

民法（債権関係）の改正に関する論点の検討(11)

目次

第1	弁済	1
1	弁済の意義	1
2	第三者による弁済	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	4
3	弁済として引き渡した物の取戻し	7
4	債権者以外の第三者に対する弁済	8
	(1) 受領権限を有する第三者に対する弁済の有効性	8
	(2) 債権の準占有者に対する弁済（民法第478条）	9
	ア 「債権の準占有者」要件	9
	イ 善意無過失要件の見直し	11
	ウ 債権者の帰責事由	13
	エ 民法第478条の適用範囲の拡張	15
	(3) 受取証書の持参人に対する弁済（民法第480条）	16
	(4) 免責証券の持参人に対する弁済	17
5	代物弁済に関する法律関係の明確化（民法第482条）	19
6	弁済の内容に関する規定	22
	(1) 特定物の現状による引渡し（民法第483条）	22
	(2) 弁済をすべき場所，時間等に関する規定	23
	(3) 弁済の費用（民法第485条）	25
	(4) 受取証書・債権証書の取扱い（民法第486条，第487条）	26
7	弁済の充当（民法第488条から第491条まで）	28
	(1) 弁済の充当に関する規律の明確化	28
	(2) 民事執行手続における配当と弁済の充当	32
8	弁済の提供（民法第492条，第493条）	33
	(1) 弁済の提供の効果の明確化	33
	(2) 口頭の提供すら不要とされる場合の明文化	36
9	弁済の目的物の供託（弁済供託）	37
	(1) 弁済供託の要件・効果の明確化	37
	(2) 自助売却の要件の拡張	40
10	弁済による代位	43

(1) 任意代位の見直し	43
(2) 弁済者が代位する場合の原債権の帰すう	44
(3) 法定代位者相互間の関係に関する規定の明確化	48
(4) 一部弁済による代位の要件・効果	54
(5) 債権者の義務	59
第2 相殺	63
1 相殺の要件	63
(1) 相殺の要件の明確化	63
(2) 第三者による相殺	65
(3) 相殺禁止の意思表示	69
2 相殺の効力	69
(1) 相殺の遡及効	69
(2) 充当に関する規律の見直し	72
3 時効消滅した債権を自働債権とする相殺	75
4 不法行為債権を受働債権とする相殺の禁止	77
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	81
(1) 法定相殺と差押え	81
(2) 相殺予約の効力	86
6 相殺権の濫用	89
別紙 比較法資料	1
〔ドイツ民法〕	1
〔フランス民法〕	3
〔フランス民法改正草案（カタラ草案）〕	4
〔フランス民法改正草案（司法省草案2011年版）〕	4
〔ユニドロワ国際商事契約原則2010〕	5
〔ヨーロッパ契約法原則〕	7

※ 本資料の比較法部分は、以下の翻訳・調査による。

- ユニドロワ国際商事契約原則 2010
<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-japanese.pdf> (内田貴＝曾野裕夫＝森下哲朗訳)
- ヨーロッパ契約法原則
 オーレ・ランドー／ヒュー・ビール編，潮見佳男 中田邦博 松岡久和監訳「ヨーロッパ契約法原則Ⅰ・Ⅱ」(法律文化社・2006年)
 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)
- ドイツ民法・フランス民法・フランス民法改正草案（カタラ草案）・フランス民法改正草案（司法省草案2011年版）
 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，石田京子 早稲田大学法務研究科准教授・法務省民事局参事官室調査員，大澤彩 法政大学法学部准教授・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，幡野弘樹 立教大学法学部准教授・前法務省民事局参事官室調査員

また、「立法例」という際には，上記モデル法も含むものとする。

第1 弁済

1 弁済の意義

- ア 債務が履行された場合には、弁済によって債権が消滅する旨の規定を設けるものとしてはどうか。
- イ 民事執行手続による満足（配当等）と弁済との関係に関する一般的な規定は、設けないものとしてはどうか。

○ 中間的な論点整理第17, 1「弁済の効果」[57頁(136頁)]

弁済によって債権が消滅するという基本的なルールについて、明文の規定を設けるものとしてはどうか。

また、弁済の効果についての規定を設けることと関連して、弁済と履行という用語の関係や民事執行手続による満足（配当等）と弁済との関係を整理することについて、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 2[1頁],
同(関連論点)1[1頁], 同(関連論点)2[2頁]】

(補足説明)

1 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。現在は、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、弁済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。本文アは、基本的なルールはできる限り条文上明確にすることが必要であるという考慮に基づき、弁済によって債権が消滅する旨の規定を設けることを提案するものである。

弁済の意義を明らかにするに当たっては、弁済と履行という用語の関係が問題となり得る。この点については、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行う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結果の面から見たものであるとする見解が有力である。これを踏まえ、本文アでは、債務が履行された場合に債権が消滅することと、このようにして債権が消滅することを弁済と呼ぶことを表す趣旨で、債務が履行された場合には弁済によって債権が消滅するという文案を試みに提示している。

2 民法は、弁済と履行という用語に関して、必ずしも上記のような使い分けをしていない。そこで、本文アのほか、民法で弁済又は履行という用語を使っている条文については、上記の見解に従って、文言の整理を行うことが考えられる。具体的には、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、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）については、引き続き、弁済という用語を用いることが考えられる。

もっとも、当面は具体的な規律内容の議論に集中し、混乱を避ける趣旨で、この部会資料における以下の記述では、基本的に、現在の条文における用語法に従うも

のとする。

- 3 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。）と弁済との関係については、現在、条文上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の問題である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、配当等が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。これに対して、第8回会議では、民事執行法の解釈として、配当等は必ずしも弁済と同義ではないという見解も有力に主張されているとの指摘があった。この見解からは、具体的な違いが現れる例として、配当異議の申出をしなかった債権者が、配当表に従い配当を受けた他の債権者に対して不当利得返還請求をすることができるかという問題が示され、配当等は弁済と同義ではないという理解を前提として、不当利得返還請求ができないという見解が主張されている。この結論は、弁済が配当等と同義ではないという見解を前提としなければ導かれないものではないと思われるが、民事執行法においてこのような議論があることを踏まえると、現時点で、配当等も弁済である旨を民法で明記するのは、必ずしも適切ではないように思われる。そこで、本文イでは、民法にこの点に関する規定を設けないことを提案している。

もっとも、第1の問題について規定を設けない場合であっても、第2の問題について、弁済に関する民法上の個別の規定が配当等にも適用されるかどうかを条文上明確にすることが検討対象となり得る。例えば、弁済の充当や弁済による代位に関する規定が、必要に応じて修正された上で配当等にも適用されるとされているため、そのルールを条文上明記することが考えられる。この部会資料においても、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、後記7(2)で検討対象としている。

2 第三者による弁済

(1) 「利害関係」と「正当な利益」の関係

債務者の意思に反して弁済することができない第三者の範囲の要件（民法第474条第2項）について、「正当な利益を有する者」（同法第500条参照）以外の第三者に改めるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

○ 中間的な論点整理第17、2(1)「利害関係」と「正当な利益」の関係 [57頁 (137頁)]

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「利害関係」を有する第三者（民法第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)との関係が不明確であるという問題意識を踏まえて、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不明確な文言の使い分けを避ける方向で、更に検討してはどうか。具体的には、例えば、法定代位が認められる者についての「弁済をするについて正当な利益を有する者」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考え方が示されており、このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 3(1) [2頁]】

《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。

(補足説明)

1 民法第474条は、債務者の意思に反して第三者が弁済をするためには、その者が「利害関係」(同条第2項)を有する必要がある旨を規定している。他方、弁済をした第三者が「正当な利益を有する者」である場合には、その第三者は、求償権を取得するとともに、当然に債権者に代位すること(法定代位)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、第三者弁済をする「利害関係」を有する者には該当せず、「正当な利益を有する者」のみに該当するという差異がある旨の指摘がある。しかし、「利害関係」と「正当な利益を有する者」という文言の使い分けから、このような差異を読み取ることは困難である。また、法定代位が認められる「正当な利益を有する者」以外の第三者が「利害関係を有しない」者とされるのであるから、あえて異なる用語を用いなくても規定することは可能ではないかという考え方が示されている。また、法定代位制度の目的が第三者による弁済を促進することにあるとされているように、両者が連続性のある制度であることから、両者の要件を共通にすることによって、両者の関係を条文上も明らかにすることが望ましいとの指摘もある。

2 そこで、本文は、上記のような問題意識を踏まえて、民法第474条第2項と同

法第500条の要件を共通にする考え方の是非を問うものである。具体的には、法定代位が認められる者についての「弁済をするについて正当な利益を有する者」という表現を、債務者の意思に反して弁済できない第三者の範囲を画する場面でも用いることが考えられる。第8回会議では、このような考え方に賛成する意見があり、これに対して特に異論はなかった。

(2) 利害関係を有しない第三者による弁済

ア 利害関係を有しない第三者による弁済について、債務者ではなく、債権者の意思に反して弁済をすることができない旨の規定に改めるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

イ 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という規律（民法第474条第2項）について、以下のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 利害関係を有しない第三者であっても、債務者の意思にかかわらず弁済をすることができる（民法第474条第2項を削除する）ものとした上で、債務者の意思に反して弁済をした者は求償権を取得しない旨の規定を設けるものとする。

【乙案】 民法第474条第2項を維持するものとする。

ウ 上記イにおいて甲案を採用する場合には、第三者が弁済をしたときは、当該弁済者は、委任、事務管理又は不当利得により求償権を取得する旨の規定を併せて設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

○ 中間的な論点整理第17, 2(2)「利害関係を有しない第三者による弁済」[58頁(137頁)]

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、当該弁済は無効とされている（民法第474条第2項）が、これを有効とした上で、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ある。このような考え方の当否について、①委託を受けない保証（同法第462条）や債権譲渡（同法第466条）とは異なり、第三者による弁済の場合には債権者の積極的な関与がないという点をどのように考えるか、②事務管理や不当利得に関する規律との関係をどのように考えるか、③利害関係を有しない第三者による弁済が認められる場合における当該第三者による弁済の提供の効果をどのように考えるか（後記8(1)）などの点に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 3(2) [3頁]】

○ 中間的な論点整理第17, 8(1)「弁済の提供の効果の明確化」[61頁(147頁)]

(略)

また、利害関係を有しない第三者による弁済が認められる場合における、当該第

三者による弁済の提供の効果を条文上明確にすべきかどうかについて、併せて検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 9 [20頁]】

《参考・現行条文》

(第三者の弁済)

民法第474条 (略)

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。

(比較法)

- ・ドイツ民法第267条第2項
- ・フランス民法第1236条, 第1237条
- ・フランス民法改正草案(司法省草案2011年版)第51条
- ・フランス民法改正草案(カタラ草案)第1221条
- ・ヨーロッパ契約法原則第7:106条

(補足説明)

- 1 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とされている(民法第474条第2項)。このような制限を設けた理由として、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(保証人に関する同法第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、利害関係を有しない第三者による債務者の意思に反しない弁済の提供に対して、債権者は、受領を拒絶することができないと一般に考えられているため、債権者は、債務者の意思に反するかどうかの確認を待たずに第三者から受領してしまうことがあり得る。この場合において、債務者の意思に反することが事後的に判明したときに、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。パブリック・コメントに寄せられた意見の中にも、利害関係を有しない第三者によって弁済された場合に、債務者の意思を適時に確認できないため、実務上、債権者が対応に苦慮することがあるという指摘があった。同法第474条第2項については、以上のような問題意識を踏まえた見直しが検討課題となる。
- 2 第8回会議においては、民法第474条第2項の見直しの前提として、利害関係を有しない第三者からの弁済の提供を債権者が受領拒絶することの可否に関する問題提起があった。この問題についての現行法の解釈としては、学説上、利害関係のない第三者からの弁済の提供が債務者の意思に反しない場合には、前述のように、

債権者は受領を拒絶できないと考えられている。そのため、債権者は、利害関係を有しない第三者からの弁済の提供があった場合に、当該弁済が無効となるリスクがあるとしても、受領を拒絶できず、対応に苦慮することになるという問題提起である。

この点について、第8回会議においては、比較法的に、利害関係を有しない第三者は、債務者でなくむしろ債権者の意思に反して弁済をすることができないという規律が少なくないことを紹介した上で、債権者の意思的な関与を必要とする方向で見直すべきであるという意見があった。この考え方に沿って規定を見直すのであれば、利害関係を有しない第三者から弁済の提供があった場合に対応に苦慮するという債権者にとっての問題は解消されることになる。

以上を踏まえ、本文アは、利害関係を有しない第三者からの弁済の提供を債権者が受領拒絶することができるとする考え方の当否を取り上げるものである。これは、第三者による弁済の要件について、債務者の意思を問わないこととするを前提とするものであるから、この提案を採用するのであれば、本文イ及び本文ウは問題とならないことになる。

- 3 本文アの提案については、債権者は、利害関係を有しない第三者からの弁済の提供であっても、債務者からの弁済と同内容の満足を得られるのだから、これを拒絶させる必要性が乏しいという批判があり得る。この批判を踏まえ、この補足説明1記載のような問題意識に対応しようとするれば、利害関係を有しない第三者は、債務者の意思に反するか否かにかかわらず、有効に弁済をすることができるということが考えられる。このような考え方によれば、当該第三者からの弁済の提供があったときに、債権者は、債務者の意思にかかわらず弁済として受領すればよいので、債権者が対応に苦慮することがあるという問題は解消される。

他方で、その意思に反する弁済によって望まない第三者からの求償権行使にさらされる債務者の保護も考える必要がある。そこで、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ときは、債務者に対する求償権の取得を否定するという考え方が提案されている。仮にこのような考え方を採用するとしても、利害関係を有しない第三者は、債務者の意思に反しないことを確認した上で弁済することができる立場にあり、仮に債務者の意思を確認できない事情があるとしても、そもそも弁済をしないことによって不利益を受ける立場にはないのであるから、当該弁済の結果、仮に求償権を取得しないという効果が生ずるとしても、やむを得ないと言える。

以上の考慮に基づき、本文イの甲案では、利害関係を有しない第三者が債務者の意思にかかわらず弁済することができるものとした上で、債務者の意思に反して弁済をした者は求償権を取得しないことを提案している。第8回会議では、これに賛成する意見があった。

これに対して、利害関係を有しない第三者が債務者の意思に反して弁済をするのは、極めて異例であるから、あえて法律で有効と認める必要はないとする意見もある。この立場からは、利害関係のない第三者が弁済を希望するのであれば、債権者

との間で、保証契約を締結するか、併存的債務引受をすればよいと指摘されている。このような指摘を踏まえて、本文イの乙案は、債務者の意思に反して弁済をすることができないという現在の規律を維持することを提案している。

- 4 ところで、第8回会議においては、利害関係を有しない第三者が債務者の意思に反して弁済をした場合に、その弁済者が求償権を取得しないとするについては、委託を受けない保証（民法第462条）や債権譲渡（同法第466条）との関係に関して問題提起する意見があった。すなわち、委託を受けない保証人が事後求償権を取得したり、債権譲渡によって債権が移転したりするのに対して、債務者の意思に反して弁済をした者が求償権を取得しないのは、どのような理由に基づくのかというものである。これに対しては、委託を受けない保証や債権譲渡は債権者が契約の当事者となって関与する場合であるのに対し、利害関係を有しない第三者が債務者の意思に反してした弁済の場合は、債権者は弁済を受領しているだけであり、この点で債権者が交替するか否かの結論の差が生ずるという指摘があった。そして、この立場からは、債権の主体の変動を生じさせるためには、委託を受けない保証や債権譲渡が利用されることによって債権者の意思的関与が必要とされるべきであるとして、債務者の意思に反して弁済をした利害関係を有しない第三者が求償権を取得することを認めるべきではないと主張されている。
- 5 第8回会議では、本文イの甲案の弁済者が求償権を取得しないという提案と、事務管理や不当利得に基づく求償権との関係を明らかにする必要があるという問題提起があった。本文イの甲案は、弁済者が事務管理等に基づく求償権を取得しないとする点で、事務管理や不当利得の特則として位置付けられると考えられる。もっとも、現在は、弁済をした第三者は、委任、事務管理又は不当利得を根拠として求償権を取得すると考えられているが、このことは条文上必ずしも明確ではない。そこで、事務管理等の特則としての本文イの甲案の規定を設けるに当たっては、まず、その本則として、第三者による弁済の効果として求償権を取得する旨を明らかにする規定を設けることが考えられる。本文ウは、このように第三者による弁済の原則的な効果に関する規定を設けることの当否を併せて取り上げるものである。

3 弁済として引き渡した物の取戻し

民法第476条の規定を削除するものとしてはどうか。

○ 中間的な論点整理第17, 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）」[58頁（140頁）]

民法第476条は、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、これを削除する方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 4 [5頁]】

: 《参考・現行条文》 :

(弁済として引き渡した物の取戻し)
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。

(補足説明)

弁済者が制限行為能力者であった場合に関する民法第476条については、弁済を法律行為と見ない今日の下では、弁済そのものの取消しではなく、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に限られるという見解が有力である。また、代物弁済について同条が適用されることについては、諾成的な代物弁済契約の効力を認めるとすると(後記5参照)、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、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売主が引き渡した物の返還と代金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。

本文は、以上のような指摘を踏まえて、民法第476条の規定を削除することを提案するものである。

4 債権者以外の第三者に対する弁済

(1) 受領権限を有する第三者に対する弁済の有効性

債権者が弁済の受領権限を与えた第三者又は法律に基づき受領権限を有する第三者に対する弁済が有効である旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○ 中間的な論点整理第17, 4(1)「受領権限を有する第三者に対する弁済の有効性」[58頁(140頁)]

民法上、第三者が受領権限を有する場合についての明文の規定は置かれていないが、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、第三者が受領権限を有する場合には弁済が有効であることについて明文の規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 5(1)[6頁]】

(比較法)

- ・フランス民法第1239条
- ・フランス民法改正草案(司法省草案2011年版)第53条
- ・フランス民法改正草案(カタラ草案)第1221-2条

(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、債権担保や債権回収の手段として実務上広く活用され、重要な機能を果たしていると指摘されている。そこで、本文では、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を確認する旨の規定を設けることを提案している。

第三者に受領権限が認められる場合としては、債権者が当該第三者に対して受領権限を与えた場合のほか、法律上、第三者に受領権限が認められる場合がある。後者の例としては、破産管財人が挙げられる。また、見直しの議論があるが、債権者代位権を行使した代位債権者(部会資料35第1, 3(1)参照)もその一例となり得る。本文は、受領権限を有する第三者には、この両者が含まれることが明らかになるようにすることを提案するものである。

(2) 債権の準占有者に対する弁済(民法第478条)

ア 「債権の準占有者」要件

民法第478条の「債権の準占有者」という用語は、その具体的な内容を表す文言に改めるものとしてはどうか。

具体的な文言については、例えば、債権者の外観又は債権者以外の者で受領権限を有するものの外観を有している者とする考え方があり得るが、どのように考えるか。

○ 中間的な論点整理第17, 4(2)ア「「債権の準占有者」概念」[58頁(140頁)]

民法第478条の「債権の準占有者」という要件については、用語として分かりにくい上、財産権の準占有に関する同法第205条の解釈との整合性にも問題があると指摘されていることを踏まえて、同法第478条の適用範囲が明らかになるように「債権の準占有者」という要件の規定ぶりを見直す方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 5(2)ア [7頁]】

： 《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。

(比較法)

- ・フランス民法第1240条
- ・フランス民法改正草案(司法省草案2011年版)第54条
- ・フランス民法改正草案(カタラ草案)第1222条

(補足説明)

- 1 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、一定の要件の下で弁済が有効となることを認めている。

この「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、自ら債権者であると称する者がこれに含まれ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、文言からは必ずしも明らかではない。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のではないかとする見解も主張されてきた。沿革的にも、債権者の代理人と称する者に対する弁済には、同条の適用は想定されていなかったと言われる。また、債権者の代理人と称する者に対する弁済については、債権者の帰責事由が独立の要件とされる表見代理の規定で対応すべきであるとも考えられ、民法第478条を適用することには異論もあった。しかし、判例(最判昭和37年8月21日民集16巻9号1809頁等)は、債権者の代理人と称する者も準占有者に該当するとし、その後の学説の多くもこれを支持している。

そこで、条文の文言からその適用範囲を読み取ることができるようにするため、「債権の準占有者」という文言を見直すことが必要である。以上の考慮に基づき、本文第1パラグラフでは、「債権の準占有者」という用語をその具体的な内容を表す文言に改めることを提案している。

- 2 「債権の準占有者」という文言を見直す場合には、具体的な文言の在り方が問題となるが、現在は、以下に列举する者が「債権の準占有者」に該当し得るとされており、これらの者に対する弁済が規定の適用対象であることを読み取ることができるような文言とすることが必要である。

- ① 表見相続人(大判昭和15年5月29日民集19巻903号)
- ② 無効な債権譲渡の譲受人(大判大正7年12月7日民録24輯2310頁)
- ③ 債権が二重譲渡された場合に劣後する譲受人(最判昭和61年4月11日民集40巻3号558頁)
- ④ 偽造の債権証書・受取証書の所持人(大判昭和2年6月22日民集6巻408頁)

- ⑤ 詐称代理人（最判昭和37年8月21日民集16巻9号1809頁等）
- ⑥ 預金通帳と届出印の持参人（大判昭和16年6月20日民集20巻921頁）

学説では、「債権の準占有者」を「取引の観念から見て真実の債権者その他受領権者らしい外観を有する者」と定義する見解などが示されている。また、「債権の準占有者」の見直しに関する具体的な立法提案としては、「合理人を基準として債権者の外形を有していると判断される者」と「合理人を基準として債権者以外の者で受領権限を有するものの外形を有していると判断される者」という文言とすることを提案するものがある。文言の見直しに当たっては、以上のような「債権の準占有者」の定義に関する学説や立法提案などを参照しつつ検討することが有益であるが、特に以下の2点が重要であると思われる。第1点は、民法第478条が外観法理に基づく規定であることが明らかになるような文言とすることである。第2点は、その外観が信頼に値するものであるか否かについては、基本的に善意無過失要件（後記イ）の有無において判断されるべきものであり、「債権の準占有者」という要件に該当するか否かは、専ら外形的な事実から判断されるべきである。

また、民法第480条の見直し（後記(3)）との関連にも留意する必要がある。すなわち、受取証書の持参人に対する弁済に関する規定である同条を削除し、受取証書の持参人に対する弁済についても、同法第478条によって免責の可否を判断するという考え方が提案されているが、この提案が採用されるのであれば、「債権の準占有者」の見直しに当たっては、真正の受取証書の持参人も含まれるような定義を検討する必要がある。

本文第2パラグラフは、以上のような点を考慮した上で、文言の一例を提示するものである。

- 3 なお、「債権の準占有者」の定義は、民法第478条の適用範囲を画するものであるが、債権者の帰責事由の要否（後記ウ）に関連して、同条の適用範囲を見直した上で、その適用範囲については債権者の帰責事由を独立の要件とすべきであるという意見が主張された。しかし、この意見は、これまで「債権の準占有者」とされてきた者のうちの一定のものに対する弁済について、債務者の免責の要件として債権者の帰責事由を必要とすべきであるという点に意見の主眼があり、その他の者に対する弁済について、債務者が免責されるルールを不要とすることまで主張するものではないと思われる。そこで、債権者の帰責事由の要否については別途検討することとし（後記ウ参照）、同条の適用範囲を一般的に限定する方向で債権の準占有者という文言を見直すことは、検討対象としなかった。

イ 善意無過失要件の見直し

民法第478条の善意無過失という要件について、正当な理由に基づいて、債権者であると信じ、又は債権者以外の者で受領権限を有するものであると信じて、債務を履行することという要件に改めるものとしてはどう

か。

○ 中間的な論点整理第17, 4(2)イ「善意無過失要件の見直し」[59頁(141頁)]

民法第478条の善意無過失の要件に関して、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た判例法理を踏まえ、善意無過失という文言を見直す方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 5(2)イ [8頁]】

(補足説明)

1 民法第478条は、債権の準占有者への弁済が有効となる要件として、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き必要とされるものである。

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、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た。このような機械払方式による払戻しの事案については、過失の判断を柔軟に行うことによって対応できていることを理由に、規定の見直しの必要性を疑問視する意見もある。しかし、同条の過失は、文言を素直に読めば、弁済の時において相手方に受領権限があると信じたことについての過失を問題としており、機械払システムの設置管理についての過失のように、弁済時の弁済者の主観面と直接関係しない過失を考慮することは、民法第478条の条文の文言から直ちに導かれるものではない。

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、前記判例のような適用場面が増えたと考えられることから、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ことが必要であるという問題意識が示されている。

本文は、上記の問題意識に基づき、善意無過失要件を見直すことを提案するものである。

2 善意無過失要件を見直す場合の債務者側の要件は、前記判例を踏まえて、債務者の主観面に関する過失の有無に限らない事情を総合的に勘案できるような規範的な要件とすることが必要であると考えられる。

また、善意無過失要件の見直しは、債権者の帰責事由を独立の要件とするものの要否(後記ウ参照)とも関連するという指摘がある。現在は、債権者の帰責事由は独立の要件ではないという見解が有力であるが、この見解の中にも、債権者の帰責事由の有無が、債務者の過失の有無の判断に当たって考慮されているとす

るものがある。このような理解に立てば、債権者の帰責事由を独立の要件としない場合には、債務者側の事情のみならず、債権者側の事情をも考慮することができることを正面から明らかにするような要件とすることが望ましいということになる。

以上のような考慮に基づき、本文では、善意無過失という要件を改め、正当な理由に基づいて債権者であると信じ（又は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要件とすることを提案している。民法第110条における「正当な理由」について、近時では、相手方の善意無過失だけでなく、本人側の事情も含めて総合的に考慮することによって、本人の犠牲の下に相手方を保護すべきかどうかを総合的に判断するための要件として位置付けられるとする見解が有力であり、本文の提案は、これと同様の理解に基づくものである。

ウ 債権者の帰責事由

債権者に帰責事由があることは、民法第478条の独立の要件として設けないものとしてはどうか。

○ 中間的な論点整理第17、4(2)ウ「債権者の帰責事由の要否」[59頁(141頁)]

民法第478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ほかの制度（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独立の要件とするものの当否について、銀行預金の払戻しの場合に関する特別の規定を設ける必要性の有無を含めて、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1、5(2)イ（関連論点）[9頁]】

（補足説明）

1 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。この見解からは、債権者に何らの帰責事由がない場合であっても、債権者が権利を失うのは酷であるということも理由として主張されている。

他方で、真の債権者の帰責事由を独立の要件としないことを支持する見解も有力である。債務の弁済は既存の義務の履行であり、弁済しなければ債務不履行責任を負わされる立場にあるから、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べきではないとするものである。

以上のように、真の債権者の帰責事由の要否については見解が対立しているた

め、今般の民法（債権関係）の見直しにおいて、いずれかの立場を採用して立法的解決を図るかどうかが問題となる。

- 2 この点についての具体的な立法提案としては、真の債権者の帰責事由を独立の要件として必要とすべきとするものと、不要とするもののが示されている。また、この点については、第8回会議においても意見が分かれた。

債権者の帰責事由を独立の要件として必要とする考え方に対しては、弁済者からは知り得ない債権者の帰責事由の有無が独立の要件とされると、円滑迅速な決済の実現が不可能になり、実務に与える影響が大きいという批判がある。また、例えば、表見相続人に対する弁済のように、債権者に帰責事由があることが想定できないようなものもあるため、一律に債権者の帰責事由を独立の要件とすると、弁済者が免責される場面が限定されてしまうとの批判がある。

他方、債権者の帰責事由を独立の要件として不要とする考え方に対しては、債権者に帰責事由がない場合であっても権利を失うことになるのは酷であるという批判がある。もっとも、この考え方は、弁済者の免責の可否の判断に当たって、債権者の帰責事由の有無を一切考慮すべきではないとするわけではないことに留意する必要がある。前記のとおり、善意無過失要件（前記イ）の判断に当たって、債権者の帰責事由の有無も一つの考慮要素とされているとの理解も示されており、その意味では、債権者の帰責事由を独立の要件とする考え方との違いは、債権者の帰責事由がない場合に、弁済者の免責が認められないという結論を常に採るわけではないという点にあるに過ぎないとも言える。現行法の解釈としても、債権者の帰責事由を独立の要件としない考え方に立った上で、例えば、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による保護が及ばない銀行預金の窓口での払戻しについて、真の債権者である預金者に帰責事由がない場合には、金融機関の無過失の認定を厳格にすべきであるという見解が主張されている。

以上を踏まえると、債権者の帰責事由を独立の要件としない考え方の方が柔軟な解決を導くことが可能であると考えられることから、本文は、債権者の帰責事由を独立の要件として設けないことを提案するものである。

- 3 なお、この提案とは区別されるべき考え方として、債権の準占有者のうちの一定のものに対する弁済について、債権者の帰責事由を独立の要件とすべきであるという考え方が主張されている。

例えば、債権の準占有者に対する弁済を、①表見相続人や無効な債権譲渡の譲受人に対する弁済のように債権の帰属を誤認して弁済する類型、②債権者の同一性を誤認して弁済する類型、③債権者から受領権限を与えられていると誤認して弁済する類型に区分し、①については、債権者の帰責事由は不要であり、②③については、債権者の帰責事由が要件として必要であるとする考え方が提示されている。これは、①については、真の債権者に帰責事由があることが想定できない場合が多く、債権者の帰責事由を要件とすると債務者が免責される場合が存在し得なくなるが、②③については、外観に対する信頼を保護する他の法理とのバラ

ンス上、債権者の帰責事由を要件とすることが適切であるとするものである。この考え方からは、預金債権の払戻しについても、債権者の帰責事由が独立の要件として必要になり得る。もっとも、この考え方に対しては、預金債権の払戻しのよう大量迅速な決済が必要な類型の弁済について、債権者の帰責事由を独立の要件とすることに対する批判があるほか、①から③までの類型のいずれに該当するかの判断が実務的に可能かという問題もある。

これに対して、第8回会議においては、起草者は、民法第478条の適用場面が表見相続人に対する弁済など、適用場面が極めて限られると考えていたにもかかわらず、判例が、預金債権の払戻しにおいて、債務者である銀行を広く救済するという政策判断から、同条の適用範囲を拡張した上で、債権者の帰責事由を不要としてきた経緯があるという指摘があった。そして、このような経緯を踏まえた立法提案として、まず、同条の規定の適用範囲を上記①のような場面に限定し、債権者の帰責事由を独立の要件とする規定を本則として設けた上で、それとは別に、預金債権の払戻しについては、大量かつ迅速な決済が必要であるという特殊性に鑑み、特則を設けるという考え方が提示されている。預金債権の特則においては、その規律の適用範囲について現行の民法第478条の適用範囲を維持するとともに、債権者の帰責事由を独立の要件としないという点についても現在の規律内容を維持するというのである。この考え方に対しては、預金債権の払戻しのみについて特則を設けることに十分な政策的理由があるかどうかについて、更なる検証が必要であると思われる。

更に別の考え方として、預金という財産の社会的な重要性に鑑み、債権者の帰責事由がない場合であっても預金債権を失うことになるというのは不当であるとして、預金債権の払戻しについては、債権者の帰責事由を独立の要件としつつ、その他の債権の弁済については、円滑な決済を保護するために、債権者の帰責事由を独立の要件としないこととすべきであるという意見もあったが、社会的な重要性が認められる財産には預金以外にもあり得るところであり、このような類型化が適当であるかには疑問もある。

債権の準占有者のうちの一定のものに対する弁済に限って、債権者の帰責事由を独立の要件とするという考え方には、以上のように様々な問題が指摘されており、現段階で立法論として採用することは困難であると考えられるため、ここでは案として取り上げないこととした。

エ 民法第478条の適用範囲の拡張

民法第478条が弁済以外の行為にも拡張して適用されることについての規定は、設けないものとしてはどうか。

○ 中間的な論点整理第17、4(2)エ「民法第478条の適用範囲の拡張の要否」[59頁(142頁)]

判例が、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、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とを踏まえて、同条の適用範囲を弁済以外の行為にも拡張することについて、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 5(2) (関連論点) [10頁]】

(補足説明)

判例は、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についても、民法第478条を適用又は類推適用することによって、事案の解決を図ってきた。同条が弁済以外の行為に適用又は類推適用された例として、以下のものが挙げられている。

- 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376頁）
- 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）

このような状況を踏まえて、民法第478条の規律の及ぶ範囲が条文から読み取れるように見直すべきであるという意見が主張されている。

しかし、上記のような多様な取引形態に民法第478条の規律が及び得ることを条文上適切に示すことは、容易ではないように思われ、現在のところ、具体的な立法提案も示されていない。また、第8回会議では、規定ぶりによっては解釈が硬直化し、新たな金融取引に対応できなくなるおそれがあるという懸念も示された。

以上を踏まえ、本文では、民法第478条の適用範囲の拡張については規定を設けず、解釈に委ねることを提案している。

(3) 受取証書の持参人に対する弁済（民法第480条）

民法第480条の規定を削除し、受取証書の持参人に対する弁済についても同法第478条が適用されるものとしてはどうか。

○ 中間的な論点整理第17, 4(3)「受取証書の持参人に対する弁済（民法第480条）」[59頁（143頁）]

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が乏しいとの指摘がある。そこで、免責証券の規定を設けることの要否（前記第14, 4）に関する検討にも留意しつつ、民法第480条の規定を廃止する方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 5(3) [11頁]】

： 《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。

(比較法)

・ドイツ民法第370条

(補足説明)

民法第480条は、受取証書の持参人であれば債権者から受領権限を与えられているのが通常であるとして、受取証書の持参人に対して弁済した者を特に保護する趣旨から、同法第478条とは異なり、受取証書の持参人に対する弁済の効力を否定する側に、弁済者の主観的要件の主張・立証責任を課している。

しかし、このような民法第480条の趣旨に対しては、①受領権限の証明方法として重要なものは、受取証書の持参以外にもあり、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条が適用されること、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。

以上のような指摘を踏まえ、本文では、民法第480条を削除し、受取証書の持参人に対する弁済についても同法第478条の適用に委ねることを提案している。

(4) 免責証券の持参人に対する弁済

免責証券の持参人に対する弁済は、当該持参人が債権者でなく、債権者以外の者で受領権限を有するものでもない場合であっても、弁済者に悪意又は重過失がないときは、その効力を有する旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

○ 中間的な論点整理第14、4「免責証券に関する規定の要否」[53頁(125頁)]

民法には規定がないが、講学上、免責証券という種類の証券が認められ、その所持人に対して善意でされた弁済を保護する法理が形成されていることから、その明文規定を設けるべきであるという考え方がある。このような考え方の当否について

て、仮に民法第480条の規定を廃止する場合（後記第17、4(3)参照）には、免責証券の要件を考える手掛かりとなる規定がなくなるという懸念を示す意見もあることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第2、4[54頁]、部会資料10-2第1、5(3)[11頁]】

(補足説明)

1 現行法には規定がないが、有価証券と異なる概念として、講学上、免責証券という種類の証券が存在するとされている。免責証券とは、その証券の持参人に弁済した者は、当該持参人が真実の債権者ではない場合でも、善意である限り、責任を免れるという性質を有する証券であるなどとされる。免責証券の具体例としては、手荷物引換証、携帯品預証、下足札等が挙げられている。免責証券は、簡便な債権の行使を目的とする点で、有価証券と共通する一面を有するが、有価証券とは異なり、債権の流通を目的とするものではなく、また、証券と権利が結合していない。したがって、債権の譲渡は、指名債権の譲渡の方法（民法第467条）に従い、証券の交付を要しない。また、証券を紛失しても公示催告手続の対象とはならない。

現行法の下で免責証券の持参人に対する弁済が保護される根拠については、指図債権に関する民法第470条が類推適用されるという見解や、免責証券たる性質から直接に説明すべきであるとする見解などが主張されている。また、免責証券の持参人に対する弁済が保護されるための主観的要件については、善意無重過失でよいとする見解の他、善意無過失であることを要するとする見解も主張されている。以上のように、免責証券の持参人に対する弁済が保護される根拠及びその要件については、現行法上明らかではない。しかし、免責証券が現在の社会において広く利用されていることを踏まえると、その法律関係を明確化するために、免責証券に関する規定を民法に設けることが望ましい。

2 免責証券に関する規定を設ける場合には、免責証券の持参人に対する弁済が保護されるための要件の在り方が問題となる。この点について、免責証券を利用する債務者としては、免責証券の持参人と真の権利者との同一性などを確認することなく、その持参人に対して弁済すれば基本的に免責されることを期待している。また、免責証券の持参人に対する弁済によって免責される場合を広く認めるというルールが採用されることによって、免責証券の持参人に対する債務者の迅速な弁済が期待され、これは免責証券の持参人にとっても利益があると言える。以上の点を考慮すると、弁済者の善意無過失を要件とするのではなく、善意無重過失を要件とした上で、その解釈について、有価証券の支払免責における要件である善意無重過失の解釈（部会資料37第2、3(2)キ、同(3)カ参照）を参照することが合理的であると考えられる。

以上の考慮に基づき、本文では、免責証券の持参人に対する弁済は、債務者に悪意又は重過失がない限り、その効力を有する旨の規定を設けることの是非を問うている。

3 なお、規定を設ける場合には、免責証券をどのように定義するかが問題となる。

学説上、免責証券の定義について、現在のところ確立した見解は見当たらないことから、今後の検討課題である。

5 代物弁済に関する法律関係の明確化（民法第482条）

ア 民法第482条の規定を見直し、債務者が債権者との間で、その負担した給付に代えて他の給付をすることにより債務を消滅させる旨の契約をした場合において、債務者が当該他の給付をしたときは、債権は消滅する旨の規定に改めるものとしてはどうか。

イ 上記アのほか、代物弁済に関する法律関係について、以下の①から③までのうち全部又は一部の規定を設けるべきであるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

① 上記アの契約がされた場合には、債権者は、債務者に対して他の給付を求めることができるとともに、当初負担した給付を求めることもできる。

② 上記アの契約がされた場合において、債務者が当初負担した給付をしたときは、債権者は、債務者に対して、他の給付を求めることができない。

③ 第三者による弁済をすることができる者（前記2(2)参照）が債権者との間で、債務者が負担した給付に代えて他の給付をすることにより債務を消滅させる旨の契約をした場合において、第三者が当該他の給付をしたときは、債権は消滅する。

○ 中間的な論点整理第17, 2(1)「代物弁済に関する法律関係の明確化」[59頁(143頁)]

代物弁済については、諾成的な代物弁済の合意が有効であることを確認する明文の規定を設けることの要否について、更に検討してはどうか。

また、代物弁済の合意の効果については、①代物給付義務の有無、②交付した目的物に瑕疵があった場合における瑕疵がない物の給付義務等の有無、③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、④本来の債務の消滅時期、⑤代物弁済の合意に基づき給付義務を負う目的物の所有権移転時期、⑥清算義務の有無等を条文上明確にすることの要否について、任意規定としてどのような規定を設けることがふさわしいかという観点から、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 6 [12頁], 同(関連論点)1 [13頁]】

○ 中間的な論点整理第17, 2(2)「第三者による代物弁済の可否」[60(144頁)]

代物弁済にも民法第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ことを、条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 6(関連論点)2 [13頁]】

《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。

(比較法)

・ドイツ民法第364条, 第365条

(補足説明)

1 代物弁済については、伝統的に要物契約であるという見解が有力に主張されてきた。これは、代物弁済による債務消滅の効力が代物の給付が現実にされることによって生ずることに着目したものであるが、実際には、代物弁済の予約や停止条件付代物弁済のように諾成的な代物弁済の合意が、特に担保取引において利用されることが多いと指摘されている。また、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が、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ている（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、代物弁済を諾成契約とする立場からは容易に説明できるが、要物契約とする立場からは、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。そして、現在では、諾成的な代物弁済の合意が有効であることを明確に認める見解が有力であるとされている。

もっとも、諾成的な代物弁済の合意が有効であることを明確にしても、なお、代物弁済をめぐる法律関係には不明確な点が多いとの指摘がある。諾成的な代物弁済の合意が有効であるとする、債務者は代物を給付するまでの間、代物の給付義務と本来の給付義務を負うことになるが、この両者の関係が問題となる。具体的には、①債務者が引き続き本来の給付をすることができるかという点と、②債権者が債務者に対して本来の給付を請求することができるかという点である。そして、この点については、①②のいずれも可能であるという見解と、①②のいずれも不可能であるという見解が主張されている。

代物弁済の合意が実務において重要な役割を果たしていることからすると、代物弁済をめぐる法律関係を明確にするために、規定を整備することが望ましいが、その前提として、まずは、諾成的な代物弁済の合意が有効であることと、債権の消滅時期は代物の給付の時点であることを確認することが必要である。そこで、本文アは、諾成的な代物弁済の合意が有効であり、代物の給付により債権が消滅することを認める規定を設けることを提案するものである。このように代物弁済の合意に基づく代物の給付があったときに債権が消滅することを明らかにすることは、前記

判例の考え方を条文上明確にすることができ、かつ、代物弁済と更改（民法第513条）とで債権消滅の時期が異なることが条文上も明確になるという点で望ましいという指摘がある。

第8回会議では、上記の問題意識について、賛意を示す意見があった反面、規定を整備する必要性を疑問視する意見もあった。この意見は、代物弁済の合意が有効であるのは、規定を設けなくても明らかであるということを理由として、民法に規定を設けることは不要であるとする。しかし、現在の民法第482条の解釈をめぐって以上のような問題が指摘されてきた経緯を考慮すると、現在の条文から諾成的な代物弁済の合意が当然に有効であるということが読み取れるのか疑問があり得る。また、代物弁済が特に担保目的の取引で利用されることが多いことからすると、諾成的な代物弁済の合意によって債権者が代物給付請求権を取得することが明確になっているほうが、当該請求権に基づく強制執行が可能であることに疑義がなくなるので望ましいという指摘もある。

2 本文アのような規定を設けることを前提として、他にも、代物弁済をめぐる法律関係に関して、以下の(1)から(3)までが検討課題となる。

(1) 本文イ①②は、本文アの契約を締結した場合、債権者は債務者に対して、他の給付を求めることができるとともに、当初負担した給付を求めることもでき、他方、債務者が当初負担した給付をしたときは、債権者は債務者に対して、他の給付を求めることができないという規定を設けることの要否を取り上げるものである。この点については、この補足説明1記載のとおり、見解が対立しているが、代物の給付まで債務が消滅しないとしつつ、本来の給付及びその請求ができないという結論は、合理的なルールであるとは言い難い。また、代物弁済が担保目的で利用されることが多いという実態を踏まえると、代物弁済の合意後も、債務者による当初負担した給付を可能とするとともに、債権者がこれを請求することができるというルールを当事者の合意がない場合の任意規定とすることが合理的であるように思われる。第8回会議では、上記の問題は、合意の解釈によって決せられるべきものであるということを理由として、民法に規定を設けることは不要であるとする意見があった。しかし、当事者の合意内容が明確でない場合のために、民法に任意規定を整備することには意義があると思われる。

(2) 本文イ③は、第三者による弁済をすることができる者が債権者との間で、代物弁済の合意をした上で代物を給付した場合には、債務が消滅する旨を規定することの要否を取り上げるものである。現在も第三者が代物弁済をすることにより債務を消滅させることができると考えられているものの、代物弁済は弁済とは異なる債務消滅原因であり、自明のことではないため、規定を設ける意義はあると考えられる。

(3) 以上のほか、第8回会議においては、担保目的での代物弁済については仮登記担保契約に関する法律（仮登記担保法）により清算義務が生ずることがあるが、そのことを注意的に民法に規定すべきであるという意見があった。具体的な立法提案としても、仮登記担保法に従って清算義務が生ずることを規定することを提

案するものがある（参考資料2・研究会試案 [174頁]）。代物弁済が担保目的で利用されることが多いという実態を踏まえるととともに、特別法上の重要な規定について民法に原則規定を設けるという考え方に基づくものと思われるが、どのように考えるか。

- 3 代物弁済に関しては、その規定の置き場所も検討課題となる。代物弁済が弁済とは別の債務消滅原因であるという点については特に異論は見られないが、現行法上、代物弁済の規定は弁済の款の中に置かれており、その関係が分かりにくくなっている。そこで、代物弁済の規定については、弁済と異なる独立の債務消滅原因であることが条文の配置から分かるように、弁済（第3編第1章第5節第1款）とは別の款に配置することが考えられる。

また、この他にも、第8回会議においては、本文で提案されているような代物弁済をめぐる法律関係に関するルールには、代物弁済の合意の効力に関するものと代物弁済による債務の消滅に関するものがあり、前者については、債権の消滅の節以外の場所に規定を置くことを検討すべきではないかという問題提起があった。もっとも、これに対して、債権の消滅の節に併せて規定を設ける方が分かりやすいのではないかという意見もあった。

6 弁済の内容に関する規定

(1) 特定物の現状による引渡し（民法第483条）

特定物の現状による引渡しを定める民法第483条については、規定を削除するという考え方があり得るが、どのように考えるか。

○ 中間的な論点整理第17, 6(1)「特定物の現状による引渡し（民法第483条）」[60頁（145頁）]

民法第483条に関しては、本来、履行期における現状で引き渡すべき旨を定めた規定であるのに、これを引渡し時における現状と理解した上で、同条を瑕疵担保責任（同法第570条）に関する法定責任説の根拠とする立場があるなど、その規定内容が誤解されているとの指摘があり、また、実際に同条の規定が問題となる場面は乏しいことから、これを削除すべきであるという考え方がある。このような考え方の当否について、取引実務では任意規定としての同条の存在が意識されているという指摘もあることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 7(1) [14頁]】

： 《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)

1 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趣旨の規定であるとされている。そして、このような理解を前提とすると、債権発生後に目的物が滅失・損傷した場合には、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、判例集等においても、民法第483条が直接問題となった事案はほとんど見当たらないと指摘されている。

このように民法第483条は存在意義が乏しいにもかかわらず、この規定が誤解された上で、瑕疵担保責任（民法第570条）に関する法定責任説の根拠の一つとされており、解釈の混乱を招いていると批判されている。

また、この問題は、民法第400条の見直し（部会資料31第2，2 [44頁]参照）との整合性にも留意する必要があると思われる。すなわち、特定物の引渡債務につき目的物の品質が債務の内容に含まれ得るとする立場から、引渡しの時点で契約に適合した状態でなければ、引渡債務の不完全履行を理由とする債務不履行責任で処理すれば足りるという理解に基づき、仮に同条を削除するのであれば、同法第483条についても、同様の理解に基づき削除することが整合的である。

以上のような問題意識から、本文は、民法第483条を削除するという考え方の可否を問うものである。

2 これに対して、第8回会議においては、民法第483条は裁判規範として機能していないとしても、取引実務においては、同条が実際に参照されることによって行為規範となっているので、削除する必要はないとする意見がある。しかし、前記のとおり、履行期の現状で引き渡したとしても、当事者間の合意又は同法第400条によって課される保存義務を債務者が履行していない場合には、債務者は債務不履行責任を負うことになるが、同法第483条だけからはこれを読み取ることはできず、かえって、債務者の誤った行為規範として機能するおそれがあるとも言われている。

(2) 弁済をすべき場所、時間等に関する規定

ア 債権者が事業者である債務の履行場所について、特定物の引渡債務以外の債務の履行は債権者の現在の事務所（事務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旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

イ 弁済の時間に関する規定として、商法第520条の規定を参照し、法令又は慣習により取引時間の定めがある場合には、その取引時間内に限り、債務の履行を請求することができ、又は債務を履行することができるものとする旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○ 中間的な論点整理第17, 6(2)「弁済をすべき場所, 時間等に関する規定(民法第484条)」[60頁(145頁)]

弁済をすべき時間に関する商法の規定内容(商法第520条)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ことから, 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方向で, 更に検討してはどうか。

また, 民法に事業者概念を取り入れる場合に, 契約当事者の一方が事業者である場合の特則として, 商法第516条を参照しつつ, 債権者が事業者であるときには, 特定物の引渡し以外の債務の履行は債権者の現在の営業所(営業所がないときは住所)においてすべきであるとの考え方(後記第62, 3(2)①)が提示されている。このような考え方の当否について, 更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 7(2)[15頁], 部会資料20-2第1, 3(2)[16頁]】

《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。

(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つては, 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つては, 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。

(比較法)

- ・ドイツ民法第269条, 第270条
- ・フランス民法改正草案(司法省草案2011年版)第61条
- ・ユニドロワ国際商事契約原則第6.1.6条
- ・ヨーロッパ契約法原則第7:101条

(補足説明)

- 1 民法第484条は、弁済をすべき場所について、特定物の引渡債務は債権発生時にその物が存在した場所であり、その他の債務が持参債務であるという原則を定めている。この規律内容については特に見直しの必要性を主張されておらず、今般の見直しに当たっても、これを基本的に維持すべきであると考えられる。

弁済の場所については、民法第484条のほか、商法第516条にも定めがある。この商法第516条は、民法第484条とほぼ同内容の規律を定めるものであるが、商行為によって生じた特定物の引渡債務以外の債務については、債権者の現在の営業所においてしなければならない、営業所がない場合（債務者が商人で、債権者が商人以外の者である場合）には、債権者の住所においてしなければならないとする点で、同条の特則となっているものである。ところで、今般の見直しに当たって、事業者という概念を民法に取り込んだ上で、事業者に関する特則を民法に規定すべきであるという考え方がある（中間的な論点整理第62, 1[183頁(457頁)]）。この考え方を採用する立場からは、商法第516条を事業者に関する規定として見直した上で、民法に設けるべきであると主張されている。仮に事業者という概念を民法に取り込むという方針を採るのであれば、同条に相当する規定を民法に取り込むこと自体には異論がないと思われる。そこで、本文アでは、事業者概念を民法に取り込むという方針を仮に採った場合という留保付きで、この考え方を取り上げるものである。

商法第516条が商行為によって生じた債務の履行を適用対象とするのに対し、本文アの提案は、債権者が事業者である債務を適用対象とする点で異なっていることに留意する必要がある。

- 2 弁済の時間について、民法には明文の規定が置かれていないが、商法には商取引に関する規定がある（同法第520条）。しかし、同条の規定の内容は、必ずしも商取引に特有のものではなく、取引一般について、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。そうであれば、分かりやすさの観点からは、これを一般ルールとして民法に置くことが望ましいため、本文イでは、商法第520条の規律内容を一般ルールに改めた規定を民法に設けることを提案している。

なお、弁済の時間に関する一般ルールを設けるべきであるという考え方から、本文記載の考え方の他にも、債務者は、債務の性質に従い相当な時間に弁済をしなければならないが、法令の規定により弁済の時間が定まるときは、この限りではない旨の規定を設けるべきとの考え方も示されている（別案）。これは、基本的に債務の性質に従うことのみを規定するという提案であるから、本文記載の提案について何か支障があれば、この別案によることも考えられる。

(3) 弁済の費用（民法第485条）

債権譲渡により増加した弁済の費用について、民法第485条ただし書の特則として、債権の譲渡人又は譲受人に対して請求することができる旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

《参考・現行条文》

(弁済の費用)

民法第485条 弁済の費用について別段の意思表示がないときは、その費用は、債務者の負担とする。ただし、債権者が住所の移転その他の行為によって弁済の費用を増加させたときは、その増加額は、債権者の負担とする。

(比較法)

・ユニドロワ国際商事契約原則第9. 1. 8条

(補足説明)

民法第485条は、弁済の費用を債務者の負担とすることを原則としつつ、債権者が弁済の費用を増加させたときはその増加額について、債権者が負担しなければならないとしている。債権者が増加額を負担しなければならない場合の例としては、債権譲渡によって債権者が交替した場合が挙げられているが、同条によると、この場合に、債務者は新しい債権者である譲受人に対してのみ、増加額を請求できることになると解される。しかし、債権譲渡がされたことによる債務者の負担軽減の観点から、これにかかった費用について、譲受人だけでなく、譲渡人に対しても請求することができることとすべきであるという考え方が示されている。本文は、この考え方を採用し、民法第485条ただし書の特則を設けることの是非を問うものである。

本論点はこれまで明示的に取り上げられてきたわけではないが、第2ステージの審議において、譲渡禁止特約を第三者に対抗できないという考え方の当否を明示的に論点として取り上げたことにも鑑みて、債務者の負担軽減の在り方を検討すべきであるという問題意識が示されていることから、新たにここで取り上げることとしたものである。

なお、規定を設ける場合には、譲渡人と譲受人が負う債務の関係が問題となる。この点については、債務者の負担軽減という規定の趣旨から、連帯債務とすることが考えられる。

(4) 受取証書・債権証書の取扱い（民法第486条、第487条）

ア 受取証書の交付と債務の履行が同時履行の関係にあることが明らかとなるように、民法第486条の規定を改めるものとしてはどうか。

また、受取証書に代えて受取を証する電子的記録によるには、当事者の合意を要する旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

イ 債権証書の返還と債務の履行との関係について、債務の履行が先履行であることが明らかとなるように、必要に応じて民法第487条を見直すものとしてはどうか。

○ 中間的な論点整理第17, 6(3)「受取証書・債権証書の取扱い（民法第486条, 第487条）」[61頁（146頁）]

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いう解釈を条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 7(3) [16頁]】

《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。

（比較法）

・ドイツ民法第368条, 第371条

（補足説明）

1 民法第486条は、弁済者に受取証書の交付請求権があることを規定している。

この受取証書の交付請求権と債務の履行との関係について、同条の文言上は、弁済が先履行であるように読めるが、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として、受取証書の交付は債務の履行と同時履行であると理解されている。受取証書が弁済の証拠として重要な役割を果たしていることからすると、上記の解釈に基づき条文を改める必要がある。そこで、本文では、条文上、受取証書の交付と債務の履行が同時履行であることを明確にする方向で規定を改めることを提案している。

また、立法提案の中には、受取証書は書面によって交付しなければならず、当事者間に合意がない限り、電子的記録によって受取証書を交付することができないという規定を設けることを併せて提案するものがある（参考資料1・検討委員会試案[179頁]）。これは、債務者が書面による受取証書の交付を求めたときに、それに代えて債権者が受取を証する電子的記録の交付によることができるかという問題である。そして、上記の立法提案は、債務者に電子的記録を受領し、保管し、内容を確認するための手段が備わっていないことが少なくないということを理由として、当事者間に合意がない場合には書面の受取証書の交付によるべきであるとするものである。もっとも、受取証書は弁済の証拠として利用されるが、電子的な記録も実務上は証拠としての価値に遜色がないことや、既にウェブサイトを通じた電子的な取引が広く普及しており、今後更に拡大することが想定されることを考慮すると、

受取を証する電子的記録の交付によって代替することを一律に否定することについては、疑問もあり得るように思われる。本文ア第2パラグラフは、以上の問題を取り上げるものである。

- 2 民法第487条は、弁済者に債権証書の返還請求権があることを規定している。そして、債権証書の返還との関係については、債務の履行が先履行であると理解されている。これは、債権証書については、受取証書ほどの重要性はないので、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。このような理解について特に異論は見られないことから、本文では、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を明確にすることを提案している。

もともと、現在の民法第487条においても、その文言上、債務の履行が先履行であることが明示されている。そこで、本文ア第1パラグラフにより受取証書に関する民法第486条について同時履行の関係にあることが明示されるならば、それとの対比で、民法第487条の意味は十分に明確になると考えられる。このような趣旨で、本文イでは、「必要に応じて」民法第487条の見直しをすることを提案している。

7 弁済の充当（民法第488条から第491条まで）

(1) 弁済の充当に関する規律の明確化

ア 民法第488条から第491条までの規定にかかわらず、当事者間に弁済の充当の順序に関する合意がある場合には、その合意に従って弁済を充当する旨の規定を設けるものとしてはどうか。

イ 当事者間に合意が無い場合における複数の債権の充当に関する規律については、以下のように規定を見直すという考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 債務者が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は、まず、民法第488条に基づき債務者又は債権者が充当すべき債務を指定することができるものとし、同条による充当の指定がないときに、同法第491条第1項による法定充当が適用されるものとする。また、同法第488条に基づき充当すべき債務の指定がされた場合において、債務者が指定をしたときは費用、利息及び元本の順番で充当するものとし、債権者が指定をしたときは元本、利息及び費用の順番で充当するものとする。

【乙案】 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は、民法第488条の適用が排除され、同法第491条第1項が適用されることを条文上明確にするものとする。

ウ 民法第491条第1項に基づき法定充当がされる場合に、費用相互間、

利息相互間及び元本相互間で、同法第488条の適用があることを条文上明確にするという考え方があり得るが、どのように考えるか。

○ 中間的な論点整理第17, 7「弁済の充当（民法第488条から第491条まで）」[61頁（146頁）]

弁済の充当に関する民法第488条から第491条までの規定の内容については、合意による充当が優先すること、同法第491条が同法第488条の適用を排除するものであること、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おける指定充当の可否について見解が分かれていること等、条文上必ずしも明確でない点があることを踏まえて、弁済の充当に関する規律の明確化を図る方向で、更に検討してはどうか。

また、その際には、以下の各論点についても、検討してはどうか。

① 債務者が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、費用、利息及び元本の順番で充当すべきとする民法第491条第1項の規定を改め、この場合には特定の債権ごとに充当する方向で見直すべきかどうかについて、検討してはどうか。

② （略）

③ 信託などを原因として、複数の債権者から同一の債務者に対する債権の取立てを委託された者が、これらの債権の回収をした場合等の充当のルールに関する明文の規定を設けるべきかどうかについて、検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 8 [17頁], 同（関連論点）[19頁]】

《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ってする。

（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。

(比較法)

- ・ドイツ民法第366条, 第367条
- ・ユニドロワ国際商事契約原則第6. 1. 12条, 第6. 1. 13条
- ・ヨーロッパ契約法原則第7:109条

(補足説明)

- 1 弁済の充当については、民法第488条から第491条までに規定が置かれているが、条文相互の関係が分かりにくいことなどから、弁済の充当に関する規律内容が明確ではないと指摘されている。今般の見直しに当たっては、実際に適用される規律内容を条文から容易に読み取ることができるように、規定を整理することが検討課題となる。
- 2 まず、弁済の充当に関する民法第488条から第491条までの規定にかかわらず、当事者間に充当に関する合意がある場合には、当該合意に従い充当されることになる。これは、同法第488条から第491条までが任意規定であるという意味であるが、実務では合意による充当がされることが多いという指摘を踏まえると、弁済の充当に関する重層的で複雑な規律を分かりやすく整理する観点から、第1順位として当事者間の合意に従うべきことを条文上明確にすることが望ましい。そこで、本文アでは、合意による充当が指定充当及び法定充当に優先する旨の規定を設けることを提案している。なお、本論点は、任意規定と強行規定との区別の明確化に関する全体の方針（中間的な論点整理第37, 2 [117頁(289頁)]）と関連することに留意する必要がある。

3 債務者が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ついて、判例（大判大正6年3月31日民録23輯591頁）・学説は、民法第491条が、充当の指定に関する同法第488条の適用を排除しており、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している。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る。また、利息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、利息は、元本よりも先に充当されるべきである。同法第491条は、このような考慮に基づく規定であるから、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のである。

民法第491条が優先するという上記ルールに対しては、第8回会議において、数個の債務が問題となるケースに関して次のように改めるべきであるとの提案があった。すなわち、債務者が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は、債務者又は債権者の一方が、まず数個の債務のうちどの債務から充当するかを指定できるものとすべきであるとする。次いで、充当すべき債務を指定したのが債権者か債務者かによってルールを区分し、債務者が指定したときは費用、利息及び元本の順番で充当するものとし、債権者が指定したときは元本、利息及び費用の順番で充当するとする。この提案は、個別の債権ごとに処理する方式による方が、債権者の債権管理上も便利であり、債務者としても分かりやすいことから、実務上はこの方式で処理をすることが非常に多いことを理由とするものである。本文イの甲案は、この提案に基づくものである。

以上に対して、数個の債務がある場合でも費用、利息及び元本の順序で充当するという民法第491条の規律内容自体は合理的であるという判断の下に、同条の規律が優先的に適用されるという現在の解釈論を維持することも考えられる。もっとも、この場合には、分かりやすさの観点から、同法第491条と同法第488条との関係を条文上明確にすることが必要である。本文イの乙案はこの考え方を提案するものである。

4 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。そのため、現行法の解釈としては指定充当を否定する見解があり、その理由として、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、公平であることが挙げられている。しかし、この場合に限って指定充当を否定すべき合理性は、必ずしもないと考えられる。また、当事者の意思に合致することを理由として指定充当を否定する点については、指定充当を認めるほうが、当事者の意思に合致する帰結を導くことができると考えられる。そこで、本文ウでは、この場合にも指定充当が認められることを明確にすることの当否を取り上げている。

5 第8回会議では、信託などを原因として、複数の債権者から同一の債務者に対する債権の取立てを委託された者が、これらの債権の回収をした場合等の充当のルー

ルに関する明文の規定を設けることを検討すべきであるという問題提起があった。

確かにこの点については、現在民法に規定がない。信託を原因として受託者が債権を回収する場合以外にも、例えば、シンジケート・ローンにおいて、複数の債権者から受領権限を与えられたエージェントが債権を回収する場合に、同様の状況が生じ得るという指摘がある。しかし、このようなケースで当事者間に合意がない場合における充当の規律の在り方は、例えば、債権者間の合意の効力を債務者に対抗できるとすべきかという点や、債務者に指定充当を認めるべきかという点など、様々な問題があり得るが、具体的な立法提案は示されておらず、議論の蓄積もいまだ十分とは言えない。そこで、この論点については、本文に掲げなかった。

(2) 民事執行手続における配当と弁済の充当

民事執行手続における配当が、同一の債権者が有する数個の債権の全てを消滅させるに足りない場合についても、法定充当（民法第489条、第491条）のほか、合意による充当及び指定充当（民法第488条）の規定が適用される旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

○ 中間的な論点整理第17, 7「弁済の充当（民法第488条から第491条まで）」[61頁（146頁）]

（略）

また、その際には、以下の各論点についても、検討してはどうか。

① （略）

② 民事執行手続における配当が、同一の債権者が有する数個の債権の全てを消滅させるに足りない場合に、法定充当によるべきであるという判例法理を立法により見直し、合意による充当や指定充当（同法第488条）を認めるべきかどうかについて、執行実務に与える影響に留意しつつ、検討してはどうか。

③ （略）

【部会資料10-2第1, 8 [17頁], 同（関連論点）[19頁]】

（補足説明）

1 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全てを消滅させるに足りない場合における充当の規律について、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の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している。これは、不動産競売の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。

しかし、強制執行や担保権の実行による売却代金の配当についても、合意による充当や指定充当を認めることを求める意見が主張されている。第8回会議では、債権者と債務者のいずれも元本から先に充当することを希望する人が多いので、少なくとも当事者間の合意がある場合には、これに基づいて充当順序を変更できるようにすべきであるという意見が主張された。また、この意見を支持する立場からは、合意による充当を認めたとしても、執行実務に支障を生じさせないのではないかとの指摘もある。このような実務上の要請があることに鑑み、本文では、現在の判例法理を見直し、民事執行手続における配当の場面において、合意による充当及び指定充当を認めることを問いかけている。

- 2 上記のように判例法理を見直すという考え方に対しては、執行実務に携わる立場から懸念が示されている。これは、判例法理を見直すことを支持する意見が執行実務に支障が生じないのではないかと指摘するのは、配当が一回で終わる執行手続を想定していると思われるとした上で、比較的長期間にわたって繰り返し配当手続が行われることのある債権執行や不動産の収益執行（強制管理など）においては、途中から当事者間の合意によって充当方法が変更されることなどにより、配当手続に混乱が生ずることを懸念するものである。また、充当方法をめぐって当事者間に争いが生ずることにより、執行手続が長期化するおそれがあることも懸念されている。その上で、この立場からは、常に法定充当によって充当されるという現在の判例法理を維持するほうが、民事執行の円滑な遂行が可能になると主張されている。

8 弁済の提供（民法第492条，第493条）

(1) 弁済の提供の効果の明確化

弁済の提供の具体的な効果として、債務者が履行遅滞を理由とする損害賠償の責任を免れることと、債権者が履行がないことを理由として契約の解除をすることができないことを民法第492条に明記するという考え方があり得るが、どのように考えるか。

○ 中間的な論点整理第17，8(1)「弁済の提供の効果の明確化」[61頁(147頁)]

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ことを踏まえて、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（前記第7）と整合性を図りつつ、条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

また、利害関係を有しない第三者による弁済が認められる場合における、当該第三者による弁済の提供の効果を条文上明確にすべきかどうかについて、併せて検討してはどうか。

【部会資料10-2第1，9 [20頁]】

《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行なわなければならない。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。

(比較法)

・ドイツ民法第362条

(補足説明)

- 1 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）が、これらの具体的な効果を、条文の文言から読み取ることは困難である。
- 2 弁済の提供の効果을明確化する場合には、受領遅滞の効果との区別を明らかにする必要がある。弁済の提供とこれに基づく受領遅滞の効果として、以下の①から⑤までの効果が生ずるという点にはおおむね異論がないところ、これらを弁済の提供と受領遅滞のいずれの効果として整理するかが問題となる。
 - 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

学説では、条文の文言上、民法第413条（受領遅滞）が債権者の責任について規定し、同法第492条（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や軽減を定めたものとして整理すべきであるという見解が有力である。この見解からは、①のみ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と主張されている。しかし、学説上は他にも様々な見解が主張されており、特に②については、弁済の提供の効果であるとする見解も有力である。

この点に関する具体的な立法提案の中には、弁済の提供の効果として、①のみを挙げるもの（参考資料1・検討委員会試案[180頁]）と、①③を挙げるもの（参考資料2・研究会試案[174頁]）がある。前者の立法提案は、受領遅滞については、受領しなかったという債権者の行為に結び付けられた効果を規定することとし、弁済の提供については、債務者が行うべき提供行為をしたことによる効果を規定するという整理に基づき、①のみを弁済の提供の効果とするものである。そして、①の具体的な内容として、履行遅滞を理由とする損害賠償と解除が認められないことを明記することを提案している。これに対して、第8回会議において、同時履行の抗弁権は、相手方が弁済の提供をするまで自己の債務の履行を拒絶できるというものであり、民法第533条もそのような文言になっていることを踏まえると、②は弁済の提供の効果と考えるべきであるとする意見があった。もっとも、この意見は、弁済の提供の効果として②が生ずることは、同条において既に明確に規定されているので、同法第492条で弁済の提供の効果として重ねて規定する必要はないとするものである。

本文では、弁済の提供の効果として①②を想定した上で、①のみを規定することを提案している。これは、弁済の提供が専ら債務者の行為を規律するものであるから、債務者が行うべき行為に基づく効果のみを弁済の提供の効果として位置付けるという考え方にに基づき、①②を弁済の提供の効果として整理する立場である。①②はいずれも、債権者の行為とは無関係に、債務者の行為から発生する効果であると見るのが自然であるのに対し、③から⑤までは、専ら債権者の責任に関するものであり、債権者の行為と結びつく効果であると整理するのが妥当であるからである。そして、②は民法第533条において既に規定されている内容であるから、同条が維持される限りは、同法第492条では、①のみを規定する趣旨で、履行遅滞を理由とする損害賠償と解除ができないとすることの是非を問うものである。

なお、この問題は、受領遅滞の効果の具体化・明確化の問題（部会資料34第5, 1[53頁]）との整合性に留意する必要がある。

- 3 以上の他、パブリック・コメントの手續において寄せられた意見の中には、債務の存否・額等について争いがある場合に、債務者は、債務不履行責任を免れるために、債務の全部又は一部が存在しない旨の主張を留保して弁済の提供や弁済をすることがあると指摘し、このような留保付きでの弁済に関する法律関係について明文の規定を設けることを検討すべきであるという問題提起がある（部会資料33-3[290頁]）。これは、①留保付きでされた弁済の提供や弁済の有効性、②留保付きで弁済した金額が実際の債権額よりも多かった場合又は留保付きで弁済したものの債権が存在しなかったことが明らかになった場合における不当利得返還請求（民法第705条）の可否という二つの問題を明らかにすることを求めるものである。

このうち、①については、債権者が弁済として受領すれば、有効な弁済になると思われる。他方、債務者から留保付きの弁済の提供があった場合に、債権者が受領を拒絶できるかという点については、債務者が弁済に当たって留保を付していたことは、債権者が弁済として受領する上で特に支障を生じないと解し得るように思わ

れる。問題は、実際の債権額と異なる金額での弁済の提供の有効性である。実際の債権額よりも少ない額での弁済の提供は、原則として債務の内容どおりの弁済の提供ではないとされるが、実際の債権額よりも多い額での弁済の提供は、有効な弁済の提供であると解されている。以上の解釈は、民法第493条から導くことが可能であると思われ、そうであれば、①を明らかにするために、あえて規定を置く必要性は高くないように思われる。

これに対して、②については、民法第705条の「債務の存在しないことを知っていた」という文言の解釈問題となる。しかし、留保の内容や趣旨によっても判断は異なり得ると思われ、どのような規律を置くことが実務の紛争予防に有益であるかについて、必ずしも議論が熟しているようには思われない。

以上の考慮に基づき、ここでは論点として取り上げないこととした。

(2) 口頭の提供すら不要とされる場合の明文化

債務者が口頭の提供すらしなくても債務不履行責任を負わない場合があることについては、規定を設けないものとしてはどうか。

○ 中間的な論点整理第17, 8(2)「口頭の提供すら不要とされる場合の明文化」
[62頁(148頁)]

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、判例上、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場合があるとされている。このような判例法理を条文上明記するかどうかについて、この判例法理は賃貸借契約の特殊性を考慮したものであることから一般化すべきではないとの指摘や、労働契約で解雇が無効とされる事案において同様の取扱いがされているとの指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、口頭の提供すら不要とされる場合の一つとして、債務者において債務の実現につき債権者の受領行為以外に何らの協力を求める必要がなく、履行期及び履行場所が確定している取立債務において、債務者の口頭の提供がなくても遅滞の責任を負わないとした裁判例を明文化すべきかどうかについて、検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 9(関連論点)[21頁]】

(補足説明)

- 1 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が、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いる。もっとも、このように、口頭の提供さえも不要とされる場合があることについては条文からは読み取れない。そこで、これを明文化することの要否が検討課題となる。
- 2 しかし、前記判例法理を一般化して明文化することは適当ではないという指摘が

ある。これは、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、賃貸借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おり、弁済の提供において口頭の提供さえ不要とされる場合があるとの結論を一般化することはできないというものである。

また、第8回会議においては、労働実務の観点から、使用者が解雇の意思表示をして、労務の受領をあらかじめ拒絶したという事例では、改めて労働者が口頭の提供をしなくても債務不履行責任を負わず、かつ、労働者が民法第536条第2項の「責めに帰すべき事由」を立証しなくても、使用者が労務受領拒絶に合理的な理由があることを立証しない限り、賃金請求が認められるという取扱いが一般的であるので、口頭の提供が不要とされる場合があることについて、明文化することが望ましいという意見があった。しかし、この意見が指摘する問題も、労働契約に特有の事情を含んでおり、債務者の債務不履行責任からの解放に関する制度である弁済の提供の問題というよりも、労働契約において解雇の意思表示がされた場合における賃金請求権の成否の問題として検討されるべきであるとの指摘もある。

以上より、前記判例を一般化して明文化することはなお慎重な検討を要すると考えられることから、本文では、債務者が口頭の提供すらしなくても債務不履行責任を負わない場合があることについての規定を設けないことを提案している。

9 弁済の目的物の供託（弁済供託）

(1) 弁済供託の要件・効果の明確化

ア 弁済供託の要件・効果に関する規定について、以下のように改めるものとしてはどうか。

- ① 債権者の受領拒絶を原因とする供託の要件（民法第494条前段）として、弁済の提供があったことが必要である旨の文言を加えるものとする。
- ② 供託の効果として、供託がされた時に債権が消滅するものとし、供託物の取戻しがされた場合（民法第496条）には、初めから債権が消滅しなかったものとみなされる旨を規定するものとする。
- ③ 供託の効果として、債権者が供託物の還付請求権を取得する旨の規定を設けるものとする。

イ 債権者不確知を供託原因とする弁済供託の要件としての弁済者の無過失の主張・立証責任について、弁済供託の有効性を争う者が負うこととして、民法第494条後段を改めるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

○ 中間的な論点整理第17, 9(1)「弁済供託の要件・効果の明確化」[62頁(149頁)]

①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こと、②供託の基本的な効果は債権が消滅することであるが、供託後も弁済者が供託物を取り戻すことができることとされている（民法第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が明らかではないこと、③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が、そのような供託の基本的な法律関係が条文上必ずしも明らかではないこと等が指摘されていることを踏まえて、弁済供託の要件・効果を条文上明らかにする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 10(1) [21頁]】

《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、供託物を受け取ることができない。

(補足説明)

- 1 弁済供託については、民法第494条から第498条までに規定があるが、その要件・効果が必ずしも条文上明確ではないという問題が指摘されている。そのため、基本的な要件・効果を条文から読み取れることができるようにすることが検討課題となる。
- 2 民法第494条は、弁済供託の供託原因として、債権者の受領拒絶、債権者の受領不能及び債権者不確知を挙げている。このうち、債権者の受領拒絶を原因とする供託の要件として、債務者がそれに先立って弁済の提供をしたことが必要かという点は、条文上明示されていない。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、供託に先立って、弁済の提供をすることが必要であると判示している。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。

以上を踏まえ、本文ア①は、受領拒絶を原因とする供託の要件として、弁済の提供があったことが必要であることを条文上明確にすることを提案するものである。

- 3 民法第494条は、弁済供託の効果として、債権が消滅することを定めている。しかし、供託者は、供託後も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、取戻しがされると供託をしなかったものとみなされる(同法第496条第1項)。このため、供託時から取戻請求権の消滅時までの間の法律関係をめぐって、①取戻請求権の消滅を停止条件として供託時に債権が消滅したものとする(条件が成就すると供託時に遡って債権が消滅する)という停止条件説と、②取戻請求権の行使を解除条件として供託時に債権が消滅する(条件が成就すると供託時に遡って債権が復活する)という解除条件説とが主張されている。この点については、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ことを理由として、解除条件説を支持する見解が有力である。いずれの見解によっても、最終的に取戻請求権が行使されずに消滅すれば、供託時に債権が消滅したことになるが、債権消滅という効果が供託時に直ちに生ずるのか、事後的に供託時に遡って生ずるのかは、供託をめぐる法律関係に影響を及ぼすことからすると、債権の消滅時期を条文上も明確にすることが望ましい。

本文ア②は、解除条件説の理解に従って、弁済供託による債権の消滅の時期を明確にすることを提案するものである。

- 4 弁済供託がされると、債権者は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、必ずしも明確であると言えない。基本的なルールを条文から明確に読み取れるようにするという観点からは、還付請求権の取得という弁済供託の重要な効果についても条文上明確にすることが必要である。

そこで、本文ア③では、弁済供託によって、債権者が供託物の還付請求権を取得することを条文上明記することを提案している。

- 5 債権者不確知を供託原因とする供託については、債権者を確知することができないことについての弁済者の無過失が要件とされている(民法第494条後段)。この弁済者の無過失の主張・立証責任の所在については、必ずしも確立した見解は存在しないようであるが、条文の構造からは、弁済者が負うように解される。

ところで、弁済者の無過失の主張・立証責任の在り方については、債権者不確知の原因の多くが債権者側の事情と考えられることに留意する必要があるとの指摘がある。例えば、債権譲渡の効力の有無について当事者間に争いがある場合には債権者不確知を供託原因とする供託が可能であるとされているが、譲渡当事者の一方の主張が明らかに不当である場合には債務者の無過失が認められないとすると、譲渡の有効性に関する争いにおける当事者の主張の合理性についての主張・立証責任が弁済者に課されることになり、不当ではないかという問題意識に基づくものである。

そして、このような問題意識を踏まえて、弁済者の無過失の主張・立証責任を、債権者などの供託の有効性を争う者が負うとすることを検討すべきであるという問題提起がされている（部会資料33-3 [300頁]）。本文イは、この問題提起を踏まえて、規定を見直すことの是非を問うものである。

(2) 自助売却の要件の拡張

ア 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低い等の場合にも自助売却が認められるように、「弁済の目的物が供託に適しないとき」（民法第497条）という金銭又は有価証券以外の物品の自助売却の要件を拡張する方向で見直すものとしてはどうか。

見直す場合の具体的な規定の在り方としては、例えば、「供託に適しないとき」と「滅失若しくは損傷のおそれがあるとき」のほか、「弁済の目的物を供託することが困難なとき」を新たな要件として加えるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

イ 供託の目的物について「滅失若しくは損傷のおそれがあるとき」という自助売却の要件（民法第497条前段）を、「滅失、損傷その他の事由による価格の低落のおそれがあるとき」と改めるものとしてはどうか。

○ 中間的な論点整理第17, 9(2)「自助売却の要件の拡張」[62頁(150頁)]

①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低い等の場合にも自助売却による供託が認められるよう、「弁済の目的物が供託に適しないとき」（民法第497条）という要件を拡張すべきかどうかや、②弁済の目的物が腐りやすい食品や変質のおそれがある薬品である等、物理的な価値の低下のおそれがある場合のほか、市場での価値の下落のおそれがある場合にも自助売却が認められるように、「滅失若しくは損傷のおそれがあるとき」という要件を見直すべきかどうかについて、自助売却が広く認められることによる債権者の不利益にも配慮しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 10(2) [23頁], 同(関連論点) [25頁]】

《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。

(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。

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 金銭又は有価証券以外の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、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のみである(同条第2項)。また、物品供託を受け入れた倉庫営業者等は、供託物の保管料について供託物を受け取るべき者に対して請求することとなっている(同法第7条)。実際には、被供託者が所在不明又は供託物の受取りを拒否した場合や、受け取るべき者が確定しない場合には、倉庫営業者等は、保管料の収受が見込めないこととなるという問題があり、また、倉庫営業者等は、その営業の部類に属しないことや、保管することができる数量を超えていることを理由として、物品供託の受入れを拒否することにより、物品供託がされることはほとんどないという事情がある。このため、債務者が物品供託をしようとしても、債務の履行地にはその物品を保管する倉庫営業者等が存在しないという事態が生じている。このような事態が生じた場合には、弁済者の請求により、裁判所が供託所の指定や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言われている。

このように、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49

5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、弁済の目的物が「供託に適しないとき」（同法第497条）に該当すると解されており、自助売却による代金の供託が可能である。しかし、適切な供託所又は保管者を見つけられない場合のように、弁済の目的物の性質とは関係なく、供託が困難である場合に自助売却が認められることは、「弁済の目的物が供託に適しないとき」という同法第497条の条文の文言からは必ずしも明らかではない。また、実際には、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の有無が明らかになるまでには、相当の時間が必要となる。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るが、時間をかけて供託所又は保管者を探しても、現実的には適切な供託所又は保管者を見つけることは難しいと言われており、このような現状は、弁済者の利益保護の観点からは問題があると考えられる。そこで、例えば、債務の履行地に当該物品を保管することができる供託法所定の供託所が存在しない場合には、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の有無にかかわらず、自助売却を認めることが考えられる。以上の考慮に基づき、本文ア第1パラグラフは、物品の自助売却の要件を拡張することを提案するものである。

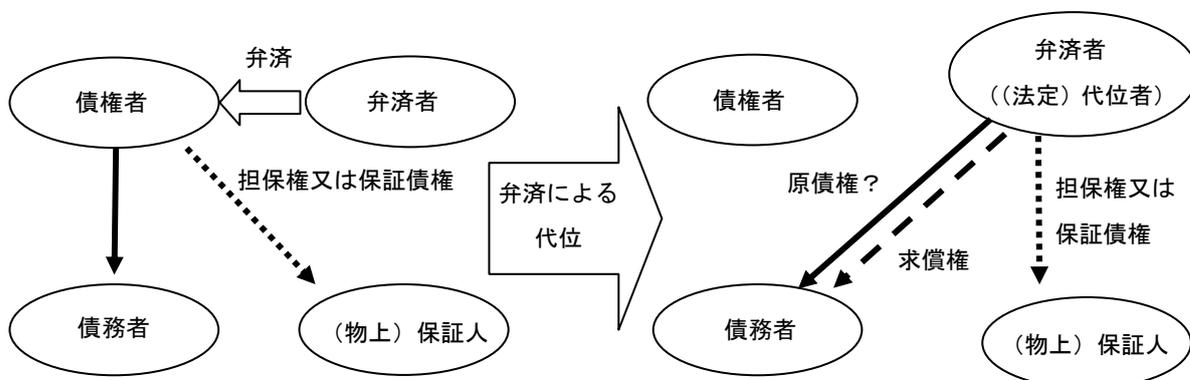
具体的な見直しの在り方としては、例えば、新たな自助売却の要件として、「弁済の目的物を供託することが困難なとき」を加えることが考えられる。その際、「供託に適しないとき」や「滅失若しくは損傷のおそれがないとき」は、新たに加える「供託するときに困難なとき」の例示として位置付けることが考えられる。これによって、前記のとおり、弁済の目的物の性質とは関係がなくても自助売却が認められることを明らかにする趣旨であり、債務の履行地に当該物品を保管することができる供託法所定の供託所が存在しない場合もこれに含まれることを意図するものである。本文アの第2パラグラフでは、以上のような考え方に基づく改正の是非を問うものである。

- 2 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し得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。

上記の方向で自助売却の要件を拡張するという考え方に基づき規定を改める場合の具体的な要件の在り方として、商法第524条第2項を参照しつつ、「滅失、損傷その他の事由による価格の低落のおそれがある」とすることが考えられる。同項は、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ているので、民法第497条の要件として、商法第524条第2項の要件を参照することが考えられるのである。もっとも、民法第497条には、商法第524条第2項にはない「滅失」のおそれという文言があり、あえてこれを削除するのは相当でないと考えられる。以上のような考慮に基づき、本文イは、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、要件を改めることを提案している。

10 弁済による代位



(1) 任意代位の見直し

任意代位の制度（民法第499条）を廃止するものとしてはどうか。

○ 中間的な論点整理第17, 10(1)「任意代位の見直し」[63頁(150頁)]
 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。これらの指摘を踏まえ、①任意代位の制度を廃止すべきであるという考え方や、②任意代位の制度を存置しつつ、その要件から、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にに基づき制度を見直すべきかどうかについて、第三者による弁済の制度の見直しの検討結果を踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 11(1) [26頁]】

《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。

(補足説明)

1 任意代位の制度（民法第499条）は、「弁済をするについて正当な利益を有する者」（同法第500条）以外の第三者が弁済をした場合に、債権者に代位することを認める制度である。この制度は、第三者による弁済の奨励という目的に基づくものであると言われている。この任意代位の制度によって債権者に代位することが想定されているのは、「利害関係を有しない第三者」（同法第474条第2項）が債務者の意思に反することなく弁済した場合であるが、同項が、利害関係を有しない第三者による弁済を制限しているにもかかわらず、任意代位制度によって第三者による弁済を奨励するというのは、制度間の整合性を欠いていると批判されている。

また、任意代位の要件として、弁済と同時に債権者の承諾を得ることが必要であるとされているが、この点については、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、債権者はその弁済を受領した上で、代位のみを拒否できることになり、不当であるとの批判もされている。そこで、債権者が代位についての承諾を拒むには正当な理由が必要であるという解釈が示されているが、このような解釈を条文から読み取るとは困難であるし、また、この解釈によると、債権者の意思に反することなく、実質的に債権譲渡が強制されるにも等しい事態が生じ得るが、それを問題視する見解もある。

2 以上のような問題意識を踏まえると、任意代位制度については、これを引き続き存置することの要否が問題となる。今般の見直しに当たって、「利害関係を有しない第三者」による弁済の要件・効果についても見直しが検討されている（前記2(2)）が、そこでは、利害関係を有しない第三者による弁済に制限的な現行法を変更することは意図されていない。そうであれば、任意代位制度を廃止することによって、利害関係を有しない第三者に弁済へのインセンティブを無用に与えることのない制度にすることが、制度間の整合性の観点から望ましいように思われる。

以上のような考慮に基づき、本文は、任意代位制度を廃止することを提案するものである。

3 これに対して、任意代位制度を引き続き存置した上で、弁済と同時に債権者の承諾を得ることが要件とされているのが不当であるという問題に対応するため、債権者の承諾を不要とする方向で改めることが提案されている。しかし、この考え方に対しては、債権者がその意思に反して、債権を譲渡することを強制されるにも等しい結果となり、不当であるとして反対する意見がある。

(2) 弁済者が代位する場合の原債権の帰すう

弁済による代位の基本的な効果として、弁済者が債権者に代位する場合であっても、当該債権者の債務者に対する債権（原債権）は弁済により消滅す

るが、弁済者（代位者）は、債務者に対して取得する求償権の範囲内において、消滅した原債権の効力として認められた権利及び担保として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旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

○ 中間的な論点整理第17, 10(2)ア「弁済者が代位する場合の原債権の帰すう」[63頁(151頁)]

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（民法第501条柱書）ところ、この場合に原債権が弁済者に移転すると説明する判例の考え方に対しては、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ている等の問題が指摘されていることを踏まえて、弁済者が代位する場合の原債権の帰すうに関する法律関係を明確にする方向で、更に検討してはどうか。

その具体的な規定内容としては、例えば、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ことを明記した上で、原債権の効力として認められた権利を代位者が行使できること等を定めるべきであるという考え方が示されている。このような考え方の当否について、原債権と求償権との関係に関する現在の学説・判例法理等に与える影響の有無に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 11(2)ア [28頁]】

《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。

(比較法)

・ドイツ民法第268条

(補足説明)

1 弁済により債権者に代位した者は、求償権の範囲内において、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可能となる（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。

しかし、このように、弁済者が原債権と求償権の双方を取得するという構成は、弁済者が原債権のために設定された担保権等を行使することができる法律関係を明快に説明できる反面、弁済によって債権が消滅するとしつつ、弁済による代位の場合には原債権が弁済者に移転し、求償権を確保する目的のためにのみ存続するというのは、極めて技巧的な説明であり、また、そのために、弁済による代位をめぐる法律関係が分かりにくくなっていると言われている。すなわち、原債権と求償権との関係について、両者は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説明されているが、以下のような個別の問題を見ると、結論を導くための理由として、原債権と求償権が別個の債権であることと、原債権が求償権の確保を目的として存在することのいずれを挙げるのかが便宜的であり、解決の基準が必ずしも明確でないという指摘がある。

[原債権と求償権とが別個の債権であることから導かれるもの]

- ① 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。
- ② 担保権の被担保債権は、求償権ではなく原債権である（最判昭和59年5月29日民集38巻7号885頁）。
- ③ 原債権と求償権とは、別個に消滅時効にかかる（傍論であるが最判昭和61年2月20日民集40巻1号43頁）。
- ④ 原債権の消滅時効が中断され、民法第174条の2により時効期間が10年に延長されたとしても、求償権の消滅時効は延長されない（最判平成7年3月23日民集49巻3号984頁）。
- ⑤ 代位した者に対して債務者が債務の一部を弁済した場合には、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する（最判昭和60年1月22日判時1148号111頁）。

- ⑥ 有力説によれば、求償権についての時効中断によって、当然に原債権についても時効が中断されるわけではない。

[原債権が求償権の確保を目的として存在することから導かれるもの]

- ⑦ 求償権が発生しないときには、代位が生じないので、原債権も移転しない。
- ⑧ 原債権は、求償権が消滅すると、当然に消滅する。
- ⑨ 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。
- 2 上記のような問題意識を踏まえ、弁済による代位の場合でも、原債権が弁済により消滅するとした上で、弁済者は、原債権の効力として認められた権利及び担保として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とする考え方が示されている（参考資料1 [検討委員会試案]・182頁）。この考え方は、弁済があったにもかかわらず債権を消滅させないという技巧的な説明を回避する一方で、債権者が有する債務名義を利用できることや、担保権の被担保債権額が原債権によって画されるという現在の規律内容は妥当であるので、これらの効果との関係における便宜の限度で、原債権を観念することを併せて提案するものである。

弁済により原債権が消滅とすることによって、現在の規律内容との違いが生ずる可能性がある。例えば、消滅時効の進行及び中断は求償権についてのみ問題とし、原債権の消滅時効を観念せずに処理する余地が生ずる。これによって、求償権が引き続き存在するにもかかわらず、原債権及びその担保権等のみが消滅時効によって消滅するという事態を避けられるし、時効を中断するために、既に弁済した原債権を求償権とは別に行使しなければならないという不自然さも避けられる。これは法が法定代位を認めた趣旨に合致するとともに、法律関係を簡明にする。また、このような考え方は、上記④の判例とも整合的である。

そこで、本文では、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として、例えば、債権者の有する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効果との関係においてのみ、原債権を観念するという考え方を提案している。

この考え方を採用する場合には、更に検討すべき問題がある。例えば、判例（最判平成23年11月24日金融法務事情1935号50頁）は、再生手続開始の決定後に保証人が共益債権を被担保債権とする保証を履行し、再生債権となる事後求償権を取得した事案において、保証人は、代位取得した共益債権たる原債権を、再生手続外で行使することができるとしている。弁済により代位する場合であっても原債権が消滅するという考え方を採用すると、保証人は再生債権のみを取得することになるので、この判例の規律を維持し、保証人が共益債権を行使できるとするためには、「原債権の効力として認められた権利」という表現でよいかどうかを精査することが必要になると思われる。また、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ことや、弁済による代位によって原債権が消滅するにもかかわらず、先取特権のようにその存在が原債権の性格と密接に関連する担保権を代位者が実行できるとすることの正当性について、どのような説明をするのかという点も問題となる。

(3) 法定代位者相互間の関係に関する規定の明確化

法定代位者相互間の関係を規定する民法第501条について、以下の①から⑦までのうち全部又は一部の改正を行うという考え方があり得るが、どのように考えるか。

- ① 保証人は、債務者から担保目的物を譲り受けた第三取得者に対して代位することができる旨の規定を設けるとともに、その担保目的物が不動産である場合に関する民法第501条第1号について、保証人が第三取得者に対して債権者に代位するための要件として、当該第三取得者が債務者から不動産を譲り受けて移転登記をする前に、代位の付記登記をしなければならないことが明らかになるように改めるものとする。
- ② 複数の保証人の間では、その数に応じて平等の割合で債権者に代位することが可能であり、この場合には、他の保証人に対して取得する求償権の範囲内においてのみ、代位によって取得した保証債権を行使することができる旨の規定を設けるものとする。
- 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取得者との関係については、保証人と第三取得者との関係（民法第501条第1号、第2号参照）と同様の規定を設けるものとする。
- ④ 保証人と物上保証人との関係（民法第501条第5号参照）については、複数の保証人又は物上保証人の中に両方の地位を兼ねる者がいるときは、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債権者に代位する旨の規定を設けるものとする。
- ⑤ 物上保証人から担保目的物を譲り受けた者は、物上保証人とみなす旨の規定を設けるものとする。
- ⑥ 保証人と物上保証人との間で締結された民法第501条第5号と異なる割合で代位する旨の合意は有効であり、その効力を後順位抵当権者等の第三者に対抗することができる旨の規定を設けるものとする。
- ⑦ 物上保証人の担保目的物が競売され、物上保証人が債権者に代位する場合において、当該競売によって後順位の担保権が消滅したときは、その後順位担保権者は、物上保証人が代位によって行使することができる権利を、物上保証人に優先して行使することができる旨の規定を設けるものとする。

○ 中間的な論点整理第17、10(2)イ「法定代位者相互間の関係に関する規定の明確化」[63頁(152頁)]

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が、例えば、①保証人と第三取得者との関係（保証人が第三取得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

第三取得者との関係、④保証人兼物上保証人の取扱い、⑤物上保証人から担保目的物を譲り受けた第三取得者の取扱い等は条文上明らかでないことから、これらの点を判例等を踏まえて明確にする方向で、更に検討してはどうか。

また、これと関連して、以下のような判例法理についても、条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

(ア) 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ところ、保証人が物上保証人との間で締結した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とするもの

(イ) 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たときは、その後順位抵当権者が物上保証人に優先して乙不動産からの配当を受けることができるとするもの

【部会資料10-2第1, 11(2)イ [30頁],
同 (関連論点) 1 [33頁], 同 (関連論点) 2 [33頁]】

《参考・現行条文》

(分割債権及び分割債務)

民法第427条 数人の債権者又は債務者がある場合において、別段の意思表示がないときは、各債権者又は各債務者は、それぞれ等しい割合で権利を有し、又は義務を負う。

(数人の保証人がある場合)

民法第456条 数人の保証人がある場合には、それらの保証人が各別の行為により債務を負担したときであっても、第四百二十七条の規定を適用する。

(共同保証人間の求償権)

民法第465条 第四百四十二条から第四百四十四条までの規定は、数人の保証人がある場合において、そのうちの一人の保証人が、主たる債務が不可分であるため又は各保証人が全額を弁済すべき旨の特約があるため、その全額又は自己の負担部分を超える額を弁済したときについて準用する。

2 第四百六十二条の規定は、前項に規定する場合を除き、互いに連帯しない保証人の一人が全額又は自己の負担部分を超える額を弁済したときについて準用する。

(補足説明)

1 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、法定代位者相互間の関係については、同条からは明らかではない問題が多く、これらについて判例・学説によって規律を補っているという状況にある。法定代位者相互間の関係に関するルールは、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、できる限り条文上明確にす

ることが望ましい。このような問題意識に基づき、本文①から⑦までは、現在不明確な規律内容について規律を設けることを提案するものである（各項目についての詳細は、この補足説明の2以降参照）。

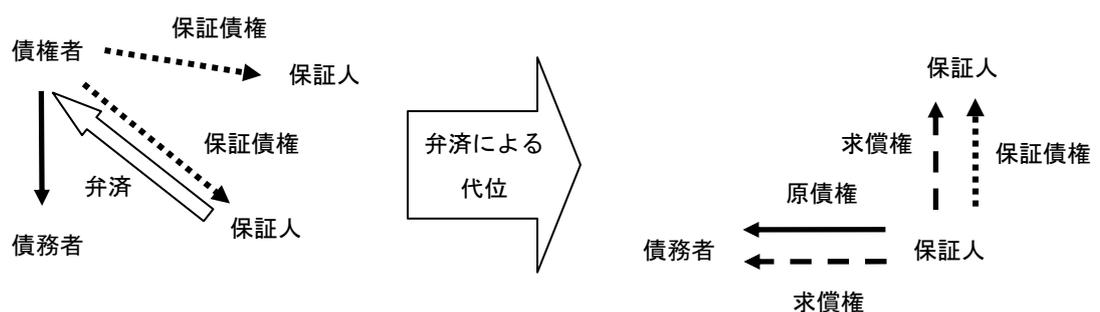
2 本文①について

本文①は、保証人と抵当不動産等の第三取得者との関係を取り上げるものである。この点について、民法第501条第1号は、保証人は、代位により抵当権等が保証人に移転したことを「あらかじめ」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。この規定から、保証人は、債務者から担保目的物を譲り受けた第三取得者に対して代位することができることとともに、その担保目的物が不動産であるときは、「あらかじめ」付記登記をすることが要件として必要であることが導かれるが、このような解釈を容易に導くことは困難であり、明文の規定を設けることが望ましい。

また、この「あらかじめ」の解釈について、判例・学説は、保証人が弁済をした後であって、第三取得者が、抵当不動産等を譲り受けて、その所有権移転の登記をするよりも前に、ということの意味とするとしている（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じ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。

本文①は、以上の解釈が明らかになるように民法第501条第1号の規定を改めることを提案するものである。

3 本文②について



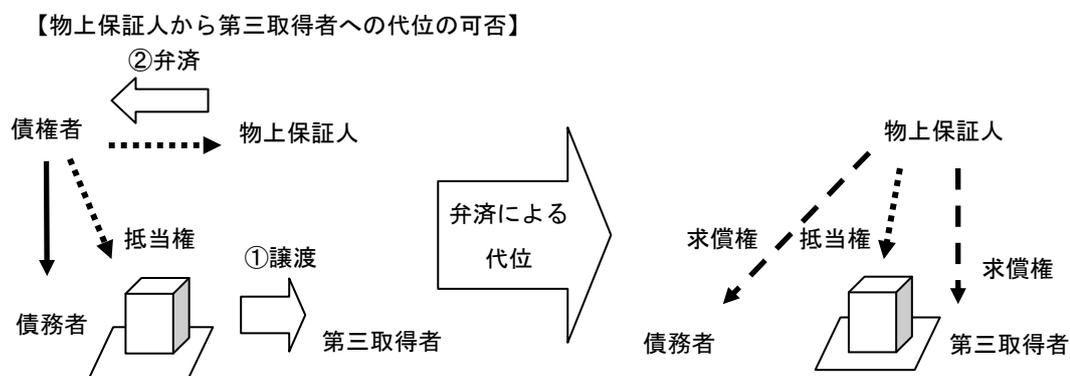
本文②は、複数の保証人間の関係を取り上げるものである。この点について、現在は規定が置かれていない。他方、複数の保証人間の求償権については、民法第465条に規定があり、取得する求償権の範囲については、原則として保証人の人数に応じて平等の割合で、求償権を取得すると解されている。求償権の確保のための代位制度についても統一的に考えるべきことから、共同保証人間では、原則として

人数に応じて平等の割合で代位することができると考えられている¹。すなわち、複数の保証人間で代位によって行使することができる権利の範囲は、債務者に対する求償権によって上限が画されるだけでなく、保証人の人数に応じても上限が画されることになる。

また、保証人間で負担部分に関する合意がある場合には、他の保証人に対して取得する求償権の方が、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権利の範囲は、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。

本文②は、以上のような解釈を明確にする規定を新たに設けることを提案するものである。

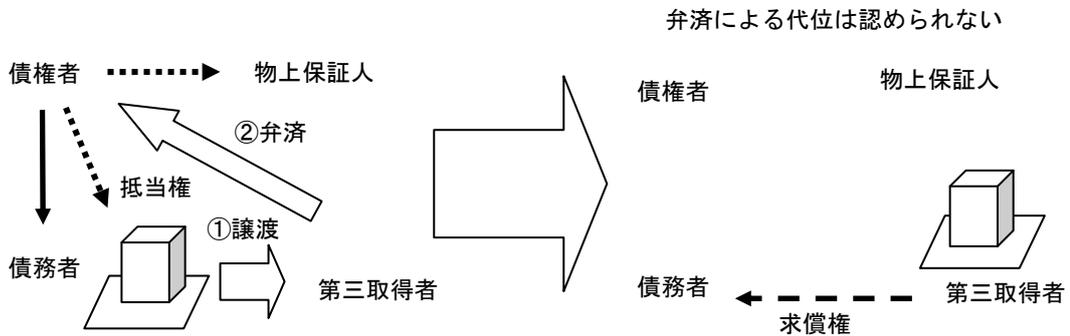
4 本文③について



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。

【第三取得者から物上保証人への代位の可否】



本文③は、物上保証人と債務者から担保目的物を譲り受けた第三取得者との関係を取り上げるものである。この点について、現在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、物上保証人は弁済額の全額をもって第三取得者に対して代位することができる（民法第501条第1号参照）が、第三取得者は物上保証人に対して代位することはできない（同条第2号参照）と考えられている。

本文③は、以上の解釈を明確にする規定を新たに設けることを提案するものである。

5 本文④について

本文④は、保証人と物上保証人との関係を取り上げるものである。この点については、民法第501条第5号が規定しているが、複数の保証人又は物上保証人の中に両方の地位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は明らかではない。この点について、判例（最判昭和61年11月27日民集40巻7号1205頁）は、公平の理念を理由として、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。この判例の結論については、現在、学説の多くも支持している。そこで、本文④では、この判例法理を明文化することを提案している。

6 本文⑤について

本文⑤は、物上保証人から担保目的物を取得した者の取扱いを取り上げるものである。現在は規定が置かれていない。

この点については、他の物上保証人との関係、保証人との関係、債務者から担保目的物を取得した第三取得者との関係が問題となるが、いずれについても、解釈上、物上保証人と同一の地位に立つものとして扱うべきであると考えられている。そこで、本文⑤では、上記の解釈を明文化することを提案している。

7 本文⑥について

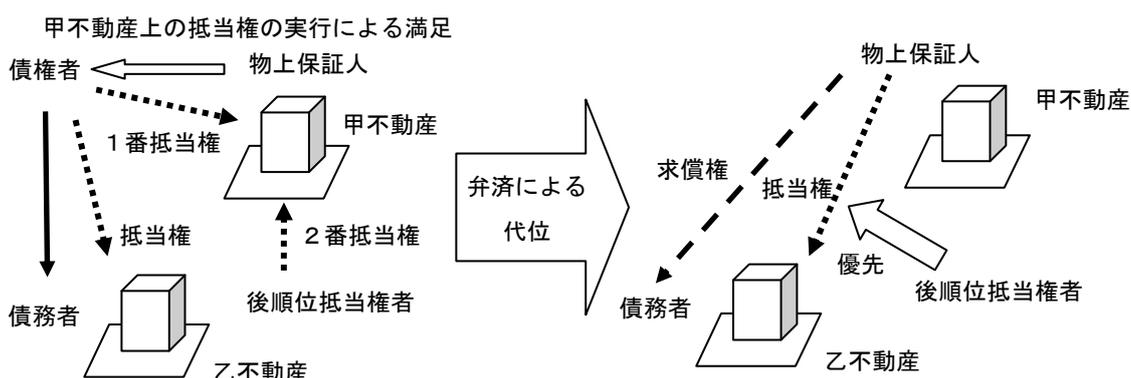
本文⑥は、民法第501条各号所定の代位割合と異なる特約の効力という論点を取り上げるものである。現在は規定が置かれていない。

法定代位者相互の間で民法第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、原債権全額をもって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。上記のような事例について、判例（前掲最判昭和59年5月29日）は、以下のように判示している。すなわち、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ず、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する。

この判例法理は、合意の相対効の例外として位置付けられるものであるため、これを条文から導き出すことは必ずしも容易でない。そこで、本文⑥では、この判例法理を明確にする規定を設けることを提案している。

8 本文⑦について



本文⑦は、後順位の担保権者がいる場合における特別な取扱いという論点を取り上げるものである。現在は規定が置かれていない。

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、売却代金の配当により先順位抵当権の被担保債権全額の満足が得られたときは、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実行することができる。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られ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鑑み、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。

上記の判例は、本来、民法第500条に従い債権者に代位することができるはずの物上保証人が、事実上代位できない結果となることを明らかにするという意味で重要なものである。そこで、本文⑦は、この判例法理を明文化することを提案するものである。

(4) 一部弁済による代位の要件・効果

一部弁済による代位があった場合に、原債権の効力として認められた権利及び担保として債権者が有していた一切の権利（以下「原債権の権利等」という。）の行使について、以下のような規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

- ① 債権者は、単独で原債権の権利等を行行使することができるものとする。
また、代位者は、債権者の同意を得て、原債権の権利等を行行使することができるものとする。
- ② 原債権の権利等の行使によって得られる担保目的物の売却代金その他の金銭については、債権者が代位者に優先するものとする。

○ 中間的な論点整理第17, 10(3)ア「一部弁済による代位の要件・効果の見直し」[64頁(153頁)]

一部弁済による代位の場合に代位者が単独で担保権を実行することを認めた判例法理を見直し、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るかどうかについては、一部弁済による代位があった場合の抵当不動産からの配当上、原債権者が優先するという判例法理を明文化するかどうかと併せて、更に検討してはどうか。

また、一部弁済による代位がある場合であっても、原債権者は単独で担保権の実行ができることを条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 11(3)[34頁], (4)[35頁], 同(関連論点)[35頁]

○ 中間的な論点整理第17, 10(3)イ「連帯債務の一部が履行された場合における債権者の原債権と一部履行をした連帯債務者の求償権との関係」[64頁(1

54頁]

連帯債務の一部を履行した連帯債務者は、ほかの連帯債務者に対して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。）が、この場合に連帯債務の一部を履行した連帯債務者が取得する求償権は、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、当該連帯債務者は求償権等を行行使することができないことを条文上明確にするかどうかについて、検討してはどうか。

○ 中間的な論点整理第17, 10(3)ウ「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」[64頁(154頁)]

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。）が、この場合に保証人が取得する求償権は、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行使することができないことを条文上明確にするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 11(4)(関連論点)[36頁]】

《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、債権者のみがすることができる。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)

1 債権の一部について弁済があったときは、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（民法第502条第1項）が、権利行使の要件・効果のそれぞれについて、その規律内容を条文から読み取ることができないと指摘されている。

一部弁済による代位があったときの権利行使の要件について、大審院の判例（大決昭和6年4月7日民集10巻535号）には、代位者が単独で抵当権を実行することができるとしたものがある。しかし、この判例の結論に対して、学説からは、代位者が単独で抵当権を実行できるとすると、本来の権利者である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る。このような批判を踏まえて、代位者は債権者との共同でなければ抵当権を実行することができないと

いう見解が有力に主張されている。また、近時の下級審の裁判例（東京高判昭和55年10月20日判タ429号106頁）には、代位者は、債権者から独立して抵当権を実行することは許されないと判断したのも現れている。他方、一部弁済による代位があったときに、本来の権利者である債権者が単独で抵当権等の権利を行使することができるかという点については、判例上、代位者が単独で権利行使できるとされていることとの均衡上、債権者も権利行使できるという見解が主張されているものの、必ずしも確立した見解が存在するわけではない。

また、一部弁済による代位があった場合における抵当権の実行による配当について、民法起草者は、債権者と代位者が平等に配当を受領することができると考えていたとされるが、近時の判例（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、抵当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。しかし、条文の文言からは、この判例法理の結論を導くことが困難であると指摘されている。

以上のように、一部弁済による代位があったときの債権者又は代位者による権利行使については、その要件・効果に関する規律内容が不透明であるので、これを明確化することが必要である。その具体的な規定の在り方については、判例法理の見直しも含めて検討する必要があると考えられる。

- 2 一部弁済による代位があったときの権利行使の要件・効果に関する上記の判例法理は、いずれも抵当権の実行に関するものである。もっとも、一部弁済による代位によって移転する権利は、抵当権に限られるものではなく、抵当権以外の担保権や、原債権についての保証債権を行使できるほか、債権者が有する債務名義を利用することもできるので、このような権利等の行使に関する要件・効果についても検討することが必要である。ここではまず、これまでの抵当権に関する議論の状況を踏まえて、一部弁済による代位があったときの抵当権の実行の要件・効果について検討し、その後、これを一般化する場合に支障があるかという観点から更に検討することとする。

一部弁済による代位があったときの抵当権実行の要件については、まずは判例（前掲大決昭和6年4月7日）の結論の当否が問題となる。この点については、前述のように、代位者単独での抵当権の実行を認めること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という批判があり、この批判は説得的であると考えられる。また、弁済による代位が実務的に問題となるのは、おおむね金融取引であると考えられるが、金融取引の実務においては、一部弁済があった場合には、債権者の同意がなければ、代位によって取得した権利を行使することができないという特約が置かれるのが一般的であるとされている。以上を踏まえ、本文①は、代位者による単独での抵当権の実行を認めないとする考え方を提案するものである。

また、債権者による抵当権の実行が、債権の一部を弁済したに過ぎない代位者に

よって制約されるべきではないと考えられる。そこで、本文①は、併せて債権者による単独での抵当権の実行を認めるという考え方を提案するものである。

他方、一部弁済による代位があったときの抵当権の実行による配当について、債権者が代位者に優先して受領することができるという判例法理については、おおむね異論がなく、これを維持することが適当であると考えられるが、この判例法理を現在の民法第502条第1項の文言から読み取ることは困難である。現在の「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」という文言については、むしろ債権者と代位者が配当を平等に受領することができる根拠とする見解があるが、「その弁済をした価額に応じて」という文言は、代位者が代位によって取得する権利の割合を意味するものであるので、引き続きこれを明示する必要がある。その上で、本文①のように権利行使に関するルールを明文化することに伴って、同項の「債権者とともにその権利を行使する」という部分の「行使する」を「有する」等の適当な文言に改めた上で、配当等の順位について、代位者は債権者に劣後することを新たに明記することが必要であると考えられる。本文②は、このような考え方に基づき、同項の規定を改めることを提案するものである。

第8回会議において、一部弁済による代位があったときの抵当権の実行の効果に関して、抵当不動産からの配当上、債権者が優先するという判例法理を明文化する（本文②参照）のであれば、代位者が単独で担保権を実行することを認めたとしても、それは、債権者が原債権全額の弁済を受けてなお余剰がある場合に限られることになるから、債権者による換価時期選択の利益を確保するために、債権者との共同でなければ代位者が担保権を実行することができないとする必要は必ずしもないという指摘があった。不動産競売の実務において、一部弁済による代位に基づいて代位者単独で抵当権が実行された場合に、原債権者が完全な満足を得る見込みがない限りその競売手続が取り消される（民事執行法第188条、第63条参照）という運用がされているとすれば、不動産競売に関する限りは、確かに上記指摘のとおり、代位者単独での抵当権の実行を禁ずるまでの必要はないとも言えそうである。しかし、上記指摘は、代位者単独での抵当権の実行を積極的に正当化するものではないため、とりわけ、代位する権利が抵当権以外である場合について検討を進める上では、必ずしも参考とはならない。例えば、債権者が不動産の譲渡担保権を有する場合に、一部弁済による代位者が単独で譲渡担保権を実行するという場面を想定すると、無剰余の場合における競売手続の取消しに相当するルールがない以上、単独での権利行使が実現してしまうことになりそうであるが、それは不当であるように思われる（最判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁参照）。

- 3 本文①②は、一部弁済による代位があった場合の抵当権の実行のみならず、その他の権利の行使についても、適用対象とすることを提案している。一部弁済による代位があった場合における抵当権以外の権利の行使の規律の在り方については、これまで必ずしも明示的に議論されてきたわけではない。しかし、代位者に単独での権利行使を認めない一方で、債権者には単独での権利行使を認めるべきであり、また、権利行使によって得られる金銭について債権者が優先して受領できるものとす

べきであるという考え方は、抵当権以外の他の権利の行使についても妥当すると考えられる。以下においては、このような考え方で特段の支障がないかどうかについて検討結果を示す。

(1) 不動産以外を目的とする質権・先取特権等

不動産以外を目的とする質権や先取特権について、原債権者が単独で担保権を実行する場面では、一部弁済による代位者は、原債権者が満足を得た後の残額の配当を受けようとしても、不動産の場合（民事執行法第188条、第87条第1項第4号参照）と異なり、担保権者であるというだけで当然には配当を受領する資格がない（例えば、債権質の実行について同法第193条、第154条）。そこで、このような問題に対処するため、例えば、(ア)この場合の代位者は、原債権者が既に担保権を実行しているにもかかわらず、同一の担保権について自己の債権額をもって重ねて実行することができるものとするか、(イ)一部弁済による代位があった場合にも、原債権者は、一部弁済がされる前の債権全額をもって単独で担保権を実行することができるものとする（本来の債権額を超えて受領した配当額は、原債権者が手続外で代位者に交付する）などの方策を別途検討する必要がある。

(2) 譲渡担保権等

譲渡担保権の実行や、動産質権の簡易な弁済充当（民法第354条）については、原債権者は単独でことができ、原債権者が自己の債権の満足を得た上で清算金が発生する場合には、一部弁済による代位者は、原債権者に対してその交付を求めることができるものと考えられる。他方、代位者は、原債権者の同意を得て、譲渡担保権の実行等を行うことができるが、この場合でも、担保権の処分によって得られた金銭については、債権者が優先すると考えられる。

(3) 保証債権

主たる債務が金銭債務である場合の保証債権のように、可分である権利について一部弁済による代位が生ずる場合については、原債権者も代位者もそれぞれ自己の債権額をもって単独で（代位者は原債権者の同意を得て）、権利行使をすることができることになる。この場合における代位者の権利行使について原債権者の同意を不要とすることも考え得るが、保証人に対する履行請求をするかどうかについても原債権者の意思を尊重するのが相当であるとする立場から、本文では、特に例外ルールを設けることを提案していない。なお、これは、代位者が、債権者の同意がなければ、保証人に対して請求することができないということの意味するにとどまり、債権者が残債権の全額の弁済を受ける前に、保証人は代位者に対して弁済することができる应考虑すべきである。これは、債権者の同意の有無によって、保証人に誤弁済の危険を負担させることは適当ではないという考慮に基づくものである。そして、この場合には、代位者は、受領した金額を債権者に対して償還する義務を負うと考えられる。また、原債権者と代位者による権利行使が保証人の特定の財産に対して競合した場合であるとか、保証人が倒産した場合においては、それぞれの配当の場面で、原債権者と代位者の債権額を合算した

額に対する配当の中から、原債権者は代位者に優先して満足を得ることができることになると考えられる（本文ア②参照）。

(4) 債権者が有する債務名義

代位者は原債権について債務名義がある場合には、承継執行文の付与を受けてこれを利用することができるかと解されている。この点については、原債権が可分である限り、一部弁済による代位者が単独で承継執行文の付与を受けることができるとすることも考えられる。しかし、ここでも原債権者の意思を尊重するのが相当であるとする立場から、本文では、特に例外ルールを設けることを提案していない。本文ア①の趣旨に従って、代位者が承継執行文の付与を受けるには原債権者の同意を要するものとするのが考えられる。また、この債務名義を利用するかどうかとは別の問題であるが、原債権者と代位者による原債権の行使が債務者の特定の財産に対して競合した場合においては、配当の場面で、原債権者と代位者の債権額を合算した額に対する配当の中から、原債権者は代位者に優先して満足を得ることができることになると考えられる（本文ア②参照）。

(5) 債権者代位権・詐害行為取消権

債権者は単独で債権者代位権等を行行使することができるが、代位者は債権者の同意がなければ行使することができない。

- 4 以上の他、当部会の審議においては、一部弁済による代位の問題と関連して、連帯債務の一部を履行した連帯債務者が取得する求償権について、債権者が原債権の全額の弁済を受けるまで、当該連帯債務者は求償権を行行使することができないことや、保証人が取得する求償権について、債権者が原債権の全額の弁済を受けるまで、保証人は求償権を行行使することができないことについて規定を設けるべきであるという意見が主張された。しかし、弁済による代位に関する本文と異なり、連帯債務者等の固有の権利である求償権の行使が制約されることについては、第22回会議において疑問を呈する意見があった。確かに、債務者について破産手続開始の決定があったときは、当該破産手続において、一部弁済をした連帯債務者等の求償権の行使は制限されているが（破産法第104条）、破産手続開始の決定前においても、連帯債務者等による求償権の行使を制限する必要性は、必ずしも明らかにされていない。また、連帯債務者等以外の第三者が弁済し、求償権を取得する場合にも、上記の提案と同様の法律関係が生ずるが、連帯債務者等の求償権の行使のみが制約され、その他の第三者が弁済により取得する求償権の行使については制約されないという結論の妥当性も問題となるように思われる。

以上のように、提案の内容やその必要性について、なお検討が必要であると思われることに鑑み、ここでは、この論点を取り上げないこととした。

(5) 債権者の義務

ア 債権者の義務の明確化

債権者は、弁済による代位があった場合において、原債権に不動産の先取特権、不動産質権又は抵当権があるときは、代位の付記登記の手續に協

力する義務を負う旨の規定を設けるものとしてはどうか。また、債権者は、代位することができる者のために担保を保存する義務（担保保存義務）を負う旨の規定を設けるものとしてはどうか。

○ 中間的な論点整理第17, 10(4)ア「債権者の義務の明確化」[65頁(155頁)]

弁済による代位に関連する債権者の義務として、解釈上、①不動産担保権がある場合の代位の付記登記に協力すべき義務や、②債権者の担保保存義務が認められていることから、これらに関する明文の規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。

(略)

【部会資料10-2第1, 11(5) [36頁], 同(関連論点)1 [37頁]】

《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)

弁済による代位に関連する債権者の義務として、原債権について不動産担保権が設定されている場合には、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）が、この点についての規定は置かれていない。また、債権者には代位をすることができる者のために担保保存義務が課されていると解釈されているが、これは、民法第504条によって間接的に示されているに過ぎない。そこで、本文は、以上の債権者の義務に関する規定を設けることを提案するものである。

イ 担保保存義務に関する法律関係の明確化

(7) 債権者の担保保存義務を定める民法第504条について、債権者が担保を喪失し、又は減少させることが、合理的な理由に基づくものであり、

法定代位をすることができる者の正当な代位の期待に反するものでない場合には、担保保存義務に反しない旨の例外規定を加えるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

- (イ) 担保保存義務違反によって法定代位をすることができる者が免責された場合には、その免責が生じた後に債務者又は物上保証人から担保目的物を譲り受けた者も担保保存義務違反による免責の効果を主張することができる旨の規定を設けるとい考え方があり得るが、どのように考えるか。

○ 中間的な論点整理第17, 10(4)ア「債権者の義務の明確化」[65頁(155頁)]

(略)

また、②の担保保存義務に関し、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設けるべきかどうかについては、法定代位をする者の代位の期待の正当性(特に保証人の保護の要請)にも留意しつつ、規定を強行規定とすべきかという点も含めて、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 11(5)[36頁], 同(関連論点)1[37頁]】

○ 中間的な論点整理第17, 10(4)イ「担保保存義務違反による免責の効力が及ぶ範囲」[65頁(155頁)]

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、抵当不動産を物上保証人や第三取得者から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という問題がある。この問題について、判例は、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、民法第504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、当該不動産が更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ことから、このような判例法理を条文上明確にするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 11(5)(関連論点)2[37頁]】

(補足説明)

- 1 民法第504条は、債権者の担保保存義務を定めるものであるが、特に銀行実務の立場から、規定の内容の合理性が疑問視されている。すなわち、銀行取引では、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しばしば行われるところ、担保の差替えや一部解除は、少なくとも形式的には同条が定める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ずることができず、時宜に応じた円滑な取引を行うことができないという

指摘である。このため、金融機関等は、実務上、法定代位者であ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。

この担保保存義務の免除特約は古くからその有効性が認められてきたが（大判昭和12年5月15日新聞4133号16頁）、常に有効とされるわけではない。判例（最判平成7年6月23日民集49巻6号1737頁）は、債権者の行為が「金融取引上の通念から見て合理性を有し、保証人等が特約の文言等にかかわらず正当に有し、又は有し得べき代位の期待を奪うものとはいえないとき」には、特約の効力の主張は、原則として信義則違反又は権利の濫用に当たらないとして、特約の効力に一定の限界があることを明らかにしている。

このように、現在は、担保保存義務を定める民法第504条の規定を前提として、その全部を排除する特約が締結された上で、特約の効力の一部が信義則によって制限されており、担保保存義務をめぐる法律関係が分かりにくくなっていると指摘されている。そこで、担保保存義務に関する規定の在り方を見直すことが検討課題となる。

具体的な見直しの在り方としては、担保保存義務の免除特約に関する現在の判例法理を踏まえて、そもそも民法第504条が定めている担保保存義務の内容を適切に限定することが考えられる。このアプローチによる場合の担保保存義務を限定する方法については、前掲最判平成7年6月23日を参照して例外要件を定めることが考えられる。具体的には、①債権者の行為について取引上の合理性が認められることと、②保証人等の正当な代位の期待を奪うものではないことを例外要件とすることが考えられる。第8回会議においても、上記のアプローチを採用することを前提に、同条の沿革の一つに保証人保護の要請があることを指摘した上で、取引の合理性と代位者の正当な期待の保護の必要性を考慮要素とすべきであるとする意見があった。

本文(ア)は、以上のような考慮に基づき、担保保存義務に関する規定の見直しを提案するものであり、その義務の内容について、試みの案を提示するものである。

なお、このような規定を設ける場合には、信義則に基づき限定される義務の内容が定められているのであるから、特約で更に例外を設けることは許されないという趣旨で、強行規定であることを明示すべきであるという指摘がある。この点について、強行規定と任意規定の区別の明記（部会資料27第1,3〔10頁〕参照）に関する具体的な論点の一つとして、引き続き検討する必要がある。

- 2 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、物上保証人や債務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債権者に対する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、民法第504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が当然に消滅し、当該不動産が更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。

この判例は、合意の相対効の例外を認めたものではなく、担保保存義務違反によって生じた法律関係が、債務者からの第三取得者や物上保証人からの譲受人に承継されることを明らかにしたものであるとされるが、このような規律を条文から読み取ることはできない。そこで、本文(イ)は、担保保存義務違反の効果を生じさせることを条文上明確にすることを提案するものである。

第2 相殺

1 相殺の要件

(1) 相殺の要件の明確化

ア 相殺の要件のうち「双方の債務が弁済期にある」こと（民法第505条第1項）については、以下のように改めるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 相手方の債務（自働債権）が弁済期にあることのみを要する旨の規定に改めるものとする。

【乙案】 双方の債務が弁済期にあるという要件を維持した上で、相手方の債務（自働債権）が弁済期にあるときは、自己の債務（受働債権）の期限の利益を放棄して相殺をすることができる旨の注意的な規定を設けるものとする。

イ 相殺の要件について規定する民法第505条第1項について、自働債権に抗弁権が付着していないことが相殺適状の要件として必要であることを条文上明記するものとして改めてはどうか。

○ 中間的な論点整理第18, 1(1)「相殺の要件の明確化」[66頁(156頁)]

「双方の債務が弁済期にある」ことを相殺の要件とする民法第505条第1項の規定を見直し、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判例法理を明記することの当否については、特に相殺の遡及効を維持する場合に、これが相殺適状の要件を見直すものか、あるいは相殺適状の要件は見直さず、期限の利益を放棄して相殺をすることができることを明記するものかという点が問題となることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

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という判例法理を条文上も明確にする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第2, 2(1)[40頁]】

《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 (略)

(補足説明)

1 民法第505条第1項は、「双方の債務が弁済期にある」ことを相殺の要件の一つとしているが、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。この判例の結論には異論が見られないが、この判例と同項の文言とが実質的に整合していないと見るかどうかは、相殺適状（同法第506条第2項、第508条参照）の要件に関する理解をめぐって争いがある。

一つの考え方は、前掲判例を踏まえ、相殺適状の要件としては自働債権の弁済期が到来していることのみで足りるとする。本文アの甲案は、このような考え方に基づいて民法第505条第1項の文言を改めるという提案を取り上げたものである。もう一つの考え方は、同項が定める相殺適状の要件については、現状を維持しつつ、債務者は受働債権の期限の利益を放棄して相殺することができる旨を明らかにする注意的な規定を設けるというものである。本文アの乙案は、この考え方を取り上げたものである。もっとも、双方の債務が弁済期にあるという相殺適状の要件を維持する立場からは、期限の利益の放棄に関する注意的な規定を設けるまでの必要はないとして、現状維持でよいという考え方もあり得るように思われる。

この問題は、相殺の遡及効の見直し（後記2(1)参照）と関連することに留意する必要がある。すなわち、相殺の効果について引き続き遡及効を認めることとした場合には、相殺適状になった時に遡って債権が消滅することになるため、上記のいずれの方法を採用するかによって、債権の消滅時期が異なることになる。具体的には、本文の甲案によると、受働債権の弁済期が到来していないとしても、自働債権の弁済期が到来した時点で相殺の効力が生ずることになるが、本文の乙案によると、受働債権の弁済期が到来していないのであれば、受働債権の期限の利益を放棄した時点で相殺の効力が生ずることになる。他方、相殺の遡及効を認めないとする場合には、いずれの方法を採用するかによって違いは生じないこととなる。具体的な立法提案の中には、相殺の効力発生時期を相殺の意思表示時として改めることを前提として、自働債権の弁済期の到来のみを相殺適状の要件とする案（本文アの甲案）を提案するものがある。また、時効消滅した債権を自働債権とする相殺の見直し（後記3参照）において、時効期間の満了時に相殺適状にあったという要件を引き続き維持するかどうかと関連することにも、留意する必要がある。

第8回会議では、自働債権の弁済期の到来のみを相殺適状の要件とする案は、前掲判例に関する一般的な理解とは異なることを指摘する意見があった。

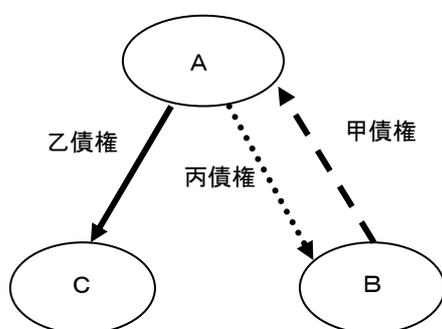
- 2 自働債権に相手方の抗弁権が付着している場合に相殺が認められないことについては、条文上明記されていないものの、判例（同時履行の抗弁権に関する大判昭和13年3月1日民集17巻318頁、保証人の催告・検索の抗弁権に関する最判昭和32年2月22日民集11巻2号340頁）や学説において、異論が見られないところである。そこで、本文イでは、この点を条文上明記することを提案している。
- 3 なお、パブリック・コメントに寄せられた意見の中には、自働債権と受働債権の通貨が異なる場合にも、相殺することができるとする方向で検討する必要性を指摘するものがあった。この意見は、「同種の目的」（民法第505条第1項）の解釈に関係するものであるが、同法第403条の見直しの要否との関係に特に留意する必要があるので、別途取り上げることとする。

(2) 第三者による相殺

ア 第三者による相殺の可否について、下図のBは、「利害関係」（民法第474条第2項参照）を有する場合には、Aが無資力でないときに限り、甲債権を自働債権とし、乙債権を受働債権として、相殺することができる旨の規定を設けるとい考え方があり得るが、どのように考えるか。

イ 上記アの考え方を採用する場合には、併せて以下のような規定を設けるとい考え方があり得るが、どのように考えるか。

- ① 上記アにかかわらず、乙債権の債権者及び債務者が反対の意思表示していた場合には、Bは、上記アの相殺をすることができないものとする。
- ② Bが上記アに基づく相殺をする場合に、Aが丙債権を有しているときは、Bの相殺の意思表示に対して、Aは甲債権と丙債権による相殺をBに対抗することができる旨の規定を設けるものとする。
- ③ 乙債権について差押えがあった後は、Bは、甲債権を自働債権とし、乙債権を受働債権とする相殺をしても、これをもって差押債権者に対抗することができない旨の規定を設けるものとする。



○ 中間的な論点整理第18, 1(2)「第三者による相殺の可否」[66頁(157

頁)]

自己の債権で他人の債務を消滅させるという第三者による相殺（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旨の明文の規定を設けるべきであるという考え方がある。このような考え方については、第三者による相殺が認められることによって、①Bが無資力のAから事実上の優先弁済を受け、B以外のAの債権者の利益が害されるという問題や、②Aが無資力のBに対して反対債権を有する場合に、Bが甲債権をあえて乙債権と相殺することを認めると、AのBとの相殺の期待が害されるという問題のように、弁済と相殺との問題状況の違いに応じて、その要件を第三者による弁済の場合よりも制限する必要があるという指摘があることにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、規定を設ける場合には、受働債権の債権者（下図のA）が無資力となる前に三者間の合意により相殺権が付与されていた場合の当該合意の効力に関する規定の要否についても、検討してはどうか。

【部会資料10-2第2, 2(2) [41頁]】

《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。

(補足説明)

- 1 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。もっとも、上図の甲債権を自働債権とし、乙債権を受働債権とするBによる相殺（以下、このような相殺を「第三者による相殺」という。）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、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することができないとした。他方、学説上は、Bによる相殺を可能とすることにより、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が優先的に債権を回収することを認めるのは、一般には、債権者間の公平を害するため妥当ではないが、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ができるとしてよいという見解が有力に主張されている。また、現在でも、特に図のBとCがグル

ープ企業であるような場合には、債権回収の手法として、三者間の合意によって相殺することがあり、三者間の合意がなくても相殺することができることに、実務的な利点があるとも指摘されている。

そこで、今般の見直しに当たって、一定の要件の下で第三者による相殺を可能とするものの当否が検討課題となる。

- 2 (1) 第三者による相殺の要件としては、まず、相殺をすることができる第三者の範囲が問題となる。前記のとおり、学説上は、他人の債務について「責任」を負担する者とする見解が主張されている。しかし、この点については、第三者による相殺を認める考え方が、その理由として、第三者による弁済との均衡を挙げていることからすると、上記見解のように相殺をすることができる第三者の範囲を限定する必要はなく、債務者の意思を問うことなく弁済をすることができる第三者の範囲（民法第474条第2項参照）と一致すべきであると考えられる。そこで、本文アでは、第三者による相殺をすることができる者の要件として、受働債権について債務者の意思を問うことなく第三者による弁済をすることができる者を要する旨を定めるという考え方を取り上げて、その是非を問っている。

この考え方に対しては、特にBがAの一般債権者に過ぎない場合にまで第三者による相殺を認めることを問題視し、他のAの一般債権者よりも優先的に債権を回収し得ることになって不当であるとする意見がある。しかし、一般債権者間の公平が害されるという懸念に対しては、後記のとおり、Aが無資力の場合には第三者による相殺をすることができないという立場を採用することによって対応することが可能であるように思われる。

- (2) 第三者による相殺の要件については、前記のとおり、これが可能であるとする学説においても、Aが無資力の場合には、Bの相殺によって、Aの一般債権者との関係で優先的に債権回収をすることを認めることになり、不公平であるので、この場合には第三者による相殺ができないとすべきであるとする見解が有力である。また、パブリック・コメントに寄せられた意見には、このようにAが無資力である場合に不公平な相殺がされる可能性があることを懸念して、第三者による相殺を可能とすることに反対するものがあることから、上記のような不公平な相殺ができないようにするための具体的な要件設定の在り方が問題となる。

第8回会議においては、Aが無資力である場合に第三者による相殺を認めることが問題視される理由として、Aが無資力の場合にはBの有する甲債権の価値は券面額以下であるにもかかわらず、乙債権と対当額で相殺することができるのは不当であるという点を指摘する意見があった。この指摘を踏まえると、甲債権の価値が券面額を下回るのは具体的にどのような場合かという観点から、要件を検討することが必要であると考えられるが、本文アでは、Aが無資力である場合を要件とすることを差し当たり提案している。第三者による相殺が禁止される場合の要件を最終的にどのように設定するのかという点については更に検討することが必要であり、特に他の制度との整合性に留意すべきであると思われる。

もっとも、Aが無資力である場合にBによる相殺を認めるべきではないという

ことについては、異論があり得るように思われる。すなわち、CがBから甲債権を譲り受けた上で、甲債権を自働債権とし、乙債権を受働債権として、相殺をすることができるのであれば、第三者による相殺を禁止することに意味がないとも言えるからである(この問題の詳細については、後記5(1)の補足説明7を参照)。

- 3 第三者による相殺を認めるに当たっては、以上の他にも、更なる検討課題があると指摘されている。第8回会議においては、Aが「無資力」のBに対して反対債権を有する場合に、Bが甲債権をあえて乙債権と相殺することができるとすると、Aの相殺の期待が害されるという問題を指摘し、第三者による相殺を可能とすることに懸念を示す意見があった。第三者による相殺が制限されている場合と同じ目的を達するには、Bが甲債権をCに譲渡した上で、Cが甲債権を自働債権とし、乙債権を受働債権として相殺することになる。この場合に、Aは、丙債権による相殺の抗弁を主張することができる(部会資料37第1, 3(2)[50頁])のであるから、第三者による相殺を可能とするとしても、このようなAの相殺の期待は保護すべきであると思われる。

この問題への対応策としては、二つの方法が考えられる。第1の方法は、乙債権について、第三者による相殺を禁止する特約を付しておくことである。第三者の弁済を禁止する特約(民法第474条第1項ただし書)と同様に、第三者による相殺を禁止する特約も認められるべきであり、これによってAの相殺の期待を保護することができる。第2の方法は、Bが甲債権と乙債権による相殺の意思表示をする時点で、AがBに対して反対債権(丙債権)を有している場合には、Bの主張する相殺(第三者による相殺)に対してAは甲債権と丙債権による相殺(二当事者間の相殺)を対抗できるとすることである。すなわち、債権譲渡と相殺の問題について、抗弁切断の基準時に反対債権を取得していれば足り、自働債権と受働債権の弁済期の到来の有無及び両者の先後を問わないという立場に立つのと平行に考えるとすれば、Bが第三者による相殺の意思表示をする時点(甲債権のCへの債権譲渡プラスCの相殺の意思表示に対応する。)で、Aが丙債権を取得していた場合には、Aには保護されるべき相殺の期待があると言えるからである。その結果、Aの甲丙債権の相殺の意思表示がBの甲乙債権の相殺の意思表示より遅れたとしても、甲丙債権の相殺が優先する。もっとも、Aの相殺の意思表示がBの相殺に対抗できるためには、Aの相殺が効果を生ずる必要があるから、丙債権の弁済期が未到来で相殺適状が生じていなければ、結果的に甲乙債権の相殺が優先することになる。

本文イ①は上記のうちの第1の方法を、本文イ②は上記のうちの第2の方法をそれぞれ提示して、その是非を問うものである。

- 4 第三者による相殺を認めることについては、民法第511条との関係に留意する必要があるとの指摘がある。具体的には、乙債権の差押え後にBが第三者による相殺をすることができるようにすると、乙債権の差押え後にCが甲債権を譲り受けて相殺することを認めるのに等しいことになり、民法第511条が潜脱されるので、これを防止することが必要であるとするものである。

上記の指摘への対応が必要であることについては、異論がないと思われる。そこ

で、本文イ③では、乙債権が差し押さえられた後に、第三者による相殺をすることができない旨の規定を設けるという考え方を取り上げている。

(3) 相殺禁止の意思表示

当事者の相殺禁止の意思表示は善意の第三者に対抗することができないとする民法第505条第2項について、その善意という要件を善意無重過失に改めるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

○ 中間的な論点整理第18, 1(3)「相殺禁止の意思表示」[67頁(158頁)]
民法第505条第2項の「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が除外されることを条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第2, 2(3)[43頁]】

: 《参考・現行条文》 :
: (相殺の要件等) :
: 民法第505条 (略) :
: 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2項は、当事者の相殺禁止の意思表示は「善意」の第三者に対抗することができないとしている。

ところで、譲渡禁止特約の第三者への対抗の可否に関する同法第466条第2項の「善意」の意義については、これを善意無重過失であるとする見解が有力である。同法第505条第2項と同法第466条第2項は、いずれも特約の第三者に対する対抗の可否が問題となっている規定であるから、それらの要件は整合的であることが望ましいと考えられる。そこで、本文は、同法第505条第2項における善意という文言を善意無重過失を表す文言に改めるという考え方を取り上げ、その是非を問うている。

もっとも、同法第466条第2項の「善意」の意義についても見直しを検討されている(部会資料37第1, 1(2)ア参照)。本論点については、その検討結果にも留意する必要がある。

2 相殺の効力

(1) 相殺の遡及効

相殺に遡及効が認められるとする民法第506条第2項について、当事者の一方が相殺の意思表示をした時に相殺の効力が生ずるとして規定を改めるとい考え方があり得るが、どのように考えるか。

○ 中間的な論点整理第18, 2(1)「相殺の遡及効の見直し（民法第506条）」
[67頁(159頁)]

民法第506条は、相殺に遡及効を認めているところ、この規定内容を見直し、相殺の意思表示がされた時点で相殺の効力が生ずるものと改めるべきであるという考え方がある。このような考え方の当否について、遡及効が認められなくなることにより特に消費者に不利益が生ずるおそれがあるという指摘があることに留意しつつ、任意規定として遡及効の有無のいずれを規定するのが適当かという観点から、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第2, 3 [43頁]】

《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おぼってその効力を生ずる。

(比較法)

- ・ドイツ民法第389条
- ・フランス民法第1290条
- ・フランス民法改正草案(司法省草案2011年版)第92条
- ・ユニドロワ国際商事契約原則第8.5条
- ・ヨーロッパ契約法原則第13:106条

(補足説明)

1 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)、その効力は相殺適状になった時に遡及して生ずるとしている(同条第2項)。

しかし、相殺の効力発生時期については、特に銀行実務を中心に、計算実行の時点で差引計算をする旨の特約が締結されていると指摘されている。このような特約が締結されているのは、相殺により遡及効が生ずると既払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、これを防止するためであると説明されている。また、相殺の遡及効が認められていることによって、法律関係の分かりにくさが生じているという指摘がある。例えば、賃料不払を理由として賃貸人が賃貸借契約を解除した後、借借人が自働債権の存在を知って相殺の意思表示をした事案について、判例(最判昭和32年3月8日民集11巻3号513頁)は、賃料債務は遡って消

滅するけれども、それは解除の効力には影響しないと判示している。この判例の結論自体は正当であると思われるものの、相殺に遡及効が認められることとの関係が分かりやすいとは言い難い。

以上の他にも、相殺に遡及効を認めるのは、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ずるという考え方（当然相殺主義）と親和的であることも指摘されている。この点に関連して、相殺に遡及効を認める根拠として、相殺適状時に債権債務が清算されたという当事者の期待と整合的であるという点が挙げられることがあるが、相殺の効力発生に当事者の意思表示が必要であるにもかかわらず、相殺適状が生じただけで債権債務が清算されたという期待が生じているという従来の説明が合理的と言えるか疑問であるとの指摘がある。

以上の点を踏まえると、相殺の意思表示の時に相殺の効力が生ずるとした方が、相殺をする当事者の意思に合致するようと思われる。そこで、本文では、相殺の意思表示がされた時に相殺の効力が生ずるとして、民法第506条第2項の規定を改めるという考え方を取り上げている。

- 2 相殺に遡及効を認めないという考え方に対して、パブリック・コメントでは、慎重な検討を求める意見が多数寄せられている（部会資料33-3 [342頁]）。その理由として特に多いのは、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が、これが不公平であるというものである。特に事業者と消費者との間で債権債務を相殺する場合には、遅延損害金の率に差異があるのが通常である上に、消費者には適時に相殺の意思表示をすることが困難であることから、遡及効を認めないとするにより、消費者に不利益が生ずることを懸念する意見があった。しかし、上記の事態が生ずることが不公平であるというのであれば、その問題は、相殺に遡及効を認めることによって解消されるわけではない。すなわち、遅延損害金の率が高い債権を有する者が、自らの債務を弁済した上で、相手方に対して債務の履行を請求した場合には、相手方は弁済時まで発生した高い率による遅延損害金の支払を免れないのであるから、上記の事態を不公平と考えるのであれば、遅延損害金の率に差異があることを是正する必要がある、相殺の遡及効を維持することによって対応すべき問題ではないように思われる。

また、相殺の効力発生時期を相殺の意思表示の時とする旨の当事者間の特約が締結されている場合には、上記の意見が指摘するような遅延損害金の率に差がある場合に一方当事者がその差額を支払うという事態は現在でも生じており、上記の意見の問題意識に対応するには、相殺の遡及効を維持するだけでは不十分であることに留意する必要がある。上記の意見の中には、消費者契約法によって、相殺の効力発生時期を相殺の意思表示時とする特約が無効とされる余地があるということを経由として、相殺に遡及効を認めるべきであるとするものもある。この意見の問題意識に表れているように、当事者間の公平を根拠として相殺の遡及効を維持する考え方を採用するのであれば、それは民法第506条第2項を強行規定とするという考え

方にもつながるように思われるが、どのように考えるか。

(2) 充当に関する規律の見直し

相殺の充当に関して、基本的には民法第488条から第491条までと同様の規律が及ぶという枠組み（民法第512条参照）を維持した上で、その規律の一部を以下のように改めるとい考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 相殺における法定充当では、相殺適状となった時期の順序に従って相殺するものとし、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・費用との間に限って民法第489条及び第491条の規律が及ぶ旨の規定を設けるものとする。

【乙案】 相殺における法定充当では、①債務の弁済期が到来したか否か及び弁済期が到来した順序にかかわらず、相殺の意思表示をする者のために債務消滅の利益が多いものから先に充当し、②その債務消滅の利益が相等しい場合には、各債務の額に応じて充当する旨の規定を設けるものとする。

○ 中間的な論点整理第18, 2(3)「充当に関する規律の見直し」[68頁(161頁)]

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、判例は、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、民法第489条及び第491条を準用して相殺充当を行うとしている。そこで、相殺の遡及効を維持する場合には、このような判例法理を条文上明らかにすることの当否について、更に検討してはどうか。

他方、相殺の意思表示の時に相殺の効力が生ずるものとする場合には、上記の判例法理は妥当しなくなるが、民法第489条第2号の「債務者のために弁済の利益の多いもの」から充当するという規定を相殺に準用している同法第512条によると、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。そこで、同条を見直し、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るという規定に改めることの当否について、更に検討してはどうか

【部会資料10-2第2, 3(関連論点)2[46頁]】

： 《参考・現行条文》
：
： (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。
：

(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ってする。

(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。

(比較法)

- ・ドイツ民法第396条
- ・ヨーロッパ⁹契約法原則第13：105条

(補足説明)

1 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。しかし、相殺に遡及効を認める現行法の下では、自働債権又は受働債権として複数の債権があり、当事者間に相殺の順序についての合意がない場合には、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。そこで、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が、この点について判例(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。この判例法理を、条文から読み取ることは困難であるため、相殺に遡及効を引き続き認めるのであれば、これを条文上明確にすることが望ましい。

以上の考慮に基づき、本文甲案は、相殺の遡及効を維持することを前提として、判例法理の内容を明文化することを提案するものである。

- 2 ところで、今般の見直しに当たっては、相殺の効力発生時期を相殺の意思表示の時と改めるかどうかを検討課題とされている(前記(1))。このような改正がされた場合には、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ぜず、相殺適状となった時期が特別の意味を持たなくなる。このため、前記の判例法理を明文化するのではなく、相殺の効力発生時期を相殺の意思表示の時とすることを前提として、民法第512条の相殺の充当の規律を見直す必要性の有無を検討する必要がある。

この点について、相殺の効力発生時期を相殺の意思表示の時とする考え方を採用することを前提として、民法第489条を準用する点を改め、法定充当については、①債務の弁済期が到来したか否か及び弁済期が到来した順序にかかわらず、相殺の意思表示をする者のために債務消滅の利益が多いものに先に充当し、②相殺の意思表示をする者のために債務消滅の利益が相等しい場合には、各債務の額に応じて充当するものとすべきであるとの考え方が示されている。これは、相殺の意思表示をする者の意思の解釈を尊重する規律とすることが、相殺の効力発生時期を相殺の意思表示の時とする考え方と整合的であることを理由とするものである。本文乙案は、この考え方を取り上げるものである。

もっとも、本文乙案のように、債務の弁済期の到来の有無及び弁済期が到来した順序を考慮せず、相殺の意思表示をする者のための債務消滅の利益によって判断するという考え方に対しては、民法第489条と規律を異にする必要があるかという点について疑問を呈する意見があり得るように思われるので、本文乙案の検討に当たっては、弁済の充当に関する規律との整合性に留意する必要がある。

- 3 なお、本論点については、弁済の充当に関する規律の見直しの検討結果(前記第

1, 7(1))を踏まえて、改めて検討することが必要であると考えられる。

3 時効消滅した債権を自働債権とする相殺

時効消滅した債権を自働債権とする相殺を認める民法第508条を以下のよ
うに改めるといふ考え方があり得るが、どのように考えるか。

- ① 債権者は、時効期間が満了した債権について、債務者が時効を援用するま
での間は、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も
のとする。
- ② 債務者は、債権者による上記①の相殺の意思表示後、1か月が経過するま
での間は、時効を援用することができ、債務者が時効を援用した場合には、
債権者による相殺は効力を生じないものとする。

○ 中間的な論点整理第18, 2(2)「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」[67頁(160頁)]

民法第508条を見直し、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ものとするという考え方がある。このような考え方の当
否について、債務者の相殺の期待を保護すべきであるとの意見や、時効制度の見直し
の検討結果を踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第2, 3(関連論点)1[45頁]】

《参考・現行条文》

(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。

(比較法)

- ・ドイツ民法第215条
- ・ユニドロワ国際商事契約原則第10.10条
- ・ヨーロッパ契約法原則第14:503条

(補足説明)

- 1 民法第508条は、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。この趣旨は、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
るといふ点にあるとされる。

しかし、この規定については、以下の3点においてその内容が合理的ではないとの批判がある。

第1に、相殺の意思表示前に債務者が時効を援用していた場合であっても、相殺することができる点である。すなわち、時効が援用されることによって債権消滅の効果が確定的に生ずると説明されているが、民法第508条により相殺の意思表示がされた場合には、時効援用の効果は覆滅されることになる。しかも、相殺の意思表示について特に期間制限は設けられていないため、債務者は時効を援用していたとしても、債権者から、予期せぬ時期に相殺の主張を受けるおそれがある。時効制度の趣旨の一つとして、過去の事実の立証の困難からの保護という点が挙げられるが、上記のようなおそれがあるため、同条の規定はこの時効制度の趣旨にも反するとの指摘がある。また、同条が適用されるのは、時効期間の満了前に相殺適状が生じていた場合であるから、同条により相殺をする債権者は、時効期間の満了前に相殺の意思表示をすることが可能であった。それにもかかわらず、債務者が積極的に時効を援用した後であっても、債権者が相殺をすることができるという同条の規律内容は不公平であるという指摘もある。

第2に、時効期間が満了した債権を自働債権とする相殺の意思表示がされた場合に、債務者が時効を援用する機会がないという点である。時効が援用される典型的な場面は、債権者からの履行の請求に対して、債務者が弁済の証拠を保管していなかったために時効を援用して債権の消滅を主張するというように、防御方法として時効が援用される場面である。それにもかかわらず、民法第508条による相殺の意思表示に対しては、防御方法として時効を援用する機会がないため、債務者は、時効期間が満了しても、弁済の証拠を保管し続けなければならないことになる。これは債務者に過重な負担を強いるものであり、かつ、過去の事実の立証の困難からの保護という時効制度の趣旨にも反するように思われる。

第3に、民法第508条により相殺することができるのは、時効期間の満了前に相殺適状にあった場合に限られている点である。時効の効果の発生時期について、判例（最判昭和61年3月17日民集40巻2号420頁）は、債務者の時効の援用を停止条件として時効の効果が確定的に生ずるとする不確定効果説を採用していると言われている。同条が時効期間の満了前に相殺適状にあった場合に限り相殺を認めているのは、上記の不確定効果説と必ずしも整合的ではなく、時効期間満了後に相殺適状になった場合でも、時効の援用前であれば、相殺することができるほうが、整合的であると言われている。

民法第508条については、以上のような問題点に対応する観点から見直しを検討することが必要である。

- 2 まず、第1の問題に対応するためには、時効期間の満了前に相殺適状になっていれば、相殺の意思表示が時効の援用後であっても相殺を認めている点を見直し、債務者の時効の援用後には、相殺することができないとすることが考えられる。これにより、相殺の意思表示前に時効を援用し、債権が確定的に消滅したと信じた債務者を保護する趣旨である。

第2の問題に対応するためには、相殺の意思表示後の一定期間は、債務者による時効の援用を認めることが考えられる。これは、相殺の意思表示の主張に対する防御方法として時効の援用を認めることによって、時効期間の満了後も弁済の証拠を保管しなければならないという負担から債務者を解放することを企図するものである。

第3の問題については、時効の効果の見直しとの関係に留意する必要があるが、時効の効果発生のために時効の援用ないし履行拒絶権の行使が必要であるという構成を見直すことは提案されていない（部会資料31第1、3〔33頁〕参照）。したがって、第3の問題に対する対応はなお必要である。そして、この点については、前記のとおり、時効期間満了後に相殺適状になった場合であっても、時効の援用等がされる前であれば、相殺することができるということが考えられる。

本文は、以上を踏まえて、民法第508条を見直すことを提案するものである。具体的には、本文①は、第1の問題と第3の問題への対応として、時効期間の満了前に相殺適状にあったという要件を廃止し、時効の援用前であれば相殺することができる旨の要件に改めるものである。また、本文②は、第2の問題への対応として、相殺の意思表示後、一定期間内は、時効の援用をすることができるという規律を追加するものである。本文②では、相殺の意思表示に対して時効を援用することができる期間として、試みに、1か月とする案を提示しているが、相殺の意思表示を受けた者が時効の援用の可否を決するのに必要な期間として適切か、更に検討していく必要があると思われる。

- 3 なお、民法第508条の見直しについては、相殺の遡及効の見直し（前記2(1)）との関係も問題となる。同条の趣旨が、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点にあるとされているところ、相殺の遡及効（同法第506条第2項）を見直す場合には、上記のような当事者の期待を強く保護する必要性が失われるとして、同法第508条を本文のように見直すことが整合的であるという考え方がある。そして、相殺の遡及効の見直しに反対することを前提に、同条を本文のように見直すことについても反対する意見がある。

確かに相殺の遡及効の見直しとの関係に留意することは重要であるが、民法第508条について指摘されている前記の第1から第3までの問題は、相殺の遡及効を維持するという結論を採った場合でもなお問題となるものである。したがって、相殺の遡及効の見直しに関する検討結果にかかわらず、同条の見直しは検討されるべきである。

4 不法行為債権を受働債権とする相殺の禁止

不法行為債権を受働債権とする相殺を禁止する民法第509条について、以下のように改めるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 民法第509条を維持した上で、その例外として、当事者双方の過失によって生じた同一の事故により、双方に損害（ただし、生命又は身体の侵害に基づく損害を除く。）が生じた場合には、相殺することができる旨

の規定を設けるものとする。

【乙案】 民法第509条を削除した上で、以下のいずれかの債権を受働債権とする場合に限り、相殺を禁止する旨の規定を設けるものとする。

- ① 債務者が債権者に損害を生じさせることを意図してした不法行為に基づく損害賠償債権
- ② 債務者が債権者に損害を生じさせ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債権
- ③ 生命又は身体の侵害があったことに基づく損害賠償債権

【丙案】 民法第509条を維持するものとする。

○ 中間的な論点整理第18, 3「不法行為債権を受働債権とする相殺（民法第509条）」[68頁（161頁）]

不法行為債権を受働債権とする相殺の禁止（民法第509条）については、相殺による簡易な決済が過剰に制限されている等の問題意識から、相殺禁止の範囲を限定するかどうかについて、被害者の保護に欠けるおそれがあるとの指摘や当事者双方の保険金請求が認められている保険実務への影響等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

仮に相殺禁止の範囲を限定するとした場合には、以下のような具体案について、更に検討してはどうか。

[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。）

【部会資料10-2第2, 4 [48頁]】

： 《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。

（比較法）

- ・ドイツ民法第393条
- ・ユニドロワ国際商事契約原則第8.4条
- ・ヨーロッパ契約法原則第13:107条

(補足説明)

1 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。この規定の趣旨は、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不法行為の誘発の防止にあるとされている。しかし、前者（被害者の保護）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、後者（不法行為の誘発防止）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、学説上、簡易な決済の実現という相殺の利点を活かす観点から、同条の趣旨に反しない場合には相殺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。

また、民法第509条については、上記の他にも、債務不履行による損害賠償債権を受働債権とする相殺にも同条の規律を及ぼすべきかという点が問題とされている。医療過誤のように債務不履行と不法行為が競合する場合に、いずれに基づく損害賠償債権であるかによって相殺の可否が異なるのは不合理であるので、このような場合には、債務不履行に基づく損害賠償債権についても相殺が禁止されるべきであるという見解が主張されている。

以上のように、民法第509条については、①同条の趣旨に反しない限りで、不法行為に基づく損害賠償債権を受働債権とする相殺を認めることの当否、②債務不履行に基づく損害賠償債権を受働債権とする相殺についても、一定の範囲で禁止することの当否が、検討課題となる。

2 具体的な見直しの方法としては、二つの考え方が提示されている。

第1の考え方は、不法行為に基づく損害賠償債権を受働債権とする相殺の禁止について定める民法第509条を維持した上で、その例外として、同条の趣旨が妥当しないと考えられる一定の場合には相殺をすることができる旨を規定するというものである。具体的には、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債権については、不法行為の誘発の防止という同条の趣旨が妥当しないとして、相殺禁止の例外とすべきであるとする。この場合には、当事者双方に保護の必要性があるにもかかわらず、このうちの一方当事者のみが無資力であるとすると、他方の当事者が一方的に不利な地位に置かれ得るため、相殺を禁止することによりかえって不公平な事態が生じ得ることも、例外とすべき理由として指摘されている。また、同条の趣旨のうち、被害者保護の観点からは、生命又は身体に損害が生じた場合の損害賠償債権を受働債権として相殺をすることはできないと考えるべきであるが、それ以外の損害についての損害賠償債権を受働債権として相殺することは認めてよいと考えられる。本文の甲案は、このような考え方を取り上

げるものである。もっとも、本文甲案の考え方に対しては、相殺禁止の例外とすべき場合が狭すぎるという批判があるほか、債務不履行に基づく損害賠償債権を受働債権とする相殺を禁止することができないため、不十分であるとの批判がある。

第2の考え方は、民法第509条の趣旨との関係で相殺禁止の例外を認めるべき場面は、本文甲案が提示する双方的不法行為に限らず、もっと広くすべきであると主張する。すなわち、民法第509条の趣旨のうち、不法行為の誘発禁止という点からは、故意又はこれに準ずる不法行為に基づく損害賠償債権を受働債権とする相殺のみを禁止すればよいとし、また、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いう点からは、生命又は身体に生じた損害についてのみ妥当するものであり、例えば物損については、相殺を禁止してまで現実の給付を得させる必要はないとする。そして、このような実質的な考慮を踏まえて、第2の考え方は、民法第509条のように広く相殺を禁止する規定をひとまず廃止した上で、個別具体的に、(ア)故意又はこれに準ずる不法行為に基づく損害賠償債権と、(イ)不法行為により生命又は身体に生じた損害の賠償債権とを列挙して、これらを受働債権とする相殺を禁止する旨の規定を新たに設けるとする。その上で、さらに第2の考え方は、債務不履行に基づく損害賠償債権のうち上記(ア)と(イ)に相当するものについても、上記の趣旨が当てはまることから、これを受働債権とする相殺が禁止されるべきであるとする。本文の乙案は、このような考え方を取り上げるものである。この案では、故意又はこれに準ずる不法行為又は債務不履行に基づく損害賠償債権を受働債権とする相殺を禁止することになるため、これを適切に表す用語の選択が問題となるが、この点について、本文乙案では、差し当たり「債務者が債権者に損害を生ぜしめることを意図して」という表現を提示している。これに対しては、特に給付債務について債務不履行責任が生ずる場合には、常に「債務者が債権者に損害を生ぜしめることを意図して」と評価され得ると懸念する意見が示されており、更に適切な要件の在り方を検討する必要がある。

3 以上に対して、民法第509条の規定を維持すべきであるという考え方もあり得る。

自動車事故のように責任保険の保険給付によって損害が填補され得る場合には、相殺を認めずに、保険給付を利用してそれぞれの損害を現実に賠償させる方が、被害者の保護という民法第509条の趣旨に合致するという指摘がある。また、被害者が無資力である場合に相殺が認められることによる被害者の不利益や、被害者の一般債権者と加害者との関係を考慮すると、同条の規律内容には一定の合理性があるという指摘もある。本文丙案は、これらの指摘を踏まえ、同条を維持すべきであるという考え方を取り上げるものである。

しかし、これに対して、不法行為に基づく損害賠償債権を受働債権とする相殺が認められたからといって、それによって保険会社の責任保険の保険給付義務が消滅するわけではないから、保険給付との関係を理由として本文の甲案や乙案を否定するのは適当でないという見解が主張されている。この見解は、損害賠償債権が相殺で消滅したとしても、損害賠償債権が成立したことまで否定されるものではなく、

かつ、相殺の場合には、相殺権者の出えんによって債権が消滅するのであり、保険給付によって填補されるべき損害は生じていると言えることを指摘して、相殺がされたとしても責任保険の保険給付を受ける権利は失われまいとする。そして、この見解によると、不法行為に基づく損害賠償債権を受働債権とする相殺を認めたとしても、双方が責任保険に加入しているような場面では、双方が保険給付を受けられるのであるから、相手方の保護に欠けることにはならないと考えられる。また、これ以外の場面については、相手方は相殺によって債務を消滅させるという利益を得られるのであるから、相手方の保護に欠けることにはならないと考えられる。

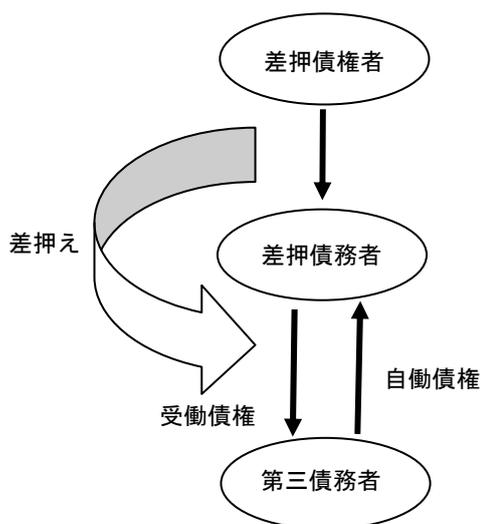
5 支払の差止めを受けた債権を受働債権とする相殺の禁止

(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



(1) 法定相殺と差押え

民法第511条を以下のように改めるものとしてはどうか。

- ① 債権の差押えがあった場合であっても、第三債務者は、原則として、債務者に対して有する反対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るものとする。
- ② 上記①の例外として、第三債務者は、差押え後に取得した反対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ものとする。

○ 中間的な論点整理第18, 4(1)「法定相殺と差押え」[69頁(163頁)]
受働債権となるべき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について、条文上明確にしてはどうか。
その際には、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する判例法理(無制限説)を前提としてきた実務運用を尊重する観点から、無制限説を明文化することの当否について、無制限説により生じ得る不合理な相殺を制限するために無制限説を修正する必要があるとの意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。
【部会資料10-2第2, 5(1)[51頁]】

《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。

(比較法)

- ・ドイツ民法第392条
- ・フランス民法第1298条
- ・フランス民法改正草案(司法省草案2011年版)第94条

(補足説明)

- 1 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もって差押債権者に対抗することはできないとされている(同法第511条)。しかし、受働債権が差し押さえられた場合に、第三債務者が差押債権者に相殺を対抗するためには、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は、必ずしも条文上明らかではない。この点について、最(大)判昭和39年12月23日民集18巻10号2217頁(以下「昭和39年判決」という。)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、相殺を対抗することができるという見解(制限説)を採ったが、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、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、相殺を対抗することができるという見解(無制限説)を採ることを明らかにした。

最高裁は、昭和45年判決の後も無制限説を採用することを明らかにしているが（最判昭和51年11月25日民集30巻10号939頁等）、他方で、学説では、制限説を支持する見解が、なお有力に主張されている。これは、無制限説によると、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、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った上で相殺することが許容されることになるが、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、保護に値しないということを理由とするものである。また、無制限説に対しては、債権者平等の原則に反し、相殺の担保的機能を過大に評価するものであるとの批判もある。

法定相殺と差押えとの関係は、以上のように見解が対立している状況ではあるものの、実務において特に重要な問題であるので、今般の見直しによって、いずれの考え方を採用するか条文上明確にすることが必要である。

2 制限説と無制限説のいずれを採用するかについての検討に当たっては、上記のような議論の状況を踏まえると、①自働債権と受働債権の弁済期の先後によって相殺の可否を決する規律が妥当か、②無制限説の考え方は債権者平等の原則との関係で問題があると評価するかどうかという点が特に問題となる。

(1) まず、自働債権と受働債権の弁済期の先後によって相殺の可否を決する規律が妥当かという点（上記①）については、それぞれの立場から以下のような主張がされている。

[無制限説からの主張]

- 弁済期の先後は、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り、当事者間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。
- 第三債務者が受働債権の履行を遅滞しつつ自働債権の弁済期の到来を待って相殺することについては、第三債務者に遅延損害金を発生させるものに過ぎず、非難されることではない。
- 制限説を前提としても、相殺予約の効力が認められる限り、これによって差押え前に相殺適状を作出することが可能であるが、法的知識の有無によって相殺の可否が決められることになるのは不公平である。
- 金融機関が債務者の負担軽減のために返済期限の延長を行うことがあるが、制限説を採った場合、これにより相殺が認められなくなることがあるため、金融機関が返済期限の延長に慎重になるおそれがある。

[制限説からの主張]

- 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、第三債務者が相殺するためには、受働債権の履行を遅滞しつつ、自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。
- 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ために、第三債務者

が相殺するために受働債権を履行しない場合には、差押債権者は、取立訴訟を提起した上で、執行手続を利用して取り立てる必要があり、取立ての完了までには一定の時間がかかる。それまでの間に自働債権の弁済期が到来すれば第三債務者が相殺することができるという規律は、差押債権者に著しく不利であり、差押債務者の一般債権者としての差押債権者と第三債務者との間の利害調整として適切ではない。

(2) 次に、無制限説の考え方は債権者平等の原則との関係で問題があると評価するかどうかという点（上記②）については、それぞれの立場から以下のような主張がされている。

[無制限説からの主張]

- ・ 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、債権者平等の原則が前提となる執行手続についても、転付命令のように優先的満足が認められる例はある。

[制限説からの主張]

- ・ 法定相殺は、物的担保とは異なり、当事者間の合意が一切不要であり、対立する債権が存在していても、相殺適状までは相殺により債権回収を実現することができないのだから、法定相殺には物的担保と同様の担保的機能を認めるべきでない。
- ・ 相殺に対する期待を有する当事者であれば、相殺予約を締結すべきであり、相殺予約がない場合にまで、相殺の担保的機能に対する期待を過大に保護すべきではない。

3 本文では、無制限説の立場を採用し、規定を設けることを提案している。これは、以下の理由に基づくものである。

第一に、弁済期の先後という偶然の事情によって相殺の可否が決められるのは不当であるという無制限説からの主張は説得的であるという点である。特に、第三債務者である金融機関が自働債権の返済期限を延長し、自働債権と受働債権の弁済期の先後が入れ替わることがあるとの指摘のように、自働債権の弁済期が後に到来するとしても、相殺の期待を保護してよいと思われる場合があり、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という事だけで相殺を差押債権者に対抗することができないとすることは、差押債権者と第三債務者との間の利害調整の在り方として適当ではないと考えられる。また、制限説が問題視するような不誠実な第三債務者からの相殺については、相殺権濫用の法理（後記6参照）によって効力を否定することが可能であり、これによって、事情に応じた柔軟な解決が可能となるという利点もある。

以上の理由については、なお賛否があり得るとしても、第二に、昭和45年判決以来、無制限説を前提として実務上の運用がされてきたという実態を指摘することができる。すなわち、無制限説を前提とした相殺の担保的機能は、社会において広く認知されており、公示が不完全であるとはいえ、これによって差押債権者の期待が害されるとは言い難いことからすると、この実務を改めなければならない必要性

は必ずしも高くないと考えられる。

- 4 ところで、昭和39年判決は、制限説を採用する根拠として、強制執行による債権差押えによって、別段の規定がなければ第三債務者は相殺をもって差押債権者に対抗することができなくなるが、民法第511条の反対解釈により、差押え前に第三債務者が取得した債権による相殺は例外として差押債権者に対抗し得るに過ぎないから、第三債務者に保護すべき相殺の期待がある場合にのみ、差押債権者に相殺をもって対抗することができるとした。しかし、これに対して、昭和45年判決は、差押えは、債務者の行為とは関係がない第三債務者のみの行為によって、債権が消滅し、又はその内容が変更されることを妨げる効力を有しないので、第三債務者による相殺は、差押えによって禁止されるものではないとした。そして、この昭和45年判決の考え方は、民事執行法第145条第1項の文言とも整合的であり、妥当であると評価されている。

以上の理解を前提とすると、民法第511条は差押債権者等に対して相殺を対抗することができない例外的な場合を規定していることになるので、そのことを明確化する観点から、例外のみならず原則を条文上明記することが考えられる。また、このように原則を規定することによって、例外の要件が差押え後に反対債権を取得したことのみであること（無制限説）を明確にすることができる。以上の考慮に基づき、本文①では、債権の差押えがされた場合であっても、第三債務者は相殺をもって差押債権者に対抗することができることが原則である旨の規定を設けた上で、本文②で、例外的に相殺が禁止される場合についての規定を設けることを提案している。

- 5 無制限説を採用する場合の更なる検討課題として、差押え前に停止条件付債権を取得したが、当該停止条件が差押え時に成就していない場合に、これを自働債権として相殺することができるかという点が指摘されている。停止条件付債権の具体例としては、手形の買戻請求権や保証委託契約における事前求償権などが挙げられている。この点については、現在のところ、学説上も確立した見解が示されているわけではないようであるが、無制限説を採用することを条文上明確にするに当たっては、考え方を整理することが望ましいとの指摘がある。また、この指摘に関連するものとして、債権譲渡がされた場合に債務者が相殺の抗弁を主張することができる範囲に関する検討結果（部会資料37第1、3(2)[39頁]）との整合性についても検討する必要があるとの指摘がある。

以上の点について、どのように考えるか。

- 6 なお、本文の提案に関連して、民法第511条の制限を潜脱する相殺を禁止するためには、破産法第72条第1項第4号の規定を参照し、差押え又は仮差押えの申立てがあった後に、当該差押え等の申立てがあったことを知って取得した債権を自働債権とする相殺を認めないとする規定を新たに設けるべきであるとの考え方が示されている（中間的な論点整理第18、4(3)[70頁(165頁)]）。しかし、この提案の適用場面は、差押えの申立てから差押命令の送達時までの債権取得であるが、実務上この期間が極めて短い上、その間に第三債務者が差押えの申立てがあっ

たことを知る契機も想定されないことからすると、現実的に上記の提案で規制しようとする債権の取得が生じ得るのか疑問である。そこで、ここでは、上記の考え方を取り上げないこととした。

- 7 また、第8回会議においては、支払不能となった債権者に対して債務を負う者が、支払不能後に新たに取得した他人の債権を自働債権としてする相殺の効力を民法で制限することの要否について、検討すべきであるという意見があった。

しかし、上記の意見に対しては、倒産手続開始の決定前は債権者の平等が強く要請されるわけではないのだから、相殺によって他の債権者に優先して債権を回収することが自由に認められるべきであるとして、規定を設けることに反対する意見がある。また、上記意見のような規律が設けられることによって、債権回収の実務の支障となるとの指摘がある。例えば、支払不能状態にある取引先に対して債権を有する企業が、関連企業にその債権を譲渡し、当該関連企業が当該取引先に対して負担する債務と相殺することによって債権を回収することがあるが、このような債権回収を行うことができなくなるというものである。

以上のような意見があることを踏まえ、支払不能後に新たに取得した他人の債権を自働債権としてする相殺の効力を制限する規定の要否の問題は取り上げないこととした。

なお、支払不能となった債権者に対して債務を負う者が、支払不能後に新たに取得した他人の債権を自働債権としてする相殺の効力を民法で制限する必要がないという考え方を採るのであれば、この考え方と第三者による相殺（前記1(2)参照）の要件との整合性を検討すべきであるとの指摘がある。すなわち、受働債権の債権者が無資力である場合に第三者による相殺を禁止するとしても、自働債権の債権者は、受働債権の債務者に債権を譲渡して、二者間の相殺をすることができるのであれば、第三者による相殺を禁止する意味が乏しいのではないかとの問題意識が示されている。この点について、どのように考えるか。

(2) 相殺予約の効力

差押え・仮差押えの申立てがあったこと、差押命令・仮差押命令が発せられたこと等をもって、期限の利益を喪失させる旨の合意や、これらの事由が生じた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「相殺予約」という。）の効力に関する規定の要否については、以下のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 第三債務者は、相殺予約によってする相殺をもって差押債権者等に対抗することができる旨の規定を設けるものとする。

【乙案】 第三債務者は、自働債権と受働債権とが一体的な決済の予定された取引から発生したものであり、相殺予約が付されることが取引慣行上一般的であると認められる場合には、当該相殺予約によってする相殺をもって差押債権者等に対抗することができる旨の規定を設けるものとする。

【丙案】 規定を設けないものとする。

○ 中間的な論点整理第18, 4(4)「相殺予約の効力」[70頁(166頁)]

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場合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に関して、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採っているとの見解が有力であるが、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。相殺予約の効力を差押債権者又は仮差押債権者(差押債権者等)に対抗することの可否に関する明文の規定を設けるかどうかについては、自働債権と受働債権の弁済期の先後によって、相殺予約の効力を差押債権者等に対抗することの可否を決するという考え方は採らないことを確認した上で、その効力を一律に認めるという考え方(無制限説)を採るべきか、それとも一定の場合にその効力を制限すべきかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第2, 5(2) [57頁]】

(補足説明)

1 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、法定相殺と差押えの関係(前記(1)参照)につ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立って、第三債務者が相殺による債権回収を図るために付されるものである。

相殺予約によって相殺適状を作出し、差押債権者に先立って第三債務者が債権を回収することを許容するのは、相殺の担保的機能を確保する手段として有用であるが、その反面、私人間の合意のみによって差押えの効力を排除し得ることとなる。また、相殺予約はその公示方法を欠くため、一般債権者に不測の損害をもたらすおそれがある。そのため、相殺予約の第三者に対する効力が認められるのは、一定の範囲に限定されるべきであるとの見解が有力に主張されてきた。

この点について、昭和45年判決(前掲最(大)判昭和45年6月24日)は、契約自由の原則を根拠として、特に限定を付すことなく、相殺予約の効力を認めたかのような判断をしているため、判例は相殺予約の第三者に対する効力を無制限に認める立場を採っていると評価する見解がある(相殺予約の効力についての無制限説)。しかし、これに対して、昭和45年判決は、必ずしも相殺予約の第三者に対する効力を無制限に認めたわけではないという見解も有力である。この見解は、昭和45年判決は、当該事案において付された銀行取引における相殺予約の内容に詳細に言及した上で、相殺予約を有効であると判断していることを根拠に、銀行取引以

外の相殺予約一般について、第三者に対する効力があることを認めたものではないとする。

相殺予約に第三者に対する効力が認められるのは、契約の相対効という原則の例外として重要なものであるから、条文上も明確にすることが望ましい。その際には、相殺予約を第三者に対抗することができる範囲が問題となるが、その検討に当たっては、契約の相対効に対する例外を認める正当化根拠をどのように考えるかという点が課題となる。

2 前記のとおり、相殺予約の第三者に対する効力を一律に認めるべきであるという見解が有力に主張されている。この見解は、相殺予約に第三者に対する効力が認められることの正当化根拠として、相対立する債権債務には一般に牽連性が認められることから、相殺予約は譲渡担保などの非典型担保と同視できるという点を挙げる。本文の甲案は、この見解に基づき、相殺予約の効力を一律に第三者に対抗できることを前提に、相殺予約によってする相殺を差押債権者等に対抗することができる旨の規定を設ける考え方を取り上げたものである。本文の甲案には、現在の取引実務の考え方と整合的であると評価する意見があるが、これに対しては、相対立する債権債務に牽連性があることを非典型担保と同視する根拠とするのであれば、相対立する債権債務に牽連性が認められない場合については、相殺予約の効力を第三者に対抗することはできないとすべきであるとの批判がある。

3 他方、本文の乙案は、相殺予約は私人間の合意によって差押え等を潜脱するものであり、原則として、その効力を第三者に対抗することができないが、相殺予約の存在の公知性や相殺への期待の合理性が認められる場合に限り、相殺予約の効力を第三者に対抗することができるという見解に従い、規定を設けるという考え方を取り上げたものである。昭和45年判決の大隈健一郎裁判官の意見（部会資料10-2〔60頁〕参照）も、これと同様の考え方であると評価されている。

このような考え方による場合には、具体的な要件の立て方が問題となるが、本文の乙案では、相殺予約を第三者に対抗することができるのは、相殺予約の存在の公知性や相殺への期待の合理性が認められる場合に限るという見解の趣旨に従って試みの案を提示している。このような案の下で相殺予約に第三者に対する効力が認められる例としては、銀行取引における預金債権と貸付債権との相殺や、商社取引などが挙げられるが、実務において付されている合理的な相殺予約については、その第三者効が認められるようにするための適切な要件を更に模索することが必要であると考えられる。

4 相殺予約の効力の第三者に対する対抗の可否については、これまで議論が蓄積した分野ではあるものの、今もなお、様々な見解が対立していることに加え、特に本文の乙案のような考え方を法文化することには困難も予想される。また、相殺予約によって相殺適状を作出した上での相殺が、差押えを潜脱するものであると評価されるような場合には、相殺権の濫用の法理（後記6参照）によって、相殺の効力を否定する余地もある。以上を考慮し、本文の丙案では、相殺予約の効力に関する規定を設けず、解釈に委ねるという考え方を取り上げている。

5 第8回会議においては、第三者による相殺に関連して、受働債権の債権者が無資力となる前に三者間の合意により相殺権が付与されていた場合の当該合意の効力に関する規定の要否について、検討すべきであるという意見があった。この意見は、三者間の相殺予約の効力をどのような場合に差押債権者等の第三者に対抗することができるかという点を明らかにすべきであるという問題意識に基づくものであると思われる。

このような三者間の相殺予約は、実務上、債権回収のために利用されることがあり、このような債権回収を安定的に行うことができるようにする観点から、これを第三者に対抗することができることを求める意見が主張されている。しかし、この意見の多くは、昭和45年判決が相殺予約についても無制限説を採用したという理解を前提としているが、前記のとおり、その理解自体が疑問視されており、三者間の相殺予約の効力を一律に認めることについては、差押債権者との間の公平を欠くため、妥当ではないとする見解が有力である。もっとも、具体的にどのような場合に、三者間の相殺予約の効力を第三者に対抗できるかという点については、必ずしも確立した見解が存在するわけではないように思われる。

以上のように、三者間の相殺予約の第三者に対する効力については、様々な見解が主張されており、具体的な立法提案も示されておらず、現段階で規定を設けることは困難であると思われることから、ここでは取り上げないこととした。

6 相殺権の濫用

債権の差押えがあった場合において、第三債務者は、差押債権者との公平を害すると認められるときは、相殺をもって差押債権者に対抗することができない旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

○ 中間的な論点整理第18, 5「相殺権の濫用」[70頁(167頁)]

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、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関する明文の規定を設けることの当否について、特に自働債権の取得時期との関係で相殺権の濫用の問題が生じるということに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第2, 6 [61頁]】

(補足説明)

1 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、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ということは一般に認められている。問題となり得る具体例としては、以下の①から④までが挙げられている。

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

付命令が発せられた。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銀行による相殺ができるとした。

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。

また、法定相殺と差押えとの関係（前記5(1)）について無制限説を採用すると、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、第三債務者は、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った上で相殺することが可能になる。無制限説の立場からは、このような態様での相殺の期待への保護を一律に否定すべきではないとしつつも、仮に保護に値しないような相殺があれば、相殺権の濫用として効力を否定されるという見解が主張されている。この他、倒産法に置かれている相殺制限の規定の適用がないが、債権者平等の要請が強い私的整理の場面では、倒産法上の相殺制限に該当するような相殺について、相殺権の濫用として効力が制限され得るとの主張もされている。

相殺権の濫用は、権利濫用の法理（民法第1条第3項）の適用場面の一つであるが、その重要性が特に高いと言われている。以上の考慮に基づき、本文は、相殺権の濫用に関する規定を設けるという考え方を取り上げ、その是非を問うている。

2 規定を設ける場合には、その具体的な規定の在り方が問題となるが、ここでは、今般の見直しに当たって、法定相殺と差押えとの関係について無制限説を採用することに伴い、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、相殺の効力に一切制限がないという誤った理解を防ぐ観点から、相殺権の濫用についての規定を設けることが望ましいと考えられる。そして、その要件としては、「相殺を許容することは詐欺的商法の被害者である前記破産債権者らの犠牲において優先弁済を受けるのと同様の結果を招き、著しく信義則に反し、破産債権者間の公平を害する」と判示して、破産手続において相殺権の濫用を認めた裁判例（大阪地判平成元年9月14日判時1348号100頁）を参照し、差押債権者又は仮差押債権者との公平を害するか否かを問題とすることを提案している。実際に相殺権の濫用の適用が認められた狙い撃ち相殺は、差押債権者との公平を害するか否かが問題となったものであり、この要件は、現在の相殺権の濫用に関する裁判実務を踏まえたものであると言える。

この提案によると、差押債権者等との公平を害するか否かが相殺権の濫用の判断基準であることが明らかになるが、どのような場合に差押債権者等との公平を害するかという点については、引き続き解釈に委ねられることになる。そのため、要件が不明確であるとの批判があり得るが、実際に差押債権者等との公平を害するか否かの認定に当たっては、諸般の事情を総合的に考慮することが必要であると思われるので、抽象的な規定を設けることによって、柔軟な判断を可能とするという利点を重視するものである。

なお、本文の考え方は、これ以外の相殺について相殺権の濫用の法理が適用されないということを意図するものではなく、差押債権者又は仮差押債権者以外の債権者との関係においても、現在と同様に、相殺権濫用の法理が適用され得ることを前提としている。

〔ドイツ民法〕

第215条（消滅時効完成後の相殺及び留置権）

消滅時効は、相殺又は履行の拒絶が可能となったときに、その請求権の時効が完成していなかったときは、相殺の主張及び留置権の行使を妨げない。

第267条（第三者による履行）

- (1) 債務者が自ら履行することが必要とされないときは、第三者が履行を行うこともできる。この場合、債務者の同意は必要とされない。
- (2) 債権者は、債務者が異議を述べたときは、履行の受領を拒絶することができる。

第268条（第三者の弁済権(Ablösungsrecht)）

- (1) 債権者が債務者に帰属する物に対して強制執行を行うとき、その強制執行の対象物上の権利を失うおそれがある者は、債権者を満足させる権利を有する。強制執行により物の占有を失うおそれがあるとき、その占有者も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ることができる。
- (3) 債権は、第三者が債権者を満足させる限度で、第三者に移転する。その移転は、債権者の不利益に主張することができない。

第269条（履行場所）

- (1) 履行の場所に関する定めがなく、かつ、債務関係の性質をはじめとする四囲の事情からも明らかにならないときは、履行は、債務関係が発生した時点で債務者が住所を有していた場所でおこなうものとする。
- (2) 債務が債務者の営業によって生じた場合において、債務者が住所とは異なる場所に営業所を有しているときは、営業所の所在地が住所に代わる。
- (3) 債務者が送料を負担するという事情のみをもって、送付先の場所を履行地とすることはできない。

第270条（支払地）

- (1) 金銭債務は、疑わしいときは、債務者が自らの危険と費用の負担のもとで、債権者の住所に送金するものとする。
- (2) 債権者の営業上生じた債権は、債権者が住所とは異なる場所に営業所を有するときは、営業所の所在地が住所に代わる。
- (3) 債務関係の成立後に債権者の住所または営業所に変更が生じたことによって送金の費用または危険が増加したときは、前者の場合については債権者が増加費用を、後者の場合については債権者が危険を負担するものとする。
- (4) 本条は、履行地に関する規定の適用を妨げない。

第362条（給付による消滅）

- (1) 債務関係は、債務の目的である給付を債権者に対して行ったとき、消滅する。
- (2) 弁済を目的とする給付を第三者に対して行ったときは、第185条の規定を適用する。

第363条（弁済としての受領の場合の立証責任）

債権者が弁済として提供された給付を弁済として受領した場合において、給付が債務の目的と異なるものであること、又は不完全であることに基づき、給付を弁済として認めないことを主張しようとするときは、その立証責任は、債権者にある。

第364条（給付に代わるものの受領）

- (1) 債務関係は、債権者が債務の目的である給付とは異なるものを履行として受領したとき、消滅する。
- (2) 債務者は債権者を満足させる目的で新たな債務を引き受けたときは、疑いがあるときは、履行としてその債務を引き受けたものとは認められない。

第365条（代物弁済にともなう担保責任）

物、第三者に対する債権又はその他の権利が弁済に代えて提供されたとき、債務者は、権利又は物の瑕疵につき、売主と同様の担保責任を負う。

第366条（数個の債権に対する弁済の充当）

- (1) 債務者が債権者に対して数個の債務関係から生じた同種の給付につき義務を負い、かつ、債務者により給付されたものがすべての債務を消滅させるのに足りないときは、債務者が給付の時に指令した債務は、消滅する。
- (2) 債務者が指定しない場合、数個の債務のうち、まずは弁済期にある債務、弁済期にある債務が数個あるときは債権者にとってより安全でない債務、債権者にとって安全性の度合いが同一である債務が数個あるときは債務者にとって負担の多いもの、負担の同じ債務が数個あるときはより古い債務、また、同じ古さのものが数個あるときは各債務の額に応じて、充当する。

第367条（利息および費用への充当）

- (1) 債務者が元本のほか利息および費用を支払うべきときは、総債務を消滅させるのに足りない給付は、費用、利息、元本の順に充当する。
- (2) 債務者が前項の定めと異なる充当を指定したときは、債権者は、給付の受領を拒むことができる。

第368条（受取証書）

債権者は、請求により、給付の受領と引換に書面による受領の証明（受取証書）を交付しなければならない。債務者が他の方式で受取証書の交付を受けることに法律上の利益を有するときは、この方式による交付を請求することができる。

第369条（受取証書の費用）

- (1) 受取証書の費用は、債務者がこれを負担し、かつ、前払いしなければならない。ただし、債務者と債権者の間の法律関係に基づき、これと異なる結果が生ずるときは、この限りではない。
- (2) 債権譲渡又は相続により当初の債権者に代わり、数人の債権者が生じたときは、増加費用は、債権者の負担とする。

第370条（受取証書の持参人に対する給付）

受取証書の持参人は、給付を受領する権限があるものとみなす。ただし、給付をなす者が認識していた事情が、この権限の承認を妨げるときは、この限りでは

ない。

第371条（受取証書の返還）

債権について債権証書を交付したときは、債務者は、受取証書に加えて債権証書の返還を請求することができる。債権者が返還できないと主張したときは、債務者は、債務が消滅した旨の公に認証された承認書を請求することができる。

第389条（相殺の効力）

相殺は、双方の債権が、その対当額の限度において、互いに相殺に適するようになった時に遡って消滅するという効力をもたらす。

第392条（差押えられた債権を受働債権とする相殺）

債務者が債権者に対して有する債権との相殺は、債務者が差押えの後に自己の債権を取得したとき、又は、自己の債権の弁済期が差押え後で、かつ、差し押さえられた債権よりも後に到来するときに限り、債権が差し押さえられることにより排除される。

第393条（不法行為によって生じる債権に対する相殺の禁止）

故意の不法行為によって生じる債権との相殺は、これをすることができない。

第396条（複数の債権）

- (1) 一方当事者が他方当事者に対して有する複数の債権が相殺適状にあるときは、相殺権者は、相殺される債権を指定することができる。相殺の指定が表明されず、または、他方当事者が遅滞なく異議を述べたときは、第366条第2項の規定を準用する。
- (2) 相殺をする当事者が相手方当事者に対して元本のほか利息及び費用を負担するときは、第367条の規定を準用する。

〔フランス民法〕

第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。

第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。

第1239条

- (1) 弁済は、債権者又は債権者から授権された者若しくは債権者のために受領することを裁判所若しくは法律が許可する者に対して行わなければならない。
- (2) 債権者のために受領する権限を有しない者に対して行われた弁済も、債権者がそれを追認し、又はそれから利益を得た場合には、有効である。

第1240条

債権を〔準〕占有する者に対して善意で行われる弁済は、たとえ〔準〕占有者がのちにその債権を追奪される場合であっても、有効である。

第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。

第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-arrêt* 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。

〔フランス民法改正草案（カタラ草案）〕

第1221-2条

- (1) 弁済は債権者またはその代理人に対してなされなければならない。
- (2) ただし、債務に合致しない弁済は、債権者がそれを追認し、又はそれから利益を得た場合には、有効である。

第1222条

- (1) 表見債権者に対して善意でなされた弁済は、有効である。
- (2) 電子的手段による弁済の場合、債権者は提示された弁済手段の安全性を債務者に保証する。

〔フランス民法改正草案（司法省草案2011年版）〕

第51条

債務は、その者の名ないし債務者の名において行為する第三者が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。

[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]。

第53条

- (1) 弁済は、債権者またはその代理人に対してなされなくてはならない。
- (2) ただし、債権者を代理する資格を有さなかった者に対してなされた弁済は、債権者がそれを追認した場合、または債権者がそこから利益を得ている場合には、有効となる。

第54条

表見債権者に対して善意でなされた弁済は、有効である。

第62条

- (1) 弁済は、負債が請求可能となるとすぐになされなくてはならない。
- (2) しかしながら、債務者の状況および債権者の必要を考慮した上で、裁判官は2

年を限度として、支払われるべき金額の弁済を繰り延べることもまたは分割払いとすることができる。

- (3) 特別かつ理由付きの判決によって、裁判官は、繰り延べして支払期日が到来した金銭に、法定利率を下回らない割引の利率による利息を付することを命じることができる。裁判官は同様に、弁済をまず元本に充当することを命じることができる。
- (4) さらに、裁判官はこれらの方法を、負債の弁済を容易にしままたは担保することに適した債務者による行為の実行に従わせることができる。
- (5) 本条の規定は法律によって定められた例外、とりわけ扶養料についての例外を認める。

第63条

第62条の適用に基づく裁判官による判決は、債権者によって開始された履行手続を中止させる。利息の加算または遅延を理由として受ける罰金は、裁判官によって定められた期間は、支払われるべきものではなくなる。

第64条

第62条および第63条の規定に反するあらゆる約定は、書かれざるものとみなされる。

第92条

法律上の相殺は、債務者によって援用されなければならない。2つの負債は、要求された性質を伴って同時に存在した瞬間に、対応した額を限度として消滅する。

第94条

相殺は、第三者の既得権を害しては行われ不得。したがって、二つの債権のうちの一つにつき、相互的な債権の金額が確定しかつ支払期限が到来するに至る前に差押えの目的となったときは、その二つの債権の間では相殺は行われることができない。

第100条

特定の2つの負債が牽連性を有する場合、裁判官は、それらの負債のうちの一つが金額の確定および請求可能性という要件を満たさないことを理由に相殺の請求を却下することができない。

第101条

牽連性を有する債権のうちの一つの移転または差押えは、もはや何ら相殺を妨げない。

〔ユニドロワ国際商事契約原則2010〕

第6.1.5条（履行期前の履行）

- (1) 債権者は、履行期前の履行を拒絶することができる。ただし、債権者に拒絶する正当な利益がないときはこの限りではない。
- (2) 当事者の一方が履行期前の履行を受領した場合、その当事者の債務の履行期は、

それが相手方の債務の履行と無関係に定められているときには、影響を受けない。
(3) 履行期前の履行により債権者に生じた追加的な費用は、債務者が負担しなければならない。債権者が他の救済手段に訴えることは、これにより妨げられない。

第6. 1. 6条（履行地）

(1) 履行地が、契約によって定められておらず、かつ契約から確定することもできないときは、当事者は、以下の各号に定める場所で履行しなければならない。

(a) 金銭債務については、債権者の営業所

(b) その他の債務については、債務者の営業所

(2) 契約締結後に当事者が営業所を変更したことにより生じた履行に付随する費用の増加は、その当事者が負担しなければならない。

第6. 1. 12条（金銭債務の弁済の充当）

(1) 同一の債権者に対し複数の金銭債務を負う債務者は、弁済時に、その弁済が充当されるべき債務を指定することができる。ただし、この弁済は、まず諸費用、次に弁済期にある利息、最後に元本に充当される。

(2) 債務者が前項の指定をしない場合において、債務が弁済期にあるものであり、かつ、争いのないものであるときは、債権者は、弁済後の合理的な期間内に、債務者に対し、弁済が充当される債務を指定することができる。

(3) 第(1)項または第(2)項による充当がなされないときは、弁済は、以下の各号の順でそこに定める基準を満たす債務に充当される。

(a) 弁済期にある債務、または先に弁済期の到来すべき債務

(b) 債権者が最少の担保しか有しない債務

(c) 債務者にとって最も負担の大きい債務

(d) 先に発生した債務

ただし、上記の基準のいずれにも該当しないときには、弁済は、すべての債務にそれぞれの額に応じて充当される。

第6. 1. 13条（非金銭債務の弁済の充当）

第6. 1. 12条の規定は、非金銭債務の弁済の充当に準用する。

第8. 2条（外国の通貨による相殺）

両債務が異なる通貨による金銭の支払を目的とするものである場合において、両通貨が自由に交換可能であり、かつ、第一当事者が特定の通貨で支払をすべき合意が当事者間にないときは、相殺権を行使することができる。

第8. 4条（通知の内容）

(1) 通知は、相殺する債務を特定してしなければならない。

(2) 通知が、相殺の対象となる相手方の債務を特定していないときは、相手方は、合理的な期間内に、第一当事者に対して、相殺される債務を宣言することができる。そのような宣言がされないときは、すべての債務がその額に応じて相殺される。

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。

第9. 1. 8条（債務者の追加的費用）

債務者は、譲渡によって生じた追加的費用に対して、譲渡人または譲受人から賠償を受ける権利を有する。

第10. 10条（相殺権）

債権者は、債務者が時効期間の満了を援用するまでは、相殺権を行使することができる。

〔ヨーロッパ契約法原則〕

第7：101条（履行場所）

(1) 契約上の債務の履行場所が契約で定められていないか、または契約から確定できないときは、履行場所は、次の各号に定めるところによる。

(a) 金銭支払債務の場合、契約時の債権者の営業所

(b) 金銭支払以外の債務の場合、契約締結時の債務者の営業所

(2) 当事者が複数の営業所を持つときは、前項にいう営業所とは、契約締結時に両当事者が知りまたは予期した諸事情を考慮し、その契約に最も関係の深い営業所とする。

(3) 営業所がないときは、常居所をその営業所とみなす。

第7：102条（履行期）

当事者は、次の各号に定める時期に、履行をしなければならない。

(1) 時期が契約で定められているか、または契約から確定できる場合には、その時期

(2) 期間が契約で定められているか、または契約から確定できる場合には、その期間内の任意の時期。ただし、当該諸事情から相手方が時期を選択できることが示されている場合は、このかぎりでない。

(3) その他の場合には、契約締結後合理的な期間内

第7：103条（期限前の履行）

(1) 当事者の一方は、期限前にされた履行の提供を拒絶することができる。ただし、提供の受領がその者の利益を不合理に害することにならない場合は、このかぎりでない。

(2) 期限前の履行を当事者の一方が受領したとしても、その者自身の債務の履行について定められた期限には影響しない。

第7：106条（第三者による履行）

(1) 契約が債務者自身の履行を求めている場合を除き、債権者は、次の各号のいずれかに該当する場合には、第三者による履行を拒むことができない。

(a) 第三者が債務者の同意を得て行動している場合

(b) 第三者が履行につき正当な利益を有している場合において、債務者が履行を

しなかったか、または履行期に履行しないであろうことが明らかな場合
(2) 第1項の要件を充たす第三者による履行は、債務者を免責する。

第7：109条（弁済の充当）

(1) 当事者の一方が同種の性質を有する数個の債務を履行しなければならない場合において、提供された弁済がすべての債務を消滅させるのに足りないときは、4項に服することを条件として、その当事者は、履行の時に、その弁済を充当すべき債務を指定することができる。

(2) 履行をする当事者が前項の規定による指定をしないときは、相手方は、合理的な期間内に、その弁済を、自己の選択する債務に充当することができる。相手方は、履行をする当事者にその選択を通知しなければならない。ただし、次の各号に定める債務への充当は、無効となる。

(a) 履行期到来前の債務

(b) 違法な債務

(c) 争いのある債務

(3) いずれの当事者からも充当がなされないときは、4項に服することを条件として、その弁済は、次の各号の順で、各号の定める基準を充たす債務に充当される。

(a) 履行期にある債務または履行期が先に到来すべき債務

(b) 債権者にとって最も担保が少ない債務

(c) 債務者にとって最も負担の大きい債務

(d) 先に発生した債務

上記の基準のいずれにも該当しないときは、その弁済は、すべての債務にそれぞれの額に応じて充当される。

(4) 金銭債務の場合には、債務者の弁済は、債権者が別段の充当指定をしないかぎり、まず諸費用、次に利息、最後に元本に充当される。

第13：101条（相殺の要件）

2当事者が互いに同種の債務を負担している場合、各当事者は、相殺の時点で次の各号に掲げる要件のいずれをも充たすとき、かつ、そのかぎりにおいて、自らが有する履行を求める権利（「債権」）を相手方の債権と相殺することができる。

(a) 相殺をする当事者が自己の債務を履行することができること

(b) 相殺をする当事者が相手方に対して履行を求めることができること

第13：103条（外国通貨による相殺）

両当事者が異なる通貨による金銭債務を互いに負っているときは、各当事者は、自らの債権で相手方の債権を相殺することができる。ただし、相殺の意思表示をする側の当事者が特定の通貨でのみ支払うことを両当事者が合意していたときは、この限りでない。

第13：105条（複数の債権と債務）

(1) 相殺の通知をする当事者が相手方に対して複数の債権を有している場合、その通知は、対象となる債権を特定している場合にのみ、効力を有する。

(2) 相殺の通知をする当事者が相手方に対して複数の債務を履行しなければなら

い場合、7：109条に定められた準則が、必要な修正を加えた上で適用される。

第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。

第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

第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。