則（強いて根拠を求めれば信義則に根拠を求めるほかないように思われる（池田・前掲書に負う。））に根拠を求める他ないであろう。このように四六八条一項は、債務者の行為に一種の失権効を認め、その反面として譲受人が保護される効果を持つことを定めたものと解さざるをえない」（平井宜雄「債権総論（第2版）」143頁）、「ここで問題となっているのは、『抗弁事由が存在しない』ことへの譲受人の信頼保護というよりも、むしろ、『異議をとどめずに承諾をした』という債務者の行為面を捉えて、その行為の結果を債務者に帰責しているものと見るべきである。

承諾行為に対する一種の無価値評価であり、譲受人の信頼保護は、そこからの二次的帰結である。この意味で、民法468条1項本文は、禁反言ないし矛盾行為禁止の原則が具体的規範命題として発現したものと言える（池田・債権譲渡の研究 413 頁以下〔民法468条1項本文の効果を、譲受人に対する一種の注意義務違反に基づく責任だと言う。〕、平井143 頁、淡路462 頁。古くは、現在の通説が確立する前に、鳩山361 頁で主張されていた考え方である。）。」（潮見佳男「債権総論Ⅱ（第3版）」642 頁）、「無留保承諾をした者が、後に至って譲渡人に対する抗弁を主張することは、禁反言となるので、定型的に抗弁喪失効が与えられたものと理解するのが適切であると考え。」（加藤雅信「新民法体系Ⅲ債権総論」316 頁）といった、禁反言説が有力化しており、多数説である公信力説が、確たる通説であるとは言えないように思われる。

また、「第1に、468条1項には、禁反言と同趣旨とする説が強調する債権譲渡の保護・取引安全の保護の趣旨（判例はこの点を強調する）と、二重法定効果説が強調する異議を留めない承諾をした債務者への帰責の両方の趣旨が含まれている、と解すべきである。後者の面は、最近の学説（平井143 頁、潮見467 頁）が指摘するように、矛盾行為の禁止（信義則の1つ）と呼ぶことができるであろう。第2に、異議を留めない承諾の性質は観念の表示と解してよい（467条の承諾は観念の表示と解されており、468条1項は前条の承諾と規定しているのだから、法文にも適するであろう）。ただし、468条1項は、異議を留めない承諾という観念の表示に抗弁喪失効が付与される、と説明されるのではなく、観念の表示ではあるが債務者にも異議を留めなかったという帰責性があるので抗弁喪失の効果が付与される、と説明されることになる。」

（淡路剛久「債権総論」462 頁）、「多くの学説が示された。大別すると、3種ある。抗弁切断の効果が生じるのは、①債務者が意思表示をしたからだというもの、②抗弁事由が存在しないという外観に対する譲受人の信頼を保護し取引の安全をはかるためだというもの、③債務者が異議をとどめない承諾という行為をした以上、それに反する主張を認めるべきでないからだというものである。判例（最判昭和42.10.27前掲）は、468条1項本文の抗弁喪失の効果は、『債権譲受人の利益を保護し一般取引の安全を保障するために法律が附与した法律上の効果』であるという。これは、②の見解だが、公信力という言葉は使っていない。現在、468条1項の趣旨として、譲受人の信頼保護を強調する②の立場と、債務者の行為を責める③の立場が有力だが、いずれにせよ法定の効果であり、②と③の両面があるというべきであろう（淡路462 頁）」（中田裕康「債

債権総論」508頁)、「債務者の異議をとどめない承諾も観念の通知であるが、468条1項前段は、それを信頼した善意の譲受人を保護し、かつ、そのような信頼を与えた債務者の抗弁の主張を信義則(禁反言—矛盾行為の禁止)によって制限する規定であると考えれば足りよう。」(野澤正充「債権総論」222頁)との解釈も示されている。

- (3) 仮提案は、異議をとどめない承諾という観念の通知に対して、抗弁切断という法定効果を認めるものである。

この趣旨は、債務者において「異議をとどめない承諾」という行為(抗弁の主張と相容れない行為)をしたことにより抗弁主張はなされないとの信頼を作出したことに債務者への不利益(抗弁切断)を正当化する根拠を見出すとともに、債務者と譲受人の利害調整の要件として、異議をとどめない承諾に対する信頼が保護されるためには、譲受人に一定の主観的要件を要求するものである。

債務者の主観的要件として、いかなる要件が要求されるのかは、理論的に一義的に求められるものではなく、利益衡量、価値判断の問題であるが、悪意若しくは過失のある譲受人については、要保護性を有しないとすものである。

- (4) 「承諾時において譲渡人に対抗しうる事由を主張できた場合」とするのは、承諾時において、抗弁事由を現実に主張することができたことを要求する趣旨であり、これは、現民法の下での最高裁判所の判断とは異なるものである。

前掲最判昭和42年10月27日は、請負契約の報酬請求権の譲渡について、「報酬請求権が第三者に譲渡され対抗要件をそなえた後に請負人の仕事完成義務不履行が生じこれに基づき請負契約が解除された場合においても、右債権譲渡前すでに反対給付義務が発生している以上、債権譲渡時すでに契約解除を生ずるに至るべき原因が存在していたものというべきである。従つて、このような場合には、債務者は、右債権譲渡について異議をとどめない承諾をすれば、右契約解除をもつて報酬請求権の譲受人に対抗することができない」とした上で、「債務者が異議をとどめない承諾をしても、譲受人において右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場合には債務者は、譲受人に契約解除をもつて対抗することができるものと解すべきである。」とした。

最判昭和42年10月27日の論理については、「承諾時には、債務不履行なる事実は存在していなかったのであるから、既にその時点において『譲渡人ニ対抗スルコトヲ得ベカリシ事由』が存在していたというのは困難である。」(林良平ほか(〔安永正昭補訂〕「債権総論(第3版)」508

頁〔高木多喜男〕、「双務契約上の債権では、同時履行の抗弁権や債務不履行による解除の可能性のあることは当然のことであり、これらの事由は四六八条一項の適用範囲外にある。いいかえれば、承諾時に債務者として主張することのできた抗弁事由だけが、異議を留めない承諾によって遮断されると解すべきことになる・・・(中略)・・・最高裁判決が、『右債権譲渡前すでに反対給付義務が発生している以上、債権譲渡時すでに契約解除を生ずるに至るべき原因が存在していたものというべきである。従つて、このような場合には、債務者は、右債権譲渡について異議をとどめない承諾をすれば、右契約解除をもつて報酬請求権の譲受人に対抗することができない』とするのは疑問である」(奥田昌道「債権総論(増補版)」446頁)、「奥田説のいうように、双務契約上の債権では、同時履行の抗弁権や債務不履行による解除の可能性のあることは当然のことであり、これらの事由は四六八条一項の適用範囲外にある、つまり、債務者はたとえ債権譲渡について異議を留めない承諾をしたとしても、常にこれを主張しうる、とすべきであろう。したがって、譲受人が未完成仕事部分に関する請負報酬債権であることを知っていたことをもつて譲受人を悪意とし、異議を留めない承諾をした債務者はその後になした契約の解除をもつて譲受人に対抗しうるとした前掲最判昭和四二年一〇月二七日民集二一卷八号二一六一頁は、譲受人が被譲債権が双務契約上の未履行給付についての報酬債権であることを知っていたから債務者の異議を留めない承諾の抗弁喪失効を享受できないのではなく、債務不履行を理由とする契約解除の抗弁は、譲受人の債権の性質についても善意悪意にかかわらず、譲渡通知後でも支障なく主張・対抗しうると構成するべきであると考える。」(池田真朗「債権譲渡の研究(増補第2版)」441頁)、「承諾時に債務者にとって主張することが期待できた抗弁事由だけが切断される一実際に債務者がその抗弁事由を承諾時まで主張していたかどうかは無関係一と考えるべきであろう(ほぼ同旨:奥田446頁)。その結果、たとえば、異議をとどめない承諾の後に契約解除原因となる反対給付義務の不履行が発生したような場合には、債務者は、異議をとどめない承諾をしたにもかかわらず、契約解除による債権の消滅を譲受人に対抗できるものと解するのが相当である」(潮見佳男「債権総論Ⅱ(第3版)」643頁)、「最高裁は、第468条1項が定める『譲渡人に対抗することができた事由』を、同条2項が定める『譲渡人に対して生じた事由』と同様に、抗弁事由発生基礎としている。しかし、民法が、同条において、『譲渡人に対抗することができた事由』と『譲渡人に対して生じた事由』と書き分けていることに注意すべきである。すなわち、『譲渡

人に対抗することができた事由』とは、異議なき承諾をした時点において、債務者が主張することができた事由に限られると解すべきである。同判決の事案に即していえば、異議なき承諾時には債務不履行は生じていなかったため、承諾時に『譲渡人に対抗することができた事由』が存在していたということはできない。したがって、債務者は、異議なき承諾時において存在していた債務不履行を原因とする解除の場合には、解除による債権の消滅を対抗できないが、異議なき承諾後に生じた債務不履行を原因とする解除の場合には、解除による債権の消滅を対抗できると解すべきである。」（角紀代恵「基本講義債権総論」105頁）といった批判がなされており、これらの批判を正当と考えるものである。

2 後段について

現民法468条1項後段を維持する趣旨である。

【指名債権譲渡における債務者の抗弁】副案

指名債権が譲渡された場合においては、債務者は、【指名債権譲渡の対抗要件】に定める通知を受けるまでまたは承諾をするまでに、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。

（正案の1に同じ・正案の2を削除〔抗弁切断に関する規定をおかない。〕）

第1 副案の提案の理由

1 正案は、債権譲渡の対抗要件として承諾が維持されることを前提に、現行実務を基本的に維持することを意図したものである。

異議を留めないで承諾という観念の表示をしたことで抗弁権切断という効果を認め、譲受人の保護を図るとともに、一定の主観的要件（少なくとも悪意）を充足する譲受人に対しては抗弁主張を可能にすることで、債務者と譲受人の一定の利害調整がはかられているとの認識に立ち、基本的にこの構造を維持するというものである。

2 しかし、観念の通知により抗弁権切断という効果を発生させることについては、「旧民法以来の規定でフランスの少数説によったもののようなのだが（フランスでは相殺だけができないとしている）、立法例としては珍しいもので、指名債権譲渡において異議を留めない承諾になぜこのような強い効果を認めたのかは、必ずしもはっきりしない・・・（中略）・・・債権譲渡という事実の承認に公信力を認めることの根拠、換言すれば、果たして譲受人は異議を留めない承諾ゆえに抗弁がないものと理解するか、仮りにそうだとした場合でもそれをそのまま認めてよいか、についての疑問が生じる」（星野英

一「民法概論Ⅲ（債権総論）」210頁）、「債務者の承諾（つまりその意味で観念通知でもよい承諾—勿論それは私見がいうように意思表示でもかまわないのであるが一）を異議を留めずにすることによって一切の抗弁を喪失させるといふ、わが民法四六八条一項の規定する法定効果は、国際的にも受け入れられるものではない。国際取引においては、このような場合には明らかな抗弁放棄の意思表示が必要となるのは当然であろう。」（池田真朗「債権譲渡の研究（増補第2版）」541頁）、「国際的には観念の表示で抗弁が切れるという規定は通用しにくく、異議を留めない承諾を467条の承諾と切り離して、債務承認や抗弁放棄の意思表示と明確に位置づけする改正をする方が適切であろう。」（池田真朗「新標準講義債権総論」144頁）との現民法468条1項本文に対する疑問提起や批判がなされてきた。

- 3 学者グループによる立法提案をみても、基本方針【3.1.4.08】（なお、対抗要件として承諾を廃止）と改正研究会案364条（なお、対抗要件として承諾を維持）は、いずれも抗弁権の放棄という構成をとり、観念の通知による抗弁権切断という構成は採用していない。

基本方針が異議をとどめない承諾を廃止したことについては、「債権譲渡の承諾しかも譲渡の事実についての了知という、観念表示で、譲渡人に対して有していた抗弁をすべて譲受人に主張できなくなるという現在の民法468条1項の規定は、およそ国際的には理解されないのではないかと考え、はっきりと抗弁（ないし抗弁事由）放棄の意思表示の規定に作り替えたほうがよいと言ってきたところであるので、異議を留めない承諾を廃止して抗弁放棄の意思表示の規定に置き換える委員会の処理に全面的に賛成である（抗弁放棄は置くまでもないあたり前の規定という批判もあるが、上記の国連国際債権譲渡条約（第19条）を含め、規定を置くのが一般的である）」（池田真朗「債権譲渡と電子国際化」414頁）との肯定的な評価もなされている。

もともと、基本方針が、放棄に書面を要求している点については、「抗弁の放棄について要式性を求める点・・・（中略）・・・さらに慎重な検討を要する・・・（中略）・・・他に要式性が求められる行為・求められない行為とのバランスの観点を含めて（たとえば、債権自体の免除については要式性が求められていない。）、抗弁の放棄について、例外なく要式性を求めるのが妥当か否かの観点から、さらに慎重な検討を要するものと思料する。」（「大阪意見書」154頁）、「債務者がその抗弁を放棄するのに、書面によらなければならないとするが、その理由が明らかでない。」（佐瀬正俊ほか編「民法（債権法）改正の要点」229頁〔渡邊咲子〕）との疑問も指摘されている。

- 4 副案は、観念の表示による抗弁権切断という制度に対する学理的批判を

受けて、468条1項前段を削除し、これに伴い、468条1項後段も削除したものである。

468条1項後段は、法定の効果であり、468条1項前段の定める法定効果で不利益を受ける債務者について、後段の法定効果による利益を認めることにより、バランスをとっているものである。468条1項前段を廃止するのであれば、後段を維持する理由はないものとする。

468条1項を削除すれば、あとは意思表示の抗弁権放棄の一般理論の問題となる。

第2 正案として採用しなかった理由

現民法の下では、承諾により対抗要件を備える場合には、「異議をとどめず承諾します。」といった文言の書式で行うことが通常と考えられる。

このような文言によって包括的な抗弁権の切断がなされることは、債務者にとって不利益なようにも思われるが、他方で、抗弁について悪意の譲受人については抗弁権切断の効果が認められないということで、債務者保護がはかられており、それなりにバランスがとれ、安定した実務となっているように思われる。もっとも、「異議をとどめず承諾します。」という文言を抗弁権放棄の意思表示と見る余地がないわけではなく、抗弁権放棄の一般理論により抗弁権切断という主張がなされることは現行法のもとでも生じうるが、そのような文言で包括的な抗弁権放棄が認められることは相当程度に例外的なものであらうと考えられる。

これに対し、「承諾」という観念の表示による抗弁切断が廃止されるならば、定型書面を放棄文言にするという実務の変更が起こることになるが、放棄を根拠とするのであれば、譲受人の主観にかかわらず放棄が認められ、かえって債務者の不利益になるのではないかとの懸念も生じる。

もっとも、改正研究会案364条2項前段は、「債務者が、承諾に際して、異議をとどめないことを明示したときは、善意の譲受人に対しては前項の対抗しうる事由の主張を放棄する旨の意思表示をしたものとみなす。」としており、悪意の譲受人に対しては抗弁主張を可能としている。しかし、放棄の意思表示がなされたか否かが、なぜ譲受人の主観によって左右されるのかという疑問が生じる。

現行実務の変更によって、かえって債務者の不利益となる事態が現実に生じるのではないかという懸念から、異議をとどめない承諾という観念の通知による抗弁切断を正案としたものである。つまり、理論的な批判よりも、現行実務の維持を優先したものである。

もっとも、正案に対しては、理論的には、現行法のもとでも、一般理論にしたがって意思表示による抗弁権放棄をなしうることは当然であり、譲

受人の主観を問わず抗弁権を放棄することは可能であるとの批判や、意思表示の有効性の問題として、債務者の保護を検討すれば良いとの反論も当然に予想されるものである。

【指名債権譲渡により増加した履行の費用】

債務者は、債権の譲渡によって増加した履行の費用を債権の譲渡人または譲受人に対して請求することができる。

基本方針【3.1.3.09】における提案をそのまま採用したものである。

債務者と関係のない事由により増加した費用であり、このような規定を設けることが公平である。

参考1 現民法条文

(債権の譲渡性)

第四百六十六条 債権は、譲り渡すことができる。ただし、その性質がこれを許さないときは、この限りでない。

2 前項の規定は、当事者が反対の意思を表示した場合には、適用しない。ただし、その意思表示は、善意の第三者に対抗することができない。

(指名債権の譲渡の対抗要件)

第四百六十七条 指名債権の譲渡は、譲渡人が債務者に通知をし、又は債務者が承諾をしなければ、債務者その他の第三者に対抗することができない。

2 前項の通知又は承諾は、確定日付のある証書によってしなければ、債務者以外の第三者に対抗することができない。

(指名債権の譲渡における債務者の抗弁)

第四百六十八条 債務者が異議をとどめないで前条の承諾をしたときは、譲渡人に対抗することができた事由があっても、これをもって譲受人に対抗することができない。この場合において、債務者がその債務を消滅させるために譲渡人に払い渡したものがあるときはこれを取り戻し、譲渡人に対して負担した債務があるときはこれを成立しないものとみなすことができる。

2 譲渡人が譲渡の通知をしたにとどまるときは、債務者は、その通知を受ける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。

参考2 民法（債権法）改正検討委員会
「債権法改正の基本方針」（別冊N B L126号）

【3.1.4.01】（債権の譲渡性）

債権は、譲り渡すことができる。ただし、その性質がこれを許さないときは、この限りではない。

【3.1.4.02】（将来債権の譲渡）

- 〈1〉 将来発生すべき債権（以下、将来債権という）についても、譲渡することができ、【3.1.4.04】に従って対抗要件を備えることができる旨の規定を置くこととする。
- 〈2〉 将来債権が譲渡された場合には、その後、当該将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者に対しても、その譲渡の効力を対抗することができる。

【3.1.4.03】（債権譲渡禁止特約の効力）

- 〈1〉 債権者および債務者が特約により債権の譲渡を許さない旨を定めていた場合であっても、当該特約に反してなされた譲渡の効力は妨げられない。ただし、債務者は、この特約をもって譲受人に対抗することができる。
- 〈2〉 〈1〉ただし書にかかわらず、債務者は、次に掲げる場合には、〈1〉の特約をもって譲受人に対抗することができない。
 - 〈ア〉 債務者が、譲渡人または譲受人に対し、当該譲渡を承認したとき
 - 〈イ〉 譲受人が、〈1〉の特約につき善意であり、かつ、重大な過失がないとき
 - 〈ウ〉 第三者対抗要件が備えられている場合で、譲渡人について倒産手続の開始決定があったとき
- 〈3〉 〈1〉の特約のある債権が差し押さえられたときは、債務者は、差押債権者に対して、〈1〉の特約を対抗することができない。

【3.1.4.04】（債権譲渡における債務者以外の第三者に対する対抗要件）

- 〈1〉 金銭債権の譲渡は、これについて債権譲渡の登記をしなければ、債務者以外の第三者に対抗することができない。
- 〈2〉 非金銭債権の譲渡は、その譲渡契約書に確定日付を得なければ、債務者以外の第三者に対抗することができない。

* 金銭債権譲渡の対抗要件を登記に一元化することが、そのコストや手続へのバリアのゆえに困難であると判断された場合には、当然に現行制度に戻る

のではなく、新たな制度についてさらに検討することが必要である。

【3.1.4.05】（債権譲渡における債務者に対する権利行使要件）

- 〈1〉 〈ア〉 金銭債権の譲渡人または譲受人が債権譲渡登記の登記事項証明書を交付して債務者に通知をしたときは、譲受人は、債務者に対して債権者であることを主張することができる。
- 〈イ〉 非金銭債権の譲渡人が確定日付ある譲渡契約書の写しを交付して債務者に通知をしたときは、譲受人は、債務者に対して債権者であることを主張することができる。
- 〈2〉 債権の譲受人は、〈1〉に定める要件を備えていない場合であっても、譲渡人が債務者に通知をしたときは、債務者に対して債権者であることを主張することができる。ただし、当該譲受人以外に対する譲渡について〈1〉の通知がされたときは、この限りでない。

【3.1.4.06】（譲渡債権の弁済）

- 〈1〉 債権の譲渡について、【3.1.4.05】〈1〉に定める通知も、〈2〉に定める通知もない場合には、債務者は、譲渡人を債権者として弁済をしなければならない。
- 〈2〉 債権の譲渡について、【3.1.4.05】〈1〉または〈2〉に定める通知が行われた場合には、債務者は、当該譲渡の譲受人に弁済をしなければならない。ただし、通知が競合した場合には、以下の各号の規律に従う。
 - 〈ア〉 【3.1.4.05】〈1〉に定める通知が競合した場合には、債務者は、登記または確定日付の先後にしたがって弁済をしなければならない。
 - 〈イ〉 【3.1.4.05】〈1〉に定める通知が競合した場合において、登記または確定日付の先後を決することができないときは、債務者は、いずれの譲受人に弁済することもできる。この場合において、債務者は、譲渡の競合する部分について供託して債務を免れることもできる。
 - 〈ウ〉 【3.1.4.05】〈1〉に定める通知と〈2〉に定める通知が競合した場合には、債務者は、〈1〉に定める通知を伴う譲渡の譲受人を債権者として弁済をしなければならない。
 - 〈エ〉 【3.1.4.05】〈2〉に定める通知が競合した場合には、債務者は、いずれの譲受人に弁済することもできる。この場合において、債務者は、譲渡の競合する部分について供託して債務を免れることもできる。

【3.1.4.07】（債権譲渡登記）

- 〈1〉 債権譲渡の登記は、基本的に動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法

の特例等に関する法律の規定に基づいて行うものとするが、自然人を譲渡人とする金銭債権の譲渡の登記を可能とするための措置を講ずるほか、多数の登記を申請する場合の事務負担の軽減を可能とするような方法その他実務上の要請に応える方法について検討するものとする。

〈2〉 債権の差押えは、登記を要しないことにする。

【3.1.4.08】（債権譲渡における債務者の抗弁）

〈1〉 債権が譲渡された場合においては、債務者は、譲受人が債務者に対する権利行使要件を備えた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。

〈2〉 債務者は、書面によらなければ、1の抗弁を放棄することができない。

〈3〉 債務者は、〈2〉の書面がない場合であっても、譲受人に対して弁済をすることによって、〈1〉の抗弁を放棄することができる。

〈4〉 債務者は、〈1〉の抗弁を放棄して譲受人に対し弁済その他の債務消滅行為をした場合において、その債務を消滅させるために譲渡人に払い渡したものがあるときはこれを取り戻し、譲渡人に対して負担した債務があるときはこれを成立しないものとみなすことができる。

【3.1.4.09】（債権譲渡により増加した履行の費用）

債務者は、債権の譲渡によって増加した履行の費用を債権の譲渡人または譲受人に対して請求することができる。

参考3 民法改正研究会

『日本民法典財産法改正 国民・法曹・学会有志案』（仮案・〔平成21年10月25日国民シンポジウム提出案〕）（法律時報増刊民法改正国民・法曹・学会有志案）

360条 債権の譲渡性

360条:債権は、これを譲り渡すことができる。ただし、その性質がこれを許さないときは、この限りではない。

361条 債権譲渡の債務者への対抗要件

361条①:特定の者を債権者とする債権（以下「指名債権」という。）の譲渡は、譲渡人が債務者に通知をし、又は債務者が承諾若しくは了知した旨の表示（以下「通知等」という。）をしなければ、債務者に対抗することはできない。

361条②:法人は、金銭債権たる指名債権を譲渡する場合において、動産及び債権譲渡の対抗要件に関する法律（平成十年法律第百四号）第四条（債権の譲渡の対抗要件の特例等）第二項に従い、譲渡人又は譲受人が当該債権の債務者に対し、登記事項証明書を交付して通知をしなければ、債務者に対抗することができない。ただし、前項の対抗要件を備えているときは、この限りでない。

362条 債権譲渡の第三者への対抗要件

362条①:指名債権の譲渡は、前条の通知等を確定日付のある証書によってしなければ、債務者以外の第三者に対抗することはできない。

362条②:法人は、動産および債権譲渡の対抗要件に関する法律に定める債権譲渡登記をしなければ、金銭債権たる指名債権の譲渡を債務者以外の第三者に対抗することができない。ただし、前項の対抗要件を備えているときは、この限りでない。

363条 複数譲受人等がある場合の法律関係

363条①:同一の指名債権について複数の譲渡がなされた場合において、ともに確定日付ある通知等又は登記があったときは、次の各号に定める時のいずれか先のが優先する。

一 通知にあつては通知が債務者に到達した時

二 承諾又は了知した旨の表示にあつては確定日付のある証書に表示された日付の時

三 登記にあつては登記がなされた時

363条②:譲渡された指名債権について差押えがあつたときも、前項第一号から第三号に定める時と差押送達時のいずれか先のものが優先する。

363条③:前項の場合において、優劣の判定できない複数の指名債権の譲受人又は差押債権者がいるときは、各譲受人又は差押債権者は、譲り受け又は差し押さえた指名債権の全額を債務者に請求することができる。この場合において、弁済を受けた者は、他の同順位の譲受人又は差押債権者からの按分額の請求を拒むことができない。

363条④:前項の場合において、債務者は、(新)第四百条(弁済供託)第一項第三号の過失なく債権者を覚知することができない場合に当たるとみなし、供託する供託することによって債務を免れることができる。

364条 債権の譲渡における債務者の抗弁

364条①:指名債権の譲渡がされたときは、債務者は、(新)第三百六十一条(債権譲渡の債務者への対抗要件)に基づく通知等を受けるまでに譲渡人に対して主張できた事由をもって譲受人に対抗することができる。

364条②:債務者が、承諾に際して、異議をとどめないことを明示したときは、善意の譲受人に対しては前項の対抗しうる事由の主張を放棄する旨の意思表示をしたものとみなす。この場合において、債務者がその債務を消滅させるために譲渡人に払い渡したものがあるときはこれを取り戻すことができ、譲渡人に対して負担した債務があるときはこれを成立しなかつたものとみなすことができる。

2 弁済・相殺

利害関係を有しない第三者による弁済について

第1 法制審議会民法（債権関係）部会における問題設定

法制審議会における部会資料「民法（債権関係）の改正に関する検討事項(5)」は、「利害関係を有しない第三者による弁済」を検討事項として挙げられている。検討事項において、以下のとおり述べられている。

「現行民法上、利害関係を有しない第三者による弁済が債務者の意思に反する場合には、当該弁済は無効となる（民法474条第2項）が、この規定については、その根拠の一つとされる債務者の意思の尊重が必ずしも不可欠なものではないことや、債務者の意思に反することを知らなかった債権者が不測の不利益を受けるおそれがあることなどの問題点が指摘されている。

そこで、利害関係を有しない第三者による弁済については、債務者の意思に反する場合にも有効とした上で、この場合における弁済者は債務者に対する求償権を取得しないこととすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。」

そして、補足説明において、以下のとおり述べられている。

「現行民法上、債務の弁済は、第三者もすることができる（民法第474条第1項本文）が、例外的に、①債務の性質上許されないとき、②当事者が反対の意思を表示したとき、③利害関係を有しない第三者が債務者の意思に反して弁済をするときは、第三者による弁済が認められないとされている（同条第1項ただし書、第2項）。

このうち、③の制限を設けた理由としては、他人の弁済によって恩義を受けることを欲しない債務者の意思を尊重することと、弁済をした第三者による過酷な求償権の行使から債務者を保護することが挙げられているが、前者の理由については、民法において貫徹されているわけではない（保証人に関する民法第462条第2項、免除に関する同法第519条など）という指摘がある。また、債権者は、債務者の意思に反することを知らずに第三者から弁済を受けてしまうことがあり得るが、この場合にも、債権者に対して給付物の返還という不利益を甘受させてまで、債務者を保護する必要があるか疑問であるとの指摘もされている。

このような指摘を踏まえ、利害関係を有しない第三者による債務者の意思に反する弁済については、これを有効とする方法で見直すべきであるという考え方が提示されている。この考え方によると、弁済をした第三者は、債務者に対して、債務者が現に利益を受けている限度において、求償することができることとなると考えられる（民法第702条第1項、同条第3項）が、過酷な求償権の行使からの債務者の保護については、利害関係を有しないの

に弁済をした者は求償権を取得しないとするにより凶ることを、併せて提案している。このような考え方について、どのように考えるか。

なお、この考え方を採った場合においても、利害関係を有しない第三者は、弁済に先立って債権者との間で保証契約を締結することにより、委託を受けない保証人の弁済として債務者に対する求償権を取得することが可能である。」

第2 現行民法の解釈

1 現行民法の解釈

上記のとおり、現行民法では、利害関係を有しない第三者が債務者の意思に反して弁済をするときは、第三者による弁済が認められておらず、その弁済は無効になる。

この点、第三者による弁済が、債務者の意思に反するものであることを、意思に反したと主張する側、すなわち弁済の有効を主張する側に主張立証責任があると考えられている（大判大正9年1月26日民録26輯19頁は、「民法第474条第2項ノ法意ハ利害關係ヲ有セサル第三者ノ為シタル弁済ト雖モ其効力ヲ生スルヲ原則トシ唯其弁済カ債務者ノ意思ニ反スル場合ニ限り之ヲ無効トスルノ異例ヲ認メタルモノト解スルヲ正当トス蓋シ債務ノ弁済ハ利害關係ナキ第三者カ為ス場合ト雖モ債務者自身ノ為シタルト同一ナル經濟上ノ利益ヲ与フヘク事ニ害ナキヲ以テ特ニ債務者ニ於テ之ヲ欲セサル意思ノ觀ルヘキモノアル場合ノ外之ヲ無効トスルノ理由ナケレハナリ本件上告人ハ第三者トシテ訴外債務者…等ノ為メ其債務ノ弁済ヲ為シタルニ拘ラス其弁済ヲ無効ナリトスル異例ヲ主張シ本訴ノ請求ヲ為スモノナレハ弁済カ債務者ノ意思ニ反シテ無効ナリトノ事ハ須ラク上告人ニ於テ立証スルヲ要ス」と判示する。）。そして、弁済をなした第三者が、債務の弁済に利害関係を有することは、利害関係を有すること主張する側、すなわち弁済の有効を主張する側に主張立証責任があると考えられている。

すなわち、債権者が債務者に対して履行を請求した場合に、債務者が第三者弁済により債務が消滅したことを抗弁として主張した場合に、かかる弁済が債務者の意思に反するものであることは、債権者の再抗弁となり、第三者が債務の弁済に利害関係を有することは、債務者の再々抗弁となる（大江忠「第3版要件事実民法(3)債権総論」第一法規、281頁）。

「債務者の意思に反して」とは、債務者が債権者または第三者に反対の意思を表示したことを要するのではなく、事実上債務者の意思に反することであり、諸般の事情から反対の意思が認定されればよいとするのが通説・判例である（大判大正6年10月18日民録23輯1662頁など）。

「弁済をすることができない」とは、債権者において第三者の弁済の提供に対しその受領を拒絶することができ、また債権者が受領しても弁済は無効である。債権者が受領すれば不当利得となり、弁済者は、債権者に対して不当利得の返還を請求できるのであって、債務者に対しては不当利得の返還を請求することができない。

2 学説の状況

利害関係を有しない第三者による弁済について、従前より学者から立法論として批判されていた。

例えば、内田貴教授は、「元来、この規定の立法趣旨は、『武士気質』による慣習（お節介はいらぬ）を採用したものといわれるが、第三者の弁済が債務者にとって損にならない場合に、債務者の意思次第で弁済が有効になったり無効になったりするのでは困るという批判がある。たとえば、普通の金銭債権を想定すると、債権者としては、債務者の意思に反するとは思わず弁済を受領したのに、あとで債務者が意思に反するといえれば弁済が無効となってしまう。そうすると、債権者としては弁済した第三者に不当利得として受け取った金銭を返還しなければならず、債権証書を渡してしまった場合には、これも返してもらわねばならず、面倒である。

起草者はまた、利害関係のない第三者からの弁済を制限する理由として、弁済した第三者が債権者以上に過酷な求償権の行使をする者であるような場合に、債務者が気の毒だということをも考慮している。しかし、債権者がそのような第三者に債権を譲渡すれば（譲渡には債務者の同意はいらぬ）同じことだし、また462条2項は第三者が債務者の意思に反して保証人になることを肯定しているから、保証人になって弁済すれば、やはり似たようなことになる（求償の範囲は多少異なる）。

このように、立法趣旨自体、必ずしも合理性がないので、利害関係のない第三者の範囲は、なるべく狭く解すべきだ（つまり債務者の同意なしに弁済できる人の範囲を広くすべきだ）とするのが学説の多数である。」としている（内田貴「民法Ⅲ（第3版）債権総論・担保物権」東京大学出版会、37頁）。

また、中田裕康教授は、「利害関係を有しない第三者は、債務者の意思に反して弁済することができない（474条2項）。給付行為をしても、弁済の効果は生じず、債権は存続する。この制限を設けた理由は、㊸他人の弁済によって恩義を受けることを欲しない債務者の感情の尊重（武士気質）と、㊹苛酷な求償権の行使からの債務者の保護である。

しかし、学者の多くは、この制限は合理的でないと批判する。第1に、上

記の理由は説得的でない。すなわち、②の思想は、民法において必ずしも貫徹されていないし（462条2項・519条参照）、③についても、債務者は当初の条件より法律上不利になることはなく、違法な取立ては刑法、行政法等で対応することができる。第2に、比較法的にも、このような立法例は少なく、第三者の弁済を広く認めるものが多い。第3に、本項は、実際上も不都合をもたらすことがある（債権者が債務者の意思に反することを知らずに弁済を受け、担保物や債権証書を弁済者に交付した場合も、弁済は無効だから、債権者は弁済前の状態に戻すようにしつつ、改めて債務者に請求する必要がある。）としている（中田裕康「債権総論」岩波書店、303頁）。

3 利害関係を有しない第三者とは

利害関係を有しない第三者とは、弁済をなすにつき法律上の直接の利害関係を有しない者であり、このような者は債務者の意思に反して弁済をすることができない。

具体的には、物上保証人、担保不動産の第三取得者、同一不動産の後順位抵当権者などは法律上の利害関係を有する第三者である。また、借地人が借地上に所有する建物の賃借人は、借地人の土地賃貸人に対する地代債務を弁済するについて法律上の利害関係を有する（最判昭和63年7月1日判時1287号63頁）。

これに対し、単に親子関係や友人関係にあるだけの者は、利害関係を有する第三者に含まれない（大判昭和14年10月13日民集18巻1165頁）。また、債務者会社の第二会社会的立場にあるからといって、それだけでは弁済につき法的利害関係を有する第三者とはいえないとした判例もある（最判昭和39年4月21日民集18巻4号565頁）。

判例は、「利害関係」をかなり厳格に解しているようであるが、学説は、上記のとおり第三者による弁済について立法論への批判が強いため、一方では「利害関係」をできるだけ広く解し、他方では債務者の「反対の意思」をできるだけ狭く解しようとしている。

第3 債権法改正の基本方針の提案内容

1 提案内容

民法（債権法）改正検討委員会における改正試案である「債権法改正の基本方針（以下、「基本方針」という。）」は、「利害関係を有しない第三者による弁済」について、以下のとおり提案している。

【3.1.3.02】（債務者以外の者による弁済）

- (1) 債務者以外の第三者は、弁済をすることができる。ただし、債務の性質がこれを許さないとき、または、両当事者がこれを許さない旨の合意をしたときは、この限りではない。
- (2) (1) ただし書に該当しない場合において、第三者が弁済したとき、第三者は債務者に対して、委任、事務管理、または、不当利得その他の規律に基づいて、求償権を取得する。
- (3) (2) にかかわらず、(1) ただし書に該当しない場合において、〔保証人、〕物上保証人、または、第三取得者などの弁済をするについて正当な利益を有する者以外のものが、債務者の意思に反して弁済をしたとき、第三者は債務者に対して求償権を取得しない。

2 現行民法との対比

上記基本方針の提案内容について、現行民法と対比してみるに、文言が分かりやすく修正されたことはさておき、おおまかには、以下の各点が相違点として挙げられる。

- ① 第三者が弁済したとき、一般法（委任、事務管理、不当利得等の規律）に基づき債務者に対して求償権を取得することが明記された。
- ② 「利害関係を有しない第三者」が「弁済をするについて正当な利益を有する者以外のもの」に改められた。
- ③ その者は、債務者の意思に反して弁済をすることができるが（弁済は有効）、債務者に対して求償権を取得しないこととした。

3 基本方針の提案理由

検討委員会による【3.1.3.02】の解説（民法（債権法）改正検討委員会編「詳解債権法改正の基本方針Ⅲ契約および債権一般(2)」商事実務、8頁以下）は、基本方針の提案の考え方について、以下のように解説している。

民法第474条第2項の趣旨は、債務者が、第三者に弁済により債務の消滅という利益を受けることを拒むことを認めるべきであるということと、弁済をした第三者は債務者に対して求償権を取得し、その行使が過酷になる可能性を想定し、債務者の利益を守るべきであるというように考えられている。

しかし、前者については、給付を保持することができるという債権者の利益を犠牲にしてまで実現すべきではないと考えられ、後者については、端的に弁済をした第三者には求償権を取得させないとする解決を採用すべきである。第三者は求償権を取得しないとしても、弁済についてなんらかの利益を有する場合が考えられ、他方で、第三者の弁済を認めることは債権者の便宜であり、したがって、そのような弁済には、債権消滅という弁済としての

効力を認めるべきである。

基本方針の提案においては、弁済による代位を、弁済をするについて正当な利益を有する者にのみ認めることにした。弁済による代位と求償とは、社会経済的には同一の利益を実現するために用意された制度であり、どの要件についての基本的な考え方は、共通のものとするのが望ましい。そのため、第三者弁済において求償権を取得しない場合を、弁済による代位の要件である「弁済をするについて正当な利益を有する者」以外のものが、債務者の意思に反してする弁済とした。

そして、第三者による弁済の効力と求償と弁済による代位の関係について、以下のとおり、まとめる。

要 件			効 果
債務の性質 または 当事者の意思表示	弁済者が弁済 について 正当な利 益 を	弁済が債務者 の意思に	
債務の性質が第三者弁済を許さない場合でなく、かつ、当事者が第三者弁済をすることができない旨の意思表示をしていない場合	有する	(反するかどうかを問わない)	①弁済は有効である、②(一般法に基づき求償権が生ずる場合には) 求償権は生ずる、③弁済による代位は生ずる
	有しない	反しない	①弁済は有効である、②(一般法に基づき求償権が生ずる場合には) 求償権は生ずる、③弁済による代位は生じない
		反する	①弁済は有効である、②求償権は生じない、③弁済による代位は生じない
債務の性質が第三者弁済を許さない場合	(有するかどうかを問わない)	(反するかどうかを問わない)	①弁済は無効である、②求償権は生じない、③弁済

当事者が第三者弁済を することができない旨 の意思表示をした場合	い)	い)	による代位は生じない)
--	----	----	-------------

第4 法制審議会（第8回）会議における議論状況

1 各委員からの発言

- 鹿野幹事 「(略) 先ほど御説明がありましたように債権者に生じ得る不利益ということを考えますと、債務者の意思に反する弁済であってもそれを弁済として有効とするということについては、一応賛成したいと思えます。しかし、その場合に求償権を否定するということは、私には分かりかねます。第三者が実質的に贈与の意思を持って弁済をするという場合であれば、求償権は否定してよいということになるろうかと思えますけれども、第三者が必ずしも贈与の意思を持っているとは限りません。また、法律上は正当な利害関係を有するとは言えなくても、事実上の利害関係を有するがために払いたいという第三者もいるのではないかと思うのです。そのときに、自分は求償しなくてもよいという意思で、つまり贈与のような意思で第三者弁済するとは限らないと思えます。それから、他の規律との整合性という観点からもこの点は疑問です。法律上の利害関係を有しない第三者による弁済は、実質的には事務管理ないし不当利得の問題に当たると思うのですけれども、それらの規律では本人の意思に反する場合であっても、現存利益において償還ないし返還の請求ができる可能性があります。また、第三者は主たる債務者の意思に反しても保証人になることができ、そして、保証人になった場合には主たる債務者の意思に反して弁済をすることができ、その場合も現存利益の限度では求償ができることになっていると思えます。このような制度を併せて見直すということであれば、その是非につき改めて検討しなければいけないと思えますけれども、もし、それらの規定はそのままでということであれば、それら規定との均衡ないし整合性ということからしても、ここで求償権を一切否定してしまうということはいかなるものかと疑問を感じます。」
- 松岡委員 「私も先ほど鹿野幹事が最初におっしゃったように、利害関係のない第三者の弁済の場合にも、事務管理や不当利得を根拠に、現行の解釈では多分求償権が認められると理解されていて、それとの関係がどう整合するのか問題です。デフォルトとしては求償権があるという方が、やはり筋が通っているのだらうと思えます。」
- 道垣内幹事 「この求償権を否定するという考え方というのは、結局、債権譲渡をどう考えるのかという問題と密接に結びついているわけであ

って、つまり、第三者弁済をすることによって、債務者に対して権利を持つ人が自動的に変わるわけですが、債権譲渡の場合にはそもそも譲渡禁止特約というのがありますし、さらには少なくとも債権者の意思が入った形で譲渡がなされるというのに対して、利害関係を有しない第三者による弁済で、とりわけ債務者の意思に反するという場合には、強制的な債権譲渡という効果を生ぜしめるのがいいのかという問題がたぶんあるのだろうと思います。だから、私は鹿野さんと逆の話で、というは、贈与の意思があるから求償権が発生しないのかという話ではなくて、やはり求償権が発生するには何らかの別個の根拠が必要で、そうしないとやはり債権譲渡法制との関係での齟齬が生じるのではないかという気がします。これが第1点です。

第2点といたしまして、事務管理や不当利得との関係というは重要な話なのですが、事務管理や不当利得の効果として発生するということが、ここでその求償権を否定することによって、当然に否定されるのかどうかというのには分らないと思います。しかしながら、事務管理には事務管理の要件があって、それで認められるわけであって、それというのはある種、強制的に自分の知らぬところで費用が支出されて、費用の償還ないしは、有益費の償還というのを、義務というのを負わされることが、強制的に生じてしまうというのを一定程度認めているわけですが、その価値判断が、その事務管理法制の検討によってなされるときに、その範囲においては、事務管理としての有益費償還請求権はあるとすることは、別に矛盾ではないような気がいたします。もちろん、個人的にはこっち側で否定したら、事務管理も否定した方が筋はいいような気がしますけれども、事務管理で認められるから、ここで求償権を規定しておかなければならないという論理にはならないのではないかという気がいたします。」

- 岡田委員 「大変レベルが低くなるかもしれませんが、私は利害関係がない第三者が債務者の意思に反して弁済をするという、やはり貸金のことを考えてしまいます。突然、関係のない人間が途中から入ってきてお金を払っちゃったという、その後の求償というのが過酷にならないという保証がないので、その意味では、求償できないとやって頂かないと、困ります。」
- 鹿野幹事 「先ほど道垣内寛幹事をご指摘になったように、私も債権譲渡におけるルールを潜脱するような形で第三者弁済が機能することになるかもしれないという心配があって、求償権を否定するという御提案がされたのだろうとも思いました。しかし、債権譲渡については、債権譲渡一般ができないということではなく、むしろ債権は債権者の意思により自由

に譲渡ができるのが原則で、例外的に譲渡禁止特約がついている場合になされた譲渡の効力がどうなるのかという話になるわけです。ですから、債権譲渡と整合性ということを考えるのであれば、譲渡禁止特約が付いているような債権について第三者弁済の取扱いをどうするのか、という形での問題を立てることは考えられるかもしれませんが、第三者弁済が行われ、それが債務者の意思に反していると主張された場合に、弁済自体は有効で債務者がそれにより利益を受けているにもかかわらず、およそ求償権が否定されるということには、直ちにつながらないのではないかと思います。

それから、もう一つ、求償権をここで否定して、場合によっては不当利得あるいは事務管理の一般規定で請求し得る可能性があるというような御示唆もありましたが、その点も疑問です。求償権についてここで規定を置かないということであれば、一般法理に委ねるということに結びつくと思うのですけれども、仮にここで明示的に求償権を否定するという条文を設けた場合には、その意味は、不当利得や事務管理による請求もできないとしてその適用を排除する趣旨と解されるでしょうし、もしその趣旨でないとしたら、わざわざここに求償権否定の規定を置く必要はないと思うのですが、いかがでしょうか。」

- 松本委員 「道垣内幹事のご指摘から少し考えたんですが、この議論をするときに、債権譲渡とか保証であれば、債務者の意思に反してでも事実上、同じことができるのではないか。そうであれば、第三者弁済についてもそのようにした方がいいという流れがあるわけですが、他方で、債権譲渡であれば、債権者と第三者との間で譲渡の合意があるわけです。債権者として、それでいいと言っている。それから、債務者の意に反して保証人になって弁済をするというの、保証契約だから、基本的には債権者と第三者との間でまず合意があって弁済が行われている。つまり、債権者の意思に反していないということが少なくとも大前提にあるわけですが、ここで第三者弁済については、弁済なんだから、債権者の意思に反していようが、反していまいが、債務を履行するのは当然であって、言わば第三者も債務を履行する権利があるというような感じになってきます。債権者の側から見れば、債権者の意思的関与も債務者の意思的関与もいずれもないにもかかわらず、第三者が弁済を提供しているのに受領しないと、受領遅滞だという話にもなってくるのではないかという気がするんです。(略)」
- 松本委員 「債権者が第三者からの弁済を債務の弁済として受領するならば、債権者の意思的関与を認めることができますが、受領を拒絶すると受領遅滞となるのだとすれば、債権者の意思的関与なしに、受領しないと不利益を受ける状態に追い込まれることとなります。つまり、債権譲渡や

保証と同じかという点、第三者による弁済では、第三者の意思だけで債権が強制譲渡されることになるのではないかという道垣内幹事の意見にそこにつながりながら、その点が重要ではないかということをお願いいたします。」

- 山本（敬）幹事 「(略)。この利害関係を有しない第三者による弁済について、債務者の意思に反した場合にも有効として上で、この場合における弁済は債務者に対する求償権を取得しないこととすべきであるという考え方は、詳細版の4ページを見ますと、先ほども少し出ていましたように、「過酷な求償権の行使からの債務者の保護については、利害関係を有しないのに弁済をした者は求償権を取得しないとすることにより図る」という考慮に基づくものだとされています。しかし、同じ詳細版の4ページでは、それに続けて、「この考え方を採った場合においても、利害関係を有しない第三者は、弁済に先立って債権者との間で保証契約を締結することにより、委託を受けない保証人の弁済として債務者に対する求償権を取得することが可能である」としています。

私が少し気になりますのは、もともと「利害関係を有しない第三者」が「債務者の意思に反」して直ちに弁済したときと、債務者の委託もなしに保証契約を締結してから弁済することとの間に、どうしてこのような違いがあるのかということですが、どちらも債務者の意思に反して弁済に相当する行為が行われているのに、一方では、弁済者は債務者に対する求償権を取得できないが、他方では取得できるとする。この区別を説明する理由は、どう説明すればよろしいのでしょうか。

仮に区別する理由がないとしますと、ここで、利害関係を有しない第三者が債務者の意思に反して弁済した場合に、債務者に対して求償権を取得しないというルールを採用すれば、委託を受けない保証人に関するルールも見直す必要が出てくる可能性もありますが、もしそうする必要はないという理由があれば、それを教えていただければ参考になるのですが、いかがでしょうか。」

- 沖野幹事 そのお答えになるかどうか分かりませんが、むしろ、私は逆に考えております。保証や債権譲渡で債権者の積極的な関与があるならばできることが、同様になぜできないのかという観点で見ると、それともむしろそれらがあるので、やるとしたらそちらでやるべきだと。したがって第三者弁済で、債権債務関係の債権者・債務者いずれの当事者も積極的なイニシアチブを取らない中で、利害関係のない者によるこのような形の関与を認める必要はないという、そういう考え方もあると思っております。では、なぜ、そちらの方がむしろよいのかということなのですかけれども、

事象としては、

保証等債権者の同意を得て行うというのは、松本委員の提起された問題がありますけれども、

債権者の弁済受領は債権者が消極的に関与し、あるいは同意していると見うるので、実質、

同じではないかという指摘は確かにあると思います。しかし、債務者の意思に反する場合にも債権者の利益への配慮から第三者を通じた実現の確保の制度を用意するとして、その法律関係ということを考えますと、保証ですとか、債権譲渡については、実質的に債権者の交替をもたらすということを含め、その後、それぞれの関係がどうなるのかについて明確な規律があり、しかも、その入口のところで債権者との間の契約という形で債権者の関与があるというものです。独自の正当な利益のない第三者が債務者の意思に反して関与する場合には、そういう方法こそきちんと利用すべきで、そうでないものであるならば、むしろ求償権がないということにして、もちろん、当事者で合意をするならば別ですから、それは逆に積極的に債権者との合意ですとか、あるいは債務者の了承というのを取ってやるべきだという、そちらの方が望ましいという考え方が背後にあると理解しております。そして、私自身は、そちらの方がよろしいのではないかと考えているところです。

- 高須幹事 「理論的な議論が尽くされている中で、実例を申し上げるようでも申し訳なのですが、現実にやらせていただいた事件の中で、離婚した御夫婦で奥さんが元御主人の方に多額の慰謝料債権を持っているというケースがありました。元御主人は生活能力がなくて慰謝料を払わないでいるけれども、親からの相続でマンションを持っていました。そのとき、そのマンションを買いたいという不動産業者が奥さんに慰謝料債権を支払いまして、それで元御主人に対して求償権を行使したというものです。

現行法ではもちろん債務者の意思に反しているのではないかと思うんですが、その辺は本人は法律に詳しくないものですから、私が立て替えましたから払ってください、払えないならマンションを売りませんかみたいな、そういう話に御主人は見事に乗っかってしまって、不動産業者に売ってしまったから私のところに相談に来たというケースです。やはり、今、御指摘があったように、その奥さんも債権譲渡してくれとか、保証人になりますよというところだと、少し躊躇したのかもしれないんですが、目の前にお金を持ってきて、奥さんがかわいそうだから払いますよと言われたので受け取ってしまった、そういうケースが確かにあるのではないかと思います。

ですから、今回議論になっている、やはり単なる弁済の場合にどこかで債務者の意思、あるいは遠いところでは債権者の意思にも絡んでくるのかもしれないのですが、そこはやはり尊重して、求償権は一応遮断するというルールをつくるというのも、合理性があるのではないかと、そのように考えております。」

- 鹿野幹事 「保証の制度があるから、そちらの手続きを踏めばいいではないかというご指摘がありました。そして、実際、現在でも例えば銀行などが第三者弁済を受けるときには、その第三者との間で保証契約を締結し、その上で保証人として払ってもらおうという方法が採られているとも聞きます。

そのような方法が採られた場合には、それはそれでよいのですが、問題は、求償権を確保するためにはそのような方法を採らなければならないのか、ということです。第三者が債権者との間で保証契約締結することなく支払ったけれど、それが債務者の意思に反するものであることが判明したという場合もあるでしょう。そのとき、法的な知識がそれほどない弁済者に対して保証という方法を採らなかったのだから債務者に対する求償はできないとし、一方で弁済としては有効だから弁済を受領した債権者に対してもその返還を請求できないとすることが、果たして普通の感覚にマッチしたものといえるでしょうか。そのような第三者弁済をおよそ保護する必要はないと言ってしまうえば、それまでなのかもしれませんが、先ほどから申し上げていますように、事務管理や不当利得の規律との整合性という観点からも、その場合に一切、求償権を否定するという求償権を否定するというのはいかなるものかと疑問に思うのです。

私には、それほどに、保証という方法を採らせなければいけないという積極的な理由があるようには思えないのですが、もしあるとすれば、債権者に、より積極的に関与させることに意味があるということかもしれません。しかし、債権者がどれほど債務者の利益を考えて、保証契約を締結したり、締結しなかったりということを選択してくれるのでしょうか。

銀行が債権者になった場合はともかくとして、より広くいろいろな債権債務関係を考えると、みたときに、債権者にそこまでの債務者の利益保護機能を期待することは難しいのではないかと思います。そのように考えると、なぜ保証ならよくて、第三者弁済と

いう形をとれば求

償ができなくなるのかということが、なお私には納得できません。」

○ 山野目幹事 「(略) 債権譲渡又は委託に基づかない保証との関係でございませぬけれど

も、やはりこれらの制度は債権者の意思が関与した法律行為によって、債権関係の変動が

起きているわけでありまして、単なる弁済という事実行為によって、厳密に言えば準法律行為かもしれませんが、いずれにしても意思的な関与が明瞭でない行為によって、債権の主体の変動が起こされるという局面とは、明らかに違うものでありまして、私は沖野幹事がおっしゃったように、意思的関与が明瞭な筋道として用意されている制度の方を使ってくださいというのが、本来の議論であろうと考えます。

その上で、山本敬三幹事がおっしゃった委託に基づかない保証の求償の在り方が、今まで暗黙に考えられてきたとおりでよろしいのですかということについては、今日の御議論を伺って考えて分かれたと思います。そのことは保証に関して、更に今日の議論の論点の帰すを踏まえた上で、また、考えていくこととして、その際には両方、可能性があると感ずる次第でございます。

3点目ですが、不当利得法、事務管理法が一般的に適用される帰結としての求償権の問題

と、ここで新たな規律を設けることとの関係が不明瞭であるというご指摘も、散発的に聞か

れたのですけれども、ここで求償権を行使することができないという規律を置けば、それは

何らかの意味で不当利得法ないし事務管理法に対する特則になるであろうと考えます。特則

を設けていけないという理由はなくて、むしろ、特則が必要だから立法しているわけであり

ます。

ただし、何らかの意味で、と申し上げましたが、どのような意味で特則になるかというの

は、今般、諮問事項に事務管理と不当利得が恐らく含まれていないと私は理解しております

から、そちらの方についての明瞭な帰結ないし見直しを持った上で、その特則的意味の厳密

なところの意味が定まってくるという理論的關係にあるものであろうと

考えている次第でございます。

- 奈須野関係官 利害関係を有しない第三者による弁済が実際のビジネスの局面で、どのような場面で登場するかということを考えると、確かに第三者弁済が行われると債権者は弁済をしたから費用処理をすると。債務者は贈与があったということで税金がかかるということになるわけですが、おそらく税務当局はそのような脱税的な、そういう弁済というのは許さないことになると思うので、恐らく利害関係を有しない第三者による弁済は否認するんだと思うんですね。そうすると、普通の企業はこういう利害関係を有しない第三者による弁済をするわけがないということです。

そうすると、このような利害関係を有しない第三者による弁済が働く局面というのはそうでないケースと。先ほど鹿野幹事が大企業、中小企業とおっしゃいましたけれども、多分、そうはならないんだろうと思います。そうすると、求償権を作るか作らないかということを考える上では、この制度を利用する人はどういう人が、税務署が怖くない人が多分利用すると思うんですけれども、そういうことになるだろうということを予期して、制度設計をする必要があるのかなという感じがいたします。」

- 岡（正）委員 「弁護士会で議論して両説がありましたけれども、有効とする必要はない、現行法の向こうのままでいいという意見がかなり強くございました。不特定物の履行のための保管に倉庫費用が掛っている場合に、第三者が弁済してそれが有効となり、自分ではもう弁済できなくなったとすると、その費用が無駄にかかるではないかという意見です。それはすぐ解約すれば大した費用ではないのかもしれませんが、アブノーマルな弁済を何でこういう求償権もないような場合に認める必要があるのかというのが理解できない。債務者の意思に反するのであれば、アブノーマルなものをわざわざ認めなくていいと思います。

税金の話のところも、金銭債務であれば意思に反しない場合が基本的には多いのかもしれませんが、100の債務がもし消滅して払わなくても済むとなれば、贈与税あるいは免除益課税が掛かってくると思います。100を払わないで済んだのを、贈与税の50で済むのだからいいではないかという意見もあるかもしれませんが、何かやはりちょっと違うのではないかと。わざわざ有効と認めるべき必要がどれだけあるのかという意見が強くございました。」

- 三上委員 「この問題の一つとして譲渡禁止特約とか、あるいは第三者弁済禁止特約の潜脱になるという指摘がありましたけれども、その場合に

は、債権譲渡の場合には譲渡禁止特約に反する譲渡がもし前回の議論の相対的効力案を取るのであれば、第三者も弁済は可能だけれども、その効果を主張できないとか、受益の意思表示をした場合には求償権が発生するか、当初から全部否定する必要もないのではないかという気がしております。

先ほど松岡委員がおっしゃったことと関係するんですけれども、少なくともこの規定は債権者も債務者も希望しないのに、第三者がいきなり契約に関与してきて弁済を認め、債権者に受領させるということではないのだろうという前提で理解していますが、であれば、少なくとも債権者が了解して受け取るか、債務者が了解して払わされるか、どちらかですから、その際の解決策としては一切、求償権を認めないという方法だけではないのではないかなという気がしております。」

2 総括

以上のような各委員の意見をまとめると、以下のとおりとなる。

- ① 第三者による弁済は、実質的には事務管理ないし不当利得の問題に当たり、現存利益において償還ないし返還の請求ができる可能性がある（鹿野，松岡）。
- ② 債務者の意思に反する弁済であってもそれを弁済として有効とし、さらに求償権も否定すべきではない。法的な知識がそれほどない弁済者に対して保証という方法を採用しなかったのだから債務者に対する求償はできなとし、一方で弁済としては有効だから弁済を受領した債権者に対してもその返還を請求できないとすることは、普通の感覚にマッチしていない（鹿野）。
- ③ 仮にここで明示的に求償権を否定するという条文を設けた場合には、その意味は、不当利得や事務管理による請求もできないとしてその適用を排除する趣旨、特則と解される（鹿野，山野目）。
- ④ 債権譲渡であれば、債権者と第三者との間で譲渡の合意がある。また、債務者の意に反して保証人になって弁済をするのも、保証契約だから、基本的には債権者と第三者との間で合意があって弁済が行われている。つまり、債権者の意思に反していない。債権者の意思に反して行われる弁済とは異なる（道垣内，松本，山野目）。

保証や債権譲渡については、実質的に債権者の交替をもたらすということを含め、その後、それぞれの関係がどうなるのかについて明確な規律があり、しかも、その入口のところで債権者との間の契約という形での債権者の関与がある（沖野）。

- ⑤ 本来、保証や債権譲渡など、意思的関与が明瞭な方法を採用すべきであるから、債権者の意思、債務者の意思に基づかない弁済について、求償を認めるべきでない。(沖野、高須、山野目、深山)。
- ⑥ 利害関係を有しない第三者が債務者の意思に反して弁済した場合に、債務者に対して求償権を取得しないというルールを採用すれば、委託を受けない保証人に関するルールも見直す必要が出てくる可能性もある(山本(敬)、山野目)。
- ⑦ 債務者は贈与があったということで税金がかかるが、おそらく税務当局はそのような脱税的な弁済は許さない。そうすると、普通の企業はこういう利害関係を有しない第三者による弁済をするわけがなく、そのようなことを前提に制度設計すべきである(奈須野)。
- ⑧ 第三者も弁済は可能だが、その効果を主張できないとか、受益の意思表示をした場合には求償権が発生するなど、当初から全部否定する必要もなく、柔軟な制度設計を考えることもできるのではないか(三上)。
- ⑨ 特に貸金の場合など、突然、関係のない人間が途中から入ってきてお金を払った場合など、その後の求償が過酷にならないかという懸念があり、やはり求償できないとすべきである(岡田)。
- ⑩ 不特定物の履行のための保管に倉庫費用が掛っている場合に、第三者が弁済してそれが有効となり、自分ではもう弁済できなくなったとすると、その費用が無駄にかかるのではないか、求償権もないようなアブノーマルな弁済を認める必要があるのか、制度を見直す必要はなく、現行のままでよいのではないか(岡(正))。

第5 意見

- 1 基本方針において、第三者が弁済したとき、一般法(委任、事務管理、不当利得等の規律)に基づき債務者に対して求償権を取得することが明記されているところ、現行民法においては、求償権についての明文規定がなかったことから、この点については賛成できる。
- 2(1) 利害関係を有しない第三者が債務者の意思に反して弁済した場合の規律

基本方針は、利害関係を有しない第三者(「弁済をするについて正当な利益を有する者以外のもの」に改められている)は、債務者の意思に反して弁済をすることができるが(弁済は有効)、債務者に対して求償権を取得しないこととした。弁済を無効としている現行民法を変更するものである。

このような基本方針の考え方について、債権者、第三者、債務者それぞれ

れの立場から考察してみたい。

(2) 債権者の立場から

債権者にとっては、債務者の意思に反することを知らずに弁済を受け、担保物や債権証書を弁済者に交付した場合など、弁済が無効となると、弁済前の状態に戻すようにしたり、改めて債務者に請求する必要がある。特に金銭債務の場合、第三者から弁済の提供があった場合、債権者が受領を拒絶すると受領遅滞となる可能性があり（法制審議会での松本委員の発言）、債権者は第三者からの弁済を拒否できない。しかも、債権者が第三者の弁済が債務者の意思に反するか否かを判別するのは容易ではない。

このようなことからして、債権者が第三者からの弁済を受け、結果的に債務者の意思に反するから弁済は無効だとされると、債権者を著しく害する。債権者にとって弁済を有効とすることによるメリットは大きく、弁済を有効とすることに賛成できる。

(3) 第三者の立場から

基本方針によると、第三者から弁済を受けた債権者は、第三者からの不当利得返還請求を受けるおそれがなくなり、債務者からの回収不能の危険性を回避できることとなる一方、弁済をした第三者は、債権者に対して不当利得返還請求権を行使できなくなるばかりか、債務者に対しても求償権を行使できなくなるという不利益を被ることとなる。

このように、弁済をする第三者の保護について考慮が必要であるところ、たとえば、貸金業者が、債務者の家族や友人に対して、家族に支払義務がないと分かっている取立てを行ったことにより、支払義務のない家族や友人が支払義務があるものと誤信して弁済してしまった場合で、債務者が自分で支払うつもりだったとして意思に反すると主張した場合、基本方針によると、第三者による弁済は有効であるから、債権者に対して不当利得返還請求権は行使できず、債務者の意思に反するので債務者に対して求償権も行使できない。

このような弁済を行った第三者をどの程度保護すべきであろうか。

上記のような支払義務がないことについて悪意の債権者の取立てを想定した場合、第三者が債権者に対して不法行為に基づく損害賠償請求を行使する余地があるが、これにとどまらず、債権者に対する不当利得返還請求権も認めるべきであり、そうであれば現行民法通り弁済自体を無効にすべきだという意見もあろう。

ただし、上記のような債務者の意思を知らずに弁済を受領した債権者が不測の損害を受けることを回避するという趣旨からすると、弁済を有効と

すべき基本方針の考え方に賛同できる。弁済を有効として債権者に対する不当利得返還請求権は否定した上で（上記のとおり、場合によっては、債権者に対する不法行為に基づく損害賠償請求は可能だと思われる。）弁済を行った第三者保護については、債務者への求償のあり方について考慮すべきだと思われる。

この点、法制審議会においては、このような第三者に求償権を認めるべきでないとする意見がある（深山委員）一方、法的知識がそれほどない弁済者が債務者に対して一切求償ができないのは普通の感覚にマッチしないという意見もある（鹿野委員）。

法制審議会の議論においては、本来、第三者が債権者と保証契約を締結したり、債権者からの債権譲渡を受けるなど、債権者の意思的関与が明瞭な方法を採用すべきであり、債権者の意思、債務者の意思に基づかない弁済について、求償を認めるべきでないという意見が多いように思われる（沖野、高須、山野目、深山）。

しかし、債務者の意思に反した場合に常に求償権を取得しないとするのは行き過ぎだと思われる。たとえば、友人や隣人のために少額の支払をした場合に、後で弁済者が誰にも求償や返還を求めることができないとするのは、弁済者に酷ではないか。また、このような場合に、弁済者に債権者と保証契約を締結させたり（書面による要式契約）、債権者から債権譲渡を受けるなどということは、あまりに非現実的である。さらに、このような場合、現行民法において、事務管理や不当利得によって、現存利益が存する限りにおいて債務者に償還できるところ、明文によって求償権が否定されると、不当利得や事務管理の特則となり、不当利得や事務管理による請求もできなくなってしまう可能性が高い。

以上のことからして、利害関係を有しない第三者が債務者の意思に反して弁済した場合、一切求償権を認めないという基本方針の考え方には疑問が残る。

(4) 債務者の立場から

債務者の意思の尊重や苛酷な求償権の行使からの保護の観点から、一定の場合に第三者による求償権の行使を制限するという基本方針の考え方は理解できる。

特に、特に貸金の場合など、突然、関係のない人間が途中から入ってきてお金を払った場合など、その後の求償が過酷にならないかという懸念があり、やはり求償を制限すべきである。また、債務者が弁済を準備しており、そのための費用を負担していた場合なども、求償を制限すべき場面といえる。

しかし、債務者によっては、債権者の温情にすがって、毎年の分割弁済をしている場合もあり、そのような場合において第三者が弁済して債務が消滅した場合、債務者の意思に反する弁済だとして求償権が否定されるとしても、債務者は、贈与税又は免除課税が一度に課税されることになりかねない。この場合、求償権を否定することのみでは債務者の保護を達成することができず、むしろ債務者の保護に欠ける結果を招来しかねない。

このようなことからして、やはり利害関係を有しない第三者が債務者の意思に反して弁済した場合に一切求償権を認めないという基本方針の考え方には疑問が残る。

(5) 結論

以上より、基本方針の考え方について、利害関係を有しない第三者による債務者の意思に反する弁済が有効だとする点は賛成するが、一律求償権を否定する点には賛成しがたい。

ただ、いかなる場合に求償権を認め、いかなる場合に求償権を認めないのかを規定化するのは非常に困難だと思われる。

そこで、条文としては、基本方針の規定とした上で、「弁済をするについて正当な利益を有する者」や「債務者の意思に反して」の意義を柔軟に解釈することにより、事案に応じた妥当な解決を図ることを目指すべきと考える。

以 上

準占有者への弁済と債権者の帰責事由の要否について

第1 法制審議会民法（債権関係）部会における問題設定

法制審議会における部会資料「民法（債権関係）の改正に関する検討事項（5）」は、債権の準占有者への弁済の関連論点として「債権者の帰責事由の要否」を検討事項として挙げられている。検討事項において、以下のとおり述べられている。

「民法第478条は、真の債権者の帰責事由を独立の要件としていないものの、同条が外観に対する信頼保護の法理に基づくものであるという理解に基づき、同様の法理に基づく民法上の他の制度（表見代理、虚偽表示等）と同様に、真の債権者に帰責事由があることを要するものと解釈すべきであるという見解が有力に主張されている。そこで、同条の規定を見直す場合には、弁済の受領権限を有するかのような相手方の外観につき真の債権者に帰責事由があることを、独立の要件とすべきかどうかについて、以下のいずれの考え方を採るかが問題となるが、どのように考えるか。

〔A案〕債権者の帰責事由を独立の要件とするという考え方

〔B案〕債権者の帰責事由を独立の要件とはしないという考え方

〔A案〕は、何らの帰責事由がない場合にまで権利を失うのは債権者にとって酷であるとして、真の債権者の帰責事由を独立の要件とすべきであるとするものである。また、偽造カード等及び盗難カード等を用いて行われる不正な機械式預貯金払戻し等からの預貯金者の保護等に関する法律（以下「偽造・盗難カード預貯金者保護法」という。）において、機械式預貯金払戻し等の場合に真の債権者に帰責事由が認められないときには、債務者である金融機関は、善意無過失であっても原則として保護されないとされている一方で、偽造・盗難カード預貯金者保護法の適用がない通帳による窓口払いの場合には、民法478条の解釈上、真の債権者に帰責事由が認められない場合でも、債務者である金融機関は、善意無過失であれば保護されるという結論になるため、両者の場合で均衡を欠くということも、〔A案〕の理由として挙げられる。

他方、〔B案〕は、債務の弁済は既存の義務の履行であり、新たな取引を行う場合である表見代理等の適用場面に比して、より外観への信頼を保護する必要があるとして、債権者の帰責事由を独立の要件とするべきではないとするものである。〔B案〕を補強する要素としては、債権者の準占有者の要件において「債権者の代理人と称する者に対する弁済にも民法第478条が適用される」という考え方の根拠の一つとして、代理人と称する者への弁済について同法第109条等の表見代理の規定によるとする

と、債権者の帰責事由の有無が独立の要件となり、弁済者が保護される場合が限定されることが挙げられていることも指摘できる。もつとも、[B案]の中でも、真の債権者の帰責事由の有無を一切考慮しないということではなく、真の債権者の帰責事由を弁済者の過失の有無の判断の中で考慮すべきであるという見解が有力に主張されている。」

第2 現行民法の解釈

1 現行民法の解釈

上記のとおり、現行民法では、真の債権者の帰責事由を独立の要件としておらず、弁済者の善意・無過失が要件となっている。

すなわち、現行民法第478条は、「債権の準占有者に対してした弁済は、その弁済をした者が善意であり、かつ、過失がなかったときに限り、その効力を有している。」と規定しており、真の権利者の帰責事由は独立の要件とされていない。

そして、「善意」とは、準占有者が無権利者であることを知らないというだけではなく、積極的にこの者が真の権利者であることを要するというのが通説である（我妻・総論279頁、柚木=高木・総論404頁、於置・総論358頁など）。

他方、「無過失」については、平成16年民法改正以前には無過失を要する旨の規定がなかったものの、最高裁は本条により弁済が有効とされるには弁済者が善意かつ無過失である場合に限ると明確に判示し（最高裁昭37・8・21民集16巻9号1809頁）、最近の判例においても、最判平15・4・8（民集57巻4号337頁）は、機械払いの方法による預金払戻しについても本条が適用され、機械払における弁済者（銀行）の無過失について判断枠組みを提示しており、このような確立された判例理論が、平成16年の民法改正において立法的に確認されたところである。

以上のように、債権者の準占有者に対する弁済については、弁済者の善意・無過失のみが問題とされ、真の債権者の帰責事由は問題とならないとするのが従来の判例・通説である。

2 学説の状況

学説においては、現行民法478条に債権者の帰責事由は独立の要件として規定されていないが、本条が権利外観理論の発現であることから債権者の帰責事由を要するという学説も有力である（篠塚昭次・柳田幸男「準占有者と代理資格」判タ139号4頁）。

また、理論的には現行民法478条は権利外観法理の一環として理解するのが妥当であり、したがって、ある程度は真の債権者の帰責事由を考慮

すべきだが、通常法律行為と違い、弁済の特殊性（債務者は弁済に慎重であると債務不履行のリスクを負うことになる）から、「過失」の要件の中で真の債権者の帰責事由を考慮するというのが適当との意見もある（内田貴「民法Ⅲ」50頁）。

第3 債権法改正の基本方針の提案内容

1 提案内容

民法（債権法）改正検討委員会における改正試案である「債権法改正の基本方針（以下、「基本方針」という。）は、「債権者以外の者に対する履行」について、以下のとおり、提案している」

【3.1.3.03】（債権者以外の者に対する履行）

- 〈1〉債権者が第三者に受領権限を与えた場合、または、法律に基づき第三者が受領権限を有する場合、その第三者（この提案では、債権者以外の者で受領権限を有するものという）に対する履行は、弁済となる。
- 〈2〉免責証券を所持する者に対してした履行は、その者が債権者または債権者以外の者で受領権限を有するものでなかった場合であっても、有効な弁済となる。ただし、履行をした者が、履行をするとき、悪意または重大な過失があるときは、この限りでない。
- 〈3〉履行をする者が、合理人を基準として債権者の外形を有していると判断される者を、正当な理由に基づいて債権者であると信じて、その者に対して履行をした場合、履行は有効な弁済となる。
- 〈4〉履行をする者が、合理人を基準として債権者以外の者で受領権限を有するものの外形を有していると判断される者を、正当な理由に基づいて受領権限を有すると信じて、その者に対して履行をした場合、履行は有効な弁済となる。
- 〈5〉免責証券を所持する者に対してした履行が、〈3〉または〈4〉にも該当する場合は、〈2〉のみが適用され、〈3〉または〈4〉にも該当する場合は、〈2〉のみが適用され、〈3〉または〈4〉は適用されない。

2 現行民法との対比

上記基本方針の提案内容について、現行民法と対比してみるに、文言が分かりやすく修正されたことはさておき、おおまかには、以下の各点が相違点としてあげられる。

- ① 債権者以外で受領権限のある者に対する履行が有効な弁済となると

規定。

- ② 免責証券を所持する者に対してした履行は、受領権限がない場合でも、履行した者に悪意・重大な過失がない限り、有効な弁済になるものとしている。
- ③ 従来の「債権の準占有者」の概念に変えて、「合理人を基準として債権者の外形を有していると判断される者」との表現でもって、その者に対する正当な理由に基づく履行を有効な弁済となるものとしている。
- ④ 従来の受取証券持参人についても、「合理人を基準として債権者以外の者で受領権限を有するものの外形を有していると判断される者」との表現でもって、その者に対する正当な理由に基づく履行を有効な弁済となるものとしている。

なお、真の債権者の帰責事由は独立の要件として提案されていない。

3 基本方針の提案理由

検討委員会による【3.1.3.03】の解説（民法（債権法）改正検討委員編「詳解債権法改正の基本方針Ⅲ契約および債権一般（2）」商事法務，13頁以下）は、債権者の帰責事由の要件について、以下のように解説している。

（1）弁済における表見法理

弁済の相手方、および弁済者（債務者）について一定の要件を定めることで、現民法478条に倣うものである。ただし、弁済の相手方については、債権の準占有者ではなく、現在債権の準占有者として解されている実質的な内容を書き下し、「合理人を基準として債権者の外形を有していると判断される者」とし、弁済者（債務者）については、善意無過失ではなく、主観的な知不知または注意義務遵守・不遵守を含むがそれにとどまらず、その弁済により債務者が免責されることが正当かどうかにより解決すべきであると考え、正当な理由に基づく善意とした。この弁済の相手方についての要件を敷衍すると、合理人が判断するとするならば、債権者の外形を有していると判断される者を、弁済の相手方とした場合に、債務者は免責される可能性があるということである。

債権者に対する権利を失う債権者については、債権者にのみ着目した要件を独立させて設けていない点で、現民法に変更はない。ただし、正当理由の判断の1つの要素として、たとえば、第三者が債権者としての外形を有するに至った経緯について、債権者の重過失と評価される関与があることが考慮されることが考えられる。

（2）債務者の要件としての「正当な理由」

偽造カード等及び盗難カード等を用いて行われる不正な機械式預貯金払

戻し等からの預貯金者の保護等に関する法律（平成17年8月10日法律第94号）（以下、「預金者保護法」という）においては、偽造カードによる支払について、債務者（弁済者）が善意無過失であっても免責されない場合が認められ、現民法478条の規律に修正が加えられている。

同様の解決が望まれる事案として、カードを用いずに人証が行われるネット取引がある。債権者に帰責自由なく第三者が債権者になりすました場合、認証ネットシステムの設計・構築・運営を債務者が行っており、その結果、なりすましが可能となった領域を債務者が支配していると判断できるときは、債務者が第三者を債権者であると信じたことに正当な理由が認められないことがありうる。本提案では、このような場合、債務者は免責されない。現民法では、このような場合に債務者に過失が認められるならば、本提案と同じ解決であるが、債務者に過失が認められないとすると、債務者は免責されることがある。したがって、現民法478条と比較して本提案〈3〉は、債務者が免責される範囲を限定しうるものとなっている。しかし、従来からの素朴な方法による認証方法（顔、声、場所、身分証明書などを利用した認証方法）においては、正当な理由に基づくとは、取引の場で課せられる注意義務を尽くしたことを意味するものであり、現民法478条の解釈と異ならない。

（3）預金者保護法の扱い

預金者保護法は、偽造カードによる支払と、盗難カードによる支払について、現民法478条の特則として位置づけられる。偽造カードによる支払が社会問題となったことを背景にして、適用対象を限定し、具体的な解決基準を詳細に定めているものである。したがって、民法に一般法として同様の規律を設けることは適当ではなく、また、民法中に、偽造カードまたは盗難カードによる支払に限定した特則を設けることも、金融機関の定義を定める必要とするところをはじめ、民法の基本法としての性格を混乱させることとなり、とるべきではない。したがって、預金者保護法は、本提案の特則として位置づけられることになる。

第4 法制審議会（第8回）会議における議論状況

1 各委員からの発言

- 三上委員 「それでは、478条に関してですが、最初に準占有者という言葉ですとか、善意無過失要件を時代に即したものにすることに関しては反対はございませんが、実質、範囲が拡大されるような用語にならないよう御配慮をお願いしたいと思います。

それから、478条に債権者の帰責事由が必要かどうかという点に関

しては、現状どおり、不要な方向でいいのではないか。そうしないと実務は混乱するのではないかという点を申し上げたいと思います。帰責事由を要するという事は、結局、債務者が善意無過失であっても、債権者側に帰責事由がなければ弁済は無効という格好になるわけですから、これまでの法制をある意味、コペルニクス的に転換するということになってしまうと思います。それは一種の表見法理・権利外観法理の延長になるわけで、実質、478条の否定ではないかと考えてしまうわけです。

これは銀行取引のみならず、例えば前回の債権譲渡におきまして第三債務者を救済する場面でも、478条というのは重要だったはずですが、こういった場面にも支障が出てくるのではないかということで、慎重な判断をお願いしたいというところです。実際に預金者保護法で明らかになりましたように、債権者の帰責事由などといいますが、政治的な決着によって事実上、無過失責任にすることは幾らでも可能でございますので、よく検討しないと悪影響が出るのではないかという危惧を持つものでございます。

そもそも本来、478条は任意法規だったと私は思っておりまして、今でも任意法規ではないかと思っているんですが、預金約款がよくこれの典型としてやり玉に上がるんですが、私の理解では、大量処理の必要上、478条よりも更に銀行の免責の範囲を拡大する目的で制定されたものが、判例理論に沿って善意無過失が要求されて、事実上、478条が強行法規になったかのような理解ことになってしまっているものです。しかし、別に478条で銀行が自分の過失を顧客に転嫁しているというわけではございません。例えば奥さんが主人名義の口座を下ろしに来るといことは日常茶飯に行われておりまして、あるいは会社の事務員が会社名義の預金を下ろしに来るといこともよくあるわけでございます。こういう場合に一々明らかに他人が来たとか、本人確認や代理権確認がどうのといっていると実務も回りませんし、恐らく顧客から非難轟々であろうと思います。

判例も盗難通帳誤払いが明らかな場合においては、言葉は悪いですが、重箱の隅をつつくような過失認定をしますが、女性が男性名義の預金を下ろしに来た、イコール、それは明らかな他人に払ったのだから過失であるといったような認定はしていないというところも、やはりこういう点に配慮をしているのではないかと思うわけです。

そう考えてみますと、実際に帰責事由の要否というのは、預金を勝手に下ろしてドロしたのが弁償できない、本来一番悪い真犯人を間に挟んで債権者と債務者のどちらかに100対0で負担を寄せるというところ

に、やはり478条のすべての問題点が出てくると思うのです。そして、帰責事由の有無というのは、過失相殺の場面で使われてしかるべき概念ではないかと思うわけです。そう考えると、そもそもの原点に立ち返って478条は実質、現代語訳にするだけのための改正となった前回の民法改正で、ここだけ過失が入ったわけですが、別に善意であったとか、あるいは約款の効力を認めて免責は免責だとして弁済の効力は認め、ただ、過失があった場合の損害賠償を妨げずとして、実際、過失があった、なかった、帰責があった、なかったの損失分担の過失相殺という場面で使われるべきファクターになるのではないかと考えているわけです。実際の裁判でも、結局弁済の無効を主張する債権者側からアクション・訴訟を起こすことになるので、これが自然な流れに思います。」

- 中井委員 「三上さんの意見に関連する478条の関係ですが、弁護士会でもこの問題については意見が分かれています。銀行取引はともかくとして一般的な取引債権等を考えたときに、やはり弁済というのは義務行為ですから、この弁済がスムーズに行われないと、取引関係が阻害されることは明らかだろうと思います。決済期日がきて弁済しようとするときに債権者を調査したり、確認したりすることに手間暇をかけていると、スムーズな弁済もできず、経済取引の活性化に対して阻害要因となるので、ここは弁済者が善意無過失といいますか、正当な理由があれば、その弁済は有効として取り扱う。そうでないと、実務的にも困るのではないかと。したがって、従来の考え方、B案がいいのではないかとというのが多くの意見でした。

しかしながら、他方で、債権者に全く帰責事由がないにもかかわらず、自らの財産がゼロになってしまうことを正面から容認していいのか、という強力な反対意見が残りました。その場面は、銀行預金に関する預金者保護の意見として出てきています。確かに預金については、なお一層、弁済行為がスムーズでないと取引自体が困りますので、今、三上委員がおっしゃられたとおり、預金の返済がスムーズに行われるように債務者である銀行が保護されなければならないのかもしれませんが、預金自体についての一般市民社会における財産価値、貴重さを考えたときに、金融機関側が善意無過失であるからといって、その貴重な財産が全く帰責事由がないのに喪失させてしまうことを正面から容認していいのか。消費者保護委員会から強い異論が出ており、その立場からすれば、やはり債権者に一定の帰責事由がある場合に限って債務者を保護するという意見になります。」

- 岡田委員 「同じ意見になるんですけれども、何年か前にやっぱり通

帳を盗まれて、何千万というお金を引き出された事例がありましたけれども、あれなんか本当に聞くと気の毒で、何でこの人はついていないんだろうというふうな感じだったんですけれども、そういうことがあるということを考えますと、私たちというのはどちらかというと、機械よりは人間を信用しているんですね。だから、ATMで何か間違いはあるかもしれないけれども、窓口で人が対応して、間違いは機械よりは少ないのではないかと、ついつい思い込みがあるんですけれども、だから、大きなお金をもしあれするとすれば、窓口でと考えている消費者も多いかと思うんですね。

そう考えると、ここで通帳を持ってきた、ないしは受領書を持ってきたそれだけで、その人は当然、正しい受領者だと、債権者であるとみなすという条文がぼんと出てきて、後ろに過失がどうのこうのとなってきたということ自体、性善説というんですかね、絶対に債務者の方にミスはないんだととれてしまうんですね。だから、その辺で機械でやるのもミスもあるかもしれない、人間ももちろんあるかもしれないという前提からすると、みなすというような強い条文というのは、今の時代、どうなのかなと思うんですけれども。」

- 藤本関係官 「銀行預金の話になりますけれども、預金者保護という観点からではないのですが、マネーロンダリングの防止という観点から、犯罪収益移転防止法というのがございます。現金の受払いを伴う預金の引き出しで200万円を超えるものについては、本人確認義務というものがかかってきまして、運転免許証などをその場で出さなければいけないというものがございます。ちょっと違った観点でございますが、他人が通帳を持って行って、印鑑があったからといって、すぐに1000万円とか2000万円を引き出してしまうということは、そういう観点からはならないということにはなっているということを御紹介させていただきます。」
- 三上委員 「中井委員や岡田委員のご指摘に反論するわけではなくて、もう一遍、確認のために申し上げるんですけれども、帰責事由を要求するということは、債権者側に帰責事由がなければ、弁済者側が全く善意無過失であっても保護されないということで、単に結論を債務者の側に片寄せするというにしかかっていないんですね。今の現行法の規定も、確かに債務者が善意無過失であれば、債権者に帰責事由がなくても、債権がなくなってしまうという大きな効果をもたらすのは事実ですが、逆に言いますと、債権者側に大きな帰責事由があったとしても、債務者側に過失があれば弁済が保護されないという結論も導いているわけで

す。

結局、弁済を有効とする、無効とするという問題と、そこから発生した不始末の責任分担をどう認めるというものを分けて考えないと、ゼロサムで議論している限り良い結論は得られないと思います。恐らく裁判官も和解が成立せずに判決を書くというたびに困られていたと思いますし、弁済の場面というのは債務者の義務ですから、迅速に行われたいいけないわけですし、本人確認のために、ないしは警察からの依頼によって預金の支払いを止めても、銀行は訴えられるような、そういう立場なわけですから、そこはそういう前提で弁済を認めてから、過失があるとか、帰責があるとかいうときの実際に発生した損害の分担を別途、考えればよいのではないかという意味で、先ほどの意見を申し述べさせていただいたわけですし、ここでゼロサムの議論をする場合のゼロを債務者側に転換するというに反対しているだけだということ再度、述べさせていただきます。」

- 松本委員 「三上委員が最初の発言のところで、原点に戻ってということをおっしゃいましたが、478条の原点は今の判例法理とは全然違うということ起草過程を研究した皆さんは書いています。民法の起草者はこんなに広く使われることは想定していなくて、非常に限られた、本来の債権者から見える範囲内における無権利者への弁済の部分しか考えていなかったということです。そのような弁済を有効だと認めたとしても、本来の債権者がだれが代わりに受け取ったかが分かるようなサークルで考えていたということなので、そこまで戻るとなると判例を変えなければならないということになります。したがって、現在の判例が合理的かどうかというのは、もう一つ、別に議論する必要があるだろうと思います。

大部分は銀行の預金債務の弁済のところこの法理が発展をしてきており、最近、少し保険だとかにも広がっていますけれども、基本的には預金債務の弁済という限られたところで、預金者の犠牲の下に銀行の利益を保護することが日本経済の発展にとってプラスになるという政策判断があったのだらうと思うんです。それが是か非かは別途議論する必要がありますし、銀行預金の法理をベースにして、民法の一般的な準占有者弁済の法理を考えるのが果たしていいのか、悪いのかということも、別に議論した方がいいと思います。したがって、銀行の預金債務の弁済という場面を切り離した一般的な場面において、478条はいかにあるべきかということをもまず考える。そして、預金債務の払戻しという場面において、現在の判例法理の方がなお妥当なのだとすれば、それは別の

立法で手当てをするというように、二つに分けた上で、必要があるのなら同じ条文で手当てをするのではなく、別の条文あるいは別の法律でやるというやり方もあるのではないかと思います。」

○ 野村委員 「民法478条の歴史的な経緯は、今、松本委員からもありましたが、銀行の実務がフランスでは、日本とは違っています。フランスでは、本人確認が前提になっている世界ですから、銀行預金との関連で日本の民法478条に当たる規定（フランス民法1240条）が問題になるということは、多分、フランスで今まではなかったということではないかと思います。いずれにしろ、銀行預金の払戻しに民法478条を使うなという意味ではないのですが、もう少しもとに戻って考えるということであれば、そもそも債権の弁済というのは、やはり債権者に弁済するというのが基本的な原則だと思うのですね。議論は、そこから出発した方がいいのではないかと考えています。そういう観点からすると、A案のような考え方の方が、いいのではないかと個人的には思っています。」

○ 岡(正)委員 「先ほど三上さんが、債権者の帰責事由を要件にすると、コペルニクス的な転回があるとおっしゃったんですが、実務家の感想としては、今の準占有者弁済のところでも、真の権利者の帰責事由は加味して判断していただいている理解ですし、実務の中では考慮要素の一つとして入ってきていると思います。法律行為と義務行為で違いがあるのは分かりますが、権利外観法理の一環である以上、何らかの権利者の帰責事由を考慮要素にすべきだと理論的にも思いますので、正当事由という言葉を使うとしても、一考慮要素として真の権利者の帰責事由というものを載せるべきだと、そういう意見が弁護士会の中では強くございました。

まとめますと、真の権利者の帰責事由を一切考慮しないのが今の478条で、なおかつ、今の判例だという点について少し理解の違いがあるという点が1つです。それから、普通の表見代理よりはレベルは低くなっても、真の権利者の帰責事由をやはりここで考えるべきだと、一つの考慮要素としてここで考えるべきだという意見が強くございました。

それと、一般法理と銀行の預金者への債務弁済、これはやはり確かに違うのではないかと思います。偽造カードの法律がございましたように、相手が消費者で、なおかつ大量処理を銀行の方がしなければいけない、そういう局面については、民法の一般法理とは別の法理をつくった方が分かりやすくなるのではないかと、そういう意見を申し上げます。」

○ 木村委員 「我々の方はどちらかといえば、今、岡委員の言われた弁

護士会の意見とは逆の方向でございまして、法律行為の場合は、新たに権利義務関係といいますか、法律関係をつくるわけですが、その場合と弁済とは違うことから、弁済の場合には債権者の帰責事由を求める必要性はないのではないかと考えています。また、偽造・盗難カードのような特殊な事例には個別の対応をすればよいのであって、そのために一般法である民法の改正を考える必要はないのではないかと感じております。」

2 総括

上記のとおり、法制審議会においては、現行どおり債権者の帰責事由を独立の要件としない B 案が力強く論じられる一方、債権者の帰責事由を独立の要件とすべきであるという A 案も有力に論じられているところである。

もっとも、債権者の帰責事由を独立の要件とする A 案については、真の預金者保護の観点から論じられており、これに対しては、特別法で対処することが可能であるとの反論がされている。

第 5 実務家からの意見と改正試案

実務家の意見としても、A 案 B 案両論の意見があるところであるが、私見としては、新たに法律行為をする場合と弁済をする場合とでは状況が異なること、現行法上も真の債権者の帰責事由は要件とされていなかったことから新たに独立の要件を設ければ混乱を生じかねないことから、B 案に賛成である。預金者保護については、まさに特別法で対応すべき問題と考えられ、基本方針の解説が指摘するとおり、民法中に、偽造カードまたは盗難カードによる支払に限定した特則を設けることや、金融機関の定義を定めることは、民法の基本法としての性格を混乱させることとなるのではないかと危惧される場所である。

そこで、改正試案としては、次のとおり、真の債権者の帰責事由が不要である旨明記し、また、現行第 479 条を維持して、次のとおり提案することとしたい。

【3.1.3.03.01】（債権者以外の者に対する履行）

- 〈1〉債権者が第三者に受領権限を与えた場合、または、法律に基づき第三者が受領権限を有する場合、その第三者（この提案では、債権者以外の者で受領権限を有するものという）に対する履行は、弁済となる。
- 〈2〉免責証券を所持する者に対してした履行は、その者が債権者または債権者以外の者で受領権限を有するものでなかった場合であっても、債

権者の責めに帰すべき事由の有無にかかわらず、有効な弁済となる。ただし、履行をした者が、履行をするとき、悪意または重大な過失があるときは、この限りでない。

〈3〉 履行をする者が、合理人を基準として債権者の外形を有していると判断される者を、正当な理由に基づいて債権者であると信じて、その者に対して履行をした場合、債権者の責めに帰すべき事由の有無にかかわらず、履行は有効な弁済となる。

〈4〉 履行をする者が、合理人を基準として債権者以外の者で受領権限を有するものの外形を有していると判断される者を、正当な理由に基づいて受領権限を有すると信じて、その者に対して履行をした場合、債権者の責めに帰すべき事由の有無にかかわらず、履行は有効な弁済となる。

〈5〉 免責証券を所持する者に対してした履行が、〈3〉または〈4〉にも該当する場合は、〈2〉のみが適用され、〈3〉または〈4〉にも該当する場合は、〈2〉のみが適用され、〈3〉または〈4〉は適用されない。

【3.1.3.03.02】（債権者以外の者で受領権限を有しない者に対する履行）

〈1〉 **【3.1.3.03.02】**の場合を除き、受領権限を有しない第三者に対する履行は、債権者がこれによって利益を受けた限度においてのみ、その効力を有する。

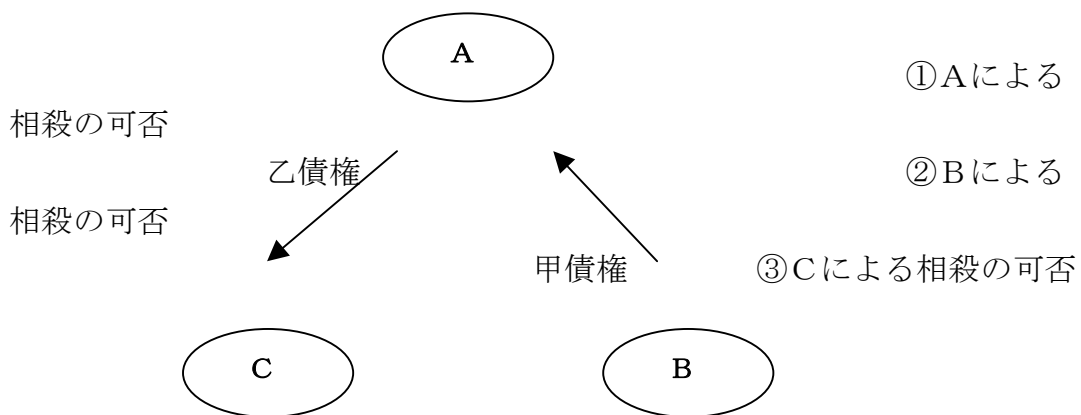
以上

第三者による相殺の可否について

第1 法制審議会民法（債権関係）部会における問題設定

法制審議会における部会資料「民法（債権関係）の改正に関する検討事項(5)」は、「第三者による相殺の可否」を検討事項として挙げられている。検討事項において、以下のとおり述べられている。

「民法第505条第1項は、二当事者間に対立する債権が存在することを相殺の要件としている。しかし、自己の債権で他人の債務を消滅させる相殺（下図のBが甲債権を自動債権、乙債権を受動債権としてする相殺）についても、その者が「弁済をするについて正当な利益を有する者」である場合には認められるという見解が主張されており、このような立場からは第三者による相殺が認められることについて明文の規定を置くべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。」



そして、補足説明において、以下のとおり述べられている。

「(略) ②Bによる相殺の可否については、第三者の弁済（民法第474条）に類するものと見る余地があり、①や③に比して広く認められる可能性があるが、現行法にはこれに関する明文の規定がないことから、その可否について見解が対立している。」

このように、「第三者による相殺の可否」については、②Bによる相殺の可否の場面について検討するものであり、本稿でもそれを前提として検討を加えることとする。

上記補足説明において、次のように述べられている。

「判例（大判昭和8年12月5日民集12巻2818頁）は、抵当不動産の第三取得者が、抵当権者に対して債権を有する場合に、当該債権を自動債権とし、抵当権者が有する抵当権の被担保債権を受動債権とする相殺は認め

られないとした。これに対して、学説上は、第三者Bによる相殺を常に認めるのは、Aが無資力の場合にAに対する他の債権者との関係でBが優先することになり、債権者間の公平を害することから妥当ではないが、Bが物上保証人や抵当不動産の第三取得者のように、他人の債務について「責任」を負担する者がある場合には、自己の責任を免れるために相殺することを認めてよいという見解が主張されている。そして、この見解からは、他人の債務について「責任」を負担するものとは、「弁済をするについて正当な利益を有する者」（民法第500条）と一致するとされている。このような立場からは、「弁済をするについて正当な利益を有する者」が自己の有する債権を自動債権として相殺することができる旨の明文の規定を置くべきであるという考え方が提示されている。

このような考え方に対しては、Aが無資力の場合にBによる相殺を認めると、Bが自己の債権をAに対する他の債権者よりも優先して回収することができることになり、債権者間の公平を害するという指摘もある。このような指摘を踏まえ、第三者による相殺を認めるべきとする立場からも、自動債権の債務者が無資力の場合には、例外的に第三者による相殺が制限されるとする見解も主張されている。

以上を踏まえ、第三者による相殺に関する明文規定を置くという考え方について、どのように考えるか。」

第2 現行民法の解釈

1 現行民法の解釈

相殺をなしうるためには、二人が互いに債務を負担していること、換言すれば「債権の対立」があることが必要である。BがAに対する債権を相殺する場合、受働債権は、AがBに対する有する債権である。Bは、自分がAに対して有する債権をもって、Aが第三者Cに対して有する債権との間で相殺することはできない。

判例は、抵当不動産の第三取得者が、抵当権者に対して債権を有する場合に、当該債権を自働債権とし、抵当権者が有する抵当権の被担保債権を受働債権とする相殺は認められないとしている（大判昭和8年12月5日民集12巻2818頁）。

2 学説の状況

第三者からの相殺について、内田貴教授は、「第三者Aが債務者SのGに対する債務を弁済するのに、自己のGに対する債権で相殺することができるだろうか。これを否定する古い判例もあるが（略）、第三者が物上保証人や抵当不動産の第三取得者のような場合、抵当権の実行を阻止するための弁済

として、相殺を認めてさしつかえないよう見える。しかし、このような相殺を一般的に肯定すると不都合が生ずる。たとえば、Gが倒産に瀕している場合に、これに対する債権者であるAは、相殺を用いることによって、Gの有するSに対する優良な債権を消滅させて自己の債権の回収を図ることができてしまう（AはSに求償することで結果的に全額の債権回収ができる）。これでは、Gに対する他の債権者との関係で公平を欠く、というのである。そこで、このような相殺は、物上保証人や抵当不動産の第三取得者のように、他人の債務について「責任」を負う者に限って肯定すべきだ、というのが通説である。」としている（内田貴「民法Ⅲ（第3版）債権総論・担保物権」東京大学出版会、37頁）。

このように、学説としては、物上保証人や抵当不動産の第三取得者のように、他人の債務について「責任」を負う者に限って肯定すべきというのが通説だと思われる。

ただ、中田裕康教授は、「②BがAに対して債権を有し、AがCに対して債権を有する場合」について、「他人（B）の債務による相殺の問題である。たとえば、BがAに対し債権f1を有し、AがCに対して債権f2を有し、Bはf2を担保するために、自己の不動産に抵当権を設定していた物上保証人であったとする。この場合、Bは利害関係ある第三者として、f2の弁済をすることができるが（474条）、弁済と同じく債務消滅の効果をもたらす、f1を自働債権とする相殺もなしうるか。判例は否定的である（略）が、学説は肯定説が多い。実質的には第三者弁済と同視できるところ、Bは弁済をするについて「正当な利益」（500条）を有すること、債権f2について債権f1で代物弁済することになるが、Aにとって債権f1は自らに対する債権だから、承諾（482条）をしないはずはないからという。もっとも、Aが無資力の場合、Bの相殺を認めることは、Aの他の債権者に対してBが優先することになり、債権者間の平等を害するから、その場合は除くといわれる。しかし、相殺の可否は形式的に判断してこれを認めず、Aは、自らは倒産状態にない場合には、債権f1によるBの代物弁済を承認しないことが、信義則上、認められないと解すれば足りるだろう。」としている（中田裕康「債権総論」岩波書店、372頁）。

第3 債権法改正の基本方針の提案内容

1 提案内容

民法（債権法）改正検討委員会における改正試案である「債権法改正の基本方針（以下、「基本方針」という。）」は、「第三者による相殺の可否」について、以下のとおり提案している。

【3. 1. 3. 23】（債務者以外の者による相殺）

相殺は、第三者のする弁済の例により、債権者に対し債権を有する第三者もすることができるものとする。

2 現行民法との対比

現行民法においては、上記判例のように、第三者による相殺は認められていないが、基本方針は、第三者弁済ができる場合には、第三者による相殺を認めるものとしている。

そして、基本方針は、第三者弁済について、第三者は、債務者の意思に反して弁済をすることができるが（弁済は有効）、債務者に対して求償権を取得しないこととしている（基本方針【3. 1. 3. 02】（債務者以外の者による弁済））。

このようなことからすると、基本方針によると、第三者による相殺について、第三者（B）が乙債権について「利害関係を有しない第三者」（「弁済をするについて正当な利益を有する者以外のもの」）であっても、相殺は可能であり、Cの意思に反して相殺した場合には、Cに対して求償権を行使できないことになるものと思われる。

3 基本方針の提案理由

検討委員会による【3. 1. 3. 23】の解説（民法（債権法）改正検討委員会編「詳解債権法改正の基本方針Ⅲ契約および債権一般(2)」商事実務，46頁以下）は、基本方針の提案の考え方について、以下のように解説している。

自動債権と受動債権が必ずしも同一当事者間において対立しているという場合でなくても、一定の要件を充足する場合には、相殺による債権消滅を許容してよいと考えられる。いうところの一定の要件は、【3. 1. 3. 02】で提案する第三者弁済の要件に準ずるものとするのが相当であるから、相殺をするについて「正当な利益を有する者」とすることが適当である。また、【3. 1. 3. 02】の準則が具体化される際には、弁済をする者の事前または事後の通知の義務などについて所要の規律が整備されるものと考えられるから、この相殺の局面においても、それに準ずる規律整備が図られることが求められる。

このようにして認められる相殺は、2人の当事者のあいだにおいて債権債務の対立があることを要件として行われる典型的な相殺とは異なるものであり、相殺の基本的意義を明らかにする【3. 1. 3. 21】で提示する要件のもとでは、本来は想定されないものである。また、そうであるからこそ、本提案

に相当する規律を設けることに意義が見いだされる。

第三者のする相殺により債務者が債務を免れることとなる際には、相殺の相手方が無資力である場合において、相殺の相手方に対し債権を有する他の者らが債権の行使に困難を抱え込むことになる。そのような事態が合理的な理由がなく無制約に生ずることは、避けられるべきであるから、第三者による相殺は、受動債権を担保する担保権の負担を受けているなど法律上の利害を有する者がする場合に限ることが相当である。

第4 法制審議会（第8回）会議における議論状況

1 各委員からの発言

- 新谷委員 「相殺の拡張の是非について、第三者による相殺が提起されております。13ページに絵があり、A、B、Cという三角関係が出ていますが、この絵において、例えばAを倒産に瀕した会社と見立てたときに、問題が起きてきます。現在の提案ですと、弁済について正当な利益を有するものである場合は、第三者による相殺を認めることになっております。仮に、Aが無資力であった場合、Aに対して持っている先取特権である労働債権を確保する場面で、ここで第三者による相殺がなされてしまうと、債権回収の原資がなくなってしまうこととなります。そのため、この第三者による相殺については、是非慎重な議論をお願いします。」
- 三上委員 「(略)それから、第三者による相殺につきまして、先ほど13ページの図のAが支払不能の状態の場合の問題点が挙げられておりますが、Bの支払不能状態の場合に、Aという甲債権の債権者に損害を与える場面というのも考えられます。例えば、Aが銀行でBの甲債権というのが預金で、それ以外にAから丙債権という貸金があったという場合に、Aは基本的に甲債権と丙債権の相殺を期待しているところを、先に甲債権と乙債権を相殺していることによって、実質、A銀行には、丙債権という不良債権だけが残る、BはCから何がしかの施しを受けることによって、事実上、相殺で使えなかったはずの資金が使え、Aにはまるまる不良債権が残るといったようなことにもなりかねないというケースです。少なくともこういう場合にはAの承諾を条件とするか、これは第三者弁済をどの範囲で、債権者の承諾がないといえますか、債権者が積極的に認めない段階で、どこまで弁済金の受領義務を認めるかという、先ほどからあげさせていただいた議論にも関係するわけですが、少なくとも相殺に関しては代物弁済のように債権者の承諾を得るべしという形にするか、あるいはこういった場合もAの方から相殺の抗弁を認めるとすべきか、どちらかが必要と思います。

後者の場合は、昭和54年判決の相殺の意思表示説、すなわち、先に相殺の意思表示をした者が勝つという判例を見直すことになるわけですが、関連論点に含めていただきたいと考えておりまして、以上の点から少なくとも単純に第三者弁済と同じ形で第三者相殺を認めるということには、金融機関として反対したいと考えております。(略)」

- 山本(和)幹事 「第三者の相殺の問題ですが、これは実際上も倒産手続の中では、しばしば議論になるところだと理解しております。その意味で、民法の中で明文規定を置いていただいて、場合によっては倒産法の中でそれに関連する規定を設けるということが、規律の明確化ということでは望ましいのではないかと思います。民法の中でも先ほど新谷委員が言われたことは、私もそのとおりだと思います。実質、この13ページの図で言えば、甲債権によって乙債権を代物弁済するものと同視できるとすれば、Aが無資力の場合には甲債権の経済的価値というのは券面額を下回っているわけでしょうから、それで代物弁済を強制するということとは不当であることは明らかであるように思います。

ですから、規定を置く場合にはそのあたりを明確化するということが必要なんだろうと思いますが、更に無資力に陥る前に、A、B、Cの三者間で相殺についての合意があったような場合に、それがどうなるのか。倒産手続では、しばしばそういう合意があったのではないかというようなことが論点になるように思います。もし、民法の方でそのあたりを明確化していただければ、倒産法で何らかの規律をする場合にも、非常に参考になるのではないかなと思います。ご検討をお願いしたいと思います。」

- 山野目幹事 「(略) 第三者による相殺の可否の問題に関しては、議論の進め方として留意が必要でありますのは、本日、休憩の前に御議論があった、第三者による弁済の問題と一定のらみ合いをしながら議論をしなければいけない部分と、しかし、弁済と相殺では問題状況が異なるという事項と、両方に注意をしながら引き続き御議論を続けていただきたいと思います。というように考えます。第三者の相殺について、無制限にそういうものを認めようという提案はされていないわけでありますので、どう絞るかということを手本和彦幹事から御指摘があった倒産の局面なども視野に含めながら、更に御議論いただければ有り難いと考えます。(略)」
- 深山幹事 「今、山野目先生の二番目の御指摘に重なるかもしれませんが、私は、第三者相殺については慎重に考えるべきだと思っております。ポイントは御指摘いただいたように、一つは第三者弁済とパラレルの問題で、それは、そのときにもちよつと申し上げましたけれども、利害関係を有するものというところと、それから、代位のところで出てき

ます弁済をするについて正当な利益を有する者、それぞれがもちろん似て非なるものなんでしょうが、ここでもまた一つの絞りをかけるにあたり、第三者相殺の絞り方の一つとして資料では、弁済をするについて正当な利益を有する者というのを念頭に置いた提案が示されていますが、この中身をどうするのか、つまり、物上保証人であるとか、第三者取得者というのは比較的分かりやすいんですが、それ以外にどこまで広がりを持つ概念なのかということが非常に気になるところです。

もう一つの絞りの問題として、債務者が無資力の場合には制限をするという点があります。これも極めて合理的な指摘で、つまり、第三者相殺によって不公平が生ずるという事態は、それは避けるべきだといえます。ここは第三者による弁済と第三者による相殺の正に決定的に違うところで、弁済の場合は第三者であれ、何であれ、実際に弁済をするわけですから、給付が債権者に対してなされるわけです。それをまた、このA、B、CでいえばAになるんですかね。Aの債権者がまた分け合えばいいわけですが、相殺の場合には給付されるものが現実にAのところに行くわけではないので、そこでAの債権者を害するという問題が出てくる。そういう意味で言うと、二つの観点、それぞれからやはり絞りをかけて、少なくとも不公平が生じないようにというのは、弁済のときとはまた別の意味で、相殺の場合には重視すべきファクターなのではないかなと考えています。慎重に御議論いただきたいと思います。」

- 三上委員 「何度もすみませんが、第三者相殺の場合には、第三者弁済とパラレルの問題とは違うものがあるという点に関してでありまして、念のためにもう1点付け加えさせていただきますが、例えば典型的にはCが乙債権の担保となったという不動産をBに譲渡するという形で、Bが物上保証とか第三取得者になったというケースでは、Bは弁済するについて正当の利益を有する第三者になると思うんですが、そういう形によって、別に第三者弁済をどういう範囲で今後、認めるというのにかかわらず、弁済するについて正当の利益を有する立場になることは可能ですが、そういった場合であっても、先にあげた弊害は発生するという点も含めて第三者相殺それ自体に関する弊害をどう防ぐのかという議論をお願いしたいと思います。」

2 総括

以上のような各委員の意見をまとめると、以下のとおりとなる。

- ① Aが倒産に瀕した会社など無資力であった場合において、Aの従業員が、Aに対する労働債権を確保しなければならないとき、Aの従業員は乙債権

に対して先取特権を有しているにもかかわらず、第三者による相殺がなされてしまうと、債権回収の原資がなくなってしまう（新谷）。

- ② 例えば、Aが銀行で、Bの甲債権が預金で、AからBに対して丙債権という貸金があった場合に、Aは基本的に甲債権と丙債権の相殺を期待しているところ、先に甲債権と乙債権が相殺されることによって、実質、A銀行には、丙債権という不良債権だけが残る、BはCから何らかの施しを受けることによって、事実上、相殺で使えなかったはずの資金が使える、Aにはまるまる不良債権が残るといったようなことにもなりかねない（三上）。
- ③ 民法の中で明文規定を置き、場合によっては倒産法の中でそれに関連する規定を設けるということが、規律の明確化ということでは望ましいのではないか（山本（和））。
- ④ 第三者による弁済の問題と平仄を合わせなければならない半面、弁済と相殺では問題状況が異なることにも留意しなければならない（山野目）。
- ⑤ 第三者による相殺ができる場合について、2つの絞りをかけるべき。一つは、第三者の範囲（弁済をするについて正当な利益を有する者）。一つは、債務者が無視力の場合の除外。

第5 意見

1 立法の必要性について

判例は第三者による相殺を否定するものの、第三者による相殺が認められてしかるべきというのは、物上保証人や抵当不動産の第三取得者のように、自らは債権者に対して債務を負担しているわけではないが責任を負っている場合については、これら弁済について正当な利益を有する者について、第三者弁済を認めるべきだということに基づいて論じられてきたものと思われる。

このような責任を負っている者については、責任を免れるために、AのCに対する乙債権を消滅させる必要性が高い。

この点、現行民法下においても、乙債権について、BがCやAとの合意により重疊的債務引受をした上で、Bが甲債権と乙債権を相殺することは可能であり、この場合、BのCに対する求償権が残ることとなる。また、甲債権に対する代物弁済契約として、BがAから乙債権を譲り受けることも可能であり、この場合、BのCに対する乙債権が残ることとなる。さらに、乙債権のためにBがAに対して甲債権を代物弁済することも可能であり、この場合、BのCに対する求償権が残ることとなる。このような重疊的債務引受や債権譲渡の方法により、第三者による相殺と同様の効果を得ることは可能である。

しかし、重疊的債務引受も債権譲渡も、Aの同意が必要だと思われる（B

とCとの合意による重疊的債務引受の場合でもAの受益の意思表示が必要だと思われる)。

したがって、Aの同意が得られない場合において、単独行為として相殺をなしうるBのメリットが大きく、責任を負っているような第三者においては、第三者による相殺を認めるべき必要性は認められる。相殺による簡易な決済という意義もある。

2 第三者の範囲について

上記のとおり弁済をするについて正当な利益を有する者などという一定の範囲の第三者においては、第三者による相殺を認める必要があるが、相殺を認めるべき第三者の範囲をどのように画するのか、問題が残る。

相殺を認めるべき第三者の範囲を画する困難さの点からすると、Aは、自らは倒産状態にない場合には、信義則上、甲債権によるBの代物弁済を承認しないことが認められない、と解することで第三者による相殺と同様の効果を得て、第三者による相殺は一切認めるべきでないという前掲中田教授の見解は傾聴に値する。

基本方針は、第三者による相殺が、第三者による弁済と利害状況が類似するとして、第三者による弁済に倣って第三者による相殺を認めている。

しかし、第三者弁済の場合、第三者は自らまず弁済（出捐）する必要があるのに対し、第三者による相殺は、出捐が不要である。しかも、第三者による相殺の場合、万が一相殺の効力が認められないとしても、自らの債権が復活するため、何らリスクはない。

このようなことからして、第三者による相殺を認めるべき必要性は、第三者弁済ほどには高くなく、第三者の保護の必要性に欠ける。

基本方針は、正当な利益を有しない場合であっても第三者弁済が可能だというように読めるところ、第三者弁済の必要性が乏しい場合にまで第三者弁済を可能とするものであり、第三者弁済を可能とする場面をあまりに広げすぎており、賛成できない。

3 無資力の場合について

法制審議会の議論でも述べられていたとおり、第三者による相殺を認めることによる最も大きな問題点は、Bによる相殺を常に認めると、Aが無資力の場合、Aに対する他の債権者との関係でBが優先することとなり（Bは、Aから債権回収ができなくとも、Cに対する求償権により債権回収することができてしまう。）、債権者間の公平が害されることである。特に、Aの従業員が、Aに対する労働債権を確保しなければならないとき、Aの従業員は乙債権に対して先取特権を有しているにもかかわらず、第三者による相殺がなされてしまうと、労働債権の回収ができなくなってしまう。

このようなことから、自働債権の債務者（A）が無資力の場合には、第三者による相殺が制限されるという見解も主張されており、傾聴に値する。しかし、無資力状態か否かの判断を民法の規定に盛り込むのは、詐害行為取消権との平仄を合わせるという意味でも困難を伴うものであり、慎重な検討が必要である。

4 債務者の相殺の期待について

法制審議会において、三上委員により述べられていたとおり、Aが銀行で、Bの甲債権が預金で、AからBに対して丙債権という貸金があった場合に、Aは基本的に甲債権と丙債権の相殺を期待しているところ、先に甲債権と乙債権が相殺されることによって、実質、A銀行には、丙債権という不良債権だけが残るといった問題点もある。

このように、Bによる甲債権と乙債権との相殺を許してしまうと、A銀行が抱く相殺期待を害してしまう。特にBが無資力の場合、A銀行にとって不測の損害となってしまう。

このような債務者（A）の相殺への期待を保護する必要性からすると、第三者による相殺は認めるべきでないこととなる。

5 結論

以上のとおり、第三者による相殺を認める必要性があるのは、第三者が正当な利益を有する場合であり、弁済をするについて正当な利益を有する者のみ第三者による相殺を認めるべきである。

また、自働債権の債務者が無資力の場合や債務者が相殺を期待しているような場合には、第三者による相殺を認めるべきではないとも考えられるが、そのような場合を規定化することは困難であるし、弁済をするについて正当な利益を有する者からの相殺であれば、相殺を優先することも許容しうるものとする。

そこで、以下のとおり改正案を提言する。

【3.1.3.23】（債務者以外の者による相殺）

相殺は、債権者に対し債権を有する第三者が、弁済をするについて正当な利益を有する場合にもすることができるものとする。

以上

相殺の効力（民法506）

第1 現行民法

民法506条

- 1 相殺は、当事者の一方から相手方に対する意思表示によってする。
この場合において、その意思表示には、条件または期限を付することができない。
- 2 前項の意思表示は、双方の債務が互いに相殺に適するようになった時にさかのぼってその効力を生ずる。

第2 法制審議会における問題設定

- 1 法制審議会における部会資料「民法（債権関係）の改正に関する検討事項（5）」は、「相殺の方法及び効力」を検討事項として挙げているが、概要は、以下のとおりである。
- 2 現行民法は、相殺の要件として当事者の一方による意思表示を必要とした上で（民法506I）、その効力が相殺適状の生じた時に遡及して生ずるとしている（同II）。現行民法が遡及効を認めたのは、①相殺適状にある債権債務については、当事者は相殺適状の生じた時点で既に清算されたものと期待するのが通常であることから、遡及効を認めた方が、このような当事者の期待に合致しているといえることや、②遅延損害金の率が異なる二つの債権を相殺する場合に、遡及効を認めなければ、意思表示の時期が遅くなることにより、一方当事者が多くの遅延損害金を支払わなければならないという不公平が生じることが理由とされる。

しかし、遡及効が生ずるとすると、既払いの遅延損害金の返還をめぐる処理が煩雑になることから、このような事態を防止するため、実務条は特約により、相殺の意思表示がされた時点で差し引き計算をするという処理がなされていることが指摘されている。このことからすると、前記①の当事者の期待は、必ずしも保護の必要性が高いものとは言えず、むしろ、相殺の意思表示がされた時点で相殺の効力が生じるという考え方の方が簡便な決済を実現できることから、当事者の期待に合致するということもできると考えられる。また、前記②の当事者間の不公平については、相殺適状になれば両当事者はいつでも相殺することができるのであるから、相殺の効力が生ずる時期が遅れることにより不利益を被りうる当事者は、相殺適状となった後直ちに相殺の意思表示をすればよく、相殺に遡及効を認めなければならない理由としては必ずしも説得適ではない。

また、相殺の遡及効を認める考え方は、相殺の要件として当事者の意思表

示を必要とする現行民法の考え方（意思表示主義）と必ずしも親和的ではなく、相殺適状になると当然に相殺の効果が生じるという考え方（当然相殺主義。フランス法の立場）と親和的であることも指摘されている。

これらの理由から、現行民法が相殺に遡及効を認めているのは必ずしも合理的とは言えないとして、相殺の意思表示がされた時点で相殺の効力が生ずることとすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

比較法としては、近時の諸外国の立法例等において、意思表示により相殺の効力が生ずるとしつつ、相殺通知の時に債権が消滅するという考え方を採るものが見られるということが指摘されている（スカンジナビア諸国の立法例ほか、ユニドロワ国際商事契約原則第8.5条(3)等、ヨーロッパ契約法原則第13:106条（後記（比較法）の項目参照））。

第3 現行民法の解釈

遡及効の肯否は、解釈問題を前提としたものではないため、遡及効の肯否について言及した判例・学説はないといえるが、参考となると思われる判例を挙げる。

1 判例

大判s8.1.31（民集12巻83頁）は、連帯保証人が債権者に債権の存在を主張して訴えを提起したのに対し、債権者が連帯保証債務と相殺する旨の抗弁を主張したところ、連帯保証人が債権者の相殺の意思表示の前に主たる債務者に対する債権が消滅時効にかかっているから相殺の抗弁は失当であると主張したのについて判断する際に、遡及効の趣旨についても触れている。

具体的には、「取引ノ實際ニ於テハ相殺ヲ為シ得ヘキ債権者ハ何時ニテモ自己ノ債権債務ヲ消滅セシメ得ヘキ地位ニ在ルカ故ニ未タ相殺ヲ為サルモ恰モ既ニ相手方ニ対シ債権ヲ有セス債務ヲ負担セサルカ如キ觀念ヲ有スルヲ通常トシ其ノ結果自己ノ債権ノ行使ヲ怠ルコトアルヘキハ免レ難キ所ナリトス於茲民法第五百八条ハ斯カル觀念ノ下ニ債権ノ行使ヲ怠ルヘキ虞レアル債権者ヲ保護シ其ノ債権カ不行使ノ結果時効ニ因リ消滅シタル後ト雖之ヲ以テ消滅前之ト相殺適状ニ在リタル相手方ノ債権ニ対シテハ相殺ヲ為スコトヲ得セシメタルモノトス」として、遡及効の趣旨を説明している。

2 学説

一般に遡及効が認められる意義や内容についての説明がされるのみで、特に遡及効を否定すべきとの見解はないと思われる。これは、今回の改正

がこれまで判例や学説上争点となる性質のものでないからである。

第4 比較法（民法（債権関係）の改正に関する検討事項（5）より引用）

1 ドイツ

ドイツ民法 389 条（相殺の効力）

相殺は、相互に対立する債権が相殺に適するようになった時点において、その対当額について消滅したのものとして、その効力を生じる。

2 フランス

フランス民法 1290 条（当然の相殺）

相殺は、債務者が知らない場合であっても、法律上当然に法律の力のみによって行われる。二つの負債は、同時に存在している時は直ちに、それぞれの分量を限度として相互に消滅する。

3 その他、相殺に遡及効を認めない立法例等

西ヨーロッパで、方式自由な相殺の宣言を必要とするが、相殺に遡及効を認めない唯一の法制度を採用しているのは、北欧諸国である。具体的には、スウェーデンについては、Lindskog, Kvittning 533ff., 526, デンマークについては、Gomard III, 207, フィンランドについては、Aurejarvi & Hemmo 183。この点でいささか驚かされるのは、スウェーデンおよびフィンランド法もまた、ドイツ民法 390 条 2 項を反映した準則を知っているということである（ドイツ民法 390 条 2 項〔2002 年 1 月 1 日以降は、民法 215 条〕は、「時効にかかった債権が反対債権と相殺可能であった時点で時効にかかっていなかった場合、その債権の消滅時効は相殺を妨げない」としている）。時効法 10 条および 1868 年の時効に関するデクレ 5 条。これは、スウェーデン法における相殺の一般的な将来効と一致しないのであり、その結果として、批判の対象となっている。これについては、Lindskog, Kvittning 115ff. を参照。デンマーク法については、Gomard III, 207 を参照。しかしながら、同一の法律関係から生じる債権については、相殺は一定の局面で遡及効を有している。すなわち、利息は、2 つの債権が互いに相殺に適した状態となった時点から起算される。また、相殺の宣言がされる前に自働債権が時効にかかったときでも、相殺は排除されない。これについては、Supreme Court, Ugeskrift for Retsvaesen 1956, 977 および Gomard III, 207 を参照。イングランド法（おそらくは、アイルランド法も）もまた、相殺に対して将来に向けた効力しか認めない。ドイツおよびオーストリアでは、相殺の遡及効は、最近では批判されるようになっている。これについては、P. Bydlinski, (1996 196) AcP 281ff. : Dullinger 174ff., 182ff. : Zimmermann, Fs. Medicus 721ff. 相殺の遡及効は、説得

力のある合理的な根拠に基づくものというよりは、むしろ、相殺の法上当然の効果に関するユスティニアヌス法典（Inst. IV, 6, 30. さらに、C. 4, 31, 14 も参照）の曖昧な表現に基礎を置いたユス・コムーネ（ius commune）の思考モデルを熟慮せずに継続したことによるものである（Zimmermann, Fs. Medicus 724; Pichonnaz, (2000) 68 TR 541ff. も参照）。相殺の将来効は、きわめて自然な準則であり、十分に満足のゆく結果をもたらすように思われる。（以上、オーレ・ランドーほか編、潮見佳男ほか監訳『ヨーロッパ契約法原則Ⅲ』（法律文化社、2008年）126頁）

4 ユニドロワ国際商事契約原則

第8. 5条（相殺の効果）

- (1) 相殺は相互の債務を消滅させる。
- (2) 両債務の金額が異なるときは、相殺は、少ない方の債務の金額の限度で債務を消滅させる。
- (3) 相殺は、相殺の通知の時点から効果を生ずる。

5 ヨーロッパ契約法原則

13：106条 相殺の効果

相殺は、通知の時点から、両債務を対当額で消滅させる。

14：503条 相殺に対する効果

債権は、その時効期間が満了しているときであっても、相殺に供することができる。ただし、債務者がそれ以前に時効を援用していたとき、または、相殺の通知を受けてから2ヵ月以内に時効を援用したときは、この限りではない。

第5 「債権法改正の基本方針」（別冊NBL126号186頁）

1 試案

【3.1.3.25】（相殺の効力）

- 〈1〉相殺の意思表示が効力を生じたときは、その意思表示をした者および相手方が互いに負担する債務は、その時に対当額について消滅するものとする。
- 〈2〉債務者でないものが相殺をする場合において、その意思表示をした者に対し債権者が負担する債務及び債務者が債権者に対し負担する債務は、その時に対当額について消滅するものとする。

2 提案理由

(1) 要旨

相殺の効力を定める現民法506条2項がとる相殺の遡及効の考え方を変更し、相殺により債務は相殺の意思表示の時に消滅するものとする

趣旨である、自働債権と受働債権の遅延損害金の利率が異なる場合においては、相殺適状充足後で相殺の意思表示がなされるまでの間に現に支払われた遅延損害金について簡便な法律関係処理をもたらすのは、むしろ遡及効の考え方をとらない構成の下においてであると考えられることなどによる。

(2) 解説

民法（債権法）改正検討委員会編「詳解債権法改正の基本方針Ⅲ契約および債権一般(2)50頁以下」は、以下のとおり、上記提案について解説する。

ア 問題の位相

相殺の遡及効は、本来は当然相殺主義に親和的な考え方であり、そうではなく意思表示による相殺の構成を取る限りは、それにも関わらず、遡求効を採用することについては特段の理由付けを要するものと考ええる。

イ 相殺の遡及効

(ア) 遡及効の意義に関する説明の変遷

当初の説明は、「意思表示を恣意的に遅くする当事者が不当な利益を貪る」（梅健次郎博士）というものから、相殺適状が生じたことに伴う相殺への合理的期待に根拠を求めるもの（大判 s 8. 1. 31（民集 12 卷 83 頁））へと変遷した。

意思表示を恣意的に遅くする当事者が不当な利益を貪るという問題については、そもそも、これが不当と評価できるか自体について評価分けられると考えられる。不当であるとしても、不利益を被ることになる当事者の方から相殺することによって不利益を回避することができる。

また、当事者の相殺への期待はもっともなものであると評価できる。しかし、既払いの附帯金の処理について煩瑣な事務処理が必要となることの弊害が大きいと評価するならば、相殺への合理的期待を重視する原理のもとにおいても、遡及効を廃止する選択は成立可能である。

(イ) 遡及効を認めることの弊害

自働債権と受働債権の遅延損害金の利息が異なる場合においては、相殺適状充足後で相殺の意思表示がなされるまでのあいだに現に支払われた遅延損害金について簡便な法律関係処理をもたらすのは、むしろ、遡及効の考え方をとらない構成のもとにおいてであると考えられる。すでに銀行取引実務上は、相殺の意思表示をした時点で

差引計算をする実態が看取されるところであり、遅延損害金の全部または一部が未払である場合も含め、相殺の意思表示をするに際しての対当額の計算事務が的確に行われる限り、遡及効を廃することにより実際に即した解決が得られる。

また、遡及効を認めることにより、一般の法律関係理解に誤解を生ぜしめている例として、やや特異な事案として、賃料不払に対し貸貸人が賃貸借契約を催告解除した事案において、原審が「賃貸借の解除・・・より後になされた相殺の意思表示によって解除の効力を争うことはできない」と判示したのに対し、上告理由は、「原審は唯漫然と賃料の催告期間後になした相殺の意思表示は無効である旨判示」したものと理解するものがみられる（最判 s 43. 10. 31（民集 22 卷 10 号 2350 頁））。

（ウ）遡及効廃止の法制上の表現

相殺の効力は、意思表示の基本原則に従い、相殺の意思表示があった時に、その効力画商時、それまでに生じた遅延損害金などを含めた計算により、対当額における債権消滅という効果を生ぜしめるものとするのが相当である。そして、このように、意思表示による法律関係の変動が意思表示のときに生ずることは、意思表示の基本原則であると考えられるから、以上に述べる立法指針を採用する場合において、それは、単純に現民法 506 条 2 項を削ることにより表現されるべきものであるとも考えられる。しかし、法律関係の従来の扱いを原理的に変更するものであるから、そのことを明示する規定を設けるほうがよいとみることもありうることである。

第 6 法制審議会における議論状況

1 法制審議会における各委員の発言は以下のとおりである。

○能見委員 後の方の問題からで申し訳ございませんが、相殺の遡及効について、この点はある意味で一番大きな改正の提案なんだろうと思いますけれども、この点について意見を述べたいと思います。ここに書いてある既払いの遅延損害金の処理が複雑になるのを防止するために、後で差引計算をするという実務の処理については、私は知りませんが、これを見たときに感じたこととしては、普通の預金者が銀行に預金を担保にしてといたしますか、銀行の方からすれば相殺ができるということで、貸付けをする場合が考えられますけれども、こういう場合においては、銀行の方の貸付利息の方が当然高くて預金債権の利息の方が低くて、こういう場合であっても現行制度であれば、相殺の遡及効によって貸付けの

利息の方が高い差額分を、預金者の方は取られることがないわけですが、しかし、相殺の遡及効を認めない新しい制度になりますと、相殺の意思表示というのは預金者の側から早くやらないと、どんどん差額分がかさんでしまうということになります。銀行の方も相殺適状になれば恐らくそれほど待たないで相殺の意思表示をしたいと思いますけれども、理論的な問題としては、相殺の意思表示が遅れると、遅延利息の異なる2つの債権間においてその差額分が増えていく、それを許容するという制度は、適当なのか、という問題になると思います。先ほどの例で言えば、預金者の方で早く相殺をしなくてはいけないという、そういうルールということになります。後の説明にも、そういう場合には不利益を受ける方が早く相殺すればいいんだということが書いてあったと思います。

ただ、新しいルールが決まればそのような対応ができるのかもしれないけれども、普通の預金者が銀行から借りたときに、いつ、相殺すればいいのかというのは、なかなか、そう簡単には分からないこともあるでしょうし、心理的ないろいろな問題もあって、相殺をして自分の預金と貸付債務を帳消しにすることで債務を支払うとこと、すなわち預金で借りた債務を弁済するということになかなか思い至らないこともあるでしょう。そういう場面で預金者が不利益を受けるのではないかということに危惧いたします。今のような例をもとに、他の経済取引その他いろいろな場面で使われる相殺について、すべておかしいというわけではありませんけれども、遡及効を認めることが適当でない場合があることは考えておかななくてはいけないのではないかと思います。そういう意味では、相殺の遡及効をなくすということについては、少し慎重に検討した方がいいと思います。

○西川関係官 今の能見先生の御意見に賛同するものでございまして、やはり一般的には利息なり、損害金の利率というのは事業者の債務については低いし、消費者の債務については一般的に高いという状況があるんだと思います。そういう意味で、やはり消費者の利益という観点からは遡及効を認めないというのは、慎重な判断が必要だろうと思います。

その点、例えば今の実務で遡及効が制限されていることが多いというような反論があるのかもしれませんが、これについても民法の原則が遡及効を認めるということであれば、遡及効を認めないというようなものが、場合によっては消費者契約法上の問題となり得るかもしれないわけですけれども、民法の原則が遡及効がありませんということだと、このような消費者契約法上のアプローチがそもそもできなくなります。そういうことを考えると、実務で実際に遡及効を制限されているという合意

が多いからといって、遡及効を廃止してもいいとはなかなかならないのではないかと、そう考えております。

あと、遡及効の問題に関連する論点の一として、もう一つ申し上げたいのは、時効消滅をした債権を受働債権とする相殺、これについてもやはり消費者と事業者を比べると、当然、事業者の方が法律関係には一般的に明るく、司法アクセスというのも事業者の方が得意ですから、事業者が自分の債権はきちんと時効を中断したけれども、消費者の債権はいつの間にやら時効でなくなっていたという場合がやはり考えられるわけでございます。そう考えると、民法508条の方についても、なくすということについては、慎重な判断をしなければならないのではないかと考えている次第でございます。取りあえず、その2点を申し上げたいと思います。

- 奈須野関係官 今の西川さんの意見と大体同じなんですけれども、商取引上は継続的な契約関係において相互に債権が発生する場合には、定期的に相互の債権債務を集計して、合意に基づく相殺で多くの債務を負う側が支払うという運用を一般に行っております。その際に、いただいた資料でいくと、既払いの遅延損害金等の処理を行わなければいけないと、これが煩雑であるという御指摘がありますけれども、実務上は余りこのような遅延損害金等の処理は行っていないというのが実態でございます。

むしろ、この遡及効が認められなくなることによって、もちろん、これは任意規定なので、当事者間で別の定めをすることが可能だとは思いますが、一般的に考えますと、民法の基本ルールが変わったということになれば、立場の強い側が有利に任意規定の方を直しにかかってくるということが想定されますので、そうすると、先ほどの消費者保護あるいは中小企業の保護の観点から、現状の実務については大きな影響があると考えられます。したがって、遡及効の見直しには反対いたします。

- 岡(正)委員 遡及効と消滅時効した債権の相殺の2点につき意見を申し上げます。まず相殺の遡及効です。最初の方でした民法をオートノミーにするのか、パターナリスティックにするのかという議論にさかのぼっていくのかなという印象を持っておりますが、遡及効についてはやはり公平観念から遡及効があった方がいいのではないかと思います。意思表示があったところで債務消滅の効果を生じさせればよい、不利になる人が出るというがその人が早く意思表示をすれば不利はないではないかという議論がありますが、そういう自立した合理的な人間をイメージすれば、

それほど不都合はないのかもしれませんが、弁護士が通常接している消費者とか、普通の人を念頭に置くと、それほどきばきと早々と合理的に相殺の意思表示をする人ばかりではありません。それを考えると、今回の意思表示時期に効果が生じるというのを原則にするというのは、何か民法の商事法化ということと言う人もおりますけれども、余りに合理的な通常人を念頭に置いたようなルールにしようのではないかと思います。

日本人がもっとみんなが合理的な人であれば、そのルールでもいいのかもしれませんが、今の世の中でそういうことに切りかえていいのかと思います。民法がどういう人を念頭に置くのかということに絡むのではないかという議論をしております。最終的には今まで100年間、遡及効できているし、相殺の意思表示をなかなか早々にできない人もかなりいるという事実を踏まえると、遡及効を維持すべきであると思います。ただもちろん当事者間の特約で意思表示時にするというのは認めて結構だと思います。なおその場合でも先ほどの金利の差があるような場合で意思表示時期が不当に遅いときは、権利濫用で、調整するということは考えるべきだと思います。結論として、今の日本、消費者が非常に多いことを前提にすると、遡及効を支持するという意見の方が多くございました。

次に、消滅時効の完成した債権による相殺についてです。消滅時効が完成したんだからその前に相殺適状になったからといって、時効中断を怠った債権者の方が悪いんだという考え方、あるいは時効というのは領収書などの書類保管義務などのくびきから解放してあげる合理的な制度だと、時効完成というのは不道德な制度ではなくて一種のスピーディな取引社会を確保するための合理的な、経済的な制度だ、権利だという考え方から、相殺できなくするという提案が出ているのではないかと思います。そういう大きな観点から提案というのは理論的には一つの合理的な制度だと思いますが、今の日本の民法としてこれを入れるのは、プラスマイナスを考えると不公平、かわいそうな事態の方が多いのではないかと、思います。

○山野目幹事 4点に分けて意見を述べさせていただきたいと考えます。

一番目は相殺の要件の明確化のところでございますが、これに関して三上委員が問題提起をされたこと、つまり、債権者のために期限の利益がある場合もあるではないか、その場合についての従来理解を変更してもらうのは困る、というお話については御指摘のとおりでありまして、そこは変わらないんだと私も考えております。

2点目でございますけれども、第三者による相殺の可否の問題に関しては、議論の進め方として留意が必要でありますのは、本日、休憩の前に御議論があった、第三者による弁済の問題と一定のらみ合いをしながら議論をしなければいけない部分と、しかし、弁済と相殺では問題状況が異なるという事項と、両方に注意をしながら引き続き御議論を続けていただきたいというように考えます。第三者の相殺について、無制限にそういうものを認めようという提案はされていないわけでありますので、どう絞るかということを手本和彦幹事から御指摘があった倒産の局面なども視野に含めながら、更に御議論いただければ有り難いと考えます。

3点目でございますが、遡及効の問題について、それぞれのフィールドから関係官が御指摘になった危惧は、それぞれ理解をすることができます。反面、部会資料において指摘されているような観点というのも、議論としてあり得るというように考えますから、これも何をデフォルトルールにするのが適当かという事務局の御説明のとおりでありまして、遡及効の採否、それぞれにおける得失を引き続き御議論いただければ有り難いと考えます。

4点目でございますが、民法508条の関係で、これは三上委員の御指摘に同調するものであります。時効についての議論の帰すうが見えてきてから、また御議論していただきたいとお願いするものであって、取り分け508条の改正に慎重で、今のままでもよいではないかという御意見が、そういうニュアンスの御意見があると聞こえましたが、今の508条の法文自体が細部を見ると、法律的解決がはっきりしていないところがあると感じます。判例が消滅時効の法的構成について不確定効果説を完成する前に練られた文言で現行法は作られているものでありましょうが、そこに問題があるともみえますから、508条全般の見直しの中で、ここで提案されているようなことも一つの可能性として視野に置きながら、御議論いただきたいというように考えるものでございます。

○道垣内幹事 不法行為に移ったところで、元に戻して申し訳ないのですけれども、先ほどから出ております相殺の遡及効の問題と、あと、2の(1)にあります相殺の要件の明確化というものの関係なんでございます。能見委員が最初におっしゃった例がすごく私は気になっておりまして、つまり、消費者が銀行からお金を借りていて、遅延損害金が発生しているところ、他方、消費者が銀行に対して定期預金を持っているというふうな場合を考えるわけですが、このときは、定期預金について期限の利益を銀行が放棄することができるとしても、放棄するまではやはり相殺適

状ではないのではないかという気がするのです。そうすると、遅延損害金はやはりずっと発生していて、相殺の意思表示をするようなときになって、やっと相殺適状が発生して、かつ遅延損害金の発生も止まるということになり、消費者保護にはならないのではないかという気がするのですが、その辺は私の理解がおかしいのでしょうか。

それで、そのことが仮に私が申し上げているように、双方の債務が弁済期にあるというのが飽くまで相殺適状の要件であって、しかし、受働債権の弁済期は到来していない場合でも、例えば期限の利益を放棄することによって、その相殺が認められるのだと考えますと、それは実は相殺の要件を変えているわけではなくて、ただ、単にそういう方法もありますよということをきちんと書いておくという話なのではないかという気がします。そうではなくて、相殺する側が、受働債権の弁済期が到来していないけれども、それは放棄できるのだから、放棄可能時から相殺適状にあって、遅延損害金が発生しないというのは、私には疑問です。現在の判例法理自体の理解が私に不十分なのかもしれませんけれども、お教え願うか、あるいは要件との関係で効力のところをどうするかということ、例えば遡及効を維持することになれば、それが要件のところとどう結びつくのかということについて、併せて御検討いただければという気がいたします。

○鹿野幹事 3点ほど意見を述べさせていただきます。

第1点は、今、道垣内幹事も言及された相殺の要件のところ、先ほど三上委員からも御指摘があったとおり、通常は債務者は期限の利益を放棄できるとしても、例外的には、できない場合、あるいは少なくとも無条件ではできない場合があるということも考えなければなりません。また、もう一方で、資料に掲げられたご提案の理由は、債務者は通常は期限の利益を放棄して双方の債権を相殺適状に至らしめることができるのであるから、ということにあるのだと思いますし、現在の規定でもそれは可能です。そうだとすると、結局、現在の規定をこの要件に関しては変える必要はないのではないかと思うのです。自働債権の弁済期が到来した場合、受働債権については原則的に期限の利益を放棄して相殺適状を生じさせて相殺をすることができるという旨をより明確化することは考えられるかもしれませんが、それで十分なのではないかと考えます。

それから、第2点は、遡及効に関してです。双方の弁済期が到来し、正に相殺適状にあるという互いに対立する債権があるけれども、遅延損害金の定めが約定により異なるということはあるのだろうと思います。こ

の場合、資料にも指摘されているところの、相殺適状にある債権債務が清算されているという当事者の期待という点もさることながら、当事者間の公平ということも考えますと、やはりデフォルトとしては遡及効を認めた方がよいのではないかと思います。その上で、意思表示の時点を基準にして清算をする旨の特約など、現在取引上しばしば用いられていると聞く別段の特約があった場合については、その特約の効力の問題として処理すれば足りるのではないかと思います。

それから、第3点としては、関連論点としての相殺と時効というところでは、既に御指摘があったように、そもそも時効をどのように制度設計するのかということにかかわると思いますので、そこで改めて議論すればよいとも思うのですが、一言だけ申し上げます。御提案には、およそ508条を廃止して、むしろ、時効を優先するということが、現行法からの大きな価値転換が含まれているように思います。しかし、このように時効を優先することが果たして妥当なのか、むしろ、相殺という制度自体に含まれていた当事者の期待ないし当事者間の公平という観点を、それほど考慮しなくてもよいということになるのかということが、気にかかっているところです。これについては、また、時効のところで発言させていただければと思います。

○松本委員 遡及効のところなんです、タイプを二つぐらいに分けた方がいいのではないかという印象を持っています。一つは言わば預金債権を担保にして銀行が貸付けをしているとか、あるいは両建て預金をやっているとかいった、最初から見合いになっているような場合に、遡及効が最初から発生しているという議論は、多分、余りなじまないのではないかなと思うんです。

しかし、見合いではなかったのが、何らかの拍子に結果として相殺が可能なような債権を取得していたというような場合であれば、遡及効を認める方が公平な場合も、かなりあるのではないかという感じがしますから、一律のルールにはなじまないのではないかと印象です。担保として取っているような場合には、ここで書いてあるように、相殺の意思表示がされた時点で清算をするというのが、多分、普通だろうと思うんですね。定期預金をさかのぼって解約して、何とかというようなことはしないだろうと思います。実務の話ですが。

2 以上をみると、遡及効を維持する見解が多いように思われる。遡及効を認める必要性としては、一般人がみな合理人とはいえないこと（民法の意義）、消費者法からのアプローチの余地を残すことができること、実務の現状は特約で対応可能であること等が挙げられている。

第8 実務家の見解

- 1 大阪弁護士会は、「債権法改正の基本方針」の試案に反対である。

同会は、意思表示の基本原則や銀行取引実務の点からすれば、遡及効の廃止にも理由があるように思われると一定の理解を示しながら、他方にとって、(事実上の障害などによって) 有利な時期に相殺の意思表示がなされるという不公平を招くおそれがあることを理由に反対している。

また、転付債権がその後の第三債務者による相殺によって消滅する場合、差押え債権者が弁済を受けたことにならない根拠として遡及効が挙げられることがあったが、「債権法改正の基本方針」の試案はこれをどのように説明するのかという疑問も呈している(判例は無制限説(最判 s 51. 11. 25 民集 30 卷 10 号 939 頁))。

- 2 また、東京弁護士会も同様に試案には反対の意見である。

同会は、以下のとおり、理由を述べる。

(1) 相殺制度に期待される機能として、一般的には、①簡便な決済機能、②決済において当事者間の公平を図る機能、③担保的機能の3つがあると考えられている。

現行民法506条2項は、相殺の遡及効を肯定する。このように、現行民法が相殺

適状時に相互に債権・債務が消滅したものとして遡及的な計算をする理由は、決済において当事者間の公平を図るためである。

これは、すなわち、各当事者が負う債務の遅延損害金の利率が異なる場合、偶々意思表示の時期が遅くなると、一方の当事者が多くの遅延損害金を支払わなければならないとなり不公平であり、相殺適状が生じた時点で債権債務が対当額において消滅するという、当事者の相殺への合理的期待を保護しなければ、当事者間の公平を欠くことになるという趣旨に基づくものである。

したがって、現行民法506条2項のとり相殺の遡及効を肯定する考え方を変更するには、相殺の遡及効を否定しても当事者間の公平を欠くことにはならないという取引社会の実態が現に存在すると認められるか、または、相殺の遡及効を肯定することによる弊害が現に生じており、その弊害の程度が当事者間の公平を図るといふ相殺制度の機能を犠牲にしてでも遡及効を否定することにより防がなければならない程度に達していることが必要である。

しかし、実務的観点からすると、そのような実態が存在するとは認められず、また弊害が発生しているとも言いがたい。

(2) 確かに、相殺適状が生じた時に直ちに相殺の意思表示をすれば良いとも思われる。

しかしながら、一般の消費者や個人事業者等に、利息制限法等に注意しつつ自己の債権債務の管理を適切に行うことを必ずしも期待できず、消費者等は相殺適状が生じていること自体に気付かないことも少なくない。このような消費者等を保護すべき必要性は否定できない。

(3) また、相殺をする場合の銀行取引実務については、東京地裁破産再生実務研究会著「破産・民事再生の実務（新版）破産編Ⅱ」156ページでは、「届出債権者が破産財団に対して破産手続き開始前に生じた債務を負担しており、相殺が可能であるにもかかわらず相殺をせずに債権届出をしてきた場合は、将来相殺がされると遡及効によって債権額が減少することから、破産管財人は相殺予定額について異議を述べることになる、とされている。

さらに、金融機関が破産手続き開始後に破産財団に属する預金について相殺権を行使した上で債権届出をする場合、銀行取引約定で相殺実行の日までの利息・損害金を請求できる規定がある場合でも、相殺の遡及効を主張して相殺適状後の利息・損害金について異議を出した破産管財人に銀行取引約定の効力を対抗できない、との判例がある（東京地判昭47.6.28金融法務事情660号27頁）。

それゆえ、仮に相殺の遡及効を否定する改正を行うならば、破産手続実務にも大きな影響が出ることになる。破産手続において、相殺の意思表示時点で差引計算をする銀行の利益は、他の利益や公平を図る要請を犠牲にしてまで守らなければならない利益であるとは考えられない。

したがって、相殺の効力につき、民法506条2項がとる相殺の遡及効を肯定する考え方を変更すべきではない。

3 他会においても、反対とする意見が多い。

第9 私見

1 結論

遡及効の廃止には反対である（現行民法505条及び506条は維持すべきである。）。理由は以下のとおりである。

2 理由

(1) 遡及効が採用された理由（以下「採用理由」という。）は次の3つである（潮見佳男「債権総論Ⅱ[第3版]」349頁）。

- ① 遡及効を認めるのが、当事者の通常の意味に沿う。
- ② 相殺は双方の債務を簡便に消滅させるための制度であるから、この目的を達成するためには相殺適状時に相殺の効力を生じさせるのが適当である。
- ③ 遡及効を認めることにより、狡猾な当事者が相殺の意思表示を遅らせて利得をしようとするのを防ぎ、かつ、相殺の効果を当事者の意思表示にかからせたこととの調和も図ることができる。

①について、廃止論は、実務上、相殺適状から相殺の意思表示までに支払われた遅延損害金の処理が煩雑になることを防止するために、特約で相殺の意思表示がされた時点で差し引き計算をするという処理がなされていることが指摘し、採用理由①の当事者の通常意思とはいえないとする。

しかし、上記の実務上の要請による遡及効廃止の必要性と後述する採用理由③の観点による遡及効維持の必要性とを比較すると、遡及効維持の必要性の方が高いといえる。

また、現状、既払の遅延損害金の処理は、特約によって処理できているのであるから支障はないといえる。

- (2) 遡及効を維持すべき最大の理由は採用理由③である。すなわち、遡及効を認めなければ、遅延損害金の利率が異なる2つの債権を相殺する場合に、一方当事者が多くの遅延損害金を支払わなければならないという不公平が生じる。

一般的に、利率は事業者の債務については低く、消費者の債務については高いという状況があるということである。典型例は、銀行と預金者（貸付利率の方が預金債権の利息より高い。）のような債権回収に関する情報量の差がある当事者間での相殺である。確かに、相殺は、このような当事者間でのみ問題となるものではないが、このような不都合が生じる当事者関係があることは看過できない。

この点について、廃止論は、相殺適状になれば両当事者はいつでも相殺することが出来るのであるから、相殺の効力が生ずる時期が遅れることにより、不利益を被りうる当事者は、相殺適状となった後た直ちに相殺の意思表示をすればよく、相殺に遡及効を認めなければならない理由としては説得的ではないとする。

しかし、当該論理は、相殺についての情報を集められる人や合理的な通常人でなければ、成り立たないものである。採用理由③があるのは、まさに、ここに理由があるといえる。一般人について網羅的に適用される民法を合理的な通常人を念頭において規定とすることはできない。

また、消費者契約法による消費者保護のアプローチの余地もなくなる。
この点については、特約等によって解決を図ることが可能な廃止論の根拠とは異なり、事実上の救済も困難である。

(3) 時効消滅した債権による相殺との関係

現行の規定は、時効消滅した債権がその消滅以前に相殺適状となっていた場合に、同債権を自働債権として相殺することを認める（民法508条）。これは、相殺適状にある債権を有する者は、大抵、その債務関係が決済されたものと考えるのが常であるから、この信頼を保護するというのが同規定の趣旨である。そして、同規定は、時効完成時と相殺適状となった時期の先後を問題としている。

この点、遡及効の廃止論は、現行民法508条を基本的には維持するものとしながら、遡及効を廃止することとの整合性を図るために、下記のような、時効消滅した債権の債務者が履行を拒む旨の意思表示していたとき（時効を援用する旨の意思表示していたとき）には相殺できないものとしたり、相殺の意思表示を受けた後1ヶ月以内に時効を主張する意思表示をした場合には相殺の効力を生じないものとしたりする規定を検討している（民法（債権法）改正検討委員会の基本方針）。

記

【3.1.3.27】

（債権時効によって履行拒むことができる債権を自働債権とする相殺）

〈1〉債権時効によって履行を拒むことのできる債権の債権者は、その債権をもって相殺をすることができるものとする。ただし、債務者が履行を拒む旨の意思表示していたとき〔債務者が時効を援用する旨の意思表示していたとき〕は、この限りでないものとする。

〈2〉〈1〉ただし書の意思表示をしていない債務者が相殺の意思表示を受けた後1ヶ月以内に債権時効を主張する意思表示をした場合は、〈1〉の相殺は、効力を生じないものとする。

しかし、このような調整は、相殺の効力を時効を主張しうる債務者の意思にかからしめる点において、不確定要素がある。廃止論は、時効を援用出来る期間を相殺の意思表示後1ヶ月以内に限定することによって、不確定な部分を解消しようとするが、1ヶ月もの間、相殺の効力が確定しない状態が続くことは、債権者にとって、決して簡便円滑な債権債務関係の清算であるとはいえない。これは、廃止論が遡及効を廃止する理由として指摘する遡及効を廃止することによってより債権債務関係の処理を簡便化するというものとも反するともいえる。むしろ、時効消滅以

前に相殺適状になっていたという客観的な事情を相殺の肯否の基準とする方が簡便な精算に資するし、予測可能性という面からも当事者によってメリットがあるといえる。

また、規定自体も複雑な構造とであり、わかりにくいものといえる。

以上

不法行為債権を受働債権とする相殺（民法509）

不法行為債権を受働債権とする相殺（民法509）

第1 現行民法

民法509条

債務が不法行為によって生じたときは、その債務者は、相殺をもって債権者に対抗することができない。

第2 法制審議会における問題設定

- 1 法制審議会における部会資料「民法（債権関係）の改正に関する検討事項（5）」は、「不法行為債権を受働債権とする相殺」を検討事項として挙げているが、概要は、以下のとおりである。
- 2 民法509条は、不法行為により生じた債権を受働債権とする相殺を禁止する。その趣旨は、①被害者に現実の給付を得させることによる被害者の保護と②不法行為の誘発の防止にあるとされている。しかし、①については、財産上の損害である場合には必ずしも妥当しないし、②については、故意による不法行為の場合だけを禁止すれば足りると考えられることから、同条による相殺禁止の範囲が広すぎるのではないかと批判されている。そこで、少なくとも、上記①及び②の趣旨が妥当しない場合には、相殺により簡易な決済が認められるようにすべきとの考え方が提示されている。

このような考え方に立ったうえで、不法行為債権を受働債権とする相殺を認めるべき場合または禁止すべき場合について以下のような考え方が提示されている。

[A案] 民法509条を維持した上で、当事者双方の過失によって生じた同一事故によって、双方の財産権が侵害されたときに限り、相殺を認めるという考え方

[B案] 民法509条を削除し、以下のいずれかの債権を受働債権とする場合に限り、相殺を禁止するという考え方

- (1) 債務者が債権者に損害を生ぜしめることを意図してした不法行為に基づく損害賠償請求権
- (2) 債務者が債権者に損害を生ぜしめることを意図して債務を履行しなかったことに基づく損害賠償請求権
- (3) 生命または身体の侵害があったことに基づく損害賠償請求権（(1)及び(2)を除く。）

- 3 A案、B案ともに、上記①及び②の趣旨が妥当しない場合にまで相殺が

できなくなるとして、相殺禁止の範囲が広すぎるのではないかという批判をふまえつつ、不法行為により生じた債権を受働債権とする相殺の禁止を一定の場合に限定しようとするものである。

A案（研究会試案）は、当事者双方の過失により同一の事実から生じた双方的不法行為による損害賠償請求権については、民法509条の趣旨がだとうしないことから相殺を禁止する理由がないとして、この場合には相殺を認めるべきであるとするものと考えられる。B案（「債権法改正の基本方針」試案）は、民法第509条が相殺を禁止する理由である前記の①及②が妥当する場合である(1)から(3)までの債権を受働債権とする相殺を禁止すれば足り、その趣旨が妥当しない場合については、広く相殺を認めるべきであるとするものと考えられる。

なお、債務不履行に基づく損害賠償請求権を受働債権とする相殺（B案(2)）が民法509条の適用を受けるかという点については、現行法上見解が対立しているところであり、B案は(2)の限度で相殺が禁止される旨を明文化することを併せて提案している。他方、A案を採る場合にも、債務不履行に基づき発生した債権を受働債権とする相殺の可否等が別途問題となりうる。

第3 現行民法の解釈

1 判例

- (1) 大判昭和3.10.13（民集7巻780頁）は、受働債権が不法行為債権であり、自働債権も不法行為によって生じたものである場合、相殺は許されないと解している。その論拠は、「民法第五百九条ニヨレハ「債務カ不法行為ニ因リテ生シタルトキハ其ノ債務者ハ相殺ヲ以テ債権者ニ対抗スルコトヲ得ス」ト規定シ其ノ債務者カ相殺ヲ以テ対抗スヘキ反対債権ノ原因如何ニ付何等制限スルトコロナク又之ヲ制限スヘキ理由モ存セサルモノト認め得ルヲ以テ同条ハ不法行為ニ因リテ生シタル債務ヲ負担スル者ヲシテ其ノ債権者ニ対シテ有スル反対債権ノ如何ニ拘ラス一切之ヲ以テ相殺ヲ為スコトヲ得サラシメタル趣旨ナリト解スヘク」である。

同判決は、民法509条の趣旨からの検討もなくはないが、主に同条の形式的な解釈から上記結論を導いている。

- (2) 最判昭和49.6.28（民集28巻666頁）は、同一交通事故によって生じた損害賠償請求権同士による相殺は許されないとしている。その論拠は、「民法五〇九条の趣旨は、不法行為の被害者に現実の弁済によつて損害の填補を受けさせること等にあるから、およそ不法行為による損害賠償債務を負担している者は、被害者に対する不法行為による損害賠償債権

を有している場合であつても、被害者に対しその債権をもつて対当額につき相殺により右債務を免れることは許されないものと解するのが、相当である（最高裁昭和三〇年（オ）第一九九号同三二年四月三〇日第三小法廷判決・民集一一卷四号六四六頁参照。）したがつて、本件のように双方の被用者の過失に基因する同一交通事故によつて生じた物的損害に基づく損害賠償債権相互間においても、民法五〇九条の規定により相殺が許されないというべきである。」である。

同判決は、不法行為の被害者に現実の損害填補を受けさせるという民法五〇九条の趣旨から上記結論を導いている。

この事案は物損事故であつたが、相殺禁止を徹底している。この点については、相殺を認めるべきだとの批判が学説からなされている。

同趣旨の判決として、昭和 54.9.7（判時 654 号 29 頁）があるが、同判決には、大塚判事による反対意見が付されている。その内容は、「判例を踏襲する多数意見によるとすれば、双方向的不法行為者のうち先に損害賠償請求権を行使した原告は、現実の弁済を受けることができるのに対して、同一事故に基づく損害賠償請求権を有する被告は、原告の右請求に対抗する手段を封ぜられたまま、現実弁済の履行を強制される不合理な結果を生じ、更に、右原告が被告から現実弁済を受けた後に支払能力を喪失した場合には事実上の不公平な結果を生ずることとなる（被告は反訴又は別訴の提起によつて相殺禁止の不都合を避けられるとして判例を支持する考え方については、被告が反訴又は別訴によつて債務名義を得れば、結局、相殺を許す場合とどれほどの径庭もないこととなるであろう。）。

現在多発しつつある自動車事故による不法行為は、一般に、過失によるものとされているが・・・、これらの事故は、性質上、損害賠償債権の相殺を許さないことによつて誘発を防止することを期待できないものである。したがつて、民法五〇九条による新たな不法行為の誘発を防止しようとする法意は、故意または伝統的な概念での過失による不法行為の再発を防止する意味では是認せられるとしても、本件のような双方向的不法行為による事故発生を防止する現代的意義を喪失しているというべきである。

もっとも双方向的不法行為の場合であっても、それによつて生じた損害のうち治療費、逸失利益等による人的損害については、人の生存にかかわるものであるから現実の弁済を受けさせる必要があるとすべきであるが、物的損害にあつては、右のように解すべき合理的理由を見出しえないから、本件のような双方向的不法行為によるもので、受働債権が物的損

害賠償債権の場合は、民法五〇九条は適用されないと解するのが相当であり、当裁判所の判例は、この限度において変更されるべきである。」というものである。これは、まさに後述する学説と同様の見解である。

- (3) 最判昭和 40. 11. 5 (判時 431 号 24 頁) は、受働債権が不法行為債権でない場合には不法行為から生じた債権を自働債権とする相殺は許されるとしている。その論拠は、「民法五〇九条は、文理解釈上、不法行為の被害者換言すれば、不法行為によって生じた債権を有する者が現実の弁済によって損害の填補を受ける利益を保護しようとする趣旨であって、その者がこの利益を放棄することを妨げるものではないと解すべきであり、この趣旨に照らせば、同条は、不法行為以外の原因により生じた債務を負担する者が不法行為による損害賠償債権を自働債権として相殺することを禁じていないものと解するのが相当である。」である。同趣旨の判決として、最判昭和 42. 11. 30 (民集 21 卷 2477 頁) がある。

同判決は、民法 509 条の趣旨から検討し、不法行為の被害者が現実の填補を受ける利益を放棄することまでは妨げられないとしている。ただし、上記事案は、民法 509 条の規定上、同条の適用外の事案であり、同条の問題とは別に検討すべきものである。

- (4) 上記(1)及び(2)の判決から分かるとおり、判例は、民法 509 条の例外を認めておらず、その立場を徹底している。なお、上記(2)の最判昭和 49. 6. 28 (民集 28 卷 666 頁) が出されるまでの下級審の判決の多くは、双方の過失で衝突事故を起こした場合における損害賠償債権相互間の相殺について (上記(2)と同種の事案)、物損、人損に関わらず相殺を認めていた。

2 学説

- (1) 学説は、同一交通事故によって生じた損害賠償請求権 (物損) 同士の相殺 (上記 1 (2) の事案) について、①双方が会社であって、通常 of 金銭債権と比較して弁済を迅速に得させる要請がとくに高いとはいえない (現実の填補の要請)、②双方に過失のある事故から生じた損害賠償請求権であるから不法行為の誘発防止の考慮は不要であるとして、相殺を禁止する理由が見あたらないとする (内田貴「民法Ⅲ[第 3 版]」253 頁)。
- (2) また、上記 1 (2) の事案について、自動車損害賠償責任保険が適用される場合には、双方当事者とも責任保険に加入しているのが通常であるところ、責任保険が現実の填補を目的としたものである点に鑑みれば、相殺を認めずに、それぞれが各自の損害につき相手方の損害保険会社から全額の弁済を受けるとするのが民法 509 条の趣旨に適うとし、判例に賛成する見解もある (前田達明「口述債権総論 (第 3 版)」505 頁)。

ただし、この見解は、交通事故に限った立論であり、双方向的不法行為一般に適用すべきとの見解ではない。

- (3) 民法509条の趣旨のうち、不法行為の誘発防止については、上記の指摘以外に、ドイツ民法（下記第4参照）が故意の不法行為責任者についてのみ相殺を否定していることも指摘されている。また、もう一つの趣旨である損害の現実填補については、不法行為者に科せられる制裁的意味合いがあるともいわれているが（梅謙次郎博士）、これも債務不履行責任を負う者の相殺権を否定しないこととの整合性の問題が指摘されている。考え方としては、不法行為に比べ、債務不履行の方が不法度が低いといったことが考えられるが、債務不履行にも程度があり、一概に不法行為の方が不法度が高いとも言い切れないため、説明がしにくいところがある。不法度を問題とするならば、交通事故で過失割合が8割の者は相殺を認められないが、2割の者は認められるということになる。この点、最判昭和49.6.28（民集28巻666頁）の事案は、不法度の著しく高い者（過失割合8割）の相殺権を否定しており、同判決が不法度という実質的評価に支えられているのであれば、過失割合2割の者が相殺を主張した場合は同判決の射程外になるとの指摘もある。（篠原教授。法学セミナー20巻14号。）

第4 比較法

1 ドイツ

ドイツ民法393条（不法行為によって生じる債権に対する相殺の禁止）
故意に行われた不法行為によって生じる債権に対しては、相殺することができない。

2 ヨーロッパ契約法原則

12：107条 相殺をする権利の排除

次の各号のいずれかに該当する場合には、相殺をすることができない。

- (a) 相殺が合意により排除されている場合
- (b) 受働債権が差押えに適しない債権。この場合は、差押えに適しない範囲で相殺をすることができない。
- (c) 受働債権が故意の不法行為から生じた債権である場合

第5 「債権法改正の基本方針」（別冊NBL126号187頁）

1 試案

【3.1.3.28】（損害賠償債権を受働債権とする相殺）

次に掲げる債権の債務者は、相殺をもって債権者に対抗することができ

ないものとする。

〈ア〉債務者が債権者に損害を生ぜしめることを意図してした不法行為に基づく損害賠償請求権

〈イ〉債務者が債権者に損害を生ぜしめることを意図して債務を履行しなかったことに基づく損害賠償請求権

〈ウ〉生命または身体の侵害があったことに基づく損害賠償請求権（〈ア〉及び〈イ〉に掲げる請求権を除く。）

2 提案理由

(1) 要旨

現行民法509条所定の規律を一部改め、相殺が禁止される場合を害意をもってする不法行為または債務不履行による損害賠償請求権を受働債権とする場合にするとし、また、不法行為及び債務不履行により侵害されたのが生命・身体である場合の被害者への現実弁済を確保するため、そのような場合においても、損害賠償請求権を受働債権とする相殺を禁ずる趣旨である。

(2) 解説

民法（債権法）改正検討委員会編「詳解債権法改正の基本方針Ⅲ契約および債権一般(2)60頁以下」は、以下のとおり、上記提案について解説する。

不法行為に基づく損害賠償請求権をもってする相殺が禁じられる理由としては、①不法行為などの違法行為の誘発防止ということと、②被害者への現実弁済の確保ということが指摘されるが、①のみであれば、過失の不法行為に基づく損害賠償請求権を受働債権とする相殺までもが禁じられる理由の説明が得られない。また、不法行為と同様に違法行為であるものと位置づけられる債務不履行への適用拡張の適否も検討されるべきである。

また、②が強く要請され、現実弁済が確保されなければ、正義の観念に反すると考えられるのは、不法行為・債務不履行に基づく損害賠償一般ではないと考えられる。

なお、社会的に同一の事象または密接に関連する事象に起因して生じる損害賠償債権の相互における相殺は許容してよいと考えられ、このような局面において、相殺に供される債権のあいだの関連性という思想を一定の程度において顧みる余地がある。もともと、相殺禁止の局面が適切に限定される場合には、このような関連性を要件化して処理しなければならない場面は残らないとも考えることができる。

3 注目点

上記試案は、相殺が禁止される範囲を相殺の趣旨が妥当する場面に限定して規律しており、現行民法509条の解釈と原則例外が逆転している。

また、上記試案では、債務不履行に基づく損害賠償請求権も規定の取り込んでいる。これは、債務不履行に基づく損害賠償請求権も、不法行為に基づく損害賠償請求権と大差がないことを理由に、同様に規律したものと考えられる。

この点については、大阪地判昭和52.5.24（判時880号60頁）が参考になる。同判決は、女性が婚約不履行に基づき慰謝料を請求したのに対し、男性が同棲生活中に築いた財産の返還請求をもって相殺を主張した事案で、「婚姻予約不履行に基づく慰藉料請求権も、形式的には債務不履行により生じた債権の構成をとるとはいえ、実質的には右諸権利とほとんど差異のない権利であるから、民法第五〇九条の類推適用があり、この請求権に対し反対債権による相殺をもって対抗することは許されないものと解するのが相当である」と判断している。

第6 法制審議会における議論状況

1 法制審議会における各委員の発言は以下のとおりである。

○木村委員 不法行為の話ですが、不法行為債権を受働債権とする相殺について、決済が過剰に制限されていると指摘のある部分は、そのとおりだと感じています。ただ、これが禁止されている趣旨も十分意味がある話ですので、一定の制限をつけながら認めていくという方向で、議論していくのがいいのではないかと考えております。中身につきましては、A案、B案の二つがありまして、こういう場合に許されるのか、こういう場合に許されないというような形で規定するのか、これは、これから議論していくということでもいいのではないかと感じております。

○岡(正)委員 不法行為債権を受働債権とする相殺のところですが、弁護士会の多くの意見は見直しに反対でございました。合意相殺は認められるはずで、過失の場合に合意相殺で処理されている場合があることはそのとおりですし、それで十分ではないかと。過失による損害賠償も原則としてはお互いに払い合う。その方が保険実務にとっても有利だし、あえて、ここを絞り込む必要性はないのではないかとこの意見の方が多くございました。

2 以上のように、相殺が禁止される場合を規定するのか、相殺が許される場合を規定するのかという出発点で違いが生じている（A案⇔B案）。現行民法509条の趣旨を元に規律するか、新たな規律とするのかの違いである。

また、そもそも、多くの弁護士会のように、合意相殺が可能であることを理由に見直し自体に反対の見解もある。

第7 実務家の見解

- (1) 大阪弁護士会は、基本的に「債権法改正の基本方針」の試案に反対である。それは、被害者保護に欠けるという点にある。具体的には、事故発生後、一方当事者が自己に不当に有利な損害額、過失割合を前提として一方的に相殺の意思表示をし、それ以後の交渉を拒絶したような場合、事実上、相手方が損害賠償を受ける機会が奪われるとし、安易に相殺が禁止される受働債権の範囲を限定すべきではないとする。

なお、仮に、「債権法改正の基本方針」の試案のように規定するとしても、「害意」の立証責任を債権者に負わせないような規定をすべきとしている。

- (2) 他会においても、具体的な内容は不明だが、「債権法改正の基本方針」の試案に反対する意見または慎重に検討すべきとの意見が多い。

第8 私見及び試案

1 私見

- (1) 結論として、A案、B案（「債権法改正の基本方針」の改正試案）には、基本的には反対である。そもそも、民法という基本的な法律においては、規定の趣旨を貫徹すべきであると考えからである。

民法509条の趣旨①の損害の現実的填補は被害者の保護にその目的があるが、それは、通常、被害者は現実的填補を求めるであろうということからも基礎づけられるものであるといえる。

- (2) そうであれば、学説等が指摘する場合（例えば、内田教授が指摘する交通事故の当事者が会社で物損の場合）においても、被害の現実的填補と不法行為の誘発防止は貫徹されるべきであり、相殺の必要性があれば、岡（正）委員が指摘するように、合意相殺で補うべきである。合意相殺が出来ないのであれば、それは、一方当事者（不法行為の損害賠償請求権者）が現実の填補を求めるという意思の表れであるといえるから、原則に戻り、現実の損害填補がなされるべきなのである。現実の損害填補を求める債権者の意思を無視してまで相殺を認めるべきではない。
- (3) ただし、上記のように考えた場合、先に弁済を受けた者が無資力になって一方当事者が損害の填補を受けられないことが不均衡であるという問題も考えられる。この問題は、相殺の根拠である公平の要請の点からするとともにことである。そこで、この点を解決するための譲歩案

として、下記の試案2とすることが考えられる。

2 試案

(1) 試案1

改正試案としては、現行民法509条を維持し、これとは別に上記第3の1(3)の判例法理を確認的に明文化すべきと考える。具体的には、以下のとおりである。

- ① 債務が不法行為によって生じたときは、その債務者は、相殺をもって債権者に対抗することができない。
- ② 債権が不法行為によって生じたときは、その債権者は、同債権を相殺に供することができる。

(2) 試案2

上記1(3)の問題をふまえた譲歩案として以下の改正試案が考えられる。

- ① 債務が不法行為によって生じたときは、その債務者は、相殺をもって債権者に対抗することができない。ただし、当事者双方の過失によって生じた同一事故によって、双方の財産権が侵害された場合はこの限りでない。
- ② 債権が不法行為によって生じたときは、その債権者は、同債権を相殺に供することができる。

以上

法定相殺と差押え・相殺予約について

第1 法制審議会民法（債権関係）部会における問題設定

法制審議会における部会資料「民法（債権関係）の改正に関する検討事項（5）」は、「支払の差止めを受けた債権を受働債権とする相殺の禁止（民法第511条）」を検討事項として挙げられている。検討事項において、以下のとおり述べられている。

なお、用語は以下の定義に従うこととする。

「差押債権者」… 差押債務者の有する債権を差し押さえた者

「差押債務者」… 自らが有する債権につき差押えを受けた者

「第三債務者」… 差押債権者による差押えを受けた債権の債務者

1 「法定相殺と差押え」について

まず、「法定相殺と差押え」については次のとおり述べられている。

「債権差押え等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することはできないとされている（民法第511条）が、受働債権が差し押さえられた場合に、第三債務者が相殺することができるためには、差押え時に自働債権と受働債権の弁済期がいずれも到来していなければならないか、また、到来している必要がないとしても自働債権と受働債権の弁済期の先後が問題となるかという点が、必ずしも条文上明らかではない。この点について、判例は、受働債権の差押え前に取得した債権を自働債権とするのであれば、自働債権と受働債権との弁済期の先後を問わず、相殺をすることができる」と判示しているが、学説上は、差押えの時点で両債権の弁済期が未到来の場合は、自働債権の弁済期が受働債権の弁済期より先に到来する場合に限り、相殺を對抗することができる」とすべきであるという見解が有力に主張されている。前記の判例と有力説の見解の対立は、①自働債権の弁済期が後に到来する場合における第三債務者の相殺に対する期待を保護する必要があるかという点や、②相殺の担保的機能を重視し、相殺権者による優先的な回収を認めることが妥当であるかという点が問題となっているものである。

法定相殺と差押えの優劣関係は、特に銀行取引等の金融実務において重要な問題であることから、その優劣の基準を条文上明確にすべきであると指摘されている。これを踏まえ、法定相殺と差押えの優劣関係について次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

[A案] 受働債権の差押え前に自働債権を取得している限り、自働債権と受働債権の弁済期の先後を問わず、第三債務者は相殺できるという考え方（無制限説）

〔B案〕差押えの時点で両債権の弁済期が未到来の場合は、受働債権の差押え前に自働債権を取得し、かつ自働債権の弁済期が受働債権の弁済期よりも先に到来する場合に限り、第三債務者は相殺できるという考え方（制限説）

次に、補足説明においては、以下のとおり述べられている。

「1 現行法の問題点

債権差押え等により支払の差止めを受けた第三債務者は、その後を取得した債権を自働債権とする相殺をすることはできないとされている（同法第511条）が、受働債権が差し押さえられた場合に、第三債務者が相殺するためには、差押え時に自働債権と受働債権の弁済期がいずれも到来していなければならないか、また、到来している必要がないとしても自働債権と受働債権の弁済期の先後が問題となるかという点が、必ずしも条文上明らかではない。

この点は、特に、預金債権が差し押さえられたときに、銀行が、預金者に対して有する貸付債権を預金債権と相殺することにより、回収することができるかという場面において問題となり、これまで様々な議論がされてきたところである。

2 判例（無制限説）

判例は、かつては、差押え時に相殺適状にある必要はないが、自働債権の弁済期が受働債権の弁済期より先に到来する場合に限り、相殺することができるという見解（制限説）を採っていたが（最（大）判昭和39年12月23日民集18巻10号2217頁）、その後、最（大）判昭和45年6月24日（民集24巻6号587頁。以下「昭和45年判決」という。）は、次のように判示して、差押え前に取得した債権を自働債権とするのであれば、差押え時に相殺適状にある必要はなく、自働債権と受働債権の弁済期の先後を問わず、相殺が認められるという見解（無制限説）を採ることを明らかにした。

「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确实かつ十分な弁済を受けたと同様な利益を受けることができる点において、受働債権につきあたかも担保権を有するにも似た地位が与えられるという機能を営むものである。相殺制度のこの目的及び機能は、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、できるだけ尊重すべきもの

であって、当事者の一方の債権について差押が行われた場合においても、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。（中略）

もつとも、民法五一条は、一方において、債権を差し押えた債権者の利益をも考慮し、第三債務者が差押後に取得した債権による相殺は差押債権者に対抗し得ない旨を規定している。しかしながら、同条の文言および前示相殺制度の本質に鑑みれば、同条は、第三債務者が債務者に対して有する債権をもって差押債権者に対し相殺をなしうることを当然の前提としたうえ、差押後に発生した債権または差押後に他から取得した債権を自働債権とする相殺のみを例外的に禁止することによって、その限度において、差押債権者と第三債務者の間の利益の調整を図ったものと解するのが相当である。したがって、第三債務者は、その債権が差押後に取得されたものでない限り、自働債権および受働債権の弁済期の前後を問わず、相殺適状に達しさえすれば、差押後においても、これを自働債権として相殺をなしうるものと解すべきであり、これと異なる論旨は採用することができない。」

3 昭和45年判決に対する学説からの批判（制限説）

これに対して、学説上は、昭和45年判決を次のような理由から批判し、制限説を支持する見解が有力に主張されている。

① 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は、差押債権者が相殺するためには、受働債権を履行しないで、受働債権の弁済期が到来するのを待たなければならないが、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。

② 無制限説の考え方は、実質的に公示が不完全な物的担保を認めるものであり、また、債権者平等の原則に反するものであることから、相殺の担保的機能を過大に評価するものである。

4 無制限説からの反論

前記3のような制限説からの批判に対して、無制限説からは、次のような反論がされている。

① 弁済期の前後は、偶然の事情によって左右されるから、これによって相殺の可否が決められるのは不当である。両当事者に対立した債権が存在するときは、どちらの債権の弁済期が先に到来しようと、相対立する債権間で相殺により決済することが通常期待されている。

② 公示が不完全な物的担保には、他にも譲渡担保権があり、また、債権者平等の原則についても、転付命令のように優先的満足が認められる例

はあるので、制限説からの批判②は決め手とはならない。

5 検討の視点

以上のような制限説と無制限説の議論の状況を踏まえ、法定相殺と差押えとの優劣関係を検討する際の視点としては、①自働債権の弁済期が受働債権の弁済期よりも後に到来する場合に、相殺権者の相殺の期待は保護に値するか、②相殺の担保的機能を重視することにより、相殺権者が他の一般債権者よりも優先的に債権を回収することを認めることが妥当か、という点が重要であるといわれている。これを踏まえて、法定相殺と差押えとの優劣関係について条文上明記する場合には、前記〔A案〕又は〔B案〕のような考え方があり得るが、どのように考えるか。」

2 「相殺予約の効力」について

「相殺予約の効力」については、以下のとおり述べられている。

「実務上、差押え又は仮差押えの命令が発せられたこと等の事由が生じたときに、期限の利益を喪失させる旨の合意や、その場合に意思表示を要しないで相殺の効力が生ずるものとする旨の合意（以下これらを「相殺予約」という。）をすることがあるが、この相殺予約の効力を第三者である差押債権者又は仮差押債権者（以下「差押債権者等」という。）に対抗することができるかについても、前記「第2，5(1)法定相殺と差押え」に関連して争いがある。判例は、相殺予約の効力を、特に制限なく差押債権者等に対抗することができるという考え方をとっているが、学説上は、相殺予約は差押えによる債権回収を回避するものであり、その効力を合理的な範囲に限定すべきであるという見解が主張される等、判例の結論に対しては、なお異論があるところである。

相殺予約が、特に金融取引における債権回収のための手法として重要な役割を果たしていることから、その効力の差押債権者等に対する対抗の可否について明文の規定を設けるべきであるという考え方が提示されている。その場合には、以下のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

〔A案〕相殺予約の効力を差押債権者等に対抗することを一律に認めるという考え方

〔B案〕相殺予約の効力を差押債権者等に対抗することができるのは、自働債権及び受働債権が、相互に信用を供与しあうという社会的な定型性を有すると認められる関係にある場合に限られるという考え方

〔C案〕相殺予約の効力を差押債権者等に対抗することができるのは、自働債権の弁済期が受働債権の弁済期よりも先に到来する場合に限られるという考え方」

また、補足説明において、以下のとおり述べられている。

「1 現行法の問題点

実務上、差押え又は仮差押えの命令が発せられたこと等の事由を、期限の利益喪失事由とする旨の合意や、その場合に意思表示を要しないで相殺の効力が生ずるものとする旨の合意（以下これらを「相殺予約」という。）をすることがある。これは、前記「第2, 5(1) 法定相殺と差押え」において無制限説の立場を採るとしても、自働債権の弁済期が到来しない限り実際には相殺ができないことから、差押債権者等による債権回収に先だって、相殺による債権回収を図ろうとするものである。このような相殺予約の効力を差押債権者等に対して対抗することができるかという点については、特に、①対外的に公示されない相殺予約の効力を差押債権者等に対抗することの当否という問題や、②その効力を差押債権者等に対抗することを認めるのは債権者平等の原則に反するのではないかという問題があることから、前記「第2, 5(1) 法定相殺と差押え」に関連して、これまで様々な議論がされてきたところである。

2 判例（相殺予約の効力についての無制限説）

判例は、昭和45年判決において、以下のとおり、相殺予約の効力を差押債権者に対して対抗することができるとした。この判例は、相殺予約の効力を特に限定することなく認めたものであるとされている（相殺予約の効力についての無制限説）「右特約は、訴外会社またはその保証人について前記のように信用を悪化させる一定の客観的事情が発生した場合においては、被上告銀行の訴外会社に対する貸付金債権について、訴外会社のために存する期限の利益を喪失せしめ、一方、同人らの被上告銀行に対する預金等の債権については、被上告銀行において期限の利益を放棄し、直ちに相殺適状を生ぜしめる旨の合意と解することができるのであって、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から、本件各債権は、遅くとも、差押の時に全部相殺適状が生じたものと言わなければならない。そして、差押の効力に関して先に説示したところからすれば、被上告銀行のした前示相殺の意思表示は、右相殺適状が生じた時に遡って効力を生じ、本件差押にかかる訴外会社の債権は、右相殺および原審認定の弁済により、全部消滅に帰したものである。」

3 昭和45年判決に対する学説からの批判（相殺予約の効力についての制限説）

学説上は、判例の立場（相殺予約の効力についての無制限説）を支持する見解も有力に主張されているが、これを批判する見解もまた有力に主張されている。

判例を批判する見解としては、特に、前記「第2, 5(1) 法定相殺と差押え」において制限説を採る立場に立って、制限説からも相殺が認められる場合（自働債権の弁済期が受働債権の弁済期より前に到来する場合）には、相殺予約の効力を差押債権者等に対抗することができるが、制限説の帰結として相殺が禁止される場合（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）に相殺予約の効力を差押債権者等に対抗できるとすると、私人間の特約で差押えの効力を排除することになるため、この場合には相殺予約の効力を差押債権者等に対抗することはできないとするものがある（相殺予約の効力についての制限説1）。

また、この見解とは別に、相殺予約の効力を差押債権者等に対して対抗することを一律に認めることは妥当でなく、以下のように、一定の合理的な期待があると認められる場合に限定するべきであるという見解（相殺予約の効力についての制限説2）も有力に主張されている。昭和45年判決の大隈健一郎裁判官の意見（後記（参考）参照）も、これと同様の考え方であると評価されている。

① 相殺予約の効力を差押債権者等に無制限に対抗することを認めることにより、差押えによる債権回収の回避を可能とすることは妥当ではないことから、例えば、預金債権と貸付債権のように、相互に信用を供与しあっており、担保としての機能を有していると言える場合に限り、相殺予約の効力を差押債権者等に対して対抗することを認めるべきである。

② 対外的に公示されない特約である相殺予約の効力を差押債権者等に対抗することを一律に認めるのは、差押債権者等に不測の損害をもたらすおそれがあり妥当ではないことから、特約の効力を認めるのは、例えば、銀行取引のように、相殺予約の特約の存在が公知の事実であると言えるような場合に限定すべきである。

4 相殺予約の効力についての無制限説からの反論

前記のような相殺予約の効力についての制限説からの批判に対して、相殺予約の効力についての無制限説からは、以下のような反論がされている。

① 相殺予約により自己の債権回収のために勤勉な行動をとった者が、差押債権者等よりも保護されるのは、当然である。

② 例えば、譲渡担保権は、公示が不完全であるにもかかわらず物的担保として認められていることから、対外的な公示が不完全であることを理由として、相殺予約の効力を差押債権者等に対して対抗することを認めないというのは、説得的でない。

5 見直しの方向性

以上のような議論の状況を踏まえ、相殺予約の効力について条文上明記

する場合の具体的な考え方としては、前記〔A案〕から〔C案〕までがあり得る

〔A案〕は、昭和45年判決と同様の考え方（相殺予約の効力についての無制限説）であり、相殺予約により、自己の債権回収のために勤勉な行動をとった相殺権者の相殺の期待を重視する考え方である。この考え方は、「第2，5(1)法定相殺と差押え」における〔A案〕（無制限説）及び〔B案〕（制限説）のいずれの立場からも主張され得るものである。

〔B案〕は、相殺予約は差押えによる債権回収の回避を可能とする手法であることから、その効力を差押債権者等に対抗することを無制限に認めるのは妥当でないとした上で、自働債権と受働債権が、例えば、銀行取引（貸付債権と預金債権）のように、相互に信用を供与しあう社会的定型性を有する関係にある場合には、相殺権者の相殺の期待を保護することが合理的であり、かつ、差押債権者等に対し不測の損害を与えるおそれもないことから、そのような場合に限り、相殺予約の効力を第三者に対抗することを認めるとするものである。〔B案〕の考え方による改正提言として、自働債権と受働債権の双方が「当事者の特定の継続的取引によって」生じた場合に、相殺予約の効力を第三者に対抗することができるとするものがある。この考え方も、〔A案〕同様、「第2，5(1)法定相殺と差押え」における〔A案〕（無制限説）及び〔B案〕（制限説）のいずれの立場からも主張され得るものである。

〔C案〕は、「第2，5(1)法定相殺と差押え」における〔B案〕（制限説）を前提とする考え方である。

以上のような考え方について、どのように考えるか。」

第2 現行民法の解釈

1 現行民法の解釈

上記のとおり、現行民法では、受働債権が差し押さえられた場合に、第三債務者が相殺することができるためには、差押え時に自働債権と受働債権の弁済期がいずれも到来していなければならないか、また、到来している必要がないとしても自働債権と受働債権の弁済期の先後が問題となるかという点が、必ずしも条文上明らかではないのであるが、前掲最大判昭45・6・24（民集24巻6号587頁）は、第三債務者は、自働債権が受働債権の差押え後に生じたものでない限り、自働債権および受働債権の弁済期の先後を問わず、無制限に、相殺適状に達しさえすれば、差押え後においても相殺をなしうると判断するにいたっている。

また、上記昭和45年判決は、相殺予約の合意が契約事由の原則上有効

であることは論をまたないから、相殺の意思表示は差押債権者に対しても有効だと無制限に判示しているところである。

2 学説の状況

学説上は制限説と無制限説の対立が続いている。

たとえば、制限説の立場から、我妻説はドイツ民法が差押によって第三債務者が相殺し得なくなる場合として、第三債務者が差押後に反対債権を取得した場合、および、差押以前から有する反対債権の弁済期が差押の後かつ差し押さえられた債権の弁済期よりもさらに後にくる場合をあげている点を指摘し、現民法511条はドイツ民法の上述前段と同一であり、解釈によって後段の制限を加えうべきかが問題となるとしており、結論的には、ドイツ民法と同様に解すべきとしている。弁済期が先に来る債権を有する者は、その債務者に対して弁済期の後に来る債権を負担しても、相殺によって精算しうる確実な期待を有するものであって、差押によってこの期待を奪うべきではない、ということを経由とする。したがって、弁済期の後に来る自働債権を有する者の期待は合理的なものでないから、この場合には相殺の対抗力は認める必要はないことになる（沢村=注釈（12）中井美雄）。

また、自らの債務（受働債権）が弁済期にありながら、遅く弁済期の到来する反対債権の弁済期まで支払を怠って相殺しようというような、不誠実な債務者の期待は保護に値しないというべきであるとの意見もある（内田貴「民法Ⅲ」237頁）。

他方、無制限説の立場からは、加藤説が、破産の場合には、債務者は期限の利益を当然喪失することになり、破産債権者には期限付き債権による相殺を認めているので、その趣旨を広げていけば差押の場合にすべて相殺を許すという解釈も不可能ではないであろうと説明している（沢村=注釈（12）中井美雄）。

なお、法定相殺の場合には、先に自働債権の弁済期が到来する場合については相殺をもって差押債権者に対抗しうるという制限説をとるが、相殺予約については、銀行取引において普通に用いられ、その存在は公知であるから無制限説をとるという学説も登場している（平井・総論231-232頁、前田達明・後述債権総論509頁）。

第3 債権法改正の基本方針の提案内容

1 提案内容

民法（債権法）改正検討委員会における改正試案である「債権法改正の

基本方針（以下、「基本方針」という。）は、「支払の差止めを受けた債権を受動債権とする相殺の禁止」について、以下のとおり、提案している。なお、〈5〉は本稿の検討の範囲外であるから括弧内に記載している。

【3.1.3.30】（弁済を禁止された債権を受働債権とする相殺等の禁止）

〈1〉 弁済を禁止された第三債務者は、債務者に対し有する債権による相殺をもって差押債権者または仮差押債権者に対抗することができるものとする。

〈2〉 〈1〉にかかわらず、弁済を禁止された第三債務者は、その後取得した債権による相殺をもって差押債権者または仮差押債権者に対抗することができないものとする。

〈3〉 〈1〉にかかわらず、弁済を禁止された第三債務者は、差押えまたは仮差押えの申立てがあった後に債権を取得した場合であって、その取得の当時、それらの申立てがあったことを知っていたときには、その債権による相殺をもって差押債権者または仮差押債権者に対抗することができない。

〈4〉 差押えまたは仮差押えの申立てがあったこと、差押命令または仮差押命令が発せられたことその他債権者の差押えまたは仮差押えの手続を開始させる事由に関する事実が生じたことをもって債権を相殺に適するようにする旨の当事者の意思表示により相殺をすることができる場合において、その債権をもってする相殺は、その債権および差押えまたは仮差押えに係る債権の双方が当事者の特定の継続的取引によって生ずるものであるときに限り、これをもって差押債権者または仮差押債権者に対抗することができるものとする。債権の差押えまたは仮差押えの手続を開始させる事由に関する事実が生じたことをもって相殺が効力を生ずるものとする旨の当事者の意思表示も、同様とするものとする。

（〈5〉 債権の取立てその他の処分を禁止された者に対し債権を有する者で第三債務者でないものが、その後その債権による相殺の意思表示をした場合において、第三債務者は、この相殺をもって差押債権者または仮差押債権者に対抗することができないものとする。差押えまたは仮差押えの申立てがあったことを知ってした相殺の意思表示も、同様とするものとする。）

2 現行民法との対比

上記基本方針の提案内容について、現行民法と対比してみるに、文言が分かりやすく修正されたことはさておき、おおまかには、以下の各点が相

違点としてあげられる。

- ① 弁済を禁止された第三債務者からの相殺を認め、差押債権者・仮差押債権者に対抗することができることを原則としつつ、2つの例外として、1つは、差押・仮差押の後に取得した債権での相殺は差押債権者・仮差押債権者に対抗できないこととし、判例が採用した無制限説の立場を維持。
- ② 2つ目の例外として、差押えや仮差押えの申立後に債権を取得した場合、その債権の取得時に、第三債務者がそれらの申立てがあったことを知っていたときにも、その債権による相殺をもって差押債権者らに対抗することができないこととして、現行民法より相殺禁止の範囲を拡張。
- ③ 相殺予約により相殺できる場合について、第三債務者からの相殺は、自働債権と受働債権の「双方が当事者の特定の継続的取引によって生ずるものであるときに限り」、差押債権者に対抗することができるとして、判例・実務よりも相殺予約の効力を制限している。

3 基本方針の提案理由

検討委員会による【3.1.3.03】の解説（民法（債権法）改正検討委員編「詳解債権法改正の基本方針Ⅲ契約および債権一般(2)」商事法務，70頁以下）は、債権者の帰責事由の要件について、以下のように解説している。

「いうまでもなく、第三債務者にとって個別債権執行等は、自身の事情とは無関係に出来するものであり、局外にあるというべき同人の有していた法的地位が従前より減ぜられることのないようにする配慮が要請される。

具体的には、第三債務者が、差押え・仮差押えにより弁済が禁止される以前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が許容されなければならない。本提案〈1〉〈2〉が現民法511条と内容において同旨であるにもかかわらず、まずもって相殺が可能であることを立言するのに1つの項を割く案分を提示するのは、この趣旨を明らかにするためである。個別債権執行等において第三債務者に禁ぜられるものは、弁済にほかならず、けっして当然に相殺が規制を受けるものではない。このことは、まず民事執行法第145条1項の文理に照らし明らかである。債権執行により債務者に禁ぜられるものは「弁済」に限られる（また民事保全法50条1項）。実質的に考えても、債権執行は、債務者の受領という仕方での債務者による「処分」を禁ずることの実行確保の手段として第三債

務者の「弁済」を禁ずるにすぎず、第三債務者の側からの挙動の一切を封鎖することが自己目的をなすものではない。その点については、むしろ相殺ということについて第三債務者が抗弁事由を保持してきたことの保護という思想が顧みられるべきである。

そして、このように考えるならば、自働債権の本来の弁済期が受働債権のそれより後に到来すべき場合であっても、自働債権の弁済期が到来したならば、受働債権を差し押さえた債権者の受働債権行使に対し相殺をもって対抗することができるものと考えられるべきである。また、このように解することにより、局面を事業者間に絞っているならば、相互に債権債務の関係に立つことにより信用を与え合っている関係が安定的に保護されることとなり、頻繁に相手方の信用を調査しなければならない負担から解放される。

6 相殺の要件を操作する特約に関する規制

法定相殺に関する規制は、以上のようなものであると考えられるべきであるが、その上で次には、相殺の可能性を特約により作出しようとする合意に対する規制については、どのような形態の合意を規制の対象とするのか、という問題と、どのような場合において合意の効力を否定するか、という問題がある。

(1) 規制されるべき合意の形態

規制されるべき合意の形態には、大きく分けて2つのものがあると考えられる。第1は、差押え・仮差押えの申立があったことや差押命令・仮差押命令が発せられたことなど個別債権執行等の手続を開始させる事由に関する事実が生じたことをもって債権を相殺に適するようにする旨の合意である。相殺適状の要件を操作しようとする特約であり、相殺適状の要素のうち自働債権の弁済期を直ちに到来させる旨の合意は、実務上、期限利益喪失約款などと称される。この形態の合意の場合には、それにより相殺が可能である状態が作出されたことを前提として、あらためて自働債権の債権者が相殺の意思表示をすることにより、相殺の効力が生ずる。第2は、個別債権執行等の手続を開始させる事由に関する事実が生じたことをもって相殺が効力を生ずるものとする旨の合意であり、停止条件付きの合意相殺契約であると考えられる。実際には、”差押え・仮差押えの申立があったことをもって受働債権たる債権の弁済があったものとみなし、これを自働債権たる債権に充当する”などさまざまな文言が用いられることであろうが、「相殺」の文言を用いていなくても、実質的に停止条件付の合意相殺契約に当たると認定されるものは、同様の規制をもって律せられるべきである。

(2) 規制されるべき合意の効力

このような合意の効力を規制する観点として、どのようなものを採用すべきであるか、を考える際には、何より、そのような観点を問う趣旨が個別債権執行等の実行確保であることを端的に見据えた観点が用意されなければならない。その半面において、自働債権と受働債権の先後という観点に過剰な意味を担わせて規律を考案することは、相当でないと考えられる。

(a) 個別債権執行等の実行確保の観点

前者の観点からいうならば、個別債権執行等の作用を作為的に無に帰せしめるような第三債務者の側の企てが何らの制約もなく放任されるということは、認められるべきではない。このような見地に立って、前述(1)に規制対象として俎上に載せられた合意は、原則として差押債権者に対抗することができないものとされるべきである(【3.1.3.30】〈4〉)。ただし、この原則に対する例外として、自働債権が銀行取引や商社取引など当事者間の特定の継続的取引によって生ずるものであるときは、【3.1.3.21】(相殺の意義)の解説で論究した債権の関連性の見地への配慮の反映として、そのような合意の効力を差押債権者に対抗することを是認してよいと考えられる。継続的な取引関係にある事業者のあいだにおいては、相互に債権債務の関係に立つことにより信用を与え合っている関係にあると評価することができ、そのような仕組みに支えられつつ、頻繁に相手方の信用を調査しなければならない負担から解き放たれる。いわば、そこでは、自己が負担する債権に係る債権を黙示に質に取っている関係が相互に観察されるものであり、商事留置権のように、類似の発想に立つ従来制度もみられないものではない。

(b) 弁済期の先後という観点の問題性

一般に、相殺適状の作出などを企図する合意が第三債務者の相殺期待を理由に効力が是認されるためには、まず一方において第三債務者の側が先後の関係を認識していなければならないが、それでこそ「期待」の名に値するはずである。しかし、取引実態に照らし、弁済期の先後は偶発の事情により定まるのであり、このことは、昭和39年判決を批判する実務関係者から指摘されていたところである。また、弁済期の先後が差押債権者のほうから認識される契機は存在せず、まったく同人と無関係の事情によって定まる事項であることも、それが利益考量の基準として適切でないことを示唆するものであろう。なるほど弁済期の先後が第三債務者の側の主幹において相殺期待が形成される1つの要素として作用することはあるかもしれない。しかし、それへの法的保護を是認してよいかは、先後ということのみならず、それへの認識

の有無やさらに先後の幅などにより事例に応じ規範的な評価に服するべき事項であるといわざるをえず、とうてい法準則として定型的な基準に採用することに耐え難いものであると考えられる。」

第4 法制審議会（第8回）会議における議論状況

1 各委員からの発言

- 大島委員 「まず、（1）の相殺と差押えの関係については、判例によって実務が形成されている16ページのA案、無制限説を維持することによいのではないかと思います。中小企業は債権回収の手段をそれほど多く持っているわけではございませんので、相殺の担保的効力に期待をしています。

次に、17ページの（2）の相殺予約の効力について、明文化される場合には取引の実態に御配慮いただいた上で、御検討いただければと思います。実態として例えば製造業の現場では下請業者に材料を支給し、製品として納入してもらった場合に、材料代と加工賃を相殺して支払が行われる形態がございます。この場合、単発的に行われるものもございますが、基本契約を交わさず、発注書と請書だけで単発の取引が常時繰り返されているものもございします。また、建設業の請負の現場では、元請業者が常に元請となっているわけではございません。案件により、元請業者と下請業者が入れ替わることも日常的で、施工時期が重なれば、互いに請負代金を持ち合うという関係も当然ございします。このような実態からしても、17ページの下の方に書いてございしますB案においては、どのような場合に相殺でき、どのような場合に相殺できないかという、中小企業にも分かりやすい文言を慎重に御検討いただければと思います。よろしくお願いいたします。」

- 高須幹事 「昭和45年以來の判例でございしますから、弁護士会においても法定相殺と差押えの関係においては無制限説が有力である、それをまずお断りさせていただいた上で、若干の質問を兼ねた意見になるのですが、今回、（2）の相殺予約の効力に対しては、AとBとCという形で3説、提示されていると。従前の無制限説に当たるようなA案と制限説に当たるC案との間に、B案という形で、一定のものについては比較的、広範に、無制限説的に相殺予約の効力を認めていきましょう、しかし、全部ではありませんよという形での、言わば無制限説で貫徹するわけではないという考え方が示されています。そうだとすれば、（1）の法定相殺と差押えに関しても、同じような発想があるいはあるのではないか。一定の取引類型においては無制限説をとり、そうでない場合に

については、そこまでの相殺に保護は与えませんよという解決もあるのではないかと思うのですが、それについては今回、いただいております資料では特に御指摘はないようなのですが、そういう発想で考えるということは、あり得ないものなのかどうかということをお教えいただければ有り難いと思っております。」

- 鎌田部会長 「これは、現に立法的な提案として出されているものをまとめたというのが基本的な内容となっている資料であって、事務局でいろいろ案を作っているわけではございませんので、むしろ、高須幹事の方でそういうお考えがありましたら、具体的な御提案を出していただければ、次のクールでの検討の対象になるということだろうと思っておりますので、よろしく申し上げます。」
- 高須幹事 「そうであれば、飽くまでも弁護士会の意見ではないということをお断りしておかないと誤解を受けてしまうので、その点は明確にさせていただくのですが、私としては（２）の相殺予約の効力について、B案というものに親しみを持っております、そうであれば、（１）の法定相殺と差押えとの関係についても、従前の無制限説一本やりみたいなどころはある程度、考えを変える余地があるのではないかと、このように思っております。飽くまで個人的意見でございます。」
- 能見委員 「今の御意見とも少し関連するんですけども、この問題は恐らく法定相殺と相殺予約の組合せというんでしょうか、両者の役割分担というんでしょうか、そういう観点から見るのが一つの視点ではないかと思えます。既にいろいろこの法定相殺については議論されていることなので、改めて新しい視点が私にはあるわけではありませんけれども、一般に言われるように無制限説の場合ですと、第三債務者が自分の自働債権の方の弁済期が来ていない段階で、受働債権の弁済期、差し押さえられた方の債権ですけれども、その弁済期が来ているときに、その弁済期を拒みつつ、自働債権の弁済期が来るのを待って相殺するということが認められるという点が不合理だということがあります、一般に言われていると思えますが、私も銀行などが第三債務者になって相殺を主張する場面において、今のようなことが行われるとすると、やはりそういう相殺を許容することは適当でないだろうという気がしております。そういう意味では、法定相殺についてはB案というのが妥当なのかなと個人的には思います。

それとの組合せということになると、相殺予約については、A案か、B案かということになるんでしょうが、ただ、私もよく分かりませんが、ほとんどの相殺が問題となる場面というのは、B案に書いてあ

るように何らかの社会的定型性を有する関係がある場合なのかもしれないので、そういう意味では、A案とB案との差はそれほど大きくないかもしれない。又、B案のように、条文としてみれば法定相殺を更に超えて、相殺ができる場合条文の中に書くとする、それはなかなか書きにくいので、A案か、B案かという点については、A案でいいのかなという感じがしております。」

- 中井委員 「法定相殺と差押えに関する弁護士会の意見としては、無制限説が圧倒的と言っていいかと思います。その背景としては、実務界においては無制限説での運用が長年続いてきたという事実がありますし、それ以上に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。しかも、大島委員の意見にもありましたが、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。まず、この事実が重要だろうと思います。

加えて、仮にB説になったときは、そういう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か月後だからなぜいけないのかという点で、やはり理解はできないところ。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状になったときで、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、初めて相殺適状が生じている。そこで相殺を認めるというのが本来の相殺です。ですから、そもそも遅滞のない相殺適状は基本的にはない。ですから、実務の感覚からすれば、無制限説で意見は一致するのではないかと思います。

併せて、相殺予約は、相殺予約という言葉を使っていますが、現実にあるのは期限の利益喪失条項です。期限の利益喪失条項は債務者に一定の不安が生じたときに弁済期を到来させて、そこで一定の回収行為に入ることを想定しているわけですがけれども、正に差押えという事態は、相手方債務者に何らかの信用不安状況というか、債務名義を取られながらもなお弁済できない事態で、その事態に至っているのに期限の利益の喪失条項としての効力を認めないのかということ、これは恐らく肯定するのだろうと思います。

これを肯定したときに、第三債務者の利益とそこでたまたま差押えを

してきたいわゆる差押債権者の利益を比較した場合に、たまたま差押えをしてきた差押債権者がなぜ優先されるのか。それまで継続的な取引で債権債務のあることを信託して、なおかつ弁済期の前後はそれほど気にすることもなく継続してきた第三債務者が突然に事実上の担保を失う、そういう事態はやはり想定しがたいのではないかと思います。したがって、相殺予約についても、期限の利益喪失条項ですけれども、差押えがあったら期限の利益は喪失する、その時点で回収行為には入れる、回収行為の中には当然、相殺行為も含まれると考えてよいのではないかと。

あえて、ここで問題があるとすれば、仮差押えについても期限の利益が喪失する、とするものがあるわけですが、これはむしろ仮差押えが本当に期限の利益喪失条項として適正なのかが議論されてしかるべきではないか。仮差押えというのは、だれが、いつ、何を理由にやってくるかわからない、被担保債権があるのか、ないのかもわからないわけですから、債務者に信用不安が生じていない状態でも仮差押えがないわけではないとすると、それを期限の利益喪失条項にして相殺に結びつける。このこと自体は場合によってはいき過ぎなのかもしれません。少なくとも差押えを原因とする期限の利益喪失、相殺予約の効力については、無制限説に立つべきではないかと考えている次第です。」

- 三上委員 「無制限説擁護の大演説を打とうと思っておりましたら、先に皆さんに言っていただきましたので、簡単にさせていただきたいと思いますが、弁済の先後が全く偶然に決まるというのは中井委員もおっしゃったとおりでございまして、更に45年判決が出てから40年近い月日がたっているわけで、それを前提とした実務の積み重ねがありまして、それを今から昭和39年判決が出た後の決して健全とは言えない、弁済期を操作する実務に戻す、そういう理由は何もないだろうと、あるいは現在の法的なテクニックを駆使すれば、ありとあらゆるものを担保化することは可能ですけれども、そういった弊害を伴うような時代に戻す必要も何もないだろうというのがまず第一の理由でございまして。

それから、差押債権者を保護をしなければならないというところは否定するわけではないんですが、別に差押債権者が抗弁が付着しているか否かを調べて差押えをしているかということ、決してそういうことではない。例えば銀行が預金者である場合を考えますと、銀行に差押債権の有無、抗弁の付着の有無などについて調査をしようとする、むしろ、債務者に漏れて、先に預金を下ろされる可能性があるわけです。銀行からすれば差押債権者は守秘義務を負っていない単なる第三者ですが、預金者はお客さんでございまして守秘義務を負っていて、預金の有無とか、

抗弁の有無を聞かれたら、預金者の承諾がないと回答できない反面、預金者に聞いてよいかというとなんか困るはずなので、結局調査に来ることはまずないわけです。さらに、第三債務者情報センターが機能していないということが問題点として挙がっている中で、公示がないというのもナンセンスでございますし、そういった点からも別に無制限説で問題はないと思います。

先ほど能見委員がおっしゃった、いわゆる不誠実な債務者論というのは確かにその状況はございますが、現状、ほとんどのケースで期限の利益喪失約款がついているわけでございますが、実際に長々と自働債権の債務不履行を続けて、自働債権の弁済期を待つ相殺などというのはほとんどないのではないかと思います。もしあるとすれば、それ自体を相殺権濫用と言ってしまってもよいのではないかと考えている次第でございます。

もう少し前向きな話をさせていただきますと、一括支払システム、それから、手形レスサービスその他、無制限説を前提にした金融イノベーションというのにもたくさんございます。これは金融界のみならず、各業態においても関連会社間の簡易な決済その他、あるいはお客様のサービスの中で、無制限説を前提としたサービスというのにはたくさんあると思います。そういったものを混乱に陥れる必要も、また何もないのではないかと思います。

それから、相殺予約、これも先ほど中井委員がおっしゃったとおり、むしろ期限の利益喪失約款の対第三者効力と置きかえるべきではないかと思うんですけども、これについてももし無制限説が法律上、明記されるのであれば、実は当然喪失事由というのは不要になるのではないかと私は思っております。そうすると、仮差押えを当然喪失事由にする必要も何もないし、預金が差し押さえられる前に相殺適状を作り出さなければならぬという必要性、しかも、こういう工夫が発明されたのは昭和39年判決が出る以前の修正相殺適状説が前提の時代の産物ですから、無制限説が明文化されればこういう必要性もなくなると思います。

差押えによって拘束されるのは飽くまで受働債権ですから、自働債権について契約でどう扱おうと、それを止める力は差押えにはないはずでございますし、最後に強調しておきたいのは、普通の一般の個人というか、消費者みたいな感覚からしましても、第三者に対して債権を持ち、債務を負っているというときに、自分に対する債権が差し押さえられたときに、それはとりもなおさず相手方の信用状態が悪化したことを示すわけですが、その場合に自分の債務は取り立てられてしまう。しかし、

自分の債権は返ってくるかどうか分からないというときには、相殺を主張したいと考えるのがむしろ普通ではないかと思います。金融機関等の事業者の場合には、そういったときに備えていろいろな約款をつくり、もし制限説のような考え方をしたとしても、無制限説に近い効果をもつ約款の工夫、すべてがすべて脱法行為と否定しきれないような工夫は、幾らでも可能なような気がするんですが、そうしますと、結局、社会的にそういう工夫のできない弱者だけが割を食うような制度になってしまう懸念もあるわけです。そういう意味で、弱者にも平等で、かつ民法の今回の改正の大題目であります単純明快で国民に分かりやすい制度という意味も含めまして、無制限説の採用を強く支持したいと考えております。」

- 藤本関係官 「若干ちょっと視点が違うのですが、金融機関というのは貸付先の状況に応じて返済期限の延長などを行うことがございます。一定の場合、法律上、中小企業等の借り手の負担軽減のために、条件の変更等に努めるということともされております。返済期限の延長等を行った後に金融機関側から見てみると、債務を差し押さえられるというケースがございます。そうすると、返済期限の延長を行わなければ相殺できたのに、返済期限の延長を行った場合に、それができないということになると、返済期限の延長等に慎重になるというインセンティブを与えるというケースもあるかもしれません。そういうふうになると、中小企業を含めた金融の円滑化が阻害されるということにもなりますので、そういう観点からの検討も重要ではないかと思えます。

ついでに、資料の17ページのB案の相互に信用供与し合うという社会的な定型性を有すると認められる関係というものであります。話を預金とか貸付けから広げて信託なんかに話を広げると、例えば貸付債権を自働債権、受益債権を受働債権という相殺枠はどうかとか、証券代行手数料請求権を自働債権、預金債権を受働債権としてはどうかとか、保険会社だと貸付債権と不動産賃貸に伴う敷金返還請求権はどうかとか、何かいろいろどこで線を引くのかとかいう問題が生じてきます。こういう規定を設けるときには、いろいろ慎重な検討が必要だということだと思えます。」

- 道垣内幹事 「個人的には別に無制限説に反対するつもりはないのですが、三上さんがおっしゃった中で、ちょっと1点だけ分からないことがありましたので、お教えいただければと思います。つまり、無制限説が採用されて条文化されたときには、差押えを期限の利益の喪失事由にする必要は実はないのですという話なんです、それはどうしてなので

- しょうか。私が理解している無制限説の条文化とは、先ほど議論が出ました相殺の要件というのが一般的にかかってくることは大前提であって、自働債権が弁済権を到来しているということは必要だと理解していたのですが、その点がひょっとして私と三上さんの理解が違うのではないかと思います、質問させていただく次第です。」
- 三上委員 「今の期限利益喪失約款は、差押えの命令が到達した時点で、既に相殺適状があるというために「差押命令が発せられたとき」という技巧的な条文になっておりますが、無制限説によって差押えの時点で両債権が対立していれば、事後的に両債権の期限が来れば相殺ができるということであれば、別に差押命令を受けた後で、債権保全の必要性のある場合にのみ期限の利益を喪失させればいいわけですので、必ずしも命令が発せられたときに当然に喪失しているという擬制を使う必要はなくなるという趣旨でございます。」
 - 鎌田部会長 「期限の喪失は必要なだけけれども、当然喪失条項にするとか、喪失する時期については今のような形ではなくていいということですね。請求喪失でもいいという。」
 - 三上委員 「差押え自体が中井委員がおっしゃったように、債務者の信用状態悪化を示す一つの指標に過ぎないので、極論を言えば、別にコベナントをたくさん作れば、差押え自体を権利利益喪失条項から外しても、別の事由で喪失させることは可能だということも、言えないこともないと思います。」
 - 松本委員 「大したことではないのですが、話を聞いていますと金融界も産業界も無制限説を支持されているようで、そうすると制限説、特に法定相殺についてB案を支持しているのは、学者と国税庁だけだという感じもするんですが、本当に産業界としては自分が債権者の側に立って債務者の債権を差し押さえたところ、相殺されてしまうという不利益を被っても仕方がないということで、債権差押え、特に銀行預金債権などは最初からあてにしていけないというスタンスなんですか。」
 - 木村委員 「我々のところでも議論したのですが、昭和45年以来今まで、最高裁判所の判決に基づき実務の対応を行ってきたという実態があり、それを大きく転換してしまうと混乱が生ずるという意見が強く出されました。」
 - 能見委員 「単なる確認ですが、先ほどの無制限説を採ったときの相殺予約と申しますか、差押え等を理由とする期限の利益の喪失約款ですけども、これは無制限説を採っても道垣内さんが言われるように、弁済期が異なっている場合で、特に受働債権の方の弁済期が先に来ている、

自動債権の弁済期がまだ到来していないときには、期限の利益喪失約款がないとまだ相殺はできなくて、その間は、受働債権の取り立てを受けると、その債務者としては本来は払わなくてはいけないという状態が生じているわけですが、これは、しかし、差押えを理由とする期限の利益喪失約款があれば、受働債権の差押えによって期限の利益が失われて、自動債権の弁済期が到来しますから、そういう意味で相殺ができるようになる。そこに、だから、無制限説をとっても相殺予約で期限の利益喪失約款の役割というのはあることはあるわけですよ。」

- 鎌田部会長 「ただ、それが差押えの申し立てとか、発令の時期に当然に弁済期が到来するとしなくても構わなくなるという。」
- 能見委員 「そうそう。それなんですけれどもね。」
- 山野目幹事 「2点、申し上げさせていただきます。

1点目は、法定相殺と差押えの関係でございますけれども、松本委員が制限説を支持するのは学者と何とかとおっしゃったんですが、研究者の中にも念のため申し上げますと、無制限説を支持する者がございます。私は部会資料10-1の法定相殺に関するA案とB案の中では、A案の方が相当であると考えます。理由については既にるる御指摘がありましたから繰り返しません。藤本関係官がおっしゃった貸出期限の猶予のような事例を挙げてのお話というのは、説得力があるものと聞こえました。

2点目でございますが、同じ資料の17ページの相殺予約の関係でございますけれども、そこにA案、B案、C案と部会資料で提示されているうちのB案が、利益衡量の感覚としてバランス感があるというふうな評価があり得て、現実にもそのことをこの場でおっしゃった方もおられます。反面において、これもまた皆様方のお認めになることだと思っておりますが、仮にB案で立法しようとしたときに、どういう概念を用いて、そのことを指示するのかということについては、汗をかかなければいけない部分があるだろうということも、そのとおりであると考えます。

これは、今後、御議論をお続けいただきたいと思いますが、1点、申し上げたいのは、仮にA案のような書き振りで法文を書いたとしても、B案が解釈論として主張され続ける余地というのは残るのであろうと考えます。だからこそ、本日の部会資料詳細版10-2の方には、昭和45年大法廷判決の多数意見そのものの引用を詳しく掲げておられますし、大隅裁判官の個別の意見も掲げておられるわけでありまして、それらに依拠して、B案も解釈論として主張され続けることになるのであれば、法文において何らかの明確な、あるいは可及的に明確な概念を提示して、B案を採用するという余地も引き続き御検討いただきたいと感ずるもの

でございます。」

○ 岡(正)委員 「4点、発言させていただきます。

一つは法定相殺と差押えの点で、倒産法との関係でございます。破産については自働債権が全部手続と同時に現在化されますので、制限説であっても、全部相殺できますので少し置いておきまして、民事再生法、会社更生法でも、相殺禁止規定を見ますと、無制限説を前提にしていると思います。個別執行で制限説を採るけれども、包括執行・倒産手続になると無制限説に戻るという組み合わせは、論理的にはあり得るかもしれませんが、やはり無制限説で統一した方が一国の制度としては分かりやすいのではないかという意見を持っております。

二つ目ですが、弁護士会も私も法定相殺と差押えの場合は、無制限説が相当であると考えておりますが、その理由として皆さんが話されたことに加えまして、中井さんが言いましたけれども、第三債務者が対立する債権債務を持っていて、将来、相殺できる地位、将来、相殺できるかもしれない利益、そういう利益を持っていると。相殺適状ではないけれども、将来、相殺できる期待を持っていると。それと受働債権に対する単なる差押債権者と、どちらがより具体的な利益を持っているかと比べますと、債権債務の対立を持っていて、将来、相殺できる、そういう利益を持っている人を保護する方が妥当ではないか。そういう意味から、無制限説の方が妥当ではないか。将来、相殺できるかもしれない期待利益ということで、あいまいな点ではありますが、それを制限説で絞るほどではないのではないかと。特に対差押債権者との関係ではそうであると考えます。

それから、三番目ですが、差押債権者との関係では、将来、相殺できる地位を保護すべきだろうと思いますが、関連論点として掲げられておりました債権譲渡がなされた場合、それは権利の帰属が変更されますし、譲渡取引という債権の具体的な取引まで発生し、売買代金も払われているかもしれませんが、そういう債権の譲渡人との関係では、将来、相殺できるかもしれない地位、利益を一律に優先させていいのかという意見がありました。私個人としてはA-3案、相殺適状説がいいのではないかという意見を申し上げましたけれども、弁護士会の中ではいろいろな意見がございまして、具体的な取引関係に立つからこそ、判例にあるような会社が取締役に譲渡するような変な譲渡もあり得るので、そうA-3説に一律にいくのもまた危険であるというような意見もございまして、法定相殺と差押えについては無制限説が多数説ですが、債権譲渡のところについては、弁護士会としてはいろいろなことがあり得るので、

B案の方がいいだろうというのが多数説でございました。

最後に4点目ですが、現時点ではまだ余り弁護士会で支持を得ていない意見でございますが、今の法務省の案は、差押え制度との関係だけを論じておまして、差押えとの関係で悪質な相殺だけを取り上げられています。しかし支払不能になった後、他人の債権とか債務を入手してきて、それで相殺する、そのような相殺を民法でも禁止あるいは制限すべきではないかと思えます。差押えとの関係で不当な相殺だけではなく、支払不能・危機時期に立ち至った場合の債権または債務の取得による不当な相殺、それを民法でも規制することを是非御検討いただきたいと思えます。」

- 高須幹事 「弁護士会の状況については中井先生、岡先生がおっしゃっていただいたとおりで、相殺と差押えのこの点については無制限説的理解が主流であります。私もこれを否定するものでは全くありませんので、それを前提で、少数意見として申し上げるのですが、要は相殺すらできない人のことを考えなくていいのかと。差押えでしか債権を回収できないということ、希望、期待をかけている人との調整ということでは、もう少し無制限説についてどこかで歯止めをかけるということがあってもいいのではないかと考えています。そして、この点について、先ほど山野目先生がおっしゃられたように、無制限説という解釈をとっても、そこで幅があるではないですかと言われて、私もはっと気がついたんですが、そういう余地も含めて検討をもう少ししていきたいなと思っております。一応、私個人の意見としては、そういうことでございます。」

2 総括

上記のとおり、法制審議会においても、「法定相殺と差押え」については、実務の取り扱いを前提として、無制限説とする意見が多数派である。

また、「相殺予約」についても、法定相殺と差押えの議論を背景として、無制限説とする意見が多いが、相殺予約の効力を差押債権者等に対抗することができるのは、可及的に明確な概念を提示してB案となるよう引き続き検討されたいという意見もあるところである。

第5 実務家からの意見と改正試案

実務家の意見としても、従来の実務を背景として、「法定相殺と差押え」「相殺予約」のいずれについても、無制限説を採用すべきとの意見が支配的である。

すなわち、大阪弁護士会による【3.1.3.03】に対する意見（大阪弁護士会「実務家からみた民法改正」商事法務、130頁以下）においては、以

下のとおり述べられている。

【3.1.3.03】 「〈4〉の提案は、〈1〉ないし〈3〉の差押と第三債務者による相殺に関する無制限説（を若干拡張させた立場）を前提としつつ、差押や仮差押を期限の利益喪失条項とすることで相殺適状を作出するいわゆる相殺予約の合意を原則禁止し、「特定の継続的取引」によりしょうずる債権相互の相殺に限って例外的に相殺予約の効力を認めようとするものである。

その理由として、「個別債権執行等の作用を作為的に無に帰せしめるような第三債務者側の企てを規制する」（差押回避）等と説明されるが、なぜ「双方」の債権が「特定の継続的取引」により生じた場合に限り相殺への期待（担保的効力）が保護されるのか根拠が必ずしも明確とはいえない。相殺予約の効力を否定しても、第三債務者がその支払いを自働債権の弁済期到来まで拒絶すれば、結局、相殺が可能となる（差押回避）のではないかとの疑問もある。

また、「特定の継続的取引」とは「相互に債権債務関係に立つことにより信用を与えあっている」「頻りに相手方の信用を調査しなければならない負担から解き放たれる」関係として銀行取引を典型と捉えているようだが、通常の銀行業務によって生じ得る債権債務すべてが含まれるのか、あるいは、一般的な取引基本契約に基づく取引が該当するのか明確とはいえず（c f. 現民法398条の2第2項「特定の継続的取引」）、取引の法的安定性に影響が出る可能性がある。

相殺予約の有効性をも認めた無制限説に関する判例（最判昭和45年6月24日 民集24巻6号587頁）から相当の年月が経過し、これに基づく実務が形成されている現状において、あえてそれを変更するだけの必要性があるのか疑問である。」

このように、実務家の意見としては、「法定相殺と差押え」「相殺予約」のいずれについても、無制限説を採用すべきとの意見が支配的である。本書においても、無制限説を採用すべきとの立場に賛成したい。

そこで、改正試案としては、次のとおり提案したい。

【3.1.3.30】（弁済を禁止された債権を受働債権とする相殺等の禁止）

〈1〉 弁済を禁止された第三債務者は、自働債権と受働債権の弁済期の先後を問わず、債務者に対し有する債権による相殺をもって差押債権者または仮差押債権者に対抗することができるものとする。

〈2〉 〈1〉にかかわらず、弁済を禁止された第三債務者は、その後取得した債権による相殺をもって差押債権者または仮差押債権者に対抗することができないものとする。

〈3〉 〈1〉にかかわらず、弁済を禁止された第三債務者は、差押えまたは仮差押えの申立てがあった後に債権を取得した場合であって、その取得の当時、それらの申立てがあったことを知っていたときには、その債権による相殺をもって差押債権者または仮差押債権者に対抗することができない。

〈4〉 差押えまたは仮差押えの申立てがあったこと、差押命令または仮差押命令が発せられたことその他債権者の差押えまたは仮差押えの手続を開始させる事由に関する事実が生じたことをもって債権を相殺に適するようにする旨の当事者の意思表示により相殺をすることができる場合において、その債権をもってする相殺は、これをもって差押債権者または仮差押債権者に対抗することができるものとする。債権の差押えまたは仮差押えの手続を開始させる事由に関する事実が生じたことをもって相殺が効力を生ずるものとする旨の当事者の意思表示も、同様とするものとする。

以上

3 時効

消滅時効の改正案に関する意見

1 債権時効の項目設置の可否

意見：独立した項目を設けることには反対

理由：どのように類型化するのか，果たして一般国民が理解しやすいようにまとめることができるのか疑問。また，一度この論点に着手すると，取得時効と消滅時効の取り扱いなど，民法全体の編成に取り組むこととなり，収集がつかなくなる。

2 時効期間と起算点

(1) 短期消滅時効の廃止について

意見：賛成

理由：できるだけ期間を統一化して分かりやすくしたほうがよい。期間を何年にするかは慎重に検討する必要がある。

おそらくその結論には異論なし。

(2) 原則的な時効期間を10年から短縮すべきかについて

意見：短縮化には反対

理由：10年という時効期間は広く浸透している。債権者から履行を急かされるなど，短縮しても必ずしも債務者のメリットになるわけではない。

但し，10年は長いという有力意見（確定判決で内容が明らかになった債権でさえ10年なのだから，争いのある，存否も不明な債権について10年は長い。）

10年という長期間を与えることで不都合を与えるケースは想定できるか。

(3) 例外的な時効期間について

ア 定期金債権の消滅時効について

意見：時効期間を除いて賛成（起算点は従来通り。期間は10年がよい）

理由：時効期間を統一するのであれば、定期金債権だけ個別に期間を定める合理性がないと思慮される。

イ 判決等で確定した権利について

意見：現行法維持に賛成

理由：現行法どおりでも特に不都合はない。

ウ 民法724条について

意見：短期消滅時効を5年とすべき

理由：交通事故の場合などを想定すると、3年は短いのではないか。後遺症か、傷害の継続か、医師が判断できないのに当事者が短期間のうちに判断を迫られることとなる。

エ 例外的に長期の時効期間を定めるべきかについて

意見：対象は生命・身体に限定

理由：人の生命・身体については要保護性が高い。健康やその他の人格的利益にまで範囲を拡大すると長期化の対象が不明確になってしまう。これらを生命・身体と同様に扱う必要があるか疑問。「身体」の具体的解釈は今後の実務を待つ。

オ 民法724条後段について

意見：時効期間とする意見に賛成（●要検討）

理由：時効期間と解した方が、柔軟に処理することで妥当な解決を図ることが可能になる。あるいは、時効としても、特段問題があるようには思われなくても言える（債務者に特に酷となる事例が想定されない）。

(4) 一般債権についても二重の時効期間の起算点を設けることについて

意見：反対

理由：現行どおりで不都合があるとは思えない。不法行為と一般債権とを同じに考えることはできない。一般債権に主観的基準を持ち込むと、その起算点の判断は、不法行為の主観的起算点の判断よりも困難になる。

ア 債務者が債権者に対し、時効の進行を開始させる趣旨の通知をしたときを、時効の起算点とする考え方について

意見：反対

理由：債務者が債権に関する記録の作成・照会に応じるべきことと、債務者が弁済の証拠を保存すべきこととは別問題。債務者が債権者を把握できず、通知ができないこともある。

(5) 合意による時効期間の変更について

意見：反対

理由：力関係によって不当な結論が生じるおそれがある。他の論点について、時効を延長する意見を出したこととのバランスからも、かかる特段の制度を新設することまでは必要とは思われない。

3 時効障害事由

(1) 時効障害事由の見直しについて

意見：見直しに賛成

理由：現行法の用語は分かりにくい。①更新（従来の中断）、②進行の停止

(一時停止。ADRの利用等を想定)、③満了の延期(従来の天災はこ
ちらに含まれる)の3類型に分ける意見に賛成。②と③を個別に設ける
必要があるかは要検討。

(2) ①権利を認める判決の確定、②確定判決と同一の効力が認められる事由
(裁判上の和解等)が生じること、③相手方の承認、④民事執行を時効の
更新事由とすることについて

意見：賛成

理由：従来の実務や、債権者の権利確保の必要性からも、妥当と思われる。

(3) 「請求」の取り扱いについて

意見：見直しに賛成(一時停止の効果)。取り下げによっても遡及はさせな
いべき。

理由：時効の完成を阻止する手段を与えれば足り、手続開始時に時効を再度
から始めさせる必要はない。

ア 債権の一部について訴訟提起された場合の取り扱いについて

意見：提言に賛成

理由：明示により残部請求を認める以上、時効中断も認めてよい。

イ 債務者以外の者に対して訴えの提起等をした旨の債務者への通知をもっ
て、債務者に対する時効期間の進行停止を認めることの可否

意見：反対

理由：単なる通知をもって、直接権利行使されていない主債務者に対して時
効障害を認めるのは行き過ぎ。

ウ 「催告」の取り扱いについて

意見：提言(満了期間の延期 6ヶ月/1年)に賛成

理由：現行法でも実際には満了延期の効力しか認められていないので、これを明確にしたほうがよい。

(4) 「差押・仮差押・仮処分」(申立のみ)の取り扱いについて

意見：提言(進行停止)に賛成

理由：「進行停止」が自然。

(5) 時効の停止事由の見直しについて

意見：161条の期間を延ばすことについては賛成

理由：現行法の2週間は短すぎる。

(6) 当事者間の交渉・協議による時効障害について

意見：「進行の停止」事由とすることに賛成

理由：提訴を避けて、とりあえず時効の進行を停止して交渉・協議したほうがよいケースもある。要件については別途検討を要するが(実印・弁護士の職印等)、少なくとも要式行為とすべき。

4 時効の効果

(1) 時効の援用の効果について

意見：判例の明文化に賛成

理由：判例理論は実務上定着しており、あえて別の構成をとる必要性はない。

(2) 時効の援用権者について

意見：判例の明文化に賛成

理由：明文化は分かりやすさの点から必要。表現は「保証人、物上保証人その他の正当な利害関係を有する者」とすべき。

(3) 時効援用権の喪失について

意見：明文化には慎重であるべき

理由：信義則に従いケースバイケースで判断できる余地を残しておくべき。

5 形成権の期間制限について特別な規定を整備すべきか

意見：反対

理由：様々な形成権を一律に解してよいか不明。

ア 同時履行の抗弁権等について

意見：賛成（但し、一律に定めて不都合がないかは別途慎重な議論を要する）

理由：期間制限を受けない旨を条文に明記すべき。

6 その他

(1) その他の財産権の消滅時効について

意見：現行法を維持すべき

理由：見直しを必要とする事情はない。

(2) 取得時効への影響について

意見：提言に賛成

理由：混乱を招かないように、統一する必要がある。

4 詐害行為取消

【詐害行為取消権】

1 総論

現行民法における詐害行為取消権についての規定は、民法424条から426条まで3か条しかなく、特に一般条項的規定である424条についての解釈や判例法理によって運用されている。

しかし、詐害行為取消権の制度は、強制執行手続や倒産手続との関連性が深く、規定として、要件及び効果について明確化すべき要請が認められる。

したがって、できる限り規定の明確化を図るとの方向に賛成するものである。また、明確化のする場合においても、現行424条のような中核的規定は残すべきであると考えられる。

2 詐害行為取消権の法的性質

(1) 債務者の責任財産の回復の方法（法的性質論）

詐害行為取消制度は、責任財産を保全するための制度であるところ、債権者取消訴訟の法的性質については、従来から形成権説と請求権説の対立があった。形成権説は、債務者の行った法律行為を絶対的に取り消すこと、すなわち、債権者取消訴訟は取消しの効果を形成することを目的とするものである。一方、請求権説は、逸出した財産を取り消すことを目的とし、訴訟としては、財産を有する受益者等のみを相手として目的物の返還を請求すべきとする立場である。

これに対し、判例は、詐害行為取消権を、債務者の詐害行為を取り消し、かつ、これを根拠として逸出した財産の取り戻しを請求する制度として把握していると解されており、上記両説の特徴を併せ持ったものといえるため折衷説と呼ばれている。

この判例理論に対しては、取消しの効果が債務者に及ばない（相対的取消）とする一方で、逸出した財産が債務者の責任財産として強制執行が可能となることを説明できないといった問題点が指摘されている。

こうした判例の問題点から、学説上は、責任財産を保全するためには、逸出した財産を受益者や転得者から取り戻す必要はなく、目的物を受益者・転得者のもとに置いたまま、債務者の責任財産として取り扱うべきとする見解（責任説）が有力に主張されている。

しかし、責任説によれば、詐害行為取消訴訟によって、目的物は、受益者・転得者のもとで債務者の責任財産となり、次いで、受益者・転得者を相手に、その者への執行を許容する責任判決を求める訴訟（責任訴訟）を提起し、これを債務名義に執行ができるとしており、現在の日本にはない

責任判決をいう概念を用いており、現実性に乏しいといわざるを得ない。このような現在の執行、倒産法との整合性がない制度を採用すると、民法以外の法律についても改正を検討せざるを得なくなる。よって、責任説を前提とする見直しの方向には賛成できない。

逸出財産を債務者に返還させることを原則とする判例の折衷説の立場を前提としつつ、個別的に、その問題点を克服していく方向性で検討するのが相当であると思料する。ただし、目的物の返還先については、注意が必要である。

(2) 債務者に対する取消しの効果

上述のとおり、現在の判例法理（折衷説）のもとでは、取消しの効果が債務者に及ばない（相対的取消）とする一方で、逸出した財産が債務者の責任財産として強制執行が可能となることを説明できないといった問題点が指摘されている。

詐害行為取消制度の目的は、債務者の責任財産の保全にあり、また、債務者は詐害行為を行った当事者でもある。このような債務者を、詐害行為取消訴訟の相手方から外す理由はなく、債務者に対しても取消しの効果を及ぼすべきである。そうすることによって、判例法理の理論的問題点も克服することができる。

したがって、詐害行為取消訴訟においては、受益者・転得者のみならず、債務者も被告とし、取消しの効果を債務者にも及ぼすべきである。

(3) 債務者に対する給付訴訟の併合（関連論点）

訴訟経済及び詐害行為取消判決と給付判決との判決内容の合一性の確保の必要性から、債権者が被保全債権についての債務名義を有していない場合には、給付訴訟の併合提起を義務づけるべきであると考えられる。

(4) 詐害行為取消訴訟が競合した場合の処理（関連論点）

債務者を被告とするのであれば、詐害行為取消訴訟が競合した場合には、判決の合一確定の必要性が生じることは明らかである。

しかし、強制併合については、異なる裁判所で審理をしていた場合、どちらの裁判所に併合するかなどの新たな問題が生じることにもなる。したがって、強制併合については賛成しかねる。

なお、各債権者が、自己に対しての目的物の引渡を求めた場合には、供託するほかないと思われる。

3 要件に関する規程の見直し

(1) 要件に関する規程の明確化等

ア 被保全権利に関する要件

通説・判例は、詐害行為取消しを請求できるのは、詐害行為時に発生していた債権を有している債権者に限定している。現に発生している債権を有しているからこそ、債務者の行為によって害されるのであるから、詐害行為時に発生していることを被保全権利の要件とすることは正当である。

また、被保全債権は強制力のある債権であることを要するとの見解がある。詐害行為取消権が、強制執行の準備段階としての責任財産の保全を目的とし、債務者の財産管理への介入を認めるものであることから、強制力を求めるのが妥当である。

被保全債権に関する要件についての、判例・通説の見解は正当であり、要件の明確化の必要性も認められるから、この要件については、明文化すべきである。

イ 債務者側の要件：無資力要件

詐害行為取消権は、責任財産の保全のための制度であるから、無資力要件が求められることは当然である。また、現行法の「債権者を害する」という文言は、具体性に乏しく、一般市民にとってはどういった場合が債権者を害することになるのか判然としないと思われる。

したがって、具体的内容を例示すべきと考える。その内容としては、倒産法との整合性から「支払不能」と同内容とすべきと考える。

(2) 倒産法上の否認権の要件との整合性

詐害行為取消権は、倒産法上の否認権と共通の機能を有するものであるから、詐害行為取消権の要件については、これまでの判例法理を踏まえつつ、否認権の要件との整合性にも留意しながら、規定を明確化すべきである。

ア 債務消滅行為を取消権の対象とするか否か

倒産法上の否認権とは、沿革や機能に共通するものがあるのみならず、手続的にも連続しており、その整合性を考慮の外に置くことはできず、否認権の要件との整合性に留意しなければならない。

しかしながら、偏頗弁済を詐害行為としない場合、債権者は破産申立をしなければ、偏頗弁済を問題にすることができないが、現行の債権者破産の申立のハードルはかなり高い。

詐害行為取消権は、実際に行使されなくとも、債権者が行為をするにあたって、詐害行為取消の対象となるのか否かを検討して判断することになり、いわば行為規範として機能しているため、偏頗弁済をおよそ詐害行為の対象外とすべきではない。

否認類型との整合性を保ちつつ、一定の偏頗類型を詐害行為とするこ

とが望ましいが、具体的な要件については、検討中である。

また、そもそも破産法の改正によって生じた逆転現象であり、民法を改正することによって新たに逆転現象を生じさせるものではないことからすると、逆転現象の余地を残しても、管財人が詐害行為取消訴訟のまま受継できるような制度を設けるとか、あるいは、破産法が不磨の大典というわけでもなく、既に施行から何年も経過している破産法の否認権制度の側の問題として投げ返す（否認権の側の要件の見直し）ことも検討の余地があると思われる。

関連論点 1 詐害行為取消の一般的な要件を定める規定の要否

否認権規定のようにできる場合を定める形ではなく、一般的な規定を設けて個別的に除外規定を設ける場合、詐害行為取消ができる場合に關して解釈の余地を残すこととなり、個別類型に当てはまらないものを拾うことが可能となるため、一般的な要件を定める規定を設けたほうが良い。

但し、実際の規定の定め方においては、否認権規定との整合性、個別要件との関係に留意すべきは当然である。

関連論点 2 取消の対象を行為とするか

現行法は「法律行為」と規定されているが、債権者を害する行為は法律行為に限定されず、現行法の解釈としても、弁済、債務の承認等も対象とされるとされているから、規定を明確化するために、「行為」に改めるべきである。

関連論点 3 過大な代物弁済の取消対象

過大な代物弁済を取消対象とする場合、債権者を害するのは債権額を超える過大な部分に限られる以上、取消対象も過大な部分に限定すべきである。

イ 既存債務に対する担保供与行為

債務消滅行為と同様、否認権との整合性を保ちつつ、詐害行為とすべきと考える。

ウ 相当価格処分行為

債務消滅行為と同様、否認権との整合性を保ちつつ、詐害行為とすべきと考える。

エ 同時交換的行為

債務消滅行為と同様、否認権との整合性を保ちつつ、詐害行為とすべ

きと考える。

オ 無償行為を詐害行為取消権の対象とするか否か

否認権と同じく、無償行為を詐害行為取消権の対象にするべきであると考ええる。無償行為の受益者は対価を負担していないため、保護する必要性は低く、その利益は総債権者のもとにあるべきである。債務者の主観的要件は必要との考え方もあるが、無償行為を行った者の保護を図る必要性は低く、不要であると考ええる。

関連論点 無償行為等の詐害行為取消の効果の特則

無償行為に対する否認と同じく、受益者が善意であったときは、その返還すべき範囲は、現に利益を受けている範囲に縮減されると考えるべきである。

カ 対抗要件具備行為を詐害行為取消権の対象とするか

否認権と同じく、一定の場合に対抗要件具備行為を詐害行為取消権の対象とするべきである。債権者平等のための制度と考える以上、支払停止や支払不能の概念を導入しても構わない。

キ 転得者に対する詐害行為取消権の要件

破産法170条のように二重の悪意を要求することに合理性はなく、受益者及び全ての転得者が「債権者を害すべき事実」について悪意であることを必要とし、それで足りるというべきである。否認権の対象より詐害行為取消権の対象の方が広がってしまうという問題はあるが、民法の改正は民法の改正として行わないと、不合理な規定が固定化するおそれがある。

関連論点 転得者に対する詐害行為取消の効果の特則

受益者の場合と同じく、善意の転得者の返還すべき範囲は現に利益を受けている範囲に減縮されるとの特則を設けるべきである。

ク 詐害行為取消訴訟の受継

否認権より詐害行為取消権の方が広がってしまう部分（逆転現象）が残った場合、否認権を行使できない場合でも破産管財人が受継したうえで詐害行為取消訴訟として訴訟を続行できるかどうか問題があるが、破産管財人が詐害行為取消訴訟として続行できるというべきである。破産管財人が否認権を行使できない部分について詐害行為取消権を行使できてしまい、破産法の趣旨を超えてしまうことになるが、民法の方が後法として合理的な規定を設けたと考える以上、問題ない。

4 効果に関する規定の見直し

基本的には、逸出財産を債務者に返還させることを原則とする立場を前提に、個別的に問題点を克服していく方向で検討する。また、現行法は、詐害行為取消権の効果は明確でないが、できる限り明確化を図る。

(1) 事実上の優先弁済の当否

現行法の運用のような、事実上の優先弁済は認めない方向で考えるべきである。事実上の優先弁済を認めることは、債権者平等に反する結果を認めることとなる。事実上の優先弁済を否定したうえで、取消債権者も債権者の一人として取消しによる利益を得られるようにすべきである。

(2) 債権回収機能を否定又は制限する方法

取消債権者への金銭等の直接給付を禁止し、債務者への返還債務と被保全債権との相殺という事態をなくすべきである。このように解しても、債務者の第三債務者に対する返還請求権を差し押え（又は仮差し押さえ）、ここから配当を受けることができる。取消債権者のインセンティブについては、債務者の第三債務者に対する返還請求権を差し押さえた者のみ配当を受けられるという点で、一般的には破産法上の債権者より配当を受けられる額が大きくなり、インセンティブはあるというべきである。

関連論点 相殺を禁止する期間

相殺禁止期間を設ける必要はない。取消債権者への事実上の優先弁済は認めない。相殺禁止期間を設けておいても、その期間中に他の債権者に差し押さえられて執行される可能性がある以上、取消債権者としても差し押さえで執行するはずである。それをせずに相殺禁止期間経過を待っていたら、弁護過誤になりうる。

(3) 取消の範囲

被保全債権の債権額の範囲にとどまらず、詐害行為全体を取り消させてよいと考える。なぜならば、詐害行為取消は総債権者のための制度であるし、事実上の優先弁済を否定する以上、限定する必要はない。限定しなくても、執行の段階で限定がかかるのであり、問題はない。

(4) 逸失財産の回復方法

ア 登記登録をすることのできる財産

取消債権者が、登記名義などを有している受益者等に、登記などの抹消手続や移転手続を請求できると条文上明らかにすべきである。責任財産回復の観点から直截的である。

イ 金銭その他の動産

取消債権者への返還、取り戻しは認めるべきでない。事実上の優先弁済は認めるべきでない。取消判決によって認められる債務者の受益者に対する金銭支払請求権などに執行をかけて回収することとすべきである。

ただ、詐害行為は取り消されたものの、被保全債権の債務名義が未だ取得できていないとき、取消債権者の資力によっては仮差押もできず、酷な結果となるかも。

ウ 債権

取消債権者が受益者（譲受人）に対して、第三債務者に債権譲渡が取り消された旨の通知をするよう請求できるとすべきである。さらに、取消債権者の通知をもって取消の通知に代えることができるという内容の規定を設けてもいいかもしれない。

エ 現物返還の原則——価格償還

現物返還が原則だが、それが不可能または著しく困難である場合に限りて価格賠償を認めるとの明文を設け、これまでの判例法理を明確化すべきである。

(5) 費用償還請求権

詐害行為取消のために支出した費用については、共益費用として認めるべきである。事実上の優先弁済を否定し、総債権者のための取消となるからである。

また、弁護士費用についても、取消債権者は債権者のために取消をしたのだから共益費用として良いのではないか。

(6) 受益者転得者の地位

ア 債務消滅行為が取り消された場合の受益者の債権の復活

受益者債権が復活することを条文上も明らかにすべきである。

イ 受益者の反対給付の価格償還

受益者が反対給付をしていた場合には、取消債権者や他の債権者に優先して、その反対給付返還または価格の償還を請求できるようにすべきである。受益者の財産で債務者財産が利得するのはおかしい。

関連論点 取消債権者の費用償還請求権との優劣

受益者転得者の反対給付返還請求権より、取消債権者の費用償還請求権を優先させるべきである。悪意の受益者よりも保護すべきである。

ウ 転得者の反対給付

受益者の反対給付（上記イ）に同じ。

5 詐害行為取消権の行使期間

2年の時効、20年の除斥期間については、消滅時効制度との関連で改めて検討すべきである。

以上

5 履行障害

民法（債権法）改正／履行障害に関する法制の検討

【検討方針】

1 国民にとって分かりやすい民法（○）

民法は、市民社会を規律する法であり、市民（国民）にとって分かりやすく、使いやすいものであることが必要である。現行法に明文のない基本原則等重要事項につき、専門家には当然のことでも、国民にとってそうでないことは明文化することが望ましい。

2 判例法理の明文化（○）

国民にとって分かりやすい民法という観点から、現在裁判規範として機能している判例法理も、専門家のみならず、国民が理解できるよう、これを明文化することが望ましい。また、現行民法を日本国民に適用するために築き上げられてきた判例法理は、日本国民の意識・文化の現れともいえ、実際に日本国の市民社会を規律しているので、原則として、そのまま明文化すべきであるし（法的安定性の要請にも合致する）、判例法理をベースとした現行実務についても、特段の必要性のない限り、これを大きく変動させるような改正は望ましくない。

3 国際的な取引ルールとの整合性（△）

我が国を取り巻く経済社会はグローバル化しており、かかる変化への対応が必要なのはいうまでもなく、民法改正を検討する上でもこの観点は必要である。しかし、我が民法は日本国の市民社会を規律するものであるから、日本国民の意識・文化を反映したものであることが望ましく、たとえ国際社会における最先端のルールといえども、日本国民の意識・文化に浸透しているといえないものを取り込むことには慎重であるべきである（現在のみならず将来の日本国民のため、国際的な取引ルールは参考にはすべきであるが、これと整合させることを民法改正の目的とすべきではない。）。

【履行障害に関する法制の検討】

第1 履行障害法制の目次案

第3編 債権

第1章 総則

第〇節 債権の効力

第1款 債権の基本的効力

第〇条（履行請求権）

第〇条（履行請求ができない場合）

第〇条（追完請求権）

第2款 債務不履行があつた場合の債権の効力

第1目 債務不履行の意義

第〇条（債務不履行の意義）

第2目 履行の強制

第〇条（履行の強制）

第3目 損害賠償

第〇条（債務不履行を理由とする損害賠償）

第〇条（損害賠償の範囲）

第〇条（金銭賠償の原則及び損害額算定の基準時）

第〇条（過失相殺）

第〇条（損益相殺）

第〇条（金銭債務の特則）

第〇条（賠償額の予定）

第〇条（損害賠償による代位）

第4目 解除

第〇条（債務不履行を理由とする解除の要件）

第〇条（解除権の行使）

第〇条（解除権の不可分性）

第〇条（解除の効果）

第〇条（解除権者の行為等による解除権の消滅）

第3款 受領遅滞

第2 履行障害に関する条文案と提案要旨

第3編 債権

第1章 総則

第〇節 債権の効力

第1款 債権の基本的効力

第〇条（履行請求権）

債権者は、債務者に対し、債務の履行を求めることができる。

※新設，基本方針【3.1.1.53】参照

<提案要旨>

国民にとって分かりやすい民法という観点から，債権の本来の権能としての履行請求権を明文化すべきである。

第〇条（履行請求ができない場合）

- 1 債務者の責めに帰することができない事由によって債務の履行が不能となったとき，債務は消滅する。
- 2 債務者の責めに帰すべき事由によって債務の履行が不能となったときでも，債務者はその履行をする義務は免れる。

※新設，基本方針【3.1.1.56】参照

<提案要旨>

国民にとって分かりやすい民法という観点から，履行が不能になれば，債務者は本来の債務の履行を拒むことができる（債務者の帰責事由があれば損害賠償に転化するし，債務者の帰責事由がなければ消滅する）というルールを明文化すべきである（なお，履行不能概念は判例の概念によるべきであり，基本方針の定義を採用していない。また，債務を拒むために履行不能を主張する場合，債務者にその主張・立証責任があることが分かるような規定とした。）。

第〇条（追完請求権）

債務者が不完全な履行をしたときは，債権者は履行の追完を請求することができる。ただし，追完が不能なときは，この限りでない。

※新設，基本方針【3.1.1.57】<1>参照

<提案要旨>

国民にとって分かりやすい民法という観点から、債務者が不完全な履行をした場合、履行請求権の一態様としての追完請求権を明文化すべきである。

第2款 債務不履行があつた場合の債権の効力

第1目 債務不履行の意義

第〇条（債務不履行の意義）

- 1 債務不履行とは、履行遅滞、履行不能、履行拒絶その他不完全な履行がなされた場合等債務の本旨に従つた履行がなされていないことをいう。
- 2 履行遅滞とは、債務の履行がなされないまま履行期を経過した場合をいう。
- 3 履行不能とは、履行が不可能になつた場合その他社会通念に照らして履行することができなくなつた場合をいう。
- 4 履行拒絶とは、債務者が債務の履行を確定的に拒絶する意思を表明した場合をいう。

※新設

<提案要旨>

国民にとっての分かりやすさという観点から、「債務の本旨に従つた履行をしないとき」の具体化・明確化を図るべく、判例法理のリステイトメントを基本としつつ、債務不履行の定義規定を設けるのが妥当である。なお、債務不履行の類型については、伝統的な履行遅滞、履行不能及び不完全履行の三類型に加え、新たに履行拒絶も明文化している（履行期前に確定的な履行拒絶があつた場合、履行期が到来するまでは契約解除や填補賠償ができないというのは不合理である。）。

第2目 履行の強制

第〇条（履行の強制）

- 1 債務者が任意に債務の履行をしないときは、債権者はその強制執行を裁判所に請求することができる。ただし、債務の

性質がこれを許さないときはこの限りではない。

2 強制執行については、民事執行法その他の法律に定めるところによる。

※民414，基本方針【3.1.1.61】参照

<提案要旨>

国民にとって分かりやすい民法という観点から、実体法上の権利として強制履行を求める権利があることを明確化すべきである。ただし、民事執行法が整備されている現在においては、実体法と手続法の機能分担の観点から、強制執行の方法については民事執行法に規定があるというインデックス機能のみを持たせることで足りよう（債権の性質毎にどのような強制執行が可能なのか、民法に規定することが本来は望ましいが、基本方針のようにいきなり「直接強制」「間接強制」と言っても分かりにくい。これを民事執行法と整合させつつ分かりやすく丁寧に説明しようとする詳細に過ぎる規定になってしまい、実体法の規定という意味合いが薄まってしまうので、上記のようにするのが妥当だと考えた。）。

第3目 損害賠償

第〇条（債務不履行を理由とする損害賠償）

- 1 債務不履行があったときは、債権者は、債務者に対し、債務不履行によって生じた損害の賠償を請求することができる。ただし、債務不履行が債務者の責めに帰することができない事由によって生じたときは、この限りでない。
- 2 履行遅滞（不完全な履行がされた場合で追完が遅滞している場合も含む）から生じる損害の賠償については、債権者は、次の各時点から起算して請求することができる。ただし、債務者が留置権や同時履行の抗弁権を主張しうる場合など、履行遅滞が違法とはいえない場合は、この限りでない。
 - ① 債務の履行について確定期限があるときは、確定期限の経過したとき
 - ② 債務の履行について不確定期限があるときは、その期限が到来したことを債務者が知った日、または債権者が債務

者に対して期限到来の事実を通知した日のいずれかが経過したとき

- ③ 債務の履行について期限を定めなかったときは、債務者が履行の請求を受けた日が経過したとき
- 3 履行に代わる損害の賠償請求は、次の各号に該当する場合にすることができる。
 - ① 債務の履行が不能となったとき
 - ② 債務者が債務の履行を確定的に拒絶する意思を表明したとき
 - ③ 債務者が債務の履行をしない場合において、債権者が期間を定めて履行の催告をしたにもかかわらず、債務の履行がないまま相当期間が経過したとき
 - ④ 債務を発生させた契約が債務不履行解除されたとき
- 4 債務者の責めに帰すべき事由に基づく履行遅滞後に、債務者の責めに帰することができない事由によって債務の履行が不能となったとき、債権者は、債務者に対し、履行に代わる損害の賠償を請求することができる。ただし、債務の履行が遅滞なく行われたとしても同一の結果が生じていた場合は、この限りでない。
- 5 債務者が不完全な履行をした場合において、追完が不能なとき、または追完が可能なときでも次の各号に該当する場合には、債権者は追完に代わる損害賠償を請求することができる。
 - ① 債務者が追完を確定的に拒絶する意思を表明したとき
 - ② 債権者が期間を定めて追完の催告をしたにもかかわらず、追完がないまま相当期間が経過したとき

※民415，412，基本方針【3.1.1.62】～【3.1.1.66】
【3.1.1.57】参照

<提案要旨>

1 総論

国民にとっての分かり易さという観点から、判例のリステイトメントを基本としつつ、遅延賠償と填補賠償も区別した上で、債務不履行の要件に関する条文を整備すべきである。

2 債務不履行の事実に関する要件

(1) 債務不履行の包括的規定

民415前段のような包括的規定をおくべきであり、これを1項で規定している。

(2) 遅延賠償ができる場合

遅延賠償が生じる履行遅滞の要件につき、民412の規定を基本に、不確定期限付債務における履行遅滞（民412Ⅱ）に、債権者の通知の到達したときも付け加え、2項で規定している。

(3) 填補賠償ができる場合

填補賠償ができる場合とその要件につき、判例法理のリステイトメントを基本とし、履行不能の他、履行拒絶の場合、履行遅滞の場合で填補賠償ができる場合、解除した場合、履行遅滞後の履行不能の場合及び追完不能な場合などを整理して3項から5項で規定している。

3 免責事由（「債務者の責めに帰すべき事由」その他）

(1) 債務者の帰責事由の適用範囲

判例法理のリステイトメントという観点から、包括的規定である1項に規定をおき、履行不能のみならず、債務不履行全般に必要なことを明文上明らかにしている。また、これを債務者が主張立証すべき免責事由であることも明文上明らかにしている。

(2) 債務者の帰責事由の意味・規定の在り方

判例は、「債務者の責めに帰すべき事由」を、債務者の故意・過失、または信義則上これと同視すべき事由だとしている。また、現行法では、履行不能につき、債務者に帰責事由があるか否かが債務不履行と危険負担を区別の基準となっており、判例・実務においては、この区別を、自己責任の原則・過失責任の原則の観点から、債務者自身に故意過失がないか否か（保管義務につき債務者自らが尽くすべき注意義務を果たしていれば債務不履行責任を問われない。）を基本に判断していると思われる（もっとも、履行遅滞や不完全履行の場合には債務者に過失がないからといって免責される場面はほとんどなく、自己責任の原則・過失責任の原則が妥当していないとの疑問も生じうるが、少なくとも履行不能の場面では妥当しているし、理論的には債務不履行全般に妥当しう

るのであるから、基本原理から民法を体系化するというメリットも考慮すれば、伝統的な考え方は現時点でも十分に合理性を有している。なお、過失責任の原則を帰責根拠とするといっても、不法行為の場合と全く同じではなく、伝統的な考え方で帰責事由に関する立証責任に違いが生じる。)。そうだとすれば、基本的には伝統的な考え方に立脚していると思われる判例・実務の立場を否定し、これを変更するような改正を現時点ではすべきではない。もっとも、帰責根拠については見解が大きく分かれているところでもあり、この点について一つの立場に立つことを明文で明らかにする必要もなく、解釈に委ねるのが妥当であろう。かかる観点から、あえて「故意・過失、または信義則上これと同視すべき事由」という文言を使わず（この観点から履行補助者の過失に関する判例法理も明文化せず、解釈に委ねることになっている。）、現行法どおりに「責めに帰すべき事由」という文言にとどめている（過失責任主義に基づかない解釈論を展開することも可能）。

第〇条（損害賠償の範囲）

- 1 債権者は、債務者に対し、債務不履行によって通常生ずべき損害の賠償を請求することができる。
- 2 債権者は、特別な事情によって生じた損害であっても、債務者がその事情を債務不履行時に予見し、または予見することができたときは、債務者に対し、その賠償を請求することができる。
- 3 前二条の損害には、非財産的損害も含まれる。

※民416，基本方針【3.1.1.67】参照

<提案要旨>

1 損害賠償の範囲に関する規定の在り方

民416の「通常損害」「特別損害」という枠組みは、損害の公平な分担という観点から妥当な結論を導きうる規範として実際に機能しているのであるから、基本的にこれを維持すべきである。

2 予見の主体及び時期

予見の主体・時期については、判例法理（債務者・債務不履行時）を明文化すべきである。

3 非財産的損害

国民にとっての分かり易さという観点から、非財産的損害も損害に含まれることを明文化することが望ましい。

第〇条（金銭賠償の原則及び損害額算定の基準時）

- 1 損害の賠償は、別段の意思表示がないときは、損害額を算定し、その額の金銭を支払う方法によって行う。
- 2 物の価格が賠償されるべき場合、次の各号に該当する事由が生じた時点における物の価格を損害額とする。
 - ① 債務の履行が不能となったとき
 - ② 債務者が債務の履行を確定的に拒絶する意思を表明したとき
 - ③ 債務者が債務の履行をしない場合において、債権者が期間を定めて履行の催告をしたにもかかわらず、債務の履行がないまま相当期間が経過したとき
 - ④ 債務を発生させた契約が債務不履行解除されたとき
- 3 物の価格が賠償されるべき場合において、前項各号の事由が生じた後に物の価格が上昇したときは、債務者が債務不履行時にこれを予見し、または予見することができたときは、当該騰貴価格をもって損害額とすることができる。ただし、債権者が右価格まで騰貴する前にその物を他に処分したであろうと予想された場合はこの限りでなく、この場合は、他に処分が予想された時点における物の価格を損害額とすることができる。また、物の価格が上昇した後、さらに下落した場合は、その騰貴した時に債権者が転売その他の方法で利益を取得したであろうと予想されたときに限り、当該騰貴価格をもって損害額とすることができる。
- 4 物の価格が賠償されるべき場合において、第二項各号の事由が生じた後に債権者が代替取引（填補購入、填補売却等）をし、かつその代替取引が合理的な時期になされたときは、代替取引の額が不合理に高額だった場合を除き、前二項の規

定にかかわらず、代替取引の額をもって損害額とすることができる。代替取引の額が不合理に高額であったときは、代替取引がされた時点において代替取引に要したであろう合理的な額に限定し、これを損害額とすることができる。代替取引が不合理な時期にされたときは、賠償されるべき物の価格の算定は、前二項の規定による。

※民417，2項以下新設，基本方針【3.1.1.68】～【3.1.1.71】

参照

<提案要旨>

1項で民417の金銭賠償の原則を規定し、2項以下で、国民にとっての分かり易さという観点から、損害の金銭評価に関するルール（損害額の算定基準時等）につき、判例法理をリストイトした形で明文化することが望ましい。

第〇条（過失相殺）

債務の不履行に関して債権者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定めることができる。

※民418，基本方針【3.1.1.73】参照

<提案要旨>

1 要件

要件について、現行法を基本的に維持し、判例法理のリストイトメントの限度で明文を整備するのが望ましい（債権者の「過失」という用語はワーディングの問題に過ぎず、他に適切な用語があれば変更しても構わないが、そのままでも大きな問題はないと考える。）。また、「損害賠償軽減義務」についてはその意義・内容が必ずしも明らかでないと思われるし、また、その発想を必要に応じて解釈で読み込むことは可能であるから、これを真正面から規定するのではなく、解釈に委ねるのが穏当であると考えられる。

2 効果

任意的減免で特に問題はないと思われるので、現行規定を任意的減免に改めている。

第〇条（損益相殺）

債務不履行により債権者が利益を得たときは、この利益の額を賠償されるべき損害の額から控除する。

※新設，基本方針【3.1.1.74】参照

<提案要旨>

国民にとっての分かり易さという観点から、現在異論なく認められている損益相殺のルールを明文化すべきである。

第〇条（金銭債務の特則）

未定

※民419，基本方針【3.1.1.72】参照

第〇条（賠償額の予定）※民420

- 1 当事者は、債務の不履行について損害賠償額を予定することができる。この場合、債権者は、損害の証明をすることなく、予定賠償額を債務者に対して請求することができる。ただし、当事者が予定した賠償額が債権者に生じた損害に比して過大または過小であるときには、裁判所は、その額を合理的な額まで増減することができる。
- 2 賠償額の予定は、履行の請求または解除権の行使を妨げない。
- 3 違約金は、賠償額の予定と推定する。

※民420，基本方針【3.1.1.75】参照

<提案要旨>

民420につき、国民にとっての分かり易さという観点から賠償額の予定がなされた場合には損害の立証が不要であることを明記し、さらに、具体的妥当性を確保するため、裁判所が予定賠償額の増減をすることができるよう修正し、その他の部分は現行規定を維持するものである。

第〇条（損害賠償による代位）※民421

債権者が、損害賠償として、その債権の目的である物または権利の価額の全部の支払を受けたときは、債務者は、その物または権利について当然に債権者に代位する。

※民421，基本方針【3.1.1.76】参照

<提案要旨>

民421をそのまま維持するものである。

第4目 解除

第〇条（債務不履行を理由とする解除の要件）

1 契約当事者の一方が当該契約から発生した債務の履行をしない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる。ただし、次の各号に該当する場合にはこの限りでない。

- ① 債務不履行が、契約をした目的の達成に重要な影響を及ぼさないと認められるとき
- ② 債務者が留置権や同時履行の抗弁権を主張しうる場合など、債務不履行が違法とはいえないとき
- ③ 債務不履行が債務者の責めに帰することができない事由によって生じたとき

2 債務の一部の履行がない場合において、その債務が可分であるときは、履行のない部分のみが解除の対象となる。ただし、残部の履行では契約をした目的を達成することができないときは、契約の全部を解除の対象とすることができる。

3 次の各号に掲げる場合には、相手方は、第1項の催告をすることなく、契約の解除をすることができる。

- ① 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約締結の目的を達することができない場合において、当事者の一方が履行をしないでその時期を経過したとき
- ② 当事者の一方の債務の履行又は追完が不能となったとき
- ③ 当事者の一方が債務の履行を確定的に拒絶する意思を表明したとき

- 4 同一当事者間で結ばれた複数の契約の間に密接な関連性がある場合において、一の契約に解除原因があり、これによって複数の契約を締結した目的が全体として達成できなくなったとき、当事者は、複数の契約全部を解除することができる。

※民541～543，基本方針【3.1.1.77】【3.1.1.78】

【3.1.1.81】参照

<提案要旨>

1 総論

国民にとっての分かり易さという観点から、判例法理のリステイトメントを基本に、現行実務とも整合する形で、条文を整備すべきである。

2 債務不履行解除の不履行態様等に関する要件の整序

(1) 「債務を履行しない場合」を重大な不履行に限定するか

判例は、付随的義務違反の場合に催告解除を制限する解釈をしており、この点を明文化することは分かりやすさの観点から望ましい。しかし、だからと言って、解除の要件として「重大な不履行」を設けるべきだということとはできず（「債務」が要素か付随かという問題と不履行の程度が重大か否かは理論的には別問題）、催告解除が我が国の取引実務において定着していることに照らせば、我が国においては催告解除を柱の一つとする現行法の枠組みを維持する必要性が高いというべきである（手続を経たのに要件不足として解除の効果が否定されれば実務が混乱する。催告解除は、債権者と債務者の双方の利益に適うものである。債権者の側からすると、催告をしたにもかかわらず、これに応じなければ、軽微な不履行を除いて解除が認められることになり、解除の効果について、予測可能性が高まることとなる。また、債務者にとっては、催告を要件とすることの反射的利益として、追完の機会を保証されることとなる。）。

解除制度を統一的に説明しようとする「重大な不履行」の要件は理論的には魅力的であるが、催告解除を例外的に位置付けるのは我が国の取引社会の意識に合致せず妥当でない。要は債権者を契約の拘束力から離脱させるのが妥当だといえる債務不履行があれば解除を認めてよい

のであって、我が国の取引社会においては、催告に相当期間応じない場合は、原則として債権者を契約の拘束力から離脱させるのが妥当だといえる債務不履行があったと考えられているのであるから、催告解除と無催告解除の要件を無理に統一させる必要はない。

(2) 催告解除を原則とする法制

催告を原則的な要件として要求し、これを求めることが無意味ないし相当ではない場合に限って、催告要件を不要とする基本的な構造を維持すべきである。かかる観点から、1項を民541のような包括的規定とし、3項で、催告要件を不要とする場合として、定期行為と履行不能に加え、履行拒絶も明文化している。

(3) 契約の一部の解除・複数契約の解除

2項で契約の一部の解除について規定し、4項で複数契約の解除に関する判例法理を明文化している。

第〇条（解除権の行使）

1 契約または法律の規定により当事者の一方が解除権を有するときは、その解除は、相手方に対する意思表示によってする。

2 前項の意思表示は撤回することができない。

※民540，基本方針【3.1.1.79】参照

<提案要旨>

民540をそのまま維持するものである。

第〇条（解除権の不可分性）

1 当事者の一方が数人ある場合には、契約の解除は、その全員に対してのみ、することができる。

2 前項の場合において、解除権が当事者のうちの一人について消滅したときは、他のものについても消滅する。

※民544，基本方針【3.1.1.80】参照

<提案要旨>

民544をそのまま維持するものである。

第〇条（解除の効果）

未定

※民545, 546, 基本方針【3.1.1.82】参照

第〇条（解除権の消滅）※民548

未定

※民547, 548, 基本方針【3.1.1.83】参照

第3款 受領遅滞

未定

※民413, 基本方針【3.1.1.87】～【3.1.1.89】参照

<提案要旨>

1 総論

効果を分かりやすくすることに加え、基本的には判例法理のリステイトを図るべきであるが、解除や損害賠償の根拠・位置付けについては慎重な検討が必要である。

2 効果の具体化・明確化

国民に分かりやすい民法という観点から、（弁済の提供の効果と区別されるころの）、特定物の引渡しの場合の注意義務の軽減、増加費用の債権者負担、危険の移転等の効果を具体的かつ明確に規定すべきである。

3 損害賠償請求及び解除の可否

信義則ないし契約の解釈から売主の受領義務を認め、債務不履行を理由とした損害賠償請求を認めた最高裁判例があるが、損害賠償の根拠は民415であり、受領遅滞の効果とは言い難いため、この判例をどう規定するかは慎重に検討する必要がある。

<その他の検討>

第1 危険負担（民534～536） 基本方針【3.1.1.85】参照

1 総論

民534の適用範囲を限定するような改正を行った上で、危険負担の規定を存続させるべきである。

2 債権者主義（民534）の適用範囲の限定

「債務者の責めに帰することのできない事由」による履行不能には、債権者の責めに帰すべき事由による場合と当事者双方の責めに帰することのできない事由による場合があり、場合を分けて規定すべきである。前者の場合は、そのまま債権者主義で問題はない。問題となるのは後者の場合であり、この場合は、A案の支配可能性が債権者に移転してから債権者主義となると適用を制限する形で改正すべきである。

3 債務不履行解除と危険負担の関係

現行法どおりに解除の要件として帰責事由を必要と考え、危険負担と解除の併存を認めるべきである。特に、労働関係においては危険負担（536条2項）が重要であることから存続が望ましい。

第2 追完権 基本方針【3.1.1.58】参照

追完は債務者にとって義務の履行であり、これをあえて権利として認めなければ妥当な解決は得られないという場面はないと思われるので（追完に代わる損害賠償請求は、解除の要件と実質的に同じであるところ、解除や損害賠償請求された場合、債務者としては、追完不能が理由の場合は追完可能であると争い、催告後相当期間経過が理由の場合は相当期間を争うなどすればよく、あえて追完権という概念を認める必要はない。また、解除や損害賠償が認められる場合なら、債権者が権利行使をした後に、追完を認めるのは妥当でない。）、追完権の規定は不要である。

解除や追完に代わる損害賠償請求をした債権者にとっては、同じ債務者による追完を望まないのが通常であり、かかる債権者の意思ないし利益に照らしても、規定を不要とすべきである。

以上