

民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(7)

目次

第1	雇用	1
1	報酬に関する規律（労務の履行が途中で終了した場合の報酬請求権）	1
2	期間の定めのある雇用の解除（民法第626条関係）	3
3	期間の定めのない雇用の解約の申入れ（民法第627条関係）	6
第2	寄託	8
1	寄託契約の成立（民法第657条関係）	8
2	受寄者の自己執行義務（民法第658条関係）	12
3	寄託物についての第三者の権利主張（民法第660条関係）	14
4	報酬に関する規律（民法第665条関係）	18
5	寄託物の損傷又は一部滅失の場合における寄託者の損害賠償請求権の短期期間制限...	19
6	寄託者による返還請求（民法第662条関係）	21
7	混合寄託	21
第3	法律行為総則（公序良俗）	23
第4	意思能力	24
第5	債権者代位権	26
1	債権者代位権の要件	26
2	代位行使の範囲	29
3	直接の引渡し等	30
4	相手方の抗弁	31
5	債務者の取立てその他の処分の権限等	32
6	訴えによる債権者代位権の行使	34
7	登記又は登録の請求権を被保全債権とする債権者代位権の行使	35
第6	詐害行為取消権	37
1	受益者に対する詐害行為取消権の要件	37
2	相当の対価を得てした財産の処分行為の特則	40
3	特定の債権者に対する担保の供与等の特則	42
4	過大な代物弁済等の特則	46
5	転得者に対する詐害行為取消権の要件	47

6	詐害行為取消権の行使の方法	49
7	詐害行為の取消しの範囲	52
8	直接の引渡し等	53
9	詐害行為の取消しの効果	55
10	受益者の反対給付及び受益者の債権	57
11	転得者の反対給付及び転得者の債権	60
12	詐害行為取消権の期間の制限	63

第1 雇用

1 報酬に関する規律（労務の履行が途中で終了した場合の報酬請求権）

労務の履行が途中で終了した場合の報酬請求権について、次のような規律を設けるものとする。

- (1) 労務を履行することができなくなったときは、労働者は、既にした履行の割合に応じて報酬を請求することができる。
- (2) 労務を履行することができなくなったことが契約の趣旨に照らして使用者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、労働者は、報酬の請求をすることができる。この場合において、労働者は、自己の債務を免れたことにより利益を得たときは、これを使用者に償還しなければならない。

○中間試案第42、1「報酬に関する規律（労務の履行が途中で終了した場合の報酬請求権）」

- (1) 労働者が労務を途中で履行することができなくなった場合には、労働者は、既にした履行の割合に応じて報酬を請求することができるものとする。
- (2) 労働者が労務を履行することができなくなった場合であっても、それが契約の趣旨に照らして使用者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、労働者は、反対給付を請求することができるものとする。この場合において、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、これを使用者に償還しなければならないものとする。

(注) 上記(1)については、規定を設けないという考え方がある。

(説明)

1 現行の規定及び問題の所在

- (1) 民法は、雇用契約における報酬の支払時期についての規律（民法第624条）を置くものの、労働者が途中で労務を履行することができなくなった場合に労働者が使用者に対して報酬を請求することができるか否かについては、明文の規定を置いていない。

雇用契約は、原則として、労務の履行に対し、その履行の割合に応じて報酬が支払われる契約類型である。そのため、労務の履行が途中で終了した場合であっても、既に労務が履行された部分については、労働者は、その履行した割合に応じて算出される金額を報酬として請求できると考えられている（委任に関する民法第648条第3項参照）。そこで、このような規律を明文化し、労働者が途中で労務を履行することができなくなった場合に関する報酬請求権の帰趨について明確にする必要があると考えられる。

- (2) また、雇用契約においては、労働者が労務を履行しなければ、原則として報酬請求権は具体的に発生しないが（ノーワーク・ノーペイの原則）、労務を履行することができなくなったことが契約の趣旨に照らして使用者の責めに帰すべき事由によるもので

ある場合には、危険負担に関する民法第536条第2項の適用により、労働者は報酬を請求することができると解されている。判例も、同項の適用により、労働者に報酬請求権を認めている（大判大正4年7月31日民録21輯1356頁）。

もっとも、民法第536条第2項は、双務契約の一方の債務が履行不能になった場合に反対債務が消滅しないことを定める規定であるのに対して、雇用契約においては、労働者が労務を履行しない限り労働者の具体的な報酬請求権は発生していないと解すべきであるから、同項は、労務を履行することができなくなった場合の報酬請求権を基礎付ける根拠とはなり難いと考えられる。そこで、使用者の責めに帰すべき事由によって労務を履行することができなくなった場合については、同項に基づく従前の解釈論の実質を維持しつつ、同項とは別に、報酬の請求権の発生根拠となる規定を新たに設ける必要があると考えられる。

2 改正の内容

(1) 素案(1)について

素案(1)は、労働者が途中で労務を履行することができなくなった場合における労働者の報酬請求権について、異論のない解釈を明文化するものである。

期間の定めのない雇用契約については、どのような場合が「労務を履行することができなくなった場合」に当たるかという点が問題となる。雇用契約における報酬の定め方としては、①一連の労務全体に対して報酬を定める方法と②期間をもって報酬を定める方法とがあると理解されている。このうち①では、労務の全部を履行する前に解雇や退職等によって契約が終了した場合又は労務の履行が不能になった場合が、②では、報酬期間の途中で解雇・退職等によって契約が終了した場合又は労務の履行が不能になった場合が、それぞれ「労務を履行することができなくなった場合」に該当すると考えられる。

また、「既にした履行の割合」とは、①の場合には約定の労務全体に対する履行した労務の割合を意味し、②の場合には約定の期間に対する履行した期間の割合を意味する。したがって、労働者が請求することができる報酬の額は、①の場合には労務全体のうち既に履行した労務の割合を報酬額に乗じて算出し、②の場合には日割り計算等によって算出することとなると考えられる。

なお、素案(1)は任意規定を設けるという趣旨であり、当事者間に異なる合意がある場合には、労務を履行していない部分について先に報酬を支払う旨の合意を妨げるものではない。また、素案(1)は、当事者の意思が明確でない場合に履行割合に応じて報酬が支払われることを明らかにするものであるから、雇用契約において、労務の提供の結果としてもたらされる成果に対して報酬が支払われるとの約定（成果完成型）をすることも妨げられない。もっとも、委任契約では、成果完成型の約定をする場合が少なくない想定されるのに対し、雇用契約においては成果完成型の約定をすることは実際上それほど多くなく、これを条文上明らかにする必要性は必ずしも高くないと考えられる。そこで、雇用については、成果完成型の報酬の約定に関する規定を設けることはしていない。

このような規律を設けることに対しては、賞与の支給日在籍要件の有効性を認めた

判例（最判昭和57年10月7日集民137号297頁）に影響を及ぼす可能性があるとの懸念が示されている。しかし、そもそも賞与の支給日在籍要件の有効性は一般的抽象的に論じ得るものではなく、当該労使関係における慣行等の具体的事実関係に基づいて個別に判断されるべきものであり、上記判例も、一般的には雇用の報酬に素案(1)の規律が妥当することを前提に、当該事案における具体的な事実関係に基づいて支給日在籍要件を定めた就業規則を有効と判断したものと考えられる。したがって、素案(1)の規律を設けることにより、賞与の支給日在籍要件に関する上記判例の解釈に影響が及ぶものではないといえる。

(2) 素案(2)について

素案(2)は、契約の趣旨に照らして労務を履行することができなくなったのが使用者の責めに帰すべき事由による場合について、実質的に民法第536条第2項の規律を維持しつつ、同項とは別に、報酬請求権の発生根拠となる規定を設けるものである。

素案(2)前段により労働者が請求することができる報酬は、労務を履行することができなかった期間に対する報酬となると解される（大判大正4年7月31日民録21輯1356頁）。そして、具体的な報酬請求権の発生時期は、労務を履行することができなくなった事由が発生した時ではなく、本来の報酬の支払時期であると考えられる。

素案(2)後段により、労働者は、使用者の責めに帰すべき事由によって労務を履行することができなかった場合に、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、その利益を使用者に償還しなければならない。例えば、違法な解雇による就労拒絶の期間中に労働者が他の使用者の下で働いて得た収入は、副業的なものを除き、解雇がなくても当然に取得し得るものであること等の特段の事情がない限り「利益」に含まれ、使用者に償還すべきものと考えられる。

なお、労働基準法第26条は、使用者の責めに帰すべき事由による休業の場合に、使用者は労働者にその平均賃金の100分の60以上の手当を支払わなければならないとしている。同条の「使用者の責めに帰すべき事由」とは、民法第536条第2項の「債権者の責めに帰すべき事由」よりも広く、「使用者側に起因する経営、管理上の障害を含む」と解されている（最判昭和62年7月17日民集41巻5号1283頁・ノースウエスト航空事件）。また、労働基準法第26条の「休業」には、違法な解雇による就労拒絶も含まれると解されている。したがって、休業の原因が「債権者の責めに帰すべき事由」に該当する場合には、民法第536条第2項と労働基準法第26条の適用が競合することになるが、同条の趣旨は使用者の帰責事由による休業の場合に使用者の負担において労働者の生活を平均賃金の6割の限度で保障する点にあることから、労働者が使用者に償還すべき利益は労働者の平均賃金の4割にとどめられると解される（最判昭和37年7月20日裁判集民事61号737頁）。素案(2)は、民法第536条第2項に基づく従前の解釈論の実質を維持するものであることから、これらの判例の解釈に影響を及ぼすものではないと考えられる。

2 期間の定めのある雇用の解除（民法第626条関係）

民法第626条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 雇用の期間が5年を超え、又はその終期が不確定であるときは、当事者の一方は、5年を経過した後、いつでも契約を解除することができる。
- (2) 上記(1)により契約の解除をしようとするときは、2週間前にその予告をしなければならない。

○中間試案第42、2「期間の定めのある雇用の解除（民法第626条関係）」
民法第626条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 期間の定めのある雇用において、5年を超える期間を定めたときは、当事者の一方は、5年を経過した後、いつでも契約を解除することができるものとする。
- (2) 上記(1)により契約の解除をしようとするときは、2週間前にその予告をしなければならないものとする。

(説明)

1 現行の規定及び問題の所在

(1) 素案(1)について

ア 民法第626条は、5年を超える期間の定めのある雇用契約は、5年の経過後に当事者の一方がいつでも解除することができるとしている。同条は、長期の雇用契約が労働者の自由を束縛してその品位を傷つけるという人身の自由の保護の観点と、労務の価格の変動により労使双方に経済上の不利益を生ずるという経済上の観点から、長期の雇用契約による弊害を防止する趣旨で設けられたものと理解されている。

現在では、労働基準法によって、期間の定めのある労働契約を締結する場合の期間の上限は原則として3年（特例に該当すれば5年）とされている（同法第14条第1項）。この規定は、長期の契約期間の定めによる人身拘束の弊害に鑑み、契約による拘束期間を民法よりも短期に定めたものと説明されており、同項所定の期間を超える有期契約を締結した場合にはその期間に縮減され（同法第13条）、その期間を過ぎた後も労働関係が継続されたときは黙示の更新（民法第629条第1項）により期間の定めのない労働契約となると理解されている（労働基準法第14条第1項の期間の上限が1年とされていた平成15年同法改正前の判例として、札幌高判昭和56年7月16日労民集32巻3・4号502頁・旭川大学事件、東京地判平成2年5月18日労判563号24頁・読売日本交響楽団事件）。そうすると、同項が適用される雇用契約については、民法第626条が適用される余地がなく、同条の存在意義は失われているといえることから、これを削除すべきであるとする意見もある。もっとも、「一定の事業の完了に必要な期間を定める」雇用契約（労働基準法第14条第1項）及び同法の適用が除外される家事使用人等（同法第116条第2項）には同法第14条第1項は適用されず、5年を超える期間の定めも効力を有することから、民法第626条第1項が適用され得ると解されている。したがって、このような契約において5年を超える期間が定められた場合には、当事者は5年を経過した後はいつでも3か月前に予告することにより契約を解除することができる

ことになる。

このように、民法第626条は、労働基準法第14条第1項により適用場面が限定されているものの、同項の適用が除外される契約などについて、長期にわたる契約の拘束から労働者を保護するという存在意義をなお有していることから、民法第626条を削除することには問題があると考えられる。

イ 中間試案においては、民法第626条第1項本文のうち、「雇用が当事者の一方若しくは第三者の終身の間継続すべきとき」という文言について、このような雇用契約は当事者をあまりに長期間拘束する不合理なものであり、公序良俗に反し当初より無効と判断されるべき場合があり得ることから、そのような雇用契約の効力を認めるかのような規律を維持すべきでないとして、この文言を削除するとの提案がされていた。もっとも、極めて高齢な者の存命中という趣旨で本人やその家族が家事使用人を雇う場合のように、当事者の一方や第三者の終身の間の雇用契約が必ずしも公序良俗に反し当初より無効であるとまではいえない場合もあり得るように思われる。上記の文言を単に削除するのみでは、当事者がこのような契約を締結した場合に民法第626条が適用されず、長期にわたる契約の拘束から労働者を保護するという同条の趣旨を達成することができない場合が生ずるおそれがある。他方で、「当事者の一方若しくは第三者の終身の間継続すべき」雇用契約が公序良俗に反する無効なものと判断されるべき場合もあり得ると考えられる以上、上記の文言を維持することも適切とはいえない。

そもそも民法第626条第1項本文が「雇用が当事者の一方若しくは第三者の終身の間継続すべき」契約について規律を設けているのは、このような契約が長期にわたり当事者を拘束するおそれが高く、5年を超える期間の定めのある雇用契約と同様に労働者を保護する必要があるためであると解される。この趣旨は、「当事者の一方若しくは第三者の終身の間継続すべき」雇用契約に限らず、雇用期間の終期が不確定である場合にも同様にあてはまると考えられる。

そこで、「雇用が当事者の一方若しくは第三者の終身の間継続すべきもの」との文言を削除した上で、これに代えて、雇用期間の終期が不確定である場合について、当事者は5年の経過後いつでも契約を解除することができることにすることが考えられる。

ウ 民法第626条第1項ただし書は、「商工業の見習を目的とする雇用」について、10年を経過した後はいつでも解約することができるとしている。これは、立法当時において、この種の契約は慣習上雇用期間が10年にわたるものが少なくなかったことを理由とするものである。しかし、現代においては、長期間の雇用になじむ業種は必ずしも商工業の見習に限られるものではなく、また、商工業の見習に必要な雇用期間も業種によって異なり得ることから、「商工業の見習を目的とする雇用」についてのみ他の雇用と異なる取扱いをすることに合理性があるとはいえない。また、「商工業の見習を目的とする雇用」は、全て労働基準法の適用を受けると解されており、同法第14条第1項により、雇用期間の上限は原則として3年（特例により5年）となる。そうすると、現在では「商工業の見習を目的とする雇用」に民法

第626条が適用される余地はないと考えられる。

そこで、民法第626条第1項ただし書は、削除するのが相当である。

(2) 素案(2)について

民法第626条第2項は、5年を超える期間の定めのある雇用契約について、5年の経過後に契約の解除をする場合には、3か月前に解除の予告をしなければならないと定めている。もっとも、既に述べたとおり、現在では労働基準法第14条第1項があることにより、5年を超える期間の定めが効力を有する雇用契約は「一定の事業の完了に必要な期間を定める」もの（同項）及び同法が適用されないもの（同法第116条第2項）のみであり、民法第626条第2項が適用され得る場面はかなり限定されている。

民法第626条第2項に対しては、労働者からの辞職の申入れの予告期間として3か月を要するのは長すぎて不当であるとの指摘がされている。同条第1項が5年を超える期間の定めのある雇用契約につき、5年の経過後はいつでも解除することができるとしているのは、拘束期間の上限を5年とし、以後は期間の定めのない雇用契約と同様に取り扱う趣旨であると考えられる。そうすると、5年の経過後は、期間の定めのない雇用契約に関する同法第627条第1項の規律と同様に、予告期間を2週間とするのが合理的であると考えられる。

2 改正の内容

素案(1)は、民法第626条第1項本文の「雇用が当事者の一方若しくは第三者の終身の間継続すべきもの」との文言を削除し、これに代えて雇用期間の終期が不確定である場合について当事者が5年の経過後いつでも契約を解除することができることとし、また、同項ただし書が職業別の取扱いを規定している点で合理性に疑問がある上、労働基準法第14条第1項により現在では適用の余地がなくなっていることから、民法第626条第1項ただし書を削除するものである。

素案(2)は、民法第626条第2項の規律を改め、解除の予告をすべき時期を2週間前とするものである。これは、現在の3か月前という期間は長すぎて不当であるという考えに基づき、解除の予告期間について同法第627条第1項と整合的な期間とするものである。

3 期間の定めのない雇用の解約の申入れ（民法第627条関係）

民法第627条第2項及び第3項を削除するものとする。

○中間試案第42、3「期間の定めのない雇用の解約の申入れ（民法第627条関係）」
民法第627条第2項及び第3項を削除するものとする。

(説明)

1 現行の規定及び問題の所在

(1) 民法第627条第1項は、期間の定めのない雇用の解約について、各当事者はいつ

でも解約の申入れをすることができ、解約の申入れから2週間を経過することによって契約が終了すると定めている。もっとも、期間によって報酬を定めた場合には、当期の前半に次期以後についての解約の申入れをする必要があり（同条第2項）、6か月以上の期間によって報酬を定めた場合には、3か月前に解約の申入れをしなければならないとされている（同条第3項）。この規定が報酬の期間に着目して解約の申入れの期間を定めているのは、期間によって報酬を定めた場合には、報酬を定める期間が雇用の継続を保障する期間としての意味を有することを前提としていると理解されている。

- (2) 労働基準法第20条は、使用者による労働者の解雇について、少なくとも30日前に解雇予告をするか、又は解雇予告手当の支払をしなければならないと定めている。これは、突然の解雇が労働者の生活に大きな影響を与えるため、次の職を探すための猶予期間、あるいは、その原資となる手当を労働者に与えるための特則を設けたものとされている。

労働基準法第20条の解雇予告制度と民法第627条第2項及び第3項との関係について、通説によれば、労働基準法第20条の適用がある場合には民法第627条第2項及び第3項の適用が排除されると解されている。したがって、労働基準法の適用がある契約については、使用者による労働者の解雇に民法第627条第2項及び第3項が適用される余地はないということになる。

- (3) これに対し、期間によって報酬を定めた雇用契約における労働者から使用者に対する解約の申入れ及び労働基準法の適用がない雇用契約における使用者から労働者に対する解約の申入れには、民法第627条第2項及び第3項が適用されることになる。もっとも、労働基準法の適用がある契約において、使用者からの解約申入れが同法第20条により30日前でよいのに対し、労働者からの解約申入れが民法第627条第3項により3か月前でなければならないのは不合理である。また、同条第2項及び第3項が主として労働者の保護を目的とした規定であることからすれば、労働者から使用者に対する辞職の申入れにこれらの規定を適用する必要性はないと考えられる。そこで、同条第2項及び第3項は削除し、一律に同条第1項を適用すべきであると考えられる。

なお、上記の考え方を採った場合には、労働基準法の適用がない雇用契約における使用者から労働者に対する解約申入れの期間についても現状より短期化することとなるが、民法第627条はもともと労働者と使用者の解約権を区別していないことから、それを維持するのが合理的であると考えられる。

- (4) 上記のとおり、民法第627条第2項及び第3項は、労働基準法第20条の存在によって適用場面が限定されている上、労働者から使用者に対する解約の申入れについて民法第627条第2項及び第3項を適用することに合理性が認められないことから、これを削除すべきである。

2 改正の内容

素案は、上記を踏まえ、民法第627条第2項及び第3項を削除するものである。

これにより、労働基準法の適用がある雇用契約では、使用者からの解約については同

法20条が、労働者からの解約については民法第627条第1項が適用され、労働基準法の適用がない雇用契約では、使用者からの解約と労働者からの解約のいずれについても同項が適用されることになる。

第2 寄託

1 寄託契約の成立（民法第657条関係）

民法第657条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 寄託は、当事者の一方が相手方のためにある物を保管することとともに、保管した物を〔契約が終了したときに〕相手方に返還することを約し、相手方がこれを承諾することによって、その効力を生ずる。
- (2) 有償の寄託の寄託者は、受寄者が寄託物を受け取るまでは、契約の解除をすることができる。この場合において、受寄者に損害が生じたときは、寄託者は、その損害を賠償しなければならない。
- (3) 無償の寄託の当事者は、受寄者が寄託物を受け取るまでは、契約の解除をすることができる。ただし、書面による無償の寄託の受寄者については、この限りでない。
- (4) 有償の寄託又は書面による無償の寄託の受寄者は、寄託物を受け取るべき時期を経過したにもかかわらず、寄託者が寄託物を引き渡さない場合において、受寄者が相当の期間を定めてその引渡しの催告をし、その期間内にその引渡しがないときは、契約の解除をすることができる。

○中間試案第43、1(1)「寄託契約の成立（民法第657条関係）」

民法第657条の規律を次のように改めるものとする。

ア 寄託は、当事者の一方が相手方のためにある物を保管することとともに、保管した物を相手方に返還することを約し、相手方がこれを承諾することによって、その効力を生ずるものとする。

イ 有償の寄託の寄託者は、受寄者が寄託物を受け取るまでは、契約の解除をすることができるものとする。この場合において、受寄者に損害が生じたときは、寄託者は、その損害を賠償しなければならないものとする。

ウ 無償の寄託の当事者は、受寄者が寄託物を受け取るまでは、契約の解除をすることができるものとする。ただし、書面による無償の寄託の受寄者は、受寄者が寄託物を受け取る前であっても、契約の解除をすることができないものとする。

エ 有償の寄託又は書面による無償の寄託の受寄者は、寄託物を受け取るべき時期を経過したにもかかわらず、寄託者が寄託物を引き渡さない場合において、受寄者が相当の期間を定めて寄託物の引渡しを催告し、その期間内に引渡しがないときは、受寄者は、契約の解除をすることができるものとする。

(注) 上記エについては、規定を設けないという考え方がある。

(説明)

1 素案(1)について

(1) 現状及び問題の所在

寄託は、受寄者が寄託者のために寄託物を受け取ることによって初めて成立する要物契約であるとされている(民法第657条)。寄託が要物契約とされたのは、ローマ法以来の沿革に由来するものであって、今日では合理的な理由は見出せないと言われている。このため、通説は、契約自由の原則から、諾成的な寄託契約の効力を認めている。また、実務上も、倉庫寄託契約を中心に、諾成的な寄託契約が広く用いられていることから、寄託を要物契約とする民法の規定は、取引の実態とも合致していないとも指摘されている。

このように取引実務と条文との間に齟齬が生じているので、寄託を諾成契約とする方向で規定を改めることが必要である。

(2) 改正の内容

素案(1)は、寄託契約を諾成契約として改める趣旨で、民法第657条を改めるものである。

諾成契約としての寄託は、基本的に寄託者と受寄者との合意のみによって契約が成立する。そして、寄託の諾成契約化に伴って、受寄者は寄託物の保管義務に加えて、寄託物の引受義務を負うことになるが、寄託物の保管義務を負う合意をすることによって、引受義務を負うことは含意されていると言えるので、引受義務に係る合意については冒頭規定に明記しないこととしている。

さらに、中間試案では、受寄者が寄託契約の内容として寄託物の返還義務を負うという理解に基づき、寄託者と受寄者との間でその旨の合意をすることが契約の成立要件であることを明示することとしていた。寄託における寄託物返還債務は、受寄者の基本的な債務の一つであるので、これを明示することが必要であるという理由に基づくものであるが、その際には、受寄者の負担する寄託物返還債務が、寄託契約の存続中に生ずるという考え方(寄託物を全て返還して初めて寄託契約が終了するという考え方。以下「A案」という。)と寄託契約の終了後に生ずるという考え方(寄託物は寄託契約の終了後に返還するという考え方。以下「B案」という。)のいずれを採るかという点が問題となる。そして、中間試案はこの点についてA案を採ることを前提としていたが、パブリック・コメントの手續においては、B案を採るべきであるとして、中間試案に反対する意見があった。両案の違いは以下の点で生ずる。A案は、民法第662条等の現行法の条文と整合的な考え方と言えるが、債務不履行解除をする場合には、契約終了後に寄託物の返還を請求していると言わざるを得ないので、一貫した説明をすることができないとの批判があり得る。他方、B案は、契約終了と寄託物の返還について一貫した説明をすることができるものの、寄託物の返還請求による契約の終了から寄託物の返還までの間の保管の対価相当額の請求根拠を損害賠償責任と説明することになるため、この点に異論があり得るように思われる。また、B案を採る場合には、例えば、民法第662条について、寄託者がいつでも寄託契約を解除することができる旨の規定に改めるなど、寄託物の返還に関する規律を契約の終了時を定

めるものに改正する必要が生ずることになる。

しかし、そもそも寄託契約の成立に必要な合意の内容として、受寄者が寄託物の返還義務を負うことについての合意を条文上明記することの要否自体も、再検討する必要があるようにも思われる。この点は、寄託を諾成契約として改めることに伴って新たに生ずる問題ではないことに加え、改正の内容について上記のA案とB案という考え方の対立があることなどを考慮すると、これを明記せずに現状を維持すること（C案）も有力な選択肢であると考えられる。もっとも、この場合には、目的物の引渡しと返還を契約の要素とする点において寄託と類似する契約類型である賃貸借や使用貸借については、契約が終了した後に目的物を返還する契約であることを明らかにする案が提示されており（賃貸借について部会資料69A第4、1、使用貸借について部会資料70A第5、1）、これらの契約における整理との整合性が問題となり得る。

以上の考慮に基づき、素案(1)では、寄託物の返還に関する合意の要否についてブラケットを付しているが、この点について、どのように考えるか。

2 素案(2)について

(1) 現状及び問題の所在

寄託を諾成契約として規定する方向で見直す場合には、寄託物の受取前の当事者間の法律関係を整理する必要がある。

上記のとおり、現在でも諾成的な寄託契約は有効であると解されているが、これについては、寄託者が寄託物の引渡義務を負わないという点に異論は見られない。これは、寄託の利益は寄託者にあると解されることから、寄託者において寄託する必要がなくなった場合にまで、寄託させる義務を負わせるべきではないからであるとされる。

そして、諾成的寄託契約の寄託者は、寄託物の引渡義務を負わないのみでなく、民法第662条の趣旨から、寄託物の引渡前には契約を自由に解除することができる。この解除権を認めなければ、寄託者は引渡義務を負わないものの、寄託を望まないにもかかわらず、契約が存続し続けることとなってしまうからである。もっとも、この場合にも、寄託者は無条件で解除をすることができるわけではなく、受寄者に損害が生ずる場合には賠償しなければならないと考えられている。

他方、有償寄託の受寄者については、諾成的な寄託契約に基づき寄託物の引受義務を負うため、契約締結後、寄託物の引渡しまでの間に、寄託を解除することはできないと考えられている（ただし、素案(4)参照）。

以上のような解釈については異論が見られないところであるから、規定を設けることによって、明確化することが望ましい。

(2) 改正の内容

素案(2)は、寄託を諾成契約に改めることに伴い、有償寄託における寄託物受取前の法律関係について、寄託者が自由に寄託を解除することができるとともに、これによって受寄者に生じた損害を寄託者が賠償しなければならない旨の規律を設けている。寄託は寄託者のためにされる契約であることから、寄託者が契約締結後に寄託することを望まなくなった場合には契約関係を存続させる必要はなく（民法第662条参照）、受寄者に生じた損害があればそれを賠償することで足りると考えられるからである。

素案(2)のただし書によって寄託者が賠償しなければならない損害の具体的な内容は、契約が解除されなければ受寄者が得たと認められる利益から、受寄者が債務を免れることによって得た利益を控除したものになると考えられる。従来は、有償寄託についても、保管期間の定めがあっても、寄託者はいつでも返還請求をすることができることが前提であり(民法第662条)、特約がない限り、保管期間全部の報酬を支払う必要はないという考え方も有力に主張されていた。しかし、民法第136条第2項や同法第641条の解釈等との整合性を考慮すると、原則としては、上記のような損害の賠償請求をすることができるように考えるほうが妥当であり、契約の趣旨に照らして、期間の途中で契約が解除されても保管期間に応じた報酬以上の金額を請求することができないという合意があったと解される場合には、上記の損害を請求することができないと考えればよいと思われる。

他方、素案(2)によれば、有償寄託の受寄者は、契約締結後は寄託物の引渡前であっても解除することができない。これは、従来の一般的な理解を明文化したものである。もっとも、これには、素案(4)の要件を充足する場合の例外がある。

3 素案(3)について

(1) 現状及び問題の所在

現行法の下で諾成的な寄託契約が有効であることを認める考え方の中にも、無償寄託については諾成的な契約の効力を認めないとする考え方がある。他方、諾成的無償寄託を広く認めた上で、書面によって無償寄託が成立した場合でない限り、寄託物の受取前における受寄者は、任意の解除権を有するという考え方も有力である。いずれも、無償寄託は好意的契約であることから、契約に強い拘束力を認めるべきではないという問題意識に基づくものである。

このように、寄託契約を諾成契約として改めるとしても、無償寄託については、受寄者の保護を図る観点からその拘束力を有償寄託よりも緩和することに、概ね異論は見られないように思われるので、そのことを明らかにする規定を設ける必要がある。

(2) 改正の内容

素案(3)は、無償寄託についても諾成契約の効力を認めた上で、寄託物の引渡し前であれば、寄託者と受寄者の双方が契約を解除することができるとしつつ、民法第550条を参照し、書面による無償寄託については受寄者の解除権を制限している。これは、契約自由の原則から、無償寄託であっても諾成契約の効力を否定する必要はないと考えられる一方で、受寄者にも解除権を与えることによって、受寄者の保護を図るものである。もっとも、書面による場合には、軽率に無償寄託がされることを防止し、受寄者の意思を明確化することによって後日の紛争の防止を図ることができるので、受寄者に解除権を認めないこととした。これは、使用貸借を諾成契約化する場合における規律(部会資料70A第5、1参照)との整合性も考慮したものである。

4 素案(4)について

(1) 現状及び問題の所在

諾成的な有償寄託において受寄者に寄託物の受取前の解除権が認められるかについては、従来、否定的な考え方が多かったところであるが、この場合に受寄者に解除権

を認めないとすると、寄託者が寄託物を引き渡さず、解除もしない場合に、受寄者がいつまでも契約に拘束されることになるという問題があると指摘されている。また、この指摘は、このたたき台のように、無償寄託を諾成契約化した上で、書面による無償寄託について受寄者の解除権を否定する場合には、書面による無償寄託にも同様に妥当することになる。

(2) 改正の内容

素案(4)は、この問題への対応として、有償寄託と書面による無償寄託の受寄者に寄託物の受取前の解除権を認めるものである。これは、寄託者に引渡義務があるかどうかを問わないで、債務不履行解除と同様の要件の下で受寄者に法定の解除権を与える趣旨である。

2 受寄者の自己執行義務（民法第658条関係）

(1) 民法第658条第1項の規律を次のように改めるものとする。

ア 受寄者は、寄託者の承諾を得なければ、寄託物を使用することができない。

イ 受寄者は、寄託者の承諾を得たとき又はやむを得ない事由があるときでなければ、寄託物を第三者に保管させることができない。

(2) 民法第658条第2項の規律を次のように改めるものとする。

再受寄者は、寄託者に対し、その権限の範囲内において、受寄者と同一の権利を有し、義務を負う。

○中間試案第43、2「受寄者の自己執行義務（民法第658条関係）」

(1) 民法第658条第1項の規律を次のように改めるものとする。

ア 受寄者は、寄託者の承諾を得なければ、寄託物を使用することができないものとする。

イ 受寄者は、寄託者の承諾を得たとき、又はやむを得ない事由があるときでなければ、寄託物を第三者に保管させることができないものとする。

(2) 民法第658条第2項の規律を次のように改めるものとする。

再受寄者は、寄託者に対し、その権限の範囲内において、受寄者と同一の権利を有し、義務を負うものとする。

(注) 上記(1)イについては、「寄託者の承諾を得たとき、又は再受寄者を選任することが契約の趣旨に照らして相当であると認められるとき」でなければ、寄託物を第三者に保管させることができないものとするという考え方がある。

(説明)

1 素案(1)について

(1) 現状及び問題の所在

民法第658条第1項は、受寄者の自己執行義務を定めるとともに、その例外として、寄託者の承諾を得た場合に、再寄託を行うことを認めている。受寄者が自己執行

義務を負う理由は、寄託契約が、寄託者の受寄者に対する属人的な信頼を基礎とすることに基づくとされる。このため、例外として再寄託をすることができるのは、寄託者の承諾を得た場合に限定されている。しかし、これでは、再寄託をする必要があるにもかかわらず、寄託者の承諾を得ることが困難な事情がある場合にも、再寄託をすることができないことになるため、適当ではないという批判がある。実務的には、個別に寄託者の承諾を得ることが困難である場合が想定されることから、「やむを得ない事由があるとき」には寄託者の承諾がなくても再寄託が認められる旨の規定を契約において設ける実例があると指摘されている（標準倉庫寄託約款第18条参照）。また、寄託と同様に人的信頼関係を基礎とする契約とされる委任において、委任者の承諾がない場合であっても、「やむを得ない事由があるとき」に復委任が認められると考えられている（民法第104条参照）ことと整合的でなく、寄託が属人的な信頼関係を基礎とする契約であるとしても、契約の相手方が承諾した場合以外に再寄託を認めることに問題はないとの指摘がある。上記の指摘等を踏まえ、学説では、寄託についても、解釈によって、「やむを得ない事由があるとき」に再寄託ができるとすべきであるとする見解が有力に主張されている。

以上のような状況を踏まえ、再寄託をすることができる場合を拡張する方向で民法第658条第1項を改めることが必要である。

(2) 改正の内容

素案(1)イは、上記の問題の所在を踏まえて、寄託者の承諾を得なくても、やむを得ない事由があるときには、再寄託をすることができることとして、民法第658条第1項を改めている。これは、現在の契約実務や有力な学説において再寄託が認められる場合を参照したほか、復委任をすることができる要件（部会資料72A第2、1）との整合性を考慮し、再寄託の要件を拡張することとしたものである。

素案(1)アは、受寄者の承諾がなければ寄託物を使用してはならないという民法第658条第1項の規律を維持するものである。

2 素案(2)について

(1) 現状及び問題の所在

民法第658条第2項は、復代理に関する同法第105条を準用し、適法に再寄託がされた場合における受寄者の責任を軽減している。しかし、この規定については、第三者が寄託物を保管するということを寄託者が承諾しただけで、受寄者の責任が再受寄者の選任及び監督に限定される結果となるのは不当であるとの批判のほか、再受寄者が履行を補助する第三者なのだから、債務不履行に関する一般ルールが適用されるべきであり、これと異なるルールを設ける合理性が認められないとの批判がある。また、寄託者の承諾がない場合にも一定の要件の下で再寄託を許容することを前提とすると（前記(1)イ）、緩和された再寄託の要件を充足することにより寄託者の承諾を得ないで適法に再寄託がされた場合について、受寄者の責任が限定されることを正当化することはより一層困難であると指摘されている。

また、民法第105条自体について、今般の改正において削除することが提案されているところ（部会資料66A第2、3参照）、寄託についてのみ現在の規律を維持す

ることを正当化することは困難であるようにも思われる。

以上のように、民法第658条第2項については、同法第105条を準用することの当否が問題となる。

(2) 改正の内容

素案(2)は、民法第658条第2項における同法第105条を準用する部分を削除し、再寄託がされた場合における受寄者の責任について、履行を補助する第三者の行為に基づき責任に関する一般原則に委ねることとしている。

なお、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中には、寄託者の再受寄者に対する直接請求権を認めないこととするために、民法第107条第2項を準用している部分をも削除すべきであるという意見があった。この意見は、再受寄者に直接請求権を認める必要性や合理性に乏しいという点を根拠とするものである。しかし、直接請求権が認められていることによって具体的な弊害が生じ得るとの指摘は特に見られなかったことや、復委任についても直接請求権を認める考え方が提示されていること（部会資料72A第2、1）との整合性を考慮し、この点については現状を維持することとした。

3 寄託物についての第三者の権利主張（民法第660条関係）

民法第660条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 寄託物について権利を主張する第三者が受寄者に対して訴えを提起し、又は差押え、仮差押え若しくは仮処分をしたときは、受寄者は、遅滞なくその事実を寄託者に通知しなければならない。ただし、寄託者が既にこれを知っているときは、この限りでない。
- (2) 第三者が寄託物について権利を主張する場合であっても、受寄者は、寄託者の指図がない限り、寄託者に対し寄託物を返還しなければならない。ただし、受寄者が上記(1)の通知をした場合又は上記(1)ただし書によりその通知を要しない場合において、その第三者が所有権を有することが確定判決によって確認されたとき又はその第三者による占有回収の訴えに係る請求を認容する判決が確定したときは、その第三者に寄託物を引き渡し、それによって寄託者に損害が生じたときであっても、その賠償の責任を負わない。
- (3) 受寄者は、上記(2)により寄託者に対して寄託物を返還しなければならない場合には、寄託者に寄託物を引き渡し、それによって第三者に損害が生じたときであっても、その賠償の責任を負わない。

○中間試案第43、4「寄託物についての第三者の権利主張（民法第660条関係）」
民法第660条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 寄託物について権利を主張する第三者が受寄者に対して訴えを提起し、又は差押え、仮差押え若しくは仮処分をしたときは、受寄者は、遅滞なくその事実を寄託者に通知しなければならないものとする。ただし、寄託者が既にこれを知っているときは、この限りでないものとする。

- (2) 受寄者は、寄託物について権利を主張する第三者に対して、寄託者が主張することのできる権利を援用することができるものとする。
- (3) 第三者が寄託物について権利を主張する場合であっても、受寄者は、寄託者の指図がない限り、寄託者に対し寄託物を返還しなければならないものとする。ただし、受寄者が上記(1)の通知をし、又はその通知を要しない場合において、その第三者が受寄者に対して寄託物の引渡しを強制することができるときは、その第三者に寄託物を引き渡すことによって、寄託物を寄託者に返還することができることについての責任を負わないものとする。
- (4) 受寄者は、上記(3)により寄託者に対して寄託物を返還しなければならない場合には、寄託物について権利を主張する第三者に対し、寄託物の引渡しを拒絶したことによる責任を負わないものとする。
- (注) 上記(3)及び(4)については、規定を設けない(解釈に委ねる)という考え方があ

(説明)

1 素案(1)について

(1) 現状

受寄者は、寄託契約に基づき、寄託者に対して寄託物を返還すべき義務を負っており、寄託物について所有権を主張する寄託者以外の第三者から当該寄託物の返還請求を受けた場合には、当該第三者が寄託物の真の所有者であったとしても、強制執行等により強制的に占有を奪われる場合でない限り、当該第三者に任意に寄託物を引き渡してはならないと考えられている。このような理解を前提として、民法第660条は、第三者が受寄者に対して訴えの提起又は差押え、仮差押え若しくは仮処分を行ったことにより、受寄者が強制的に占有を失うおそれがある場合に、寄託者に自らの権利を防御する機会を保障する趣旨で、受寄者に対して通知義務を課した規定であると説明されている。

(2) 問題の所在

民法第660条によれば、寄託物について権利を主張する第三者が受寄者に対して訴えの提起や差押え等をしたことを寄託者が知っていたときであっても、受寄者は寄託者に対して通知をしなければならないことになる。しかし、上記のような規定の趣旨に照らせば、訴えの提起や差押え等の事実を知っていれば、寄託者は自らの権利を防御することが可能であるから、あえて受寄者に通知義務を課す必要性は高くないと指摘されている。

加えて、民法第660条と類似する規定である同法第615条は、通知義務が生ずる原因となっている事実を賃貸人が知っていた場合には、賃借人は通知する義務を負わないと規定している。起草者は、賃貸借では、第三者が賃借人だけでなく賃貸人に対しても権利を主張すると考えられるのに対して、寄託の場合はそのように考えられないということを理由として、規律に違いを設けたと説明しているが、現在では、このような説明の合理性が疑問視され、寄託についても、寄託者が訴えの提起等の事実

を知っていた場合には、受寄者は通知義務を負わないという解釈が有力に主張されている。

(3) 改正の内容

素案(1)は、上記の問題の所在を踏まえ、民法第660条に、受寄者が通知義務を負う事由が生じたことを寄託者が知っていた場合には、受寄者が通知義務を負わない旨の規律を付け加えるものである。

2 素案(2)(3)について

(1) 現状及び問題の所在

受寄者は、寄託契約に基づき、寄託者に対して寄託物を返還すべき義務を負っている。このため、寄託物について所有権を主張する寄託者以外の第三者から当該寄託物の返還請求を受けた場合であっても、当該第三者が寄託物の真の所有者であるか否かを問わず、強制執行等により強制的に占有を奪われるのでない限り、当該第三者に任意に寄託物を引き渡してはならないと考えられている。

ところで、民法の起草時には、民法第660条の規定と併せて、寄託物の返還の相手方に関する規律として、受寄者の寄託者に対する返還義務が免除される場合についての規定を置くことが提案されていたが、この規律は解釈から導くことが可能であるとして、最終的に削除され、同条の通知義務だけが規定されることとなった。しかし、例えば、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立法(平成16年改正)に至る審議過程では、真の所有者から受寄者に対して寄託物の返還請求があった場合に、受寄者はその返還請求に応ずるべきかという点について、見解が分かれたという経緯があり、そのことも踏まえ、占有代理人を保護する観点から同法第3条第2項が設けられたと説明されている。このことに照らしても、寄託物の返還の相手方に関する規律については、これを解釈によって安定的に導くことができるとは言い難い。寄託においては、寄託者が所有権を有するとは限らない以上、寄託者以外の第三者が所有権を主張して、受寄者に対して返還請求をすることは想定されるところであり、寄託物の返還の相手方に関する規律は、実務的にも重要な問題となり、判例(最判昭和42年11月17日判時509号63頁)は、寄託者が寄託物の所有権を有しない場合に、受寄者が第三者に対して寄託物を任意に引き渡した事案において、寄託者は受寄者に対して、寄託物の価格相当額について損害賠償請求をすることができるとしている。

(2) 改正の内容

ア 素案(2)について

以上のような問題意識を踏まえて、素案(2)は、寄託者の受寄者に対する寄託物の返還請求権について、どのような場合に受寄者が寄託者への寄託物の返還義務を免れるかを明らかにするものである。

素案(2)では、「①第三者が所有権を有することが確定判決によって確認されたとき又は②その第三者による占有回収の訴えに係る請求を認容する判決が確定したとき」を要件としている。①は、所有権に基づく引渡しを請求した場合のほか、所有権の確認訴訟を提起した場合を含むが、現実に確認の利益がある場合は想定し難い

ように思われる。また、①は第三者に対する寄託物の引渡しをしても寄託者に対して責任を負わない場合として典型的に想定される場合を規定するものであるが、裁判上の和解や請求の認諾がされた場合のように、確定判決と同一の効力を有する行為があった場合においても、同様に解されるべきであると考えられる。裁判上の和解をした場合等を含めるとすると、確定判決がある場合に限定するのに比して、寄託者にとっては、寄託物の返還を受けることができない場合が広く解されることになる。しかし、民法第660条が受寄者に寄託者に対する通知義務を課するのは、寄託者に対して、訴訟に関与するなど自らの権利を主張する機会を与える必要があるという趣旨に基づくものであることからすると、同条に基づく通知がされたこと（又はその必要がないこと）を要件とすれば、寄託者の権利主張の機会は確保されていたといえる。そこで、素案(2)では、受寄者が寄託者以外の第三者に寄託物を返還することができるためには、同条の規律に従って受寄者が寄託者に対して通知をしていたことを必要としている。この考え方は、受寄者にとっては、客観的な基準によって寄託物の返還の相手方を判断することができるという利点があり、パブリック・コメントの検討にも、これを評価する意見が寄せられている。また、一定の要件のもとに第三者に対して寄託物を引き渡すことができる場合が認められたとしても、受寄者に善管注意義務違反があるのであれば、寄託者はそれによって被った損害の賠償を求めることも可能であるから、それほど不都合はないと考えられる。もっとも、裁判上の和解等の確定判決と同一の効力を有する行為がされた場合が含まれることは、あえて明記する必要性が高くないと考えられることに加え、同様の表現を用いる不動産登記法第74条第1項第2号についても、確定判決と同一の効力を有する行為があった場合を含むと解されていることから、解釈に委ねることで問題がないと考えられる。

②は、第三者が所有者である場合以外にも、質権者である場合（民法第353条）などに、寄託者以外の者に対する返還を認めるべき場合があるということを考慮したものである。

中間試案では、①②の場合のほか、強制執行により寄託物を債権者に引き渡す場合も含める趣旨であるとしていたが、この場合に寄託者に対する寄託物の返還債務が履行不能となり、これについて受寄者に責めに帰すべき事由がないことは明らかであって、あえて規定する必要はないと考えられることから、ここでは受寄者が任意に寄託物を第三者に引き渡しても損害賠償責任を負わない場面があることを明確にする趣旨で、①②のみを規定することとした。

イ 素案(3)について

素案(3)は、素案(2)により寄託者に対して寄託物を返還しなければならない場合には、受寄者が寄託者に対して寄託物を返還し、その引渡しによって第三者に損害が生じたときであっても、その責任を負わないとするものである。受寄者に対して権利を主張してきた第三者が真の権利者であったにもかかわらず、受寄者が寄託物を寄託者に返還したときは、受寄者は第三者に対して損害賠償責任を負い、これを寄託者に対して求償する（民法第665条、第650条第3項）ことによって処理

することも考えられるが、むしろ、寄託者と第三者との間の寄託物をめぐる紛争に受寄者が巻き込まれないようにするのが妥当である。このような問題意識から、素案(3)は、受寄者が寄託者に返還したことによって第三者に生じた損害については、第三者が寄託者に対して直接請求することによって解決することを意図するものである。

なお、この規律は、受寄者が寄託物を保管していたことによって第三者に生じた損害についての責任まで免責するものではない。素案(2)が、寄託物の返還の相手方を定める規律であることからすると、返還に伴い生ずる責任以外の責任を免責する根拠に乏しいことや、寄託者と受寄者との間の契約で、第三者からの権利主張があった場合に関する返還時期の約定を設けることなどによって、受寄者は第三者に対して責任を負うことを回避することが可能であると考えられるからである。

- 3 以上のほか、中間試案では、受寄者は、寄託物について権利を主張する第三者に対して、寄託者が主張することのできる権利を援用することができる旨の規定を設ける旨の考え方が取り上げられていた。しかし、この考え方に対しては、部会での審議においても、受寄者に抗弁を援用する義務を課すことにつながるのではないかという懸念が示されたほか、實際上どのような場面において機能するのか疑問を呈する意見もあった。そこで、このたたき台では、この考え方は取り上げないこととした。

4 報酬に関する規律（民法第665条関係）

受寄者の報酬に関して、民法第665条の規律を維持し、受任者の報酬に関する規律（部会資料72A第2、2）を準用するものとする。

○中間試案第43、6「報酬に関する規律（民法第665条関係）」

受寄者の報酬に関して、民法第665条の規律を維持し、受任者の報酬に関する規律（前記第41、4）を準用するものとする。

（説明）

1 現状及び問題の所在

有償の寄託契約の報酬については、民法第665条によって委任契約の報酬に関する規定（同法第648条）が準用されている。寄託が委任の規定を準用しているのは、寄託と委任が共通する性格を有することを理由とすると説明されている。ところで、委任契約の報酬に関する規律については、①成果完成型と履行割合型のそれぞれについて、報酬の支払時期に関する規律を設ける方向で同条第2項を改めること（部会資料72A第2、2(1)）、②委任事務の全部又は一部の処理が不能となった場合の報酬請求権に関する新たな規定を設けること（部会資料72A第2、2(2)）とされている。そこで、委任に関する上記の改正を前提として、寄託の報酬に関する規定を同様に改めることの要否が問題となる。

2 改正の内容

素案では、委任契約の報酬に関する規律に従い、寄託契約の報酬に関する規律を改め

ることとしている。これは、寄託契約の報酬に関する規律を委任契約のそれと異にするべきでないという考え方に特に異論が見られないことを考慮したものである。素案によると、寄託契約の報酬に関する規律は具体的に以下ようになる。

(1) 報酬の支払時期

委任契約に関しては、報酬の方式として成果完成型と履行割合型があることを前提として、委任契約の報酬の支払時期に関する規定を設けることとされており、これを踏まえた場合に寄託契約における報酬の方式がどのように決せられるかという点が問題となる。この点について、通説は、寄託契約の報酬は履行割合型であるが、保管期間の定めが受寄者の特別な利益をも保証する趣旨である寄託契約は、本来の返還の時期まで寄託を継続して報酬全額の支払義務を負う合意があったもの（第662条が排除される。）と解している。すなわち、寄託契約については、基本的に履行割合型の規律に従って報酬の支払時期が決せられることになる。もっとも、一定の期間保管するという成果に対して報酬を支払う合意があり得ないわけではないと考えられることから、報酬の支払時期に関する委任の規律（部会資料72A第2、2(1)）は、そのまま寄託契約に準用することとしている。

ところで、報酬の支払時期に関する寄託契約に特有の問題として、寄託物の返還時に未払の報酬支払債務がある場合に、報酬支払債務と寄託物返還債務とが同時履行の関係に立つかという点が指摘されている。この点については、寄託の報酬が保管の対価であり、返還の対価ではないことから、報酬の支払と寄託物の返還が同時履行の関係にあることを否定する見解が主張されているが、判例（大判明治36年10月31日民録9輯1204頁）は、両者が同時履行の関係に立つことを認めている。このたたき台は、この点についての現在の判例の考え方を改めようとするものではない。

(2) 寄託物の保管の全部又は一部が不能となった場合の報酬請求権

委任契約に関しては、委任事務の全部又は一部の処理が不能となった場合の報酬請求権について、委任事務の一部を処理することができなくなった場合（部会資料72A第2、2(2)ア）と、契約の趣旨に照らして委任者の責めに帰すべき事由によって委任事務の全部又は一部を処理することができなくなった場合（同(2)イ）に分けて規律を設けることとされている。これらの規律は、寄託契約において保管の全部又は一部が不能となった場合にも同様に妥当すると考えられる。もっとも、委任事務を処理したことによる成果に対して報酬を支払うことを定めた場合（同(2)ア後段）に対応する場面は、寄託においては想定しにくいと、あり得ないわけではないと考えられることから、これも含めて、委任の規律を寄託契約に準用することとしている。

5 寄託物の損傷又は一部滅失の場合における寄託者の損害賠償請求権の短期期間制限

寄託物の損傷又は一部滅失の場合における寄託者の損害賠償請求権の短期期間制限について、以下の規律を設けるものとする。

(1) 返還された寄託物に損傷があった場合又は寄託物の一部が滅失した場合の損害の賠償は、寄託者が寄託物の返還を受けた時から1年以内に請求しなけ

ればならない。

(2) 上記(1)の損害賠償請求権については、寄託者が寄託物の返還を受けた時から1年を経過するまでの間は、消滅時効は、完成しない。

○中間試案第43、7「寄託物の損傷又は一部滅失の場合における寄託者の損害賠償請求権の短期期間制限」

(1) 返還された寄託物に損傷又は一部滅失があった場合の損害の賠償は、寄託者が寄託物の返還を受けた時から1年以内に請求しなければならないものとする。

(2) 上記(1)の損害賠償請求権については、寄託者が寄託物の返還を受けた時から1年を経過するまでの間は、消滅時効は、完成しないものとする。

(説明)

1 現状及び問題の所在

受寄者は、有償寄託と商人の無償寄託の場合には善管注意義務（民法第400条、商法第593条）を、その他の無償寄託の場合には自己の財産に対するのと同じの注意義務（民法第659条）を負っており、これらの義務に違反して、寄託物が損傷し、又は滅失した場合には、債務不履行に基づく損害賠償責任を負うことになる。このような損害賠償責任について、商法には、倉庫営業に関する特則として、同法第625条、第626条等の短期の期間制限が設けられているが、民法上は、特に短期の期間制限は設けられていない。しかし、商法の短期の期間制限の趣旨の一つとして、寄託物の損傷又は滅失が受寄者の保管中に生じたものか否かが不明確なることを避けるという点が挙げられるが、この趣旨は倉庫寄託のみならず、寄託一般に妥当するとの指摘がある。また、賃貸借や使用貸借では、債権債務関係を早期に処理することが望ましいという理由から、賃借人等に対する損害賠償請求権の行使可能期間が1年に制限されている（民法第600条、第621条）が、寄託についても同様の理由が妥当すると考えられる。以上から、寄託物の損傷又は滅失に関する損害賠償請求権の行使期間を制限することが望ましいとの指摘がある。

2 改正の内容

素案(1)及び(2)は、上記のような理由から、寄託物の損傷又は滅失に関する損害賠償請求権の行使期間を制限するための規定を設けるものであるが、その内容として、賃貸借の用法違反を理由とする賃貸人の損害賠償請求権の期間制限に関する規律（部会資料69A第4、14）と同内容の規定を設けるものとしている。

これは、寄託物の損傷又は滅失に関する損害賠償請求権の行使に関する消滅時効の起算点が、受寄者による寄託物の保管中に当該損傷等が生じた時点であると考えられる点に着目すると、特則を設ける必要性が賃貸借と共通することを理由とするものである。

なお、寄託物の一部滅失の場合に限っており、全部滅失の場合を含まないこととしている。これは、全部滅失の場合には寄託物の返還自体が不能となっており、このルールが適用されることが想定されない上に、債権債務関係の早期処理の要請も高くないという考慮に基づくものである。

6 寄託者による返還請求（民法第662条関係）

民法第662条の規律を次のように改めるものとする。

当事者が寄託物の返還の時期を定めたときであっても、寄託者は、いつでもその返還を請求することができる。この場合において、有償の寄託の受寄者に損害が生じたときは、寄託者は、その損害を賠償しなければならない。

○中間試案第43、8「寄託者による返還請求（民法第662条関係）」

民法第662条の規律に付け加えて、有償の寄託について、同条による返還の請求によって受寄者に損害が生じたときは、寄託者は、その損害を賠償しなければならないものとする。

（説明）

1 現状及び問題の所在

民法第662条は、当事者が寄託物の返還の時期を定めたときであっても、寄託者は、いつでもその返還を請求することができるとするが、有償の寄託については、同条に基づく返還請求によって受寄者に生じた損害を賠償しなければならないと考えられている。

2 改正の内容

素案は、有償の寄託について、寄託者が返還を請求することによって受寄者に損害が生じたときには、寄託者がその損害を賠償しなければならないことを定めるものである。その損害の範囲については、前記1(2)と同様に、契約が解除されなければ受任者が得たと認められる利益から、受任者が債務を免れることによって得た利益を控除したものになると考えられる。

7 混合寄託

混合寄託に関して、以下の規律を設けるものとする。

- (1) 複数の者が寄託した物の種類及び品質が同一である場合には、受寄者は、各寄託者の承諾を得たときに限り、これらを混合して保管することができる。
- (2) 上記(1)に基づき受寄者が複数の寄託者からの寄託物を混合して保管したときは、各寄託者は、その寄託した数量の物の返還を請求することができる。
- (3) 上記(1)に基づき受寄者が複数の寄託者からの寄託物を混合して保管した場合において、寄託物の一部が滅失したときは、各寄託者は、その寄託した物の数量の割合に応じた物の返還を請求することができる。

○中間試案第43、10「混合寄託」

(1) 複数の寄託者からの種類及び品質が同一である寄託物（金銭を除く。）がある場合において、これらを混合して保管するためには、受寄者は、全ての寄託者の承諾を得なければならないものとする。

(2) 上記(1)に基づき受寄者が複数の寄託者からの寄託物を混合して保管したときは、各寄託者は、その寄託した物の数量の割合に応じた物の返還を請求することができるものとする。

(説明)

1 素案(1)について

(1) 現状及び問題の所在

混合寄託（混蔵寄託）とは、受寄者が、寄託を受けた代替性のある寄託物を、他の寄託者から寄託を受けた種類及び品質が同一の寄託物と混合して保管し、寄託されたのと同数量のものを返還する特殊な寄託であると説明されている。混合寄託は、寄託物と同一の物を返還する義務を負わない点で通常の寄託とは異なるものであり、寄託物の処分権を受寄者が取得しない点において消費寄託とも異なる類型であると整理されている。

この混合寄託は、民法に規定はないが、特殊な寄託の類型として解釈上認められており、寄託者の異なる寄託物を混合して保管することによって、寄託物の保管のための場所及び労力の負担を軽減し、寄託の費用の節約にもつながることから、特に倉庫寄託を中心として、実務上利用されていると指摘されている。

混合寄託は、上記のように実務上重要な役割を果たしており、かつ、現行民法の寄託の規定とは異なる規律が適用されるものであるから、法律関係を明確にするために、民法に明文の規定を設けるべきであるという考え方が示されている。また、混合寄託に関する規定を設けることによって、寄託一般及び消費寄託の意義をより明確にすることができるというメリットもあると考えられる。

(2) 改正の内容

素案は、このような考え方を踏まえて、混合寄託に関する明文の規定を設けるものである。

このうち、素案(1)は、混合寄託の要件として全ての寄託者の承諾を得ることが必要であるとするものであり、一般的な理解を明文化するものである。

2 素案(2)(3)について

(1) 現状及び問題の所在

混合寄託では、消費寄託と異なり、寄託物の処分権は受寄者に移転しないが、受寄者が寄託物を混合して保管することから、各寄託者は、各自が寄託した個別の寄託物に対する所有権を失い、寄託物全体についての共有持分権を取得し、その共有持分の割合に応じた数量の物を分離して返還するよう請求することができると考えられている。寄託者が寄託物の所有権を有している場合には、この考え方が妥当であると支持されているものの、寄託者が寄託物の所有権を有しない場合には、寄託者が寄託物の共有持分権を取得することにはならないため、寄託物の共有持分権の取得を混合寄託の効果として規定することは適切ではない。

(2) 改正の内容

素案(2)(3)では、端的に、混合寄託が成立した場合における各寄託者の寄託物返還

請求権に関する規定を設けることとしている。このような規律とすることによって、寄託者が寄託物の所有権を有しない場合についても妥当する寄託物の返還に関するルールを規律することができるという考慮に基づくものである。

素案(2)は、混合寄託された寄託物の返還に関する原則的なルールであり、素案(3)は、寄託物の一部が滅失した場合の残部の返還に関するルールである。素案(2)の規律は、他の寄託者の関与がなくとも、各寄託者が単独で返還請求をすることができることを意味するものであり、これは共有物の分割に関する民法第256条と整合的なルールを設けることを意図するものである。また、素案(3)の規定は、混合寄託がされた寄託物の一部が滅失した場合における複数の寄託者間の法律関係を明確にすることができるという意義がある。例えば、A、B及びCがそれぞれ50ずつの種類物を素案(1)により寄託していた場合に、寄託物のうち90が滅失したときは、各寄託者は、20ずつの返還をすることができるにとどまることになる。

【取り上げなかった論点】

- 中間試案第43、1(2)「寄託者の破産手続開始の決定による解除」

中間試案第43、9「寄託物の受取後における寄託者の破産手続開始の決定」

中間試案では、寄託物の引渡前又は寄託物の引渡後返還前に、寄託者について破産手続開始の決定があった場合に、破産管財人だけでなく、受寄者にも解除権を認める考え方が取り上げられていた。しかし、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中には、受寄者の報酬債権が財団債権として保護されるのであるから、これに加えて受寄者に解除権を認める必要性は乏しいという意見など、規定を設けることに反対する意見は少なくない。

そこで、上記二つの論点は取り上げないこととした。

- 中間試案第43、3「受寄者の保管に関する注意義務（民法第659条関係）」

中間試案では、有償の寄託についての受寄者の保管に関する注意義務として、受寄者が善管注意義務を負う旨の規定を設ける考え方が取り上げられていた。現在は、受寄者の保管に関する注意義務は民法第400条が適用されると考えられているが、中間試案では、同条について「契約の趣旨に適合する方法により、その物を保存しなければならない」として改める考え方が取り上げられていたため、寄託についてはその契約の趣旨を具体化した規律を設けることによって、ルールの明確化を図ろうとしたものである。

しかし、部会資料68A第6、1では、民法第400条について「契約の趣旨に照らして定まる善良な管理者の注意をもって、その物を保存しなければならない」として改める考え方が取り上げられており、中間試案第43、3の規律はこの考え方と文言も重複することになるので、新たに規定を設ける意義が乏しい。

そこで、この論点は取り上げないこととした。

第3 法律行為総則（公序良俗）

民法第90条の規律を次のように改めるものとする。

公の秩序又は善良の風俗に反する法律行為は、無効とする。

○中間試案第1、2「公序良俗（民法第90条関係）」

民法第90条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 公の秩序又は善良の風俗に反する法律行為は、無効とするものとする。
- (2) 相手方の困窮、経験の不足、知識の不足その他の相手方が法律行為をするかどうかを合理的に判断することができない事情があることを利用して、著しく過大な利益を得、又は相手方に著しく過大な不利益を与える法律行為は、無効とするものとする。

(注) 上記(2)（いわゆる暴利行為）について、相手方の窮迫、軽率又は無経験に乗じて著しく過大な利益を獲得する法律行為は無効とする旨の規定を設けるといふ考え方がある。また、規定を設けないという考え方がある。

(説明)

民法第90条によって効力が否定される行為は公序良俗に反する事項を目的とする法律行為とされているが、「事項を目的とする」という文言は、文理からは、法律行為の内容が公序良俗に反する場合を指すとも解し得る。しかし、その後の裁判例においては、公序良俗に反するかどうかは法律行為の内容のみによって判断されるのではなく、法律行為が行われた過程その他の諸事情が考慮されている。このことを条文上も明示するため、素案は、民法第90条のうち「事項を目的とする」という部分を削除し、端的に公序良俗に反する法律行為を無効とする旨の規定に改めるものである。

第4 意思能力

意思能力を有しない者の法律行為は、無効とする。

○中間試案第2「意思能力」

法律行為の当事者が、法律行為の時に、その法律行為をすることの意味を理解する能力を有していなかったときは、その法律行為は、無効とするものとする。

(注1) 意思能力の定義について、「事理弁識能力」とする考え方や、特に定義を設けず、意思能力を欠く状態でされた法律行為を無効とするのみを規定するという考え方がある。

(注2) 意思能力を欠く状態でされた法律行為の効力について、本文の規定に加えて日常生活に関する行為についてはこの限りでない（無効とならない）旨の規定を設けるといふ考え方がある。

(説明)

1 現行の規定

法律行為を有効にするためには、法律行為の当事者がその法律行為を行った結果（法

律行為に基づく権利義務の変動)を理解するに足る精神能力を備えていることが必要である。この能力を意思能力と言い、判例は、意思能力を欠く状態でされた法律行為は無効であるとしている(大判明治38年5月11日民録11輯706頁)。民法には、意思能力に関する一般的な規定は設けられていないが、遺言について、「遺言をする時においてその能力を有しなければならない」旨の規定(同法第963条)、成年被後見人であっても事理弁識能力を一時回復した時には遺言をすることができることを前提とした規定(同法第973条第1項)がある。

民法は、意思能力とは別に、確定的に有効な法律行為をするための能力として、行為能力に関する規定(同法第4条から第21条まで)を設けている。これは、未成年者、成年被後見人、被保佐人、被補助人を制限行為能力者とし(同法第20条)、制限行為能力者の行為を取り消すことができる場合を定めるものである(同法第5条第2項、第9条、第13条第4項、第17条第4項)。意思能力とは別に行為能力に関する規定が設けられたのは、意思能力を欠くことを相手方が知り得ず、トラブルの発生を事前に回避することが困難な場合があること、意思能力を欠く者が意思能力の欠如を事後的に立証して不当な損失を免れることが困難な場合もあることから、立証が容易な取消事由を設けるとともに、相手方も事前に能力の制限の有無を確認することができるようにすることにより、これらの困難を回避しようとしたものである。

以上のように、意思能力と行為能力とは、有効に法律行為をするための能力である点では共通する点があるが、その要件は異なっており、その有無は別個に判断されることになる。

2 問題の所在

意思能力を欠く状態でされた法律行為が無効であることについては判例学説上も争いはないが、民法には意思能力に関する一般的な規定が設けられていないため、一般にはこのルールが分かりにくい状態にある。一方、高齢化社会の進展に伴い、判断能力が減退した高齢者をめぐる財産取引上のトラブルが増加しており、これに伴って、意思能力に関する紛争も年々増加する傾向にある。これに対しては成年後見制度等によって一定の対応を図ることができるが、判断能力の低下した高齢者のすべてにこれらの制度の利用を求めるのは非現実的である。そのため、判断能力が低下した高齢者をめぐる財産取引上のトラブルに対応するための規律として、意思能力に関する規律の重要性が高まっている。そこで、これを明文で規定するのが相当である。

3 改正の内容

素案は、意思能力を有しない者の法律行為は無効とする旨の規定を設けるものである。

意思能力を欠く状態でされた場合に、意思表示ではなく法律行為が無効であるとしているのは、確定的に有効な法律行為をするための能力という点で意思能力と共通する行為能力に関する規定においては、意思表示の効力ではなく、法律行為の効力が問題とされている(民法第5条、第9条、第13条、第17条)ことに倣ったものである。

また、「意思能力を有しない者の法律行為は、無効とする。」という素案の表現は、成年被後見人の法律行為に関する民法第9条が「成年被後見人の法律行為は、取り消すことができる。」と規定していることに倣ったものである。これは、法律行為の当事者は、

その法律行為の時点で意思能力を有していなければならないことを意味する。その法律行為が単独行為であって一つの意思表示からなる場合には、その意思表示をした時点を目指し、契約のように法律行為が複数の意思表示からなる場合には、当事者がその意思表示をした時点を目指す。その結果、その法律行為が成立する時点とは必ずしも一致しない。例えば、契約においては、承諾が到達した時点で契約が成立するが、申込者は申込みをした時点で意思能力を有することが、承諾者は承諾をした時点で意思能力を有することが必要となる（民法第97条第2項参照）。この点は、行為能力に関する規律と同様である。

なお、素案では、意思能力の意義については規定を設けないこととしている。上記明治38年大判は、特に定義することなく「意思能力」という文言を用いており、その後の裁判例等においても「意思能力」という文言は定着していることから、その内容をさらに具体化する必要は乏しいと考えられる。また、理論的には、意思能力の判断に当たって、精神上的障害という生物学的要素と合理的に行為をする能力を欠くという心理学的要素の双方を考慮するか、心理学的要素のみを考慮するかという問題や、判断・弁識の能力だけでなく、自己の行為を支配するのに必要な制御能力を考慮するかどうかという問題について見解が分かれており、意思能力の具体的な内容については、引き続き解釈に委ねるのが相当であると考えられる。なお、法律行為を有効にするために能力が必要であることを規定しつつ、その能力の意義を具体的に規定していないものとして、遺言をするに当たって「その能力」を有しなければならないとのみ規定する民法第963条がある。

第5 債権者代位権

1 債権者代位権の要件

民法第423条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 債権者は、自己の債権を保全するため、債務者に属する権利を行使することができる。ただし、債務者の一身に専属する権利及び差し押さえることができない権利は、この限りでない。
- (2) 債権者は、その債権の期限が到来しない間は、上記(1)の権利を行使することができない。ただし、保存行為は、この限りでない。
- (3) 債権者は、その債権が強制執行により実現することのできないものであるときは、上記(1)の権利を行使することができない。

○中間試案第14、1「責任財産の保全を目的とする債権者代位権」

- (1) 債権者は、自己の債権を保全するため必要があるときは、債務者に属する権利を行使することができるものとする。
- (2) 債権者は、被保全債権の期限が到来しない間は、保存行為を除き、上記(1)の権利の行使をすることができないものとする。
- (3) 次のいずれかに該当する場合には、債権者は、上記(1)の権利の行使をすることができないものとする。

- ア 当該権利が債務者の一身に専属するものである場合
 - イ 当該権利が差押えの禁止されたものである場合
 - ウ 被保全債権が強制執行によって実現することのできないものである場合
- (注) 上記(1)については、債務者の無資力を要件として明記するという考え方があ
る。

(説明)

1 素案(1)について

(1) 現行の規定及び問題の所在

民法第423条第1項は、債権者は自己の債権を保全するため債務者に属する権利を行使することができるとする一方で、債務者の一身に専属する権利については代位行使を許さないとしている。債務者の責任財産に不足を生ずるおそれがある場合に、債権者が債務者の財産管理に干渉してその責任財産を保全することによって、強制執行の準備をすることを認めつつ、債務者の一身に専属する権利については、その行使を債務者の自由な意思に委ねるべきであることから、債権者による代位行使を許さないとする趣旨である。

もっとも、債権者による代位行使が許されないのは、債務者の一身に専属する権利のみではない。債権者代位権は上記のとおり債務者の責任財産を保全して強制執行の準備をするための制度であるから、債務者の責任財産に属さない権利である差し押さえることができない権利（民事執行法第152条、恩給法第11条第3項等参照）についても、代位行使は許されないと解されている。

もっとも、このことは条文上明記されていないため、差し押さえることができない権利については、債務者の一身に専属する権利と異なり、代位行使が許されるという誤解を生じかねない。

(2) 改正の内容

素案(1)は、上記の問題の所在を踏まえ、債務者の一身に専属する権利に加えて、差し押さえることができない権利についても、代位行使が許されない旨を定めるものである。

2 素案(2)について

(1) 現行の規定及び問題の所在

民法第423条第2項は、被保全債権の履行期が到来しない間は、原則として債権者代位権を行使することができないとしている。被保全債権の履行期が到来せず債務不履行に至っていない段階で債務者の財産管理への干渉を認めることには慎重を期すべきであるという趣旨である。他方、同項は、被保全債権の履行期が到来していない場合であっても、裁判上の代位の許可を受ければ、債権者代位権を行使することができる旨を定め、これを受けて、非訟事件手続法第3編第1章（第85条から第91条まで）が、裁判上の代位の許可の手続に関する規定を置いている。

しかし、裁判上の代位の許可の制度は、その利用例が極めて少ない。最高裁判所の調査によれば、平成14年度から平成18年度までに各地の裁判所に係属し、平成1

9年12月21日までに終局した裁判上の代位申立事件は、2件のみであり、いずれも認容されていない。裁判上の代位の許可の制度が利用されていない理由としては、①被保全債権の履行期が到来していなくても、被代位権利の消滅時効を中断するための債権者代位権の行使など、その代位行使が保存行為に該当するものであるときは、裁判上の代位の許可を受けずに債権者代位権を行使することができること（民法第423条第2項ただし書）、②保存行為に該当しない場合であっても、民事保全（仮差押え）の制度を利用すれば、被保全債権の履行期が到来していなくても、債務者の責任財産を保全することができること（民事保全法第20条第2項）などが挙げられる。起草者は、被保全債権の履行期が到来する前に債権者がみだりに債務者の財産管理に干渉することを防ぐために、履行期の到来していない債権を被保全債権とする代位行使は原則として許されないとしつつ、例外的に裁判上の代位の許可の制度と保存行為に関する規定を設けた旨の説明をしているが、その後の利用状況に鑑みれば、裁判上の代位の許可の制度を存置しておく必要性は乏しいと考えられる。

公刊されている裁判例で裁判上の代位に関する判示をしたものとしては、宮崎地判昭和40年3月26日下民集16巻3号492頁、名古屋地判昭和58年3月7日判タ506号136頁があるが、これらはいずれもいわゆる転用型の債権者代位権（後記7参照）に関するものである。すなわち、農地の買主が、農地法上の許可を取得する前に、売主の前主に対する農地法上の許可申請手続協力請求権や登記請求権を代位行使した事案において、裁判所は、買主が裁判上の代位の許可を取得していなかったが、その代位訴訟の判決の中で裁判上の代位の許可の要件を認定し、代位行使の請求を認容した。もっとも、いわゆる転用型の債権者代位権（責任財産の保全を目的としない債権者代位権）については、そもそも被保全債権の履行期が到来していない場合に債権者代位権の行使を許さない旨の上記規律を必ずしも常に前提とする必要はないと考えられるし、転用型の債権者代位権に関する後記7もそのことを前提としている。

以上を踏まえ、裁判上の代位の許可の制度を廃止することが考えられる。

(2) 改正の内容

素案(2)は、上記の問題の所在を踏まえ、民法第423条第2項本文の「裁判上の代位によらなければ、」という文言を削除するものである。これに伴い、裁判上の代位の許可の手続について定める非訟事件手続法第85条から第91条までの規定も削除することになる。

3 素案(3)について

(1) 現行の規定及び問題の所在

上記のとおり、民法第423条第2項は、履行期が到来していない債権を被保全債権とする代位行使は原則として許されないとしている。しかし、債権者代位権は、債務者の責任財産を保全して強制執行の準備をするための制度であることから、強制執行により実現することのできない債権（例えば、不執行合意のある債権やいわゆる自然債務）を被保全債権とする代位行使は許されないと解されている。もっとも、このことは条文上明記されていないため、強制執行により実現することのできない債権については、履行期が到来していない債権と異なり、その債権を被保全債権とする代位

行使が許されるという誤解を生じかねない。

(2) 改正の内容

素案(3)は、上記の問題の所在を踏まえ、強制執行により実現することのできない債権を被保全債権とする代位行使は許されない旨を定めるものである。

2 代位行使の範囲

代位行使の範囲に関して、次のような規定を新たに設けるものとする。

債権者は、前記1により債務者に属する権利を行使する場合において、当該権利の目的が可分であるときは、自己の債権の額の限度においてのみ、当該権利を行使することができる。

○中間試案第14、2「代位行使の範囲」

債権者は、前記1の代位行使をする場合において、その代位行使に係る権利の全部を行使することができるものとする。この場合において、当該権利の価額が被保全債権の額を超えるときは、債権者は、当該権利以外の債務者の権利を行使することができないものとする。

(注) 被代位権利の行使範囲を被保全債権の額の範囲に限定するという考え方があ
る。

(説明)

1 現行の規定及び問題の所在

民法第423条は、被代位権利をどの範囲で行使することができるかについて、特段の規律を定めていない。そのため、この点について疑義を生じ、判例（最判昭和44年6月24日民集23巻7号1079頁）が、金銭債権の代位行使に関する事案において、被保全債権の額の範囲でのみ被代位権利を行使することができる旨を判示している。そこで、この判例法理を明文化する必要があると考えられる。

2 改正の内容

素案は、上記の問題の所在を踏まえ、被代位権利の目的が可分であるときは被保全債権の額の限度においてのみ被代位権利を行使することができる旨を定めるものである。被代位権利が不動産登記請求権である場合など、被代位権利の目的（内容）が不可分である場合には、被保全債権の額による限定をすることはできない。そこで、被保全債権の額による限定が問題となる場面を示す表現として、民法第428条の「債権の目的が…不可分である場合」という表現、同法第431条の「可分債権」という表現などを参照し、被代位権利の目的が可分である場合という表現を用いることとした。「目的」ではなく「内容」という表現を用いるかどうかについては別途の検討を要する。

3 中間試案について

中間試案では、上記判例と異なり、被保全債権の額の範囲を超えて被代位権利の全部を行使することができることとされていた（中間試案第14、2参照）。

もつとも、これに対しては、代位行使の範囲を広げると、代位債権者が受領した金銭

を預かり保管中に費消・隠匿したり、破産したりした場合には、債務者や他の債権者にとって不都合が大きい旨の指摘、債権差押えについては配当手続等が法定され剰余金の取扱い等も明確であるが、債権者代位権については代位債権者が受領した金銭の処理が明確に定められておらず、両者を同等に扱うことは相当でない旨の指摘、債権者代位権の制度は、債権者が自らの債権を保全するための制度として位置づけるべきであるから、債権者自身の債権を保全する範囲で債務者の権利を行使することができる应考虑すべきである旨の指摘がある。これらの指摘などを踏まえ、上記判例の結論を維持することとした。

3 直接の引渡し等

直接の引渡し等に関して、次のような規定を新たに設けるものとする。

債権者は、前記1により債務者に属する権利を行使する場合において、当該権利が金銭の支払又は動産の引渡しを目的とするものであるときは、相手方に対し、その支払又は引渡しを自己に対してすることを求めることができる。この場合において、相手方が債権者に対してその支払又は引渡しをしたときは、当該権利は、これによって消滅する。

○中間試案第14、3「代位行使の方法等」

(1) 債権者は、前記1の代位行使をする場合において、その代位行使に係る権利が金銭その他の物の引渡しを求めるものであるときは、その物を自己に対して引き渡すことを求めることができるものとする。この場合において、相手方が債権者に対して金銭その他の物を引き渡したときは、代位行使に係る権利は、これによって消滅するものとする。

(2) 上記(1)により相手方が債権者に対して金銭その他の物を引き渡したときは、債権者は、その金銭その他の物を債務者に対して返還しなければならないものとする。この場合において、債権者は、その返還に係る債務を受働債権とする相殺をすることができないものとする。

(注1) 上記(1)については、代位債権者による直接の引渡請求を認めない旨の規定を設けるという考え方がある。

(注2) 上記(2)については、規定を設けない(相殺を禁止しない)という考え方がある。

(説明)

1 現行の規定及び問題の所在

民法第423条は、債権者が被代位権利の目的物を自己に直接引き渡すよう求めることができるかについて、特段の規律を定めていない。そのため、この点について疑義を生じ、判例(大判昭和10年3月12日民集14巻482頁)が、金銭債権の代位行使に関する事案において、代位債権者による直接の引渡請求を認める旨を判示している。そこで、この判例法理を明文化する必要があると考えられる。

また、代位債権者による直接の引渡請求を認める上記の判例法理は、代位行使の相手方がその請求に応じて代位債権者に直接の引渡しをしたときは、それによって被代位権利が消滅することを当然の前提としていると考えられる。そこで、上記の判例法理を明文化するに当たっては、そのことをも併せて明文化することが望ましいと考えられる。

2 改正の内容

素案は、上記の問題の所在を踏まえ、被代位権利が金銭の支払又は動産の引渡しを目的とするものであるときは、代位債権者はその支払又は引渡しを自己に対してすることを求めることができ、また、相手方が代位債権者に対してその支払又は引渡しをしたときは、被代位権利はこれによって消滅する旨を定めるものである。

代位債権者による直接の引渡請求が問題となるのは、被代位権利が金銭の支払請求権又は動産の引渡請求権である場合である。そこで、民事執行法第143条の「金銭の支払又は…動産の引渡しを目的とする債権」という表現を参照し、被代位権利が金銭の支払又は動産の引渡しを目的とする場合という表現を用いることとした。「目的」ではなく「内容」という表現を用いるかどうかについては別途の検討を要する。

3 中間試案について

中間試案では、素案の規律に加えて、代位債権者は直接の支払を受けた金銭を債務者に対して返還する債務と債務者に対する金銭債権とを相殺することができない旨の規律を設けることとされていた（中間試案第14、3参照）。

もっとも、これに対しては、債権者代位権による事実上の債権回収は、債務名義を取得して強制執行制度を利用すると費用倒れになるような場面において、強制執行制度を補完する役割を果たしていることから、そのような実務上の機能を変更する内容の明文規定を設ける弊害は大きい旨の指摘、代位債権者による相殺を禁止し、債務者の代位債権者に対する返還債権を目的とする債権執行を要求したとしても、他の債権者が転付命令前に執行手続に参加することは實際上想定しにくく、代位債権者の手続的な負担が増えるだけとなる可能性もある旨の指摘がある。また、仮に相殺禁止に関する明文の規定を置かないとしても、相殺権濫用の法理などによって相殺が制限されることも考えられ、とりわけ個別の事案における債権者平等の観点からそのような判断がされることは十分にあり得る。以上を踏まえ、相殺禁止の規律について明文の規定を置くことは見送ることとし、実務の運用や解釈等に委ねることとした。

4 相手方の抗弁

相手方の抗弁に関して、次のような規定を新たに設けるものとする。

債権者が前記1により債務者に属する権利を行使したときは、相手方は、債務者に対して主張することができる抗弁をもって、債権者に対抗することができる。

○中間試案第14、6「代位行使の相手方の抗弁」

前記1の代位行使の相手方は、債務者に対する弁済その他の抗弁をもって、債権者に対抗することができるものとする。

(説明)

1 現行の規定及び問題の所在

民法第423条は、代位行使の相手方が債務者に対する抗弁をもって代位債権者に対抗することができるかについて、特段の規律を定めていない。そのため、この点について疑義を生じ、判例（大判昭和11年3月23日民集15巻551頁）が、代位行使の相手方は債務者に対する抗弁をもって代位債権者に対抗することができる旨を判示している。そこで、この判例法理を明文化する必要があると考えられる。

2 改正の内容

素案は、上記の問題の所在を踏まえ、代位行使の相手方は債務者に対して主張することができる抗弁をもって代位債権者に対抗することができる旨を定めるものである。

5 債務者の取立てその他の処分の権限等

債務者の取立てその他の処分の権限等に関して、次のような規定を新たに設けるものとする。

- (1) 債権者が前記1により債務者に属する権利を行使した場合であっても、債務者は、当該権利について、自ら取立てその他の処分をすることを妨げられない。この場合においては、相手方も、当該権利について、債務者に対して履行をすることを妨げられない。
- (2) 上記(1)にかかわらず、債権者が前記1により訴えをもって債務者に属する権利を行使した場合において、後記6の訴訟告知をしたときは、債務者は、当該権利について、自ら取立てその他の処分をすることができない。この場合においても、相手方は、当該権利について、債務者に対して履行をすることを妨げられない。

○中間試案第14、7「債務者の処分権限」

債権者が前記1の代位行使をした場合であっても、債務者は、その代位行使に係る権利について、自ら取立てその他の処分をすることを妨げられないものとする。その代位行使が訴えの提起による場合であっても、同様とするものとする。

(説明)

1 素案(1)について

(1) 現行の規定及び問題の所在

民法第423条は、債権者が被代位権利を行使した場合に債務者がその被代位権利の取立てその他の処分の権限を失うかについて、特段の規律を定めていないが、判例（大判昭和14年5月16日民集18巻557頁）は、債権者が代位行使に着手し、債務者がその通知を受けるか、又はその権利行使を了知したときは、債務者は被代位権利の取立てその他の処分の権限を失うとしている。

もっとも、裁判上の手続とは無関係に債権者が代位行使に着手したことを債務者に

通知し又は債務者がそのことを了知したというだけで、債務者が自らの権利の取立てその他の処分の権限を失うとすると、債務者の地位が著しく不安定なものとなる。債務者の取立てその他の処分の権限を奪うという重大な効果を欲する債権者は、裁判所に仮差押えや差押えの手続を申し立てるべきである。そこで、上記判例の結論を改める内容の改正をする必要があると考えられる。

ところで、一般に、代位行使の相手方は、債権者が代位行使に着手した後であっても、債務者への履行を妨げられないと解されている。代位行使の相手方による債務者への履行を禁止するという重大な効果を欲する債権者は、裁判所に仮差押えや差押えの手続を申し立てるほかない。もっとも、このことは条文上明記されていないため、債務者の取立てその他の処分の権限に関する規律を定めるに当たっては、このことについても明文の規律を設けるのが望ましいと考えられる。

(2) 改正の内容

素案(1)は、上記の問題の所在を踏まえ、債権者が被代位権利を行使した場合であっても、債務者は被代位権利の取立てその他の処分の権限を失わず、また、代位行使の相手方も債務者への履行を妨げられない旨を定めるものである。

2 素案(2)について

(1) 現行の規定及び問題の所在

上記のとおり、判例（上記大判昭和14年5月16日）は、債権者が代位行使に着手し、債務者がその通知を受けるか、又はその権利行使を了知したときは、債務者は被代位権利の取立てその他の処分の権限を失うとしている。もっとも、裁判上の手続とは無関係に債権者が代位行使に着手したことを債務者に通知し又は債務者がそのことを了知したというだけで、債務者が自らの権利の取立てその他の処分の権限を失うとすると、債務者の地位が著しく不安定なものとなるため、素案(1)においては、上記判例の結論を改め、債務者は被代位権利の取立てその他の処分の権限を失わない旨を定めることとしている。

しかし、債権者代位訴訟が提起された場合にまで、上記判例の結論を改めて債務者が取立てその他の処分の権限を失わないとする必要はないと考えられる。代位債権者に債務者への訴訟告知が義務づけられるのであれば（後記6参照）、債務者は、債権者代位訴訟が提起されることによって被代位権利の取立てその他の処分の権限を失ったとしても、その債権者代位訴訟に独立当事者参加（民事訴訟法第47条）をすることによって、代位債権者に対しては被保全債権の不存在等の確認請求をし、代位行使の相手方に対しては被代位権利の給付請求をすることができる（最判昭和48年4月24日民集27巻3号596頁）。したがって、債務者が被代位権利の取立てその他の処分の権限を失うとしても、実際には耐え難い不都合を生ずるとまでは言えないと考えられる。そこで、債権者代位訴訟が提起された場合に限り、上記判例の結論を維持し、債務者が被代位権利の取立てその他の処分の権限を失うとすることが考えられる。

ところで、この場合であっても、代位行使の相手方は、債務者への履行を妨げられないと解されている。代位行使の相手方は、被保全債権の存否等を知り得る立場になりから、債権者代位訴訟が提起され、かつ、被代位権利の存在について争いがなかつ

たとしても、代位債権者に対して履行をしてよいかを判断することができない。したがって、代位行使の相手方には、債務者への履行を認める必要があると考えられる。債務者への履行を禁止するという重大な効果を欲する債権者は、裁判所に仮差押えや差押えの手続を申し立てればよい。もっとも、以上のことは条文上明記されていない上に、債権者代位訴訟の提起により債務者が被代位権利の取立てその他の処分の権限を失う旨の規定を置くと、代位行使の相手方による債務者への履行も禁止されるという誤解を生じかねない。

(2) 改正の内容

素案(2)は、上記の問題の所在を踏まえ、債権者が債権者代位訴訟を提起して訴訟告知をしたときは、債務者は被代位権利の取立てその他の処分の権限を失い、他方、代位行使の相手方は債務者への履行を妨げられない旨を定めるものである。

上記のとおり、判例（上記大判昭和14年5月16日）は、債権者が代位行使に着手し、債務者がその通知を受けるか、又はその権利行使を了知したときは、債務者は被代位権利の取立てその他の処分の権限を失うとしているが、代位債権者に債務者への訴訟告知が義務づけられるのであれば（後記6参照）、債務者が取立てその他の処分の権限を失うのは債権者が訴訟告知をしたときとするのが合理的である。そこで、素案(2)では、上記判例の要件を修正し、債権者が訴訟告知をしたことを要件としている。また、債務者が取立てその他の処分の権限を失うのは、債権者代位訴訟の手続が終了するまでの間であることを当然の前提としている。

(3) 中間試案について

中間試案では、債権者代位訴訟が提起された場合についても上記判例の結論を改めることとし、債務者は被代位権利の取立てその他の処分の権限を失わない旨を定めることとされていた（中間試案第14、7参照）。

もっとも、これに対しては、債権者代位訴訟が提起された場合には、被保全債権の存否等を裁判所が判断することになる上に、債務者への訴訟告知によって債務者の訴訟参加の機会も保障されるのであるから、債務者の処分権限を制限したとしても債務者の権利に対する不当な侵害とまでは言えない旨の指摘や、債権者代位訴訟を法定訴訟担当とする判例法理を前提とするのであれば、債務者の処分権限を制限した上で判決効を債務者に及ぼすという取扱いをするのが整合的である旨の指摘がある。これらの指摘などを踏まえ、債権者代位訴訟が提起された場合に限り、上記判例の結論を維持することとした。

6 訴えによる債権者代位権の行使

訴えによる債権者代位権の行使に関して、次のような規定を新たに設けるものとする。

債権者は、前記1により訴えをもって債務者に属する権利を行使したときは、遅滞なく、債務者に対し、訴訟告知をしなければならない。

○中間試案第14、8「訴えの提起による債権者代位権の行使の場合の訴訟告知」

債権者は、訴えの提起によって前記1の代位行使をしたときは、遅滞なく、債務者に対し、訴訟告知をしなければならないものとする。

(説明)

1 現行の規定及び問題の所在

債権者代位訴訟における代位債権者の地位は、株主代表訴訟における株主と同様に法定訴訟担当とされており、その判決の効力は被担当者である債務者にも及ぶとされている(民事訴訟法第115条第1項第2号)。それにもかかわらず、現行法には、債権者代位訴訟を提起した債権者に債務者への訴訟告知を義務づける規定がないため、債務者の与り知らないところで債権者代位訴訟が進行し、債務者がその訴訟手続に関与する機会を与えられないまま敗訴判決が確定することもあり得る。他方、株主代表訴訟については、会社法第849条第3項が株主代表訴訟を提起した株主に会社への訴訟告知を義務づけている。そこで、債権者代位訴訟についても、同項と同様の訴訟告知に関する規律を定める必要があると考えられる。

2 改正の内容

素案は、上記の問題の所在を踏まえ、債権者代位訴訟を提起した債権者は遅滞なく債務者への訴訟告知をしなければならない旨を定めるものである。

7 登記又は登録の請求権を被保全債権とする債権者代位権の行使

登記又は登録の請求権を被保全債権とする債権者代位権の行使に関して、次のような規定を新たに設けるものとする。

登記又は登録をしなければ権利の得喪及び変更を第三者に対抗することができない財産を譲り受けた者は、その譲渡人が第三者に対して有する登記又は登録を請求する権利を行使しないときは、譲渡人に属する当該権利を行使することができる。この場合においては、前記4から6までを準用する。

○中間試案第14、9「責任財産の保全を目的としない債権者代位権」

(1) 不動産の譲受人は、譲渡人が第三者に対する所有権移転の登記手続を求める権利を行使しないことによって、自己の譲渡人に対する所有権移転の登記手続を求める権利の実現が妨げられているときは、譲渡人の第三者に対する当該権利を行使することができるものとする。

(2) 上記(1)の代位行使のほか、債権者は、債務者に属する権利が行使されないことによって、自己の債務者に対する権利の実現が妨げられている場合において、その権利を実現するために他に適当な方法がないときは、その権利の性質に応じて相当と認められる限りにおいて、債務者に属する権利を行使することができるものとする。

(3) 上記(1)又は(2)による代位行使については、その性質に反しない限り、前記1(3)及び2から8までを準用するものとする。

(注1) 上記(1)については、規定を設けないという考え方がある。

(注2) 上記(2)については、その要件を「債権者代位権の行使により債務者が利益を享受し、その利益によって債権者の権利が保全される場合」とするという考え方がある。また、規定を設けない(解釈に委ねる)という考え方がある。

(説明)

1 現行の規定及び問題の所在

民法第423条の債権者代位権は、本来的には、債務者の責任財産を保全して強制執行の準備をするための制度であるから、金銭債権を被保全債権として行使することが想定されている。もっとも、判例(大判明治43年7月6日民録16輯537頁等)は、ある不動産がAからB、BからCへと転々譲渡されたのに、BがAに対する所有権移転登記請求権を行使しないときは、Cは、いわゆる転用型の債権者代位権(責任財産の保全を目的としない債権者代位権)の行使として、CのBに対する所有権移転登記請求権を被保全債権とするBのAに対する所有権移転登記請求権の代位行使をすることができるとしている。そこで、この判例法理を明文化する必要があると考えられる。

2 改正の内容

素案は、上記の問題の所在を踏まえ、「登記又は登録をしなければ権利の得喪及び変更を第三者に対抗することができない財産」の譲受人は、譲渡人の第三者に対する登記又は登録を請求する権利を代位行使することができる旨を定めるものである。不動産登記の場合に限らず、登記又は登録が対抗要件とされている場合においては、同様の問題が生じ得ることから、信託法第14条を参照し、「登記又は登録をしなければ権利の得喪及び変更を第三者に対抗することができない財産」という表現を用いることとした。

また、責任財産の保全を目的としない債権者代位権の場合においても、前記4から6までの規律は同様に妥当することから、これらの規律を準用することとしている。

3 中間試案について

中間試案では、いわゆる転用型の債権者代位権の一般的な要件として、債務者の権利が行使されないことによって代位債権者の債務者に対する権利の実現が妨げられていること(必要性)、代位債権者の権利の性質に応じて相当と認められること(相当性)、代位債権者の権利を実現するために他に適当な方法がないこと(補充性)を定めることとされていた(中間試案第14、9(2)参照)。

もっとも、必要性及び相当性の要件については、抽象的で評価的にすぎるため、その適用範囲が不明確であり、過度に広範な適用を招きかねない旨の指摘がある。また、補充性の要件については、責任財産の保全を目的としない債権者代位権の行使を合理的な範囲に限定する観点から補充性の要件を設けるべきである旨の指摘がある一方で、責任財産の保全を目的としない債権者代位権の行使が過度に制限的になるのは相当でないという観点から補充性の要件を設けるべきでない旨の指摘がある。以上の状況を踏まえ、いわゆる転用型の債権者代位権の一般的要件について明文の規定を設けることは見送ることとし、素案の規律又は前記1(1)の規律の解釈や類推適用等に委ねることとした。

【取り上げなかった論点】

- 中間試案第14、4「代位債権者の善管注意義務」、同5「債権者代位権の行使に必要な費用」

これらの論点については、善管注意義務の具体的な内容が必ずしも明確でない旨の指摘や、債権者代位権の行使に必要な費用の範囲としていかなる費用が含まれるか、費用の額の相当性は問題となり得るかといった点が必ずしも明確でない旨の指摘がある。また、特に費用償還請求権に関しては、相殺による事実上の債権回収を否定する規定を置かない場合にもこれを認めるべきかどうかについて、意見が分かれている状況にある。以上のほか、民法上の他の制度との関係における規律の密度や詳細さのバランス等をも考慮し、善管注意義務及び費用償還請求権に関する規律について明文の規定を設けることは見送ることとし、実務の運用や解釈等に委ねることとした。

第6 詐害行為取消権

1 受益者に対する詐害行為取消権の要件

民法第424条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 債権者は、債務者が債権者を害することを知ってした行為の取消しを裁判所に請求することができる。ただし、その行為によって利益を受けた者（以下この第6において「受益者」という。）がその行為の時ににおいて債権者を害すべき事実を知らなかったときは、この限りでない。
- (2) 上記(1)は、財産権を目的としない行為については、適用しない。
- (3) 債権者は、その債権が上記(1)の行為の前の原因に基づいて生じたものである場合に限り、上記(1)の取消しの請求をすることができる。
- (4) 債権者は、その債権が強制執行により実現することのできないものであるときは、上記(1)の取消しの請求をすることができない。

○中間試案第15、1「受益者に対する詐害行為取消権の要件」

- (1) 債権者は、債務者が債権者を害することを知ってした行為の取消しを裁判所に請求することができるものとする。
 - (2)(3) (略)
 - (4) 上記(1)の請求は、被保全債権が上記(1)の行為の前に生じたものである場合に限り、することができるものとする。
 - (5) 上記(1)の請求は、次のいずれかに該当する場合には、することができないものとする。
 - ア 受益者が、上記(1)の行為の当時、債権者を害すべき事実を知らなかった場合
 - イ 上記(1)の行為が財産権を目的としないものである場合
 - ウ 被保全債権が強制執行によって実現することのできないものである場合
- (注1) 上記(1)については、債務者の無資力を要件として明記するという考え方が

ある。

(注2) (略)

(注3) 上記(4)については、被保全債権が上記(1)の行為の後に生じたものである場合であっても、それが上記(1)の行為の前の原因に基づいて生じたものであるときは、詐害行為取消権を行使することができるとする考え方がある。

(説明)

1 素案(1)について

(1) 現行の規定及び問題の所在

民法第424条第1項は、詐害行為取消しの対象を「法律行為」としているが、実際には、時効中断事由としての債務の承認（民法第147条第3号）や、法定追認の効果を生ずる行為（同法第125条）なども詐害行為取消しの対象になると解されている。もっとも、このことは条文上明記されていないため、法律行為以外の行為は詐害行為取消しの対象にはならないという誤解を生じかねない。

(2) 改正の内容

素案(1)は、上記の問題の所在を踏まえ、民法第424条第1項の「法律行為」を「行為」に改めるものである。詐害行為取消権と同様の機能を有する破産法上の否認権（民事再生法及び会社更生法上の否認権も同様である。以下この第6において同じ。）が、否認の対象を「行為」としていることを参照した（破産法第160条以下参照）。

民法第424条第1項ただし書は、受益者に加えて転得者に関する規律をも定めているが、転得者に対する詐害行為取消権の要件については、後記5に規律を設けることとしているため、ここでは転得者に関する規律は定めていない。

2 素案(2)について

素案(2)は、現在の民法第424条第2項を維持するものである。

3 素案(3)について

(1) 現行の規定及び問題の所在

民法第424条は、被保全債権に関しては特段の規律を定めていない。そのため、被保全債権が詐害行為の後に発生したものであっても詐害行為取消権を行使することができるかについて疑義を生じ、判例（大判大正6年1月30日民録23輯1624頁、最判昭和33年2月21日民集12巻2号341頁）が、被保全債権は詐害行為の前に発生したものであることを要する旨を判示している。

もっとも、判例は、被保全債権に係る遅延損害金について、かつては詐害行為の後に発生したものは被保全債権に含まれないとしていたが（大判大正7年4月17日民録24輯703頁）、現在では、詐害行為の後に発生したものであっても被保全債権に含まれる旨を判示するに至っている（最判昭和35年4月26日民集14巻6号1046頁、最判平成8年2月8日集民178号215頁）。また、判例は、例えば将来の婚姻費用の支払に関する債権について、詐害行為取消権の行使の許否に当たっては、それが婚姻費用であることから直ちにいまだ発生していないとすることはできず、いったん調停又は審判によってその支払が決定されたものである以上、少なくとも当事

者間の婚姻関係その他の事情から調停又は審判の前提たる事実関係の存続がかなりの蓋然性をもって予測される限度で、これを被保全債権とする詐害行為取消権の行使をすることができる旨を判示し（最判昭和46年9月21日民集25巻6号823頁）、厳密には被保全債権が詐害行為の前に発生していないとも考え得る事案において、詐害行為取消権の行使を認めている。下級審裁判例の中にも、例えば白地手形の補充がされる前に詐害行為がされた事案について、当該白地手形の所持人はその補充をした時に振出人に対する手形債権を取得したものとわざるを得ないとしつつ、しかし、詐害行為の効力を否認して債権者の予期した担保利益に対する侵害の回復を図るといふ民法第424条の目的に照らせば、振出後補充前における振出人の詐害行為に対しても詐害行為取消権の行使をすることができる旨を判示するものがある（名古屋高判昭和56年7月14日判タ460号112頁）。

したがって、被保全債権の発生時期に関する上記の判例法理を明文化するに当たって、「被保全債権は詐害行為の前に発生したものであることを要する」旨の表現を形式的に用いると、判例法理の正確な明文化にならないと考えられる。また、上記の表現を用いると、例えば請負契約に基づく報酬債権は仕事の完成時に具体的に発生するという理解を前提とする場合（部会資料72A第1、1の（説明）[2頁]参照）には、仕事の完成前に行われた詐害行為の取消しは請求することができないといった誤解を生ずるおそれもあり得る。

そこで、被保全債権の発生時期に関する上記判例法理を明文化するに当たっては、被保全債権の発生を厳格に要求する方向での誤解を生じないようにする文言を考える必要がある。

(2) 改正の内容

素案(3)は、上記の問題の所在を踏まえ、被保全債権が詐害行為の前の原因に基づいて生じたものである場合に限り、詐害行為取消権を行使することができる旨を定めるものである。破産債権の定義である「破産手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の請求権」（破産法第2条第5項）という表現を参照したものであるが（中間試案第15、1の（注3）参照）、この表現が適切かどうかについては慎重な検討を要する。なお、詐害行為取消権と同様の機能を有する破産法上の否認権についても、破産管財人が否認権を行使したことによって利益を享受するのは、破産債権者すなわち「破産手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の請求権」（破産法第2条第5項）を有する者であり、否認の対象となる行為の前に発生した債権を有する者である必要はない。

4 素案(4)について

(1) 現行の規定及び問題の所在

民法第424条は、被保全債権に関しては特段の規律を定めていないが、詐害行為取消権は債務者の責任財産を保全して強制執行の準備をするための制度であることから、強制執行により実現することのできない債権（例えば、不執行合意のある債権やいわゆる自然債務）を被保全債権として詐害行為取消権を行使することは許されないと解されている。もっとも、このことは条文上明記されていないため、強制執行により実現することのできない債権を被保全債権とする詐害行為取消権の行使も許される

という誤解を生じかねない。

(2) 改正の内容

素案(4)は、上記の問題の所在を踏まえ、強制執行により実現することのできない債権を被保全債権とする詐害行為取消権の行使は許されない旨を定めるものである。

2 相当の対価を得てした財産の処分行為の特則

相当の対価を得てした財産の処分行為に関して、次のような規定を新たに設けるものとする。

債務者が、その有する財産を処分する行為をした場合において、受益者から相当の対価を取得しているときは、債権者は、次に掲げる要件のいずれにも該当する場合に限り、当該行為について、前記1(1)の取消しの請求をすることができる。

- (1) 当該行為が、不動産の金銭への換価その他の当該処分による財産の種類の変更により、債務者において隠匿、無償の供与その他の債権者を害する処分（以下この2において「隠匿等の処分」という。）をするおそれを現に生じさせるものであること。
- (2) 債務者が、当該行為の当時、対価として取得した金銭その他の財産について、隠匿等の処分をする意思を有していたこと。
- (3) 受益者が、当該行為の当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたこと。

○中間試案第15、2「相当の対価を得てした行為の特則」

(1) 債務者が、その有する財産を処分する行為をした場合において、受益者から相当の対価を取得しているときは、債権者は、次に掲げる要件のいずれにも該当する場合に限り、その行為について前記1の取消しの請求をすることができるものとする。

ア 当該行為が、不動産の金銭への換価その他の当該処分による財産の種類の変更により、債務者において隠匿、無償の供与その他の債権者を害する処分（以下「隠匿等の処分」という。）をするおそれを現に生じさせるものであること。

イ 債務者が、当該行為の当時、対価として取得した金銭その他の財産について、隠匿等の処分をする意思を有していたこと。

ウ 受益者が、当該行為の当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたこと。

(2) 上記(1)の適用については、受益者が債務者の親族、同居者、取締役、親会社その他の債務者の内部者であったときは、受益者は、当該行為の当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたものと推定するものとする。

(説明)

1 総論（詐害行為取消権の要件に共通の問題）

民法第424条第1項は、詐害行為取消権の要件に関して「債権者を害することを知ってした法律行為」という概括的な規律を定めているが、破産法は、平成16年の改正により、否認権の要件について、否認の対象となる行為の類型ごとの見直しをした（第160条から第162条まで参照）。この見直しは、否認権の要件が不明確かつ広範であると、経済的危機に直面した債務者と取引をする相手方が否認権を行使される可能性を意識して萎縮してしまう結果、債務者の資金調達や経済活動が阻害され、再建可能性のある債務者が破綻に追い込まれるおそれがあるという問題等を考慮したものである。

もっとも、そのような考慮に基づいて否認権の要件を明確にし限定したとしても、詐害行為取消権の要件がなお不明確かつ広範であると、経済的危機に直面した債務者と取引をする相手方は、詐害行為取消権を行使される可能性を意識して萎縮してしまうことになる。なぜなら、取引の時点においては、その取引が詐害行為取消の対象となるか否認の対象となるかは分からないからである（債務者につき倒産手続が開始すれば否認の対象となり、倒産手続が開始しなければ詐害行為取消の対象となる。大判昭和4年10月23日民集8巻787頁等参照）。

したがって、詐害行為取消権の要件が不明確かつ広範であると、経済的危機に直面した債務者と取引をする相手方が萎縮してしまうという上記の問題はなお残ることになる。また、否認の対象とならない行為が詐害行為取消の対象となるという事態が生じ得るため、平時における一般債権者であれば詐害行為取消権を行使することができるのに、破産手続開始後における破産管財人は否認権を行使することができないという現象（いわゆる逆転現象）が生ずることにもなる。

そこで、詐害行為取消権の要件についても、これを明確にし限定する必要があると考えられる。

2 現行の規定及び問題の所在

上記のとおり、民法第424条第1項は、詐害行為取消権の要件に関して「債権者を害することを知ってした法律行為」という概括的な規律を定めているが、判例は、不動産等の財産を相当な価格で処分する行為（相当価格処分行為）については、不動産等を費消・隠匿しやすい金銭に換えるものであることから詐害性が認められ、ただ、当該行為の目的・動機が正当なものである場合には、同項の詐害行為には当たらないとする立場を採っているとされている（大判明治39年2月5日民録12輯133頁、大判明治44年10月3日民録17輯538頁、最判昭和41年5月27日民集20巻5号1004頁、最判昭和42年11月9日民集21巻9号2323頁等参照）。

これに対し、破産法は、相当価格処分行為について、①当該行為がその財産の種類の変更により破産者において隠匿等の処分をするおそれを現に生じさせるものであること、②破産者が当該行為の当時その対価について隠匿等の処分をする意思を有していたこと、③受益者が当該行為の当時破産者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていることがいずれも認められる場合に限り、否認の対象となる旨の規定を置いている（第161条第1項）。これは、相当価格処分行為に関する否認権の要件が不明確かつ広範であると、経済的危機に直面した債務者と取引をする相手方が否認権を行使される可能性

を意識して萎縮してしまう結果、債務者が自己の財産を換価して経済的再生を図ることが阻害され、再建可能性のある債務者が破綻に追い込まれるおそれがあるという問題等を考慮したものである。

しかし、そのような考慮に基づいて否認権の要件を明確にし限定したとしても、詐害行為取消権の要件がなお不明確かつ広範であると、経済的危機に直面した債務者と取引をする相手方が萎縮してしまうという上記の問題はなお残ることになる。また、平時における一般債権者であれば詐害行為取消権を行使することができるのに、破産手続開始後における破産管財人は否認権を行使することができないという現象（いわゆる逆転現象）が生ずることにもなる。

3 改正の内容

素案は、上記の問題の所在を踏まえ、相当価格処分行為の要件について、破産法第161条第1項と同様の規律を定めるものである。

4 中間試案について

中間試案では、破産法第161条第2項の推定規定と同様の規律をも民法に置くこととされていた（中間試案第15、2(2)参照）。もっとも、これについては、民法上の他の制度との関係における規律の密度や詳細さのバランス等を考慮し、明文の規定を設けることは見送ることとした。実務上は、同項の類推適用や事実上の推定等によって対応が図られることを想定している。

3 特定の債権者に対する担保の供与等の特則

特定の債権者に対する担保の供与等に関して、次のような規定を新たに設けるものとする。

(1) 債務者がした既存の債務についての担保の供与又は債務の消滅に関する行為について、債権者は、次に掲げる要件のいずれにも該当する場合に限り、前記1(1)の取消しの請求をすることができる。

ア 当該行為が、債務者が支払不能（債務者が、支払能力を欠くために、その債務のうち弁済期にあるものにつき、一般的かつ継続的に弁済することができない状態をいう。以下同じ。）の時に行われたものであること。

イ 当該行為が、債務者と受益者とが通謀して他の債権者を害する意図をもって行われたものであること。

(2) 債務者がした既存の債務についての担保の供与又は債務の消滅に関する行為について、債権者は、次に掲げる要件のいずれにも該当する場合には、上記(1)の要件に該当しないときであっても、前記1(1)の取消しの請求をすることができる。

ア 当該行為が、債務者の義務に属せず、又はその時期が債務者の義務に属しないものであること。

イ 当該行為が、債務者が支払不能になる前三十日以内に行われたものであること。

ウ 当該行為が、債務者と受益者とが通謀して他の債権者を害する意図をも

って行われたものであること。

○中間試案第15、3「特定の債権者を利する行為の特則」

(1) 債務者が既存の債務についてした担保の供与又は債務の消滅に関する行為について、債権者は、次に掲げる要件のいずれにも該当する場合に限り、前記1の取消しの請求をすることができるものとする。

ア 当該行為が、債務者が支払不能であった時にされたものであること。ただし、当該行為の後、債務者が支払不能でなくなったときを除くものとする。

イ 当該行為が、債務者と受益者とが通謀して他の債権者を害する意図をもって行われたものであること。

(2) 上記(1)の行為が債務者の義務に属せず、又はその時期が債務者の義務に属しないものである場合において、次に掲げる要件のいずれにも該当するときは、債権者は、その行為について前記1の取消しの請求をすることができるものとする。

ア 当該行為が、債務者が支払不能になる前30日以内にされたものであること。ただし、当該行為の後30日以内に債務者が支払不能になった後、債務者が支払不能でなくなったときを除くものとする。

イ 当該行為が、債務者と受益者とが通謀して他の債権者を害する意図をもって行われたものであること。

(3) 上記(1)又は(2)の適用については、受益者が債務者の親族、同居者、取締役、親会社その他の債務者の内部者であったときは、それぞれ上記(1)イ又は(2)イの事実を推定するものとする。上記(1)の行為が債務者の義務に属せず、又はその方法若しくは時期が債務者の義務に属しないものであるときも、同様とするものとする。

(4) 上記(1)の適用については、債務者の支払の停止（上記(1)の行為の前1年以内のものに限る。）があった後は、支払不能であったものと推定するものとする。

(説明)

1 債務の消滅に関する行為について

(1) 現行の規定及び問題の所在

民法第424条第1項は、詐害行為取消権の要件に関して「債権者を害することを知ってした法律行為」という概括的な規律を定めているが、判例（最判昭和33年9月26日民集12巻13号3022頁）は、特定の債権者に対する弁済に関して、債権者平等の原則は破産手続開始の決定によって初めて生ずるものであるから、特定の債権者に対する弁済が他の債権者の共同担保を減少させる場合においても、その弁済は原則として詐害行為には当たらず、ただ、債務者が特定の債権者と通謀し、他の債権者を害する意思をもってその弁済をした場合には詐害行為に当たるとしている。

これに対し、破産法は、平成16年の改正により、破産者が支払不能になった後又は破産手続開始の申立てがあった後に行われた債務消滅行為のみを否認の対象とすることとした（第162条第1項第1号）。これは、債務消滅行為に関する否認権の要件

が不明確かつ広範であると、経済的危機に直面した債務者の経済活動に著しい支障を生じ、再建可能性のある債務者が破綻に追い込まれるおそれがあるという問題等を考慮したものである。

しかし、そのような考慮に基づいて否認権の要件を明確にし限定したとしても、詐害行為取消権の要件がなお不明確かつ広範であると、経済的危機に直面した債務者の経済活動に著しい支障を生ずるという上記の問題はなお残ることになる。また、平時における一般債権者であれば詐害行為取消権を行使することができるのに、破産手続開始後における破産管財人は否認権を行使することができないという現象（いわゆる逆転現象）が生ずることにもなる。例えば、債務者が支払不能になる前に、債務者と特定の債権者とが通謀して他の債権者を害する意図をもって弁済が行われた場合には、その弁済は否認の対象とはならないが、詐害行為取消の対象とはなり得る。そこで、詐害行為取消権についても、債務者が支払不能になる前にした債務消滅行為は、取消の対象から除外する必要があると考えられる。

ところで、破産法は、破産者の義務に属せず又はその時期が破産者の義務に属しない債務消滅行為については、支払不能になる前30日以内にされたものにまで否認の対象を拡張している（第162条第1項第2号）。これは、期限前弁済等に関する否認も支払不能後のものに限定してしまうと、債務者が近々支払不能になることを察知した債権者が、債務者に期限前弁済を迫ることによって、否認権の行使を潜脱的に回避することが可能となりかねないという問題等を考慮したものである。素案(1)のように、詐害行為取消権についても支払不能前の債務消滅行為を取消の対象から除外する旨の改正をする場合には、上記の潜脱的な期限前弁済等を阻止するという考慮も併せて導入する必要があると考えられる。

(2) 改正の内容

素案(1)及び(2)は、上記の問題の所在を踏まえ、平成16年の倒産法改正の趣旨を導入しつつ、判例法理を明文化するという観点から、債務の消滅に関する行為についての詐害行為取消権の要件として、当該行為が、①債務者が支払不能の時に行われたものであること、②債務者と受益者とが通謀して他の債権者を害する意図をもって行われたものであることを挙げるとともに（素案(1)）、その要件に該当しない場合であっても、当該行為が、(a)債務者の義務に属せず又はその時期が債務者の義務に属しないものであること、(b)債務者が支払不能になる前三十日以内に行われたものであること、(c)債務者と受益者とが通謀して他の債権者を害する意図をもって行われたものであることを満たせば、詐害行為取消権を行使することができる旨を定めるものである。

ところで、破産手続の開始に至らない平時の場合には、債務消滅行為の時点で債務者が支払不能であったとしても、その後に債務者が支払不能の状態から回復する可能性がある。債務者が支払不能の状態から回復したときは、もはやその債務消滅行為は詐害行為ではなくなる。詐害行為の後に債務者が無資力の状態から回復したときも、その行為は詐害行為ではなくなると解されている（大判昭和12年2月18日民集16巻120頁等参照）。素案(1)ア及び素案(2)イは、債務者が事後的に支払不能の状態から回復したときは詐害行為取消権の要件を満たさないことを当然の前提としている。

2 既存の債務についての担保の供与について

(1) 現行の規定及び問題の所在

民法第424条第1項は、詐害行為取消権の要件に関して「債権者を害することを知ってした法律行為」という概括的な規律を定めているが、判例は、既存の債務についての担保の供与については、担保供与を受けた債権者が他の債権者に優先して弁済を受けられることになり他の債権者の共同担保が減少することから詐害性が認められ、ただ、例えば継続的な供給を受けてきた仕入先に対する担保供与などのように、債務者の事業の継続のためにやむを得ないものであって、かつ、合理的な限度を超えないものである場合には、同項の詐害行為には当たらないとする立場を採っているとされている（最判昭和32年11月1日民集11巻12号1832頁、最判昭和44年12月19日民集23巻12号2518頁等参照）。

これに対し、破産法は、平成16年の改正により、破産者が支払不能になった後又は破産手続開始の申立てがあった後に行われた担保供与のみを否認の対象とした（第162条第1項第1号）。これは、既存の債務についての担保供与に関する否認権の要件が不明確かつ広範であると、経済的危機に直面した債務者の経済活動に著しい支障を生じ、再建可能性のある債務者が破綻に追い込まれるおそれがあるという問題等を考慮したものである。

しかし、そのような考慮に基づいて否認権の要件を明確にし限定したとしても、詐害行為取消権の要件がなお不明確かつ広範であると、経済的危機に直面した債務者の経済活動に著しい支障を生ずるという上記の問題はなお残ることになる。また、平時における一般債権者であれば詐害行為取消権を行使することができるのに、破産手続開始後における破産管財人は否認権を行使することができないという現象（いわゆる逆転現象）が生ずることにもなる。例えば、債務者が支払不能になる前に、債務者の事業継続のためにやむを得ないとまでは言えない担保供与が行われた場合には、その担保供与は否認の対象とはならないが、詐害行為取消の対象とはなり得る。そこで、詐害行為取消権についても、債務者が支払不能になる前にした既存の債務についての担保供与は、取消の対象から除外する必要があると考えられる。

ところで、破産法は、破産者の義務に属せず又はその時期が破産者の義務に属しない担保供与については、支払不能になる前30日以内にされたものにまで否認の対象を拡張している（第162条第1項第2号）。これは、例えば破産者の義務でない担保供与に関する否認も支払不能後のものに限定してしまうと、債務者が近々支払不能になることを察知した債権者が、債務者に担保供与を迫ることによって、否認権の行使を潜脱的に回避することが可能となりかねないという問題等を考慮したものである。素案(1)のように、詐害行為取消権についても支払不能前の担保供与を取消の対象から除外する旨の改正をする場合には、上記の潜脱的な担保供与等を阻止するという考慮も併せて導入する必要があると考えられる。

以上に加え、既存の債務についての担保供与は、債務者の計数上の財産状態を悪化させることなく特定の債権者を利する行為である点において、債務消滅行為と同様の性質を有することから、債務消滅行為に関する詐害行為取消権の要件と同様の要件を

定めるのが相当であると考えられる。破産法においても、既存の債務についての担保供与と債務消滅行為とは同様の要件の下で否認権の行使が認められている（同法第162条）。

(2) 改正の内容

素案(1)及び(2)は、上記の問題の所在を踏まえ、平成16年の倒産法改正の趣旨を導入しつつ、既存の債務についての担保供与に関する詐害行為取消権の要件として債務消滅行為に関する詐害行為取消権の要件と同様の要件を定めるものである。

3 中間試案について

中間試案では、破産法第162条第2項及び第3項の推定規定と同様の規律をも民法に置くこととされていた（中間試案第15、3(3)(4)参照）。もっとも、これについては、民法上の他の制度との関係における規律の密度や詳細さのバランス等を考慮し、明文の規定を設けることは見送ることとした。実務上は、同項の類推適用や事実上の推定等によって対応が図られることを想定している。

4 過大な代物弁済等の特則

過大な代物弁済等に関して、次のような規定を新たに設けるものとする。

債務者がした債務の消滅に関する行為について、債権者は、次に掲げる要件のいずれにも該当する場合には、前記3(1)又は(2)の要件に該当しないときであっても、その消滅した債務の額に相当する部分以外の部分に限り、前記1(1)の取消しの請求をすることができる。

- (1) 受益者の受けた給付の価額が当該行為によって消滅した債務の額より過大であること。
- (2) 債務者が債権者を害することを知って当該行為をしたこと。ただし、受益者が当該行為の時に於いて債権者を害すべき事実を知らなかったときは、この限りでない。

○中間試案第15、4「過大な代物弁済等の特則」

債務者がした債務の消滅に関する行為であって、受益者の受けた給付の価額が当該行為によって消滅した債務の額より過大であるものについて、前記1の要件（受益者に対する詐害行為取消権の要件）に該当するときは、債権者は、その消滅した債務の額に相当する部分以外の部分に限り、前記1の取消しの請求をすることができるものとする。

(説明)

1 現行の規定及び問題の所在

民法第424条第1項は、詐害行為取消権の要件に関して「債権者を害することを知ってした法律行為」という概括的な規律を定めているが、過大な代物弁済等（債務の消滅に関する行為であって、受益者の受けた給付の価額が当該行為によって消滅した債務の額より過大であるもの）については、前記3の債務の消滅に関する行為に該当するこ

とから、前記3の規律が適用されることになる。したがって、前記3の(1)又は(2)の要件を満たすときは、その代物弁済等によって消滅した債務の額に相当する部分かそれを超える部分かを問わず、その代物弁済等の全部が詐害行為取消しの対象となる。

他方、過大な代物弁済等の過大な部分（その代物弁済等によって消滅した債務の額に相当する部分を超える部分）についてみれば、その代物弁済等は、債務者が自己の財産を贈与する行為などと同様に、債務者の計数上の財産状態を悪化させるものであることから、債務消滅行為の取消しの要件である前記3の(1)又は(2)の要件を満たさない場合であっても、前記1(1)の取消しの要件を満たすのであれば、詐害行為取消権の行使を認めるのが相当である。

破産法においても、過大な代物弁済等については、全体として同法第162条の偏頗行為否認の対象とされる一方で（同条第1項第1号、第2項第2号参照）、その過大な部分については同法第160条第1項の財産減少行為否認の対象にもなるとされている（同条第2項参照）。

2 改正の内容

素案は、上記の問題の所在を踏まえ、債務の消滅に関する行為について、前記3(1)(2)とは別に、①受益者の受けた給付の価額が当該行為によって消滅した債務の額より過大であること、②債務者が債権者を害することを知って当該行為をしたこと（ただし、受益者が当該行為の時ににおいて債権者を害すべき事実を知らなかったときを除く。）を詐害行為取消権の要件とするものである。上記①は、債務消滅行為が過大なものであることを示す要件であり、上記②は、前記1(1)の取消しの要件である。

5 転得者に対する詐害行為取消権の要件

転得者に対する詐害行為取消権の要件に関して、次のような規定を新たに設けるものとする。

債権者は、受益者に対して前記1(1)の取消しの請求をすることができる場合において、債務者がした行為によって受益者に移転した財産を転得した者があるときは、次の(1)又は(2)に掲げる区分に応じ、それぞれ当該(1)又は(2)に定める場合に限り、転得者に対する詐害行為取消権の行使として、債務者がした行為の取消しを裁判所に請求することができる。

(1) 当該転得者が受益者から転得した者である場合

当該転得者が、その転得の当時、債務者がした行為について債権者を害すべき事実を知っていた場合

(2) 当該転得者が他の転得者から転得した者である場合

当該転得者及びその前に転得した全ての転得者が、それぞれの転得の当時、債務者がした行為について債権者を害すべき事実を知っていた場合

○中間試案第15、5「転得者に対する詐害行為取消権の要件」

(1) 債権者は、受益者に対する詐害行為取消権を行使することができる場合において、その詐害行為によって逸出した財産を転得した者があるときは、次のア又は

イに掲げる区分に応じ、それぞれ当該ア又はイに定める場合に限り、転得者に対する詐害行為取消権の行使として、債務者がした受益者との間の行為の取消しを裁判所に請求することができるものとする。

ア 当該転得者が受益者から転得した者である場合

当該転得者が、その転得の当時、債務者がした受益者との間の行為について債権者を害すべき事実を知っていた場合

イ 当該転得者が他の転得者から転得した者である場合

当該転得者のほか、当該転得者の前に転得した全ての転得者が、それぞれの転得の当時、債務者がした受益者との間の行為について債権者を害すべき事実を知っていた場合

(2)(3) (略)

(4) 上記(1)の適用については、転得者が債務者の親族、同居者、取締役、親会社その他の債務者の内部者であったときは、当該転得者は、その転得の当時、債務者がした受益者との間の行為について債権者を害すべき事実を知っていたものと推定するものとする。

(注) (略)

(説明)

1 現行の規定及び問題の所在

民法第424条第1項ただし書は、転得者に対する詐害行為取消権の要件に関して、「転得者が…転得の時に於いて債権者を害すべき事実を知らなかったとき」は、転得者に対する詐害行為取消権を行使することができない旨を定めている。したがって、転得者自身が善意であれば、転得者に対する詐害行為取消権の要件を満たさないことは明らかであるが、他方、転得者自身が悪意であっても、その前者である受益者が善意の場合にまで、転得者に対する詐害行為取消権の要件を満たすのかについては、必ずしも明らかではない。そのため、この点について疑義を生じ、判例（最判昭和49年12月12日集民113号523頁）が、転得者自身が悪意であれば、受益者が善意であっても、転得者に対する詐害行為取消権の要件を満たす旨を判示している。

これに対し、破産法第170条第1項第1号は、転得者に対する否認権の要件として、「転得者が転得の当時、それぞれその前者に対する否認の原因のあることを知っていた」ことを要するとし、転得者の前者に否認の原因があること（転得者の前者が悪意であることを含む。）を前提としている。これは、転得者の取引安全を確保するという観点から、一旦善意者を経由した場合の法律関係を画一的に処理することとし、転得者自身が悪意であっても、転得者の前者が善意であれば、転得者に対する否認権の行使を認めないこととしたものである。

しかし、転得者の取引安全を確保するという観点から転得者に対する否認権の要件を限定したとしても、詐害行為取消権の要件も同様に限定しなければ、転得者の取引安全を実現することはできない。また、平時における一般債権者であれば詐害行為取消権を行使することができるのに、破産手続開始後における破産管財人は否認権を行使するこ

とができないという現象（いわゆる逆転現象）が生ずることにもなる。そこで、詐害行為取消権についても、破産法第170条第1項第1号と同様に、転得者自身が悪意であっても、転得者の前者が善意であれば、転得者に対する詐害行為取消権の行使は認められないとする必要があると考えられる。

ただ、破産法第170条第1項第1号は、その要件として、「前者に対する否認の原因のあること」を転得者が知っていたことを要求しているため、そこにいう転得者の悪意の内容としては、「債権者を害すべき事実を前者が知っていたこと」を転得者が知っていたことも含まれることになる。これに対しては、前者が悪意であることについての悪意（二重の悪意）を要求することは、転得者に対する否認権の要件として厳格に過ぎる旨の指摘がある。そこで、転得者の取引安全を確保するという破産法の考え方を導入しつつ、いわゆる二重の悪意を要求することまではしない方向で規律を設ける必要があると考えられる。

2 改正の内容

素案は、上記の問題の所在を踏まえ、転得者に対する詐害行為取消権の要件として、①受益者に対する詐害行為取消権の要件を満たしていること、②転得者が受益者から転得した者である場合には、当該転得者が、債権者を害すべき事実について悪意であったこと、③転得者が他の転得者から転得した者である場合には、当該転得者及びその前に転得した全ての転得者が、債権者を害すべき事実について悪意であったことを要する旨を定めるものである。

3 中間試案について

中間試案では、破産法第170条第1項第2号の主張立証責任の転換に関する規定と同様の規律をも民法に置くこととされていた（中間試案第15、5(4)参照）。もっとも、これについては、民法上の他の制度との関係における規律の密度や詳細さのバランス等を考慮し、明文の規定を設けることは見送ることとした。実務上は、同項の類推適用や事実上の推定等によって対応が図られることを想定している。

6 詐害行為取消権の行使の方法

詐害行為取消権の行使の方法に関して、次のような規定を新たに設けるものとする。

- (1) 債権者は、前記1(1)の請求において、債務者がした行為の取消しとともに、当該行為によって受益者に移転した財産の返還を請求することができる。受益者が当該財産の返還をすることが困難であるときは、債権者は、価額の償還を請求することができる。
- (2) 債権者は、前記5の請求において、債務者がした行為の取消しとともに、転得者が転得した財産の返還を請求することができる。転得者が当該財産の返還をすることが困難であるときは、債権者は、価額の償還を請求することができる。
- (3) 前記1(1)の請求に係る訴えについては、受益者を被告とし、前記5の請求に係る訴えについては、当該請求の相手方である転得者を被告とする。

- (4) 債権者は、前記 1 (1) 又は 5 の請求に係る訴えを提起したときは、遅滞なく、債務者に対し、訴訟告知をしなければならない。

<p>○中間試案第 1 5、 1 「受益者に対する詐害行為取消権の要件」</p> <p>(1) (略)</p> <p>(2) 債権者は、上記(1)の請求において、上記(1)の行為の取消しとともに、受益者に対し、当該行為によって逸出した財産の返還を請求することができるものとする。</p> <p>(3) 上記(1)の請求においては、債務者及び受益者を被告とするものとする。</p> <p>(4)(5) (略)</p> <p>(注 1) (略)</p> <p>(注 2) 上記(3)については、債務者を被告とするのではなく、債務者に対する訴訟告知を取消債権者に義務付けるとする考え方がある。</p> <p>(注 3) (略)</p>
<p>○中間試案第 1 5、 5 「転得者に対する詐害行為取消権の要件」</p> <p>(1) (略)</p> <p>(2) 債権者は、上記(1)の請求において、上記(1)の行為の取消しとともに、転得者に対し、当該行為によって逸出した財産の返還を請求することができるものとする。</p> <p>(3) 上記(1)の請求においては、債務者及び転得者（上記(1)及び(2)の請求の相手方である転得者に限る。）を被告とするものとする。</p> <p>(4) (略)</p> <p>(注) 上記(3)については、債務者を被告とするのではなく、債務者に対する訴訟告知を取消債権者に義務付けるとする考え方がある。</p>
<p>○中間試案第 1 5、 8 「逸出財産の返還の方法等」</p> <p>(1) (略)</p> <p>(2) 上記(1)の現物の返還が困難であるときは、債権者は、受益者又は転得者に対し、価額の償還を請求することができるものとする。この場合において、債権者は、その償還金を自己に対して支払うことを求めることもできるものとする。</p> <p>(3)(4) (略)</p> <p>(注 1) (注 2) (略)</p>

(説明)

1 素案(1)及び(2)について

(1) 現行の規定及び問題の所在

民法第 4 2 4 条第 1 項は、詐害行為取消訴訟における取消債権者の請求の内容について、「法律行為の取消しを裁判所に請求することができる」とのみ定めている。そのため、詐害行為の取消しの請求に加えて逸出財産の返還を請求することができるかについて疑義を生じ、判例（大連判明治 4 4 年 3 月 2 4 日民録 1 7 輯 1 1 7 頁等）が、

詐害行為取消訴訟の法的性格は、詐害行為の取消しを請求する形成訴訟としての性格と、逸出財産の返還を請求する給付訴訟としての性格とを併有する旨を判示している。そこで、この判例法理を明文化する必要があると考えられる。

また、逸出財産の返還の方法として、現物返還と価額償還のいずれの請求をすることができるかについても、特段の規律は定められていないため、この点についても疑義を生じ、判例（大判昭和7年9月15日民集11巻1841頁等）が、原則として現物返還を請求し、現物返還が困難であるときは価額償還を請求することができる旨を判示している。そこで、この判例法理も明文化する必要があると考えられる。

(2) 改正の内容

素案(1)及び(2)は、上記の問題の所在を踏まえ、詐害行為取消訴訟においては、①詐害行為の取消しの請求とともに、逸出財産の返還の請求をすることもできること、②逸出財産の返還が困難であるときは価額償還の請求をすることができることを定めるものである。

2 素案(3)について

(1) 現行の規定及び問題の所在

民法第424条は、詐害行為取消訴訟において誰を被告とすべきかについて、特段の規律を定めていない。そのため、特に債務者を被告とすべきかどうかについて疑義を生じ、判例（上記大連判明治44年3月24日等）が、受益者又は転得者のみを被告とすれば足り、債務者を被告とする必要はない（債務者に被告適格はない）旨を判示している。そこで、この判例法理を明文化する必要があると考えられる。

(2) 改正の内容

素案(3)は、上記の問題の所在を踏まえ、受益者に対する詐害行為取消訴訟については受益者のみを被告とし、転得者に対する詐害行為取消訴訟については詐害行為取消請求の相手方である転得者のみを被告とする旨を定めるものである。

(3) 中間試案について

中間試案では、上記判例と異なり、詐害行為取消訴訟においては債務者をも被告とする必要があるとされていた（中間試案第15、1(3)、5(3)参照）。

もっとも、これに対しては、債務者を被告とする場合の併合形態は固有必要的共同訴訟であるから、債務者が行方不明であったり、法人である債務者の代表者が欠けていたりする場合には、公示送達や特別代理人の選任が必要となり、債務者が死亡した場合には、訴訟手続が中断するなど、円滑な訴訟の進行が害されるおそれがある旨の指摘、詐害行為取消訴訟の紛争の実態は限りある責任財産の奪い合いであり、債務者は詐害行為取消訴訟について実際上の利害関係を失っている（訴訟の帰すうに関心を失っている）ことが多いため、債務者を被告とすることを強制する必要性は乏しいことが多く、手続保障としては債務者への訴訟告知がされれば足りる旨の指摘、上記のとおり多くの債務者は詐害行為取消訴訟を積極的に追行する意欲に乏しいと考えられるから、債務者を被告とするとむしろ和解等による柔軟な紛争解決の妨げとなる可能性がある旨の指摘がある。これらの指摘を踏まえ、上記判例の結論を維持し、債務者を被告とする必要はない（債務者に被告適格はない）旨を定めることとした。

3 素案(4)について

(1) 現行の規定及び問題の所在

後記9の(説明)の1で述べるとおり、判例(上記大連判明治44年3月24日等)は、詐害行為取消しの効果は債務者には及ばないとしているが、これには様々な問題があるため、詐害行為取消しの効果は債務者にも及ぶことを前提に制度設計をするのが相当である。後記9においては、詐害行為取消しの効果が債務者にも及ぶことを条文中明記することとしている。

このように詐害行為取消しの効果が債務者にも及ぶことを前提とすると、債務者にも詐害行為取消訴訟に関与する機会を与える必要がある。そこで、詐害行為取消訴訟を提起した債権者に債務者への訴訟告知を義務づける必要があると考えられる。

(2) 改正の内容

素案(4)は、上記の問題の所在を踏まえ、債権者は、詐害行為取消訴訟を提起したときは、遅滞なく債務者への訴訟告知をする必要がある旨を定めるものである。

7 詐害行為の取消しの範囲

詐害行為の取消しの範囲に関して、次のような規定を新たに設けるものとする。

- (1) 債権者は、前記1(1)又は5の取消しの請求をする場合において、債務者がした行為の目的が可分であるときは、自己の債権の額の限度においてのみ、当該行為の取消しを請求することができる。
- (2) 債権者が前記6(1)後段又は(2)後段により価額の償還を請求する場合についても、上記(1)と同様とする。

○中間試案第15、7「詐害行為取消しの範囲」

債権者は、詐害行為取消権を行使する場合(前記4の場合を除く。)において、その詐害行為の全部の取消しを請求することができるものとする。この場合において、その詐害行為によって逸出した財産又は消滅した権利の価額が被保全債権の額を超えるときは、債権者は、その詐害行為以外の債務者の行為の取消しを請求することができないものとする。

(注) 詐害行為取消権の行使範囲を被保全債権の額の範囲に限定するという考え方があ

(説明)

1 現行の規定及び問題の所在

民法第424条は、詐害行為をどの範囲で取り消すことができるかについて、特段の規律を定めていない。そのため、この点について疑義を生じ、判例(大判明治36年12月7日民録9輯1339頁、大判大正9年12月24日民録26輯2024頁、最判昭和30年10月11日民集9巻11号1626頁等)が、詐害行為の目的である財産が可分であり、かつ、被保全債権の額がその財産の価額に満たないときは、被保全債権の

額の限度においてのみ詐害行為を取り消すことができる旨を判示している。そこで、この判例法理を明文化する必要があると考えられる。

また、詐害行為の目的である財産が不可分の場合であっても、現物返還が困難であるとして価額償還の請求がされるときは、上記の判例法理が同様に妥当する。

2 改正の内容

素案(1)及び(2)は、上記の問題の所在を踏まえ、詐害行為の目的が可分であるときは被保全債権の額の限度においてのみ取消しの請求をすることができること(素案(1))、価額償還の請求をするときも同様の規律が妥当すること(素案(2))を定めるものである。

被保全債権の額による取消しの範囲の限定が問題となる場面としては、①金銭債務を弁済する行為が取り消される場合、②金銭債権を免除する行為が取り消される場合、③不動産を贈与する行為が取り消される場合に当該不動産の現物返還が困難であるため価額償還を請求する場合などが挙げられる。素案(1)は、上記①及び②などの場合を想定し、詐害行為の目的が可分である場合という表現を用いた。民法第428条の「債権の目的が…不可分である場合」という表現、同法第431条の「可分債権」という表現、同法第534条第1項の「物権の設定又は移転を双務契約の目的とした場合」という表現などを参照した。「目的」ではなく「内容」という表現を用いるかどうかについては別途の検討を要する。素案(2)は、上記③などの場合を想定したものである。

3 中間試案について

中間試案では、上記判例と異なり、被保全債権の額に限らず詐害行為の全部を取り消すことができることとされていた(中間試案第15、7参照)。

もっとも、これに対しては、被保全債権の額を超えて取消権の行使を認めると、取消債権者が受領した金銭を費消する等のおそれがあり、その場合には金銭を費消した取消債権者の無資力のリスクを債務者や他の債権者が負担することになる旨の指摘、倒産手続と異なり総債権者に対する配当等の手続も整備されていないことから、詐害行為取消権の行使範囲は被保全債権の額の範囲にとどめるのが相当である旨の指摘、詐害行為取消権の制度は、債権者代位権と同様、債権者が自己の債権を保全するために行使するものであるから、詐害行為取消権の行使範囲は被保全債権の額の範囲に限定すべきである旨の指摘がある。これらの指摘などを踏まえ、上記判例の結論を維持することとした。

8 直接の引渡し等

直接の引渡し等に関して、次のような規定を新たに設けるものとする。

- (1) 債権者は、前記6(1)前段又は(2)前段により財産の返還を請求する場合において、その返還の請求が金銭の支払又は動産の引渡しを求めるものであるときは、受益者又は転得者に対し、その支払又は引渡しを自己に対してすることを求めることができる。この場合において、受益者又は転得者は、債権者に対してその支払又は引渡しをしたときは、債務者に対してその支払又は引渡しをする義務を免れる。
- (2) 債権者が前記6(1)後段又は(2)後段により価額の償還を請求する場合についても、上記(1)と同様とする。

○中間試案第15、8「逸出財産の返還の方法等」

(1) 債権者は、前記1(2)又は5(2)により逸出した財産の現物の返還を請求する場合には、受益者又は転得者に対し、次のアからエまでに掲げる区分に応じ、それぞれ当該アからエまでに定める方法によって行うことを求めるものとする。

ア・イ (略)

ウ 詐害行為によって逸出した財産が金銭その他の動産である場合

金銭その他の動産を債務者に対して引き渡す方法。この場合において、債権者は、金銭その他の動産を自己に対して引き渡すことを求めることもできるものとする。

エ (略)

(2) 上記(1)の現物の返還が困難であるときは、債権者は、受益者又は転得者に対し、価額の償還を請求することができるものとする。この場合において、債権者は、その償還金を自己に対して支払うことを求めることもできるものとする。

(3) 上記(1)ウ又は(2)により受益者又は転得者が債権者に対して金銭その他の動産を引き渡したときは、債務者は、受益者又は転得者に対し、金銭その他の動産の引渡しを請求することができないものとする。受益者又は転得者が債務者に対して金銭その他の動産を引き渡したときは、債権者は、受益者又は転得者に対し、金銭その他の動産の引渡しを請求することができないものとする。

(4) 上記(1)ウ又は(2)により受益者又は転得者が債権者に対して金銭その他の動産を引き渡したときは、債権者は、その金銭その他の動産を債務者に対して返還しなければならないものとする。この場合において、債権者は、その返還に係る債務を受働債権とする相殺をすることができないものとする。

(注1) 上記(1)ウ及び(2)については、取消債権者による直接の引渡請求を認めない旨の規定を設けるという考え方がある。

(注2) 上記(4)については、規定を設けない(相殺を禁止しない)という考え方がある。

(説明)

1 現行の規定及び問題の所在

民法第424条は、取消債権者が逸出財産を自己に直接引き渡すよう求めることができるかについて、特段の規律を定めていない。そのため、この点について疑義を生じ、判例(大判大正10年6月18日民録27輯1168頁、大判昭和7年9月15日民集11巻1841頁、最判昭和39年1月23日民集18巻1号76頁等)が、逸出財産の返還として金銭の支払や動産の引渡しを求めた事案(価額償還を求めた事案を含む。)において、取消債権者による直接の引渡請求を認めている。そこで、この判例法理を明文化する必要があると考えられる。

また、取消債権者による直接の引渡請求を認める以上は、受益者又は転得者がその請求に応じて取消債権者に直接の引渡しをしたときは、それによって受益者又は転得者の

債務者に対する引渡義務は無くなることを前提とする必要がある。

2 改正の内容

素案(1)は、上記の問題の所在を踏まえ、逸出財産の返還請求が金銭の支払又は動産の引渡しを求めるものであるときは、取消債権者はその支払又は引渡しを自己に対してするよう求めることができ、また、受益者又は転得者が取消債権者に対して直接の支払又は引渡しをしたときは、債務者に対してその支払又は引渡しをする義務を免れる旨を定めるものである。

取消債権者による直接の引渡請求が問題となるのは、逸出財産の返還として金銭の支払や動産の引渡しを求める場合である。そこで、民事執行法第143条の「金銭の支払又は…動産の引渡しを目的とする債権」という表現や、刑事訴訟法第349条の2第2項の「その請求が…言渡しの取消しを求めるものであって」という表現を参照し、逸出財産の返還請求が金銭の支払又は動産の引渡しを求めるものである場合という表現を用いることとした。

また、素案(2)は、逸出財産の返還請求が金銭の支払を求めるものである場合の一種として、取消債権者が価額償還の請求をする場合についても、素案(1)と同様とする旨を定めるものである。

3 中間試案について

中間試案では、素案の規律に加えて、取消債権者は直接の支払を受けた金銭を債務者に対して返還する債務と債務者に対する金銭債権とを相殺することができない旨の規律を設けることとされていた（中間試案第15、8(4)参照）。

もっとも、これに対しては、相殺による事実上の債権回収機能を否定すると、実務上相当の手間をかけて行われる詐害行為取消権を行使するインセンティブが失われ、ひいては詐害行為に対する抑止力としての詐害行為取消権の機能をも失わせることになる旨の指摘、取消債権者による相殺を禁止し、債務者の取消債権者に対する返還債権を目的とする債権執行を要求したとしても、他の債権者が転付命令前に執行手続に参加することは實際上想定しにくく、取消債権者の手続的な負担が増えるだけとなる可能性もある旨の指摘、債務者は取消債権者からの訴訟告知を受けて被保全債権の存在や債務者の無資力等について争う機会を与えられ、他の債権者も詐害行為取消権を行使する機会が等しく与えられており、受益者にとっても詐害行為取消権の要件が明確にされ適切に限定されるのであれば著しく保護に欠けるとまでは言えない旨の指摘がある。また、仮に相殺禁止に関する明文の規定を置かないとしても、相殺権濫用の法理などによって相殺が制限されることも考えられ、とりわけ個別の事案における債権者平等の観点からそのような判断がされることは十分にあり得る（弁済の取消しに関する事案など）。以上を踏まえ、相殺禁止の規律について明文の規定を置くことは見送ることとし、実務の運用や解釈等に委ねることとした。

9 詐害行為の取消しの効果

民法第425条の規律を次のように改めるものとする。

前記1(1)又は5の取消しの請求を認容する確定判決は、債務者及びその全て

の債権者に対してもその効力を有する。

○中間試案第15、6「詐害行為取消しの効果」

詐害行為取消しの訴えに係る請求を認容する確定判決は、債務者の全ての債権者（詐害行為の時又は判決確定の時より後に債権者となった者を含む。）に対してその効力を有するものとする。

（説明）

1 現行の規定及び問題の所在

民法第425条は、詐害行為の取消しは全ての債権者の利益のためにその効力を生ずる旨を定めているが、債務者にもその効力が及ぶかについては、特段の規律を定めていない。そのため、この点について疑義を生じ、判例（大連判明治44年3月24日民録17輯117頁等）が、詐害行為取消しの効果は債務者には及ばない旨を判示している。

もっとも、詐害行為取消しの効果が債務者には及ばないとしつつ、例えば、①逸出財産が不動産である場合には、当該不動産の登記名義が債務者の下に帰り、債務者の責任財産として強制執行の対象になるとされているし、②詐害行為取消権を保全するための仮処分における仮処分解放金（供託金）の還付請求権は、債務者に帰属するとされているし（民事保全法第65条参照）、③債務者の受益者に対する債務消滅行為が取り消された場合には、一旦消滅した受益者の債務者に対する債権が回復するとされている（大判昭和16年2月10日民集20巻79頁）。他方、④詐害行為取消権を行使された受益者は、詐害行為取消権の行使の結果として逸出財産を債務者に返還する義務を負うにもかかわらず、その逸出財産の返還を完了したとしても、詐害行為取消しの効果が債務者には及ばないために、その逸出財産を取得するためにした反対給付の返還等を債務者に請求することができないとされている。

上記①から③までは、詐害行為取消しの効果が債務者には及ばないことと整合しない。他方、上記④は、詐害行為取消しの効果が債務者には及ばないことと整合はするが、その結論の妥当性に疑問がある。破産法においては、否認権を行使された受益者は、逸出財産を取得するためにした反対給付の返還又は価額償還を請求することができるとされている（同法第168条）。

以上に照らせば、端的に詐害行為取消しの効果は債務者にも及ぶことを前提に制度設計をするのが相当であると考えられる。

2 改正の内容

素案は、上記の問題の所在を踏まえ、詐害行為取消請求を認容する確定判決は、訴訟当事者（債権者及び受益者又は転得者）のほか、債務者に対してもその効力を有する旨を定めるものである。また、債務者の全ての債権者（民法第425条）に対してもその効力を有することとしている。この債権者には、詐害行為の時又は判決確定の時より後に債権者となった者も含まれることを前提としている。

10 受益者の反対給付及び受益者の債権

受益者の反対給付及び受益者の債権に関して、次のような規定を新たに設けるものとする。

- (1) 債務者がした財産の処分に関する行為（債務の消滅に関する行為を除く。）が取り消された場合において、受益者は、債務者から取得した当該財産を返還し又はその価額を償還したときは、債務者に対し、当該財産を取得するためにした反対給付の返還を請求することができる。債務者が当該反対給付の返還をすることが困難であるときは、受益者は、価額の償還を請求することができる。
- (2) 債務者がした債務の消滅に関する行為が取り消された場合（前記4による取消しの場合を除く。）において、受益者が債務者から受けた給付を返還し又はその価額を償還したときは、受益者の債務者に対する債権は、これによって原状に復する。

○中間試案第15、11「受益者が現物の返還をすべき場合における受益者の反対給付」

- (1) 債務者がした財産の処分に関する行為が取り消された場合において、受益者が債務者から取得した財産（金銭を除く。）を返還したときは、受益者は、債務者に対し、当該財産を取得するためにした反対給付の現物の返還を請求することができるものとする。この場合において、反対給付の現物の返還が困難であるときは、受益者は、債務者に対し、価額の償還を請求することができるものとする。
- (2) 上記(1)の場合において、受益者は、債務者に対する金銭の返還又は価額の償還の請求権について、債務者に返還した財産を目的とする特別の先取特権を有するものとする。ただし、債務者が、当該財産を受益者に処分した当時、その反対給付について隠匿等の処分（前記2(1)ア参照）をする意思を有しており、かつ、受益者が、その当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたときは、受益者は、その特別の先取特権を有しないものとする。
- (3) 上記(2)の適用については、受益者が債務者の親族、同居者、取締役、親会社その他の債務者の内部者であったときは、受益者は、当該行為の当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたものと推定するものとする。

○中間試案第15、12「受益者が金銭の返還又は価額の償還をすべき場合における受益者の反対給付」

- (1) 債務者がした財産の処分に関する行為が取り消された場合において、受益者が債務者から取得した財産である金銭を返還し、又は債務者から取得した財産の価額を償還すべきときは、受益者は、当該金銭の額又は当該財産の価額からこれを取得するためにした反対給付の価額を控除した額の返還又は償還をすることができるものとする。ただし、債務者が、当該財産を受益者に処分した当時、その反

対給付について隠匿等の処分（前記2(1)ア参照）をする意思を有しており、かつ、受益者が、その当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたときは、受益者は、当該金銭の額又は当該財産の価額の全額の返還又は償還をしなければならないものとする。

(2) 上記(1)の場合において、受益者が全額の返還又は償還をしたときは、受益者は、債務者に対し、反対給付の現物の返還を請求することができるものとする。この場合において、反対給付の現物の返還が困難であるときは、受益者は、債務者に対し、価額の償還を請求することができるものとする。

(3) 上記(1)の適用については、受益者が債務者の親族、同居者、取締役、親会社その他の債務者の内部者であったときは、受益者は、当該行為の当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたものと推定するものとする。

○中間試案第15、10「受益者の債権の回復」

債務者がした債務の消滅に関する行為が取り消された場合において、受益者が債務者から受けた給付を返還し、又はその価額を償還したときは、受益者の債務者に対する債権は、これによって原状に復するものとする。

(説明)

1 素案(1)について

(1) 現行の規定及び問題の所在

民法第424条及び第425条は、詐害行為が取り消された場合に受益者が債務者に対して反対給付の返還を請求することができるかについて、特段の規律を定めていないが、判例（大連判明治44年3月24日民録17輯117頁等）は、詐害行為取消しの効果が債務者には及ばないとしていることから、受益者は、債務者から取得した財産を返還したとしても、その財産を取得するためにした反対給付の返還を債務者に対して請求することはできないと理解されている。この場合に、受益者は、債務者に対して返還した財産によって取消債権者を含む債権者がその債権の満足を得たときに初めて、債務者に対して不当利得の返還請求をすることができるにすぎないとされている。したがって、受益者は、債務者に対してした反対給付の返還請求権について、取消債権者及び他の一般債権者に劣後することとなり、他方、取消債権者及び他の一般債権者は、受益者が債務者に対して返還した財産と、受益者がその財産を取得するためにした反対給付の双方を、債務者の責任財産として把握することになる。

以上の結論は、詐害行為取消しの効果が債務者には及ばないことと整合的ではあるが、取消債権者と受益者との間の利益衡量の観点からは相当でないと考えられる。破産法上の否認権については、詐害行為取消権と異なり、受益者は反対給付が破産財団中に現存する場合にはその反対給付の返還を請求することができ（同法第168条第1項第1号）、反対給付が破産財団中に現存しない場合にはその反対給付の価額の償還を財団債権者として請求することができる（同項第2号）。

そこで、詐害行為取消権についても、受益者が反対給付の返還を請求することがで

きるとする必要があると考えられる。前記9のとおり詐害行為取消しの効果を債務者にも及ぼすのであれば、反対給付の返還請求を認めることによる理論的な問題はないと考えられる。

(2) 改正の内容

素案(1)前段は、上記の問題の所在を踏まえ、受益者が債務者から取得した財産を返還し又はその価額を償還したときは、当該財産を取得するためにした反対給付の返還を債務者に対して請求することができる旨を定めるものである。

素案(1)後段は、取消債権者が受益者に対して現物返還に代わる価額償還の請求をすることができるのと同様に（前記6(1)後段参照）、受益者も債務者に対して反対給付の現物返還に代わる価額償還の請求をすることができる旨を定めるものである。

(3) 中間試案について

中間試案では、受益者の反対給付の返還請求権について優先権を与える内容の規律を設けることとされていた（中間試案第15、11(2)(3)、12参照）。具体的には、受益者が金銭以外の物を返還した場合には、返還した物を目的とする先取特権が与えられ（11(2)参照）、金銭を返還する場合には、反対給付の価額との差額を償還すれば足りることとする（12(1)参照）ものである。

もっとも、これに対しては、受益者は詐害行為の相手方であるから、取消債権者の被保全債権との関係で優先権を認める必要はないと考えられ、受益者の保護は詐害行為取消権の要件を明確にし適切に限定することによって図るべきである旨の指摘や、返還された逸出財産と反対給付との双方が債務者の責任財産を構成する結果となるという点については、確かに反対給付は形式的には債務者の責任財産を構成するとは言えるが、実際には債務者が費消するなどして単純に債務者の責任財産を構成するとは言い難い状況にある場合が多い旨の指摘がある。また、取消債権者の費用償還請求権との優劣関係についてみれば、中間試案では、受益者が金銭以外の物を返還した場合には、取消債権者の費用償還請求権が受益者の反対給付返還請求権に優先するとされる一方で（中間試案第15、9(2)参照）、受益者が金銭を返還する場合には、法律関係の簡便な処理を図る観点から差額償還が認められる結果、取消債権者の費用償還請求権が受益者の反対給付返還請求権に劣後することとなるが（中間試案第15、12(1)参照）、そのような差異を正当化することは困難である旨の指摘がある。

以上のほか、受益者が返還した物を目的とする先取特権を受益者に与える中間試案第15、11(2)の規律については、これを条文化するに当たっては、受益者の先取特権と他の先取特権との優先順位に関する規律を置く必要があり、また、受益者の先取特権（不動産の先取特権）を有効に機能させるためには受益者の債務者に対する先取特権の登記請求権に関する規律を置く必要もある（中間試案の補足説明182頁参照）。上記のとおり、受益者の反対給付の返還請求権に関する規律としては、中間試案第15の11及び12があることから、両者を統合して整理する必要もある。以上を踏まえつつ、民法上の他の制度との関係における規律の密度や詳細さのバランス等をも考慮した結果、受益者の反対給付の返還請求権については、素案(1)の規律（中間試案第15、11(1)参照）のみを設けることとし、その優先権に関する規律については、実

務の運用や解釈等に委ねることとした。

2 素案(2)について

(1) 現行の規定及び問題の所在

民法第424条及び第425条は、債務消滅行為が取り消された場合に受益者の債務者に対する債権が回復するかについて、特段の規律を定めていない。そのため、この点について疑義を生じ、判例（大判昭和16年2月10日民集20巻79頁）が、債務者の受益者に対する弁済や代物弁済が取り消された場合には、受益者の債務者に対する債権は回復する旨を判示している。

判例（上記大連判明治44年3月24日）は、詐害行為取消しの効果が債務者には及ばないとしていることから、債務消滅行為が取り消された場合にその債権が回復するという上記の結論には、理論的な整合性の観点からの疑問があり得るものの、少なくともその結論自体は相当であると考えられる。また、前記9のとおり詐害行為取消しの効果を債務者にも及ぼすのであれば、債権の回復を認めることによる理論的な問題はないと考えられる。

破産法上の否認権についても、債務消滅行為が否認された場合に相手方がその受けた給付を返還し又はその価額を償還したときは、相手方の債権は回復するとされている（同法第169条）。

(2) 改正の内容

素案(2)は、上記の問題の所在を踏まえ、債務消滅行為が取り消された場合に受益者が債務者から受けた給付を返還し又はその価額を償還したときは、受益者の債務者に対する債権は原状に復する旨を定めるものである。

ところで、債務消滅行為が過大な代物弁済等（前記4参照）に該当する場合において、前記4を根拠として、当該代物弁済によって消滅した債務の額に相当する部分を超える部分のみが取り消されたときは、受益者がその取り消された部分の価額を償還したとしても、当該代物弁済によって消滅した債務の額に相当する部分の価額を償還したことにはならないから、受益者の債務者に対する債権は回復しない。このことを示すため、素案(2)では、債務消滅行為が前記4によって取り消された場合を除く旨を明記している。

11 転得者の反対給付及び転得者の債権

転得者の反対給付及び転得者の債権に関して、次のような規定を新たに設けるものとする。

債務者がした行為が転得者に対する詐害行為取消権の行使によって取り消された場合において、当該転得者は、その前者から取得した財産を返還し又はその価額を償還したときは、次の(1)又は(2)に掲げる区分に応じ、それぞれ当該(1)又は(2)に定める権利を行使することができる。ただし、当該転得者が当該財産を取得するためにした反対給付の価額又は当該財産の取得によって消滅した当該転得者の債権の価額を限度とする。

(1) 債務者がした財産の処分に関する行為（債務の消滅に関する行為を除く。）

が取り消された場合

受益者が当該財産を返還し又はその価額を償還したとすれば前記10(1)によって生ずべき受益者の債務者に対する反対給付の返還請求権又はその価額の償還請求権

(2) 債務者がした債務の消滅に関する行為が取り消された場合

受益者が当該財産を返還し又はその価額を償還したとすれば前記10(2)によって回復すべき受益者の債務者に対する債権

○中間試案第15、13「転得者の前者に対する反対給付等」

債務者がした受益者との間の行為が転得者に対する詐害行為取消権の行使によって取り消された場合において、転得者が前者から取得した財産を返還し、又はその価額を償還したときは、転得者は、受益者が当該財産を返還し、又はその価額を償還したとすれば前記10によって回復すべき債権又は前記11によって生ずべき反対給付の返還若しくは償還に係る請求権を、転得者の前者に対する反対給付の価額又は転得者が前者に対して有していた債権の価額の限度で、行使することができるものとする。

(注) このような規定を設けない(解釈に委ねる)という考え方、詐害行為取消権を行使された転得者の前者に対する反対給付の全額の返還請求又は転得者が前者に対して有していた債権の全額の回復を無条件に認めるという考え方がある。

(説明)

1 現行の規定及び問題の所在

民法第424条及び第425条は、転得者に対する詐害行為取消権の行使によって債務者の受益者に対する詐害行為が取り消された場合において、①転得者が債務者の逸出財産を取得するために前者に対してした反対給付の返還を請求することができるか(転得者が反対給付をして逸出財産を転得した場合)、また、②転得者が逸出財産を取得することによって消滅した転得者の前者に対する債権が回復するか(転得者が代物弁済等によって逸出財産を転得した場合)について、特段の規律を定めていない。判例(大連判明治44年3月24日民録17輯117頁等)は、詐害行為取消しの効果は債務者にも転得者の前者にも及ばないとしていることから、転得者が逸出財産を債務者に返還したとしても、前者に対してした反対給付の返還請求や前者に対する債権の回復は認められないと理解されている。この場合に、転得者は、債務者に対して返還した財産によって取消債権者を含む債権者がその債権の満足を得たときに初めて、債務者に対して不当利得の返還請求をすることができるにすぎないとされている。

したがって、取消債権者及び他の一般債権者は、①転得者が債務者に対して返還した財産と、受益者が当該財産を取得するためにした反対給付の双方を、債務者の責任財産として把握することになる(受益者が反対給付をして当該財産を取得した場合)か、又は②転得者が債務者に対して返還した財産を債務者の責任財産として把握しつつ、受益

者が当該財産を取得することによって消滅した受益者の債務者に対する債権が回復しないことによる利益をも享受する（受益者が代物弁済等によって当該財産を取得した場合）ことになり得る。

この結論は、詐害行為取消しの効果が債務者にも転得者の前者にも及ばないことと整合的ではあるが、取消債権者及び他の一般債権者と転得者との間の利益衡量の観点からは相当でないと考えられる。また、前記10のとおり受益者の反対給付や債権について一定の手当てをするのであれば、転得者の反対給付や債権についても何らかの手当てをする必要があると考えられる。さらに、前記9のとおり詐害行為取消しの効果を債務者にも及ぼすのであれば、少なくとも転得者が債務者に対して何らかの請求をするという形式を採る限りにおいては、詐害行為取消しの効果との関係で理論的な問題は生じないと考えられる。前記9を前提としても転得者の前者には詐害行為取消しの効果は及ばないから、転得者がその前者に対して何らかの請求をするという形式を採る場合には、詐害行為取消しの効果との関係で理論的な問題を生じ得るが、この転得者の前者に対する請求の可否については、引き続き解釈に委ねることとしている。

なお、破産法上の否認権については、受益者の反対給付や債権の取扱いに関する規定がある一方で（同法第168条、第169条）、転得者の反対給付や債権の取扱いに関する規定はない。その観点から、まずは民法の詐害行為取消権の箇所に転得者の反対給付や債権の取扱いに関する規定を設けるべきである旨の指摘がある。

2 改正の内容

素案は、上記の問題の所在を踏まえ、転得者がその前者から取得した財産を返還し又はその価額を償還した場合において、①債務者がした詐害行為の内容が財産の処分に関する行為（債務消滅行為を除く。）であるときは、転得者は、受益者が当該財産を返還し又はその価額を償還したと仮定すれば前記10(1)によって生ずべき受益者の債務者に対する反対給付の返還請求権又はその価額の償還請求権を行使することができ、他方、②債務者がした詐害行為の内容が債務の消滅に関する行為（代物弁済等）であるときは、転得者は、受益者が当該財産を返還し又はその価額を償還したと仮定すれば前記10(2)によって回復すべき受益者の債務者に対する債権を行使することができる旨を定めるものである。

ただし、転得者が受益者の債務者に対する権利を行使するに当たっては、その上限として、(a)転得者が当該財産を取得するために前者に対してした反対給付の価額（転得者が反対給付をして逸出財産を転得した場合）又は(b)転得者が当該財産を取得することによって消滅した転得者の前者に対する債権の価額（転得者が代物弁済等によって逸出財産を転得した場合）による限定を加える必要がある。そうしなければ、転得者に過剰な利益を与えることになるからである。そこで、素案の柱書きのただし書において、その上限を明記することとした。

素案(1)（上記①）の場面として具体的に想定されるのは、例えば、債務者が受益者に対して自己の財産を売却した後、(a)受益者が転得者に対して当該財産を売却した場合と、(b)受益者が転得者に対して当該財産をもって代物弁済をした場合である。(a)の場合には、転得者が受益者に対して支払った売買代金の価額を上限とし、(b)の場合には、転得

者が受益者から代物弁済を受けることによって消滅した転得者の受益者に対する債権の価額を上限として、転得者は、受益者が債務者に対して支払った売買代金の返還請求権を行使することになる。

素案(2) (上記②) の場面として具体的に想定されるのは、例えば、債務者が受益者に対して自己の財産をもって代物弁済をした後、(a)受益者が転得者に対して当該財産を売却した場合と、(b)受益者が転得者に対して当該財産をもって代物弁済をした場合である。(a)の場合には、転得者が受益者に対して支払った売買代金の価額を上限とし、(b)の場合には、転得者が受益者から代物弁済を受けることによって消滅した転得者の受益者に対する債権の価額を上限として、転得者は、受益者が債務者から代物弁済を受けることによって消滅した受益者の債務者に対する債権を行使することになる。

12 詐害行為取消権の期間の制限

民法第426条の規律を次のように改めるものとする。

前記1(1)又は5の取消しの請求に係る訴えは、債務者が債権者を害することを知って行為をしたことを債権者が知った時から2年を経過したときは、提起することができない。行為の時から10年を経過したときも、同様とする。

○中間試案第15、14「詐害行為取消権の行使期間」

詐害行為取消しの訴えは、債務者が債権者を害することを知って詐害行為をした事実を債権者が知った時から2年を経過したときは、提起することができないものとする。詐害行為の時から〔10年〕を経過したときも、同様とするものとする。

(説明)

1 素案前段について

(1) 現行の規定及び問題の所在

民法第426条前段は、詐害行為取消権の行使期間について、債権者が「取消しの原因」を知った時から2年で消滅時効にかかる旨を定めているが、債権者が「詐害行為の客観的事実」を知った時から起算されるのか、債権者が「債務者が債権者を害することを知って法律行為をした事実」を知った時から起算されるのかについて疑義を生じ、判例(最判昭和47年4月13日判時669号63頁)が、民法第426条前段の時効期間は、債権者が「債務者が債権者を害することを知って法律行為をした事実」を知った時から起算される旨を判示している。そこで、この判例法理を明文化する必要があると考えられる。

また、詐害行為取消権は、民法第120条以下の取消権その他の実体法上の形成権ではないから、詐害行為取消権の2年の行使期間を同法第126条のように消滅時効と捉えるのではなく、会社法第865条第2項のように除斥期間ないし出訴期間と捉えるのが相当であると考えられる。除斥期間ないし出訴期間と捉えれば、時効の中断(更新)等に関する規定の適用はないことになる。否認権の行使期間に関する破産法第176条も、破産手続開始の日から2年、否認しようとする行為の日から20年の

除斥期間を定めたものであると解されている。

(2) 改正の内容

素案前段は、上記の問題の所在を踏まえ、詐害行為取消しの訴えは、債務者が債権者を害することを知って行為をしたことを債権者が知った時から2年を経過したときは、提起することができない旨を定めるものである。

2 素案後段について

(1) 現行の規定及び問題の所在

民法第426条後段は、詐害行為取消権が詐害行為の時から20年の期間制限にかかる旨を定めている。もっとも、詐害行為取消権を行使するには詐害行為時から詐害行為取消権の行使時（詐害行為取消訴訟の事実審の口頭弁論終結時）まで債務者の無資力状態が継続することが要件とされているから（大判昭和12年2月18日民集16巻120頁等参照）、20年もの長期間にわたって債務者の行為や債務者の財産状態を放置したまま推移させた債権者に詐害行為取消権を行使させる必要性は乏しいと考えられる。

加えて、平成16年の倒産法改正の際には、否認権の行使期間について、破産法第176条の20年の期間を短期化すべきである旨の意見が出されたが、詐害行為取消権の行使期間に関する民法第426条と異なる期間を定めるのは相当でないという配慮から、破産法第176条の20年の期間が維持されたという経緯がある。

(2) 改正の内容

素案後段は、上記の問題の所在を踏まえ、民法第426条後段の期間を20年から10年に改めるものである。

【取り上げなかった論点】

○ 中間試案第15、9「詐害行為取消権の行使に必要な費用」

この論点については、詐害行為取消権の行使に必要な費用の範囲としていかなる費用が含まれるか、費用の額の相当性も問題となり得るかといった点が必ずしも明確でない旨の指摘があるほか、相殺による事実上の債権回収を否定する規定を置かない場合にもこれを認めるべきかどうかについて、意見が分かれている状況にある。以上のほか、民法上の他の制度との関係における規律の密度や詳細さのバランス等をも考慮し、費用償還請求権に関する規律について明文の規定を設けることは見送ることとし、実務の運用や解釈等に委ねることとした。

○ 中間試案第15、8「逸出財産の返還の方法等」の(1)（ただし(1)ウ後段を除く。）

この論点については、あえてこのような細かな規定を民法に設ける必要はない旨の指摘がある。民法上の他の制度との関係における規律の密度や詳細さのバランス等をも考慮し、逸出財産の具体的な返還方法に関する規律について明文の規定を設けることは見送ることとし、実務の運用や解釈等に委ねることとした。