

筑波ロー・ジャーナル

32 号

2022 年 6 月

論 説

単なる動機 (simple motif) の錯誤の考慮について ——フランス民法 1135 条 1 項の場合——	小林 和子	1
債権質規定の存在意義	直井 義典	23
法的三段論法に関する一考察 ——その「論理」と、世界と世の中——	永島 賢也	57

研究ノート

日本相殺法概観(1)	岡本 裕樹	81
---------------------	-------	----



筑波ロー・ジャーナル編集委員会

目 次

論 説

単なる動機（simple motif）の錯誤の考慮について
——フランス民法 1135 条 1 項の場合——

..... 小林 和子 1

債権質規定の存在意義

..... 直井 義典 23

法的三段論法に関する一考察
——その「論理」と、世界と世の中——

..... 永島 賢也 57

研究ノート

日本相殺法概観(1)

..... 岡本 裕樹 81

単なる動機 (simple motif) の 錯誤の考慮について

——フランス民法1135条1項の場合——

小 林 和 子

I 序

1 日本の状況

- (1) 動機の錯誤を類型化する考え方
- (2) 動機の錯誤を類型化しない考え方

2 フランスの状況

3 本稿の目的

II 単なる動機の錯誤の考慮

1 要件① 本質的性質に関わらないこと

- (1) 本質的性質の判断要素
- (2) 本質的性質に関する錯誤と単なる動機の錯誤の関係

2 要件② 明示的に同意の決定的な要素としたこと

- (1) 判例
- (2) 学説

3 要件③ 条件としたこと

- (1) 判例
- (2) 学説

III まとめ

I 序

1 日本の状況

表意者が効果意思を形成するにあたっての動機に錯誤がある場合、様々な点が問題となりうる¹⁾。例えば、動機の錯誤も民法95条の錯誤に含めて考えるべ

1) 表示の錯誤と動機の錯誤の区別の難しさの1つに、同一性の錯誤と性質の錯誤の区別がある（山本敬三『民法講義I総則〔第3版〕』（有斐閣、2011）189頁-190頁）。

きか、動機の錯誤も民法95条の錯誤に含めるとすれば錯誤をどのように定義づけるべきか、表示の錯誤と動機の錯誤を区別するべきか、動機の錯誤はどのような要件で無効とされるべきか、などについて、判例や学説において議論が活発であった。

5年余りに及んだ法制審議会「民法(債権関係)部会」における審議では、民法95条の明確化も目指された^{2,3)}。2017年5月、「民法の一部を改正する法律」が成立し、2020年4月1日から改正民法が施行されている⁴⁾。改正民法において、民法95条は大きく変更した⁵⁾。改正民法95条1項では、意思表示の取消しの原因となる錯誤は、意思の不存在の錯誤と基礎事情の錯誤に分かれている⁶⁾。「基礎事情の錯誤」は、表意者が法律行為の基礎とした事情についての表意者

-
- 2) 松岡久和＝松本恒雄＝鹿野菜穂子＝中井康之編『改正債権法コンメンタール』(法律文化社、2020) 49頁-71頁〔鹿野菜穂子〕。
 - 3) 法制審議会の審議の内容については、商事法務編『民法(債権関係)部会資料1集2巻』(商事法務、2011) 235頁-245頁、商事法務編『民法(債権関係)部会資料1集6巻』(商事法務、2012) 124頁-131頁、商事法務編『中間論点整理補足説明』(商事法務、2011) 240頁、商事法務編『民法(債権関係)部会資料2集2巻』(商事法務、2013) 103頁-126頁、商事法務編『民法(債権関係)部会資料2集10巻』(商事法務、2015) 21頁-29頁、商事法務編『民法(債権関係)部会資料2集11巻』(商事法務、2015) 110頁-120頁、商事法務編『中間試案補足説明』(商事法務、2013) 13頁、商事法務編『民法(債権関係)部会資料3集1巻』(商事法務、2016) 184頁-201頁、商事法務編『民法(債権関係)部会資料3集5巻』(商事法務、2017) 6頁-16頁、127頁-152頁、231頁-240頁、商事法務編『民法(債権関係)部会資料3集6巻』(商事法務、2017) 184頁-192頁、商事法務編『民法(債権関係)部会資料3集7巻』(商事法務、2017) 15頁-16頁を参照。部会資料については、12-2、22、27、53、58、66B、76A、78A、79B、84-1を参照。
 - 4) 潮見佳男『民法(債権関係)改正法の概要』(金融財政事情研究会、2017)。
 - 5) 大村敦志＝道垣内弘人編『解説 民法(債権法)改正のポイント』(有斐閣、2017) 20頁-23頁、大中有信「法律行為の基礎錯誤と錯誤要件論」安永正昭＝鎌田薫＝能見善久監修『債権法改正と民法学Ⅰ総則』(商事法務、2018) 427頁-467頁、潮見佳男＝千葉恵美子＝片山直也＝山野目章夫編『詳解 改正民法』(商事法務、2018) 22頁-31頁〔大中有信〕、潮見佳男＝北居功＝高須順一＝赫高規＝中込一洋＝松岡久和編『Before/After 民法改正』(弘文堂、2017) 12頁-13頁〔篠塚力〕などを参照。
 - 6) 佐久間毅『民法講義・総則1〔第5版〕』(有斐閣、2020) 150頁-161頁。

の認識が事実と一致しない場合であり、従来、動機の錯誤とされてきた場合である⁷⁾。

動機の錯誤には、様々な種類の錯誤が含まれる。例えば、意思表示の対象である人や物の性質に関する錯誤（性質の錯誤）⁸⁾や意思表示の間接的な目的ないし理由に関する錯誤（狭義の動機の錯誤）⁹⁾が含まれる。

動機の錯誤に関する活発な議論の中で、後者である狭義の動機の錯誤はどのように扱われてきたのだろうか。以下では動機の錯誤を類型化する考え方((1))と動機の錯誤を類型化しない考え方((2))に分ける。

(1) 動機の錯誤を類型化する考え方

以下では動機の錯誤を類型化する考え方をさらに二つの類型に分類する考え方(i))と三つの類型に分類する考え方(ii))に分ける。

(i) 二つの類型に分類する考え方

狭義の動機の錯誤と性質の錯誤に区別し、狭義の動機の錯誤には特別の要件を要求すべきであるとの考え方がある。

例えば、①効果意思内容に属する事項の性質に関する錯誤と②性質に関する錯誤以外の動機錯誤に区別をし、②に関する錯誤による無効は、一定の条件のもとにおいてしか認めるべきではないとする見解^{10,11)}がある。

次に、明治における大審院判決には、動機の錯誤については例外的にしか考

7) 佐久間毅＝石田剛＝山下純司＝原田昌和『民法Ⅰ総則〔第2版〕』（有斐閣、2020）173頁-179頁。

8) ある馬を受胎している良馬だと誤信して受胎していない駄馬を買う場合などが具体例となる。

9) 時計を紛失したものと誤信して新しい時計を買う場合などが具体例となる。

10) 川島武宜『民法総則』（有斐閣、1965）286頁-288頁。

11) 四宮和夫『民法総則〔第4版〕』（弘文堂、1986）175頁は、意思表示の間接的な目的ないし理由に関する錯誤（狭義の動機錯誤）については、自己領域内の出来事にすぎないものであるため、特約その他の事情が必要となるとする。

慮されず、積極的に契約の要件・条件としない限り、要素の錯誤とはならないと判断した例¹²⁾があり、また、数多くの最高裁判決¹³⁾においても、狭義の動機が錯誤の対象にならないことを認めたものがあるとする見解¹⁴⁾がある。

この見解は、甲・乙間の土地売買契約の合意解除と山林との交換契約の締結により、甲が乙に対して負担した清算金債務を弁済するために、丙との間で締結していた定期貯金契約を合意解除し、その払戻金を乙に給付することを丙に甲が委任したが、売買及び交換の両契約が山林の価値についての錯誤により無効であり、清算金債務が存在しなかった場合に、乙に対する支払の動機は、丙に表示されたかどうかにかかわらず、定期貯金の解約および支払委任という法律行為の要素となるものではないと判断した最判昭和47年5月19日民集26巻4号723頁¹⁵⁾を挙げ、狭義の動機の錯誤は錯誤の対象とならない例であるとする¹⁶⁾。

続けて、動機表示必要説や動機表示不要説が学説^{17,18)}では生じたが、むしろ、原点に戻り、狭義の動機は表示の有無を問わず錯誤とはならず、広義の動機とされてきたものは表示の有無を問わず錯誤の対象となる、とこの見解は主張す

12) 他の担保ないし保証人の存在を保証人が誤信して保証契約を締結した事例である大判明治38年12月19日民録11輯1786頁である。

13) 戦後の最高裁判決では、動機の表示の有無で「法律行為の要素」の錯誤を判断するもの（最判昭和39年9月25日集民75号525頁など）、動機の表示では足りず、意思表示（法律行為）の内容化を要求するもの（最判平成元年9月14日集民157号555頁など）、動機の表示の有無を問題とせずに意思表示（法律行為）の内容化を要求するもの（最判昭和37年11月27日集民63号347頁など）など様々な判断枠組みが存在していた。従来の大審院判決・最高裁判決については、森田宏樹「民法95条（動機の錯誤を中心として）」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅱ』（有斐閣、1998）159頁、167頁-175頁、183頁-190頁などを参照。

14) 川島武宜＝平井宜雄編『新版注釈民法(3)総則(3)』（有斐閣、1983）407頁-416頁〔川井健〕。

15) 井田友吉「判解」『最高裁判所判例解説民事篇（昭和47年度）』（法曹会、1974）313頁は、甲がいかなる理由で乙に債務を負担するに至ったかは甲・乙の問題であり、そのことは甲・丙の契約内容には全く関わりのないものであるとする。

16) 川島＝平井編〔川井〕・前掲注(14)415頁。

る¹⁹⁾。

(ii) 三つの類型に分類する考え方

まず、①目的物に直接関係しない主観的理由の錯誤、②目的物に直接関係している動機の錯誤、③目的物や行為の評価の共通の前提とされている事実あるいは法律に関する錯誤に区別する見解²⁰⁾がある。この見解は、①については、相手方にそれを動機として表示していたとしても、条件化していない限り、無効とはならないとする²¹⁾。この見解は、続けて、他に連帯保証人がいるという債務者の言葉を誤信して連帯保証をした場合は、特にそのことを保証契約の内容としたのでなければ動機の錯誤であって要素の錯誤ではないとした判例²²⁾を具体例に挙げる。

改正民法95条1項において、従来、動機の錯誤とされてきた場合である基

17) 我妻榮『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、1965）297頁以下は、動機の錯誤を排除する意思主義を表示主義から修正した考えである。意思主義はその後批判され、相手方の信頼保護との関係で、錯誤の要件が考えられるようになる。例えば、動機の錯誤と他の錯誤を区別することなく、表意者が錯誤に陥ったことにつき相手方が知りまたは知りえた場合、錯誤無効とする見解（幾代通『民法総則〔第2版〕』（青林書院、1984）273頁）、表意者が錯誤に陥った事項を表意者が重視していたことを相手方が知りまたは知りえた場合、錯誤無効とする見解（野村豊弘「意思表示の錯誤—フランス法を参考にした要件論(7)」法協93巻6号(1976)70頁以下）などがある。

18) 動機が法律行為の内容として取り込まれたか否かが重要となることを主張する見解として、鹿野菜穂子「保証人の錯誤—動機錯誤における契約類型の意味—」『財産法諸問題の考察 小林一俊博士古稀記念論文集』（酒井書店、2004）148頁-158頁などがある。森田宏樹「「合意の瑕疵」の構造とその拡張理論(1)」NBL482号（1991）24頁-27頁などは、内容化を重視する見解の中でも、合意を決定した動機のうち相手方が契約の内容とすることを受容して契約領域に取り込まれたものを合意のコーズとし、錯誤無効の判断基準としてコーズ論を用いる見解である。

19) 川島＝平井編『川井・前掲注(14)415頁。川井健『民法概論1民法総則〔第4版〕』（有斐閣、2008）173頁も参照。

20) 河上正二『民法総則講義』（日本評論社、2007）358頁-359頁。

21) 河上・前掲注(20) 358頁。

22) 最判昭和32年12月19日民集11巻13号2299頁。

礎事情の錯誤と分類される例²³⁾について、①主観的理由の錯誤（目的物に関連しない錯誤）、②性状の錯誤（目的物に関連する錯誤）、③その他の前提事情に関する錯誤に区別²⁴⁾しつつ、①については、表意者自身がリスクの負担をするべきであり、動機が表示されても錯誤による取消しとはならないし、仮に、「法律行為の基礎」とする趣旨で表示したとしても、要素性や重要性の要件を充たさないとする見解²⁵⁾がある。

（2）動機の錯誤を類型化しない考え方

狭義の動機の錯誤と性質の錯誤を区別することなく、動機の錯誤を錯誤の対象から除外する見解²⁶⁾もある。

この中に見解には、①受胎している良馬との売主の言明を信頼して買った買主の錯誤を保護した事案²⁷⁾について、「条件か保証」が問題となったとし、②上質のジャムであることを当事者双方が前提としていたのに、リンゴなどの粗悪品であった場合における受領者の錯誤が問題となった事案²⁸⁾について、「前提合意」が問題となったとし、③道路が開通しているとの売主の説明を信じて当初の希望額を大幅に上回る代金をもって買い受けた買主の錯誤が問題となった事案²⁹⁾について、道路の存在という「条件」が問題となっていたとし、④代金の一部で債務を相殺する特約をした不動産の売主の錯誤が問題となった事

23) 平野裕之『新債権法の論点と解釈〔第2版〕』（慶應義塾大学出版会、2021）38頁-39頁も、一定の取引類型や自己のリスクでなされるべき一定の取引類型は、基礎事情の錯誤の対象とならないとする。

24) 四宮和夫＝能見善久『民法総則〔第9版〕』（弘文堂、2018）251頁-254頁。

25) 四宮＝能見・前掲注(24)251頁。

26) 高森八四郎「動機の表示と要素の錯誤」『法律行為論の研究』（関西大学出版部、1991）239頁-266頁、石田喜久雄編『現代民法講義Ⅰ民法総則』（法律文化社、1985）152頁-157頁（磯村保）、磯村保「錯誤の問題」林良平＝安永正昭編『ハンドブック民法Ⅰ（総則・物権）』（有信堂高文社、1987）41頁-42頁。

27) 大判大正6年2月24日民録23輯283頁。

28) 最判昭和33年6月14日民集12巻9号1492頁。

29) 最判昭和37年11月27日判時321号17頁。

案³⁰⁾について、買主が貸金債権を有することが売買契約の不可欠要件であり、「条件か前提」が問題となった、とする見解³¹⁾がある。

要素の錯誤の対象は意思の欠缺をもたらし錯誤のみに限定すべきであるところの見解は述べる³²⁾。両当事者により、条件や前提、保証、特約などの形で合意にまで高められたとき、合意された動機は法的に保護されるが、その保護は、詐欺・条件理論、瑕疵担保などの契約責任等によるとこの見解は主張する³³⁾。

以上をまとめると、狭義の動機の錯誤は、①錯誤の問題であるとする見解、②錯誤の問題ではないとする見解があり、さらに①の見解の中でも、契約の効力を否定しないとするにとどまる見解や契約の効力を否定するために一定の条件が必要であるとする見解がある。②の見解では、条件・前提・保証・特約などに着目し、他の構成（契約責任等）によって処理すべきだとの見解がある。

2 フランスの状況³⁴⁾

フランス法には、狭義の動機の錯誤に対応する錯誤である、「単なる動機の錯誤」がある。ゲスタンによると、単なる動機とは「契約から生じた債務の内容とは全く異なる事実に関する錯誤」である³⁵⁾。教科書等で紹介される具体例としては、転勤が決まったと勘違いをし、転勤先で一軒家を購入したが、実際には転勤がなかったという場合³⁶⁾がある。

かつて、フランス民法は、錯誤に関する規定として、旧1110条³⁷⁾を置いて

30) 最判昭和40年10月8日民集19巻7号1731頁。

31) 高森・前掲注(26)244頁。

32) 高森・前掲注(26)244頁。

33) 高森・前掲注(26)244頁。

34) フランス法における錯誤一般については、柳本祐加子「契約・錯誤・民法95条―フランスから見る」北陸法学4巻1号(1996)81頁-113頁、同「契約の判断枠組の構造について―錯誤との関係において」北陸法学4巻3号(1996)55頁-83頁、山岡真治「錯誤論の再検討:フランス法を手がかりとして」神戸法学51巻3号(2001)29頁-103頁、などを参照。

35) J. Ghestin, La notion d'erreur dans le droit positif actuel, LGDJ, 1963, p.48.

36) M. Fabre-Magnan, Droit des obligations, t.1, Contrat et engagement unilatéral, 6e éd., PUF, 2021, p.424.

いた。単なる動機の錯誤については、契約が無効となるための基準を判例が形成した。後掲・破毀院第一民事部2001年2月13日判決などの判例は、原則、単なる動機の錯誤によって契約は無効とされないが、例外として、一定の要件を満たした場合のみ契約は無効とされるとした。法的安定性がその主たる理由である³⁸⁾。

すなわち、2016年フランス民法改正前の段階では、動機の錯誤について、目的物の実体に関する動機やその者についての考慮が合意の主たる原因である場合における契約の相手方に関する動機（旧1110条に関連する動機）の錯誤と、表意者個人の状況にのみ関わる動機（判例によって無効とされる基準が形成された動機）の錯誤に区別されていた³⁹⁾。

2016年2月10日に発令された「契約、債権債務関係の一般制度及びその証明の法の改正を定めるオルドナンス」とオルドナンスを追認する2018年4月20日の法律第287号により、フランス民法は大きく変更した⁴⁰⁾。

新たなフランス民法は、錯誤に関する規定を数多く置く。1132条が基本となる規定である。

37) 旧1110条

1項 錯誤は、約定（convention）の目的物の実体（substance）そのものにかかわるときでなければ、その無効の事由でない。

2項 錯誤は、契約を締結しようとする相手方（personne）のみにかかわるときは、なら無効原因ではない。ただし、その者についての考慮が合意の主たる原因である場合には、その限りではない。

38) M. Fabre-Magnan, *op.cit.*, p.425.

39) G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2e éd., Dalloz, 2018, p.269.

40) 翻訳には、荻野奈緒＝馬場圭太＝齋藤由起＝山城一真「フランス債務法改正オルドナンス（2016年2月10日のオルドナンス第131号）による民法典改正」同志社法学69巻1号（2017）279頁-331頁、荻野奈緒＝馬場圭太＝齋藤由起＝山城一真「契約法、債務に関する一般的制度及び証拠〔法〕を改正する2016年2月10日のオルドナンスを追認する2018年4月20日の法律第287号」日仏法学30号（2019）142頁-153頁がある。

1132条 錯誤は、法に関するものでも、事実に関するものでも、なされるべき給付の本質的性質又は相手方の本質的性質に関するものである場合には、契約の無効原因である。ただし、それが宥恕されないものであるときは、この限りでない。

続いて、錯誤による契約の無効を制限する規定を置く⁴¹⁾。そのうちの1つに単なる動機の錯誤（1135条1項）がある⁴²⁾。従来の判例の法理を明文化した規定との評価⁴³⁾がされている。

1135条1項 なされるべき給付又は相手方の本質的性質に関わらない、単なる動機に関する錯誤は、当事者が明示的にその者の同意の決定的要素としない限り、契約の無効原因ではない。

3 本稿の目的

狭義の動機の錯誤のみに関する規定を日本法は置いていない。新たなフランス民法は1135条1項の規定を置く。

新たなフランス民法は、単なる動機の錯誤について、錯誤の問題とするのか、あるいは、錯誤の問題ではないとするのか。給付又は相手方の本質的性質に関する錯誤（1132条）と給付又は相手方の本質的性質に関わらない単なる動機の錯誤（1135条1項）は、条文上は区別されているが、明確に区別がされているのか。錯誤の問題か否かの問題は別として、単なる動機の錯誤により契約の

41) 錯誤による契約の無効を制限する他の規定として、例えば、1136条などがある。

1136条 当事者の一方が、給付の本質的性質について誤信することなしに、それについて不正確な経済的評価をするにすぎない価値に関する錯誤は、無効原因ではない。

42) カタラ草案1121-5条やテレ草案42条はほぼ同様の規定を置いた。P. Catala, Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, Doc.fr., 2006, p.86 : Colloque, La réforme du droit des contrats : projet et perspectives, RDC2006, p.211 : F. Terré (sous la dir. de), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, 2008, p.19, pp.22-23を参照。

43) G. Chantepie et M. Latina, op. cit., p.269.

効力が否定されるには、どのような要件が必要か。

本稿の目的は、フランスの判例や学説において、単なる動機の錯誤がどのように考慮されているのかについて、みることにある。

1135条1項によると、単なる動機は、「なされるべき給付」又は「相手方」の本質的性質に関わらない動機ということになる。本稿は、前者である「なされるべき給付」の本質的性質に関わらない動機を中心に検討する。

II 単なる動機の錯誤の考慮

まず、単なる動機の錯誤により契約が無効となるための要件をみる。1135条の1項によると、①本質的性質に関わらないこと、②明示的に同意の決定的な要素としたこと、が必要である（要件①、要件②）。

続いて、1135条1項では明確にされていないが、判例は、例外的に、単なる動機の錯誤により契約が無効となるためには、その動機について当事者が「条件としたこと」が必要であるとすることが多い。この要件についてもみる（要件③）。

1 要件① 本質的性質に関わらないこと

(1) 本質的性質の判断要素

(i) 条文

1132条における、なされるべき給付の本質的性質とはどのような性質のことを指すか。本質的性質に関するより詳細な説明には、1133条1項がある。

1133条1項 給付の本質的性質とは、明示又は黙示に合意され、かつ、両当事者がそれに着目して契約を締結した性質をいう。

(ii) 学説

1133条1項によると、本質的性質とは「明示又は黙示に合意された性質」である。この要件は、1130条1項⁴⁴⁾の要件に追加された、錯誤が契約の無効原因

となるための要件である。

本質的性質とされる「明示又は黙示に合意された性質」となるには、問題となった性質が契約の領域に入ることを意味する⁴⁵⁾。契約の領域に入ったか否かは、当事者の約定や合意のエコノミーで判断されることになる⁴⁶⁾。

黙示に合意された性質を含むとされたのは、問題となった性質が本質的性質であることが、目的物の属性・効能により、いかなる者にとっても明らかである場合、すなわち、当事者がわざわざ合意する必要がなかった場合も、本質的性質と判断されうるためであるとされる⁴⁷⁾。

1133条1項は、要件①「明示又は黙示に合意されたこと」のみならず要件②「両当事者がそれに着目して契約を締結した性質」が必要であるとする。通常は本質的ではないとされる性質を本質的であると一方が考える場合、他方の合意が必要となるとされる⁴⁸⁾。

本質的性質の対象は「合意された性質」であるとする見解は従来から存在していたが、この立場に対し、本質的性質の対象は「合意された性質」に限らず、錯誤に陥った性質について表意者が重視していたことを、相手方が知りまたは知りえた性質とするほうが、現実的であるとする見解⁴⁹⁾がある⁵⁰⁾。

44) 1130条

1項 錯誤、詐欺及び強迫は、それがなければ当事者の一方が契約を締結せず、又は実質的に異なる条件で契約を締結したであろうような性質のものであるときは、同意を瑕疵あるものにする。

45) Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, Droit des obligations, 11e éd., LGDJ, 2018, p.286 : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénédé, Droit civil Les obligations, 12e éd., Dalloz, 2018, p.286.

46) Ph. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, Droit des obligations, 16e éd., Lexis Nexis, 2021, p.174.

47) O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article, 2e éd., LexisNexis, 2018, pp.218-219.

48) Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, op. cit., p.286 : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénédé, op. cit., p.286.

（2） 本質的性質に関する錯誤と単なる動機の錯誤の関係

本質的性質に関する錯誤と単なる動機の錯誤を1132条と1135条1項は区別する。学説では、本質的性質に関する錯誤と単なる動機の錯誤の関係は不明瞭であると批判する見解も多くある⁵¹⁾。関連する判例（(i)）と学説（(ii)）をみる。

（i） 判例

- ・ 破毀院商事部2012年4月11日判決⁵²⁾

【事実】

2002年7月3日、X氏（看護師）は、医療に隣接した職務を遂行するため、関連する機器に関して、A社・B社とそれぞれ2つのリース契約を締結した。2003年11月より、X氏がリース料の支払いを停止したため、B社は、リース契約を解除し、関連する機器を差押えた。

農村地域で職務を遂行するためにリースした関連する機器が不十分なものであったと主張するX氏にとって、機器の使用目的がリースされた目的物において本質的か否か、契約の領域に入っているか否かを検討することなく、関連する機器の本質的性質に関する錯誤の主張はなかった、とした控訴院の判断は1110条の規定に違反するなどとX氏は主張した。

【判旨】

「契約の目的とは異なる動機に関して錯誤があった場合、合意を決定した動

49) F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, op. cit., p.286 : G. Chantepie et M. Latina, op. cit., pp.262-263.

50) カタラ草案1112-1条やテレ草案38条は両当事者がそれに着目して契約を締結した性質のみならず、表意者が重要とした性質であり、他方がそのことを知っていた性質も本質的性質であると解していた。P. Catala, op. cit., p.86 : Colloque, La réforme du droit des contrats : projet et perspectives, op. cit., p.205 : F.Terré (sous la dir.de), op. cit., p.16.

51) L. Bougerol et G. Mégret, Droit du cautionnement, Gazette du Palais, 2018, p.134.

52) Cass. com., 11 avr. 2012, no11-15429 : RTDcom. 2012, p.381, obs. D.Legeais : RDC2012, p.1175, obs. Y.-M. Laithier : D. 2013, p.394, obs. S. Amerani-Mekki et M. Mekki.

機であっても契約の条件と約定で明示することにより、契約の領域に取り込まれなければ、この動機は合意の無効の原因とはならない、目的となった目的物の本質的性質に関わる錯誤でなければ問題となった錯誤は契約の無効の原因とはならない、宥恕される錯誤のみが契約の無効原因となる、と述べた後、農村地域で職務を遂行するためには関連する機器が不十分なものであったと主張するものの、関連する機器の本質的な性質に関する錯誤についてX氏は主張しなかったことを控訴院は考慮している、X氏が主張した錯誤は、目的物の本質的性質に関わるものではない、目的物の取得についての動機に関するものである、と控訴院は正しく判断した。」

(ii) 学説

本質的性質に関する錯誤と単なる動機の錯誤を区別することは簡単ではない⁵³⁾。例えば、前掲・破毀院商事部2012年4月11日判決について、評釈者レチエは、使用目的がリース契約の目的物において本質的か否か、契約の領域に入っているか否か、を控訴院が検討をしなかった点をX氏が批判していることに着目をし、本質的性質に関する錯誤と単なる動機の錯誤の区別は微妙であるとする^{54, 55)}。

後掲・破毀院第一民事部2001年2月13日判決、後掲・破毀院第三民事部2003年4月24日判決について、課税上の優遇という動機を単なる動機と位置

53) B. Fages, *Droit des obligations*, 11e éd., LGDJ, 2021, p.114 は、前掲・破毀院商事部2012年4月11日判決では、本質的性質に関する錯誤が問題になったと分析する。

54) Y.-M. Laithier, *obs. préc.* [note 52], p.1177.

55) 本件で問題となった錯誤の対象は、表意者が目的物に期待した経済的な有用性、収益性 (*rentabilité économique*) である。X. Boucobza et Y.-M. Serinet, *À propos de l'erreur sur la rentabilité*, *Mélanges Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, p.85 : S. Lequette, *Le champ contractuel, réflexions à partir de la rentabilité économique*, *RDC*2016, p.135 : S. Lequette, *Le contrat-coopération (contribution à la théorie générale du contrat)*, *Économica*, 2012, p.292 は、収益性に関する錯誤は、一定の契約類型では、本質的性質に関する錯誤になりうるとする。

づけているが、目的物の本質的性質・契約の目的に関係しない錯誤と位置づけるのは難しいのではないかとシャンピ・ラティナは主張する⁵⁶⁾。一定の目的の実現に向けた目的物の属性について錯誤がある場合、契約の目的に関する錯誤に該当すると破毀院が判断した例として、行政の規則に従った、土地上の建設が可能な建物に関する錯誤⁵⁷⁾をシャンピ・ラティナは挙げる⁵⁸⁾。

1133条1項では、給付の本質的性質は「黙示の合意」によるものでもよいとするにもかかわらず、1135条1項では、「当事者が明示的に同意の決定的要素としたこと」を必要とする点について、デセイ・ジェニコン・レチエは疑問を示す⁵⁹⁾。

デセイ・ジェニコン・レチエは、表面的には、この違いには根拠があるとする⁶⁰⁾。すなわち、デセイ・ジェニコン・レチエは、1133条1項の場合、契約の目的となる給付の性質に対する表意者の期待を相手方は知っているため、期待された性質が失われると契約から享受できる利益を失うことについて覚悟ができ、黙示による合意でもよい、と考える⁶¹⁾。1135条1項の場合、契約の目的に全く関係しない期待が裏切られることによる表意者の失望のリスクを相手方が受け入れるためには、明示による約定が必要となる、と考える⁶²⁾。

しかし、単なる動機と位置づけられる動機は通常表意者が目的物に対して抱く独自の有用性であることが多く、その有用性は目的物に期待された性質と判断されることが多い、とデセイ・ジェニコン・レチエは述べる⁶³⁾。そこで、表意者によって期待された事項がどのような事項であったか、明示による約定があったか否か、を検討するよりも、相手方がどの程度不意を突かれたか、相

56) G. Chantepie et M. Latina, *op. cit.*, p.270.

57) Cass. civ., 3e, 21 juin 1995, no 92-12969.

58) G. Chantepie et M. Latina, *op. cit.*, p.270.

59) O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.*, pp.219-220.

50) O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p.220.

61) O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p.220.

62) O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p.220.

63) O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p.220.

手方が不意打ちに対してどの程度覚悟できたか、を問題とするべきであり、問題となった具体的な状況を個別的に検討することが重要である、と主張する⁶⁴⁾。

2 要件② 明示的に同意の決定的な要素としたこと

(1) 判例

同意の決定的な要素としたことについて「明示」が必要か否かについて、判例では見解が分かれている。肯定例 ((i)) と否定例 ((ii)) についてみる。

(i) 肯定例

・破毀院第一民事部2001年2月13日判決⁶⁵⁾

【事実】

1981年11月20日付けの書面により、X氏は、Y社から、マルロー法に基づき改修にかかる費用について課税上の優遇を受けるため、改修を予定した建物の一部を購入した。しかし、建物の改修がX氏による購入より前に行われたため、マルロー法は本件には適用されなかった。

課税上の優遇を受けることを目的として売買契約を締結したこと、Y社がX氏の動機を知っていたことが状況の判断から明らかであるにもかかわらず、売買契約の錯誤の無効を認めなかった控訴院の判断は1110条などに違反したとX氏は主張した。

【判旨】

「問題となった動機が合意を決定した動機であっても、契約の目的に関しない動機の錯誤は合意の無効の原因とはならない、課税上の優遇を受けるという

64) O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, op. cit., p.221.

65) Cass. civ., 1re, 13 févr. 2001, no98-15092 : Bull. civ. I, no31 : Les grands arrêts de la jurisprudence civile, tome 2, par F. Terré et Y. Lequette, 13e éd., Dalloz, 2015, no 149 : Defrénois 2002, p.476, note D. Robine : JCP G 2001, I, 330, nos 5 et s., obs. J. Rochfeld.

動機の錯誤は、相手方が認識したとしても、合意の無効をもたらすことはない、この動機を条件として契約領域に取り込むという約定による明示がなかったためである、控訴院は正当に判断をした。」

(ii) 否定例

・破毀院商事部2002年10月1日判決^{66,67)}

【事実】

1989年3月、保証人は、債権者との間で、主たる債務者が債権者に対して負うあらゆる債務について、一定限度において、連帯して保証する契約を締結した。保証債務の履行を担保するために、保証人は有価証券を充てた。

保証人が債権者と保証契約を締結した4か月後、主たる債務者は裁判上の更生手続に入った。債権者は保証人に対し保証債務の履行を請求した。保証人は主たる債務者の支払能力について錯誤があったと主張した。

主たる債務者の良好な経済状態は保証人が締結した保証契約の条件であったとしつつも、保証人がこの条件を保証契約の書面に明示し、契約の領域に取り込んだか否かを控訴院は検討していない、控訴院の判断は1110条、2011条に反するなど債権者は主張した。

【判旨】

「主たる債務者との関係では第三者である保証人は、困難な状況にある主たる債務者を救済するリスクをとったが、既に取り返しがつかないほどに危機的な状況にある主たる債務者のために契約を締結するリスクをとったのではな

66) Cass.com., 1er oct. 2002, no00-13189 : Bull. civ.IV, no131 : JCP G 2003, II, 10072 note F. Buy : RTDciv. 2003, p.322, obs. P. Crocq : D. 2003, p.1617, note Y. Picod : JCP G 2003, I, 124, no1, obs. Ph. Simler : Defrénois2003, p.417, obs. Ph. Théry.

67) フランス法における保証人の錯誤に関する邦語の文献として、山下純司「保証意思と錯誤の関係」法学会雑誌（学習院大学）36巻2号（2001）73頁-104頁、能登真規子「保証契約における主債務者の支払能力に関する錯誤」滋賀法学371号（2008）79頁-95頁などを参照。

い、債権者は、1984年以來、主たる債務者と取引関係があり、主たる債務者の経済状況を知っていたはずである、主たる債務者の良好な経済状態は保証人が締結した保証契約の条件であったことを控訴院は考慮している、主たる債務者の支払い能力を黙示的に契約の条件と保証人がしたことを控訴院は導き出した、控訴院は法的に正しい判断をした。」

(2) 学説

(i) 肯定的な見解

前掲・破毀院商事部2012年4月11日判決の評釈者レチエは、同意の決定的な要素としたことについて「明示」を要求することは法的安定性⁶⁸⁾につながると指摘をする⁶⁹⁾。

(ii) 否定的な見解

後掲・破毀院第三民事部2003年4月24日判決、前掲・破毀院第一民事部2001年2月13日判決は、同意の決定的な要素としたことについて「明示」を要求するが⁷⁰⁾、対象となった動機を表意者の相手方（通常、表意者よりも強い立場に立つ）は明示的に約定で示すことを拒否することにならないか、とシャンプ・ラティナは述べる⁷¹⁾。

動機が問題となる場面には、1135条1項の他、複数の契約の相互依存関係に関する1186条2項・3項⁷²⁾や詐欺に関する1139条⁷³⁾がある。これらの規定は明示の約定を要件としない⁷⁴⁾にもかかわらず、なぜ、1135条1項では、動機を同意の決定的な要素としたことについて「明示」が必要とされるのか、十分な

68) J. Rochfeld, Les techniques de prise en considération des motifs dans le contrat en droit français, RDC2013, pp.1608-1609.

69) Y.-M. Laithier, obs. préc. [note 52], p.1177.

70) G. Chantepie et M. Latina, op. cit., pp.270-271.

71) G. Chantepie et M. Latina, op. cit., pp.270-271 : J. Ghestin, Cause de l'engagement et validité du contrat, LGDJ, 2005, pp.247-248 も表意者の相手方のみに有利な契約内容となり、表意者が犠牲となるという批判をする。

説明がないという考えをデセイ・ジェニコン・レチエは主張する⁷⁵⁾。

3 要件③ 条件としたこと

1135条1項は「条件としたこと」という要件を用いていない。しばしば、単なる動機の錯誤により契約が無効となるためには、その動機について当事者が「条件としたこと」が必要であると判例は述べることがある。

(1) 判例

問題となった動機について、「条件としたこと」を必要とする判例(i)と「条件としたこと」を必要としない判例(ii)がある。

(i) 肯定例

・破毀院第三民事部2017年12月14日判決⁷⁶⁾

【事実】

2005年12月19日、Ixia社は、Y氏の仲介により、X氏に対し不動産を売却した。不動産を賃貸することができず、課税上の優遇を受けられなかったため、

72) 1186条

2項 同一の取引の実現のために数個の契約の履行が必要な場合において、その一つが消滅したときは、この消滅によって給付が不能になった契約、及び、消滅した契約の履行が当事者の同意を決定づける条件であった契約は、失効する。

3項 ただし、失効は、それを援用される当事者が、その同意を与えた時に、一体の取引の存在を認識していた場合でなければ生じない。

73) 1139条

詐欺によって生じた錯誤は、常に宥恕される。それは、給付の価値又は契約の単なる動機に関するものであっても、無効原因である。

74) 渡邊貴「複合契約の解除における契約締結目的の「認識」－フランス改正債務法1186条3項の「認識」要件の理論的意義の分析を通して－」法学政治学研究126号（2020）328頁-329頁は、1186条3項と1135条1項の比較を行い、1186条3項が定める「認識」要件の意味を考察する。

75) O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, op. cit., pp.224-225.

76) Cass. civ., 3e, 14 déc. 2017, no 16-24096.

X氏は、Ixia社に対し売買契約の無効を主張し、Y氏に対し情報提供義務違反・助言義務違反を根拠とした責任を追及した。

【判旨】

「購入を予定した不動産には賃貸が可能な部分が十分にあり、課税上の優遇を受けることができるとX氏が信じたことを考慮し、目的物の本質的性質に関する錯誤があると控訴院は判断した。しかし、契約の目的に関しない契約の動機の錯誤は、決定的な動機であっても、契約の条件として契約領域に取り込まれたことを約定で明示されなければ、合意の無効原因とはならない、控訴院の判断は1110条に違反した判断である。」

(ii) 否定例

・破毀院第三民事部2003年4月24日判決⁷⁷⁾

【事実】

課税上の優遇を受けるため、建設中の建物における駐車場をA社・B社からX氏・Y氏・Z氏は購入した。関係者の数人が裁判上の清算手続に入ったため、折り合いが試みられたが、当初予定していた通りにこの計画は成し遂げられなかった。

課税上の優遇を受けるという動機を売買契約における明示的な約定のみが契約領域に取り込むことができると控訴院は判断したが、合意のエコノミーの分析などあらゆる手段により、この動機は本質的性質を持ちうる、控訴院の判断は1110条などの規定に違反したとX氏らは主張した。

【判旨】

「…掲示板において公表された内容は契約の内容にはならないことを考慮し

77) Cass. civ., 3e, 24 avr. 2003, no 01-17458 : Bull. civ. III, no82 : JCP E 2003, 1436, note R. Wintgen : D. 2004, p.450, note S. Chassagnard : RDC2003, p.42, obs. D. Mazeaud : RTDciv. 2003, p.699, obs. J. Mestre et B. Fages, p. 723, obs. P.-Y. Gautier.

つつ、予約契約と売買契約の内容を分析した後、…契約の目的に関係しない動機の錯誤は、決定的な動機であったとしても、約定によって明示されない限り、売買契約の無効原因とならない、と控訴院は正当に判断した。」

（2）学説

（i）要件③「条件としたこと」を必要としない見解

いくつかの教科書⁷⁸⁾は、1135条1項が要件③「条件としたこと」を要求していないため、この要件について検討していない。

（ii）要件③「条件としたこと」を必要とする見解

1135条1項は、問題となった動機について、「条件としたこと」までは要求していないが、従来の破毀院判決が示唆していたように、1304条⁷⁹⁾以下の解除条件や停止条件という制度は、単なる動機を契約の領域に取り込むために、適した制度であるという見解⁸⁰⁾がある。

当事者が動機を明示した場合、条件の問題と処理すべきか、錯誤の問題と処理すべきか、判例や学説は今後議論するという見解⁸¹⁾もある。条件の問題とするか錯誤の問題とするかは効果に影響する。条件の問題とすれば、失効もしくは解除が効果となり、錯誤の問題とすれば、無効が効果となる⁸²⁾。

錯誤と条件について、丁寧に両者の違いを検討する見解⁸³⁾もある。ボネは、期待したバランスを当事者が維持するため、契約や債務の内容の実現に妨げとなる障害に対応する場面において、当事者は条件を用いるとする⁸⁴⁾。契約締結

78) Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, op. cit., p.286.

79) 1304条

1項 債務は、将来の不確実な事象にかかるときは、条件付きである。

80) F. Chénédé, Le nouveau droit des obligations et des contrats, consolidations-innovations-perspectives, 2e éd., Dalloz, 2018, p.57.

81) O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, op. cit., pp.224-225.

82) O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, op. cit., pp.224-225.

83) D. Bonnet, Cause et condition dans les actes juridiques, LGDJ, 2005, pp.81-84.

時に当事者によって予想できたアンバランスに対応する場合、当事者は条件を用いるとする⁸⁵⁾。錯誤について、ボネは、事実についての誤った表示があったときに問題となる、とする⁸⁶⁾。事実の不確実性を契約締結時に表意者が認識していなかった場合、目的達成に必要な行為が影響を受ける要素についての不確実性を当事者が認識していなかった場合、錯誤は用いられる、とする⁸⁷⁾。このように、ボネは、錯誤と条件は完全に区別される⁸⁸⁾とする。

しかし、この見解に対し、条件と錯誤とを十分に区別することはできないとの批判⁸⁹⁾もある。

Ⅲ まとめ

1135条1項は、錯誤に関する規定の中に置かれている。1135条1項には「条件としたこと」という要件はないが、錯誤の問題ではなく、条件の問題とされる可能性も、学説をみると残されている。

また、1135条1項は、1132条における本質的性質に関する錯誤から単なる動機の錯誤を区別している。しかし、前掲・破毀院商事部2012年4月11日判決、前掲・破毀院第一民事部2001年2月13日判決、前掲・破毀院第三民事部2003年4月24日判決などの学説を分析すると、両者の区別は難しい。本質的性質に関する錯誤と単なる動機の錯誤は、明確に区別されるものではなく、単なる動機といっても、本質的性質に近い動機から本質的性質から遠い動機まで、段階的に様々な動機がある。本質的性質に関する錯誤と単なる動機の錯誤を明確に区別することは難しいのではないか。

まず、本質的性質に関する錯誤と単なる動機の錯誤を区別し、次に、「明示」

84) D. Bonnet, op. cit., p.81.

85) D. Bonnet, op. cit., p.81.

86) D. Bonnet, op. cit., p.82.

87) D. Bonnet, op. cit., p.82.

88) D. Bonnet, op. cit., p.82.

89) O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, op. cit., p.226.

が必要か否か、「条件としたこと」が必要か否か、といった要件をそれぞれ考えるという順序で検討を行うよりも、デセイ・ジェニコン・レチエが述べるように、まず、契約の効力が失われるリスクに対し表意者の相手方がどの程度覚悟することができたかを個別に検討する方がより望ましいのではないか⁹⁰⁾。

本研究は、JSPS 科研費 JP19K01390 の助成を受けたものです。

（こばやし・かずこ 筑波大学大学院ビジネスサイエンス系准教授）

90) O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, op. cit., p.221.

債権質規定の存在意義

直 井 義 典

はじめに

第1章 2006年担保法改正以前の債権担保

第2章 債権の占有

第3章 現行法における債権質と債権譲渡の差異

第4章 フランス法からの示唆

はじめに

(1) 伝統的な不動産担保に代わり、実務上、動産担保・債権担保の重要性が高まって久しい。特に債権は生産に必須の手段ではないために生産設備を維持しながら資金調達ができること、債権者からしても換価手続が不要であるだけ債権は執行が容易であることから、債権担保の重要性はますます高まっている¹⁾。

債権担保の手段としては、債権質・債権譲渡担保・代理受領などが考えられる。このように債権の担保化手段としては種々のものがある中で、民法典が明文をもって定める債権の担保化手段は債権質のみである²⁾。ところが債権質

1) D. Legeais, Les garanties conventionnelles sur créances, 1986, n°2. (以下、「Legeais, op. cit.」とは本書を指すものとする。) M. Julienne, Le nantissement de créance : un outil efficace?, in N. Borga = O. Gout (dir.), L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 2016, n°3 (以下、「Julienne, op. cit.」とは本論文を指すものとする。)も、債権質の存在意義は倒産手続において優先性が認められる点以上に、迅速かつ安価に被担保債権を回収できる点にあるとする。

と債権譲渡担保との差異は明確ではない。質権が目的物の引渡しを成立要件としている(344条)のに対して譲渡担保では所有権³⁾の移転がなされるわけであるから、区別は明確であるようにも思える。しかし、無体物である債権について占有移転を観念することができるのかがそもそも問題であることから両者の区別は明確なものではなくなるのである。

債権の占有移転とは何かが問題となることは、民法典の起草過程でも意識されていた。起草者によれば、動産を有体物に限定した(85条・86条2項)ことから権利質の規定を独立して定めざるを得なくなり、準占有の規定にならって質権の章の末節に権利質の節を置いたとされる⁴⁾。そして、譲渡に証書の交付を要する債権を質権の目的とする場合には証書の交付が質権の効力要件であるとしていた(旧363条)反面、こうした証書がない場合には合意が成立要件であるとされているから、債権質では占有移転は問題とならない、と解していたのである⁵⁾。このように質権の最大の特徴とも言うべき占有移転が観念されない以上、債権質を債権譲渡担保と別途観念する必要性はない、債権質の独自の存在意義はない、とも考えられる。むしろ占有移転が考えられないのであれば債権質という表現は理論上は不適切であり、立法論上は、債権担保の規定としては債権質ではなくむしろ債権譲渡担保の規定を置くべきであるとさえ考えられる。

もっとも、債権譲渡担保は明文で認められた制度ではなく、担保目的でなされる債権譲渡をこのように呼びならわしているにすぎない。他方、債権質は債

2) 権利質の一種として民法典に規定がある(362条以下)ほか、法人が設定する場合に限られるが、動産債権譲渡特例法にも規定がある(同法14条)。もっとも、後者は債権譲渡登記ファイルへの記録登記(質権設定登記)を対抗要件とするものであるから、実質的には債権抵当と呼んで良いものではある。

3) 債権の場合は所有権を観念しないのが通説であるから、債権譲渡担保に関しては債権の帰属が移転されると言うべきところであるが、フランスでの表現にならった。

4) 『法典調査会民法議事速記録 二』(商事法務研究会・昭和59年)579頁〔富井政章〕。693頁〔富井〕、693-694頁〔梅謙次郎〕も参照。

5) 前掲・速記録701頁〔富井〕。

権担保手段としては唯一明文規定のある制度である。そのため、立法のドラスティックな変動を避けるという消極的な理由から債権質規定の存置に意義を見出すことができなくはない。また、民法典は権利質一般について定めを置いているのであり（362条）債権質はその一種として位置付けられているに過ぎないのであるから、地上権などの債権以外の権利について質権が設定できる旨の規定を置く意味はあるとして権利質規定を擁護することは考えられる。特別法によって質権の設定が認められていることもある（例えば特許法95条）が、これらの権利質の根拠として民法典に権利質の規定を置くことに意義があるとも言える。しかしここでも、そもそも権利の占有移転は考えられるのかという、債権質における同じ問題に立ち返ってしまう。362条を除けば民法典の権利質の節に残されているのは364条と366条の2か条のみであり⁶⁾、いずれも債権質に関する規定であるから、権利質の中核をなすのは債権質だと言わざるを得ない。そうだとすれば、債権の占有を観念し得るのかという問題を解決しないことには、債権質規定を擁護することはできず、ひいては権利質規定の正当性にも疑問が生じることとなる。担保法制の改正に向けて議論が進められている現在、立法論としても、債権の担保手段として競合する複数の制度間で債権質を選択して民法典に規定を存置することにどれだけの意義があるのかは検討しておく必要があるだろう。

また、債権質規定を存置するにしても、その内容は実務上の要請に応えるための基盤を提供するものでなければならない。とりわけ、小口・多数の債権による資金調達を可能とするための複数債権の担保化手段の確立、集合債権の金融技術の進化に伴う電子化への対応などが求められる⁷⁾。それと同時に、不動産・動産と債権を同時に担保化するケースや、動産が売掛金債権に転化するケースも想定すると、債権担保は不動産担保・動産担保と整合的なもので

6) 平成29年改正において旧363条・旧365条が削除されたが、これらも債権質の規定であった。

7) Voy., Legeais, op. cit., n°17.

8) Legeais, op. cit., n°21.

あることも求められる⁸⁾。また、ある特定の場面のみならず一般的に用い得る制度であることが求められる⁹⁾。こうした課題に応え得るのでなければ、債権担保のモデルとして債権質を選択することには正当性がないということになりかねない。

そこで本稿では、債権担保の方法として民法典に権利質の規定を存置することの正当性の有無を検討するために、フランス法を参照する。

(2) フランス法を参照するのは、以下の理由による。

フランスにおいて、2006年担保法改正以前には債権質に関する規定は動産質に関する規定の中にわずか2か条が含まれているのみであり、債権質というカテゴリー自体が独立性を有していなかった。ここにはわが国とは異なり債権は動産に含まれる（無体動産）¹⁰⁾との前提が反映されているわけであるが、質権に引き付けて考えると、債権について占有移転を観念できるかは、動産質の一種としての債権質においてはわが国における以上に重大な問題であった。その後の2006年担保法改正によって質権についてもその目的が有体動産であるか無体動産であるかによって規定が分けられることとなったために、民法典上、債権質が独立のカテゴリーとして成立することとなった。この点のみに着目すると、動産質から切り離されることによって債権の占有移転を有体動産の占有移転とは別個に考える基盤が出来上がったと同時に、債権担保における債権質という制度の重要性が増したように見える。

9) ルジェは、民事・商事という区分けは、一方で大規模な非商人がおり他方で零細な商人がいるという現実に対応していないとして、見直しを求める（Legeais, op. cit., n°17.）。商事目的でのみ用いる担保制度では不十分であるということである。

10) 529条「① 元本を請求することができる金額若しくは動産物件を目的とする債権及び訴権又は金融、商業若しくは工業の会社における株式若しくは利益持分は、それらの事業に服する不動産が会社に属する場合であっても、法律の定めるところによって動産である。それらの株式又は利益持分は、会社が存続する限りにおいて、それぞれの社員に対してのみ動産とみなされる。

② 永久又は終身の定期金もまた、国に対するものであれ、個人に対するものであれ、法律の定めるところによって動産である。」

他方で、1981年のダイイ法によって、特別な領域に限ってではあるが、明細書交付による債権の質入が債権譲渡と同じ条文で認められた¹¹⁾。さらに2009年の民法改正によって、やはり限られた要件の下においてではあるが、担保のためのフィデュシー譲渡の規定が導入された(2372-1条以下)¹²⁾。こうして債権質と担保目的での債権譲渡とが競合する局面が明文上も見られるようになり、債権質の存在意義が改めて問われることとなったのである。

このように、フランスでは、民法典の構成においては債権質の有体動産質からの独立性が強まり規定が整備されたことにより、従前と異なり、債権質が債権担保の中心に位置づけられることとなったと考えられる。その反面で、債権担保手段として債権質が他の手段と競合している¹³⁾点はわが国と共通している。

(3) 以下、第1章では2006年担保法改正以前の債権質規定の有していた問題点を明らかにすることを中心課題としつつ、他の債権担保手段も債権質の代用物としては不十分であったことを示す。次いで第2章では、債権質の抱える理論上の問題点である債権の占有の内実を明らかにすることで、理論上も債権質が成立しうることを示す¹⁴⁾。第3章では、第2章で明らかにした債権の占有理解を受けて制定された現行法の下での債権質規定の内容を債権譲渡規定と比較するとともに、第1章で指摘した問題点への対応が条文上いかなる形でなされたのかを明らかにする。最後に第4章では、以上のフランス法の議論に示唆を得て、わが国で債権質規定を存置することの意義を検討する。

11) Julienne, op. cit., n°1は、行為時に第三者に対抗できる点(2361条)や通知後に直接に支払いを求める権利がある点(2363条)などに類似性がある(第3章参照)ことから、債権質とダイイ譲渡には親子関係があるとする。

12) Julienne, op. cit., n°2は、今日では、質は質権者への所有権移転がないために弱い効力しか有しないとの考え方には疑問が呈されており、債権所有権の移転がなくても質権者には支払いを受ける権利が排他的に与えられ、フィデュシー譲渡に比肩しうる有効性があるとの考えが示されているとし、債権質とフィデュシー譲渡との競合関係を指摘する。

13) なお、Cl.-A. Michel, La concurrence entre les sûretés, 2018, n°2は、担保間に競合があるというためには、それぞれの制度間での代替性がなければならないとする。

14) 原謙一「フランス法における債権質権」横浜法学22巻1号(平成25年)79頁以下も、フランスの債権質における占有の内容・機能に着目する。

第1章 2006年担保法改正以前の債権担保

(1) 2006年の担保法改正以前、民法典は債権担保の手段として債権質 (gage) のみを用意していた。しかし債権質の規定は動産質の節の中に置かれるに止まっていた¹⁵⁾。その原因は、債権が動産の一種であり、起草時には債権は信用供与のために通常用いられる手段としては考えられていなかったためと考えられる¹⁶⁾。

このように債権質は債権を担保に供する手段としては民法典上唯一のものであったものの、実務上はあまり利用されていなかった。それは決して債権担保が信用供与のために通常用いられる手段ではないという状況が現代でも続いているためではない。債権質の規定に問題がある¹⁷⁾ために、債権質に代わって後述する諸制度が用いられていたのである¹⁸⁾。

ルジェはこうした状況を、債権質に関する規定の不完全性と不適切性の2つの側面から説明する^{19,20)}。

条文の不完全性として第1に指摘されるのは、質権の目的たり得る債権の性質が明らかにされていないこと、特に将来債権が質権の目的たり得るかが明らかでないこと²¹⁾である。この点について学説は分かれており、否定説は質権設

15) これに対してドイツ民法では独立した債権質の節 (第3編第8章第2節) が設けられており、ルジェもこの点を指摘していた (Legeais, op. cit., n°8.)。

16) Legeais, op. cit., n°8.

17) Legeais, op. cit., n°33は、債権質が債権を目的とした担保設定の合意であるという側面が無視されているとの包括的な指摘をする。

18) Legeais, op. cit., n°7. Legeais, op. cit., n°12では、実務上、債権質の代用品が好んで用いられるとする (Legeais, op. cit., n°22は、特に債権譲渡が用いられるという)。また、Legeais, op. cit., n°23 et 31は、債権担保手段が複数存在することによって性質決定に混乱をきたしていることを問題点として指摘する。

19) Legeais, op. cit., n°9.

20) Julienne, n°4も、債務者に対する証書の送達が要求されることによって、実務上は流動債権や将来債権の質入が不可能であること、担保権者が担保化された債権の弁済を受けられないことを、2006年改正以前の問題点として挙げていた。

定には債権者への占有移転が要求されることを根拠とし、肯定説は「将来物も債権の目的となる」とする旧1130条を根拠とする。

条文の不完全性の第2は、質入された債権の弁済を受けられるのは設定者と質権者のいずれであるかが明確ではない点である²²⁾。学説は設定者・質権者のいずれも他方の協力なしには弁済を受けられないとするが、こうした解決は迅速性を損なうとの別の問題を引き起こす。

条文の不適切性として指摘されるのは、債権については占有の取得が困難であること、ならびに、流質が禁止されていることである。このほか、旧2075条の定める成立要件が過重であるために、実務的には複数債権上の担保権設定を禁じることとなっている点、旧2075条では公示が不十分である点も批判されている。

ルジェは以上を総括して、2006年改正以前の債権質規定は迅速性と安全性の点で満足のいくものではないと評していた²³⁾。債権質は、設定・実行手続が厳格に過ぎるために迅速性を欠き、規定内容が不明確で公示が不十分であるために安全性を欠くというのである。

(2) 以上に挙げたルジェの批判点を中心に、以下では2006年改正以前の債権質規定を概観する。

2006年改正以前の民法典では2071条以下に質(nantissement)に関する規定が置かれていた。質は動産質(gage)と不動産質(antichrèse)に分けられ(旧2072条)、債権は動産の一種であることから債権質に関する規定は動産質について定める第3編第17章第1節に含まれていた。

もっとも、債権質に固有の規定として置かれたのは以下に掲げるわずか2か条のみである。

21) これに対してルジェは条件付き・期限付き債権が質権の目的たり得ることは疑いないとする(Legeais, op. cit., n°9.)。

22) ルジェは明確にしていないが、後述の内容からは、ここでは被担保債権の弁済期未到来の場合を想定していると考えられる。

23) Legeais, op. cit., n°10.

旧2075条「動産債権のような無体動産について質権を設定するときは、公署証書又は適法に登録した私署証書が、動産質に付す債権の債務者に送達され、又は公署証書において債務者によって承諾される。」

旧2081条「① 債権が動産質として供与される場合で、かつ、その債権が利息をもたらす場合には、債権者は、その利息を自己に支払われることがある利息に充当する。

② その担保のために債権が動産質として供与された負債がそれ自体なら利息をもたらさない場合には、充当は、負債の元本について行われる。」

旧2075条は旧2074条²⁴⁾を受けた債権質の成立要件に関する規定であり、送達は執行吏によってなされる。旧2081条は債権質権者の利息収取権の規定である。

また、債権質は債権が動産質として供与される場合としか定義されず、旧2072条1項は動産質を動産の質と定義していた。他方で質権は次のように定義される。

旧2071条「質は、債務者が負債の担保として、ある物を自己の債務者に引き渡す契約である。」

また、質権の存続要件としての要物性の規定である旧2076条は以下のよう

に定める。
旧2076条「すべての場合において、先取権は、質物を債権者の占有又は当事者間で合意される第三者の占有のもとに置き、かつ、そこに留める限りでなければ、質物の上に存続しない。」

これらの条文では物の引渡しが要求されていることから、債権という無体動産の引渡しが観念できるのか、仮にそれが観念できるとして、現存していない将来債権についても引渡しを観念できるのかが問題となるわけである。

質権者に利息の収取権があることは旧2081条が定めるが、元本の弁済受領

24) 旧2074条「この先取権は、第三者に対しては、支払うべき金額の申述並びに動産質に付す財産の種類及び性質、又はその品質、重量及び寸法の付属一覧表を含む、公署証書又は適法に登録した私署証書がある限りでなければ、生じない。」

権者については規定がない。旧2079条第1文が質権の設定によって所有権の所在が変動しないものと定めており²⁵⁾、したがって、質権者は質物の使用・収益権を有しない。その結果、質権者には弁済受領権限がないものとも考えられる。しかし同条第2文は質物は寄託物であるとしており、寄託契約に関する1934条が受寄物が不可抗力によって奪われた場合に代位物を寄託者に返還すべきこと、1936条が受寄者は受寄物から生じた果実を収取した場合には受寄者には返還義務があることを、それぞれ定めている。これらの規定に基づいて質権者に弁済受領権限を認めることも考えられる。

元本受領権の所在については、質入された債権と被担保債権のいずれについて先に弁済期が到来するかを分けて検討する必要がある。通説によれば、質入された債権の弁済期の方が先に到来した場合、設定者は質入された債権の占有を有しないから弁済受領権がなく、質権者もまた債権者ではない以上は被担保債権の履行を求めることができない。そのため、設定者・質権者の双方が共同して受領することとなる、とされる²⁶⁾。反対に被担保債権の弁済期が先に到来した場合については、質権実行方法の問題となる。債権については、2078条1項²⁷⁾の定める質権実行方法であるせり売りや裁判上の帰属は無意味である。そこで質権者が単独で弁済を受けられるとすることが適切であると解されている²⁸⁾。

25) 旧2079条「債務者は、場合によるその強制徴収までは、引き続き質物の所有者である。質物は、債権者の手中において、その先取権を確保する寄託物にすぎない。」

26) L. Aynès, *Droit civil, sûretés, publicité foncière*, 9^e éd., 1998, n°527.

これに対して Legeais, *op. cit.*, n°103 et s は、通説は担保の維持と担保の帰属という2つの問題を区別していないとして批判する。通説によれば、被担保債権の弁済期到来までは受領した金銭が担保の目的となるから、質権者は単独で受領する権限を有さず、また流質の禁止にも反することとなるとしつつ、質権者と設定者との合意により質権者が設定者の受託者として単独で金銭を受領することはできるものと解する。しかし、債権上の担保が金銭を目的とする担保に転化されるというだけでは担保が維持されているにすぎず、受領した金銭を流質禁止に反して質権者に帰属させるという担保の実行がなされるわけではない。こうしてルジェは、質権者は担保維持義務の実行として固有の権利に基づき弁済を単独で受領できるとする。

質権の定義に引渡しが含まれ(旧2071条)、占有移転が質権の存続要件とされていた(旧2076条)ことは既述の通りである。占有が物理的な所持を意味するのであれば、証書がある場合でもなければ、ルジェの指摘するように占有は困難であると言わざるを得ず、債権質の有効性自体が問われることとなりかねない点は問題がある²⁹⁾。

また、流質は動産質においては明文で禁止されていた(旧2078条2項)³⁰⁾。前述のように、債権の場合はせり売りや裁判上の帰属が無意味であることとも相まって、債権質の実行方法がいかなるものであるかを定める規定がないこととなっていた³¹⁾。

債権質の成立要件は前述の旧2075条が定める。適法に登録した公署証書又は私署証書による質入債権の債務者への送達又は公署証書による債務者による承諾が求められる。これは債権譲渡に関する旧1690条³²⁾に類似する方法である。また旧2074条は、公署証書または適法に登録した私署証書によることで、

27) 旧2078条「① 債権者は、弁済がない場合でも、質物を処分することができない。ただし、債権者が、質物が弁済として、かつ、鑑定人が行う評価に従って相応の限度で債権者に帰属する旨、又はそれをせりによって売却する旨を裁判上命じさせることを妨げない。

② 前項の方式によらないで、債権者が質物を領得し、又は処分することを許す条項はすべて、無効である。」

28) Aynès, op. cit., n°527.

29) 後述のように、判例は引渡しが物理的にできない場合には、占有移転は不要とする(Cass. civ1, 10 mai 1983, B. I. n°141.)。

30) 不動産質でも旧2088条で禁止されていた。

31) L. Aynès = P. Crocq = A. Aynès, *Droit des sûretés*, 13^eéd., 2019, n°534によれば、2006年改正以前の法の下でも、債権質については質入された債権の価値が一見して明らかであるために流質禁止の存在理由が妥当しない。したがって、流質禁止は適用されず、質権者が設定者から委託を受けて債権を回収することができたとする。エネス＝クロック＝エネスが問題視するのは、設定者倒産時に債権回収委託契約の効力が否定されたり、質権者が優先権の主張にさらされたりする点にあった。

32) 旧1690条「① 譲受人は、債務者に対して行う移転の送達によってでなければ、第三者に対抗することができない。

② ただし、譲受人は、公署証書において債務者が行う移転の承諾によって同様に、第三者に対抗することができる。」

証書の日付の遡及による先取権の順位の改ざんを防止している。

執行吏による証書の送達または公署証書による承諾が要求される点、ならびに、私署証書については適法な登録が求められる点は、フランスにおける公証人の位置づけがわが国とは異なることを加味しても、やはり質権設定において負担となる³³⁾。また、債務者への送達又は債務者による承諾が要求されることから、債務者は特定されていなければならない。このことは、具体的に発生していない段階では債権に質権を設定することができないこと、さらに、各債権について逐一送達を行い承諾を得ることの不便さに鑑みると、多数の債権を質に取ることが非現実的であることも意味している。

債権質の公示に関連するのは旧2075条であるが、同条は、債務者に対して質入された事実を知らせるものであり、公示手段ではない³⁴⁾。第三者は質入の事実を知るためには債務者に問い合わせることとなるが、債務者は質入された事実を第三者に返答する義務を負うものではないから、質入の公示は十分なものはならないのである。

(3) 以上のように、2006年改正前の債権質の規定には、ルジェの指摘する種々の問題点があった。そこで、債権担保のために実務上代用手段が用いられることとなる³⁵⁾。このことは、債権質の法法規律が実務上も受け入れられていないことの裏面をなす³⁶⁾。

債権質の代用手段としてルジェが挙げるのが、代位・更改・完全指図 (délégation parfait)³⁷⁾・債権譲渡³⁸⁾・不完全指図 (délégation imparfait)・第三

33) 公署証書については旧1317条以下、私署証書については旧1322条以下に規定があった(2016年改正によりそれぞれ1369条以下、1372条以下となっている)。公署証書として認められるためには、証書が作成された地において文書を作成する権利を有する公の吏員が必要とされる厳格な方式で受理する必要がある(旧1317条)。

34) Aynès, op. cit., n°523は、旧2075条は旧1690条と同様であるとして旧1690条についてこのような説明をする。

35) ここに挙げる手段のほか、商事債権を証書化することで債権質を有体動産質に転化する方法も指摘される(Legeais, op. cit., n°15.)。

36) Legeais, op. cit., n°305。

者のためにする契約である³⁹⁾。しかしこのうち最初の3つの方法では、旧来の債権者は自らの債権者との関係で弁済を受けることができないことから、債権質の代用手段とならない。債権譲渡は破産院によって質権設定と性質決定されている⁴⁰⁾ことから、代用手段として存在し得ていない。それに加えてルジェは、担保としての債権譲渡は、当事者は新種の担保を創出してはならないとの原則ならびに流質禁止の原則に反すること、債権者を詐害する手段となることを理

37) 指図とは、ある者(指図人)が他の者(被指図人)に指図して、本人の名で、第三者(受取人)に対して金銭その他の給付をさせることを言う。受取人の債務者である指図人が、自らが被指図人に対して有する債権の弁済を被指図人に指図すると、指図人の被指図人に対する債権が受取人のために債権質に供されたのと類似の効果が得られる。完全指図とは、指図人から被指図人への債務者の交代により更改の効果が生じる場合であり、不完全指図とはその効果を生じるに至らない場合である(山口俊夫編『フランス法辞典』(東京大学出版会・平成14年)150頁参照。)

38) ルジェは、債権譲渡をフィデュシー譲渡と債務の弁済としての譲渡とに分ける。両者の区別は微妙であるとしつつも、フィデュシー譲渡では代金の支払が合意されておらず債権の移転が確定的でないのに対して、債務の弁済としての譲渡では当事者間で合意された信用供与に対する弁済であって債権の移転は確定的であるという点で区別されるという。そして、フィデュシー譲渡が質権と同じ機能を果たし、担保としての譲渡にあたるとする(Legeais, op. cit., n^{os} 193 et 213.)。これに対して弁済としての譲渡には、貸付と債権譲渡との間に密接な関連があること、債務の弁済が期待されていないこと、譲渡された債権の価値が供与された信用よりも高額ではないこと、といった特質があるとする(Legeais, op. cit., n^o214.)。ルジェの分類によれば、本稿で取り上げるのはフィデュシー譲渡ということになる。なおルジェのいうフィデュシー譲渡は2009年に民法典に導入されたフィデュシー譲渡とは異なる。

39) Legeais, op. cit., n^o12.

40) Cass. com., 19 déc. 2006, B.IV. no250の事案は、ショッピングセンターの所有権取得に際して融資をした債権者に対して、債務者が、センターの店子に対して有する賃料債権を担保のために譲渡したというものである。その後、貸付金債権が債権者から第三者に譲渡された。この貸付金債権の譲受人が建物賃借人に対して賃料の支払を求めた。これに対して、建物賃借人は、当該債権譲渡は担保の設定としてなされたものにすぎず、当該賃料債権は債務者に裁判上の更生手続が開始される以前には債務者の責任財産から逸出していないとして、支払を拒絶した。原判決は賃料支払請求を認容した。しかし破産院は、「法律によって定められた場合以外、債務者が債権者のために担保として債権を譲渡する行為は、債権質を構成する。」と判示して原判決を破毀した。

由として、フランス法上は否定されるべきものと解していた⁴¹⁾。不完全指図、第三者のためにする契約では第三債務者の同意が要求される⁴²⁾。

以上のように、いずれも債権質の代用物として十分に満足のできるものではないとされる^{43、44、45)}。

第2章 債権の占有

(1) 第1章で説明した債権質規定の抱えていた種々の問題点のうち、理論上最も重要な問題点は債権の占有をいかに解するのかという点にある。この問題は債権質という制度の存立基盤を問うことになる。そこで本章では、2006年担保法改正前に公開されたペリシエの見解に沿って⁴⁶⁾、債権の占有とはいかなることを意味するのかを検討することとする。

(前頁からつづき)

Cass. com., 26 mai 2010, B.IV. n°94の事案は、金銭の融資を受けた建物賃貸人が、債権者に対して自己の有する賃料債権を譲渡し、旧1690条の方法で建物賃借人に対して証書の送達をしたというものである。賃借人は、債務者に裁判上の更生手続が開始されるまでは、債権者（＝金銭融資者＝賃料譲受人）に弁済していたが、その後は債務者に弁済した。債務者については裁判上の清算が開始されるに至っている。ところが管財人が更生手続開始後に支払われた金額を債権者に支払わなかったため、債権者が支払いを求めて提訴した。原判決は、この債権譲渡は貸付金の弁済方法であって担保を構成するものでも帰属＝差押と同視できるものでもないとして、債権者による請求を棄却した。これに対して破毀院は、この債権譲渡は貸付金の弁済を担保するためのものであり、債権者は質権者にあたると判示して原判決は解釈を誤ったものと判示した。

41) Legeais, op. cit., n°223-225.

42) Legeais, op. cit., n°13 et 304.

43) Legeais, op. cit., n°12.

44) なお、本文に掲げた手段のほかにダイイ譲渡・ダイイ質入（通貨金融法典L. 313-23条以下）や金融担保（通貨金融法典L. 211-38条）も債権質の代用手段たり得るが、一般的に利用できる手段ではないことから割愛した。

45) ただし Legeais, op. cit., n°212は、フィデュシー譲渡には、債権譲渡時に債権の帰属が移転することから譲渡人の下で生じた一般先取特権が及ばない、担保の実行が容易である、譲渡人に倒産手続が開始されても債権回収を停止させられないことがない、といったメリットがあるとの指摘をしている。

既述のように2006年改正前には設定者から質権者への質物の引渡し、すなわち占有奪取が質権の要素と解されていた。そこで、占有を財の物理的な把握と理解する場合には、債権質の有効性が問題となる。

この点について、一方では、占有奪取を質権の要素から排除するという対応が可能である。現に2006年の担保法改正では有体動産質についてこうした考え方が取られ、占有奪取を伴わない有体動産質が認められるに至った。また、債権質を含む無体動産質について占有奪取は要求されていない。そうだとすれば、債権質についても占有について検討する意義は現在では失われているとも考えられる⁴⁷⁾。

しかし、もう一方の対応、すなわち債権に即して占有概念を再考することが有用であると考えられる。それは単に、2006年改正以前のフランスにおいて債権質を占有の一般的定義に適合させるためになされた努力の痕跡をたどるという意味を有するだけのものではない。わが国での体系上は、占有移転の有無によって質権と抵当権が分けられている。立法論を展開するに際して、債権について占有移転が観念しえないというのであれば債権質を廃して債権抵当を認めることが適切であると考えられる。したがって、債権質規定の存続を認めるのであれば、債権の占有とは何かを再考しておくことが求められるのである。

(2) ペリシエは質権における占有概念の意義を再考するにあたり、旧1866条⁴⁸⁾の定める組合持分権上への質権設定を取り上げる⁴⁹⁾。組合持分という無体

46) 2006年担保法改正後に無体動産の占有について検討するものとして、B. Parance, *La possession des biens incorporels*, 2008があり、原・前掲のベースの1つとなっている。本稿では債権の占有概念に関する検討の深化が2006年改正以前から進行しており、2006年改正を契機に有体動産質における占有と債権におけるそれとを別個に検討する機運が生じたものではないことを示す意味もあって、本稿ではペリシエのテーゼを中心に紹介することとする。

47) わが国においては362条2項が342条を「その性質に反しない限り」で準用している。342条のうち占有奪取に関しては、譲渡に債権証書を要する場合にのみ準用されるものと解されている(道垣内弘人編『新注釈民法(6)』(有斐閣・平成31年)541頁〔直井〕)から、債権については占有奪取について検討する必要はないとも考えられる。

動産の質権に関し、旧1866条2項は公示を存続要件としている。この点が占有奪取を要求する通常の質権とは異なっており、質権の性質をめぐる混乱の原因となっているとする。

公示と占有奪取との関係については以下の2つの見解が成り立つ⁵⁰⁾。ペリシエは、旧1866条と旧2076条とは類似の規定であり、旧1866条2項は公示に占有奪取の役割を与えたものと解する。他方、これとは異なり、公示が占有奪取の代用であるとする見解もある。ペリシエの見解では、公示が占有奪取の方法ということになるが、反対説では、旧1866条は占有奪取を伴わない質権を認めたものであるということになる。しかし、旧1866条と旧2076条の文言上の類似性からすると、旧1866条は質権の規定と親和的なものとしてペリシエのように理解すべきである。仮に反対説を採った場合には質権の中には占有奪取を伴うものとそうでないものとの双方が含まれることとなり、旧2071条の説明が困難であるといった問題が生じるように思われる⁵¹⁾。

また、ペリシエによれば、債権質権者に留置権が認められることも、権利質においても占有奪取が存在していることの傍証とされる⁵²⁾。

通説は、証書化されていない限り無体動産には留置権は認められないと解する⁵³⁾。これに対してペリシエは、判例も無体動産上の留置権を認容していると⁵⁴⁾。そして、無体動産においては、物を物理的に奪取することによって債

48) 旧1866条「① 組合持分は、質権の目的とすることができる。この質権は、公署証書であれ、組合に送達され、又は組合が公署証書で承諾した私署証書であれ、公示を生じる証書によって認定され、その公示の日付が質債権者の順位を決定する。その証書が同一日に公示される債権者は、競合する。

② 質債権者の先取権は、質権の公示の事実のみによって、質入された組合上の権利の上に存続する。」

49) A. Péliissier, Possession et meubles incorporels, 2001, n°76 et s.

50) Péliissier, op. cit., n°81.

51) Péliissier, op. cit., n°82 もこのように解している。

52) Péliissier, op. cit., n°83 et s.

53) Legeais, op. cit., n°124.

54) Péliissier, op. cit., n°134 et s.

務者に窮屈な思いをさせるという伝統的な方法ではなく、物上の権限を奪取することによって留置権が行使されれるとする⁵⁵⁾。ペリシエは、留置権の内容をこのように解することができる理由として、第1に、留置権の行使態様について象徴化・擬制化・脱物質化がなされたこと⁵⁶⁾、第2に留置的効力を定める旧2082条が有体動産質と無体動産質を区別していないことを挙げる⁵⁷⁾。無体動産が占有移転型質権の対象となり、旧2082条が無体動産質にも適用される以上は留置権を否定することはできないというのである⁵⁸⁾。

(3) それでは、公示以外に占有奪取の機能を果たすものはあるのか。質権の要物性を定める旧2076条の解釈をめぐる争いが参考となる。

第1に、無体動産の占有を否定する見解がある⁵⁹⁾。この見解の論者によれば、同条の「すべての場合において」という表現は有体動産であるか無体動産であるかを問わないという趣旨ではなく、有体動産の価額の如何に関わりなくという趣旨であると解する。しかしこの見解の支持者は少ない⁶⁰⁾。

第2の見解は、無体動産の占有可能性の有無は重要ではないとして問題を棚上げする⁶¹⁾。論者によれば、問われるべきは、占有に至るまでの手続であるとする。ペリシエは、これは問題の隠蔽であると批判する。

第3の見解が通説であり⁶²⁾、無体動産の占有を有体動産のそれから引き写す⁶³⁾。この見解はさらに3つに分かれる。1つ目の見解によれば、占有が認め

55) Pélissier, op. cit., n°144.

56) Pélissier, op. cit., n°147 et s. 具体的には、象徴化の例として債権証書のような表象物や保険金・競落代金のような代位物、擬制化の例として農業ワラント・自動車質を挙げる。

57) Pélissier, op. cit., n°163.

58) Legeais, op. cit., n°124 et s も同様に無体動産上の留置権を認め、留置権は債権の性質に結びついて認められるものであって担保目的と結びついたものではないとの説明を加える。

59) Pélissier, op. cit., n°482.

60) Legeais, op. cit., n°39 は、旧2076条の文理解釈からすべての質権について占有設定が不可欠であるとし、Legeais, op. cit., n°53 は占有移転のないものは質権ではなく抵当権であるとする。

61) Pélissier, op. cit., n°483.

られるためには、財を物理的に掌握することのほかに所有者としてふるまう意図が要求される。しかし質権者には所有の意思がなく、弁済を受けるために債務者に間接的な圧力をかけるという利益しかない。旧2078条によれば債権者は、弁済がない場合でも質物を処分することができないとされる。ここでは質権者は物の所有者としてふるまうことはできず、したがって所有の意思を有しない。同様に旧2079条では、質権者は単なる受寄者でありしたがって所持者であるから、質物は債権者の下では先取権を保証するための担保にすぎないとされる。結局、所有者としてふるまう意図を欠くことから質権者には占有は認められないこととなる。2つ目の見解によれば、確かに所有の意思を有するのは設定者であることから質権者は物の所持者にすぎないが、質権者は質権を占有しているとされる。旧2076条の要求する占有移転は、質権の目的動産の所持に由来する質権の占有として分析される。その結果、質権者は設定者との関係では単なる所持者であり、第三者との関係でのみ占有者であることとなる。3つ目の見解によれば、質権者は物の金銭的価値の部分的占有者であり、質権者はこうした価値からは独立した物理的個性として見られる物の部分的な所持者であるとされる。換言すれば、ここでは質権者は物の部分的な所持と物の有する価値の部分的な占有を有するというのである。ペリシエはこれらの見解は無体動産の特殊性を考慮しないものとして退ける。

第4の見解は、有体動産と無体動産との性質の違いを考慮して、無体動産の占有について新たな定義づけを試みる⁶⁴⁾。この見解も3つに分けられる。1つ目の見解によれば、物理的占有と法的占有とが区別される。無体動産について物理的占有はできないが、質権者に債権の権限を移転し債務者に質権設定の証

62) ペリシエはこのように評価しているが、後述のように判例が債権証書の移転を占有移転に必須とは考えておらずこの点に関しては学説上も異論が少ないことから、すでに第4の見解が通説であるとも考えられる。

63) Pélissier, op. cit., n°485.

64) Pélissier, op. cit., n°487 et s. Legeais, op. cit., n°34 は、有体動産と無体動産の占有態様は同様のものではありえないとする。

書を送達することによって法的占有の対象となるという。ペリシエは、こうした区別は、無体動産の占有移転の方法を正当化するのに、占有移転から独立した定義を用いるものであると批判する⁶⁵⁾。2つ目の見解によれば、権利はそれ自体として占有されるのではなく占有者による外部的な表示によって占有される。占有を特徴づけるのは物理的な把握ではなく、権利の把握・訴権の行使であるとされる。ペリシエは、この定義では有体動産と無体動産のいずれにおいても占有の対象は権利であって占有の内容は同じものになってしまうと批判する⁶⁶⁾。3つ目の見解はルジェのものであるが、この見解によれば、旧2076条の要件は、質権者への占有移転ではなく、質権者による差押えと結びついた設定者からの権限奪取と理解される⁶⁷⁾。ここでの問題は、いかなる方法によって、設定者から権限が奪取されるかにある。この点を検討するにあたっては、権限奪取の効果として何が目指されているのかという効果論から定義することが適切であるとされる⁶⁸⁾。ルジェによれば、担保設定合意のみによって質権者には設定者や第三債務者に対する特権が認められ、これが占有移転を生じさせているとされる⁶⁹⁾。

ペリシエは、以上のように議論状況を整理する。そして無体動産の占有についての新たな定義付けが必要であるとして第4の見解に立つものの、ここに挙げた見解はいずれも曖昧なものに止まっているとする。そこでペリシエは、占有を事実上の権限と再定義し、それによって占有移転についても新たな分析を加えることができるとする⁷⁰⁾。事実上の権限は、物の性質によって変化しうる柔軟な概念であり、占有も物の性質によって異なって実現される。

(4) それでは、占有移転を実現するために事実上の権限を行使する方法と

65) Pélissier, op. cit., n°488.

66) Pélissier, op. cit., n°489.

67) Legeais, op. cit., n°55. ルジェの見解ならびにそれに対する批判については、原・前掲92頁以下に紹介がある。

68) Pélissier, op. cit., n°490.

69) Legeais, op. cit., n° 69 et 70.

70) Pélissier, op. cit., n°491.

はいかなるものなのか。この点について検討を進めなければならない。

1つの考え方として、旧2075条の定める送達を無体動産の占有移転の方法とすることが考えられる。質入を債権譲渡の効力を弱めたものとして位置づけると、旧2075条が債権譲渡の対抗要件に関する旧1690条をモデルとしたのは自然なことであり、送達を占有移転の方法と考えることにも理由がなくはない⁷¹⁾。伝統的学説によれば送達には差押え機能があり、それは占有移転の機能の1つである質権者保護に資するものであるから、送達は占有移転の方法と言えそうである⁷²⁾。後述のように、判例も送達が占有移転方法であると考えている⁷³⁾。

しかしペリシエは、送達をもって債権の占有移転の方法とすることはできないとする。その根拠は2点である。第1は、条文の配置である⁷⁴⁾。旧2075条は占有移転に関する旧2076条に先行する。立法者が送達に占有移転の機能を持たせたいのであれば、旧2075条を旧2076条の後ろに置くはずである。原則をまず提示して、後にその方法を説明というわけである。しかし旧2075条は質権設定のための書面性要件を定める旧2074条に続くものである。よって送達の要求は書面の形式要件にのみ関わるものと解すべきである。第2は、送達が有体動産について求められる占有移転からは程遠いメカニズムであることである⁷⁵⁾。送達をただけでは、質権者はその債権がすでに他の債権者の質権の目的になっていないことを保証されず、質権者の保護は部分的なものに止まる。この点で有体動産の物理的な占有移転とは果たしている機能に違いがありすぎるのである^{76,77)}。

71) Pélissier, op. cit., n°500.

72) Pélissier, op. cit., n°501.

73) Pélissier, op. cit., n°513.

74) Pélissier, op. cit., n°504.

75) Pélissier, op. cit., n°505.

76) Legeais, op. cit., n°63 et 64 も、旧1690条の送達には公示の機能しかないのだから、旧2075条の送達に占有移転方法という別の機能を付与するのは不適切であるとする。さらに Legeais, op. cit., n°74 et s は、送達と不動産登記の有する公示機能の相異を指摘する。

このように、送達は占有移転の方法ではないとされる。

2つ目の考え方は、すでに判例の認めていたところであるが、債権証書の移転を占有移転の方法とするというものである⁷⁸⁾。確かに、債権証書は債権の物理的な表象であり設定者から質権者に移転し得るものであることから、有体動産の引渡しと同様の機能を果たしうる⁷⁹⁾。

しかしペリシエはこの見解も、次の2つの理由から批判する。第1に、質権設定に債権証書の移転を要求する明文規定がないことである。旧1689条⁸⁰⁾のような規定がないことから、債権証書がありながらそれを移転しないことも認められるのである。第2に、質権の対象は債権証書ではなく債権である⁸¹⁾。質権の占有移転とは質権の対象の占有移転であり、債権を証明する要素の占有移転ではない。権限証書は債権の存在を明らかにする道具にすぎない、というの

77) なお、原・前掲95頁以下は、送達を不要とするルジェの見解を批判する。この批判はペリシエの見解に対する反論にも当たることから、ここで言及しておく。批判の要点は、ルジェのように契約のみによって占有移転が生じるとしたところで、送達手続を欠けば設定者による二重の質権設定が回避できず質権者の保護が十分にできないという点にある。しかし占有移転が質権の対抗要件とされているわけではない。確かに、対抗力のない占有移転にいかほどの意味があるのかという疑問もなくはない。とはいえ、本文でペリシエが指摘しているように（第1章(2)末尾も参照）、質権者による一方的な送達があるだけでは、それ以前に質権が設定されているか否かを確認することはできないから、質権者は質権設定契約を締結する以前に第三債務者に対して他の質権の不存在を確認せざるをえない。しかし第三債務者はこれに対して返答する義務を負うものではなく、また、他の質権は存在しないと返答した後に他の質権設定証書の送達となされる可能性も否定できない。そうだとすれば、証書の送達のみでは質権者に優先権を確定的に付与することはできず、質権者の保護は十分ではないこととなり、送達を占有移転と解する意義に疑問が生じる。

78) Pélissier, op. cit., n°508 et 509.

79) 債権証書の移転によって、同一債権を複数回にわたって質入することを回避できる点が顕著な利点とされる。ただし、判例上、公正証書の謄本の移転による質権設定が認められていることから、こうした利点はなくなっている（Pélissier, op. cit., n°512.）。証書の移転では詐欺のリスクは完全には回避できないとする Legeais, op. cit., n°67 も同様。

80) 旧1689条「第三者に対する債権、権利又は訴権の移転においては、引渡しは、譲渡人と譲受人との間で証書の交付によって行う。」

81) Pélissier, op. cit., n°511.

である。そして、債権には常に債権証書があるわけではないから、債権質を設定できないケースが生じてしまう。特に将来債権については問題が大きいとされる。

また、判例自身が債権証書の移転を占有移転の方法としては放棄していることも理由とされる。破毀院は、「質権が債権に設定され引渡しが物理的にはできない場合には、債務者への送達によって占有移転はなされうる。」と判示した⁸²⁾のである。

こうして債権証書も占有移転の方法としては否定される。

そこでペリシエは、無体動産の事実上の行使権限が遮断されていれば、質権設定に要求される占有奪取には十分であるとする⁸³⁾。ペリシエによれば、無体動産については質権者の占有移転は物的なものであるとしても物理的なものではない。質権者は財の主人ではないから物理的な占有移転はないが、債務者はこの財についての行使権限を奪われているから物的な占有移転があるというのである⁸⁴⁾。有体動産における物理的な占有移転も、設定者による権利行使を遮断する機能を有していることから、この見解によれば、送達についてなされた第2の批判を回避できることとなりそうである。他方で、これでは有体動産と無体動産について同一の占有概念の下に置いたことになるのではないかとの疑念も残る。

(5) それでは、占有奪取を行使権限の遮断と定義した場合、占有奪取にはいかなる機能が認められることとなるか。ペリシエは2つの機能を挙げる。第1は財の特定機能であり、第2は権利保存機能である⁸⁵⁾。

設定者は旧2074条によって質権の目的として特定された財の占有を質権者のために移転する。これによって、質権者はある財が質権の目的となっている

82) Cass., 10 mai 1983, D. 1984. 433. この判決ならびに学説による評価については、原・前掲86頁以下で詳細に紹介されている。

83) Pélissier, op. cit., n°520.

84) Pélissier, op. cit., n°521.

85) Pélissier, op. cit., n°534 et s.

ことを信頼することができ、他方、設定者も質権設定契約によって定められた質権の目的の範囲を認識しうる。

また、占有移転によって、設定者が権利を行使できないという形で質権の存在が明確になることで、第三者に対する公示の機能が果たされることとなる⁸⁶⁾。

これらの機能は、有体動産において財の物理的把握による占有奪取が果たしている機能と同じものと評価できる。

(6) 以上のように、ペリシエによれば債権質においても占有奪取が要求され、そしてその内容は有体動産のそれとは異なり、設定者による行使権限の遮断として定義されるのである。これに対して、証書の送達を占有移転方法とする見解も有力に主張されていたところであるが、ペリシエの批判が妥当すると考えられる。もっとも、ペリシエにせよ送達を占有移転方法と解する論者にせよ、無体動産の占有と有体動産の占有とが同一のものであると解するのが適切ではないと解する点では見解が一致している。債権の占有移転を観念することによって、占有奪取を伴うという質権の特質を保持しつつ債権質を認めることができることとなる。

第3章 現行法における債権質と債権譲渡の差異

(1) 2006年の担保法改正により質権の規定は有体動産質 (gage) と無体動産質 (nantissement) に区分され⁸⁷⁾、債権質は後者の中で扱われることとなった (第4部第2編第3章)。そこでは補充・切断・平準化の3つの手法による規定の修正が見られる。すなわち、改正前の規定に見られた規定の欠缺の補充、

86) この点は、占有移転ではなく第三者対抗要件の機能ではないかとの疑問がある。

87) Michel, op. cit., n°188 は、従来の gage からの断絶とする。

88) 2006年の担保法改正ならびに2009年の担保のためのフィデュシー導入後の債権担保法制については、白石大「フランスにおける動産・債権担保法制の現在」比較法学 (早稲田大学) 46巻2号 (平成24年) 53頁以下、白石大「フランスの動産・債権担保制度」池田真朗＝中島弘雅＝森田修編『動産債権担保』(商事法務・平成27年) 171頁以下、特に182頁以下に紹介がある。

有体動産質から債権質を独立させたことによる規定の切断、債権譲渡規定との内容のすり合わせによる平準化である。他方で、2009年には担保のためのフィデュシー譲渡の規定が制定された（第4部第2編第4章第2節）⁸⁸⁾。

以下、2006年の担保法の改正によって債権質の規定が修正された結果、債権質と債権譲渡にどのような共通点と相違点が存することとなったのかを、ジュリエヌの整理を参照しながら取り上げる⁸⁹⁾。

(2) 債権質と債権譲渡の共通点としてジュリエヌが指摘するのは、譲渡制限特約（1321条4項）がなされうること、担保目的債権と被担保債権の特定が要求されること（質権につき2356条・債権譲渡につき1321条2項）⁹⁰⁾である⁹¹⁾。

第三債務者が有する抗弁の質権者への対抗力の有無については明確ではな

89) 担保のためのフィデュシー譲渡については、注で必要に応じて触れるにとどめる。以下の理由から、債権担保の制度として一般化するには、債権質に劣るものと評価せざるを得ないためである。

権利も担保目的で譲渡できる（2372-1条1項）が、その場合、2011条から2030条のフィデュシーによる。設定者となり得る者を限定していた旧2014条が2008年に廃止されたことによって以前よりは使い勝手が良くなったが、2015条が受託者の資格を一定の法人に限定していることからフィデュシーの適用領域は限定される。また、2019条1項ではフィデュシーの登録が要求されることから当事者の手続的負担は重い。このほか、設定者の死亡によってフィデュシーが終了する（2029条1項）とされることも、債権担保の継続性を損なう。担保のためのフィデュシー譲渡のメリットとデメリットについては D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 13^e éd., 2019, n^{os}770 et 771（以下、「Legeais, op. cit. (droit)」で引用する。）が要領よくまとめているが、そこで挙げられたデメリットのうち、過剰担保のリスクは債務者が債権を担保に供する手段としてフィデュシーを利用するのを妨げ、設定費用や受託者の報酬が必要であることも債権者・債務者双方がフィデュシーを利用することを妨げる。

90) その結果として、被担保債権を特定せず設定者が質権者に対して負う債務を一般的に担保する根質、あるいは、質権の目的を特定せず設定者が有する全債権上に設定される根質は禁止される。

担保のためのフィデュシー譲渡においても特定性が要求される（2018条1号・2372-2条）。

91) Julienne, op. cit., n°6.

かったが、2021年改正によって2363-1条が制定されて質権者に抗弁が対抗可能であるものとされたことで、この点も債権譲渡の場合と違いがないことが明らかとなった。

弁済受領権の所在も債権の帰属とは無関係であり、債権譲渡の場合は譲受人が弁済受領権を有する⁹²⁾が、債権質の場合に設定者と質権者のいずれが弁済受領権を有するかは必然的に決まるものではない。そこで立法による解決がなされ、2363条1項は、通知によって債務者対抗要件を具備した後は、質権者のみが元本ならびに利息の弁済を受領できるものと規定する。したがって、譲受人のみが弁済を受領できる債権譲渡の場合と変わりはない。また、破産院は、債権回収の範囲につき「譲受人は、譲受債権額が被担保債権額を上回る場合であっても、譲渡債権の全額の支払いを債務者に対して求めることができる。」と判示する⁹³⁾。質入の場合も、担保物権の不可分性を理由に、債権の一部質入(2358条)を合意したのでない限り、被担保債権の残存額が質入された債権の額を下回っても質権者は質入された債権の全額を受領することができるものと解されている⁹⁴⁾。質権者は被担保債権の弁済期到来前であっても質入された債権を回収して口座に入金しておく⁹⁵⁾ことができる(2364条2項)⁹⁶⁾。したがって、

92) 担保のためのフィデュシー譲渡では、受託者が債権者である場合は受託者が債権を回収できるのが原則であるものの、当事者の合意によって変更することができる(2372-3条1項)。このように内容を修正する自由がある点が担保のためのフィデュシー譲渡のメリットとされる(Legeais, op. cit. (droit), n°770.))。

93) Cass. com., 18 nov. 2014, B.IV. n°168.

94) 2366条が被担保債権額よりも多くの額の弁済を質権者が受けた場合に設定者に差額を返還する義務を定めており、また、2363条1項が元本・利息の支払いを受けられることから、質権者は債権全額の回収が可能であると考えられる。

95) Aynès = Crocq = Aynès, op. cit., n°535は、この口座が回収金のための特別口座であることが要求されておらず出金も妨げられていないことから、質権者の倒産リスクから隔離されていない点を批判する。Michel, op. cit., n°266も同様の批判をしつつも、設定者保護に資する制度であるとの評価をする。

96) Michel, op. cit., n°191 ; Aynès = Crocq = Aynès, op. cit., n°535は、債権の回収によって種類物上の有体動産質に変容するという。

弁済請求権行使の時期についても、債権譲渡の場合と同様に、被担保債権の弁済期到来前であっても行使可能であると言える^{97,98)}。

設定手続については、2006年改正で大幅に緩和された。これはダイイ譲渡・ダイイ質入の規定に合わせたものである⁹⁹⁾。そして、2016年の債権法改正で債権譲渡に関する規律が改正され、債権質と共通の内容となった¹⁰⁰⁾。債権質・債権譲渡のいずれも書面の作成によって効力を生じる（2356条・1322条）。第三者対抗要件としては特段のものはなく契約日から対抗可能とされる（2361条・1323条2項）。債務者対抗要件は債務者に対する通知又は債務者による契約への参加である（2362条1項・1324条1項）^{101,102)}。

(3) 相違点の第1として、債権質の場合、質権者の債権者はこの債権を差し押さえることができないのに対して、債権譲渡がある場合には債権譲受人の債権者がこの債権を差し押さえることができる点が挙げられる¹⁰³⁾。

(前頁からつづき)

なお、このように解すると、後順位の質権者がいる場合に、債権を回収した第1順位の質権者は、回収した金額と自己の債権額との差額を後順位の質権者に支払うこととなる（Legeais, *op. cit.* (droit), n°523.)。

97) Julienne, *op. cit.*, n°9.

98) 担保のためのフィデュシー譲渡でも、受託者にフィデュシー財産の処分権限が認められている（ただし、制限をかけることは可能）である（2023条）から、原則として受託者が弁済受領権を有することとなる。

99) ダイイ譲渡・ダイイ質入では明細書の交付が効力要件である（通貨金融法典 L. 313-23条1項）。そして、当事者間での効力及び第三者対抗力は明細書に付された日付に発生し（通貨金融法典 L. 313-27条第1項）、第三債務者は証書の送達を受けときは明細書の署名者には弁済できないものとされる（通貨金融法典 L. 313-28条）。

100) ジュリエンス論文の公刊時点では債権譲渡法制の改正がなされていなかったために、この点は相違点とされていた（Julienne, *op. cit.*, n°7.）。

また、2016年に改正された時点では旧1323条3項が「将来債権の移転は、当事者間でも第三者との関係でも、その発生の上に効力を生じる。」と定めていたために、ダイイ譲渡や債権質に比べて非常に使いにくいものであることが批判されていた（M. Julienne, *Nantissement ou cession(s) fiduciaire(s) : que choisir?*, *Revue des contrats* 2018, p.318, n°15.（以下、この論文を「Julienne, *op. cit.* (choisir)」とする。)) が、2021年改正によって同項が廃止されたことによって、債権質と同様の規律となった。

第2の相違点は、設定者には弁済受領権はないものの、質権設定通知の後であっても第三債務者を提訴することができる(2363条2項)点である。このように質権設定者には第三債務者を提訴する権限があることから、第三債務者について倒産手続が開始された場合や第三債務者が死亡して限定承認がなされた場合(792条1項)のように、債権の届出が必要とされる場合¹⁰⁴⁾には、質権者の責任が低減される。債権譲渡の場合、債権の届出ができるのは譲受人のみであるから、譲受人は担保目的で譲り受けた債権を消滅させると譲渡人に対して責任を負うこととなる。これに対して質権の場合、質権者が債権を届け出なくとも設定者は自らが債権を届け出ることによって債権の消滅を回避することができるのだから、設定者は質権者の責任を追及することができない。したがって、債権者からすれば質権の設定を受ける方が債権譲渡を受けるよりも、債権を届け出なかったことによるリスクを回避することができる点で、有利であると評価できるのである¹⁰⁵⁾。

(4) 弁済を受けた金銭に対して他の債権者が権利を行使できるか否か、す

101) なお、債権質の通知をめぐる問題は、2点の問題があるとされる(Julienne, op. cit., n°7. この点の改正提案については、Julienne, op. cit. (choisir), n°9.)。第1は、第三債務者は、自らには設定証書の送達が行われていないがその存在を知っている質権を援用することができるのが不明確な点である。ジュリエヌは、当事者が行為の対抗力を決定するものであるとして、2362条でこうした解決を明確に排除するのが望ましい、とする。第2は、ダイイ明細書については通知がいかなる手段によりいかなる内容についてなされるべきなのかが通貨金融法典 R.313-15条で定められているが、債権質では明確にされていない(2362条)点である。

102) フィデューシー譲渡においても、第三者対抗要件に特段のものはなくフィデューシー契約の日に対抗可能とされ、債務者対抗要件は債務者に対する通知とされる(2018-2条)ことから、債権質・債権譲渡と同様である。2018-2条は2008年に制定されており、2016年の債権譲渡一般に関する規定の改正に先んじて債権質との共通化が図られていた(ただし担保のためのフィデューシー譲渡が法認されたのは2009年である)。

103) Julienne, op. cit., n°10 ; Michel, op. cit., n° 266.

104) このほか、時効の更新も質権設定者がなすべきとされる(Julienne, op. cit. (choisir), n°11.)。

105) Id. ジュリエヌはこれを質権の効率性とする。

なわち排他性の有無については、ジュリエンスは慎重な検討を加える¹⁰⁶⁾。2363条1項は「質権者のみが質権の対象となった債権の弁済を受けることができる」とするにとどめる。ジュリエンス自身は、経済効率性・フランス市場の法的競争力といった観点から¹⁰⁷⁾排他性を認める。

排他性を否定するテリーは、2362条・2363条は設定者と質権者のいずれが弁済を受領できるかを定めるものであり、「質権者のみ」という文言は設定者と質権者のうちで質権者のみが弁済を受領できることを意味するものと解する。これに対してジュリエンスは、「質権者のみ」の文言解釈としては、設定者も第三者も破産財団も弁済を受けられないことを確認したものと解するのが自然であること、判例上、質権者に留置権¹⁰⁸⁾が与えられ裁判上の付与が認められる¹⁰⁹⁾ことで質権者には排他性が認められていることを指摘する。

また、無体動産質権は保全差押えに類似するものであり、それによって債権者が弁済を受けることは禁じられ、質権者には先取権のみが認められる¹¹⁰⁾とのミニョの見解に対しては、保全差押えの規定が有体動産質権者の先取権を想起させるとしてもそれは債権質の場合とは異なる、有体動産質権の規定が準用されるのは債権以外の無体動産の場合であって（2355条4項）債権については独自の規定がある（同条3項）、とする。

こうしてジュリエンスは債権質に排他性を認める。債権譲渡についても排他性は認められるから、ジュリエンスによれば、この点でも債権質と債権譲渡の

106) Julienne, op. cit., n°10 et s.

107) Julienne, op. cit., n°16. ジュリエンスは排他性に好意的な制度として担保のためのフィデューシー・占有非移転型担保の擬制留置権・在庫担保における流質の認容を挙げ、いずれも経済効率性を高めるものと位置づけている。Michel, op. cit., n° 190は、無体動産に留置権が認められたことを理由に同じ結論に至る。

108) もっともジュリエンスは、別の箇所で、弁済受領権の排他性によって留置権が認められることとなるのであってその逆ではないことを強調する (Julienne, op. cit., n°13.)。

109) 留置権と裁判上の付与との関係については Legeais, op. cit., n°145 et s で整理されている。

110) 民事執行法典 L.523-1条が、差押は民法2350条の供託の効果を生じさせるものと規定することから、質権者には優先弁済権が発生する、というのである。

効果は同様であるということになる。

（5） 2006年改正の成果を、改正前にルジェが指摘していた問題点に即して改めてまとめることとする。

将来債権の質入については、それが可能であることが2355条1項によって明らかとされた。質入債権の弁済受領権者は2363条1項により質権者であることも明確になった。いずれも条文の不完全性として指摘されていた点を補充するものであり、欠缺が補充されることによって債権質の内容が明確化された。後者の点については、従前の学説が質権者と設定者が共同して権利行使をすべきとしていたのに比べ迅速性が尊重されている。

債権に関する占有取得の困難は理論上の問題と言うべきであるが、第2章で論じたようにルジェ自身も含め債権の占有は有体物の占有と異なり物理的な把握を要素とするものではないとの指摘が有力になされ、有体動産質と無体動産質とを別に規定する2006年改正法の構成も債権の占有が有体動産の占有とは異なるものであることを前提とするものと解される¹¹¹⁾。ここでは有体動産質から債権質が概念上も条文上も切断されたことによって、理論上の問題点が解消されている。

公示手続の緩和がなされているが、この点はダイイ譲渡の規定に従って債権質の規定が定められ、それが債権譲渡についても取り入れられている。ダイイ譲渡に合わせた平準化がなされたものと評価することができる。

流質禁止は質権一般について廃止されている。もともと債権については流質禁止の意義が疑問視されていたが、質権者による元本受領権行使を妨げる規定がなくなり、債権譲受人と同様となった。この点は債権譲渡を意識したものではないが、結論としては平準化が実現されている。

（6） 以上のように、多くの点で質権の規律と債権譲渡の規律とは、排他性の点も含めほぼ同一となり、ルジェの指摘していた問題点も解消されてい

111) 条文の文言自体は占有の内容に異なる内容を付与するものではなく、債権質においては効力要件としての占有奪取を廃止している。

る¹¹²⁾。そのため、債権質規定が詳細化されること、特に設定が容易化され効果面で改善がなされたことによって、担保目的で債権譲渡を利用する魅力は薄らいだとも指摘される¹¹³⁾。規定の補充・切断・平準化によって、債権質について内容の明確化や設定・実行手続の迅速化が図られ、債権譲渡と遜色ない制度に改められたものと評価できる。

さらに、いくつかの相違点があることには注目すべきである。

債権者自身の債権者による担保目的債権の差押えを回避できる点は質権の方が設定者にとってメリットがある。また、設定者に第三債務者提訴権限があるために質権者が担保価値維持義務を負う可能性が限定される点でも質権の方が債権者にとってメリットがある。経済効率性が高く国際競争力のある担保手段を提供するというジュリエンスの視点からは、2006年改正後は、債権譲渡では債権質の代用とはなりえない、債権質は債権譲渡に比べても魅力的な制度に改められた、債権質こそが債権担保の中心であるとの結論が導かれることとなろう。

第4章 フランス法からの示唆

(1) わが国においては債権担保の手段として、明文規定のある債権質のほかに債権譲渡担保が広く用いられている。実務上、債権質と債権譲渡が併存しているという点ではフランスと似た状況にある。

前章までで示したように、フランスでは債権質の条文について不完全性と不適切性が指摘され、そうした問題点の多くは2006年の担保法改正によって解決された。また、債権占有の内実に関する検討が進むことで、質権内部に包摂しつつも有体動産質からは分断されたものとしての位置づけを債権質に付与することが容易となった。このようにフランスでは債権質規定の手直しによって債権質規定を積極的に活用する姿勢を維持している。

112) 債権譲渡に着想を得ながら2006年改正によって債権質の規定が補充されたことからすれば、当然のことともされる (Michel, op. cit., n°184.)。

113) Aynès = Crocq = Aynès, op. cit., n°525.

また、フランスでは破産院が担保としての債権譲渡を債権質と性質決定している。判例の事案を見る限りでは、これは債権者を債務者の倒産手続に服せしめる目的によるものと解される。また、担保目的での債権譲渡に対する警戒はルジェの議論からも見て取れる。

これに対してわが国では、従前から質権者による質入債権の取立権が定められることで弁済受領権者が明確にされるなど（366条）、フランスに先駆けて問題の解決がなされていた点もあった。また、対抗要件は債権譲渡と同様とされており、将来債権の担保化の可否についても債権譲渡の可否と同様に解されていた。それにも拘らず、わが国では債権質よりも債権譲渡担保が広範に用いられている。そしてわが国では担保目的での債権譲渡を債権質と性質決定することもない。これはわが国では倒産手続において債権譲渡担保を実質的に担保として扱うことがなされているために、当事者間の合意に反して債権質と性質決定し直すことに意義を見出しがたいためである。このように、フランスと異なり、わが国では債権質と債権譲渡担保の選択を完全に当事者の意思に委ねている。

こうしたわが国の現況に鑑みたときに、債権質規定を民法典に存続させる意義はあるのだろうか。債権譲渡担保規定を新設して債権質と併存させること、あるいは債権質規定を廃して債権譲渡担保規定に一本化することも考えられる。

債権担保手段に関する複数制度の並立につき、ルジェは、設定方法や効果について既存の担保とは異なる点があるのでなければ、担保の種類を増加させることには意味がないとする¹¹⁴⁾。

このような観点に立って、ルジェは債権譲渡を債権質と並立する債権担保手段とすることに消極的な見解を示す。ドイツで債権譲渡が発達しているのは当

114) Legeais, op. cit., n°455.

115) 隠れた担保は、第三者に対抗しうるのかが明確ではない点で担保権者にとって不確実なものである一方、その存在を事前に知ることができない点で新たに信用を供与しようとする第三者にとっても不都合がある、というのである。

事者の関係を内密にする隠れた担保としての存在意義が認められているからであるが、フランスでは隠れた担保を認めることはできない¹¹⁵⁾から、独自の存在意義がない。また、債権譲渡の中には債権担保としての機能を有するものとそうではないもののが存在していることから、担保のための債権譲渡は外縁が明確ではない。これらの理由から、債権譲渡が債権担保として使い勝手の良い制度となりうる可能性を認めつつも、債権質という既存の担保手段から独立して認める必要はないとするのである¹¹⁶⁾。

(2) わが国においても、債権質と債権譲渡担保とで設定方法や効果に明らかな相違点があるとは解されていない¹¹⁷⁾。質入の対抗要件は債権譲渡のそれがそのまま適用される(364条・467条)から、集合債権・将来債権については質入と譲渡とで差異は生じない¹¹⁸⁾。366条1項は質権者に弁済受領権を認めており、債権譲渡担保においても譲渡担保権者が弁済を受領しうる¹¹⁹⁾。債権については質権者に直接取立権が認められているから、流質の禁止は問題とならない。私的実行が可能である点が譲渡担保のメリットとされることもあるが、債権質では366条により直接取立権があるから、譲渡担保の場合と相異がない¹²⁰⁾。

116) もっともルジェは単に債権質の存続を主張するのではなく、ドイツの債権譲渡、アメリカの動産抵当の制度を参照しつつ、営業に関しては債権担保の基礎となる権利を広範に認めるのが適切であることから動産抵当を認め、営業以外の場面については債権質を存置することを主張していた(Legeais, op. cit., n°629.)。

117) 道垣内弘人『担保物権法 第4版』(有斐閣・平成29年)350頁は、個別債権譲渡担保の存在意義について、「合理的理由は少ない。……根本的には、譲渡を受けるという債権者の心理的満足をもって説明するほかはあるまい。」とする。

118) 債権質に関する動産債権譲渡特例法14条も、債権譲渡の対抗要件を定める同法4条を準用する。

119) 譲渡担保においては、担保権実行としての取立通知がなされるまでは、債権の取立を譲渡担保設定者に許諾することができるが、質権の場合も否定されるものではない。設定者による弁済受領が否定されるのは、設定者に課された担保価値維持義務のあらわれであるから、質権者がこの義務を免除することも許される。

120) 道垣内編・前掲463頁〔直井〕。

債権質と債権譲渡担保の相異が問題となりうる点として、細かな点ではあるが、後順位の担保権設定の可否が問題となる¹²¹⁾。後順位の債権質が認められることは疑いがない¹²²⁾。最判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁が流動集合動産譲渡担保において後順位譲渡担保権の設定自体は認めることから、債権についても後順位譲渡担保権は認められるものと解される。そうだとすると債権質と債権譲渡担保とで違いはないこととなりそうではあるが、最高裁は同判決で後順位譲渡担保権者による私的実行を否定しているから、後順位譲渡担保権者の出現は實際上想定されないだろう。したがって、事実上、後順位担保権者が出現するかという点では相異があることになる。

このように債権質と債権譲渡担保とにほとんど相違点はなく、後順位質権者が出現する可能性の方が、後順位譲渡担保権者が出現する可能性よりも高い点に違いがあるにすぎないこととなる¹²³⁾。

(3) 以上のように、債権質と債権譲渡担保とで設定方法や効果に相違はなく、したがって、担保としての設定・実行の容易さ（迅速性）や担保内容の

121) このほかに、自行預金の譲渡担保が認められないことから質入がなされること、生命保険契約の失効を回避すべく担保権者による保険料支払を可能とするためには譲渡担保が用いられることといった相違がある（道垣内編・前掲464頁〔直井〕）。しかし後者の点は、質権者は保険料の弁済をするについて正当な利益を有する者に当たるのではないかという疑問がある。

122) 362条による355条の準用。保険金請求権に後順位質権が設定されることにつき、道垣内編・前掲543頁〔直井〕で指摘した。

123) このほか、被担保債権の弁済期が質入された債権の弁済期よりも先に到来し、かつ、質入・譲渡された債権の額が被担保債権額を超える場合に、担保権者が担保権実行において弁済を受け得る債権の範囲に差異が生じる可能性はある。債権譲渡担保の場合、債権は譲渡担保権者に帰属するから譲渡担保権者が全額を回収できるとも考えられそうである（ただし、道垣内・前掲353頁のように、譲渡担保権者は自己の債権額に見合う限度で取り立てることができるにとどまるとの見解も成り立つ。）。これに対して債権質の場合、債権は設定者に帰属するものであり、質権はあくまでも担保であること、フランス民法（2364条2項）と異なり、回収した金銭の管理のために供託や専用口座に入金するなどの措置が求められているわけではない（366条3項参照）ことから、質権者は被担保債権額の範囲でのみ弁済を受けられるものと解する余地はある。

明確性・対抗力（安全性）に相異はないものと言える。また、不動産担保や動産担保との整合性という観点からも、担保目的物の如何に関わりなく質権を認めることに意義がある。これに対して、債権譲渡担保規定を債権質のそれとは別に新たに設けることには特段の意義があるとは考え難く¹²⁴⁾、債権担保の規定としては債権質の規定を存置するのが適切であることとなる¹²⁵⁾。

もっとも、現行規定に全く問題がないというわけではない¹²⁶⁾。第1に、質権者が担保権実行において行使し得る債権の範囲について明文で定めること、質権者に質入債権全額の弁済受領を認めるのであれば、自己の有する被担保債権の額を超える部分については供託あるいは専用口座での管理を義務づけることが求められる。第2に、債権の直接取立のほかに帰属清算方式や処分清算方式が認められないのかを明確にする必要がある。特に、集合債権が担保目的とされた場合には、処分清算方式の需要はありそうであるが、被担保債権に充当される金額の算定などに課題が残る。これらの課題はあるものの、債権質の規定に修正を加えることで債権質を債権担保の中心となしうことはフランス法の示すところである。

＊本稿は、2021年度科学研究費補助金・基盤研究（C）による研究成果の一部である。

（なおい・よしのり 筑波大学ビジネスサイエンス系教授）

124) 弁済受領権の範囲に差異を設けると、譲渡担保規定にも存在意義があることとなりそうである。しかし、譲渡担保においては清算金支払義務が認められていることから担保権者が自己のために取得できる範囲に差異はない。もっとも、清算金支払義務をいかにして確保するかという問題はある。

125) 債権質の規定と並立して債権譲渡担保規定を置くことは考えられる。

126) すでに、さまざまな問題点について『動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会報告書』別冊 NBL177号（令和3年）で検討されているところである。

法的三段論法に関する一考察

——その「論理」と、世界と世の中——

永 島 賢 也

はじめに

- I 法律学方法論という問題領域
- II 法的三段論法
 - 1 法的三段論法と法実務家
 - 2 法的三段論法と論理学上の三段論法
 - 3 法的三段論法における各段階の真理値
 - (1) 「小前提」の真理値
 - (2) 「結論」の真理値
 - (3) 「大前提」の真理値
- III 大前提を構成する法規範
 - 1 法命題
 - 2 一応の当為
 - 3 法命題の真理値
- IV 批判と応答
 - 1 規範命題と事実命題の中間という批判
 - 2 「世界 (universe)」と「世の中 (world)」
 - 3 自然種と概念依存的性質
 - 4 法的事態の属するところ
 - 5 位置づけ問題
 - 6 世界の究極的構成要素
 - 7 穏健な自然主義

まとめ

はじめに

本稿は、法的三段論法という推論が、演繹論理ないし古典論理とは異なる特徴を有している点を掲げ、主に意味論との関係を取りあげながら法実務家が法

的三段論法に関して語る「論理」と、論理学でいうところの論理とはしばしば別物であることを指摘し、あわせて、ロースクールにおける法学教育においてもこの点を意識することが望まれることを提案したい。

I 法律学方法論という問題領域

法哲学には、法の一般理論、法価値論、法律学方法論という3つの問題領域がある¹⁾。このうち3つめの法律学方法論は法的思考を取り扱う分野であり、日常の法実務²⁾と関係が深く法実務家が改めて学ぶべき点は多いと思われ、本稿は、この法律学方法論に関するものでもある。法的三段論法は、たとえば、請求原因事実が導く法律効果の主張は当該請求原因事実を前提とする抗弁の主張によって覆されるという関係性を内包しており、論理学における論理³⁾とは異なる特徴がある⁴⁾。法実務家は法的三段論法が持つこのような性質をそれほど特徴的なものとは意識しておらず、かつ、それが「論理」的なものであると捉えていることも多い。

II 法的三段論法

1 法的三段論法と法実務家

法実務家にとって法的な推論がなされるのは日常的なことである⁵⁾。あまりにも日常的であるがゆえに、かえってその推論の特徴を意識しにくくなってい

-
- 1) 高橋文彦「統一テーマ 民事裁判における暗黙知－法的三段論法再考について」1頁・有斐閣・2014年、平野・亀本・服部「法哲学」はしがき・有斐閣アルマ・2002年
 - 2) 法実務家の日常は法的三段論法を念頭においた法的推論を行う毎日である。
 - 3) たとえば、前件肯定式の「 $p \rightarrow q$, p , よって q 」という場合の「 $\rightarrow$ 」は、実質含意 (p であって q でない、ということはない) という関係を意味しており、例外や抗弁を許すツールミンのいう推論規則とは性質が異なる (後掲・亀本21頁・参照)。これに対し、法的な要件と法律効果との関係性はそれが覆される場合があることを前提としている。たとえば、抗弁や抗弁に対するさらなる抗弁 (再抗弁)、同じく、再々抗弁、同じく、再々々抗弁…以下同様、と覆滅される関係性は続いて行く。そういう意味で論理学のいう演繹論理とは異なっている。
 - 4) 拙著「争点整理と要件事実」47頁以下・青林書院・2017年

るかもしれない⁶⁾。法的推論とは何らかの形で法を根拠とする推論のことであるが、典型的な法的推論はいわゆる法的三段論法（Legal Syllogism）のことを

- 5) そのため、典型的な法源以外（例：ソフトロー）にも法的推論が用いられるようになって来ていると思われる。近年、事実上の行動規範としてのソフトローの活用が注目されてきており、たとえば、行政的な規範を民間自主規制で具体化したり、プラットフォームの取組を通じて実効性を確保しようとしたりすることもある。また、判決例としては、医療用医薬品（ソリリス）の添付文書の文言を解釈して事実にあてはめるように見えるものもある（京都地裁令和3年2月17日判決）。同判決は、投薬義務の有無について検討する文脈で、添付文書上の「疑われた場合」という文言につき複数の解釈を行ったうえそのひとつを採用し当該事案を「添付文書にいう『疑われた場合』に当たる状況にあった」とあてはめ、結論として注意義務違反の過失を認めている。ここでは、添付文書の文言につき解釈を施し、事実にあてはめる、という法的推論が行われているように見える。仮にこれが演繹論理ではなく法的推論であるとするならば、そのように「疑われた場合」であっても、これが覆される場合（いわば抗弁の余地）もまた認めることになるとと思われる。
- 6) あまりにも日常的であるため、本来、法的に考えなくともよいことまで、法的に考えてしまっているかもしれない。例えば、そもそも法規範でないもの（マニュアル、ガイド、メソッド、手引き、取扱説明書の類の文言）に事実をあてはめるなどである。法的推論の特徴を意識できれば、本来それが用いられるべきでない場面もおのずからわかってくるであろう。たとえば、包摂（subsume）と例化（instantiation）との違いを意識すれば（後掲・注7・山田49～50頁参照）、小前提においては例化をすべきであって包摂をすべきでないことがわかる（後掲・注12・亀本19頁参照）。これを誤解すれば過度な一般化を行ってしまい個人の自由（個人の成長、自己実現、その他営業の自由などの自由）を不必要に制限する結果となり得る。たとえば、「コンプガチャ」は景表法に違反するか、という問題について、消費者庁（「オンラインゲームの『コンプガチャ』と景品表示法の景品規制について」平成24年5月18日）の論法は、例化ではなく包摂が行われていると考えられ、これは演繹論理そのままのように思われる。この点を指摘する文献もある（白石忠志「コンプガチャと景表法」法学教室・383号・42頁）。引用すると「以上のような消費者庁の論法に対しては、異論もあり得る。一般的な基準は一律でよいが、しかし、事実認定や当てはめは、それぞれの事案ごと（ゲームごと）にさらに詳細になされるべきであって、結論は一律にならないのではないか、という見方があり得るだろう。」。すなわち、ここでは、小前提が当該ゲームという具体的な事実で構成されていないという点が指摘されているのである。あたかも、法的推論がなされているように見えて、実は演繹論理がなされていた場合、それが波及する範囲が広きに過ぎる（原理的には普遍的になるとと思われる）点に警鐘を鳴らしたものと考ええる（石井美緒・嶋田英樹・松嶋隆弘「インターネットビジネスの法務と実務」153頁・三協法規出版・平成30年参照）。

指す⁷⁾。法的三段論法は判決三段論法とも呼ばれ、法ルールを大前提とし、「法ルール要件に、事実をあてはめることによって、結論を導く構造をとる」⁸⁾。法ルールが大前提となり、認定された事実が小前提を構成する。ここで法ルールとは要件と効果からなるルールの構造をもつ法規範の標準型（法準則、法規則）を指す⁹⁾。

一般に法的三段論法とは適用されるべき法規範を大前提とし、具体的事実を小前提として、この2つの前提から判決を結論として導き出す推論形式と理解されているが¹⁰⁾、これは論理学でいうところの三段論法と同じもののなのであろうか。実務では、あるいは、ロースクールの教育現場でも、しばしば論理的に考えることが大事だと推奨されて来ている。しかし、法的三段論法は、論理学のいう三段論法とかなり違うもののように思われてならない。

2 法的三段論法と論理学上の三段論法

推論の正しさ¹¹⁾とは前提がすべて正しいとき必ず結論も正しくなるという点にある。三段論法は2つの前提から1つの結論を導く。2つの前提、すなわち、大前提と小前提とがともに「真 (truth)」であるとき結論も「真」となるというものである。2つの前提に入る文が記述している意味内容（命題／proposition）が事実に合致していれば「真」、反していれば「偽 (false)」である。こうして、命題は真か偽かのいずれかの値をもつことになる（二値原理／principle of bivalence）。ここではこの値のことを真理値と呼ぶことにする。

7) 山田八千子「法的擬制と根源的規約主義－根源的規約主義からの法的推論における擬制の検討」49頁・法と哲学・第3号・信山社

8) 前掲・平野ら・200頁

9) 前掲・平野ら・200頁

10) 高橋文彦「法的思考と論理」3頁・成文堂・2013年

11) ここでは、推論によって導かれた結論が、現実との対応関係で正しいかどうかではなく、推論自体の正しさのことを採り上げている。たとえば、「(大前提) 魚は水の中を泳ぐ」「(小前提) めだかは水の中を泳ぐ」によって「(結論) めだかは魚である」は、結論は正しいが、推論は間違っている。

他方、法的三段論法では、大前提には法規範（条文の解釈命題）が、小前提には具体的事実（主要事実、要件事実）が¹²⁾、結論には判決、すなわち「被告は原告に対し金〇〇円を支払え」などの判決の主文が対応することになる。小前提は事実主張であり、弁論主義の第1テーゼの要請から必ず主要事実に関する主張がなされることになる¹³⁾。これは、ごく自然な形で世の中における事実を語るものである。たとえば、〇〇年〇〇月〇〇日、AとBとは売買契約¹⁴⁾を締結した¹⁵⁾、などである。この事実主張の文の意味が、証拠（例えばAB両名の記名捺印のある売買契約書など）から認定された事実と合致していれば真、反すれば偽、となることは見やすいことのように思われる。

しかしながら、大前提たる法規範（条文の解釈命題）が真とか偽とかの値をとる（以下、真理値を有する、とか、真理値はあるなど、と表現する。）ということとはどのように理解すればよいのだろうか¹⁶⁾。さらに加えて、判決主文に現れる「支払え」「引き渡せ」など、指図的（prescriptive）言語の最も単純な形態とされる命法（imperatives）には、果たして真理値はあるのだろうか。こうして考えてみると、法的三段論法は論理学でいう三段論法のいわば法学版である、と気軽な言い方はできなさそうに見えてくる。

12) 亀本洋「法を事実当てはめるのか、事実を法に当てはめるのか」17頁の図参照・日本法哲学会編・法哲学年報2013年・有斐閣・2014年

13) 弁論主義の第1テーゼは「裁判所は、当事者の主張しない事実を判決の資料として採用してはならない」というものである。それゆえ、主要事実について、もし主張しなければ、その事実が認められるということはないので、いわば、自動的に敗訴することになる。

14) 売買代金と目的物の特定を含む。

15) 売買の成立が争われるような事例では、年月日のほか、契約が成立した場所、そのときの当事者や立会人などの氏名、肩書などに加え、成立に至る経緯や、成立後の当事者の行動なども事実（間接事実ないし関連事実、または事情）として主張されることも実務ではしばしばである。

16) おそらく弁護士は法律の条文があるとか、判例同旨であるとか、通説的な見解として研究者の書籍に記載されているなどということから、大前提が真であると確信をもつようになっていくものと思われる。

3 法的三段論法の各段階における真理値

以下では、法的三段論法における大前提、小前提、結論の各段階に分けて真理値について検討してみる。主な考察対象は大前提になる。

(1) 「小前提」の真理値

まず、小前提については、上述のとおり、事実に関する主張が証拠から認められる具体的事実に対応（合致）しているかどうかで真理値を求めることができる¹⁷⁾。

(2) 「結論」の真理値

次に、法的三段論法の結論の部分を構成する命法には真理値は認められるのであろうか。結論から言えば、命法は真理値を有しないと解する。しかしながら、それにもかかわらず通常の論理的結合子が命法にも適用され、命法を前提ないし結論としてもつところの妥当と思われる推論例が現に存在する。したがって、真理値を欠く命法に論理が現に適用されている、あるいは少なくともそのように見えるということは説明を要する逆説的な事態である¹⁸⁾。命法は、

17) 言明と事実が対応（correspond）するとはどういうことかについては一個の問題である。事実が、それを記述する言明から独立して同定できるのか、事実の前言語的同定とはいかなるものか、という視点である。人が概念の枠によって事実を認識しているとすれば、そのような概念枠が処理する以前に組織化を待っている何かとは何か、いったい何が概念枠を通過することになるのか、という問題が伏在していることになる。この点は意識しつつ本稿では触れないこととする。ここでは、ごく一般的な古典的真理観に沿って考えるが、後述するように「世界（universe）」と「世の中（world）」を区別すれば法的三段論法の小前提を構成する事実主張に「世界（universe）」を超える内容（行為者の精神面を語る語彙）が含まれてくることになり大前提との意味論的ギャップは連続的なものの中に捉えられる。

18) 井上達夫「規範と法命題(三)－現代法哲学の基本問題への規範理論的接近－」809頁・国家学会雑誌1986・参照。同著「規範と法命題」157頁・木鐸社・2021年・参照。この「規範と法命題」は著者が国家学会雑誌に4回に分けて連載した論文に加筆修正して単行本にしたものである。

その名宛人が命じられた行為を遂行することによって完了するという因果的な過程に参加しようとするものであり、そのような推進的側面を持っている¹⁹⁾。したがって、この命法が単に事実を記述 (describe) するものではないことは明らかである。たとえば、論理学の教科書では「命令文についても、「ああ」とか「おお」というだけの表現と）同様に真偽は言えないと考えられる」（括弧内は筆者が挿入した）と述べられている²⁰⁾。確かに事実を記述することが真偽を中心概念とする論理学であるとすれば、命法に真理値を認めることはできないと考えるのが相当である。それゆえ、命法には命法特有の意味論値を構想する必要性が出てくるであろう。

(3) 「大前提」の真理値

次に、法的三段論法における大前提を構成する法規範についてはどうか。「…すべきである」あるいは「すべきでない」というような当為の様相を有する命題（規範命題）には真理値はあるのであろうか。仮に価値判断は真でも偽でもあり得ないと考えたとすると、このような規範命題には価値判断が含まれているようにも見えるので問題になる²¹⁾。以下、章を改めて考察する。

Ⅲ 大前提を構成する法規範

1 法命題

たとえば、(1) 一般的な法律相談で弁護士が「相続の放棄は相続の開始があっ

19) 「命法 (imperatives)」と「命令 (commanding, order)」との区別については、井上達夫「規範と法命題(二)－現代法哲学の基本問題への規範理論的接近－」434頁・国家学会雑誌1986参照、同著「規範と法命題」130頁・木鐸社・2021年参照。「例えば、親が子に「窓を開けなさい」と言えば命令になるが、ふさいでいる友人に「窓を開けなさい。新鮮な空気を吸えば気も晴れますよ」と、私が言う場合、この命令文の発話は、命令ではなく助言乃至提案というイロキューショナリーな趣旨を有する。しかし、どちらの場合もこの命令文の発話は、窓を開けるという行為を対象とする命法を表現していると言えよう」と述べられている（同434-435頁参照、同「規範と法命題」130頁参照）。

20) 坂本百大・坂井英寿「新版現代論理学」31頁・東海大学出版会・1971年

たことを知った時から3か月以内にしなければなりません」と言った場合（民法915条1項）、あるいは、(2)研究者が大学の講義（あるいは民法の教科書の中）で「債務者は、その債務を履行しなかった場合、それによって生じた損害を賠償しなければならない」と述べた場合、(3)ここに駐車してもよいですか、と尋ねられた人が、たまたま、法令によりそこが駐車禁止であることを知っていたので「ここは駐車はだめなところです」と答えた場合など、当為について言明しながら特にそのような状態の実現を求めているものでもなく、単にそのような規範的状况にあることを報告するにすぎず²²⁾、その表現をする者がその事態を受容するような態度決定²³⁾もなされていない、このような言明はしばしばなされることである。ここではこれを「法命題」と呼ぶことにする。要するに、当為性があり、真理値が帰属し指図的でなく、服従されるべきものとして受容されているとは限らない、そのような言明のことを言う²⁴⁾。そして、この法命題という概念を導入することにより、当為性、真理値帰属可能性、そして非指図性という各性質は、共存することが可能か、という問題に引き直して考えることができる。

結論としては、これらは共存可能と解する。もっとも、法命題を理解するに

21) これについては、「とりわけ、『過失』、『正当事由』、『安全配慮義務』、『相当因果関係』などのような法的価値判断を下さなければその成否を判断できないような『規範的法律要件』ないし『評価型法律要件』の場合には、法的価値判断による当てはめ判断なしには判断できない。すなわち、法的三段論法は論理的な意味での三段論法ではなく、裁判所や法解釈学者の主観的ないし恣意的な法的価値判断の結果を、論理必然の推論であるかのように見せかけるものでしかないのである。」と述べる見解もある（太田勝造「AI時代の法学入門 学際的アプローチ」28-29頁・弘文堂・2020年）。これは、法的三段論法は、実は、影で価値判断をしているのに、あたかも、そのようなことはしていないかのように見せかける、いわば隠れ蓑のような役割をしている、という批判と思われる。

22) 915条1項には但書きがあり、家庭裁判所所は3か月という期間を伸長することができるが、少なくとも、そのような場合でない限り、民法における単純な指図とは異なり、一応（prima facie）、その言明は合っている（真）とか、合っていない（偽）とか、述べることはできる。法の存在によって成り立っている規範的事態を記述している。

23) 「ここは駐車禁止っていうことだけど、別にかまわないんじゃないか」という態度もとることができる。

は、記述 (description) と指図 (prescription) とを区別する二分法という、乗り越えなければならない壁がある。たとえば、当為が指図性を有し指図は主観的な意欲を表明するものであって真偽を問うことはできないとすれば、法命題が何らかの客観的な事態を記述し真理値を有しているというのであれば、それは当為性を持たないということになり、他方、法命題が当為性を有するのであれば、それは何かを指図しており、その言明主体の主観的意欲が表明されていることになるので真理値を持たない、ということになる。この二分法を突破しない限り、指図性のない真理値を有する当為言明というものに迫ることはできないことになるであろう。

2 一応の当為

法命題は、終局的な当為を語っていない。たとえば、上述の (1) の相続放棄の場合には但書きの定めにより覆される余地があった。その他の債務不履行や駐車禁止の例でも、それらが覆される場合があることを否定してはいない²⁵⁾。いわば覆滅許容の言明である。これをここでは「一応の当為」(の言明)と呼ぶことにする。

「一応」という日本語には様々な意味合いが含まれやすく紛らわしいところがあるが²⁶⁾、たとえば、prima facie case という言い回しがある^{27, 28)}。これは辞書的には「反証がないかぎり申立てのとおりになる」という一応の証明のある事件のことを意味する²⁹⁾。あるいは、prima facie evidence という言い回しもあり³⁰⁾、これは「反証がない限り事実の立証・推定に十分とされる」という一応の証拠のことである³¹⁾。本稿では、これに倣って「一応」とは prima facie

24) 日本語としては、いわば「…ということになっている」というニュアンスになると思われる。この点は大塚滋「説き語り 法実証主義」32頁・成文堂・2014年を参考にした。同書は、記述的意味の当為の意味について「その表現、法規範の場合は『べし』、法命題の場合は『～ということになっている』、というふうに異なっているのです。ただ、このように意識的に訳語をそれぞれの場合に使い分けたのは、日本の研究者の中で私だけです。」と述べている。

25) (2)の例では帰責性がない場合があり得る。(3)の例では緊急の場合などがあり得る。

という意味で使用し、一応の当為を *prima facie* ought と呼ぶことにする。

この点、実務ではしばしば「一応の（推定）」という用語が使用され³²⁾、この「一応」という呼称が疎明概念³³⁾とまぎれて必ずしも適切ではないという指摘がなされている³⁴⁾。本稿において「一応の」とは疎明レベルの意味合い³⁵⁾

26) 「一応の（何々）」とは、「主張自体が失当ではないか、または、幾分、有利な状態」というレベルから、「何か有力な反論でもない限りその通り認められる」というレベルまでグラデーションがあるように思われる。たとえば、「一応の証明の性質が、事実上の推定の一場合なのか、証明責任を加害者・被害者に分担させるものであるのか、証明度の軽減であるのかは議論のあるところ」とされている（高橋宏志「重点講義民事訴訟法(上)」第2版補訂版・566頁・有斐閣・2013年

27) 田中英夫「英米法辞典」662頁・東京大学出版会・1991年

28) 前掲・田中英夫「英米法辞典」662頁によれば、*prima facie* case とは、「一応有利な事件□被告からの *motion for directed verdict*（指示評決の申立て）、*motion to dismiss*（訴え却下の申立て）を免れるだけの証拠を原告が提出している事件をいう。被告が自身の側の主張を立証することになる。なお、被告が反駁の証拠を提出しないと原告が勝訴する事件という、より強い意味で用いられることもある。時に、被告側に一応有利な状態になっている場合にも用いられる。」と解説されている。

29) 高橋作太郎編「リーダーズ英和辞典」1871頁・研究社・2012年

30) 前掲・田中英夫「英米法辞典」662頁によれば、*prima facie* evidence とは、「一応の証拠□他の証拠によって覆されるまでは、それだけで事実を認定し判決してよいとされる証拠。Inference（推論）または *presumption*（推定）を働かせることができる証拠。Presumptive evidence（推定効果を有する証拠）とよばれることもある。」と解説されている。

31) 前掲・高橋作太郎編「リーダーズ英和辞典」1871頁

32) 推定とは、あることから他のことを推認することであり、事実上の推定とは裁判官の自由心証の一作用として経験則を用いて事実上行われるものである。この場合に利用される経験則には、高度の蓋然性を持つ場合もあれば、そうでない場合もある。「その経験則がかなり高度の蓋然性をもつならば、前提事実の証明をもって推定事実の心証も一挙に証明度に近づくとみてよい。このような事実上の推定を一応の推定という」と説明されている（新堂幸司「新民事訴訟法」第6版・619頁・2019年）。

33) 疎明と証明とは、裁判官の心証の程度を基準として区別されている。証明は、通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうることであり、疎明は、一応確からしい程度の事実の蓋然性判断であるとされている。ここで「一応確からしい」というときの「一応」は証明の程度が証明よりも低くてもよいことを意味しているが、本稿における「一応」は低い証明度は意味していない。本稿では、しばしば実務家の述べることのある「一応」という用語と紛れないよう「*prima facie*」について触れた。

を含まない³⁶⁾。それ自体高い蓋然性を含みもつものであって、しかも（同じく高い蓋然性のある）覆滅事由の主張によって覆されるという事態を否定してはいない、ということの意味するものとする。

3 法命題の真理値

こうして、次のように言うことができるようになる。法命題は一応の当為である。したがって、命法を含意しない。たとえば、命法として「被告は原告に対し100万円支払え」と言ってしまうと、これはもう取り消すことはできないが、他方、法命題は「金銭消費貸借契約を締結した借主は貸主に対し貸金を返還すべきである」という言明をしても、それが弁済により債務が消滅している場合³⁷⁾には覆されるものであることは何ら妨げられない。法命題は、命法を含意してはおらず、法的正当化が行われる文脈において部分的という性質をもつ。この法的文脈における部分性という性質によって、法命題が指図性を欠くこと、そして、法命題を使用していても、その使用者が必ずしもそれをみずから受け容れているとは限らないこと³⁸⁾、がいずれも説明される。そして、カスタンニエーダの規範理論を援用することによって法命題の真理値が肯定される³⁹⁾。カス

34) 中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕「新民事訴訟法講義」第3版・391頁・有斐閣大学双書・2018年

35) 証明度を軽減するという意味。

36) たとえば、少しだけ原告側（または被告側）に有利な状態になっている、という意味ではない。

37) そのほか、消滅時効が成立している場合など複数考えられる。

38) 先の駐車禁止の事例で言えば、ここは駐車禁止ということになっているけど、別にいいんじゃない、誰の邪魔にもならなそうだし、ここじゃ取り締まりなんてほとんど見たことないよ、という発言がなされたとしても特に矛盾した態度とは言えない。

39) 井上達夫「規範と法命題(四・完)－現代法哲学の基本問題への規範理論的接近－」349-350頁・国家学会雑誌・1987年・参照。同著「規範と法命題」289-292頁では、国家学会雑誌での内容が敷衍されている。法命題の意味論的構造 (the semantic structure of propositions of law の頭字略号 SS・PL で表記) は次のように規定されている。「〈SS・PL〉法命題は、当該社会の法的な正当化の文脈に相関的な一定の正当値を一定の命法に帰するメタ言明の、対象言語における写像である」とされている。

ニエーダが規範的思考について述べているように⁴⁰⁾、命法がもつ形式的 (formal) な性質⁴¹⁾のため、抽象的になりがちな思考に取って代わって (deputizes) 具象化された複写物 (facsimile) を作り出す、あたかも「挿絵」入りの思考 (pictorial thinking) こそ、規範的思考 (deontic thinking) にほかならないとすれば、確かに、抽象的に考え続けるは困難で、集中力や注意力、努力を要求するので、命法 (という抽象的なもの) が具象化されて映し出された写像、あるいは、見取り図、スキーマ、ないしはイメージのようなものを手に入れることができれば、規範に関する実践的な思考を円滑 (smoothness) にすることができるであろう。実務家⁴²⁾にとっても、規範の概念枠組み (conceptual framework) の中にそのような疑似経験的「挿絵」(quasi-empirical “picture”) のようなものが入っていてくれれば規範的な思考をするのに非常に役に立つに違いない。

そして、法命題が真理値をもつという点については、次のとおりである。すなわち、法命題は法的事態を記述する。法的事態とは、人々の間の一般的または個別的な法律関係のことである。この法的事態とは、当該社会の法的な正当化の文脈における様々な命法の正当値に関する事実が、行為と行為主体の間、及び行為主体相互の間の関係のレベルに投影されたものである。命法の正当値とは、命法特有の意味論値である。命法の正当値は正当化の文脈に相対的であり、たとえば、与えられた正当化の文脈を C とし、文脈 C に対応する目的を E とすれば、命法「X、A せよ」は、X による A の遂行が E の達成を促進するとき、かつ、そのときにのみ、C において正当、ということになる。このような命法の正当値に関する事実が、行為と行為主体間、及び、行為主体相互間に対して投影されたものが、法的事態である。法的事態は、判断主体の意欲・願望から独立に存立し得るという意味で客観的な事実である。こうして、法命

40) Hector-Neri Castañeda, 「*Thinking and Doing The philosophical Foundations of Institutions*」 345 頁・D.Reidel 1975, 1982 年

41) Substantial でないという意味と考える。

42) 私も含む。

題が、法的事態に合致（対応）していれば真、反すれば偽、ということになり、真理値をもつと考えることができる。

カスタニエーダの分析が、命法に帰属する意味論値の反映として、規範的事態とも呼ぶべき一種の「柔らかな」事実の客観的ないし間主観的な存在性格を説明し、これとの対応関係によって規範が文字通りの意味で真理値を有すること指摘していることは重要である⁴³⁾。カスタニエーダの理論においては、当為の本質はもはや指図性ではなく、むしろ、ある正当化の文脈における命法の正当値に関する意味論的事実の対象レベルへの写像としての規範的事態を記述するという性格にある。したがって、真理値をもつことは当為一般の属性の一部である⁴⁴⁾。こうして、法的三段論法の大前提にも真理値はあると考える。

IV 批判と応答

1 規範命題と事実命題の中間という批判

この大前提（法命題）の真理値を導く規範的事態ないし法的事態⁴⁵⁾について、これをもって「柔らかな事実」と呼び、物理的事実（「堅い事実」）とは区別されて論じられている⁴⁶⁾。すなわち、法的事態は物理的事実ではないことになる。

この点、このような法命題概念に関する考え方について、規範命題と事実命題の二分法を前提とし、その中間に独自の領域を築こうとする穏健なりーガリズムと評する見方がある⁴⁷⁾。これは根源的規約主義（radical conventionalism）の立場からの批判である。次のとおりである。「法は客観的に存在したり、そ

43) 井上達夫「規範と法命題(三)－現代法哲学の基本問題への規範理論的接近－」818頁・国家学会雑誌・1986年、同著「規範と法命題」167頁・木鐸社・2021年

44) 井上達夫「規範と法命題(四・完)－現代法哲学の基本問題への規範理論的接近－」348頁・国家学会雑誌・1987年、同著「規範と法命題」289頁・木鐸社・2021年

45) 以下、単に「法的事態」という。

46) 井上達夫「規範と法命題(四・完)－現代法哲学の基本問題への規範理論的接近－」349頁・国家学会雑誌・1987年、同(三)818頁、同著「規範と法命題」292頁、167頁・木鐸社・2021年

47) 大屋雄裕「法解釈の言語哲学」クリプキから根源的規約主義へ・iii頁・2006年

の命ずるところが客観的に導かれたりするものではない。」「法が扱い、あるいは積極的に作り出す現実とは、世界の物理的な・自然な・あるいは本質的な存在と照らし合わせてその正否を判断されるようなものではない。」「法解釈とは、どこか世界に我々の行為と離れて存在する正解を見つけ出すための手法ではなく、法的な現実を作り出す我々の行為なのである。」⁴⁸⁾ こうして、「そもそも法はその全体が擬制的な・人工的なものではないか」と疑問を呈するのである⁴⁹⁾。

確かに、もし、法が、もともと、その全体が擬制的なもので、人工的なものであるとすれば、それが客観的な事実⁵⁰⁾に対応（合致）しているどうか⁵¹⁾などと論ずることは、その問題の立て方自体が不適切なものと言えるだろう。まさに、法が扱い、あるいは積極的に作り出す現実とは、世界の物理的な・自然な・あるいは本質的な存在と照らし合わせてその正否を判断されるようなものではないからである。これは法命題に真理値はあるかという課題設定自体を否定的に見ることになると思われる⁵²⁾。

48) 「解釈」という用語について、同書〔大屋2006：1注1〕は、「法文の意味を理解し確定する段階を「解釈」と呼び、それに対して具体的な事件にそれをあてはめていく作業（裁判官の判決作成過程）を「適用」とする用語法もある。」としたうえ、「両者を明確に区別することに大きな実益はなさそうに思われる。」と述べる。そして、「従って本書では上記各過程を包含する概念として通常「解釈」を使うこととし、特に必要のある場合にのみ区別して論じることとする。」としている。すなわち、同書でいう「解釈」は、その区別が記されない限り、法文の意味を理解し確定する過程と、具体的な事件にそれをあてはめていく過程を包含する概念として使用されている。

49) 前掲・大屋・ii頁

50) 物理的事実・堅い事実・自然・本質的な存在など。

51) 事実に対応（合致）していれば真（実）、反すれば（虚）偽など。

52) 論理学の三段論法は大前提と小前提とがともに「真」であるとき結論も「真」になるという推論であるから、もし、法的三段論法が、その大前提についてそもそも真偽を問うことができないものだとなれば、論理学の三段論法と法的三段論法とのギャップは大きくなると思われる。法的推論に論理則の適用はない、という結論さえ導かれ得るであろう。

2 「世界 (universe)」と「世の中 (world)」

ところで、この批判の言うところの「世界」とは、何を意味しているのだろうか。「世界の物理的な・自然な・あるいは本質的な存在」あるいは「どこか世界に我々の行為と離れて存在する」(傍点は筆者が付した)と述べているので、これはおそらく自然科学の対象となる領域のことを指しているものと思われる。ここでは、この自然科学の対象領域⁵³⁾のことを「世界 (universe)」⁵⁴⁾と呼ぼう。そして、「世界 (universe)」を含み、あらゆるものを包含する (all-encompassing) 領域を仮に「世の中 (world)」と呼んで「世界 (universe)」とは区別しよう^{55,56)}。ごく素朴に考えてみて、自然科学の対象とはならない領域が「世の中 (world)」にはあるように思われるからである。

3 自然種と概念依存的性質

もし、法が「世界 (universe)」に属しないとすれば、法的三段論法において、大前提は「世界 (universe)」の中の事柄を意味しないことになり、他方、小前提のほうは「世界 (universe)」の中の事柄を意味することになるであろう。規約主義によれば、法とは規約 (convention) である。言い換えれば、法実務家が慣例的に従っているもの、法実務家の意見が一致しているものが法である⁵⁷⁾。大前提では、そのような確立された法的規約が存在するかどうかが問題にされる⁵⁸⁾。自然科学が取り扱う自然種 (natural kind) の性質は、われわれ

53) Domain of object

54) 純粹に自然の秩序 (the purely natural order) と言ってもよい。

55) Markus Gabriel 「*Neo-Existentialism*」10頁・Polity・2018年

56) I distinguish between *the universe* and *the world*. 新実存主義 (Neo-Existentialism) の立場から world と universe の区別が述べられている。

57) 瀧川裕英・宇佐美誠・大屋雄裕「法哲学」280頁・有斐閣・2014年

58) 「規約主義は、裁判官に次の二つのことを要求する。第一に、確立された法的規約が存在するならば、裁判官はそれを尊重すべきである。そうすることが、人々の期待を保護することにつながるからである。第二に、法的規約が存在しないならば、裁判官は裁量を行使すべきである。」(前掲・瀧澤ほか・280頁)。

が知るより前に、あるいはわれわれが理解できなくても、そこに備わっていると考えられる。自然種とは規約による分類によらない、自然のなかに実在するとされる事物のカテゴリーである。たとえば、水について言えば、タレスの時代にも水は H_2O であったし、今もそうである。たとえタレスが水をいたるところにみられる実体であるとみなしていたとしても、水の性質が変わるものではない。人類の水に対する知識が深まっても、水が H_2O であるという事実は揺らぐものではない。人が水について知っても、その性質が変化することはない⁵⁹⁾。このような自然種⁶⁰⁾の総体が「世界 (universe)」であるとすれば、規約としての法は「世界 (universe)」に属するものではなくなるであろう。法実務家（裁判官、検察官、弁護士など）の意識が変われば（規約たる）法も変わるであろうからである。この（規約）ような意味での法は、ほぼ純粋に概念依存的性質を有するとみられる。

4 法的事態の属するところ

では、法的事態はどうか。これは「世界 (universe)」に属するのであろうか。法的事態は、上述のとおり、人々の間の一般的または個別的な法律関係のこと

59) 水が、液体、固体、気体という状態をとりながら、なおも統一性を有する物質であることが判明したとき、ある意味、衝撃的であったかもしれない。しかし、それでも水の性質は変わらない。同様のことは、DNA が螺旋構造をしていること、4種類のヌクレオチドからなること、などにも言える。自然的事実とは人の認識から独立している。

60) Gabriel は自然種 (natural kind) を次のように説明している。A natural science is a science whose objects are natural kinds. A natural kind is an object that does not change its properties by being thought of in a different way. Natural kinds are real patterns we find as we carve nature at its joints. [Gabriel 2018 : 83] (自然科学とは、自然種を対象とする科学である。自然種は、(人が) 違う考え方をすることによって、その性質が変化したりはしない対象のことである。自然種とは、自然をその接合部で刻み出したときに現れる実在の種である)。すなわち、自然種は、われわれ (人) の (都合に) 合わせて、刻み出されたようなものではない、いわば石から刻み出された彫刻のような形をしているものではない、という趣旨と考える。最善の刻み方をするところこそ、いわゆる「自然科学」だ、という意味と考える。The best way to do this is what we call “natural science.” (前掲 Gabriel 「*Neo-Existentialism*」 83 頁・2018 年 (最善の刻み方をするところがいわゆる「自然科学」である。))

であり、当該社会の法的な正当化の文脈における様々な命法の正当値に関する事実が、行為と行為主体の間、及び行為主体相互の間の関係のレベルに投影されたものであった。法的事態は物理的事実（「堅い」事実）ではなく「柔らかな」事実⁶¹⁾とされるが、この「柔らかな」事実はどこに属しているのであろうか。

結論としては、「世界 (universe)」と「世の中 (world)」にまたがっているのではないかと考える。法的事態は行為ないし行為主体が対象であるところ、行為には主観面と客観面があり、主観面は「世界 (universe)」からはみ出している⁶²⁾と考えられるからである。行為主体は、物理的な法則が支配する無生物や、生物学的パラメータによって突き動かされる生物であふれた「世界 (universe)」にただ溶け込んで生きているものではない⁶³⁾。行為主体の主観面⁶⁴⁾は、自然科学の研究対象になじまず⁶⁵⁾、「世界 (universe)」の内部にあるとは言えないであろう。ただ、行為者の主観面の全部が「世界 (universe)」の外側にあるのではない。行為の主観面を基礎づける基礎的条件は一部「世界 (universe)」に属している。行為を選択する主体なるものを可能にするため物

61) 客観的ないし間主観的な存在であること

62) たとえば、殺人未遂の故意は現実を超過した内心傾向と言える。

63) 地球は巨大な動物園ではない。そこには、善悪や、すべきこと、すべきでないことを考慮して行為を選択している主体も存在していると考えられる。

64) たとえば、故意とか、目的とか、意識面、精神面など。主観面を指す語彙 (mentalist vocabulary) によって拾い上げられる多様な対象。もっとも、同じ語彙 (たとえば「意識」) が使用されていても、医療機関のカルテの記載にジャパンコーマスケール (JCS) の記号とともにしばしば用いられる「意識清明」という用語は「世界 (universe)」に属するものを指す心的語彙にあたると考える。このように心的語彙には (この「意識 (清明)」という用語のように) 自然種を拾い上げる用法も含まれている。そのほか、たとえば Giulio Tononi の意識の統合情報理論 (Integrated information theory of consciousness/IIT と略される) の「Φ (Phi)」という単位によって測定される「意識」も「世界 (universe)」に属しているものを指す用法のように思われる。素朴に見て、意識 (の謎) を解明しようと意欲している Tononi 氏自身が有する意識を Φ という単位で経頭蓋磁気刺激法と脳波計によって測定できるとは思えないのである。

65) 再現可能な実験など、方法論的に見ても、自然科学にはなじまないように思われる。

理的に必要な条件がある。ある種の脳組織があり神経系が機能していることが必要である。たとえば、身体的に意識が清明な状態を維持できなければ(行為の)目的をもつことはできないであろう⁶⁶⁾。他方、行為の客観面については、これは「世界 (universe)」に属するであろうか。これも一部と言わざるを得ない。行為には不作為も含まれているからである。たとえば、自然科学者は不作為の過失行為を発見することはできないであろう。

このように、法的事態が「世界 (universe)」と「世の中 (world)」にまたがっている以上、これと対応 (合致) するかどうかが問題とされる法命題ないし法 (規範) に関する考え方も、これを研究対象とする法哲学 (の問題領域のひとつである法律学方法論) も「世界 (universe)」との関係性を切り離すことはできない。むしろ、法律学方法論は「世界 (universe)」の一部と「世の中 (world)」の一部にまたがる領域を対象領域としていると考えられるのである⁶⁷⁾。

こうしてみると、上述の法命題概念に関する考え方は、規範命題と事実命題の二分法を前提としその中間に独自の領域を築こうとしていたのではなく、その対象領域がもともとそこにあったことを正面から捉えていたのではないかと思われる。

66) たとえば、行為能力に関する民法の規定には「精神上の障害により事理を弁識する能力」という表現が使われているが、前半の「精神上の障害」は自然科学の対象となる領域 (具体的には専門医の診断結果が必要とされる部分) に属し、後半の事理弁識能力については法的評価の領域に属するとみることができる。すなわち、この行為能力という用語の意味は、「世界 (universe)」と「世の中 (world)」にまたがっていると考えられることができる。

67) 国際法の分野においてであるが、慣習国際法の成立には諸国家の一般的な慣行という事実的要素と、それを法として認める「法的信念」という心理的要素の2つの要素が必要とされてきている (北海大陸棚事件 /the international Court of Justice 1969. 2. 20. North Sea Continental Shelf Cases 参照)。後者の要素については、国家に心理的要素を求めるのは虚構であるとか、慣習法成立の要件として、それが法として成立する以前の段階において法的信念を措定するのは矛盾しているとか、さまざまな批判が行われてきたものの、いまだに、慣習法の成立要件から法的信念を除くことはできていないと解されている (松井芳郎ほか・国際法・第5版・有斐閣・24-25参照)。

5 位置づけ問題

それでは、そことはどこなのか。仮にすべてを含む世界（「世の中（world）」）というものがあるならば、そのどこかには位置づけられることになるはずである。これを本稿では「位置づけ問題」⁶⁸⁾と呼ぼう。しかしながら、すべてを含むという世界像は自然科学の進展によって生まれてきたのではなく、神が世界を創造したという宗教観が、科学革命（the scientific revolution）⁶⁹⁾の以降もその残滓として（中身がそっくり自然科学によって取って代わられた「器」ないし「概念装置」として）生き残ってしまったものではないかと思われる。もし、そうだとすれば、位置づけ問題はなくなることになる。すべてを含む全体というものが想定されなくなるからである⁷⁰⁾。

6 世界の究極的構成要素

カスタンニエダの言う規範的事態（deontic properties）⁷¹⁾については、次のような指摘がなされている。「最後に、規範的事態の特徴的構成要素である規範的な性質・関係に、客観的存在性格を承認しながら、それが絶対的な性質・関係ではなく、世界の究極的構成要素ではないとするカスタンニエダの見解は、一見奇異に思われるかもしれない。これを理解するには、例えば、化学の物理学への還元の問題を想起すればよい。この還元が完全に成功したとき、すべての化学的タームは、それらを含むあらゆる言明が、それらを全く含まない物理

68) たとえば、「世の中（world）」を「世界（universe）」に還元し、「世界（universe）」を対象としない研究に学問としての資格はないと考えるとすれば、位置づけ問題をクリアできない研究は学問としての資格はない、という言い方が可能になるであろう。たとえば、法学が法的事態を対象領域とし、法的事態が「世界（universe）」と「世の中（world）」にまたがっているのであれば、それは「世界（universe）」を超えてしまっているので、法学には学問としての資格は（一部しか）ない、という立論となり得るであろう。

69) Markus Gabriel・Why the World Does Not Exist・Polity 2015・99頁

70) 仮にそのようなものを想定すると、神が自然科学の対象領域（いわば客観世界というもの）を創設したことになってしまう。

71) 前掲 Castañeda 342頁・185頁

学的言明に、論理的にまたは意味上還元されることにより、少なくとも原理上除去可能なものとなろう。このとき、これらの化学的タームが表現・指示する化学的性質や化学的 entity は、世界（傍線筆者）の究極の構成要素ではないことが示されたと言ってよい。しかし、このことは、これらのタームが、もはや何ら客観的な性質や entity を表現・指示しなくなったということを意味しない。例えば、「酸性」という語は、還元の成功の後も、他のより基本的な要素に分析可能であるが、なお客観的と呼び得るような、ある性質を依然として表現していると言って差し支えない。⁷²⁾ ここで言うところの世界とは、本稿でいう「世界 (universe)」と重なってくると思われる。たとえ「世の中 (world)」の出来事が「世界 (universe)」に還元されると仮定しても、「世の中 (world)」における規範的事態を意味する語彙はなお客観的と呼びうる性質を表現していると考えることができるからである。しかし、次に述べるとおり、おそらく「世の中 (world)」がすべて「世界 (universe)」に還元されることはないであろう。

7 穏健な自然主義

自然科学の成果に基づいて哲学と科学の連続性を主張する考え方を、ここでは「自然主義」と呼ぼう。この考え方のうち、穏健な自然主義 (reasonable naturalism) は、存在するものすべてが自然種 (natural kind) へと還元可能であるとは考えないし、行為の主観面ないし行為主体の精神面が自然科学の進歩とともに次第に解明されやがては消え去って行くだろうとも考えない⁷³⁾。このような穏健な自然主義が実在に関する広い哲学的視野の中に組み込まれるとすれば^{74, 75)}、上述の穏健なリーガリズム (moderate legalism) はこの穏健な自然主義と馴染みやすいであろう。法的事態が世界の究極の構成要素すなわち「世

72) 前掲・井上「規範と法命題(三)」828～829頁。同著「規範と法命題」178頁・木鐸社・2021年。同書では「差し支えない。」のあとに、さらに「同様に、規範的な性質・関係が、カスタニエータが想定するような理想的な可能的事態を記述する偽なる〈である〉一言明や、あるいはまた、何らかの根本原理を表現する命法に還元する分析が成功したとしても、規範的な性質・関係が客観的存在性格を失うわけではない。」と敷衍されている。

界 (universe)」にまで還元できるとは考えないし、科学の進歩によりいずれ消え去るときが来るとも考えない。確かに、自然の観察者としてのわれわれに立ち現れる事物と、自然それ自体とを区別することはできる。前者を「現れ (appearance)」、後者を「實在 (reality)」と呼ぼう。現われを意味する語彙と實在を意味する語彙をそれぞれ厳密に分けて行くとすれば、その区別はあるところで成り立たなくなってくる。たとえば自意識についてである。行為主体性 (行為者の主観面、意識、精神、心、mind、spirit、geist など) は何らかのレベル (on some level or another) で現れが實在なのである。この行為主体の主観面は歴史や制度と繋がっており⁷⁶⁾ 絶えず変化しながら非自然的な文脈に組み入れられて来ている。それゆえ、事実を記述する文と法的事態を記述する文との間の意味論的ギャップは堅い事実から柔らかな事実まで連続するどこかに (そのときどきの自然科学の成果に応じて) 揺れ動きながら位置し、そのギャップ

73) 例えば、人類には啓蒙の時代を経て発展してきた輝かしい科学的な知見があるが、にもかかわらず、いまだ無窮の宇宙に関しては無知同然と言わざるを得ない状態にあることを正面から受け止めつつ、いまだ科学で解明されていない対象や法則を受け入れるようになり得ることを想定しながら (例えば、天動説から地動説への大転回や、DNAの二重螺旋構造の判明／家系を貫く類似性が物理的な法則に従っていたことなど)、いずれ人の精神面も自然の秩序に属するものとして解明されるときがきっと来るであろうというロマンに浸ることはないという態度である。

74) 前掲・Gabriel・Neo-Existentialism・4頁、7頁参照

75) 同書は、(1)Jocelyn Maclureによる序論と、(2)これに続くMarkus Gabrielによる論考、(3)同論考に対するCharles Taylor、Jocelyn Benoist、Adrea Kernらによる意見、そして、(4)序論を含め、これらの意見に対するMarkus Gabrielの応答 (Replies) という構成になっている。序論においてJocelyn Maclureは「I myself inclined to think that, given the extraordinary explanatory power of the natural sciences, what we might call 'reasonable naturalism' should be worked into a broader philosophical view of reality. (自然科学の並外れた説明力が与えられ、いわば『穏健な自然主義』と呼ばれ得るものを、より広い實在に関する哲学的視野の中に組み入れるべきという考えに私自身傾斜した。)」と述べている。また、Markus Gabrielは「Having said that, I surmise that the spirit of the project is perfectly compatible with a reasonable naturalism… (そうは言っても、プロジェクトの精神は穏健な自然主義と完全に両立するものと推量する。)」と応答し、自身の企てが穏健な自然主義と完全に両立する旨述べている。

がなくなることはない⁷⁷⁾と考えられる。

まとめ

こうして、法的三段論法における「大前提」は法的事態を記述する命題であり、「小前提」は事実を記述する命題であり、いずれも⁷⁸⁾真理値を有し、「結論」部分については真理値ではなく命法独自の意味論値（正当値）を有する、と考える⁷⁹⁾。「大前提」を構成する法命題は、それが規範的事態ないし法的事態に対応（合致）していれば真、「小前提」を構成する事実主張は、それが証拠から認められる具体的事実に対応（合致）していれば真、そして、この2つの前提から「結論（判決、主文）」が導かれる、という推論が法的三段論法である。

大前提を構成する命題は一応の当為であり、法的正当化が行われる文脈において部分的という性質をもつ。その部分性は覆される余地を残すが覆滅させる主張がなされない限りはそのまま結論を導くことができる（ほどの部分的単位性をもっている）⁸⁰⁾。構成的に解釈された法命題であっても、それが法的事態

76) ここでは、行為者の主体性は、頭蓋骨内に閉じ込められているのではなく、その外側の人類の歴史や制度と関係性を保っているという意味である。封建社会や身分制度の中における主体、自由を中心とするリベラルな社会での主体、学問の自由が保障された制度における研究者、大きな戦争後に平和主義を信奉する人々など、主体性は歴史や制度との関わり合いを断つことができないと思われる。

77) 科学の進歩により、行為主体（主観面）を含む法的事態が自然科学の対象領域たる世界（universe）にすべて還元されるときは来ない、と考えるものである。

78) ここでは、「命題」と呼んでいるので、真偽を問えるものであることは、あらかじめ含意されてしまっているが。

79) 訴訟上の請求は、一定の権利主張、すなわち権利・義務または法律関係の存否の主張であり、原告は審理の形式（給付・確認・形成）も明らかにしなければならない。このことと命法との関係については本稿では触れていないが、いずれの形式でも命法に含まれると解することになると思われる。確認訴訟の主文では、たとえば「…を確認する」という宣言になり、形成訴訟の主文は、たとえば「…を離婚する」という宣言となる。典型的な命令文の形式ではないが命法に含まれると解される。たとえば「…を確認する。」のあとに「裁判所が確認したことを前提にして行為せよ。」という含みが省略されていると見るなどである。

との関係で真偽を語ることができるものでなければならないという籠が嵌められ解釈の余地は限定的となるので、そういう意味で法解釈には歯止めがかけられることになる。実務的にはこの考え方が適切なバランスを有しているように思われる。

このように法的三段論法は論理学でいう三段論法とは異なる点がある。結論が命法であり真理値を有しないものであること、大前提が法命題を一応の当為と考えることによって法的事態との対応関係で真理値を有するものとなること、この大前提を構成する法命題の主張は覆滅可能な性質を有することなどである⁸¹⁾。したがって、法実務家のいう「論理」という言葉は論理学でいう論理とは別の意味で用いられていると考えるのが相当である^{82,83)}。法学教育⁸⁴⁾という観点から、法的三段論法をアリストテレス流の演繹論理に準えて説明するこ

80) たとえば、請求原因が抗弁によって覆され、抗弁が再抗弁によって覆されるような関係性は論理法則によって導かれるものではない。たとえば、P（要件）ならばQ（法律効果）であり（L1）、PかつR（抗弁）ならばQでない（L2）、という関係は、古典論理（classical logic）における実質含意（material implication）から導かれるものではなく、法（規範）の性質ないし法の解釈、あるいは、法命題の一応（の当為）性から導かれるものと考えられる。この点、「裁判官の視点から『適用の順序次元』を見れば、このことは自明であって、（L1）は『一応の当為（prima facie ought）』として原則を、（L2）はその例外を規定しているのであるから、（L2）が適用される事案においては、（L1）はブロックされて適用されない。論理学的に言えば、裁判官は法の適用過程において『非単調推論（non-monotonic reasoning）』を行っているのである。」と説明されている（高橋文彦「法的思考と論理」97頁・成文堂・2013年）。

81) 一応の当為と捉えることによって真理値を得ることができるが、同時に覆滅可能な性質を有することになるため、演繹論理で捉えることができなくなる。そこで、論理法則の適用を限定的に解するか、モノローグ的なものからダイアログ的なものへ移行するなど他の説明方法を検討するか（例えばトゥールミンの議論図式など）が考えられることになる。

82) 亀本・前掲注11の21頁は、「法律家は、「論理的」という言葉を、論理学者や理系の学者がいうのとは別の意味で用いている」と述べている。

83) 法実務家の観点から法的三段論を論じるものとして、京野哲也「法的思考と『法的三段論法』－実務家からみたその『論理』」・筑波ロー・ジャーナル(25)。ここでは「論理平面」という概念が用いられている。

とはある程度その教育効果を期待してのものと推測されるが⁸⁵⁾、それならば、むしろ、正面から論理学のいう論理とは少し違うものであることをことわってからのほうがよりよい効果が期待できるように思われる^{86, 87)}。

(ながしま・けんや 弁護士、筑波大学法科大学院非常勤講師)

84) 学生の成長を導く教育手法としてではなく、実務上の訓練という場面であれば、なおさら演繹とは異なること、その異なる点は何か、を指摘して説明すべきであろう。どこが違うかを明確にすれば、その適切な適用場面を示唆することにつながるからである。

85) 我が国では、「論理的でない」という表現に暗に否定的な悪い評価が含まれているように思われる。日本語の「論理的」という意味の審美性については大森莊蔵「思考と論理」130～131頁・ちくま学芸文庫・2015年の説明が参考になる。そこでは「論理的」という用語の審美的な意味に触れ、「話がきちんと整っていて歯切れがいいとか話の段取りと筋道が明確に輪郭付けられている、用語が適切明瞭で紛れがないとかいった知的に審美的な諸特性を指して論理的といっているように思われる」「この審美的な意味での論理的と先に述べた論理的との間に共通点を探すと一つある。それは共に『首尾一貫している』ということであろう。」と述べられている。このように、首尾一貫しているという審美的な意味合いを考慮し、教育の場面（過程）ではできるだけ、そのような表現を避けたいということであれば、ある程度の理解はできるものの、やはり正面から説明するほうが良いように思われる。審美的意味での論理性は論理法則に従うこととは別のことだからである（前掲・大森・132頁・参照）。

86) 拙著「争点整理と要件事実」50頁・青林書院・2017年参照

87) 高橋文彦「法的思考と論理」はしがき・i頁参照

日本相殺法概観(1)

岡 本 裕 樹

- 一 はじめに
- 二 法定相殺制度の趣旨
 - 1 簡易決済と公平保持
 - 2 法定相殺の「担保的機能」
- 三 法定相殺における権利行使要件——相殺適状
 - 1 債権の相互性
 - (1) 2当事者関係を対象とする法定相殺
 - (2) 2当事者間相殺の拡張
 - (3) 三者間相殺の原則的否定
 - (4) 三者間相殺容認論
 - (5) 「相殺権」の相互性
 - (6) 三者間相殺を議論する意義
 - 2 債権の存在
 - (1) 相殺時の債権の有効な現存
 - (2) 時効消滅した債権による相殺
 - 3 債権の同種性
 - (1) 概要
 - (2) 同種性要件をめぐる問題①——金銭消費貸借の予約の場面
 - (3) 同種性要件をめぐる問題②——債権譲渡請求権の場面
 - (4) 同種性要件をめぐる問題③——受任者の代弁済請求権の場面
 - 4 両債権の弁済期の到来（以上、本号）
- 四 相殺制限事由
- 五 差押えと相殺
- 六 法定相殺における効力発生要件——相殺の意思表示
- 七 相殺の効力
- 八 合意相殺の取扱い
- 九 若干の考察

一 はじめに

債務を相互に負っている者らがそれぞれの債務を差引清算し、残部について現実履行することを内容とする相殺制度は、日本のみならず、世界各国における私法の規律対象となっており、主に金銭債務の処理の手段として様々な場面で中核的な役割を果たしている。もっとも、一口に相殺といっても、その概念や要件、効果、あるいは保護の程度について、必ずしも一様ではなく、国ごとの特色がある。

日本法に目を向けると、平成29年に民法（債権法）が改正され、相殺法制に関してもいくつかの重要な修正が加えられている。これによる日本相殺法の変化が法解釈や法実務にどのような影響を及ぼしうるかについては、まだ定かではない。

本稿は、債権法改正後の日本の相殺法の特色を分析し、将来において指針となる法解釈の方向性や、それに伴って予想される法的問題を明らかにすることを最終目的とし、その準備作業として、現在の相殺を取り巻く法状況を整理するものである。その際、改正前後で変更のない点も確認していく。周知の事柄ばかりであり、あくまでも整理のための研究ノートである。

なお、相殺が果たす機能の真価は、紛争や相手方の倒産の場面においてこそ問われる。そのため、本稿では「相殺法」を民法505条から511条の2までの規定に限定することなく、訴訟や倒産などの関連規定を含むものとして、相殺の法的運用に関する現況を概観する。

二 法定相殺制度の趣旨

1 簡易決済と公平保持

民法の定める相殺（法定相殺）は、「債権の消滅」（第三編第一章第六節）の項目の中に置かれている。規律の順番としては、弁済の次に位置している。

このように弁済と並ぶ債権消滅原因として位置づけられている法定相殺であるが、相殺の場面における債権者は弁済の場合と異なり、現実の履行給付を受

けることなく、債権を失う。つまり、相殺は債権者からみると、債権取得当初に予定していたとおりの利益を得られないまま債権を消滅させられるという結果をもたらす。このような相殺を民法が一般的な制度として法定している趣旨については、2つの点から説明される¹⁾。

第一に、簡易決済の容認である。債務の弁済にはコストと危険が伴う。同一当事者間に同種の債権が対立して存在するとき、相互による現実の給付を省き、対当額について各債権を消滅させ、差額分の残債権のみの履行とすることで、同種給付の往復を省略させて、弁済に伴うコストと危険を減少させることが、取引の簡易・安全・迅速な処理の観点からは望ましい。このような簡略な差引清算を法定相殺が可能にしており、「簡易決済機能」などと称される²⁾。

第二に、公平保持の要請である。相互に同種の債権を保有し合っている2人の当事者が対峙している場面で、一方の当事者は債務を弁済し、他方の当事者は債務を履行しないままとなれば、弁済した当事者は責任を果たしたのに自己の債権による利益を実現できず、弁済を受領した当事者は利益を得ておきながら責任を果たさないという状況となり、両者間に不公平が生じる。法定相殺は、対当額の範囲でこのような不公平な事態を回避することも狙いとしており、これが「公平保持機能」である³⁾。

2 法定相殺の「担保的機能」

この「公平保持」の観点から、債務者に対して同種の債務を負っている債権者は、債務者が無資力となり、自己の債権について現実の満足を受けられなくなっても、対当額の範囲であれば相殺により清算を行うことを期待するのであ

-
- 1) 我妻栄『新訂債権総論』(岩波書店、1964) 316頁(以下、「我妻・新訂債総」と引用)、潮見佳男『新債権総論Ⅱ』(信山社、2017) 241頁以下(以下、「潮見・新債総Ⅱ」と引用)。
 - 2) 奥田昌道『債権総論〔増補版〕』(悠々社、1992) 569頁以下(以下、「奥田・債総〔増補〕」と引用)、磯村哲編『注釈民法(12)債権(3)』(有斐閣、1970) 375頁〔乾昭三〕(以下、「磯村・注民(12)」と引用)。
 - 3) 磯村・注民(12)・376頁〔乾〕。

り、その限りで相互の債権が消滅したものと信頼してよい。この状態で自己に対する債務者の債権が譲渡され、あるいは差押えられたりしたときに、譲受人や差押債権者からの請求を拒めないとなると、やはり自身は責任を果たさざるを得ないにもかかわらず、自己の債権を回収できない状況に追いやられる。こうした状況もまた、相殺の当事者間に不公平を生じさせていると考えられてきており、法定相殺はここでも「公平保持機能」を発揮し、一定の要件のもとで相殺の信頼と期待を保護しているものと理解されている⁴⁾。

この意味での「公平保持機能」からもたらされる帰結として、相殺の当事者は相互に、相手方の無資力の状況でも、対当額の範囲で自己の債権を実質的に回収することができ、かつ、この債権回収を相手方の他の債権者に優先して実行することも認められうる⁵⁾。これは、債務者の無資力により回収困難に陥った債権者が、自己の債務を利用して経済的な意味において優先的な満足を受けうることを意味し、こうした法定相殺の作用は「担保的機能」と呼ばれる⁶⁾。

相殺をめぐる解釈論の中で分岐点の一つとなるのが、この「担保的機能」をどのように評価するかである。相殺の実務的な意義に重きを置けば、「担保的機能」を相殺の中心的機能と位置付けて、つまりは、相殺に債権担保としての性質を見出して、他の担保制度と比較しながら相応の保護や優先的債権回収を承認する方向へと向かいやすい。これに対し、「担保的機能」は「公平保持機能」からの派生的作用に過ぎず、相殺はあくまで担保「的」に働きのうだけで、つまりは、公平保持を指向する当事者間の処理が対外的にも保障される結果、実質的に担保としての効果を副次的にもたらすに過ぎないと解すれば、「公平保持機能」が妥当する限りでのみ、結果的に「担保的機能」が現れると解することとなる。殊に、相殺可能性は債権自体に内在する事柄ではなく、反対債権を必要とする外在的な障害であり、その存在は公示を欠く⁷⁾。そうした相殺に対

4) 我妻・新訂債総・316頁以下、磯村・注民(12)・376頁〔乾〕。

5) 我妻・新訂債総・317頁以下。

6) 奥田・債総〔増補〕・570頁、磯村・注民(12)・376頁以下〔乾〕。

7) 奥田・債総〔増補〕・571頁、潮見・新債総Ⅱ・243頁。

外的効力が認められれば、第三者に不測の不利益をもたらしうるため、「担保的機能」を中心に据えた立論には古くから警戒する向きが強い⁸⁾。こうした評価態度の違いは、「担保的機能」が相殺権者にとって死活問題となる相手方無資力時での他の債権者に対する優先性を判断する際に、決定的な意味を持つ。

三 法定相殺における権利行使要件——相殺適状

1 債権の相互性

(1) 2当事者関係を対象とする法定相殺

法定相殺が可能となるのは、「双方の債務が互いに相殺に適する」状態にあるときとされる。この「相殺適状」が成立するために最も基本となる要件が、「2人が互いに債務を負担する」ことである（民505①本）。つまり、民法が相殺を容認するのは、2人の者が相互に債権を持ち、債務を負っている状況においてである。

このように、法定相殺は2当事者間の債権債務関係を対象としている。先にみた簡易決済と公平保持の契機も、2当事者関係であるからこそ妥当する。

(2) 2当事者間相殺の拡張

(a) 求償と相殺

ただし、AがBに対して α 債権を、BがCに対して β 債権をそれぞれ有するという三者関係において、相殺を対抗できる場面もある。

まず、CがBに対して有する α' 債権について、AがBと並ぶ連帯債務者、または、この債権についてBから保証委託を受けた保証人であるときに、Aが事前にBに通知することなくCに弁済等をして、 α' 債権について共同の免責を得た場合である。こうした場合に、Aによる弁済等の時点で、BがCに対して β 債権を有していれば、Aが求償債権 α の履行を請求してきた際に、Bは

8) 於保不二雄『債権総論〔新版〕』（有斐閣、1972）413頁以下、鳥谷部茂「相殺の第三者効は、現状のままでよいか」椿寿夫編『講座現代契約と現代債権の展望2債権総論(2)』（日本評論社、1991）343頁以下、潮見・新債総Ⅱ・243頁以下。

Cに対して主張しえた相殺を対抗して、求償を拒絶できる（民443①前・463①前）。

この場面では、BがCに対して主張しえた2当事者間の相殺を、Aに対して拡張的に対抗できる形になっている。このときにBがAに対して相殺を主張すれば、AはCに対して相殺により消滅すべきであった債務の履行を請求できる（民443①後・463①後）⁹⁾。このCに対するAの請求権は、Bの β 債権が相殺に供された限りでAに移転したものと解されている¹⁰⁾。

(b) 債権譲渡と相殺

次に、相殺できるはずであった債権の一方について譲渡が行われた場合である。元々Cに帰属していた α 債権をCがAに譲渡したとき、Bは一定の条件を満たすCに対する β 債権を自働債権として、Aに対して相殺を主張し、その限りで α 債権を消滅させることができる（民469）¹¹⁾。

この場面でも、B・Cという2当事者関係のままなら認められたはずの法定相殺に関する債務者Bの期待が、自身の関与なしに登場した譲受人Aとの関係において、拡張的に保護されるという構造がみられる。

(c) 債務引受と相殺

その一方で、債権譲渡に類似する債務引受に際しては、相殺の拡張は行われない。

併存的債務引受の場合、たとえば、BがAに対して β' 債権を有するときに、Cがこれと同じ内容の債務を引き受けて、これをAとともに負担することに合意し、BがCに対する β 債権を取得した場合、債務者Aと引受人Cは連帯債務者となる（民470①）。その結果、これらの者には連帯債務に関する規律が適用されることから、AがBに対して反対債権 α を有しているときにBに対して相殺権を行使できるのはAのみであり、CはBから β 債権の弁済を請

9) 中田裕康『債権総論（第4版）』（岩波書店、2020）544頁以下（以下、「中田・債総」と引用）。

10) 潮見・新債総Ⅱ・609頁。

11) 大判明治38年6月3日民録11輯847頁、最判昭和32年7月19日民集11巻7号1297頁、中田・債総〔第4版〕・656頁。

求される際にはAの相殺権を理由に履行拒絶できるのみで、 α 債権を用いた相殺の主張はできない(民439②)¹²⁾。したがって、相殺は依然としてA・B間の2当事者関係内に留まっており、三者間相殺の構造は生じない¹³⁾。

また、免責的債務引受の場合、すなわち、BがAに対して β' 債権を有するときに、Cがこれと同じ内容の債務を引き受けて、 β' 債権についてAを免責することに合意し、BがCに対する β 債権を取得した場合には、AがBに対して α 債権を有していたとしても、A・B間の相殺適状が消滅する。その結果として、CはBからの β 債権に関する弁済請求に対して、 α 債権を根拠とする相殺も履行拒絶も主張できないと解されている¹⁴⁾。先述の債権譲渡の場面では、Bの関与がなくてもA・C間で α 債権が移転するため、Bの相殺の期待を保護する要請が働くが、免責的債務引受の場面では、Cは自らAの免責に同意しており(民472②③)、Cに履行拒絶を認めるべき理由はない。また、Bとしても、免責的債務引受の効力発生には、自身とCとの契約(民472②)やA・C間の契約についての自己の承諾(民472③)が要件となるため、Aとの相殺の可能性を保持しておきたいのであれば、そうした債務引受への同意を拒めばよいことから、自らの意思的関与により効力を発生させた後にはBの相殺への期待を考慮する必要はない¹⁵⁾。これらのことから、免責的債務引受にお

12) 中田・債総〔第4版〕・708頁。

13) 債権法改正前の民法旧436条2項のもとでは、連帯債務者の一人Aが債権者Bに対して相殺できるときに、他の連帯債務者CはAの負担部分の限りで相殺を「援用」できるとされていた。この文言の解釈をめぐり、Aの α 債権を用いた相殺の権限をCに認めるものとする古い判例(大判昭和12年12月11日民集16巻1945頁)があった。これに対しては以前から批判が強く(我妻・新訂債総・412頁、潮見佳男『債権総論〔第3版〕Ⅱ』(信山社、2005)558頁、中田裕康『債権総論(第3版)』(岩波書店、2013)451頁)、CにAの α 債権の処分まで認めるのは他人の財産権への過剰な介入であり、簡易決済のためにはCに履行拒絶権を与えれば足りることから、現行の民法439条2項の規定に改訂された(民法(債権関係)部会資料67A・6頁)。保証に関する民法旧457条2項・現行457条3項についても同様(民法(債権関係)部会資料67A・25頁)。

14) 民法(債権関係)部会資料67A・40頁。

15) 中田・債総〔第4版〕・711頁。

いては、もはや A・B 間ですら相殺の可能性が消滅している。

(d) 第三者に相殺を対抗できる自働債権

こうして2当事者間の相殺を第三者に対抗できるのは、先述の求償と債権譲渡の場面となる。このうち、債権譲渡の譲受人に対して相殺を主張できる自働債権については、詳しい規律が定められている。その内容は次のとおりである。

第1に、A・C 間の債権譲渡の対抗要件が具備される前に B が β 債権を取得していた場合、B は A に対して相殺を対抗できる（民469①）。この相殺の対抗には、対抗要件具備時に相殺適状になっていたことや、 β 債権の弁済期が α 債権の弁済期よりも先であることまでは要求されていない¹⁶⁾。

第2に、Bがこの対抗要件具備の後に β 債権を取得したときには相殺を対抗できない。ただし、これには2つの例外がある。 β 債権が対抗要件具備時より前の原因（民469②一）、または、譲渡された α 債権の発生原因である契約（民469②二）に基づいて生じた場合である。もっとも、いずれの場合でも、B が β 債権を他人から取得したときには、相殺は許されない（民469②柱但）。

「対抗要件具備時より前の原因」から生じる場面の例としては、B が C の委託を受けて C の G に対する債務について保証人となり、続いて C が B に対する α 債権を A に譲渡し、この譲渡に関する対抗要件が具備された後に、B が G に保証債務を履行し、C に対して求償債権 β を取得した場合が挙げられている¹⁷⁾。

また、 α 債権と β 債権の発生原因が同じ契約であることを理由に相殺の対抗が許される場面とは、たとえば、買主 B・売主 C との間の将来の売買契約か

16) 中田・債総〔第4版〕・657頁。

債権法改正前の規定のもとでは、債務人 B による譲受人 A への相殺の対抗を認める要件をめぐり、対抗要件具備時の相殺適状や α 債権より先の β 債権の弁済期到来を要求する見解（それぞれ相殺適状説・弁済期先後説）などがあったが、判例（最判昭和50年12月8日民集29巻11号1864頁）は特殊な事案に関するものではあるものの、対抗要件具備時までに B が β 債権を取得していればよく、両債権の弁済期の先後を問わないとする立場（無制限説）を採っていたものと解されていた。

17) 中田・債総〔第4版〕・657頁。

ら生じる代金債権 α を、C が A に事前に譲渡し、対抗要件も具備された後に、B・C 間で売買契約が締結されたが、売買目的物の契約不適合を理由として C が損害賠償債権 β を取得した場合のように、未成立の契約から生じる債権について将来債権譲渡が行われた状況が想定されている¹⁸⁾。この規律の趣旨は、債務者 B の将来債権による相殺の期待を保護することをもって、将来債権譲渡後も B が譲渡人 C との取引を継続する誘因とし、この取引継続が将来債権の取得可能性を高めることで、譲受人 A の利益にも資するという環境を整えて、将来債権譲渡による C の資金調達を促進するという点にある¹⁹⁾。

第3に、 α 債権に譲渡制限が付されているときに、A がこの譲渡制限について悪意または善意・重過失であるために、B が A への履行を拒絶できる状況で、A が B に対して相当の期間を定めて C への履行を催告したにもかかわらず、その履行がなかった場合（民466④）、上2つの規律の基準時は、「対抗要件具備時」から「A の定めた相当の期間の経過時」に変更される。また、譲渡制限が付された α 債権が金銭債権だったときに、C について破産手続開始の決定があり、A が B に α 債権の全額に相当する金銭を供託させる場合（民466の3）には、基準時は「B が A から供託請求を受けた時」とされる（民469③）。

他方で、事前通知を欠く共同免責後の求償に対する相殺の対抗については、その効果に関する規定（民443①後・463①後）は置かれているものの、自働債権に関する要件を定める特別の規律は存在しない。この点については解釈に委ねられているのであろう。

(3) 三者間相殺の原則的否定

以上のような相殺拡張の場面と異なり、2つの債権が発生当初から3人の当事者関係にある場合には、相互性要件を充足することはない。A・B 間で A に α 債権が、B・C 間で B に β 債権がそれぞれ生じたという状況では、B が C か

18) 民法(債権関係)部会資料74A・15頁、中田・債総〔第4版〕・659頁。

19) 民法(債権関係)部会資料74A・14頁以下、中田・債総〔第4版〕・659頁以下。

ら弁済を得られないまま A に α 債権を履行しなければならないとしても、A にとり β 債権について何らの利害もない以上、A・B 間で保持されるべき公平性は存在しない。C による β 債権の債務不履行を理由に、A が B から α 債権の弁済を受けられないという結論を一般的に正当化する根拠はなく、これを是認することこそが A にとり不公平となるであろう。このように三者間では公平保持が要請される基礎を欠くため、法定相殺は認められない。法定相殺を見込むことができない以上、相殺による処理について法的な保護に値する信頼や期待は存在せず、当事者が両債権の差引清算による簡易決済について期待したとしても、それは事実上のものに止まり、相殺制度の保護範囲からは除外される。

なお、A が α 債権を自働債権として β 債権と相殺しようとする場面（他人の債務による相殺）では、B の立場からすると、 β 債権が本来の弁済によるのではなく、 α 債権の消滅という A の経済的損失と引き換えに消滅するという点で、代物弁済と同様の状況が存在し、また、本来の債務者 C ではなく、部外者 A の出捐により β 債権が消滅させられる点で、第三者弁済としての性質を伴う²⁰⁾。こうした三者間相殺を説明するには、代物弁済・第三者弁済のそれぞれの要件論との整合性が問われる。加えて、A が自己の α 債権の回収のために、B の β 債権を処分しているという側面もある。

さらに、C が α 債権を自働債権として β 債権と相殺しようとする場面（他人の債権による相殺）においては、他人の財産である α 債権を C が処分することとなるため、C にはそのための処分権限が必要になる。

判例は、大審院以来、三者間相殺に否定的である。破産した A 社に対して株金払込債務 α を負っていた B が、A 社の重役 C が個人的に振り出した手形債権 β との相殺を、A 社との契約に基づき主張した事案では、この手形は A 社の B に対する機械代金債務との関連で振り出されたものと B が主張したものの、大審院は相殺契約の場合であっても相互性要件を充足しなければならず、第三者が手形債務を負担した原因を明らかにする必要性はないとの見解を示し

20) 中田・債総〔第4版〕・465頁。

ている²¹⁾。また、最高裁は、BのCに対する請負代金債権 β をBの債権者Gが差押え、その支払請求を受けたCが、Gの差押え後にCの子会社AがA・B間の契約に基づきAのBに対する売掛債権 α を自働債権とした相殺をしたとの理由で、 β 債権の消滅を主張した事案において、Aの相殺は実質的にはCへの債権譲渡であると評価し、Cの相殺の抗弁を認めなかった²²⁾。さらに、CがA・Bと個別に「相殺」に関する契約を結び、このうちCはAの関連会社である状況で、Bについて再生手続が開始され、 β 債権の弁済を求められたCが α 債権と β 債権の「相殺」を主張した事案では、債権の相互性を欠くことと、再生債権者間の公平・平等な扱いを基本原則とする再生手続の趣旨に反することを理由に、Cの「相殺」は民事再生法92条1項における「相殺」に該当しないとの解釈が示されている²³⁾。

(4) 三者間相殺容認論

(a) 第三者弁済の枠組での相殺

これに対し、一定の場合に三者間相殺を容認する見解も主張されている。

一つには、Aによる α 債権を自働債権とした三者間相殺での第三者弁済性に着目して、 β 債権の弁済についてAに「正当な利益」(民法474条2項)がある場合に、この三者間相殺を容認する見解がある²⁴⁾。また、代物弁済性の点については、実質的には支払の確実な債権による代物弁済とみられるため、これに

21) 大判昭和8年7月7日民集12巻2011頁。

22) 最判平成7年7月18日判時1570号60頁。

23) 最判平成28年7月8日民集70巻6号1611頁。三者間相殺を本来的な相殺と異なるものとして把握することについては、法制審議会民法(債権関係)部会第47回会議事録34頁以下のやりとり、柴崎暁「一括清算と「三者間相殺」」比較法学51巻3号(2018)56頁以下、拙稿「ドイツ倒産法の相殺規制におけるコンツェルン差引清算条項の問題性」中田古稀『民法学の継承と展開』(有斐閣、2021)469頁以下も参照。

24) 星野英一『民法概論Ⅲ(債権総論)』(良書普及会、補訂版、1981)293頁、澤井裕『テキストブック債権総論〔補訂版〕』(有斐閣、増補版、1989)192頁、近江幸治『民法講義Ⅳ債権総論〔第3版補訂版〕』(成文堂、2009)309頁、林良平ほか『債権総論〔第3版〕』(青林書院、1996)334頁〔石田喜久夫〕(以下、「林ほか・債総〔第3版〕」)と引用)。

β 債権の債権者 B が異議を唱える理由はないとされる²⁵⁾。

もっとも、他人の債務による相殺をめぐることは、B の他の債権者と A との平等を害することの問題性が共通認識となっている。すなわち、B が無資力であるが C の資力に問題がない状況で A による三者間相殺を認めると、 β 債権に関する C の免責をもとに A が C に対する求償権を取得する結果、B から α 債権の満足を受けられなかったはずの A にとり、B の β 債権を利用して、C に対する求償権行使を介した実質的に優先的な債権回収が可能となるのである²⁶⁾。そのため、第三者弁済の枠組で三者間相殺を認めようとする際には、B が無資力ではないとの限定が付されている²⁷⁾。

(b) 物上保証人等による相殺

古くからの最有力説といえる立場の理解は、さらに限定的である。この見解は、A が β 債権を被担保債権とする抵当権等の設定された物件の所有者（物上保証人、担保不動産の第三取得者）である場合に、この物的責任から解放されるための A による相殺を認めるべきとする²⁸⁾。こうした評価はドイツ民法の規定（BGB268 条²⁹⁾など）を端緒としており³⁰⁾、A の置かれている立場の中で、単なる β 債権の弁済に関する正当な利益よりも、物的責任の負担に重点を置いている。

こうした有力説を受けて、平成 29 年債権法改正の折には、先の第三者弁済や物的責任免除のための三者間相殺について、規定の要否が論点として取り上

25) 奥田・債総〔増補〕・494 頁。

26) 加藤雅信『新民法大系Ⅲ債権総論』（有斐閣、2005）412 頁。

27) 奥田・債総〔増補〕・494 頁。

28) 我妻・新訂債総・323 頁、柚木馨〔高木多喜男補訂〕『判例債権法総論〔補訂版〕』（有斐閣、1971）494 頁、松坂佐一『民法提要債権総論〔第 4 版〕』（有斐閣、1982）277 頁、前田達明『口述債権総論（第 3 版）』（成文堂、1993）501 頁、平井宜雄『債権総論〔第 2 版〕』（弘文堂、1994）222 頁、鈴木禄弥『債権法講義（4 訂版）』（創文社、2001）411 頁、淡路剛久『債権総論』（有斐閣、2002）590 頁以下、加藤・前掲注 26・413 頁。債権法改正後にもなおこの見解を主張するものとして、潮見・新債総Ⅱ・268 頁。平野裕之『債権総論』（日本評論社、2017）437 頁（以下、「平野・債総」と引用）は、B 無資力時でも物上保証人等である A の相殺を認める。

げられた³¹⁾。しかし、先述の B 無資力時の債権者平等の問題のほか、B が A に対して反対債権 δ を有していて、 α 債権との相殺を期待していたときに、A による三者間相殺を認め、かつ、A が無資力であった場合に、B の相殺への期待が害されることが指摘され³²⁾、法制度化は見送られた³³⁾。

(5) 「相殺権」の相互性

ところで、仮に従来の三者間相殺容認論に従うと、本来的な相殺と比べて均衡を欠く関係が生まれるように映る。これらの見解では、第三者弁済に正当な利益を有する者や物上保証人等の地位にある A の立場を考慮し、他人の債務による相殺が同人に認められるべきとされる。その際、相殺の相手方となる B にも相殺権を付与することはあまり想定されない³⁴⁾。これに対し、法定相殺では、簡易決済の利便や公平保持による利益が両当事者に存在し、これらのための相殺による処理への信頼や期待の保護も双方がそれぞれ享受する。つまり、

29) BGB268 条 第三者の弁済権

①債権者が債務者に帰属している対象に強制執行を行うとき、その強制執行によりその対象上の権利を失うおそれのある者は、債権者を満足させる権利を有する。強制執行により物の占有を失うおそれがあるとき、その占有者も同様の権利を有する。

②前項の満足は、供託又は相殺によっても実行できる。

③債権は、第三者が債権者を満足させる限度で、第三者に移転する。この移転は、債権者の不利益において主張することができない。

30) 山田晟「判批」判民昭和8年度(1937)734頁以下。

31) 民法(債権関係)部会資料10-2・41頁以下、法務省民事局参事官室「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理の補足説明」(2011)157頁以下、民法(債権関係)部会資料39・65頁以下、

32) 法制審議会民法(債権関係)部会第8回会議議事録38頁以下〔三上委員発言〕。

33) 民法(債権関係)部会資料56・5頁、中田・債総〔第4版〕・465頁。この審議経過については、下村信江「第三者による相殺－事実上の優先弁済とその制限の検討」野村豊弘古稀『民法の未来』(商事法務、2014)129頁以下、森田修「「三者間相殺」論と民法・倒産法」司法研修所論集128号(2019)46頁以下を参照。

34) 民法(債権関係)部会資料39・65頁、法制審議会民法(債権関係)部会第47回会議議事録34頁のやりとり。

債権の相互性が充足される場合には、各当事者には相殺権も相互に認められることになり、この相互的な相殺権という意味でも両者には公平性が保たれている。しかし、Aにだけ相殺権を認めようとする三者間相殺容認論では、法定相殺の当事者関係から乖離して相互的な相殺権の公平性が失われ、Aのみを一方的に保護する結果がもたらされる。さらに、これを是とせず、Bによる逆相殺も認めようとすれば、別の弊害が生じる。すなわち、このときにAが相殺による処理を望まなければ、Bの逆相殺により、Aは β 債権に関する債務について、 α 債権を対象とする物上保証人と実質的に同様の責任を自己の意思に反して負わされることとなる。三者間相殺が本来的な意味での相殺とは異なると評価されるのは、「債権」の相互性を欠くために保護すべき相殺への信頼・期待が存在しないことのほかに、こうした「相殺権」の相互性・公平性の欠如という事情からも理由があると考えられる。

（6） 三者間相殺を議論する意義

とはいえ、3人の間に債権・債務が存在する場合に債権・相殺権の相互性を整えるのは、さほど難しくない。Aが α 債権をCに譲渡するか、Aが β 債権について債務引受をすれば、C・B間またはA・B間で相互性が充足される³⁵⁾。また、Aが物上保証人等である場合に β 債権についてBと保証契約を結べば、実質的な保証人としてではなく、実際の保証人として、Bとの関係で相殺適状を作り出すことができる³⁶⁾。そのため、三者間相殺については、これを否定することでの実務的な支障は僅かであり³⁷⁾、理論的関心からの議論としての性格が強い。

35) 法制審議会民法(債権関係)部会第47回会議事録37頁〔中井委員発言〕。

36) 中倉寛樹『多数当事者間契約の研究』(日本評論社、2019) 154頁以下・181頁以下、森田・前掲注33・80頁以下。

37) 法制審議会民法(債権関係)部会第47回会議事録33頁〔筒井幹事発言〕の中の大島委員意見・36頁〔岡委員発言〕。

2 債権の存在

(1) 相殺時の債権の有効な現存

次に、債務消滅事由である相殺を実行するには、相殺の意思表示の時に相殺適状が現存することを要し、つまり、相殺に供される両債権がこの時点で有効に存在していなければならない³⁸⁾。

自働債権に停止条件が付されていて、その条件が成就していない状況では、この債権は未発生であるために（民127①）、相殺はできない³⁹⁾。また、すでに消滅した債務を相殺により再び消滅させることはできないため、相殺適状が生じたものの相殺の意思表示がされないままの状況で、一方の債権が弁済・代物弁済・更改・相殺等の事由により消滅すれば、その後に相殺はできなくなる⁴⁰⁾。加えて、強制力のない債権を自働債権とする相殺も許されない。これを認めると、弁済の強制と同じ結果になるためである⁴¹⁾。

相殺の意思表示をした時に債権は存在していたが、目的債権を生じさせた契約がその後に取消しや解除の対象となった場合には、目的債権が遡及的に消滅する結果、相殺時の債権の現存性が失われ、相殺も無効となるとされる⁴²⁾。ただし、相殺が取消権者により行われた場合、これが取消し可能な行為の追認と解釈されれば、以後の取消しが許されなくなる（民122）⁴³⁾。また、解除に伴う相殺の無効については、法定解除について契約の遡及的無効を認める直接効果説の考え方が前提となっていることから⁴⁴⁾、解除の効力論次第で、解除前の相殺の効力に影響が生じないと解する余地がある。

38) 磯村・注民(12)・388頁〔中井美雄〕。

39) 潮見・新債総Ⅱ・273頁。

40) 最判昭和54年7月10日民集33巻5号533頁。

41) 我妻・新訂債総・324頁、潮見・新債総Ⅱ・295頁、平野・債総・439頁以下。

42) 大判大正9年4月7日民録26輯458頁、我妻榮『債権各論上巻』（岩波書店、1954）193頁、我妻・新訂債総・324頁、磯村・注民(12)・388頁〔中井〕。

43) 我妻・新訂債総・324頁、磯村・注民(12)・388頁〔中井〕。

44) 中田裕康『契約法〔新版〕』（有斐閣、2021）227頁（以下、「中田・契約〔新版〕」と引用）。

(2) 時効消滅した債権による相殺

(a) 民法508条の規律内容

この「債権の現存性」要件については民法508条が例外則を定めており、相殺適状後に時効消滅した債権を自働債権とする相殺が認められている。この規定の趣旨は、相殺適状となれば当事者は相殺による清算が可能となつて、目的債権について実質的に消滅したものとして時効管理に留意しなくなることがあり、そうした相殺による清算への当事者間の信頼を保護するものと解されている⁴⁵⁾。こうした理解のもとでは、本来であれば相殺の意思表示がなければ相殺による清算は実行されないところ、自働債権の時効消滅に際しては、この意思表示がなくても清算への信頼が保全されることを意味し、同条には相殺の意思表示の必要性に対する例外則としての性質も備わっているといえる。

この規定のもとで相殺による清算への信頼が保護に値する状況としては、自働債権の消滅時効完成前に当事者間に相殺適状が成立していた場合に限られている。そのため、すでに消滅時効が完成した他人の債権を譲り受けて、これを自働債権とする相殺を主張しようにも、時効完成時には債権の相互性を欠くことで相殺適状が存在していないため、民法508条は適用されない⁴⁶⁾。また、後にみるように、相殺適状には両債権の弁済期の到来が要件とされるところ、自働債権の時効消滅時に受働債権の弁済期が到来していなければ、たとえそれまでに受働債権に関する期限の利益を放棄して相殺適状を創出することが可能であったとしても、この放棄がその時点までに実施されていなければ、まだ相殺適状は成立していなかった以上、相殺による清算への正当な信頼も存在していなかったと評価され、受働債権の弁済期後の相殺は認められていない⁴⁷⁾。つま

45) 我妻・新訂債総・325頁、磯村・注民(12)・389頁〔中井〕・423頁以下〔乾〕、潮見・新債総Ⅱ・277頁、中田・債総〔第4版〕・469頁。

46) 大判昭和15年9月28日民集19巻1744頁、最判昭和36年4月14日民集15巻4号765頁、磯村・注民(12)・389頁〔中井〕・425頁〔乾〕、奥田・債総〔増補〕・574頁、林ほか・債総〔第3版〕・336頁〔石田〕、潮見・新債総Ⅱ・279頁以下、中田・債総〔第4版〕・469頁。

47) 最判平成25年2月28日民集67巻2号343頁、潮見・新債総Ⅱ・273頁。

り、同条の規律は、相殺適状後の当事者に早期の相殺の意思表示による清算の確定や自働債権の時効管理を免れさせるものではあるが、消滅時効完成前に相殺適状を整えて相殺権を取得する努力を怠った者までその保護範囲に含めるものではないと解されていることになる⁴⁸⁾。

(b) 民法508条の適用問題①——連帯保証の場面

こうした民法508条の適用範囲をめぐるのは、さらに2つの議論がある。

その1つは、Yに対するXの α 債権についてBが連帯保証をし、Bに対するXの保証債権 α' が存在する一方で、BがXに対して β 債権を有しているという状況で、X・B間で相殺適状が成立した後に、Yが α 債権の消滅時効を援用した場合、XはBに対する α' 債権を自働債権とした相殺により、同条に基づき β 債権の責任を免れることができるかという問題である。古い判例には、Xの清算への信頼をなおも保護して、相殺を認めたものがある⁴⁹⁾。しかし、学説では、この場面での α' 債権消滅の原因は消滅時効ではなく、保証債務の附従性によるものであることを理由に、同条の適用を否定する見解が有力である⁵⁰⁾。

(c) 民法508条の適用問題②——消滅時効以外の期間制限の場面

もう1つは、XがYに対して α 債権を、YがXに対して β 債権をそれぞれ有している状況で、相殺適状成立後に α 債権が消滅時効以外の期間制限を受ける場合である。債権法改正前には特に、担保責任による代金減額請求権や損害賠償請求権の期間制限（民旧564・566③）を除斥期間と解する立場を前提に、民法508条の類推適用が議論されていた。

大審院の判決には、同条は消滅時効に関する規定であるとの限定的な解釈により、Xによる相殺を否定したものがあり⁵¹⁾、学説には、早期の紛争解決の必

48) 平野・債総・441頁は、これに反対し、期限の利益の放棄による「相殺しうる期待」が成立していれば、民法508条を適用すべきとする。

49) 大判昭和8年1月31日民集12巻83頁。

50) 我妻・新訂債総・325頁、磯村・注民(12)・390頁〔中井〕・425頁〔乾〕、林ほか・債総〔第3版〕・336頁〔石田〕、潮見・新債総Ⅱ・280頁、平野・債総・441頁。

要性を重視して、これを支持する見解があった⁵²⁾。これに対して、 α 債権が売主 Y に対する損害賠償請求権の場合に限り、相殺による清算への信頼を保護する民法 508 条の趣旨を優先し、代金債権 β との相殺を認める反対説もあった⁵³⁾。また、最高裁は、大審院の判例を変更して、請負契約での瑕疵修補に代わる損害賠償請求権（民旧 634 ②前）と請負代金債権との相殺について、民法旧 637 条 1 項の期間制限を除斥期間と解する立場をもとに、民法 508 条の類推適用を肯定している。その理由として、損害賠償請求権のもととなる目的物引渡義務と請負代金支払義務とが対価的牽連関係に立つこと、ならび、瑕疵修補に代わる損害賠償請求権が実質的・経済的に請負代金を減額し、請負当事者の相互の義務の間に等価関係をもたらし機能を有することが挙げられている⁵⁴⁾。

現行法でいえば、契約不適合に基づく各種権利の期間制限（民 566・637 ①）について、同じ議論が当てはまる。この期間制限は、間接義務としての通知義務を買主に課し、一定期間内の義務の履行を怠った場合に契約不適合に基づく権利を失わせるものとされる⁵⁵⁾。また、その趣旨については、履行完了に対する売主の期待の保護、目的物の使用や経年劣化により不適合の認定が困難になることの回避、ならびに、長期間経過後の追完に係る売主の費用負担の増加の防止という観点から、早期の法律関係の安定化を目的とするものと説明されている⁵⁶⁾。もっとも、少なくとも修補に代わる損害賠償請求権や代金減額請求権

51) 大判昭和 3 年 12 月 12 日民集 7 卷 1071 頁・評論全集 18 卷民法 431 頁、磯村・注民(12)・426 頁〔乾〕。

52) 我妻・新訂債総・326 頁。

53) 柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』(1963) 360 頁以下、柚木馨＝高木多喜男編『新版注釈民法(14) 債権(5)』(有斐閣、1993) 409 頁〔柚木馨＝高木多喜男〕。ただし、柚木説は、期間制限を出訴期間としての除斥期間との見解を前提としている。

54) 最判昭和 51 年 3 月 4 日民集 30 卷 2 号 48 頁。この判決を支持するものとして、中井美雄「判批」民商 75 卷 6 号(1977)981 頁以下、坂本武憲「判批」法協 94 卷 12 号(1977)118 頁以下。

55) 潮見佳男『新契約各論 I』(信山社、2021) 180 頁、同『新契約各論 II』(信山社、2021) 247 頁以下。

(民563・559)は不適合部分の履行に代わるものであり、代金債権との対価的牽連性を実質的に引き継ぐものと解される⁵⁷⁾。このような理解から最高裁の判例に倣い、双方の債権の差引清算による処理への信頼を保護すべきとの評価も可能である。ただし、こうした相殺の優先は、損害賠償請求権と代金減額請求権についても明示的に期間制限を設けている条文の文言に反する。これらのことから、この問題については、債権法改正後も議論の余地があるものと解される⁵⁸⁾。

なお、同様の解釈問題は、使用貸借・賃貸借・寄託に係る民法600条1項・622条・644条の2第1項をめぐっても生じうる⁵⁹⁾。

3 債権の同種性

(1) 概要

続いて、民法505条1項の文言から明らかなように、相殺に供される債権は「同種の目的」を有していなければならない。給付内容を異にして対立する債権の清算は、代物弁済(民482)か、もしくは相互的な免除(民519)を行うこととなる。

56) 森田宏樹「売買における契約責任－契約不適合に基づく担保責任の意義」瀬川信久ほか編『民事責任法のフロンティア』(有斐閣、2019) 278頁以下、中田・契約〔新版〕・317頁・512頁。民法(債権関係)部会資料75A・23頁も参照。

57) 沖野眞巳「判批」法教204号(1997)133頁、滝沢津代「判批」判評465号(1997)29頁。

58) 平野・債総・441頁以下。

なお、民法旧637条1項では、目的物引渡し時から1年以内の権利行使が要求されていたところ、除斥期間に服する権利行使は裁判外のものであっても権利が保全されると解するのが判例の立場であった(大判昭和8年2月8日民集12巻60頁〔民旧600関係〕、大判昭和10年11月9日民集14巻1899頁〔民旧564関係〕、最判平成4年10月20日民集46巻7号1129頁〔民旧566③関係〕)。他方で、前掲注54の最判昭和51年は、注文者側は不良品発見の都度にその事実を請負人に通知していて、これによる損害を被ればその賠償を求める意思を表示していたが、実際の損害賠償請求権の主張と相殺の意思表示が除斥期間後であったとの事実認定をもとにしている。こうした事実関係を現行法に照らせば、この事件の注文者の主張が民法637条1項の期間制限を理由に排斥されることはない。

59) 磯村・注民(12)・426頁〔乾〕参照。

支払通貨の異なる金銭債権は、厳密には同種性について問題があるものの、為替市場における相場などにより換算して差引清算が可能であれば、相殺が可能とされている⁶⁰⁾。また、この同種性要件は、双方の債権の給付対象が同じ種類であれば充足され、履行地などの場所関係は、通常であれば給付の觀念に含まれない。そのため、履行地の異なる債権の相殺は同種性要件に反するものではないが、民法は注意的に、そうした相殺の許容性を規定している（民507前）⁶¹⁾。ただし、この相殺により損害が生じれば、相殺をした当事者が相手方に対して賠償義務を負う（民507後）。

（2）同種性要件をめぐる問題①——金銭消費貸借の予約の場面

こうした同種性要件が争われる事件は近時見当たらないが、古い判例には、この要件の不充足を理由に相殺を否定したものがいくつかある⁶²⁾。

まず、金銭消費貸借の予約が締結された事案がある。この予約に基づき、XがYに対する予約完結権を行使すれば、XはYに対して、契約を成立させるために貸主として約定した額の金銭支払を請求する権利 α を得ることになる。この状況でYがXに対して金銭債権 β を有していたときに、Xが α 請求権と β 債権とを相殺しようとしても、大審院はこれを認めなかった。 α 請求権に係るYの義務は消費貸借の成立を目的としており、金銭支払ではないというのがその理由とされている⁶³⁾。

60) 潮見・新債総Ⅱ・271頁。

61) 磯村・注民(12)・421頁〔乾〕。

62) 磯村・注民(12)・393頁以下〔中井〕。

本文で紹介したもののほかに、刑事事件に係る大判昭和16年7月14日新聞4722号26頁がある。この事案では、Y・A間の借家明渡紛争につき、Xの介入により示談が成立して、XがYへの立退料の支払をA側から委託されて、金銭を受け取ったが、Xはこの一部を、自身がYに対して有する立替金債権 α に充当し、これについて相殺を主張した。大審院は、Yへの金銭支払の委託を受けたXは、Yに対して金銭債権を有していても、相互に同種の目的を有する債務を負担している場合に当たらないとの見解を示し、Xの横領罪の成立を認定した。

ただし、これは民法が要物契約としての消費貸借しか規定を有していなかった時代の判例である。現行法は書面とする消費貸借について諾成的な成立を認めており、これが締結されれば、貸主となる当事者に金銭その他の物の引渡義務が生じる（民587の2第1項）。書面とする金銭消費貸借の借主Xは、契約成立により貸主Yに対して金銭支払請求権 α を取得するのであり、このときにYのXに対する金銭債権 β が存在すれば、Xによる両債権の相殺について同種性要件は妨げにならない。このように現行法のもとでは、こうしたXの相殺は可能であり、これが実行されれば、両債権の一方の差額分と消費貸借に基づくYのXに対する金銭債権が残ると解しうる。

もっとも、消費貸借成立以前から β 債権が存在する場合には、XとYは準消費貸借を用いて同様の状況を整えることができる。そのため、この相殺の承認に意味があるのは、書面とする金銭消費貸借が成立したが金銭の授受が行われていない間に β 債権が新たに生じたという状況に限定される。

また、前出の消費貸借の予約に際しては、貸主Yの置かれた状況を書面とする金銭消費貸借と変わらないと評価すれば、前述の古い判例法理を変更すべきと解することもできる。他方で、現行法が書面作成を要件としている点を重視して、これを満たさない諾成的消費貸借の合意の有効性を否定する立場⁶⁴⁾を採り、相殺の可否についても、書面とする消費貸借と消費貸借の予約とを区別して取り扱うことも考えられる。

とはいえ、こうした解釈問題があるとの指摘は確かに可能といえは可能だが、消費貸借に係る合意の後に将来の β 債権の発生が見込まれる状況にある当事者は、現行法のもとではそれぞれの需要に応じて書面作成の判断をするなどして、相殺適状をいかようにも調整できるようになっているため、この議論の意義は実務上ほとんど失われているといえよう。

63) 大判明治45年3月16日民録18輯258頁、大判大正2年6月19日民録19輯458頁、大判昭和5年5月24日裁判例4巻民事判例50頁。

64) 中田・契約〔新版〕・355頁。

（3） 同種性要件をめぐる問題②——債権譲渡請求権の場面

次に、金銭債権の譲渡を請求する権利と金銭債権との相殺が争われた事案がある。YがS社に対して保証金返還請求権を有しており、この請求権を目的とする譲渡請求権 α をXがYに対して有し、他方で、Xに対するYの損害賠償請求権 β が存在していたところ、 β 債権をYから譲り受けたZに対してXが α 債権との相殺を主張したが、Y・Z間の債権譲渡の通知がXに到達した時点では、 α 債権はまだ金銭債権たる損害賠償請求権に転化してなかったことから、 α 債権と β 債権の目的が異なるとの理由で、相殺は認められなかった⁶⁵⁾。

（4） 同種性要件をめぐる問題③——受任者の代弁済請求権の場面

そのほか、受任者の委任者に対する代弁済請求権（民650②前）と委任者の受任者に対する金銭債権との相殺も認められていない。

大審院時代の事件では、Xらが公債株式現物問屋Yに、Yの名におけるXらのための株式買入を委託したが、この買入代金の一部を工面できなかったことから、YはXらの依頼に基づき、買い入れた株式を担保にA銀行から金銭を借り受けて、残代金の支払に充てた。この借入金についてYが代弁済請求権 β を行使して元利残額の支払をXらに求めたのに対し、Xらは株式売却に係る代金債権 α を有するとして、 α 債権と β 債権との相殺を主張した。これについて大審院⁶⁶⁾は、受任者の代弁済請求権は受任者の負担した債務の免脱を請求する権利であり、自己に対して一定金額の支払を請求するものではないとの理由でXらの主張を排斥した。また、この判決では、この相殺を認めてもYは自己の債務を免脱されるわけではないため、代弁済請求権 β の目的が達成されないことが問題視されているほか、Yが自身で弁済した場合の費用償還請求権と α 債権を相殺できるとしても、代弁済請求権 β との相殺は未発生費用償還請求権を相殺に供するのと同じの結果となり、次にみる相殺適状のための弁済期

65) 大判昭和7年6月1日新聞3445号18頁。

66) 大判大正14年9月8日民集4巻458頁。

の到来の要件に反することも指摘されている。

この判示内容に反対する我妻栄は、委任者が受任者の債務額について、第三債権者に給付しても、受任者に給付しても、委任当事者間では同様に決済されるため、委任当事者間において代弁済請求権は受任者自身へ給付させる請求権以上の効力はなく、実質的に代弁済請求権と費用前払請求権（民649）は異ならないとして、相殺を認めるべきとしていた⁶⁷⁾。

しかし、最高裁⁶⁸⁾も大審院判例を維持し、受任者の代弁済請求権は金銭債権と異なる目的を有すること、相殺を認めると受任者に債務弁済のための資金調達が必要になること、ならびに、受任者は委任者との関係において特約のない限り事務処理費用を立替払する義務を負っていないところ、相殺を許すと受任者に自己資金での立替払を強要する結果になり、委任に関する各規定の趣旨が実現されないことを付言している⁶⁹⁾。

弁済資金を調達する負担や委任関係の処理に関する主導的地位の配分をどのように評価するかが、議論の分かれ目と解される。もっとも、我妻は前述の消費貸借の予約に関する問題については判例法理を支持している⁷⁰⁾。この場合も実質的には、予約完結権行使後に貸主Yに課される責任の内容は約定額の金銭支払といえるため、どのような場合に実質的観点からの解釈が求められるかについて、我妻の判断基準は明瞭ではない。なお、受任者Yからの相殺については、Xの金銭債権 α に対する反対債権を費用前払請求権とすれば債権の同

67) 我妻栄「判批」判民大正14年度(1927)344頁、同『債権各論中巻二』(岩波書店、1962)683頁以下、我妻・新訂債総・326頁。我妻説を支持するものとして、石田穰『民法V(契約法)』(青林書院、1982)356頁、幾代通=広中敏雄編『新版注釈民法(16)債権(7)』(有斐閣、1989)275頁〔明石三郎〕、林ほか・債総〔第3版〕・335頁〔石田〕。

68) 最判昭和47年12月22日民集26巻10号1991頁。なお、同判決には、我妻説と同趣旨の色川幸太郎裁判官による反対意見が付されている。

69) この判決に反対のものとして、伊藤秀郎「判批」民商69巻1号(1973)152頁以下、中井美雄「判批」判評175号(1973)130頁、平井宜雄「判批」法協91巻4号(1974)152頁以下。

70) 我妻・新訂債総・326頁。林ほか・債総〔第3版〕・334頁以下〔石田〕も同様。石田穰・前掲注67・190頁は相殺を容認。

種性の要件は満たされるため、状況は異なる⁷¹⁾。

4 両債権の弁済期の到来

これらに加えて、相殺適状には双方の債権について弁済期が到来していることを要する（民505①本）。したがって、基本的には、XがYに対する α 債権をもって、YのXに対する β 債権と相殺しようとするとき、両債権において弁済期にあることが求められる。仮に α 債権の弁済期前にXによる相殺を認めれば、この債権の債務者Yは弁済期まで弁済を拒絶できるという期限の利益（民136①）を有していたはずなのに、これが一方的に奪われてしまうことになるため、こうした相殺の相手方Yの利益を保護するために、両債権の弁済期の到来が要件とされている⁷²⁾。

もっとも、債務者は期限の利益をいつでも放棄できるため（民136②本）、 β 債権の債務者であるXは、 α 債権についてさえ弁済期を迎えていれば、 β 債権に係る期限の利益を放棄することで直ちに相殺できる。

債権に弁済期が付されていない場合については、債権者はいつでも弁済を請求でき、債務者はいつでも弁済が可能である。このことから、Xの α 債権に弁済期の定めがなければ、 β 債権の弁済期後、または β 債権に係る期限の利益の放棄後に、Xは両債権を相殺することができ、その際、 α 債権についてYの履行遅滞責任を生じさせるための請求（民412③）は必要ないと解されている⁷³⁾。また、 α 債権の弁済期が到来していて、 β 債権に弁済期が付されてい

71) 山本豊編『新注釈民法(14)債権(7)』(有斐閣、2018) 313頁〔一木孝之〕及び潮見佳男『新契約各論Ⅱ』(信山社、2021) 324頁は、受任者Yによる委任者Xの金銭債権 α と自身の代弁済請求権 β との相殺を認めているが、債権の同種性の問題が理論的に残るとともに、あえて代弁済請求権を反対債権とする実益はないと考えられる。なお、民法650条2項を受任者の債権者を保護する規定と解して、委任者・受任者いずれからの相殺も禁止されるとの見解もある。三宅正男『契約法(各論)下巻』(青林書院、1988) 992頁以下、平野裕之『債権各論Ⅰ』(日本評論社、2018) 383頁以下。

72) 中田・債総〔第4版〕・470頁。

いときも、Xによる相殺が認められる⁷⁴⁾。

(おかもと・ひろき 筑波大学ビジネスサイエンス系教授)

73) 大判昭和17年11月19日民集21巻1075頁、我妻・新訂債総・327頁、磯村・注民(12)・395頁〔中井〕、奥田・債総〔増補〕・574頁。

74) 大判昭和9年9月8日民集12巻2124頁、我妻・新訂債総・328頁、磯村・注民(12)・396頁〔中井〕。

筑波ロー・ジャーナル 32号

2022年6月発行

発行者 筑波大学大学院
人文社会ビジネス科学学術院
ビジネス科学研究群
法学学位プログラム
〒112-0012 東京都文京区大塚3-29-1
TEL 03-3942-5433
FAX 03-3942-5434

筑波大学大学院
人文社会ビジネス科学学術院
法曹専攻〈法科大学院〉
〒112-0012 東京都文京区大塚3-29-1
TEL/FAX 03-3942-6897

教授 大瀨 真喜子
岡本 裕樹
川田 琢之
木村 真生子
栗原 克文
潮海 久雄
本田 光宏

准教授 小林 和子
藤澤 尚江
山中 利晃
渡邊 絹子

教授 大石 和彦
田村 陽子
直井 義典
姫野 博昭
村山 淳子
森田 憲右

客員教授 松家 元

准教授 日野 辰哉
萬澤 陽子
吉田 大輔
渡邊 卓也

特任助教 山岸 久晃

編集者
制作
印刷所

筑波ロー・ジャーナル編集委員会
株式会社TKC
倉敷印刷株式会社

TSUKUBA LAW JOURNAL

No.32 June

2022

Articles

L'erreur sur les simples motifs traitée à l'article 1135 alinéa 1 du Code civil français

..... **Kazuko Kobayashi** 1

La raison d'être des articles du nantissement qui portent sur les créances

..... **Yoshinori Naoi** 23

A study on legal syllogism

- The "logic", the universe and the world -

..... **Kenya Nagashima** 57

Research note

An Overview of Japanese Setoff Law (1)

..... **Hiroki Okamoto** 81

ISSN:1881-8730