

いわゆる事実上の優先弁済に関し、代位債権者への金銭の交付を認めただうえで、一定の待機期間を経て代位債権者に相殺を認める考え方

規律のイメージ

- 1 (代位) 債権者は、代位される債務者の権利が金銭の支払又はその他の動産の交付を内容とするときは、債務者に対する支払又は交付に代えて、自己に対してその支払又は交付をするよう求めることができる。
- 2 債権者は、前項の規定により金銭その他の動産の交付を受けたときは、その物（金銭にあっては同額の金銭）を債務者に返還しなければならない。
- 3 債権者は、次の各号のいずれかに該当する場合を除き、前項の規定による返還債務と債務者に対する債権とを相殺することができない。

一 《債務名義等を有する債権者による相殺》

債権者が相殺の対象とする債権につき【執行力のある】債務名義または先取特権【／担保権】を有している場合において、債権者が金銭の交付を受けた時から2週間【1ヶ月／3週間】を経過したとき。ただし、この期間が経過する前に前項の規定による返還債務につき差押え【又は仮差押えの執行】がされたときは、この限りではない。【※差押え（等）がされたが取り下げ等があったときは差押え（等）がされなかった場合に該当することを明示することも考えられる。】

二 《債務名義等を有しない債権者による相殺》

債権者が前号に規定する【執行力のある】債務名義および先取特権【／担保権】を有しない場合において、債権者が金銭の交付を受けた時から1年【6ヶ月／2年】を経過したとき。ただし、この期間が経過する前に前項の規定による返還債務につき差押え【又は仮差押えの執行】がされたときは、この限りではない。【※差押え（等）がされたが取り下げ等があったときは差押え（等）がされなかった場合に該当することを明示することも考えられる。】

- 【4 前項の規定は、債権者と債務者との間の合意である相殺または債務者からする相殺の意思表示を妨げない。】

趣旨

金銭その他の動産について代位債権者への直接交付を認めること（1項）、その場合、交付を受けた債権者は債務者に対して返還（金銭の場合は同額の支払）債務を負うこと（2項）を明らかにしたうえで、その返還債務と自己の債務者に対する債権とを相殺できることを

定める（3項）。

債務者の協力が得られる場合には、それによればよく、債務者からする相殺の意思表示や債務者との間で合意により相殺をすることは妨げられない（4項）。

問題は、債務者の協力がなく、その意味で債務者の意思にかかわらず強制的に債権の回収を債権者代位権の行使によって図る点である。これは、債権の保全という制度趣旨を超え、なにより、民事執行法を潜脱するものと考えられるため、それを実現する相殺は禁止されるべきである。

しかし、強制執行による場合、その後どのようなことが行われるかを考えると、代位債権者自身が自らを第三債務者とする債務者の債権について差押えをし、差押命令の送達から1週間を経て取立権を取得し（民執155条1項）、自らに対する取り立てを行うが、ここで行われる実質は相殺ないし充当である。そうだとすれば、強制執行の費用・労力をかけることなく、強制執行において図られている他の債権者・権利者の権利行使の機会の確保と債務名義等に示される基礎となる債権者の権利の確定とに配慮がされるならば、相殺を認めてよいのではないかと考えられる。このような考慮から、執行力ある債務名義等、債権について強制執行や担保権の実行を開始しうる要件が具備されているときは、一定の待機期間を経ることで他の債権者への配慮を満たすものとして、相殺を認める規律が構想される（3項1号）。なお、代位債権者が待機期間中に強制執行の手続を経ることは何ら妨げられないし、また、この規律の提唱がそれを抑制的に考える立場によっているわけではない。むしろ回収をより確実にしようとする代位債権者は強制執行の手続を経ればよいという考え方に基づいている。

そして、この趣旨は、たとえ債務名義等が存在しなくとも、一定の時の経過があり、それによって代位債権者の権利の存在ないしその行使が法的にも尊重されるべき状態になった場合にも拡張されるべきと考える。債務名義そのものを取得する費用・労力をかけることなく相殺により債権を回収する利益は、それが代位債権者の金銭受領後、比較的、長期間が経過し、かつ、この間、他の債権者・権利者の権利行使が全くなされなかったケースであるならば法的に保護されてよい。この場合、形成された事実状態は法的にも尊重されるべきであり、敢えて一定期間後の紛争の蒸返しを招く必要はないと考える（3項2号）。

※債務名義等を有しない債権者による一定期間経過後の相殺を認めること（3項2号）については提案者の間で見解は一致していない。

若干の注釈

1) 4項の必要性について

債務者からの相殺や債務者との合意による相殺が許容されるという規律は確認的なものである。特に、合意による相殺について、債権者が関与するためにこれまで否定されるのではないかとという疑義に対応する点に意味があると考えられる。

2) 債務者による返還請求について (3項各号ただし書関係)

債務者には、事前の通知など権利行使のための配慮がされている。待機期間中に債務者自身による請求がされた場合、それによって相殺が封じられると考えるべきではないだろう。代位債権者自身が強制執行の手続をとる場合も、債務者からの返還請求には債権者は応じなければならない(返還債務の債務者なので)が、応じないで差押えをすることは妨げられない(有効な差押えとなる)と解され、それとの対比からも、この扱いは裏打ちされるものとする。

3) 債務名義等の要求について (3項1号関係)

強制執行の潜脱であり許されるべきではないと考えられるのは、強制執行の手続において体现される利害関係人特に他の債権者への配慮(第三債務者への配慮の点はこの場合には問題とならないと考えられる)が潜脱されることと、債務名義なき強制執行を許容する点にあると考えられる。そうだとすると、一定の待機期間を設けることで他の債権者の権利行使の機会確保が図られ、また、債務名義(その他強制執行を開始できる要件)がある場合には、債務名義なき強制執行となることの問題は解消されると考えられる。

一定期間については、交付を受けた時から強制執行による回収が終了するまでに通常要する期間を基礎として、他の債権者による権利行使の機会をどこまで確保する必要があるかという観点から決定される。「2週間/1ヶ月/3週間」というのはこの観点からのいくつかの選択肢である(→4))。

強制執行がされたならばどうかという仮定との対比からすると、「債務名義等を得た時または交付を受けた時のいずれか遅い時から【2週間/1ヶ月/3週間】」とすることも考えられる。本案は、そこまでは必要とせず、相殺の段階で債務名義等を備えていればよいとするものである。

4) 債務名義等を有しない場合の特則 (3項2号関係)

この場合にまで相殺の許容の可能性を考える趣旨は、債権者代位権行使が訴訟外でも認められ、実務上も、債権者と第三債務者間において、債権者への金銭交付に関する合意が形成されるケースが存在することを考慮したものである。債権者代位権行使の効果として直接の金銭引渡を認め相殺を許容するこれまでの判例法理が、関係当事者間で形成された紛争解決状態に一定の法的根拠を与えていたという事実を端的に尊重しようという発想である。建築請負契約において請負人が倒産し、行方不明となったような事案において、下請負人に今後の工事を引き続き行わせるための前提として、注文主が請負人に支払うべき代金を下請負人に直接、交付したようなケースをイメージすると分かりやすいと思料される。

この場合、他の債権者の権利行使に対する配慮は当然、必要となり、安易に相殺が認

められるべきではない。原則的に相殺が禁止されることは妥当である。しかし、下請人が受領した金銭について、他の債権者による強制執行手続なされないままに、比較的長期間が経過し、事実上、紛争が解決したようなケースにおいてまで、一律に相殺禁止を貫くことは果たして現実的な妥当性を有するであろうか。代位債権者の債務者に対する金銭返還義務が消滅時効の完成まで存続し続けるということになれば、その後、行方不明となっていた債務者が再び登場し、返還を求めてきた事態を考えると不合理な事態を招くと解される。

そこで、比較的長期間の時の経過により、一定の事実状態が形成された場合に、その事実状態を法的にも承認する根拠として、例外的に一定の要件のもとに代位債権者の相殺を許容することは認めてよいと考えるものである。

5) 待機期間について

債務名義等を有する場合には、当該債権者が差押えの申立てをし、1週間の経過により取立権の付与を受けて取立てを行う（自らが第三債務者であるから即時に完結する）という一連の流れに要する期間との対比で考えると、たとえば2週間とすることが考えられる。他の債権者の機会確保をより重視するならば、3週間、1ヶ月という選択肢が考えられる。

債務名義等を有しない場合には、あくまで一定の事実状態が形成されたことに着目し相殺を許容するものであるから、債務名義等を有する場合に比しても、より長期間の相殺待機期間が必要である。たとえば1年とすることが考えられる。あるいは事実状態の尊重のための期間はより短くてよいと考えるならば、6ヶ月という選択肢もありうる。反対により長い期間が必要と考えるならば、2年という選択肢も考えられる。