

民法（債権関係）の改正に関する検討事項(5) 詳細版

目次

第1	弁済	1
1	総論	1
2	弁済の効果	1
3	第三者による弁済（民法第474条）	2
	(1) 「利害関係」と「正当な利益」の関係	2
	(2) 利害関係を有しない第三者による弁済	3
4	弁済として引き渡した物の取戻し（民法第475条から第477条まで）	5
5	債権者以外の第三者に対する弁済（民法第478条から第480条まで）	6
	(1) 受領権限を有する第三者に対する弁済の有効性	6
	(2) 債権の準占有者に対する弁済（民法第478条）	7
	(3) 受取証書の持参人に対する弁済（民法第480条）	11
6	代物弁済（民法第482条）	12
7	弁済の内容に関する規定（民法第483条から第487条まで）	14
	(1) 特定物の現状による引渡し（民法第483条）	14
	(2) 弁済をすべき場所，時間等に関する規定（民法第484条）	15
	(3) 受取証書・債権証書の取扱い（民法第486条，第487条）	16
8	弁済の充当（民法第488条から第491条まで）	17
9	弁済の提供（民法第492条，第493条）	20
10	弁済の目的物の供託（弁済供託）（民法第494条から第498条まで）	21
	(1) 弁済供託の要件・効果の明確化	21
	(2) 自助売却の要件の拡張	23
11	弁済による代位（民法第499条から第504条まで）	26
	(1) 任意代位の見直し	26
	(2) 弁済による代位の効果の明確化	28
	(3) 一部弁済による代位の要件の見直し	34
	(4) 一部弁済による代位の効果の見直し	35
	(5) 債権者の義務	36
第2	相殺	39
1	総論	39
2	相殺の要件（民法第505条）	40
	(1) 相殺の要件の明確化	40

(2) 第三者による相殺の可否	41
(3) 相殺禁止の意思表示	43
3 相殺の方法及び効力（民法第506条）	43
4 不法行為債権を受働債権とする相殺（民法第509条）	48
5 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）	50
(1) 法定相殺と差押え	51
(2) 相殺予約の効力	57
6 相殺権の濫用	61
第3 更改	62
1 総論	62
2 更改の要件の明確化（民法第513条）	63
(1) 「債務の要素」の明確化と更改意思	63
(2) 旧債務の存在及び新債務の成立	65
3 更改による当事者の交替の要否（民法第514条から第516条まで）	66
4 旧債務が消滅しない場合の規定の明確化（民法第517条）	68
第4 免除及び混同	69
1 総論	69
2 免除の規定の見直し（民法第519条）	70
第5 決済手法の高度化・複雑化への民法上の対応の要否（多数当事者間の決済に関する問題について）	72

※ 本資料の比較法部分は、別途本文中に明記しているもののほか、以下の翻訳・調査による。

- ヨーロッパ契約法原則
 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）
- ユニドロフ国際商事契約原則2004
 <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/translations/blackletter2004-japanese.pdf>（内田貴＝曾野裕夫訳）
- ドイツ民法・フランス民法
 石川博康 東京大学社会科学研究所准教授・法務省民事局参事官室調査員，幡野弘樹 立教大学法学部准教授・法務省民事局参事官室調査員，角田美穂子 一橋大学大学院法学研究科准教授・法務省民事局参事官室調査員訳

また、「立法例」という際には、上記のモデル法を含むものとする。

第 1 弁済

1 総論

弁済の規定の見直しに当たっては、まず、弁済によって債務が消滅するという最も基本的なルールを条文上明記するかどうかを検討する必要がある（後記 2 参照）ほか、民法第 474 条から第 504 条までの規定については、逐条的に、判例・実務の動向を踏まえ、規定の明確化等を図ることを検討する必要があると考えられる（後記 3 から 11 まで参照）が、このほか、弁済の規定の在り方について全面的に見直す場合には、どのような点に留意する必要があるか。

2 弁済の効果

弁済によって債権が消滅することは、民法上の最も基本的なルールの一つであるが、そのことを明示する規定は置かれていない。このような基本的なルールは、条文上できる限り明確にすべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

（補足説明）

弁済によって債権が消滅するということは、民法上の最も基本的なルールの一つであるが、そのことを明示する規定は置かれていない。弁済に関する規定が「債権の消滅」という節（第 3 編第 1 章第 5 節）に置かれていることから、それが債権の消滅原因であることを読み取ることができるのみである。弁済が、債権の消滅原因のうち最も重要なものであることから、このような基本的なルールはできる限り条文上明確にすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

なお、判例（最判昭和 59 年 5 月 29 日民集 38 卷 7 号 885 頁）は、弁済による代位が認められる場合には、弁済によって原債権が弁済者に移転するという考え方を採っている。この判例の考え方については、見直しの必要があるという指摘もある（後記「第 1, 11(2)ア 弁済者が代位する場合の原債権の帰すう」参照）が、この判例の考え方を維持するのであれば、弁済による代位が認められる場合には、弁済がされたときでも債権が消滅しないことを併せて明記するかどうかを検討する必要がある。

（関連論点）

1 弁済と履行との関係

弁済と履行との関係については、学説上、両者は同じことを別の観点から見たものであり、履行は債務の内容を実現するという債務者の行為の面から、弁済は債権が消滅するという面から見たものであるとする見解が有力であるが、現行民法は、必ずしもこのような用語の使い分けをしていない。そこで、この見解に従って、弁済と履行という用語を使い分けることにより、条文表現を整理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、例えば、弁済の費用（民法第 485 条）や弁済の提供（同法第 492 条）は、それぞれ、履行の費用や履行の提供と改めるべきであり、他方、弁済の充当（同法第 488 条から第 491 条まで）や弁済による代位の効果（同法

第501条)は、引き続き、弁済を用いることになるという。しかし、このような用語の整理が一義的に可能かどうかは、疑問もあり得る。

以上の問題について、どのように考えるか。

2 民事執行手続による満足(配当等)と弁済との関係

現行法上、配当その他の民事執行手続による満足(以下「配当等」という。)と弁済との関係が、必ずしも明確ではないという指摘がされている。これは、第1に、配当等も弁済であるかという概念の整理ないし用語の整理の問題であり、第2に、実質的な問題として、弁済の規定のうちで配当等にも適用されるものとそうでないものとを、どのように区別するかという問題である。このうち、第1の概念や用語の整理については、現行法上、担保権の実行による満足が弁済と表記されている例があること(民法第303条、第342条、第369条第1項)を指摘して、配当等も弁済であることを明記する規定を設けるべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

そして、この考え方による場合、第2の問題については、任意の履行を前提とする規定は配当等に適用されないが、その他の規定(例えば、弁済の充当に関する規定、弁済による代位に関する規定)は必要に応じて修正された上で適用されるとされているため、弁済の規定のうち配当等に適用されないものがあることを併せて明記する必要がある。

なお、弁済の充当に関する規定を、民事執行手続による売却代金の配当の充当に適用することの可否については、「**第1, 8 弁済の充当**」(関連論点)で検討する。

3 第三者による弁済(民法第474条)

(参考・現行条文)

○ (第三者の弁済)

民法第474条 債務の弁済は、第三者もすることができる。ただし、その債務の性質がこれを許さないとき、又は当事者が反対の意思を表示したときは、この限りでない。

2 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をすることができない。

○ (法定代位)

民法第500条 弁済をするについて正当な利益を有する者は、弁済によって当然に債権者に代位する。

(1) 「利害関係」と「正当な利益」の関係

現行民法上、第三者による弁済が認められる「利害関係」を有する第三者(同法第474条第2項)と、弁済によって当然に債権者に代位すること(法定代位)が認められる「正当な利益を有する者」(同法第500条)との関係は、必ずしも明らかではない。この点について、債務者の意思に反しても第

三者による弁済が認められる者と法定代位が認められる者の要件について、文言を使い分ける必要はないという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(補足説明)

民法第474条は、債務者の意思に反するときでも、「利害関係」(同条第2項)を有する第三者が債務の弁済をすることを認めている。他方、「弁済をするについて正当な利益を有する者」が弁済した場合には、当然に債権者に代位することが認められている(同法第500条)。

この「利害関係」を有する第三者と「正当な利益を有する者」の関係について、保証人や連帯債務者のように自ら債務を負う者は、「利害関係」を有する第三者には該当しないものの、「正当な利益を有する者」には含まれるという差異があるが、その他はほぼ一致するという考え方が有力である。しかし、これらの文言からは、必ずしも以上の関係が明らかにならない。

この点について、債務者の意思に反しても第三者による弁済が認められる者と法定代位が認められる者の要件について、文言を使い分ける必要はないとして、「弁済をするについて正当な利益を有する者」(法定代位が認められる者)という表現を、債務者の意思に反しても弁済できる第三者の範囲を画する場面でも用いるという提案がされている。このような提案について、どのように考えるか。

なお、この考え方によると、保証人や連帯債務者等が、第三者弁済をする者に含まれることになるが、保証人や連帯債務者は、主債務者やほかの連帯債務者の債務を弁済することにより、自らの債務を消滅させることもあり得ることから、保証人等が第三者による弁済をする者に含まれるとしても、特に問題はないとされている。

(2) 利害関係を有しない第三者による弁済

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(民法第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。

(補足説明)

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向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。

(比較法)

○ドイツ

ドイツ民法 267 条 (第三者による履行)

- (1) 債務者が自ら履行を行う必要のないときは、第三者も履行を行うことができる。債務者の同意は、必要ではない。
- (2) 債務者が異議を述べたときは、債権者は、その履行について拒絶することができる。

ドイツ民法 268 条 (第三者の弁済権)

- (1) 債権者が債務者に属するものを目的として強制執行を行うとき、強制執行によりその目的に関する権利を失う恐れのある者は、債権者を満足させる権利を有する。物の占有者は、強制執行によりその占有を失う恐れのあるときは、同様の権利を有する。
- (2) 満足は、供託または相殺によっても与えられ得る。
- (3) 第三者が債権者に満足を与える限りにおいて、その債権は第三者に移転する。ただし、この移転により債権者に不利益が及ぶときは、これを主張することができない。

○フランス

○フランス民法典

フランス民法 1236 条 (第三者による弁済)

- (1) 債務は、共同債務者又は保証人のような、それについて利害関係を有するすべての者が弁済することができる。
- (2) 債務は、それについてなんら利害関係を有しない第三者も弁済することができる。ただし、この第三者は、債務者の名において、かつ、債務者の弁済として行為することを、又は自己の名において行為する場合には債権者の権利に代位しないことを、条件とする。

フランス民法 1237 条 (債権者の意思に反する弁済)

行う債務は、債務者みずからが履行することに債権者が利益を有するときは、第三者は、債権者の意思に反して弁済することができない。

○カタラ草案

カタラ草案 1221 条

- (1) 債務は、共同債務者又は保証人のような、それについて利害関係を有するすべての者および債務者の名において行為する者が、弁済することができる。
- (2) 債務は、それについて人的な利害関係を有しない第三者も弁済することができる。ただし、正当な利益があるときに弁済について拒絶する権利を債権者が有する場合を除く。この場合を除き、第三者は、約定による代位に基づいて、または人的な求償権によって、その償還を求めることができる。

4 弁済として引き渡した物の取戻し (民法第 475 条から第 477 条まで)

民法第 475 条から第 477 条までの規定は、弁済として引き渡した物の取戻しに関する規定であるが、このうち同法第 476 条については、その適用範囲がおおむね代物弁済に限定されていて、存在意義に乏しいこと等から、これを削除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。

(参考・現行条文)

○ (弁済として引き渡した物の取戻し)

民法第475条 弁済をした者が弁済として他人の物を引き渡したときは、その弁済をした者は、更に有効な弁済をしなければ、その物を取り戻すことができない。

○

民法第476条 譲渡につき行為能力の制限を受けた所有者が弁済として物の引渡しをした場合において、その弁済を取り消したときは、その所有者は、更に有効な弁済をしなければ、その物を取り戻すことができない。

○ (弁済として引き渡した物の消費又は譲渡がされた場合の弁済の効力等)

民法第477条 前二条の場合において、債権者が弁済として受領した物を善意で消費し、又は譲り渡したときは、その弁済は、有効とする。この場合において、債権者が第三者から賠償の請求を受けたときは、弁済をした者に対して求償をすることを妨げない。

(補足説明)

現行民法は、有効でない弁済をした場合の弁済として引き渡した物の取戻しに関する規律として、第475条から第477条までの規定を置いている。

このうち、弁済者が制限行為能力者であった場合に関する同法第476条については、弁済を法律行為と見ない今日の理解のもとでは、弁済そのものの取消ではなく、給付の内容である法律行為の取消しにのみ適用されるものであると考えられており、具体的な適用場面は、制限行為能力者が代物弁済をした場合などに限られるとも言われている。このため、その存在意義が疑問視されている。また、代物弁済については、これを諾成契約とする方向で見直すかどうかという議論があるが(後記「第1, 6 代物弁済」参照)、仮に代物弁済を諾成契約に改めるとすると、例えば、売買の取消しと代物弁済の取消しとで、同じ諾成契約の取消しであるにもかかわらず、弁済者が引き渡した物の返還請求に関する結論が異なる(売買の取消しの場合は引き渡した物と対価の返還が同時履行の関係となるが、代物弁済の取消しの場合は弁済者が引き渡した物の返還との関係で有効な弁済が先履行の関係となる。)ことになってしまい、妥当ではないという指摘もある。そこで、同法第476条を削除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。

5 債権者以外の第三者に対する弁済(民法第478条から第480条まで)

(1) 受領権限を有する第三者に対する弁済の有効性

債権者以外の第三者に対する弁済に関して、現行民法には、第三者が受領権限を有しない場合の規定が置かれているが(同法第478条から第481条まで)、第三者が受領権限を有する場合については、明文の規定が置かれていない。第三者に受領権限を与えて弁済を受領させること(代理受領)は、実務上広く活用され、重要な機能を果たしていることから、この点について

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。

(補足説明)

債権者以外の第三者に対する弁済に関して、現行民法には、第三者が受領権限を有しない場合の規定が置かれているが(同法第478条から第481条まで)、第三者が受領権限を有する場合については、明文の規定が置かれていない。

しかし、債権者以外の第三者に受領権限を与えて弁済を受領させること(代理受領)は、実務上広く活用され、重要な機能を果たしている。例えば、債権者Aに対して金銭債務を負う債務者Bが、自己の有する金銭債権の弁済の受領を債権者Aに委任し、債権者Aは受領した金銭の返還債務と債務者Bに対する債権とを相殺するという形で、受領権限の付与が債権担保や債権回収の手段として利用される場合がある。また、債権の譲渡担保においては、譲渡担保権者が設定者に対して弁済の受領を委任することが少なくないといわれている。

そこで、債権者以外の第三者に対する弁済であっても、その第三者が受領権限を有する場合には弁済が有効となることについて、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。

(2) 債権の準占有者に対する弁済(民法第478条)

(参考・現行条文)

○ (債権の準占有者に対する弁済)

民法第478条 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、その効力を有する。

ア 「債権の準占有者」要件

民法第478条の「債権の準占有者」という要件については、そもそも用語として分かりにくいという問題が指摘されているほか、実質的にも、財産権の準占有に関する同法第205条とは規定の趣旨が異なるため、債権者の代理人と称する者も含まれるかどうかという点で、これらの規定の間で異なる解釈をせざるを得ないという問題が指摘されている。

そこで、民法第478条の適用範囲が明らかとなるように、「債権の準占有者」という要件の規定ぶりを見直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。

(参考・現行条文)

○第4節 準占有

民法第205条 この章の規定は、自己のためにする意思をもって財産権の行使をする場合について準用する。

(補足説明)

民法第478条は、弁済の相手方が債権者その他弁済の受領権限を有する者でなかった場合においても、その者が「債権の準占有者」に該当するときは、一定の要件の下でその者に対する弁済が有効となる旨を規定している。この「債権の準占有者」の具体例としては、無効な債権譲渡契約に基づく債権の事実上の譲受人（大判大正7年12月7日民録24輯2310頁）や、表見相続人（大判昭和15年5月29日民集19巻903頁）等が挙げられる。

ところで、「債権の準占有者」という文言については、そもそも用語として分かりにくいという問題が指摘されている。また、実質的にも、自ら債権者であると称する者がこれに含まれ得ることは明らかである一方、債権者の代理人と称する者が含まれるかどうかは、必ずしも明らかではないという問題がある。すなわち、財産権の準占有に関する民法第205条において「自己のためにする意思」が必要とされていることに照らすと、同法第478条の「準占有者」についても、同様に「自己のためにする意思」が必要とも考えられ、そうだとすると、債権者の代理人と称する者に対する弁済は同条によっては保護されないのではないかが問題となる。

この点については、民法第205条は、財産権の準占有者を保護するための規定であるのに対し、同法第478条は、準占有者ではなくその外観を信頼した相手方を保護する規定であり、規定の趣旨が異なることから、同条の準占有者の要件としては「自己のためにする意思」は不要であり、代理人と称する者も「準占有者」に該当するという見解が有力である。判例（最判昭和37年8月21日民集16巻9号1809頁等）も、同様に、債権者の代理人と称する者も準占有者に該当するとしている。

このような判例・学説の結論については、現在では特に異論が見られないことから、弁済の相手方が債権者の代理人と称する者である場合にも民法第478条が適用されることが明らかになるように、「準占有者」という文言を見直すべきであるという指摘があり、具体的には、弁済の相手方が債権者の外形を有しているか、又は弁済の受領権限の外形を有していることを要件とする等の考え方が提示されているが、どのように考えるか。

イ 善意無過失要件

民法第478条は、準占有者への弁済が有効となるための要件として、弁済者の善意無過失が必要であるとしているところ、この善意無過失の要

件に関して、判例は、通帳機械払方式による払戻しの事案において、払戻し時における過失の有無のみならず、機械払システムの設置管理についての過失の有無をも考慮して判断しており、この判例の結論は、学説上も支持されているといわれている。

そこで、このような判例法理を条文上も読み取りやすくする方向で、善意無過失という文言を見直すべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(補足説明)

民法第478条は、準占有者への弁済が有効となるための要件として、弁済者の善意無過失が必要であるとしている。この要件は、同条が、権利の存在についての外観を信頼した弁済者を保護するための規定であることに基づくものであるとされている。

ところで、この善意無過失の要件に関して、判例（最判平成15年4月8日民集57巻4号337頁）は、通帳を盗取した第三者が通帳機械払方式による払戻しを受けた場合における当該払戻しの有効性が問題となった事案において、以下のように判示している。

「債権の準占有者に対する機械払の方法による預金の払戻しにつき銀行が無過失であるというためには、払戻しの際に機械が正しく作動したことだけでなく、銀行において、預金者による暗証番号等の管理に遺漏がないようにさせるため当該機械払の方法により預金の払戻しが受けられる旨を預金者に明示すること等を含め、機械払システムの設置管理の全体について、可能な限度で無権限者による払戻しを排除し得るよう注意義務を尽くしていたことを要する」

この判例は、払戻し時における過失の有無のみならず、機械払システムの設置管理についての過失の有無をも考慮して判断しているが、このような判例法理を、民法第478条の文言から必ずしも読み取ることができない。今後、ATM等による機械払だけでなく、インターネット等を利用した非対面型の決済がこれまで以上に増加すると予想され、前記判例のような考え方の適用場面が主流化すると考えられることからすると、前記判例を踏まえて、民法第478条の善意無過失要件を適切な文言に改め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。

この点に関する具体的な改正提案としては、弁済者の主観的な知不知又は注意義務違反の有無を含むがそれにとどまらず、その弁済により弁済者が保護されることが正当か否かにより決せられるべきとし、「正当な理由に基づいて債権者であると信じて（正当な理由に基づいて受領権限を有すると信じて）、債務を履行した場合」という考え方が提示されている（参考資料1〔検討委員会試案〕・176頁）。

(関連論点)

債権者の帰責事由の要否

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、前記「第1, 5(2)ア 「債権の準占有者」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。もっとも、【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。

((2)の関連論点)

民法第478条は、弁済についての規定である。しかし、民法制定時に比して金融取引が多様化・複雑化してきたことにより、弁済そのものではないものの、経済的には弁済に類似する取引が行われており、このような取引についても同条の規律を及ぼすべきかどうか問題となってきた。実際に問題となった事例としては、①定期預金の期限前払戻し（最判昭和41年10月4日民集20巻8号1565頁）、②預金担保貸付と相殺（最判昭和48年3月27日民集27巻2号3

76頁)及び③保険契約者貸付(最判平成9年4月24日民集51巻4号1991頁)が挙げられる。

これらの事例において、判例は、弁済以外の行為であっても実質的に弁済と同視することができるものについては、民法第478条の適用又は類推適用により救済を図っている。これを踏まえて、同条の適用範囲を弁済以外の行為にも拡張することの是非が問題となる。もっとも、この点については、前記判例の各事案に通ずる一般的な要件の設定が難しいという問題があり、また、将来新たな金融取引が現れることもあり得ることから、現行法と同様に解釈に委ねるべきであるという考え方が提示されている。

以上を踏まえ、民法第478条の適用範囲を弁済以外の行為にも拡張することの当否について、どのように考えるか。

(3) 受取証書の持参人に対する弁済(民法第480条)

民法第480条は、受取証書の持参人への弁済に関して同法第478条の特則を置き、弁済者の主観的要件(悪意又は有過失)について債権者に主張・立証責任を負わせているところ、この規定に対しては、受取証書の持参人に対する弁済に限って特別な規律を設ける必要性について疑問視する見解が主張されている。そこで、民法第480条の規定を廃止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。

(参考・現行条文)

○(受取証書の持参人に対する弁済)

民法第480条 受取証書の持参人は、弁済を受領する権限があるものとみなす。

ただし、弁済をした者がその権限がないことを知っていたとき、又は過失によって知らなかったときは、この限りでない。

(補足説明)

民法第480条は、本文において受取証書の持参人は弁済受領権限を有するものとみなした上で、ただし書において弁済者が悪意又は有過失の場合には弁済が無効になるとして、同法第478条とは異なり、弁済者の主観的要件の主張・立証責任を弁済の効力を否定する側に課している。これは、受取証書の持参人は、債権者から受領権限を与えられているのが通常であることから、受取証書の持参人に対して弁済した債務者を特に保護する趣旨であるとされている。

しかし、このような民法第480条の趣旨に対しては、①受取証書の持参は、受領権限の証明方法として重要なものの一つであるが、受領権限の重要な証明方法は、それ以外にもあり、受取証書の持参についてのみ特別な規定を設ける必要性が低いと考えられること、②同条が適用されるには、真正の受取証書の持参人であることを弁済者が立証する必要がある(後記判例参照)と考えられるところ、真正の受取証書の持参人に対する弁済であることが立証されたのであれば、弁済者の善意無過

失を事実上推定してよいと考えられることから、同法第478条が適用される場合と本質的な相違はないこと等の指摘があり、これらを理由として、同法第480条の存在意義を疑問視する見解が主張されている。また、判例（大判明治41年1月23日新聞479号8頁）によると、同条は真正の受取証書の持参人についてのみ適用され、偽造の受取証書の持参人については、同法第478条が適用されるどころ、受取証書が真正か偽造かによって適用される条文が異なるのは分かりにくいという指摘もされている。

そこで、民法第480条のように受取証書の持参人に関する特別な規定は廃止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。

6 代物弁済（民法第482条）

代物弁済の法的性質については、要物契約か諾成契約かという点について、学説上争いがあり、判例は、諾成契約という考え方と整合的であるという指摘はあるものの、この点について明示的に判断していない。代物弁済の法的性質が明らかではないことにより、その要件及び効果についても明確ではない点があることから、法的性質を明確にした上で、要件・効果に関する規定を整備することが望ましいという考え方がある。そして、代物弁済が、実務上、代物弁済の予約等の担保目的の取引で利用されることが多いということを踏まえると、代物弁済を諾成契約として、代物給付義務を明確に認めることが実務や判例の結論とも整合的であると言われている。そこで、代物弁済を諾成契約として、その要件・効果に関する規定を整備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。

（参考・現行条文）

○（代物弁済）

民法第482条 債務者が、債権者の承諾を得て、その負担した給付に代えて他の給付をしたときは、その給付は、弁済と同一の効力を有する。

（補足説明）

1 現行法上の問題点

代物弁済が要物契約か諾成契約かは、条文上必ずしも明らかではなく、争いがある。代物弁済が要物契約であるとする見解は、旧債務を消滅させ新債務を負担させるにとどまる更改（民法第513条）とは異なり、代物弁済では、本来の給付と異なる給付が現実に行われることを要するのであって、代物給付を約束するだけでは足りないとしている。これに対して、代物弁済が諾成契約であるとする見解は、代物弁済の合意により代物給付義務が生ずるとしても、その履行の結果として元の債務が消滅すると考えれば、更改との違いを説明できるとし、当事者間に合意が成立した以上、これに拘束されるのが基本であることを根拠とするものである。

代物弁済が要物契約と諾成契約のいずれであるかによって、①契約成立の時点(要物契約説では代物の給付時、諾成契約説では代物弁済の合意時)、②代物給付義務の有無(要物契約説では給付義務を否定、諾成契約説では給付義務を肯定)、③交付した目的物に瑕疵があった場合における瑕疵のない物の給付請求等の可否(要物契約説では給付請求を否定する方向、諾成契約説では給付請求を肯定する方向)等の点で違いがあるとされており、現状では、これらの効果が明らかでないという問題が指摘されている。

2 判例

判例は、代物弁済が要物契約か諾成契約かについて、明示的には判断していない。しかし、代物弁済として不動産を給付した事案において、代物弁済による債務消滅の効果は原則として所有権移転登記手続を完了した時に生ずるが、代物弁済の目的である不動産の所有権移転の効果は、原則として当事者間の代物弁済契約の成立した時に、その意思表示の効果として生ずることを妨げないとしたものがある(最判昭和57年6月4日判時1048号97頁、最判昭和60年12月20日判時1207号53頁)。この判例の結論は、諾成契約説からは容易に説明できるが、要物契約説からは、所有権移転原因たる代物弁済契約がまだ成立していない時点での物権変動を認めることになってしまうため、説明が難しいとされている。

3 見直しの方向性

代物弁済に関する規定の見直しに当たり、要物契約案と諾成契約案のいずれを採るべきか。

実務上、代物弁済による取引は、主として、担保目的での代物弁済の予約や停止条件付代物弁済契約によって行われることが多いといわれており、このことを踏まえ、諾成契約案の方が、実務と整合的であり、また、前記2のとおり判例の結論とも整合的であるという指摘がある。そこで、諾成契約案を採った上で、代物弁済の要件・効果に関する規定を整備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。

(関連論点)

1 代物弁済の合意後における本来の債務の履行請求の可否

諾成契約案によると、代物弁済の合意によって代物給付義務が発生するが、代物の給付までは本来の債務が消滅しないとされている。この場合における本来の債務の履行又は履行請求の可否については、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] 代物給付義務の履行までは、本来の債務についての債権者の履行請求を認め、債務者も本来の債務を履行することにより債務を消滅させることができるという考え方

[B案] 代物給付義務が生じた後は、本来の債務についての債権者の履行請求について、債務者は抗弁権を有することとなり、債務者も本来の債務を履行し得ないという考え方

2 第三者による代物弁済の可否

民法第482条は、「債務者」が代物弁済をすることができるかと規定しており、債務者以外の第三者が代物弁済をすることができるかどうかは条文上明らかではないが、一般に、代物弁済にも同法第474条が類推適用され、同条の要件を充足する限り、債務者以外の第三者も代物弁済をすることができると考えられている。そこで、この点を条文上も明確にすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

7 弁済の内容に関する規定（民法第483条から第487条まで）

(1) 特定物の現状による引渡し（民法第483条）

民法第483条は、特定物の引渡債務について、履行期の現状で引き渡すべきことを定めた規定であるが、この規定が実際に問題となる場面は乏しく、その重要性は必ずしも高くはないと指摘されている。また、同条は履行期ではなく引渡し時における現状で引き渡すべき旨を定めた規定であると理解した上で、瑕疵担保責任（同法第570条）に関する法定責任説の根拠とされることがあるが、このような考え方に対しては、同法第483条の規定内容を誤解したものである等の批判がされている。

このように、民法第483条は、そもそも存在意義が乏しい上に、その内容が誤解されて弊害も生じていたとして、同条を削除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。

（参考・現行条文）

○（特定物の現状による引渡し）

民法第483条 債権の目的が特定物の引渡しであるときは、弁済をする者は、その引渡しをすべき時の現状でその物を引き渡さなければならない。

（補足説明）

民法第483条は、特定物の引渡しに関する当事者の通常の意味によれば、契約時や実際の引渡し時ではなく、本来の履行期の現状を基準とするであろうと推測されることを根拠として、特定物の引渡債務について、履行期の現状で引き渡すべきことを定めたというのが立法趣旨であるとされている。そして、このような考え方を前提とすると、債権発生後に目的物が毀損・滅失した場合には、善管注意義務（同法第400条）違反に基づく債務不履行又は危険負担等の問題として処理されることになるため、同法第483条が実際に問題となる場面は乏しく、その重要性は高くはないと指摘されている。

他方、瑕疵担保責任（同法第570条）に関する法定責任説（詳細は売買の項目参照。）を採る立場には、同法第483条の規定をその根拠とする考え方がある。この考え方は、同条が履行期ではなく引渡し時における現状で引き渡すべき旨を定めた規定であるとした上で、引渡し時の現状で引渡しをすれば完全な履行とされる（い

わゆる特定物ドグマ) のであるから、特定物の売主は、瑕疵のある物を引き渡したとしても、原則として責任を負わないとする。しかし、この考え方に対しては、そもそも同法483条の規定内容を誤解したものであるとの批判がされている。また、現在では、特定物ドグマを前提とした法定責任説自体も、かつての支持を失っているといわれている。

このような指摘等を踏まえ、民法第483条は削除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。

(2) 弁済をすべき場所、時間等に関する規定（民法第484条）

現行民法は、弁済をすべき場所、時間等に関する規定として、民法第484条のみを置いている。ところで、商法には、弁済をすべき時間に関する規定があるが（同法第520条）、この規定内容は、商取引に特有のものではなく、民事一般の取引にも当てはまると考えられている。そこで、商法第520条に相当する民事の一般ルールの規定を民法に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。

（参考・現行条文）

○（弁済の場所）

民法第484条 弁済をすべき場所について別段の意思表示がないときは、特定物の引渡しは債権発生の際にその物が存在した場所において、その他の弁済は債権者の現在の住所において、それぞれしなければならない。

（参考・現行条文）

○（債務の履行の場所）

商法第516条 商行為によって生じた債務の履行をすべき場所がその行為の性質又は当事者の意思表示によって定まらないときは、特定物の引渡しはその行為の際にその物が存在した場所において、その他の債務の履行は債権者の現在の営業所（営業所がない場合にあっては、その住所）において、それぞれしなければならない。

2 指図債権及び無記名債権の弁済は、債務者の現在の営業所（営業所がない場合にあっては、その住所）においてしなければならない。

○（取引時間）

商法第520条 法令又は慣習により商人の取引時間の定めがあるときは、その取引時間内に限り、債務の履行をし、又はその履行の請求をすることができる。

（補足説明）

現行民法は、弁済をすべき場所、時間等に関する規定として、弁済の場所についての民法第484条を置いているのみであり、弁済の時間については明文の規定が

置かれていない。

ところで、商法には、弁済をすべき時間に関する規定がある（同法第520条）ところ、この規定の内容は、必ずしも商取引に特有のものではなく、民事一般の取引についても、信義則上、当然に同様の規律が当てはまると考えられている。そこで、商法第520条に相当する民事の一般ルールの規定を民法に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。

なお、弁済の場所については、民法第484条の特則となる規定が商法に置かれているところ（同法第516条）、この商法の規律を「事業者」に関するものに改めた上で、その規定を民法に置くべきであるという提言があるが、このような提言については、必要に応じて別途取り上げることとする。

(3) 受取証書・債権証書の取扱い（民法第486条、第487条）

現行民法上、弁済者には受取証書の交付請求権と債権証書の返還請求権が認められている（民法第486条、第487条）ところ、受取証書の交付と債務の履行とは同時履行の関係にあるのに対して、債権証書の返還との関係では債務の履行が先履行であると解釈されている。そこで、このような現行法下の解釈を条文上も明確にすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

（参考・現行条文）

○（受取証書の交付請求）

民法第486条 弁済をした者は、弁済を受領した者に対して受取証書の交付を請求することができる。

○（債権証書の返還請求）

民法第487条 債権に関する証書がある場合において、弁済をした者が全部の弁済をしたときは、その証書の返還を請求することができる。

（補足説明）

現行民法上、弁済者には、受取証書の交付請求権と債権証書の返還請求権が認められている（民法第486条、第487条）。そして、これらの弁済者の権利と債務の履行との関係については、受取証書の交付は債務の履行と同時履行であり、債権証書の返還との関係では債務の履行が先履行であると解釈されている。これは、受取証書は弁済の証拠として重要であるから、弁済者が債務の履行との同時履行を求めることが正当化されるのに対して、債権証書については、それほど重要性はないので、債権者がこれを紛失していたような場合に、債務者がその返還を受けられないことを理由として履行を拒絶するのは不当であるからなどと説明されている。また、債権証書の返還との関係で債務の履行が先履行であることは、「全部の弁済をしたとき」という条文の文言とも整合的であるという理由も挙げられている。このような解釈については、特に異論が見られないことから、これを条文上も明確にす

べきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

8 弁済の充当（民法第488条から第491条まで）

現行民法は、弁済の充当について第488条から第491条までの規定を置いているが、その内容には、条文上必ずしも明確でない点があることが指摘されている。例えば、元本、利息及び費用を支払うべき場合の充当の順序を定める同法第491条は、判例・学説上、充当の指定について規定する同法第488条の適用を排除するものと理解されているが、このことは条文上一義的に明確とは言い難い。また、費用相互間、利息相互間又は元本相互間の充当の順序が問題となる場合に関して、同法第491条第2項が同法第489条（法定充当）のみを準用し、同法第488条（指定充当）を準用していないことから、この場合の指定充当の可否についても議論がされているところである。

このような指摘を踏まえて、弁済の充当に関する規律の明確化を図る方向で、民法第488条から第491条までの規定を見直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。

（参考・現行条文）

○（弁済の充当の指定）

民法第488条 債務者が同一の債権者に対して同種の給付を目的とする数個の債務を負担する場合において、弁済として提供した給付がすべての債務を消滅させるのに足りないときは、弁済をする者は、給付の時に、その弁済を充当すべき債務を指定することができる。

2 弁済をする者が前項の規定による指定をしないときは、弁済を受領する者は、その受領の時に、その弁済を充当すべき債務を指定することができる。ただし、弁済をする者がその充当に対して直ちに異議を述べたときは、この限りでない。

3 前二項の場合における弁済の充当の指定は、相手方に対する意思表示によつてする。

○（法定充当）

民法第489条 弁済をする者及び弁済を受領する者がいずれも前条の規定による弁済の充当の指定をしないときは、次の各号の定めるところに従い、その弁済を充当する。

一 債務の中に弁済期にあるものと弁済期にないものがあるときは、弁済期にあるものに先に充当する。

二 すべての債務が弁済期にあるとき、又は弁済期にないときは、債務者のために弁済の利益が多いものに先に充当する。

三 債務者のために弁済の利益が相等しいときは、弁済期が先に到来したもの又は先に到来すべきものに先に充当する。

四 前二号に掲げる事項が相等しい債務の弁済は、各債務の額に応じて充当す

る。

○（数個の給付をすべき場合の充当）

民法第490条 一個の債務の弁済として数個の給付をすべき場合において、弁済をする者がその債務の全部を消滅させるのに足りない給付をしたときは、前二条の規定を準用する。

○（元本、利息及び費用を支払うべき場合の充当）

民法第491条 債務者が一個又は数個の債務について元本のほか利息及び費用を支払うべき場合において、弁済をする者がその債務の全部を消滅させるのに足りない給付をしたときは、これを順次に費用、利息及び元本に充当しなければならない。

2 第四百八十九条の規定は、前項の場合について準用する。

（補足説明）

1 民法第491条と同法第488条との関係

現行民法は、弁済の充当に関する規定として第488条から第491条までを置いているが、その規律内容は、条文上必ずしも明確でない点があると指摘されている。例えば、元本、利息及び費用を支払うべき場合の充当の順序を定める同法第491条は、判例（大判大正6年3月31日民録23輯591頁）・学説上、充当の指定について規定する同法第488条の適用を排除するものであり、この場合には一方当事者による充当順序の指定は認められないと理解されている。同法第491条は、費用は、債務者が負担すべきものを債権者が立て替えているのであるから、最初に支払われるべきであり、利息は、これよりも先に元本に充当して利息が生じなくすることは、元本を交付した債権者の通常の期待に反し、債務者を過当に有利にすることになるため、元本よりも先に利息に充当されるべきであるという考慮に基づくものであるから、その順序を一方当事者の指定により変更するのは適当でないという考え方に基づくものとされる。このような解釈については、特に異論は見られないものの、条文上一義的に明確とは言い難いことから、この点を条文上も明らかにすべきであるという考え方がある。

2 費用相互間、利息相互間又は元本相互間の充当における指定充当の可否

費用相互間、利息相互間又は元本相互間の充当の順序が問題となる場合に関して、民法第491条第2項は、同法第489条（法定充当）のみを準用し、同法第488条（指定充当）を準用していないことから、この場合における指定充当の可否について、見解が対立している。この点については、以下のような考え方があり得る。

【A案】指定充当が認められるという考え方

【B案】指定充当は認められないという考え方

【A案】は、民法第491条第2項が特に同法第489条のみを準用しているのは、数個の債務のそれぞれについて費用と利息があり、かつ、利息が数期分あるような場合の処理を明確にするためであって、数個の債務がある場合には当然に同法第488条及び第489条の適用があるとするものである。同法第491条第2項

が同法第488条を準用していない点について、[A案]の立場からは、同法第489条の「弁済をする者及び弁済を受領する者がいずれも前条の規定による弁済の充当の指定をしないときは」という部分が準用されているのであるから、同法第488条による指定充当は当然に認められると説明される。

他方、[B案]は、同法第491条第2項において、同法第488条が適用又は準用されることが明示されていないことや、債務者にとって有利な充当を認めることが当事者の意思に合致し、公平であるということを根拠とするものである。

3 弁済の充当に関する規定の適用関係のまとめ

前記1及び2を踏まえて、弁済の充当に関する規定の適用関係をまとめると、各規定は以下の順序で適用される（その詳細は下表参照）。

- (1) 合意による充当
- (2) 民法第491条第1項による法定充当
- (3) 民法第488条による指定充当（ただし、費用相互間、利息相互間又は元本相互間の充当における指定充当の可否は、争いあり）
- (4) 民法第489条による法定充当

【充当に関する合意がない場合の充当順序（費用・利息がない場合）】

債権 α	(3) 指定充当 (4) 法定充当
債権 β	
債権 γ	

【充当に関する合意がない場合の充当順序（元本・利息・費用を支払うべき場合）】

	(2) 法定充当（民法第491条第1項）		
	①費用	②利息	③元本
債権 α	(3) 指定充当（争いあり）	(3) 指定充当（争いあり）	(3) 指定充当（争いあり）
債権 β			
債権 γ	(4) 法定充当	(4) 法定充当	(4) 法定充当

このような適用関係が明確になるように、弁済の充当に関する規定を整理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。

（関連論点）

民事執行手続における売却代金の配当についての弁済の充当の規定の適用

強制執行や担保権の実行による売却代金の配当が、同一の債権者が有する数個の債権のすべてを消滅させるに足りない場合に、弁済の充当に関する規定が適用されるかという点が問題となっており、特に、合意による充当や指定充当（民法第488条）が認められるかという点について争いがあった。この点について、判例（最判昭和62年12月18日民集41巻8号1592頁）は、担保権の実行としての不動産競売手続において債権者と債務者との間に弁済充当の指定に関する特約があっても、当該

特約に基づく指定充当は認められず、民法第489条から第491条までの規定に従った弁済充当がされるべきであると判断した。これは、不動産競売手続は執行機関がその職責において遂行するものであって、その配当に際して債務者又は債権者の意思表示が予定されておらず、画一的に最も公平妥当な充当方法である法定充当によることが競売制度の趣旨に合致することを理由とするものである。そして、この判例の考え方は、強制執行による配当における充当についても妥当すると考えられている。

民事執行手続においては、充当関係の規律がしばしば問題となることから、この点について条文上明確にすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

9 弁済の提供（民法第492条、第493条）

債務者が弁済の提供をしたのに債権者がこれを受領しない場合（受領遅滞）には、判例・学説上、例えば、債権者の同時履行の抗弁権の消滅、特定物の引渡しの場合における注意義務の軽減、増加費用の債権者負担、目的物滅失等の場合における危険の移転といった効果が生じるとされている。しかし、現行民法は、弁済の提供の効果について「債務の不履行によって生ずべき一切の責任を免れる」と規定する一方、受領遅滞の効果について「履行の提供があったときから遅滞の責任を負う」と規定するのみであるため、弁済の提供及びこれに基づく受領遅滞のそれぞれの具体的な効果が条文上不明確であるという問題が指摘されている。そこで、このような指摘を踏まえて、弁済の提供の具体的な効果について、受領遅滞の規定の見直しと整合性を図りつつ、条文上明確にすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

（参考・現行条文）

○（受領遅滞）

民法第413条 債権者が債務の履行を受けることを拒み、又は受けることができないときは、その債権者は、履行の提供があった時から遅滞の責任を負う。

○（弁済の提供の効果）

民法第492条 債務者は、弁済の提供の時から、債務の不履行によって生ずべき一切の責任を免れる。

○（弁済の提供の方法）

民法第493条 弁済の提供は、債務の本旨に従って現実にしなければならない。ただし、債権者があらかじめその受領を拒み、又は債務の履行について債権者の行為を要するときは、弁済の準備をしたことを通知してその受領の催告をすれば足りる。

（補足説明）

現行民法は、弁済の提供の効果について、「債務の不履行によって生ずべき一切の責任を免れる」とだけ規定し（同法第492条）、他方、受領遅滞の効果については、「履

行の提供があったときから遅滞の責任を負う」とだけ規定している(同法第413条)。弁済の提供は、受領遅滞の前提となるものであるところ、判例・学説上、弁済の提供に基づく受領遅滞により、①債務者の債務不履行責任の不発生、②債権者の同時履行の抗弁権の消滅、③特定物の引渡しの場合における注意義務の軽減、④増加費用の債権者負担、⑤目的物滅失等の場合における危険の移転等の効果が生じるとされているが、これらの具体的な効果を、前記の条文の文言から読み取ることは困難である。

また、前記①から⑤まで等の各効果が、弁済の提供の効果なのか、それとも受領遅滞の効果なのかという点も、明らかではない。この点については、条文の文言上、受領遅滞が債権者の責任について規定し、弁済の提供が債務者の責任について規定していることから、受領遅滞は受領しなかったことによる債権者の責任を定めたもので、弁済の提供は専ら債務者の責任からの解放を定めたものとして整理することが望ましいという考え方が有力である。この考え方からは、前記①から⑤までの各効果のうち、①が弁済の提供の効果であり、②から⑤までが受領遅滞の効果として位置付けられることになる。

受領遅滞の具体的な効果については、条文上明確に規定することが望ましいという考え方がある(部会資料5-1, 17頁)が、弁済の提供の具体的な効果についても、受領遅滞の規定の見直しと整合性を図りつつ、条文上明確にすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(関連論点)

口頭の提供すら不要とされる場合の明文化

民法第493条は、弁済の提供の方法として、現実の提供と口頭の提供があることを規定している。しかし、判例(最大判昭和32年6月5日民集11巻6号915頁)は、債権者が、契約そのものの存在を否定する等、受領拒絶の意思を明確にしている場合には、債務者は口頭の提供すらしなくても債務不履行責任を負わないとして、口頭の提供さえも不要とされる場合があることを認めている。そこで、このような判例の考え方を条文上明記すべきであるという考え方が提示されている。

他方で、このような判例の考え方を一般化することに批判的な見解もある。前掲最大判昭和32年6月5日及びこれを引用する最判昭和45年8月20日民集24巻9号1243頁は、いずれも継続的契約である賃貸借契約における賃料の受領拒絶があった場合の事例であって、継続的契約に特有の理由から口頭の提供が不要となることが正当化されているのだから、口頭の提供さえも不要とされる場合があり得ることを一般化すべきでないとする見解である。

以上を踏まえて、前記の判例法理を条文上明記することの可否について、どのように考えるか。

10 弁済の目的物の供託(弁済供託)(民法第494条から第498条まで)

(1) 弁済供託の要件・効果の明確化

現行民法の弁済供託に関する要件・効果には、条文上、必ずしも明確ではない点があるという指摘がされている。例えば、民法第494条は弁済供託

の供託原因について規定しているところ、このうち債権者の受領拒絶を原因とする供託で、判例は、債務者による弁済の提供が必要であるとしているが、そのことは条文上必ずしも明らかではない。また、供託の効果として債権が消滅することになるが、その後も弁済者が供託物を取り戻すことができるとされている（同法第496条第1項）こととの関係で、供託から取戻権の消滅までの間の法律関係についても議論がされている。このほか、供託の効果として、債権者は供託物の還付請求権を取得することになるが、このような供託の基本的な法律関係も条文上は必ずしも明らかではないと指摘されている。これらの指摘を踏まえて、弁済供託の要件・効果を条文上明らかにする方向で規定を見直すべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

（参考・現行条文）

○（供託）

民法第494条 債権者が弁済の受領を拒み、又はこれを受領することができないときは、弁済をすることができる者（以下この目において「弁済者」という。）は、債権者のために弁済の目的物を供託してその債務を免れることができる。弁済者が過失なく債権者を確知することができないときも、同様とする。

○（供託物の取戻し）

民法第496条 債権者が供託を受諾せず、又は供託を有効と宣告した判決が確定しない間は、弁済者は、供託物を取り戻すことができる。この場合においては、供託をしなかったものとみなす。

2 前項の規定は、供託によって質権又は抵当権が消滅した場合には、適用しない。

○（供託物の受領の要件）

民法第498条 債務者が債権者の給付に対して弁済をすべき場合には、債権者は、その給付をしなければ、供託物を受け取るることができない。

（補足説明）

1 供託原因（弁済供託の要件）

民法第494条は、弁済供託の供託原因として、①債権者の受領拒絶、②債権者の受領不能及び③債権者の確知不能を挙げている。このうち、①債権者の受領拒絶を原因とする供託をするために、債務者が弁済の提供をして、債権者を受領遅滞にしなければならないのかという点は、条文上必ずしも明らかではない。この点について、判例（大判大正10年4月30日民録27輯832頁）は、債権者の受領拒絶を原因として供託をするためには、弁済の提供をして債権者を受領遅滞にすることが必要であると判示している。また、学説上も、弁済供託が、債権者による受領という過程を経ないで債権を消滅させる効果を持ち、また、供託物の還付請求の手續を要する等の点で本来の弁済よりも債権者に不利益があり得ることから、弁済の提供をして債権者を受領遅滞にすることを要するという見解

が有力である。そこで、この判例法理を条文上明確にすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

2 供託による債権の消滅に関する法律関係（弁済供託の効果1）

弁済供託により債権は消滅するが、その後も供託者には一定の時期まで供託物を取り戻すことが認められており、この取戻しがされると供託をしなかったものとみなされる（民法第496条第1項）。このため、供託の時から取戻権の消滅時までの間の法律関係が必ずしも明らかではないと指摘されている。この点に関する判例の考え方は明らかではないが、学説上は、条文の文言（同法第494条、第496条第2項）と整合的であることや、供託の時点で強制執行や担保権の実行の中止をさせることができ、担保権の登記の抹消を求めることもできる等の効果が説明しやすいということを理由として、供託物の取戻しを解除条件として供託時に債権が消滅するという考え方が有力である。

このような供託後の法律関係についても条文上明確にすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

3 債権者の供託物還付請求権の取得（弁済供託の効果2）

弁済供託がされると、債権者は、供託所に対する供託物の還付請求権を取得することになる。このことは、現在も民法第498条が間接的に示しているところであるが、弁済供託の基本的な効果であることから、これを条文上も明確にして制度の理解を容易にす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ついて、どのように考えるか。

(2) 自助売却の要件の拡張

現行民法上、弁済の目的物が、①供託に適しないとき、②滅失若しくは損傷のおそれがあるとき、又は③保存について過分の費用を要するときには、裁判所の許可を得て競売に付し、その代金を供託することが認められている（民法第497条）。

ところで、金銭又は有価証券以外の物品の供託について、適当な保管者が選任される見込みが事実上ない場合には、①の要件を充足し得ると考えられている。しかし、このような要件を充足するまでに時間がかかるという問題があり、物品の供託の場合には、現実的に適当な保管者の選任が得られる可能性が低いことから、自助売却による供託を広く認めることが望ましいと考えられるが、どのように考えるか。

（参考・現行条文）

○（供託の方法）

民法第495条 前条の規定による供託は、債務の履行地の供託所にしなければならない。

2 供託所について法令に特別の定めがない場合には、裁判所は、弁済者の請求により、供託所の指定及び供託物の保管者の選任をしなければならない。

3 前条の規定により供託をした者は、遅滞なく、債権者に供託の通知をしなければならない。

○（供託に適しない物等）

民法第497条 弁済の目的物が供託に適しないとき、又はその物について滅失若しくは損傷のおそれがあるときは、弁済者は、裁判所の許可を得て、これを競売に付し、その代金を供託することができる。その物の保存について過分の費用を要するときも、同様とする。

（参考・現行条文）

○（売主による目的物の供託及び競売）

商法第524条 商人間の売買において、買主がその目的物の受領を拒み、又はこれを受領することができないときは、売主は、その物を供託し、又は相当の期間を定めて催告をした後に競売に付することができる。この場合において、売主がその物を供託し、又は競売に付したときは、遅滞なく、買主に対してその旨の通知を発しなければならない。

2 損傷その他の事由による価格の低落のおそれがある物は、前項の催告をしないで競売に付することができる。

3 前二項の規定により売買の目的物を競売に付したときは、売主は、その代価を供託しなければならない。ただし、その代価の全部又は一部を代金に充当することを妨げない。

（参考・現行条文）

○

供託法第5条 法務大臣ハ法令ノ規定ニ依リテ供託スル金銭又ハ有価証券ニ非サル物品ヲ保管スヘキ倉庫営業者又ハ銀行ヲ指定スルコトヲ得

2 倉庫営業者又ハ銀行ハ其営業ノ部類ニ属スル物ニシテ其保管シ得ヘキ数量ニ限り之ヲ保管スル義務ヲ負フ

（補足説明）

1 物品供託の現状

金銭又は有価証券以外の物品が弁済の目的物であるときにも、弁済供託の要件を充足する場合には、当該物品を供託することが可能である。物品を目的物とする供託（以下「物品供託」という。）は、法務大臣が指定する倉庫営業者又は銀行（以下「倉庫営業者等」という。）を供託所とするとされているが（供託法第5条第1項）、法務大臣の指定を受けている倉庫営業者等は全国で18社（平成11年12月1日現在）と少数であり、また、この倉庫営業者等は、その営業の部類に属する物であって、保管することができる数量に限り、保管する義務を負うだけであることから（同条第2項）、債務の履行地には、供託しようとする目的物を保

管する倉庫営業所等が存在しないという事態が生じ得る。また、債務の履行地に同法第5条第1項により指定を受けた供託所が無い場合又は指定を受けた供託所があっても同条第2項により当該供託所が保管義務を負わない場合には、弁済者の請求により、裁判所が供託所の指定及び供託物の保管者の選任をする（民法第495条第2項）とされているが、適当な供託所又は保管者を選任することは現実的には難しいといわれている。このような事情もあって、物品供託の件数は、極めて少ない状況にある。

2 自助売却の要件の拡張の必要性

民法第497条は、弁済の目的物が、①供託に適さないとき、②滅失若しくは損傷のおそれがあるとき、又は③保存について過分の費用を要するときに、裁判所の許可を得て自助売却をすることを認めているところ、債務の履行地に供託法所定の供託所が存在せず、かつ、民法第495条第2項の規定による供託所の指定又は供託物保管者の選任を得る見込みがないために、事実上、物品供託を利用することができない場合には、①の「供託に適さないとき」に該当すると解されている。しかし、このような解釈は、同法第497条の条文の文言からは必ずしも明らかではない。また、「同法第495条第2項の規定による供託所の指定又は供託物保管者の選任を得る見込みが事実上ない場合」という要件を充足するか否かが明らかになるまでには、相当の時間が必要であるが、供託が認められるまでに時間がかかれば、その間は遅延損害金等が発生することになり、弁済者の利益保護の観点からは問題がある。また、時間をかけて供託物保管者の選任を求めたとしても、前記1のとおり、物品供託の場合には、適切な供託所又は保管者が見つかる可能性が高くないと予想される。

そこで、例えば、自助売却の要件として「弁済の目的物を供託することが困難なとき」を加える等、自助売却の要件を文言上拡張することにより、物品供託の場合に弁済者が迅速に自助売却を行えるようにすべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

（関連論点）

「滅失若しくは損傷のおそれがあるとき」の見直しの必要性

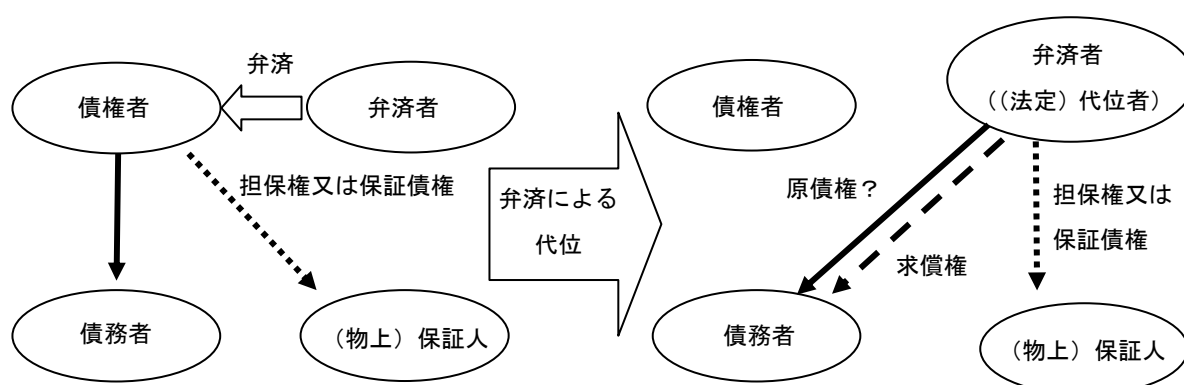
民法第497条は、弁済の目的物が「滅失若しくは損傷のおそれがあるとき」にも、自助売却による競売代金の供託を認めているところ、この「滅失若しくは損傷のおそれがある」弁済の目的物の例としては、例えば、腐りやすい食品や変質のおそれがある薬品等、物理的な価値の低下のおそれがある物が想定されている。しかし、物理的な価値の低下でなくても、市場での価格の変動が激しく、放置しておけば価値が暴落するようなものについては、自助売却を認める必要があると指摘されている。

そこで、物理的な価値が低下する場合のほか、市場での価値の下落のおそれがある場合についても、自助売却が認められるように、要件を見直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。

なお、このような観点から要件を見直す場合の具体的な規定内容については、商

法第524条第2項が商事売買について「損傷その他の事由による価格の低落のおそれがある物」の無催告での自助売却を認めているところ、この「損傷その他の事由による価格の低落のおそれがある物」とは、物理的な価格の低落に限らず、市場での価格の変動が激しく、放置しておけば暴落するような場合も含まれるとされることから、この文言を参考にすることが考えられると指摘されている。

1.1 弁済による代位（民法第499条から第504条まで）



(1) 任意代位の見直し

現行民法上、第三者による弁済の促進を目的として、法定代位が認められる者以外の者が弁済をした場合には、債権者の承諾を得て、債権者に代位することが認められている（同法第499条）。このような任意代位の制度に対しては、第三者による弁済を制限している同法第474条第2項との整合性を欠くという問題が指摘されているほか、債権者の承諾が要件とされている結果、債権者が任意代位を承諾しない場合には、債権者は弁済を受領しつつ弁済者には代位が認められなくなるという問題が指摘されている。また、任意代位により弁済者が原債権を行使すると考えると、この場合には譲渡禁止特約の効力が及ばないことから、譲渡禁止特約を潜脱する目的で任意代位制度が利用されるおそれがあるという問題も指摘されている。

任意代位の制度については、このような問題が指摘されていることを踏まえ、その制度の在り方を見直すべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。この場合に、任意代位制度を見直す具体的な考え方としては、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〕任意代位制度を廃止するという考え方

〔B案〕任意代位の要件から、弁済と同時に債権者の承諾を得ることを不要とするという考え方

(参考・現行条文)

○ (任意代位)

民法第499条 債務者のために弁済をした者は、その弁済と同時に債権者の承諾を得て、債権者に代位することができる。

2 第四百六十七条の規定は、前項の場合について準用する。

○ (法定代位)

民法第500条 弁済をするについて正当な利益を有する者は、弁済によって当然に債権者に代位する。

(補足説明)

1 問題の所在

現行民法上、第三者による弁済を促進することを目的として、法定代位が認められる「弁済をするについて正当な利益を有する者」(同法第500条)以外の者が、債務者のために弁済をした場合にも、債権者の承諾を得て、債権者に代位することが認められている(同法第499条)。

この任意代位の制度は、以下のような問題点があることから、その合理性が疑問視されている。まず第一に、第三者による弁済の促進という任意代位制度の目的は、同法第474条第2項が第三者による弁済を制限していることと整合性を欠くのではないかという問題が指摘されている。第二に、任意代位が認められるためには、弁済と同時に債権者の承諾を得る必要があるとされているところ、利害関係のない第三者が債務者の意思に反することなく弁済する場合には、債権者は受領を拒否することはできないのに、代位は拒否できることになり、弁済者の求償権を確保するという制度趣旨に反する事態が生ずるおそれがあるという問題が指摘されている。第三に、任意代位により弁済者が原債権を行使すると考える場合には、譲渡禁止特約の効力が及ばないことから、譲渡禁止特約を潜脱する目的で任意代位制度が利用されるおそれがあるという問題が指摘されている。

2 任意代位制度を見直す場合の具体的な考え方

任意代位の制度に対して以上のような問題が指摘されていることを踏まえて、その在り方を見直す場合の考え方としては、本文中の【A案】又は【B案】のような考え方があり得る。

【A案】は、任意代位制度には前記のような問題があると指摘されている上に、第三者の弁済により債権者に代位したいのであれば、債権者との間で保証契約を締結した上で保証人として弁済をすれば法定代位が認められること等を指摘して、法定代位が認められないような弁済者にあえて代位を認める必要はないとするものである。

【B案】は、任意代位制度における債権者の承諾という要件について、弁済者の求償権を確保するという制度趣旨に反する事態が生ずるおそれがあるという問題が指摘されていることに対応する観点から、この要件を不要とするという考え方である。現行法の下でも、債権者は代位の承諾を拒否することができないとい

う考え方が有力に主張されており，[B案]は，このような考え方を踏襲するものである。

(2) 弁済による代位の効果の明確化

(参考・現行条文)

○ (弁済による代位の効果)

民法第501条 前二条の規定により債権者に代位した者は、自己の権利に基づいて求償をすることができる範囲内において、債権の効力及び担保としてその債権者が有していた一切の権利を行使することができる。この場合においては、次の各号の定めるところに従わなければならない。

一 保証人は、あらかじめ先取特権、不動産質権又は抵当権の登記にその代位を付記しなければ、その先取特権、不動産質権又は抵当権の目的である不動産の第三取得者に対して債権者に代位することができない。

二 第三取得者は、保証人に対して債権者に代位しない。

三 第三取得者の一人は、各不動産の価格に応じて、他の第三取得者に対して債権者に代位する。

四 物上保証人の一人は、各財産の価格に応じて、他の物上保証人に対して債権者に代位する。

五 保証人と物上保証人との間においては、その数に応じて、債権者に代位する。ただし、物上保証人が数人あるときは、保証人の負担部分を除いた残額について、各財産の価格に応じて、債権者に代位する。

六 前号の場合において、その財産が不動産であるときは、第一号の規定を準用する。

ア 弁済者が代位する場合の原債権の帰すう

現行民法上、弁済により債権者に代位した者は、求償権の範囲内で原債権及びその担保権を行使することができる(同法第501条柱書)ところ、判例は、この場合の原債権の帰すうについて、原債権が弁済者に移転すると説明している。このような判例の考え方に対しては、これを支持する見解が少なくない反面、原債権と求償権という二つの債権が弁済者に帰属することになって法律関係が複雑化し、両債権の間の充当関係や、一方の債権の時効中断の効力が他方にも及ぶか等の派生問題が生じているという問題も指摘されている。このような指摘を踏まえて、原債権が弁済者に移転するという考え方を改め、弁済者が代位する場合であっても原債権は弁済により消滅する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。

(補足説明)

1 判例の考え方

現行民法上、弁済により債権者に代位した者は、求償権の範囲内で原債権及びその担保権を行使することが可能となり、また、債権者が債務名義を有するときには、承継執行文の付与を受けることにより（民事執行法第27条第2項）強制執行をすることができることとされている（民法第501条柱書）。このような代位の効果を説明するための法的構成について、判例（最判昭和59年5月29日民集38巻7号885頁）は、「弁済による代位の制度は、代位弁済者が債務者に対して取得する求償権を確保するために、法の規定により弁済によって消滅すべきはずの債権者の債務者に対する債権（以下「原債権」という。）及びその担保権を代位弁済者に移転させ、代位弁済者がその求償権の範囲内で原債権及びその担保権を行使することを認める制度である」としており、学説上も、同様に原債権が移転すると見る考え方が有力である。

2 原債権と求償権との関係

このように、弁済による代位によって原債権が弁済者に移転すると考え方を前提とすると、弁済者には原債権と求償権という2つの債権が帰属することになるところ、これらは、あくまでも別個の債権であるものの、原債権は求償権の確保を目的として存在するという関係にあるとされる。具体的には、両債権の関係について以下のような点が挙げられている。

- ① 求償権が存在しないときには、代位が生じないので、原債権も移転しない。
- ② 原債権と求償権とは、元本額、弁済期、利息・遅延損害金の有無等が異なることがあり、総債権額が別々に変動する。
- ③ 弁済者は、求償権の額を上限として、原債権を行使することができる。
- ④ 原債権と求償権とは、別個に消滅時効にかかる（最判昭和61年2月20日民集40巻1号43頁（ただし、傍論））。
- ⑤ 債務者が代位した者に債務の一部を弁済した場合、求償権と原債権のいずれに充当されるのかが問題となるが、判例（最判昭和60年1月22日判時1148号111頁）は、求償権と原債権のそれぞれについて弁済があったものとしている。
- ⑥ 原債権又は求償権の一方の時効中断が他方にも及ぶかという点については、見解が対立しているが、当然には及ばないという考え方が有力である。

これらのうち④から⑥までは、代位によって原債権が移転し、両債権が併存して弁済者に帰属するという法的構成を採ることから派生して問題となったものと指摘されている。すなわち、代位によって原債権が移転すると構成することにより、弁済者が原債権の範囲内で担保権等を代位行使することができること等の説明が明解になるものの、その反面で、両債権の併存という構成に伴って、弁済者と債務者との間の法律関係が複雑化し、別の派生的な問題が生じているという指摘である。

3 見直しの方向性

このような問題が生じていることを踏まえて、原債権が弁済者に移転するという考え方を改め、弁済者が代位する場合であっても、原債権は弁済により消滅するものとするべきであるという考え方が提示されている。この考え方は、原債権が弁済により消滅するとしつつ、原債権を観念することは否定していない。例えば、原債権の債務名義を利用できることや、担保権を代位行使する際の被担保債権額を画するという機能等との関係では、原債権を観念するというものである（参考資料1 [検討委員会試案]・182頁）。

もっとも、このような考え方に対しては、原債権を観念するという意味があいまいであり、例えば、原債権が消滅した後もその債務名義を利用でき、かつ、原債権が移転しないのに承継執行文の付与を受けられるとする正当性について、どのような説明をするのか等の批判があり得る。

以上を踏まえ、このような見直しの提案について、どのように考えるか。

イ 法定代位者相互間の関係に関する規定の明確化

民法第501条は、第1号から第6号までにおいて、法定代位者相互間の関係に関する規定を置いている。しかし、例えば、①保証人と第三取得者の関係（保証人が第三者に対して代位するために、付記登記を要する場合）、②保証人が複数いる場合における保証人相互間の規律、③物上保証人と債務者から担保目的物を譲り受けた第三者との関係、④保証人兼物上保証人の取扱い、⑤物上保証人からの担保目的物の取得者の取扱い等、条文上明らかではない点があり、これらの点については、これまで判例・学説によって補ってきたところである。そこで、これらの条文上明らかではない点について、できる限り明確化すべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

（補足説明）

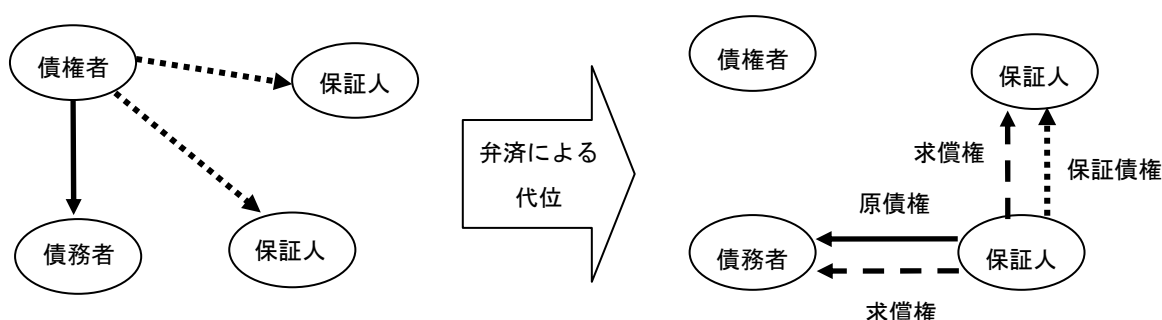
民法第501条は、第1号から第6号までにおいて、法定代位者相互間の関係に関する規定を置いている。しかし、例えば、保証人が複数いる場合における保証人相互間の規律や、保証人兼物上保証人の取扱い等、条文上明らかではないところもあり、このような点は判例・学説によって補われてきた。法定代位者相互間の関係に関する規律は、関係者間の先鋭な利害対立を調整するものとして重要であることから、後記(1)から(5)までのような判例・学説上認められてきたルールを明文化することにより、できる限り規定を明確化すべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(1) 保証人と第三取得者との関係の明確化

民法第501条は、保証人は、「あらかじめ」代位により抵当権等が保証人に移転したことを当該抵当権等の登記に付記登記しておかなければ、第三取得者に対して、債権者に代位することができないとしている。

この「あらかじめ」の解釈について、判例・学説は、保証人の弁済後、第三取得者が、抵当権等の目的となる不動産を取得し、その登記をするよりも前に、ということの意味を意味している（最判昭和41年11月18日民集20巻9号1861頁）。これは、付記登記が必要とされる趣旨は、弁済により抵当権等が消滅したと信託した第三取得者を保護することにあるところ、保証人による弁済前に不動産を取得した第三取得者は、抵当権等の負担があることを覚悟した上で不動産を取得していることから、この場合には第三取得者を保護する必要がないという考慮に基づくものである。

(2) 保証人が複数いる場合における保証人相互間の関係



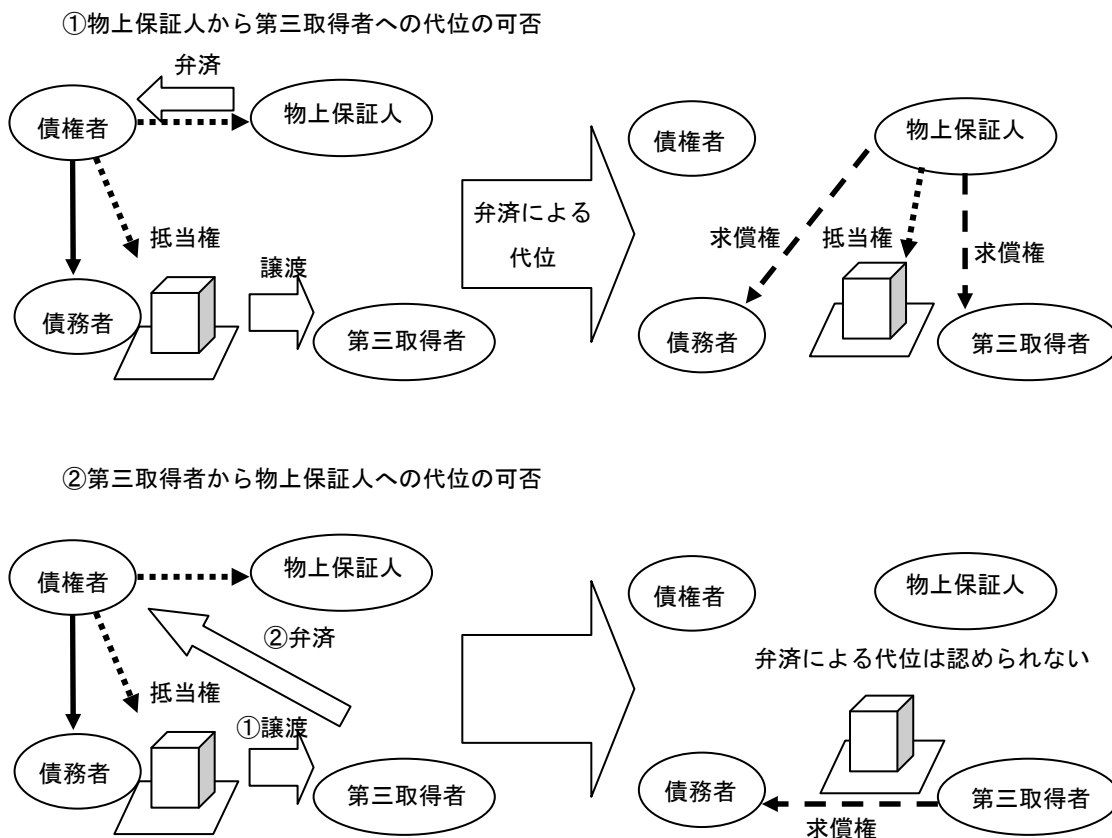
共同保証人間の求償権については民法第465条に規定があるが、代位については特に規定が置かれていない。共同保証人間で取得する求償権は、原則として保証人の人数に応じて平等の割合で決せられることになるところ、求償権の確保のための代位制度についても統一的に考えるべきことから、共同保証人間では、原則として人数に応じて平等の割合で代位することが可能であると考えられている¹。

また、共同保証人間で負担部分に関する合意がある場合には、他の保証人に対する求償権の方が、代位によって当該保証人に対して取得する保証債権より小さくなる場合もあり得る。この場合には、代位によって行使することができる保証債権の範囲は、他の保証人に対して取得する求償権によって上限が画されると考えられている²。

¹ 例えば、債務者Aの負担する債務について、連帯保証人Bと連帯保証人Cが保証していた場合に、BとCの間に何の合意もなければ、Bは保証債務を履行することにより、債務者Aに対する求償権を取得するとともに、弁済による代位によって、Cに対する連帯保証債権を行使することが認められる。この連帯保証債権の行使可能な範囲について明文の規定がないことから問題となるものであるが、BはCに対して、債権の2分の1に相当する求償権を取得することになるから、代位によってBがCに対して行使できる連帯保証債権の割合も2分の1とするべきであるという考え方である。

² 上と同様の事例において、BとCが合意によって、Bの負担部分を4分の1、Cの負担部分を4分の3とした場合に、Cが、保証債務の履行として、債権者に対して、債務全額を弁済すると、CはBに対して、債権の4分の1に相当する求償権を取得することになる。この場合にも、Cは、Aに対する求償権を取得するとともに、弁済による代位によって、Bに対する連帯

(3) 物上保証人と債務者から担保目的物を譲り受けた第三者(以下この項目で「第三取得者」という。)との関係



物上保証人と第三取得者との関係についても、現行民法には規定が置かれていないが、解釈上、保証人と第三取得者の関係と同様に考えるべきであるとされている。すなわち、物上保証人は、第三取得者に対して全額代位することが認められる(民法第501条第1号参照)(上図①参照)が、第三取得者は物上保証人に対して代位することは認められない(同条第2号参照)(上図②参照)と考えられている。

(4) 保証人兼物上保証人の取扱い

複数の保証人及び物上保証人の中に保証人と物上保証人を兼ねる者がいる場合に、当該者をどのように扱うかという点について、現行民法には規定が置かれていないが、判例(最判昭和61年11月27日民集40巻7号1205頁)は、この者を一人として扱った上で、全員の頭数に応じた平等の割合で代位の割合を決すべきであるという考え方を採っている。

(5) 物上保証人からの担保目的物の取得者の取扱い

保証債権を行使することが認められるが、この場合にCが行使することができる連帯保証債権の割合は、人数割りではなく、Bに対する求償権の範囲である4分の1の割合に制限されることになる。

物上保証人からの担保目的物の取得者は、解釈上、物上保証人と同様に扱うべきであると考えられている。

(関連論点)

1 代位割合変更の合意の効力

法定代位者間で民法第501条各号所定の代位割合を変更する旨の特約が結ばれることがある。例えば、保証人と物上保証人との間で、保証人が債権者に弁済したときは、当該保証人は、物上保証人に対して、原債権全額を債権者に代位して行使することができる旨の特約が結ばれるというケースである。このような場合に、当該物上保証人が抵当権を設定していた土地に後順位抵当権者が存在したときは、保証人は、当該特約の効力を後順位抵当権者に対して主張することができるのが問題となる。

この点について、判例（前掲最判昭和59年5月29日）は、先順位の抵当権は登記によって公示されていることから、後順位抵当権者は、先順位の抵当権者による優先的回収を覚悟しなければならないのであるから、弁済による代位によって弁済者が優先弁済を主張すれば、承認しなければならない立場にあり、特約によって受ける不利益は事実上反射的にもたらされるものに過ぎないとして、代位割合変更の特約を後順位抵当権者に対して対抗できるとしている。

代位割合変更という当事者間の特約の効力を第三者に対抗することが認められるのは、合意の相対効という考え方の例外として位置づけられることから、これを条文上明確にすべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

2 物上保証人と後順位抵当権者との関係

物上保証人所有の甲不動産と債務者所有の乙不動産に共同抵当が設定されており、甲不動産には後順位抵当権が設定されている場合に、先に甲不動産につき抵当権の実行による競売がされ、売却代金が先順位抵当権の被担保債権全額に配当されると、それによって他人の債務を弁済したことになる物上保証人は、弁済による代位によって、乙不動産に設定されていた抵当権を行使することができる。しかし、甲不動産の後順位抵当権者としては、この場合に、物上保証人が代位により乙不動産の抵当権を実行して優先弁済を受けるとすると、甲不動産と乙不動産が一括して競売された場合（まず乙不動産の売却代金が共同抵当の被担保債権の弁済に充てられると考えられる）に比して、不利益を被ることになる。そこで、乙不動産に設定された抵当権から、後順位抵当権者と物上保証人のいずれが優先して弁済を受けることができるかが問題となる。

この点について、判例（最判昭和53年7月4日民集32巻5号785頁）は、物上保証人が債務者に対する求償権を取得するとともに代位により債務者所有の不動産に対する抵当権を取得するが、民法第392条第2項後段が後順位抵当権者の保護を図っている趣旨にかんがみ、物上保証人に移転した1番抵当権は、後順位抵当権者の被担保債権をも担保するものとなり、後順位抵当権者は、あたかも、この1番抵当権の上に民法第372条、第304条第1項本文の規定により、物上代位をするのと同様に、その順位に従い、後順位抵当権

者が優先して弁済を受けることができる」と判示している（なお、優先弁済を受けるために、後順位抵当権者が登記や差押えをすることは不要とされた。）。学説上も、甲不動産については、後順位抵当権者が、所有者である物上保証人に優先して、その価値を把握していることを理由として、判例の結論を支持する見解が有力である。

弁済による代位が認められる場合における代位者と後順位抵当権者との関係は、現行法上必ずしも明確でないことから、この判例法理を条文上明記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。

(3) 一部弁済による代位の要件の見直し

現行民法上、債権の一部について弁済があったとき、代位者は、「債権者とともにその権利を行使する」とされている（同法第502条第1項）が、その場合に代位者が単独で担保権を実行することができるかどうかは、争いがある。古い判例には、代位者が単独で担保権を実行することを認めたものがあるが、この判例の結論に対しては、求償権の保護という代位制度の目的を逸脱して債権者に不利益を与えるものである等の強い批判がある。そこで、一部弁済による代位の場合には、代位者は、債権者との共同でなければ担保権を実行することができない旨を明文で規定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。

（参考・現行条文）

○（一部弁済による代位）

民法第502条 債権の一部について代位弁済があったときは、代位者は、その弁済をした価額に応じて、債権者とともにその権利を行使する。

2 前項の場合において、債務の不履行による契約の解除は、債権者のみができる。この場合においては、代位者に対し、その弁済をした価額及びその利息を償還しなければならない。

（補足説明）

現行民法上、債権の一部について弁済があったとき、代位者は、「債権者とともにその権利を行使する」とされているが（同法第502条第1項）、その場合に代位者が単独で担保権を実行することができるかどうかは、争いがある。

判例（大決昭和6年4月7日民集10巻535号）は、代位者が単独で担保権を実行することを認めているが、この判例の結論に対して、学説からは、代位者の単独での担保権の実行を認めると、債権者が換価時期を選択する利益を奪われることになり、求償権の保護という代位制度の目的を逸脱して債権者に不利益を与えることになる等の強い批判があり、代位者は債権者との共同でなければ担保権の実行ができないという考え方が有力である。また、下級審の裁判例（東京高判昭和55年

10月20日判タ429号106頁)には、一部弁済者は、債権者から独立して担保権を行使することは許されないと判断したものもある。

実務上は、当事者間の特約により、代位者が単独では担保権を実行することができないようにすることが多いとされている。

このような現状を踏まえ、一部弁済による代位の場合には、代位者は債権者との共同でなければ担保権を実行することができない旨を明文で規定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。

(関連論点)

債権者による単独での権利行使の可否

民法第502条第1項は、代位者について、「債権者とともに」権利を行使できると規定しているだけであるから、一部弁済による代位が認められる場合に、債権者がなお単独で担保権等の権利を行使することができるかという点は、明らかではない。

そこで、前記のように一部弁済による代位における代位者は、債権者との共同でなければ権利行使ができないという規定を設けるとした場合には、他方で、債権者は単独で権利行使ができるのかも明確にする方向で検討する必要がある。具体的には、債権者が単独で権利を行使できるという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。

(4) 一部弁済による代位の効果の見直し

一部弁済による代位者は、「弁済をした価額に応じて、債権者とともにその権利を行使する」(民法第502条第1項)のであるが、この条文の文言からは、抵当不動産からの配当上、債権者と代位者との優先関係がどうなるかが必ずしも明らかではないところ、判例は債権者が優先するとし、学説上も、判例の結論を支持する見解が有力である。

そこで、このような判例法理を条文上明記すべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(補足説明)

一部弁済による代位者は、「弁済をした価額に応じて、債権者とともにその権利を行使する」(民法第502条第1項)のであるが、この条文の文言からは、抵当不動産からの配当上、債権者と代位者との優先関係がどうなるかが必ずしも明らかではない。

起草者は、一部弁済による代位の場合の配当は、債権者と代位者が平等であるべきと考えていたとされるが、判例(最判昭和60年5月23日民集39巻4号940頁、最判昭和62年4月23日金法1169号29頁)は、弁済による代位は求償権を確保するための制度であり、そのために債権者が不利益を被ることを予定するものではなく、担保権が実行された場合における配当について債権者の利益を害する理由がないとして、債権者が優先すると判断した。学説の一部には判例の結論

に対する異論があるものの、これを支持する見解が有力であるといわれている。

そこで、このような判例法理を条文上明記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。

(関連論点)

保証債務の一部を履行した場合における債権者の原債権と保証人の求償権の関係
保証債務の一部を履行することにより、保証人は、求償権を取得するとともに、一部弁済による代位によって、原債権及びその担保権を行使し得ることになる(求償権並びに代位によって取得した原債権及びその担保権を「求償権等」と総称する)。この場合に、保証人が取得する求償権等と債権者の有する原債権の関係については、明文の規定はないが、保証人が取得する求償権等は、債権者の有する原債権に劣後し、債権者が原債権の全額の弁済を受領するまで、保証人は求償権等を行使することができないこととすべきであるという考え方が主張されている。実務上も、債権者と保証人の間で締結される保証契約において、保証人が一部弁済した場合には、保証人は取得する求償権等を行使してはならない旨の規定が置かれることが多いと指摘されている。

このような考え方を条文上明記することについて、どのように考えるか。

(5) 債権者の義務

現行民法上、弁済による代位に関連する債権者の義務として、全部の弁済を受けた債権者による債権証書や担保物の交付義務や、一部の弁済を受けた債権者による債権証書への代位の記入義務が条文上明記されているが(同法第503条)、このほか、不動産担保権がある場合には代位の付記登記に協力すべき義務が課されていると考えられるし、また、同法第504条は担保保存義務を課した規定であると考えられている。これらの解釈上認められている債権者の義務について、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。

(参考・現行条文)

○ (債権者による債権証書の交付等)

民法第503条 代位弁済によって全部の弁済を受けた債権者は、債権に関する証書及び自己の占有する担保物を代位者に交付しなければならない。

2 債権の一部について代位弁済があった場合には、債権者は、債権に関する証書にその代位を記入し、かつ、自己の占有する担保物の保存を代位者に監督させなければならない。

○ (債権者による担保の喪失等)

民法第504条 第五百条の規定により代位をすることができる者がある場合において、債権者が故意又は過失によってその担保を喪失し、又は減少させたときは、その代位をすることができる者は、その喪失又は減少によって償還を受けることができなくなった限度において、その責任を免れる。

(補足説明)

現行民法上、弁済による代位に関連する債権者の義務として、全部の弁済を受けた債権者による債権証書や担保物の交付義務や、一部の弁済を受けた債権者による債権証書への代位の記入義務が条文上明記されている（同法第503条）。しかし、弁済による代位に関連して債権者が負う義務はこれに限られるものではなく、担保権が設定されている財産が不動産である場合には、債権者は、代位者に対して、代位の付記登記に協力すべき義務を負うと考えられている（大判昭和2年10月10日民集6巻554頁）。また、同法第504条は、法定代位者の代位に対する期待を保護するために、故意又は過失によって債権者が担保を喪失又は減少させたときに、法定代位者が免責される旨を規定しているが、この規定によって間接的に、債権者に担保保存義務が課されていることが示されていると解釈されている。

このような解釈上認められている債権者の義務について、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。

(関連論点)

1 担保保存義務に関する規定の在り方

民法第504条の内容については、特に銀行実務の立場から、その合理性を疑問視する指摘がされている。

銀行取引は、長期継続的に行われるものであるところ、債務者の経営状況の変化等に伴い、債務者から担保の差替えや一部解除の要請が頻繁に行われているとされている。しかし、担保の差替えや一部解除は、少なくとも形式的には民法第504条の担保の喪失又は減少に該当するため、この要請が合理的なものであったとしても、債権者としては、法定代位者全員の個別の同意を得ない限り、債務者からの要請に応じることができず、時宜に応じた円滑な取引に支障が生じるという指摘がされている。このため、金融機関等は、実務上、法定代位者となる保証人や物上保証人との間で、担保保存義務を免除する旨の特約を事前に結ぶことにより、このような不都合に対応しているとされる。

このような指摘を踏まえて、例えば、「故意又は過失によって通常取引において合理的と考えられる事由なく」、担保を喪失し、又は減少させた場合に、法定代位者は免責されるとする等、合理的な理由がある場合には債権者が担保保存義務違反を問われないとする方向で、規定を見直すべきであるという考え方が提示されている（参考資料2 [研究会試案]・176頁参照）。このような考え方について、どのように考えるか。

2 担保保存義務違反による免責の効力が及ぶ範囲

民法第504条は、「その代位をすることができる者」が担保保存義務違反による免責を債権者に対して主張することができることと規定しているところ、債権者が担保保存義務に違反して担保の喪失等をした後に、物上保証人や第三取得者から抵当不動産を譲り受けた第三者が、担保保存義務違反による免責の効力を債権者に対して主張することができるかどうかは、条文上明らかではない。この点につ

いて、判例（最判平成3年9月3日民集45巻7号1121頁）は、債務者から
抵当不動産を譲り受けた第三取得者は、債権者に対して、債権者が抵当権によっ
て把握した不動産の交換価値の限度において責任を負担するものに過ぎないから、
債権者が故意又は懈怠により担保を喪失又は減少したときは、同条の規定により、
担保の喪失又は減少によって償還を受けることができなくなった金額の限度にお
いて抵当不動産によって負担すべき責任の全部又は一部は当然に消滅し、当該不
動産がさらに第三者に譲渡された場合においても、責任消滅の効果は影響を受け
ないとしている。

そこで、この判例法理を条文上明記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。

第2 相殺

1 総論

相殺の規定の見直しに当たっては、相殺の要件について、判例法理等を踏まえた規定の明確化を図ることのほか、第三者による相殺の可否等を検討する（後記2参照）とともに、相殺が禁止される範囲の妥当性について検討する必要がある（後記4参照）。また、相殺の効果についても、遡及効を認めることの要否について検討する必要がある（後記3参照）。このほか、相殺の担保的機能に対する相殺権者の期待と他の債権者との利害調整をめぐり、法定相殺と差押えとの関係を始めとする諸問題の検討をする必要があると考えられる（後記5及び6）。

これらの点のほか、相殺制度の在り方について全面的に見直す場合には、どのような点に留意する必要があるか。

(参考・現行条文)

○ (相殺の要件等)

民法第505条 二人が互いに同種の目的を有する債務を負担する場合において、双方の債務が弁済期にあるときは、各債務者は、その対当額について相殺によってその債務を免れることができる。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。

○ (相殺の方法及び効力)

民法第506条 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、条件又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。

○ (履行地の異なる債務の相殺)

民法第507条 相殺は、双方の債務の履行地が異なるときであっても、することができる。この場合において、相殺をする当事者は、相手方に対し、これによって生じた損害を賠償しなければならない。

○ (時効により消滅した債権を自働債権とする相殺)

民法第508条 時効によって消滅した債権がその消滅以前に相殺に適するようになっていた場合には、その債権者は、相殺をすることができる。

○ (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)

民法第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。

○ (差押禁止債権を受働債権とする相殺の禁止)

民法第510条 債権が差押えを禁じたものであるときは、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。

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

○ (相殺の充当)

民法第512条 第四百八十八条から第四百九十一条までの規定は、相殺について準用する。

2 相殺の要件 (民法第505条)

(1) 相殺の要件の明確化

民法第505条第1項は、相殺の要件として「双方の債務が弁済期にある」ことを要するとしているが、この点について、判例は、受働債権の弁済期が到来していない場合でも相殺が認められるとしており、形式的な条文の文言とは必ずしも整合していない。また、条文上明記されていないものの、自働

債権について相手方の抗弁権が付着している場合に相殺が認められないことは、判例・学説上、異論がないところである。このような解釈上認められている相殺の要件を条文上も明確にすべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

(参考・現行条文)

○ (相殺の要件等)

民法第505条 二人が互いに同種の目的を有する債務を負担する場合において、双方の債務が弁済期にあるときは、各債務者は、その対当額について相殺によってその債務を免れることができる。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。

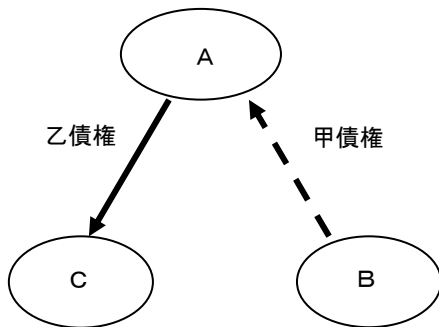
(補足説明)

民法第505条第1項は、相殺の要件を規定しているが、形式的な条文の文言から必ずしも読み取れない要件が、解釈により認められているということが指摘されている。例えば、同項では、「双方の債務が弁済期にある」ことが要件の一つとされているが、この点について、判例(大判昭和8年5月30日民集12巻1381頁)は、相殺しようとする者は受働債権の期限の利益を放棄することもできることを理由に、受働債権の弁済期が到来していない場合でも相殺が認められるとしている。また、自働債権について相手方の抗弁権が付着している場合に相殺が認められないことについては、条文上明記されていないものの、判例(同時履行の抗弁権に関する大判昭和13年3月1日民集17巻318頁、保証人の催告・検索の抗弁権に関する最判昭和32年2月22日民集11巻2号340頁)や学説において、異論が見られないところである。

そこで、相殺が当事者間の債権債務の決済方法として重要な役割を果たしていることも考慮し、このような解釈上認められている相殺の要件を条文上も明確にすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(2) 第三者による相殺の可否

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が甲債権を自働債権、乙債権を受働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。



- ① Aによる相殺の可否
- ② Bによる相殺の可否
- ③ Cによる相殺の可否

(補足説明)

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、その例外として、三者間での相殺が認められる場合があるのではないかという点が、判例・学説上、問題となってきた。三者間による相殺の可否が問題となるのは、BがAに対して甲債権を有し、AがCに対して乙債権を有する場合における、①Aによる相殺の可否、②Bによる相殺の可否、③Cによる相殺の可否である。

このうち①と③は、三者間に特殊な関係がある場合に初めて問題となる。すなわち、①Aによる相殺の可否は、CがAに対して甲債権を有していたところ、CがBに対して甲債権を譲渡し、BがAに対して甲債権の履行を請求した場合に、AがBに対して、相殺の抗弁を主張することができるかという場面で問題となるものである(民法第468条第2項参照)。これについては、後記「第2, 5(1)法定相殺と差押え」(関連論点)1で取り上げる。また、③Cによる相殺の可否は、例えば、AがBに対して有する丙債権を保証するために、AがCに対して保証債権としての乙債権を有しているという関係にある場合に、Cが主たる債務者Bの有する甲債権による相殺をもって債権者Aに対抗するという場面で問題となる(同法第457条第2項)。

これに対して、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。

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」を負担する者である場合には、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、この見解が

らは、他人の債務について「責任」を負担する者とは、「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働債権として相殺を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、自働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。

(3) 相殺禁止の意思表示

民法第505条第2項は、当事者が反対の意思を表示した場合は相殺をすることができないとした上で、当該意思表示は「善意」の第三者に対抗することができないとしている。この「善意」の意義について、善意であっても重大な過失によって相殺禁止の意思表示があることを知らなかった場合には、悪意と同視することが妥当であるとして、その旨を条文上明確にすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

（補足説明）

民法第505条第2項は、当事者が反対の意思を表示した場合は相殺をすることができないとした上で、当該意思表示は「善意」の第三者に対抗することができないとしている。この「善意」の意義について、善意であっても重大な過失によって相殺禁止の意思表示があることを知らなかった場合には、悪意と同視することが妥当であるという考え方が主張されている。民法上このような考え方が採られている例としては、例えば、譲渡禁止特約の効力に関する同法第466条第2項の「善意」の意義について、判例（最判昭和48年7月19日民集27巻7号823頁）が、重大な過失がある第三者は悪意の譲受人と同様に譲渡禁止特約の効力を対抗されると判断していることが挙げられる。このような考え方は、条文から必ずしも読み取れるものではないことから、条文上明確にすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

3 相殺の方法及び効力（民法第506条）

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（民法第506条第1項）、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（同条第2項）。これは、相殺に遡及効を認めることが、相殺適状により債権債務が清算されているという当事者の期待に合致し、公平であること

を理由とするものである。しかし、実務上、相殺に遡及効が認められることにより、既払いの遅延損害金等の処理が煩雑になることを防止するため、実務上は特約により、相殺の意思表示がされた時点で差引計算をするという処理がされていることが指摘されており、前記の当事者の期待の保護の必要性は必ずしも高いとは言えない。また、相殺の遡及効を認める考え方は、必ずしも相殺の要件として意思表示を必要とする考え方と親和的であるわけではないということも指摘されている。このように、相殺に遡及効を認めることが必ずしも合理的であるとは言えないことから、現行法の規定を見直し、相殺の意思表示がされた時点で相殺の効力が生じ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。

(参考・現行条文)

○ (相殺の方法及び効力)

民法第506条 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、条件又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。

○ (時効により消滅した債権を自働債権とする相殺)

民法第508条 時効によって消滅した債権がその消滅以前に相殺に適するようになっていた場合には、その債権者は、相殺をすることができる。

○ (相殺の充当)

民法第512条 第四百八十八条から第四百九十一条までの規定は、相殺について準用する。

(補足説明)

現行民法は、相殺の要件として、当事者の一方から相手方に対する意思表示を必要とした上で(同法第506条第1項)、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(同条第2項)。現行民法が相殺に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得ることが理由とされる。

しかし、相殺により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、実務上は特約により、相殺の意思表示がされた時点で差引計算をするという処理がされていると指摘されている。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

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得る当事者は、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的ではない。

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））。

（関連論点）

1 時効消滅した債権を自働債権とする相殺（民法第508条）の見直しの要否

(1) 問題の所在

現行民法は、時効によって消滅した債権についても、消滅以前に相殺適状にあった場合に、当該債権を自働債権とする相殺を認めている（同法第508条）が、その趣旨は、相殺適状にある債権債務は既に清算されているという当事者の期待を保護する必要があるという点にあるとされる。しかし、仮に、前記（補足説明）のとおり、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は必ずしも保護の必要性が高くないことを理由の一つとして、相殺に遡及効を認めるという現行民法の規定の見直しをすれば、時効消滅した債権を自働債権とする相殺についても、規定を見直すことを検討する必要があると指摘されている。

(2) 見直しの方向性

前記(1)のような指摘を踏まえ、民法第508条を見直す場合には、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を保護しつつも、これを合理的な範囲で制限し、時効期間が満了した債権の債務者に、時効援用の機会を確保するという視点が重要であるという指摘がある。そして、このような視点から、①債権者Aは、時効期間の経過した自らの債権の債務者Bが時効を援用する前に、当該債権を自働債権として相殺の意思表示をすることができるが、②その場合も、債務者Bは、Aによる相殺の意思表示後の一定の期間内に限り、時効を援用することができるべきであるという考え方（参考資料1 [検討委員会試案]・187頁）が示されている。

この考え方は、(ア)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

待は、相殺の遡及効を認める理由としては必ずしも説得的なものではないが、相殺の遡及効を認めないという考え方の下においても、相殺による清算への期待は一定の保護に値するものであること、(イ)時効期間が満了した債権について、債権者からの履行請求に対しては、債務者は時効を援用することができるにもかかわらず、債権者からの相殺に対しては、時効の援用が一切できないというのは、均衡を欠いていること、(ウ)援用によってはじめて時効の効果が確定するという時効の法的構成に関する考え方(判例の考え方)との整合性を図るという観点からは、時効期間満了後に相殺適状が生じた場合にも、時効の援用があるまでは、自働債権の債権者による相殺を認めて差し支えないこと等を理由として挙げている。

このような考え方について、どのように考えるか。

前記の考え方と同様の立法例としては、ヨーロッパ契約法原則第14:503条があり、相殺に遡及効を認めないということを前提として(同原則第13:106条)、時効期間が満了した債権についても、当該債権の債務者による時効の援用までは、債権者が相殺することを認めつつ、債権者による相殺の通知後、2か月以内に債務者が時効を援用した場合には、相殺が認められないとしている。

2 充当に関する規律の見直しの必要性(民法第512条)

(1) 現行法下の相殺の充当に関する規律

民法第512条は、相殺をした場合における充当について、弁済の充当の規定(同法第488条から第491条まで)を準用するとしているが、自働債権又は受働債権として複数の債権があり、当事者のいずれもが相殺の順序の指定をしなかった場合には、相殺の遡及効との関係で、どの時点まで遡及するかが確定しないと充当の対象となる利息・遅延損害金の金額が定まらず、直ちに同法第491条を準用することができないことから、複数の元本債権相互間の相殺の順序をどのように決するかが問題となる。判例(最判昭和56年7月2日民集35巻5号881頁)は、民法第512条及び第489条の規定の趣旨にのっとり、元本債権相互間では相殺適状となった時期の順に従って相殺し、その時期を同じくする元本債権相互間及び元本債権とこれについての利息・費用債権との間では、同法第489条及び第491条を準用して相殺充当を行うとしている。これは、相殺制度の趣旨が、相対立する債権が差引計算されるという当事者の期待を保護し、当事者間の衡平を図る点にあることからすると、相殺適状が生じた順序に従って相殺をすることが、当事者の期待に合致し、衡平の理念にもかなうことを根拠とするものである。

前記の判例法理は、必ずしも条文からは読み取れないことから、相殺に遡及効を認める現行法の規律を維持するのであれば、これを条文上明記するかどうかを検討することが考えられる。

(2) 相殺の遡及効を認めない場合における見直しの要否

相殺に遡及効を認めないという考え方を採る場合には、複数の元本債権間での相殺順序が決まらなると充当の対象となる利息・遅延損害金の金額が定まらないという問題が生じないため、前記の判例法理は妥当しなくなるが、それとは別に、

遡及効を認めないことに伴い、相殺の充当の規律の在り方を見直す必要がないかどうかを検討する必要があると指摘されている。

現行法の規定によると、相殺適状が生じているのであれば、全部の債権が弁済期にある場合として、民法第489条第2号を準用することになると考えられるところ、同号の規定によると「債務者のために弁済の利益の多いもの」に先に充当することになる。しかし、相殺の場合には、当事者双方が債務者であることから、いずれの当事者のために利益の多いものから相殺すべきかが明らかではないという問題がある。この点については、自ら相殺の意思表示をすることにより、債権債務の消滅に主導的な役割を果たした者の利益を保護することとし、相殺の意思表示をした者のために利益が多いものから順に充当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)

○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。

○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。

○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。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きている。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、十分に満足のか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)

○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。

○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。

4 不法行為債権を受働債権とする相殺 (民法第509条)

民法第509条は、不法行為によって生じた債権を受働債権とする相殺を禁止している。この規定は、①被害者の損害を現実に填補することによる被害者の保護と②不法行為の誘発の防止を理由とするものとされているが、これらの理由からは不法行為債権を受働債権とする相殺のすべてが禁止される必然性がなく、相殺による簡易な決済が過剰に制限されているのではないかという指摘がある。そこで、不法行為債権を受働債権とする相殺が禁止される範囲について、前記の理由が妥当する範囲に限定す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立った上で、不法行為債権を受働債権とする相殺を認め

るべき場合又は禁止すべき場合については、以下のような考え方が提示されているが、どのように考えるか。

[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の事故によって、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) 生命又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。)

(参考・現行条文)

○ (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)

民法第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。

(補足説明)

1 問題の所在

民法第509条は、不法行為によって生じた債権を受働債権とする相殺を禁止しているが、この規定の趣旨は、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、被害者の損害が生命や身体にかかわる重大なものである場合にはともかく、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のではないかと批判されている。

そこで、少なくとも前記①及び②の趣旨が妥当しない場合については、相殺により簡易な決済が認められるようにすべきであるという考え方が提示されている。

2 相殺を禁止する場合の限定の在り方

前記1のような批判を踏まえつつ、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場合の考え方としては、前記[A案]及び[B案]のような考え方があり得る。

[A案] (参考資料2 [研究会試案]・178頁)は、当事者双方の過失により同一の事実から生じた双務的不法行為による損害賠償請求権については、民法第509条の趣旨が妥当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。

他方，[B案]（参考資料1 [検討委員会試案]・187頁）は，民法第509条が相殺を禁止する理由である前記の①及び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面については，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)参照）が，民法第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得る。

（比較法）

○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。

○ヨーロッパ契約法原則

13：107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。

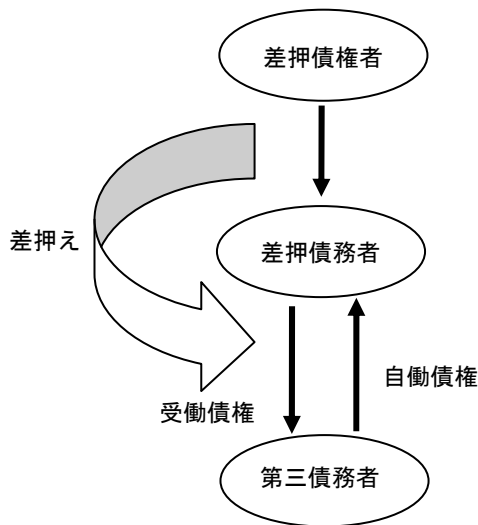
5 支払の差止めを受けた債権を受働債権とする相殺の禁止（民法第511条）

（前注）この「第2，5 支払の差止めを受けた債権を受働債権とする相殺の禁止」においては，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



(参考・現行条文)

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

(1) 法定相殺と差押え

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、その後に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、相殺を対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）

（補足説明）

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確実かつ十分な弁済を受けたと同様な利益を受けることができる点において、受働債権につきあたかも担保権を有するにも似た地位が与えられるという機能を営むものである。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、民法五十一条は、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があるので、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。

(関連論点)

1 債権譲渡と相殺の抗弁

債権の譲受人に対して債務者が相殺の抗弁を主張するための要件については、法定相殺と差押えに類する問題として議論があり、この点についても条文上明確にすべきであるという指摘がある。具体的には、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】規定を置くべきであるという考え方

【A-1案】抗弁が切断される時点までに債務者が譲渡人に対する債権を取得していれば、自働債権と受働債権の弁済期の先後を問わず、相殺することができるとする規定を置くという考え方

【A-2案】抗弁が切断される時点までに債務者が譲渡人に対する債権を取得しており、かつ、その時点で相殺適状にない場合は、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り、相殺することができるとする規定を置くという考え方

【A-3案】抗弁が切断される時点までに債務者が譲渡人に対する債権を取得しており、かつ、その時点で既に相殺適状にあった場合に限り、相殺することができるとする規定を置くという考え方

【B案】規定を置かず、解釈に委ねるべきであるという考え方

債権譲渡がされた場合に、債権の譲受人に対して債務者が相殺の抗弁を対抗するための要件は、法定相殺と差押えの関係に関する議論と同様に争いがあり、【A-1案】は無制限説に対応する考え方、【A-2案】は制限説に対応する考え方、【A-3案】は相殺適状説（法定相殺と差押えの優劣についても、この考え方と同様に、差押え時に相殺適状にあった場合のみ、相殺の効力を対抗できるという考え方が主張されることがある。）に対応する考え方である。学説上は、法定相殺と差押えに関する議論と同様に考えるべきであるとする見解も主張されているものの、債権譲渡と相殺の場合には、取引安全の要請も考慮する必要があることや、債務者は譲渡禁止特約により債権譲渡の自己への対抗を防ぐこともできたはずであること等を理由として、法定相殺と差押えの場合に比して相殺権者を保護する必要性が低くなると理解する見解が有力であり、その前提で【A-2案】や【A-3案】を支持する見解が多い。判例としては、最判昭和50年12月8日（民集29巻11号1864頁）が、債権譲渡の債務者対抗要件が具備される時までに債務者が自働債権を取得していれば、自働債権と受働債権の弁済期の先後を問わず、相殺適状になった場合には相殺を対抗できるとしているが、やや特殊な事案についての判断であり、債権譲渡と相殺の関係一般についての判例の立場は必ずしも明確でないといわれている。

立法提言としては、債権譲渡の前から債務者が有している債権を自働債権とする相殺は、法定相殺と差押えに関する規律に従うことを明文化するという考え方が提示されている（参考資料2 [研究会試案]・178頁）。また、諸外国の立法例にも、後記（比較法）の項目に記載のとおり、債権譲渡がされた場合における相殺の抗弁の対抗の可否について、明記する例がみられる。他方、相殺の抗弁についてのみ、抗弁の対抗の可否に関する明文の規定を設けるのはバランスを失すとして、立法による解決に消極の見解もある（参考資料1 [検討委員会試案]・224頁）。

2 自働債権の取得時期による相殺の制限の可否

現行民法上、受働債権の差押え後に取得した債権を自働債権とする相殺が禁止されているが（同法第511条）、その他には、自働債権の取得時期によって相殺の効力を制限する規定は置かれていない。しかし、差押えや仮差押えの申立てがあった後、差押命令や仮差押命令が第三債務者に送達されるまでの間に、第三債務者が、当該差押え等の申立てを知った上で取得した債権を自働債権とする相殺は、同法第511条による相殺の制限を潜脱しようとするものであると言える。そこで、このような場合も相殺の効力を認めないとする旨の規定を新たに設け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。

なお、同様の立法例としては、破産法において、破産手続開始後に取得した債権を自働債権とする相殺の効力は認められないとした上で（同法第72条第1項第1号）、債務者が支払停止等の危機時期にあることを知って、危機時期以降、破産手続開始前に取得した債権を自働債権とする相殺も、効力が認められないとする規定が置かれている（同項第2号から第4号まで）。

（参考・現行条文）

- 破産法第72条 破産者に対して債務を負担する者は、次に掲げる場合には、相殺をすることができない。
- 一 破産手続開始後に他人の破産債権を取得したとき。
 - 二 支払不能になった後に破産債権を取得した場合であって、その取得の当時、支払不能であったことを知っていたとき。
 - 三 支払の停止があった後に破産債権を取得した場合であって、その取得の当時、支払の停止があったことを知っていたとき。ただし、当該支払の停止があった時において支払不能でなかったときは、この限りでない。
 - 四 破産手続開始の申立てがあった後に破産債権を取得した場合であって、その取得の当時、破産手続開始の申立てがあったことを知っていたとき。
- 2 前項第二号から第四号までの規定は、これらの規定に規定する破産債権の取得が次の各号に掲げる原因のいずれかに基づく場合には、適用しない。
- 一 法定の原因
 - 二 支払不能であったこと又は支払の停止若しくは破産手続開始の申立てがあったことを破産者に対して債務を負担する者が知った時より前に生じ

た原因

- 三 破産手続開始の申立てがあった時より一年以上前に生じた原因
- 四 破産者に対して債務を負担する者と破産者との間の契約

(比較法)

○ドイツ

ドイツ民法 392 条 (被差押債権に対する相殺)

債務者が債権者に対して有する債権の相殺は、債務者が差押えの後に自己の債権を取得したとき、または自己の債権の弁済期が差押えの後にかつ差し押さえられた債権よりも遅く到来したときは、債権の差押えによって排除される。

○フランス

○フランス民法

フランス民法 1295 条 (債権譲渡と相殺)

(1) 債権者が第三者に対して行った権利の譲渡を単純に承諾した債務者はもはや、承諾前に譲渡人に対抗することができた相殺を譲受人に対抗することができない。

(2) 債務者に送達されたが債務者がなんら承諾しなかった譲渡は、その通知後の債権の相殺のみを妨げる。

フランス民法 1298 条 (相殺と差押え)

相殺は、第三者の既得権を害しては生じない。したがって、債務者であって、第三者が行った差押え＝差止め *saisie-arret* ののちに債権者となった者は、差押人を害して相殺を対抗することができない。

○ユニドロワ国際商事契約原則

第9. 1. 13条 (抗弁と相殺権)

(1) 債務者は、譲渡人に対して主張することができたすべての抗弁を譲受人に対して主張することができる。

(2) 債務者は、譲渡の通知を受領した時点までに譲渡人に対して行使することができた相殺権を譲受人に対して行使することができる。

○ヨーロッパ契約法原則

11 : 307条 抗弁および相殺権

(1) 債務者は、譲渡対象債権に対する実体上または手続上の抗弁で譲渡人に対して主張することができたものをすべて、譲受人に対して対抗することができる。

(2) 債務者は、譲渡人に対する次に掲げる債権について第13章に基づいて譲渡人に対して行使することができた相殺権もすべて、譲受人に対して主張することができる。

(a) 債権譲渡の通知が、11:303条1項に従ったものであるかどうかにかかわらず、それが債務者に到達した時点で存在していた債権

(b) 譲渡対象債権と密接に関係する債権

11:301条 契約上の債権譲渡禁止

(1) 債権の譲渡は、その債権の発生基礎となる契約によって禁止されているか、禁止違反以外で契約に反する場合は、債務者に対して効力を有しない。ただし、次の各号のいずれかに該当するときは、このかぎりでない。

(a) 債務者がそれに同意するとき

(b) 譲受人が契約違反を知らずまた知るべきであったともいえないとき

(c) 譲渡が将来の金銭債権についての譲渡契約によるものであるとき

(2) 前項の規定は、譲渡人の契約違反に関する責任に影響を及ぼさない。

(2) 相殺予約の効力

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

(補足説明)

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。

（参考）昭和45年判決 大隅健一郎裁判官の意見

裁判官大隅健一郎の意見は、次のとおりである。

私は、本判決の結論自体には反対でないが、次の点において多数意見には賛成することができない。（中略）

（二）多数意見が、被上告銀行と訴外会社との間における取引約定書中、訴外会社またはその保証人についてその信用を悪化させる一定の客観的事情が発生した場合においては、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、ただちに相殺適状を生ぜしめる旨の合意（以下これを相殺予約という。）を有効と解している点については、私も結論において賛成である。しかし、多数意見が、かかる合意が契約自由の原則上有効であることは論をまたないとして、一般的にこの種の合意が有効で、かつ、第三者にも対抗しうるもののごとく述べている点には、疑問をとどめざるをえない。けだし、かかる相殺予約が契約自由の原則上当事者間において有効であることは当然であるとしても、これをもつて差押債権者に対抗しうるものとするならば、私人間の合意のみによつて差押の効力を排除しうることとなるばかりでなく、その公示方法を欠く現状においては、一般債権者に不測の損害をもたらすおそれがあることは否定しがたいところであつて、一般的にその効力を認めることには躊躇せざるをえないからである。したがつて、ここでも、相殺予約をしている第三債務者と差押債権者との間の利益の比較衡量により、問題の解決をはからなければならない。

ところで、およそ商人間に継続的取引関係があり、かつ、相互に債権債務を生ずる関係が存する場合には、その取引上の多数の権利関係に牽連性をもたせ、これを一体的に把握する思想が存することは、交互計算（商法五二九条以下）、商事留置権（同法五二一条）などの制度にみられるところであるが、わけても、銀行とその取引先との間においては、銀行の取引先に対する貸付金などの債権と取引先の銀行に対する預金債権とは、相互に密接を牽連関係に立ち、預金債権は貸付金債権などの担保としての機能を営んでいるのが実情である。そして、銀行取引約定書における前記のような相殺予約は、この預金債権の担保的機能を確保す

るための手段としてなされるものにほかならなく、銀行はかかる特約を活用することの期待のもとに貸付をしているのである。しかも、銀行取引における上述のごとき事情や、一般に銀行とその取引先との間の取引約定書中にこの種の相殺予約に関する定めがとり入れられていることは、取引界においてはほぼ公知の事実となつているものと認められるのであつて、その定めをもつて差押債権者に対抗しうるものとしても、あながち不当とはいえないと考える。それゆえ、相殺予約一般の効力の問題はしばらく措いて、少なくとも本件の被上告銀行と訴外会社との間の取引約定書における相殺予約のごときについては、それが有効であり、かつ、これをもつて上告人に対抗しうるものと解するのが相当である。その意味において、この点における多数意見の結論に賛成するものである。

6 相殺権の濫用

個別的な相殺禁止の規定に抵触するわけではないが、一般債権者との関係で公平の理念に反する等の場合には、裁判例や学説上、権利濫用の法理により相殺が認められないとされる場合がある（相殺権の濫用）。このような場合があること及びその要件について、明文の規定を置くべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

（補足説明）

相殺には、相殺権者が、一般債権者に優先して債権回収することを可能とするという担保的機能がある。また、差押債権者との関係でも、昭和45年判決が、法定相殺と差押えの関係及び相殺予約の効力のいずれについても、無制限説の立場を採ることを明らかにしたことにより、相殺が認められる可能性が広がった。しかし、相殺が広く認められると、一般債権者や差押債権者との関係で、公平を損なうと考えられるような場合も生じ得ることから、個別的な相殺禁止の規定に抵触するわけではないが、公平の理念に反する場合には、裁判例や学説上、権利濫用の法理により相殺が認められないとされる場合がある。このような相殺権の濫用が問題となり得る具体例としては、以下のようなものが挙げられている。

① 狙い撃ち相殺

AがBに対する数個の債権を有し、そのうち1個の債権をCが差し押さえ、転付命令が出された。BがAに対して1個の反対債権を有していたところ、Cによって差し押さえられた債権の弁済期が、他の債権の弁済期よりも遅かったにもかかわらず、Bが、差し押さえられた債権を受働債権として相殺することは、信義則に反し権利の濫用として許されないとされた（大阪地判昭和49年2月15日金法729号33頁）。

② 同行相殺

A銀行の甲支店にBの預金があり、かつ、A銀行の乙支店が、B振出しの手形をCから割り引いて所持している状態で、B振出しの手形が不渡りとなった場合において、A銀行がCに対して手形の買戻しを請求するのではなく、A銀行のB

に対する手形債権とBの預金債権とを相殺したときに、この相殺がBの一般債権者の利益を不当に害するものかどうかの問題となった事案がある。このような事案において、判例（最判昭和53年5月2日判時892号58頁）は、A銀行による相殺を認めた。

③ 駆け込み相殺

A銀行に対し預金債権を有するBの振り出した手形を所持するCが、Bの経営状況が悪化していることを察知して、当該手形をA銀行に割り引いてもらい、手形が不渡りになった段階で、A銀行が手形債権と預金債務とを相殺するという事例においては、A銀行とCが通謀の上、このような取引を行う可能性がある指摘されており、この場合にも、権利の濫用として、相殺の効力が否定される可能性があるとされている。

④ 担保付き債権を自働債権とする相殺

AのBに対する債権に担保権が設定されており、当該担保権の行使によって全額の弁済を受けることができる状態にあるにもかかわらず、Aがその債権を自働債権として、Cから差押えを受けたBのAに対する債権を受働債権とする相殺をすることが、Cの利益を不当に害するのではないかが問題となり得るが、それだけでは権利の濫用にはならないとした判例（最判昭和54年3月1日金法893号43頁）がある。

以上のような裁判例や学説を踏まえ、相殺権の濫用について明文の規定を置くべきであるという指摘があり、このような観点からの具体的な改正提言として、相殺権の行使が差押債権者又は仮差押債権者との公平を害すると認められる場合には、当該相殺の効力を差押債権者又は仮差押債権者に対して対抗できないとするものがある（参考資料1 [検討委員会試案]・189頁）が、どのように考えるか。

第3 更改

1 総論

更改の見直しに当たっては、その規定内容の明確化を図る（後記2及び4）とともに、債権譲渡や免責的債務引受との重複により存在意義が疑問視されている債権者又は債務者の交替による更改の規定の要否について検討する必要がある（後記3）と考えられるが、このほか、更改制度の在り方について全面的に見直す場合には、どのような点に留意する必要があるか。

（参考・現行条文）

○（更改）

民法第513条 当事者が債務の要素を変更する契約をしたときは、その債務は、更改によって消滅する。

2 条件付債務を無条件債務としたとき、無条件債務に条件を付したとき、又は債務の条件を変更したときは、いずれも債務の要素を変更したものとみなす。

○（債務者の交替による更改）

民法第514条 債務者の交替による更改は、債権者と更改後に債務者となる者との契約によってすることができる。ただし、更改前の債務者の意思に反するときは、この限りでない。

○（債権者の交替による更改）

民法第515条 債権者の交替による更改は、確定日付のある証書によってしなければ、第三者に対抗することができない。

民法第516条 第468条第1項の規定は、債権者の交替による更改について準用する。

○（更改前の債務が消滅しない場合）

民法第517条 更改によって生じた債務が、不法な原因のため又は当事者の知らない事由によって成立せず又は取り消されたときは、更改前の債務は、消滅しない。

○（更改後の債務への担保の移転）

民法第518条 更改の当事者は、更改前の債務の目的の限度において、その債務の担保として設定された質権又は抵当権を更改後の債務に移すことができる。ただし、第三者がこれを設定した場合には、その承諾を得なければならない。

2 更改の要件の明確化（民法第513条）

（参考・現行条文）

○（更改）

民法第513条 当事者が債務の要素を変更する契約をしたときは、その債務は、更改によって消滅する。

2 条件付債務を無条件債務としたとき、無条件債務に条件を付したとき、又は債務の条件を変更したときは、いずれも債務の要素を変更したものとみなす。

(1) 「債務の要素」の明確化と更改意思

民法第513条において更改の要件とされている「債務の要素を変更する」とは、債権者の交替、債務者の交替や、債務の目的の変更等を意味すると考えられている。このうち当事者の交替については、更改概念から除外するかどうかという議論があり、別途取り上げることとするが、それ以外に、どのような場合に更改が成立するかは、必ずしも条文からは読み取ることができないと指摘されている。

また、更改は、旧債務の消滅とこれに伴う担保権や抗弁権の消滅という重大な効果を伴うものであるところ、「債務の要素」という客観的要件のみで更改の成否を判断することは困難である。このようなことから、判例上、更改の意思が特に明確でない限り、更改ではないと解すべきであるとされており、学説上も同様の見解が有力である。

そこで、「債務の要素」の具体的内容をできる限り条文上明記するとともに、当事者が更改の意思（特に、旧債務を消滅させる意思）を有することを更改の要件として条文上明確にすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

（補足説明）

1 「債務の要素」の明確化

民法第513条は、「債務の要素を変更する契約」をすることを更改の要件としている。この「債務の要素を変更する」とは、更改前の債務（以下「旧債務」という。）が消滅して更改後の新たな債務（以下「新債務」という。）が成立したと言えるほど、債務内容の重要な部分を変更することであり、具体的には、債権者の交替、債務者の交替や、債務の目的の変更等を意味すると言われている。このうち、債権者又は債務者の交替による更改に関しては、これを更改の概念から除外するかどうかという問題があるので、別途取り上げる（後記「**第3、3 更改による当事者の交替の要否**」参照）として、それ以外に、具体的にどのような場合に更改が成立するかは、必ずしも明確ではないと指摘されている。

更改は、旧債務の消滅と、それに伴う担保権や抗弁権の喪失という重大な効果を生じさせるものであることから、その要件である「債務の要素」の具体的な内容を条文上できる限り明確にすべきであると指摘されており、具体的には、債務の目的の変更のほか、債務の性質の変更を条文上に掲げる考え方が提示されているが、どのように考えるか。

2 当事者の主観的要件

前記のとおり、更改は旧債務の消滅とこれに伴う担保権や抗弁権の消滅という重大な効果を伴うものであるため、「債務の要素」という客観的要件のみで更改の成否を判断すると、当事者がそのような効果を発生させる意思を有していない場合にも、旧債務の消滅等の重大な効果が発生し、当事者が予想していない不利益を受けるおそれがある。また、「債務の要素」という客観的要件のみから更改の成否を判断することは困難である。このようなことから、判例（大判昭和7年10月29日新聞3483号18頁）上、更改の意思が特に明確でない限り、更改ではないと解すべきであるとされている。学説も、当事者が更改の意思を有することを要件とすることにより更改概念がより明確になること等を指摘して、判例を支持する見解が有力である。そこで、更改の要件として、債務の要素の変更とともに当事者の更改の意思が必要であることを、条文上明確にすべきであるという考え方が提示されている。

このような考え方からは、さらに、更改の意思の具体的な内容について、更改においては旧債務を消滅させるという意思が最も本質的なものであるから、旧債務を消滅させる意思をもって、更改の意思とする考え方が提示されている。

以上の考え方について、どのように考えるか。

(2) 旧債務の存在及び新債務の成立

更改が効力を生ずるための要件としては、旧債務が存在することと新債務が成立することが必要であると考えられており、この点を条文上明記すべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(補足説明)

更改が効力を生ずるためには、旧債務が存在し、それが更改によって消滅することが必要であるが、このほか、更改によって新債務が成立することが必要であると考えられている。このような旧債務の存在と新債務の成立が更改の効力要件であることは、条文上明記されていないため、更改の要件を明確化する観点から、これらの点についても条文上明記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)

○ドイツ

ドイツ民法典は更改に関する規定を置いていないが、更改の有効性は、契約自由の原理を前提とした規定である 311 条 1 項によって認められている。

更改は、債務の同一性が失われないような債務の内容等に関する変更(変更契約)とは異なり、債務を全面的に変更する行為であり、旧債務について存在する抗弁および担保の消滅という効果を伴うものであるとされている(vgl. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht · Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2009, § 311 (Volker Emmerich), Rn. 30; Dieter Medicus, Schuldrecht I: Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2005, S. 111)。更改の態様としては、旧債務の存在を新債務の発生の条件とする有因的更改と、旧債務の存否にかかわらず新債務の発生を認める無因的更改とが学説上区別されている(ただし、無因的更改の場合でも、給付によって意図した効果が生じない場合の不当利得〔ドイツ民法 812 条 1 項第 2 文〕の規律は適用され得る)。

○フランス

○フランス民法

フランス民法 1271 条 (更改の方法)

更改は、以下の三つの仕方で行われる。

- 一 債務者が債権者に対して旧負債に代わる新負債を締結し、旧負債が消滅するとき
- 二 新債務者が旧債務者に代わり、旧債務者が債権者によって免責されるとき
- 三 新たな約務の効果によって、新債権者が旧債権者に代わり、債務者が旧債権者に対して免責されるとき

フランス民法 1273 条 (推定の排除)

更改は、なんら推定されない。更改を行う意思は、その行為から明白に引き出されるものでなければならない。

○カタラ草案

カタラ草案 1265 条

更改は、消滅する債務を発生する別個の債務に代えることを目的とする合意である。

カタラ草案 1266 条

更改は、以下の三つの仕方で行われる。

- 一 新債務者が旧債務者に代わり、旧債務者が債権者によって免責されるとき
- 二 新たな約務の効果によって、新債権者が旧債権者に代わり、債務者が旧債権者に対して免責されるとき
- 三 債務者が債権者に対して旧負債に代わる新負債を締結し、旧負債が消滅するとき。この場合、旧債務と新債務の間にいかなる差異が設けられたとしても、更改の存在が認められる。

カタラ草案 1267 条

更改は、旧債務と新債務がいずれも有効であるときにのみ生じる。ただし、瑕疵のある約務を有効な約務に代えることを明らかに目的とする場合を除く。

カタラ草案 1268 条

更改は、推定されない。更改を行う意思は、その行為から明白に引き出されるものでなければならない。

3 更改による当事者の交替の要否（民法第514条から第516条まで）

現行民法は、債務者の交替による更改及び債権者の交替による更改の規定を置いている。ところで、更改によって当事者の交替を行うことは、債務引受や債権譲渡が認められていなかった時代には重要な意義を有していたが、今日では、債権譲渡による債権者の交替が明文上認められており、債務者の交替も、判例・学説において、免責的債務引受により行うことが認められていることから、これらを更改によって行う意義は乏しくなっていると指摘されている。また、更改による当事者の交替は、旧債務の消滅によって抗弁を消滅させながらも、担保権を存続させ得るという点で、債権譲渡や免責的債務引受とは効果が異なるが、債権譲渡や免責的債務引受でも、異議をとどめない承諾や当事者間の合意によって同様の結果を実現することが可能である。

そこで、当事者を交替する旨の合意は更改には含まれないこととして、債務者の交替による更改及び債権者の交替による更改の規定を削除すべきであるという考え方が提示されている。また、このような考え方を採る場合には、実務上の混乱を生じさせないようにするために、債権者の交替による更改に相当する内容の合意があった場合には、債権譲渡の合意があったものとみなし、債務者の交替による更改に相当する内容の合意があった場合には、免責的債務引受の合意があったものとみなす旨の規定を置くべきであるという考え方が併せて提示されている。

以上のような考え方について、どのように考えるか。

(参考・現行条文)

○ (債務者の交替による更改)

民法第514条 債務者の交替による更改は、債権者と更改後に債務者となる者との契約によってすることができる。ただし、更改前の債務者の意思に反するときは、この限りでない。

○ (債権者の交替による更改)

民法第515条 債権者の交替による更改は、確定日付のある証書によってしなければ、第三者に対抗することができない。

民法第516条 第468条第1項の規定は、債権者の交替による更改について準用する。

(補足説明)

1 問題の所在

現行民法は、債務者の交替による更改及び債権者の交替による更改の規定を置いている。このように更改によって当事者の交替を行うことは、債務引受や債権譲渡が認められていなかった時代には重要な意義を有していたが、今日では、債権譲渡による債権者の交替が明文上認められており、免責的債務引受による債務者の交替も、判例・学説において認められていることから、これらを更改によって行う意義は乏しくなっていると指摘されている。

また、更改によって当事者の交替を行う場合には、旧債務の消滅によって抗弁を消滅させながらも、担保権を存続させ得るという点で(民法第518条)、債権譲渡や免責的債務引受とはその効果が異なる。しかし、債権譲渡では、債務者が異議をとどめずに承諾することにより債権に付着する抗弁を消滅させることができ、担保権は随伴性によって移転することになる。また、免責的債務引受でも、当事者間で合意することにより、引き受けられる債務に付着する抗弁を消滅させることができるとともに、担保権についても、解釈上、移転させることができると考えられている。したがって、債権譲渡や免責的債務引受によっても、更改による当事者の交替と同様の結果を実現することは可能である。

そこで、当事者の交替は更改には含まれないこととして、債務者の交替による更改及び債権者の交替による更改の規定は削除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。

2 債務者の交替による更改又は債権者の交替による更改に相当する当事者間の合意の取扱い

当事者の交替は更改に含まれないとした場合には、実質的にこれらに相当する内容の合意がされたときに、新債務の負担の合意が無因の債務負担の合意であるとして、その有効性を否定される可能性があるという指摘がされている。これまで有効とされてきた合意と同内容の合意の有効性が否定されるとすれば、実務上の混乱を生じさせるおそれがあるという指摘である。これを踏まえて、債権者の交替による

更改に相当する内容の合意があった場合には、債権譲渡の合意があったものとみなし、債務者の交替による更改に相当する内容の合意があった場合には、免責的債務引受の合意があったものとみなす旨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。

4 旧債務が消滅しない場合の規定の明確化（民法第517条）

旧債務が消滅しない場合に関する民法第517条については、文言に不明確なところがあり、条文からはその要件を直ちに読み取りにくいと指摘されている。例えば、「当事者の知らない事由」とは債権者が知らない事由に限られるのではないか、「更改によって生じた債務が」「取り消されたとき」とは、新債務が取り消されたときと更改契約が取り消されたときのいずれを意味するのか、「当事者の知らない事由」という文言は「成立せず」のみならず「取り消されたとき」にもかかるのではないかという点である。そこで、旧債務が消滅しない場合についての同条の規定内容を明確化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。

（参考・現行条文）

○（更改前の債務が消滅しない場合）

民法第517条 更改によって生じた債務が、不法な原因のため又は当事者の知らない事由によって成立せず又は取り消されたときは、更改前の債務は、消滅しない。

（補足説明）

旧債務が消滅しない場合に関する民法第517条については、文言に不明確なところがあり、条文からはその要件を読み取りにくいと指摘されている。

まず、「当事者の知らない事由」という文言は、解釈上、債権者の知らない事由のみを意味するとされている。これは、当事者の知っていた事由による場合に旧債務が消滅する根拠が、債権者の債権放棄の意思に求められるため、専ら債権者の知・不知のみが問題になると考えられるからである。また、「更改によって生じた債務が」「取り消されたとき」という要件は、更改によって生じた債務が取り消された場合をいうのか、それとも更改契約が取り消された場合を意味するのかについては、その区別の意味も含めて対立がある。

さらに、「当事者の知らない事由によって」という文言は「成立せず」という要件のみを限定しているのか、「取り消されたとき」という要件をも限定しているのかという点については、学説が分かれている。

民法第517条の規定の見直しに当たっては、以上を踏まえ、新債務が成立せず、又は「更改によって生じた債務が」取り消されたことにより、旧債務が消滅しない場合について、その規定内容を明確化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)

○フランス

○フランス民法

フランス民法 1281 条 (更改の絶対的効力)

- (1) 債権者と連帯債務者の一人との間で行われた更改は、共同債務者を解放する。
- (2) 主たる債務者に対して行われる更改は、保証人を解放する。
- (3) ただし、債権者が第一の場合に共同債務者の随伴を、又は第二の場合に保証人の随伴を要求した場合に、共同債務者又は保証人が新たな取決めに随伴することを拒否する場合には、旧債権が存続する。

○カタラ草案

カタラ草案 1271 条

旧債務の消滅は、それを対象とする担保を含め、そのすべての従たるものに及ぶ。ただし、担保が、すべての利害関係人の同意によって、明示的に留保されていたまたは留保されている場合を除く。

カタラ草案 1272 条

債権者と連帯共同債務者の一人との間で行われた更改は、他の共同債務者を解放する。

カタラ草案 1273 条

この場合、旧債権を担保する物的担保は、新たな負債を締結する者の財産についてのみ、留保することができる。ただし、そのような共同債務者との間の反対の合意がある場合を除く。

第 4 免除及び混同

1 総論

免除に関しては、債権者の単独行為とされている点を見直すかどうかを検討する必要があると考えられるが(後記 2 参照)、混同に関しては、現在のところ、特に見直しをすべきという具体的な改正提言が見受けられない。免除及び混同の在り方について全面的に見直す場合には、どのような点に留意する必要があるか。

(参考・現行条文)

○ (免除)

民法第 519 条 債権者が債務者に対して債務を免除する意思を表示したときは、その債権は、消滅する。

○ (混同)

民法第 520 条 債権及び債務が同一人に帰属したときは、その債権は、消滅する。ただし、その債権が第三者の権利の目的であるときは、この限りでない。

2 免除の規定の見直し（民法第519条）

現行法上、免除は、債権者の一方的意思表示により、債務者の関与なく、債権の消滅という効果が発生するということが認められている。しかし、債務者の意思に反する場合でも、免除が認められるという現行法の規定の在り方に対しては、債務を履行することについて、債務者に利益があるような場合には、債務者の関与なく免除することが認められると、債務者の利益が一方的に奪われることになってしまうという問題があると指摘されている。また、現行民法上、第三者の弁済（同法第474条第2項）や債務者の交替による更改（同法第514条ただし書）に関する規定において、債務者の利益になる行為であっても、債務者の意思を尊重するとされているが、債権者の一方的な意思表示により免除ができるとする現行法の規律は、これらの規定と一貫しないと批判がされている。

そこで、債務者の意思に反する場合には免除が認められないこととする方向で、免除の規定を改めるべきという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

（補足説明）

1 問題の所在

現行法上、免除は、債権者の一方的意思表示によって、債務者の関与なく、債権が消滅するという効果の発生が認められている。このように債務者の関与なく免除が認められる現行制度については、以下のような指摘がされている。

まず、債務を履行することについて、債務者にも利益がある場合が想定され、この場合に、債権者の免除の意思表示のみによって債務の免除が認められると、債務者の利益が一方的に奪われる事態が生ずる可能性があるという指摘がされている。例えば、贈与契約に基づきある特定物を引き渡す債務を負っている贈与者にとって、当該特定物の保管のために場所の確保等の費用が発生する場合には、当該特定物を引き渡すことに利益があると考えられる。このような場合に、債務者である贈与者の意思に反する免除が認められると、贈与者は引き続き保管費用等を負担しなければならなくなるという不利益を被る可能性がある。このほか、債務を履行することに対する債務者の利益は、債務の内容が、芸術的なパフォーマンスをはじめ、物の引渡しではなく行為である場合には、一層、容易に想定できる。

また、現行民法上、第三者の弁済（民法第474条第2項）や債務者の交替による更改（民法第514条ただし書）は、いずれも、債務者の利益になると考えられる行為であるにもかかわらず、債務者の意思を尊重するという考え方から、債務者の意思に反して、第三者が債務を弁済することや、債務者の交替による更改をすることは認められないとされているところ、債権者の一方的な意思表示により免除ができるとする現行法の規律は、これらの他の規定の考え方と一貫しないという指摘がある。

これらの指摘を踏まえて、債務者の意思に反して、免除により債権を消滅させることができないようにするために、免除の効果発生に債務者の意思を反映させる方向で、免除の規定を改めるべきという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

2 債務者の意思を反映させる仕組みの在り方

免除の効果発生に、債務者の意思を反映させる仕組みとしては、以下のような考え方があり得る。

【A案】免除を契約として構成し、債権者と債務者との合意が必要であるとする
考え方

【B案】免除を単独行為として構成するが、債権者の免除の意思表示に対して、債務者が異議を述べた場合には、遡及的に免除の効果が発生しなくなるとする
考え方

【A案】は、免除を契約として構成し、債務者との合意がなければ、債権が消滅しないことにより、債務者の意思を反映させるという考え方である。比較法的にも、免除を契約と構成するものが多いということが指摘されている（後記（比較法）の項目参照）。【A案】に対しては、合意を必要とすると、現行法に比して、債務者との合意を成立させるための費用や手間がかかるため、債権者にとっては負担が増すという批判があり得る。そこで、【A案】からは、債権者の免除の意思表示に対して、相当期間内に債務者が異議を述べない場合には、免除の合意が成立したものとみなすという規定を置くという考え方が併せて提示されており、このように免除の合意を柔軟に認めるための工夫についても検討する必要がある。

【B案】は、債権者の単独の意思表示によって債権の消滅という効果が発生するが、債務者がこれに対する異議を述べた場合には、意思表示の時にさかのぼって当該債権消滅の効果が発生しなかったこととすることにより、債務者の意思を反映させようとするものである。【B案】を採る場合には、免除に関する法律関係の安定を図るために、債務者の異議は一定の期間内に述べなければならないとする規定を設けることを、併せて検討する必要がある。

(比較法)

○ドイツ

ドイツ民法 397 条 (免除契約、消極的債務承認)

(1) 債権者が契約により債務者に対し債務を免除したときは、債権債務関係は消滅する。

(2) 債権者が債務者との契約により債権債務関係が存在しないことを承認したときも、同様とする。

○フランス

○フランス民法

免除の方法については、条文上明確に表現されていないが、合意によって行うもの

とされており、判例においても、債権者の承諾によって免除の効力が生じるとされている (Req., 29 mars 1938, DP 1939, I, 5)。また、この合意は、黙示のものであってもよいとされる (Req., 16 août 1881, DP 1882, I, 477)。この点に関し、カタラ草案においては、以上の規律について明文の規定を置くことが提案されている (カタラ草案 1237 条)。

○カタラ草案

カタラ草案 1237 条

負債の免除は、債権者が債務者の明示または黙示の承諾をもって債務者をその債務から解放する旨の合意である。

○ユニドロワ国際商事契約原則

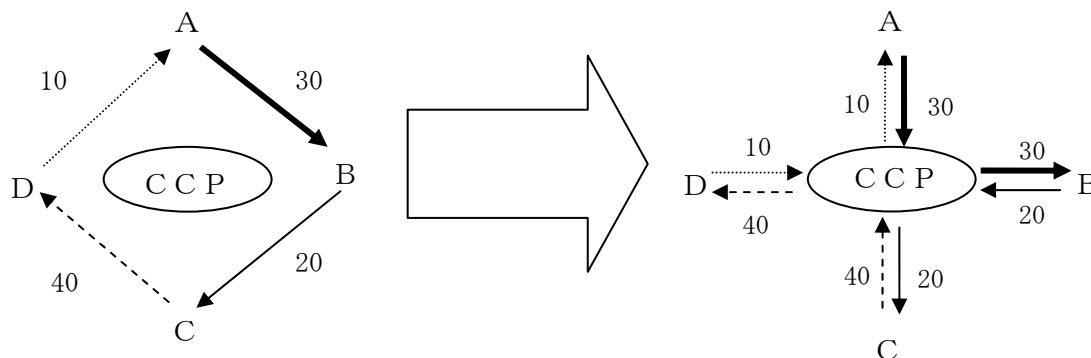
第 5. 1. 9 条 (合意による放棄)

- (1) 債権者は、債務者との合意によってその権利を放棄することができる。
- (2) 無償での権利放棄の申込みは、債務者がそれを知ったのち遅滞なくその申込みを拒絶しなかったときは承諾されたものとみなす。

第 5 決済手法の高度化・複雑化への民法上の対応の要否 (多数当事者間の決済に関する問題について)

(前注) 現在の取引実務では、決済の果たす役割の重要性が高まっているところ、決済手法は高度に発展し、複雑化しており、現行民法の制定時には想定されていなかったような手法による決済が数多く行われている。このような決済手法の高度化・複雑化を踏まえて、決済の安定性を高める観点からの民法上の対応として、①流動性預金口座への振込みによる決済や、②集中決済機関 (セントラル・カウンター・パーティー (CCP)) を介在させた決済に関する法律関係について、明文の規定を設けるべきであるという考え方が具体的に提示されている。そこで、これらの具体的な提言のうち、債務の消滅を伴う法律概念を提案している②を、この部会資料で取り上げることとする (①については、別の機会に取り上げることを検討する)。

実務上、多数の当事者間における債権債務の決済を、集中決済機関 (CCP) を介在させて行うことがある。この決済の過程においては、取引参加者 A B 間の債権が、A の CCP に対する債権と CCP の B に対する債権とに置き換えられる (下図参照) ところ、この置き換えにかかる法律関係を明解に説明するのに適した法的概念が現行法には存在しないという問題が指摘されている。そこで、決済の安定性を更に高める等の観点から、このような法律関係を明解に説明するための法的概念を民法に設け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。



(補足説明)

1 集中決済機関（CCP）を介在させた決済手法とは

実務上、膨大な数の債権債務が相互に発生する関係にある多数の当事者間においては、その債権債務の決済を、集中決済機関（CCP）を介在させて行うことがある。これを簡略に説明すると、次のとおりである。

(ア) 集中決済取引への参加者（取引参加者）A Bの間に発生したAのBに対する債権を、AのCCPに対する債権とCCPのBに対する債権とに置き換える（上図のうちA、B及びCCPの間の太い矢印の部分）。

(イ) 取引参加者BCの間におけるBのCに対する債権、同じくCのDに対する債権、同じくDのAに対する債権についても、(ア)と同様の操作をする（上図の残りの部分）。

(ウ) 取引参加者ABCDの各自とCCPとの間の債権債務を差引計算した上、なお残った債権債務（例えば、AのCCPに対する残額20の債権）のみを清算する。

このような決済手法は、取引参加者相互の間に発生する多数の債権債務を取引参加者とCCPとの間の債権債務に置き換えた上で、取引参加者とCCPとの間の債権債務を差引計算することにより、①決済を簡易化してコストを削減するという簡易決済機能と、②債権債務を差引計算するとともに、CCPが取引参加者の間に介在して当該差引計算後の決済尻の履行を保証することにより、他の取引参加者の倒産等による債務不履行の危険を軽減するという担保的機能を果たしていると言われている。

このような決済手法を採用している代表的な例としては、国債の決済（株式会社日本国債清算機関³をCCPとする。）、株式等の決済（株式会社日本証券クリアリング機構又は株式会社ほふりクリアリング⁴をCCPとする。）、内国為替円決済（社団法人東京銀行協会⁵をCCPとする。）等が挙げられる。さらに、現在では、これらのような大規模な金融取引における決済に限られず、異なる交通機関で相互乗り入

³ 金融商品取引清算機関（金融商品取引法第2条第29項）

⁴ 金融商品取引清算機関（金融商品取引法第2条第29項）

⁵ 資金決済に関する法律における資金清算業に係る経過措置の対象（資金決済に関する法律附則第15条第1項）

れの乗車料金の決済や、グループ企業間で相互に有する債権債務を差引計算して、その差額を清算する場合（例えば、キャッシュ・マネジメント・システムにおいて、このような決済手法が採られる場合があるとされる。）においても、CCPを介在させた決済が行われることがある等、その活用領域は広がっているとされている。

2 問題の所在

CCPを介在させた決済は、前記1の(ア)から(ウ)までのプロセスで行われることになるが、このうち(ア)(イ)における債権債務の置き換えの部分の法律関係については、これを明解に説明するのに適した法的概念が現行法には存在しないという指摘がされている。具体的には、以下のとおりである。なお、以下の記述では、前記1の(ア)の設例（AのBに対する債権をCCPとの間の債権債務に置き換える。）を用いる。

上記の債権債務の置き換えについて、例えば、BのAに対する債務をCCPが免責的債務引受をするとともに、CCPがBに対して同内容の新たな債権を取得するという説明がされることがあるところ、このような説明に対しては、①債務引受と債権取得が法的に別個のものとして構成されるため、債務引受の面に法的瑕疵があった場合に、債権取得の面にどのような影響があるかが明らかではない、②CCPによる債権取得について、債権の発生原因の説明が必ずしも十分に明瞭になっていないという指摘がされている。

また、上記②については、CCPがBの債務を引き受けるとともに、Bに対して債務引受の対価としての債権を取得すると構成されることがある（金融商品取引法第156条の11の2第1項、資金決済に関する法律第73条第2項参照）。この構成に対しては、債権額相当の対価債務を発生させる債務引受というものが一般的には観念しにくく、技巧的に過ぎるという指摘もある。

さらに、③CCPへの債権債務の置き換えについてどのような法律構成を採ったとしても、例えば、置き換えの対象となるAのBに対する債権が、第三者に譲渡されたり差押えがされたりした場合には、一定の混乱が生ずるおそれがあることや、④CCPが取得する債権について不履行があると、取引参加者とCCPとの間の債権債務の置き換えの合意そのものが解除される可能性があるが、合意そのものが解除されると、既に完了した決済をやり直さなければならなくなるため、決済の安定性が害されるおそれがあるという指摘もある。これらの理由から、決済の安定性を更に高めるために、CCPを介在させた決済の手法と、債権譲渡や差押えとの関係を、立法により明確にすることが望ましいという指摘がある。

3 具体的な方向性

以上のような指摘を踏まえて、CCPを介在させた決済手法における法律関係を明解に説明し、決済の安定性を更に高めるための法的概念を設けるべきであるという考え方が提示されている。

この考え方の概略を記述すると、次のとおりである。

- (a) A、B及びXの三者間においてされる、AがBに対して将来取得する一定の債権（対象債権）が、XのBに対する債権及びXのAに対する債務（Xの債権・債

- 務)に置き換えられる旨の合意を,独立のカテゴリーの合意として法的に認知し,固有の名称を与える(具体的には,「一人計算」という名称が提案されている。)
- (b) 実際に対象債権が生じたときは,(a)の合意に基づき,対象債権が消滅してXの債権・債務が発生する。
 - (c) 第三者の取引安全を確保するため,登記を効力発生要件とし,登記の完了後対象債権の発生前にAがした債権譲渡その他の処分は,効力を否定されるものとする。
 - (d) 対象債権の差押えや仮差押えは,対象債権が発生した時に,Xの債務に対する差押えや仮差押えに移行する。当該差押えの効力が及ぶXの債務を受働債権とする相殺については,民法第511条の規律が適用されるものとする。
 - (e) 対象債権についてのBのAに対する一切の抗弁はXに対抗することができない旨の当事者間の特約を,許容する。また,Xの債権をBが履行しない場合にも,対象債権の消滅の効果には影響しない。

以上の考え方は,CCPを介在させた決済という特定の取引形態を念頭に置くものではあるが,しかし,あくまでも当該決済を構成する一つのユニットである三者間の関係(A,B及びXの関係)において,対象債権が消滅することに着目して法的概念を提供しようとするものであり(特殊な更改とも言える。),それゆえに,この規定は民法に置くべきであると主張されている。

以上の点について,どのように考えるか。