

# ジョジョの 奇妙な民法



「ジョジョ」第三部

2014年：アニメ化

記念制作

## PART 3

### スタースタウト債権総論

### 担保物権クルセイダース



# 目次

009	0	イントロダクション
009	1	序論
		(1) イントロ
		(2) 債権と物権を扱う理由

## 第一部 債権総論

009	I	債権の意義・権能
009	1	債権総論の概要
		(1) 債権総論の位置づけ
		(2) 債権回収
		(3) 進行予定
010	2	債権の定義・特徴
		(1) 定義
		(2) 物権と債権の相違
		(3) 債権の「目的」となる要件
013	3	債権の種類
		(1) 総説
		(2) 特定物債権・不特定物債権
		(3) 金銭債権
		(4) 利息債権
		(5) 選択債権
019	4	第三者による債権侵害
		(1) 基本原則
		(2) 不法行為に基づく損害賠償請求
		(3) 妨害排除請求

021	II	弁済
021	1	債権の消滅と弁済
021	2	弁済の要件
022	[A]	弁済の時期と場所
		(1) 弁済の時期
		(2) 弁済の場所
022	[B]	弁済者と弁済受領者
		(1) 概説
		(2) 弁済者
		(3) 弁済受領者
026	[C]	弁済の内容
		(1) 概説
		(2) 物の引渡し
		(3) 弁済の費用
026	[D]	弁済供託

027……	<b>3</b>	弁済の効果
028……	<b>[A]</b>	総説
028……	<b>[B]</b>	弁済の充当
		(1) 基本原則
		(2) 費用・利息が存在する場合
		(3) 同種の債権が複数存在する場合
029……	<b>[C]</b>	弁済による代位
		(1) 概説
		(2) 任意代理
		(3) 法定代理
		(4) 一部代位
032……	<b>4</b>	弁済の提供・受領遅滞
032……	<b>[A]</b>	弁済の提供
		(1) 総説
		(2) 弁済の提供の方法
		(3) 弁済の提供の効果
034……	<b>[B]</b>	受領遅滞
		(1) 概説
		(2) 責任の性質
		(3) 受領遅滞の効果
		(4) 判例
<b>035……</b>	<b>Ⅲ</b>	<b>債務不履行</b>
035……	<b>1</b>	債務不履行の法制度
036……	<b>2</b>	現実的履行の強制
		(1) 概説
		(2) 強制履行の方法
		(3) 具体的な適用
039……	<b>3</b>	債務不履行による損害賠償
039……	<b>[A]</b>	債務不履行による損害賠償の一般理論
		(1) 総説
		(2) 伝統的通説
		(3) 近時の批判学説
041……	<b>[B]</b>	債務不履行による損害賠償の要件
		(1) 総説
		(2) 債務不履行の事実
		(3) 帰責事由
		(4) 損害
		(5) 因果関係
043……	<b>[C]</b>	債務不履行による損害賠償の効果
		(1) 総説
		(2) 損害
		(3) 因果関係・賠償範囲
		(4) 賠償額の調整
		(5) その他

- 049……[D] 債務不履行の特殊類型  
（１）履行補助者責任  
（２）安全配慮義務  
（３）その他の類型

054……IV 債権譲渡・債務引受

- 054……1 債権譲渡  
054……[A] 債権譲渡の意義  
054……[B] 債権の譲渡可能性  
（１）債権の譲渡自由の原則  
（２）債権の性質による譲渡制限  
（３）法律の規定などによる譲渡制限  
（４）債権譲渡禁止特約  
057……[C] 債権譲渡の一般的対抗要件  
（１）概説  
（２）債務者対抗要件  
（３）第三者対抗要件  
059……[D] 債権譲渡の発展形態  
（１）将来債権の譲渡  
（２）債権流動化のための債権譲渡  
061……[E] 債権譲渡に関する特別法  
（１）動産・債権譲渡特例法  
（２）電子記録債権法  
062……2 債務引受  
（１）概説  
（２）重畳的債務引受  
（３）免責的債務引受  
063……3 契約上の地位の譲渡

063……V 代物弁済・相殺・その他の債権消滅原因

- 064……1 代物弁済  
064……2 相殺  
064……[A] 総説  
065……[B] 基本的規律  
（１）相殺の分類  
（２）法定相殺の基本的要件・効果  
067……[C] 相殺に関する諸問題  
（１）差押と相殺  
（２）債権譲渡と相殺  
（３）相殺権の濫用  
069……3 その他の債権消滅原因

069……VI 債権者代位権・詐害行為取消権

- 069……1 債権者平等の原則  
070……2 債権者代位権

- 070……[A] 基本的規律
  - (1) 総説
  - (2) 要件
  - (3) 行使方法・行使可能範囲
  - (4) 効果
- 073……[B] 債権者代位権の濫用
  - (1) 概説
  - (2) 具体例
- 073……[C] 債権者代位権の制度主旨
  - (1) 総説
  - (2) 制度主旨に関する諸説
- 074……3 詐害行為取消権
- 074……[A] 序論
  - (1) 総説
  - (2) 詐害行為取消権の機能場面
- 077……[B] 要件
  - (1) 一般的要件
  - (2) 行使方法・行使可能場面
- 079……[C] 効果—判例理論による場合
  - (1) 総説
  - (2) 詐害行為の取消
  - (3) 逸出財産の返還・価格賠償
- 081……[D] 詐害行為取消権の法的性質
  - (1) 概説
  - (2) 古典的学説
  - (3) 新たな学説
  - (4) 検討

## 084……Ⅶ 多数当事者の債権・債務

- 084……1 多数当事者間の債権・債務関係概説
- 085……2 保証
- 085……[A] 保証の意義と实际的機能
  - (1) 総説
  - (2) 保証の種類
- 086……[B] 保証の一般的規律
  - (1) 保証の要件
  - (2) 保証債務の性質
  - (3) 保証の効果
- 088……[C] 保証の特殊類型
  - (1) 共同保証
  - (2) 連帯保証
  - (3) 継続的保証—根保証
- 089……3 連帯債権
- 089……4 連帯債務

- (1) 総説
- (2) 連帯債務の性質論
- (3) 連帯債務の成立
- (4) 対外的効力
- (5) 対内的効力
- (6) 求償関係
- 092…… 5 不可分債権
- 092…… 6 不可分債務

## 第二部 担保物権

### 093…… I 担保物権総論

- (1) 総説
- (2) 担保物権の分類
- (3) 担保物権の性質

### 094…… II 抵当権

#### 094…… 1 抵当権の概要

- (1) 総説
- (2) 抵当権の分類
- (3) 抵当権の基本的性質

#### 096…… 2 抵当権の設定

- (1) 概要
- (2) 設定の要件
- (3) 対抗要件

#### 097…… 3 抵当権の権利範囲

- (1) 総説
- (2) 原則的権利範囲
- (3) 果実
- (4) 物上代位による権利範囲

#### 103…… 4 抵当権の実行前の効力

- (1) 総説
- (2) 使用収益権限との調整に関する効力
- (3) 侵害に対する効力
- (4) 第三取得者との調整に関する効力
- (5) 抵当権の処分に関する効力

#### 110…… 5 優先弁済権の実現—抵当権の実行段階

- (1) 総説
- (2) 抵当権実行の種類と手続
- (3) 共同抵当権の実行
- (4) 法定地上権
- (5) 一括競売

#### 119…… 6 抵当権の消滅

- (1) 一般的消滅原因
- (2) 抵当権の消滅時効
- (3) 取得時効の要件充足に伴う抵当権の消滅

- 121……7 根抵当権
  - (1) 総説
  - (2) 設定
  - (3) 元本確定前の効力
  - (4) 元本の確定
  - (5) 特殊な根抵当権
- 123……8 特別法上の抵当権

### 124……Ⅲ 質権

- 124……1 基本的意義
- 125……2 設定
  - (1) 概要
  - (2) 設定要件
  - (3) 効力存続要件
  - (4) 対抗要件
- 127……3 権利範囲
  - (1) 原則的権利範囲
  - (2) 果実
  - (3) 物上代位
- 128……4 実行前の効力
  - (1) 総説
  - (2) 留置的効力・不動産質の使用収益権
  - (3) 侵害に対する効力
  - (4) 第三取得者に対する効果
  - (5) 転質
- 130……5 実行段階の問題
- 131……6 消滅

### 131……Ⅳ 留置権

- 131……1 基本的意義
- 132……2 成立要件
  - (1) 一般的成立要件
  - (2) 要件に関する個別問題
- 135……3 効力
  - (1) 留置的効力と関連問題
  - (2) 侵害に対する効力
  - (3) 債権回収に関する効力—事実上の優先弁済効
- 136……4 消滅

### 136……Ⅴ 先取特権

- 136……1 基本的意義
  - (1) 総説
  - (2) 先取特権の分類
- 138……2 成立要件・権利範囲
  - (1) 各種先取特権の成立要件と原則的権利範囲
  - (2) 物上代位

141……	3	効力
		(1) 実行前の効力
		(2) 優先弁済的効力
143……	VI	譲渡担保
143……	1	総説
		(1) 非典型担保総論
		(2) 譲渡担保の概要
		(3) 譲渡担保の法律構成
147……	2	設定・権利範囲
		(1) 設定要件
		(2) 原則的権利範囲
148……	3	実行前の効力
		(1) 設定者間の効力
		(2) 第三者に対する効力
150……	4	実行に関する効力
		(1) 総説
		(2) 実行段階に関する規律
		(3) 実行後の法律関係
154……	5	消滅
154……	6	特殊の譲渡担保
		(1) 集合動産譲渡担保
		(2) 集合債権譲渡担保
158……	VII	仮登記担保・所有権留保・代理受領
159……	1	仮登記担保
		(1) 総説
		(2) 設定要件・権利範囲
		(3) 実行前の効力
		(4) 実行段階の問題
		(5) 実行後の法律関係
163……	2	所有権留保
		(1) 総説
		(2) 設定要件・権利範囲
		(3) 実行前の効力
		(4) 実行段階の問題
164……	3	代理受領
164……	VIII	さいごに

※注意

- これは、法学部第六学期専門科目「民法第三部」の講義ノートです。教官は、米村滋人さんです。
- 個人製作なので、間違っている可能性があります。
- ノートを見せてくれた人に心からの感謝を捧げつつ作りました。本当にありがとうございました。



## 0 イントロダクション

### 1 序論

#### (1) イントロ

①主に教科書について、内田民法の順序に従うこと

参考としては中田先生の債権総論の教科書と、道垣内先生の担保物権の教科書が素晴らしいこと

②法学部の授業 style が気に食わないこと

③自己紹介

このようなことを言っていたらしいのだが、家に突如やってきた子猫がかわいくてずっと遊んでいたもので、そのあたりは聞いていません。テストにも関係ないだろうからどうでもいいと思います。

#### (2) 債権と物権を扱う理由

この授業では**物権法と債権法が夢の競演をする**と言うかなり特殊な状況が生れているわけだが、これがなぜなのかについて少し触れておく。

すなわち、物権法と債権法は、**債権回収**の段階でかなり重なり合うらしい。特に担保の話が大事とのこと。まあ債権回収にあたって、どのようにして回収をしやすいのかは大きな問題である。債務者が債務を履行しようとしないうちに、履行が望めないときに、どのような手段を使って債権の内容の実現を図るのか、そのために債権総論の分野と担保物権の分野はかなり重なりあうらしい。

もちろんそれだけではいけないところもあるから、違う考え方をとらないといけない所もあるし、伝統的には違うモノと考えられていたところでもある。近年は同じ目的を共有するのだからとして分化しない議論もあるが、それでも違いを完全に無視することはできないだろう。そのあたりの感覚は勉強のなかでなんとか身に付けていこう。



債権回収

## 第一部 債権総論

### I 債権の意義・権能

まずは債権総論やります。とりあえず全体像をつかめるように。

#### 1 債権総論の概要

##### (1) 債権総論の位置づけ

債権全般に当てはまる制度を扱います。契約各論に回されている債権の発生原因（契約、不法行為など）とは一旦切り離した上で、債権の効力や消滅過程などが問題とされる。

特に、債権回収の場面における諸制度の実際の機能が重要となる。担保法や執行法とも関連性が深い。

近年、弁済、債権譲渡、保証などさまざまな制度につき特別立法がなされ、規律の内容がかなり複雑化している。パンデクテン体系を採用しているのだし、なるべく複数のものに共通するルールは切りだされていくのだった。ただし、実はそのような形で債権総論は債権全体にあてはまる…とするのには、それ自体自明ではないとして議論があったりする。

※というか、実は債権総論については、上の述べたように「債権の発生原因」を各論に送ってしまったために、そもそもパンデクテン体系が不徹底である。これはひとえに、当時の起草者が「発生原因まで総論的に規律する」のがめんどくさくて分かりにくいと思ったからである。そして、個々の規定を見ても、例えば 400 条が「債権の目的が特定物の引き渡しであるとき」と書いているように、もう契約以外の何を考えているんだお前はというような規定が多々あり、実際は割に発生原因にひきずられた規定があったりする。

ということで、ぶっちゃけ債権法改正の議論などでは今までの総論の位置づけは結構批判されている。やはりここでは、**債権の発生要因**がかなり、というか意図的に度外視されていることに批判される理由がある。

より具体的には、債権の発生原因を無視してルール化するのはいいのだろうか？と、特に契約法の先生から批判があった。**契約法から見れば契約内容によって債権の内容も責任の在り方もかなり変わるのだから、そこを無視できないのではないか**ということである。これはかなり強い議論で、なにしろ潮見先生がそんなこと言っているのだから大きな話題となった。まあこれはかなり意識されたが、現段階ではまだ（不完全だが）パンデクテン体系がいじられることはないとのことであるが。ただ、立法の段階でそうだとすると、個々の段階での解釈論ではその差異がより意識されることになるというのは、有りうる話である。特に債務不履行があったときに、もとの契約が何であったのかは意味を持つだろうとのことである。

## （２）債権回収

**債権回収**の場で担保法との関係が深いと言うのは前述した。

解釈論として一例を挙げれば、**倒産法**との関係で**詐害行為取消権**が非常に意味を持つ。

倒産寸前の債務者がいるとする。多数の債権者のなかで、特定の債権者にだけ全額弁済するだとか、もっと悪質な例では、どうせ回収されるなら土地と下の名義を変えて執行逃れ（遅らせ）を行うことも考えられるわけだが、そういうことをされると債権者としては損害を被ることになる。

それを事後的に取り消して財産を取り戻す方法が、詐害行為取消権である。これに対して破産法には**否認権**という仕組みがあり、倒産法改正にあたってかなり詳しく規定されるようになった。この否認権はよく似た制度であったのだが、なんとこの**否認権の運用が詐害行為取消権の運用にかなり影響している**のである。

※この意味では特別法など民法典以外の法典も、以前よりもはるかに多く見ていかなくてはならない。しかも適用がいつなされるのか、と言った形でかなり具体的に立ち入っていかないといけないので、頑張って生きよう。

※債権回収がテーマと言っているのだが、これは大変**実務的な問題**である。「総論」というと基本的には実務からは乖離した抽象論が展開されることが多いのだが、この債権総論は実に実務的な分野である。もちろん抽象的な話もするが、それも実務と密接に関わっている。だからこそ判例も非常に多くなっているし、学習もその分大変になっている。ただ、実務に根差したということであるから、実務の事を知ると理解が深まるということでもある。この分野では大変に壮絶な実務が展開されることがあり、そうした話はドラマ化されたりしているので、割に面白く（当事者にとっては修羅場だが）学習できたりする。法学部にいる学生は割に実務を知らないまま、まず六法を見て、そこから法解釈をしていけばいいだろうという錯覚に陥りやすい。違うぜ。やはり実務からのフィードバックが、あらゆる法が現実運用されている以上はその前提にあるのである。

## ２ 債権の定義・特徴

債権は、民法第二部で確認した通り、法律行為や法律上の規定（事務管理や不当利得、不法行為）から発生するものである。時には信義則など、一定の社会的接触から義務が生れることもある。だが、ではその「債権」とは何なのだろうか。少し考えてみることにしたい。

- ①債権とは何か。説明せよ。
- ②債権と物権の違いにつき説明せよ。
- ③債権の目的の要件としてはどのようなものがあるか。具体例を挙げつつ述べよ。

### （１）定義

債権とは何なのか。これはかなり重要であるのは当たり前であろう。だが、実は民法には債権の定義規定もない。内田民法の教科書にもなかったりして、よくも悪くもいらないと思ったらバツサリ切るのが内田民法なのだが、これは今の学界ではとても重要なトピックである。

伝統的説明の定義は、債権の定義を、「**特定の者に対する特定の行為を請求する権利である**」とする。まあこれでも構わないと言う学者もいるのだが、最近はそれと違う定義として、以下のようなものがある。

すなわち、「**特定の者から特定の利益を受けうる地位**」を債権と言うのである。ここでは、**給付保持権能**が重要な機能として考えられている。

なお債権の中身としては、伝統的には以下の三つがあると理解されている。

- ①請求力（訴求力）
- ②執行力
- ③給付保持力

金をよこせと請求はできないが、くれるというなら給付を受ける権利自体はあるという**カフェー丸玉女給事件**の結論がしめすのは、まさに給付保持力の存在である。大審院判例の考え方における「**自然債務**」は、その是非を論じるのは別の話として債権の内容を上記のように区分する価値観に立っている。近時の有力説は、この③給付保持力を重視するのである。まあ今までの理解は請求力を重視していたのだが、ここで違いが生れるのは、たとえばものの引き渡し債務の理解などである。ものの引き渡し債務の場合、伝統的見解では引き渡しと言う行為を請求できるということになり、現実には引き渡されなくても「引き渡し行為」があればよいという方向にむかう。しかし、**給付保持権能を重視するとき、引き渡し行為がいくらあったとしても、給付として債権者に給付状態が実現されないと債務不履行になることと捉えられるくらいが強くなる**のである。

もちろん、前者の見方は歴史的に見ても、「結果までも要求すると債務者が人格的支配を受けることにつながりかねない」という配慮をしており、これもサビニー法学以降の伝統的理解であった。また、特定のものから特定の利益を受けうる地位を重視するという近時の理解に対しては、その「利益」の部分の議論は物権法に任せてしまえばいいだろうという見解もあった。とはいえ人格的支配の防止は別にほかのところで頑張ればいだけだし、物権と債権の間での役割分担についても、かつてほど明確な峻別は今やなされていない。そしてやはり、給付保持力しかない債権もしっかりとらえてやりたいし、そのような観点からはより広く債権を捉えた方が現代の実務には柔軟に適合するのではないかということで、近時は給付保持権能に着目した理解が有力化しているのである。一種の結果を目的とした債権も、現代では成立するだろうというわけである。

#### ※債権と請求権

良く似た言葉だが、**請求権**は、何かしらの請求ができるときの権利であり、請求力のある場合しか指していない。自然債務などはこれに含まれないことになる。

一応、請求権の定義は、「**他人に対して作為又は不作為を要求する権利**」だという理解が通説となっている。

他方で請求権には、物権的なものも含むので、単純に狭いのが請求権だということでもない。この背景は説明するとめんどくさいのだが、背景にはドイツ法を輸入してきたときの議論があるらしい。訴権の実体法的な部分をもって請求権としたので、もともと訴権からきている以上物権と債権を区別する要請を受けていないのである。もちろん重なりあう部分もあるがこうなる。

## （２）物権と債権の相違

一般的には以下のようにまとめられる。

### ①物権には排他性があるが、債権には排他性がない。

両立しない複数の債権が同時に成立するという。排他性があるというのは、同じ内容の権利が複数存在しないと言う意味位に今はとらえていればよいが、このことは割と重要である。これも聞いたことがあると思うが、**二重譲渡**の問題が起こるのは、まさに物権には排他性があるのに債権には排他性がないからなのである。

物権に排他性がなければ、これは端的に複数の物権が存在するだけなのであるし、債権に排他性があれば、これも先に売買したものが権利を取得して、後に取得したものは権利を排除されておしまいなのである。

そうならないのが何故かという、まさに排他性につき物権と債権との間に相違があるからである。有効な契約が二つあるのに、物権が排他的だからこうなるってことです。問題となるのは、債権譲渡のときに、排他性がないから誰にでもあげまくれるとか考えていいのか、それとも排他性を持たせた方がいいのかという議論であろう。これは立法政策にもよるが、のちに解説するようにわが国んではわりに排他性が認められている。その方が話が単純なのでありがたいが、これは世界基準と言う訳ではないので注意しよう。

### ②物権には絶対性があるが、債権は当事者間のみに有効と言う相対効しかもたない。

これもまた、排他性と同じような形で理解されていたが、もちろん批判がある。

おなじみの賃借権の話が一番の例になる。賃貸人に対してしか賃借権を主張できないと、売買は賃貸借を破ると言う悲惨な事態が起きるのであって、そのために一定の保護が要請されていたのであった。が、そういうことがあるからといって、差異がないとはいえない。原則としては相対効であると言うのは無視できない。



他にも**クレジット契約**なども問題を生む。

※消費者がクレジットで契約をするとき、通常はクレジット会社と会員契約を結ぶ。クレジット会社と加盟店契約（立て替え払い契約）を結んだ店と、消費者が売買契約を行うことになる。

このときに、消費者が購入した商品が届かないときに、普通なら同時履行抗弁を主張できる。ところが、これをクレジット会社（既に立て替え払いした）に対抗できるのだろうか？という問題のこと。

これについては立法的解決が認められ、抗弁の接続と言う制度があり、同時履行の抗弁ができます。これが創設規定か確認規定かには争いがあるが、最高裁は基本的には創設規定と見ているようである。

### ③ **物権は法定されるが、債権の内容は当事者が自由に決定できる。**

ただこれは、**契約自由の原則**に裏打ちされるので、まあ契約の時にしか言えない感じが強い。不法行為債権とかは基本的には法定債権だし、ここに内容の自由は当てはまらない。

### ④ **物権には自由譲渡性があるが、債権にはない。**

債権には**自由譲渡性**があるかというのは歴史的に議論になったところがあり、ここにはイデオロギー的な対立があった。債権を自由譲渡できるとすると、友人にお金を借りただけなのに、いつの間にかやくざ相手に譲渡されるかもしれないじゃあないか！それは我が国の美徳に反する！みたいな感じ。

債権の自由譲渡性は立法初期はそうのように理解されていたのだが、現実問題としては特約なしに自由譲渡性のない債権は認められていない。**債権譲渡禁止特約**を結ぶことは認められているのだが、実は最近はその効力自体に批判が強い。この状態で自由譲渡性があるのかと言われると微妙なところである。

※物権契約でも譲渡禁止特約を結ぶことができるが、これは物権に関連した「債権」契約なので相対効しかない。

### ⑤ **内容的に矛盾する物権と債権があるときには、物権が優先する。**

これはわざわざ「優先性」とか言われているが、良く考えると上の議論で説明できるところがある。売買は賃貸借を破ると言うのは物権の優先性の例にもされるが、さっき言ったように債権の相対性の議論からも説明できるし、そのほうが近年は有力である。

## **（３）債権の「目的」となる要件**

債権は 399 条より、一定の「目的」を持つ。

【参照】民法第 399 条

債権は、金銭に見積もることができないものであっても、その目的とすることができる

そして、何を債権の「目的」（≡債権の内容）となしうるかは、**特定の給付を法的に強制することが可能であり、かつ適切であるか**という観点から判断される。実際上は、契約等の成立要件・有効要件と重なるものが多い。ただし、条文とは無関係に債権の要件が議論されているのだった。

### ① **確定性**

給付内容が確定していないといけない。「あなたを幸せにします」という約束に、万が一拘束力があるとしても、じゃあそれが一体どのような内容の債権なのかと言われると謎である。

1 億円もらえることが幸せだと思ふ人がいるなら、それで訴えを起こして「くれ」といって認められるかという厳しいものがある。幸せの定義は人次第だし、それを裁判所が一定の内容として確定することは難しい。法的効果を伴うためには、確定性が必要だと言う訳である。

※しかし**現実には不明確な契約も、かなり存在している**。たとえば医療の現場を考えてみよう。通説では受付で契約が締結されるというのだが、その段階では病気が何かも、治療が何かも、何もわからない。この状態ではぶっちゃけかなり不明確な状況であると言わざるを得ない。もちろん、医師が医学的見地から病状を把握し、適切な医療を提供するなかで段々と給付内容は決まて行くのであるが、最初の段階ではもうわけわからん感じである。しかし実務上はその段階で契約が成立していないと困るわけであって、問題が生じる。

他にも、在学契約というのは役務提供契約として委任契約としてとられるのだが、病院と同じくこうした委任契約は不明確なまま成立することが非常に多い。だって何を履修するのか、どこの学部に行くのかって、入学してお金払った段階では全く決まっていないのだし。

### ② **適合性・社会的妥当性**

適法かつ社会的に妥当でなくてはならないが、これは総則の 90 条の話とほぼ重なる。法定債権がこれをそなえないことは現実には考えにくいし、契約上の法律行為の有効要件と同様に考えていいだろう。

### ③実現可能性

伝統的にはこれが要求されていた。**回避不可能な結果に対して法的な命令を課さない**と言うのは、刑法などでも予見可能性などのところで議論されるが同じことである。**原始的不能論**として、およそ実現不可能なものは法的に強制されない。そうしたものを内容とする契約は、無効とされるというのが、従来の通説であった。

しかし、とくに潮見先生などから「目的物の不存在を覚悟の上で、ある種の投機的取引をした場合」や、「売り主が履行が可能と保証した場合」などをすくい上げないことに批判が強く、**契約としては認めて解除できるようにすればいいじゃん**という理解もある。

ただ、ここで原始的不能な契約を成立させるとすると問題が生じる。例えば「100 トンの象をください」という給付契約を結んだ時、解除されない限りは裁判所に履行を求める訴えを請求して認容判決を得ることが、理論上はできる。執行官は、探してもいるわけのない象を探して最終的に魔界まで行くことになるが、この流れを、実体法的には（倫理的には別だが）止めることができない。可哀そうな執行官を救うためには、手続法における何らかの手当てが必要となるだろう。ということで、そのまま通用するとするほど甘ちゃんな理解はできない。



執行官 VS 象

## 3 債権の種類

【事例 2-1】画商 A は、某画家の個展において、B との間で絵画を売却する旨の契約を締結した。A は 2 週間後の個展終了を待って絵画を引き渡すことを提案し、B もこれを承諾した。しかし、1 週間後、当該絵画は A の不注意により発生した火災により焼失した。B はいかなる請求をなすのか。

【事例 2-2】陶磁製品の販売を業とする C は、D に対し皿 5 枚を売却する旨の契約を締結した。引渡しについては、C から D の自宅に宅配便により送付するとの合意がなされ、その通り実行された。目的物はどの時点で特定するか。

【事例 2-3】【事例 2-2】において、到着した皿を D が直ちに開封し確認したところ、うち 1 枚に微細な傷がついていることを発見したため、D は C に対し、この皿を別のものに交換するよう請求した。この請求は認められるか。

【事例 2-4】A は、知人 B から金 10 万円を借り受けた。契約条件は、年利 25%、弁済期 1 年後であった。1 年後、A は元利金をともに支払ったが、その直後にこの金利が利息制限法違反であることに気がついた。A は B に対し返還請求を行うことができるか。

### (1) 総説

債権・債務は、その内容や法的性質によってさまざまに分類される。なお分類は、それぞれ目的に応じて出てきたものであり、あくまで同一平面上のものではない。一部には明文化されているものもある。

#### ◎引渡債務／行為債務

関連して、**与える債務**と**なす債務**と言う概念に触れる教科書もあるし、似たように扱われることもあるが区別する。引渡債務は**財産権及びその目的物の占有を移転する債務**、行為債務は**引き渡しを除いた作為や不作為を内容とする債務**である。

これに対して与える債務と言うと、これはもともとはフランスから来た概念であり、基本的には所有権の移転義務である。基本的にはこれが狭い枠なので、大体は与える債務ではないもの、つまり「なす債務」になる。これだと大体なす債務になって分類の意味が薄れるので、新たな区分がされたわけである。

#### ◎結果債務／手段債務

**結果債務**と言うのは、何かしらの結果保証付き債務ととらえてよい。請負の仕事完成義務などがこれ。請負人は最終的な完成義務を負うから、結果を実現できなければその時点で債務不履行になると言う構造をとるのだった（まあ現実には特約で緩和された義務となるが）。これに対して**手段債務**と言うのは、特定の結果の発生が義務

付けられているわけではない債務のことである（目指されるべきではある）。委任契約などが典型であるが、その目的のために最大の努力をこなすことが問題なのであって、結果に左右されない。

売買を委任した場合、「一億円以上で」という委任に受任者は拘束されない。9000 万円でしか売れないとしても、景気などやむにやまれぬ事情があったのかもしれないし、もちろん手抜きパターンもあるが、通常の受任者が負うべき注意をはたして契約をした結果 9000 万円になったのなら、ここで債務不履行は生じない。

### ◎ 作為債務／不作為債務

何かしらの作為を負わせるのが作為債務で、不作為が義務付けられるのが不作為債務。まあ行為債務の一類型といえるかも。

### ◎ 特定物債権／種類債権

これについては後述する。

※用語としては、○○債権と書いている場合と、○○債務と書いている場合で区分に差異は生じない。債権と債務は表裏一体のものであって、指すものは同じである。

## (2) 特定物債権・不特定物債権（種類債権）

第二部でもやったが、例えば危険負担の際には特定物か不特定物かどうか結果に差異を生じさせていた。

【参照】民法第 400 条

債権の目的が特定物の引渡しである時ときは、債務者は、その引渡しをするまで、善良な管理者の注意をもって、その物を保存しなければならない

【参照】民法第 401 条

- 1 債権の目的物を種類のみで指定した場合において、法律行為の性質又は当事者の医師によってその品質を定めることができないときは、債務者は、中等の品質を有する物を給付しなければならない
- 2 前項の場合において、債務者が物の給付をするのに必要な行為を完了し、又は債権者の同意を得てその給付すべきものを指定したときは、以後その物を債権の目的物とする

### (a) 特定物債権

上の記述に従えば、**物の個性に着目し、特定の個物を給付対象とする債権**が特定物債権である。第 400 条より、特定物の引渡しにつき債務者は**善管注意義務**を負うことになる。善管注意義務は、通常の立場にある管理者が尽くす義務であり、主観的自覚的な注意では足りない。ただこの、400 条の善管注意義務については近年さまざまな問題が指摘される。まあ問題はおいといて、まずこれが適用される例として事例 2-1 がある。

【事例 2-1】画商 A は、某画家の個展において、B との間で絵画を売却する旨の契約を締結した。A は 2 週間後の個展終了を待って絵画を引き渡すことを提案し、B もこれを承諾した。しかし、1 週間後、当該絵画は A の不注意により発生した火災により焼失した。B はいかなる請求をなすのか。

この事例において、契約は締結されているのだが、A の不注意によって絵画が滅失している。ここでは A には善管注意義務違反として責任が発生することになる。

しかしながら、問題はつまり **400 条があるといわなくてもこれは同じことをいえないだろうか**というところにある。この契約では何が約束されていたかを見直してみれば、それは「画商 A が画商 B に二週間後に絵画を引き渡す事」である。これがどれくらいの拘束力を持つのがまず問題だが、売買契約において物の引き渡しは約定された場合にはこれを**結果債務**と捉えるのが近時の学者の通説である。つまり、どんな事情があれ、**引き渡しができなければ原則として債務不履行が発生する**ととらえるのである。

つまり、ここでは火事の原因が善管注意義務違反にあるかどうかを論ずるまでもなく、A に責任が発生する。

※例外はある。天変地異など「不可抗力」の可能性はないではない。しかしながら、東日本大震災の時にさえ、実務的にはこれを「不可抗力」と扱わないケースが多かったことは指摘しておく。ようするに、東北に地震や津波が多いと言うことは、割と共有された情報であるというのが、当事者（教官は東北在住である）の前提であったからである。さすがに交通が隔絶して履行できないというようなことは考慮されるが、多くの場合はモノの滅失自体は不可抗力と扱わないことが多かった。現代の実務ではこのように、「不可抗力」が認められる余地は非常に狭く解されるようになりつつある。

さらに、沿革的にはこの 400 条の特定物に関する理解は、同じくローマ法からきている 483 条とつなげて理解するべきであるとされていた。



## 【参照】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

ここから、400 条と合わせて「契約時のブツを現状維持」して「引渡しすべき時の現状で」引き渡しをすれば債務は履行されるといえるのではないか（つまり、これは**特定物ドグマ**の考え方である）とられていた。よって契約時点ですでにあった瑕疵については、引き渡しに際して瑕疵担保責任が法定されるくらいでもととの債務不履行責任はなかったのだというのが、かつての理解であったのは第二部でやったところである。

ただ、その読み方は果たして正しいのだろうか。

少なくとも、**善管注意義務を果たしても無理だったことについては責任を負わない**と言うのが 400 条についての上記の理解であるが、これ自体は直接導けないことには注意しよう。

要するに 400 条は任意規定というか、免責の要件ではなくて最低ラインともとられることがあるのである。**世の中には特定物を現状で引き渡せばいいだけでない契約があり、その時には付加的な義務が現れる**わけだが、これはこの条文のなかには現れない。特定物ドグマからの従来の理解はこのような点を取りこぼしているとされ、近時の新しい理解が通説化する中で、段々とそれぞれの契約での義務内容の斟酌に、こうした問題の解決の際にすべきことが解消されてきた。よって、400 条は今ではあまり重視されなくなったのだった。

※不特定物債権についての義務を定める規定はないのだが、多くの場合不特定物の引渡義務についても善管注意義務を課すべき場合があるとする見解がある。のだが、債務者の手元にあるからそれを保存しろと言うことであって、代わりがいくらでもいるような不特定物債権には善管注意義務は生じないぜと言う理解をすることもある。中田先生などの理解で、これが近時の多数派であると思われる。

なお、細かいところとしては第 484 条により、特定物の引渡しは特に合意がなければ債権発生時にその物が存在した場所においてなされることになる。

### (b)不特定物債権(種類債権)

#### ◎給付の対象

不特定物債権においては給付対象は特定されず、**定められた特性を備えた目的物のうちいずれかを引渡すことが給付内容となる**。ただし、品質につき合意がない場合は、債務者は「**中等の品質を有する物**」を給付する義務を負う。（これは 401 条 1 項から）

※一般的に不特定物からどうかは、**当事者の意思**によって決まる。それに対して、似た言葉だが**代替物・不代替物**と言うのは**社会通念上**決まるものであり、多くの場合、不特定物は多くの場合代替物で、特定物は多くの場合不代替物であるが、中古車販売のような場合など例外もあることになる。中古車はその個性に着目するので不代替物だし特定物売買となることが多いが、業者間だと 50 台単位など個性に着目せずとにかく個数が必要な場合もある（たとえば、映画の撮影）。この時には不特定物売買となるわけである。

#### ◎特定の時期（401 条 2 項）

不特定物も、**特定**される。なぜなら、**そうしないと所有権が移転できない**からである。

観念的には売買契約の成立時期に特定物なら所有権移転が決まるが、不特定物売買ではそのとき「何」を受け渡すかが決まらないので、これでは所有権移転が観念できない。したがってここで特定が必要になる。

特定の時期は、もちろん合意があればそれによるが、合意がない場合は、

- ①**債務者が物の給付をするのに必要な行為を完了した時点**、または
- ②**債権者の同意を得て、その給付すべき物を指定した時点**、となる。

ほとんどの場合が①であるとのこと。

では①の時点がどう決まるかが問題になるが、これについては、**持参債務**（履行者は債権者の住所地で履行をしなければならない）の場合は履行地で債務者が現実の提供をなした時点であり、**取立債務**（履行地は債務者の住所）の場合は個物を分離して債権者に通知した時点であるとされる。

いつまで待っても債権者がやってこないとこの場合特定の時期が遅れるので、取立債務の場合はこうして特定が早められるような理解がされているのである。484 条により、合意のない場合は持参債務となる。

ただし、この**持参債務が取り立て債務かの判断はかなり場合によるタイプのもの**である。

【事例 2-2】陶磁製品の販売を業とする C は、D に対し皿 5 枚を売却する旨の契約を締結した。引渡しについては、C から D の自宅に宅配便により送付するとの合意がなされ、その通り実行された。目的物はどの時点で特定するか。

この場合、持参債務（客「そちらでこちらにお届けください」）だったのだけど、その手間がだるいので宅急便に頼んだパターンもあるし、他方で、取り立て債務だった場合にすいませんけど宅配便でとか言う感じだったという可能性もある。前者ならば債権者の住所が、後者ならば債務者の住所が履行地になるだろう。このように契約の解釈をしっかりとっていく必要が出てくるのである。

#### ◎変更権

特定がなされると、不特定物は特定物と「同じような」ものになるとされる。同じでは、ない。

すなわち特定後も、債務者の側から給付対象を別の個物に変更することができるとされている。これは**変更権**と言われ、根拠としては元来が不特定物債権であったことによる。普通はこんなことはできない。特定物ドグマからは特に「特定されたもの」以外について債務が発生するとは思えないのだし。

※ここで債権者の側から給付対象の変更請求をなしうるかが争われているが、通説は否定する点に注意しよう。

**差し替えが出来るのは債務者だけ**なのである。

【事例 2-3】【事例 2-2】において、到着した皿を D が直ちに開封し確認したところ、うち 1 枚に微細な傷がついていることを発見したため、D は C に対し、この皿を別のものに交換するよう請求した。この請求は認められるか。

キズがある場合の議論は、いまの話を聞いていないと当然**瑕疵担保責任**である。契約責任説でとらえると確か代物請求まで可能性があった。他方でこれを変更請求の問題として考えると、通説的には代物請求権は否定されることになる。ところがその建前を維持しつつ、変更請求を可能にする（D からの請求認める）理解があり、具体的には**特定を遅らせる**というものがある。つまり、**当初給付された個物に瑕疵がある場合は特定が生じない**とする見解が唱えられ、その場合は代物請求が可能とされていたのである。これは法定責任説と親和的で、現状で特定されたものを引き渡せば責任はなくなるという理解から、不特定物売買で処理するのである。

ただ、特定の時期を遅らせるのはかなり無理な議論であると最近は言われる。特定の意義は所有権の移転のためにあるし、責任追及は債権者側の自由意思にゆだねられている。この時**凡そすべて特定が起こらないとすると、受け入れた場合の買い主にとって特定が観念できなくなり不都合が生じることになる**からである。こういうこともあって法定責任説的理解よりも契約責任説が有力化してきていると言う所でもある。

契約責任説からはこういった変更請求は認めて差し支えなくなる。そもそも債務不履行なのだから、特定の時期に関わらずその枠組みの中で代物請求が認められることになる。

#### (c)制限種類債権

一定の限定された特性を備えた種類物の給付を目的とする債権である。たとえば、「1967 年もののフランスブルドーのワイン」と言われるとかかなりのプレミアムワインである。確かに不特定物として観念できるが、全世界に 5 本とか言われると、そのすべてが給付できないということも考えられる。こういうものを制限種類債権と言い、**一応は不特定物だが、かなり性状が限定されるので履行不能に陥る可能性もある**ぜというものの、となる。

※もちろん、種類債権だから履行不能にはならないということはない。大西洋のクロマグロは絶滅する可能性があるが、とはいえ常識的に考えて種類債権である。まあ種類債権かどうかは程度問題と言う感じ。

基本的には通常の不特定物債権と同様に考えて良いが、履行不能に陥りうる点で差異が出てくる。しかしながら、通常の不特定物債権との差異は相対的ということになる。

### (3) 金銭債権

#### ◎意義と分類

金銭債権は、**金銭の引渡しを内容とする債権**をいう。以下の分類があるとされるが、大ざっぱには上二つとした二つとで分けられる。

①**金額債権**…一定金額の支払いを内容とする債権で、一番なじみのある概念。ここでは通貨は重要でなく、債務者が支払通貨を選択できる（402 条 1 項）。

【参照】民法第 402 条 1 項

債権の目的が金銭であるときは、債務者は、その選択に従い、各種の通貨で弁済をすることができる。ただし、と規定の種類の通貨の給付を債権の目的としたときは、この限りでない

②**相対的金種債権**…金額債権のうち、一定金額を一定の種類の金銭で支払うことを内容とする債権。典型的には支払通貨が特定される（ユーロで/一万円札で）。支払通貨は特定されるが、その通貨が強制通用力を失ったときは他の通貨で支払うことができる（402 条 2 項）。



【参照】民法第 402 条 2 項

債権の目的物である特定の種類の通貨が弁済期に強制通用の効力を失っているときは、債務者は、他の通貨で弁済しなければならない

③**絶対的金種債権** …絶対的金種債権は、支払通貨の価値に着目していた上の話とは違い、性状として特定の種類の金銭を一定数量引渡すことを内容とする債権。通用力は問題とならない種類債権である。例えば五輪の記念硬貨を 10 枚給付するとかいうときがあげられる。このとき、価値は一緒じゃんとして同じ額の硬貨をもらっても意味がないのである。

④**特定金銭債権**…古銭の取引など。純然たる特定物としての引渡を内容とする債権である。ここではさらに保存状態などが含めて性状として判断される。

◎特徴

**金銭債権（金額債権）は、履行不能となることがない。**まあ世の中からお金がなくなることはないし。それより大事なのは、**種類債権における特定も生じない**ことである。そして、これは**名目主義**と言われるが、**貨幣価値の変動によって債権額は変動しない**。インフレがあろうがデフレがあろうが、当初の額面が重視される。貨幣価値の変動によって必然に契約内容が変動するとなると、法的安定性が損なわれるという言い方がなされる。

(4) 利息債権

**利息債権**は、**元本債権**から派生的に生ずる債権である。民事法定利率は **5%** (404 条)、商事は **6%**である (商法 514 条)。仮に**何の特約もなく消費貸借契約が結ばれると無利息になる**のだが、利息を取ると合意しても、その率について合意していないときには民事法定利率が使われる。

※商人間の場合、商法の規定により利息を払う合意がなくとも当然に利息が発生する。

一応利息債権は、**基本権**としての利息債権と**支分権**としての利息債権に区分するのが一般的である。前者は元本の存在を前提に、一定期間の経過により一定の率による利息を支払うということを内容にした包括的基本的な債権であるのに対し、後者は現に発生した個々の具体的な債権を指す。前者は元本債権とほぼ一体化しており、元本債権の消滅とともに消えるが、後者は一度発生した限りで独立に存在することになる。

利息は原則として**単利**だが、特約があれば**複利**（利息が元本に組み入れられる）となる。特約がなくとも、利息を 1 年以上延滞し、債権者の催告によっても支払われない場合は複利となる（405 条）。これは単純にサンクションである。単利では利息債権は元本からのみ発生するが、複利だと利息部分からも新たな利息が発生する。

利息規制については、利息制限法等の特別法と、その適用をめぐる多数の判例が複雑に絡んだ難解な規律が展開されてきた。

※利息については日本以外でも各地でルールが作られた。貨幣経済が成立して以降、どこでも貸金業者が庶民にお金を貸しつけて利ザヤを稼ぐ動きと、その規制の動きが大きかったからである。たとえばキリスト教はかつて厳しい利息を禁止していたが、ユダヤ人にはそういった規制が強くなく、彼らはお金を稼いでいた。これが迫害へつなげたという説明がなされることも多いが、ともかくこうして利息ルールは社会に軋轢を生むことにもなるのであった。

◎基本的規律（2006 年改正前）

利息に関する法律としては、**利息制限法** 1 条 1 項に上限金利の規定が置かれる（元本 100 万円以上の場合、15% が上限）。

【参照】利息制限法第 1 条 1 項

金銭を目的とする消費貸借における利息の契約は、その利息が次の各号に掲げる場合に依り当該各号に定める利率による計算した金額を超えるときは、その超過部分について、無効とする

- 一 元本の額が十万円未満の場合 年二割
- 二 元本の額が十万円以上百万円未満の場合 年一割八分
- 三 元本の額が百万円以上の場合 年一割五分

遅延損害金についても、上記の上限利息の 1.46 倍が上限となる。

しかしながらかつては利息制限法の上限金利を超える場合でも、**債務者が任意に弁済すれば有効だとされていた**のであった。（利息制限法旧 1 条 2 項）つまり、当事者が通告して「支払わない」というようなことがなければ救済にはつながらなかったのである。

## 【参照】利息制限法旧1条2項

債務者は、前項の超過部分を任意に支払ったときは、同項の規定にかかわらず、その返還を請求することができない

また、第二の問題として、出資法には年109.5%以上（一日0.3%ということ）の金利を課した場合の刑事責任が定められており、民事責任を負う金利と刑事責任を負う金利との間の部分は「**グレーゾーン金利**」と呼ばれていた。そして、必然と言うかグレーゾーン金利の枠内で貸し出しをしていた業者が多かったのである。刑罰ではないし、相手に気付かれなければいいじゃんという考えだったわけである。法律家、刑法学者からすれば「いや、**刑罰が最終手段として民事より厳しい基準でやってくるのは当たり前じゃん**」ということになるのだが、「白黒はっきりさせろ」と産業界や消費者団体は声高に主張したので、このような非難のなかで法改正がなされたのだった。なお民法判例集には金利規制の概観として以上を図にしたものが載っている。

### ◎利息制限法旧1条2項をめぐる判例

#### 1 既払の超過利息につき元本充当が可能（最大判昭和39年11月18日民集18巻9号1868頁<66>）

1条1項により定まる額を超過して支払ってしまった場合でも、超過部分を他の債権の元本として充当してもよいとした。すなわち、元本を充当した時に本来的には債務は消えるのだから、超過弁済につき債務は存在しない。だから、その分には利息制限法旧1条2項の適用により司法が積極的な助けを与える（つまり、返してもらう）ことはないにせよ、民法上のルールに従い当然に他の債権の元本に充当されるというのである。

この意味で他の元本がある奴は得をし、ないやつは損をするが、そうだとしてみなお、他に債務を抱えている人間を救済しないことは立法趣旨に反しているとして充当を認めたのである。

#### 2 元本消滅後の支払利息は返還請求可能（最大判昭和43年11月13日民集22巻12号2526頁<67>）

そして、充当を超えた返還請求までもできることにされた。ここでは、元本債権のある場合にのみ旧1条2項が適用されるのであって、元本消滅後に支払った場合は返還してもらえるとされた。たとえば10回払いのうち8回目で完済したなら、8回目に払った時の超過分は返してもらえないが、9回目と10回目の超過分は返還できるということになる。

#### 3 利息の一括支払い後でも返還請求可能（最判昭和44年11月25日民集23巻11号2137頁<68>）

翌年、もう大法廷ではなく小法廷で、一括弁済についても返還請求が可能であるとしたのであった。

※一応だが、判例変更するときは大法廷で審理されるので、これが「判例変更ではない」ということである。しかしながら、じゃあ利息制限法の規定はなんのためにあったのだろうか…。少なくとももともとこの条文が想定していた事態はほぼすべてアウトになってしまう。反制定法的解釈の一例とされるものである。

### ◎規制強化と貸金業法の「みなし弁済」

それに加えサラ金問題等を踏まえた規制強化のため、1983年に出資法の刑罰対象金利が貸金業者に付き29.2%に引き下げられた。ただ同年に貸金業（規制）法が制定され、種々の書面交付義務が新設される代わりに、書



面交付と債務者の任意弁済があれば有効な弁済と「みなす」旨が規定され、これによって返還請求の可能性が大きく減殺された。（「**みなし弁済**」。貸金業法旧43条）

とはいえ、以降も判例の動きとしては返還請求の枠を広げる動きが強まり、みなし弁済規定のうち「任意の支払い」というのを制限し始めたので（たとえば分割払いのうち一回でも遅滞すると残りも弁済期に達したとみなすことは「任意」の支払いに含めることが許されなくなった。強制執行が履行がアレになった債務者に対しては必要だったので、意味のある規定ではあったのだが）このようにして過去に過払いした人が一斉に訴訟を起こしたため、しばらくは「**過払い訴訟**」としてにぎわったのは記憶に新しい。

### ◎2006年改正法

いよいよ利息制限法の規定自体を改正しようという動きが出たのであった。貸金業法の規制に対するさまざまな批判を受け、大幅な改正がなされた。まあこれは吐き気を催す邪悪そのものであるから仕方なしではある。

- ①「グレーゾーン金利」の原則廃止（営業的金銭消費貸借につき出資法の刑罰下限金利を 20%とした）
  - ②「みなし弁済」制度の廃止
  - ③その他の規制強化（利息制限法 1 条 2 項廃止、貸金業への参入条件厳格化、過剰貸付抑制、ヤミ金融対策など）
- このあたりはニュースでも見てきたところかもしれない。

#### ※融資枠契約（コミットメント・ライン契約）

銀行などから融資してもらう際の特殊な類型として、**融資枠契約**というものがある。これは端的に言って、いくら払うから一定の枠内の額で（融資枠）自動的に融資ができるようにしろというものである。いちいち審査があると不安定だから、貸してもらう側が一定のコストを払って「枠」を買うというわけである。これが日本では「利息制限法とか出資法にひっかかるんじゃないか」としてあまり利用されていなかった（融資額が結局少なく済んだとしても、定額の「枠」代を払っているの、その場合融資額に比して枠代が高くなると「高利率」ととられるのではないかということである）のだが、1999 年には特定融資枠契約に関する法律が制定されたので、同法の要件を満たす限りで利息制限法と出資法の適用がなされないことになった。

【事例 2-4】A は、知人 B から金 10 万円を借り受けた。契約条件は、年利 25%、弁済期 1 年後であった。1 年後、A は元利金をともに支払ったが、その直後にこの金利が利息制限法違反であることに気がついた。A は B に対し返還請求を行うことができるか。

事例 2-4 については、利息についての厳しい規制がかかるようになった今現在では、一括で支払ったとしても有効な弁済とみなされず、取り返せるのではなかろうか。

### (5) 選択債権

ものによっては債権の内容が数個の給付の中からの選択によって定まる債権というものもある。この場合、選択権の行使によって給付内容が特定する。その選択権は特約がなければ**債務者**が有する（406 条）。その他、選択権の行使方法や移転等について規定がある。

問題としては、一部の給付が、選択権を有しない当事者の過失により不能となった場合である。この場合、選択権がある者は不能な給付を選択する（つまりは不履行責任を追及する）こともできる。しかしながら、帰責事由が選択権を有しないものにならないうときなどそれ以外の場合には、債権は残存する給付につきのみ存在する（410 条）。端的にこれは危険負担の問題である。まあ誰が原因を作ったかで決まることになる。

#### ※任意債権

選択債権に似ているのだが、代替的な形でこれでもいいよというのが定まっているものを指す。

## 4 第三者による債権侵害

【事例 2-5】歌手 C は、D 社の主催するイベント P への出演を依頼され、既に出演契約を締結していたところ、それと同日に開催されるイベント Q を主催する E が C に対して高額の出演料での出演を持ちかけたため、C はイベント Q に出演しイベント P には出演しなかった。D は E に対して何らかの請求をなすうるか。

【事例 2-6】F は G 所有の甲建物を G から賃借していたところ、ある日、G の債権者を名乗る暴力団風の数人が甲建物を占拠し、以後 F の使用を妨害し続けている。F はいかなる手段をとりうるか。

### (1) 基本原則

債権には**相対性**があり、当事者間でのみ効力を有するのだから、**原則としては当事者以外の第三者に対しては債権の存在を主張できない**ことになる。この原則を貫徹すると第三者の債権侵害への救済が難しくなるのだが、かねてより判例は一定の範囲で、第三者による債権侵害に対して救済を認めてきている。

※そして近年はその例外の範囲がかなり拡大している。とはいえ例外は例外で、原則は原則である。

大きく分けると、Ⅰ 不法行為による損害賠償請求とⅡ 妨害排除請求との、まあ二通りの救済方法がある。

以下、とりあえずは次のような場合を考えてみよう。

【事例】A の B に対しての債権を、C が妨害している。



## (2) 不法行為に基づく損害賠償請求

AC間では債権が主張できず債務不履行もへったくれもないので、**債権を709条の権利利益にあてはめてしまうことで処理しようと言う考え方**である。ただ、不法行為の一般理論との関係もあり複雑な話になる。これについては伝統的通説があるものの、それに対する批判が強い。しかし、それに代わる基準は一般化していない。

### ◎伝統的通説(我妻説)

不法行為の違法性における「**相関関係説**(非侵害利益の内容と加害行為の悪質性との相関関係において違法性を判断する)」を前提に、内容としては「弱い」権利である債権の侵害が違法性を肯定されるためには、行為自体の反規範性が強いことが必要であると理解し、以下の場合に債権侵害による不法行為の成立を認める。

#### ① 債権の帰属が侵害された場合は、故意・過失があれば不法行為が成立

例えば、債権者Aの持つ多くの債権は目に見えないが、一部の債権は「チケット」のような形で表象されていることもある。ビジネスの取引では手形や小切手などである。そういうものをCさんが盗んで、もとの債務者Bに対して債権を行使したような場合は、債権の帰属自体が侵害されている。この時は故意過失があれば不法行為が成立するということになる。

② 債権の給付が侵害された場合は、以下の2類型に分かれる。

#### (i) 債権自体が消滅する場合(目的物の破壊など)には、故意が必要。(過失があればよいとする見解もあり)

目的物が破壊されたような場合、債権帰属を奪われたわけではないが給付は阻止されている。これによって債権自体が消滅するようときには故意が必要と言うのが基本的な理解。債権は消滅しているんだし、これも過失があればいいと言う我妻さんのような人もいる。

#### (ii) 債権自体が消滅しない場合(債務者との共謀ある場合など)は、故意に加えて行為の強い違法性が必要。

債務者との共謀があるようなときは債務不履行になるだけで、債権は消滅しない。そういうときは違法性も必要だとする。

### ◎伝統的通説への批判説

平井先生の議論のように相関関係理論自体を批判する考え方が出てきたのは民法第二部でも習ったところであるが、それに加えて債権侵害の分析としても不十分であると言う批判が出てきた。ようするに、**給付侵害の類型化があまりにも雑**という批判である。通説は観念的で現実の紛争類型に対応しておらず、さらには不法行為の成立範囲が狭すぎると批判されたのである。(論者は星野先生、吉田邦彦先生など)もっと細かく分類し、現実の紛争解決に資する一般論でない議論をすべきだという。こういう人たちは給付侵害類型につき、①**二重譲渡型**、②**不正競争型**、③**引き抜き型**、④**労働争議型**、⑤**間接侵害型**などの類型を提示した上で、個別の契約をめぐる状況や当事者の利益状況を考慮した責任範囲を検討すべきであるとする。

※二重譲渡…無限定に債権侵害を認めると、対抗要件主義の主旨が失われてしまう。そのために単なる売買の後では保護を認めるべきではない。

※不正競争型…自由競争を超えたような場合には不法行為と議論されたはず。

※引き抜き型…ヘッドハンティングのような場合である。東京リーガルマインド事件で有名である。経緯や業界の慣行なども判断せねばならず、簡単に白か黒か判断できるとは限らない。

※労働争議型…違法な労働争議による使用者の債権侵害など

※間接損害型…従業員をぶちのめした結果会社も損害を受けたような場合。

まあこのような考え方は流行りの利益考量論的な発想の現れでもあるが、そもそもの利益考量論に頼りすぎることへの心配もあるにはある。新たな類型が出来てきた時には、すぐには判断ができなくなるし、その時に議論を方向づけてくれるような「抽象的」な理論はあっていいのではないかと教官の心持であるとのこと。

## (3) 妨害排除請求

上に見たのは事後的な責任追及であるが、**これから起こるといふ侵害、続いている侵害を阻止することはできないのだろうかというのが妨害排除請求の問題**。通説・判例は債権に基づく妨害排除請求を原則として否定する。理由は、単純。債権だからである。学説はおおむねこれを支持するが、やはり例外はあるのではないかとわれ、判例も一定の例外を認める。まず、**対抗力**については**土地貸借権に対抗力がある場合には貸借人はその土地につき物権を取得した第三者だけでなく、その土地につき二重に賃借権を取得した者にも対抗できる**という判例(最判昭和28年12月18日民集7巻12号1515頁:判例集109事件)がある。

物権的効力を媒介にして対抗力を認めたもので、学説も地上権との対比(地上権は登記の対抗力を受けるが、ここで賃貸借はほとんど地上権と似た使われ方をする)、所有者に対抗できるんだから二重賃借人にも対抗できるという理屈などから賛成している。

問題はここから**妨害排除請求**までもできるのか、であるが、**登記等により対抗力を備えた不動産賃借権者は不法占拠者に対する妨害排除請求をなしう**とされた判例(最判昭和 30 年 4 月 5 日民集 9 巻 4 号 431 頁)がある。対して対抗力のない不動産賃借権については判例は妨害排除請求権を否定するが、学説には反対もある。対抗要件を有していない侵害者に対してもまったく排除できないと言うのはおかしくね? という理論だが、通説ではないとのこと。たとえば賃借権自体の現在の役割に鑑みて、対抗力の有無を判断基準にせずとも妨害排除請求ができるのではないかという中田先生がいる。不動産賃借権以外の債権についてはさほどの議論がないが、原則に忠実に妨害排除請求を否定するのが一般的といえるだろう。

※ここでは、債権者代位権の「転用」によって賃貸人(所有者)の物権的妨害排除請求権を代位行使できる可能性があることに注意。妨害排除請求権がなくても代位行使でなんとかなるならば、いちいち妨害排除請求権を認めなくてよさそうでもある。そんな背景もあって、そこまで議論がなされているという状況ではない。

## II 弁済

**弁済**とは、**債務者又は第三者が債権の内容である給付行為をし、それによって債権が消滅すること**である。

### 1 債権の消滅と弁済

民法は債権の消滅原因として**弁済(弁済・弁済供託・代物弁済)・相殺・更改・免除・混同**を挙げる。弁済は消滅原因の典型であり、例えば弁済供託や代物弁済、相殺、更改、混同は弁済が得られないときの代替満足手段である。大半の債権は任意の弁済によって消滅するし。伝統的な構成(中田先生の本など)だと結構最後のほうに扱われる(だって「消滅」って最後だし)のだが、内田先生の教科書では割と早めの登場である。

「履行」と「**弁済**」はほぼ同義である。一応区別するならば、債権の消滅原因としての側面に注目した場合に「弁済」と呼ばれる。対して契約に着目した時に「履行」と言うことが多い。ちなみにこのどちらの役割に注目するかというのが、教科書の構成における「弁済」の位置にも反映されていたりするし、この二側面を徹底的に分離して、弁済(履行)の「債権消滅」の面と、「債務者がなすべき行為をする」面とまで区分して突き詰めていくところまでいけば、両者のどちらを重視するかで概念的にも意味が変わりうる。例えば第三者が給付を行ったような場合、前者の面からすれば弁済だが、後者の面を強調すれば弁済ではなくなる。

※言葉として履行と弁済を使い分けることはある。弁済供託の時には履行供託とは言わないし、制度の名前としてそうになっているような場合もあったりする。が、単独使用の時には基本的には同じである。

### 2 弁済の要件

弁済の効果発生要件としては、「**誰が誰に対して弁済するか**」という主体の問題と、「**いつ、どこで、何を、どのように弁済すべきか**」という弁済の仕方の問題がある。これらについて、適宜区分しながら説明する。

【事例 3-1】A は、B 対し 100 万円の金銭債権を有していたところ、B の友人である第三者 C が A に対し 100 万円を支払った。B が C の弁済に異議を唱えたとなると、A はどうすべきか。C が B の保証人であった場合はどうか。

【事例 3-2】D は、E に対し 100 万円の金銭債権を有していたところ、D の子 F が D の実印を持ち出した上で、E のところに行き自分は D の代理人であると称して 100 万円の弁済を請求した。E が F に 100 万円を支払った後、D が F は自分とは無関係であるとして E に対し 100 万円の弁済を請求した。E はどのようにすべきか。

【事例 3-3】G は、H 銀行に対し 100 万円の預金債権を有していたところ、I が G の自宅から盗取した預金通帳と届出印を H 銀行の支店窓口を持ち込み、G になりすまして 100 万円全額の払戻請求を行った。H 銀行が I に 100 万円を支払った場合、G は H 銀行に弁済の無効を主張して 100 万円の払戻請求をなしうるか。

## [A] 弁済の時期と場所

### (1) 弁済の時期

弁済をすべき時期を**履行期**というのだが、原則として履行期にないときの弁済には効果がない。

※現に履行をしたときを、これと区別して**履行時**と言う。

例外的なパターンとして、債務者が期限の利益を放棄又は喪失したときは当初の履行期の前に履行すべきことになる(136条、137条)のと、また債務者が期限の猶予を得たり同時履行抗弁を主張できる時にはそれよりも後に履行していい。この履行期を過ぎると**履行遅滞**に陥るし(412条)、受け取る側も履行期に受け取らないと**受領遅滞**になる(413条)。

履行期(弁済期)は基本的には当事者の合意によって決まる。合意がない場合は解釈をすることになるが、これについては契約各則等に個別規定があるものもある。例えば寄託契約では返せと言われたら返してねとか規定されていたりする。あとは不法行為の損害賠償債権の履行時は不法行為の時が履行期とされていて、損害発生と同時に遅延になる。

### (2) 弁済の場所

合意によるのが原則だが、特に合意がない場合は、以下。原則は持参債務と言うことである。

#### ① 特定物の引渡は当該特定物の債権発生時の所在地

#### ② その他は債権者の住所地が弁済場所(持参債務)

条文としては484条が根拠規定となる。もちろん任意規定です。売買でこれだと困るので、574条に特則があり、売買の目的物の引き渡しと同時に代金が支払われるべき場合には引き渡し場所での弁済が規定されている。

## [B] 弁済者と弁済受領者

### (1) 概説

「誰が」「誰に対して」弁済すべきか、という問題。通常の場合は、債務者が債権者に対して行うのが有効な弁済なのは当然だが、債務者以外の者が弁済し、債権者以外の者が弁済を受領することも一定の範囲で認められている。これがどのような場合なのかが問題になる。

### (2) 弁済者

**債務者**は当然に弁済可能である。ただ、まれに債務者でも弁済できないことがある。たとえば差押えがされているときには弁済禁止効が伴う。それ以外の場合だと、制限行為能力者の弁済につき返還請求を制限する規定があったりする(476条)。

【参照】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

適当に読むと「制限行為能力者の弁済は取り消しうるのだが、そのときは弁済を受領した人の保護のために取消による取り戻しにつき一定の制限をしている」という感じになる。

が、突き詰めるとよくわからなくなる。要するに、弁済というものについて、行為能力を制限できるのかは法律的にはすぐにイエスといえるわけではない。言い換えれば、**弁済が法律行為にあたるのかがどうか**が問題なのである。法律行為にあたるなら取り消せないのだが、一般的にはそのように理解されていない。**単に債務を消滅させる行為は定型的な行為であり、法律行為として制限に服させることはない**と言われるのである。

そうだとすると、そもそも取消す余地がない。そのとき、この476条は何の規定なのかと言う問題が出てくる。内田先生は代物弁済のときなどまれに弁済が法律行為になるとき(これで代わりに受け取ってくれというのが代物弁済。本来のブツでないものを受け取るのでそこで「承諾」し、代物弁済契約が結ばれる)の規定だと言うが、本当にそうなのかはよくわからないところである。

弁済は債務者以外の第三者もなしうるが、以下の場合には不可能とされる。

#### ① 一身専属的給付の場合(474条1項ただし書き)

債務の性質が第三者の弁済を許さない給付を一身専属的給付という。たとえば扶養の債務などは、他人が弁済すべきでないとされる。



②**当事者の合意**によって第三者弁済が禁止されている場合（474条1項ただし書き）

これについては、利害関係のあるような第三者が現れたあとに慌てて合意するような場合が少し問題になるが、中田先生などは合意はその合意前に現れた第三者には対抗出来ないだろうと考えている。

③第三者が法律上の利害関係を有しない場合で、弁済が**債務者の意思**に反する場合（474条2項）

これがかなり争われる規定である。弁済について自分に利益があるような人ならば基本的には弁済できるのだが、そうした利害関係のない場合であると、債務者が反対しているときには弁済することができないことになる。

【参照】民法第474条

1 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

ここでは第2項の文言が「債務者」であり、これが1項但し書きの「当事者」とは違うことに注意しよう。1項但し書きのほうは、条文には直接特約とは書かれていないものの、特約について定めた規定と読むことになる。

なお、第2項の規定は、武士堅気に基づく規定と説明される。いかにお金に困っても、人にお金をだしてもらってまで生きることはねえ！というのが武士堅気。そういう奴がいるときに、わざわざそいつのプライドを傷つけてまで第三者が弁済することはない、というわけである。ところがこの立法は批判されている。だってプライドをここでわざわざ保護する理由もないし。また、**弁済する側からすると事実上の問題があっってお金を出す**わけである。それに対して「破滅じゃー」と言っている奴がいるからと言って第三者弁済ができないのは困る。

また、**保証人**になることは債務者本人の委託や意思に反してもできるのに、なぜ事実上勝手に弁済することができないのだろうか。というか弁済できないと言われたら保証人になればいいってことじゃん。

ということでかなり批判される条文なのだが、まああるにはあるので理解しておこう。

なお、この部分の演習としては事例3-1を復習しておくといよい。

※利害関係は、判例は法律上の利害関係に限っているし、債務者の意思というのも黙示のものも含められるとされている。債務者の気持ち優先な感じである。

※474条についての立証責任は、これが例外的なケースであることから効果を主張する者にある。

第三者弁済が行われた場合には、贈与の意思によるなどの場合を除き、委任契約や事務管理の規定に基づき求償権が発生する。これを弁済による**代位**と言う。



↑ 武士堅気

### (3) 弁済受領者

**弁済を受領する権限のないものに対して弁済をしても、原則として弁済の効果は発生しない。**ただし、479条により、債権者が利益を受けた限度においては効力を有することになる。この場合、受領する権限がないことについて支払いをしたものが悪意であっても判例は479条の適用を認めている。

#### a) 債権者

債権者は一般に弁済を受領できるが、**債権の支払い差止**があった場合や**債権の差押え**があった場合、債権に質権を設定した場合など、弁済受領権限を喪失した場合は受領できない。さっきの説明の裏返しである。

#### ※債権の支払い差止め

ある債権者(B)のもつ債権を、その債権者に対しての債権者(C)が差押えるような場合である。

差止があった場合も、債権者(B)に対して債務者が弁済することは当事者間ではなお有効ではあるが、その差押債権者(C)には対抗できない。この場合債務者は、その差押債権者から二重に支払いを要求される可能性があるが、そうした場合にはもとの債権者に対して求償を請求することができる。

#### b) 弁済受領権限者

債権者の他にも受領できる奴はいる。

**代理人、破産管財人、差押債権者、債権者代位権**を行使した者などは、弁済を直接受領することができる。

代理人はまあ当然である。

破産管財人と言うのは破産手続き開始決定にともなって包括的な債務者の財産の差押がなされたときに財産を管理するもの。弁済受領権限もこれにともないいつに移るのである。

差押債権者は差押によって弁済受領権限をいただくことができる。ただ、このような場合には条件が付される。たとえば差押が競合するような場合(Aの持つ債権を、BとCがともに差押えたような場合)には弁済そのものが制限されるので、受領権限もそれに従い制限される。

#### c) 債権の準占有者 (478 条)

【参照】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、過失がなかった時に限り、その効力を有する

**債権の準占有者に対する弁済は、弁済者が善意無過失である場合に限り、有効となる**と言う規定である。

そもそも**準占有者**とは何かであるが、一致した定義はない。一般的には**債権者らしい外観を有する者**とされる。まあそういう奴に払ってしまった時にも有効になる場合があると言う規定があるのは、債権者らしい外観を信頼した弁済者を保護する趣旨とされ、権利外観法理による規定の一つとして説明される。なお民法だと物権法(205 条)で「準占有」が出てくるのだが、そこでの準占有とは意味が異なるとされる。

【参照】民法第 205 条(準占有)

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

**自己のためにする意思**がこっちにはいるが、**権利外観法理**に徹する 478 条にはこの要件はないというのが通説で、あくまではた目から見て債権者らしいかどうかだけが気にされる。

**表見相続人や無効の債権譲渡による譲受人**のほか、**詐称代理人**も「準占有者」に該当するとするのが通説・判例である。表見代理よりも外観保護が厚いが、種々の理由から弁済は代理行為に比して保護の必要性が大きいと説明される。ここで、準占有者の概念には外観が全てと言ったが、**適用を受ける事例かどうかについても外観がすべてである**点に気を付けよう。基本的には表見代理 94 条 2 項類推適用などと比べるとわかりやすいが、あくまで厳密には通謀虚偽表示でなくても、それなりの外観があるかどうかと**本人の帰責性**を総合考慮するのだった。ところがこの準占有者の議論ではほぼ本人の意思については無視されるのである。

【事例 3-2】D は、E に対し 100 万円の金銭債権を有していたところ、D の子 F が D の実印を持ち出した上で、E のところに行き自分は D の代理人であると称して 100 万円の弁済を請求した。E が F に 100 万円を支払った後、D が F は自分とは無関係であるとして E に対し 100 万円の弁済を請求した。E はどのようにすべきか。

もしこの事例で F が実印を持ち出して土地の売買契約を行った場合、無権代理の問題として契約の有効性が判断される。その際には表見代理が成立するかが判断され、ここでは権利外観法理として外観の存在と本人の帰責性が問われることになる。

ところがこの場合には、**実印を持ってきているということで、債務者にとって弁済を要求している人が代理人っぽい、というだけで十分**なのである。もしもマジモンの代理人かどうか調べてから弁済するとすれば、債務者には調査が必要となるが、こうすると債務不履行になる可能性が格段に上がる。ある程度権限者らしい人がくれば払わざるを得ないのが現実の債務者の立場であり、これを保護すべきとされるのである。また、表見代理は土地取引など**新たな契約**を結ぶことについて成立が争われることが多く、その時厳しい要件として本人の帰責性を求めるのは自然であるが、ここでは**既存の債務の弁済**が問題であるから、正直言って今ある債務以上の何かが生れるわけではない。このような理由から、「外観」さえあればいいだろうという理解になるのである。

※準占有者が、うまいことやって有効な弁済として債務者からお金などを受け取った場合、債務が消滅するので真正の債権者としては、不法行為や不当利得による損害賠償もしくは返還請求を準占有者に行うことになる。このとき、準占有者側が例えば「いや債務者に過失があったから、有効な弁済ではなかった。よって債務はまだ残っているから、債務者にいってくれ」などと言うことは、信義則から許されないというのが判例法理である。

#### ◎銀行取引における適用・類推適用

【事例 3-3】G は、H 銀行に対し 100 万円の預金債権を有していたところ、I が G の自宅から盗取した預金通帳と届出印を H 銀行の支店窓口を持ち込み、G になりすまして 100 万円全額の払戻請求を行った。H 銀行が I に 100 万円を支払った場合、G は H 銀行に弁済の無効を主張して 100 万円の払戻請求をなしうるか。



478 条は、**銀行取引**に関連して問題となることも多く、判例は同条の適用・類推適用を極めて広く認めてきた。従来は預金通帳をもってきた奴に払えばいいだろうという銀行の言い分の正当化のために使われたのである。だが、それによって成りすましの事件が非常に増えてきた。偽造の技術が発達してきて、ATM での偽造カードの使用が問題視されるようになった。この状態でいかにも真正そうなカードを持ってくれば有効、と言うのではかなり詐欺が横行することになる。金融庁の指導もあり、また本人確認がルール化されてきたということもあり、かなり厳しい対応が銀行内で行われるようになってきた。

ということで現在、478 条の運用も変わりつつあるのではないかというタイミングである。いかに外観があっても、本人確認をしなかったような場合に過失が認められ適用がされないパターンもありうるだろうし、このような実務の現状を鑑みると、事例 3-3 はもしかすると過失アリとなるかも。まだ近時の判例ないし。

他にも銀行取引の事例は結構ある。上のは通常の預金払い戻しだったのだが、微妙なケースがいくつかある。

#### I **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：判例集 144 事件）

定期預金満期までは原則として払い戻せない。でもどうしてもお金が…といえば、普通預金金利になるがお金を払い戻せはするということになっている。ここでは 478 条の適用が認められたが、これって純粋な弁済なのだろうか。寄託契約とすればまあ確かに返してよといったときに返してもらえるのは確かなのだが、ここでは**金利が動いている以上契約内容が変更されている**わけである。このような変更は単なる弁済ではなく、両当事者の合意が必要ではなからうか。そういうことを 478 条だけで処理しきれののだろうか、表見代理はなお検討されるべきではなからうかというのが問題になるが、最高裁はこの点実際の所弁済に近いとして処理した。

#### II **預金担保貸付**（最判昭和 59 年 2 月 23 日民集 38 巻 3 号 445 頁：判例集 145 事件）

とある銀行の顧客が、銀行の窓口で定期預金を解約したいと申し出たとする。こうすると、たぶん銀行員は「いやいや〜いくらいるんですか？お貸しますよ〜」とか聞いてくる。やはり銀行側は定期預金をベースに資金繰りを考えているので、解約をどんどん認めると資金繰りに難が生じる可能性が出てくるからである。

他方、途中で定期預金を解約すると定期預金金利が享受できなくなる(普通金利で処理される)から、こっちも損は損である。じゃあやっぱり、お金を貸せばいいじゃん！ということになり、このとき預金者の金利を担保にしてお金を貸しつける提案をすることが多い。これを「預金」を金銭消費貸借の「担保」とした**預金担保貸付**と言うのである。資産評価をする必要もないし、いざとなれば全額回収を預金の金利から可能であるから便利である。ここで、窓口に来た人に預金担保貸付したが二セモンだったというパターンが判例の事案であるが、これも新たな契約じゃねと言うツッコミを退け、最高裁は実質は弁済とした。ただし、478 条は類推適用にとどまる。ここで銀行の過失判断は貸付時である。

#### III **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：判例集 146 事件）

生命保険の際にもお金を預けているので割に銀行と同じような感じになる。満期の金利を担保にして貸し付けを行うこともあるのだが、また同じようにこれが実質的には 478 条の類推適用事例だとした。

このように、かつてより非常に広く 478 条が適用されてきていたのだが、現在はどうなるかは前述したとおり不透明である。なお判例がないといったが、分野によってはなくもない。

#### **最判平成 5 年 7 月 19 日判時 1489 号 111 頁：判例集 147 事件**

キャッシュカード機械払につき免責約款の効力を肯定した。

478 条と同じような規定を約款に盛り込んでいることが多いのだが、キャッシュカードが使われた事例では免責されている。

#### **最判平成 15 年 4 月 8 日民集 57 巻 4 号 337 頁：判例集 148 事件**

通帳機械払につきシステム上の過失を認めて免責を否定した。

今は通帳と暗証番号ではお金をおろせないのだが(郵便局はできるが)、かつては稀にできるものがあった。その一つで、通帳と暗証番号によって引き落としがされてしまったのだが、これについてはシステム上の過失が認められて免責が否定されたのだった。

盗難通帳などによる預金の払戻しについては約款規定があり、印鑑照合等がなされた場合の銀行側の免責が広く認められてきたが、近年は ATM のシステム全体に関する銀行側の過失を考慮する傾向にある。

#### ◎偽造・盗難カード預貯金者保護法

あと近年は特別法の保護もなされている。これはカード犯罪等の増加を受け、2005 年に制定された。**偽造カードによる機械払には 478 条は適用されず、預貯金者の故意等がない限り弁済は無効となる**。また盗難カードに

よる機械払の場合は、一定の要件の下で預貯金者の**損害が補填**される。やはり盗難カードは真正なカードであるから厳しいところがあるのだが、預貯金の損害補てん制度ができた。

#### ◎預金者の認定

もともと**預金者**とは誰なのかという問題があった。なぜなら、わが国においては形式的な名義人と実質的なお金の保持者が異なることが多くあったからである。財産隠しとかくらいものだけでなく、例えば権利能力なき社団の場合には代表者あるいは会計担当者名義で預金口座を作らなければならない、名義だけ見ると個人資産との区別が難しいことになる。

※これは**名義人ではないものが預けに来ると言う意味ではなく、名義人が名義人の口座に入金したとしても、裏にパトロンがいるときにどちらが預金者になるのか、という問題である。**

ということで単に名義だけ見てもしょうがないのだが、そこで定期預金については**客観説**というのが提唱され判例となっている。ようするに、客観的に見て誰が金だしてるんだよ(出損者は誰か)ということが重視されるのである。ただ最近、客観説に対する批判が強い。代表的な論客は我々が森田宏樹先生である！一回お金を入れればずっと置いておくから出どころも特定しやすい定期預金と違い、流動性預金である普通預金はお金の出し入れなども多くなり、客観的な出損者の特定は無理だろうということが指摘される。

今は法人法制が充実して、権利能力なき社団の問題もあまり生じなくなり、名義人とお金を出すものが異なるケースもほぼなくなってきているのもあって、預入をしたものが預金者でいいとする**主観説**も有力となりつつある。

### [C] 弁済の内容

#### (1) 概説

何を弁済すべきなのかというのは、債権の内容によって決まるため、契約内容だとか債権発生の原因となった法律の解釈で決まることになる。ただし、いくつかの場面については基本となる規定がある。

#### (2) 物の引渡し

##### ◎弁済の目的物

**特定物**は、**履行期の現状**で引渡される必要がある(483条)。債権発生と現実の履行との間に時間差がある場合を想定した規定である。それを400条の善管注意義務でつないでいるとは前述したとおりである。

※**履行期は、現実の履行「時」ではない**。引き渡し「すべき」時の状態が基本となることに注意しよう。

##### ◎他人の物の引渡し

また、他人物を引渡しした場合、さらに有効な弁済を行うまでは目的物を取り戻すことができない。(475条)これは476条とよく似た規定であるが、こちらには取消ができるかというような問題はない。本来的には他人物を上げる権利などないのだし。単にこれは弁済を受けた債権者の保護の規定である。

※もちろん即時取得がある場合は、有効な弁済となる。ここでの議論は即時取得しない場合。

これはいずれやる**留置権**と共通した趣旨の規定であるとのこと。

ただし、引き渡された目的物を債権者が善意で消費・譲渡した場合は弁済は有効となる。(477条)

#### (3) 弁済の費用

合意があればそれによる。合意がなければ行為者である**債務者**の負担とされるが、債権者が特に増加させた費用は債権者の負担となる。485条に任意規定がある。合意は黙示でも明示でもよい。これにつき、売買契約に関する費用は当事者が双方等しい割合で負担するので、ある費用が弁済費用か契約費用かが問題になる可能性があるが、大体は契約や慣行で決まっているので問題化することは少ない。例えば登記費用などは微妙なところだが(判例は契約費用と解すが、我妻先生などは弁済費用とする)、慣行で買主負担になっている。まあこういうのを売り主負担にすると結論としては「売買価格に上乗せ」して終わりなので、これでいいんじゃないかなと思う感じ。

### [D] 弁済供託(494条以下)

**弁済供託**とは、債務者が弁済目的物を**供託所**に寄託することにより、債務消滅の効果を発生させる行為や、またはその制度を指す。弁済供託の要件(供託原因)は、**受領拒絶・受領不能**または**確知不能**であるのだが、このようなときには弁済者が不安定な地位におかれることが制度設置の理由である。

**受領拒絶**…受け取ってもらえない。適法な弁済の提供がないままに、「向こうには受領拒絶の態度があるからもういいや」といって口頭の提供もないままに供託することができるのかが問題になるが、これについては提供必要説と提供不用説が対立する。中田先生は、やはり債権の消滅と言う重大な効果を持つことから、少なくとも供託においては口頭の提供が必要ではないかという考え方をとっている。

**受領不能**…受領ができない。電話の問い合わせに対して不在と応答されたことでこの受領不能が認められることもあるなど、実務的には結構アバウトな認定。

**確知不能**…債権者が誰かわからない。このとき、過失がないことが必要であり、この注意は善管注意義務の水準のものと理解される。原因は法的なものでも事実的なものでもいいが、法的な問題の場合ある程度高度であり、誰でもわかるとか言うものではない。

詳しく言うと、そもそも債務不履行責任は弁済の提供が(口頭だとしても)あれば生じないのは確かだとしても、一方で**受領遅滞だったものがその状態を解消して改めて債務履行を求めればそれに応じなくてはならないなど、そもそも債務が消滅したというわけではない点**が、弁済者に不安定な状態をもたらすのである。そして債務が消滅していない以上、目的物に対しての**注意義務**や、その債務について相手方がもつ**担保権**が存続することになる。これでは債務者が可哀そう、ということで、このような形で供託することにより、一方的に債務を消滅させる仕組みが作られている。

※供託の際には、国の機関である法務局がそれを行うので、供託が公法的色彩を帯びる。この点、供託間の行為が**行政処分**かどうか問題になるのだが、判例は一方で国家の公権的役割を強調して行政訴訟の対象とは認めざるものの、信用ある存在として私法関係に携わるだけであるとして時効期間などは民法上の規定によった。

供託は、債務者や共同債務者など、弁済をなしうるものがなくてはならない。供託所まで行くのが一般的だが、今は金銭債権についてはオンライン供託ができるらしい。

※供託所は、地域の法務局にある。

そして供託のためには目的物が存在している必要があるわけだが、供託には適さないものや保存にめっちゃお金がかかるようなものについては、裁判所の許可のもとに競売に付して代金を供託することも許される。(497条) もちろん、**債権消滅のためには「債務の本旨」に従う必要がある**から、たとえば金銭債権の一部だけを供託したからと言って当該債権全体は消滅しないし、そもそもその一部についても消滅しないことと判例はしている。供託がなされると、債務は消滅し、債権者は代わりに**供託物還付請求権**を取得することになる。ただし、**抗弁権**などは存続するから、債務者の給付に対して債権者も弁済しないといけなようなときは、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(498条)。

※債権者が供託を受諾した時などの一定の場合を除いて、496条は債務者による供託物の取戻しを認める。これについて債務の消滅との関係を説明する時は、取戻しを解除条件として供託時に債務が消滅しているという理解をするのが有力である。

### 3 弁済の効果

【事例 4-1】A は、B に対し以下の 3 つの貸金債権を有していた。①額面 100 万円、弁済期 2013 年 5 月 31 日、約定利率 18%、担保なし、②額面 100 万円、弁済期 2013 年 6 月 30 日、約定利率 10%、担保として自己所有地上に抵当権設定、③額面 100 万円、弁済期 2013 年 6 月 21 日、約定利率 20%、保証人あり。B が 2013 年 6 月 19 日に 100 万円の弁済を行ったとすると、これはどの債権に充当されるか。150 万円を弁済した場合はどうか。

【事例 4-2】C は、D に対し 1200 万円の貸金債権を有していたところ、D が期日に弁済を行わなかったため、保証人 E が C に対し 1200 万円を弁済した。E は D に請求することができるか。D は無資力だが、D の債務につき E のほか保証人 F、物上保証人 G (担保不動産は 600 万円) と物上保証人 H (担保不動産は 400 万円) がいた場合はどうか。

【事例 4-3】J は、K に対し 1000 万円の貸金債権を有していたところ、K が期日に弁済を行わなかったため、保証人 L が J に対し 500 万円を弁済した。J および L による B の財産に対する強制執行の結果、600 万円が配当の原資となったとすると、L はいくらの配当を受けることができるか。



## [A] 総説

**弁済により、原則として債権は消滅する。**履行を請求することはできなくなるし、その債権についての保証債務も消滅することになる。ただし、弁済額が債権全額に満たない場合は、いずれの債権が消滅するかを明確にする必要がある。基本的に一部弁済は「債務の本旨」に従っているわけではないので債権者は受領しない選択肢をとることもできるのだが、金銭債権のような場合には、たとえ一部でももらっておいて損をすることはあまりないので、債権の回収が行われることが多いそうである。

また、例外的に弁済があっても債権が消滅しない場合があるが、後述する。あと細かい事だが、弁済者は、弁済の事実を証明するために「**受取証書交付請求権**」と「**債権証書返還請求権**」を有する。受取証書も債権証書の返還も、ともに債務者の二重払いを防ぐためのものであるが、とくに受取証書については強い証明となるので、この受取まで弁済を拒絶する、要するに**同時履行抗弁**の発動が認められるという判例がある。

## [B] 弁済の充当

### (1) 基本原則

複数の債権が存在し、弁済が全債権の消滅に足りない場合、弁済に対してどの債権を消滅させるかを決定する必要がある。原則的には、①合意による充当、②弁済者などの指定による充当、③法定充当、の順に決定される。

#### ①合意による充当

たとえば契約の時点ですでにどの債務が消滅するのかが決まっている場合、それに従う。ようするに当事者間に合意があればそれにまずは従う。合意は事前のものでも、弁済時のものでもいい。

#### ②弁済者などの指定による充当(指定充当)

当事者の一方、多くの場合は弁済者に指定権を与えることで、それに従って充当する。

#### ③法定充当

どの債務が消滅するのかを、法律の定める充当の順序に任せるやりかた。トラブルの前に自動で振り分け。

### (2) 費用・利息が存在する場合

【参照】民法第 491 条 1 項

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

利息や費用が支払われる場合には、合意→指定→法定の順番通りにはいかない。**弁済は費用→利息→元本の順に充当され、一方当事者の指定等は認められない**と理解されていることに注意しよう。合意があればそれが優先適用されるが、指定充当を排除しているのである。この意味で、この規定は法定充当ではあるものの、本来の意味での「合意も指定もないときのリーサルウェポン」としての法定充当ではない点に注意しよう。

### (3) 同種の債権が複数存在する場合

#### ①指定充当 (488 条)

当事者間の合意がない場合、まずは指定充当による。基本的には**弁済者**が弁済の都度充当先を指定することができる。弁済者が指定を行わないときは弁済受領者が指定可能なのだが、ここでも弁済者は異議を述べるができる。ようするに、ここでは**弁済者の気持ちを優先したうえで、それを邪魔しない程度に債権者にも指定権を与えている**のである。弁済者の利益を害さない程度で、といったほうがいいかも。

#### ②法定充当 (489 条)

同種の債権の間では、①**弁済期**にあるもの、②債務者にとって**利益の大きいもの**、③弁済期が**早く到来**するもの、の順に充当先を決定する。②はいずれが有利かはっきりしないことがあるが、諸般の事情を総合的に考慮する(判例)。まあ総合的(笑)だけど。

【事例 4-1】A は、B に対し以下の 3 つの貸金債権を有していた。①額面 100 万円、弁済期 2013 年 5 月 31 日、約定利率 18%、担保なし、②額面 100 万円、弁済期 2013 年 6 月 30 日、約定利率 10%、担保として自己所有地上に抵当権設定、③額面 100 万円、弁済期 2013 年 6 月 21 日、約定利率 20%、保証人あり。B が 2013 年 6 月 19 日に 100 万円の弁済を行ったとすると、これはどの債権に充当されるか。150 万円を弁済した場合はどうか。

まず弁済額が 100 万円だった場合、①の債権 100 万円が、弁済時に唯一弁済期が到達しているものであるから、これだけ考えればいい。弁済期→重大→弁済期近い、という順番だったし。

ここで問題が出てくるのは、弁済額が 150 万円だった時である。100 万円を①の債権にあててなお 50 万円の余りがあるので、これをどの債務に充当するかが気になってくる。

ここでは「総合的(笑)」判断をしないとイケないわけで、色々事情を見ていかなければいけない。さて、**利率**だけ見れば③のほうが高い。だが、**担保**について見てみると②は自分の土地についての抵当権が設定されているのに対して③では保証人をおいている。この点人より物のほうが逃げない分信用できるので、やはり②のほうが担保としては重大である。というわけで、どちらが重大かと言われると利率が高い方が、それとも担保として重要なものか…とかなり悩んでしまうことになる。

ただまあ、③の**担保が保証人である以上、他人のことなんてどうでもいい**という冷酷な判断が行われて弁済者においての重大性では②のほうが大きいものになるのではないかとされている。

※とはいえそれもケースバイケースであって、この事例だと結構利率の差も大きいので、ここを踏まえると③のほうが早く消し飛ばしたいものに見えてきたりする。ようするに、めんどくさい。

## [C] 弁済による代位

### (1) 概説

債務者本人が弁済を行えば、単に債務が消滅するのみである。ところが債務者以外の者が弁済した場合は別で、まず弁済者から債務者に対する求償権が発生するとされる。そして、求償の目的を達するため、原債権は消滅せず存続するとされ、原債権につき**代位**（原債権者から弁済者への移転）が生じることが法定された。ここではつまり、**債権が消滅しない**ことになるわけだが、これが単なる求償権と異なる効果で弁済者を保護することになる。たとえば A が B に対して持っていた債権を C が弁済したときを考えてみよう。このとき、上の説明からすると C は B に対しての求償権をもつということになる。が、注意してほしいのは、これだけだと単なる債権を C は手に入れただけだということである。

具体的には B がもう全然お金払えないぜと言うときに、単なる債権者である C は、「かわりに支払ったのにもかかわらず」他の債権者と平等に、残った財産の部分的な分配しか受けられないことになってしまう。

これはあまりにも不都合であると言うか、事務管理の条文並にやさしい人に酷なものである。ということで、民法は 501 条で、「**代位**」を定め、代位したものには「**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**」と、単なる債権者にとどまらない保護をあたえるのである。たとえば原債権に設定されていた抵当権、担保となっていた保証人への追及などのカードが C にも使えることになり、求償権が満足を受ける可能性は高まることになる。また、求償債権は法定利率の 5 % の利息となるが、原債権はおそらくそれ以上の利率であることが多いので、その点も得である。この点で、代位については**任意代位**と**法定代理**が定まっている。

### (2) 任意代位

【参照】民法第 499 条 1 項

債権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  
499 条は、**債権者の弁済時の承諾**を要件に**任意代位**を認めている。後述する法定代理と異なり、「正当な利益」を持たないような第三者であってもこれは可能となっている。債権者の承諾が要件となっている理由についてはけっこう曖昧で(自己の権利の処分だからとかいうこともあるが)、第三者弁済を奨励する趣旨からは承諾を要件とすべきでないとの批判が強い。そもそも貸したものを返してくる人間が誰だろうが、債権者には法的に損はない(プライドとかになると別だが)。そこで通説は、**正当な理由がない限り債権者は承諾を拒絶できない**とする。任意代位を債務者・第三者に対抗するには、債権譲渡と同様、原債権者から債務者への通知または債務者の承諾が必要となる。これは、条文操作としては 499 条 2 項が「467 条」を準用するという形で行われている。そして、周知の通りだが**債権譲渡**の規定が 467 条である。

結局、**債権の帰属主体が変わると言うことで、弁済者代位と債権譲渡は似通った制度**なのである。このような理由で対抗要件が必要とされ、債務者や第三者の利益が害されないように配慮されている。

### (3) 法定代位

【参照】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任意代位に対して、「弁済をするについて正当な利益を有する者」が弁済した場合には、代位は法律上当然に生ずると 500 条は規定する。ある人間が損をしないために弁済するのだし、実際問題さっきも言ったが弁済自体が出来ていれば債権者としては文句ないよね？という規定であろう。

この「弁済をするについて正当な利益を有する者」とは何かが問題になるが、学説上は

①弁済しないと債権者から執行を受ける地位にある者

②弁済しないと債務者に対する自分の権利が価値を失う地位にある者

とが主張されている。①については少なくとも異論なく認められるため、**保証人**など自分の財産が危険だと言う人は法定代理が可能である。②については類型ごとに議論があるが、例えば**一般債権者**や**抵当不動産の賃借人**などが判例上法定代理を認められている。保証人の弁済は厳密には「自己の債務」の弁済となるので、この意味で、500 条の守備範囲は第三者弁済における「利害関係を有する第三者」よりも広いことになる。

よく出てくる法定代位人として、**保証人**と**物上保証人**があるので紹介しておく。前者は常識的にわかるだろうが、自らの金銭でもって債務者の債務を担保するものであり、後者は自己の財産を他人の債務の担保に供したものである。つまり物上保証人は、自らが担保物権としたものの限りにおける責任しか負わない。

なお、**代位弁済者が全額を他の保証人等に求償できるのは不当であるため、保証人や物上保証人などが複数存在する時には 501 条の規定により代位の順序を定める必要がある。**

※ある債務者につき、保証人 A と保証人 B がいるときを考えると分かりやすい。A が債務を弁済したとき、そのぶん債権がそのまま移転するとすれば、A は(債務者はどうせ払えないのだから)B に対して全額の保証の実行を求めることができるし、B が最初に弁済すれば今度は逆のことが起きる。ようするに、債務者の穴埋めを押し付け合う構図になってしまう。

【参照】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

すなわち、ここからは、最終的に財布をぶちまけお金を払わないといけぬ奴同士の、負担の分配の仕方を見ていく。基本的に債務者の代わりにお金を払う奴として考えられるのは、①保証人、②物上保証人、③担保付の物権を債務者から譲り受けた第三取得者であるが、まずは③がないパターンを考える。

◎第三取得者（抵当権等のついた不動産を事後に譲り受けた者）がない場合

A 保証人のみが複数いる場合…原則として人数割りで平等負担となる。(通説)

B 物上保証人のみが複数いる場合…各財産の価格による案分比例となる。(4 号)

C 保証人・物上保証人がいる場合…まず保証人・物上保証人全体の人数で割る。保証人についてはその額が負担額。物上保証人については物上保証人全体の負担額を再度不動産の価格で案分する。(5 号)

【事例 4-2】C は、D に対し 1200 万円の貸金債権を有していたところ、D が期日に弁済を行わなかったため、保証人 E が C に対し 1200 万円を弁済した。E は D に請求することができるか。D は無資力だが、D の債務につき E のほか保証人 F、物上保証人 G(担保不動産は 600 万円)と物上保証人 H(担保不動産は 400 万円)がいた場合はどうか。

保証人 E は、法定代位を行ったことになる。D には請求できるものの支払い能力がないので、**先の計算手法に従って、それぞれの負担額を決めて、その限りで求償出来る**ことになる。



1200万円の債権につき、いる人間はE、F、G、Hである。上に類型化した計算パターンでいうとCのパターンだから、まず1200万円を人数で割る( $1200 \div 4 = \text{各 } 300$ )。そして、保証人についてはその額が負担額になるので、EとFはそれぞれ300万円を負担する。残る物上保証人たちが全体で負担する額は $1200 - 300 \times 2 = 600$ 万円となるので、これをGの担保不動産額(600万)と、Hの担保不動産額(400万)とで比例配分して負担額を求める。すなわち計算の結果、全額弁済したEは、Fに対して300万、Gに対して360万、Hに対して240万円請求することができる。

まあこれが示すのは、そもそも自分の負担以上の支出をしないと他人には請求できないことである。そしてその後、副次的な奴らが負担する額を決め、その額にかかっていくというやりかたをとらないといけな**い**。頭割り**で保証人はなんとかするが、物上保証人の場合はその額をまた足し合わせ、担保不動産の額の比によってまた分けると言うやりかたをおさえればいい**。

#### ◎第三取得者がいる場合

AからBに債権があり、Bのもつ不動産が担保だったとしよう。この不動産が事後的に別の人に移って、BからCに土地が移転しているとする。このとき、Cの所有になってなお追索権が存在するから、AはCのもとでも担保権を実行することができ、すなわちCは不利益を受けることになる。なるが、ここでBには保証人がいました！というときに、この**保証人と第三取得者の間での負担額の配分がまた問題になる**。たとえば保証人のDが代位したとき、Cにはいくら求償出来るだろうか。

※このため、土地などの取引における土地調査は大事なのである。

土地を担保にしていると言う点では、ある意味でこの第三取得者は**物上保証人**と同じ立場に立つ。ところが、この第三取得者を物上保証人と同じに扱うと、不合理が生じる。

何故なら物上保証人は、本来的には「ほんとは違うけど」保証人と似たような立場だからまあお前もまあ払ってよと言うことで多少なりサイフをぶちまけることになっているのである。端的に言って、**債務自体は物上保証人にはない。その担保物権の限りで責任を負うのみである**。ところが、本来の債務者Bから譲り受けたCの場合、もともとこの財産と言うのは債務者がもっており、その場合にはもとの債権者による追及の可能性を引き継いだだけである。

**もともと債務者の立場を引き継いでいる以上、リスクは織り込むべきであるし、全額この財産から回収されても文句を言えない**のではなかろうか。負担を分けあおうと言うことになると、むしろ他の保証人が不利益を受けることになる。すなわちここで、債務者からの第三取得者である場合は第三取得者を債務者と同視し、第三取得者が一次的な責任を負担するべきだと一般的に理解されている。逆に言えば、「立場を引き継いでいること」を重視した今の議論からは、**物上保証人**からの第三取得者などはこの点、物上保証人と同じように考えて良いことになる。よって、第三債務者は保証人等に対する代位はできない。保証人等から第三債務者に対しては代位可能だが、弁済後に現れた第三取得者に対しては付記登記が必要とされている。

#### (4) 一部代位

これは非常に実務的な問題である。主債務者に請求すると、ある程度払ってもらえそうと言う場合はあるから、全体の債権額からすると**一部代位**が生じることはありうるし、想定されている(502条1項)。もちろんこの代位において全部につき原債権の移転は生じない。一番簡単な理解は、弁済した額に限って原債権が移転するという考え方である。この観点からは、代位したものも、自己の権利の範囲内で勝手に権利行使ができそうである。しかしながら、たとえば担保が二つに分かれたからと言って担保権は別々に行使できるのだろうか。たとえば物価が安いときに債務者の建物の「競売」が一部代位者によって勝手に行われてしまうと、建物が値上がりするまで換価を待とうと思っていた債権者はその換価に巻き込まれることになる。

このような問題意識から、主に担保権の実行と配当の順序について、学説で議論があった。この議論に際しては、それぞれの問題場面に応じて本来の債権者や担保人の財産状態に応じた検討が必要になる。

#### ◎担保権の実行

経済状況を見た複合的な判断として担保権の実行はなされる。たまたま不動産の価格が低いときに担保権を実行するよりは、いわゆる競売にかけるだけでなく他の在り方として**担保不動産収益執行**などの方式をとるほうがいいときもあるし、これを**代位弁済者が単独で出来るとすると、債権者との間の判断の食い違いがあったときに困る**ことになるのである。大審院判例は代位弁済者単独で可能だとしたが、現在の通説は**債権者**のみ可能とする。

※マンションなどの場合、競売ではそのまま売ることになるが、不動産収益執行ではそれを他の人に貸す。これにより、値段が上がるまで賃料債権から少しずつ債権回収をはかり、値上がりしたタイミングで売却ができる。やはりここでは、債権者の意思に逆らえないとされるのである。

### ◎ 配当の順序

換価され、売却代金が出たが債権全額を満足させるには足らなかったときが問題になる。例えば 1200 万円の債権額があるときに、半額の一部弁済をしたとき、本来の債権者のところに 600 万円、弁済者に 600 万円の観念的な債権が生じる。ここで売却をいろいろして 1000 万円の代金を得られたとして、ここで平等に分ければ(債権者平等原則)500 万円ずつの配当を得ることになるだろう。

ところが、これも不当だと最近の学説は考える。なぜなら**この 1000 万円はもともと原債権者の満足のためにあったのだし、保証人が一部代位したのも、これは本来債権者の満足の為である**。よって、通説・判例は**債権者優先主義**をとる。債権者が残額の満足を得るまでは代位弁済者には配当されず、残りが代位したものに配当される。

【事例 4-3】J は、K に対し 1000 万円の貸金債権を有していたところ、K が期日に弁済を行わなかったため、保証人 L が J に対し 500 万円を弁済した。J および L による B の財産に対する強制執行の結果、600 万円が配当の原資となったとすると、L はいくらの配当を受けることができるか。

J に 500 万円、残りの 100 万円のみ L はもらえるということになる。世知辛いぜ…。

※**担保保存義務**の問題 (504 条)

【参照】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りにおいて、その責任を免れる

たとえば債権者が、債務者の土地に抵当権を設定していたがこれを自ら放棄させたのちに、後になって債務を回収しようとして保証人に「金をよこせ」と言ったとする。この時、保証人からすれば、債権者が放棄なんてさせていなければ弁済による代位で抵当権を行使することができたはずである。

このような行為につき信義則上の義務として、**自己の権利であっても不当な管理処分で他人に害を与えた場合、その責任を負う規定**として 504 条は評価される。具体的には 504 条の適用により、担保権設定価額のぶんだけ保証人の負う保証債務が縮小されることになる。ただ、この担保保存義務があると銀行とかが担保の差し替えとかをしにくくなるので、銀行取引では特約で 504 条の責任が免除されるのが普通である。

## 4 弁済の提供・受領遅滞

ここまでで弁済の基本的な効果などについて話した。しかし弁済に至らずとも、**ある程度の行為を完了した債務者には、弁済の提供ができないことによる不利益をこうむらせるべきではない場合がある**。たとえば受け取り拒否などの場合が典型であるが、このようなとき、「どの程度の事をすれば責任がなくなるか」を考えてみる必要がある。この点でやはり考えられないといけないうのが、**受領遅滞**の問題である。これは債務不履行の文脈で話されることもあるが、近年はこの弁済にまとめるのが有力である。

【事例 4-4】M は、N に対して中古自動車を売却し、6 月 19 日に M の店舗で自動車を引き渡す旨の合意を行った。M は自動車を準備して待ったものの、N は 6 月 19 日に店舗に来なかった。M は、催告の上契約を解除することができるか。また、1 週間後に N が店舗を訪れ目的物を受領したとすると、N は M に対し遅延損害金を請求できるか。

【事例 4-5】P は、Q に対して中古自動車を売却した。Q が「代金の準備ができないため当分目的物は受け取らない」旨を通知してきた場合、P はどのようにすべきか。この場合、P は契約を解除できるか。

## [A] 弁済の提供

### (1) 総説

履行・弁済には一定の債権者側の協力が必要な場合があり、債務者が弁済を実現できない場合に常に不履行責任を発生させることは不当であるため、債務者がある程度のことを行えば不履行責任を免れることを民法は認めて



いる。492 条に条文がある。債権者がいつまでたっても義務を履行していないとするとこまるので、債務者は、弁済の提供の時から債務不履行の一切の責任を免れることになっている。これがマジで「一切」かは問題があるところだが、まあ責任が吹き飛ぶのは間違いない。この弁済については、原則として、**現実の提供**が必要であるのは当然であるが、例外的に口頭の提供でも良いとされる。この使い分けについて、見ていくことにする。

## (2) 弁済の提供の方法

現実の提供と口頭の提供の二通りあるのだが、原則としてはやはり現実提供に提供しないといけない。

### ◎ 現実の提供

物の引渡債務の場合、目的物を現実提供に弁済場所まで持参し、債権者が受領できる状態にする必要がある。相手方が不在だったとしても、履行地が相手方の住所地であるならば持っていくことは必要になる。金銭債務の場合も同様なのだが、これは何度か話したが額が不足する場合は原則として現実提供にならない。一部の弁済では現実提供にはならず、利息などを含めた全額を持ってこない債権者は受領する義務もない。ただし、不足額がわずかな場合など債務者に酷な場合がないでもないもので、**信義則**上弁済の提供と見なされる場合もある（示している判例に、最判昭和 35 年 12 月 15 日民集 14 巻 14 号 3060 頁：判例集 154 事件）。ただ、金銭債務の弁済は実際には現金でやりとりされる場合は少なく、決済や振り込みと言う形が多い。通常の商取引であればやはり現金で取引することは少ないので、金銭債務の弁済については小切手などの方法を用いたとしても、通常取引慣行に照らして妥当であるならば弁済の効果を認めてよいとされている。ようするに、「これ受け取らせたらあかんやろ」というときにだけ弁済の提供とみなされないことになる。

これにつき、行為債務の場合は、債権者側の協力が必要な場合が多いので口頭の提供の問題となることが多い。

### ◎ 口頭の提供

債権者が全く受領を拒む場合など、一定の場合には 493 条により弁済の準備をした上で、その旨を告知し受領を催告すれば弁済の提供があったということにできるとしている。これを**口頭の提供**あるいは**言語上の提供**と言い、具体的には以下の場合がある。

#### ① 債権者が予め受領を拒絶している場合

あらかじめ拒絶されているのに提供しなくてもいいよ、ということである。通説の考え方によると、弁済の準備が必要とされる。弁済の準備は、債権者が翻意したときは提供をしうくらいのもものとされるが、それでも受領拒絶の程度により異なる（受領拒絶が強いほど準備は少なくても良い）とされる。但しなんにせよ口頭の提供は必要と言うのが文面上の解釈だった。

しかし判例は、受領拒絶意思が明確な場合は**口頭の提供も不要とされる余地**を認める。

#### 最大判昭和 32 年 6 月 5 日民集 11 巻 6 号 915 頁：判例集 156 事件

賃貸人と賃借人の間にもめごとがあり、賃借人は既に賃料を受け取らない賃貸人に対して口頭の提供をしている状態であった。この時期が続いてさすがにめんどくさくなったのか、口頭の提供をやめた瞬間、賃貸人は賃料不払いに基づく解除を行ったと言う外道ケース。受領拒絶意思が強く、契約そのものを否定するような態度をとっていた賃貸人に対しての賃料支払いにつき、判例は口頭の提供もいらないものとした。

確かにこれは口頭の提供すらいらない場合を認めるようにもみえるのだが、この判決は**賃貸借**に関するものであり、**不動産賃貸借の解除はやはり制限的に解されるべきだと言う色眼鏡付きの理解が一般的である以上、これを一般化すべきでない**との見解もある。**信頼関係破壊の法理**とかも賃貸借に特殊の規定だし。

#### ② 債務の履行につき債権者の行為を要する場合

履行にあたり債権者の**先行行為**を要する場合と解するのが一般的。というのも、単純なものの引き渡しでさえも、一定の受領行為が必要ではあるわけで、ほとんどありとあらゆる債務がこれにあたることになってしまうからである。それでは意味がないので、先行的に何らかの行為が必要であるときとされる。伝統的には取立債務がその例とされる。すなわち、債権者が債務者の住居地に赴いて取り立てる債務で、債権者がこなかったらそれは債務者にとっておよそ履行できないことになってしまう（履行地が債務者の住居地である以上、債権者のところにおいても債務は履行できないわけである）。

ただ、内田先生の教科書などでは、**取り立て債務の際には準備行為を行えばもう現実提供がある**とか言っている点に注意。確かにそういう見方もできなくもないのだが、従来の見方とは異なる。やはり面前で、実際に受け取れる場合にするとということが現実提供であるので…と言う感じ。まあ説明の仕方次第だが。

※もっとも、**債権者の取立てがなければ債務者は履行遅滞とならない**。最初から債権者が取り立てない状況であれば履行遅滞の責任は発生しない。つまり口頭での告知もそもそも必要ないのである。必要なのは、既に遅滞に陥っている場合などに「もう準備できましたよ」というとき。こういうとき、それを伝えておけばそれ以降責任が発生しないということになる。

### (3) 弁済の提供の効果

#### ① 債務不履行の免責

具体的には解除・損害賠償請求はできないし、違約金が発生しない、担保権が実行できなくなるなどの効果がある。やはりこれが主たる効果であり、残りは付随する効果と言える。

#### ② 相手方の**同時履行の抗弁権**の消滅

同時履行抗弁は、相手方が履行しない限りこっちは抗弁できるというものなので、弁済の提供があるにもかかわらず受領しなかったからと言って、受領しなかったものがうだうだ言ったりすることは許されないだろう。

#### ③ **約定利息**の発生停止

約定利息は履行しなかった期間が過ぎるにつれて発生するので、当然ストップする。

このほか、④**注意義務の軽減**、⑤**増加費用の請求**、⑥**危険の移転**、もあるが、受領遅滞の効果とする見解もある。というかそっちのほうが有力なので、ここでは説明は省略することにする。

## [B] 受領遅滞

### (1) 概説

**債務者が弁済の提供をなしたにもかかわらず債権者が受領しない場合につき、債権者にも一定の責任を負わせる**ものとして**受領遅滞**の概念は形成されてきた。ただし受領遅滞の責任の性質が、その効果とからめてかなり激しく争われてきた。

【参照】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

### (2) 責任の性質

以下の 2 説が対立する。わりにいつかの瑕疵担保責任の議論に名前がそっくりなので、紛れないように注意。

#### ① **法定責任説**

**債権者に受領義務はない**とする。つまりもともと債務不履行と言うわけではないとするのである。受領遅滞は債務不履行と別であるが、受領を拒んだりしている奴に何の責任もないとするのはなんか癪なので、法定責任を負わせた。

ただ、そうすると通常の債務不履行とは違うことになるから、まずそれにより**解除・損害賠償はできない**。効果として通常の債務不履行より弱いものととらえるからである。弱くなければしっかり条文に法定されているはずだし、法定である以上この 413 条にある以上の効果が導けない。ただ、逆に言えば**債権者の帰責事由も規定されていない以上は、いらない**ことになる。

#### ② **債務不履行説**

対して債権者の受領義務を認めるのがこっち。債務不履行と捉える以上債権者の帰責事由を要するが、**解除・損害賠償**も可能である。ある意味でこれによれば単なる確認規定として 413 条がとらえられることになる。両説は、解除・損害賠償を可能とするかの点が最大の違い。ただし**法定責任説でも、場合により特約だとか信義則上受領義務があるだとかして債権者側の不履行責任を認める場合がある**。契約解釈の個別解釈次第では受領義務が発生することもあるが、一般に発生しないよという感じ。

【事例】買い主が売り主にお金を払ったが、何を思ったのかいつまでも商品を受け取ろうとしない。

このとき、債務不履行責任が発生しているわけではなさそうでもあるが、このような時も債務不履行責任の一類型として見ることで損害賠償や解除を請求できるようにすべきというのが債務不履行説で、信義則とかでなんとかするだろうというのが、法定責任説。

### (3) 受領遅滞の効果

いずれの学説に立っても認められるものと、債務不履行説でのみ認められるものがある。

a) いずれの学説でも認められるもの（ただし、①～③は弁済の提供の効果）

①債務者の不履行責任の免除（債権者から解除されない、損害賠償請求をされない、など）

②債権者の同時履行の抗弁権が消滅

③約定利息の発生停止

さっき説明した通り。これ以降は弁済の提供の効果ともとれる微妙な感じの効果だが、413条にあるように**弁済の提供がなければ受領遅滞は発生しない**ので、あまり区別に意味はない。とはいえ、債務不履行説と法定責任説は帰責事由が要件になるかどうかで対立するので、どこまでを受領遅滞の効果と見るかによって以下が認められるために帰責事由が必要かどうか食い違ったりすることはある。ただ、受領遅滞と見るかどうかと法定説か不履行説かすら対応していないカオスな学説状況っぽいので気にしなくてもよさそう。中田先生は要件を見るに受領遅滞の効果と見るべきだと言う。

#### ④注意義務の軽減

400条が、特定物の引き渡しにおける善管注意義務を定める説明は前にしたはずである。受領遅滞があれば善管注意義務が軽減される。人がいらねーと言っているものをわざわざ丁寧に見守らせるのは酷だからである。

#### ⑤増加費用の請求

ものを手元に置いておくにつき費用が掛かる場合がある。**寄託料**とか。そうした場合には受け取らないことによる費用がかかったぶんを債権者に請求できる。

#### ⑥危険の移転

危険負担を条文通りに捉えるとこういう議論をする必要はないのだが、最近の通説によれば、現実の支配の移転が危険移転のタイミングになる。しかし、そうした議論をしてもなお、**受領遅滞の時には危険を債権者に移転させるべき**とされる。

b) 債務不履行説でのみ認められるもの

#### ⑦債務者側からの解除・損害賠償請求

説明するまでもなし。さっきから言っていたことである。

### (4) 判例

#### 最判昭和40年12月3日民集19巻9号2090頁：判例集71事件

請負契約について債権者の受領義務違反を理由とする債務者からの解除を否定した。法定責任説が基本となる。

#### 最判昭和46年12月16日民集25巻9号1472頁：判例集70事件

継続的な鉱石の売買契約において、信義則から債権者の引取義務を肯定した。

まあ基本は**法定責任説**をとりつつも、具体的な事情に合わせて信義則などで救済を図るという感じ。ただその際に、普段からの取引の様態だとか慣習だとかは考慮してくれるということになる。

## Ⅲ 債務不履行

### 1 債務不履行の法制度

**債務不履行**とは、**債務者が「債務の本旨」に従った履行をしなかった場合**をさす。

債権者のとれる手段は複数考えられるが、別々な歴史的な経緯をたどっていることもあり、必ずしも整合的な相互関係があるわけではない。近年は、債務不履行と言っても損害賠償と言うような場面を中心に検討しがちなので、それと区別して**履行障害**という言葉が使われることが多いらしい。さて、以下の法律効果が発生する。

#### ①現実的履行の強制

原則常に可能だというのが日本の態度。債権の体现として大半の債権に現実的履行の強制が可能とされてきた。

#### ②損害賠償

帰責事由・損害・因果関係（など）がある場合には可能。何らかの**帰責事由**が必要であり、債務不履行と言うだけでは損害賠償請求はできない。損害が無ければ賠償請求は出来ないのは基本ルールである。債務不履行の意味としてこの損害賠償だけをさすことが多いので、履行障害という言葉を使う人が出てきた。



### ③解除

**帰責事由**がある場合には可能。ただし**催告**などの付加的要件を必要とする。契約のところで論じられていたが、解除と言うのも債務不履行の効果と捉える理解が近年有力である。

## 2 現実的履行の強制

【事例 5-1】A は B に対し、自己の所有する甲土地を更地の状態で B に 1 億円で売却する旨の契約を締結した。ところが、A は期日になっても甲土地上の建物に居住しており、土地を引き渡さない。B は A に対し何を請求できるか。

【事例 5-2】C は、建設会社 D との間で建物を建築する旨の請負契約を締結した。ところが、D は着工期日になっても着工しようとししない。早く建物を完成させたいと考える C は、いかなる請求ができるか。

【事例 5-3】テレビ局 E は、脚本家 F にドラマの脚本を執筆するよう依頼し、F はこれを承諾した。ところが、締め切りを過ぎても F は脚本を提出しない。E はいかなる請求をなすうか。

### (1)概説

一般的に、債務が履行されない場合に強制的に債務内容の実現を義務づけるかどうかは、国により異なる。たとえばドイツ法を中心とする国では、一般的に債権の当然の効果として現実の履行の強制を国が命じられるとする。他方、英米法体系の国では、債務不履行の効果は原則として損害賠償だけだとする。ただし、特定物取引のような場合、そのものに債権者は思い入れがあるわけで、それがないと契約を結んだ意味がない場合もある、そうした場合に限り、特別な要件を課したうえで履行請求を認めると言うのが英米法の考え方である。

ある意味英米法は合理的な考え方をとっていて、不特定物売買のような場合には、どうしてもその債務者からよこさせなくても、他の市場から手に入るなら別に金だけもらえばいいじゃねーかというクールな態度がとられているのである。

このように国による違いはあれど、**わが国ではドイツ法系にならない、原則としてすべての債権につき、現実的履行を国家が強制できるとの立場を採用した**。ただこれ自体が**政策的判断**であるというのが近年の議論であり、債権法改正でも学者たちが見直しを検討していた（採用はされなかったが）。まあこれはどっちかで行けると言う訳ではなく微妙な考量が必要だと言うのは共通理解で、彼らの主張も原則と例外を入れ替えると言うことだけ。実際、例外的ではあるが強制履行ができない債権も存在する（「**自然債務**」や、一部の**不代替的作為債務**）。

※債務と責任の区別・「自然債務」

**カフェー丸玉女給事件**：大判昭和 10 年 4 月 25 日新聞 3835 号 5 頁

酒の席での約束は、法的拘束力はあるものの強制することはできない自然債務だと判断した。

実は、この**自然債務と言う言葉には、ローマ法以来の債務と責任の区別と言う考え方が反映されている**。

債務と責任はローマ法以来区別されていた。**債務**と言うのは抽象的な意味である債権関係に当事者が拘束されているということであり、特定の法的地位を指す。そこから直ちに一定の責任が発生すると導かれるわけではなく、具体的に特定の何かを義務付けることをそれと区別して「**責任**」と言ったのである。

ここで、ローマ法は儀式性を有する要式行為をもとに債務に法的な意味を持たせていたことは覚えているだろうか。そうした様式を踏まえない行為には基本的には法的な効力がないのだが、これに責任はなくとも債務を発生させるべきだという考えがかつてはあった。

責任はないから国が強制は出来ないが、ある債務者がそれを履行した時、債権者は適法に受領することができるため、非債弁済しなくてよい。まさにこれが、**自然債務**である。

※内田先生はそのような用語自体に批判的であるが、まあ古臭い言葉だと言う意味での批判であって、このようなものの存在自体には疑いはない。

これは以前も話したが、債権の請求力（訴求力を区別する理解もある）、執行力、給付保持力とのうち、**給付保持力**のみを持つのが自然債務である。請求されない、執行されないという意味において、**債務者には責任がない**。

※例えば不執行特約がある契約については、執行力がないし、そういう感じで約束次第ではいろいろと「責任なき」債務にはバリエーションがあるぜ！

【事例 5-1】A は B に対し、自己の所有する甲土地を更地の状態で B に 1 億円で売却する旨の契約を締結した。ところが、A は期日になっても甲土地上の建物に居住しており、土地を引き渡さない。B は A に対し何を請求できるか。

【事例 5-2】C は、建設会社 D との間で建物を建築する旨の請負契約を締結した。ところが、D は着工期日になっても着工しようとしな。早く建物を完成させたいと考える C は、いかなる請求ができるか。

【事例 5-3】テレビ局 E は、脚本家 F にドラマの脚本を執筆するよう依頼し、F はこれを承諾した。ところが、締め切りを過ぎても F は脚本を提出しない。E はいかなる請求をなすうか。

それぞれの場面につき、現実的な履行の強制ができるかどうかが問題になる。

現実的履行の強制の伝統的要件としては、①**債権の存在**、②**履行期の到来**、③**履行が可能**であること、④債務の性質が**強制履行**に適さないものでないこと、の 4 つが主張されていたのだが、具体的にどのような状況でその要件が満たされるかについては理解が浅い状況が続いた。特に①、②はいいにしても③については、どうしたことなのだろう。これ次第では原始的不能の契約についてもこの枠内で処理することで当然無効を避けることができそうだし、③の要件次第では後発的不能の際にも引っかかる気がするが、議論は皆無であった。

④についても、かなり曖昧な要件であり、すべての債権債務関係において議論の枠組みを提供したわけではない。しかし一般的に言われていたのは、**非代替的作為債務**が強制履行に適さない例であるということである。

例 5-3 についてはまさにそれで、**一種人の深い精神性の発露として現れ出でてくるものについては、強制するのには適さない**のではないかとされる。

※ただし、強制の契機があるからこそ履行のモチベーションがあるのも事実である。モーツァルトですら締切に追われていたために、名曲をあんなにもたくさん作曲できたのだと言われている。冷静に考えるとハンターハンターとかは、勝手に長々と休載するとはいえ、締切システムがなければたぶんまだ 15 巻ぐらいまでしか進んでいないわけで、そういう意味でゴンさんが見られたのは締切という強制の契機のおかげである。



## (2) 強制履行の方法

【参照】民法第 414 条

- 1 債務者が任意に債務の履行をしないときは、債権者は、その**強制履行**を裁判所に請求することができる。ただし、債務の性質がこれを許さないときは、この限りでない
- 2 債務の性質が強制履行を許さない場合において、その債務が作為を目的とするときは、債権者は、債務者の費用で第三者にこれをさせることを裁判所に請求することができる。ただし、法律行為を目的とする債務については、裁判をもって債務者の意思表示に代えることができる
- 3 不作為を目的とする債務については、債務者の費用で、債務者がした行為の結果を除去し、又は将来のため適当な処分をすることを裁判所に請求することができる
- 4 前三項の規定は、損害賠償の請求を妨げない

1 項は**直接強制**に関するもので、2 項と 3 項は**代替執行**に関しての規定だと言われていた。1 項については民事執行法の辺りでやると思われるが、何かしらの執行機関によって債務者の財産を取り上げるなどして債権者に満足を与えるやり方。それに対し代替執行は、他の人間にやっただけやらせて費用を請求するというものである。あとは他にも間接強制として、時間毎のサンクションとして一定額を給付させる方法もある。簡単にまとめる。

### a) 直接強制

執行機関（執行裁判所または執行官）が債務者の保有する財産を取り上げるなどして直接債権者に給付する。

### b) 代替執行（414 条 2 項・3 項）

他人に債務内容を実現させ、それに要した費用を債務者から回収し債権者に給付する。

### c) 間接強制（民事執行法 172 条）

履行がなされない間、債務者に日々一定額の金銭を納付させ、自発的な履行を促す。

とりあえず、この三者と現行法上の関係としては、以下の順序付けをするのが、当初の支配的な理解であった。

- ①まず、直接強制ができるかどうか問題になる。
- ②直接強制を許さない性質の場合は、414 条 2 項以下の代替執行が許される。
- ③それでもできないときには、間接強制が可能となる。

しかし、直接強制も代替執行もできないようなときに、どうして「強制履行」たる間接強制はできるのだろうか。そこで、今の目から見ると強制履行の方法として3つの方法があるが、すべてを強制履行の方法だとするから矛盾するのではないかと指摘される。そして414条1項は単に、債務の本来の内容の履行の強制を意味して「強制履行」といつているのではないのだろうかという。この解釈は、**間接強制を補充的に利用だけでなく、もっと広く利用させるべき**だと言う思想も背景に持つ。

この点、**フランス法由来の考え方としては、代替執行とはそもそも強制履行の一態様とはされていなかった**。これはあくまで後でお金をとって実際に費用を負担した者に補填すると言うものであり、**損害賠償**の一種だと捉えられていたのである。それで、間接強制と直接強制が許されない場合には、損害賠償の一種である代替執行ができるよというのが立法者のとる理解だったのである。この観点からすると、民法第414条1項が定める「強制履行」とは、決して直接強制のみを指す事にはならない。むしろ直接強制と間接強制を強制履行として、それができないときに、代替執行として損害賠償を求められるということになる。

しかし、そんな考えとは裏腹に現在では実務も議論もそのようなものとして動いているし、民事訴訟法もそれにあわせて規定されているので、伝統的通説のまま理解しようぜというのが、今の理解。414条は「強制履行」のことを定めており、そして1項で直接強制、2項、3項は代替強制ができるよというだけでよい。

#### 簡単なまとめ

##### ◎立法者意思

①履行の強制 → ②損害賠償  
(直接強制) (代替執行)  
(間接強制)

##### ◎通説

①直接強制 → ②代替執行 → ③間接強制  
※2003年以降(後述)  
①えらべる※性質上無理な場合除く

※代替執行については民事執行法の171条にある。起草者は損害賠償だとしたものの、これはやはり強制執行の一態様だと通説としては理解されるため、手続きじゃんというわけで執行法のほうに細かい規定は委ねられている。

#### ※間接強制の補充性

通説は直接強制を原則としていた。間接強制はなるべく使うべきではないとされ、金銭的な負担により強制を行うのは、人格を犯すありうべからざる行為だと言う理解がなされていたのである。検察官の仮釈放の請求ができないのと同じだろうか。しかし、直接強制というのも土地の明け渡しとかを考えれば生活空間を奪い取るという相当な人格蹂躪があるといえそうである。むしろ間接強制のほうが…という感じもするので、2003年の民事執行法改正においては、**間接強制の補充性が否定された**。基本的には債権者の選択で、可能な場合は直接強制でも代替強制でも間接強制でも大丈夫ということになった。もちろん後述するように債務の性質上の順序はあるし、金銭債権などは基本的に直接強制のみが認められる。

### (3) 具体的な適用

#### ・引渡債務(≡与える債務)

**直接強制**によるのが原則。ただし2003年の民事執行法改正により間接強制も選択可能である旨が規定された。引き渡しにおいて代替執行は無理がある。とくに金銭債権の場合、安易に間接強制を認める場合に、間接強制による支払金が累積する場合や、それが利息制限法上の制限利率をオーバーする可能性などが指摘されるため、消極に解されるのである。

#### ・行為債務(≡なす債務)

この場合、基本的に直接強制といっても無理なのだが、じゃあどうするかについても場合分けが必要。

※だって、「今すぐ家を建てろッ!」といったって、カイジみたいに労働させるわけにもいかないし。

①**代替的作為債務**の場合：原則として**代替執行**によるが、2003年改正により間接強制も可能と規定された。

ただ、事例5-2のような場合、誰がやってもいいものと、この会社の技術は特別であるぜという場合とで話が異なる。公共事業などは前者となるが、例えば寺社の修復などは話が異なるのではないだろうか。

②**不代替的作為債務**の場合：こちらは**間接強制**のみ可能。ただし、意思表示をする債務の場合は判決の確定により意思表示があったものとみなされる(414条2項ただし書き)。婚姻予約履行義務など一部の債務は間接強制も許されない。

③**不作為債務**の場合：違反行為による外形的变化がある場合には代替執行が可能だが、原則として間接強制のみ。



### 3 債務不履行による損害賠償

【事例 5-4】G は H に対し、自己の所有する自動車を H に 100 万円で売却する旨の契約を締結した。ところが、G が期日に自動車を引き渡さなかったため、商品の搬送業務に自動車が必要な H は 10 万円でレンタカーを借りて対処した。

【事例 5-5】J は K に対し、自己の所有する自動車を K に 100 万円で売却する旨の契約を締結した。ところが、J の不注意で自動車が事故に遭い、廃車にせざるをえなくなった。商品の搬送業務に自動車が必要な K は、200 万円の費用を投じて新車を購入して対処した。

【事例 5-6】軽い頭痛を感じた L は、医師 M の診療所を訪れたが、「特に問題ない」と言われて帰宅した。しかしその日の夜、L は激しい頭痛の直後に意識を失い死亡した。死因はクモ膜下出血であり、医師 M のもとを訪れた際に適切な検査・治療をしていれば死亡することはなかったと考えられた。

【問】上記 3 つの事例につき、①債務不履行の事実、②帰責事由、③損害、はそれぞれ何であるかを挙げよ。また、それぞれの損害につき賠償請求をなしうるかを論ぜよ。依拠する学説によって違いがある場合には、それぞれの学説によった場合の考え方と結論を示すこと。

#### [A] 債務不履行による損害賠償の一般理論

##### (1) 総説

【参照】民法第 415 条

債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなった時も、同様とする

債務不履行による損害賠償は、415 条に規定があるが、歴史的に不法行為による損害賠償と並びドイツ法に由来する抽象理論が過度に重視され、条文の文言とは無関係に解釈理論が展開されてきた。この一条だけで、ありとあらゆる損害賠償が規定されることが解釈論を肥大させてきたわけである。

415 条は、一般的に前段の**債務の本旨に従わない履行の場合**、後段の**履行不能の場合**にわけられそうなのだが、これがそのままそうとられなかった。これはドイツ法が大正期に受容があったことに大きく影響される。

さて、大正期には近代化が非常に進むことになったと同時に、ドイツでも国としての立法化の動きが進んだために、これが参照されたわけである。もちろん法学だけでなく、医学などの分野もそうである。

そういった影響でドイツの理論体系を作ったので、そこでは損害賠償全般につき**過失責任主義**が妥当するものとし、違法性と有責性によって要件理論を構築してきた。そのような考え方に立つと、**本旨に従わないときも、履行不能の時も別に違法有責構成で一発なので区別する必要がなくなる**わけである。

※これは 543 条「解除」の要件についての理解でも同じである。ドイツ流の理解ならば履行遅滞と履行不能をわざわざ規律する必要はなかったのである。

もちろん承知の通り起草者はフランス流の民法の理解を引き継ぐ立場で分けて記述していたわけだが、このような形で理解がなされなかったわけである。債務不履行の意義についても、「一つのもの」として、枝葉の違いレベルでの**履行遅滞・履行不能・不完全履行**の三分体系が採用されてきたが、今となっては批判されている。

##### (2) 伝統的通説

大正期にドイツ法理論がわが国に「継受」され、以後はドイツ法流の解釈が当然のものとして扱われた。

ここでは、損害賠償責任の要件は、**違法性**（客観的要件）・**有責性**（主観的要件）により体系化されるとする。これは刑法総論の理論とかなり似通う部分がある。もちろん盛り込まれる内容には違いがあるが。

違法性：以下の四つの内容を客観的要件として違法性で統一的に把握した。

①**債務不履行事実**〔履行遅滞・履行不能・不完全履行〕があること

②**損害が発生**していること

③債務不履行と損害の間に**因果関係**〔相当因果関係〕があること

④**違法性阻却事由**がないこと

有責性：以下の二つを主観的要件として把握した。

①**故意・過失**または「信義則上それと同視すべき事由」があること（過失責任主義の要請）

②**責任能力**があること

ここにあるのはどうみても**過失責任主義**である。これが契約責任の場合でも当然にあてはまることが前提になっている。

### (3) 近時の批判学説

ところが伝統的通説は、さまざまな点において厳しく批判され、今日では「通説」とは言いがたい。しかし、わかりやすいため、実務には広く採用されている。

※批判の先鋒に立ったのは、ご存知の通り平井先生である。

＜批判のポイント＞

- ・伝統的通説はドイツ法理論をそのまま取り込んだものだが、**415 条はフランス法に由来する規定であり、条文の文言とも沿革とも無関係な解釈理論を展開することは適切でない。**

わざわざ違う文言に分けて書いてあるものを無視するなんてひどい！というわけである。

- ・過失責任主義は「**行動の自由**」の保障を目的とする責任原理だが、不法行為責任であればともかく、予め自由意思に基づく契約関係が存在する契約責任では、適用する必要はない。
- ・債務不履行を日本では三分体系（履行遅滞・履行不能・不完全履行）としてとらえる（後述）が、これはすべての不履行場面を適切に想定した類型ではなく、「**不完全履行**」に**多くの類型が含まれる**。物の流通を活発にしようとする時代背景の下では、紛争化するの土地含むそういった物の取引であったが、社会の成熟に伴い、単なるものの流通だけでない**役務提供型の契約**がかなり増えた。これは債務内容がまちまちで、なにをすれば履行したのかがわかりにくく判断が難しいことになる。そうしたものが不完全履行の類型に含まれることになり、類型として事案の解決に適切でないことが指摘されたわけである。

無意味だというだけなら変えなくても影響はないが、やはり別の解決方法を使う積極的な必要性があったのである。そういった批判を受ける形で、個々の「債務」のみに着目し「過失」によって履行されなかった場合に責任を問うのではなく、**いかなる給付の実現が約束されていたのかという意味での契約目的に沿って不履行と言えるか否かを判断する**見解が主張される（「債務不履行から契約不履行へ」という標語が使われる）。その場合、不履行事実があれば「帰責事由」もありとされる場面がかなりの割合で出現する。

この見解に沿って二人の民法学者がほぼ同じことを主張する。

**結果債務・手段債務論**が森田宏樹教授によって、**保証責任・過失責任論**が潮見佳男教授によって主張されるのである。なお、言葉遣いとして森田さんのほうが分かりやすいので、意味は一緒に近いがここで前者を用いる。

【事例 5-4】G は H に対し、自己の所有する自動車を H に 100 万円で売却する旨の契約を締結した。ところが、G が期日に自動車を引き渡さなかったため、商品の搬送業務に自動車が必要な H は 10 万円でレンタカーを借りて対処した。

伝統的な見解で言うと、この場合の債務不履行事実は**履行遅滞**である。（履行不能かはわからない）

履行遅滞だと言うことで損害もあり、因果関係もある。問題は帰責性があるかどうかになる。故意過失。まあ、これくらいならなんとか判断できそうな感じはする。

【事例 5-6】軽い頭痛を感じた L は、医師 M の診療所を訪れたが、「特に問題ない」と言われて帰宅した。しかしその日の夜、L は激しい頭痛の直後に意識を失い死亡した。死因はクモ膜下出血であり、医師 M のもとを訪れた際に適切な検査・治療をしていれば死亡することはなかったと考えられた。

対して、こちらは医療過誤の典型例。こちらは**不完全履行**ということになるだろう。履行はしたが内容が不完全だったと言うことになる。それに対応する故意過失があったかどうかを判断することになるが、これについて故意過失があったかどうか、委任契約における善管注意義務を判断することになるわけだが、事実上、不完全履行という言葉自体は、その判断につき大して役に立たない。善管注意義務というものがどのような要求を生み出すのかは、結局**契約内容のしん酌によって確かめるほかない**なのである。

事例 5-4 においても、定められたところに車を持って行って引き渡すことがやはり目的であり、それが約定されているならば、「約束の時点でもってこなかった時点」でもう債務不履行とすべきでないだろうか。これを結果保証のついた債務として、保証債務あるいは結果債務というわけである。

こうしたものの引き渡し債務の場合には、結果保証付と言うべきである。



※教授が時間通りに来ない場合、結果債務と解せばその時点で債務不履行となる。

???「延長と補講をすればいいぞ」

対して医者の場合、やることやっても死ぬ人は死ぬわけで、どれだけのことをすべきかどうかは、ある程度医師の行うべきこととして類型化できるもののうち、それを尽くしているのかということによって判断することになるだろう。こうして分析すると、不履行の事実と帰責性はかなり整合的に判断できることになるわけである。

## [B] 債務不履行による損害賠償の要件

### (1) 総説

要件論については、近時の批判説の影響がとりわけ強く、違法性・有責性の枠組みはあまり採られない。むしろ 415 条の文言に忠実に、①**不履行事実**、②**帰責事由**（責めに帰すべき事由）、③**損害**、④**因果関係**を挙げるものが多い。伝統的な学説はこれに加え、違法性や責任能力を指摘するが、近年はそれには消極的な学説が強くなってきている。

以下、順に検討していくが、まずは大前提として、①**債務の存在**、という要件があることは忘れてはならない。

### (2) 債務不履行の事実

では債務不履行とはいったいなんなんだと言う話になるのだが、これは伝統的に（1970 年代くらいまで）、債務不履行は**履行遅滞・履行不能・不完全履行**の三分体系で説明されていた。

履行遅滞：**履行期に遅れた履行を行うこと**（遅延賠償のみを請求するとされる）。

履行不能：**本旨履行が全く不可能になること**（填補賠償を請求するとされる）。

不完全履行：**外形上は履行らしいことがされたが、履行としては不完全である場合**

ただ、ここには先程も指摘しておいた通り、「不完全履行が広すぎるやろうが」というもっともすぎる指摘が下ることになる。

そもそもドイツではもともとすべての債務不履行を包括した規定がなく、履行遅滞と履行不能が法定されていた。しかし、そんななかで第三の不履行類型として積極的行為による債権侵害という、**極めて狭い概念としての不完全履行の形態が提唱され、定着していた**のである。

これが 1992 年くらいのことであったのだが、ところが日本はフランス譲りの債務不履行の包括的な条文たる 416 条を持つにもかかわらず、ドイツの三分体系を受け入れてしまった。

そのため、積極的債権侵害（拡大損害）の類型のほかにも瑕疵ある給付の類型などバリエーションが生じ、後者には特に付随義務違反などを含めさまざまな場面があるために、不完全履行につき統一的な特徴を論ずることはできない状況が生れているのである。

※あとは、履行不能の類型に対しては、これを**原始的不能**と**後発的不能**とに分けて、前者の場合はそもそも契約が無効とされてきた。だが、これにも批判が強い。やはり一定の不能のリスクすら込みで契約をすることを一概に否定するのはおかしいだろうと言う問題意識もある。

※近時の見解による場合

このような議論の中で、先の森田先生や塩見先生のようなより債務の内容を特定する区分が出てきたこともあったはずである。ここでは森田先生の議論を少し紹介。潮見さんの議論も言葉は違えど似通います。

彼らは、債務の性質からそれを区分し、それぞれの類型ごとの不履行事実を考える。

**結果債務**：特定の「結果」の実現が保証されている場合。たとえば特定物の給付が保証されていれば、給付がなされない以上、その時点で常に不履行事実が存在する。

**手段債務**：特定の「結果」の実現ではなく、債務者が最善の注意義務を尽くすべきことが約されている場合。たとえば、医師が治療した後に患者が死亡しても、最善の注意義務が尽くされていれば不履行はない。

### (3) 帰責事由

伝統的通説においては過失の問題とされ、過失がなければ責任を負わないという過失責任主義の文脈で理解されていた。我が国の見解はドイツの民法理論を受け入れていたために、債務不履行を過失責任の原則の支配下においた。それによって、**帰責事由も、故意過失並びに信義則上これと同視されうる事由だと捉えられた**のである。

ここではあくまで行動の自由の観点から、「過失なければ責任なし」という文脈で帰責性が問われるため、過失は広くは認められず限定的に捉えられ、自然災害などの不可抗力の場合以外にも過失が否定される場面があるとされていた。

しかしながら、近時は契約目的との関係でそれとは別の捉えかたをするものが多い。そもそも**契約においては、ある債務の実現を約束しているのが大前提であり、人の一般的な行動の自由が妥当するわけではない**からである。したがって、行動の自由の観点を貫徹する必要はなくなるわけである。むしろここにあるのは、互いが契約をした時の意思による拘束力、端的に**契約の拘束力**に他ならない。このような前提に立つ近時の見解による場合、結果債務においては非常に帰責事由が認められやすくなる。

**結果債務**：保証された「結果」の実現がなければ、原則として帰責事由ありと判断される。ただし不可抗力による免責は可能と考えられている。

**手段債務**：債務者が最善の注意義務を尽くしていなければ、不履行事実があると同時に帰責事由もありとされる。ただ、この確定作業はすなわち「履行過程で直面する事態を前にして債務者はどれだけのことをすれば契約上の責任を負わなくてもよいのか」という判断である。したがって、これは**端的に債務不履行の要件充足性と重なるところが大きい**。このとき、わざわざ帰責事由を問う意味は、ほとんどなくなるわけである。

#### ※不可抗力

この言葉の意義には議論があり、国際取引では意図的にこのような概念を用いないように注意される。本来的にはこれはおよそ「契約でリスクを引き受けるといった概念のそもそも外にある事情」ということを指すから、そこからは債務者の合理的判断のレベルや契約内容などには注目せずに、人の力による支配や統制を観念できる事象か否かこそが不可抗力の判断の基準となる。

しかしながら近年は、そこでもやはり契約内容の持つ債務の射程を踏まえようという議論がなされている。

## (4) 損害

損害が一切発生していなければ損害賠償責任は発生しないとされる。履行の強制だとか契約の解除には、この損害の発生は要件として設定されていないので、この点が異なっていることに注意しておこう。まあ損害が無いのに損害賠償ってどういうことだよという感じだが。ただし従来は、ここでの「損害」（成立要件としての「損害」）は直ちに賠償義務の対象となる「損害」（効果としての「損害」）をも意味するとされ、後者の観点から「損害」は**金額の形で具体的に算定されるようなものである必要がある**と考えられてきた。

しかしながら実際のところ、要件としての損害を効果としての損害とくっつける必要が必ずしもあるのかと言われると、微妙なところである。それは、以下のような例を考えると分かると思われる。

### ①塵肺訴訟

塵肺のダメージはじわりじわりとやってくるので、何年か越しに発症することもある。このような時、明らかにこのまま働いていたら発症すると思う感じの人は、損害賠償を(不法行為責任の場合もあるが)契約責任として追及することができないのだろうか。

### ②自動車事故

自動車にぶつかってぶっ飛ばされた時点で、自動車事故では損害賠償請求権が発生するというのが通説的な理解であるが、このときは具体的な損害が明らかになる以前に、抽象的な不利益が生じた時点でもう請求権が発生していると思われる。このように、単なる損害賠償請求権の成立「要件」としてみるとき、冷静に考えて具体化はそこまでいらないと思われる。

※注意してほしいのは、この議論は損害概念について損害事実説をとるとか、差額説をとるとか、そういうこととは関係ないということである。損害を個別のレシートの額の積み重ねと捉えようが、権利侵害そのものにとらえようが、それとは別に時効の出発地点として、請求権が基礎づけられる瞬間が決まる必要がある。そういうことを考えると、車にぶつかった時点で、その後で病院から診療のレシートをもらう前でも観念的には損害賠償請求権が発生しているとすべきだし、そうされているのである。これは、差額説をとろうが損害事実説をとろうが妥当することであろう。そのような意味では、以上の議論を「要件」としての損害論といったものの、要件ですらないレベルの話かもしれない。たとえば「こちらに損害が出たので賠償責任が発生しますね」というときの損害は「要件」だが、おそらくこの議論における「要件」とは少し趣旨が異なるだろう。このセリフにおける損害という言葉は、差学説だとか損害事実説だとかでとらえるべき損害である。

## (5) 因果関係

また、債務者の不履行事実と損害の間に**因果関係**（「**事実的因果関係**」または「条件関係」）のあることが必要。原則として、「あれなければこれなし」、すなわち、不履行事実がなかったならば損害が発生しなかったであろう、という関係が必要である。

ただし、伝統的通説は「因果関係」を効果としての損害賠償範囲を画定するためにも用いたことから、さまざまな議論が生ずることとなった。ようするに「全部お前のせい」といって事実的因果関係を利用して賠償させると、はっきりいつどこまでも因果は広がって行く。それにどう制限をかけるべきか、おなじみ相当因果関係という概念が出てきたし、他方で平井理論と言う実質的なアプローチも出てきたのだった。後述。

## [C] 債務不履行による損害賠償の効果

### (1) 総説

損害賠償は、原則的に**金銭**で行われる。（金銭賠償の原則：417条）

ようするに損害賠償と言っても、「賠償」自体は別に金銭と言う意味を必ず持つわけではないし、債務不履行がなかったとすればどうだった、という状態を回復することも賠償といえそうである。だが民法は原則として、損害を見積もったうえで、金銭でそれを賠償させることを原則としたのである。

しかしながら、これが意味するのは同時に、金銭で損害を賠償する方法を何か採用しないといけないということでもある。具体的にいくら支払うべきなのかを確定することはかなり難しい事であるし、伝統的な通説であった「差額説」や「相当因果関係」と言う思考枠組みは現在、強く批判されている。このような対立についても、これから見ていくことにする。

### (2) 損害

#### a) 学説・実務の展開

##### ◎伝統的通説

債務不履行がなかった場合の被害者の利益状態と現実の利益状態の「差額＝金銭」を損害とする。（**差額説**）

<特徴>

①損害は直接金銭の形で表示される。（「金銭としての損害」の観点を重視）

②個別の損害項目ごとに「財産状態の差」を考える。

費目ごとに「差額」が計算され、各々が「損害」として把握され、合計される。（個別項目積み上げ方式）

その結果、「実費主義」とも呼ばれる、人身被害をもすべて金銭損害と捉える損害額算定の実務が広がった。

<批判点>

**慰謝料をはじめとする、裁量的・評価的な損害額の算定方法を正当化できない。**

そして理論上の話だけでなく、実際問題簡単ではない認定につき、慰謝料とか言う形で結構包括的に請求することがあるし、**人格権侵害**のようなときにはかなりそうした実務が広がっているところである。結局、複合的な利益が丸め込まれた運用と、個別項目積み立て方式は矛盾するのではないかという批判がある。

そして、とくに逸失利益の算定には不履行がなかった場合の仮定的事実を想定しなければならず、一義的には金額が決まらないところは民法第二部でも扱ったところである。子供の収入なんてわからないから、平均賃金額とすることもあるだろう。しかしその平均賃金額のデータは男女で異なるものを使用しているところ、たまたま性別が違ったからといって額を変えるのはいいことなのだろうか。そもそも**仮定的な事実**を考慮しないといけないからこそ、このような問題が生じる。そこで、損害は個々の事実であり、損害の金銭的評価によって額が算定できる、との見解が生じた。これがおなじみの**損害事実説**である。

ちなみに補足しておくが、男女で異なるとはいっても、森田さんが解説していたから覚えていると思うが、実際は男女の間の不平等は生活費の控除などの段階で調節されているのが実務運用である。



こういうの評価できない



## ◎現在の状況

大きく理論的には二つの系統に分かれる。

(ア)「**損害は金銭だ**」という枠組みを維持する見解（≒差額説）

(イ)「**損害を損害事実として評価して、その後金銭的評価する**」として捉える見解（損害事実説）

判例実務は前者の立場とされるが、学説では後者が多数説を形成し、判例も良く読むと…というところもある。

※他にも金銭としての算定方法はいくつかあったが、差額説のみが残っていると言うだけで、実際上の対立としては「金銭が損害」説と「事実が損害」という説が対立していたというべきである。

	包括算定方式	個別項目積み上げ方式
損害は金銭だ！	①ドイツの差額説	②伝統的通説
損害は事実だ！ (損害事実説)	③平井説 ④死傷損害説（西原理論） ⑤潮見説（事実状態比較説）	⑥労働能力喪失説 など

結局、様々な説が入り乱れている状況である。以下、表を駆使して少しその様相を説明してみる。

### ①と②

そもそも**ドイツの差額説はそもそも個別的な積み上げを否定していた**が、日本に輸入した際に無視された。

### ③と④

他方損害事実説においても、損害を事実として見るにしても、評価の仕方はさまざまである。③**平井説**などは基本的には死亡なら死亡と言う事実を損害ととらえるが、その金銭的評価を別の段階として議論する。しかし金銭的評価の方法は多岐にわたり、いわゆる④**西原理論**(人間はみんな平等だから、**損害額は定額化されるべきだ**)という極端なモノまででてくる。

### ⑤

⑤**潮見説**も、もともとの包括的な考え方を参考にすべきであるとして、日本の全て領収書で片付くようなやりかたはちょっといただけないとする。だが、ある事実をそのままとらえて損害とすると、損害事実が似たようなものであっても額がはっきりしなかったりすることがある。そこで、**事実状態を「比較」していくことで損害を捉えようとする**、差額説の損害事実説版というよくわからないパターンを主張する。

### ⑥

これに対し、個別の積み立ての形式をとりつつも損害事実説をとるやりかたもある。判例は一部⑥**労働能力喪失説**をとって、実務でも傷害などのあった場合は等級に従った金銭的評価を行っている。これもやはり男女差などを否定するために提唱された理論である。あくまで事実としての労働能力の喪失をとらえて、そこから先の金銭的評価を定型化するわけである。

※学説側からの整理の一助となればと思い、表にしてみたとのことであるが、東北大学でのこの分類表の評判はとても悪かったそうである。まあ、わざわざ表にする意味があったのかと言われると微妙である。

### ※平井教授の見解

簡単に説明しておくが、差額説はドイツ流の「完全賠償原則」を前提とするものであるとして批判し、独自の体系を構築したというのが出発点である。

完全賠償主義というのは「**原状回復**」の理念に基づく（ドイツ民法）。だが、別に日本は条文上それをとる必然性もないし、大審院以来何らかのルールによってそれは制限されているのではないかという。まあ具体的には**相当因果関係**によって没価値的に制限されているわけで、その制限賠償主義の立場をちゃんと立論しようと言うのである。賠償の対象となる損害の範囲を規範的・法政策的考慮から制限するに際して、そのプロセスを明確化していこうとする。ただ、やはり最初から額として損害を捉えると何を制限しているのかわからない。そこで、

(i)損害はすべて事実とする。

(ii)各損害（事実）のうち賠償の対象となる範囲を規範的に決定する。（賠償範囲）

(iii)賠償範囲に入った損害（事実）を金銭的に評価する。

という三段階をとったのであった。民法第二部参照。

### b) 損害の分類

簡単にだが分類していくことにする。

### ①財産的損害・非財産的損害

伝統的には財産的損害（積極損害・消極損害）・非財産的損害（慰謝料）という区分をすることができ、損害事実説の論者でもこれを使うことがある。積極損害は、「支払われた」もので、消極損害は「もらえるはずだった」ものである。

なお、慰謝料の対象となる非財産的侵害については、かつてはもっぱら精神的損害と捉えられていたのだが、たとえば近年パブリシティ権だとかが主張されるようになった。そういう場合に侵害されている利益は単なる精神的損害とは言い難い。具体的には営業利益としてその名前・ブランド価値を毀損されているのであるが、裁判実務はそれすらも慰謝料にひっくるめているように見える。これは人格権由来の財産的損害ともいえるようなものであるから、まあ**人格的侵害と見られるものには非財産だか財産だか微妙なところもあったりする**。

### ②履行利益賠償・信頼利益賠償

第二部で話したはずなのでここでは省略されたが、この区別もなかなか難しいところがある。

### ③遅延賠償・填補賠償

履行遅滞に対しての賠償と、履行不能に対する賠償を区分けするのが通説だった。

なぜなら伝統的通説は、填補賠償請求と履行請求の間には密接な関係があると考えていたからである。

**履行請求が本来的な債権の効果であり、それが消滅した段階ではじめて補填賠償請求が現れる**とされ、ようするに両者は転形したものとして扱われていたのである。遅延賠償と補てん賠償は、この意味では出てくるステージが異なるものになる。

しかし、これには有力な異論が唱えられている。というのも、直接的には両方ともみとめたほうがいいのではないかと言う事案が生れてきているからである。継続的な売買契約を想定してみよう。ある月の納入が遅れたときに、仕方なく他から買ったとする。填補賠償をしたいとしても、ここにあるのは一個の契約である。履行不能を待って契約を解除できないとその請求ができないとするのはおかしいし、解除せずに填補賠償請求を可能とする余地を残したほうがいいということになるのである。**レメディー(救済)アプローチ**というのだが、どのような救済方法をとるかの選択肢のちがいにすぎないのだから選ばせたいよということが主張された。

これがかなり西のほうの契約法の先生の中で有力なのだが、東大含めて東日本では慎重な人が多い。やはりこの議論は、**履行請求を補てん賠償と同列にして、単なる救済の一つというところに貶める**ことになるが、それはどうかなーと言う感じがあるし、中田先生とかは消極的である。ただ英米法では履行請求も債務のメイン効果とは思われていなかったり、この判断にはかなり政策的な余地もあるけれど。

## (3) 因果関係・賠償範囲

### a) 概説

**債務不履行に起因する損害のみが賠償の対象となる**のは当然である。しかし、因果の流れは無限に広がるため、どこかで賠償範囲を制限する必要が生ずる。ドイツ法でも、完全賠償説をとりきれず相当因果関係が提唱された。だが、このような範囲の法的制限を「因果関係」判断の枠内で行うべきか否かは、激しく争われている。日本では、416条が通常損害および一部の特別損害に賠償範囲を制限する。

※ドイツでは、不履行時点で予測できた損害のみが賠償の対象となる理論化がなされる。

【参照】民法第416条

- 1 債務の不履行に対する損害賠償の請求は、これによって通常生ずべき損害の賠償をさせることをその目的とする
- 2 特別の事情によって生じた損害であっても、当事者がその事情を予見し、又は予見することができたときは、債権者は、その賠償を請求することができる

1項でいうのが**通常損害**。2項が**特別損害**。ただ、2項は「特別な損害」をいうのではなく、あくまで**特別な事情から発生したものならば必然的、「通常」に発生したものも含む**のである。

### b) 学説の展開

◎伝統的通説（我妻説）

ドイツ学説の影響の下、「**相当因果関係**」を要求すると理解した。つまりは416条は1項・2項をあわせて「相当因果関係」を定めたものと理解するのである。1項は古典的な客観的事後予測の考え方(上に書いたドイツのやり方である)とみるわけだが、他方ドイツでも客観的事後予測の問題だけでは解決ができないとされていた。

たとえば刑法総論で聞いたと思うが、相当因果関係には客観説・主観説・折衷説の3つがあり、通説は折衷説として客観的に存在した事情に加えて当事者が特に知っていた事情を考慮する。それとよく似た理論として、客観的な事後予測が可能だったものに加え、債務者が特に知っていた事情及び予見することができたものを相当因果関係に含める、とすることで賠償範囲を制限するのである。

※ただし、予見「できた」ものも含む点では折衷説よりも広い。

ここで刑法総論の折衷説の「行為者」は「犯人」であるわけだが、ここでも同様に「当事者」を「債務者」と読むことになる。

### 富喜丸事件（大連判大正 15 年 5 月 22 日民集 5 卷 386 頁）

価格のが乱高下したような場合、どの時点の額を基準にして賠償すればいいのかが問題になったのであった。民法第二部でやったから省略。416 条を不法行為の相当因果関係の話に持ち込んだ。

#### ◎保護範囲説（平井）

通説は上記のように読むのだが、他方でこの規定はその後**英米法**に基づくものであるということが明らかになったのだった。イギリス法に詳しい起草者の考えが反映されていたようである。基本的に、契約の中でどこまでのリスクが請け負われていたかによって賠償範囲を区別すると言う議論がこの条文には反映されていたみたいで、初めの契約の中で、契約の中でどういう損害を誰が負担するかを決めておくのが良い契約であるところ、その取り決めに従うべきだという理屈らしいのである。そもそも、「当事者」と書かれているとき、両当事者を指さないことはないのが普通である。つまりここでは平井先生流には、**両当事者が予見できたというか合意していたことを指して特別損害と言う**ことになる。まあぱっとまとめると、以下の根拠により伝統的通説を批判する。

①「相当因果関係」は完全賠償主義を前提とする「特殊ドイツ的」な法律構成であり、英米法（Hadley 対 Baxendale 事件）を起源とする 416 条とは意味が異なる。完全賠償主義はわが国では採用されていない。

むしろ「相当因果関係＝416 条」という理解を批判し、416 条の本来の意義を探究すべきであるとした。

②416 条は、規範的・政策的判断によって賠償範囲を制限する制限賠償主義の立場から予見可能性の範囲（これを「保護範囲」という）に賠償範囲を制限する規定であり、賠償範囲の判断は、端的に 416 条を適用すれば足りる。これこそまさに保護範囲説である。つまり、そもそも損害と捉えるものを一定の枠で囲う。

→「相当因果関係」ではなく、「事実的因果関係（事実的判断）＋賠償範囲（規範的判断）」で判断。

③以上によって確定した賠償範囲に入った損害（事実）につき、別途裁量的・規範的判断によって金銭的評価を行い、最終的な賠償額を決定すべきである。

相当因果関係（＝416 条）→事実的因果関係（事実判断）　〔「あれなければこれなし」〕  
＋賠償範囲（規範的判断）　〔保護範囲〕  
＋損害の金銭的評価（裁量的・規範的判断）　〔裁判官の裁量〕

つまりは四角に囲んだ三段階理論となるが、これは森田先生もめっちゃ教えてくれたやつであるのはさすがにいいだろう。最終的な金銭的評価は論理的に決まるものでも、一般命題が立つものでもなく、**裁判官の裁量**になるぜと言うのが平井先生の理論であった。

これはまあ割と好意的に学説にも受け入れられている。とくに問題提起自体は至極まっとうである。しかし、これが全面的に受け入れられていると言う訳ではなく、平井説に対しての批判もある。

#### ①契約時に両当事者が引き受けた損害部分だけが賠償範囲ですというのはほんとうか

これは沿革的にはそうかもしれないが、だからといって事案によっては困ることになる。世の中の契約全てがありとあらゆるリスク負担を決めているわけではないから、当事者が引き受けたリスクの判断に際して、明示的に引き受けたのではない場合にどう判断するかはとてもややこしい。

たとえば**塵肺訴訟**などでは、塵肺が起こることなんか炭鉱作るときには分かるはずもない。普通はだんだんといういろいろな情報が出回っていき、どうも塵肺と言う問題があるらしい…というところから行政指導や法的規制につながっていくわけである。そうすると、どの時点で対応がまずかったのかを決めないといけないうわけだが、それはやはり契約の締結時点ではさすがに取り込めないのである。

#### ②金銭的評価は裁量判断と言っても何らかの定式に従うべきではないのか

平井先生の議論は、債務の額を決める時の判断をみんな裁量判断に落とし込んでしまうわけであるが、これはなんらかの決め方をすべきではないかとは批判がある。**過失相殺**、**損益相殺**と言うタイプの減額事由についても、全部裁量的判断としてルール化はできないと言い切ってしまうのはちょっと問題があるのではないかというわ



けである。とくに不法行為では**訴因**に基づく減額などが問題になるが、事実そういった場合には最高裁も一定の定式化をしているところである。ただし、そうはいうものの実際にどう定式化するのは通説が無い。こういった批判もあり、相当因果関係説はかなり今でも受け入れられているところである。ただまあ、いうなれば役所で Windows Vista が使われているレベルでの「受け入れられている」ということでしかないが。

#### c) 個別の解釈問題

##### ①通常損害・特別損害の意義

通常損害とは債務不履行から通常生ずる損害、特別損害とは特別の事情の下で通常生ずる損害を意味するとの理解が相当因果関係説を採るか否かによらず最も一般的。ただし、前述したが平井教授の読み方は異なる。

##### ②予見可能性の基準時・予見の主体

債務不履行時を基準とし、債務者の予見可能性を問題とする見解（多数説）と、先に述べたように 416 条の沿革に着目し、契約締結時を基準として両当事者の予見可能性を問題とする見解がある。

一つ注意しておく、試験にこれを出すとだいたいの答えが「通常損害じゃないけど特別損害」とか言い出すが、**実務では特別損害などほぼありえない**。予想できないっていうのは通常起きないから予想できないのであって、基本的には通常損害でカタがつくし、要件たる予見可能性を民事で立証するのは実務上とても難しいのであるから、試験では、「通常損害で説明できないか」ということを大事にしてほしい。

#### (4) 賠償額の調整

上記のように算定された賠償額は、以下のように調整されてはじめて確定することになる。具体的には、一回損害についての賠償範囲が決まり評価されたとしても、いくつかの理由で減額されることがある。もちろんどちらも不法行為の際にやった概念であるので、簡単にしか触れない。

##### a) 損益相殺

条文はないが解釈上「公平の理念」により存在するとされ、判例も認めている。**何かしら損害が発生したことによって、逆に得た収入や免れた出費があった場合、「損失と利得との同質性」があれば賠償額から控除される**。具体的には保険金が給付されるという場合だとか、被害者死亡の場合の逸失利益算定における生活費控除など。不法行為で問題になるわけだが、この範囲確定は難しい。基本的には一つの原因に起因することが同質性の判断の基準となり、損益相殺の適否が決まるわけだが、たとえばここで遺族年金だとかの社会保障給付は対象とすべきか議論があるところである。最高裁はこういったタイプのものについては損益相殺「的」調整として、微妙に違うものとして説明してきているが、じゃあ何が違うのかと言われるとなかなかめんどくさい問題を生じさせる。他にも人身損害の場合だけでなく、財産的損害についても、家屋の倒壊や原発被害の賠償として一定の給付が行われているわけで、これが賠償金と同一の性質をもつものなのかがよくわからないところである。

##### b) 過失相殺（418 条）

こっちは 418 条に条文がある。**債権者の故意過失による行為が損害の発生・拡大に寄与していた場合、その部分を賠償額から割合的に控除することができる**わけである。不法行為にもほぼ同様の制度があるのだが、（722 条 2 項）が、ここで条文上には微妙な違いがあることに注意しよう。

【参照】民法第 418 条

債務の不履行に関して債権者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の**責任**及びその額を定める

【参照】民法第 722 条 2 項

被害者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定めることができる

①418 条には「責任及び額」722 条には「額」と書いてある

②418 条は「定める」722 条は「定めることができる」と書いてある

722 条のケースでは裁量があるものの、損害賠償の「額」のみが決められることになるのか…？とも読めそうだが、一般的な理解ではあまりこの違いを重視しないようである。418 条でもなんだかんだ額の判断しかできないといわれるし、418 条でも裁量は働くといわれており、基本的には 722 条の基準で動いて構わない。

実務的には難しい問題もあるが、不法行為と共通するので講義では省略する。

※沿革としては、契約では不履行につき債務者には過失がないこともあるが、不法行為はどうせ不法行為があったんだから加害者の過失があるし、免責することはないと言う前提が、722 条から「責任」の文言を外したの

である。ところが、**債務不履行にも一般的に帰責事由が必要と言う理解がされるようになると、区別の益はなくなり、統一的に理解されるようになった**のである。ただし、債務不履行の損害賠償の根拠を、契約の拘束力に求めていく近時の理解からは、なお債務不履行における帰責事由を過失とはとらえずに不法行為と同視していかないこともできるので、その場合は 418 条との区別の実益がなおあるともいえる。まあ免責になるが、債務不履行にはなるレベルの過失というのがそもそもありえない感じもするが。

## (5) その他

大体説明したので、付随的なルールについてざっと説明をすることにする。

### a) 金銭債務の特則 (419 条)

419 条には金銭債務の不履行に関する特則が規定されており、賠償額は法定利率（約定利率の方が高ければ、約定利率）によって定められ、債務者からの損害の証明は不要とされる（不履行があったぜというだけでよい）。遅延損害金と言うのが金銭債務の場合の損害賠償なのだが、「金利によって計算するだけでしょ？」ということで、そのぶん特別ルールが定められているということである。

#### ①証明を要しない(2項)

逆に言えば通常は損害の証明があるという理解があるということでもある。損害額の証明は事実認定であると言うのが現在までの実務の理解であり、そこまで立証する必要がある普通はある。このせいで、実費主義として、証明のために領収書がいちいちいるのかよ！という批判もなされているわけだが。しかし金利計算は債務不履行が言えれば電卓をうてばできるわけで、証明する必要がないとされる。

#### ②裁判所は増減できない

証明することを要しない以上は、他の証拠などがでてきてからといってその額を動かすことが想定されていないと見るべきである。法定の額を当然に損害賠償とする理解が強い。ただ、特別な契約がなされており、付加的な責任の引き受けがなされているような場合にはその責任も追加してもよくね？みたいな異説もあるが、判例は、それ以上の実害を被ったことを証明してもやはりその賠償額を追加することができないとしているようである。※これにより、**弁護士費用**を請求しても認められないと言うのが判例法理となっていた。これに対して金銭以外の債務の不履行については弁護士費用を請求できるのかが問題となっていたが、最判平成 24 年 2 月 24 日によると、こちらは相当因果関係に立つ損害として請求可能だということになり、少し衝撃が走った。

#### ③不可抗力免責はない(3項)

不可抗力のような場合があろうが、金銭債務の履行自体は難しくないという理解されているのが背景にある。特定のものの移動を伴うわけではないので、天変地異などがあっても特に混乱が少ないというわけである。あとは、証明がいらぬことの反射として個別の事実もいちいち考慮に入れないという訴訟経済上の理由もあるだろう。これには「いやもっと個別具体的に」という批判もあるだろうが、それは立法論であり、解釈論としては弱いと思われる。

### b) 損害賠償の予定 (420 条)

**契約に際して当事者が賠償額につき予め合意していた場合、損害の発生を証明すれば額の証明が不要となる。**

この場合も同様に裁判所は合意に拘束され、額を増減できない。

ただし、額が不当に低い場合などには無効とされうる。この場合、損害賠償の予定条項自体が公序良俗に反するものとして無効となるということである。どこまでが無効かという範囲決めは難しいが。

※ビジネスの世界では**責任制限条項**というのがあり、たとえば鉄道に乗る時には運送契約約款に拘束されたりする。これには責任制限条項があり、遅延や運休によって払い戻しができるが、それによって目的地に到達できなかったとき、損害が出たとしてそれを主張立証して責任を追及をしても無駄だということにしている。

このようなものが不当条項として無効とされることはあまりなく、バランスが問題になる。

近年では**消費者契約法 9 条**などが登場し、損害賠償の予定を制限する規定がではじめた。たとえば昔は私立大学に払った授業料などは返してもらえないことが多かったが、学納金訴訟の結果、入学金はとれるが授業料は返してもらうことが可能であるという法理が実務上できている。

このとき、基本的には授業料と入学金の納入の際に**在学契約**が締結されている。この時点から契約による拘束があるわけで、一方的な在学契約の解除と言うのは予定されていない。ところが他の大学に受かるなどして「解除する」学生は一定数いるわけで、その場合には解除を認めるのが一般的である。しかしその場合、**債務不履行で**

**はあるのだから(入学する義務がある)、損害賠償をしなければならない**わけである。その額をあらかじめ「授業料+入学金」としておくのが、一般的な学納金の不返還条項の意味だったわけである。しかし消費者契約法が「平均的な損害額」を超える額を予定するということを認めないことになった。その「平均的な損害額」がいくらかというのが問題になり、学納金訴訟では「3月中ならば、追加募集で人員は補填できるから授業料に関しての損害はないが、4月になってからだともう丸っとそいつのぶんの欠員が生じるから授業料に関しての損害がある」ということを示した。そのため実務では、「授業料は返してもらえる」ということになっているわけである。

#### ※**違約金**

いわゆる違約金には、損害賠償の予定である場合だけでなく、制裁として実損賠償とは別に請求するものもある。契約解釈によるが、どちらか明確でない場合には損害賠償の予定と推定される。(420条3項)

#### c) **賠償者代位** (422条)

債務者が損害賠償(全額填補賠償)を支払った場合、債権者側が受領した物や権利などは債務者に移転する(移転するから、こその「代位」)。たとえば、絵を寄託されたものが、過失でなくしてしまった場合には、全額賠償をすれば譲渡行為も対抗要件もなくとも当然にその絵の所有権を取得する。

**債権者の「二重取り」を防ぐ趣旨**(上の例なら、賠償を受けたものが絵まで入手するのは、おかしい)だが、債権者は実質価値相当額を償還して物を受領できるとする見解が有力である。

ただし、以下のような場合には少しおかしいことになる。

【事例】Aは、Bの所有物である置物をCに売り渡す他人物売買契約を結んだが、所有権を移転することができず、債務不履行責任を果たしてCに全額の補填賠償をおこなった。しかし、その時点でBは翻意して、置物の所有権をAに移転することを認めた。そのため、Aは置物の所有権を得た。

この場合、賠償者代位のルールに従うと、債権者CはAに対して「置物をくれ」ということができないことになるはずである。本来の契約の主旨からすれば目的物を渡すのが筋なのに、それを認めないと言うのはどうなのだろうか、という指摘がなされているのである。それゆえ、債権者側が受け取った額あるいは実質的価値を返還することによって、ものそれ自体を受領できるようにすべきとの理解もなおある。

#### 【問】

- ①結果債務と手段債務の違いについて説明し、それぞれの例を挙げよ。
- ②「債務者の責めに帰すべき事由」の解釈につき、伝統的通説と近時の有力説の違いを説明せよ。
- ③相当因果関係説にはどのような問題があったために学説によって批判されたのか。説明しなさい。
- ④損害概念について、どのような見解の対立が存在するか、またそれによって具体的な判断のしかたがどのように異なるか、説明しなさい。

### [D] 債務不履行の特殊類型

【事例 7-1】Aは、Bから業務用コンピュータ100台を購入する旨の契約を締結した。ところが、Bが運送会社Cに運送を委託したところ、Cの過誤により集配施設内で荷崩れが発生したため、損傷により正常に動作しない状態となったままコンピュータがAに引き渡された。Aに営業損失が生じたすると、AはBに損害賠償を請求しうるか。

【事例 7-2】DはE所有の建物をEから賃借し、さらにEの承諾を得てこれをFに転貸した。ところが、Fの火の不始末によりこの建物は全焼した。EはDに損害賠償を請求しうるか。

【事例 7-3】G会社に従業員として勤務するHは、G会社の業務命令により毎月120時間以上の時間外労働を余儀なくされていたところ、ある日突如心筋梗塞を起こし、死亡した。

【事例 7-4】J高校が体育祭を開催したところ、当日の午後に突如雷鳴がとどろき近づいてくる気配があったが、J高校の大会責任者の判断でそのまま競技が継続されたところ落雷が発生し、グラウンド内にいた生徒2名が死亡した。

【事例 7-5】証券会社Kは、顧客Lに対してリスク性の高い金融商品aを販売したところ、その際に、金融商品の価格下落リスクにつき十分な説明を行わなかった。金融商品aは、Lの購入後価格が暴落し、Lの損失は1億円に達した。



## (1) 履行補助者責任

帰責性の所で述べるのが伝統的であったが、ここでは近年の議論を踏まえて特殊類型として説明する。

### a) 概説

これは**債務者が債務の履行に際して他者を利用した場合に、不履行の責任をいかなる範囲で認めるべきか**に関する問題である。複数の見解が乱立し、かなり錯綜した議論状況にある。

【事例 7-1】A は、B から業務用コンピュータ 100 台を購入する旨の契約を締結した。ところが、B が運送会社 C に運送を委託したところ、C の過誤により集配施設内で荷崩れが発生したため、損傷により正常に動作しない状態となったままコンピュータが A に引き渡された。A に営業損失が生じたとなると、A は B に損害賠償を請求しうるか。この場合の C が履行補助者である。過誤があるのは C だが、売買契約があるのはあくまで AB 間と BC 間であるから、A が C に対して債務不履行の責任を追及できないと言うのが一般的な理論的帰結になってしまう。すると B に対して契約責任を追及するか、C に対して不法行為責任を追及するかということになるが、常にこのようなケースで不法行為責任が発生するかという点と難しい。少なくとも契約責任でしか認められない責任類型が全くないとは言い切れないだろう。

※たとえば**純粹経済損失**という類型がその例になる。特に権利が侵害されたわけではないが、一定の見込めた収入が得られなかった場合。このようなときに、不法行為責任は(有力には)ないものとされる。権利侵害が無いからである。

具体的には、ある協商市場において 1 社がセールを行ってシェアを伸ばしたとき、競業他社は売上が落ちるが、多少なりルール違反の売り方をしているからといって、そこを不法行為として追及することは無理だろう。だが、契約次第ではすくなくとも契約責任として構成できる。会社との契約で課された競業避止義務だとかに違反した場合には、契約責任を追及できるのは当然である。

と言うことで、不法行為責任が追及できるからいいじゃねーかよと言う議論はちょっと採用できないところがある。どうにかして債務不履行が追及できねーかなーということになるのである。

### b) 伝統的通説

この問題につき、伝統的な通説は**過失責任主義**の枠組みの中で考えていた。ここでは本来的には過失のない B には債務不履行責任は追及できないということになるが、過失責任主義における債権者の有責性は「故意・過失または**信義則上それと同視すべき事由**」とされていた。履行補助者の過失が「信義則上それと同視すべき事由」にあたるか否かが過失責任主義との関係から議論されていたのである。

伝統的な論者は以下のような類型化をしていた。

[1]「真の意味の**履行補助者**」(債務者が手足として使用する者)の場合

履行補助者の過失は当然に債務者の過失と同視され、債務者は賠償責任を負う。手足として使用されているのだから、支配領域内にあるわけだし。

[2]「**履行代行者**」(債務者に代わって履行をすべて引き受ける者)の場合

この場合はさらに 3 つに区分される。

①**履行代行者を使うことが禁止されている契約の場合には、債務者は常に責任を負う。**

②**履行代行者の使用が明文の規定で許されている場合には、選任監督の過失がない限り債務者は責任を負わない。**

③いずれでもない場合は、①と同様とする。つまり債務者は責任を負う。

これが我妻先生以来の伝統的な理解だったのだが、[1][2]の分類基準の不明確性や、②の責任範囲の狭さなどが批判された。とくに星野栄一先生などは批判の先鋒に立っていたらしい。まあ法的な意味で履行補助者と代行者はどういうものなのか、というのが良くわからないのである。

※たとえば医師を考えてみよう、病院に受診した場合、契約関係は患者と医療機関との関係に存在する。そこで働いている個々の医師は、契約当事者の立場には立っていない。医師が医療ミスをした場合に、医師に対して契約責任を追及できない。

しかしここで医師は代行者だろうか。それとも補助者だろうか。裁量に着目して代行者だとし、補助者ではないという見方もあるが、一定の専門職者が組織で業務を執り行うときに裁量性が現れたとき、これをもって手足としての存在と言えなくなるかどうかは微妙である。そもそも手足といて働いているか、というのは、まあ単純な労働者などのケースには使えるだろうかと言うレベルの基準ではなかろうか。

もう一つの批判のポイントは、具体的な結論のレベルにおいて現れる。とくに②の場合。

事例 7-1 では、業務用コンピュータを運ばせること自体は許されていると考えざるを得ない。が、そのときに、過失がないと認められるとはどういうことか。「気を付けてね～」と一言いえばいいのだろうかと言われると厳しいだろう。だって、C は B が選定したわけである。**ある種 B の支配領域内で起こったことともいえるわけで、それにつき B 自身の過失がないことを理由にして免責してよいのだろうか**というわけである。

実は、もう一つある批判としては、③のいずれでもない場合に何故、①の禁止されている場合として扱うべきなのかということがある。我妻先生はおそらく②の結論をやはり好ましく思っていないで、①の方向に向かわせたのではないと思われる。だが、これは契約の内容を解釈し確定する手法とは相反する。

#### c) 落合・平井説

落合先生は商法の先生で、運送契約を研究していた。

彼らは着眼点を変えて、この問題を伝統的なままに有責性の問題としてとらえるのではなく、「他人の行為による債務不履行責任」として**使用者責任**（715 条）との対比で考える見方を示し、二つの類型を立てた。

- ・**被用者の補助者** 被用者にあたる履行補助者の帰責事由ある行為につき債務者は責任を負う。これは 715 条の責任における被用者性が問題になっているということ。もちろん純粋な労働関係には限定されないが。

- ・**独立的補助者** 被用者の補助者と同じく、帰責事由ある行為により不履行が発生すれば、債務者は責任を負う。両者の類型で責任範囲は同じで、名前なんてかえるんだよということだが、**独立的補助者に関する部分で使用者責任より責任が広がることを示すため**である。715 条で責任を負うと言うのは被用者の補助者だけだが、独立的補助者についても責任があるという、もっと広い外延があるということをおうとしたわけである。

が、状況によっては債務者本人が責任を負わないというときもありうるのではないかという気がする。すると、さらにこの類型の外に免責される人がいるはずで、その外延をなんとか議論していくべきなのだが、落合・平井説はそこには立ち入らなかった。

#### d) 近時の有力説（潮見さん・森田宏樹さん）

そこへの問題意識からの新たな議論が、我々が森田＆潮見コンビによって提唱された。

※やはり時代が同じだと問題意識も似通う。我妻さんも戦中戦後の激動を生き抜いたからこそ、さきの議論のように調整的で柔軟な説を唱えたのではなかろうか。特に我妻先生の時代は転貸借の事例が多かった。転借人の過失による火災などの場合に賃貸人＝所有者が賃借人に損害賠償請求をするケースが多かったようである。その意味で、ある時期時代の学者の結論は常に揺れ動く前提に乗った上の議論であり、それを鵜呑みにするべきだというのはおかしいのである。それが、どんなに有力な説であったとしても、時代は代わり背景も変わる中での対応能力を育てるための真の勉強のためには、それを鵜呑みにするのではなく、「なぜ」ある学説が登場し、「なぜ」批判されるのか、そこをつきつめ、流れを把握することが大事なのである。そこで重視されるのは、大局的な意味における論理性であり、暗記の知識ではない。そして論理性はどこでも大事であり、そんな論理性を育てる法学部の人気は凋落しているのは嘆くべきことであるとのことであった。

というわけで彼らはもちろん、責任の有無を切り分ける基準を定めようとする、彼らは契約大好きだから、**契約目的**との関係で問題を把握する。契約上、補助者の使用による不履行がいずれの負担によるものとされていたか、債務者が自らの負担で補助者を使用する意思を有していたかにより、責任負担の有無を決するとしたのである。たとえばさっきの 7-1 では、B が C に運送を委託したわけである。これは B が選任して委託したのだから、B のリスクの範疇としてみなすべきだということになる。

#### e) 判例

実は判例は驚くほど少ない。何故かはよくわからないが、被用者がミスをしたような場合に、基本的には会社側が責任を否定するケースが少ないからだと思われる。判例上多いのは転貸借などの事例である。

#### 大判昭和 4 年 3 月 30 日民集 8 巻 363 頁：判例集 73 事件

船舶の賃貸借の事例。転貸された船が、船員の過失で難破した。転貸借が介入し、しかも個人の過失であるから、二重の意味で履行補助者が登場している。

結論としては債務者の責任を認めた。裁判例に出てきているものでは責任を肯定しているものが多いのだが、どういった場合に責任が認められるのか、という点については謎が多い。

#### 最判昭和 30 年 4 月 19 日民集 9 巻 5 号 556 頁

建物賃借人の妻による失火と言う事案。

これも履行補助者の論理で責任が肯定された。まあ妻だしね…。

担当医の医療過誤による医療機関の責任が問われた事案。  
これは履行補助者の判例としては通常あげられないが、やはり責任を認めているもの。  
このようなタイプの紛争類型は、今後増えるのではないかとされている。というのも一人が全ての履行過程をすべて担当することが減り、多様な事業形態が出てくる中でアウトソースが増えてきたからである。

## (2) 安全配慮義務

### a) 概説

契約から複数の債務が生じることは割と普通にある。もちろん中心的なものとそうでないものはあるが。たとえば履行場所の通知義務だとか、運送に係る義務だとか、個別の特約による義務だとかも、当事者間の権利義務関係として存在し、それについても債務不履行は観念される。同じように、**一定の法律関係（労働関係など）にある場合、当事者の一方が他方の生命・健康に対する危険防止措置を行う義務がある**と言われ、これを指して**安全配慮義務**と言う。

これは契約から発生する債務のうち、本来的給付義務以外の**信義則上の義務**（付随義務）として理解されている。  
※本来的給付義務と付随義務を区別する議論が通常なされる。売買では引き渡しが本来的な給付義務であり、その他の通知だとかは付随義務となるだろう。本来的な給付義務に違反する時には解除も損害賠償も出来るが、付随義務違反においては**解除**はできないといわれる。契約目的を達成できない程の重大な不履行とは認められないということである。但しこの対応関係が常に単線的に通用するかは問題であるし、批判も多いところである。それをつきつめると、そもそも本来的給付義務と付随義務と言う区分ができるのか？ということも疑問が出てくるため、潮見先生などはこの区別自体を否定する。

とはいっても議論の際に便利な言葉ではあるので、使わせていただくとのことである。

### b) 判例

安全配慮義務は、昭和 50 年の判例ではじめて明らかにされた。

#### 最判昭和 50 年 2 月 25 日民集 29 巻 2 号 143 頁：判例集 74 事件

自衛隊員が作業していた時に、同僚が操作した大型車両にひかれてしまった。不法行為は時効により請求が認められず、契約責任で損害賠償請求をしたのであった。

最高裁は、この判例において安全配慮義務の存在を認め、これを**特別な法律関係に入った当事者間が相手方に対して付随的に負う信義則上の義務だ**とした。この定義は丸暗記です(Cv：樋口准教授)。自衛隊の事例だから国家賠償法上の事例であるが、そういう場合においても、契約関係における一般論を提示しているあたり、クールな判例である。

ここでは、一般的な適用領域を最初から立てていることに注意しよう。理論的な説明をすると、すなわちある契約関係は必然的に**一方が他方に従属する関係を築く**ことがあり、従属する側は、自分の安全に十分配慮する裁量も能力も与えられないことがある。そんなときに相手方は安全性を十分に確保しコントロールしてやる義務がある、と言う訳である。具体的にはどういつときかという話だが、やはり**労働関係**の事例が多い。

この理論からすれば当然、判例のような「自衛隊」という公務員関係に限定する必要はなくなる。たとえば就学関係だとかにもこれは使えるし。

というわけでその後も公務員関係・労働関係を中心に肯定例が存在する（最判昭和 59 年 4 月 10 日民集 38 巻 6 号 557 頁：判例集 76 事件、最判平成 3 年 4 月 11 日判時 1391 号 3 頁など）が、実際のところは他の契約類型にはあまり広がっていない。とはいえ、そんななかで性質はより一層あきらかにされつつあるところである。

#### 最判昭和 58 年 5 月 27 日民集 37 巻 4 号 477 頁：判例集 75 事件

自衛隊敷地内での A の運転ミスによって B が死亡したという事例だが、そういった場合の A の過失は自動車運転者の**通常**の注意義務違反であり、これは安全配慮義務に含まれないものとした。言い換えると、**通常の場合、日常生活のリスクとは違うものが、特定の環境下で発生している場合にはそれに対処する義務がある**よということであろう。

### c) 学説

ただ学説は、一定の場面で安全配慮義務に相当する義務が課されるべきことについては一致するが、法律構成と具体的要件・効果につきさまざまな見解が提示されている。一定の従属関係があるのは、たとえば旅客関係などもそうだし、外延が広すぎるからである。ということでそれを決めようと議論がなされている。



一応、以下のような整理がなされている。

(i) **本来的給付義務**としての「安全配慮義務」

入院を伴う診療契約、介護契約、保育委託契約などの場合は、給付義務としての安全配慮義務が認められているということで、直接の履行請求もできるし、義務違反時の解除が可能とされる。

(ii) **付随義務**としての「安全配慮義務」

雇用契約、請負契約、就学契約、旅客運送契約などの場合であり、このようなときは履行請求はできず、義務違反に対する損害賠償のみが可能とされる。だが、これには異論もあり、一定の場合には履行請求もなお認められるのではないかという議論がある。中田先生などは、生命身体という**法益の重大性**を理由に、原則として履行請求も認められるところ、それが制限されているのだという考え方をとろうとしているようである。

### (3) その他の類型

民法第二部とも株るところが大きいので、授業では華麗に駆け抜けていったし、ここでもそうする。

◎ 契約締結過程での責任① **不当破棄**

契約が締結されなかった場合には、当然契約していないのだから、債務もなくその不履行もないと言えそうである。しかしながら実際には、**契約交渉の間にも社会的な接触はできているわけで、そこにおける法的規律はなくて構わないのか、という問題が生じてくる。**

ということで、判例も歯科医がマンションの購入を途中でぶったぎった例の事件で、信義則上の注意義務違反を理由に損害賠償を認めたのであった。ご存知のように、これを中間的な合意を見て契約責任と見るか、まだ契約が成立していないことを理由に不法行為責任とするか、法的な構成には議論もあるのであった。

◎ 責任② **説明義務・情報提供義務**違反

上の議論は契約が成立しなかった時の話であったが、むしろ成立した契約について、「こんなはずでは…」と、契約締結過程での説明義務・情報提供義務が問題となる事例が結構多い。これについてはかなり裁判例がある。

**札幌地判昭和 63 年 6 月 28 日判時 1294 号 110 頁：判例集(各論)7 事件**

不動産の投資についての事例。部屋を買ったら、すぐ後にマンションが近くに出来たせいでもうめっちゃ日当たりが悪くなってしまった事案。この事案では、高層マンションが出来ることを承知で買い主を騙したとまではいえないとして、①契約の内容としての義務による責任、②契約に付随する義務からの責任、③不法行為責任、どれも否定した。

**京都地判平成 3 年 10 月 1 日判時 1413 号 102 頁：判例集(各論)9 事件**

フランチャイズ契約でお店を出してみたら、お客さん全然こないのでもつづれた。お店出した人がフランチャイズ元に対して、「てめーがちゃんと調査してデータ出したらこんな立地で開店しなかったのに！」と損害賠償を請求した。判決は、フランチャイズ契約があくまで、専門の業者がノウハウをもってバックアップするからお店だそうぜ！という契約であることを考えると、加入の判断を誤らせるような客観性を欠いた情報提供については、信義則上の保護義務違反として契約者がこうむった存在の賠償責任が生ずる、として請求を一部認容した。

情報提供義務といっても、場面により異なる内容を有すると考えられる。たとえば、①相手方の「**自己決定**」を保護するための情報提供義務、そして②**当事者間の関係性**（専門家/信認関係ほか）に基づく情報提供義務などが考えられるし、まあ片方しか含まれないというわけでもないだろう。

※医療における説明義務

現在はインフォームドコンセントという言葉で有名になったが、医師が患者に対して、治療の内容や経過、リスクなどを説明する義務があるものとされている。旧来は単純に身体への加害行為を違法性阻却するための同意がいるものにとらえられることもあったが、現在ではより強いものとして、患者の持つ、自己法益をどう処分するか判断をする権利すなわち自己決定権を担保するものとされる。



自己決定権

**最判平成 12 年 2 月 29 日民集 54 巻 2 号 582 頁：「エホバの証人」輸血拒否事件**

**自己決定権**と言うものが法的に保護されることが明らかになる。治療をすれば治る＝得られる法益があるにもかかわらず、不法行為が成立すると言われたのだから、その自己決定権の保護が飾りではないものであることも分かる。

※その他の裁判例

#### 最判平成 13 年 11 月 27 日民集 55 巻 6 号 1154 頁

他の医療機関で実施されている乳房温存療法の存在を告知しなかったことについて債務不履行責任が認められた。自己決定権から読むこともできるし、医師の側にも説明義務がある、という基礎付けもできそうである。

#### 最判平成 14 年 9 月 24 日判時 1803 号 28 頁

末期癌患者の家族に対する説明義務を果たさなかったことについて、それ自体で債務不履行責任を基礎づけた。家族に対してのそれを理由に本人との間の契約について不履行を評価することには異論もあるが、本人の様態次第では事実上契約における交渉追行者は家族となることもあるのだから、肯定的に評価してもよいと思われる。

## IV 債権譲渡・債務引受

債権は、特定の当事者間の権利として、それ自体一定の他人移転不可性を持つ一方、財産権として移転を認めるべき理由もある。そこで、近代法では前者の見方は捨てられ、債権を移転することが正面から認められるようになった。その大きな類型が、債権者が変わる**債権譲渡**と、債務者が変わる**債務引受**である。債権者が誰かというのは「履行しなければならない」債務者にとっては多少の変更は甘受すべき事象であるが、他方で債務者が変わる場合には資力の有無は大きな要素となるから、自由にできるとはいいいにくい。そのため、債権譲渡と債務引受には異なる規律が妥当するというのが、現在の一般的な議論である。

### 1 債権譲渡

#### [A] 債権譲渡の意義

**債権者と債権譲受人の間の契約（売買・贈与・代物弁済など）によって債権の同一性を保ったまま債権の帰属を変動させることを、債権譲渡**という。これにつき、債務者の承諾は不要である。とりまなおさず、債権者が誰であろうが、債務者の義務たるものは変わらないことが理由である。

なお、債権には**指名債権**といって、債権の発生や行使、移転に証券を必要としない債権者が誰かが債権者の名前によって特定された債権(めんどくさい定義だが、ようするに普通の金銭債権とかである)と、**証券的債権**として、債権が証券と結びついたものがある。まあ前者の譲渡が民法上の中心的な問題となる。

類似の債権移転の結果をもたらす制度として、弁済による代位、賠償者代位、転付命令などがある。

※債権の移転は、他にも法律の規定によったり、裁判によったり、様々な理由で移転していくことになる。

#### [B] 債権の譲渡可能性

【事例 8-1】A は、S に対し 1000 万円の金銭を貸し付け、契約の際にこの貸金債権は譲渡できないとの合意をかわした。ところが、その後資金繰りに困った A は、上記合意の存在を秘して B に対し当該債権を譲渡した。A から S に対し譲渡の通知がされた後に、B は、当該債権の譲受人として 1000 万円と利息を S に請求した。この請求は認められるか。

#### (1) 債権の譲渡自由の原則

**債権は自由譲渡性を有する**（466 条）。

これについては、立法時に激しい論争があったが、2 項の例外を認めることで決着した。

すなわち、かつての民法は債権譲渡を自由として規定されたが、これは債権譲渡に債務者の承諾を必要とする太政官制に対立していたので、ご存知の**民法典論争**の際に大きな議論になったのである。

民法典論争の中ではたとえば債権譲渡を認めると「**甲乙親友間の貸借も忽ちにして高利貸しに対する債務と化し、最も恐るべき債主に対する義務と変ずべし**」として、経済社会における弱肉強食を奨励することに反発する旧民法の施行延期派から批判がなされた。対して断行派は、**そんなことする奴が親友なのか**よと言う至極まっとうな突っ込みをし、約定通りのことをすればいいことには変わりないとして反発した。こうした背景もあって、現行法では、466 条 1 項但し書きと、2 項とで原則自由な債権譲渡に一定の制限をかけるのである。

## 【参照】民法第 466 条

- 1 債権は、譲り渡すことができる。ただし、その性質がこれを許さないときは、この限りでない
- 2 前項の規定は、当事者が反対の意思を表示した場合には、適用しない。ただし、その意思表示は、善意の第三者に対抗することができない

ということで、ではどんなときに債権譲渡が許されないことになるのか、順番に見ていくことにしようと思う。

### (2) 債権の性質による譲渡制限

**債権の性質から許されない場合には、譲渡が制限される** (466 条 1 項ただし書き)。具体例は以下のものだが、具体的な判断は、あくまで債権の発生原因や債権の内容、債権の行使または債務の履行における債権者の行為の意味、利益などを総合考慮して行うほかない。

#### ①特定の債権者の行使を予定する債権 (契約上の扶養請求権、**未確定**の慰謝料請求権など)

慰謝料債権は確定した場合、金銭債権となり主観的な要素がなくなるため譲渡できると解されている。

#### ②債権者によって権利の行使態様が異なる債権 (使用借権・賃借権など)

#### ③債権者によって給付内容が異なる債権 (教授の義務・診療義務など)

とはいえ「林修の授業を受けられる権利」、というのが、決して譲渡できないかと言うと疑問もある。

※ここで通説は譲渡可能性を相続可能性とともに、帰属上の**一身専属性**があるかどうかという観点からとらえる。

承知の通り、鳩山秀夫博士は民法における「**一身専属性**」を、**帰属上**の一身専属性(ある債権が特定の者に帰属することしか予定しないこと)と**行使上**の一身専属性(ある債権が特定の者に行使されることしか予定しないこと)とに分け、相続と譲渡において問題とされるのは前者で、代位において問題とされるものが後者だとした。このような考え方からは、相続においても譲渡においても、帰属が被害者にありそうな精神的損害の慰謝料については、わりと否定的な立場が取られることが多い。その結果、未確定の慰謝料請求権は譲渡できないと理解するし、相続についても判例の立場(金銭債権だから相続できるっしょ)に否定的になる。

とはいえ、譲渡と相続はまるで制度主旨も違うものであり、前田陽一先生をはじめ、異論を唱えるものも多い。比較法的に見ても、フランスなどでは慰謝料には相続が認められるが(人格も継承するから)譲渡は一身専属性があるとして認められない。このようにわりとぶれっぶれなので、たとえば「未確定の慰謝料請求権は譲渡できない」というような丸暗記はおススメできないかも。通説ではあるものの、慰謝料請求権も金銭債権だと言う判例の立場をさらに推し進めると譲渡できちゃいそうな余地もありそう。でもまあ相続はやっぱり単なる権利義務関係以上のものをうけつぐんだ…という理解をすれば差異を設けることにも理由はあるし…という感じで、まとめると、めんどい。

帰属上の一身専属性を問題にしているのに、どうして上の例では①特定の債権者の行使を予定する債権、と、まるで行使の一身専属性を重視するかのように書かれているのかが気になるかもしれないが、これは思考の観点ではなく具体例であるから、別に構わない。単純に行使の一身専属性があるとき、帰属の一身専属性を前提とすることが多いのである。

### (3) 法律の規定などによる譲渡制限

制定法上、債権譲渡が制限される場合がある。たとえば**扶養請求権** (881 条)、**年金受給権** (国民年金法 24 条など) などがそれにあたる。これは法律上、特定のものに対して履行されることが重要であると認められているものであって、通常はこれらは差押も出来ない。

**差押禁止債権**について譲渡が出来ないかには議論もあるが、差押禁止を生活保護のためのルールだとみて、譲渡も制限されるとする見解が実務の大勢である。まあしょうがない感じがする。反対する人は、差押禁止債権かどうかは関係なく、生活保障のためにふさわしいものにつき譲渡を禁止すればいいだろうというわけだが、それにはかなりめんどくさい判断が必要になるし、説明もしにくくなる。

### (4) 債権譲渡禁止特約

#### a) 概説

**当事者が反対の意思を表示した場合は、債権譲渡が制限される** (466 条 2 項)。

通常は、契約において**譲渡禁止特約**が交わされることによる。



しかし、特約に第三者効が認められるかが問題になる。**相対的なものである債権についての約束に、どうして第三者が拘束されるのか**は議論が必要であり、そもそも債権譲渡禁止特約そのものに否定的な評価が広がっているのが近年の動きである。

民法の起草者はこの特約が利用されることはそもそもあまりないと思っていたようである。債権を譲渡してほしくない債務者がいざとなれば特約を結べるようにと用意した制度であったが、借りる側の当事者が他の人に債権譲渡を止めてくださいと言っても、それはまあ債権者によって拒否されて実際には認められないだろうと思われていたのである。(つまり、これを仕組みとして導入せよ、という保守派に配慮したふりをしてじつは意味がない、という方法を想定した)だが実際には、この特約はとてもよく使われるようになった。

たとえば銀行の通帳を見るとすぐにそれは分かる。「この通帳は、譲渡又は質入れすることができません」と書いてあるはずである。譲渡の際には対抗要件として(有効要件ではない!)**債務者への通知・承諾**を確保する必要があるところ、債権譲渡のたびにその作業をするのは難しい。そのため、実務上はこうした理由からかなり広く譲渡禁止特約が使われているのである。銀行のような、債権者に対しても一方的に条件を提示できる「強い」債務者が譲渡禁止特約を望む状況があったわけであるが、これはももとの 466 条 2 項の主旨に合致するかと言われると違うのはその通りである。「弱いやつが使う(使おうとするが断られる)」想定だったのだし。

#### b) 特約の効力

効力としては、**譲渡禁止特約つき債権が譲渡された場合には、当該譲渡は無効となる**とするのが通説・判例である。( **物権的効力説** というが、単に絶対的無効ということである) 対して、**債権的効力説** として相対的無効説をとる学説もある。こちらは譲渡当事者間では有効であるというものである(ただし、譲受人が悪意ならば悪意の抗弁権を主張できるだろう)。

前者のほうが特約の主旨を実現しているとは思われるが、やはりこれは**債権の相対性**と矛盾するような気もする。世の中一般の債権は譲渡できるのが普通なので、新たな譲受をするものは、基本的には譲渡できることを前提とするわけである。たまたま譲渡制限付き債権であったからと言って、そいつがなんの権利も得られないということは何か腑に落ちない。絶対的無効と言うことは、債務不履行も発生しないということだし。と言うこともあって、相対的無効説が若干だが強まりつつある。とはいえ判例自体は絶対的無効説で固定されており、動かないと思われる。法律関係も簡明になるという利点もあるにはあるし、その点の善意者の保護はなされている。後述。ただし、**強制執行(差押え・転付命令など)に伴う移転は、譲渡禁止特約によっても妨げられない**というのが最高裁の立場である(最判昭和 45 年 4 月 10 日民集 24 巻 4 号 240 頁: **判例集 119 事件**)。これを認めると、私人が法定されていない新たな**執行免脱財産**を特約で作り出すことになるが、やはりこれは認められないからである。また、個別に債務者の承諾がある場合にも譲渡は有効であるといわれている。これは譲渡禁止特約をなくす合意をしても同じ結果を生むが、そこまでいかずとも債務者が承諾すればよい。

#### ※ **転付命令**

債権者 A が差し押さえた債務者 B の第三債務者 C に対して有する債権を、支払に代え券面額でそのまま差押債権者に移転する裁判所の命令(民事執行法 159 条)。差押債権者の申立てにより行われるが、この命令は債務者および第三債務者に送達しなければならない。すなわち差押時の、A→B→C という関係(ただし、B→C の矢印を、A がつかんでいる)を、A→C というものにかえてしまうわけである。

#### c) 第三者保護

他方、絶対的無効説をとると、譲受に期待したものが損害を受けることがありうる。そのような立場のものに配慮する必要は意識されており、そのために**譲渡禁止特約は、「善意の第三者」に対抗できないもの**とされている(466 条 2 項ただし書き)。

ただし、「善意者」とはどのような範囲の者かといういつもの問題がある。善意者全般を保護する見解は現在には存在しないし、無過失を要求する立場も少数である。すなわち、**重過失**のない善意者を保護とするのが通説・判例である。

#### **最判昭和 48 年 7 月 19 日民集 27 巻 7 号 823 頁: 判例集 120 事件**

上の議論をしたうえで、第三者の重過失を認定して保護を認めなかった。余談だが、この重過失者を保護しない規定は、民法ではわりに珍しい。商法などでは重過失者は悪意と同視され保護されないが、これは商法上は取引に通じたものの行動を想定するからである。民法は想定するプレイヤーに素人も含むので、重過失があるからといって保護から排除することがなかなかばかられる。しかし、ここでは重過失者もアウトにするという珍しい規定。

ここで商法類似の規律をうけるというのは少し理解不能なところもあるが、こうした債権が現実には銀行取引と言う「ビジネス」に絡むものという点が、たとえそのプレイヤーは素人であっても、一定程度評価されているのではないだろうか。例えば預金口座が譲渡禁止であることは一般常識であるし、それを知らないからと言って済まされない。しかし完全に無過失を要求すると言うのも、過大な負担をかけることになる。そこで、軽過失までは含めると言うアプローチが一般になっている。

### [C] 債権譲渡の一般的対抗要件

【事例 8-2】A は、S に対し 100 万円の貸金債権を有していたところ、A が B に対し当該債権を譲渡した後、A はさらに C に対しても当該債権を譲渡した。B に対する債権譲渡の通知は、10 月 24 日付けの内容証明郵便で 10 月 26 日 15 時に S のもとに到達し、C に対する債権譲渡の通知は 10 月 25 日付けの内容証明郵便で 10 月 26 日午前 10 時に S のもとに到達した場合、B と C のいずれが S に対し 100 万円の請求を行うことができるか。

【事例 8-3】【事例 8-2】で、2 つの通知が同時に到達した場合はどうなるか。また、S が 10 月 26 日は不在にしていたためにいずれの通知が先に到達したかがわからない場合には、どうか。

【事例 8-4】D は、T に対し 100 万円の貸金債権を有していたところ、D が E に対し当該債権を譲渡した後、D はさらに F に対しても当該債権を譲渡した。E に対する債権譲渡に関する確定日付のない通知が T のもとに到達した後、F への譲渡に関する確定日付ある通知が T のもとに到達した場合、T は E、F のいずれに弁済すればよいか。

#### (1) 概説

債権譲渡の合意がなされても、それだけでは譲渡当事者間での効力しか発生しない。相対的なのであるから当然である。ここで債権の効力の規定には比較法的にはいろいろな考え方があり、国によって立法にばらつきがある。債権譲渡がなされても、それにつき抗弁を提出することができるという保護の仕方を図る国も結構あるが、日本法は債権譲渡の方法を物の譲渡とパラレルにとり、**対抗要件主義**をとった。

【参照】民法第 467 条

- 1 指名債権の譲渡は、譲渡人が債務者に通知をし、又は債務者が承諾をしなければ、債務者その他の第三者に対抗することができない
- 2 前項の通知又は承諾は、確定日付のある証書によってしなければ、債務者以外の第三者に対抗することができない

これによるとまず、指名債権の譲渡は、**債務者に対する通知・承諾**が必要とされる。そして(ii)についてはさらに、**確定日付ある証書**によることを要するということになる。(467 条)

まあ問題としては以下のようなものになる。

(i)債務者に対し、新債権者としての地位を主張して弁済を請求するにはどうすればよいか。(債務者対抗要件)

債務者が「てめーニセモンだろ」と言ってきたときに、それをぶちのめすスタンドパワーが必要である。

(ii)二重譲渡の場合など、第三者に対する優先的地位を確保するにはどうすればよいか。(第三者対抗要件)

実際、債権持っている奴の財産状態が怪しくなってきたりすると、そいつに対して貸しのあるやつとか、複数の者が同時に債権譲渡を要求することはあるわけで、そのようなときには一つの債権が二人に両立しない形で帰属しそうになる。日本では、そのような場合物権における対抗問題とパラレルにしてとらえる。

※467 条の理解の条文上の操作は、一般的に「債務者その他の第三者に」とある一項が(i)(ii)に、「債務者以外に」と書いてある 2 項が(ii)にのみ適用されるというものである。

沿革的に研究すると意外に議論があるところなのだが、まあここでは気にしないでいい。



ニセモノがくるおそれはある

## (2) 債務者対抗要件

467条1項に従い、**通知・承諾**が対抗要件となる。通知は譲渡債権者から債務者への通知であり、承諾は債務者から譲渡債権者または譲受債権者へのものとされる。確定日付は不要で、通知・承諾がないうちは、債務者は善意・悪意等によらず譲受人からの請求を拒みうると言う画一的な処理がされている。

### ◎通知に関する規律

通知は譲渡債権者からなす必要があり、**譲受債権者からの通知は効力を有しない**。「俺もらったんすよwww」とか言われても信じられないので妥当である。これについては譲渡債権者を代位してもできないとされる。また譲渡があっても、債務者は通知を受けるまでに「譲渡人に対して生じた事由」を主張できる(468条2項)。同時履行の抗弁権のほか、弁済・相殺等による債務消滅、契約の無効事由・取消事由の存在などがあたる。譲渡したものに對して有する債務者の対抗要件が、譲受人には使えないと言うのは不適当だから、通知まではそれを認めるのである。

### ◎承諾に関する規律

債務者が異議を留めない承諾をなした場合は、「譲渡人に対抗することができた事由」は消滅する(468条1項)。これを、**抗弁切断効**という。これには、異議のない承諾を与えたということから生じる外観保護を理由とする公信力説と、債務者の承諾につく責任を重視する禁反言説とがある。

ここでいう異議、「対抗することができた事由」というのは468条2項の「譲渡人に対して生じた事由」よりは狭いとされるが、それでも弁済や契約無効などは異議に含まれるとされ、たとえ弁済していたとしても、譲受人にさらに弁済する必要があることになる。なお、悪意の譲受人は保護されない(最判昭和42年10月27日民集21巻8号2161頁：判例集135事件)。善意無過失まで要求されるかは判例もなく争いがあるのがが、抗弁切断の効力の強さから、無過失を要求する見解がやや有力か。

## (3) 第三者対抗要件

債権にも、物権変動に似た状況として、債権の帰属をめぐる複数当事者が両立しない関係を主張しあうことが生じる。そこで民法では債権の終局的帰属を他の者に主張できるよう、事実を公示させる対抗要件を設定している。

### a) 概説

すなわち、**確定日付**のある証書による通知・承諾が対抗要件となる(467条2項)。確定日付は、争う当事者が通知承諾の先後をお互いに主張しあう不毛な事態を避けるために要求される。

通知・承諾の主体等は(2)の場合と同様であり、譲渡人から債務者への通知又は債務者の承諾が想定されている。これは言ってみれば債務者を公示機関(「情報センター」)として機能させること(つまり、債務者が債権譲渡を認識していることをもとに、それによって当事者の主張の優劣を示させればいいではないかということ)を目指したもののだが、**第三者の問い合わせに対して債務者には開示義務がない上に、個人の情報管理には限界がある**ことから種々の困難な問題を惹起する。

### b) 確定日付ある通知が複数競合した場合

二重譲渡につきそれぞれ確定日付ある通知がなされた場合、どの時点の先後で優劣を決めるべきかが問題となる。確定日付は「対抗要件」ではあるが、お互いが対抗要件を持っている場合に、その日付をもって決めていいのだろうか。主張を聞いたら明らかに到達時が分かった場合に、日付はそれに逆らっていた場合が問題になる。

#### ①確定日付説

**確定日付の先後**で決める。確定日付の証拠力や、日付の記載をわざわざ要求した趣旨に沿う、かつての通説。

#### ②到達時説

**到達時の先後**で決める。なお、基準が通知ではなく債務者の承諾である場合は、その**発信時**が基準になる。これが現在の通説・判例である。

これはすなわち、確定日付説は債務者の認識とは別のものを基準にしているわけで、この「債務者を情報センターにする」趣旨と合わないから、**当該債権者の債権についての認識の有無を通じて存在する(実際来たかどうかは、債務者が認識していることである)対抗要件制度に沿う理解をしようとしている**のである。

**最判昭和49年3月7日民集28巻2号174頁：判例集126事件**

確定日付の先後ではなく、確定日付のある証書による通知が債務者に到達した日時又は確定日付のある証書による承諾が発信が発信された日時の先後で判断すべきと到達時説を明示した判例である。



が、まだ問題は解決していない。確定日付のくつついた書類が**同時に**到達することは、ありうるからである。

#### 最判昭和 55 年 1 月 11 日民集 34 巻 1 号 42 頁：判例集 127 事件

この判決が、同時到達の場合の準則をしめしたのであった。すなわち、以下の4点である。

- ①各譲受人は、債務者に対してそれぞれの譲受債権の全額を請求することができる
- ②譲受人の一人から請求を受けた債務者は、同順位の譲受人が他に存在するからと言って弁済を拒絶することができない
- ③債務者は譲受人の一人に弁済すれば免責される
- ④各譲受人は、債務者に対して自分が唯一の優先的譲受債権者であると主張することができない

まあ、変に権利を債務者と債権者との関係では分割したりする理由もないから、妥当ではないか。

これでもまだ、譲受人相互の関係については争いがある。まあ現在の議論の方向性としては、弁済受領者に案分額を請求できるとするのが多数であろう。判例も、債務者が供託した場合は譲受人間で**分割・案分**されるとするものがありそこから応用していけると思われる（最判平成 5 年 3 月 30 日民集 47 巻 4 号 3334 頁：判例集 128 事件）。この辺りはさすが債権と言う感じがする。

なお、以上のルールの中でより優先する譲受人が決まれば、債務者はその者に弁済する必要があるのは当然である。なお、ここで 478 条による保護の余地は限られる。確定日付がある文書が送られてくるのだし、そもそも債務者の認識がここでの対抗要件に直結しているのだから、何か間違いがあったというとき、債務者が善意無過失であるとは言い難い状況がほとんどだからである。たぶん。

#### ※差押えと債権譲渡の競合

**差押通知**は、債務者に到達したときに効果を発生させる。この到達と同時にその債権譲渡の通知が来た場合、譲受人と差押債権者のどちらが優先するかが問題になる。（ジャイアンがのび太に 100 円貸していたが、その債権をしずかちゃんが差押えたとする。通知がのび太のもとに送達されたまさにそのとき、債権譲渡の通知も届き、実は差押の前にジャイアンはスネ夫に当該債権を譲渡していたと判明した）

このとき、実は差押については通知以外に対抗要件の規定がなく、素直に読むと債権譲渡の通知に優先することになる。だが、冷静に何故そういうことになるのか実体的な理由付けには乏しく、最高裁判例は昭和 58 年 10 月 4 日判時 1095 号 95 頁において、譲渡通知の到達日時と債権差押添付命令の到達時の先後で優劣を決すべき旨判事しているのである。

一見これでめでたしめでたしである。だが、執行においては、実は差押債権者が優先することになってしまう。すなわち、差押という執行の有効性自体は実体法上の以上の順位とは別に存在するわけで、これを譲受人が争うには第三者異議をとるしかない。だが、第三者異議で勝つためには、**譲受人は「差押より前に」当該債権が自己の帰属であったことを述べる必要がある**のである。しかしそれは、「同時」送達においては無理である。ゆえに、第三者異議の訴えには勝つ見込みがなく、差押の弁済禁止効により、差押部分の支払いを第三債務者に強制できないのである。

#### c) その他の場合

確定日付のある通知と確定日付のない通知が競合した場合、確定日付のある通知のなされた譲受人が優先する。確定日付のない通知のみが複数競合した場合は争いがあるが、債務者はいずれかに弁済すれば免責されるとされている。

### [D] 債権譲渡の発展形態

債権譲渡は、近年さまざまな目的で利用されるようになってきている。特に、担保目的での活用が重要である。

#### (1) 将来債権の譲渡

【事例 9-1】A は、S に対し 1000 万円の貸金債権を有している。S には甲土地以外のめばしい財産がないが、甲土地には既に抵当権が設定されている上に、借地人 B が甲土地上に建物を建てて居住している。S の資金繰りが悪化しているとの情報を得て債権回収に懸念を抱いた A は、どのようにすればよいか。

この例で、A は土地から何か得ることは難しそうである。だからなにかしたいわけだが、ここで例えば、「いざとなったら S さんが B から払ってもらっているお金をくださいよ」ということはできないのだろうか。未払いの賃金はあまりないだろうから、ここで言っているのは、つまりは将来でめーがもらうべき金をよこせと言うこと、**将来債権の譲渡**である。

現在の実務では、**発生前ではあるが将来発生することが見込まれる債権の譲渡は、可能である**。既発生・未発生の多数の債権を譲渡する集合債権譲渡（集合債権譲渡担保）の一環として、包括的な譲渡がなされることが多い。すなわち、どうせ消滅して価値が低減していくなかで債権に担保的な機能をしっかり持たせるために、集合債権の中に将来発生する債権も混ぜておくやりかたがとられるのである。

※似た言葉に集合動産譲渡担保とかがあるが、あくまで別物である。パラレルに議論ができるかなど争いもあるが、めんどくさいのでまあ根本は別とだけ覚えておけばいい。

なお、債権を確定的に譲渡する「**本契約型**」と、債権譲渡予約のみを締結する「**予約型**」が存在する。

予約型だと、債権譲渡の効果が確定的には発生しない。担保に取る譲受人だって、別に絶対それを取り立てるわけではないのだから、いざというときの準備だけしとけばよくね？ということ。とはいっても対抗要件が結構厳しく判断されるらしく、あまり利用されない。

ここで、このような将来債権の譲渡を無制限に認めることが許されるのかが問題となる。

#### ◎将来債権譲渡の有効性

さて、将来債権譲渡は債務者の財産を将来にわたり失わせるものであるのだから、その有効性がかつては激しく争われていた。学説には、債権の特定性を要求する立場や、債権発生の確実性を要求する立場などが散見されたが、これについて最高裁が判決を出して、議論は実務的には一定の解決をみた。

#### 最判昭和 53 年 12 月 15 日判時 916 号 25 頁

将来の診療報酬債権の包括譲渡につき、将来 1 年分を有効と判断した。この事案では、債務者が開業医だった。治療費は3割は患者から医者へと支払われるわけだが、他にも控除されている分が他の機関から支払われているわけで、それに着目した金融機関が残りの7割を包括譲渡してもらおうとしたと言う事案である。

これ以降「一年ならオッケーなんですね！」ということは分かったのだが、でも一年では満足には足りないわけで、もうちょっとなんとかならんかなーと思っていたら、下の判決が出たのだった。

#### 最判平成 11 年 1 月 29 日民集 53 巻 1 号 151 頁：判例集 130 事件

将来債権譲渡を広く有効と判断し、債権実現の可能性よりも①**譲渡債権の特定性**、②**公序良俗違反**の有無によって判断を決すべきだとした。この判例を受け、学説上も、①②要件による有効性判断が通説となった。

※ここで問われるのは、むしろ**将来のリスクを契約当事者間でどのように考慮したか**である、という潮見さんの指摘に注意。そのうえでの自己責任として、契約が有効となる。

問題はその債権の特定性の判断であるが、これについては必ずしも第三債務者が特定されている必要はないと解されているようである。たとえばリース契約のような場合に、将来の第三債務者は特定されているとは限らないが、それでも債権特定性は認められるとされる。ここではその債権の目的や種類が特定されていれば十分に特定に足りるものと解されているのである。

他方で公序良俗違反の判断枠組みはそれほど明確にはなっていないが、日常生活に関わるような形での債権譲渡は禁止される公算が高い。たとえば給料債権や不法行為損害賠償債権などである。

#### ◎将来債権譲渡の対抗要件

そもそも対抗要件を具備すると言っても、現実には債権が移転しているわけではなさそうである。この点、(将来債権の)譲渡の時点ではまだ存在しない債権に対しても、**契約時に何らかの地位的なモノが移転しているととらえ、対抗要件を具備させることができるのか、それとも存在していないのだからあくまで現実の債権発生時にはじめて対抗要件を具備させることが可能となると理解すべきか**が問題となる。(中間の立場もあるが、めんどくさいので省略)

判例はこの点で前者の立場をとるようで、本契約型の場合、**債権発生前**でも通知すればその時点で対抗要件を充足できるとしている（最判平成 13 年 11 月 22 日民集 55 巻 6 号 1056 頁：判例集 132 事件）。

まあ、そうしないと債権発生前に対抗要件を具備させることができなくなるので、実務的には妥当な結論といえるだろう。中田先生も賛成しているようである。しかしながら予約型の場合、予約の通知には対抗要件具備の効果はなく、予約完結権行使時に別途対抗要件を備える必要があるとするのが判例である（最判平成 13 年 11 月

27 日民集 55 巻 6 号 1090 頁：判例集 133 事件)。これは要するに、予約と言うのはあくまで「将来債権の移転があるかもしれんよ」ということに過ぎないのだから、それを契約時に通知したところで、対抗要件としては不十分であると判断されたということのようである。まあ理解できなくもないが、このせいで予約型の利用はほとんど死滅することになった。対抗要件を契約時には具備することができないからである。

## (2) 債権流動化のための債権譲渡

資産（不動産や債権など）を証券化した上で金融商品として市場で売却し、資本市場から資金を得ることを**資産流動化**という。債権についてもさまざまな手法による流動化がなされている。

基本的には、オリジネーター（原債権者）が債権を SPC（特別目的会社：special purpose company）に譲渡し、SPC が債権を裏付けとする ABS（資産担保証券：asset backed securities）を発行して市場で売却する手法が有名である。**債権というか資産がオリジネーターから切り離されるので、SPC は債権回収と投資家への配当等の業務のみを行うのみとなり、オリジネーターが倒産したとしてもそのリスクが資産には及ばなくなる**。これにより投資家は安全に投資をすることができる。これは**倒産隔離**と呼ばれる利点である。またこのことによる効果として、倒産リスクが及ばなくなる分その資産を証券化した時、金融商品としての価値が上がる。貸借対照表の外に資産が出ることから、そのぶん透明化がはかられオリジネーターの信用向上にもつながる。

市場に売却して資金調達する際には、もちろん回収不能のリスクが織り込まれている。1 億の債権でもまあ 50 パーセント弁済されるな、というときには、5000 万円で取引するとか言う具合。

※もちろん、金融商品として売る際には上の例でいう 1 億：50 パーセントの証券を一人にそのまま売却するようなことはしない。そんな 2 人に 1 人が大損するようなやり方ではなく、複数の金融商品を組み合わせ、「いくつかあるから、このなかの 90 パーセントはまあ履行されるよ」というような商品にして売るのである。このような形で、商品内部に複雑にリスクなもんが混ぜ込まれてしまったためにえらいことになったのがサブプライムローンの問題であったのは言うまでもない。

ちなみにサブプライムというのはサブ（準ずる）プライム（優良）ということである。そこそこってこと。「サブプライム」は債権への評価と言うより、ローンの借り手自体の信用度についての言葉である。あんまり信用されていないやつ（サブプライム層）でも借りられるローンがサブプライムローン。その債権が金融商品のあちこちに組み込まれて市場にばらまかれ大変なことになった。

しかし、ここで**対抗要件**をどうするかが問題となった。このような場合大量の債権が譲渡されるわけであるが、個別債務者への通知を要求することはきわめて煩瑣である。さらには将来債権が絡むと、相手方が不特定の事ありさらにわけのわからないことになる。

こんな状況に対して、新法が体系的に特例を定めた。[E]において説明していくが、基本的には民法の仕組みに従いながらも、若干のアレンジを入れている。

※このような問題は、現代的な債権譲渡の機能が、危機的状況における単発の譲渡の局面ではなく、平時の継続的・安定的取引の中で行われる譲渡の局面において要求されるようになったところからきているともいえる。

## [E] 債権譲渡に関する特別法

### (1) 動産・債権譲渡特例法

多数債権の譲渡（担保目的ないし流動化目的）の需要拡大を受け、対抗要件制度の整備のため 1998 年に制定されたのがこの法律である。

対抗要件についてのここでの新発想は、債務者対抗要件と第三者対抗要件を分離したことである。

後者は「**債権譲渡登記**」（磁気ディスクから調整される債権譲渡登記ファイルへの記録）による充足を認める（ただし譲渡人が法人の場合に限る）ことにより、迅速な対抗要件具備が可能となった。そして第二段階として債務者に対抗するには**登記事項証明書**の債務者への交付・通知または債務者の承諾が必要ということにした。これにより、登記事項証明があるため偽物が出てこれない構造になるので、**譲渡人・譲受人のいずれから交付・通知を行っても良い**こととした。（4 条 1 項・2 項）

2004 年改正で、法律の適用対象が動産にも拡大されたほか、債務者不特定債権についても登記可能とされるなど、将来債権譲渡での活用が緩和された（ただし、債務者不特定債権では登記の存続期間が 10 年を超えることができない）。具体的には債務者の氏名を書かなくても登記できるようになった。



なお、登記事項証明書パターンと 467 条パターンは選択的に使用できる。これによる問題として、二重譲渡の時に片方の譲受人には登記で、片方には 467 条による確定日付のある通知で処理が行われた時の優劣の決定方法が気になるが、これについては 467 条側については基本ルールに従い「通知の到達時」、登記については登記のなされた時、それぞれを比べることとなる。ただし、A への譲渡の登記が先だったとしても、なお B への譲渡についての確定日付ある通知が来てから、A についての登記事項証明書の交付があるまでの間に B に弁済した場合は、債務者の弁済を有効と扱うべきであろう。(証明書が来たら、もうどちらが先かを知りうるので債務者は A に支払うべきである)

## (2) 電子記録債権法

かつては手形や小切手を使っておこなわれた取引も、いまや電子的な取引に置き換えられるようになった。そのための手当として、2007 年に電子記録債権法が制定された。債権の発生・譲渡をすべて電子記録によって行う電子記録債権が法定され、ここで譲渡は、譲渡記録を行うことが**効力要件**(対抗要件ではない)となっている(法 17 条)ことに注意しよう。ようするに、電子記録上の操作によってはじめて発生や移転が起きる根っからのサイバーっ子としての債権概念を作ったのである。この点、上の対抗要件が問題となる動産債権譲渡特例法とはベクトルが異なるので注意。

善意取得や抗弁の切断など、手形・小切手に類似する制度が導入されている。

## 2 債務引受

債権者サイドが入れ替わるのに引き続き、今度は債務者サイドが入れ替わる時について話していくことにする。

### (1) 概説

債務者でない者が契約により同一のまま債務を負担することを、**債務引受**と言う。類型としては、**重畳的(併存的)債務引受**と**免責的債務引受**がある。債権者が変わっても債務者のやることは変わらないので別にゆるーく譲渡できたが、他方で債務者が誰であるかは債権の価値・内容に重大な影響を及ぼすため、免責的な債務の引受には**債権者の承諾**を要する。また、派生してそもそもの信用供与に慎重になる(経済活動の萎縮)ということも考えられる。

また、行為債務の場合など、性質上債務引受が許されない場合がある。ようするに宮崎駿にアニメ作ってよと頼んだのに庵野さんに勝手に引受けされても、欲しかった子供の笑顔は得られなくなるだろうし困るのである。



こんなトロ口はいやだ

### (2) 重畳的債務引受

もとの債務者にも債務が残るパターンのやり方を、**重畳的債務引受**(併存的債務引受)という。これは別に債務者が変わるわけではなく、むしろ道連れが増えるだけなので、割と簡単に認められる。

とりあえず、債権者・債務者・引受人の三者の契約があれば皆納得しているので問題なく可能である。問題は、そこから誰かとっばらってもいけるのかどうかである。

①債権者・債務者間では不可能である。冷静に引受人の話は聞かないといけないだろう。

②債務者・引受人間の契約では、可能である。しかしあくまで第三者のためにする契約であるから、**債権者による受益の意思表示**が必要だとされる。ただ保証とパラレルな関係でとらえると、保証人には受益の意思表示無くしてなれることとの均衡から必ずしもこれが必要と言う訳ではないと言われる。だが、伝統的にはこのように考えられている。

③債権者・引受人間の契約でも可能とするのが通説である。このとき、債務者を外しての契約だけで、基本的には重畳的な債務引き受けが可能であるとされる。保証と同様、債務者の意思に反しても可能と解されているが、いつかもしかかもしれないが「武士堅気」的な理解からは異論もある。

※なお、併存する 2 つの債務は**連帯債務**とするのが確定判例である(最判昭和 41 年 12 月 20 日民集 20 巻 10 号 2139 頁:判例集(総論)139 事件)。

### (3) 免責的債務引受

**免責的債務引受**では、債務がまるっと移転する。するので、やはり多少は厳格な規律を受ける。

たとえば G の S に対する債権につき、B が免責的債務引き受けを行うと、S への債権が消え B のもとへの債権へ変わることになる。

こちら、債権者・債務者・引受人の三者における契約ならば問題なく可能である。そして債権者・債務者間では不可能である。これは常識的に考えてまあ妥当。

①差異がではじめるのは、債務者・引受人間の契約である。可能だが、債権者の承諾（事後でも良い）が**有効**要件となるとされる。ここで債権譲渡ではこれが対抗要件だったが、ここではそうではなくそもそもの有効要件になっていることに注意しよう。金を払ってくれる人間が変わると言うのだから、それくらいは必要である。

②続いて、債権者と引受人間の契約(GB 間)で可能か否かが問題とされる。良く考えると、これは実質的に**第三者弁済**に類似する局面であり、債務者の意思に反する場合は無効とするのが通説・判例であった（大判大正 5 年 7 月 3 日新聞 1164 号 31 頁）。

以前も言ったが、第三者弁済は、基本的には債務者(S)の意思に反してはできないというのが通説だった。武士堅気の法律として、やめてほしいことは尊重されると言うのが重視されていたのである。同じように、勝手に債務を他の人に返されたくないような債務者がいた場合に、それを重視すべきとされた。

しかしながら、これって事態としては重畳的な債務引き受けとそこまで変わるだろうか。**重畳的なそれでは保証と同じで、第三者の意思に反しても出来るのに、何故免責的なそれは無理とされるのだろうか。**求償権についてもどちらにせよ発生することは認められるし、そんな違うのかという感じである。これは武士堅気というものそのものへの批判でもあり、債権者と引受人の間の契約のみで出来るだろうという考えが近年有力である。第三者弁済と違って明文の規定がないし、このような見解をとってもあまり問題は生じないように思える。今見た通り通説や判例は違うのだが。

### 3 契約上の地位の譲渡

債権譲渡や債務引き受けと別カテゴリーとして、個別の債権・債務の移転ではなく、**契約当事者としての地位の包括的譲渡・移転が行われることがある。**

そもそもこれができるのか、ということも問題だが、まあ状況によっては出来るとされる。たとえば**賃借権**の譲渡を考えよう。これは権利だけの譲渡のように思えるが、実体は賃借人としての地位の移転であり、双務契約のなかの一定の義務(用法を遵守するなどの付随的義務)を含んだ「地位」が包括的に移転されているのである。こういったタイプの権利ないし地位の譲渡こそ、契約上の地位の移転である。

このとき、**債権譲渡・免責的債務引受の要件がすべて充足されることが必要**である。理由は端的に、ここでは権利だけでなく義務まで移転されるからである。ただし、一定の場合にはいちいち要件と考える必要がない。たとえば不動産賃貸借において目的物の所有権移転に伴う賃貸人の地位の移転は法律上当然に発生し、賃借人の承諾を必要としないのは民法第二部でやったはず。

これはいたずらに法律関係を複雑にしないようにする意図があつての事であったが、このとき改めて債権譲渡などの要件を考える必要がないものとされている。同じような当然の地位の移転があるかはあまり議論がされていないのだが、「ない」とは言い切れない。

賃貸借のケースの場合は所有権の地位に賃貸人の地位を連動させるのが適当だったからこのように処理することとされるわけであるが、このような従属的な法律関係が発生することは、ありえないとはいえない。

たとえば(ただし、詳しい議論を待つが)**事業譲渡**がされたとき、基本的には労働関係やそれに附帯する法律関係は、それに当然についていくことが望ましいと考えられるし、改めて法律上の地位の譲渡を考える余地がないともいえる。

基本的には全部まるっと移転するのだから要件が必要だろうとされ、承諾等の要件を実務では要求しているのが現状ではあるが、究極的には議論する余地があるだろう。

### V 代物弁済・相殺・その他の債権消滅原因

債権の消滅原因としてまだ触れていなかったものを全部触れます。

弁済についてはやったが、それ以外にも消滅原因があるのはまあ当然ですよー。

## 1 代物弁済

債務者が本来の給付に代えて他の給付をすることを、**代物弁済**と言う。今お金がないからこのめちゃくちゃレアな遊戯王カードで許してくれよ、みたいなやつ。もちろん債権者の承諾がある時に限って、弁済として債権を消滅させることができる。債権者はある意味妥協してでも受け取った方がいいと判断したら、承諾する(そのため、割にうけとることが多い)というだけであるから、何か受領しないとペナルティが下るとかいうわけではない。ということで、伝統的には、代物弁済は一種の新たな(代物弁済)契約であるとされたし、かつそれは**要物契約**であると理解されていた。代物弁済契約は二重に結ばれることなどもあるが、そのときには先に引き渡しを受けたほうが優先的に物を確保できることを考えると、**物の移転がまだない契約時に弁済の効力が発生してしまうとすれば、こうした場合に困ったことになる**、というわけで要物契約と言われるのである。

だが、現在はこれは**諾成契約**だとする説など異説も多い。

中田先生の教科書には詳しく書いてあるが、一般に様々な契約類型で発生してきた「諾成契約でもいいじゃん」という批判の一部として、目的物を給付する義務が発生するとしても、それが**現実には給付された時点で弁済の効力が発生するととらえれば、それで問題は解決する**ではないかというのである。むしろ合意の段階から契約を結ぶようにすれば、債務不履行責任なども負わせられて良い。とはいえ通説とはなっていないが。

判例は、目的物の所有権移転は合意時(所有権移転についての意思主義)に、弁済の効果は引渡しと(その他のがあれば)対抗要件具備の完了時に生ずるとする。

まあこのような理解をとっても、なおさら合意時に契約をさせた方がいいと言う感じがする。

## 2 相殺

【事例 10-1】A は、B 銀行に対し 500 万円の定期預金債権（満期 2013 年 11 月 11 日）を有していたところ、2013 年 9 月 2 日、B 銀行は A に対し 300 万円の融資（弁済期 2013 年 11 月 29 日）を行った。その後 A は、資金繰りに困難を来す状態となったため、A に対し 500 万円の売掛代金債権を有する C は、A の B 銀行に対する預金債権に差押えを行った。この差押命令が 2013 年 10 月 21 日に B 銀行に送達された後、同年 11 月 11 日 B 銀行が相殺の意思表示を行った。この相殺は認められるか。

【事例 10-2】D は、E 銀行に対し 500 万円の定期預金債権（満期 2013 年 11 月 11 日）を有していたところ、2013 年 9 月 2 日、E 銀行は D に対し 300 万円の融資（弁済期 2013 年 11 月 29 日）を行った。その後 D は、資金繰りに困難を来す状態となったため、D に対し 500 万円の売掛代金債権を有していた F は、当該債権への代物弁済として D の E 銀行に対する預金債権を譲り受けた。この債権譲渡につき確定日付ある書面による通知が 2013 年 10 月 21 日に E 銀行に到達した後、同年 11 月 11 日 E 銀行が相殺の意思表示を行った。この相殺は認められるか。

### [A] 総説

【事例】G が S に対して債権を有しているとする。S もまた G に対して債権を有している。

**相殺**とは、**二者が互いに相手方に対して債務を負担した場合、一方の意思または双方の合意により債務を消滅させること**をいう。この事例では、どちらも相殺の意思表示をすることができる。このとき、目的物のやりとりなしに債権が消滅する。相殺制度の趣旨は、以下の二点である。

#### ①簡便な決済が可能となる点

たとえばお互いの持つものが同じ物の引き渡し債務などだと、同じようなものを行ったり来たりさせるのはおかしい。金銭債務だとなおさらである。動かすには手数料だとか色々な手間賃がかかるのだから、目的物は動かさないにこしたことはない。若干ずれるが、電子決済が普及したのにはそのような理由がある。

#### ②これを認めることが公平である点

公平だ公平だといわれるのだが、なぜ公平なのか、そして公平という中身はぶっちゃけよくわからない。従来は一般の人が持つ「相殺の期待」を保護するとか言われたのだが、これが公平か？という話である。そもそもそんな期待があるのだろうか。とまあかなりアヤシイ議論だが、そう言われている。



とりあえずこれによって相殺の当事者に**優先権・担保権**を与えたに等しい効果が発生する(だって、一般債権者より先に相殺してしまえる)ため、第三者との関係で相殺の可否が問題となることが多い。後述。

ここで言葉の問題だが、相殺の対象となる債権のうち、相殺する側の当事者が有する債権を**自働債権**、相手方が有する債権を**受働債権**という。

※自働債権である。自動ではない。自ら働かせる債権である。

## [B] 基本的規律

### (1) 相殺の分類

広義の相殺には、相殺契約、相殺予約、法定相殺などが存在する。

新たに相殺を合意する**相殺契約**のほかにも、あらかじめどういうときに相殺するか決めておく**相殺予約**だとか、そもそも合意がなくても法律によって規定される**法定相殺**などがある。

基本的に民法の規定は原則として法定相殺に関するもので、相殺契約・相殺予約の効果は契約解釈による。

※**ネットティング** (一括清算)

今日の金融取引における債権債務の清算のための取り決めにネットティングと言う。

相殺は基本的に二者間での債権債務の消滅に係るが、ネットティングの場合は3当事者以上になることも普通である(マルチ・ネットティング)。基本的には相殺の類型となるが、なかには普通の相殺と比べてかなり異質なものもあるので、ここで紹介する。

#### ◎ **ペイメント・ネットティング**

同一履行期で同一通貨の複数債権債務がある場合に、それらを一括で差し引きして処理する。これは普通の相殺。

#### ◎ **オブリゲーション・ネットティング**

同一履行期、同一通貨の債権債務が複数発生するようなときに、新たな債権が発生するたびに**履行期を無視して**差し引き計算をしてしまう処理をする。

#### ◎ **一括清算ネットティング**

これが問題。すなわち、一定の取引から生じる債権債務につき、**当事者の破産や会社更生のときに、履行期や通貨を問わずして一定の方法で差し引き計算してしまう**取り決めである。

複数の事業者でこの契約を結んでおけば、そのうちの一社が倒産した場合に一齐に合意を結んでいた事業者の債権債務をその時点の債権評価額で決済することができるから、取り決めていた各社は優先的に債権を回収することができるわけである。ある種の防御網として、誰かが怪しくなったら連鎖倒産しないように約定しておくのであり、リスク防止の観点からも世界的に取り入れられている。が、日本では倒産法上これが許されるのかという視点から、制限が問題となっていた。そのため**一括清算法**という特別法で明文化し、これが破産法によってかなり一般的に使えるようになっていく。

### (2) 法定相殺の基本的要件・効果

#### a) 概説

【参照】民法 505 条

1 二人が互いに同種の目的を有する債務を負担する場合において、双方の債務が弁済期にあるときは、各債務者は、その対当額について相殺によってその債務を免れることができる。ただし、債務の性質がこれを許さないときは、この限りでない

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

505 条 1 項により、当事者の一方的意思表示により、相殺の対象となった債権双方が「**対当額**」で消滅すると規定されている。各債務者は、と書いてあるから**一方的意思表示**でオッケー。

対当額と言うのは、要するにぴったり合う分だけということで、80 万 VS 60 万なら 20 万円だけ債権が残る。

なお、506 条 2 項により、相殺の効果は**相殺適状**の発生時まで遡及する。相殺適状は後述。

#### b) 法定相殺の要件

要件として、①**相殺適状**、②**意思表示**がある。ただし、上に述べたように、②の意思表示の効果は、①の相殺適状の時点にさかのぼる。それに加え、③**相殺制限**というのがかからない必要がある。

以下に要件を見ていく前にここで、相殺については歴史的にいろいろな立法があったことを指摘しておく。例えばある法系では、相殺適状とここにいるような状況が実現したら、当事者の意思表示を待つことなく当然相殺が発生する(**当然相殺主義**)考え方もあったし、対して効果発生自体も意思表示のタイミングから発生すると言う者もあった。日本の要件は、**意思表示を要件とするものの効果発生時は相殺適状に遡ると言うことで、両者の折衷的なもの**となる。これはすぐ後にある差押などともかかわるが、相殺の期待を保護するのが経済取引では望ましいところ、有無を言わず相殺してしまうのも後味が悪いので、中間的な制度になったのである。

※この遡及効が生れると言うのが、現実にはいろいろな混乱の原因を引き起こすことになっているのもまたその通りである。

では要件を確認していく。

### ①相殺に適する状態（相殺適状）となっていること

505条1項にほとんど書き込まれているが、以下の要件具備が必要である。

#### A 同種目的である

通常は金銭債権であるので、ほとんど問題ない。なお履行地の違いは相殺の障害とならない(507条)。

#### B 対立する債権

二当事者間では問題ない。三当事者以上については複雑な議論がある。時間の都合で教科書に委ねるが、一応**実務としては基本的に3当事者以上の相殺を認めていない**と知っておこう。

また債権の性質上相殺可能である必要があり、行為債務などは不可能であることが多い。

※たとえば昔は行為債務でも同じタイプのもをを負担し合うと言うことがあった。農村部では農繁期に、皆で協力して農作業しようなんてことがあるわけである。収穫期をずらし、日ごとに人手を集める。このときAさんの畑を手伝う債務をBさんが負っていて、Bさんの畑を手伝う債務をAさんが負っていると言う関係があるとして、それを相殺しようと言っても、お互いに手伝ってもらえなくなっておしまいであるから、相殺はできないというべきである。行為債務の場合にはこのように、債務の性質から相殺ができないことが多い。

#### C 債権の存在

相殺の意思表示の時点で債権が存在する必要があるが、例外的に**時効消滅後の債権に限り、相殺できる**(508条)。もちろん消滅以前に相殺適状の他の要件を具備する必要がある。これは政策的なモノとも言われるが、日本法の折衷主義からすれば当然ともいえる。あくまで意思表示は遡っての適用のきっかけにすぎず、意思表示のタイミングに時効で消滅していようが、論理的には相殺適状の際に効果の起算点があるのでまだ相殺できるのである。

#### D 弁済期の到来

相殺の対象債権はいずれも弁済期が到来している必要があり、両者ともに執行できる必要がある。これは素朴に考えれば当たり前でもある。消滅原因なのだから、消滅するに適する状態になっていないと困るわけで、**しばらく弁済しなくていい期限の利益を一方的にはく奪されることは認められない**からである。ただし、受働債権については弁済期前でも期限の利益を放棄すればよい(弁済期が到達したことになる)だけであるし、普通相殺という意思表示をすればそれに期限の利益の放棄も含まれると解す余地があるだろう。相手からしたらさっさと弁済してくれてありがとうと言うだけであるし。

### ②当事者の意思表示があること

相手方に対する意思表示が必要。相殺適状にあればいつでも可能。条件・期限を付することは不可(506条1項)。

### ③相殺制限のないこと

相殺禁止の特約等(合意である)が存在する場合には、相殺できない(505条2項)

他にも以下の場合には相殺が制限されるとされている。

#### ◎自働債権が**抗弁権付き債権**の場合

学説上。反対給付がなされない限りは弁済しなくていい地位がはく奪されることになるから。

#### ◎受働債権が**不法行為損害賠償請求権**の場合

509条。腹いせ防止。なかなか貸した金を返さない債務者をボコボコに殴って「治療費慰謝料とてめーの債務を相殺な」というようなやりかたはNGということ。この観点からは人身損害に限ると言う学説もあるが、じゃあ車ぶっ壊すのはいいのかということになるので、実務上は全部いっしょくたにされる。

#### ◎**差押禁止債権**の場合

510条。日常生活の保護という差押禁止の主旨が潜脱されるからである。

## ◎ 支払いの差止めを受けた債権の場合

511 条。差し止めされているので事実上弁済を得るのはおかしいからである。

### c) 法定相殺の効果

相殺適状の発生時に遡って債権が消滅するとはもう述べた。相殺の対象がはっきりしない場合(どの債権を先に消すのか)の処理としては、弁済の充当の規定が相殺にも準用されることにされている(512 条。このようなケースを相殺の充当という)。費用・利息・元本の順番、指定充当・法定充当の順番などは弁済の所を確認しよう。

## [C] 相殺に関する諸問題

### (1) 差押えと相殺

#### a) 概説

相殺の担保的機能として、相殺は、優先的な債権回収の手段として用いられることがある。

例えば**預金担保貸付**などがあるが、これは以前もやった。預金債権を解約する！という場合に、お金はお貸しするから解約しないでと持ちかけるのだった。いざ資金繰りが怪しくなって、弁済ができないような状況が発生したら、相殺して預金の回収を図ることができるわけである。

ただ、ここで預金者が多重債務者だったとする。このようなときには、銀行以外の債権者が財産を回収したいと思って、銀行預金に目をつけて執行をかけることがありうる。ここでの銀行の相殺は、有効なのだろうか。

このような場合、すなわち**一方の債権が差押えを受けた後に、当該債権を受働債権とする相殺が可能なのか**が問題となる。銀行が相殺しようとして、その有効性が争われるということが、結構最高裁判例になっている。

まず、基本的な条文からの前提を押さえよう。

(i) 差押え時点で相殺適状にあった場合は、原則として相殺可能である。(相殺の遡及効には第三者保護規定なし)

(ii) 差押え時点で自働債権が存在しなかった場合は、先程紹介した 511 条により相殺は当然に不可となる。このときできるとすると、たとえば A の B に対しての債権が差押えられた後に、B に A に対しての債権を作る合意をすれば、それらを相殺することで差押を免れることが可能となってしまう。

すなわち、**差押え時に債権は存在したが、それが相殺適状でなかった場合**が議論の対象となる。基本的な考え方としては**制限説**と**無制限説**がある。無制限説は、相殺が常に勝つと言い、制限説はそれに勝てない場合があるだろうという訳である。

#### b) 判例の展開

### 最判昭和 32 年 7 月 19 日民集 11 巻 7 号 1297 頁：判例集 163 事件

銀行に対しての預金債権を第三者が差押えたと言うケース。銀行の持つ手形金債権のほうのみが弁済期に達していたので、最高裁は、ここで銀行による相殺を認めた。先ほどの相殺適状の基準については、受働債権の弁済期が到達していない場合でも、期限の利益を放棄すれば弁済期が到達したとみなしていいじゃん！ということだったわけだが、なんと期限の利益の放棄には遡及効が無い。これにより、差押の時点では相殺適状であったとは期限の利益を放棄したところと言えなさそうでもある。しかしながらここでは、相殺をする側の銀行は、自らの債務(受働債権)の弁済期がくれば当然相殺できるものとして期待を有していたわけで、それが考慮されたのである。これはまだまだ特殊状況下の判例であるところ、その後最高裁は相殺できる範囲を広げていく。

### 最大判昭和 39 年 12 月 23 日民集 18 巻 10 号 2217 頁：判例集 166 事件

両債権が弁済期未到来であったときでも相殺が可能であるとする。

だが、ここで基準として「**弁済期の先後**」における区別をしたのだった。

① **差し押えられた受働債権に対して、自働債権のほうに先に弁済期を迎えるときは、相殺できる**。すなわち、相殺者は差押者が債権を実行できるようになる前に自働債権をもとに相殺できる立場にいたから、その期待が保護される。

② 対して**自働債権の方が後に弁済期を迎えるときは、差押債権(受働債権)の弁済期が過ぎてから「待つ」必要がある**わけで、ここで相殺の期待は、差押債権(受働債権)について債務不履行が生じるなどといった場合を考えたいでしか生じえないのである。

この判例の理解は議論を呼んだが、まあ後述する制限説 I の立場に親和的である。議論を呼んだと言うのは、この判決自体 7 対 6 の僅差であり、やっぱり条文にはないこんな制限をかけるのではなく、②の場合にも相殺を認めるべきではないかという意見が出たのである。



## 最大判昭和 45 年 6 月 24 日民集 24 巻 6 号 587 頁：判例集 165 事件

ということで、受働債権弁済期のほうが先の場合でも相殺可能だとした判例である。このような、「制限かけるんじゃない」と言う立場を、**無制限説**と言う。511 条の文言を素直に解釈した立場といえ、これまた僅差の判例であったものの、一応無制限説が法定相殺においては判例の立場だと言われている(本当にそうかは別として)。

### c) 学説

上記判例の理解は、まあおおむね以下のように整理することができる。

①**制限説 I** …弁済期の先後により区別し、受働債権が先に弁済期を迎える場合は相殺不可とする。

②**制限説 II** (合理的期待説) …制限説 I では保護されない場合でも、相殺に対する合理的期待があると見なしうる場合には相殺可能とする。判例の結論よりも理由付けのほうに着目した理解といえよう。ただこの評価は難しいし、結局はそれって無制限説になるんじゃないかという批判がなされている。

③**無制限説** …状況によらず、差押え時に両債権が存在する限り差押え後も相殺可能とする。

これのうちどれを採用するかが問題だが、基本的には相殺予約の場合と法定相殺の場合に分けて考えるのが近時の傾向といえる。

#### ◎法定相殺の場合

制限説 I が最有力である。まず、無制限説はさすがにないだろうといわれ、制限説が支持される。まあ相殺の期待がおよそ存在しないような場合にまで無制限に相殺を認めても、差押債権者が困るだけであるから妥当である。では、そこで制限説 II が排除されるのは何故か、であるが、単純に曖昧だからである。

**債権回収は基本的にせっぱつまつたギリギリの判断が要求されるような事態となるのだから、そのような場面で「合理的期待」なんてものをいちいち観念している暇はない。**近年の「分かりやすい」法律のルール策定を目指す動きからしても、このようなおよそ素人には予測可能性が担保されないようなやりかたは支持されなくなっているのである。

#### ◎相殺予約の場合

この場合は、実は制限説とか無制限説とかいうよりもむしろ「契約を第三者に対抗できるか」、という視点が必要だと近年はいわれている。ようするにこれを一種の特約と見て、債権譲渡禁止特約の第三者対抗などと同様に考えるという視点が提示されているのである。つまり、善意無重過失の第三者には相殺を対抗できないとする。具体的には、調べれば特約があると分かるような場合には、第三者が保護されないことがある。

このような視点からは、銀行取引の特殊性に鑑みて銀行についての判例を理解することもできる。

すなわち、昭和 39 年判決では、銀行取引における特約ルールが無効とされた。このルールと言うのは、今の議論が「債務が存在するけど相殺適状じゃないじゃんか」という事態によっていたことから、銀行側が「特約でこういうときには相殺適状になる」ルールを作っていたというものである。これが、制限説の立場から無効とされた。だが結局、昭和 45 年判決では契約自由の原則より特約の有効性を認めたのだった。

ここから、判例は無制限説に立つようになった、と理解することもできたし、先程はそう書いた。

だが、この理由の背景にあるのは、やはり**銀行取引における預金と貸付金との牽連関係のなかで、前者が後者の担保として機能している**と言う社会的事実、常識であり、上述した特約の存在はその大前提となる。このような特殊性が考慮され、(銀行の)相殺予約においては第三者にそれを対抗できるという理解がなされたともいえる。すなわち、特約への対抗、「特約を知ることができたのか」と言う議論に、上記判例の理解を解消させることも不可能ではないだろう。そうすると、実は先ほど無制限説の判例としてあげた昭和 45 年のケースも、他の理解ができなくもなかったりする。

## (2) 債権譲渡と相殺

これは 2 つの債権が存在する状況での債権譲渡後に、相殺が可能であるかの問題である。

差押えと相殺の問題に類似する。例えば、A が B に対して債権を持っていて、B も A に対して債権を持っていた場合に、A が C に債権譲渡した！とかいうケースが考えられる。

もっとも、**債権譲受人は債権を時に一定の対価を支払って「取得」した(「差押」ではない)ことや、相殺者は特約で自衛手段を執りうることから、債権譲受人の要保護性を差押債権者より高く見る**学説が多数である。

実際問題もうお金を払っている場合があるし、差押債権者とは違い、当該取得債権以外に、債権回収を得る方策が失われているというケースが一般的に存在するのである。

すなわち、差押と相殺に関しては無制限説をとるにしても、とらないにしても、この問題においては**制限説**をとると言う立場が多い。制限説は、上の分類のⅠの方である。Ⅱはさっきも述べたが曖昧であり支持されない。※しかし、相殺の合理的期待を保護すべく制限説は立ち上がったわけだが、そもそも債権譲渡があると、債権の帰属が変わってしまう。**帰属が変わる前に相殺適状にならない限り、厳密には相殺当事者間における「相反する」債権が存在しなくなってしまう、相殺適状とは言えないのではないが**、とは指摘できる。

この点は従来の学説はドスルーして制限説Ⅰで行けるとしてきた。ドスルーしない**相殺適状説**という学説(つまり適状じゃないから相殺できないと言う)もあったがほぼシカトされてきたのである。これについての判例はないのでなんともいえないが、まあちょっと微妙なところもあるということは、知っておいて損はない。

### (3) 相殺権の濫用

一定の場面での相殺は「**相殺権の濫用**」として効力が否定される。公平の理念に反する恣意的な相殺は、濫用となることがある。たとえば債権回収を他の一般債権者より有利に行うために、無資力の相手方に対して相殺をする場合などは、やりようによっては濫用になることがある。

#### ※狙い撃ち相殺

自分の持つ自働債権と相殺できる受働債権が複数ある場合には、まあなんか選ぶことになるわけだが、その選び方が余りにもいやがらせ的な場合には狙い撃ち相殺として濫用評価を与えられる。受働債権として、第三者が差押えた債権をわざわざえらび、残りの受働債権は全部普通に弁済した場合に濫用と評価した地裁判例がある。

## 3 その他の債権消滅原因

### ◎更改 (513 条以下)

**更改**は、債権を消滅させた上で他の債権を発生させる契約である。新旧両債務は同一性がなく、担保や抗弁は維持されない。債権者の交替や、債務者の交替、債務の内容の変更がある。かつて債権譲渡などが認められない時代は効果があったが、今や使いにくいので(担保とか消えるし)ちょっとあれである。

※ということで、ある契約が更改契約にあたるかどうかはその効果の重大さからして慎重に判断すべきである。なお、債権者が交替する場合は確定日付ある証書によらなければ第三者に対抗できない。

### ◎免除 (債務免除：519 条)

**免除**は、債権者が債務者に対し無償での債務消滅を認める一方的意思表示(単独行為)である。しかし、第三者の権利を害することはできないということが判例上示されている。

### ◎混同 (520 条)

債権者と債務者が同一人となった場合に債権は法律上当然に消滅する。ただ、混同の例外は比較的広く承認される。他者の権利の目的となっている場合や、債権が証券化されている場合、債権の存在がある法制度の前提となっている場合など、消滅させるにふさわしくない場合が例外にあたるが、その外延は明確ではない。

## VI 債権者代位権・詐害行為取消権

これまでは、債権と言う権利の実現のために、実現内容が不完全であったり、そもそも実現がなかったりする場合に債権者に与えられる、履行障害を解決する救済手段を主に扱ってきた。

ここからは、債権の価値の実現の最終的なよりどころとなる、債務者の一般財産について、債務者がそれを適切に管理していないとき、それを保全し、維持と回復をはかる制度について確認していくことにする。

このような財産保全の諸制度として、具体的には債権者代位と、詐害行為取消について述べていくことになる。

## 1 債権者平等の原則

### ◎責任財産

債務者の総財産のうちで、担保権など特定人のための優先権が付着した財産を除いたものを**責任財産**(一般財産)という。優先権を有しない債権者(**一般債権者**)は、あくまで責任財産にのみ強制執行することができる。

というか、**債権の実現においては、債務者の一般財産が最終的な担保になっており、債権にはこの一般財産から債権の価値の満足を受けることのできる権能が備わっている**ということが出来る。この権能をして、**掘取力**とかいうこともある。この「担保」になっているという意味から責任財産と言うのである。

※この言葉づかいには、責任と債務の区別に議論が微妙に現れている。

抽象的な法的関係である債務は、ただちに具体的な行為義務、責任にはつながらないのであった。その極端な例が、給付は受けられるがそれを強制できない自然債務である。現在ではこのような責任なき債務は例外的であるから、一般財産による一般責任は原則妥当するしあまり取り立てて言うまでもないが、やはりある債権に拘取力が認められているとき、債務者の持つ財産には「責任」があると言えよう。

その責任財産の減少を防ぐための手段が一般債権者に与えられる必要があり、民法は**債権者代位権**と**詐害行為取消権**の制度を用意する。ただし、これらの権利を行使した債権者が他の一般債権者に事実上優先して債権回収ができる場合があることは、後述するが問題であり議論されている。

#### ◎債権者平等の原則

まあ一般財産がめっちゃあって、皆満足、というなら話はまとまるのだが、たいていそういうことにはならないので、債務者の責任財産が一般債権の総額に満たないことが普通にある。このとき、**債権者平等の原則**として**総債権者は債権額に比例した平等の弁済を受けることを原則とする**。強制執行や破産手続などにおいては特にこの原則が貫かれるが、その他の場面でも貫徹すべきかは見解が分かれる。

何せ、そのためには全ての債権額が確定している必要があるものの、それは争いがあるような場合には無理に近いのである。そういうときは、管財人との間で訴訟が起きたりして大変なコストがかかることになる。

そして平等という聞こえがいいが、これを貫くと最初に権利行使したものが何も得をしないことになる。どうせ一生懸命やっても後からノコノコいっても同じなのだったら、一肌脱いで債権回収をしなくてもいいだろうと思う人は、少なくないと言われている。このように平等を貫くと、着手することへのインセンティブが失われ、権利行使を促進できなくなることが問題とされているのである。ようするに、他の債権者の手続きへのただ乗りを認めるのが現行法制度なのである。まあ裁判所が絡む手続ならば正確な把握ができることもあるし、この原則が貫かれるのもわかるのだが、そうではないときにまでこれを貫くべきかは問題がある。



遠回りした奴が得をすることに

## 2 債権者代位権

【事例 11-1】A は、B に対し 100 万円の貸金債権を有していた。B は倒産間近の状態であり、C に対する売掛代金債権 150 万円を有しているが回収を怠っている。A がこの売掛代金債権から債権回収をなすには、どのようにすればよいか。

【事例 11-2】D は、E に対し 100 万円の貸金債権を有していた。E は倒産間近の状態であり、自らの財産管理を怠っているために、E は F に対する 40 万円の売掛代金債権を有しているものの消滅時効が完成しそうになっている。A は、当該債権の時効消滅を防ぐことができるか。

【事例 11-3】G は、H に対し甲土地を譲渡し、さらに H は I に対し甲土地を譲渡した。いずれの譲渡についても移転登記は未了であり、登記を得たい I は誰に何を請求すればよいか。

### [A] 基本的規律

#### (1) 総説

【事例 11-1】A は、B に対し 100 万円の貸金債権を有していた。B は倒産間近の状態であり、C に対する売掛代金債権 150 万円を有しているが回収を怠っている。A がこの売掛代金債権から債権回収をなすには、どのようにすればよいか。

自分が一生懸命債権回収しても、それをどうせとられてしまうような B には、回収のモチベーションがあまりない。このとき、事実上の利益計算をする A が回収できるような制度が求められるのである。

【事例 11-2】D は、E に対し 100 万円の貸金債権を有していた。E は倒産間近の状態であり、自らの財産管理を怠っているために、E は F に対する 40 万円の売掛代金債権を有しているものの消滅時効が完成しそうになっている。A は、当該債権の時効消滅を防ぐことができるか。



Eは意欲を失っているわけで、ここでもなんらかのアクションを認めるべきであろう。

では、ここで具体的に何をすべきか。Aが**強制執行**するためには、基本的には**債務名義**を持ち出さないとはいけな  
いから、それは大変である。そこで、**債権者代位**として、**債権者が、債務者が有する債権を一定の場合に行使す  
ることが認められている**のである。時効を中断させたいとかそういうときも、本来は債務者が裁判所に行って何  
らかのアクションを起こすべきであるが、同じように無理があるから、債権者代位と言うシステムには意義があ  
る。

ただし、ここでは「債務者に払え」という訴訟を起こすことが債権者にできるかという無理がある。そもそも  
債務者が消えていることもある。つまりここで、例えば事例 11-1 の A はあくまで「**自己に払え**」と請求するほ  
**かない**のである。このことは、重大な意味を持つ。

Aが弁済を受けたとしよう。ただこれは本来は B の債権である。そうすると、本来的には弁済金は返さないとい  
けないことになる。しかし、A は、この**弁済金と本来の B に対して持つ債権と相殺できるので、満足を得るこ  
とができる**のである。この機能に着目され、広く債権者代位は活用されてきた。

で、これで本当にいいのか？というのが、現代の問題である。だって、制度主旨としては共同担保のために責任  
財産を確保すべきであるという建前だったのに、これって A が抜け駆けすることにつながるのである。

なお、根拠条文は 423 条である。

【参照】民法 423 条

- 1 債権者は、自己の債権を**保全**するため、債務者に属する権利を行使することができる。ただし、債務者の  
一身に専属する権利のは、この限りでない
- 2 債権者は、その債権の期限が到来しない間は、裁判上の代位によらなければ、前項の権利を行使すること  
ができない。ただし、保存行為は、この限りでない

これはあくまで、「保全」のためということに条文上もなっているのである。

だが、上の議論のように、実際には特定の債権者の満足のためにこのシステムが利用されている実態がある。

## (2) 要件

### a) **保全の必要性**（無資力要件）

債権者が自己の債権（被保全債権）を「保全するため」になされる必要がある。これについては、債務者の無資  
力によって充足されるとするのが通説で、無資力要件と読み替えられている。ただし、債権者代位権の転用事例  
では、無資力要件が不要とされることがある。

いくつかの場面で、債権者代位を法律構成として便利なので転用することが行われるのだが、このような場合に  
無資力要件が必要ではないと言われることがあるのである。しかしまあ多くの場合は金銭債権の確保の為なので、  
無資力が要件となる。

### b) **被保全債権の存在等**

当然だが、保全される債権自体が存在していないといけない。ただ**債権者代位権の行使時点で存在していればよ  
く、被代位権利より先に成立している必要はない**（判例・通説）。この点実は詐害行為取消権と違い、時間的先  
後が問題とならない。仮に BC 間の債権が先に成立していたとしても、そういった B の権利関係を前提として、  
B に対して金銭を貸し付けたりすることはできるから、債権者代位権においては前後が問題とならない。さらに  
債権の消滅を防ぐと言う本来的な目的に照らすと、必要性自体は前後関係を問題としないのである。

被保全債権は原則として金銭債権であることを要し、履行期が到来していることが必要である。履行期前に代位  
を認めると、債権回収が本来はできないのに事実上できてしまうということになるし。

ただ、債務者の持っている債権が時効消滅しちゃうから、このままじゃあ手遅れと言うこともある。そこで 2 項  
がそれに配慮している。つまり、**裁判上の代位と保存行為については履行期前でも行使可能**となる（423 条 2 項）。  
保存行為については事前許可もいらぬものと思われる。時効消滅を防ぐ時など。

※裁判上の代位は、債権者代位を訴訟上で行うこととは全く違う。裁判上の代位は、本来債権を行使できないと  
きに、裁判所の事前の許可手続きを受けて債権行使する、非訟事件手続法の規律に服すサービスである。

### c) **被代位権利の存在等**

これも当然っちゃあ当然である。ただこの場合に言う権利は、決して債権に限らず、物権的請求権、形成権（取  
消権・解除権など）、意思表示などすべての権利が含まれる。

しかし例外として、**一身専属性**（ここでいうのは行使上の一身専属性である）のある権利や**差押禁止債権**は対象とならない。差押禁止債権は生活保護という考えから代位されない。ただし具体的には微妙な場合もある。  
※一身専属性には帰属上のそれと行使上のそれとにわかれ、帰属上のは債権譲渡などで問題となるのだった。  
ここで言われるのは、あくまで行使上のもの。だって代位しても帰属は動かないのだから。すなわち A が B に代わって行使できるかどうか、それが問われるのである。

代位行使不可…**離婚請求権、扶養請求権、未確定の慰謝料請求権、遺留分減殺請求権、契約の申込み・承諾**など。  
代位行使可能…**相殺、消滅時効の援用**（最判昭和 43 年 9 月 26 日民集 22 巻 9 号 2002 頁）。

まあ、一見すると代位行使とかの問題とは無縁な離婚請求権などについて書く必要があるのか、という感じもするかもしれないが、実はこのようなものも財産上重要なファクターであることがありうる。たとえば配偶者の一方が非常に浪費する奴で、収入を得ている他方の配偶者が債務を負担しているとしよう。

こいつにお金を貸しているなんてとき、「あの浪費人間とは離婚しろ前！」ということもありうるわけである。言いたくなることはあるんだが、でも一身専属性があるから認められないのである。

※教官「だから、結婚するときは自分でちゃんと考えるんだよ！」

契約を結ばせると言うことについても、やはりまだない法律関係を作らせるとするのは、私的自治の世の中への介入が強すぎるだろうと言われるのである。

なおここでのポイントは、**未行使の権利**である必要があることである。たとえば権利行使を始めたが、相手がなかなか支払ってくれず、それに対して強気に出ていないような「甘い取り立て」に対して、債権者が強引に出ていくことは認められない。このシステムはあくまで**権利行使を怠っているから介入していいよと言うものであり、やりかたが充分でなくても権利行使がある場合には介入は認められない**のである。なお、債務者の権利行使により積極的に責任財産を減少させるようなことがあった場合は、詐害行為取消権の問題となる。

### (3) 行使方法・行使可能範囲

**代位は裁判上でも裁判外でも行使可能である**。裁判上行う場合は代位訴訟を起こすことになる。

裁判外というのは、おうちにいて「わたくしが代位します」といって請求することもありということである。ここでは債務名義がいらないとされ、かなり簡易な権利行使ができることになる。

具体的に何が請求できるかが問題となるが、**自己への引渡し**は請求できる。ただし被保全債権の額の範囲でのみ代位行使が可能となる（大判昭和 10 年 3 月 12 日民集 14 巻 482 頁：判例集 91 事件、最判昭和 44 年 6 月 24 日民集 23 巻 7 号 1079 頁：判例集 92 事件）。

ここではやはり自己利益の反映ということが重視される。本当に責任財産の保全のみを考えると、誰でもいくらでも代位できる方がいい。しかし、後述するようにここには事実上の優先弁済権のようなものがあるから、そうすると自己が有する債権額以上のそれをもたらすと、不当な結果を招くことになりかねない。

また、第三債務者は債務者に対して主張し得た抗弁をそのまま主張できるが、**代位債権者に対する抗弁は主張できない**とされている（最判昭和 54 年 3 月 16 日民集 33 巻 2 号 270 頁：判例集 93 事件）。

請求してきているのが A だからといって、もとの債権に対して抗弁を変に足せないということである。

### (4) 効果

代位権行使により、**債務者は当該権利の処分権限を失う**ことになる。権利行使に着手すれば代位ができない裏返しとして、代位がはじまると本来それを有していた者でも権利行使ができない。結局権利行使する者は一人にしようぜということなのである。この現象面に着目すると、差押と同じ効果が発生するという学者もいる。

そして、債権者代位権の行使の結果は債務者に及ぶとされる（通説）。

代位訴訟における判決の効力も、そのまま債務者に及ぶとするのが通説・判例である。理由としてはもともとの制度主旨がそうだから、ということになる。

ただ民事訴訟法学説には異論があり、代位債権者がはじめた訴訟で敗訴したりすると、本来の債権者が害されるということになることが指摘される。が、敗訴や勝訴で場合分けすると複雑な仕組みが必要になるし、本来債権者もサボってる以上一定のリスクは織り込み済みであることが想定されるのであまり支持されてはいない。民訴的に言えば、代位債権者は**法定訴訟担当**となる。すなわち、あくまで債務者の立場で訴訟を起こすということになる。

## [B] 債権者代位権の転用

### (1) 概説

本来的には、金銭債権の保全や回収のために使われたが、債権者代位権は、本来の要件を満たさない場面でも活用されることがある。もっとも、どのような場面で認められ、どのような場面で認められないかははっきりしていない。そのあたりを考えてみようと言う話。

### (2) 具体例

【事例 11-3】G は、H に対し甲土地を譲渡し、さらに H は I に対し甲土地を譲渡した。いずれの譲渡についても移転登記は未了であり、登記を得たい I は誰に何を請求すればよいか。

#### ① 登記請求権

現実問題、登記に必要な他者の協力が得られないと言うことはある。事例 11-3 では、I は登記の移転請求をすること自体は問題ない。が、現時点ではおそらく G に登記があるので、G に対しての直接の登記を要求することが出来ないのである。この場合に、I に対して一定の権利を認め、実効性を確保することが要請される。ということで、**登記請求権を有する債権者が、債務者の有する同一目的物の登記請求権を代位行使することが認められている**（通説・判例：大判明治 43 年 7 月 6 日民録 16 輯 537 頁：判例集 87 事件）。明治の判例が残っているのであるから、この要請がかなり明白なものであることが伺える。

不動産が A→B→C と順次譲渡されたが、登記が A のもとに残っている場合などが例となる。

#### ② 不動産賃貸借における妨害排除請求

**賃借人は、賃貸人の有する物権的妨害排除請求権を代位行使できる**（大判昭和 4 年 12 月 16 日民集 8 巻 944 頁：判例集 88 事件）。

ここまですら概観すると、「転用」事例は、大雑把には、(i)被保全債権が金銭債権以外であり、(ii)無資力要件が課されないのが特徴だといえる。不動産賃貸借権のときも、確保される使用収益権が賃借権として債権的に移転されているのであって、この使用収益権の確保は不可分の前提である。この密接不可分の関連性を理由に、代位行使のロジックを立てることができるのではなかろうか。

これまでに転用の可否が論じられたものとして、例えば損害保険における被害者の直接請求が可能かがある。加害者 A さんと被害者 B さんがいるとき、B が A に対して損害賠償請求権を有することになる。普通は A が自賠責及び任意保険に入るから、損害保険契約を締結しており、保険会社 C から A に保険が支払われ、A から B にお金が行くわけである。ところが、ここで A をはさむことで B への支払いに危険があったりする。そのため、B から C に対して直接の請求を認めることができないかが問われたわけである。これはまさに金銭債権であるが、ここで債権者代位権を普通に使うのではなく「転用」すれば、A に無資力要件をかけずとも代位ができてうれしい。ただ、今度は責任財産の全体が引き当てになっているから、賃借権とは違いここでまず無資力要件をかける必要からは逃れられないのではないかということになる。そのためか判例はここで代位を否定しているが、学説ではこれは認めるべきだと言う理解が有力である。今では保険約款によって直接請求権が規定されており、直接の請求が運用上実施されているが。

## [C] 債権者代位権の制度趣旨

### (1) 総説

何度も言っているが、債権者代位権は、元来責任財産の減少を防ぎ、強制執行の準備をなすための権利であるとされていた。しかし、**代位債権者が事実上の優先弁済効を有すること**をどのように評価するかが問題となり、整合的な制度理解が試みられた。制度主旨と結論との差異を等閑視するのではなく、どう理解していくかという問題意識があったのである。

### (2) 制度趣旨に関する諸説

#### a) 通説・判例の理解

あくまで債権者代位権は責任財産保全のための制度であるという理解に立ちつつ、優先弁済効は例外的に認める。基本的に、例外的に債務者の財産管理への介入を許す制度、との制度の理解から、「例外」であるために無資力要件は維持されるし、例外的場面であるのだから判決の効力は債務者にも及ぶことになるのである。



さらに、**訴訟告知**等により代位訴訟への他の債権者の関与を促し、債権者平等を極力実現することを目指す見解もある。特定の債権者だけが代位しようとするから問題なのだ！というわけで、案分比例で弁済を受けられるような感じにしようぜというわけである。なお、代位債権者が複数いること自体は否定されていない。あくまで代位者と債務者が同時に権利行使できないというだけである。

#### b) **包括担保権説**（平井さんなど）

正面から一定の債権者に得になることを認めようという考え方。

債権者は債務者の一般財産に「包括担保権」を有するとの理解を前提に、債権者**固有の権利**として代位権を位置づける。固有の権利だから勝手に使っても全然かまわないことになる。ここでは「例外」であることは強調されないから、無資力要件は「保全の必要性」判断のあくまで一要素とされ、金銭債権での転用事例を広く認める傾向につながりやすい。ここがまさに、保全の必要性を軽視すると条文軽視になるとして批判を浴びる点ではある。平井さん以前のこの説の論者はこれを完全にいらないとして叩かれていたし。

※普通の担保債権者は目的財産に対して様々な形で使用方法や取り扱い方について口出しをすることができる。

そういった一定の介入権限を担保権限者は有するが、同じようなものを一般債権者にも「代位」と言う形で認めていいとするのである。

これによると、**代位訴訟などはあくまでじぶんのための訴訟になり、判決の効力は訴訟法の原則通り当事者以外に及ばないし、他の債権者の関与も積極的には認めないこととなる**。そのような理解に対しては、やはり債権者平等を貫徹すべきであるとか、**保存行為**等における代位権の機能を説明できないなどの批判がある。

#### ※保存行為における代位

423条にあるように履行期前に本来は何もできない立場の代位債権者すら保存行為が出来るのは、判例通説からは整合的に理解できる(債務者の財産保全のためだし)が、固有の権利だというなら自己が権利行使できないのになんでそんなことできるんですかということになるわけである。このようなこともあり、なお小数説。

※債権法改正にあたって、学者は「債権者平等か自己権利の実現かとはっきりさせよう」という意識をもって議論を戦わせたが、結局今の制度はそこそこ便利なので、実務の要望から据え置かれる感じになりそう。

### 3 詐害行為取消権

【事例 12-1】A は、B に対し 5000 万円の貸金債権を有していたが、既に B は債務不履行に陥り弁済の見通しは立っていない。B は、自己のほぼ唯一の財産である甲土地（時価 5000 万円）への強制執行を恐れ、甲土地を知人 C に無償で譲渡してその旨の移転登記を経由した後、C から甲土地の使用貸借を受けて使用を継続した。A は、どのような対応をとることができるか。甲土地が C に対して 5000 万円で売却され、代金が既に B に支払われている場合は、どうか。

【事例 12-2】A は、B に対し 5000 万円の貸金債権を有していたが、既に B は債務不履行に陥り弁済の見通しは立っていない。また、C も B に対して 1000 万円の貸金債権を有していたところ、B は、自己のほぼ唯一の財産である甲土地（時価 1 億円）を C の債権に対する代物弁済として譲渡し、移転登記を経由した。A は、どのような対応をとることができるか。C の債権額が 1 億円だった場合は、どうか。

【事例 12-3】A は、B に対し 5000 万円の貸金債権を有していたが、既に B は債務不履行に陥り弁済の見通しは立っていない。B は、自己のほぼ唯一の財産である甲土地（時価 5000 万円）への強制執行を恐れ、甲土地を知人 C に無償で譲渡し、さらに甲土地は BC 間の取引について事情を知らない D に転売されて移転登記がなされた。A は、どのような対応をとることができるか。A の債権額が 2000 万円だった場合は、どうか。

#### [A] 序論

##### (1) 総説

今までは債務者が何もしないぜ…というときのパターンだったが、債務者は積極的に責任財産を減らすこともありうる。そのような債務者による責任財産の減少を防ぐために設けられた制度が、**詐害行為取消権**である。

【事例 12-1】A は、B に対し 5000 万円の貸金債権を有していたが、既に B は債務不履行に陥り弁済の見通しは立っていない。B は、自己のほぼ唯一の財産である甲土地(時価 5000 万円)への強制執行を恐れ、甲土地を知人 C に無償で譲渡してその旨の移転登記を経由した後、C から甲土地の使用貸借を受けて使用を継続した。A は、どのような対応をとることができるか。甲土地が C に対して 5000 万円で売却され、代金が既に B に支払われている場合は、どうか。

【事例 12-2】A は、B に対し 5000 万円の貸金債権を有していたが、既に B は債務不履行に陥り弁済の見通しは立っていない。また、C も B に対して 1000 万円の貸金債権を有していたところ、B は、自己のほぼ唯一の財産である甲土地(時価 1 億円)を C の債権に対する代物弁済として譲渡し、移転登記を経由した。A は、どのような対応をとることができるか。C の債権額が 1 億円だった場合は、どうか。

どちらの例も状況は良く似ている。A が B に対して債権を有するとき、第三者 C に対して B が、自己の保有する財産を何らかの形で譲渡した場合に、この譲渡行為を取消したいと言う問題意識である。

事例 12-1 のときは、5000 万円の土地を譲渡している。登記は移ったものの、使用貸借を受けて使用は継続している。タダでそんな土地を使わせることも、タダでそんな土地をあげることも、およそ普通には考えられないことである。どう考えても**偽装譲渡**と言われるもので、執行妨害の典型例である。形式だけ責任財産から外して執行から逃れようとしているのである。実質的な取引内容があり、親しい人間関係から行われた可能性があることも稀にあるが、99%偽装である。

事例 12-2 の場合は、C も債権者である。が、たかだか 1000 万円の債権者である。なんと 1000 万円の貸金債権のために、代物弁済として 1 億円もの土地を得ているのである。まあ債権者が強い場合には、代物弁済として債権額よりも高額なものを「迷惑料込だ」とかいって奪うことがありうる。1 億とかマジかよと言う感じだが。このような行為によって損害を受けるのは、他の債権者である。他の債権者にわたるはずだった 9000 万の一般財産が消滅することになるのだし。

このような 12-1 のような第三者に対しての行為の場合を**狭義の詐害行為**、12-2 のようなある債権者を理不尽に優先するケースを**偏頗(へんぱ)行為**という。このような事態に立ち向かう道具として、**詐害行為取消権**は用意されている。さて、まずは条文を確認である。

【参照】民法 424 条

- 1 債権者は、債務者が債権者を害することを知ってした法律行為の取消しを裁判所に請求することができる。ただし、その行為によって利益を受けた者又は転得者がその行為又は転得の時ににおいて債権者を害すべき事実を知らなかったときは、この限りでない
- 2 前項の規定は、財産権を目的としない法律行為については、適用しない

**債務者の取引行為によって債権者が害され、債務者がそれを知りつつ行為をなした場合に、債権者が当該行為の「取消し」を行うことができる。**

この詐害行為の取消しは、**全債権者の利益のために効力を有する**とされている(425 条)。もっとも、取消債権者は取消後の返還金等を自ら受領でき、それと自己の債権との相殺により事実上**優先弁済**を受ける。このような帰結を正面から肯定できるかを中心に、制度趣旨や取消の法的性質をめぐる大議論が展開された。

以下、A に対しての債務者 B が、C に対して何かを譲渡した偽装売買のケースを念頭に話す。

A は、ここで取消訴訟を裁判所に請求する。その場合の相手方がまず問題だったりするのだが、判例通説では C を相手取る。取り消し訴訟を通じて勝訴すると、偽装売買契約が無効となる。

既に財産が C のもとへ行っている場合、実は動産と不動産で扱いが異なる。今、この財産が仮に金銭だった場合を考える。話の筋は、このような場合はとても債権者代位と似通う。

責任財産の保全の観点からは、C のもとへ行っている財産を B のもとへもどす必要があるわけだが、B はここで、受け取るかも所在が知れるのかもわからないから、代わりに A が受け取ることができるかとされている。そうしたら、もう読めるだろうが、おなじみの相殺である。結局 A は、優先的に満足を得ることができてしまうのである。皆のための詐害行為取消をしたはずが、詐害行為取消した人間が弁済を受けることになり、得をする。

事例 12-1 の C のように、まあせこいやつを退治した報酬として、桃太郎が奪った鬼が島の宝のように処理するのもわからないでもないが、事例 12-2 のように普通に債権者だったりするとその理論も微妙である。

いずれにしても、**詐害行為取消権と言う制度は、責任財産の逸出を防ぐとうたいつつ(425 条)も、取り消し債権者の為だけに使われるということが結論としても是認されているではないか**ということになるのである。

## (2) 詐害行為取消権の機能場面

### ① 狭義の詐害行為

無償譲渡、執行妨害目的の譲渡などが含まれる。これ以外でもある程度責任財産が減ることを知りながら、財産を移転させる行為を指す。あくまで債権者への害意をもって行為を行うこと。

### ② 偏頗行為

特定の債権者のみに対する弁済など、債権者平等を害する財産移転行為を指す。これは**財産移転行為自体はあくまで正当な権利行使である**ことが前提になっている。これを取消権の対象とするかにはかなり争いがあり、これは詐害行為の射程の問題に直結する。

これについての議論のきっかけになったのは、破産法上の否認権（破産法 160 条以下）の問題である。破産法上は否認権と言うのがある。これは沿革的には詐害行為取消権と同じ趣旨からきていて、破産手続き前の財産減少行為を管財人が否認することが出来るとする制度である。

これを可能にするのが破産法 160 条であり、実に民法 424 条と似ているわけである。

【参照】破産法第 160 条

1 次に掲げる行為（担保の供与又は債務の消滅に関する行為を除く。）は、破産手続開始後、破産財団のために否認することができる。

一 破産者が破産債権者を害することを知ってした行為。ただし、これによって利益を受けた者が、その行為の当時、破産債権者を害する事実を知らなかったときは、この限りでない。

二 破産者が支払の停止又は破産手続開始の申立て（以下この節において「支払の停止等」という。）があった後にした破産債権者を害する行為。ただし、これによって利益を受けた者が、その行為の当時、支払の停止等があったこと及び破産債権者を害する事実を知らなかったときは、この限りでない。

2 破産者がした債務の消滅に関する行為であって、債権者の受けた給付の価額が当該行為によって消滅した債務の額より過大であるものは、前項各号に掲げる要件のいずれかに該当するときは、破産手続開始後、その消滅した債務の額に相当する部分以外の部分に限り、破産財団のために否認することができる。

3 破産者が支払の停止等があった後又はその前六月以内にした無償行為及びこれと同視すべき有償行為は、破産手続開始後、破産財団のために否認することができる。

※ 2 項のそれは危機否認として、債権者を害していたことを証明せずとも否認の対象とすることが可能。

ここで、**161 条以下には財産の処分行為についても否認できるとして、内容的にはもろに偏頗行為のことが書いてある**のである。

【参照】破産法第 161 条 1 項(抜粋)

破産者が、その有する財産を処分する行為をした場合において、その行為の相手方から**相当の対価**を取得しているときは、その行為は、次に掲げる要件のいずれにも該当する場合に限り、破産手続開始後、破産財団のために否認することができる。

【参照】破産法第 162 条 1 項(抜粋)

次に掲げる行為（既存の債務についてされた**担保の供与**又は**債務の消滅に関する行為**に限る。）は、破産手続開始後、破産財団のために否認することができる

一部だけでも載せてみました。改正前の破産法はここまで細かい要件が書かれていなかったの、差異がそれほどわからなかったのだが、詳しい規定が破産法におかれた。

そのために、本来破産法が特別法であるのはその通りであるのだが、実際上は破産の場面でどのような処理がなされるのかが民法解釈にも反映されるようになったのである。

※破産法の扱う、「多数当事者のリスク配分」という要請が妥当する領域は大きいし、そのような領域は出来る限りは統一的なルールによって規律されることが望ましくもある。

このようなこともあって、**一概にも言えないが、偏頗行為の否認もできなくもないんじゃないか**という意見がでてくるわけである。判例も一定のそれを認める。

そうなると、具体的な破産法上の基準が詐害行為取消においても適用されるべきではないかと言う議論がでてくることになる。ここから議論をしていくが、これは基本的に破産法改正前の議論であることに注意。この条文のもとで新たに立場を修正すべきであるという理解が強まってきていて、裁判所の意向が変わる可能性もなくはない。ということで、まだまだ発展途上だな…とかいう議論になるのだが、まあ頑張ってみよう。



## [B] 要件

### (1) 一般的要件

424 条に従って要件が組み立てられる。債権者、債務者、転得者にわけて議論することが多い。

#### a) 債権者側の要件——被保全債権の存在等

債権者でないとダメです。あたりまえ。被保全債権は**金銭債権**である必要があるとするのが一般である。責任財産の減少を防ぐ為の、**財産全体を引き当てにする人向けの権利であるから、特定物の引渡債権を有するからといって取消ができることにはならない**だろう。しかしながら、非金銭債権でも損害賠償債権に転化しうる場合は究極的には金銭債権だから、被保全債権となりうる。

#### 最大判昭和 36 年 7 月 19 日民集 15 巻 7 号 1875 頁：判例集 94 事件

損害賠償請求権に転化する非金銭債権者につき、詐害行為取消権者として妥当するとした。

なお、被保全債権は詐害行為時に存在する必要がある。これは、債権者代位と異なる。代位の時は時間的な前後関係を問わずに、権利行使を怠っているものがあれば代位債権者が介入することができたわけだが、被保全債権がここでは存在する必要がある。

なぜなら**これは取消債権者個人の利益保護のためであるから**、と説明されることが多い。425 条の「全ての債権者」のためという主旨を徹底すると別に時間的な前後関係は必要ないように思えるが、それによっても、なお個々の責任財産に対する期待が害される必要がないといけなく、ということをや詐害行為取消においては重視している。ただし、履行期の到来は不要である。すでに履行期が到来して権利行使できる状態ではなくても期待している責任財産はあるわけで、これに対して保護はかけられる。このように、取消債権者個人・そして全債権者の利益保護のバランスのとり方が債権者代位と異なっている。

#### b) 債務者側の要件①——**行為の詐害性**〔客観的要件〕

##### A「行為」

取消の対象は**債務者の行為**である。第三者が無断に行ったことは含まれないということである。

厳密には法律行為でない、弁済や債務の承認なども含むが、不作為や事実行為は含まれない。

単なる**対抗要件具備は詐害行為とならず、その原因行為が取消の対象となる**というのが判例の立場である。確かに原因行為を取消せばオッケーだと言うことには一理あるのだが、この対抗要件への否認は破産法 164 条では否認権の一部として認められており、整合しない。実務的にはこれが結構でかいので、民法に影響しないのだろうかと言われているところである。

そして、財産権を目的としない法律行為は取消の対象とならない(424 条 2 項)。すなわち**婚姻・離婚**は取消不可である。浪費壁のある人と結婚することが詐害行為になるということを考えても、だからといって取消ができるとすれば、さすがにライフスタイルへの過度の介入となるので、できないとされる。**相続放棄**も取消せないが、**遺産分割協議は取消可能とする**のが判例である

#### 最判平成 11 年 6 月 11 日民集 53 巻 5 号 898 頁：判例集 100 事件

共同相続の際には動産不動産すべてが基本的に共有状態になる。その後になって不安定な状況を解消するために遺産相続をするわけであるが、そのために分割協議を行うことになる。

ここで特定の相続人についてのみ偏った配分をすることは、最高裁によって詐害行為取消権の対象となりうるものとされた。その性質上財産権を目的とする法律行為であることが指摘された。

これと相続放棄との違いは判別しにくいところがあるが、およそ相続人になるかどうかと、相続人となつてからの財産の配分には違いもあると説明するのは、不可能ではないだろう。

※実際、家督相続のような形で相続放棄が行われることがあるが、このようなものは財産権を目的とするものではないとされることもあるだろう。

##### B「詐害性」

債務者の無資力が必要と言われる。債権者を害するということが問題になっているわけだが、まず絶対に必要なのが無資力である。債権者代位権とは異なり、**例外的に無資力が要求されない場面は認められていない**。やはり「何もしてない奴の代わりにやる」代位よりも、「自分の意思で何かやった奴に文句を言う」詐害行為取消は、**私的自治**に対しての介入の度合いが強い。そのために、無資力要件も厳しく要求されているのである。

判断にあたっては**行為時**に無資力である(当該行為によって無資力になる場合を含む)ことに加え、取消訴訟の**口頭弁論終結時**にも無資力であることを要する(大判大正 15 年 11 月 13 日民集 5 巻 798 頁)。厳密にこれ

が必要かと言われると微妙だが、強い介入のための厳しい要件として、無資力が解消されているときには過去の行為についてのドラスティックな介入の必要なしとするのであろう。

これには、**責任財産が額面上減少する場合のみならず、実質的に配当率や配当可能性が減少する場合を含む**というのが通説判例の理解である。実質関係をみるということでもかなり重要。

実質判断をしていくと、たとえば債務者 B が、彼に 100 万の債権を有する債権者 C に 100 万円のブツを渡すとしても、場合によってはそれが偏頗行為になるときがある。計算上はプラスマイナスゼロである。なのに責任財産が減っていると考えるのは何故か、それは別の債権者 A を考えると分かる。A が B に対しこちらも 100 万円の債権を持っているとき、この計 200 万円の債務に対して財産が 100 万円しかなければ、B は二人に向けて 100 万を差し出すことはできない。このとき、AC どちらも実質的には 50 万円の債権しかもっていない、ということになり、B がこのうち片方に 100 万円をまるっと渡しちゃうと、やはりマイナスが生じると言えるのである。

#### c) 債務者側の要件②——**詐害意思**〔主観的要件〕

債務者には**詐害の意思**が必要だとされている。伝統的には詐害性要件とは別個とされていたが、b)と別個に要求されるのではなく両者を総合的に判断するとするのが今では通説であり、これを**相関関係説**という。

不法行為の相関関係説と同じく我妻さん発で、やはり考えかたも似ている。一方が強ければ他方が弱くても構わないと言うやつで、行為の詐害性がとても強い場合には詐害意思の立証はほぼ必要なくなり、行為の詐害性が強い場合にはとりわけ詐害意思を強く要求するべきだと言う理解である。この相関関係説は長らく通説だったのだが、破産法改正による否認権の要件の精密化により、単純な相関関係判断は維持されないとの見方が多い。

#### ◎詐害行為性に関する具体的判断

##### A **贈与・廉価売却・債務免除**

このような類型は詐害性が強く、債務者の主観は単なる認識のみで詐害行為となると言われる。主観にはほぼ立ち入らずとも、客観的予見だけでほぼ詐害行為認定してよい。

##### B **相当価格での売却**

学説では争いがあるが、判例は不動産売却につき原則として詐害行為性を肯定している。ただし、売却の目的・動機が正当な場合に限り詐害性を否定している。

すなわち、不動産と金銭では執行の容易性が違う。不動産に関しての執行には裁判所のコントロールがかなり及ぶのでいいのだが、金銭になるとどこに移されるかもわからないし、財産隠しもなされる恐れがある。執行段階でいろいろと問題が生じやすい。そのため**不動産の状態のほうが執行には有利**なのである。よって、そのような不動産を売却して換価することは、対価を得ているとしてもなお、それ自体で詐害行為となるわけである。

##### C **弁済**

義務的行為であるとして詐害行為性を否定する見解もあるが、債権者平等を重視し、害意がある場合には詐害行為性を肯定する見解もある。

##### D **代物弁済**

こちらは債権額より高額物を供す場合は、その認識さえあれば詐害行為性を認めて良いと言われている。相当価格の場合でも詐害意思が強い場合は肯定するのが多数説・判例。

##### E **担保供与**

非義務的に優先弁済を得させる行為であり、原則として詐害行為となるとするのが判例・通説。通常は既存の債権に新たに担保をつけることなので、他の債権者との関係で偏頗行為の一種と見られるわけである。

こういった具体的な取引類型は判例上も様々な事例が出されており、判例集 95 事件以降は確認しておいてほしい。時間ないから授業では確認しなかったけど。

※弁済について見解が分かっているなか、判例が単純な偏頗弁済を取消し対象にしているかは微妙だが、判例集 107 事件がそれを認めているようにも見えなくもない。

ただこの事案は代物弁済に近い事例である。代物弁済は詐害性認められやすいバイアスがかかるので、それによって認められているとも思われる。言うことで、偏頗行為がどう扱われているかはよくわからない。

※担保供与について 96 事件があるが、これはやむにやまれぬ事情を考慮したらしい。これ以前には担保供与について詐害行為性を認めているので、例外判例。

#### d) 受益者・転得者の要件——善意でないこと

**受益者が善意**のとき、または**転得者が善意**のときは取消不可となる（424 条 1 項ただし書き）。

債務者 (B)	受益者 (C)	転得者 (D)		C に対して	D に対して	
■ (詐害意思あり)	■	■	⇒	価格賠償	現物返還	(A が選択可)
■ (詐害意思あり)	■	○	⇒	価格賠償	取消不可	
■ (詐害意思あり)	○	■	⇒	取消不可	現物返還	(反対説あり)
■ (詐害意思あり)	○	○	⇒	取消不可	取消不可	
○ (詐害意思なし)	■	■	⇒	取消不可	取消不可	

○ = 善意 ■ = 悪意

通説は、詐害行為取消の効果を**相対取消**とする。つまり、上の図で言えば D を相手に詐害行為取消権を発動したとき、その効力は訴訟外の当事者 B や C に及ばないのである。ただし、このようにすると当たり前だが人によって生じている事態が異なることになる。

とはいえ通説は、途中に善意者が介入していても転得者が悪意か善意かをまた判断するとされる。

177 条における第三者に対しては相対的構成がとられるが、ここでも相対的構成がとられていることになる。なお、絶対的構成をとる論者からすれば、転得者が悪意であっても、受益者が善意であるならば取り消せないと言う帰結になる。表の途中にある「反対説」とはその意味である。

そして念のためだが、債務者に詐害行為がないと、受益者やらが悪意であろうが取消はできないものとされる。

## (2) 行使方法・行使可能範囲

**訴訟を通じてのみ行使できる**とされている。これは、424 条の「裁判所に」請求することができるとの文言による。こういうのはかなり珍しく、実体法上の請求権は裁判外において追行してもよいものが多いが、ここでは例外的にそれが認められない。相手方から所有権の確認訴訟などを提起された時も詐害行為取消権を抗弁によって主張することはできず、**反訴**を提起しなければならないとするのが判例である。(最判昭和 36 年 6 月 12 日民集 18 巻 5 号 764 頁)

また、訴訟の相手方は効果論と関係し諸説あるが、判例は**受益者**または**転得者**(または両者)を相手にすべきであるとする(大連判明治 44 年 3 月 24 日民録 17 輯 117 頁:判例集 102 事件)。

一番の争点は、債務者 B を相手方に含めなくて良いのかということである。これについては含めないとまずいのではないかという意見が強いのだが、効果論のところでもまとめて話す。

やはり自己の権利の実現の側面があることは前述したが、それゆえに被保全債権の債権額が取消しの限度となる。

## [C] 効果—判例理論による場合

【事例 13-1】A は、B に対し 5000 万円の貸金債権を有していたが、既に B は債務不履行に陥り弁済の見通しは立っていない。B は、自己のほぼ唯一の財産である甲土地(時価 5000 万円)への強制執行を恐れ、甲土地を知人 C に無償で譲渡してその旨の移転登記を経由した。A は、この無償譲渡につき詐害行為取消訴訟を提起しようとしている。A は誰を相手に何を請求できるか。A が勝訴した場合、B の他の一般債権者 D は、甲土地に対し強制執行を行えるか。

【事例 13-2】A は B に対し 500 万円の貸金債権を有し、C も B に対して 100 万円の貸金債権を有していたが、既に B は債務不履行に陥り弁済の見通しは立っていない。B は、旧知の C に対してだけは迷惑をかけたくないと考え、手持ちの現金 100 万円を弁済として C に支払ったところ、A はこれに対し詐害行為取消訴訟を提起しようとしている。A は、誰を相手に何を請求できるか。A の支払請求を受け、C は自らの「配当金」として 20 万円を留保することができるか。

## (1) 総説

詐害行為取消権の効果については、その法的性質と関連し激しい議論がなされていて、遡ると明治大正期から争いがあったようである。これについてはそもそも条文の作り方がまずかったと言わざるを得ないところがある。



※とはいえ最近ではそういうケースが非常に多い。法律家が立法の過程に関わっていないケースが増えていて、立法直後から典型場面につき解釈が分かれてしまうようなケースが多くなってしまふ。

教官「中央官庁に東大法が減ったことが影響しているのではないか…！」またまた～（笑）

いずれにせよこの問題は立法当初から争われていた。が、まずは判例の理解を一通りみていこう。

判例は詐欺行為取消しの性質を「相対的取消し」ととし、各場面の法律効果を個別的に検討する。ようするに、**すべての関係者の法律関係ではなく、特定の関係者との間でのみ効果を発生させる**。紛争解決に必要な限度でのみ取消を行えば十分であり、いたずらに効力を関係ないやつに及ぼして法律関係をごっちゃにする必要がないだろうと理解されていたのである。

さて、通説では詐欺行為取消の効果は、「**詐欺行為の取消**」「**逸出財産の返還・価格賠償**」とに分かれるので、順次見ていくことにする。

## (2) 詐欺行為の取消し

取消訴訟で取消しが認められた場合、当然に詐欺行為は取り消され、当初から効力がなかったものとなる。

ただし、取消しの効果は取消訴訟の当事者間でのみ生ずる。これを**相対的取消し**といい、すなわち**債務者に取消の効果は及ばない**。

こちらへんの理由付けがはっきりしないところでもあるのだが、まあ基本的に**直接の訴訟当事者として債務者をとらえると、こいつが所在不明だったりするときに実務的に不都合性が大きくなる**というのが一つ指摘できる。債権者間のやりとりだけで整理できる方が何かと都合がよいというわけである。

そういうわけで、債務者に効果が及ばない。

なお債務免除、未履行契約の場合など取消しのみで責任財産が保全される場合は、それ以上の効果は発生しない。まだモノが出ていないならば、取消すだけでよいからである。

## (3) 逸出財産の返還・価格賠償

他方で実際に責任財産が逸出している場合には、返還のプロセスがあることになる。原則として**現物返還**が必要だが、取消しの効果を受ける当事者が現物を有していない場合や現物を返還させることが不当な場合には、価格賠償で解決することになる。

そして問題として、「どうやって返還するのか」と言うことが残る。相対的取消しにより**債務者には効力が及んでいないのに、何故返す必要があるのだろうか**。これは問題だぞッ……！

### a) 不動産の場合

**登記名義**を債務者に復帰させるのが実務である。何故効力もないものに登記名義が戻るのだろうかということにもなるが、これは判決による登記として、判決があればそれによって当事者が出てこなくても抹消登記が出来るということになっているのである。だが、そこでは**占有**は必ずしも復しない。何しろその債務者には効力も及んでいないし、所在不明となっているかもしれないし。だが、**強制執行には登記名義の復帰のみで足りるから、それでもかまわないもの**とされている。

### ◎登記の対抗力との関係

二重譲渡の場合、第一譲受人が第二譲渡を取消し、自己への登記の移転を請求しうるのが問題となる。第二譲渡があった時点で、登記請求権自体はもっているわけである。その状態で第二譲渡が行われ登記もなされてしまったとき、第一譲受人に対しての詐欺行為取消があるといえそうである。そう言えば、第二譲受人に対しての譲渡を取消すように請求することができることになりそうである。認容されれば登記が譲渡人に戻るようになるが、当然所有権移転登記を求めることができそうである。

だがこれを認めると、**登記という対抗要件がなかった者が最終的に登記を得ることができることになってしまう**。これはさすがにおかしい。物権法上は登記の先後によって所有権の最終的な帰属が決まることになる。なのに、最初に登記を得たものが負けていることになるのである。

これは理論的にどうすればいいのかは議論がなされていて、確たる答えもない状況である。



※判例集 94 事件では、最高裁は特定物債権も詐害行為取消権の被保全債権として有効だとした。何故なら損害賠償請求権に転化する可能性があるからである。よって、そもそも詐害行為取消の「範囲外」にしてしまうというような解決はできない。

だがここでは、**取消しは認められるものの、移転登記は請求できない**（強制執行により金銭債権としての回収をなしうるに留まる）とするのが通説である。これはすなわち判決効が及んでいない人のところに登記が戻っても、そいつに命令して登記移転をさらに求めることができない、という理解に基づいている。

ただ、これは**相対効**を前提とするからこうなるだけである。これだと他の債権者にも判決効がかかっていないのだから、何故か他の債権者はその戻ってきた財産にかかって行くことができることになる。ということで、相対的取消のロジックからは結局のところ解決に難しい部分が残ってしまうのである。

#### b) 金銭・動産の場合

債務者には取消しの効果が及ばないが、そのとき債務者によって受領を拒否されれば取消が無意味になるため、このとき**取消債権者への引渡し**を請求できることとなる。

取消債権者は自己の債権との「相殺」により、事実上の優先弁済を受けるとは前に言った通りである。だが、ここでも問題がある。そもそも、**「債務者への」返還請求権が基礎付けられないから、それをどうやって相殺するの？**ということである。判決効は債務者に及ばない以上、取消者と債務者との関係ではいったい何を被保全債権と相殺しているのか不明である。

また、このような場合には全ての債権者のために結果を実現するという観点から、他の債権者に対しては 425 条の効力を及ぼせると言う説明はでき、また不動産はそれでいいということになるだろうが、動産金銭の場合にはまるで違う解決に至る。結局取消者が優先弁済を可能とするわけであるからである。判例は他の債権者からの分配請求がなされた事案で、それを否定した（最判昭和 37 年 10 月 9 日民集 16 巻 10 号 2070 頁：判例集 108 事件）。**平等の割合で債権が回収できるというの、そのような法律上の手続きがとられた場合であり、取消しによって被保全債権と相殺可能なものを手に入れた人物に、わざわざ分配する義務があるとも思えない**とした。

前提として、一人ひとりの債権者の債権額が確定しないと分配はできないわけである。破産の場面では債権の届け出というのがなされ、管財人の精査に、あるいは確定させる訴訟によって確定した額を基準に分配を行う訳である。だが、一私人である取り消し者に、そのようなことを要求するのは酷である。ただ、その結果として取消債権者はまるっと頂けるわけで、先に弁済を受けた奴は権利をはく奪され、後から出てきた取り消し者が最終的に勝ててしまう「**遅い者勝ち**」とならざるを得ない。

これは、例えば債権者代位を考えても優先弁済を得られること自体問題と言う議論があったが、そのときは正当化の理屈として勤勉な債権者が保護に値するだろうという説明がなされた。この点、詐害行為取消における偏頗弁済は、字面からすれば不公正だが、言い方を変えると勤勉な債権者であったといえなくもない。なのに負けてしまう訳で、ここでは早い者勝ちですらないのである。

このような理由で制度全体が批判されるところもあるが、実務上極めて重要であるのは確かである。破産法上の否認権などと同じで、必要な制度ではある。そういう状況を受けて、現在の債権法改正の議論が進む中、詐害行為取消権の制度も改善されようとしている。抜本改正はさすがに難しそうで、どうなるかなーという感じだが、債務者に効力が及ばないと言うのはおかしいので、それは変えようと検討されている最中である。が、話を聞く限りでは根本的な問題解決にはならなそうであるとのこと。ここまでが、判例の立場である。

## [D] 詐害行為取消権の法的性質

### (1) 概説

以上の判例理論は、詐害行為取消権についても債権者代位と同じく**責任財産保全・強制執行準備**のための制度としながら、例外的な場合に取消債権者の優先弁済を認めるという文脈のもとである。

だが、これに対しては複数の批判がなされる。細かいのはもっとあるが。

- (i) 取消債権者への優先弁済は 425 条の「総債権者のため」という明文に反し、債権者平等原則にも反する。
- (ii) 「遅い者勝ち」の結論は、債権者代位権で事実上の優先弁済を肯定する場面よりもさらに合理性が乏しい。
- (iii) 「相対的取消し」の論理では、債務者に対する(他の債権者による)債務名義による取消後の強制執行が正当化できない。

## (2) 古典的な学説

こういう批判があるのはあるとして、理論的にどのような解決を図ればいいのか議論されていた。

古く明治大正時代は、詐欺行為取消権の「法的性質」を法技術的な性質論から論じていた。

### ・形成権説

詐欺行為取消権は、「取消し」という効果を発生させる形成権であり、取消しは**対世的効力**を有すると理解する。通常の形成権と同じように扱う訳である。ただ、そうすると詐欺行為取消権はあくまで「取り消す」までの権利となるので、**返還請求を行うには別途返還請求訴訟（債権者代位権による）を提起する必要がある**ことになる。これは債権者代位権を使い、債務者の持つ返還請求権を代位行使するということである。

ちょっと流行ったが、まあこれは迂遠であるという批判が出た。既に起こった法律関係を必要最低限度を超えて覆すのは迷惑だと言う批判もなされ、これが相対的取消を論ぜさせることになった。

### ・請求権説

詐欺行為取消権は、取消しを前提として返還請求（給付請求）をなす権利であると理解する。つまり、さっきの二段階のうち**二段階目だけが裁判でやる請求であり、訴訟外で取消はできる**というのである。ただ、条文には取り消しを請求すると書いてあるし、さらには詐欺行為の取消だけで済む、未履行の場合などのケースについて説明することが出来ない。訴訟を起こさなくていいことになるが、それはおかしいのではないかというわけである。ということで不人気。

### ・折衷説（判例・通説）

判例通説は詐欺行為取消権は、詐欺行為を取り消して逸出財産を復することをあわせて請求する権利であると理解する。そして取消の効力は必要最低限の範囲でのみ相対的に生ずるものとした。

## (3) 新たな学説

ところが通説は問題を抱えていることは確認した通りなので、詐欺行為取消権の根本的な制度趣旨から再検討し、取消権の効果を独自のものとして考案する見解が戦後様々な形で議論されてきた。

### a) 責任説

**逸出財産というものは現実には債務者のもとに返還される必要はなく、債務者の責任財産として扱われればそれでよい**とする。あくまで責任財産の保全が目的であるから、それが保全されていれば債務者のところになくてもよいとするのである。

したがって、詐欺行為に関する「**取消判決**」と、逸出財産を債務者の責任財産とする「**責任判決**」が下されれば効果として十分であり、詐欺行為取消権とはこの両者の判決を求める権利である、と理解するのである。これにより他の債権者の手続参加機会が確保され、債権者平等も貫徹できることとなる。

つまり、他人の所に在ろうが「知らなかったのか？責任財産からは逃れられない」という大魔王パワーを認めるのである。飛び地状態の責任状態があることを確認しておけば、もう先に返還をすることで取消者が相殺するというのを避けてよいとするのである。

これはなかなか優れた解釈論と思われる。この見解と言うのはドイツ法を参照した見解であるが、責任判決はわが国の訴訟法に規定がなく、現行法の解釈論としては困難であるとされる。



責任財産からは逃れられない…！！

### b) 訴権説

そこで、責任説の問題は技巧的であることであるから、責任説に示唆を得て、詐欺行為取消権は端的に「**執行認容判決**」を求める権利であると理解する訴権説が現れた。

「執行認容判決」は實際上責任判決と取消判決を合わせたものであり、それが下されれば、受益者に対し債務者への債務名義による「執行認容」が強制できるとする。一つの判決でないから批判されていたので、もうまとめてしまったのである。これにおいても逸出財産が受益者の手もとにあるままで強制執行を行えるため、実際上の結論は責任説とほぼ同じことになる。ようするに責任説の批判されていたラベルを替えたものである。



### c) 優先弁済肯定説（平井）

しかし、訴権説に対してもなお批判があり、そのなかで平井先生の優先弁済肯定説が出た。平井先生は訴権説を理論的に精緻にしたものと規定するが、結論はまったく異なる。**まさに優先弁済を肯定するわけで、債権者平等原則の放棄・425条の死文化を正面から肯定し、むしろ取消債権者の優先回収を制度の中心に据えてしまう。**具体的には現物返還では優先弁済が実現できないためめんどくさいことになるのだから、「**価格賠償の原則**」を提唱するのである。さっきの通説の説明では不動産の場合と動産金銭との間でかなり運用が異なることになり批判されていたが、ここでは責任説・訴権説という、不動産タイプの運用を一般にする(占有は戻さないが、名義だけ戻すと言う結論は、すなわち飛び地責任財産を認めることに他ならない)やり方をとるか、それとも動産タイプの運用(全員がかかっていけず、取消し権者が優先される結論になる)をとるかという争いがあったといえ、そこで後者を平井さんはとるわけである。

### (4) 検討

学説は多いがなお、めんどくさい問題があるところである。このなかで実務を評価し運用を議論することはとても難しい。現状実務が動いているというのは分かるが、それでは公正平等が虐げられているという批判があるわけで、そのなかで理屈を立て直して構成しなおそうといひて、様々な学説が動いている。

が、このようなものは実務では受け入れられにくいところである。そもそも、極めて抽象的な理論構成から具体的な帰結を導くことが得意とされる分野もあるが、その事例ごとの特殊事情を検討して結論を出さないといけな分野では法解釈の仕方にかなり違いがある。例を挙げると前者が刑法総論、後者が商法の特別法分野であろう。そして民法は、その狭間に立っていると思われる。

※教官が民法をあまり好きでなかった理由として、利益考量的な部分があることが一つ言えるそう。明快な結論がでないというのである。だが、実際につつこんで考えてみると、そうではない理屈の争いもあり、単なる利益考量と思っていたものの裏に、理屈と実務上結論とのほざまでの悩みを抱えているのが民法だとわかり、そのバランスを取る仕事をするのもいいなと思ったようである。

なかなか理想は実現できず、実務にとっては過度の理想論は何も言っていないに等しい。そのなかで解釈学を考えるのは非常に難しいのである。

東大法学部の民法学教授が最高裁判決を批判することはあまりないのだが、それはまずそこを基準に実務は動かし、批判してもどうしようもない点もあるからである。そういう意味では判例は解決案として所与としないといけな部分がある。憲法とか他の分野では違う。誰がどのように言おうが違憲だというのも学問である。だが結局現在の実務をある程度基準としないといけなのが、民法なのである。そして詐害行為取消の世界ではその実務の世界前提にして、そこからうまいこと理論化できていなかったのである。とはいえ、指摘せざるを得ない所はいうしかない。

#### ① 債権者平等原則との関係

債権者平等原則に懐疑的な立場が有力化しているのは確かだが、詐害行為取消の場面で取消債権者を優先させることには、特に偏頗行為を取り消す場面で合理性が乏しく、上記の優先弁済肯定説はあまり支持されていない。しかしながら、判例・通説の立場をとってもこの点の不合理性は解消されないのも確かである。

#### ② 債務者に取消しの効果が及ばないのに強制執行が可能となる点

不動産の場合、債務者に取消しの効果が及ばないにもかかわらず、登記名義が復帰することにより債務者に対する債務名義での強制執行（他の一般債権者も加われる）が実務上可能となっている。これは動産・金銭では通常起こらないことである。

結局のところ、この事態について責任説・訴権説に立った立法を行わない限り、完全な解決は不可能と思われる。解釈上は、不合理性を最小限度にする判例・通説の立場を一応肯定せざるを得ないとする見解が多い。

ただそういつては現状追認だから、何か手を考えたい

それが第一に、**債務者に効力**を与えようということ、そして第二に**優先弁済を防ぐ為の制度**を取り入れることである。特に後者は難しいが、取消し者と債務者との間で相殺を禁止することが考えられる。現実には物を戻させるわけである。そうすると二重譲渡のような状況にもなるのでまた解決が必要だが、いったん責任財産として持ち主の場所に戻すというのがすっきりした解決であろうと言われる。

今回の債権法改正でそれが実現できれば、かなり状況が解決されると言われる。

## VII 多数当事者の債権・債務

ここからは、1 on 1 の状況ではなく、債権者あるいは債務者が複数いるような場合の債権・債務の在り方を確認していくことにする。

### 1 多数当事者の債権・債務関係概説

多数当事者間における関係の基本原則は、**分割主義**である。

【参照】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

**基本的には権利義務と言うのは、共有関係が想定されていない**ということである。

すなわち、ディアボロを倒そうという共通の意識を持ちながらも、ジョルノ達と暗殺チームは決して手を組むことがなかったわけだが、そのような形で、バラバラな法律関係が大前提とされるのである。



考えてみると、ここで仮にアンチディアボロ同盟を組ませてみたとしても、明らかにこいつらが仲良くできるわけがない。意見が食い違ったり誰かが暴走したりして、法律関係が錯綜することが目に見えているのである。

そして、さっきから確認してきたように債権回収の場は血で血を洗うデスゲームなのだから、こうした事態はかなりの蓋然性をもって生じうる。そこで、民法は原則的に、最初からバラバラにおねがいしますねという立場をとるのである。

たとえば**共有地**の管理費用を共有者の一人が支出すれば、他の共有者にも費用を請求できる。他にも、共有地の賃借人は、その賃料を共有者それぞれ

こんなわけわからないことばっか言ってるやつらと  
なかよく債権回収ができるのか？

れに分割して支払うべきことになる。まあそれはめんどくさいから普通は約款でなんとなかなっているのだが。**相**  
**続**においても、土地などと違い債権債務は(不可分でなければ)当然に分割されて法定相続される。

#### ◎多数当事者の債権・債務の種類

##### ①**不可分債権・不可分債務**

共有の動産を売買した場合、代金債権は金銭債権だから当然分割となる。しかし、反対債務である引渡義務については分割できないから、不可分債権の形で存在することになる。

##### ②**連帯債権・連帯債務**

連帯債権のほうはまた後述するが、あまり実例が無い。連帯債務は結構あるけれど、これは債権の担保の形で使われることもある。特定の法律関係から当然に発生するというよりは、当事者がそれぞれ個別に契約を結び、それらの契約からの債務を連帯債務とすることが多い。

##### ③**保証**〔共同保証・連帯保証〕

上記二つは一応一方に複数の者が存在するが、そいつらは対等な立場に立っていて、それぞれの有する債権債務の額は違ってくる可能性はあるにしても、基本的には独立の立場で債権債務を有す。

だが、この保証については主従の関係があり、**主たる債務**と**従たる債務**がある。そしてとある主債務に対しての従たる債務として、保証債務が存在する。

一応この3つの類型くらいに分けられるので、こいつらを見ていくことになる。まあ一番多いのは保証で、基本的には金銭消費貸借や賃貸借の際に保証人を要求されることが多い。

継続的契約のような場面では、契約時の資産状況が存続するかがわからないので、突如として無資力となることもあるだろうし、リスクをカバーするために保証人が要求されるのである。

【事例 14-1】G は A に対し 100 万円の貸金債権（甲債権）を有しており、B が甲債権を保証する旨の保証契約を G との間で書面により締結した。次の各場合に G から保証債務の履行を求められた B は、弁済しなければならないか。

- ①甲債権につき、A は同時履行の抗弁権を有しており、A はただちに弁済する義務はない。
- ②甲債権につき時効期間が経過したが、A は時効完成を援用するか否か、態度を明確にしていない。
- ③②で、A は時効利益を放棄したが B は時効完成を援用した。
- ④②で、B が時効利益を放棄した後、A が時効完成を援用した。
- ⑤G が A に対し債務免除を行った。

【事例 14-2】G は C に対し 100 万円の貸金債権（乙債権）を有し、D が C の委託を受けて乙債権を保証する旨の契約を G との間で書面により締結した。D が保証債務の履行に関し C に対して求償権を行使する場合、いつの時点で（事前か事後か）、どのような条件の下で、どのような手続を経て行う必要があるか。

【事例 14-3】G は、S に対し日常的に金銭の貸付けを行っており、E は G との間で S の G に対する貸金債務を包括的に E が保証する旨の根保証契約（極度額 300 万円、元本確定期日の定めなし）を 2011 年 4 月に締結した。2013 年 4 月に G が S に対し強制執行の申し立てをしたとすると、E はその後いかなる内容の債務を負うか。

### [A] 保証の意義と実際の機能

#### (1) 総説

【参照】民法第 446 条

- 1 保証人は、主たる債務者がその債務を履行しないときに、その履行をする責任を負う
- 2 保証契約は、書面でなければ、その効力を生じない
- 3 保証契約がその内容を記録した電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。）によってされたときは、その保証契約は、書面によってされたものとみなして、前項の規定を適用する

保証とは、**債務者の負担する債務（主たる債務）が履行されない場合に他の者（保証人）が履行責任を負う**ことをいう。保証人の債務を保証債務、保証債務を発生させる契約を保証契約と呼ぶ。保証契約は**債権者・保証人間**で締結されるもの(通説)で、さらに書面性が要求されるようになった。

※主たる債務者と保証人との間で締結すると言う構成も取れなくはないが、通説ではない。

担保としての性格が強く、担保物権との対比で「**人的担保**」とされることが多い。まあ主たる奴が払ってくれないときに代わりにお願いすると言うのを担保と言わなくて何というのかということである。

物的な担保は大半のものが物権と言う形をとるが、人的な担保は物権の形にはなることもなく、多くの場合債権関係として人に補充的な責任を負わせる。ただ、個人補償には様々な問題がある。すなわち、個人保証の情誼性（じょうぎ性）・無償性にもかかわらず個人が予想外の債務を負うことが問題視される。親戚に頼まれて保証人になってしまい、苦勞する人が現在も後をたたない。そこで、特に後述する根保証については特に規制が強化されている。こうした問題に対応するインセンティブが、保証という法制度の議論の背景となる。

※このような苦勞をした人間が近くにいたために法科大学院で法律を学ぼうとする、という人も結構いる。特に未習コースの志望者は、このようなあまり明るくない個人的な法体験を抱えていることも多い。

#### (2) 保証の種類

たくさんあるが、有名どころをあげておく。

##### ① 個人保証－法人保証

これは簡単。前者は個人が保証人となっている場合である。親戚・友人など個人的なつながりを持つ場合が多いが、まあ会社の債務を個人が保証するとかそういうこともないではない。対して法人が保証人となるのが、法人保証。これにも種類があるにはあるが、めんどくさいので省略。



なお、**機関保証**という良く似たものがある。保証それ自体を業務にしている機関(民間含むが、各地方公共団体の信用保証協会が主である)による保証を機関保証という。国策で高度成長期に作られたものであり、企業についての保証に使われる。すなわち、役員だとかが個人の身分で会社の保証人になるとかというのは、なかなか現実には個人資産がなくて難しい。そこでこういうのを作って、主として中小企業の融資の際の保証業務を行っている。これについての紛争も多く、結構先例を与えているようである。

## ②通常の保証－継続的保証（**根保証**：ねほしょう）

通常の保証においては、(委託に基づかないときもあるが)多くの場合は保証委託契約があるので、債務者と保証人の間に委託契約があり、そして保証人と債権者との間に保証契約があると言う形になる。

※この保証委託契約が有償となっているのが、機関保証の特徴である。ビジネスとしてやっているのだから、中小企業の振興策といえどタダでは引き受けてもらえない。対価として保証料が発生することになる。

継続的保証(根保証)については、通常の保証が特定の主債務にくっつくのに対し、主債務が特定されていない。もちろん「継続」と言うのは、主債務だってそれがある限りで継続するわけだが、ここでいう継続は主債務が確定されていない点に端を発す意味における継続である。すなわち、一個一個の主債務との関係では、必ずしも従属的な地位に立たないから、個別の主債務が移転したり消滅したりしても付従性により直ちに消滅したり移転したりしないのである。

## [B] 保証の一般的規律

### (1) 保証の要件

#### ◎保証契約の成立

保証契約は、**無償・片務契約**である(債務者が保証人に「保証料」を支払う場合はあるが、これは保証委託契約の問題)。何度も言うが、これは保証人と債権者との間の話である。

従来は諾成契約であったが、2004年の改正により保証契約は**書面作成**が成立要件となった(446条2項)。個人保証の保護のためである。民法典にも入ることから、契約各則の13種ではないものの典型契約として扱うことが一般的である。

#### ◎主たる債務の存在

保証においては主たる債務の存在が前提となる。これは「成立における付従性」の論点に含まれるので後述する。

### (2) 保証債務の性質

#### a) 付従性

保証債務は主たる債務と別個の債務ではあるが、以下の通り**主たる債務**と種々の関係を持つ。一番大事なのがこの付従性である。この中の④については随伴性と言うこともかなり多いので、付従性と随伴性を並べて説明するときは注意しよう。

#### ①**成立**における付従性

主たる債務が存在しなければ保証債務は成立しない。主たる債務の履行を確保するために担保として存在する以上、片方だけ発生することはないのである。だが、同時に成立する必要はない。さらにいえば、主たる債務が先に発生していなくてもいいことに注意。このような契約が結ばれる背景は様々であるので、この点柔軟性を認めるのである。債務の相対性もここでは尊重されていると見て良い。ただ、結局主債務が成立しなかった時はこれもまた成立しないということになる。

つまりここから、**将来債務**についても保証が可能と言うことになる。

ただし、例外として、行為能力の制限による取消しが可能な債務の保証人は、悪意の場合に限り同一内容の責任を負う。(449条)これはつまり、主債務が制限行為能力者の締結した行為に基づく場合は取り消されることがあるわけだが、取消されたあと付従性の原則から当然に保証債務も消滅すべきところ、取消原因について悪意である場合には保証債務を残すのである。これが付従性の例外とされ、**消えうるということを分かって保証しているのだから、そういう場合には取り消された後の事後処理についても一定の責任を負ってもいい**よねという合意があったと見るべきだと言う理解である。

しかしながら、その他の取消原因については保証人が悪意でも保証債務は不成立だとされる。ただし主債務者が追認すれば保証人は取り消せない。

※付従性を任意規定と見る学説は、契約によってそれを排すこともできるというが、やはりこれは社会的な配慮のもとに生まれてきた強行規定と見るのが普通である。合意で外せる範囲があるとしても、449条に類する形で、主債務の消滅原因について保証人が悪意にもかかわらずあえて保証した場合に、保証債務を残してよいだとかそういうものに限られると思われる。

## ②消滅における付従性

主たる債務が消滅した場合は保証債務も消滅する。消滅原因は問わず、相殺でも債務免除でもなんでもいい。

## ③内容における付従性（448条）

**保証債務が主たる債務の内容よりも重くなることはない。**保証の方が軽い内容となること（一部保証など）は可能。線引きは謎だが、たとえば、主債務の約定利息より保証債務の約定利息を高くするようなことは認められないとされる。

なお、利息・違約金・損害賠償義務等も保証の範囲内（447条1項）である。

【参照】民法第447条

1 保証債務は、主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償その他その債務に従たるすべてのものを包含する

2 保証人は、その保証債務についてのみ、違約金又は損害賠償の額を約定することができる

主債務の範囲と言うのは、約定利息とか違約金損害賠償とかで膨らみうるのだが、その場合には、447条1項によりすべて保証債務の負担にも含まれることにはなる。一つには通常の保証契約における合理的意思表示から導かれるが、同時にこの付従性の要件からして、**主たる債務より「重くならない」という規定を裏返してみると「重くならないくらいまではいく」ということである**というのが根拠となる。

※ここから、主債務に生じた変化は保証債務に影響するが、保証債務のほうに生じた変化は主債務に影響を及ぼさないといえる。一方向の連動性があるということになる。

議論があったものとしては、特定物に関する売買契約解除後の原状回復義務があるが、これは保証の範囲に含まれるとされた事案がある。

## 最大判昭和40年6月30日民集19巻4号1143頁：判例集112事件

売買契約がなされたが、それが解除され、解除の後の代金返還義務、原状回復義務がある状況で、債権者が保証人に対して代金返還義務について保証義務を負うかというのが問題となった。保証人としてはそこまで保証したつもりはなく、あくまで商品引き渡しにおける保証を引き受けたのだと主張した。

本来の債務が消滅したとき、付従する保証債務も消えるのが一般論である。だが、こと売買契約における保証契約に関しては、売り主の債務不履行のケツぬぐいのために保証が行われていると解するのが相当であるとして、判例を変更する形で義務を認めた。ただ、この判例の射程がどこまで広がるかは不明である。

## ④移転における付従性（随伴性）

主たる債務が譲渡等により移転した場合、保証債務もこれに伴って移転する。保証付き債権を譲り受けたものは、保証債権まで譲り受けることになる。譲渡などは分かりやすいが、他の場合にもある。弁済による代位の場面では、債権関係が弁済者に移転する法律関係となるわけだが、これは法律上のものであるから、いわゆる合意の効果よりも強い移転であるとするべきであり、随伴性は問題なく発揮されると解してよい。保証人の一人が弁済をすると、代位により他の保証人に対してもっていた法律関係を引きつぐので、いつの間にか債権者の立場で他の保証人に有利になってしまい問題だぜと言うことをいつかいったはず。

## ⑤その他

**主たる債務につき生じた事由は、すべて保証債務に影響し、主債務者が有する抗弁権は保証人も主張できる**（457条）。すなわち、主債務の時効管理をしておけば保証債務の時効に連動し、このような便宜も保証契約が使われる理由となる。時効に関しては、保証人は主たる債務の消滅時効を援用できる**援用権**があるとされる。援用には相対性があるとされ、主張する当事者ごとに延長するかしないかを定めることが出来るわけであり、その帰結とされる。保証人は自らの立場でその主たる債務の消滅時効を主張でき、すなわち**主債務者が時効利益を放棄した後であっても援用は可能**である（通説・判例）。ただし、保証債務はあくまで主たる債務と独立に時効にかかり、共通の時効管理が可能なものの時効の起算点などは別に判断される。したがって一定の範囲で連動はするが独立に時効が発生し、保証人の承認や時効利益放棄は主債務に影響しない。

※主債務が先に時効にかかる場合があるが、このときは消滅における付従性の効果により、保証債務も消える。



## b) 補充性

保証人は、**主債務者が履行しない場合に履行の責任を負う**のが原則である（446 条）。あくまで補充的な責任を負うにすぎないことの論理的な帰結として、保証人は**催告の抗弁権**（452 条）、**検索の抗弁権**（453 条）を有する。前者は、主たる催告者に催告して払えと言うことができる権能である。保証債務はあるから、債権者が履行を求めることそれ自体は債権の効果として認められる。ところが一応、主たる債務者に請求していないでしょうとワンステップ含めることができるわけである。

対して検索の抗弁権はもっと重い。催告をするだけではなく、**主債務者のほうに弁済の資力があり、執行が容易であると証明した場合、債権者が強制執行をしないと保証人の財産にかかっていけない**とされるのである。これはかなりの負担である。「払え」というのは多くの場合裁判外で請求されることが多いわけだが、強制執行には確定判決を得ないといけないのが基本だから(例外はあるが)、何も無い場合は訴訟を起こして確定判決を得ないといけない。裁判外での要求のほずが裁判を通す必要が生じるので、非常に保証人に手厚くなっていると言える。

## (3) 保証の効果

効果は大部分話したが、まとめれば上記の付従性・補充性に伴う種々の効果が発生する。

保証債務が履行されれば、主債務者に**求償**が可能である。求償の根拠はいろいろあるだろうが、なににせよ求償出来る。たとえば委託契約による場合は、委託契約が委任契約の一種なので、委任事務をしているという位置づけとなり、その委任の求償権が発生するということになる。委託契約が無い場合は通常は不当利得による構成となるが、いずれにせよ求償権はある。ただ、範囲については 459 条により保証委託の有無により範囲が異なるとされる。委託を受けた場合の求償権を再確認しているほか、2 項で連帯債務者間の求償権を準用しており、法定利息や損害賠償費用をすべて含み求償出来るものとされる。

対して 462 条に規定される委託を受けない場合の求償は、現存利益の範囲での求償となる。

保証人は**弁済の前後に主債務者に通知する義務を負う**。**主債務者**も弁済後に通知義務を負う。(443 条、463 条) 通知を怠った場合には求償範囲が限定される。

私が払いますと言わないと、複数保証者がいる場合に二重払いなどの危険が存在するからである。

## [C] 保証の特殊類型

### (1) 共同保証

**同一の主債務につき複数の保証人が存在する場合**を共同保証という。

原則的には、共同保証人各人の保証範囲は各負担部分に応じて分割される（**分別の利益**：456 条）。これは共同保証を不人気にしているものである。結局債権者からすれば、全額回収できなければ損なのであるから、分割されたところで保証人のなかにダメ人間がいたら損をすることには変わりがないからである。冷静に、複数の保証人にいちいちかかっていくのもめんどくさい事この上ない。

しかしながら、共同保証人が連帯保証人である場合は主たる債務全体につき全員が責任を負う。

### (2) 連帯保証

主たる債務者と保証人が連帯して債務を負うことを連帯保証と呼ぶ（458 条）。現実には上に述べたような事由から、大半が連帯保証である。「連帯して」という文言が契約に取り入れられることが多い。

**連帯保証には補充性がない**ので、最初から債権者は連帯保証人にかかっていくことができる。スタンドのようなものかも。

また連帯保証の場合、主たる債務との影響関係は双方向的になり、保証人に生じた事由が主たる債務に影響しうる（458 条）。この効果の中で重要なものとして覚えておくのは、保証人に履行の請求をすれば、主債務者にも効果が生じて主債務の時効が停止することである。

また、補充性がない以上は連帯保証人は催告・検索の抗弁権を有しない。そして連帯保証人が複数存在する場合でも、各保証人には分別の利益がない。ただし、なぜ連帯保証だとそうなるのかには議論もある。





### (3) 継続的保証

主債務の範囲が特定されていないタイプのもの。**根保証**ともいう。時間的に継続して発生するような、複数の債務を保証することになる。類型としては以下のようなものがある。

#### ①信用保証

事業活動などから生ずる種々の債務を一括して保証することをいう。たとえば中小企業の役員個人が保証人となる場合などだが、かなり多岐にわたる債務を保証することになってしまう。ここで主たる債務の範囲・金額が無限定なものを特に包括根保証と呼び、保証人の責任を軽減する解釈論が唱えられてきた。

そこで、2004 年改正にて個人が保証人となる「貸金等根保証」に関する特則が整備された。保証の限度額（極度額）の定めが不可欠とされ、原則として契約締結後 3 年で元本の「確定」が生ずるなどにより、保証人の責任軽減が図られている。

#### ②身元保証

雇用契約において、被用者が負担する損害賠償義務などを一括して保証することをいう。雇った奴が店の冷蔵庫にはいれば、かなりの額の賠償をそいつはしなければならないわけだが、そういう人は大体が大学生なのでお金がない。そこで、身元保証人にお金を払ってもらふ、ということになるのである。

これについても保証人の負担が多かったし、かつては労働者に企業の収入減の穴埋めをさせることも多々あった（今はないとは言っていない）ので、保護のために身元保証法が作られ、これにより保証人の責任範囲が制限されている（保証期間は最長 5 年、保証人死亡後は相続されないなど）。

#### ③不動産賃借人の保証

不動産賃貸借において、賃借人の未払賃料や損害賠償義務を一括して保証することをいう。

通常は保証人の責任が著しく多額となることはなく、保証人はほぼ通常通りの責任を負う。

## 3 連帯債権

複数の債権者が債務者に対し独立に同一内容の債権を有し、債務者が 1 人に対して弁済すれば他も消滅する場合をいう。実際にはほとんど例がなく、民法の条文も存在しない（起草時に削除された）。

## 4 連帯債務

【事例 15-1】A、B、C は、G に対し 120 万円の連帯債務を負っていた。各人の負担部分が平等であるとすると、以下の場合に A、B、C が最終的に負う債務額はいくらになるか。

- ①B に対する債権のみが時効消滅したとき
- ②G が B に対し全額免除を行ったとき
- ③G が C に対し 30 万円の一部免除を行ったとき
- ④G が C に対し全額の相対的免除を行ったとき
- ⑤G が C に対し連帯の免除を行ったとき

【事例 15-2】A、B、C は、G に対し 120 万円の連帯債務を負っていた。各人の負担部分が平等であるとすると、以下の場合に A が B、C に対して求償できる額はいくらになるか。

- ①A が 60 万円を弁済したとき
- ②G が B に対し 30 万円の一部免除を行った後、A が 120 万円を弁済したとき

### (1) 総説

複数の債務者が債権者に対し独立に同一内容の債務を負担し、1 人の債務者が弁済すれば他も消滅する場合をいう。各連帯債務者の有する債務は対等であり（保証と異なる）、各債務者は負担部分（内部的負担部分）を有する。全債務額から負担部分を除いたものを**担保部分**という。

債権者にとっては大変便利である。債務者は、負担部分以上の担保部分についても、ようするに「最終的には負担しないが」いったん払う必要があるということになるからである。事例 15-1 ならば、各人の負担部分 40 万円を超えた 120 万円を債権者から払うように言われることがあるが、そのとき 80 万円分が担保部分となる。

## (2) 連帯債務の性質論

かつては、連帯債務の性質をどのように解すべきかが論じられていた。主観的共同関係説（我妻さん）、相互保証説などが唱えられたが、現在ではほとんど論じられない。実益があまりないからである。どちらの考えをとっても、ある程度の範囲は説明できるが、片方だけで全てのルールを説明しつくすことができないのである。

### ①主観的共同関係説

一定の主観的共同関係を形成しているから、関連性を有し、一人の支払いで他の者も免責されるという。

### ②相互保証説

お互いがお互いを保証していると考え、担保部分は保証人的な扱いと言う説明になる。ただ、単に保証人と言うのだったら、各自の負担部分の限度での最終責任となる部分があり説明できないことになる。

## (3) 連帯債務の成立

### ①契約による場合

複数の契約当事者が債務を負担する場合や重畳的債務引受の場合など。基本的には契約解釈により導かれるから、こういう時に必ずこうなるとはいいいにくい。

### ②法令による場合

有名なのは共同不法行為（719 条）、夫婦の日常家事債務（761 条）など。ただし不法行為のときにやったと思うが、共同不法行為による連帯債務については「不真正連帯債務」とする理解も多い。

## (4) 対外的効力

対外的、すなわち債権者に対しての効力ということであるが、各連帯債務者は全部の給付義務を負う。そして、1 人に対する全額給付の判決が確定してもなお他の債務者にも訴求しうる。ようするに、実際に執行してみないと取れるかどうかかわからないので、**債務名義は全員分につき取得しておくことが予定される**ということである。この意味で、債務名義の額のレベルでは本来の額を超えることもある。

そして連帯債務の定義上、1 人が弁済すれば、他の者も義務を免れる（**給付の一倍額性**）。

弁済と並んで挙げられる諸制度（供託・代物弁済・弁済の提供・受領遅滞など）も全員に効力を生ずる（**絶対的効力**）し、相殺も同様の絶対的効力を有する。さらに、他の連帯債務者も相殺を援用しうる（436 条）。

【参照】民法 436 条

1 連帯債務者の一人が債権者に対して債権を有する場合において、その連帯債務者が相殺を援用したときは、債権は、すべての連帯債務者の利益のために消滅する

2 前項の債権を有する連帯債務者が相殺を援用しない間は、その連帯債務者の負担部分についてのみ他の連帯債務者が相殺を援用することができる

※相殺について

一人が反対債権を持つ場合、その人は相殺によって債権を消すことができるし、絶対的効力を有する。ここまではまだ分かるが、さらに、そいつが相殺を援用しない間も、反対債権保持者の負担部分の限度で、他の債務者が相殺を援用することが可能となっているのである。

援用したらその額で債権額が減ったとすることができるわけだが、さすがにその限度も、当人の負担部分に縮減されているわけである。たとえば、ABC が各 40 万円の負担部分を持っていれば、40 万円までは他の奴も相殺を援用できることになる。

## (5) 対内的効力

**連帯債務者の 1 人について無効原因・取消原因があっても、他の債務者の債務の効力に影響しない**（433 条）。これはやはりもともとの債務が独立していることに由来するが、基本的には個々の債権の限度での処理がなされるのである。

その他、連帯債務者の 1 人につき生じた事由は、原則として他者には影響しない（440 条：**相対的効力の原則**）。これが原則なのも、基本的には「別」と言う理解があるからである。しかし、多数にわたり例外としての絶対的効力事由が定められる。（もっとも、強行規定ではないとされる。）

以下に絶対的効力事由を示すが、条文としては 434 条以下に複数規定されている。

## A 履行の請求 (434 条)

1 人に履行の請求をすれば他の者にも及ぶ。これは時効中断事由として重要。全員に対して裁判上の請求をしなくても、時効中断効を発生させることが可能。

## B 更改 (435 条)

1 人との間で更改があれば、債務は全債務者の利益のために消滅する。

## C 混同 (438 条)

1 人の連帯債務者と債権者の混同があったときは、弁済したものとみなされる。

## D 免除 (437 条)

**1 人の連帯債務者に対する全額免除は、その者の負担部分の限度で他の者にも効力を有する。**これがなかなか学説上の批判の対象になってきた条文である。たとえば、A が債務者 D に対して債務免除をすると、連帯債務者 B や C に対して免除の意思がなかったとしても、基本的には D の負担部分の限度で他人も免責されることになる。

【事例】債権者 A と、連帯債務者 BCD がいた。債務者は各 40 万円で 120 万円を支払わなければならないところ、A は D についてのみ負担部分の全額免除を行った。

このとき 437 条が無く、免除の効果が他者には全く関係ないこととすると、どうなるだろうか。本来は B は 40 万円の負担部分を持ち、それ以上支払えば他者に求償出来るはずであった。だから B が 120 万円支払ったら、C と D に 40 万円ずつ求償出来ることになる。

だが、ここで D が免除されていた場合は、D にとってみれば免除されていたのに A にお金を払ったと同義となるから、A が不当利得を得ていることと思ひ、返還請求が行われることになる。A から 40 万円を返してもらった D は、差し引きゼロ円を払ったことになり、事実上は B と C が 40 万円ずつ支払ったと言う結果が残る。

このように、D は払ってそれを取り返す、すなわち**求償の循環**に巻き込まれてしまう。このような事態がおきているのは、A に対しての負担部分を免除したにも関わらず、(A)BC あわせて「120 万円払わないといけない」という全体としての負担部分の合計が変わっていないからである。

それならば端的に、120 万円の債務額に対して、A に対する 40 万円の免除の効力を及ぼし、全体で「80 万円」払えばよいということにしてしまえばよい。そうすれば D がめんどくさいことをしなくても、A は 80 万円を得て、B と C は 40 万円ずつ払う、という結果が得られる。このほうが手間が省けて賢いというわけである。以上は 437 条の主旨である。

※当たり前だが、**D の負担部分は、B と C にとっては担保部分である**。だから、D の負担部分を免除したとき、それに絶対効が及ぶとすれば、B と C の「担保」部分が減るという上の帰結に至る。

ただし、負担部分が不平等の場合は、債権者がこれを知り、または知りうべき場合に限り対抗可能だとするのが多数説である。債権者は普通、債務者同士の平等な負担を予想しているから、実は A の負担部分が 100 万円でした、とかいうことになると、「120 万円のうち A は 40 万円負担しているだろうから、それくらいならあきらめてもいいか」として免除したのに、残りのわずか 20 万円しか残りの奴から取り返せないことになる。内部的な定めである負担部分に振り回されると言うのもかわいそうなので、保護をあたえようというわけである。

これは、さらに**一部免除**についてもっともつとめんどくさいことになる。

【事例 15-1】A、B、C は、G に対し 120 万円の連帯債務を負っていた。各人の負担部分が平等であるとすると、以下の場合に A、B、C が最終的に負う債務額はいくらになるか。

③G が C に対し 30 万円の一部免除を行ったとき

この時、どれくらいの範囲で絶対効を認めるのか問題となる。以下に説明するが、考え方は二つある。担保部分と負担部分が割合的に減ると言う**比例説**(判例)と、そうでなく担保部分が優先するという**負担部分基準説**である。

### ◎比例説の帰結

債務者 3 人は総債務額のうち 3 分の 1 ずつを負担しており、担保部分を持つ。このとき C に対して 30 万円の一部免除が起きたとき、一つ考えられる帰結は、割合的に担保部分と負担部分に割り付けていくと言うものである。すなわち 30 万の免除額は、40 万円 : 80 万円 = C の負担部分 : C の担保部分という割合に従って、10 万円が負担部分、20 万円分が担保部分に割り当てられることになる。そうすると C に残るのは、負担部分が 30 万、担保部分が 60 万になる。この場合、10 万円の**負担部分に組み込まれた部分の免除にのみ絶対効が生じ**、B と D は 10 万円の担保部分を縮小され、総額 110 万円の担保部分を持つこととなる。

※負担部分の免除にのみ絶対効が生じる理由は、437 条が「負担部分に」だけ絶対効を生じさせるからである。



## ◎負担部分基準説の帰結

対して負担部分基準説は、絶対効を出来るだけ認めまいとする。その人のための意思表示を、他の人間に効果として与えたくないと言うのである。そのような考え方を執ると、基本的には 437 条の絶対効の生じない担保部分に割り当てていくことになる。

そうすると、負担部分は相変わらず 40 万円のままだが、免除された人の担保部分は 30 万縮小する。

もちろん免除額が 100 万円とかだと担保部分を超え、負担部分に入ってくるため、絶対効が生じる余地がある。

## E 時効完成 (439 条)

一人のために時効が完成した場合、その者の負担部分の限度で他の債務者も債務を免れる。これは免除と同じ考え方である。

## ※連帯の免除の場合

連帯債務者の一人への免除と区別すべきなのが、**連帯の免除**である。通常の債務免除は一切の債務の弁済をしなくていいという意思表示であるが、連帯債務の場合、他者への効果発生は絶対項の生ずる範囲にとどまった。連帯の免除は、**債務の負担を免除するのではなく、連帯債務としての位置づけを免除する**と言うものである。たとえば、連帯債務 120 万(各自負担部分 40 万)があるとき、ここで A に対して連帯免除をすると、A は 40 万円の単独債務を持ち、残りの二人は 80 万円の連帯債務を持つということになる。

## (6) 求償関係

債務者の 1 人が弁済その他により共同の免責を得たときは、他の債務者に対し求償することができる(442 条 1 項)。当然といえば当然である。**負担部分(額)を超える弁済をしたときのみならず、一部弁済でも常に弁済額に比例して求償できるというのが、現在の判例通説**である。このことを指して、負担部分とは額のことではなく「割合」と見る見解が主張されている。潮見さんなど。確かに、考えてみるとそうかもしれない。この考えかたを貫けば、一部弁済であっても「割合」に基づく求償は認められることになる。

これについては、連帯債務者は弁済前後に通知する義務を負う。通知を怠ると求償権に制限が生ずる(443 条)。無資力者がいる場合は、他の債務者が無資力者の負担部分を各自の負担部分に応じて分担する(444 条)。負担額が動かないと言う説明の例外である。

## ※不真正連帯債務

432 条以下の連帯債務と類似するが効果の異なる債務。具体的には連帯債務の効果をすべて適用しないと言うものであり、真正ではないという意味でこの名前。主として(債権者の有利のために)絶対効を制限すべき場合に用いられた。共同不法行為の損害賠償債務などがその例とされるが、近時はこれを不真正連帯債務と説明すること自体に批判が強い。独自の共同不法行為の効果といえいいではないかという理解が有力化している。

## 5 不可分債権

**複数の債権者が同一の不可分給付を目的とする債権を有する場合**をいう。具体例としては、前回も話したが例えば複数の人が共同でものを買う場合などが考えられる。3 人でパソコンを買ったと言うとき、代金は連帯債務であるが、目的物の引き渡し請求権を複数に割ることができず、不可分債権と言う形になる。このとき各債権者はすべての債権者のために履行を請求でき、債務者はすべての債権者のために各債権者に対して履行をすることができる(428 条)。**性質上不可分**である場合と**意思表示**(特約)によって不可分とされている場合がある。弁済・弁済の提供・受領遅滞などは絶対的効力があるとされる。だが、他は更改・免除の特別の効果以外は相対的効力(429 条)となる。不可分債権は基本的に分割が出来ないので、それ全体に影響させることがしにくい面があるのである。

## 6 不可分債務

**複数の債務者が同一の不可分給付を目的とする債務を負担する場合**をいう(430 条)。各債務者は総債務者のために履行でき、債権者はどの債務者に対しても履行を請求できる。

複数人が共同して 1 個の目的物を売却した場合の目的物引渡債務などがその例である。不可分債権と同様に、性質上不可分である場合と意思表示(特約)によって不可分とされている場合がある。弁済や弁済と同視すべき事由は絶対的効力があるが、その他は相対的効力のみ(ただし更改・免除につき 429 条を準用)をもつ。

# 第二部 担保物権

## I 担保物権総論

### (1) 総説

**担保**とは、**本来的に尽くされるべき法律関係の目的を実現させるために設定される、副次的な法律関係**をいう。そこにあるのは、本来的な債務を履行できないようなときに、何か別の形で責任を果たすことができないか、という問題意識である。本来的と副次的と言うと、補充性がありそうなイメージを受けるが、これは別に一般的なルールと言う訳ではない。実際には多くの場面では債権の弁済を実現させるための担保（債権担保）を指すことになる。

担保は、保証・連帯債務などの**人的担保**と**物的担保**に分けられ、物的担保としての主たる機能を担うものが担保物権である。典型例と言うことで、担保物権と担保は、概念としてはequalではない。担保物権は物権の形で担保が設定されているが、物的担保のなかには物権の形で設定でないものもある。たとえば買い戻し特約などは（争いがあるが）債権的な意味合いしかないということもでき、その理解に立つと物権は設定せずとも担保としての役割が果たされる。

このように、民法の定める担保物権のほかにも、各種の非典型担保(物権)の存在が知られており、それぞれ効力が異なる。

### (2) 担保物権の分類

A①**典型担保**（抵当権・質権・留置権・先取特権）…民法が定める

A②**非典型担保**（譲渡担保・仮登記担保など）…民法が定めない

B①**約定担保物権**（抵当権・質権・譲渡担保など）…当事者の約定によって設定される

B②**法定担保物権**（留置権・先取特権）…法律上の一定の定めがあるときに自動的に設定される

約定担保物権はやはり契約で設定されるので、契約解釈をしないと内容がわからないところがある（逆に言えば契約を見れば済むと言うこともできるが）。他方で物権であるから、物権法定主義に反しない要請がかかる。すると、当事者間では抵当権と名前を付けていても、それが民法の想定するものと違う場合にはそれをそのまま認めることができなくなってくる。

ということで一定の定型性、第三者識別性が必要となる。この辺りが約定担保物権のむずかしさである。

法定担保物権の場合はこのようなめんどくささはないので、ちょっと楽。その代わり、法定の要件効果が非常に細かいので、勉強する時はやばい。先取特権なんかまじでやばい。極めて多種多様な先取特権が設定され、現在の日本では200以上の(特別法含む)先取特権が存在すると言われている。

### (3) 担保物権の性質

担保物権には以下の性質が認められる。ただし、個々の権利ごとに認められる性質と認められない性質がある。

#### A 優先弁済的効力

ある種担保物権の本質である。担保権者が他の債権者に優先して弁済を受ける効力・性質のこと。これがないと、そもそも担保権の意味がないともいえる。実際には優先的弁済効力のないものも(留置権)あるが例外的。

#### B 不可分性

被担保債権全額の弁済または担保権の消滅まで目的物全体に対する権利を行使できる性質のこと。留置権であれば、半分の弁済があっても半分物を返す必要はない。不可分性は全ての担保物権に認められる。

#### C 付従性・随伴性

保証の所にも出てきたやつ。付従性は、被担保債権の成立・消滅等の帰趨に担保権が連動する性質の事を指す。あくまでサブだからメインにくっついていくことになる。

随伴性は移転における付従性ともいえる。移転の際に被担保債権にくっつく。これも全担保物権に共通。

#### D 留置的効力

間接的に弁済を促すため、担保権者が目的物を継続的に占有できる効力・性質のこと。原初的な担保物権には認められることが多い。典型担保のなかで原初的なのは質権など。なぜなら本来的には弁済金が得られればいいわ

けで、被担保債権が履行されればそれで構わず、設定者のもとにものを残した状態でも担保で十分であるからである。が、そのようなことは(抵当権など)、登記制度があるものだからうまくいくのであって、ネックレスとかだったら持ち逃げされる可能性はとても高い。だから、質権のような原初的な形態の担保権の場合には占有を移さざるをえないことになる。その影響が収益的効力も含め、やむにやまれぬものとして(望ましくはないが)認められる。

#### E 収益的効力

担保権者が担保目的物を使用・収益し、そこから優先弁済を得ることができる効力・性質のこと。これまた質権のような原始的なものに認められると言うのは、上に述べた通りである。

#### F 追及効

目的物の所有権が譲渡されても、新所有者に担保権を対抗できる性質のこと。他の人に売られてしまうと対抗できないということになれば、やはり不安が生じるから、占有を移して監視せざるを得なくなり、債権者のところに担保目的物を置いておくことが難しくなる。

#### G 物上代位性

目的物の価値代替物から優先弁済を得ることができる性質のこと。

担保目的物がなくなったような場合が典型例だが、そのようなときに目的物の代わりとなるものが手に入るのならばそれを代わりに入手できる！という権利。

【参照】一覧表

	抵当権	質権	留置権	先取特権
優先弁済的効力	○	○	× (部分的に○)	○
不可分性	○	○	○	○
付従性・随伴性	○	○	○ (争いあり)	○
留置的効力	×	○	○	×
収益的効力	×	○ (動産のみ)	○	×
追及効	○	○	○	×
物上代位性	○	○	×	○

◎ざっと

抵当権…登記制度の完備を前提とするが、担保権者に占有を移さずに担保として機能させることが可能。

質権…ものの占有を担保権者に移転させる

留置権…担保物権というのが若干適切か微妙だったりする。時計の修理を請け負う事業者が、修理代金を払わない相手に時計を返さなくて良いというような権利。

先取特権…一定の優先権。目的物も様々であり、特定不動産に対してのものも債務者の一般財産にかかるものもある。まじでたくさん。

## II 抵当権

### 1 抵当権の概要

#### (1) 総説

**抵当権**は、**債務者又は第三者が債権者に占有を移さないまま債務の担保の供した一定の不動産について、債権者が自己の債権を優先的に回収する権利**である。

非占有型の約定担保物権であり、設定者にブツの占有を残すことができる。**占有と言う方法以外によって権利の公示をするために、登記・登録制度の存在を不可欠の前提とする**が、担保権設定者の使用・収益の自由を確保し純粋に担保としての機能を果たするという意味で、近代的担保制度の1つの典型として扱われる。

ただし、抵当権やこれに関する諸制度の運用は社会背景等によって異なり、数度の法改正や判例変更がなされてきた。担保権に認められる特徴の大半を有し、他の担保制度にも準用される制度が多い。

というわけで基本形なので、これを最初に説明する。



## ※「抵当権＝価値権」理論

抵当権設定者は設定後使用収益を引き続き行うことが出来る一方で、抵当権者は目的物は占有しない。そこで抵当権者はその交換価値のみを占有しているのだとして、抵当権は目的物の物質的存在から分離した交換価値のみを把握する「**価値権**」だする理解がある。このように交換価値の排他的支配に着目して抵当権をとらえる理解は、我妻先生が提唱して以降昭和の通説となっていた。

しかしながら、そうだとすると**価値権説からは、抵当権者は価値権以外、占有形態・使用収益のありかたには関与できない**のだから、たとえば使用収益の一形態たる「賃料」債権を物上代位することはできないし、もつと言え不法占有者がいたとしても、抵当権者による占有者への明け渡し請求は当然には認められないことになる。後述するがこのような帰結、特に後者は批判され、最高裁も価値観説を明示的に崩してはいないが、例えば明渡請求権を認めるなどある意味での「解体」がなされているところである。

## (2) 抵当権の分類

### ① 普通抵当権

特定の債権を被担保債権とし、特定の権利を目的とするもので、普通のタイプ。被担保債権の帰趨に影響を受ける（附従性・随伴性のある）抵当権。民法上は目的物が特定の不動産所有権、地上権、永小作権に限定されているが、特別法で登記が認められている自動車だとか建設機械だとかにも抵当権が設定できることになっている。

### ② 根抵当権

被担保債権が不特定である。額の上限（極度額）が定められる一方で、債権の帰趨に影響されない抵当権である。ようするに商業取引などでは継続的な取引が行われることが多いので、**将来にわたって継続的に消滅発生する債権を、あらかじめ一括して抵当権の被担保債権とする制度が求められた**のである。明治時代から判例では認められていたが、昭和46年に明文化された。

### ③ 特別法上の抵当権

特別法により認められた、複数の目的物に対する包括的な抵当権。工場抵当権・財団抵当権などがある。

※道垣内さんは、特別法上の抵当権の中に、例えば上の自動車などに設定する(米村さんの的には普通)抵当権も含めて論じているようである。特別法上の抵当権を、単に「特別法による」抵当権とみてカテゴリとする(道垣内さん)か、「特別な法秩序に服す」抵当権とみる(米村さん)かは、たぶん言葉の問題。

## (3) 抵当権の基本的性質

① 抵当権は非占有型担保であるから、**目的物の使用・収益につき権限を有しない**。

ただしこれをつらぬく(**価値権説**を徹底する)と、たとえば不法占有者も追い出せないと言うような不合理な点が出てくるため、例外が求められると言うのは前述した。とはいえ、基本的には口を出さないのがルールである。

② **抵当権実行の際には、裁判所が競売等を通じて配当を行う。(私的実行の禁止)**

これは近代的な担保制度の一つの特徴である。裁判所が発達したのは、近代になってからなので、もちろんそれ以前の担保にはこんなルールが妥当するはずもない。

だが近代のわりと価値的には不釣り合いなモノにも設定できるような担保権について、安易に私的な実行を認めると、担保の公正な運用ができなくなる可能性がある。1億の価値のものが、抵当権者が「1000万円だなこれ」と言う勝手な価値判断によって売られたりすると、他の債権者からすればたまったものではないので、公正な配当を確保するため競売手続きが必要である。

③ **抵当権には「順位」があり、登記の順序に従って上位の抵当権が優先する。**

抵当権は、同一目的物に対して複数設定することができる。順位は、事後的に変更されない。**(順位確定の原則)**  
上位の抵当権が消滅すれば、下位のものが昇順する。**(順位昇進の原則)**

むろん、立法論的には順位昇進を認めずに、早い者勝ちにするとかもなくはない。だが日本ではそうしなかったの、いざとなってもほっとけば順位が上がる。スティールボールランのような争いは必要ない。



## 2 抵当権の設定

### (1) 概要

抵当権は**約定担保物権**であり、抵当権設定者（所有権者）と抵当権者の締結する**抵当権設定契約**により設定される。権利内容は設定契約に基づく部分が大きい、物権の内容であるため、当事者が全く自由に決められるわけではない。

要するに、物権法定主義に反してはならないのである。後述するが物権なので対抗要件として登記がいる(177条)ところ、まあその登記事項のなかでのオリジナリティくらいならば許される。が、登記可能性などが微妙な問題があったりする。例えば現時点では「一筆の土地」の場所的な一部の登記をすることができない。このときに、抵当権は設定できるだろうか。道垣内先生などは、これについては分筆登記後に抵当権設定を行うこととして可能だと言う。対して土地や建物の量的な一部を目的とした(場所ではない！)登記は、今は認められていないので、実務ではこれにつき抵当権設定ができないものとする。

#### ※近代的抵当権論

ここではあくまで、抵当権を「担保」としてとらえている。だが、**抵当権は独立に価値のある1個の財産権としてより高次の存在として理解することもできる**と言われ、このような理解は**近代的抵当権論**と言われたりする。すなわち近代経済組織においては、交換価値(まさに抵当権が把握しているものである)は使用価値とは独立に、つまり被担保債権とは切り離して投資の対象とされるべきだという。

この時、被担保債権の弁済と抵当権が連動しなくなるから、たとえば後抵当順位が上昇するなどと言う日本の仕組みは、「時代遅れ」ということになる。しかし、いまや抵当権付の債権の流通のほうが重要な気もするし、上の議論は必ずしも諸外国の発展の仕方と合致するわけでもない、別に立法制度の問題であって「近代」というような歴史的な発展段階を意識する必要はないと思われる。

### (2) 設定の要件

#### ①設定契約

**抵当権設定者**（被担保債権の債務者または物上保証人）と**抵当権者**（被担保債権の債権者）により締結される。

※物上保証人というのは、他人の債権の担保として自分の物を供する人の事である。保証人のモノ version。

諾成・無償契約であるが、抵当権者も種々の義務を負い、完全な片務契約とはいえない。もちろんその背景事情としては様々な別の有償契約があることもあるが、この設定契約自体は無償契約である。

従来は、物権契約であることを理由に、抵当権設定者が所有権者でなかった場合には契約の有効性を否定する見解が強かったが、現在は契約自体は有効に成立するとする見解が多い。すなわち他人物契約と同じような形で、抵当権設定義務を負うことになる。

#### ②目的物

【参照】民法 369 条

- 1 抵当権者は、債務者又は第三者が占有を移転しないで債務の担保に供した不動産について、他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利を有する
- 2 地上権及び永小作権も、抵当権の目的とすることができる。この場合においては、この章の規定を準用する

抵当目的物は**不動産**でなければならない。ただし、登録制度のある動産（自動車・航空機など）には例外的に特別方があり設定が可能である。所有権に加え、**地上権・永小作権**にも抵当権を設定しうる（369 条 2 項）が、実例は極めて少ない。そもそも地上権とか永小作権自体が使われていないし。

契約内容は登記の範囲内でしかいじくれないとさっき言ったが、それは**登記上ぱっとみてわかることが公示となる**からであり、その裏返しとして登記の単位となる不動産全体を目的物としなければならない。財産の一部について抵当権を設定することはできない（無効となる）。土地や建物の場合は、分筆・分割の上で抵当権設定をなすことが必要となる。

#### ③被担保債権

被担保債権の存在が必要である。被担保債権が無効・取消・解除等により消滅した場合は抵当権も消滅する。これを**付従性**という。

被担保債権は「弁済」を受ける以上は**金銭債権**であるのが通常だが、その他の債権も損害賠償債権に転化しうるため被担保債権となりうるとされる。

**債権の一部**を被担保債権とすることは問題ない。複数の債権でも問題ないとされるが、債権者が異なる場合は不可能とするのが実務である。

※これは要するに他人の債権についての抵当権者になることはありえないというのが理由であるが、各債権者はこのとき他人の債権についての抵当権ではなく、あくまで準共有の抵当権を取得しているのであって、理論的には差支えないのではないかという指摘がなされている。

**将来債権**についても、具体的な法律関係が債権発生基礎として存在する限りにおいて、抵当権を設定できると解してよい。(具体的法律関係がない場合、抵当権に独自の経済的価値を認めることになり適当でない)

### (3) 対抗要件

**抵当権の設定は、登記がなければ第三者に対抗できない**（177 条）。ここでは一般原則による。

登記簿上、権利部（乙区）に記載され、登記原因・抵当権者・被担保債権額等の事項が記載される。

登記事項と実態の間に多少の食い違いがあっても無効とされるわけではないが、同一性を誤認する場合は無効。

※たとえば、利息が1パーセント違うとか、住所がちょっと違ってるとかならセーフと思われる。

※**無効登記の流用**の問題

ある人が第一順位で抵当権の登記をしたがその後その原因がなくなった場合、のちに他人が別の契約で抵当権を備える必要にかられたときに「これそのまま使えば順位1位やんけ！よっしゃ！」というゲスな行動をする可能性がある。これを、無効登記の流用と言う。

基本的には、これはアウトである。理由にはいろいろあるが、何より**登記事項の食い違い**が問題となる。そもそも被担保債権が全く別である。そうすると、被担保債権の額が正確に反映されないような登記が有効である場合、その実体的価値を登記から判断すると言うことは、およそできなくなってしまう。そのような要請から、現在は無効とされるのが通説である。

批判としては、この流用後に登場した第三者に対しては、流用を前提に取引関係に入ってきたのだから保護の必要に欠くなどということが挙げられるが、やはり被担保債権が同一でないことの効果は重大である。そこで問題解決としては、**流用者や、流用を知りそれを前提に取引関係に入った第三者は、信義則上登記の欠缺を主張できない**とする方策が挙げられる。判例も、同じような立場に立っていると思われる。

## 3 抵当権の権利範囲

【事例 16-1】A は、B に対する 2000 万円の貸金債務を担保するために、自己の所有する甲建物に B のための抵当権を設定した。B が抵当権を実行する際、A が、以下の物には抵当権が及んでいないとして甲建物から持ち出した。それぞれの物につき、B は抵当権の効力を主張することができるか。

- ①玄関の照明器具
- ②A の居室に据え付けられていた書棚
- ③リビングルームのエアコンと室外機
- ④A と同居する A の母が使用していた障害者用バスタブ
- ⑤A が購入し壁に掛けていた絵画

【事例 16-2】A は、B に対する 2000 万円の貸金債務を担保するために、自己の所有する甲建物に B のための抵当権を設定した。A は甲建物を C に賃貸していたため、B は、A の C に対する賃料債権から自己の債権回収を行うことができないかを検討している。このようなことは可能か。

### (1) 総説

**抵当権がどの範囲の目的物に及ぶか**は、抵当権の把握する担保価値に大きく影響する。

しかしながら、実際には不動産取引ではものが引き渡されないの、登記はされても、ではその登記されている建物がどこからどこまでなのかははっきりしないことがある。さらに言えば、抵当権設定の後も、抵当不動産は使



用収益のうちになんかカスタマイズされるので、もっと「どこまでが抵当権の及ぶ範囲なのか」が曖昧になってくる。そのため、この範囲をしっかりと考える必要が出てくるのである。

ここでは**当事者の意思**や第三者の**信頼保護**が解釈の中で問題とされるのはその通りだが、特に近時は物上代位が頻繁に用いられているため、その範囲と**他の権利との優先関係**も重視して議論しなくてはならない。

## (2) 原則的権利範囲

### a) 序説

抵当権は、目的不動産およびそれに「付加して一体となっている物」(**付加一体物**)に及ぶ(370条)。

【参照】民法 370 条本文

抵当権は、抵当地の上に存する建物を除き、その目的である不動産に付加して一体となっている物に及ぶ  
※土地と建物が別個であると言うのは日本独自ながら昔からの考え方であるところ、これを示す根拠条文は実はあまりない。そんななかで、この条文には別個性が反映され「建物を除き」ということが言われているのであって、その意味でも重要である。多分唯一。

かつては、**従物**(87条2項。従物は主物の処分に従う)や**付合物**(242条)処分が付加一体物となるかが論じられた。付合物や抵当権設定時の従物に抵当権が及ぶことには問題ないのだが、抵当権設定後に搬入・設置された従物については、抵当権が及ばないかのような判例もあったようである。

しかし、現在ではそういうものも「抵当権」の範囲内だと言う結論には大きな違いはない。そもそも畳とかが搬入設置された場合に、そういうものに抵当権を及ぼすべきだと言う認識は皆持っているわけで(畳入れ替えたら抵当権が及ばなくなるとかおそろ頭がおかしい)、問題は理論構成である。

ここについては、370条の付加一体物は従物とは沿革からして別の概念だから、抵当権設定後に搬入設置された従物も含めてとらえていいとする見方(通説)、87条2項の従物は付加一体物とは異なるが、87条2項の従物の「処分」概念に抵当権実行までの主物との一体を読むことで抵当権設定後の従物にも抵当権効力が及ぶものとする考えがあるが、結論は上述した通り一緒である。

まあ現在は、**端的に 370 条の問題なのだから、あんまり付合物とか従物とか考えなくていいので、「付加一体物」にあたるか否かを検討すればよい**との立場が多数。

### b) 具体的判断

抵当権設定契約における当事者意思に加え、第三者の信頼や公益的要請をも考慮すべきであるとされる。

しかし、具体的判断は難しい。

【事例 16-1】A は、B に対する 2000 万円の貸金債務を担保するために、自己の所有する甲建物に B のための抵当権を設定した。B が抵当権を実行する際、A が、以下の物には抵当権が及んでいないとして甲建物から持ち出した。それぞれの物につき、B は抵当権の効力を主張することができるか。

- ①玄関の照明器具
- ②A の居室に据え付けられていた書棚
- ③リビングルームのエアコンと室外機
- ④A と同居する A の母が使用していた障害者用バスタブ
- ⑤A が購入し壁に掛けていた絵画

この場合だと、①は付加一体物に入るとされるし、⑤はまあ入らないだろう。後の三つは、細かい事実関係次第だが、人によって微妙な事案かもしれない。

### ※公益的要請

これがないと生活にマジで困るとか言う場合に、必要最低限のブツを残してやるべきだという要請。④の障害者用のバスタブとかは、これがないとかなり困ってしまうので(抵当権設定不動産よりも、むしろその人の生活に必須のものとして接着していると言う意味で)付加一体物性の判断にはマイナスに働く。これをより進めて、③のような場合にも人間的な生活のために重要であり、抵当権の対象とすべきではないと言う理解もあるが、道垣内先生などは、「いや、別途債権者に差押えられるよね」と冷たい反応。



柱の男には抵当権は及ぶか？

## <判例>

**最判昭和 44 年 3 月 28 日民集 23 巻 3 号 699 頁：教材 14 事件**

いざとなったら取り外せる石灯籠・庭石等にも、抵当権は及ぶこととされた。

**最判平成 2 年 4 月 19 日判時 1354 号 80 頁：教材 15 事件**

ガソリンスタンドの地下タンク・計量機・洗車機等にも抵当権は及ぶと判断された。

**最判昭和 40 年 5 月 4 日民集 19 巻 4 号 811 頁**

建物抵当権がついている場合、借地権その他の敷地利用権にも「従たる権利」として抵当権が及ぶとされた。その結果、建物抵当権が実行された場合、買受人は敷地利用権をも取得する。建物の交換価値には、敷地利用権が含まれていると解されるから、妥当かと思われる。

### c) 対抗要件

**抵当権登記**により公示され、それだけで対抗要件が充足されるというのが、通説・判例の立場である。というか、他にやりかたが考えられないところである。とはいえ、さっきから混乱してきたように、**付加一体物**というのがどこまでなのかは登記簿に書かれていないので、そのあたりに限界が垣間見える。

逆にこのことを根拠として、付加一体物の範囲を、登記不動産の物理的範囲に限定する見解も有力である。

### d) 例外（370 条ただし書き）

#### ①「設定行為に別段の定め」のある場合

特約でここには抵当権が及びませんよと言う感じに排除されている場合には、当然ながら抵当権はそこには及ばない。ただし、これは当事者間でのみ有効であり、第三者には当然には対抗できない。特約の内容を対抗する手段がまったくないからである。

#### ②「424 条の規定により債権者が債務者の行為を取り消すことができる場合」

**詐害行為**（424 条）として取り消しうる場合を意味するが、事実行為を含むとされる。まあ法律行為なら普通に詐害行為取消権を使えよと言う話なので、それでは取り消せない事実行為が含まれる、と解釈するのである。

たとえば、高価な貴金属を建物に付着させた場合などが問題となる。埋め込んでしまえば、付加一体物とみなされる限りで貴金属が一般の責任財産から抜け出し、抵当権の権利範囲に入ることになる。これは事実行為なので詐害行為取消権の対象とはできないが、この 370 条の効果によって、抵当権対象から外することができる。

## (3) 果実

【事例 17-1】A は、B に対する 2000 万円の貸金債務を担保するために、自己の所有する甲建物に B のための抵当権を設定した。A は甲建物を C に賃貸していたため、B は、A の C に対する賃料債権から自己の債権回収を行うことができないかを検討している。このようなことは可能か。

果実について抵当権が及ぶのかが問題となるが、**抵当権はあくまで設定者の使用・収益に介入しない担保権であるため、果実に対して抵当権は及ばない**のが原則である。果実は、使用収益によって発生するものであることはいいだろう。しかしながら、設定者が**債務不履行**に陥った後はその限りではなく、果実から債権回収を図ることができる（371 条）。なお、平成 15 年の民法改正の前は、果実と抵当権との関係に争いがあった。

【参照】民法第 371 条（平成 15 年改正前）

- 1 前条の規定は果実には之を適用せず。但**抵当不動産の差押ありたる後又は第三取得者が第 381 条の通知を受けたる後**は此限に在らず
- 2 第三取得者が第 381 条の通知を受けたときは其後一年内に抵当不動産の差押ありたる場合に限り前項但書の規定を適用す

改正後は、以下のようになった。

【参照】民法第 371 条

抵当権は、その担保する債権について**不履行**があったときは、その後に生じた抵当不動産の果実に及ぶ。改正規定が意味するのは、①不履行があれば果実に抵当権が及ぶ、②債務不履行があれば抵当権が及ぶのだから、抵当権の実行方法として**担保不動産収益執行**が可能である、③不履行後の果実には手が出せるのだから、賃料債権に対しての物上代位も、債務不履行後に限って可能となる、ということである。

旧規定でも、その点、差押の後には果実に手が出せるよと書いてあったので、まああんまり変わらないんじゃないか、という感じもする(どうせ不動産収益執行するには差押がある)が、改正前の判例法理は、この 371 条の「果実」から何故か法定果実(=賃料債権)を外していたので、そのせいでまともに不動産収益執行が出来る感じではなかったのである。賃料に手が出せないで何を収益するんですかということである。

その点、解釈が紛らわしかったので、改正に当たって「法定果実も含めましょう」と合意されるとともに、もっと簡明に債務不履行後の果実なら、法定果実だろうがなんだろうが手が出せますよ、と言い切ったのである。

#### (4) 物上代位による権利範囲

【事例 17-2】A は、B に対する 2000 万円の貸金債務を担保するために、自己の所有する甲建物に B のための抵当権を設定した。甲建物が第三者 C の過失により火災で焼失したとすると、B は誰に対していかなる請求をなすのか。

【事例 17-3】D は、2010 年 5 月、E に対する 2000 万円の貸金債務を担保するために、自己の所有する乙建物に E のための抵当権を設定し登記を行った。乙建物は D から G に賃貸されていた。D に対して 500 万円の貸金債権を有する F は、D の資金繰りが苦しいことを踏まえ、D に対して、乙建物の賃貸にかかる D の G に対する将来賃料債権の包括譲渡を行うよう申し向け、D の了承を取り付けた。2012 年 2 月、この債権譲渡につき D から G に対し確定日付ある書面による通知がなされた。しかしその後、D は債務不履行に陥り、2012 年 7 月、E は抵当権による物上代位として D の G に対する賃料債権を差し押さえた。G は賃料を誰に対して支払えばよいのか。

##### a) 序説

物上代位は、372 条が先取特権に関する 304 条を準用する形で、抵当権にも適用される。

【参照】民法第 304 条

1 先取特権は、その目的物の売却、賃貸、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても、行使することができる。ただし、先取特権者は、その払渡し又は引渡しの前に差押えをしなければならない

2 債務者が先取特権の目的物につき設定した物権の対価についても、前項と同様とする

準用なので、先取特権とある部分は抵当権と読み替えて良い。

さて、この物上代位が機能するのは、基本的には目的物が滅失したり損傷したりした場合である。

【事例】建物甲には抵当権が設定されていたが、残念無念、火災でもってしまった。

物権の原則的に言えば、目的物がなくなれば権利もなくなりそうなものである。この例で言えば抵当権者は把握していた抵当価値を、目的物の滅失と同時に失うことになり、泣き寝入りである。そして抵当権も物権なのだから、その原則に服しそうである。

だが、他方で**こういうときには、大体にして価値を代替する別の請求権が成立する**ケースが多い。例えば火災ならば火災保険金の請求権が成立したり、放火されたのだったら放火した奴に対する損害賠償請求権が発生するかもしれない。このような場合に、当該請求権へ抵当権者の権利行使を認めるほうが公平にかなうし、そうすべきではなかろうか。というわけで、**抵当不動産の価値を代替する請求権が存在する場合に、当該請求権について権利行使を認める制度**こと、**物上代位**という制度が用意されているのである。

##### ◎代替的物上代位

物上代位のうち基本的なものは、火災保険金請求権や第三者に対する損害賠償請求権に対するものであり、このようなものを**代替的物上代位**という。ようするに、抵当権が及んでいたものの代わりとして得られたものに対する物上代位である。まさに、なくなったから代わりにやってきたもんを好きにしていぜ、ということである。

##### ◎付加物的物上代位

ところが、それだけでなく、たとえば**賃料債権**も一種の価値代替物であるとして物上代位を認めるのが現在の実務であり、これを**付加的物上代位**という。すなわち、「価値代替」的なものは、ものがなくなった→代わりが来た、というとき以外にも観念できる。たとえばバブルがぶっ壊れて担保に出していた土地の値段がダダ下がりになったとき、将来の賃料債権に対して権利行使が可能であれば、おそらく債権回収に資することになるだろう。



このとき賃料債権は、土地が存続する以上抵当権は消えていないから本来的な代替品ではないものの、ある種の価値代替物として機能するわけで、そうしたものにも権利行使を認めよう、ということになったのである。

※これについては、抵当権が消える→代わりがくる、という本来的な物上代位(代替的物上代位)とはちょっと異なるので、そもそも認められるのかが問題となった。激しい争いがあったのだが、平成元年に最高裁判例が出て、認められるということになった。平成 15 年改正後も、担保不動産収益執行とは別の手続として賃料債権に対する物上代位をなしうるとされている。

※賃料債権が価値代替物になる、というのは、なんとなくは分かるのだが、なんで？と言われると困るので、後でもう少し議論することにする。

※**担保不動産収益執行**は、裁判所が管理人を選任し、その管理人による賃貸借業務をもとに、月々の賃料債権から債権者に満足を与える仕組みをとる。そのため、いったん始めるとすぐにやめるとかそういうことはできず、お堅い手続きなのである。だから、**物上代位のように、いざとなれば数か月分だけ代位するとか言う形で相手の出方をうかがえるやりかたにはそれなりに独自の意義があり**、ゆえに物上代位は今なお利用される。

## b) 基本的規律

### ◎目的物

明らかに目的物となるものとしては、**保険金請求権、損害賠償請求権**、土地収用法上の**補償金債権・清算金債権**などがある。

一つ問題となるのが**売買取金**である。準用先の先取特権の規定(304 条)には「売却」という言葉が入っている分、なんだか売買取金も物上代位が出来そうな感じがだが、これについては先取特権とは分けて考えてみる必要があると言われている。先取特権だと、基本的には目的物が他の人に譲渡された時の追及効がない。そのため、物上代位において売買取金に対してもその範疇に含めさせる合理的な理由があった。しかし抵当権は追及力がある。そのために**任意売却後も抵当権が消滅しないのだし、代価弁済制度という別のやりくちが用意されていることから、物上代位を否定する**のが一般的である。

※代価弁済制度というのは、抵当権物の売買取金から抵当権者が別途債権回収を図るシステム。これは物上代位を否定する主旨で、代わりのやり方として作られたというのが通説なのである。

さて、**賃料債権**については付加的物上代位のところで説明したが、付加的物上代位が認められるのはいいとして、なぜ賃料債権がその付加的物上代位の対象となる、価値代替物と言えるのかは曖昧なままにしていた。これについては賃料債権が、「交換価値のなし崩しの実現」であるからだと言われているのだが、実はこれくらいしか説明と言う説明がなく、そしてこの説明では何が何だかわからない。実際、分からねーから納得しないと言っている人もいて、そういう人は物上代位を賃料債権に認めることに反対していることもある。

しかしながらこれを物上代位の対象とする見解が多数なのは、考えるに賃料債権だって土地の価値を表していると評価できるからではないだろうか。

結局、会社の価値だってかつては個別の財産をばらしてその合計とか言う形で算出していたけれど、今やそれ以上の「収益力」という指標があることを人々は知っている。**価値の把握の仕方、それは民法の世界であっても世の変動のなかで新たな視点が提示されてきている**ものなのであり、その一つとして、賃料債権と言う、実は土地の「価値」と結びついた見方ができるものについて物上代位を認めることも、許されるのではないだろうか。

判例も、賃料債権への物上代位を肯定していることは、先に述べた通りである。(最判平成元年 10 月 27 日民集 43 巻 9 号 1070 頁：判例集 25 事件)。

### ◎「払渡し又は引渡し」

**物上代位は「払渡し又は引渡し」の前になされなければならない。**

例えばある債権が弁済されたとなると、それは金銭として一般財産に混入してしまう。その債権に、この段階での物上代位を認めると一般債権者を害してしまうので、認められない。この意味で、「払渡し又は引渡し」というのは、**弁済又はそれに類似する事由**ということになる。それに弁済・代物弁済・相殺・更改その他の債権消滅事由が該当することは疑いないが、**債権譲渡・差押え**などが含まれるかどうかには争いがある。ただ、「払渡し又は引渡し」にはあたらないとの見解が多数である。これは以下の議論とも関係する。

### c) 「差押え」の意義

304 条により、物上代位を行うには差押えをなすことを要する。

しかしながら、その趣旨については学説・判例は説明に苦心してきたところである。

## <学説>

学説は大きく三つに分かれている。

### ①特定性維持説

我妻先生の立場であり、伝統的通説である。先ほどの「払渡し又は引渡し」より前に物上代位をしないとイケないという理屈と同じように考え、差押によって一般財産への混入を防ぎ特定性を維持することができるから、それが必要であると理解する。

### ②第三債務者保護説

現在の判例の立場である。差押が必要なのは、第三債務者に二重払いの危険を冒させないためであるとする。すなわち第三債務者は、差押がなされていれば、物上代位されているのに債務者(抵当権設定者)に弁済してしまうとかいうミス犯さずにすむので、そうしたリスク保護に理由を見出すのである。

### ③優先権保全説

物上代位権行使の態度が差押によって明確になされ、**差押によって物上代位が当該債権に及ぶのだ**とする考え方。この意味で差押は、第三者に対して自己の優先権を保全するための行為になる。

## <判例>

### 最判平成 10 年 1 月 30 日民集 52 巻 1 号 1 頁：判例集 16 事件

抵当権を付けていた建物は賃貸借の対象となっていたので、賃料債権が存在した。この賃料債権が譲渡されてしまったのだが、抵当権者はその後差押を行い物上代位を行おうとした。債権譲渡については確定日付ある承諾がなされており、対抗要件は具備していたので、これで物上代位できんのか、という事態に。

すなわち、ここでは債権譲渡がさっきの「払渡し又は引渡し」に入るのか、が問題となったのである。入るなら物上代位はできないし、入らなければならない。ここで判例は、「二重弁済を強いられる危険から第三債務者を保護する」として第三者保護説に立つことを示すとともに、第三債務者は債権譲渡の後に差押えられたとしても、差押命令の送達を受ける前に弁済してしまった場合はその消滅を抵当権者に対抗できるし、弁済していない場合には供託すれば免責されるから、ここで債権譲渡はそのような「差押」をもって第三債務者をあらかじめ保護すべき「払渡し・引渡し」に当たらないものと見たのである。

### 最判平成 13 年 3 月 13 日民集 55 巻 2 号 363 頁：判例集 18 事件

相殺は「払渡し又は引渡し」にあたるが、では物上代位における差押とどうやって先後関係を比べるのが問題となった。これについて、判例は相殺の合意があった時点ではなく、実際に賃料債権が発生して相殺適状になった時点と抵当権設定登記の先後で決することにした。判旨の中でさらっとだが「賃借人の期待」と言う文言が使われている。

### 最判平成 14 年 3 月 12 日民集 56 巻 3 号 555 頁：判例集 21 事件

転付命令は差押の前にしておけばその効力を妨げられないものとして、優先されると評価した。実体的には似ている債権譲渡はそうはならなかったのに、転付命令ではなんでこうなのと言う点で、学説の理解が分かれる。執行法上の制約などを持ち出す議論もあるが、手続法の議論が実体法の議論の結論を変えてしまうというのは、通説的な理解とは相反するものである。むしろ最高裁は、第三債務者保護説の行過ぎを是正したのではないかと、とかいわれていたりもするらしい。

## ◎判例の考え方の基本骨格

①**物上代位目的物には、抵当権の効力が当然に及ぶ。**

②そのことは、**抵当権設定登記によって公示されている。**

③差押えが要求されるのは**第三債務者への通知**のためであり、第三者に対する優先権保全のためではない。

ここでは、差押が**第三債務者対抗要件**として機能していることになる。すなわち、動産債権譲渡特例法では、債権譲渡登記を第三者対抗要件とし、第三債務者に対してはさらに通知をその対抗要件とした。同様に物上代位においては抵当権設定登記で第三者に対抗できるが、さらに第三債務者に対しては「差押」という通知代替のプロセスを経て対抗要件が具備できる、と理解するのである。

④したがって、**物上代位と他の法律関係の優先劣後は、抵当権設定登記と第三者対抗要件具備の先後による。**

⑤ただし、**物上代位による差押えの前に転付命令が第三債務者に送達された場合は転付命令が優先する。**

第三債務者保護説は、通知のためという軽い意味合いで差押をとらえることになる。

※物上代位目的物に抵当権の効力が当然には及ばないとする優先保全説からは、差押を以て第三者対抗要件も第三債務者対抗要件も具備されることになるので、差押により重要な意味が付与されることになる。

## ※物上代位と敷金の充当

### 最判平成 14 年 3 月 28 日民集 56 巻 3 号 689 頁：判例集 19 事件

抵当目的物に住んでいた賃借人に対して、賃料を物上代位して求めたわけだが、賃借人はただ支払うのも癪なので、敷金返還によって充当される分が当然控除されるという主張をした。敷金充当も、これを相殺ととらえれば相殺適状となったタイミングが抵当権設定登記よりも前でないと物上代位には勝てないことになるが、敷金の問題が生じるのは大体が抵当権設定登記よりも後(なんだかごたごたしはじめてから退去するのが普通である)なので、事実上勝てなくなる。それはかわいそうなので、敷金の充当が法律上予定されていることや、賃貸借契約時の敷金契約締結に対して抵当権者は口出しできなかったはずであることなどを考慮して、対抗を認めた。

## 4 抵当権の実行前の効力

【事例 18-1】A は、B に対する 2000 万円の貸金債務を担保するために、自己の所有する甲建物に B のための抵当権を設定し、その旨の登記を行った。しかし、B が現地を訪れると、甲建物には A ではない名前の表札がかかり、見知らぬ人間が頻繁に出入りしていた。B が事情を尋ねると、自分たちは建物を A から借りて居住していると答えたが、賃貸借契約書は見せてもらえなかった。抵当権の実行を考えている B は、誰に対していかなる請求をなすのか。担保不動産競売の結果、時価の 1/3 程度の売却額となった場合は、どうか。

【事例 18-2】C は、D に対する 5000 万円の貸金債務を担保するために、自己の所有する乙土地に D のための抵当権を設定し、その旨の登記を行った。その後 D は、自己の E に対する 3000 万円の債務を担保するために、乙土地上の抵当権につき転抵当を行った。

- ①E が転抵当権を他の者に対抗し、優先権を保全するためには、何を行う必要があるか。
- ②被担保債権を弁済して法律関係を解消したい C は、どうすればよいか。
- ③E が転抵当権を実行するにはどうすればよいか。また、原抵当権者 D は、自ら抵当権を実行することができるか。

【事例 18-3】F は、G に対する 5000 万円の貸金債務を担保するために、自己の所有する丙土地に G のための抵当権（一番抵当権）を設定し、その旨の登記を行った。その後 F は、自己に対し 3000 万円の債権を有する H のために 2 番抵当権を、2000 万円の債権を有する J のために 3 番抵当権を設定し、それぞれ登記を行った。抵当権が実行された結果、丙土地の売却価格が 8000 万円であったとすると、次の各場合における配当額はいくらになるか。

- ①G が、4000 万円の債権を有する一般債権者 K に対し抵当権の譲渡を行った場合
- ②G が、2500 万円の債権を有する一般債権者 L に対し抵当権の放棄を行った場合
- ③G が、J に対し抵当権の順位の譲渡を行った場合
- ④G が、J に対し抵当権の順位の放棄を行った場合

### (1) 総説

抵当権は、実行前にもさまざまな効力を有する。以下、順番に見ていくことにする。

- ①**使用収益権限との調整**に関する効力・制度…旧短期賃貸借制度、建物明渡猶予、抵当権者による賃貸借の同意
- ②**侵害**に対する効力…物権的請求権（返還・妨害排除請求など）、損害賠償請求権
- ③**第三取得者との調整**に関する効力…代価弁済・抵当権消滅請求
- ④**抵当権の処分**に関する効力…転抵当、抵当権の譲渡・放棄等

### (2) 使用収益権限との調整に関する効力

抵当目的物であろうが、**実行前の使用収益は設定者が自由に行いうる**のが原則である。だから、賃借権その他の用益権を設定することも可能であるし、それが非占有型担保の意味である。

ただし、抵当権設定登記後に設定された用益権や未登記の用益権は抵当権者に対抗できないし、抵当権実行後は消滅することになる。しかし、そのような場合にも賃借人に対し一定の保護を図る法制度が用意されてきた。



#### a) 旧短期賃貸借制度

15 年改正の前には、抵当権に後れる「短期賃貸借」を実行後にも存続させ、賃借人を保護する制度が存在した。

【参照】民法第 395 条(平成 15 年改正前)

第 602 条に定めたる期間を超えざる賃貸借は抵当権の登記後に登記したるものと雖も之を以て抵当権者に対抗することを得。但其賃貸借が抵当権者に損害を及ぼすときは裁判所は抵当権者の請求に因り其解除を命ずることを得

この 602 条は、制限行為能力者が賃貸借をする場合に可能な短期賃貸借の期間の上限であり、①樹木の栽植又は伐採を目的とする山林の賃貸借について 10 年、②それ以外の土地の賃貸借について 5 年、③建物の賃貸借について 3 年、④動産の賃貸借について 6 カ月を超えて賃貸借ができなかった。この旧 395 条は、この期間までなる賃貸借を存続させることができる、というものであったわけである。

しかし、これは**執行妨害の温床となり、また抵当権者側にも悪用され、制度の趣旨が実現できなかったため、廃止された**。すなわち、**占有屋**と呼ばれる業者が短期賃貸借を設定し占有を続ければ保護されてしまうので、これにより競売における価値を下げたり、買い手がつかなくすると言う妨害が可能だったのである。

また、そのようなことを見越して抵当権者が併用的に賃貸借登記もしておくというようなこともなされ、本当に住みたい賃借人が保護される結果にならないという、制度主旨から外れた事態も生じていた。このような実体のない賃貸借は、最高裁が効力を否定するなど対応していたが、そもそもの原因たる短期賃貸借そのものが批判を受け、平成 15 年改正の中で廃止されたのである。

代わりに、以下の二つの制度が用意されることになったのであった。

#### b) 建物明渡猶予制度 (395 条)

【参照】民法第 395 条

1 抵当権者に対抗することができない賃貸借により抵当権の目的である建物の使用又は収益をする者であつて次に掲げるもの（次項において「**抵当建物使用者**」という。）は、その建物の競売における買受人の買受けの時から六箇月を経過するまでは、その建物を買受人に引き渡すことを要しない

一 競売手続の開始前から使用又は収益をする者

二 強制管理又は担保不動産収益執行の管理人が競売手続の開始後にした賃貸借により使用又は収益をする者

2 前項の規定は、買受人の買受けの時より後に同項の建物の使用をしたことの対価について、買受人が**抵当建物使用者**に対し相当の期間を定めてその一箇月分以上の支払の催告をし、その相当の期間内に履行がない場合には、適用しない

現在は、抵当権に後れる用益権はすべて実行により排除されることとされたが、建物抵当権が実行された場合、次の 2 つのいずれかに該当する者は、6 ヶ月間は建物の明渡しが猶予されることになった。

①競売手続の開始前から使用または収益をする者

②強制管理または担保不動産収益執行の管理人が競売手続の開始後にした賃貸借により使用又は収益をする者

この制度は、抵当権が設定される**建物の賃借人**にのみ使えるものである。土地の場合は現在では借地借家法の保護があるので、土地についての明渡し猶予は規定がない。

もっとも、急いで代わりに制度を作ってみた、というようなものなので、法律関係、とくに明渡猶予期間中の法律関係があまり判然としない。賃貸借が終了しているから不法占拠にあたるところ、395 条により特別に占拠が認められているのかなとかいう感じで、謎。さらには「**対価**」の不払いがあれば即時の明渡しを請求できると同条 2 項はいうが、不法占拠している間に払うお金が賃料とは思えないし、これってなんなんだろうという謎マネーが発生している。

#### c) 抵当権者による賃貸借の同意 (387 条)

**抵当権に後れる賃貸借につき抵当権者側から同意を行うことで、実行後の賃貸借の存続を保証する**制度である。

賃貸借の保護のためでもあるのだが、それよりも優良な賃貸不動産が抵当目的物である場合などは、普通に賃貸借を続けた方が良かったりするので、そういったパターンを念頭に置いたものである。

賃貸借の登記に加えて「同意の登記」が必要とされており、この点では借地借家法上の対抗要件では足りないとされている。これはまあ、濫用とかがあったことへの反省からである。

### (3) 侵害に対する効力

抵当権設定者や第三者がさまざまな形で担保侵害を行った場合の効果の問題である。

【事例 18-1】A は、B に対する 2000 万円の貸金債務を担保するために、自己の所有する甲建物に B のための抵当権を設定し、その旨の登記を行った。しかし、B が現地を訪れると、甲建物には A ではない名前の表札がかかり、見知らぬ人間が頻繁に出入りしていた。B が事情を尋ねると、自分たちは建物を A から借りて居住していると答えたが、賃貸借契約書は見せてもらえなかった。抵当権の実行を考えている B は、誰に対していかなる請求をなすのか。担保不動産競売の結果、時価の 1/3 程度の売却額となった場合は、どうか。



いわゆる占有屋による執行妨害の典型例である。占有と言ってもスーパーフライの鉄塔みたいなものならまだ相手が特定されているのに対し、このような場合には、賃借人をつかまえて請求を起こしても、すぐに別人に入れ替わってしまうためにいちごっこになってしまう。

占有移転禁止仮処分という方策もあるにはあるが、法的な手続きのコストは大きなものがある。ここで明け渡し請求もできないとすれば問題だ、ということで、こうした第三者の侵害行為にどう立ち向かうかは議論されていたのである。

#### a) 第三者の侵害に対する請求

##### ①物権的請求権（返還・妨害排除・妨害予防）

##### ◎不法占有類型

抵当不動産上に不法占有者が存在した場合、抵当権に基づく明渡請求をなすのが長く争われてきた。

伝統的通説は、「抵当権は価値権である」として、利用形態には口出しできないという根拠から、これを否定してきたのだった。しかし、平成年間に入り、自称賃借人や不法占拠者による執行妨害が顕著になり、抵当権者に直接の妨害排除請求権を認めるべきであるとの論調が高まった。

#### 最判平成 3 年 3 月 22 日民集 45 巻 3 号 268 頁：判例集 43 事件

抵当権は占有に対しての支配を及ぼす権限ではないとして、抵当権に基づく妨害排除としての占有排除は認めることができないものとした。占有者によって抵当権の担保価値が減少させられているともいえず、被担保債権保全のための債務者の返還請求権の代位も認められないとした。学説はこういうのも価値減少と言えるんじゃないか？と思い始めていたし、とりあえずめっちゃ批判された。

#### 最大判平成 11 年 11 月 24 日民集 53 巻 8 号 1899 頁：判例集 37 事件

大法院判決。判例を変更し、抵当権者による所有権者の妨害排除請求権の代位行使を認めた。

債権者代位の転用事例として理解することもできるが、他方で、本当に転用事例として債権者代位を認めないといけないかと言うとそうでもなく、やはり転用せずとも抵当権者が直接に妨害排除できるようにすべきという理解を多くの学者がとらえたとし、最高裁のとらえかたもそのように読めなくもないものであった。

その後、最高裁は平成 17 年に、直接的な妨害排除請求権を認めたのである。

#### 最判平成 17 年 3 月 10 日民集 59 巻 2 号 356 頁

「所有者以外の第三者が抵当不動産を不法占有することにより、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ、抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、抵当権者は、占有者に対し、抵当権に基づく妨害排除請求として、上記状態の排除を求めることができる（最高裁平成 8 年（オ）第 1697 号同 11 年 11 月 24 日大法院判決・民集 53 巻 8 号 1899 頁）。そして、抵当権設定登記後に抵当不動産の所有者から占有権原の設定を受けてこれを占有する者についても、その占有権原の設定に抵当権の実行としての競売手続を妨害する目的が認められ、その占有により抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、抵当権者は、当該占有者に対し、抵当権に基づく妨害排除請求として、上記状態の排除を求めることができるものというべきである。なぜなら、抵当不動産の所有者は、抵当不動産を使用又は収益す



るに当たり、抵当不動産を適切に維持管理することが予定されており、抵当権の実行としての競売手続を妨害するような占有権原を設定することは許されないからである。また、抵当権に基づく妨害排除請求権の行使に当たり、抵当不動産の所有者において抵当権に対する侵害が生じないように抵当不動産を適切に維持管理することが期待できない場合には、**抵当権者は、占有者に対し、直接自己への抵当不動産の明渡しを求めることができるもの**というべきである」

このように基本的には抵当権者の直接的な妨害排除請求を認めるようになった。

#### ◎ 損傷・分離・搬出類型

他にも、第三者が抵当不動産の一部を損傷したり、分離したり、分離物を搬出したりした場合が問題となる。付加一体物を戻せ、というケースである。

**抵当不動産の担保価値を低下させる場合はもちろん、それが明らかでなくとも当然に物権侵害となる**というのが通説である。物権侵害の問題なので、損害賠償の問題でなく物権侵害の事実が問題なのである。

すべての類型につき妨害予防・妨害排除請求をなしうるが、既に搬出された分離物の返還請求をなしうるかは問題である。抵当不動産の領域から外れるので、ぱっとみで抵当権が及ぶかわからない状態になる。原則としてはそれでも見えないだけで抵当権は及ぶのだが、第三者が絡むと調整が必要となるのである。

学説は分かれており通説も確立されていない。厚い保護を与えるものとして第三者が即時取得しない限り抵当権による返還請求を認める立場もあるが、より制限的に解する立場が多数であろう。公示されていない状態で抵当権が存在しているから、仮に第三者が即時取得していなかったとしても(**無過失**の取引行為に限らずとも)、善意ならば第三者の信頼を優先すべきだと言うことがありうるからである。道垣内先生などは搬出した奴は取り返されても文句言えないが、第三者が善意なら無理じゃね？みたいなバランスのとり方をしている。

#### ② 損害賠償請求権

事後的に不法行為（抵当権侵害）に基づく**損害賠償請求**をなしうるかが問題となる。

抵当不動産の価値毀損行為に関しては、所有権者の損害賠償請求権に**物上代位**できることを理由に直接の請求権を否定する見解が多数だが、有力な反対説がある。

所有権者ならばまずもって損害賠償請求権を間違いなく有するが、**抵当権者としてはその所有権者が有するものに物上代位すればいいだけで、わざわざ直截な請求権を認めなくていい**ようにも思える。

※登記の不法抹消やその他の執行妨害につながる行為に関しては、物上代位ができない(所有権者に必ずしも権利があるとはいえない)ため、賠償請求可能とされる。

他方、反対説は主として不法行為学者である。一つの行為について複数の損害賠償請求権が発生することはよくあるし、そのときに発生段階でのコントロールをすることはほぼなく、履行段階で調整することがほとんどだと言うのである。米村さんはこっちに魅力を感じるようである。709条の要件が充足されるときに、他の理屈を持ってきて損害賠償請求権を認めない理由付けのほうが苦しいからである。結局、通説は物上代位ができるなら直接の請求権はいらない、というわけで、言い換えれば物上代位可能性が請求権の有無を決めるとするわけだが、物上代位ができるかできないかはかなり偶然の事情に左右されることがあり、**特約**などの効果次第で709条妥当性が変わることになりかねない。

#### b) 債務者・抵当権設定者等の侵害に対する請求

債務者・抵当権設定者等は、担保目的物につき**担保保存義務**を負う。この義務違反の効果の問題。

すなわち設定者は占有を続けることができるが、自らその設定をしながら担保価値を減少させることは許されないということである。

※この問題は、震災後の被災地などではかなり顕著である。津波被害などで荒れ果てた土地をどのように復興していくか、というのは大きな問題であるし、復興が可能なのかも問題であるが、とにかく資産価値は減ずる。

#### ① 物権的請求権（返還・妨害排除・妨害予防）

不法占有類型は観念できないが、損傷・分離・搬出類型については、基本的に第三者侵害の場合と同様。このとき、設定者本人が分離・搬出した場合、第三者の下で即時取得が成立する可能性が高まるだろうが、単にそれと知らない可能性が高まるという事実上の問題でしかない。

#### ② 損害賠償請求権

債務者に対しては結局被担保債権の請求をするのと変わらないので、賠償請求を認める意味がないとされる。内田先生の教科書など。ただ意味がないのと成立しないのは別の話で、ちょっと法的な正当化としては微妙。



債務者以外の抵当不動産所有者（物上保証人や第三取得者）には賠償請求が可能である。担保保存義務があるから当然である。

### ③増担保請求・期限の利益喪失

「ましたんぽ」です。

基本的に、債務者に担保保存義務違反があったときは、債務者は期限の利益を喪失する（137 条 2 号）。すなわち全ての債務が執行できる状態になるのである。しかしながらいきなりその効果が発生するのは酷なので、別の担保を出させればいいのかという議論があった。とすることで、代わりの担保をよこさせる請求として、増担保請求というのが学説上言われている。ただ、下級審では認めた物もあるが例も多くなく、最高裁判例がはい、というのも、ちょっと法的にはこれはしにくいのである。つまり、**裁判所が「じゃあ代わりの担保はこれね」ということを決めるわけにはどうもいかない**のである。とすると、増担保請求は単なる誠実交渉義務でしかないのではないかと思われ、直接的に増担保請求を裁判所に請求するというのは難しいような感じがしてくる。

### (4) 第三取得者との調整に関する効力

抵当不動産を第三者が得ても、なお第三取得者は抵当権実行を甘受すべき地位にある。しかしそうはいつでも利害関係当事者ではない以上、第三取得者に酷な場合もある。そして抵当権の存在を常に前提とすると流通しなくなる(買ってもらえない)ので、その保護を図るための制度が用意されている。

#### a) 代価弁済（378 条）

**抵当不動産の売却代金を買主が抵当権者に支払うことで抵当権を消滅させる制度**である。

単に売却代金を払えばいい、ということでは、他にもさまざまな選択肢をもっていた抵当権者に不利なので、法律上は抵当権者・第三取得者（買主）の合意を必要とする。さらには、お金を払う相手方が変わるので、抵当権設定者(売主)の合意も事実上必要になる。これは例外的な担保権の私的実行の局面と言われている。すなわち、民法は代価弁済の形で売却代金をもって抵当権を消滅させると言う要件のもとに、私的実行を例外的に認めたのである。逆に言えば、このような制度があるから、通説は抵当目的物を抵当権設定者が売却した際の代金に対し物上代位を否定するのである。活用場面は必ずしも多くない。利害関係者の同意が得にくいし、複数の抵当権が設定されていると弁済しても抵当権は他が残るし。

#### b) 抵当権消滅請求（379 条以下）

第三取得者が、一定の手続を履践することで抵当権の消滅を請求しうる制度。旧「滌除(てきじょ)」制度を改める形で創設された。滌除については詳しくは述べないが、第三取得者の側で一定の額を提示して、これのかわりに抵当権を消滅させて！といい、これに抵当権者が受け入れるか、増価競売を申し立てるかをしなくてはならないとするものだった。増価競売とは、その額の 1 割増以上の額で競売し、**買い手がつかなければ抵当権者が買う**という謎のリスクを伴う制度で、かなり抵当権者の負担がでかかった。そのため滌除は改められたのである。さて、抵当権消滅請求の請求権者は、第三取得者である。ただし、「**主たる債務者、保証人**及びこれらの者の承継人」は除かれる（380 条）。こういう人たちは、抵当権が実行されてもさらに全部義務を負い、他の責任財産から弁済しないといけない債務者である。このとき一個の抵当権を消滅させても別に意味がない。

※意味がないのと、法的に可能かは別の問題ではなかったのだろうか。

第三取得者は、登記を有する債権者全員に対し、特定の金額を債権の順位に従って弁済または供託すべき旨を記載した書面を送付する。抵当権者は、**2 ヶ月**以内に競売の申立をしない限り、この配当額を受け入れたと見なされる。これは増価競売ではないから、買い手が現れなかった場合も抵当権者は自分が買い受ける義務がない。この制度は平成 15 年度の誕生なので、まだ運用を見守る段階。

### (5) 抵当権の処分に関する効力

なんと条文は 1 条しかない。

【参照】民法 376 条

- 1 抵当権者は、その抵当権を他の債権の担保とし、又は同一の債務者に対する他の債権者の利益のためにその抵当権若しくはその順位を譲渡し、若しくは放棄することができる
- 2 前項の場合において、抵当権者が数人のためにその抵当権の処分をしたときは、その処分の利益を受ける者の権利の順位は、抵当権の登記にした付記の前後による

抵当権の処分には、中身として複数のものがあると言われる。

以下に述べる制度は、抵当権の順位の変動(374条)とは別物である。これはまさに、いわゆる順位の変更である。全ての利害当事者の合意があれば可能であり、**対世効**を有する物権的効力を持つ。他方で、この抵当権の処分の中で議論されることは、これとは違うものである。あくまである特定の当事者との関係で、自分の抵当権の優先権を譲渡した放棄したりするものであり、**第三者効がない**のである。その限りでのみの効果が発生すると言うことで、まさに処分と言うに適切な効果が生れる。

#### a) 転抵当

**抵当権者が抵当権にさらに担保を設定すること**を転抵当という。ただし、その法的性質は争われてきた。

抵当権設定者の同意なく、原抵当権者・転抵当権者の合意により設定しうる点に特徴がある(「**責任転抵当**」)。どうした場合に、このようなものが使われるかという、抵当権を有する者があらたにお金を借りたいときに、金融機関を抵当権者として設定するとかそんな感じ。担保権者の責任で担保を新たに設定するので、責任転抵当と言う。そもそもこのようなものが認められるかが問題であったが、今は認められている。

#### ◎法的性質

##### <学説>

#### ①債権・抵当権共同質入れ説

被担保債権と抵当権を一体として質入れする。付従性があるので、債権の質入れと考えれば当然に抵当権がくっついてくる。ただ、じゃあなんでこんな当たり前のことを書くのだということになる。質権のところでもたやが、このとき共同質入れとなるのは当然なのである。

#### ②単独処分説

あくまで**被担保債権から切り離した抵当権を処分することができる**と言う考え。これを付従性の例外とする。これは近代抵当権論と言う一種の歴史的展開のなかでの議論ともいえる。進化していけば最終的には抵当権を被担保債権から独自に処分できるようになるのだ、とは前にいったと思うが、その観点からはこのような理解は望ましいことになる。このなかでも細かく分かれるが、結論にはあまり差がない。

##### (i)抵当権再度設定説(我妻)

何で抵当権者が他人の土地に設定した抵当権を処分できるのか、ということで批判された。しかしこれは誤解と言うのが学説の理解。抵当権は価値権として存在しているわけで、他人の物ではそもそもない。

##### (ii)抵当権質入れ説(鈴木)

抵当権を独自に質入れする。

##### (iii)抵当権担保設定説(内田)など

質権ではなく、担保権といえいいとする。

分かれるが、とにかく切り離す！ということで(i)~(iii)で結論に大きな差異はない。ほぼ一つの学説であると言ってよいだろう。

#### ◎対抗要件

転抵当の第三者対抗要件は、**付記登記**である(376条2項)。複数設定することも可能でというか条文上想定されていて、複数ある場合は付記登記の前後により順位がつく。

すなわち、第一順位、第二順位…とかいうのがあることになる。

他方で債務者・保証人・抵当権設定者等に対する対抗要件は別に規定されていて、債務者に対する**通知**または債務者の**承諾**である(377条)。これは、467条の債権譲渡の債務者への対抗要件と同じものを持ってきていると言うことであり、377条による通知承諾には確定日付がいらないというのがその証左である。

ただし、主旨は少し違う。債権譲渡の場合、支払先を間違えないように、という意味で二重払いの危険をなくすために配慮していたわけだが、この場合はそうではなく、**弁済による原抵当権消滅を防ぐ趣旨**である。

仮に弁済すると被担保債権が消え、抵当権も付従性により消える。現抵当権が消えると転抵当権も消える。債務者が弁済した瞬間に、転抵当権者は権利を失うのである。まあ弁済金を得られればそれでもよさそうだが、現抵当権者が弁済金を受け取ってしまうと意味がないわけで、そのような配慮から転抵当権があるときには通知しておく必要があるわけである。なお、これらの者に対抗するには付記登記不要とするのが多数である(異説あり)。これは第三者対抗要件だから、債務者などには対抗とは別だという。

反対は、もちろんD垣内先生である。彼はあまねくすべての人間への対抗要件として、付記登記を考える。

## ◎実行方法

現抵当権の担保価値をそのまま把握している以上は、原抵当権を競売に欠け、その売却代金から配当をえるのが基本的なスタンスになりそうであるが、それは現実性に乏しい。抵当権それ自体を取引の対象にすることが現実的ではないし、そもそも転抵当権の設定があまりない。そういうことで、転抵当権者は、通常の担保不動産競売、原抵当権の実行により優先弁済を得る（残余があれば原抵当権者に配当）とされる。

転抵当権がついているとき、原抵当権者が自ら実行しうるかは争われている。学説上には諸説あるのだが、基本的には**残余が見込まれる場合に認める**のが多数であろうか。

転抵当権者が実行した段階で、自分の債権を満足させるのに売却代金を全部使ってしまうような場合に原抵当権者に実行することを認めると、自分には取り分が無いのに競売をスタートさせることができることになる。日本の執行法は基本的に無剰余措置(配当の見込みがないものが競売等を申し立てる)を認めないので、それに従うわけである。まあはっきりいって申立のタイミングなど、配当金が回ってくる奴にとっては重大な問題が存在するわけで(不動産の価格は一定ではないから、いつ売るか普通かなり関心のあることである)、そういう判断を配当を受けるべきものがないのはおかしいというわけである。

※ただ、明らかに残余が無い場合でないと、事実上これをもって「無理」というのは難しいところだが。

## b) 抵当権の譲渡・放棄、抵当権の順位の譲渡・放棄

### ◎総説

376 条は、特定の者（受益者）との間で抵当権の譲渡・放棄およびその順位の譲渡・放棄を認める。これも転抵当と同じく処分の一環とされるが、このとき、抵当権それ自体を被担保債権と切り離して取引の対象としていることになる。

譲渡・放棄当事者間の処分契約に基づくものであり、**他の利害関係当事者に影響を及ぼさない**のが原則である。この話はあくまで特定の者との間だけで主張できるものであり、相対効しかない。

このときもともと抵当権者でないものが権利を持つ(のにちかくなる)ので、単一の抵当権に他者も権利を取得するということで、転抵当と同じく弁済による抵当権消滅は阻止する必要がある。そこでやはり、対抗要件を想定する必要があるし、転抵当と同様（第三者に対しては付記登記、債務者等に対しては通知・承諾）の要件が課される。同じく 377 条内に規定がある。

### ◎抵当権の譲渡・放棄

一般債権者（無担保債権者）を受益者として行われるものである。

抵当権の**譲渡**があれば、受益者が優先弁済を受けることになる（受益者が全額の配当を受け残余があれば抵当権者に配分される）。

抵当権の**放棄**があれば、抵当権者・受益者両者間ではいずれも優先せず、配当額は債権額に応じて案分比例する。

### ◎抵当権の順位の譲渡・放棄

他の抵当権者を受益者として行われる。例えば第一順位の抵当権者が第三順位の抵当権者に譲渡するとか。

抵当権の順位の譲渡があれば、両者の抵当権の配当額につき受益者が優先し、残余が他方に配分されることになる。第一順位の場合の配当でも満足できない場合に、第三順位の配当も同時に受けられると言った感じ。

抵当権の順位の放棄があれば、両当事者間では優先関係がなくなり、各抵当権の配当額を合算し債権額に応じて案分比例する。第一順位の抵当権者が第三順位の人に対して放棄した場合、当事者がもともと持っていた枠が融通されると言う感じになる。

※逆に言えば、もともとある抵当権の枠自体はそのままである。だから他の奴らになんら影響を及ぼさない(第三者効がない)ことになるのである。

【事例 18-3】F は、G に対する 5000 万円の貸金債務を担保するため、自己の所有する丙土地に G のための抵当権（一番抵当権）を設定し、その旨の登記を行った。その後 F は、自己に対し 3000 万円の債権を有する H のため 2 番抵当権を、2000 万円の債権を有する J のため 3 番抵当権を設定し、それぞれ登記を行った。抵当権が実行された結果、丙土地の売却価格が 8000 万円であったとすると、次の各場合における配当額はいくらになるか。

- ①G が、4000 万円の債権を有する一般債権者 K に対し抵当権の譲渡を行った場合
- ②G が、5000 万円の債権を有する一般債権者 L に対し抵当権の放棄を行った場合
- ③G が、J に対し抵当権の順位の譲渡を行った場合
- ④G が、J に対し抵当権の順位の放棄を行った場合



- ① 抵当権の譲渡があるため、優先弁済権が K に譲渡される。K の債権額 4000 万円分をまず K が受ける。が、もともと 5000 万の枠があるので、残りは G に配当されることになる。
- 残りの 3000 万円は、2 番抵当権者 H に 3000 万円配当されておしまいである。
- ② この場合、抵当権の放棄が行われ、一般債権者 L は、自身の 5000 万円の枠とさらに G の 5000 万の枠とを按分比例した分の配当を 5000 万円の枠から得る。つまり G が 2500 万、L が 2500 万円ゲット。
- ③ まず 1 番抵当権(G : 5000 万)について J が優先権を得るから、まず J は 2000 万円もらって満足。第三抵当権については考えなくて良い。2 番抵当権者からあとは順番。
- ④ 順位の放棄をした場合。5000 万の枠を G と J が按分比例でうける。G が 7 分の 5 受け、 $5000 \times 7$  分の 5 というかなり微妙な額の配当を受ける。J は残り、7 分の 2  $\times$  5000 万。H は 3000 万ゲット。3 番抵当権につき、まだ配当額があるとすればまた 7 分の 2 と 7 分の 5 で按分比例することになる。

## 5 優先弁済権の実現—抵当権の実行段階

### (1) 総説

抵当権は**実行手続を通じてのみ優先弁済権が実現できる**(私的実行の禁止)ことは前述した。

※然し明文の規定はないので、「**抵当直流特約**」というものがあるかとも考えられる。じきながれ契約です。ようするにいざとなったら直接に抵当権者が抵当不動産をゲットできるという特約。

ただ解釈も出来なくもないが、これを公示する方法が無く、第三者に対抗できないのである。だから主張しても後順位の抵当権が消滅しないために、事実上はうまみがない。さらにいうと、直接的に抵当直流れをしようにも改めて代物弁済の契約を結ばないといけない(代物弁済契約の予約と取れる場合は別だが)ため、別個の取引が必要なので、直截的な実行手段としては法律構成されていない。

別取引として構成すると、代物弁済予約だとすれば多くの場合所有権移転の仮登記が必要となる(仮登記担保)。そうすると仮登記法と言う法律の規制を受けることになり、いずれにせよ抵当直流れそれ自体が承認されないことになる。

ということで、具体的には、**担保不動産競売**、**担保不動産収益執行**のいずれかによる必要がある。後者は平成 15 年改正に登場したものであることは前述したと思う。

### (2) 抵当権実行の種類と手続

※民事執行法の話なので、大まかにだけ。

#### a) 担保不動産競売

〔手続の流れ〕

競売申立て→競売開始決定【差押え】→配当要求終期の決定→売却→売却許可決定→代金納付【換価】→配当表の作成→(異議)→配当【満足】

※差押、換価、満足の三段階に一応民事執行手続きは分けられると言われている。

※配当において、登記を有する抵当権者・質権者等は当然に配当を受ける。これは、登記制度を背景とした不動産競売の特有のルールである。登記されているだけで、権利の存在が分かるので、配当要求が必要ない。一般債権者とかは別途配当要求が必要なのだが、その点優遇。

#### b) 担保不動産収益執行

一般債権者による強制管理手続を担保権実行にも拡大する形で、平成 15 年改正により選択可能となった。

〔手続の流れ〕

申立て→担保不動産収益執行の開始決定【差押え】→管理人の選任→収益の収受→収益の配当【満足】

比較的プロセスは単純で、換価と言うプロセスもない。ただ、収益の収受が配当(の原資になる金銭を獲得)にあたるのではないかな。あえてそういう必要がない気もするが。

※375 条

利息その他定期金の債権は、満期となった最後の 2 年に限り請求できる。後順位担保権者の利益保護のためである。もともとの被担保債権の額の公示の意味がなくなり、予測可能性が失われるために特則が置かれている。

### (3) 共同抵当権の実行

【事例 19-1】G は、G の S に対する 5000 万円の貸金債権を担保するために、S の所有する甲土地（時価 6000 万円）および乙土地（時価 4000 万円）に共同抵当権の設定を受けた。甲土地には、S に対し 4000 万円の債権を有する A が、乙土地には、S に対し 3000 万円の債権を有する B が、それぞれ 2 番抵当権を有していた。①甲土地・乙土地が同時に競売された場合、②甲土地が先に競売された場合、③乙土地が先に競売された場合、のそれぞれにおいて、G、A、B が各不動産からいくらの配当を受けることになるか、答えなさい。

【事例 19-2】G は、G の S に対する 5000 万円の貸金債権を担保するために、物上保証人 P の所有する甲土地（時価 6000 万円）および S の所有する乙土地（時価 4000 万円）に共同抵当権の設定を受けた。甲土地には、P に対し 4000 万円の債権を有する A が、乙土地には、S に対し 3000 万円の債権を有する B が、それぞれ 2 番抵当権を有していた。①甲土地・乙土地が同時に競売された場合、②甲土地が先に競売された場合、③乙土地が先に競売された場合、のそれぞれにおいて、G、A、B、P が各不動産からいくらの配当を受けることになるか、答えなさい。

【事例 19-3】G は、G の S に対する 5000 万円の貸金債権を担保するために、物上保証人 P の所有する甲土地（時価 6000 万円）および物上保証人 Q の所有する乙土地（時価 4000 万円）に共同抵当権の設定を受けた。甲土地には、P に対し 4000 万円の債権を有する A が、乙土地には、Q に対し 3000 万円の債権を有する B が、それぞれ 2 番抵当権を有していた。①甲土地・乙土地が同時に競売された場合、②甲土地が先に競売された場合、③乙土地が先に競売された場合、のそれぞれにおいて、G、A、B、P、Q が各不動産からいくらの配当を受けることになるか、答えなさい。

a) 総説

複数の財産上に同一の債権を被担保債権とする抵当権が設定される場合、これを**共同抵当権**という。

土地と同地上の建物、互いに隣接する複数の土地など、**一体評価により大きな担保価値が得られる**際に用いられやすい。

※すでに(他人の)建物が立っていると、土地の買受人にとってみれば借地権収入しか得るものなくなり、負担付の譲渡は売却代金が非常に安くなってしまう。このような場合土地の換価価額の三分の一くらいで買いたたかれるが、そうではなく「建物ごと売る」構成をとるとすれば、利用権を含んだ土地を売れるから価格はあがる。だから共同抵当として、両方いっぺんに担保にとる。

同様に、登記簿上分かれていても同じ建物が建っていたり、同じ用途に(駐車場)使われることもある。このとき、土地の半分だけ売り払うとかわけのわからない制限的なことをするよりも、まとめて担保にとったほうが最終的には有利だと言うことが起こりうる。

共同抵当権実行時には両者同時に競売を行っても良いが（**同時配当**）、別個に行っても良い（**異時配当**）。まあもともと別なのだから当然でできないと困る。だが、そうだとするといずれであるかにより後順位担保権者の配当額が変わる可能性があるため、調整が必要となる。



Doppioとディアボロもまとめてこそ価値がある

### b) 原則的な処理（債務者所有財産のみの場合）

以下、事例 19-1 を前提に考える。

【事例 19-1】G は、G の S に対する 5000 万円の貸金債権を担保するために、S の所有する甲土地(時価 6000 万円)および乙土地(時価 4000 万円)に共同抵当権の設定を受けた。甲土地には、S に対し 4000 万円の債権を有する A が、乙土地には、S に対し 3000 万円の債権を有する B が、それぞれ 2 番抵当権を有していた。①甲土地・乙土地が同時に競売された場合、②甲土地が先に競売された場合、③乙土地が先に競売された場合、のそれぞれにおいて、G、A、B が各不動産からいくらの配当を受けることになるか、答えなさい。

## ◎同時配当

①共同抵当権者への配当額は、不動産の価額に比例して割り付けられる（392条1項）。

すなわち、Gさんの5000万は、甲に3000万、乙に2000万として割り当てられることとなる。

②後順位担保権者はそのまま配当を受ける。

甲（S所有）6000万円	同時	乙（S所有）4000万円
G 3000万円		G 2000万円
A 3000万円		B 2000万円

## ◎異時配当

たとえば異時配当として甲が先に処分される場合には、Gは甲の売却から5000万回収してしまうから、Aはここで1000万しかとれず、代わりにBは結構回収できそうになる。それを排除するために、以下のルールが法定されることになる。

①先に競売がなされた不動産につき、共同抵当権者を含め、通常通り配当を行う。

②ただし、先に競売がなされた不動産の後順位抵当権者は、同時配当の場合に受けていたであろう弁済額の限度で、後になされる他方の不動産の競売において共同抵当権を代位行使することができる（392条2項）。

甲（S所有）6000万円	異時	乙（S所有）4000万円
G 5000万円		(G) A 2000万円
A 1000万円		B 2000万円

甲（S所有）6000万円	異時	乙（S所有）4000万円
G 1000万円		G 4000万円
(G) B 2000万円		B 0円
A 3000万円		

【甲が先に売却された場合】

すなわち、右上の図にあるように、AはGの乙不動産について有している抵当権を代位行使することができるのである。Aが2000万円ゲット。

【乙が先に売却された場合】

こんどはBさんが有する債権を全然回収できていない。そのため、甲不動産の競売についてBがGの権利を代位行使することとなる。まだGが1000万円の未回収分をもっているの、それをとるが、その後、残された枠（Gの3000万のうち2000万分の枠は残る）を代位行使して、Bは2000万円回収することができる。

この原則的なやりかたが適用されるのは、債務者所有財産の場合である。

## c) 共同抵当の目的財産が同一の物上保証人所有である場合

債務者所有財産のみの場合と同様に処理されるのが通説・判例であるし、他にどうするんだという感じである。

## d) 共同抵当の目的財産に債務者所有財産と物上保証人所有財産が混在する場合

こっからがめんどくさい。なぜなら、物上保証人は基本的には副次的な責任を負っているに過ぎないからである。だから、まず債務者のものをうばらうべきであり、実はここで、甲乙不動産に順位がついている。

【事例 19-2】Gは、GのSに対する5000万円の貸金債権を担保するために、物上保証人Pの所有する甲土地（時価6000万円）およびSの所有する乙土地（時価4000万円）に共同抵当権の設定を受けた。甲土地には、Pに対し4000万円の債権を有するAが、乙土地には、Sに対し3000万円の債権を有するBが、それぞれ2番抵当権を有していた。①甲土地・乙土地が同時に競売された場合、②甲土地が先に競売された場合、③乙土地が先に競売された場合、のそれぞれにおいて、G、A、B、Pが各不動産からいくらの配当を受けることになるか、答えなさい。

## ◎同時配当

①物上保証人の不動産には比例的割り付けを行わないのが通説・判例の立場である（副次的責任！）。

②共同抵当権者は債務者所有不動産から配当を受ける。

③共同抵当権者に未回収額がある場合には、物上保証人所有不動産から配当を受ける。

甲（P所有）6000万円	同時	乙（S所有）4000万円	甲（S所有）6000万円	同時	乙（Q所有）4000万円
G 1000万円		G 4000万円	G 5000万円		G 0円
A 4000万円		B 0円	A 1000万円		B 3000万円



### [左の場合]

まず左側のケース。Sの乙不動産からとりあえず割り付けるので、Gは4000万円ゲット、残りは物上保証人の甲不動産から割り当てることになる。Gの残額1000万と、さらにAの4000万円も全額回収できることになり、Pのところにも1000万残ることになる。他方で乙不動産のほうでは、後順位のBには一円も残らない。当然Sにも残らない。可哀そうに。

### [右の場合]

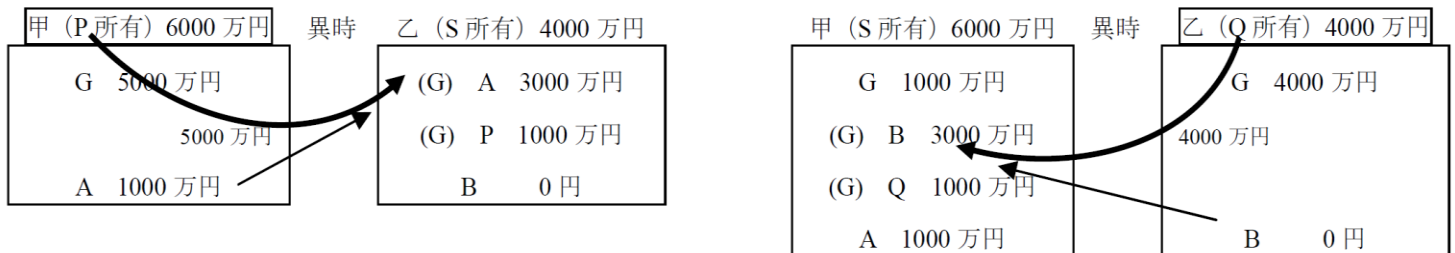
仮に右側のように、所有が逆転した場合を考えると、まずGがSの財産から5000万円全額とってしまうことになり、後順位のAも6000万円から差し引いて残った1000万円を得ることになる。乙不動産ではGはもう回収する必要もないので、Bが3000万円をとって、残りは持ち主のものに。

### ◎異時配当

債務者所有不動産が先に競売された場合は原則通り配当され、特に問題はない。

物上保証人所有不動産が先に競売された場合は、一旦原則通り配当されるが、**物上保証人は、弁済による代位(法定代位)により他方の不動産上の抵当権を行使できる**。その権利につき後順位抵当権者が優先的に権利行使できる(物上代位)。すなわち、物上保証人は副次的に責任を負っているが、法律上の利害を有するので、理論的には第三者弁済が可能なのであった。弁済すると、本来は**求償権**を取得する。求償権確保のために法定代理が起こり、原債権者が有する債権を代位行使することが可能(つまり、抵当権行使が可能)となるのである。

ここでも同じルールが適用される。物上保証人から換価されると弁済したのと同じであるから。その分代位行使できる。



では、物上保証人所有の甲不動産が先に売却された場合を考える。

### [左の場合]

ともかくいったんは、Gに5000万円が行き、のこり1000万がAのもとに行く。だが、弁済による代位の効果により、本来負担しなくていいGの分5000万円に関しては(Aについては違うことに注意)、共同抵当権を代位行使することができる。具体的には、乙不動産の競売に際してそれは実行可能となるだろう。乙不動産上のGの抵当権を代位行使することとなり、すなわち5000万の限度で、この場合は4000万全体を支配可能!ということなので4000万を獲得するのである。だがここで、再びAさんが出てくる。

Aさんは同時配当であれば、優先的な割り当てのもとに4000万を獲得できたはずであるが、それができていない。AとPの優先順位は明白である。この二人の関係では、あくまでAは担保をPから提供されているのであり、担保権の実行が可能であるはずで、Aが自分の取り分の範囲でまず弁済を受けることができるはずなのである。差額たる3000万円の範囲で、Aが4000万のうちから獲得できることとなる。こうすれば、同時配当と同じ結論が導ける。異時配当の結果として優先権が失われた部分について、Aは**物上代位**の(ような)形で、Pが行使できるようになった債権、そして担保権のうえにのっかって行使しているのだと学説上はとらえられている。まあ理論的に微妙なところもあるが。

### [右の場合]

逆の場合、Qは弁済による代位の効果として、自分のものを売り払って奪われた4000万円分、共同抵当権の代位行使が可能である。Sの建物の競売に際して代位行使を狙う訳だが、ここでGとQが残っていることになる。この場合、原債権者が優先される。

原債権者が全部取りきれぬまで全部取らせるのが、本来の債権の在り方であるからである。その後に求償は議論されるのであって、その考え方が適用されればまずはGが1000万円を最優先で得られる。その後は、BとQを比較して、Bが優先されることとなる。Bが、甲不動産上のGの抵当権に対してQが有していた権利を物上代位して、3000万円獲得する。Qも残額を得て、残り1000万円がAへ行くこととなるだろう。

e) 共同抵当の目的財産が別の物上保証人所有である場合

【事例 19-3】G は、G の S に対する 5000 万円の貸金債権を担保するために、物上保証人 P の所有する甲土地（時価 6000 万円）および物上保証人 Q の所有する乙土地（時価 4000 万円）に共同抵当権の設定を受けた。甲土地には、P に対し 4000 万円の債権を有する A が、乙土地には、Q に対し 3000 万円の債権を有する B が、それぞれ 2 番抵当権を有していた。①甲土地・乙土地が同時に競売された場合、②甲土地が先に競売された場合、③乙土地が先に競売された場合、のそれぞれにおいて、G、A、B、P、Q が各不動産からいくらの配当を受けることになるか、答えなさい。

◎ 同時配当

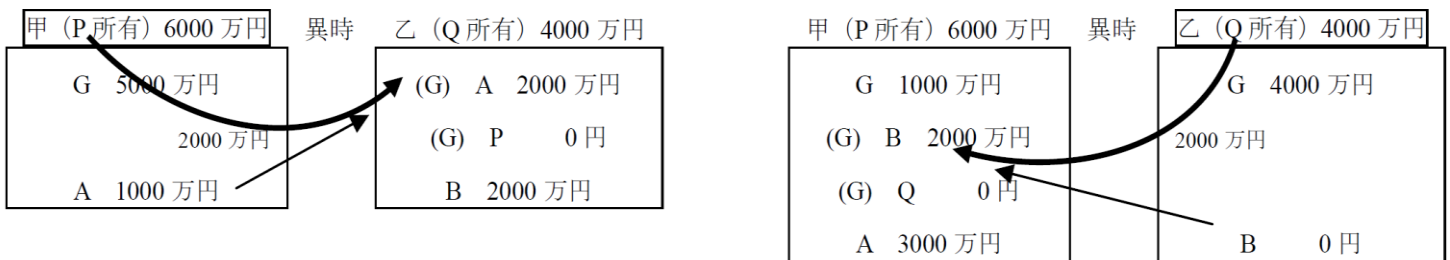
共同抵当権者への配当額につき、不動産の価額に比例して割り付けがなされる。その他は原則通り。

◎ 異時配当

弁済を行った物上保証人は、他の物上保証人に対し、財産の価額に比例して定まる割当額の限度で弁済による代位を行うことができる（501 条 4 号）。その権利につき、後順位抵当権者が優先的に権利行使できる。

簡単に言えば、**同時配当の額と同じになるようにうまいこと代位とかしてごまかせ**ってことです。

甲 (P 所有) 6000 万円	同時	乙 (Q 所有) 4000 万円
G 3000 万円		G 2000 万円
A 3000 万円		B 2000 万円



[左の場合]

同時配当のときはPさんはGに3000万円しかもっていかなかったはずなのに5000万をもってかれてるので、怒りの代位でQ所有の建物の換価金に(Gの抵当権に代位して)かかっていくことになる。差額の2000万円分を行使するわけだが、そこにはPに優先するAがさらに代位しちゃうので、結局2000万円はAにとられる。乙の売却代金の残りはBに行くので、Pは結局お金もらえず。これで同時配当と同じ結論に。

[右の場合]

最初に乙からGが4000万取って行くわけことになり、Bさんはもらえる額がその時点ではゼロとなる。その後、甲の売却においてもGは何より最初に1000万とることになるが、同時配当の時よりQは2000万分損しているの、その分をGの抵当権を代位行使して回収しようとすることになる。ところがそこに、Qより優先するBが現れ、Gの枠だった3000万から、Gが1000万円取って行った残り2000万円を丸っととっていきことになる。Aは残りを得て、結局Qはお金がもらえない。しかしこれで、同時配当と同じ結論になる。

f) 第三取得者が含まれる場合

債務者からの第三取得者は**債務者**と、物上保証人からの第三取得者は**物上保証人**と、基本的に同視して考える。立場をそのまま受け継ぐということです。

ただし、共同抵当目的財産がいずれも債務者所有の場合（上記 b）またはいずれも同一物上保証人所有の場合（上記 c）に、その一方を第三取得者が取得した事例に関しては、特殊な考慮を要する。

【事例】甲土地が第三取得者 R に譲渡されたものとし、甲土地には後順位抵当権者が存在しないが乙土地には後順位抵当権者 B が存在する。

もともと同じ人所有であったとしても、第三取得者の地位はある程度保護しないといけない。ことに、譲渡されなかった方の不動産に、後順位抵当権者がいる場合、これが第三取得者の登場の後か前化によって保護すべきかが変わってくると言われている。時間が許す限りで考えていこう。

① 第三取得者の保有財産（甲土地）が先に競売された場合

本来、第三取得者 R は乙土地上の共同抵当権に代位することができるはずであるが、**乙土地の後順位抵当権者 B が R の土地取得前に出現していた場合には R による代位を予期していないため**、この場合は R は代位できないとされる。

B が R の土地取得後に出現した場合は、R による代位を予期しており、代位を認めて良い。

②債務者または物上保証人の保有財産（乙土地）が先に競売された場合

乙土地の後順位抵当権者 B が R の土地取得前に出現していた場合には、**B は甲土地上の共同抵当権に代位することを期待していた**はずであり、この期待が第三取得者の登場と言う事情で奪うのは適切でないため、代位が肯定される。

他方で、B が R の土地取得後に出現した場合は、共同抵当権に対する代位を期待しておらず(他人の不動産だとわかった上で入ってきている)、代位は否定される。

#### (4) 法定地上権

【事例 19-4】A は、B に対する 5000 万円の貸金債務を担保するために、自己の所有する甲土地に B のための抵当権を設定した。甲土地上には A の所有する乙建物が存在し、A が居住していた。抵当権が実行され、C が買受人となったところ、C が A に対し建物収去土地明渡請求を行った。この請求は認容されるか。

【事例 19-5】D は、2002 年 6 月、E に対する 5000 万円の貸金債務を担保するために、自己の所有する甲土地に E のための抵当権を設定した。2002 年 6 月当時、甲土地は F に賃貸され、同地上に F の所有する乙建物が存在した。その後、2005 年 4 月に D は F から乙建物を譲り受け、以後 D は乙建物に居住していたところ、2006 年 2 月、D は貸金業者 G から受けた 1000 万円の貸金債務を担保するために、甲土地に G のための抵当権を設定した。2013 年 8 月、G は抵当権実行による担保不動産競売の申立てを行い、競売が実施された結果、甲土地の買受人となった H は、同年 12 月、D に対し建物収去土地明渡請求を行った。この請求は認容されるか。

##### a) 総説

わが国では**土地と建物が別個の財産とされている**ため、同一所有者の土地・建物の**一方**につき抵当権が実行されると、土地利用権なく土地と建物の所有者が異なる事態が発生しうる。そのため、法律上の土地利用権を認める必要がある。そうでないと事実上追い出せることとなる。

法定地上権の成否は、「最先順位」の抵当権設定時を基準時として判断されるのが原則である。

【参照】民法 388 条

土地及びその上に存する建物が同一の所有者に属する場合において、その土地又は建物につき抵当権が設定され、その実行により所有者を異にするに至ったときは、その建物について、地上権が設定されたものとみなす。

この場合においては、地代は、当事者の請求により、裁判所が定める。

条文が少ないと言うのが、この議論の複雑性の原因になっているのは言うまでもない。以下に成立要件を概観するものの、非常にケースが曖昧な場合が多々ある。

##### b) 成立要件に関する解釈問題

基本的に、**以下のようなときには法定地上権はいらないか**、ということを意識して要件は作られる。

##### A 更地の土地上に抵当権が設定されるとき

抵当権者は、建物が無い、つまり好き勝手利用できることを価値に算入して抵当権を設定している。すなわち、抵当権設定後に建物が建てられたとしても、建物の所有者がそこで抵当権者に対抗できるとすると変である。このような場合には、法定地上権を成立させる必要は乏しいであろう。

##### B 抵当権設定以前に建物があつたが、土地建物が別人所有であり、建物に抵当権が付されたとき

別人の土地に建物を立てる時点で、何かしらの利用権が土地についていないとおかしい。土地利用権は建物利用権に従たる権利である。よって、そんな建物に設定した抵当権が実行されても、それに伴い土地利用権が新所有者のもとに移転するため、法定地上権とかなくとも利用ができる。

##### C 抵当権設定以前に建物があつたが、土地建物が別人所有であり、土地に抵当権が付されたとき

土地にはこのとき建物所有者の土地利用権が設定されているわけだが、抵当権は多くの場合この土地利用権には対抗できない。とくに建物が登記されれば借地借家法の保護を受け、借家権に対抗力が生じている状態で



あるから、抵当権が把握する価値も、もともと土地全体の利用価値から利用権分を差し引いたもの(底地価格)となっているはずである。このようなときには、土地の買受人も底地部分の権利の実を得るから、結局建物所有者のために法定地上権を設定する必要もない。

※ただし、土地建物が別人所有の場合に、土地利用権が借地借家法上の対抗力などを常に有しており抵当権に対抗できるという保証はない。具体的には、親族間で所有権を移すことなく建物のみを無料で使用させてやっている場合などは、使用貸借契約によって建物が利用されるわけだが、使用貸借が対抗力を備える方法が現行法制度にはない。このような場合は抵当権が実行されると普通に追い出されるので、別人所有パターンを一概に法定地上権いらない野郎どもと判断することには疑義もある。

まあそんな感じで、いつ法定地上権が必要かな？という問題意識から、以下の要件が設定されている。

※ただ、実際問題法定地上権がそもそもいらないのではないかとか言っちゃう人もいる。結局住んでいる人には有利だけれど、それが社会経済的に見て妥当なのかという問題意識があるにはあるのである。一方で、従前の法律関係を存続させること自体に価値を置いているにも日本の制度である(たとえば民法は、事実状態たる占有に、一定の価値をもたせている)から、そのあたりは難しい話である。

#### ① 抵当権設定時に土地上に建物が存在すること

抵当権実行後に土地・建物の所有権者が異なるという事態は、建物がなければ発生しないのだから、そもそも建物がないときには法定地上権というものの必要性はない。

また、その基準時は抵当権設定時になるのも、土地を評価した抵当権者は更地であることを前提に抵当権を設定したと言う意味で、法定地上権という不測の損害を及ぼせない目的からは自然であろう。土地利用権がない土地はだいぶ安く評価されてしまうと言うのは依然言ったはずである。したがって、更地段階で抵当権が設定され、その後建物が建築されても法定地上権は成立しないというのが、通説・判例の立場である。

#### ※ 建物の滅失・再築の問題

建物が滅失した後、再築されないうちに抵当権が実行されれば、法定地上権は成立しないのが原則とされる。建物が無いのだから法定地上権を認める必要はないと言うのは、先程から確認してきたところである。

他方、抵当権を設定した後、滅失前に建物が第三者に譲渡された場合には、法定地上権の成立を認める見解が有力である。第三者は将来的な地上権の存在を見越して建物を取得するわけで、買ったのに使えませんというのはお話にならない。その意味で期待権が保護されている、と見ることができる。具体的には建物の買受人が建て替えをしている最中に抵当権が実行された場合などが例となるが、そのせいで利用がその後できなくなるというのは公平ではないだろう。

建物が再築した後は法定地上権の成立を認めるのが一般的だが、土地・建物について共同抵当権が設定されていた場合には、抵当権者の把握した担保価値との乖離を根拠に成立が否定されるとされている。すなわち、抵当権者は土地と建物両方の価値を把握していたのだから、(旧建物がある限りで法定地上権が発生しうるにしても)いざとなれば建物が取り壊されたあと、そのまま更地として価値を把握し続けることも可能であったのである。それなのに新建物の登場により法定地上権が発生するとなれば、抵当権者はそのぶん、土地利用権について担保価値を失うことになる。それはよくないよね、ということである。実際問題、土地建物を一緒に売る方が値段も跳ね上がる。

#### 最判平成9年2月14日民集51巻2号375頁：教材28事件

抵当権設定前の建物が一度滅失したあとに再建されたケースであるが、法定地上権が成立しないとされた。

#### ② 土地と建物が同一の所有者に属すること

土地と建物が同一の所有者に属する場合、約定土地利用権が設定できないため、法定地上権の必要がある。

※自己借地権は認められないのである。そのため、抵当権実行により土地建物の所有者が異なる事態になれば、建物利用が利用権のない利用、すなわち不法占拠となってしまうかねない。

抵当権設定後に土地と建物が別人所有となってから約定利用権が設定されたとしても、土地抵当権者には当該利用権を対抗できないし、建物抵当権者としても法定地上権が成立することを当然期待するに至っているはずだから、やはり法定地上権の成立が必要であるとされる。実際問題としても、法定地上権は30年という長い存続期間を持つが、約定地上権は期間も短いことが多いため、法定地上権の保護が必要と言える。

※①利用権対抗、②建物抵当権者期待という観点を重視するなら、土地建物が別人所有のときにも法定地上権を認めることがまったく否定されるというわけではないのでは、と少し疑問でもあるらしい。

最判昭和 48 年 9 月 18 日民集 27 巻 8 号 1066 頁：判例集 26 事件

登記上同一所有者でなくとも、**実質的所有関係**があればよいとした。

最判平成 2 年 1 月 22 日民集 44 巻 1 号 314 頁：判例集 29 事件

土地に抵当権が設定されたケースで、所有者が同一であるか否かは、1 番抵当権を基準に判断するものとした。確かに土地について 1 番抵当権が設定された当時には土地と建物の所有者が異なる場合でも、後に法定地上権成立の要件が満たされる可能性がある。しかし、後順位抵当権が設定され実行されたとしても、土地の競売により 1 番抵当権も優先弁済を受け、抵当権が消滅するという意味では、1 番抵当権者がどのような期待を持っていたかというものを考える必要がある



のである。1 番抵当権者は法定地上権の負担のない担保価値を把握していたのだから、後から出てきた奴のせいでそれが損なわれてはならない。ナンバー 1 が大事なのである。

※日本は**消除主義**を採用しており、何番目の順位の抵当権者であろうが、抵当権実行申立に伴う競売があれば、配当は全ての抵当権者に及び、売却物に付着していた抵当権は全て消える。執行手続きの安定的な運用のために、このようなやり方がとられている。このため、1 番抵当権者も優先弁済を受けると説明したのである。対して、ある抵当権が実行されても、他の抵当権は残るという**引受主義**という考え方もあるが、いろいろめんどくさいし売却価格が安くなってしまうので抵当権については採用されていない。

※この判決は傍論で、土地に抵当権が設定された今回のような場合と、「建物」に抵当権が設定されている場合とは違うかのような言い方をしている。実は、建物抵当権が実行された場合には、1 番抵当権設定時ではなく建物抵当権設定時の土地建物の所有者を見て同一性を判断すべきだと言う最高裁判例が既にあったのだが、これとは事情が違うぜと言うのである。ただ実際、建物の場合だろうが 1 番抵当権者の期待は裏切られるわけで、この点で学説は 1 番抵当権設定時を基準時とすべきとしているし、もしかしたら今回の判示で事実上判例変更されたのかもしれない。微妙な文言で、最高裁が何を考えているのかはちょっとよくわからない。

なお、1 番抵当権消滅後は実行時の 1 番抵当権が基準となる。現存する抵当権のなかでのトップランカーを基準とするのである。

最判平成 19 年 7 月 6 日民集 61 巻 5 号 1940 頁

「土地を目的とする先順位の甲抵当権と後順位の乙抵当権が設定された後、甲抵当権が設定契約の解除により消滅し、その後、乙抵当権の実行により土地と地上建物の所有者を異にするに至った場合において、当該土地と建物が、甲抵当権の設定時には同一の所有者に属していなかったとしても、乙抵当権の設定時に同一の所有者に属していたときは、法定地上権が成立するというべきである。その理由は、次のとおりである」

上記のような場合、乙抵当権者の抵当権設定時における認識としては、仮に、甲抵当権が存続したままの状態での目的土地が競売されたとすれば、法定地上権は成立しない結果となる(前掲平成2年1月22日第二小法廷判決参照)ものと予測していたということ是可以する。しかし、抵当権は、被担保債権の担保という目的の存する限度でのみ存続が予定されているものであって、甲抵当権が被担保債権の弁済、設定契約の解除等により消滅することもあることは抵当権の性質上当然のことであるから、乙抵当権者としては、そのことを予測した上、その場合における順位上昇の利益と法定地上権成立の不利益とを考慮して担保余力を把握すべきものであったというべきである。したがって、甲抵当権が消滅した後に行われる競売によって、法定地上権が成立することを認めても、乙抵当権者に不測の損害を与えるものとはいえない。そして、甲抵当権は競売前に既に消滅しているものであるから、競売による法定地上権の成否を判断するに当たり、甲抵当権者の利益を考慮する必要がないことは明らかである。そうすると、民法388条が規定する「土地及びその上に存する建物が同一の所有者に属する」旨の要件(以下「同一所有者要件」という。)の充足性を、甲抵当権の設定時にさかのぼって判断すべき理由はない」

民法388条は、土地及びその上に存する建物が同一の所有者に属する場合において、その土地又は建物につき抵当権が設定され、その抵当権の実行により所有者を異にするに至ったときに法定地上権が設定されたものとみなす旨定めており、競売前に消滅していた甲抵当権ではなく、競売により消滅する最先順位の抵当権である乙抵当権の設定時に同一所有者要件が充足していることを法定地上権の成立要件としているものと理解することがで

きる。原判決が引用する前掲平成2年1月22日第二小法廷判決は、**競売により消滅する抵当権が複数存在する場合に、その中の最先順位の抵当権の設定時を基準として同一所有者要件の充足性を判断すべきことをいうもの**であり、競売前に消滅した抵当権をこれと同列に考えることはできない」

#### ※土地と建物の所有者が異なる場合

抵当権設定時に対抗力ある約定土地利用権（借地権等）が存在すれば、以下の3点が言える。

- (i)建物抵当権は土地利用権に及び（「従たる権利」）、抵当権実行後も土地利用権と一体的に買受人に移転する。
- (ii)土地抵当権は土地利用権の対抗を受け、抵当権実行後も土地利用権がそのまま存続する。
- (iii)抵当権設定後に土地・建物所有者が同一となっても、混同の例外（179条）により約定利用権が存続する。

#### ※土地・建物の一方または双方が共有の場合

判例法理には至っていないが、傾向としては**土地が共有**の場合には法定地上権が認められない。例えばAとBが土地を共有しており、土地上にAが建物を所有していた場合、Aの持ち分に抵当権が設定され実行されたときは建物に法定地上権が発生しないとされているのである。これは、土地利用権を設定するには土地の完全な所有権を基礎とせねばならないところ、共有者が法定地上権の負担に同意していたとはいえないから、であろう。但しこの場合も、約定利用権は存続する。上の例ならばAとBとの間で何らかの利用形態の取り決めがあったはずであり、この限りで競売落札者も利用を継続できる。

#### ③土地または建物に抵当権が設定されたこと

土地・建物のいずれかに抵当権が設定できれば良い。特に解釈上の問題はない。

#### ④競売により土地と建物の所有者が異なるに至ったこと

土地利用権の必要性を基礎づける当然の要件である。特に解釈上の問題はない。

#### c) 法定地上権の内容

基本的な権利内容は通常の地上権と同様であり、具体的な内容は原則として当事者間の合意による。存続期間については、借地借家法3条により**最低30年**（合意ができなければ、30年）となる。この保障の厚みが法定地上権の利用につながる。

地代については、当事者間で協議が調わなければ裁判所が定める。

もちろん法定地上権も物権であるから、第三者に対抗するには対抗要件が必要である。ただし、借地借家法10条の保護を受けているので**建物保存登記**で足りる。

### (5) 一括競売

389条は、土地利用権が土地抵当権者に対抗できず、建物を取り壊すべきことになる場合に、土地と建物をあわせて競売する一括競売の制度を用意する。

建物を一括売却することで土地の売却額の高額化が見込まれる一方、建物収去費用が低い場合に活用される。ようするに、マンションに人がたくさん住んでいるときなど、収去して人を追い出すよりもまとめて経営を存続させたまま売ったほうがいい場合があるのである。この意味では建物の収去による社会経済的損失を防ぐ趣旨の規定とされており、その観点から抵当権者の義務とする見解も有力である。

優先権は売却額のうち土地の代価部分のみに及び、建物の代価に相当する部分は建物所有権者に交付される。

## 6 抵当権の消滅

【事例 20-1】A は、B に対する 2000 万円の貸金債務を担保するために、自己の所有する甲土地に B のための抵当権を設定した。その後 A は甲土地を C に譲渡したが、C は抵当権が設定されていることを知らず、移転登記を行わないまま 10 年間所有の意思をもって占有を継続した。B が抵当権を実行しようとしたのに対し、C は抵当権が既に消滅していると主張した。この主張は認められるか。C の占有開始から 20 年が経過していた場合は、どうか。

### (1) 一般的消滅原因

物権に共通の消滅原因としては、目的物滅失、放棄、混同などがあげられる。



他に、担保物権に共通の消滅原因がある。

①**被担保債権の消滅**（弁済・相殺・消滅時効完成など）…付従性によるものである。

②**担保権実行**その他の**競売の実施**…買受人の保護のために消滅原因となる。

そして、抵当権に固有の消滅原因として、**代価弁済**、**抵当権消滅請求**、**時効**による消滅がある。

## (2) 抵当権の消滅時効

【参照】民法 396 条

抵当権は、債務者及び抵当権設定者に対しては、その担保する債権と同時になければ、時効によって消滅しない

【参照】民法 397 条

債務者又は抵当権設定者でない者が抵当不動産について取得時効に必要な要件を具備する占有をしたときは、抵当権は、これによって消滅する

この二つが直接に重要であり、この二つの条文がどのような関係で、どのような効果を規定するのか理解に隔たりがある状況であるから、話も錯綜していることが多い。教科書によって記載の仕方も異なり、なかなかめんどいが、ここでは条文の順に従って見ていく。

さて、396 条は素直に読めばその通りなのかなというような規定である。

167 条に時効に関しての一般ルールがあり、債権の時効は **10 年**、債権又は所有権以外の財産権は **20 年** として時効が規定されている。文言だけ見ると、抵当権は 20 年で消滅しそうだが、これに対しての特則として 396 条は存在し、**債務者** 及び **抵当権設定者** に対しては、抵当権が被担保債権と切り離されて消滅することはないとしているというのには、ほぼ争いはない。

問題は、こいつら以外（後順位抵当権者・第三取得者など）に対しては、**抵当権が被担保債権と独立に消滅時効にかかるか否か** である。学説上には今なお両論ある。

判例は第三取得者に対する関係で 20 年の消滅時効完成を肯定している。

**大判昭和 15 年 11 月 26 日民集 19 巻 2100 頁：判例集 49 事件**

167 条2項の適用を認め、抵当権が独立に消えることを認めた。

しかし近時は、これに対しては否定説が有力である。やはりこれは担保権が担保権である性質によるという。**履行確保のために存在するのが担保であり、独立の財産権としてこちらを先に消してしまうことは好ましくない** という。それだけではなく、**時効中断** のしにくさも問題である。債権の場合、請求や仮処分などで簡単に（といってもそれなりの手続きがあるが）中断はできる。が、抵当権に対して時効中断を求めようとしても、請求権がとくにないので、そうはいかないのである。

実体法上は「**承認**」として、抵当権設定者側の自認を認めるしかない。それが無理ならば**抵当権存在確認訴訟** による確定判決を待たなければならず、20 年に一度確認訴訟をするというのもなんともおかしい話である。根抵当権などの場合、継続的な取引の中で発生する多数の債権を担保するのであるから、何十年も続くことがありうるのだし、実質判断をこのように踏まえると、独立に時効を完成させることはあまりよろしくないといわれるのである。

## (3) 取得時効の要件充足に伴う抵当権の消滅

そして 397 条には、「債務者又は抵当権設定者でない者」が取得時効の要件を充足した場合には抵当権が消滅する旨が規定されるが、その趣旨や具体的帰結は激しく争われ、学説が錯綜している。

まずは争いが無いところから。

(i)**債務者・抵当権設定者が時効取得しても抵当権が消滅しない** ことには争いが無い。

抵当権の付いた不動産を債務者や抵当権設定者が取得時効で手に入れても抵当権は消滅しない。397 条がこの両者を条文中除外しているから、抵当権消滅と言う効果を得ることができないというのが、反対解釈の帰結となる。そしてそう考えないと 396 条との整合性がとれない。396 条において主眼が置かれているような人たちに対して、責任を独立に消滅させる必要があるとは思えない。

この場合、取得時効が認められることになるにしても、せいぜい抵当権の負担付きの所有権を取得する、という具合であろう。

(ii) **全くの第三者が抵当不動産を時効取得した場合に抵当権が消滅する**結論も承認されているが、取得時効による当然の効果とする見解と、あくまで 397 条の効果（抵当権固有の時効消滅）であるとする見解がある。たとえば、抵当権付不動産 A とその隣の不動産 B の境界が誤解されており、抵当権が及んでいた A の一部を B の所有者が時効取得することは、ありうる。そのときに、抵当権の扱いとして、B の所有者が全くの第三者であれば、消滅と言う帰結となる。

だがこれが、取得時効の効果なのか、そうではなく 397 条の効果なのかが問題となる。まあ前者のほうが理解としては楽である。ある要件を満たせば当然に「原始取得」するのがこの制度なのだから、付着していた抵当権もドスルーされて構わないように思える。ところが、そのような説明をしない見解が、近年有力なのである。そのために、以下の事例を考えてみるのが一つの理解の筋道となる。

(iii) 第三取得者が占有を継続した場合の処理

これについては結論・理由づけとも激しく争われる。

ようするに、**悪意の奴でも 20 年頑張れば許されるのか**が争われるのである。そのものずばりの判例はないものの、善意無過失で占有を開始し 10 年経過すれば、抵当権の存在につき悪意であっても所有権を時効取得し、抵当権は消滅とするものがある（最判昭和 43 年 12 月 24 日民集 22 巻 13 号 3366 頁）。ただし**未登記第三取得者**の事案である。

このような考え方に対しての学説は区々に分かれるが

- ① 抵当権、消える
- ② 取得時効しても抵当権の負担付きの所有権がでてくる
- ③ 取得時効制度は抵当権について妥当しない

というような感じに分かれている。少なくとも第三取得者に対しては③による解決も有力ではある。

※この場合ネーミングとして第三取得者といえるのかは問題だが。

これは 396 条と 397 条の趣旨をどう考えるかと密接に関連している。条文通り解せば最高際の立場のようになるかもしれないが、時効取得者に対して抵当権の消滅と言う効果を与えるのはやはり望ましくないと言う論者が、様々な理論を展開するのである。

このような対立のなかで言われてきた理論として、大きく以下の二つの系列があると言える。

① **397 条が特定の者に取得時効の成立を限定しているとする理解**(最高裁の立場)

取得時効の適用は一般に認めるものの、その適用対象を限定する。起草者の理解はこのようなものであった。396 条が債務者及び抵当権設定者、397 条がそれ以外として条文同士で対応する奴らを区分けして処理する。すなわち 396 条は第三取得者についてそもそもあたらないので、抵当権が消滅するのもここからは素直に捉えられる。

② **所有権の時効取得による抵当権消滅は一般的に否定され、397 条の適用がある場合にのみ抵当権が消滅する、との理解**

こちらは、396 条をおよそ一般的に抵当権の消滅時効が独立に消えないよとすることを一般的に承認するものとして、167 条の効果を否定する。そのうえで 397 条は、しかし抵当権が独立に消滅する場合が例外的にあるよ、として、取得時効の要件を具備した時(この点、条文構造が「取得時効によって」とはなっていない、つまり 167 条の適用がないとも読めるところを周到についている)に、「397 条 power によって」抵当権が消滅すると理解するのである。このような理解からは、あくまで「397 条の効果によって」抵当権が消滅することになるわけだが、**このような理解の対立が、先ほど見た「時効取得の効果か、独自の効果か」という消滅の法的説明の食い違いを生む**ことになるのである。①では所有権者か否かで大きく結論が異なるのに対し、②では最初の時効取得者の地位による区分けが無い分、占有開始時の善意・悪意等が重視されることになる。

【事例 20-1】A は、B に対する 2000 万円の貸金債務を担保するために、自己の所有する甲土地に B のための抵当権を設定した。その後 A は甲土地を C に譲渡したが、C は抵当権が設定されていることを知らず、移転登記を行わないまま 10 年間所有の意思をもって占有を継続した。B が抵当権を実行しようとしたのに対し、C は抵当権が既に消滅していると主張した。この主張は認められるか。C の占有開始から 20 年が経過していた場合は、どうか。

抵当権の消滅の事例。第三取得者 C が、抵当権の設定を知らないままに占有を継続した場合にどうなるかという問題。大枠の傾向としては①の見解からは抵当権の消滅が是認され、②からはなかなか難しいぜということになる。(②からも無理ではないが)

## 7 根抵当権

### (1) 総説

被担保債権が変動し、継続的に発生・消滅する多数の債務を包括的に担保する目的で設定される抵当権を**根抵当権**と言う。もちろん、根保証の「根」と同じ意味で使われている。

長く判例に依拠してきたが、登記実務により包括根抵当が否定されるなど混乱したため昭和 46 年に規定が新設された。

※**包括根抵当**は、債権者債務者間の一切の債権をなんら限定なく被担保債権とする根抵当権である。過剰な担保になると言うことで、実務が登記の申請を受け付けなくなると言うクールな事態になった。

やはりそのままでは被担保債権が無限に増加しうるため、抵当権設定者や他の利害関係者を保護する目的で、担保の**極度額**が定められる。

確定が生ずるまでは被担保債権との間で付従性・随伴性がなく、自由に被担保債権を処分（譲渡・弁済等）しうる。すなわち、一つ一つの被担保債権がどうなるかが、根抵当権が消滅したりはしない。確定すれば付従性・随伴性は復活し、普通抵当権と同じような感じになる。

### (2) 設定

#### a) 設定契約

根抵当権設定契約による。設定契約の当事者や基本的性質、目的物については普通抵当権と異なるところはない。

#### b) 被担保債権

被担保債権は変動しうるが、その**範囲が特定**されていなければならない。かつて、包括根抵当の有効性が争われたが、立法的に認められないものとされたのはもう述べた通りである。少なくとも、債権者・債務者は特定される必要がある。そして債権の範囲も、以下のいずれかの債権として特定される必要がある。

①**債務者との一定の種類取引によって生ずる債権**（398 条の 2 第 2 項）

②**特定の原因に基づいて債務者との間に継続的に生ずる債権**（398 条の 2 第 3 項）

これらは発生原因による特定といえる。②は取引行為によらない場合で租税債権などを想定しているが、このような場面はあまりない。たとえば酒造業者が一定の額の酒税を国に継続的に納める場合には、こうした債権が想定されるだろう。

③**手形上・小切手上的請求権**（398 条の 2 第 3 項）

銀行などは**回り手形**と言って第三者を介して債務者への手形・小切手を入手するような場合があるが、こうした手形上・小切手上的請求権は①、②とは違うものの担保してもらいたいわけであり、銀行実務の要請により認められた。これは発生原因にはよらない。

#### c) 極度額

根抵当権では第三者の予測可能性を保障するため、**極度額**を定めなければならない。

抵当権者の優先権は極度額の範囲に限定されるが、**極度額までは利息・遅延損害金等も時的制限なく(普通抵当権は 2 年である)担保される**。他の利害関係人は極度額を前提にするため、期待権を害すことはない。

#### d) 元本確定期日

不特定状態の被担保債権を特定し、利息・遅延損害金を含め担保範囲を確定させることを「**元本の確定**」という。元本確定は、設定・変更の日から 5 年の範囲で特定の期日を定めることができる（398 条の 6 第 1 項）。不当に長期にわたるべきではないので、5 年という制約が課されている。

#### e) 対抗要件

登記が対抗要件となる（177 条）。被担保債権の範囲、極度額、元本確定期日（定めた場合）も登記事項となるが、理論的には普通抵当権と変わらない。

### (3) 元本確定前の効力

#### a) 総説

根抵当権は**一定期間継続することが予定されるため、種々の事情の変更に伴う変更が可能となっている**。具体的には当事者の死亡だとか合併などが考えられるし、被担保債権や根抵当権の処分も考えうるところである。



もちろん抵当権の一種であるから普通抵当権と同じ規律が妥当するところもあり、利用権との調整、侵害に対する効力は普通抵当権と同様で、代価弁済・抵当権消滅請求も適用がある。

しかしながら、被担保債権がそもそも変動を予定する根抵当権では、異なる部分が当然に生れ、そのための規律がいくつか置かれている。

#### b) 被担保債権の個別的な帰属変更等（398 条の 7）

元本確定前には随伴性が否定されるため、個別の帰属変更につき以下の帰結が導かれる。

①元本確定前に、**債権譲渡**等により個々の被担保債権を取得した者は、根抵当権を行使できない。

②個々の被担保債権につき**債務引受**があった場合は、引受人の債務につき根抵当権を行使できない。

③**更改**により債権者または債務者が交替した場合は、根抵当権を更改後の債務に移すことができない。

理論的に見ても、根抵当権は元本確定時に特定の債権者に属する債権を担保するというものであり、譲渡等が行われた債権はこれには含まれないだろう。このような譲渡などを受けたものに権利を与えても、調整に実際上の困難が伴うから、妥当である。

#### c) 債権者・債務者の一般的変更

##### ◎**債務者の変更**（398 条の 4）

元本確定前には根抵当権者・根抵当権設定者の合意で債務者を変更できる。事業譲渡などの場合に有用である。後順位抵当権者など第三者の承諾は要しないが、**元本確定前の登記**を要する。これは対抗要件ではなく**効力要件**であることに注意。

##### ◎**相続**（398 条の 8）

債権者が死亡した場合であっても、相続人と根抵当権設定者（第三取得者を含む）の合意により、取引の継続と事業の承継者たる相続人が定められたときは、根抵当権は存続する。債務者が死亡した場合も、根抵当権設定者と根抵当権者の合意により取引の継続と承継者が定められれば存続する。

合意が成立しないとき、または 6 ヶ月以内に登記されないときは、元本が確定したものと見なされる。法律関係をいつまでも浮動させておくわけにはいかないから、合意がないのであればもう清算してしまうのである。極度額などには変更がないから、第三者の同意は不要である。

##### ◎**合併**（398 条の 9）

債権者・債務者に合併があった場合、原則として根抵当権は存続する。取引関係が存続することが多いからである。ただ、根抵当権設定者からは元本確定請求が可能である（ただし、債務者合併の場合には債務者から元本確定請求はできない）。

##### ◎**会社分割**（398 条の 10）

債権者・債務者に会社分割があった場合、分割会社の債権・債務も設立会社・承継会社の債権・債務も担保する形で存続する。同じく取引関係は存続するためである。これまた合併の場合と同じく、根抵当権設定者からの元本確定請求が可能とされる。

#### d) 債権の範囲等の事項の変更

元本確定前には、**根抵当権者・根抵当権設定者の合意で被担保債権の範囲を変更できる**（398 条の 4）。債務者の変更と同じく、第三者の承諾は不要だが、元本確定前に効力要件として登記が必要である。

※要するに後から入ってくる奴は元本確定時の登記をもとに判断するので、そのため元本確定前の登記という要件を設定しているのである。

極度額の定めも変更可能であるが、全利害関係者の承諾を要する（398 条の 5）。

元本確定期日の定めも根抵当権者・根抵当権設定者の合意により変更可能で、第三者の承諾は不要（398 条の 6）。

#### e) 根抵当権の処分

普通抵当権の処分に関する規定は転抵当の場面を除き適用が排除され、独自の譲渡制度が定められている。（398 条の 12、398 条の 13）。他方で普通抵当権と同じく**転抵当**は可能である。**付従性がないため弁済を禁止する必要がなく**（弁済しても別に抵当権が消滅しないので、転抵当権まで消えて大変だとかいう普通抵当権の時にやった議論が妥当しない）、そのために債務者への通知・承諾は不要とされる。

##### ①**全部譲渡**

譲渡人・譲受人の譲渡契約により根抵当権者が交替する。ただし根抵当権設定者の承諾を要する。登記がなければ第三者に対抗できない。

## ②分割譲渡

根抵当権を分割し、一方を譲渡することで譲受人が根抵当権者となることも可能である。この場合、同順位の根抵当権が併存することになる。

方式は①と同じだが、根抵当権設定者に加え、根抵当権を目的とする権利を有する者（転抵当権者等）の承諾を要するとされている。そのような者にしてみれば、これまで把握していた価値が分割によって減損することになるのだから、当然と言えるだろう。

## ③一部譲渡

譲渡人・譲受人の譲渡契約により、両者の準共有とすることもできる。根抵当権設定者の承諾が必要で、実行時には各自の債権額に応じて配当額が按分比例される。もちろん合計額が極度額内であれば按分の必要もなく、全額の満足を得ることはできる。

## (4) 元本の確定

元本の確定により、被担保債権は流動性を失い、その時点での被担保債権に担保範囲が確定する。以後は普通抵当権と同様の法律関係となり、**付従性・随伴性**が生じる。

債務者は被担保債権を弁済して根抵当権を消滅させることができる。

### a) 確定事由

以下のものが定められる。

①**確定期日の到来**…合意による確定期日が到来したことを言う。

②**根抵当権設定者による確定請求**…①の合意がないとき、設定時から 3 年経過すれば可能となり、2 週間で確定する。

③**根抵当権者の確定請求**…①の合意がないとき、根抵当権者はいつでも確定請求できる。

④**根抵当権者による競売・担保不動産収益執行・物上代位等**…優先弁済権の行使に着手するには、被担保債権の特定が必要だからである。

⑤**根抵当権者が抵当不動産に対する競売手続開始等があったことを知って 2 週間が経過したこと**…同じく、優先弁済権を行使する場合である。

⑥**債務者または根抵当権設定者についての破産手続開始決定**…これも優先弁済権。

### b) 確定の効果

普通抵当権と同様になり(**確定根抵当権**)、根抵当権独自の諸規定は適用されなくなる（債権範囲・債務者の変更等）。抵当権の処分に関しても、398 条の 12、398 条の 13 ではなく普通抵当権についての 376 条が適用されることになる。もっとも元本債権の利息・遅延損害金などの制限については極度額まで担保されるから、完全に普通抵当権になったというわけではない。

なお、根抵当権設定者は、極度額が被担保債権額を上回るとき、**極度額減額請求**をなしうる（398 条の 21）。

物上保証人・第三取得者等は、被担保債権額が極度額を上回るとき、極度額の金員を支払って根抵当権消滅請求をなしうる（398 条の 22）。

## (5) 特殊な根抵当権

### ①共同根抵当権

共同抵当の登記があり、配当額の割り付け（392 条）がなされる純粹共同根抵当、共同抵当の登記がなく、配当額の割り付けがなされない（いずれの不動産からも極度額まで配当を受けうる）累積共同根抵当がある。

### ②共有根抵当権

複数の者が 1 つの根抵当権者を準共有する場合をいう。

## 8 特別法上の抵当権

民法上以外の抵当権について定める特別法がある。

民法では目的物が地上権、小作権、不動産などに限られるが、**非占有タイプの担保は便利であり、特別法上の設定がかなりなされている**のである。たとえば一部、動産抵当権が法定されたりする。これについていちいち見ていくことはしないが、ちょっと話をしておくべき特殊な奴らがいるので見ておく。

### ①工場抵当権

工場抵当法による。工場の敷地建物、付属する大型機械などに一括して抵当権を設定できる。民法上は不動産に限られる抵当権を、土地建物に据え付けられた大型機械などにも拡張できる。ところが、工場と言うかそのようなものを操業している会社は、結構他にも財産を持っているので、そういうものを対象とできないのがネック。

### ②財団抵当権

上の問題を解決すべく、もうすこし大きな財産のまとまりとして自動車だとか知的財産権だとかをまとめて抵当権目的物とすることができる。これは様々な個別法の規定の集合として存在する制度。漁業財団定東宝、道路交通事業抵当法など、様々な業種業界において設定されている。

ただ世の中の何かしら事業を営むものすべてが使えるのではなく、**個別的な解禁を待たないと使えないので、特定の事業者しか利用できないこと**になっている。

### ③企業担保権

さらに進歩して、これが最も一般的に企業活動にともなって使われるものである。目的物は企業の財産を一括して抵当権の目的と出来るのだが、被担保債権が**社債債権**に限られている。金融機関から個別に融資を受けるような場合には、使用できない。

このように個別法がかなりあるものの、ジョジョで言うとビーチ・ボーイくらい使いにくい感じになっていて譲渡担保とかが求められる背景となったのである。



## Ⅲ 質権

【事例 21-1】A は、B に対する 1200 万円の貸金債務を担保するために、B のために甲建物に質権を設定し、その旨の登記がなされた。次のそれぞれの場合、B は誰に対して何を請求できるか。

- ①第三者 C が甲建物のエアコンを無断で取り外し、搬出した場合
- ②第三者 D が甲建物を不法占有している場合
- ③質権が実行されないまま設定から 10 年が経過した場合
- ④B が E に対して責任転質を行った後、A が B に対し貸金債務の弁済を申し出た場合
- ⑤甲建物が第三者 F の過失により発生した火災が原因で焼失した場合

### 1 基本的意義

占有型の約定担保物権である。抵当権と違い、占有が必要である。

目的物により、**動産質**、**不動産質**、**権利質**に分けられ、それぞれ権利内容等が異なる。やはり、動産不動産とそれ以外は、だいぶ違う。めっちゃ雑に言えば、権利は見えないのである。占有型の担保物権なのに、占有ってこれできているのか？というわけで、手当てする規律が必要になる。この意味では、そもそも権利質を非占有型の担保物権として処理することもありなのではないか、とは議論されているところである。権利抵当と言ってもぶっちゃけそこまで変わるのではないから、このような次元では質権か抵当権かはあまり問題にする必要が無いともいえる。

【参照】民法第 342 条

質権者は、その債権の担保として債務者又は第三者から受け取った物を占有し、かつ、その物について他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利を有する

質権は占有によって公示機能を果たす以上**登記・登録制度を必要とせず、それゆえ目的物の制約なしに利用可能**である。特に動産質は古典的な庶民金融における担保として用いられたのだが、近年はあまり用いられない。商店街に一見は質屋さんがあるのが典型的な日本の姿であったが、近年はかなり少なくなっているようである。そもそも無担保で貸してくれる業者が増えたために、このような変遷が生じた。

※それによる消費者法上の問題もあるわけであるが。



また、不動産質が使われることもまれであるが、こっちは別に昔からそうである。不動産を質に入れるとかなりの額の融資をすることになるが、このような融資はふつう金融機関しかできない。なのに、銀行が質権を設定して占有を取得してしまうと、使用収益権が生じる代わりにそれと相殺する形で利息をとれなくなるのである。銀行としてはそれは痛い。使用収益をうまくやってのけるなんてのは難しいし。特に農地とかだとどうすんのということになる。また、何十年も使用収益とかいっても、あくまで担保だからそこまで力を入れにくい。

これに対して、**権利質（特に債権質）は現在もしばしば用いられる。**

例えば預金担保貸付の話をしたと思うが、この預金担保貸付に伴う相殺の保護は、判例上かなり手厚くなったとしてもなお不安が残る。そこで、さらに預金債権に質権を設定することが行われる。質権があれば優先弁済が認められるので、仮に相殺ができずとも満足を得ることができるわけである。

※が、これは抵当権としての役割じゃね？といわれると「まあそうだね」としかいえない。

質権も、抵当権と同じく複数設定することができ、条文の「設定の前後」による順位は、不動産質では**登記の順**、動産では**引渡し**の順になると解されている。**約定担保物権**である点で抵当権と、**留置的効力**を有する点で留置権と共通する。したがって、各権利に関する規定が準用される。こと不動産質権については抵当権の準用が多い。

## 2 設定

### (1) 概要

質権も約定担保物権であるから、合意、具体的には設定契約により設定される。

ここで、占有型担保であるため質権者への占有移転（引渡し）が必要であるところ、占有移転の法的性質について複数の見解が対立する。具体的には、効力要件か対抗要件かである。

### (2) 設定要件

#### a) 設定契約

**質権設定者**（被担保債権の債務者または物上保証人）と**質権者**（被担保債権の債権者）により締結される。

かつては設定契約は**要物契約**であるとの理解が一般的であったが、近時では設定契約自体は諾成契約であるとするものがむしろ多数である。これは設定契約と質権それ自体を区別する理解が、債権と物権の峻別の中で有力に主張されているということである。債権契約としての設定契約は合意の時点で発生させてよいが、物権は第三者効を有するから手順を踏む必要があり、引渡しと言うものが課されると理解するのである。

ただし、設定契約の締結のみで質権が成立するかには争いがある。引渡しを効力要件・対抗要件のいずれと解するかによるが、後述。

#### b) 目的物

原則として目的物に関する制限はない。ただし、**譲渡可能な目的物であることが必要**（343 条）。しかし、譲渡できなければ占有移転できないから、担保として提供できないのだし冷静に当然である。

それから、目的物の限定として、特別法において抵当権設定が可能とされる動産には、一般に質権設定が排除されている（自動車・航空機等）。

これは抵当権の最後に行った動産抵当の話だが、ここで質権も設定できるとすると順位付けなど複雑な問題が生れてくるので、質権はここでクビにしている。

#### c) 被担保債権

被担保債権の存在が必要だが、基本的規律は抵当権と同様である。金銭債権以外でもよいし、将来債権でも良い。

被担保債権が弁済・無効・取消・解除等により消滅した場合は質権も消滅する。**付従性**です。

被担保債権が譲渡等により移転した場合は質権も移転する。**随伴性**です。

被担保債権不特定の**根質権**も有効（包括根質権も有効とされる）である。規定がないが、それゆえ許されないのではなく、明治期以降根抵当権だって解釈でやってきたのだしできるだろうと言う人が多かったのである。規定がない以上制約がないから、**包括根質権**とかも可能である。ただし、不動産質権においては根抵当権の規定が準用されるから、それによる制約を受ける。

#### d) 存続期間

不動産質の存続期間は **10 年**が上限となる（360 条）。

動産質・権利質については制限がない。

起草者は、所有権者以外の者が所有し利用する事態をあまり長く放置すべきではないと考えていた。所有権者は自分の物としてそれを一生懸命利用しようとするが、**単に他人の物を占有している者は利用をあまり熱心に行わず、結論として社会経済的にマイナスとなる**だろうと理解されていたのである。

とくに長期にわたって不動産質権を設定させると、所有者が使用収益出来ない事態となるので、それには上限が設定されることとなった。しかし、10年ぼっちでは宅地としての利用はできなくなる(もともと被担保債権が消えるとこっちはなくなるので不安定だが)。それだけではなく、質権の設定の前後は登記の前後によるところ、質権が10年で終わるとすれば更新の登記が「新たな」登記となり、一番質権者が後順位質権者となってしまふ。すると10年以上の質権の設定の意味はほぼなくなり、ますます質権が不動産について使われなくなるのである。

#### e) 引渡し

目的物は、質権者に引き渡される必要がある(344条)。先ほどから言っているように、この点の趣旨や法律効果について議論が多いのである。

かつては、引渡しは、質権の公示のためと解する(**対抗要件**と解することになる)のが多数であった。

すなわち、**占有移転は他者に対して物権たる質権を公示するうえで、登記登録制度がないこの質権における公示機能を果たすものであった**のである。公示のためのものである以上、これは対抗要件としてとらえることとなるだろう。ところが、現在の多数説はそれを批判する。結局、権利質などは上の議論では公示機能が果たされないし、不動産質については対抗要件は177条が別にしっかり規定しているのである。

そこで、およそ目的物に関わらず**占有移転がなされるのは、質権者に留置的効力・収益的効力を与えるためと解する**のである(**効力要件**と解することになる)。

ただし、質権設定者が占有代理人になることはできず(345条)、引渡しは占有改定によることができない。つまり、いったん質権者が引き渡しを受けても受けなくても、「まあ代わりにもっといいよ」ということは許されない。これは留置的効力と言う理解からも、公示機能と言う理解からも説明できる。まあ債務者自身が持つのがアカンよということなので、他の奴に持たせることは公示・留置が果たせない占有改定でなければ許されるとされる。

権利質では引渡しを観念できず、要件とならないが、譲渡に証書の交付が必要な場合は**証書交付**を要する(363条)ものとされている。

### (3) 効力存続要件

設定要件と別に効力存続要件があるとされている。

引渡しに関してこれを**効力要件**ととらえる説からは、質権者による占有継続が質権の効力存続要件だとされる。占有が本質である以上、**質権者が占有を失うと(占有回収の訴えにより占有を回復しない限り)質権は消滅する**。  
※占有回収できれば占有していたことになるし。

他方、**対抗要件**説によれば占有自体は本質的要素でないから、占有喪失は当事者間の効力に影響しない。

### (4) 対抗要件

動産質の対抗要件は**目的物の継続的占有**とされる(352条)。ただし、上に見たように占有継続を効力存続要件とすれば、この規定は無意味である。効力存続しないのだから対抗できるはずがないという意味では、有害な規定とも言える。ここについて対抗要件説がのさばった、という側面もある。

他方で、不動産質の対抗要件は一般原則に従い**登記**となる(177条)。指名債権質の対抗要件は**通知・承諾**(364条)とされる。もちろんこれは、467条のルールをなぞっている。確定日付のルールについては書いていないが、467条に従う時点で第三者に対しては確定日付ある通知が求められるとされる。

※動産・債権譲渡特例法上の登記による対抗要件充足の可否

動産債権譲渡特例法については以前お話した通りであるが、質権設定においては、債権に対しての質権設定だけ、登記による対抗要件具備を認めることにされている。まあ債権の方が債権譲渡特例法として立法が先になされていたことも理由である。債権の方が一般に登記に基づく対抗要件あるものとして知られていた事情があるのだが、いずれにせよ、債権についてのみ債権質権設定登記が認められている。他方で動産に関しては、譲渡(担保)の場合にだけ設定登記が認められ、質権において登記が認められない。

### 3 権利範囲

#### (1) 原則的権利範囲

不動産質に関しては、抵当権の目的物の範囲に関する 370 条が 361 条で準用され、質権も**付加一体物**に及ぶと解するのが通説である。

※反対説がある。おなじみ道垣内さんである。

※教官「道垣内先生の教科書に頼りすぎると痛い目にあうことがあるウエッヘッヘッヘ」

謎文脈であるが、ここで述べられた彼おすすめの勉強法は、一つの考え方にあまり多分に頼らずに、できるだけ多面的な見方を手に入れることである。できたら試験一か月前くらいから、「別の」教科書を読んでみることもいい刺激になるとのこと。

教官が司法試験予備校で答練添削をしていたとき、変に予備校の「パターン」を一字一句暗記しようとした結果微妙に語句がブレて、そのブレのせいで意味もわけわかめになる答案が多々あったのだそうだ。そしてこういうブレは予備校パターンを変に神格化しているから起こるのであって、多面的なやり方で学習することで解消できるわけである。そんなことになっても意味がないし、できたら 2 冊は教科書読もうとのことであった。

MU★RI

あまり議論がないが、動産質でも**従物**には質権が及ぶ。債権に関しては基本的に**利息債権**その他の**派生債権**には及ぶ。

被担保債権の範囲として、**元本・利息・違約金・質権実行費用・保存費用・損害賠償**が含まれる (346 条)。かなり広い。利息損害賠償は、抵当権の場合最後の 2 年に限定されたが、不動産質についてはそれが準用される (抵当権に関する 375 条の準用)。やはり額が大きいし他の担保物権との絡みもあるので、制限がかかることは理解できる。同じ趣旨から不動産質権では利息や違約金等の定めは登記を要す点も抵当権と同じである。

#### (2) 果実

##### ◎不動産質

質権者は**使用収益権**を有し (356 条)、**果実**は当然に自ら取得することができる。

##### ◎動産質

質権の効力は**果実**に及び、果実から被担保債権の優先弁済を得ることができる (350 条・297 条)

※このルールを混同しないでほしい。不動産質においては、もはや質権者は使用収益することが前提とされ、果実を得る。対して動産質では、「もともとは所有者のだよ」という理解が前提とされているので、当然取得ができないとされる。

これは理論的には興味深いところである。所有権は伝統的には、「使用収益/価値権」という分類のもと、抵当権は「価値権」を把握していたというのは抵当権の話で述べた。ここで不動産質権は、使用収益権まで手をかけている。このとき、使用収益権も価値権も奪われた所有者のもとに、何が残るのだろうか。質権者が所有者と異なるのは、何においてなのか。

使用収益権と価値権の議論には反論もあったが、これは使用収益権と価値権の二分が出来ないのではないのかと言う問題意識のほかにも、そもそも「他にも何かがあるのではないか」というところにもある。

その他の何かが無い限り、質権者が所有者から区別されうるのだろうか。

※詳しくは今述べないが、その「他の何か」として今議論されるのが、**設定者留保権**である。

##### ◎権利質

質権は**果実** (利息債権等) に及ぶが、動産質と同様の意味である。

#### (3) 物上代位

**代替的物上代位**は抵当権と同様の目的債権に対して可能である。何しろ担保目的物がなくなってしまうと困るから、認められている。任意売却の売却代金には物上代位不可。

**付加的物上代位**は、不動産質では問題とならない。何しろ自分が使用収益出来るからである。他方で動産質・権利質では、問題とはなりうるものの、果実を優先弁済に充てうるために実益がないので、特に物上代位として認める必要はない。



## 4 実行前の効力

### (1) 総説

抵当権に共通する効力（侵害に対する効力、不動産質権での代価弁済・消滅請求）と、質権固有の効力がある。質権固有の効力には**留置的効力**およびそれに関連する効力が含まれ、これについては留置権と共通し、質権の本質をなすと言われることもある。

### (2) 留置的効力・不動産質の使用収益権

【参照】民法第 347 条

質権者は、前条の規定する債権の弁済を受けるまでは、質物を留置することができる。ただし、この権利は、自己に対して優先権を有する債権者に対抗することができない

質権者は、弁済を受けるまで目的物を留置できる（留置的効力、347 条）。

だが、それまでは所有権者でないものが占有をするので、規律が必要となる。これについては、留置権の規定が準用されている。まず、目的物を留置する質権者は、保管につき**善管注意義務**を負い、**債務者・所有者の承諾を得なければ使用・賃貸・担保供与を行うことができない**。これらに反した場合は債務者は**質権消滅請求**をなす（留置権に関する 298 条の準用）。基本的には保管することが求められるのである。ただし、不動産質権者は使用収益権を有することから特殊な規律があり、使用収益権を持つ反面、管理費用等の支払義務を負い、**利息の受領が禁止される**（357 条・358 条）。

債権質では質権設定者・第三債務者とも**目的債権を消滅させる行為（弁済・相殺等）が禁止される**。機能は、一種の現状固定である。そのために、目的債権を消滅できなくなる、実質的な差押類似の効果が得られる。

※つまり、この債権を担保に出すぜ！とってお金を借りた奴が、その債権を勝手に弁済してもらっちゃったりすると、貸した側としては担保がなくなるからブチ切れである。そういうのよくないよね、という規律。

債務を返したいけど、紛争に巻き込まれたくないという第三債務者には供託が可能とされている。

### (3) 侵害に対する効力

#### ① 不法占有類型

不動産質権者は、**債務者・所有者、第三者のいずれに対しても物権的請求権・損害賠償請求権を行使しうる**。収益出来る以上、損害が発生することもあるので損害賠償できるのも納得。

動産質権者は、**物権的妨害排除・妨害予防請求をなしうる**が、占有を喪失した場合には**占有回収の訴え**のみをなす（353 条）。

任意の占有の喪失、たとえば詐欺・遺失等の場合には占有回収の訴えができず、質権は消滅する。

立法論的には問題もあるが、規律としてはそうなっている。

#### ② 損傷・分離・搬出類型

質権者は、**債務者・所有者、第三者のいずれに対しても、物権的請求権を有する**。妨害排除も妨害予防も、返還請求もできるとされている。損害賠償請求権については、**所有者が有する損害賠償請求権に物上代位可能な場合には発生しない**とする見解が多数。これは要するに固有の損害賠償請求を認めずとも大丈夫だろうという見方であるが、いつか話した通り、わざわざ否定しなくてもいいんじゃないのとか議論はある。

債務者・所有者に対しては、**担保保存義務違反**によって期限の利益の喪失が生じるが、ここで担保権者からは増担保請求が可能となるとする。担保価値として十分ではないというときに、別のものをよこせといえるし、それに債務者が応じるならば期限の利益を喪失させるべきではないということ。いずれも、抵当権と同様。

### (4) 第三取得者に対する効果

質権にも第三取得者が生じうる。

目的物所有者は目的物を第三者に譲渡しうるが、その場合、質権者は対抗要件を有する質権を第三取得者に対抗できる。第三取得者はそのとき負担付の所有権しか得ないことになるから、リスクが生じる。そのため、不動産質権においては、抵当権の規定が準用され、**代価弁済・担保権消滅請求**の適用がある。

いずれも抵当権の規定の準用なので、不動産質にのみ適用される。

## (5) 転質

### a) 総説

**質権目的物につき、さらに質権を設定することを転質**という。転抵当とかと同じような語法であるが、転質のほうが歴史的には先である。

【参照】民法 348 条

質権者は、その権利の存続期間内において、自己の責任で、質物について、転質をすることができる。この場合において、転質をしたことによって生じた損失については、不可抗力による者であっても、その責任を負うここには、「自己の責任で」と書いてあり、この文言から**責任転質**と言われる。もともとの質権設定者の承諾を負わない場合のことである。他方、承諾を得る場合もあり、これを**承諾転質**という。

実務的には圧倒的に承諾転質が多い。当事者としての後々のトラブルを避けるために所有者の了解を得るのは妥当な判断であるからである。然し民法上は、承諾を得ないやりかたが法定されている。

承諾転質に関しては、その承諾がある以上大きな問題がないが、責任転質については法的性質が問題となる。

### b) 法的性質

以下の見解が対立する。普通のテキストに③は書かれないが、内田民法には③があるので、単独説だが見ておく。

#### ①質物（再度）質入れ説

**質権者が質物につき再度質権を設定する**とする見解である。通説とされる。ここでは質権が被担保債権と切り離されているということになる。

しかし、質権者は、たまたま設定を受けて、留置的効力を得たがゆえにその占有をしているのであって、普通に考えて(留置に関しての規律から)**担保供与は禁止されるはず**である。それを無視してもただの横領ではないか、ということになる。使用・賃貸・担保供与が禁止されるのは一般法上の理解であり、これが特別法だということも言えなくもないが、立法上本来あるべき姿としてはふさわしくないと批判がされる。

#### ②共同質入れ説

再度質入説の批判から出てきた説。**質権者が被担保債権と質権の双方につき質権を設定する**とする見解である。しかしこれは、転抵当についての所でも話した通り、被担保債権を担保として提供すれば付従性により質権が担保権者に移転するという関係にあるので、共同質入れ説によれば、質権について再度何か設定をすると言う契約と言うより、**被担保債権に対して設定行為を行っているものと考えている**。質権それ自体ではなく、被担保債権を転質の目的者としていることになってしまう。

#### ③質権譲渡説

**質権者が質権を解除条件付きで譲渡する**ものであるとする見解。起草者の考えとされる。基本的には質物質入説寄りの考え方。被担保債権と切り離して担保権を別の人に渡すのか、それとも被担保債権といっしょくたに扱うのか、という大きな流れからすれば、前者よりということ。

率直に言って、①との差異は疑問。質権を譲渡担保(後述)するという見解になるのだが、それと再度の質権設定の差異があるのだろうか、と教官は思うらしい。

転抵当の法律構成(通説：単独処分説)と同様に考えれば①説ということになるが、質権は占有や使用収益権を伴う点が抵当権と異なるから、「担保価値への担保設定」という説明がそのままでは成立しにくい。質権者はそれ以上の権限を持つから、それをすべて他人にあげられるかというところはいかなさそうなのである。しかし②説は、転抵当と同じような批判として 348 条の存在意義を説明できない。このような規定をおかずとも、**権利質として被担保債権に質権を設定すれば十分であろう**ということになるのである。

そういうことから、結局いずれの法律構成も難点が払拭できないとされる。だから立つ瀬がなかなかまとまらないのだが、実は説の異同によっては、出る結論自体には違いがないため、あまり議論されなくなっている。

※転抵当と同じく転質が設定されると被担保債権を消滅させる行為が禁止される、などということにつき、質物質入説からは理由がうまく説明できないのだというものもいるが。

### c) 要件

原質権者と転質権者のみの合意により行われる(責任転質の場合)。

ただし、**原質権者は目的物を転質権者に引き渡す必要がある**とされる。やはり占有の留置的効力が重視されると言うのは、質権一般の議論と同じである。これが効力要件か対抗要件かも質権一般での理解によるが、近時の多数説たる効力要件説によれば転質権者の占有継続が効力存続要件となる。

※原質権者の効力存続要件が失われるから、そこで原質権がなくなりそうだが、質権者が**代理占有**をさせることは可能であった(ようするに、もとの奴に返さなければ大丈夫、という趣旨であった)から、間接占有の形で占有が継続すると言う理解が一般的である。

不動産質では付記登記が第三者対抗要件となり、順位は付記登記の先後による。転抵当と同じである。

債務者対抗要件についての規定はないが、共同質入れ説によれば債権質の対抗要件に帰着し、質物質入れ説によれば転抵当に関する 377 条の類推適用により、いずれにせよ**原質権者の通知または第三債務者の承諾が対抗要件となる**。結論が変わらないと言ったのはこのようなところから。

#### d) 効果

転質権者は原質権の範囲内で優先弁済権を行使しうる。弁済期・被担保債権額は**原質権の範囲**に拘束されるから、原質権者の被担保債権の弁済期と、転質権者の被担保債権の弁済期がともに来なくては優先弁済が可能とはならないし、原質権の被担保債権の額までしか優先弁済権はない。

原質権者には原質権を消滅させる行為が禁止され、原質権者・第三債務者にも被担保債権を消滅させる行為(弁済等)が禁止される。原質権者が原質権を消滅させる行為とは例えば放棄とか合意解除とかそういうものである。転質権の実行には、原質権・転質権とも被担保債権の弁済期到来を要するといえ、実行方法は質権一般と同様。なお**転質によって生じた損害につき原質権者は不可抗力であっても責任を負う**(348 条後段)。

どういう趣旨の規定かだが、責任転質であるから、承諾が無い分、何かあったら転質した奴が責任を取って、設定者に迷惑かけんなよということ。

ただし、転質がなくとも発生した損害は含まない。転質と因果関係のある損害でないと責任範囲に含まれない。転質をしなかったとしても同じ結果が生じたと言う場合には、責任なし。

## 5 実行段階の問題

### ◎不動産質

**担保不動産競売**によるのが原則である。**担保不動産収益執行**も可能だが、不動産質ではそもそも収益出来るのでふつうは不要である。登記ある質権者は、他の担保権者や一般債権者が開始した担保不動産競売・強制競売において当然に(配当要求なしに)配当を受けることができる。

ただし、質権が最先順位の場合、使用収益権の保護のため、被担保債権の全額弁済まで質権は消滅しないものとされている。**引受主義**といい、競売が終わっても質権が消えないということである。不動産には権利が付着しているわけだが、そのようなものが競売後存続しないと言う考えを**消除主義**、残るのを引受主義という。

基本的には余計な権利は消してすっきりさせて物を渡すべきだが、例外的にここでは引受主義がとられる。詳細は民事執行法の授業に任せます。

**流質契約**は禁止される(349 条)。いわゆる質流れを禁止しているのである。これすらわからないと言うかもしれないのでさらに説明すると、**質権者が被担保債権が弁済されないときに、そのものを直接自分のモノとしてしまふこと**を、質流れという。歴史の長い質権のなかで、やはり担保権者は債務者に対して強い地位にあり、少ない額の貸付にもかかわらず高額の担保を取り、流質によりそれを巻き上げることが多々あったのである。差額を利益とする一種の暴利行為であるが、そのような方法は力の強いものが、弱いものを喰い物にすることであり許容されるべきでないといわれ、一般に禁止されているのである。

ただし、一定の条件が満たされれば可能とされる。

#### ①商行為

プロならまあ力関係もないだろうから対等な立場で話ができるだろう、というなんかよくわからない甘い考え。※力関係とか普通にある気がするし、一般人では手が出せないような高額な不動産が質流れしてしまう可能性と  
もありそうなものだが、そんなことはどうでもいいのだろう。

#### ②営業質屋

一定の**行政的な規律**を受け、営業の中身がチェックされるから、滅茶苦茶な利用はされないだろうという考え。※なおこの規定は、動産質・権利質にも適用される。

### ◎動産質

通常の民事執行法の手続きに従い、動産競売の申立てを行い、配当要求をなすことで優先弁済を受けることができる。登記制度がないので配当要求は必要。



ただ、以上が原則であるものの、正当な理由があれば、**質物を鑑定人の評価額で直接弁済に充てることを裁判所に請求する（簡易な弁済充当：354 条）**。

ぱっとみ流質と似ているが、裁判所が鑑定人の評価額の適正を見るので、暴利行為を防げると考えられている。こういった方法が認められるのは、やはり動産質権がそこまで高額な目的物に設定されるものではないという背景が大きい。高額ならば一定の競売手続きのコストに見合う代金が見られるが、廉価だとそもそも割にあわないことがあるし、そのような特性に配慮した簡易な手続きが用意されるのである。

#### ◎権利質

民法上は**債権質**のみ規定される。すなわち、債権質権者は被担保債権の範囲で目的債権を直接取り立てることができる（366 条）。これも簡易な弁済充当と似た制度である。

もちろん通常の債権執行も可能。具体的には差押・転付命令を得て行うことになる。しかしそれにはお金がかかるうえ、額面がはっきりしているから暴利をむさぼることもそこまでないだろうと、これまた簡易な手続きが用意されている。

なお、目的債権の弁済期が先に到来する場合は、実行できない時点で目的債権の弁済期がくるということになるから、優先権保護のために質権者は第三債務者に供託を請求でき、そのとき質権は供託金還付請求権に移行する。

## 6 消滅

物権共通の消滅原因（目的物滅失・混同など）、担保物権共通の消滅原因（被担保債権消滅など）がある。これらは抵当権のところで話した通りなので省略。

質権固有の消滅原因として、占有喪失（効力要件説による場合）、存続期間（不動産質権）満了、代価弁済・担保権消滅請求等があるが、これについても折に触れて話しているはずである。

## IV 留置権

【事例 22-1】A は、時計店の店主 B に対し、自己の所有する時計の修理を依頼した。B が時計を修理したところ、A は、修理代金は支払えないが、時計は使用したいので直ちに返還するよう請求した。B はどのようにすべきか。

【事例 22-2】C は、自己の所有する甲建物を D に賃貸していたが、2013 年 9 月 30 日に賃貸借期間が満了し更新はなされなかった。ところが、D が同年 10 月以降も甲建物の使用を継続していたところ、台風により複数の窓ガラスが割れ屋根瓦がはがれるなどの被害が発生したため、D は緊急に補修工事を行った。C が D に対し所有権に基づく甲建物の明渡請求を行ったところ、D は必要費の償還請求権を被担保債権とする留置権を主張した。この主張は認められるか。

【事例 22-3】E は、乙土地を F に譲渡し引渡しを行った後、同一の土地を G に譲渡し、G に対する移転登記を完了した。G が F に対し所有権に基づく甲不動産の明渡請求を行ったところ、F は留置権を主張した。この主張は認められるか。

### 1 基本的意義

今までは約定担保物権の話をしてきたが、**留置権**は法定担保物権の 1 つである。一定の場面で、**被担保債権の弁済まで他人の物を留置する権利**をいう。

【事例 22-1】A は、時計店の店主 B に対し、自己の所有する時計の修理を依頼した。B が時計を修理したところ、A は、修理代金は支払えないが、時計は使用したいので直ちに返還するよう請求した。B はどのようにすべきか。

ああそうですか、と言って返してもまあいいかもしれないが、そうすると踏み倒される危険がある。他方で、これはもともと所有権が A にあるわけで、時計店としては他人の物を預かっている立場として、返せと言われたら断れるのだろうかということになる。そこで生じてくるのが、留置権である。

ここで、(たとえ A 以外の)他人所有であっても代金債権が未払いである時に、留置権を主張して店側が返還を拒むことができるのである。

これは「**公平の理念**」を理由に認められるとされるが、その公平さはかなりケースバイケースであり、めんどくさい。

しかし幸いなことに、具体的には同時履行の抗弁権の適用場面と大きく重なる。まさに事例 22-1 は、請負契約(通説)であるから、請負目的物返還と報酬債権には同時履行の関係があるとされている。

しかし、重なりあわないところはある。

所有権の移転は、意思主義により契約の時点に行われる。買い主から「所有権」による請求権をもとに商品の引き渡しを請求された場合に、売買「契約」から生じる同時履行抗弁権を主張できない(できるという議論もあるが)可能性があるところ、このような場合のガーディアンとして、留置権が頑張ってくれる。カリフォルニア・キング・ベッドちゃんの。

なお、留置権はあくまで**留置的効力**を主体とし、**優先弁済効**のないという特徴がある。



#### 【参照】民法 295 条

他人の物の占有者は、その物に関して生じた債権を有するときは、その債権の弁済を受けるまで、その物を留置することができる。ただし、その債権が弁済期にないときは、この限りでない

他の担保物権の規定と見比べると、差がわかる。

#### 【参照】民法 342 条

質権者は、その債権の担保として債務者又は第三者から受け取った者を占有し、かつ、その物について**他の債権者に先立って弁済を受ける権利を有する**

質権の**優先弁済効**に相当する文言が留置権にはないのである。それゆえ弱い担保権であるとされるが、実際上はかなりの保護が与えられ、事実上優先弁済権に近いものが得られていることもある。発生や効力が特殊であるがゆえに、その線引きが難しいとされる。

## 2 成立要件

### (1) 一般的成立要件

295 条より、以下の 4 要件が存在すれば、留置権が成立する(ただし、後述の個別問題あり)。

#### ①「**他人の物**」を占有していること

目的物は、動産でも不動産でもよいが、何か占有していないといけない。他人所有のものであれば、債務者所有のものである必要はないとするのが通説であるが、後述する問題がある。

債権者の占有は質権者と同じように**間接占有**で足りるとされるが、これまた質権と同様、占有代理人が債務者の場合は不可能とされる。売却後に占有改定がなされた場合などはアウト。

#### ②債権が存在し、当該債権が**弁済期**にあること

当然である。担保権の効力発生のために、債権の存在・弁済期到来は当然の要件であるとされる。実行前効力は留置権においては観念できない。

#### ③「その物に関して生じた債権」であること (**牽連関係**)

これが一番の問題である。**留置権は、物の留置によって債権の弁済を事実上促す制度であるため、両者間に牽連関係が要求される**。留置的効力を行使することで、ひたすら弁済を待つのが留置権であるが、そうであっても債務者としては弁済しない限りその目的物を取り返せないの、それなりの効力があるともいえる。そうになると、どの範囲の目的物について留置を認めるかが問題となるのである。何しろ、債権の弁済が果たされないといけなから、そのために、債権の弁済に係るものとして、牽連関係が必要であるとされる。

一方でなんらかの留置的効力が認められることが債権者保護となるが、他方で、留置的効力は債務者にとってはそれなりに重い意味を持つ可能性がある、広い範囲で留置権が発生すると、権利侵害がなされるともいえる。その点で「公平」という言葉が使われるわけで、牽連関係の有無の判断は難しく議論は錯綜する。

だが、一般には以下の 2 つの場面が含まれるとされる。



### (i) 債権が物自体から生じた場合

**必要費・有益費**の支出による償還請求権や物の瑕疵による損害賠償請求権を取得した場合など。

### (ii) 債権が物の引渡義務と同一の法律関係または事実関係から生じた場合

同一の売買契約による目的物引渡義務と代金支払義務、同一の請負契約による目的物引渡義務と報酬支払義務など。こちらが同時履行と結構重なるところである。

しかし結局、こういうふうに分けても、全てが1か2に分類されるわけでもなく、両方にまたがる債権もありうる。例えば、物の補修を所有権者に頼んだ場合など。また、どちらかに当たったとしても牽連性が必ずしも満たさるとは限らないという論者もいる。こうして、この分類は目安に過ぎず判断基準として不十分とする批判も多い。

#### ◎牽連関係要件と留置権の及ぶ物的範囲・人的範囲の問題

従来の牽連関係の議論には、実は他のレベルの議論が混在していたということが指摘される。

それを浮き彫りにするため、ここでは留置権の及ぶ物的範囲を考えたい。すなわち、留置権者がどこまでの範囲の目的物を留置できるかという問題である。

ここでは、借地借家法上の**造作買取請求権**を例に挙げる。旧賃貸人が代金は支払わないと言うときに、この債権を造作に関して生じた債権として、牽連関係を認めること自体はできそうだが、しかしだからといって、造作だけを留置できるのか、それとも造作付きの建物全体を留置できるのかが問題となる。すなわちここで、造作買取請求権と建物全体が牽連関係にあるかどうか、しばらく問題とされていたのである。

だが、ここでなされているのは、いったん成立した目的物の、目的物としての範囲の議論と同じ議論だとはいえないだろうか。すなわち、**牽連関係要件は「成立要件」であり、それを考えるに際して効果論たる目的物の範囲とは別個に考えるべきではないか**、ということになるのである。この問題意識は妥当と解され、そこで従来牽連関係のところでは話されていた物的範囲の問題については、改めて効力のところで述べることにする。

※これは法律の勉強において大切だが、必ず「要件」「効果」を切り分けることである。それが法律上要件されている以上、それが明らかに問題とされる刑法などでなくとも、答案を書くときにも、議論をするときにも、曖昧な切り分けで議論をすべきではない。

もちろんそのような余裕がない場合もあるが、やはり正面から適用が問われる場合に、要件を省略してはならない。それが認定というものであり、法律学の文章の書き方である。裁判官が判決文を書くように、請求権が成立するならその要件を、そしてその後に効果の範囲を、書く必要がある。他方で成立要件はあくまで成立要件として、効果とは別に論じる必要がある。平井説などは要件と効果をつなげる理解をとるから説明しにくい、それは例外的な論調であり、一般的には別々に論じるべきである。この原則的な考え方が、こと留置権の分野では、徹底されていなかったというのは反省すべきことなのかもしれない。

発生要件としても議論が多いのは、第三者に対しての留置権主張だが、これについても後述する。

#### ④占有が不法行為によって始まったのでないこと(占有権限の適法性)

正当な権原により占有を開始した者にのみ留置権成立を認める趣旨の要件である。なお、「不法行為」は709条の成立場面をいうと一応はされる。単に事例が重なるだけということもありうるが、特に差異を設ける必要はないとされる。これは①の「現に」占有しているとは別個の要件で、公平の観念からの議論だとされる。

**不法行為で占有を開始したが、後に正当な権原を取得した場合**が問題となる。例えば無権代理からの追認パターンとか。このような場合には留置権成立を認めてよいとする見解が有力である。

他方で、**占有開始時に正当な権原があったが、債権取得時にこれを失っていた場合**、295条2項の形式的な適用範囲ではないものの、類推適用により留置権成立を否定する見解が多い。ただし、権原喪失につき善意ないし善意無過失の場合には、留置権成立を認めるものとされる。

※このあたりの細かい要件は、論者によって違いがある。というか、あまり熱心に議論されない。

【事例 22-2】Cは、自己の所有する甲建物をDに賃貸していたが、2013年9月30日に賃貸借期間が満了し更新はなされなかった。ところが、Dが同年10月以降も甲建物の使用を継続していたところ、台風により複数の窓ガラスが割れ屋根瓦がはがれるなどの被害が発生したため、Dは緊急に補修工事を行った。CがDに対し所有権に基づく甲建物の明渡請求を行ったところ、Dは必要費の償還請求権を被担保債権とする留置権を主張した。この主張は認められるか。

期間満了により賃貸借関係がなくなった。必要費の発生時点ですでに権限を失っていたのだから、その権限喪失に善意無過失が認められるような状況でない限りは、留置権が認められないとされる可能性が高いだろう。



## (2) 要件に関する個別問題

### ◎同時履行の抗弁権との関係

留置権は同時履行の抗弁権と成立場面が重複するように見えるため、両者の関係が問題とされている。

#### ①競合説（通説・判例）

両者はそれぞれ別個に成立し、両者成立する場合はいずれを行使してもよいとする見解。

#### ②非競合説

何らかの基準により、両者の成立場面を峻別する見解である。ただし、論者により区別の基準というのは異なる。ある人は、契約関係のある場合には同時履行抗弁をつかうべきだといい、ある人は債権関係の請求には同時履行抗弁が使われると言う。めんどくさい。

非競合説はなかなか意見が一致せず、議論が錯綜している状況である。そういうこともあって、通説は競合説で考えているようである。そう考えるにどうなるかだが、両者主張できる場合があることになる。その選択は当事者の好きに任されると言うことになるが、このとき留置権の成否は同時履行の抗弁権と別に判断でき、①～④の要件を修正する必要はない。対して非競合説からは、とくに牽連関係要件における調整をはかり、同時履行抗弁権と要件レベルで切り分けようとするものもある。

### ◎第三者に対する留置権主張

【事例 22-3】E は、乙土地を F に譲渡し引渡しを行ったが、その後同一の土地を G にも譲渡し、G に対する移転登記を完了した。G が F に対し所有権に基づく乙不動産の明渡請求を行ったところ、F は留置権を主張した。この主張は認められるか。

この場合、登記を有する第二譲受人である G が所有権による明け渡し請求ができそうだが、ここで F は留置権を主張している。債務不履行責任が F から E に対して債務不履行による損害賠償責任が発生していると言える。このとき、①他人の物②債権③牽連関係④適法な占有権限、ぜんぶありそうである。しかし、このような場合には、留置権を成立させる必要がないと言う考えが多数で、判例もそうしている。このように、第三者の関与する事例で留置権の成立が不当と思われる場面が存在し、これを認めるべきかが論じられてきた。

#### 最判昭和 43 年 11 月 21 日民集 22 巻 12 号 2765 頁：判例集 1 事件

二重譲渡事例(上記の事案)において、第 1 譲受人の留置権を否定した。理由付けも雑で、もうあたりまえ感じが出ている判例。

似たケースは他にも多々ある。

#### 最判昭和 34 年 9 月 3 日民集 13 巻 11 号 1357 頁

不動産譲渡担保権者による不当処分が行われたケースにおいて、現実に占有していた譲渡担保設定者が取得者に対して主張した留置権を否定している。

#### 最判昭和 51 年 6 月 17 日民集 30 巻 6 号 616 頁：判例集 2 事件

他人物の売却・引渡後の所有者による返還請求がなされた(売り主が所有しており、引き渡された後に返還請求がなされた)場合において、買主の留置権が否定された。

### ◎学説

これらの判例の判断の良しあしも問題となるが、上記判例の各事例については、留置権成立を否定する見解が多数である。従来は、③要件(牽連性要件)の問題とするものが多数であったが、近時、要件の問題ではなく「人的効力範囲」の問題とするものが現れている。いずれにせよ、「**留置権が成立すべき時点で債務者が目的物の引渡請求権を有しない場合は留置権は成立しない**」との命題が挙げられることが多い。

たとえば上の事例では、G が登記を得た時点で、EF 間では所有権を得たかもしれないが、損害賠償請求権が生じたものの、**目的物の返還請求権を有していない**こととなる。

なお、債務者所有である必要はないと言うのが一般的な理解だが、これについては預かった時計が他人の物だった、とか言う場合を考えているのであって、契約上目的物を返還すべき請求権を有していたわけである。それにとまって留置的効力が生じていたわけである。

今見てきた事例はどれも、実際の引渡請求権が一度も債務者に発生していない。それがまずい原因だとされ、この場合に成立要件が充足されないようにしよう、というのである。しかし、これについて、他人物の他人性というひとや、牽連関係だとする人、人的な効力範囲だと言う人、となんかごっちゃになっているのである。

これは説明の仕方の違い、と言い切ってしまうには少し議論が足りないらしく、まあめんどくさい。

### 3 効力

#### (1) 留置的効力と関連問題

##### a) 留置的効力

被担保債権の弁済まで目的物を留置できる。判例・通説は、所有者の引渡請求に対しては引換給付判決が下されるところ。これについては、債権全額の弁済がなされるまで、目的物全体を留置することができる（296 条：不可分性）。この不可分性は、牽連関係のない部分にも及ぶ。

目的物の保管に際し、留置権者は善管注意義務を負い、使用・賃貸・担保供与は禁止される。これらに違反した場合、債務者は留置権の消滅を請求できる（298 条）。必要費・有益費を支出した留置権者は償還請求をなす（299 条）。すなわち、留置権と言うのは他人の物を預かっている状態を生むのだから、預かっている中でブツの価値が減損するとかいうのは良くないし、それゆえ一定の保存行為を留置権者が行うことも想定され、その費用は償還してもらえるのである。有益費については、支出額か価額増加額のうち好きな方を債務者が選んで償還することになる。

##### b) 効力の及ぶ範囲（物的範囲・人的範囲）

###### ◎物的範囲

留置権者が何を「目的物」として留置しうるかの問題であり、従来は牽連関係要件（③）の中で論じられてきた。結局、目的物全体を留置できるにしても、何が目的物の全体なのかという問いは残るのである。

まず、建物の留置権者は、建物使用に必要な範囲で敷地をも留置しうるとされる。建物を利用するためには一定の土地の利用（通路・駐車スペースなど）も当然に必要となる以上、仕方ないと言える。ただし、土地所有者が建物所有者と別人であり敷地利用権が失われている場合には、留置権成立が否定される（最判昭和 44 年 11 月 6 日判時 579 号 52 頁）。このような場合には土地利用権がない以上、そもそも言われれば建物を収去せねばならないのだしどうしようもない。

もう一つ問題なのは、造作買取請求権を被担保債権として造作のほか建物を留置しうるかである。判例は否定するが、学説には肯定説が多い。そもそも造作は本来、建物に取り付けられることで建物使用に便益を与えるものであり、造作買取請求権の発生は造作が建物に付加されていることを前提にしている。このとき、建物には留置的効力が及ばず、取り外した造作にだけ留置が可能だとしても、賃貸人としては造作なんていないことも多いので弁済のインセンティブにはまったくならないのである。そして造作が前提となる建物と分離した場合、社会経済的に見て価値がそれだけで減損していることも指摘できる。

###### ◎人的範囲

物権は基本的には絶対的効力を持つのだが、こと留置権に関しては、特定の者にしか主張できない場合があると言う人がいる。ただし、そのような人的範囲の具体例は論者により異なる。

たとえば先の不動産の二重譲渡の事例においては、譲渡人に対して留置権を主張できたとしても、第二譲受人に対して留置権が主張できないという説明も可能である。

しかしながら、このような場合、そもそも譲渡人が返還請求権を有していない以上、もとより留置権が発生していないのだという理解も出来る。教官はこのような説明でさっきは語っていたわけであるが、そうした観点からはそもそも人的範囲とか議論する必要があるのかな、ということもできる。

まあ留置権には抗弁権のような機能もあるわけだから（だから引換給付判決になる）、その意味で債権的な考え方を取り入れて主張可能な人物、不可能な人物を区分することもできなくもなさそうなのだが、具体例はと言われるとちょっとよくわからないような状況である。

なお一旦留置権が成立した後、目的物が譲渡された場合には、新所有者にも留置権を主張できる。このような効力を追及効という。

#### (2) 侵害に対する効力

一応、ここで述べるのは実行前効力ではないことに注意。そもそも留置権は被担保債権が弁済期にならなければ成立しない。

目的物の占有侵奪事例では、留置権者は占有回収の訴えをなす（298 条）が、物権的請求権はないとされることが多い。留置権は弱い権利だと考えられており、留置権の目的物が留置権者の手元にある限りで成立すると解されるので

ある。すなわち占有を失えば、物権的請求権と言うような強い効力は発生しないと解されるのであり、同様に損害賠償請求権も認められないとする見解が多い。**公平の観念**とやらも大したことないと言う感じだが、そもそも具体例が少ないので議論もそんなにという状況らしいですね。

### (3) 債権回収に関する効力—事実上の優先弁済効

留置権者は優先弁済権を有しない。すなわち、留置物を手元に置くことはできるものの、それを競売して優先弁済を受けるとかそういうことはできないのである。これは質権との違いといえる。

しかしながら、留置権者は付随的な効力をいくつか有しており、手厚い保護を受けている。

①**果実**から優先弁済を得ることができる(297条)。

果実は通常少額なので、簡易な処理として認められている。

②不動産が目的物の場合、競売手続において留置権者は配当を受けられないが、**競売手続によって留置権は消滅しないので、留置権は買受人に引き受けられる**。そのため、買受人から弁済を得られる可能性が高い。競売手続の安定性(消除主義的な立場)を重視し、留置権も消し飛ばすべきだとする立場からは問題もあるが、認められている。

③動産が目的物の場合、**他の債権者は動産執行を開始できない**。動産執行のためには、留置権者により任意の留置物提出が必要となる。

このような形で、結構優遇されているのである。

なお、留置権者は独自に競売の申立自体はできる(**形式競売**; 民事執行法 195条)。もちろん優先弁済は得られず、換価金は一旦留置権者に引き渡された後所有者に返還されるが、債務者＝所有者に対しては相殺により事実上の優先弁済が得られる。

これは要するに、**高価なものだとしても扱い方が分からず、保管するだけで大変だと言うことがあるので、それに備えて売ってもいい**ことにしているのである。もちろん債務者と所有者が別々である場合には相殺はできないから、換価金は全額返還する必要がある。

## 4 消滅

物権共通の消滅原因(目的物滅失・混同など)、担保物権共通の消滅原因(被担保債権消滅など)がある。

留置権固有の消滅原因として、占有喪失(302条)、298条3項の留置権消滅請求、代担保の提供(301条)がある。

※**代担保**(かわり担保)

留置しているのは利用の為ではなく、弁済のインセンティブのため、すなわち担保としてである。よって、債務者によって代りの担保(代担保)が提供されれば、もとのブツに対しての留置権が消滅するとされる。

## V 先取特権

### 1 基本的意義

#### (1) 総説

**先取特権**は法定担保物権の1つ。**特定の法律関係を有する債権者に対し特に優先権を付与するために認められた担保物権**であり、債権者を保護する理由や被担保債権の性質に基づき、目的物の範囲や効力、優先順位が異なる。すなわちもともとバラバラな先取特権が存在するので、一般的な成立要件があるというわけではなく、特別の条文によりそれぞれが勝手に法定されているという群雄割拠状態である。本当に念のために言っておくと、「さきどりっけん」である。

**公示**が不十分であり、他の担保権者等を害する可能性がある一方で、極めて多種多様のものがあり広く活用される。

※近代的な担保制度は、担保をただの履行確保の手段として扱うのではなく、担保として把握される交換価値そのものを、被担保債権とは独立に投資の対象とすることを求められている。そのためには取引対象としての把握可能性、すなわち公示というシステムが不可欠である。



それゆえ、先取特権には公示がないため、ディオに超越されるべきモンキーとして強い批判を受けていた。特に、そうした論調の強いドイツから制度を輸入しようともくろむ論者にとっては、このフランス法由来の制度は特に批判されている。だが、実際の所はどんどん活用されるようになっていて、特別法なども含めると、いまや 300 に上る数の先取特権が法定されているようである。



## (2) 先取特権の分類

a) **一般の先取特権**〔共益費用・雇用関係・葬式費用・日用品供給〕  
**債務者の財産に対して包括的に優先権を有する**。後述する集合物

譲渡担と同じようなものらしい。例えば抵当権などは抵当不動産にのみ効力をもつし、このような形の範囲の広大な優先権は独特である。ただその分保護は弱く、担保権付きの財産にも行使できるものの、一般に順位は劣後する。

### b) 特別の先取特権

特定の財産に対してのみ優先権を有する。個々独特なので、効力要件や他の担保権との優先関係に注意を要する。以下のものがあるが、まあ効力はまちまちなので覚悟してほしい。要件などは次のページでまとめる。

#### ◎ 動産先取特権

具体的には、**動産売買**の先取特権、**不動産賃貸**の先取特権、**旅館宿泊**の先取特権、**運輸**の先取特権、**種苗肥料供給**の先取特権、**農業労務者賃金**の先取特権、**工業労務者賃金**の先取特権がある。

※もうなんとなく想像はつくと思うが、覚えたら覚えなおす…暗記祭りだ！

#### ◎ 不動産先取特権

具体的には**不動産保存**の先取特権、**不動産工事**の先取特権、**不動産売買**の先取特権がある。

### c) 特別法上の先取特権

特別法によって先取特権が多々用意されている。具体的な要件効果などは当然ながら条文に定めがあるので(特別法なのだからあたりまえ)、条文をのっけてみることにする。

#### 【参照】 国税徴収法第 8 条

国税は、納税者の総財産について、この章に別段の定がある場合を除き、すべての公課その他の債権に先だつて徴収する

**国税優先の原則**として、租税債権は他の民事債権に優先する。これを表したのが上記の規定である。ただし、担保権が付されている場合には例外的に劣後する。

#### 【参照】 借地借家法第 12 条

- 1 借地権設定者は、弁済期の到来した最後の二年分の地代等について、借地権者がその土地において所有する建物の上に先取特権を有する
- 2 前項の先取特権は、地上権又は土地の賃貸借の登記をすることによって、その効力を保存する
- 3 第一項の先取特権は、他の権利に対して優先する効力を有する。ただし、共益費用、不動産保存及び不動産工事の先取特権並びに地上権又は土地の賃貸借の登記より前に登記された質権及び**抵当権**には後れる
- 4 前三項の規定は、転借地権者がその土地において所有する建物について準用する

最後の 2 年分の地代について、先取特権が設定されている。優先関係については 3 項などに書いてあるが、特に注目する所は抵当権に劣後する点だろうか。

#### 【参照】 建物区分所有法第 7 条 1 項

区分所有者は、共用部分、建物の敷地若しくは共用部分以外の建物の附属施設につき他の区分所有者に対して有する債権又は規約若しくは集会の決議に基づき他の区分所有者に対して有する債権について、債務者の区分所有権(共用部分に関する権利及び敷地利用権を含む。)及び建物に備え付けた動産の上に先取特権を有する。管理者又は管理組合法人がその職務又は業務を行うにつき区分所有者に対して有する債権についても、同様とする

区分所有者には他の区分所有者に対する先取特権が用意されている。なお共益費用の先取特権と同じ扱い。

## 【参照】地方公共団体金融機構法第 40 条

- 1 機構は、地方公共団体金融機構債券（以下「機構債券」という。）を発行することができる
- 2 機構債券（当該機構債券に係る債権が第四十二条の規定に基づき信託された貸付債権により担保されているものを除く。）の債権者は、機構の財産について他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利を有する
- 3 前項の先取特権の順位は、民法（明治二十九年法律第八十九号）の規定による一般の先取特権に次ぐものとする

一般先取特権自体があまり強くないので、それに次ぐということは正直かなり弱い権利になる。ただまあ何も無いよりはましである。この地方公共団体金融機構というのは地方自治体の財政難にそなえて作られたもの。

## 【参照】公害健康被害の補償等に関する法律第 15 条

- 1 偽りその他不正の手段により補償給付の支給を受けた者があるときは、都道府県知事は、国税徴収の例により、その者からその補償給付の支給に要した費用に相当する金額の全部又は一部を徴収することができる
- 2 前項の規定による徴収金の先取特権の順位は、**国税及び地方税に次ぐものとする**

社会保障の給付を不正に受給して受け取った金銭の回収にあたっては、必ずと言っていいほど先取特権の定めがおかれる。最強さんである国税に次ぐ、ということは正直相当優先される。単なる不当利得の返還請求ともいえるわけで、債権者が国であるだけでこのような保護が与えられると言うのには少し疑問も持たれている。

※このように、公法的な色彩の強い租税の分野でも、やっぱり民法のルールは出てくる。何故民法第三部は1類の民でなくとも必修なのか、分かっていたらいいだろう。

## 2 成立要件・権利範囲

### (1) 各種先取特権の成立要件と原則的権利範囲

#### a) 一般先取特権

※「一般」先取特権なので、先取特権の及ぶ権利範囲は包括的な債務者の財産となる。

##### ◎ **共益費用**の先取特権（306 条 1 号、307 条）

各債権者の共同の利益のために支出された債務者の**財産の保存・清算・配当の費用**を被担保債権とする。

##### ◎ **雇用関係**の先取特権（306 条 2 号、308 条）

使用人の**給与・退職金**等を被担保債権とする。労働者の生活を保障する趣旨。会社を清算する時に、未払い賃金をもらえないとなると、従業員ははっきりいって生活に困る。そのため、先取特権が法定されるのである。なお期間制限はかつては6ヵ月ということになっていたが、保護が弱いとして平成 15 年改正で削除された。これは会社法上の株式会社の従業員の有する先取特権には期間制限がなかったという不公平な点を是正し帳尻を合わせた、ということでもある。

##### ◎ **葬式費用**の先取特権（306 条 3 号、309 条）

**葬式費用**を被担保債権とする。葬儀社等が債権回収の懸念なく契約でき、多重債務者でも葬式を行えるようにする趣旨。正直なんで葬儀費用に先取特権を認めるのかは微妙なところだが、まあ葬式くらいはちゃんとあげたいという文化的なものとして納得していいのではないだろうか。葬式費用の回収が見込めなければさすがに葬儀屋さんも動いてくれないだろうし、貧乏だと葬儀もできない、というのは何とも世知辛い。先取特権によって回収の見込みを立たせ、葬式くらいは挙げさせよう、というのはまあ感情的には納得できる。

##### ◎ **日用品供給**の先取特権（306 条 4 号、310 条）

**日用品**（生活に必要な飲食品・燃料・電気）の**費用**のうち最後の 6 ヶ月分を被担保債権とする。これも、費用回収の見込みがなければサービスを提供してもらえなくなるから、先取特権により回収のめどを立たせることで、債務者の日常生活保障を実現しようと言う趣旨である。

#### b) 動産先取特権

##### ◎ **不動産賃貸**の先取特権（311 条 1 号、312～316 条）

賃料等の**賃貸借関係から生じた債権**を被担保債権として成立し、先取特権は賃借不動産に備え付けられた**動産**などに及ぶ（313 条）。土地賃貸借の場合は果実にも及ぶことになる。目的不動産の上に属するということで、目的不動産との密接な関係があるといえるから、先取特権を及ぼしているのである。



権利範囲は、譲渡・転貸があれば譲受人・転借人の動産にも及ぶ（314 条）。

そして、**即時取得**の準用により第三者の財産にも及ぶ（319 条）。結局第三者が置いたものなのかもとからあるものなのかは一見して判別不能であるから、一括して先取特権の対象としているのである。もちろん即時取得が適用される場合であるから、善意無過失が債権者に要求されることになる。

◎ **旅館宿泊**の先取特権（311 条 2 号、317 条）

宿泊客の負担すべき**宿泊料・飲食料**を被担保債権とし、先取特権はその旅館にあるその客の**手荷物**に及ぶ。これにも即時取得の準用がある。たとえば持ち込んだバッグが友達から借りたものだったとしても、持っていられる。

◎ **運輸**の先取特権（311 条 3 号、318 条）

旅客・荷物の**運送費**等を被担保債権とし、先取特権は運送人の占有する**荷物**に及ぶ。これにも即時取得の準用がある。

◎ **動産保存**の先取特権（311 条 4 号、320 条）

動産の保存に要した費用、動産に関する権利の保存・承認・実行に要した費用を被担保債権とし、先取特権は**当該動産**に及ぶ。動産を保存するにはそれなりの費用がかかるので、その分先取特権を認めているのである。

◎ **動産売買**の先取特権（311 条 5 号、321 条）

動産の売買における**代価・利息**を被担保債権とし、**当該動産**に及ぶ。実務上用いられる頻度が高い。実務では先に商品を渡し、後からお金を払ってもらうと言うケースが多いので、いざお金が払われないうとときに、売り主を弱い立場に置かないような保護として、その売り物に対しての先取特権を認めるのである。

◎ **種苗肥料供給**の先取特権（311 条 6 号、322 条）

**種苗・肥料の代価・利息**を被担保債権とし、当該種苗・肥料を用いた後 1 年以内に土地に生じた**果実**に及ぶ。

◎ **農業労務**の先取特権（311 条 7 号、323 条）

農業労務者の最後の **1 年分の賃金**を被担保債権とし、当該労務により生じた果実に及ぶ。農業は年単位での仕事になるので、一年分の賃金をまとめて被担保債権にしている。

◎ **工業労務**の先取特権（311 条 8 号、324 条）

工業労務者の最後の **3 ヶ月分の賃金**を被担保債権とし、当該労務により生じた製作物に及ぶ。

c) 不動産先取特権

**不動産先取特権を通じて抵当権の規定が準用される**（341 条）。その結果、権利範囲については、先取特権は**付加一体物・債務不履行後の果実**に及び（370 条・371 条）、被担保債権のうち**利息・損害賠償金**は最後の 2 年分に制限される（375 条）。

◎ **不動産保存**の先取特権（325 条 1 号、326 条）

不動産の保存に要した費用、不動産に関する権利の保存・承認・実行に要した費用を被担保債権とし、**当該不動産**に及ぶ。ただし、保存行為後直ちに**登記**を行う必要がある（337 条）が、登記すればその後の抵当権にも優先する。

◎ **不動産工事**の先取特権（325 条 2 号、327 条）

工事の設計・施工・監理を行った者が負担した**不動産工事の費用**を被担保債権とし、**当該不動産**に及ぶ。ただし、工事前に**予算額を登記**する必要がある（338 条）、ほとんど用いられない。これは他の債権者を保護するためである(これまた登記後は、その後設定された抵当権にも優先する)が、ようするに工事する時っていうのはあくまで顧客から依頼されて工事するわけで、こんな先取特権の準備として登記をすること自体、「あなたの資力には問題があります」と支払い能力を疑っているようなものなのである。顧客の機嫌を害するので、使われないことになる。

◎ **不動産売買**の先取特権（325 条 3 号、328 条）

不動産の売買における代価・利息を被担保債権とし、当該不動産に及ぶ。ただし、売買と同時に代金・利息の弁済がないことの登記を行う必要がある（340 条）。代金未払いで買主に登記が移転されることはまれで、ほとんど用いられない。先に引き渡すなどということがほばないので、同時履行の抗弁権があれば十分である。



暗記大変だぜ



## (2) 物上代位

【参照】民法 304 条

1 先取特権は、その目的物の売却、賃貸、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても、行使することができる。ただし、先取特権者は、その払渡し又は引渡しの前に差押えをしなければならない

2 債務者が先取特権の目的物につき設定した物権の対価についても、前項と同様とする

民法は、先取特権についても、**物上代位**の規定を用意している。

### a) 物上代位の可否・目的債権

#### ◎一般先取特権

特定の財産上に存在する権利ではないため、物上代位は通常問題とならない。ただし一般先取特権は登記されることもあるから、その場合には第三者保護も可能だし、追及効を認める余地がある。すなわち、**一般先取特権が登記された不動産が、第三者に譲渡された場合、その不動産が滅失したようなときには物上代位がありえる**。この場合の目的債権の範囲等は抵当権の場合と同様となる。

#### ◎動産先取特権

損傷・滅失等に伴う**代替的物上代位**は問題なく可能とされる。当該目的物にのみ先取特権が及ぶのであるから、範囲も確定されており認めやすいのである。

また、**売却代金**に対しても物上代位可能とするのが通説である。304 条に「売却」と言う文言がある以上は、売却代金に対して物上代位を認めるほうが素直な解釈となるだろう。この帰結は抵当権と異なることになるが、**動産先取特権には追及効が認められないため、動産が渡った第三者からの弁済は期待できない分、妥当な差異である**。

賃料等に対する付加的物上代位も可能である。ただし、賃貸借に伴う所在場所の変動により先取特権自体が消滅する場合は不可能だとされている。不動産賃貸・旅館宿泊・運輸の先取特権のような場合は、ある場所にもものが存在することを前提に先取特権が認められるので、占有が他のところに移ってしまうと先取特権が消滅するのである。その場合は当然、物上代位も認められない。

#### ◎不動産先取特権

損傷・滅失等に伴う**代替的物上代位**は当然に可能とされているが、**売却代金**に対する物上代位の可否については争いがある。こちらの場合には第三者への**追及効**があることを理由に否定する見解が多数だが、304 条の文言にはやはり売却と書いてあることを理由に肯定する見解もある。

まあ抵当権のような重要な権利と言うわけでもないので、文理解釈をねじまげてまで調整するかは微妙なところではある。なお、**賃料**等に対する付加的物上代位も可能とされている。

### b) 個別の解釈問題

304 条より、「**先取特権者は、その払渡し又は引渡しの前に差押えをしなければならない**」わけであるが、この「**差押え**」の意義に関して、近時は、抵当権の物上代位についての理解とは異なるものであると整理するのが一般的である。抵当権と違い公示が十分でないために、違う規律が妥当すると解されるのである。

学説としては、**特定性維持説・第三債務者保護説・優先権保全説**の 3 説があるが、優先権保全説が多数である。

#### ①特定性維持説

担保権は目的物の交換価値を把握するものだ、という理解から、目的物の価値が実体化したものである売却代金に対する物上代位を当然に認めるべきだとする考え方もかつてはあった。そのような見方からは、**代償物が債務者の一般財産に混入すると、どの部分に担保権が及んでいるのかが分からなくなるので、特定性を維持するために差押が必要**だとされた。ここからは、代償物の特定性が喪失しない限りは物上代位が可能となるから、「払渡しまたは引渡し」とは**実際の弁済**を意味することになる。

#### ②第三債務者保護説

対して、物上代位は目的物の売却などにより、本来担保権が消滅するのにもかかわらず担保権者の保護のために特別に設けられたものだとして理解する立場からは、物上代位は当然の権利ではなくなる。そのために、「**差押え**」によって**対第三者との関係で保全が必要なのだと解する**のが、第三債務者保護説である。これによれば、差押以前に第三者が登場した場合、もはや物上代位はできないことになる。判例には、かつてはこのような立場に立つものもあった。

### ③優先権保護説

これにつき、先取特権に独自の物上代位の在り方を考えるのが、この説である。すなわち、先取特権における物上代位は、**当該先取特権の趣旨に照らして、個々の代償物にまで債権者の優先権を認めるのが妥当だから認められる**のであり、代償物が他の財産に混入し完全に特定性を失うか、第三者が代償物につき排他的な権利を得るまでは認められてしかるべきであるという。

ここからは、「払渡し又は引渡し」というのは、代償物が債務者の一般財産に混入した場合や、第三者が目的債権について転付命令を得た場合、譲渡を受けた場合などになるだろう。

#### <判例>

以下の判例は、③優先権保護説に親和的であると言える。

#### 最判昭和 59 年 2 月 2 日民集 38 巻 3 号 431 頁：判例集 7 事件

債務者の**破産宣告後**の物上代位を肯定した。

#### 最判昭和 60 年 7 月 19 日民集 39 巻 5 号 1326 頁：判例集 8 事件

**一般債権者の差押後**の物上代位について、物上代位を肯定した。第三者は登場しているから、第三債務者保護説とは相いれないように思われる。

#### 最判平成 17 年 2 月 22 日民集 59 巻 2 号 314 頁

目的**債権の譲渡**後の物上代位については、物上代位を否定した。

「民法304条1項ただし書は、先取特権者が物上代位権を行使するには払渡し又は引渡しの前に差押えをすることを要する旨を規定しているところ、この規定は、**抵当権とは異なり公示方法が存在しない動産売買の先取特権については、物上代位の目的債権の譲受人等の第三者の利益を保護する趣旨を含むもの**というべきである。そうすると、動産売買の先取特権者は、物上代位の目的債権が譲渡され、第三者に対する対抗要件が備えられた後においては、目的債権を差し押さえて物上代位権を行使することはできないものと解するのが相当である」

とくに最後の判例は、抵当権と異なる先取特権独自の物上代位の主旨を明示的に見出そうとしている点で、物上代位をいっしょくたにして捉えない優先権保護説の問題意識を汲んでいるとみることができる。

## 3 効力

### (1) 実行前の効力

#### a) 第三取得者に対する法律関係

先取特権の目的物が譲渡された場合に、第三取得者に対し先取特権を対抗しうるか（追及効の有無）が問題となる。まず、**動産先取特権**には追及効がないとされる（333 条）。さらに、**一般先取特権**は特定財産上の権利ではなく第三者に主張しえない。つまり、これらの場合には、第三者の善意悪意を問わずして、第三取得者に対抗できない。

特に動産先取特権の場合については、これは取引安全のためだと説明されることもあるが、善意が要求されていないのでそれだけでは説明できない。むしろ、**動産先取特権では当該目的物が債務者の営業や生活の継続に必要な場合が多く、物上代位は認めるが、他方で原則として債務者の処分権を認めるという形でバランスをとったのだと説明すべきであろう。**

また一般先取特権の場合も、**債権者は先取特権実行時に目的物たる要件を満たす動産から優先弁済を受けるにとどまるから、債務者の処分権を制約できない**とみることができる。

ただし、**不動産先取特権**、不動産上に**登記された一般先取特権**は、第三者に対する対抗力を有し追及効が認められるとしてよい。その場合、代価弁済・担保権消滅請求の準用がある。対抗の可否は当然ながら、登記の先後により決まる。

#### b) 侵害に対する効力

**一般先取特権者は、財産の侵害につき何らの請求もできない。**さっきも言った通り、実行時における債務者の財産を目的とすることしかできないからである。ただし、あくまで一般債権者として詐害行為取消権等は行使可能だとされている。

不動産先取特権者（登記ある一般先取特権者を含む）は、登記によって公示をしていることに鑑みて、**抵当権と同様の物権的請求権・損害賠償請求権を行使しうる**と理解されている。

動産先取特権についてはあまり論じられないが、所在場所の変動等により先取特権自体が消滅しない限り、物権的請求権を行使しようとするの見解が多数かと思われる。しかしながら、損害賠償に関しては、所有権者の損害賠償請求権への物上代位のみを認める見解が多い。ようするに、**先述の通り動産先取特権者には目的物の処分などを制限する権限はないので、捨てようが壊されようが、それは処分の仕方の問題であって、「先取特権の」侵害ではないと理解されてしまう**のである。その時出来ることは、所有権者の損害賠償請求権を物上代位して行使することくらいになってしまう。

## (2) 優先弁済的効力

先取特権は**優先弁済効**を有する。先取特権の実行は通常の民事執行（担保執行）の手続による。

### a) 実行方法

不動産に対しては、担保不動産競売・担保不動産収益執行による。ただし、一般先取特権者には、権利行使の順序について制約がある（335 条）。すなわち①**不動産以外の財産**、②**特別担保の目的物となっていない不動産**、③**特別担保の目的となっている不動産**の順番に権利行使をしなければならず、他の債権者がはじめた執行手続きであろうが同様である。これに反すると執行異議の対象になるほか、先順序の財産から回収すべきだった額に関して、後順序の財産の配当について登記を有する第三者(第三取得者とか)に先取特権を対抗できない。

※特別担保とは、不動産先取特権、質権、抵当権である。

競売手続では、登記がある場合には当然に配当を受けるが、登記がなければ配当要求が必要である。

動産に対しては**動産執行**の手続によるが、動産執行の開始には困難が多い。

※基本的には場所を指定して、その場所における債務者の所有物を対象に動産執行をかけるのだが、そもそもエアコンとかむき出しで奪い去って売ろうとしても買い手がつかないだろうし、實際上どうすんの感がある。また、売得金が手続き費用を上回らない見込みが強い場合や、売却しても満足に至らないであろう場合にはそもそもの動産差押を取消すべきものとしており、動産執行を利用していくのに法は消極的である。

債権に対しても通常の**債権執行**による。

### b) 先取特権相互の優先関係（329 条～332 条）

以下の規律に従って優先順位が定められている。なお、細かなルールは一部省略されてしまった。

まあそれぞれ保護の主旨とかが違うと言うのは言った通りだが、それゆえ優先される度合いも異なり、法はその順番をあらかじめ定めているのである。

①**特別の先取特権は一般先取特権に優先する**。ただし、共益費用の先取特権は利益を受けた全債権者に優先する。（329 条）共益費用の支出は、他の債権者にも利益を与える行為であるからである。

②動産先取特権は、①**不動産賃貸・旅館宿泊・運輸**、②**動産保存**、③**その他**、の順に優先する（330 条）。第一順位のグループの先取特権の主旨は、債権者の通常の期待を保護する所にあるが、他の先取特権があると知らない限りその期待は形成されるため、保護があたえられる。これゆえ、後順位の先取特権者が存在すると知っていた場合には、第一順位の先取特権者であってもその者の権利に劣後する。

動産保存が第二順位とされたのは、保存により他の債権者にも利益が生じるからである。ゆえに、第一順位であっても動産保存により利益を受けた場合には、例外的にその動産保存者に劣後する。

③不動産先取特権は、325 条の規定の順序で（**保存→工事→売買**）優先する（331 条）。

不動産売主は、目的物の保存や工事で利益を受けるため、最下位となっている。工事した後に保存行為がなされればそれゆえ工事費用の債権者も利益を受けるために、保存の先取特権者が優先されているが、別に保存したあとに工事がなされる場合もあるので、疑問があるといえはる。

④一般先取特権は、306 条の順序で（**共益費用→雇用関係→葬式費用→日用品供給**）優先する（329 条）。共益費用はやっぱりみんなの為なので最優先である。労働者保護のため、かつては葬式費用が第二順位だったが変更された。まあこのあたりは多分に政策的な配慮を受けるので、保護の為なのねと覚えていくしかない。

⑤**同一順位の先取特権相互間では、債権額に応じて案分比例される**（332 条）。

ただし、同一順位の不動産売買の先取特権においては、売買の順序により前の売り主が優先する(331 条 2 項)。前の売買があったからこそ後の売買があったのだし、登記により後の売り主が前の売り主の持つ先取特権の存在を知りうるから妥当である。また、後で保存したことが前の保存の価値を維持することにつながるから、動産保存の先取特権者同士では後の保存者が優先する(330 条 1 項)。これを不動産保存にも準用する考えもある。



### c) 他の担保権との優先関係

不動産担保権の優先性は**登記の先後**による。ただし、不動産保存・工事の先取特権は抵当権・質権に優先する(339条)。これは、先取特権の登記前から存在していても、ということである。保存・工事により抵当権者、質権者とともに利益を受けることが理由である。

**動産質権と競合した場合は、質権は上記①〔不動産賃貸・旅館宿泊・運輸の先取特権〕と同順位となる**(334条)。質権は優先弁済を受けることを期待して設定された担保権であり、同様の期待をもとに設定されたこれら第一順位の先取特権と同列に扱うべきだからである。

## VI 譲渡担保

【事例 24-1】A は、G に対する 5000 万円の貸金債務を担保するため、自己の所有する甲土地（時価 1 億円）を G に対して譲渡し、所有権移転登記を行った。以下のそれぞれの場合に、A は G または B に対し何を請求することができるか。

- ①貸金債務の弁済期が到来し、A が G に対し債務全額の弁済の提供を行った場合。
- ②貸金債務の弁済期到来前、G が B に甲土地を譲渡し、登記を得た B から A に対し明渡請求がなされた場合。
- ③貸金債務の弁済期到来後も A の弁済がないため、G が A に対して通知を行った上で甲土地を B に譲渡した場合。
- ④貸金債務の弁済期到来後も A の弁済がなかったが、G が何らの行動も起こさないうちに、弁済期から 1 ヶ月後に A が債務全額の弁済の提供を行ったところ、その翌日に G が B に甲土地を譲渡した場合。

【事例 24-2】C は、G に対する 100 万円の貸金債務を担保するため、自己の所有する大型印刷機（乙機械：時価 200 万円）を G に譲渡し、占有改定を行った。以下のそれぞれの場合、G は C または D に対し何を請求することができるか。

- ①貸金債務の弁済期の到来前、C が乙機械を D に譲渡し、D に現実の引渡しを行った場合。
- ②貸金債務の弁済期の到来前、C が D に対して負担する 50 万円の債務を担保するため、C が乙機械を D に譲渡し占有改定を行った後、D の有する債務が債務不履行に陥ったとして、D が乙機械の引渡しを要求した場合。
- ③貸金債務の弁済期到来前、一般債権者 D が乙機械の差押えを行い、強制競売を開始しようとした場合。

## 1 総説

### (1) 非典型担保総論

現実の取引では、民法に規定のある典型担保では不都合があるとの理由で、種々の**非典型担保**が利用されている。すなわち、典型担保は以下のような不都合性を指摘されていた。

#### ①私的実行が許容されにくく、競売には時間と費用がかかる

たとえば、流質契約は非常に限定的に解されていた。実行には裁判所に行って競売を申し立てると言う手間暇がかかることになるから、めんどくさい。

そしてこれは一番の理由と思われるが、儲からなかった。裁判所を介して競売をするということは、不動産を「わけあり」として売ると言うことである。当然売値は安くなり、満足を得られないのである。

#### ②非占有型の動産担保権が例外的にしか存在せず、営業に不可欠の動産を担保に提供できない

特別法上の抵当権も用意されるようにはなったものの、担保として提供できる物がかなり限られており、不便があるのだった(参照：120 頁)。

#### ③抵当権では被担保債権の範囲が限定され、使用収益に介入できないなど、担保権者の権利が弱い

抵当権者はモノの交換価値のみを把握し、その利用形態からは切り離されているという**抵当権＝価値権理論**は以前説明したが、これを採用するにせよしないにせよ、なかなか抵当権者は目的物の使用収益には介入できなかった。このようななか、担保権者の権利をもっと強めた担保が求められた。

このような難点を克服するものとして非典型担保が考案され、また実際にも使われてきたのである。

ここからはそのような非典型担保を学習していく。非典型担保の分類としては、以下のものが代表的である。基本的には、所有権を取得する、あるいは取得できると言う地位を持つという形態をとる。

### ①譲渡担保

担保権者に目的物を譲渡（権利を移転）し、債務の弁済後目的物を設定者に返還するもの。弁済しなければ返還しないぜ！というわけである。

### ②仮登記担保

目的不動産につき担保権者への譲渡予約を行い、所有権移転の仮登記により、債務不履行の場合に所有権を得ることについて優先権を確保するもの。

### ③所有権留保

売買契約時に、代金完済まで目的物の所有権を売主に留保する旨の特約を結ぶもの。完済しなければ所有権が移転しないとしてしまうわけである。

## (2) 譲渡担保の概要

**債権者が目的物の譲渡を受け所有権者となった後、被担保債権の弁済後に所有権を設定者に戻す（受戻し）形式の担保を、譲渡担保**と言う。典型担保の不都合性を克服する担保として古くから活用されてきた。

解除条件付き譲渡、再売買予約、買戻しなど、形式的にはいくつかの法律構成が存在する。

### A 解除条件付き譲渡

債権発生原因とは別個の契約で所有権を債権者に移転し、弁済を条件にして所有権の復帰を約束する。

A が B に対して 1000 万円の工事代金債権を有する時、債権を担保するために B 所有の不動産の所有権を A に移転するような場合。

### B 再売買予約、買戻し

A が B に 1000 万円の融資を行うとき、B 所有の不動産を A に売買し、その代金として 1000 万円支払ったと言う外形をとるような場合。再売買の形式をとるときは売買の一方の予約(556 条)となり、契約解除の形式をとる時は買戻し(579 条以下)となる。

しかしながら、このような形式的な構成には、現在あまり着目されない。確かに昔は B のグループは売買の予約や買戻しという典型契約の規制に服するとして「**売渡担保**」といい区別していたのだが、現在では判例も学説も、ともにそのような表面的な差異にとらわれず、当事者間の担保の実質に即して権利義務関係を把握しようと努めているのである。このような観点からは、どれも譲渡担保としての規律に服する。

### ◎譲渡担保のメリット

#### ①私的実行が可能であり、競売に伴う時間と費用がかからない。

典型担保と違い、別に競売しないといけないなんてわけではないから、担保権者への直接帰属・任意売却が可能である。それゆえ、先程問題とされた競売に伴う問題点を克服できる。

#### ②担保権者が所有権取得後も設定者の使用を許すことで非占有型動産担保が実現でき、対抗要件充足も容易。

非占有型担保としての利点をそのままに、効果を動産にも及ぼすことができるようになった。対抗要件も不動産なら登記、動産なら引渡しと一般の所有権移転のルールによる(だって、譲渡担保では行われているのは、所有権を移転させることである)ため、簡便である。

#### ③不動産の場合でも、担保権者が目的不動産の所有権を取得するため、目的不動産の管理が容易。

所有権を獲得すれば、利用形態にも口出しできるはずであるし、単なる価値権の把握にとどまらない積極的な管理が可能となる。

#### ④被担保債権額よりも価値の大きな財産を担保に取ることで債権者が実行時に利益を得ることができる。

所有権譲渡が起きるので、完済まであと 100 万円だったのにね！惜しい！でも俺がもらうわ～と言う意味の丸取りが可能である。そのため、④の点は暴利行為であるとの批判がきわめて強く、大正期に認められたときからこのような事例が多かったと言われており、実務法律家の側から批判が出ていたのである。やはりこのようなことは認めるべきではないのだとして、譲渡担保権者に**清算義務**を課するという判例法理が確立された。大審院時代から保護のための方策が課されるようになったが、このような義務がはっきりとしたのは、昭和 46 年の最高裁判決を待っての事であった。

ただし、このようなメリットに対して、そもそも理論的な批判があった。

## A 根本的なものとしてそもそも物権法定主義に反しないか

原則として物権には対世効がある。そうすると、私人が勝手に「私このような物権を作った」とか言ってしまうと、法律関係がこんがらがる(対世効のあるわけのわからない付着物が生れる)。

そういう理由で175条(物権は、この法律その他の法律に定めるもののほか、創設することができない)があったわけで、形式的には所有権譲渡であるが、その実質が担保である債権譲渡はずっと文句を言われていた。しかし最近、このような批判は下火になり、慣習上の物権としてある程度**予測可能性**もあるので、物権法定主義には反しないだろうということになっている。

## B 虚偽表示にあたらないか

もともと担保を設定する目的なのに所有権譲渡の意思表示をするというのは、**偽装売買**ではないかという議論がある。これもまあかなり説得力があるし、担保設定目的を表に出さない場合には、一種の偽装と評価できるのは確かである。ただ、**純粋に民法の問題だけ考えると、虚偽表示だと開き直ればいいのか**ということもできる。第三者対抗は、虚偽表示の規律に服する限りでの対抗さえできれば十分だと言うのである。

### (3) 譲渡担保の法律構成

#### a) 序説

歴史的な展開についてはもう話さない。先ほどいった通り、売渡担保と譲渡担保の区別とか、内部的外部的な所有権の移転の差異に着目する考え方などがあったものの現在は下火となったのであった。

むしろ、譲渡担保は、担保目的で所有権を移転するものであるが、ここでは所有権移転という外形を重視すべきか(**所有権的構成**)、それとも担保目的という真の取引目的を重視すべきか(**担保的構成**)というところで争いがある。基本的にはこの二つの法律構成に間で大きな差異があると言われる。

いずれと解するかにより、以下のようなところで結論が異なるとされている。

#### (i) 譲渡担保権者が目的物を第三者に譲渡(不当処分)した場合の法律関係

問題となるのは第三者が所有権を獲得できるのか、という点である。

#### (ii) 譲渡担保設定者が目的物を第三者に譲渡(不当処分)した場合の法律関係

実際問題登記は担保権者Bに移転しても、設定者Aが目的物を使い続けていることが多い(非占有型担保である)から、第三者CがA所有だと勘違いして、(動産など登記が無ければ)そのままAと取引することに疑いを持たないケースがある。そのような場合の法律関係が解釈問題となるのである。

#### b) 所有権的構成

**譲渡担保権者は完全な所有権を取得する**と解す。その時点で譲渡担保設定者には物権的権利が残存しないことになり、被担保債権を弁済した後に目的物の返還を受ける債権的請求権のみを有するとする構成である。

ここからは、以下の帰結が導かれる。

(i)の場面では、弁済期到来・担保権実行後であれば、第三者は完全な所有権を取得できる。ただ単に所有権をもっている奴からもらったのだから当然である。さらには、弁済期到来前の不当処分であっても権利者が所有権を持っているのだから第三者は所有権を取得できることになる。ただ、弁済による設定者への所有権復帰との優劣は、二重譲渡類似の事態と言えるから、対抗要件充足の先後によることになる。

(ii)の場面では、弁済期到来前の譲渡であれば通常の二重譲渡となり、対抗問題として処理される。他方で、弁済期到来・担保権実行後の不当処分であっても、結局は二重譲渡であるからそうだと処理される。結局、弁済期の前後で法律関係に違いはない。

#### c) 担保的構成

**譲渡担保権者はあくまで「担保権」を取得するに過ぎず、譲渡担保設定者に何らかの物権的権利が残存する**とする構成。ただ、なんか担保権のとらえ方に人によるこだわりがあったりする。当初提唱された担保的構成に属する学説には、以下のようなものがあった。

#### ① 物権的期待権説 (川井)

譲渡担保設定者は、債務を全て弁済し終わったら返還してもらえる**物権的期待権**を有していると理解する。

#### ② 二段階物権変動説 (鈴木)

面白い。とにかく設定者は所有権を譲渡しているのだから、いったん所有権全体が担保権者に移転していると考え、その後担保権者は物権的権利のうち担保目的を超過する部分を設定者に再譲渡していると考え。



いったんとりあえずは全体の譲渡があったとすることで、担保権者が勝手に第三者に譲渡しちゃったとかいうときにも、そいつには担保権しかないからもう無理とかいうことにならず、いったんは所有権を有していたということで、担保権者さんを起点とする二重譲渡を考えることができるというわけである。すげえ。ただ、それって登記しなくていいの？ということにはなる。

### ③ 抵当権説 (米倉)

二段階物権変動説はおかしいとして、担保権として抵当権と同様に考えればいだろうと抵当権の処理を類推して終わらせる。ただ、米倉先生の説だと、抵当権のルールが適用される。ところが、抵当権の制度に不都合があるから出てきたのが譲渡担保である。そのようなときに抵当権のルールを使うと言うのは、当事者の意思に反しているといえないだろうか。

これらの議論の帰結は以下となる。

(i)の場面では、弁済期到来・担保権実行後であれば、①～③のいずれの立場でも第三者が完全な所有権を取得することには疑いない。そのときには担保権者に全部所有権が移転しているからである。他方で弁済期到来前の不当処分では、②説では二重譲渡の事態となり対抗問題となるが、①③説では第三者は担保権部分しか取得せず、第三者が完全な所有権を取得できるか否かは端的に 94 条 2 項の類推適用、表見法理が働くかの問題となる。本来は担保部分しか移転していないのに、物権全体が移転したかのような外観を作出していると評価することができるケース自体はあるだろうから、虚偽表示(でなくとも)、そして 94 条 2 項の適用の余地があると言える。

(ii)の場面では、弁済期到来前の譲渡であれば、譲渡担保設定者としての物権的地位が第三者に移転するのみである。全体を取得することは、当然できない。

対して弁済期到来・担保権実行後の不当処分においては二重譲渡の問題となり、対抗問題として処理される。

### d) 近時の展開と設定者留保権説

判例は、当初は所有権的構成によると見られていたが、近時は譲渡担保につき担保の実質を重視する判断がかなり多くなっている。そのような判例の整合的解釈が問題となる中で、「担保目的での所有権移転」という当事者意思に適合的な構成をさがすことが意図され、設定者留保権説と言う考え方が出現し、学説上多数説となっている。実務にはまだ所有権的構成が根強いため通説とはなっていないが。

#### ◎ 設定者留保権説の内容

譲渡担保権者は、「所有権」を取得し、通常の所有権の機能のすべて(担保部分以外も)を獲得する。

しかし、**譲渡担保設定者には、債務を弁済し目的物を受け戻しうる物権的地位 (設定者留保権) が帰属する。**

文字面で見ても謎だろうからもうちょっと説明する。

伝統的な所有権概念からは、所有権が移転した場合、移転した奴には何も残らないのである。ところが、この見解は、それよりも大きな枠組みとして「**設定者留保権**」というものが所有権には含まれており、それは依然として設定者に残るのだ、というのである。

左図で言うと、所有権はこのような感じに分かれるとされており、従来はこの上下を丸っと全部あげたら何も残らないとされていたのである。だからそれは困るとして、担保部分しかあげねーよとしていたのが、担保的構成論者である。ところが、これを

取っ払っても、なんか残りカスみたいなのがあるというのである。

(i)の場面では、弁済期到来・担保権実行後の譲渡では第三者が完全な所有権を取得する。弁済期到来前の不当処分では、第三者は「**所有権**」を取得するが**設定者留保権の対抗を受け、債務弁済により受戻しを余儀なくされる**。ただし、94 条 2 項 (類推) により第三者が完全な所有権を取得する可能性がある。

(ii)の場面では、弁済期到来前の譲渡であれば第三者は**設定者留保権の譲渡を受けることになり、そのみ取得できる**。第三者弁済などをすれば、所有権全体を受け戻すことが出来る。弁済期到来・担保権実行後の不当処分では、やはり何も残っていないからあくまで二重譲渡の問題となる。以上の通り、この帰結は基本的には担保的構成の結論と同じである。設定者留保権建設はあくまで**担保的構成の一種**である。

## 担保部分

譲渡したりだとか  
なんやかんやる  
部分  
(担保でない部分)

### ↑ 図解★所有権

- ※設定者留保権とか言う物権を認めるならば、物権法定主義との関係が問題となるが、慣習法による物権だとか言いようがないだろう。
- ※質権などの規定の脱法行為に当たるのではないか、という議論があったがこれは社会的ニーズがあるからいいじゃねえかよということで納得されている。
- ※諸説が乱立する中である説をとるとき、その**消極的理由(他の説はおかしい！)**を述べても、あまり試験における得点には結びつかない。この世にA B Cの三つしか説が無いとか言う場合ならそれも妥当するが、論理的な可能性としては他にも考え方はいくつもあるわけで、ここで重要なのは自説の積極的理由を述べることである。

## 2 設定・権利範囲

基本的には条文が無いので、解釈論や判例法理による定義付けがなされている。そのために争いがあるものの、判例の積み重ねのなかである程度細かい点まで煮詰まってきた状態である。

### (1) 設定要件

#### ◎設定契約

譲渡担保も**約定担保**の一つである。そのために設定契約が重要な要件となる。設定契約は抵当権と同様に、譲渡担保権者（債権者）と譲渡担保設定者（債務者または物上保証人）との間で締結される契約により設定される。これは**諾成契約**であり、ここで当事者は様々な文言を使うなかで**たとえ「売買」等の文言が使用されていたとしても、法律関係を全体的に観察して譲渡担保設定契約であればそのように判断する。**

**最高裁平成 18 年 2 月 7 日民集 60 巻 2 号 480 頁**

形式上は買い戻し特約つき売買契約だったとしても実質が譲渡担保契約であればそのように扱うとした。さらに、その判断に際して、目的不動産の**占有の移転をしないような特約がある場合、特段の事情がない限り基本的に担保目的だと推認できる**(譲渡担保である)と判示した点で革新的といえる。

#### ◎目的物

**動産・不動産・その他の権利がいずれも目的物となりうる。**譲渡可能性が前提となる以外には制限はない。なんでも目的物にできる。譲渡担保の場合には設定者のもとに占有がとどめ置かれる非占有型担保であるが、これが動産においても可能だと言うのがまさに譲渡担保のメリットであるのだった。

#### ◎被担保債権

金銭債権以外でも、将来債権でも良い。ただ、被担保債権不特定の根譲渡担保というものが許容されるかに争いがある。根抵当や根質権と同じように根譲渡担保というのも考えうるわけである。ここでは少なくとも、被担保債権の範囲が特定されない(例：将来のすべての〇〇の権利)ような包括根譲渡担保は無効であるとする見解が多数である。

#### ◎対抗要件

**一般の譲渡における対抗要件が用いられる**（不動産では登記、動産では引渡、債権では通知・承諾※第三者対抗なら確定日付）。

注意が必要なものとして、動産譲渡担保の対抗要件としては、**占有改定**で足りることとされている（大判大正 5 年 7 月 12 日民録 22 輯 1507 頁）。設定者のもとに設定がとどめおかれるわけだが、そのようなことを実現できる引渡し的手段とはやはり占有改定などとなるわけで、それが利用可能とされる。他方で最近では、動産・債権譲渡特例法に基づく**動産/債権譲渡登記**によっても対抗要件充足が可能となった(というか、そのために作られた法律と言える)。

### (2) 原則的権利範囲

#### ◎目的物の範囲

不動産に関しては、抵当権に関する 370 条の規定が類推適用され、**付加一体物**に及ぶとするのが通説である。非占有型の担保権だから、抵当権とそれほど違わないと言う点が重視される。道垣内さんは反対していて、登記をみただけでどの目的物が付加一体物として担保目的に入るのか分からないとか言っているが、それだと抵当権でもわからないんじゃないかという感じはする。

動産に関しても、**付合物・従物**に及ぶとされる。

果実に及ぶか否かは明確な議論がないが、いずれが使用収益権を有するか、設定契約の解釈の問題と考えるべき。  
※そもそも、あまり議論される必要性自体がないとされるのかもしれない。譲渡担保の場合、どちらが使用収益出来るかわりと詳しく決められ、普通は設定者(占有者)が使用収益出来るものとされることがほとんどである。設定者がどうしても日常の営業に必要なモノや、高価な道具を使いつつも、それを担保と出来るようにしたいということで生まれたのが譲渡担保だから、ある意味使用収益権が設定者に属するのは当然である。不動産などでも、やはり他人の土地を設定権者が使用収益に供するのは難しい。

#### ◎被担保債権の範囲

利息・損害賠償請求権を2年分に限定する375条は類推適用されず、**債務全額**が担保されるとするのが通説である。抵当権の場合はこれによる限定があるが、譲渡担保はまさにそのような制限がない、抵当権のルールを乗り越えた担保を作ろうとしているのだから当たり前。

### (3) 物上代位の可否・範囲

譲渡担保権者が**物上代位**をなすうかが問題となる。判例は、売買代金債権に対する物上代位を肯定した。

#### 最判平成11年5月17日民集53巻5号863頁：判例集53事件

銀行が商品に対して譲渡担保権を有していた。その後設定者によりその動産甲が第三者Bに売り渡されたと言う事案。所有権者ではある続けられるのだから、追及力自体はあるということでもあるが、特約として「譲渡担保権が第三者に渡ると消える」というものがあり、物上代位の可否が問われることとなった。

この判断は事例判断として物上代位を認めたが、これをきっかけにかなり物上代位の可否が問われるようになった。許されるのか、許されるとしても一般的な要件は何なのかには非常に細かな議論がある。

通説は、譲渡担保の担保的性質に着目し、なにかしらの物上代位がありうることを肯定するが、近時では否定説も有力化している。否定説の論者として強硬なのが道垣内先生である。要するに、譲渡担保権者は所有権を有しているに過ぎないが、**所有権に物上代位はない**ということを経由とする。形式的には「所有権者」なのだから、実際は担保権者であるからといって、それ以上の保護を与える必要はないというのである。

ただ、普通に所有権を持っている人が、目的物が滅失したと言うような場合、それが何か債権が発生したら当然にその所有者に帰属するのだから、単に物上代位を論じるまでもなかったというだけである。このような問題は、担保的な性質があるから起きるのであって、担保がある場面では、それによる効果として物上代位が発生してくるのだと考えると、やはり何らかの形で物上代位が認められると考えるべきではなかろうか。

まあ、目的債権に応じて分けて論じられている。

- ①滅失・損傷に伴う**代替的物上代位**に関しては、当然にこれを認める見解が多数である。しかし、譲渡担保権者も所有権者として直接に損害賠償請求権を有するため、物上代位の必要はないとする見解もある。
- ②**売却代金**に対する物上代位は、設定契約上、第三取得者への追及力がない場合に限り肯定する見解が多数かと思われる。いろんな論者がいるので多数説が確立しているとはいいいくいが、追及力があれば第三者のほうへ行けよという先取特権同様の見方をするわけである。
- ③**賃料債権**等に対する**付加的物上代位**については、否定説が多いが、理由づけはさまざまである。ただ、基本的には果実の議論の裏返しである。果実の所持者は使用収益者であり、確かに譲渡担保権者が使用収益権を有する場合ならば賃料債権にも物上代位を認めてもよさそうだが、そのようなときは端的に所有権から導けばいい。なお、集合動産譲渡担保の事案でも最近、物上代位が認められており、基本的に判例の立場は肯定説である。

## 3 実行前の効力

### (1) 設定者間の効力

#### a) 目的物の利用関係

譲渡担保目的物を設定者・担保権者のいずれが使用しうかは設定契約によって定められる。やはり設定者が占有を継続し使用収益をなすう場合が多いが、担保権者に占有を移転すること自体は別に差し支えない。

#### b) 侵害に対する効力

譲渡担保設定者による目的物の滅失・毀損等に対しては、譲渡担保権者は所有権者として**物権的請求権・損害賠償請求権**を行使しうる。



また、同時にこのような担保現象行為は担保保存義務違反となるから、抵当権の時にも話した通り、ここで期限の利益喪失・増担保請求の効果が発生する。

譲渡担保権者による目的物滅失・毀損等は非占有型の担保である以上は起こりにくい、仮に起こるとすれば、譲渡担保設定者も**設定者留保権**に基づき物権的請求権・損害賠償請求権を行使しうるとの見解が有力である。所有権的構成をとると、設定者にはなんら物権的なものが残っていないから設定契約の債務不履行責任が追及できるのみであるが、担保的構成をとれば上記のように物権的請求権・損害賠償請求権が追及できる。

## (2) 第三者に対する効力

※以下の説明は、設定者留保権説が前提となっている。

### a) 譲渡・不当処分

#### ◎譲渡担保設定者による不当処分

**不動産**では、譲渡担保権者が登記をそなえていれば、第三者に譲渡されても第三者は**設定者留保権**以外を取得できない。通常の所有権は、譲渡担保権者に移転しているからそうなのだが、譲渡担保設定権者には設定者留保権だけは残っているのだった。

**動産**では、譲渡担保権者が**占有改定**を受けていれば第三者に譲渡されても譲渡担保権者が優先する。ただし、第三者につき**即時取得**（192 条）が成立すれば第三者が所有権を取得する。即時取得が成立するか否かは不動産との大きな違いといえるが、即時取得の阻止のために実務上は目的物にネームプレート張り付けておくようなことが行われている。これは対抗要件とはならないものの、善意無過失の主張を封じ（気づけば悪意、気付かなければ過失）、即時取得を阻止する意味合いはある。

第三者への譲渡が担保目的であった場合、所有権構成からはすでに最初に譲渡担保権を設定した際に所有権を失い無権利者になるからもう他に譲渡担保権者を観念できないが、担保的構成のもとでは別である。よってここで、「**後順位譲渡担保権**」を認める見解が多数なのだが、設定者留保権のみが譲渡担保目的物となるとの見解もある。ただし、この場合も即時取得の適用がありうる。そのためやはりネームプレート作戦は重要。

判例は、後順位譲渡担保権者の実行権限が問題となった事案で、権限を否定した。調査官解説は、設定者留保権のみが譲渡担保目的物となる理解に親和的な判例だと言う。ただこれだと、後順位者の保護に欠く部分があるから、それは批判されている。そこで、第一優先順位者の満足の限度で、第二順位以降のものの実行権を認めてもいいのではないかと言う議論がもあったりする。

※3 人に対してそれぞれ譲渡担保契約を設定し、4 人目の相手方から訴えられたケースがあつたりした。

#### ◎譲渡担保権者による不当処分

**不動産**では、**第三者が登記を備えれば「所有権」を取得するが、譲渡担保設定者に設定者留保権を対抗されると言う意味でカッコ付きのそれにとどまる**。ただし、94 条 2 項（類推）により保護される場合には、第三者は外観への信頼が保護され、完全な所有権を取得する。

**動産**ではそもそも第三者への処分が起こりにくい、起こった場合は不動産と同様に扱われる。即時取得はあるにはあるが、占有が設定者に留保されているような状態で、譲渡担保権者が処分してしまおうと言うケースを考えるに、善意無過失とはいえ即時取得はほぼ否定されるだろう。

### b) 第三者による差押え

#### ◎譲渡担保設定者に対する債権者の差押え

**不動産**では、譲渡担保権者が登記を有すれば**第三者による差押え自体が認められない**。登記法上設定者の財産でないと判断されるからである。ところが移転登記未了の場合は譲渡担保権を差押債権者に対抗できず、強制執行手続の進行を阻止できないことになる。だから登記は大事。

**動産**では、設定者占有ならば差押えが生じうる。外から見ても債務者所有のモノと区別ができないのだし。ただしその場合、譲渡担保権者が**第三者異議の訴え**（民事執行法 38 条）により執行手続を阻止しうるとする見解が多数であり、判例も同様の立場に立つ（最判昭和 56 年 12 月 17 日民集 35 巻 9 号 1328 頁：**判例集 51 事件**）。実は私の所有物だから、強制執行しないで！というのが認められるということである。

※ただ、担保権者に過ぎないのだから、強制執行を止めるような資格はないと言う見方もある。抵当権の世界では、十分な満足が得られそうにない場合を除いて基本的には執行を止められず、配当の段階で登記を要件とした優先弁済をもって納得しろということになっている。ただ民事執行法は、配当手続において譲渡担保権者

が配当を得ることができないような(私的実行を想定しているため、裁判所の競売手続きによる満足を想定していない)ことになっているから、そのようなことを踏まえて第三者異議を認めるのが現状である。

#### ◎譲渡担保権者に対する債権者の差押え

**不動産**では、譲渡担保権者に登記があれば差押えが生じうるが、**譲渡担保設定者が第三者異議の訴えにより執行手続を阻止しうる**との見解が多数であり、判例も同様である(最判平成 18 年 10 月 20 日民集 60 巻 8 号 3098 頁)。これは設定者留保権を前提とする(一定の権利が設定者に残っていなければ、このようなことが認められないだろう)から、判例も担保的構成に親和的となっていると言われるのである。

ただし、94 条 2 項(類推)による差押債権者の保護の可能性はありうる。

**動産**では、設定者占有ならば差押えは生じにくい、差押えがあれば不動産と同様に扱われる。

#### c) 侵害に対する効力

第三者の侵害に対し、**譲渡担保権者は所有権者として物権的請求権・損害賠償請求権を有する**。ただし、請求権があるとしても損害賠償請求権は被担保債権額に限られるとの見解が有力である。所有権が譲渡担保権者に移転していると言っても、そもそもその範囲が限られているという理解が背景にある。

※これは、教官的には賛成しがたいらしい。この場合、不法行為に基づく損害賠償請求をしているわけで、その損害品目は当該目的物の利用価値の毀損以外に、様々な副次的な営業妨害など付随的な費用の賠償をも含むものである。本来の当該目的物の利用価値毀損額が被担保債権額に限られるというならばまだわかるが、全部ひっくるめての額が被担保債権額に限られてしまうと言うような場合、問題が生じかねない。悪質な占有屋などが現れるとさらにこの問題は顕著になる。

**譲渡担保設定者も、設定者留保権に基づき物権的請求権を有する**。判例も同様(最判昭和 57 年 9 月 28 日判時 1062 号 81 頁: **判例集 52 事件**)であり、損害賠償請求も可能とされる。ただし、損害賠償の賠償額は(**目的物の額－被担保債権額**)を上限とする見解が有力である。

もちろんここからも、最高裁が設定者留保権を認めているのではない、といわれるわけである。

事例 24-1 は不当処分的事例で、事例 24-2 は差押の事例なので、暇なら考えてみるといいよ。

## 4 実行に関する効力

【事例 25-1】A は、G に対する 5000 万円の貸金債務を担保するため、自己の所有する甲土地(時価 1 億円)を G に対して譲渡し、所有権移転登記を行った(甲土地は A が占有を継続しうる旨の約定あり)。弁済期の到来後も A は弁済を行わなかった。以下の①～③の明渡請求に対して、A は G に貸金債務・遅延損害金全額の弁済を提供して自らが甲土地の所有権者であると主張した。それぞれの場合に、A は甲土地を明け渡さなければならないか。

- ①G が清算金として 5000 万円の弁済を提供して A に甲土地の明渡しを請求した場合
- ②G が A に対し「清算金は生じない」旨の通知を行った後に、A に甲土地の明渡しを請求した場合
- ③甲土地は弁済期後に G から第三者 B に対し譲渡・移転登記がされており、B が甲土地の明渡しを請求した場合

【事例 25-2】缶詰工場を経営する C は、G に対する 1000 万円の貸金債務を担保するため、工場敷地内の「倉庫a内のすべての缶詰」につき、G のための集合動産譲渡担保を設定し、占有改定を行った。倉庫aには、同工場内で製造され出荷待ち状態の缶詰が保管されていたが、倉庫a内には同じく缶詰工場を経営する D が製造し C に売却した缶詰が混入していた(D に対する代金は未払い)。C が債務不履行に陥り、D が自己の売却した倉庫a内の缶詰につき動産売買先取特権に基づく動産執行の申立てを行ったところ、G が第三者異議の訴えを提起した。この請求は認容されるか。

### (1) 総説

譲渡担保権の実行は、私的実行による。担保権者への**直接帰属**がなされる場合と**任意売却**による場合の 2 種があり、裁判所の競売はない。しかしながら、被担保債権額よりも高額の目的物をそのまま担保権者が取得する事例がかつて多かったため、暴利行為であるとの強い批判があった。そこで、判例は実行時の**清算義務**を認めたのだ。



## 最判昭和 46 年 3 月 25 日民集 25 巻 2 号 208 頁：判例集 55 事件

かつては本当に、五倍十倍の価値を有する目的物をとることもあったようで、丸取りはいかにも不公正と思われていた。ただこの判例は、1.5 倍もいかないくらいの価値の目的物であり、そこまで大きな食い違いが無いにも関わらず清算義務が認められ、残額は清算金として債務者に支払うことを命じた。

これは、急に現れた判例と言うことではなく、今までの議論の集大成と言えるものであった。

現在では、清算義務の存在を前提に、譲渡担保権の実行手続としてどのようなものが合理的かが論じられている。

### (2) 実行段階に関する規律

#### a) 実行手続の概要

譲渡担保権の実行手続として、以下の 2 つの方式が存在するとされる。

①**帰属清算方式** 目的物が譲渡担保権者に直接帰属し、清算金の支払いがなされる方式

②**処分清算方式** 譲渡担保権者が目的物を任意売却し、換価金から清算金を支払う方式

担保権者がお金を持っていれば①のほうが便利ともいえるが、やはり目的物も高価な場合が多いので、換価金からの清算をせざるを得ない場合も多い。

この 2 つの方式は、20 年くらい前までの学説においては設定契約により一方に固定されるとされていた（**帰属清算型・処分清算型**）。そもそも譲渡担保自体が二つに分かれると言う理解がここにはあったといえる。

しかし、近時では、判例（後掲最判平成 6 年 2 月 22 日：判例集 57 事件）が両者における法律関係を区別しない態度をとっていることなどを理由に、**契約内容によらず譲渡担保権者の選択によりいずれの方式をも採用しうる**との見解が多い。やはり、お金がないと処分清算方式を取らざるを得ないわけだが、不動産価値などを将来どうなるか把握することはとても難しい事を考えると、想定を超えて地価が上がったような場合に柔軟に帰属清算方式から処分清算方式への転換を認めるべきだ、というわけである。

いずれの方式でも、清算金支払いと目的物の引渡しは引換給付の関係にある。（前掲最判昭和 46 年 3 月 25 日：判例集 55 事件）。つまり、清算金の支払いがあるまでは目的物を引き渡さなくて良い。

※これは**同時履行抗弁**で大体の場合説明できるだろうが、譲渡で新たな人間が入ってきた場合など出来ない場合は**留置権**ということになる。

なお、**弁済期後・実行前の段階で、譲渡担保設定者が「受戻権」を放棄して清算金を請求することはできない**（最判平成 8 年 11 月 22 日民集 50 巻 10 号 2702 頁：判例集 58 事件）。このようなことを認めると、実効強制を認めるに等しいからである。いつの時点で実行するかというのは地価などを見定めて設定権者が選べるのが原則であるから、そうした選択権を奪うことを認めるべきではないのである。

#### ※清算金の計算方法

**目的物の客観的価値－被担保債権額**というのが公式である。実際に譲渡担保権者が売り払っても、そこまで相場に比して値段がいかないことがあるわけであるが、そういう場合に、換価代金を基準として額を定めると設定者に不利であるから、客観的価値を基準としている。

#### b) 受戻可能な時期に関する規律

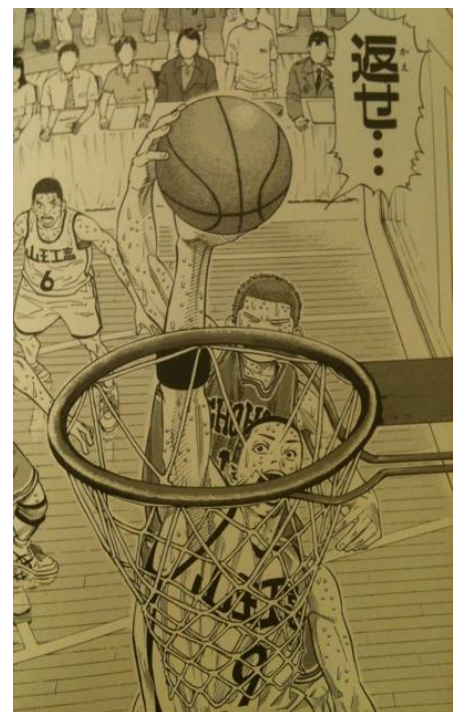
債務者はいつまで受戻しうるのだろうか。一日でも遅れたらアウトかという、さすがにそうでもないと言われる。**譲渡担保権者が実行の時期を選べるのであるから、その選択をした時期までは、遅延損害金を含めて全額を弁済知れば目的物を「返せ…」してもいいのではないか**、というわけである。

抵当権などは、競売手続きが進行する中で最初のうちならば任意弁済により競売手続きを止められるが、ある程度まで進むと執行裁判所の判断で（買受人が出てくるところが一つのラインとされるが）止められなくなる。他方で譲渡担保の実行には裁判所の関与がなく、どの時点で設定者は受戻しをなしえなくなるかが論じられている。

一応、二類型を分けて考えるのがいいと思われる。

#### ◎帰属清算方式による場合

**清算金の提供**の時点以降、設定者は受戻しをなしえないとされる（前掲最判





昭和 46 年 3 月 25 日：判例集 55 事件)。なお、これには数千万単位のお金が必要なことがあるから、一定の期間が見込まれる。

他方で清算金の提供がなくとも、譲渡担保権者が第三者などを相手に**目的物を処分**してしまった場合、第三者は確定的に所有権を取得して、以後設定者は受戻しをなしえないものとされている。第三者の善意・悪意は無関係。

#### 最判平成 6 年 2 月 22 日民集 48 巻 2 号 414 頁：判例集 57 事件

事案は、土地建物を譲渡担保に供したと言うもの。その後、これが第三者に譲渡担保権者から譲渡され、この第三者から明渡し請求がなされたという事案。譲渡は弁済期後と思われる。この場合に最高裁は、帰属清算型であっても処分清算方式であっても、目的物の処分権限を得るのだから…として、第三者に処分した場合、たとえ譲受が背信的悪意者であっても買戻しできないとした。

#### ポイント①清算金の提供前でも、第三者に処分すると受戻ができなくなる

これは処分清算方式の場合は当然そうだと考えられていたし、最高裁もそうだった。ところがこれが帰属清算方式であっても同じように受戻ができなくなるというのが、重要なポイントである。

これは一見すると設定権者への不意打ちになりそうなものであるが、そのような批判がそもそも「もともと帰属清算」「もともと処分清算」というような、設定時の区分けが可能だと言う議論に基づいていることには注意しよう。まあこの新しい考え方(処分清算も帰属清算もいける)が根付けばいいのだが、それまではちょっと当事者にとっては不意打ちだった感はあるかもしれない。

#### ポイント②善意悪意問わず

**背信的悪意者**でも関係ないとした。完全に(観念的には)設定権者が所有権を有しているから、そこから譲り受けた第三者も完全な所有権を有し、そもそも対抗関係に立たないと言う理解である。

#### ◎処分清算方式による場合

第三者への処分により第三者は確定的に所有権を取得し、設定者は受戻しをなしえない(最判昭和 57 年 4 月 23 日金法 1007 号 43 頁、前掲最判平成 6 年 2 月 22 日：判例集 57 事件)。

#### ◎清算金の生じない場合

(意図したものかは別として)被担保債権額が目的物の客観的価値より大きい場合には、清算義務は発生しない。担保権者から設定者に対し、清算金の生じない旨の通知がなされた時点または第三者への処分の時点以降、受戻しをなしえなくなる(最判昭和 62 年 2 月 12 日民集 41 巻 1 号 67 頁：判例集 56 事件)。

学説には、帰属清算方式の場合には実行通知から一定期間の猶予を設けるとの見解もあるが、少数説にとどまる。

#### ※受戻しの法的性質(「受戻権」の有無)

ときどき、「**受戻権**」という言葉がテキストに書かれる。これが使われたのは仮登記担保の世界が初である。だが、仮登記担保には条文があるものの、譲渡担保において、受戻権を想定すべきだろうか。譲渡担保の場合には、設定契約上受け戻す地位を得ているというだけで、これは通常の債務者の地位として債務を弁済すればもともにもどるよ、ということに過ぎないのであるから、これを「別の権利」かのような言い方をするのは、おかしいのではないだろうか。別だとすると別の時効を観念したり、別個の譲渡性を観念したりすることにもなり、複雑になると言われている。

#### c) 第三者との関係

実行段階でも第三者との関係は問題となる。ただここでの解決の在り方は、実行前の話よりもかなり単純化する。実行前は法律構成は様々で、担保的構成を採れば**物権的権利の分属**が観念できたから、それぞれの当事者から譲渡を受けた第三者とかとの関係が複雑化したが、実行段階では完全に所有権が移転するのだから、その段階で譲渡ないし差押があっても、あまり問題はめんどくさくならないのである。

#### ◎譲渡・不当処分

弁済期後に譲渡担保権者が第三者に譲渡した場合に関しては、もう述べた通り第三者が確定的に所有権を取得する。判例(57 事件)もいうように、**第三者が所有権をちゃんと獲得できるからこそ、目的物を買ひ受けようと言う第三者があらわれ、換価金を得られる**のである。したがって、そのためにはここで所有権の移転をきちっと、完全な形で行えるようにしなくてはならない。現在の帰属清算方式か否かを最初にきちっと決めないやり方ではなおさら、帰属清算方式の約定があった場合ですら、こうした処分の可能性は開かれているべきである。

弁済期後に譲渡担保設定者が譲渡を行った場合、論理的には(設定者は所有権を設定権者に渡したあとのため)二重譲渡となるが、**通常は優先権を主張できるように譲渡担保権者は対抗要件をそなえている**から、第三者は**即**

**時取得**の成立場面（善意無過失で純然たる設定者の所有物として譲渡を受けた場合）を除き所有権を取得しえないと思われる。

#### ◎第三者からの差押え

**譲渡担保権者の債権者からの差押えは問題なく可能**であり、これは処分と同様の理由である。譲渡担保権者の財産を処分するだけ、ということになるから、ここでは設定者は第三者異議をなしえない。

他方で、譲渡担保設定者の債権者からの差押えに対しては、この時点で設定者が無権利に近い（受戻を受ける権利があると言えるかな、という程度。受戻権という言葉づかい自体が懐疑的にみられることもある）ことから、譲渡担保権者は**第三者異議**により執行手続を阻止しうるとされる。

#### ◎後順位譲渡担保権者との関係

所有権的構成をとれば、後順位譲渡担保権者という言葉自体が生れてこないことになる。したがって、担保的構成をとった場合の話である。このとき、判例の立場では**後順位譲渡担保権者は自ら譲渡担保権の実行をなしえない**とされている（最判平成 18 年 7 月 20 日民集 60 巻 6 号 2499 頁）。担保権実行は、いつするかがかなり重要なポイントになる。目的物の価額も一様ではないからである。これは競売手続きでも任意売却でもいいが、所有権が取得する場合には相場を問題としなくてもいいところ、債務者がなお弁済するかもしれないということで待つことも可能であり、それは担保権者の自由な意思に任されているのである。その決定権限は、やはり最優先の担保権者にあるというのが妥当であろう。

※もちろん、この議論が一般に全てあてはまるとはいえず、抵当権のような場合には三番抵当権者であっても配当に見込みがあれば実行ができるとされる。それと比べると後順位譲渡担保権者は弱い権利しか持っていないということでもある。

先順位の譲渡担保権が実行された場合、後順位譲渡担保権者は清算金債権に**物上代位**を行えるとの見解が有力である。結局、これは私的実行なので、一人が満足を受けると他の人に満足を受けさせることが制度上担保されていない。帰属清算方式などの場合は顕著だが、そのままだと最優先順位の人が持って行って終わりになってしまうのである。このとき、**後順位譲渡担保権者が、清算金債権に対して物上代位を行える**とする理解が、まだ通説とはなっていないものできたのである。このような場合には清算金債権を確かに設定者が得られるのだが、後順位の担保権者に優先権が発生しえた部分であるといえるから、わからなくもない。

仮登記担保でも似た解決が採用されており、それを参考にした見解かと思われる。

#### d) 他の担保権との優先関係

不動産・債権に関しては、対抗要件充足の先後により当然に他の担保権との優先関係が定められる。

動産も原則的には同様であり、占有改定その他の対抗要件の充足時期の先後で決まる。しかし、ここで**先取特権**との優先関係が少し問題とされる。不動産の場合だと、まず登記の先後で決めることができるし、そうでない場合についても規定があるのだが、動産の場合はちょっとよくわからない。

判例は、**譲渡担保権者は動産売買先取特権に基づく競売手続を第三者異議により阻止しうる**とした（最判昭和 62 年 11 月 10 日民集 41 巻 8 号 1559 頁：判例集 59 事件）。

しかし学説上は、この結論に反対する者が多い。最高裁は、動産売買先取特権の場合には第三取得者が現れるとそれに対して効力を主張できないという規定があったので、この第三取得者と言うのに譲渡担保権者を当てはめていると考えられる。だとすれば譲渡担保権者が常に優先し、設定された時点で先取特権者の負けとなる。

しかし、これだと実質的な順位に反する結果になるのではないかと、ということもあるし、仮に順位が性質の違いとして仕方がないとしても、譲渡担保によって目的物の担保価値が全て把握しつくされているとは限らない。担保価値の全てを譲渡担保権者が把握しているのではなく、**清算金**と言う御釣りが出るのであるから、ここに先取特権者への救済を与える余地があるのではないかと、いうのである。ところが最高裁の帰結は、このような解決を不可能にしてしまうのである。批判説は基本的に、こうした後順位の人への優しさで動いている。バファリンと似たようなものである。問題は理論構成だが、ここで動産譲渡担保は**質権**に類似する、として、動産質と動産先取特権の優劣に関する 334 条・330 条の類推適用を行うべきであるとの見解が多数である。まあ最高裁の結論もこの順位自体には従っているのだが、およそ後順位者の権利を封殺するのはおかしいというわけである。

ただ、悪意の場合の優先権行使不可能というルールがあるのだから、先取特権者がいるかどうかを知っていたか知っていなかったかが問題となる。知っていたのに譲渡担保権を設定した場合、そもそも先取特権者に対抗できないことになる。まあ採用するなら、そのあたりまで含めてまるっとパクることになるだろうと思われる。

### (3) 実行後の法律関係

帰属清算方式なら目的物がもらえるし、処分清算方式ならその処分の結果買い受けたものが所有権を手に入れることになる。

ただここで、土地または建物の一方が譲渡担保目的物となっていた場合、**法定地上権**等の規定の類推適用があるかが問題とされる。この問題については、抵当権の時とは少し状況が異なる。抵当権は非占有型担保であるから、実行までの段階においては設定者の利用が可能である。実行の際に買受が起きて初めて、土地と建物の所有者が異なるということになるので、そこで何らかの権利を作ってやらないと建物が無駄になるかもということで、法定地上権が認められるのであった。

しかし譲渡担保権の場合、目的物の所有権は設定時にカッコ付きながら設定権者に移る。**実行前の段階で、すでに所有権者の食い違いが起きている**のである。

したがって、実行後の法律関係という項目で話しているものの、もっと前から解決しないといけないところだっただけである。ただまあ結局、譲渡担保契約のなかで処理されているだろう。**約定利用権**が設定されているはずだからである。

※譲渡担保権はかならず実行されるとは限らないのだから、きちんと払うもんは払って担保権が設定されている間だけ円満にやりすごせばお互いハッピーなのである。だから、あえていさかいを起こす必要もない。ならば合意のうえで両者が満足いく形で使用収益がなされるように、きちんと利用権が設定されることは想定しうる。だとすれば、のちに処分を受けた第三者がいた場合でも存続しうる人が多い。ただ、譲渡担保もいろいろで、必ずしも約定利用権が発生するというわけでもないだろう。使用借権でカバーされていた場合とかもあるし。ということで、必要があれば**法定地上権**（または法定借地権＝仮登記担保法 10 条類推適用）が発生するとされるのが多数説である。ここで法律構成として、法定地上権について定めた民法 388 条を類推するのか、それとも法定借地権についての仮登記担保法 10 条を類推するかという問題があるが、そこまで状況に大きな違いがあるわけではない。地上権が人気ないので借地権をとして仮登記担保法 10 条が設置されたというだけで、そこまで差がないのではないかと思われる。もちろん債権と物権は本来は異なるが、どちらもパッケージ化されるときに似通うものになっているから、どうでもいいんじゃないかなという感じ。

## 5 消滅

物権共通の消滅原因（目的物滅失・混同など）、担保物権共通の消滅原因（被担保債権消滅など）は適用がある。譲渡担保権固有の消滅事由はあるのかということになるが、これについては特に論じられていない。抵当権などの制度を類推適用するのであれば**代価弁済**とかそういうのをもってきて類推適用することも述べられそうであるが、そうはされていない。理由は語られず、そういうものなのねという感じである。

## 6 特殊の譲渡担保

### (1) 集合動産譲渡担保

#### a) 総説

担保の目的物がなかなかない、というときには、頑張って探さないといけない。

そういうことになってくると、たとえば債務者が、その営業にあたり常に一定量を保管している出荷前の商品や原材料・資材等につき、担保設定のニーズがある。ただ、これらの物品は常に入れ替わり、また債務不履行前は債務者に処分を許す必要があるため、一般的な形で譲渡担保権を設定するには不適である。

なにしろ頻繁に物自体が入れ替わるので、新しく来たものがあればそのたびに契約し、譲渡担保権を設定しなくてはならないからである。その都度占有改定で対抗要件を獲得する、というのは煩瑣である。そして、このようなものは加工されたり消費されたりするものであるから、もしそのままにしておくと、**担保保存義務違反**だといわれかねない。譲渡担保権者としては売ってもらうのも困るということになってしまうのである。でも売らないわけにはいかないし、その点でどうしようかなーということが議論されたのである。

そこで、**一定範囲の目的物の集合体に対する包括的な担保権設定**として**集合動産譲渡担保**（流動動産譲渡担保）が考案され、定着した。ただ、感覚的に説明することはできそうだが、良く考えると謎になってくる。そもそも集合物なるものの実態は何なのか、そこにあるものの全体をなんとなく指して集合物と読んでいる曖昧な状態で



は法律問題が解決できないので、様々な検討がなされてきている。しかし効果については種々の考え方が提唱されており、細かな解釈論には不明確な点が多い。

#### b) 集合動産譲渡担保の法律構成

集合動産譲渡担保の法律構成については、「**分析論**」と「**集合物論**」の2つの立場があるとされる。

##### ①分析論

かつての多数説。**一物一権主義**を徹底し、個々の目的物につき個別に譲渡担保の設定・消滅を観念するもの。本当は新メンバー加入ごとに「設定」が、卒業ごとに「消滅」が必要なのだが、それを包括的に認めるということである。

##### ②集合物論

**個々の目的物とは別の「集合物」の存在を認め、当該「集合物」の所有権が移転する担保と考えるもの。**

全体的な流れとしては、かつては分析論が多かったが、その後の検討の中で近時では判例・学説とも集合物論が一般的となった。ただし、それでもなお細かな法律構成には争いが多い。

そのような考えでは近時だと、集合動産譲渡担保を「**価値枠**」の譲渡担保と捉える見解（価値枠説）や、「集合物」の個別動産に対する独立性を高め、債務不履行等による「**固定化**」（後述）前には集合物の法律関係が個別動産に及ばないとする見解（道垣内）などが主張される。

ただし大体の集合物論者は、集合物の法律関係をほとんどダイレクトに個別動産に及ぼすとしている。

対抗要件の充足時期について、分析論と集合物論のうち前者からは、最初に担保を設定する段階で対抗要件を充足させてもその後の新メンバーには「別」に対抗要件を考えねばならないことになる。譲渡担保を複数回設定するような場合、通常のケースならば占有改定等の対抗要件充足の早い方が優先される、ということで説明できたが、このような集合動産譲渡担保で新メンバーについては加入時点まで対抗要件を充足しないとすれば、後から加入した時期に、最初の対抗要件充足の時期を問わずその時のすべての譲渡担保設定権者が対抗要件を充足するということになり、皆が同順位となってしまふ。**後から来た人が先の人と同じ立場に立てるとすれば、これは担保の価値を大きく損ねる**ことになるのは言うまでもない。

このような批判から、集合物論が一般的になったわけである。そこからは、集合物への対抗要件設定をもって、個別動産に対しての把握が可能ということにしてしまふ理解が生れるのである。

※ただ、道垣内さんはそうではないといい、固定化まではあくまで「集合物」についての譲渡担保に過ぎず、債務者は自由に消費したり処分したりすることができるという。ところが固定化（時期の到達や不履行など。設定の仕方次第）が起きるとその時の加入メンバー全員に担保権がそのとき初めて及ぶというのである。この結果、最初の契約の時点で対抗要件が設定されていたということになるらしい。

ただ、**先取特権**の優劣関係を考えるときや、**譲渡担保権**者同士の優劣関係を考えると謎。

設定時点で個別財産に効力が及ぶと言う通説からは、問題なく個別財産に対しての先取特権にも勝利できる。ところが道垣内説からは、固定化まで個別財産に効力が及ばないのであるから、固定化の前に先取特権の実行手続をすれば、先取特権者の勝ちということになりそうである。ここで、実行手続の途中で固定化したらどうなるのだろうか。遡及効的に譲渡担保権者の優先権が現れるのか、それともここでは現れないのか、そのあたりが不明である。そしてその帰結は、結構譲渡担保権者にとっては死活問題となるので、うーんと言う感じ。

#### c) 設定要件・権利範囲

##### ◎設定契約・被担保債権

いずれの点も、**一般の譲渡担保と違いはない**。設定契約によらないといけないうし、被担保債権には金銭でない債権も将来債権も含むのであった。

##### ◎目的物

**動産**のみを対象とする。でなかったら名前詐欺である。しかしながら**目的物の変動しうるため、担保権の及ぶ範囲を何らかの要素により特定させる必要がある**。

一般には判例が言うように、種類・所在場所・量的範囲の指定などが必要であるとされている。学説もそうだろう！と言っているが、その具体的な判断は難しい。

#### 最判昭和 57 年 10 月 14 日判時 1060 号 78 頁：判例集 61 事件

「家財一切」を目的物として設定した集合動産譲渡担保が問題となった。判例はこれでは特定されていないから譲渡担保無効ですよと判断した。

## 最判昭和 54 年 2 月 15 日民集 33 巻 1 号 51 頁：判例集 60 事件

「乾燥ネギのうち 28 トン」と言う特定が問題となった。ただ、44 トンあったもののうちどこをとるかで法律関係がめっちゃ変わるような場合だったので、特定がされていないと判断された。

## 最判昭和 62 年 11 月 10 日民集 41 巻 8 号 1559 頁：判例集 59 事件

保管場所・目的物の性状がきちんと確定されていたので、「一切」の表記が許された。だから一切と書いてあったらダメという訳でもない。

### ◎ 対抗要件

**占有改定**によるのが一般的だが、動産・債権譲渡特例法上の動産譲渡登記によっても対抗要件充足が可能である。これができるようになって、集合動産譲渡担保の登記による対抗が普及してきた。

ただし、構成要素たる個々の動産に関する対抗要件充足の時期は、さっきから言っていたように集合動産譲渡担保の法律構成により異なるのだった。

### ① 分析論

**個々の物に個別に対抗要件が観念される**。占有改定等の後に加入した目的物については、当該物が現実譲渡可能となる前に対抗要件を観念することはできないため、加入した時点で占有改定等の効果が発生する。

### ② 集合物論

**集合物について包括的に対抗要件が充足され、それが当該時点で個々の動産に当然に及ぶ**。判例はこの立場。

## 最判昭和 62 年 11 月 10 日民集 41 巻 8 号 1559 頁：判例集 59 事件

最初の設定の時点で占有改定とかで構成部分についての対抗要件を（もちろん、集合物のものという形で）具備したら、集合物に対しての対抗要件が具備されたものとして、メンバー変更があろうがその構成員にちゃんと対抗要件が及びますよということが言われた。

しかし、価値枠説だとか道垣内さんの説などはこれに反対しているのだった。

これはやはり、理屈が通らないと言うのが理由である。**まだ現にそこにはない、所有も何もない動産について、「所有権を譲渡する」ための権利である譲渡担保の対抗要件充足がなぜ成り立つのか**ということを指摘される。譲渡の効力が発生しえないのに、対抗要件が充足されると言うのは物権法の理解に反しているといい、それゆえ集合物の位置づけを議論するのが、彼らの立場である。価値枠説からは「価値枠」というものを、道垣内さんも独立した「集合物」を観念するのも、そのためである。ただ、得られる結論が譲渡担保の効力をかなり弱めることになるので、実務的な利用価値が激減するためにあまり一般にとられる立場ではない。

### ◎ 権利範囲

原則として一般の譲渡担保と同様である。第三者の所有物が加入した場合（AKB に担保権を設定したのに、乃木坂が混じっていたようなとき）に譲渡担保権が及ぶか否かが問題となるが、担保権者に**即時取得**が成立しない限り、担保権は及ばないのが原則とされる。

**物上代位**の可否は問題である。学説の議論は乏しいが、判例は、近時、一般的には物上代位を否定しつつ、**営業の継続が見込まれない場合の物上代位を肯定した**。

## 最決平成 22 年 12 月 2 日民集 64 巻 8 号 1990 頁

「構成部分の変動する集合動産を目的とする集合物譲渡担保権は、譲渡担保権者において譲渡担保の目的である集合動産を構成するに至った動産（以下「目的動産」という。）の価値を担保として把握するものであるから、その効力は、目的動産が滅失した場合にその損害をてん補するために譲渡担保権設定者に対して支払われる損害保険金に係る請求権に及ぶと解するのが相当である。もっとも、構成部分の変動する集合動産を目的とする集合物譲渡担保契約は、譲渡担保権設定者が目的動産を販売して営業を継続することを前提とするものであるから、譲渡担保権設定者が通常の営業を継続している場合には、目的動産の滅失により上記請求権が発生したとしても、これに対して直ちに物上代位権を行使することができる旨が合意されているなどの特段の事情がない限り、譲渡担保権者が当該請求権に対して物上代位権を行使することは許されないというべきである」

「上記事実関係によれば、相手方が本件共済金請求権の差押えを申し立てた時点においては、抗告人は目的動産である本件養殖施設及び本件養殖施設内の養殖魚を用いた営業を廃止し、これらに対する譲渡担保権が実行されていたというのであって、抗告人において本件譲渡担保権の目的動産を用いた営業を継続する余地はなかったというべきであるから、相手方が、**本件共済金請求権に対して物上代位権を行使することができる**ことは明らかである」



営業に普通に使っている物を対象としているので、その一部分が利用できなくなっても、営業が続く限りでは新たな奴が加入して復活する可能性が高く、価値代償物として何か請求権が発生した場合でも、物上代位権を行使させることが不当だと思われる場合もある。

但し他方で、大規模に滅失したと言うような場合には、そういった部分について経営も続けられないような場合もある。そのような場合には担保価値が損なわれているから、やはり物上代位を認めるべきでもある。

その部分のバランスがとても難しいのだが、そこで最高裁は一つの事例として、「**営業の継続が見込まれない場合**」に物上代位を認めたのである。この基準の是非も含めて議論されているが、より端的に担保価値の減少を捉えるべきだと言う批判もあったりする。

#### d) 実行前の効力

実行前にはまだ通常の営業をしているので、その関係で通常の譲渡担保とは違う法律関係が生じる。

##### ①設定者の使用・処分

設定者は、**通常の営業の範囲**では目的物を使用・処分しうるとされる。判例も同様の立場である（最判平成 18 年 7 月 20 日）。この通常の営業の範囲と言うのは一つのポイントであり、この範囲を超えた処分がなされた場合は、担保権侵害として一般の譲渡担保と同じく物権的請求権等を行使しうるということである。この意味は、集合動産譲渡担保権者も所有権を移転されていると言うことに他ならないが、個別動産には権利が及んでいないぜとかい出す某 D 垣内さんとかは文句を言う訳である。まあこの文句を言うこと自体が、救済に欠く帰結につながるのではないかと批判される理由にもなるわけだが。

具体的には、倉庫一つ分の商品を個別財産として譲渡担保に供したりすると、やはり問題となる。

##### ②第三者との関係

##### ◎設定者による第三者への譲渡・処分

設定者の**処分権限の範囲内**であれば、処分は有効で第三者は確定的に所有権等を取得しうる。

**処分権限の範囲外**の場合は、第三者は持ち出したりしない限り所有権等を取得できない（前掲最判平成 18 年 7 月 20 日）。さっきも言った通り、もう所有権が移っているからである。しかし、当該物が搬出されるなどして現実に集合物から離脱した場合、譲渡担保権の範囲から離脱すると考えられるのが通説であり、その時には担保権による把握が（不当処分であっても）及ばなくなるとされる。

#### 最判平成 18 年 7 月 20 日民集 60 巻 6 号 2499 頁

「構成部分の変動する集合動産を目的とする譲渡担保においては、集合物の内容が譲渡担保設定者の営業活動を通じて当然に変動することが予定されているのであるから、譲渡担保設定者には、その通常の営業の範囲内で、譲渡担保の目的を構成する動産を処分する権限が付与されており、この権限内でされた処分の相手方は、当該動産について、譲渡担保の拘束を受けることなく確定的に所有権を取得することができると解するのが相当である」

「他方、対抗要件を備えた集合動産譲渡担保の設定者がその目的物である動産につき通常の営業の範囲を超える売却処分をした場合、当該処分は上記権限に基づかないものである以上、**譲渡担保契約に定められた保管場所から搬出されるなどして当該譲渡担保の目的である集合物から離脱したと認められる場合でない限り、当該処分の相手方は目的物の所有権を承継取得することはできない**というべきである」

##### ◎設定者の債権者による差押え

おおむね普通の議論と同じだが、具体的な範囲を巡り議論が分かれる。

一応、額として「**通常の営業の範囲**」の処分権限の程度であれば差押えを許す見解が多い。譲渡担保の効力が当然に及んでいるとして、第三者異議の訴えを認める見解などもあるのだが、そもそもあまり論じられていない。

##### ◎担保権者による処分・担保権者の債権者による差押え

いずれも、集合動産譲渡担保では設定者が占有を継続する場合が圧倒的多数（なにしろ営業に必要なものとかを担保の目的とするのが普通であるから）であり、極めて発生しにくいのが、仮に発生した場合には、担保権者が有する譲渡担保権が処分・差押えの目的物となると考えられる。



あげちゃったら無理



## e) 実行段階の問題

### ◎固定化

「**固定化**」の発生が必要だとする見解が多数である。結局どんどん新メンバーが加入して古いやつは卒業していくわけで、そのなかで担保権の実行をしようと思うと、具体的にどのメンバーを対象にしていけばいいのか決まらないといけいのである。だが、ではどのような時に「固定化」するのかが問題となる。

固定化事由の具体的内容は論者により異なるが、基本的には約定することは可能であり時期を決めたり、債務者の資力の状態にしたがって当然に固定化が生じるとか言うものが多い。目的物の「固定化」が生じると、以後は通常の動産譲渡担保の法律関係に移行すると考える見解が有力。

ただ、固定化はいらないとかいう見方もある。この見解は、**一般先取特権との対比などから、固定化を要せず個々の動産に対する譲渡担保権の実行が可能**との見解を示す。一般先取特権では全体に網をかけて、どの目的財産にも競売の申立ができることとされているので、権利としては当然に及ぶと理解されているのである。だから固定化とかいらないか？という理解をしている。論理的には全くその通りかもしれない。ただ固定化を要しないと云っても、個々の動産への執行がすぐにできると理解しており、それを批判されている。

### ◎清算金の支払い

譲渡担保として**清算金**の支払いが必要。確立した判例法理であり、集合動産譲渡担保にも当然に当てはまる。固定化肯定説によれば、**固定化時点**で譲渡担保目的物の客観的価値から被担保債務残額を控除した額が清算金として支払われることになり、原則として清算金の提供までは**受戻し**が可能とされる（換価など処分されたら別だが）。このような人たちは固定化が無いと目的物の客観的価値と言う物が把握できないと理解し、そこでの計算結果に従うのである。一般先取特権には競売があるので清算手続きが用意されていないし、ここから多数説は固定化否定説を批判する。

他方で固定化否定説によると、**実行通知**の時点で清算金が算出され、以後は受戻しは不可能とされる。ただ、この結論自体は上記のように何か客観的価値を把握するタイミングをきちんと用意すべきだと言う固定化肯定説の立場からは批判されているところだが、この批判自体はあまり固定化否定説とは関係ないとも言える。

別に固定化否定説ならば絶対に実行通知の時点基準とするというわけでもない感じはするし、ある別の時点を設定してその時での額を考えると云う制度を政策的に設定することは不可能ではないだろう。

## (2) 集合債権譲渡担保

将来債権を含む多数の債権を一括して譲渡担保目的物とすることをいう。近時は集合物論を用いず説明する見解が多数である。原則として債権譲渡の規律に服するし、そこで既に扱った。

## VII 仮登記担保・所有権留保・代理受領

【事例 26-1】A は、G に対する 5000 万円の貸金債務を担保するため、自己の所有する甲土地（時価 1 億円）につき G との間で代物弁済予約を行い（予約完結権は G のみに付与）、G に対する所有権移転の仮登記を経由した。

①貸金債務の弁済期到来後も A の弁済がないため、G は甲土地の所有権を確定的に取得しようと考えている。それを行うためには、G はどのような手順で何を行えばよいか。

②G の貸金債権の弁済期が到来しないうちに、A に対する一般債権者 B が甲土地に対して差押えを行った。G は B による強制執行を第三者異議の訴えにより阻止しうるか。阻止できない場合、G はいかなる手続で何を請求できるか。

③甲土地には、G のための仮登記に後れる貸金業者 C のため抵当権が登記されていた。G が仮登記担保の実行手続に入ろうとしていることを知った C は、いかなる手段により債権回収を図ることができるか。

【事例 26-2】自動車販売業者 D は、一般顧客 E に対して割賦販売により普通乗用自動車（乙自動車）を販売した。その際、代金完済までは乙自動車の所有権を D に留保する旨の合意がなされた。E が債務不履行に陥り期限の利益を喪失したため、D は乙自動車を引き揚げ、債権回収を行いたいと考えている。それは可能か。可能とすると、具体的に何を行えばよいか。また、この時点で乙自動車が E から第三者 F に転売されていた場合には、どうか。

## 1 仮登記担保

### (1) 総説

#### a) 仮登記担保の概要と歴史

代物弁済予約・停止条件付き代物弁済契約などの契約を締結することで、**債務不履行時に直ちに目的物の所有権を担保権者に移転できるようにし、担保権者が所有権移転仮登記をそなえることにより優先権を確保する形式の担保**を、**仮登記担保**と言う。

権利移転前に優先権を確保できる**仮登記制度**の存在を前提とし、原則として**不動産**についてのみ設定しうる。私的実行可能である点など、抵当権を不便にしていた制約を克服しうるとは頻用されたが、被担保債権額より高額財産を目的物とする運用が広まってしまったし、代物弁済予約等の場合には予約完結の意思表示をするだけでも目的物の所有権を取得できるなど、ちょっと過激すぎた。そのために、譲渡担保同様に清算義務を始めとする種々の規範体系が判例により確立された。その後、判例法理の多くを実定化し一部を修正する形で仮登記担保法が立法され、結果として有利性は乏しくなった。

#### b) 仮登記担保の定義・法的性質

##### ◎定義

仮登記担保法 1 条で、以下の要素を有する契約は「**仮登記担保契約**」として定義されるようになった。

##### ①**金銭債務を担保する目的を有すること**

金銭債務になったのは判例が大体金銭債権に関するものだったからであり、そこまで理由があるわけではない。

##### ②**当該契約により債務不履行時に債務者または第三者に権利の移転等がなされること**

権利移転等ということで、「設定」なども含む。

##### ③**移転等がなされる権利が仮登記・仮登録できるものであること**

大体が不動産の所有権であるが、別に地役権だとかでもいいし、特別法上のもの(漁業権など)でもよい。

##### ◎法的性質

この仮登記担保が物権としての効力を有するか否かは争われている。

**物権取得権説**…仮登記担保は、物権取得を内容とする契約に特殊な効果が付与されたものに過ぎないとする見解

**担保物権説**…仮登記担保は、優先弁済効を有する担保物権が特別法により創設されたものとする見解

ただ、仮登記担保法の表現自体は「契約」に特別の担保的効力を与えたとする理解に適合的ではある。

もちろん担保物権説にも説得力がないわけではない。担保物権と言うに適切な強い効果が認められている部分も確かにあるからである。それゆえ通常の仮登記制度とは違い、物権的権利が特別法により創設されたとみることにも不可能ではない。

この両者のどちらかをとるかにより、侵害があった場合の物権的請求権の有無が異なることになり、多少は重要な点であるといえる。しかし、どちらが優勢かははっきりとせず、立法時は単に契約の効力を強めただけであるというものであったものの、他方で様々な利益考量的な考慮要素からより権利を厚く保護してくれと言う立場も今や有力なので、どちらかを否定することは難しい。

### (2) 設定要件・権利範囲

#### a) 設定要件

##### ◎設定契約

**約定担保物権**なので、代物弁済予約、停止条件付き代物弁済契約などの契約による。ただし、**担保目的が必要となる**。これは重要で、普通の代物弁済予約がなされても、担保目的でなければ仮登記担保の効果は発生しない。※担保目的でない代物弁済ってなんだよという感じだが、一般的には区別が必要とされる。イメージしにくいけど、ありえなくはないとされる。

譲渡担保契約と同じく、当事者間の契約内容を全体的に観察して、仮登記担保契約の実質があるか否かを判断することになる。

##### ◎目的物

**仮登記・仮登録可能な権利に限られる**。不動産所有権が典型的だが、その他にも地上権、永小作権、地役権などがある。あとは水利権とか知的財産権が特別法で対象となっていたりする。ただ、担保権は除かれる(20 条)。

## 【参照】仮登記担保法第 20 条

第二条から前条までの規定は、仮登記担保契約で、土地等の所有権以外の権利（先取特権、質権、抵当権及び企業担保権を除く）の取得を目的とするものについて準用する

すなわち 20 条が準用の体裁をとっているものの、担保権に対して仮登記担保を設定することはできないことになっているのである。これを認めると、仮登記担保の実行後に、目的となった担保権の主体が別人に切り替わる事態が生じるが、これが法律関係を複雑にしてしまう。転質とかでもそうなるじゃんということではあるが、あえて被担保債権を切り離した移転を認めるまでもなからうということで、担保権を目的と出来ないことにされている。

### ◎被担保債権

**金銭債権**に限られるが、将来債権でも構わないとされている。被担保債権不特定の根仮登記担保というものも規定がある以上、設定は可能だとされているが、効力は制限されると解される。

### ◎対抗要件

**仮登記・仮登録**が対抗要件となる。複数の設定がなされればこの登記・登録の先後で順位が決まる。ただし、**普通はこのとき被担保債権額等は公示されない**ので、**公示としては不十分**な感も否めない。しかしほかに方法がたぶんないので、これでいいかとされている。

### b) 権利範囲

#### ◎目的物の範囲

**不動産**の場合、抵当権に関する 370 条を類推適用し、付加一体物に及ぶとするのが通説である。おなじみ道垣内さんの反対説があり、仮登記担保と抵当権とは違う！とかいっている。

※これは仮登記担保の効力についてそもそも抵当権を類推するか、という大きな問題に関わる。**ありとあらゆる効力を類推すれば、そもそも抵当権と変わらなくなるので、仮登記担保が「抵当権の制約を乗り越える」ために出てきた意味がなくなってくる**のである。ただ、目的物の範囲についてはあまりこのことが意識されて議論がなされておらず、類推適用をあっさり認めているのが通説の立場である。

その他の場合、従物・従たる権利に及ぶとされる。果実についてはあまり論じられないのだが、通常は設定契約において使用収益者が定められるだろうとされ、譲渡担保同様に契約解釈の問題となるかと思われる。そうっていない場合は問題であるが。

#### ◎被担保債権の範囲

清算金の計算にあたっては、**清算期間経過時の債権額、債務者・物上保証人の負担すべき費用で債権者が負担した額の合計額が債権額**となる（2 条）。

他方で競売手続においては異なる計算が予定され、債権額はもちろん含まれるが、利息と損害賠償については最後の **2 年分**に制限されることになる（13 条 2 項）。抵当権の規定がそのまま仮登記担保法に移植されている。競売手続に依拠して若干効力を弱めておこうと言う意図だが、詳しくは後述。

#### ◎物上代位の可否

**物上代位**は可能だとする見解が多数である。ただし要件などについてははっきりとして議論はない。反対説も有力だが、この辺りはもう少し具体化された議論が煮詰まるのを待たないと話せないらしい。

## (3) 実行前の効力

### a) 利用関係

目的物をいずれが使用しうるかというのは設定契約の内容によるのだが、基本的には解釈次第。まあ仮登記担保設定者が使用しうるのが通常だと思われる。権利が移転していない前提で、将来その権利を移転させる予約がなされているのだから、通常は担保権設定者が使い続けることを想定しているとみるべきである。

### b) 侵害に対する効力

#### ◎当事者間の場合

仮登記担保設定者による侵害に対しては、少なくとも設定契約上の担保保存義務違反として、**期限の利益喪失・増担保請求権**が発生する。結論的には抵当権とかと同じになる。それ以上に物権的請求権を有するかは、仮登記担保権を物権と理解するか否かに依存することになる。やはり実行力としては物権的請求権のもつものはでかいわけだが、ここは物権取得権説か担保物権説かによって分かれるところ。



### ◎第三者の場合

第三者による侵害に対しても、物権的請求権の有無は仮登記担保権を物権と理解するか否かによることになる。

**損害賠償請求権**の存否については一般的にあまり議論がないが、一応これを認めてもいいだろうと解される。

理論的には、**所有権者の有する損害賠償請求権に物上代位できる**とするのが多数説であるが、物上代位を否定する場合には、担保権者による直接の損害賠償請求権を認めることになると思われる。

なおこれを債権的権利に過ぎないと言う場合、債権侵害からの不法行為損害賠償請求権は制限されるのが相関関係説以来の通説であった。帰属侵害であるとすれば(将来的地位を奪うなど)別だが、そうまで行かない場合には直接的に損害賠償請求権を認められないこともある。ただし、債権の物権的保護として、何かしら「物権的」な性質をもっている債権だと解し、賃借権などとパラレルに通常の債権より強く保護するといえば、債権と言う建前をもちつつ物権的保護を及ぼすことも不可能ではない。

※この理論を突き進めれば、物権的請求権をそもそも仮登記担保権を「債権」的に理解する見解からも与えることが出来る可能性はある。議論はされていないが、方向性としてはありうるだろうと思われる。

#### c) 第三者への譲渡・不当処分、第三者による差押え

##### ◎第三者への譲渡・不当処分

仮登記担保権の実行前に、仮登記担保権者が**本登記**をなし(本登記が無いと普通は買い手がつかない)、第三者への譲渡がなされた場合も、**無権利者による譲渡として第三者は所有権を取得しない**。ただし、94条2項の類推適用による保護はありうる。外観作出について設定者に帰責性がある場合、外観法理による保護が与えられる可能性がある。

※無権利の状態の担保権者に本登記ができるのか？ということでもあるが、運用によってはありうる。債務者が夜逃げのような事をした場合とかを想定すると、本登記の手続きには利害関係人の承諾がいて、訴訟上承諾に代わる判決を得るにしても大変である。そこで、本登記に必要な書類を最初から担保権者に渡してしまうようなケースが結構あるのである。だから、実行前でも書類が担保権者のもとにあると勝手に本登記をしてしまうことができるパターンがある。

仮登記担保設定者の目的物処分は何ら問題ないと考えられている。なぜなら設定者は依然として完全な所有権者であるからである。ただし、仮登記担保が担保権であることが反映され、第三者は対抗を受ける。これは債権的理解からも、仮登記による優先権として説明できる。よって、第三者の所有権は仮登記担保権に劣後することになる。その後に担保権者が仮登記を本登記にかえれば、その時点で第三者は所有権を得られないことになる。

##### ◎第三者による差押

**設定者の債権者による強制執行は第三者異議により阻止できない**と言うのが通説である。仮登記担保はそこまで強い権利ではない。**譲渡担保**の場合には止められたわけだが、こちらは手続き内で配当を受けられない制約を受けていたことが大きな理由になっているのであって、仮登記担保権者は仮の登記があるゆえ手続き内で配当を受けることができる以上、第三者異議も認めなくてよいとされている。

他方で仮登記担保権者の債権者の差押えは、許容されない。まあ通常起こらないとされる。そもそも登記簿上も担保権者のものでないからである。問題となるのは勝手に担保権者が本登記にかえていたとか言う場合で、それだと差押がありうるが、これは第三者への譲渡と同様に、差押がなされても無権利者の有するものの差押であるから、担保権設定者が第三者異議の訴えを提起して執行手続きをとめることができるとされている。

## (4) 実行段階の問題

### a) 私的実行の概要

仮登記担保権の実行は、**私的実行**による。その裏返しとして競売を自分から申し立てることはできない(他の人が申し立てることはある)。具体的にどのような手続きになるのかだが、まず仮登記担保権者は、清算金の見積額または清算金が生じない旨を設定者に対して通知する必要がある(2条1項：**通知義務**)。

上記通知の到達日から**2ヶ月間(清算期間)**は所有権は担保権者に移転せず、被担保債務の弁済により受戻しが可能である。これが満了した時点で清算がなされ、目的物の客観的価値に基づいた処理がなされるのである。この猶予期間は、担保権設定者(物上保証人も)の保護のために設けられているとされる。ただし、二か月たってもまだ望みはある。2か月たって清算され所有権が移転した後も、清算金の支払いを受けるまでは被担保債権相当額を提供し**受戻権**を行使しうる(11条)。

## b) 清算金に関する規律

清算金は清算期間経過時(通知到達から二か月)の目的物評価額に従って算出され、当該時点で担保権者に支払義務が発生するとされる(3条1項)。**清算金支払いは、目的物の移転登記(本登記)・引渡しと同時履行の関係にあることとされる(3条2項)。**

以上に反する特約で設定者に不利なものは無効となる(3条3項)。これは片面的強行規定であり、その結果として**処分清算方式**は認められないと解される。移転登記と清算金支払いが同時履行の関係に立てば、先に処分しておくことができなくなるとされるからである。本登記がないとそもそも処分が出来ないので、処分清算方式がとれないということである。

実はこれが、仮登記担保を非常に使いにくくしている点とされる。まさに土地や建物は結構な額になるのであるから、清算金の支払いもなかなか現金で用意するには難しい。その場合に、**処分清算方式ができないとなると、およそ私的実行の可能性が奪われることになりかねない**。これが仮登記担保が不利だと言われる所以なのである。7000万とか急に言われて用意できるか？

## c) 受戻権に関する規律

### ◎受戻権について

清算期間内の債務弁済の効果として契約通り担保の効力がなくなるというときは、特に新たな何かがあるわけではない。他方清算期間が過ぎると所有権が移転するとして、その時点で被担保債権は消滅すると解するのが一般的である。だとすれば被担保債権が消えているのに、その額を提供したところで、もとに戻ることはないのが普通の考えである。しかし、そこで設定者を保護するために「もとに戻る」のを認めたのが、**受戻権**の制度である。受戻権は**形成権**であり、**弁済金相当額の提供**と**意思表示**があれば、当然に所有権復帰等の効果が発生する。これは特別の権利であるから、それ自体について行使期間などが問題になるところ、清算期間経過後**5年**の経過または第三者の所有権取得により、受戻権は消滅するものとされる(11条ただし書き)。この5年は時効と解されるが、除斥期間とするのも無理ではないと思われる。

## d) 後順位担保権者等の地位

目的物につき、仮登記担保権に劣後する後順位担保権者等が存在した場合につき、複数の規律が存在する。

※仮登記担保権に優先する担保権がついていた場合も問題となるが、仮に仮登記担保が実行されても負担付で実行されるのみであり、実行者はのちの先順位担保の実行を甘受せねばならない。

**後順位担保権者等は、清算金債権に物上代位をなしうる**。ここで、清算金と言うのはもともと把握していた担保価値と目的物の価額の差額である。これは担保権設定者保護のためのお金であると同時に、後順位の担保権設定者に優先権がついているはずであり、これをやすやすと設定者に返すわけにはいかないとして、清算金債権の段階で物上代位が認められるのである。これは通常の物上代位同様、払渡し前の差押えを要する。(4条1項)もちろん差押の先後とは別に、抵当権順により満足を受ける優先順位は決まる。

この物上代位権行使の機会を保障するために、**仮登記担保権者は実行前に(設定者ではなく)後順位担保権者等に通知をする必要がある**とされている(5条)。ようするに担保権者は設定者にも後順位担保権者にも通知しないといけないのである。

同様の趣旨で、清算金債権については清算期間経過前の処分(弁済・相殺・譲渡・担保供与等)が禁止される(6条)。弁済は事実上は完全に禁止されるわけではなく一応できるにはできるのだが、いざ後順位担保権者に払えと言われても対抗できないとされ、結果として二重払いが妨げられない。なお物上代位できる範囲は**仮登記担保権者の通知した見積額に限られ**(4条1項)、**額を争うことはできない**(8条2項)。

これは一見なんでだよという感じである。というかそもそも仮登記担保権者の言い値で処理するいわれはなさそうである。だがこれは私的実行の限界だとして、文句があれば**競売**の申立をせよというのが立法担当者の立場である。すなわち、後順位担保権者等は、弁済期到来前でも目的物の競売を請求することができる(12条)。実際に買い手がつくかどうかで勝負して、裁判所に理論上の値段とかを考えさせるのはやめて、ということである。ある意味裁判所が負担を投げ出したわけだが、これによって皆が競売することにした場合、それは私的実行と言う目的にはそぐわない。その意味で、この制度も大きくこの仮登記担保と言う制度の利用価値を減損させているのは否めない。





#### e) 競売手続での優先弁済権

他の担保権者や一般債権者が開始した競売手続においては私的実行は封殺され手続内の優先弁済を待つわけだが、**仮登記担保権は抵当権と同視され、優先弁済を受ける**とされる（13 条 1 項）。将来所有権を有するだけのこの権利が、競売手続においては一人前の担保権となっているのに注意。

ただし優先弁済額は、利息・損害賠償金は最後の 2 年分のみ（13 条 2 項・3 項）とされる。無制限に配当金を増やすわけにはいかないという意味では抵当権と同じである。だが抵当権は被担保債権額が公表されているために後順位担保権者にもいくらもらえるのかの予測可能性が担保されていたが、仮登記担保は被担保債権額が公開されておらず、結局後順位担保権者の予測可能性はない。その意味で、2 年ルールの実効性は疑問もある。

また、根仮登記担保は競売となった場合には効力を有しない（14 条）。これって競売されたら優先弁済がないということであるから、現実にはこのような根仮登記担保が使われることはないと思われる。

現実配当を受けるためには、執行裁判所に対し担保目的であることなどの諸事項を届け出る必要がある（17 条）。仮登記があると言うだけでは担保権までもがあるのかわからないとされるからである。

競売手続終了後は、担保仮登記は消滅する（**消除主義**）。また、上記の届出を怠ると失権する。

### (5) 実行後の法律関係

同一所有者の土地・建物のうち**土地のみに仮登記担保が設定され、実行された場合、法定借地権が成立する**（10 条）。土地建物の土地のみに担保が設定された場合には、状況としてその後に実効があってもなお建物が存続できるように、法定の地上権を定める必要があるところ、法定借地権を定めた。地上権と借地権のトレンドの移り変わりはいつか述べたはずだが、地上権はオワコン化していたので借地権になったというだけである。まあ機能的にはほぼ一緒だし。これは抵当権の法定地上権と同趣旨だが、建物が担保目的物の場合は普通なら**約定利用権**が設定されると考えられ、そちらについては法定地上権の成立はないものとされた。

## 2 所有権留保

### (1) 総説

売買契約において、**代金完済まで売主が所有権を留保し、債務不履行があった場合に目的物を引き上げる**形式の担保を**所有権留保**と言う。

オビトの輪廻眼をマダラが回収する的なアレ。

ただもともとは、売り主保護のためには別の仕組みがあった。



①**解除**…解除して原状回復できる。しかし、それだけだと第三者があらわれて所有権を手にとると、対抗できない可能性がある。

②**動産売買先取特権**の制度…これも第三者効が無い。また、動産は競売手続それ自体に困難性がある。

ということで売主の権利保護に不十分であるため、主として動産売買で活用されるようになったのが所有権留保である。割賦販売などが典型例となるだろう。この所有権留保は譲渡担保との類似性が大きいとされ、売主の留保所有権は担保目的で制限される一方、買主にも物権的権利が帰属する。ようするに留保所有権と物権的権利の分離がなされ、それぞれに帰属する点で同じなのである。つまり、同じように担保的構成だとかの議論が妥当することになる。

### (2) 設定要件・権利範囲

売買契約において、特約の形で設定されるのが一般的である。目的物は**動産**が多いが、不動産でも差し支えない。被担保債権は**売買代金債権**であるのが通常。他の債権を含む場合もあるが、何でもかんでも被担保債権とできるのではなく、目的物との**牽連性**を要するとされる。ただ具体的な範囲はあまりはっきりしないが。所有権留保については物権変動がなく(もともとの所有者が留保するので)、対抗要件具備は不要とされる。

ただし買主に物権的権利が属することについて公示が必要なのはなのだが、適切な手段がない。

結局は占有を有しているということである程度公示されていると納得しておくくらいしかないと思われる。

目的物・被担保債権の範囲は譲渡担保と同様。物上代位の可否も譲渡担保での結論と連動すると考えられる。



### (3) 実行前の効力

実際には買主が占有・利用する形態が一般的である。割賦販売のような形で、代金完済の前にとりあえず渡しておきながらも担保を設定するのである。

**侵害に対する効力は譲渡担保と同様**であるし、譲渡・差押えの効果も譲渡担保と同様である。買主による不当処分では、第三者は買主の有する物権的権利のみを承継取得するのが原則だが、**即時取得**は可能とされる。

### (4) 実行段階の問題

所有権留保の実行は、売主の**目的物の引き揚げ**によって行われる。これは帰属清算方式に対応する。

一応、引渡しをして占有を移転しているから、それを排除するという行為が観念できるし、担保的構成からは一定の物権的権利が買主にも移転している(設定者留保権に相当)ため、その移転した権利を回収すると言うことが実行と言うことの意味になる。なおその場合には**清算義務**が発生するとされ(額は小さいが)、**受戻し**についての法律関係は譲渡担保と同様である。若干特殊なのは、目的物の引き揚げに先立って売買契約の解除を要するかどうかである。多数説は解除すべきと解しているが、反対説も有力である。言うまでもなくD垣内。

## 3 代理受領

債権者が債務者の有する債権につき取立委任を受け、受領した金銭を自己の債権と相殺する形式の担保。

債権関係上の優先権付与であり、物権的効力を有しないため、第三者には対抗できない。

特にわざわざ話す必要はないので、教科書を見ておいてほしいとのことであった。

## VIII さいごに

試験が終わったら、是非何かしらの形で東北の被災地に行っていただきたいと教官は最後に述べた。。

教官は東北大からやって来たわけだが、彼は今でも結構東北にいており、東北の現状をととても気にしている。彼曰く、今の東北の様子を是非見て頂きたいとのことである。様々な支援活動などが行われている現場を見ると言うのは、実は法学と大いに関係があるというのである。すなわち、法学というのは本を読んだり六法を見たりすればいいと言う訳ではないのである。なぜなら法律は社会の中に生きている、より生々しいものであるからである。現場を知ること、法律を学ぶことに他ならない。現場ではどのような人がどのような形で紛争をしているのか、それを知ったうえで行うのが、あるべき法解釈の姿である。だから教官は医者も続けているし、支援活動も続けている。様々なことを勉強し、日本を引っ張っていくことが期待されているのであるから、そのような充実したキャリアのステップとして、なにかしらでいいので外の世界と関わりをもってほしい、と、教官は切に願うとともに、民法第三部の授業を終えたのであった。

講義内容は以上

