

筑波ロー・ジャーナル

35 号

2023 年12 月

論 説

複数契約における錯誤・詐欺の判断について(上)	小林 和子	1
債権譲渡準拠法に関する EU と UNIDROIT の動向	藤澤 尚江	19
弁護士の中立公正義務の理論的分析(3)	森田 憲右	55

研究ノート

日本相殺法概観(3)	岡本 裕樹	83
質権の総則をめぐって	直井 義典	107



筑波ロー・ジャーナル編集委員会

目 次

論 説

複数契約における錯誤・詐欺の判断について（上）	小林 和子	1
債権譲渡準拠法に関する EU と UNIDROIT の動向	藤澤 尚江	19
弁護士の中立公正義務の理論的分析（3）	森田 憲右	55

研究ノート

日本相殺法概観（3）	岡本 裕樹	83
質権の総則をめぐって	直井 義典	107

複数契約における錯誤・詐欺 の判断について(上)

小 林 和 子

I 序

II 2当事者の場合

- (1) 売買契約・債務引受契約・相殺契約
- (2) 複数の生命保険契約
- (3) 連帯保証契約・質権設定契約
- (4) 連帯保証契約・抵当権設定契約
- (5) 建物売買契約・地上権設定契約
- (6) パチンコに関する交換景品の売買に関する契約（当初契約・11月契約）
- (7) リース契約・委託契約
- (8) 売買契約・貸付契約・賃貸借契約・レオティス契約
- (9) フランチャイズ加盟契約・事業業務委託契約
- (10) 転貸条件付建物賃貸借契約・ブロードバンド契約
- (11) 信用保証協会による複数の保証契約
- (12) 売買契約・管理委託契約

I 序

複数の契約が「相互依存関係」にある場合は多い。複数の契約が消滅する例（公序良俗違反^{1,2)}や意思無能力³⁾による無効、更新拒絶⁴⁾、解除^{5,6)}、消費者契約法4条⁷⁾や錯誤・詐欺⁸⁾による取消し）、複数の契約が譲渡^{9,10)}される例などがある。本稿では、複数の契約が錯誤^{11,12)}・詐欺（消費者契約法4条による場合も含む）によって消滅する場合をみる。複数の契約がいかなる基準により消滅するか¹³⁾を検討したい。2当事者の場合(Ⅱ)と3当事者以上の場合(Ⅲ)の具

体例をいくつかみた上、検討をする（Ⅳ）。

Ⅱ 2当事者の場合¹⁴⁾

（1） 売買契約・債務引受契約・相殺契約

最二小判昭和40年10月8日民集19巻7号1731頁¹⁵⁾がある。Yは自己が所有する本件建物をXに賃貸した。A(Yの兄)はXから13万円の金員(利息月2分)

-
- 1) 2当事者の場合の例として、最二小判平成23年12月16日集民238号297頁（建築基準法等に適合しない建物の建築請負契約・追加変更工事の施工の合意）、東京地判平成28年1月29日消費者法ニュース107号314頁（複数の消火器のリース契約）、大阪地判平成30年8月29日判時2487号83頁（工作委託契約・調査委託契約）、東京地判令和3年1月28日（2021WLJPCA01289004）（身元保証契約・死因贈与契約）などがある。
 - 2) 3当事者以上の場合の例として、最二小判昭和30年10月7日民集9巻11号1616頁（稼働契約・前借金契約）、最一小判昭和61年9月4日集民148号417頁（賭博契約・金銭消費貸借契約）、東京高判平成27年5月26日判時2280号69頁（投資用マンションの売買契約・購入代金のための金銭消費貸借契約）、大阪地判昭和57年4月19日判時1052号97頁（相互保証特約・連帯保証契約・消費貸借契約）、東京地判平成31年3月27日金商1568号8頁（複数の仕組債の購入契約）などがある。
 - 3) 2当事者の場合の例として、東京地判平成10年10月26日金法1548号39頁（消費貸借契約・抵当権設定契約）、3当事者以上の場合の例として、東京高判平成10年6月15日判タ1041号212頁（贈与契約・売買契約）などがある。
 - 4) 例えば、福岡高判平成27年8月27日判時2274号29頁（複数の土地の賃貸借契約）などがある。
 - 5) 2当事者の場合の例として、最三小判平成8年11月12日民集50巻10号2673頁（スポーツクラブ会員権契約・リゾートマンションの売買契約）、福岡高判平成24年10月18日判タ1388号200頁（債務弁済契約・建物の賃貸借契約）、東京地判平成28年11月30日（2016WLJPCA11308027）（システム開発契約・ソフトウェア・ハードウェアの売買契約）などがある。関連する問題の1つとして、1つの契約の場合ではあるが、分割履行契約におけるある分割履行部分と他の分割履行部分の解除があるとされる（民法（債権法）改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針Ⅴ』（商事法務、2010）414頁-418頁）。
 - 6) 3当事者以上の場合の例として、最三小判平成2年2月20日判時1354号76頁（個品割賦購入あっせん）、大阪高判平成21年12月25日判時2102号11頁（瓶に関する回転装置の製作契約・画像処理装置の製作契約）、広島高岡山支判平成30年3月22日金法2090号70頁（複数の保険契約）、東京地判令和2年11月20日（2020WLJPCA11208006）（土地の売買契約・建物の請負契約・消費貸借契約）などがある。

を借りた。しかし、返済ができなかった。本件建物と土地を買い受け、その代金の一部と相殺する方法により、Aに対する貸金等を回収しようとXは考えた。

- 7) 2当事者の場合の例として、東京地判令和2年6月30日(2020WLJPCA06308002)(過量販売)、東京地判平成30年3月27日(2018WLJPCA03278040)(製造委託基本契約・売買基本契約・個別契約)、3当事者以上の場合の例として、東京地判平成30年11月28日(2018WLJPCA11288019)(建物の売買契約・購入代金のための消費貸借契約)などがある。
- 8) 2当事者の場合の例として、東京地判平成27年11月30日(2015WLJPCA11308017)(複数の保険契約)、東京地判令和2年11月20日(2020WLJPCA11208024)(ファイルサーバーのリース契約・セキュリティ機器のリース契約)、東京地判令和3年2月16日(2021WLJPCA02168030)(コンサルティング契約・業務支援契約・事業提携契約・移動販売事業の会員契約)などがある。
- 9) 例えば、賃貸人の交替と保証金の例(最一小判昭和51年3月4日民集30巻2号25頁、東京地判平成7年8月24日判タ904号156頁、東京地判平成8年6月17日判タ947号111頁、東京地判平成16年6月30日金判1201号46頁等が否定例(「消費貸借の目的」であることが主な理由。))。東京地判平成2年5月17日判時1374号63頁、東京地判平成2年10月3日判タ757号197頁、東京地判平成13年10月31日判タ1118号260頁等が肯定例(「敷金と同種のもの」であることが主な理由。))や賃貸人の交替と敷金の例(最一小判昭和44年7月17日民集23巻8号1610頁、大阪高判令和元年12月26日判タ1474号10頁)などがある。
- 10) 大村敦志『新基本民法(4)[第2版]』(有斐閣、2019)208頁-210頁、同『新基本民法(5)[第2版]』(有斐閣、2020)163頁。
- 11) 錯誤に関する判例については、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 個別的観察(1)総則編・物権編』(有斐閣、1998)141頁以下、川島武宜=平井宜雄編『新版注釈民法(3)』(有斐閣、2003)426頁-459頁[川井健]、山本敬三「『動機の錯誤』に関する判例の状況と民法改正の方向(上)(下)」NBL1024号15頁以下(2014)、同1025号37頁以下(2014)などを参照。
- 12) 都筑満雄「複合契約と錯誤—錯誤論を通じた複合契約論の考察—」南山法学34巻1号94頁以下(2014)。
- 13) かつて、拙編著『複数契約の理論と実務』(民事法研究会、2013)26頁-32頁、183頁-207頁でこの問題を検討したが、再度、より多くの具体例を通して、検討をし直してみたい。
- 14) 2当事者の場合の他の例として、大阪地判平成22年8月26日判タ1345号181頁(複数の投資信託の売買契約)、東京地判平成22年11月30日(2010WLJPCA11308009)(複数の投資信託の売買契約)などがある。
- 15) 評釈には、橋田文郎「判解」『最高裁判所判例解説民事篇(昭和40年度)』(法曹会、1965)406頁、谷田貝三郎「判批」民商54巻5号111頁、星野英一「判批」法協83巻5号140頁がある。

本件建物と土地をXにYが売却し、AのXに対する借受金債務をYが引き受け、この債務とXが負担する代金債務の一部をYが相殺し、残代金をXがYに支払うこととなった。しかし、後に、契約締結時には既にAに対する債権を第三者にXが譲渡していたことが分かった。Yは売買契約の錯誤無効を主張した。

原審は、「Yは兄Aの本件借受金の返済のために売買に及んだものであり、……本件契約は債務引受及び相殺契約を含んでいるが、それは売買と一体不可分のものであり、したがってXが本件貸金の貸主であることは本件契約の不可欠の要件、即ちそれなくしてはYにおいて契約締結に及ばなかったと考えられる点である。」として、Yに要素の錯誤があり売買契約は無効であると判断した。

最高裁は、「本件当事者間に本件土地および附属建物の売買に関する本件契約が成立するにいたるまでの経緯について原審が確定した諸般の事情のもとでは、本件契約締結に当りYには要素の錯誤があったものというべく、本件売買契約は無効である旨の原判示は正当である。」として原審の判断を支持した。

(2) 複数の生命保険契約¹⁶⁾

東京地判平成25年8月28日判タ1406号316頁をみる。平成20年7月、Z社（保険会社）の従業員であるYの勧誘により、年金支払開始までの10年間の据置期間中、一時払保険料が積立金として特別勘定により投資信託等への投資によって運用され、運用結果によって、将来支給される年金額等が変動する3件の変額個人年金生命保険契約（一時払保険料総額は1億5000万円）をXは締結した。保険料を運用すべき特別勘定を12種類の中から一ないし複数を任意に選択して指定すること、据置期間中、その指定を変更（勘定移転）することが保険契約者はできた。平成23年9月30日、本件各保険契約の特別勘定の積立額は合計約6300万円程度に目減りしていた。

16) 保険者・保険契約者による共通の錯誤により複数の生命保険契約を無効とした例（大阪地判昭和62年2月27日判時1238号143頁）もある。

勘定移転を行う時期、方法、対象についてアドバイスや手続をYが行い、本件各保険契約の締結時から4年が経過した時点において、Xが6000万円の運用利益を得ることができることをYが確約をした結果、これらの約束及び確約が履行されるものと誤信して、本件各保険契約をXは締結した、本件各保険契約は元本が保証されていると誤信したが、実際の本件各保険契約の内容は、元本毀損リスクが極めて高いものであった、本件各保険契約は要素の錯誤により無効である、詐欺もしくは消費者契約法4条により取消される、とXは主張した。

「YがXに交付した資料等には解約返戻金額等が払込保険料額を下回る可能性があることなどについての明確な記載があるのであって、しかも、YがXに交付した「設計書」と題する書面に掲載された例表には、一時払保険料5000万円の本件保険において、契約締結から4年後に解約した場合の解約返戻金は、運用利回りが5パーセントのときでも5837万5000円であることが記載されており（乙7）、この記載からみても、1億5000万円の保険料に対して6000万円の運用利益を上げることは相当に困難であることが一目瞭然であるにもかかわらず、YがXに対し、上記の助言等の域を超えて、契約締結後4年間で6000万円の運用利益を確約するとは考えられない。また、Xとしても、上記のような運用利益を上げることが相当に困難なことは容易に理解することができたというべきである。」

「YがXに対し本件確約等をした事実を認めることはできないから、消費者契約法4条による取消、詐欺による取消、錯誤による無効及び債務不履行による解除の事由があると認めることはできない。」

(3) 連帯保証契約・質権設定契約

仙台高判平成元年9月28日判時1345号81頁¹⁷⁾をみる。Y（銀行）はA（産婦人科医院の経営者）に対し診療所等の建設のため2億3000万円の融資を行っ

17) 評釈には、大西武士「判批」リマ2号11頁、吉原省三「判批」金法1264号4頁がある。

た。診療所等の建設を請け負ったX（建築請負業者）の工事に瑕疵があるなどと主張し、Xに対する残代金750万円の支払いをAは留保した。これをYのA名義通知預金とした。運転資金が必要となったAはYに通知預金の払戻しを請求したが、用途を限定して融資したものであるからYは払戻しに応じなかった。借入れもAは希望したが、担保不足によりYは拒否した。しかし、Xに同席を求めた上、Yは「AがXに残代金を支払い、Xがこの中から500万円をYの定期預金に組みこれを担保に提供（質権設定）すれば、Aへの融資がYは可能である、Aに昭和56年3月末頃までに1000万円程度を追加融資し、追加融資の際には、その一部を貸付金の返済にあて、Xの担保をYは解消する」と説明した。

昭和56年1月28日、短期間その一部は使えないが未払の工事残代金を受け取ることができると考えたXはYに対し500万円を1年の定期預金として預けた。また、AのYに対する500万円の借受金債務について連帯保証人となり定期預金債権についての質権を設定した。

信用保証協会の保証によるAへの追加融資の準備をYは進めていた。しかし、信用保証協会の保証を得ることはできずAに対する追加融資をYはできなかった。Aが500万円を返済することができなかったため、5年以上経過後、Yは相殺した。Xは、Yに定期預金の払戻しを請求し、連帯保証契約や質権設定契約は要素の錯誤があり無効である、Yの詐欺により両契約は取消される、などと主張した。

「XがYと本件連帯保証契約を結び、かつ、本性質権設定契約を結ぶに至ったのは、XがYにおいてAに対しおそくも昭和56年4月6日までには追加融資をし、その融資の一部をもってAの右500万円の貸金債務を決済し、XのAに対する工事請負代金のうち500万円が完全に決済されるものと誤信したことにあり、しかも右は契約締結に当たり、XとYにおいて十分了承済みで、表示された契約内容となっていたものであり、結局本件連帯保証及び質権設定契約はいずれもその要素に錯誤があり無効であると認めるのが相当である。」

(4) 連帯保証契約・抵当権設定契約¹⁸⁾

東京地判昭和50年1月30日金法754号35頁¹⁹⁾がある。昭和47年5月、B（A社の取締役）から1000万円の融資の申込みを受けたY（銀行）は貸出取引として適当と判断し適当な物的担保と連帯保証人を要請した。X（農業を営業者）は、Bから、X所有の土地を借入金の担保として提供してほしいと言われた。Bとは全く面識も縁故もなく、X名義の土地はいずれも先代から相続した貴重な財産であったため、Xは応じなかった。しかし、Bは、Xを訪ねては、A社の資金面を応援することを懇請し続けた。昭和47年6月10日、土地の権利証数通を持ったXはBと共にYの行員と面談を行った。面談においてA社の信用状況をXが尋ねた。取引先として無難であり心配はないとYの行員は回答した。A社の連帯保証人となり所有不動産に抵当権を設定しても、連帯保証人として責任を追求されたり担保権を実行されたりしない、と信じ各契約をXは締結した。しかし、実際には業績が非常に悪かったA社は倒産した。連帯保証や抵当権設定の意思表示は重要な部分に錯誤があるから無効であるとXは主張した。

「Xは、BやYの行員の言葉どおりA社には相当の信用や資力があるものと信じYとの間において本件連帯保証および抵当権設定の各契約を締結したもので、もし、A社に信用や資力がなかったとすれば、その契約の性質、Bとの関係等からみて容易にかかる連帯保証および抵当権設定の各契約を締結しなかったであろうと認められるから、Xとしてはその契約成立の過程に重大な錯誤があったものと言いうるが、右のごとき錯誤はいわゆる動機の錯誤にすぎず、しかもそれが契約の相手方たるYに明示されて意思表示の内容になっていたものとは認められないから、右錯誤は本件連帯保証および抵当権設定の各契約を無効とするに足りる要素の錯誤と判断することはできない。」

18) 連帯保証契約と抵当権設定契約の錯誤無効が問題となった他の例として、東京高判平成元年3月29日金法1243号29頁、東京高判平成6年3月24日金法1414号33頁などがある。

19) 井上繁規編『判例チェック保証の無効・取消・制限〔改訂版〕』（新日本法規出版、2001）215頁。

（5） 建物売買契約・地上権設定契約

東京地判平成4年7月6日金法1352号85頁がある。所有する土地の一部をXは建物所有の目的でAらに賃貸した。Aらはその地上に建物（以下、「本件建物」という）を共有していた。

平成2年5月10日、X・Aらは次のような条項を含む調停を成立させた。（1）AらはXに対し本件建物及び借地権を代金6300万円で売却する、（2）XはAらに対し代金を同月末日限りで支払う。

平成2年5月31日、本件建物の売買契約、地上権設定契約をXはYらと締結した。同日、Xに代わって、Aらに6300万円、Xの弁護士に180万円（報酬）をYらは支払った。6300万円と180万円、諸経費を控除してもなお、1億円をYらから取得できるとXは信じていた。他の支払いをYらはしなかった。

売買契約や地上権設定契約において、Yらから、その対価として、6300万円のほか、1億円の支払を受けられるものと信じていた、錯誤がなかったならば本件建物の売買契約、地上権設定契約を締結しなかったことは明らかであり、両契約は無効であるなどとXは主張した。

「本件調停の内容を知っていたのであり、……地上権設定契約書に設定の対価の記載が欠けていること等、Yらは、XがYらから6400万円ないし6500万円程度の対価を受領して本件土地全体ないし本件一部土地に地上権を設定するとは考えておらず、右金額に加えて更に相当額の支払を受けられるものと信じていることを知っていたものと認められる。

……6480万円のほかに相当額の支払を受けられると考えていたことは、Yらにも表示されていたものといえるし、錯誤がなかったならばXが本件売買契約及び本件地上権設定契約をしなかったであろうことは明らかであるから、右錯誤は要素の錯誤であって、本件売買契約及び本件地上権設定契約は錯誤により無効である。」

（6） パチンコに関する交換景品の売買に関する契約（当初契約・11月契約）

東京地判平成4年2月12日判時1450号84頁²⁰⁾をみる。昭和63年10月5日、

X（景品交換業務を行う者）は、Y（パチンコ店を経営する者）の景品をAから仕入れ、これを仕入れ額の2割増しの金額でYに売り渡す契約（当初契約）をYとの間で締結した。昭和63年11月7日、Yの売上金額にかかわらず、各月500万円以上700万円未満をYはXに支払うこと、平成元年4月までは各月500万円を限度金額とすることをXとYは合意（11月契約）した。昭和63年11月分から平成元年1月分まで各月350万円、平成元年2月分から平成元年4月分まで各月50万円をYはXに対し支払った。

当初契約は、パチンコ業界に全く知識のないYが締結したもので実情にそぐわない、途方もない内容のものであるから錯誤により無効である、11月契約は、Yの代表者がYの経理内容に配慮せず、適当にXと交渉して金額を決めたものであるから、錯誤により無効である、などとYは主張した。当初契約の錯誤による一部無効²¹⁾を裁判所は認めた。

「10月の結果は、Yにとって予想外に膨大な支払いとなったもので、通常開店当初は出玉率をよくする結果、利益が上がらない判面、換金量も多くなることを考慮に容れても、今後当初契約の比率でXに支払いを継続することが不可能であることは、明らかであり、また、後記のとおり、その後僅かの間に、特に異論もなく、Xが取得すべき金額を500万円ないし700万円の範囲に変更しており、その金額は当初契約による10月の実績の概ね10分の1に過ぎないこと及び通常景品交換業務の利益率は換金額の1・5ないし3パーセント程度であること、当初契約ではそうした利益率の相場を十分に認識した上で2割と決めたものではなく、むしろ、通常でもその程度の割合であろうとの誤った認識に基づく意思表示であったと窺えることなどを併せ考えると、YにはXに支払うべき金額について重大な錯誤があったものと認められ、相当と認められる金額を超える部分については、合意の効力は生じないものと解するのが相当である。そして、後記のとおり、11月契約において、毎月金700万円ないし500

20) 加藤新太郎編『判例チェック無効・取消[改訂版]』（新日本法規出版、2013）48頁-50頁。

21) 一部無効については、酒巻修也『一部無効論の多層的構造』（日本評論社、2020）4頁-25頁などを参照。

万円の支払いが相当であるとして改めて合意された経緯を総合勘案すると、少なくとも右金額の上限である金700万円を超える部分については、錯誤により無効であると解するのが相当である。」

「Yは当初契約のXに対する支払いの割合が高すぎたことを認識し、十分に検討した上で金額を決定したものと認められ、当時のX代表者に錯誤があったものとは認められず、また、Xに対し月額金350万円しか支払えなかったのはY内部の問題である釘の調整にも問題があったことが窺われ、その点で予想に反する結果となることがあったとしても、錯誤による無効を認める余地はない。」

（7） リース契約・委託契約

東京地判令和元年11月22日（2019WLJPCA11228012）をみる。X（アグリビジネスに関するコンサルティング業務等を営む会社）とY（閉鎖型野菜工場における野菜の栽培事業を開始しようとする会社）は、XからYへの室内野菜生産設備の売買契約、YからXが野菜生産に必要な備品の購入や検査等の委託を受ける委託契約を締結した。Yが室内野菜生産設備の代金を支払わなかったため、売買契約は解除された。しかし、閉鎖型野菜工場における野菜の栽培事業をYが継続できるようにするため、平成26年9月9日、Yの工場をXに賃借する賃貸借契約、平成27年7月31日、Xの室内野菜生産設備をYにリースをするリース契約をX・Yは締結した。

平成27年10月以降、リース料をYは支払わなくなった。平成28年2月、事業から撤退することをYは申し入れた。

事業計画が実現不可能な内容であることを認識しつつ、虚偽の説明により事業計画が実現可能であるとYを誤信させ、売買契約やリース契約を締結させた、リース契約と不可分のものである委託契約は錯誤により無効である、又は詐欺により取消されるとYは主張した。

「Y自身において本件事業の実現可能性、有用性を慎重に検討していた。……その取締役会で新規事業としての本件事業の開始やXらとの業務提携を

行うことを意思決定した際も、……いまだ不確実な要素が残っていることを十分認識していた。……X側においてYの生産量、販売量の数量保証やその買取りを確約する条項は全く存在せず、かえって、X側による技術指導の成果及びその利用の結果についての免責条項が設けられていたほか、X側からは、Yによる生産量、販売量が向上しない原因はYの作業人員の作業の効率化不足や適材適所への人員配置の未了等にあった旨指摘されていた。

……XとYとの間で締結された本件リース契約を含む一連の契約については、Xはもとより、Yにおいても、何ら瑕疵のない意思に基づき締結されたものというべきであるから、Y主張の詐欺や錯誤があったとは認められない。」

(8) 売買取約・貸付契約・賃貸借契約・レオティス契約

東京地判平成24年8月22日判タ1407号279頁²²⁾をみる。平成2年10月5日、XはY₁(不動産の売買、仲介、斡旋、賃貸、管理等の事業を営む会社)との間で、土地建物(以下、本件不動産という。)に関する売買取約(代金は2億2315万円)を締結した。平成3年3月25日、Y₁はXに対し1億3130万円を貸し付けた。同日、Xの債務を担保するために本件不動産にY₁は抵当権を設定した。同日、本件不動産のうちの建物を一括してY₁に賃貸する契約とオーナー保証制度への加入を内容とするレオティス契約をY₁とXは締結した。平成3年3月25日、Y₂(銀行)はXに対し9500万円を貸し付けた。同日、XはY₁に対し売買取代金2億2315万円を支払った。以下では、XとY₁の関係のみをみる。

契約締結時、所得税法において、賃貸用不動産の賃料収入から必要経費を差し引いた損益について、他の所得との通算を行う税制度(以下、本件損益通算制度という。)が存在した。Y₁が本件不動産のうち建物を一括借り上げ、その家賃で売買取代金や代金支払のための借入金の利息を賄えること、本件損益通算制度を利用して、不動産の買主の所得税の負担を抑えられることを主な内容と

22) 事案の概要において、本稿は夫の場合のみを取り上げる。不動産に関する売買取約・貸付契約・抵当権設定契約・賃貸借契約・レオティス契約を妻もY₁との間で締結している。

した制度であった。

しかし、本件損益通算制度については、平成3年、不動産取得のための借入金の利子に対応する金額は、個人所得の損益通算の対象外とする改正が行われた。平成4年分以降の所得についてこの改正は適用された。本件各契約を締結した時に想定されていた本件損益通算制度による節税効果をXは享受できなかった。

税制改正の立法が成立したのは売買契約が締結された後であるが、売買契約が締結された時点で本件損益通算制度が存在しなかったことと同視できる程度に本件損益通算制度の改正が具体化していた、本件損益通算制度を利用して所得税の負担を軽減させることが重要な前提となっていることから、売買契約等は錯誤により無効であるなどとXは主張した。

「……本件各売買契約時に本件小委員会で本件決定がされたことをXらが知らなかったとの一事をもって、Xらが本件決定がされたことを知っていれば、実際に本件税制改正がされる可能性が高いなどと考えて、本件各売買契約を締結しなかったであろうと推断することはできず、本件各売買契約についてXらに要素の錯誤があったということはできない。」

「……Xらが本件各売買契約後に本件税制改正に向けた動きがあることを知ったとしても、本件スキームによる本件各貸付契約以外の方法で本件売買代金を調達し得たとは考え難い。

……Xらが本件各売買契約により所有権を取得した本件各不動産について、Y₁に本件建物①及び②を一括賃貸して賃料収入を得る以外の活用方法があったとしようかがわからないから、本件損益通算制度が変更される動きがあることを知ったとしても、本件各賃貸借契約及び本件各レオティス契約を締結しなかったであろうとは考え難い。」

(9) フランチャイズ加盟契約・事業業務委託契約

東京地判令和元年8月15日（2019WLJPCA081158001）をみる。平成24年4月16日、X（介護施設等の企画・経営等を業とする会社）はY（介護施設等の

フランチャイズ・チェーンを運営する会社)との間でフランチャイズ加盟契約と事業業務委託契約を締結した。

〇〇チェーン店では、平成24年当時、開業後3ヵ月で黒字化することなど、不可能な状況であった上、Yによる十分なサポートもなかった、しかし、A(Xの代表取締役)は、Yより開業後3ヵ月で黒字化する旨の収支シミュレーションを示されたり充実したサポートがある旨の説明を受けたりしたことにより、その旨誤信し、平成24年4月16日、Yとの間で、両契約を取り交わした、Aの動機は、Yが当然認識していたから、Yに対して少なくとも黙示に表示されていたものといえる、両契約の締結には要素の錯誤がある、とXは主張した。

「前記(1)イ(ア)のとおり、〇〇のフランチャイズ店においては、開業後3ヵ月で黒字化することが不可能であったとは認められない。また、Aは、〇〇の収支シミュレーションによって本件両契約を締結する動機を形成したものといえない上、本件両契約を締結する際、〇〇チェーン店の経営実態を認識していたものといえる。

さらに、証拠によれば、Yのエリアマネージャーが毎月平均2回ほど〇〇・b店を巡回指導していたことが認められるから、Yによる十分なサポートがなかったとも認められない。

このため、本件両契約の締結には、要素の錯誤がないというべきである。」

(10) 転貸条件付建物賃貸借契約・ブロードバンド契約

東京地判平成30年9月5日(2018WLJPCA09058009)をみる。平成28年5月30日にはcアパートA棟・C棟について、平成28年6月9日にはaマンション及びbアパートについて、X(複数の収益不動産を所有する不動産賃貸業を営む個人事業主)はY(不動産のサブリース業等を目的とする株式会社)に対し、ブロードバンド契約を申込み、ブロードバンド機器が設置された。平成28年6月11日にはcアパートA棟・C棟について、平成28年6月17日にはaマンション及びbアパートについて、XとYは転貸条件付建物賃貸借契約(前者の保証賃料は57万3200円、後者の保証賃料は28万5100円)を締結した。

転貸条件付建物賃貸借契約には、事前に協議の上、本物件の敷地や建物内において、Yが本物件の入居率向上及び収益率向上のための設備（インターネット回線等）を設置することをXが承諾する旨の特約があった。また、転貸条件付建物賃貸借契約の契約書には、空室部分も含めての月額保証賃料、契約期間、引渡日、賃料の起算日、ブロードバンド契約も含めての費用負担区分、その他の金員の授受等について明記されていた。転貸条件付建物賃貸借契約の契約書に署名・押印をするとき、契約書の「本契約書の説明を受けると共に、各条項の読みあわせを行いました」の確認欄にレ点で自らチェックをXは入れた。

ブロードバンドサービスの導入に関する承諾書には、ブロードバンドサービス用の装置の設置等を承諾する旨の記載や6年間の継続利用を確約する旨の記載があった。ブロードバンドサービスの導入に関する申込書や承諾書にXは署名・押印した。

押し売りセールスを実行し、説明不足のまま靈感商法をYは仕掛けたので、両契約は錯誤により無効である、このような営業行為は詐欺であるとXはYに対し主張した。

「Xは、YがXに対して押し売りセールスを実行し、靈感商法を仕掛けたことによって錯誤に陥り、本件契約を締結してしまったと主張する。しかし、……Yの従業員がXに対して押し売りセールスを実行したり、靈感商法を仕掛けたりしたことを窺い知ることはできない。……本件建物は、相当程度の老朽化が進んでいたものが多かったと推認されるにもかかわらず……、本件契約の締結後、空室数を減らすことができているのであり、Yの従業員が、Xに対する営業行為において詐欺的な言辞を用いてXを錯誤に陥れ、本件契約に関する意思表示をさせたとの事実を認めるに足りない。」

（11） 信用保証協会 による複数の保証契約²³⁾

横浜地判平成26年7月11日金法2008号85頁²⁴⁾をみる。A社（中小企業者としての実体がない者）から融資の申込みを受けたY（銀行）は信用保証委託申

込書など関連する書類をX（信用保証協会。中小企業者等が銀行その他の金融機関から貸付け等を受ける際にその債務を保証することを主たる業務とする法人。）に送付した。審査をした上、平成18年2月1日の融資（3000万円）については平成18年1月13日に、平成18年9月8日の融資（2500万円）については平成18年8月23日に、A社と信用保証委託契約、Yと2つの保証契約をXは締結した。「資金使途」欄の「運転・設備資金」の項目に丸印を付け、各保証契約の信用保証委託申込書をXにA社は提出した。

平成19年7月5日、各貸付についての期限の利益をA社は喪失した。平成19年8月15日、Xは各保証契約に基づき残債務を弁済した。

Yとの間で各保証契約を締結したとき、中小企業者としての実体がなかったにもかかわらず、A社は中小企業者であると信じた点に錯誤があった、また、各貸付によって取得した金員を運転・設備資金として使用する意思をA社は有していなかったにもかかわらずA社には使用する意思があると信じた点に錯誤があった、各保証契約は錯誤無効である、とXは主張した。

「……一般論として貸付金が詐取されるリスクがあることの認識も有していたはずであるから、Xにおいて引き受けられないリスクがある場合には、その事由を信用保証の相手方との間の契約書において定めることが可能であると認められるところ、本件約定書においては、Yの義務違反や帰責事由が存在する場合に限って、信用保証協会であるXの保証債務の免責が認められており、……これらが無い場合にまで、Yが、Xが信用保証債務を免れることを甘受していたものと解することは困難というべきである。そして、このことは、Yが、

23) 保証人の錯誤については、山下純司「保証意思と錯誤の関係」学習院大学法学部法学会雑誌36巻2号73頁以下（2001）、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—」『小林一俊博士古稀記念論文集 財産法諸問題の考察』（酒井書店、2004）135頁以下、平野裕之『保証人保護の判例総合解説〔第2版〕』（信山社、2005）28頁以下、中舎寛樹『多数当事者間契約の研究』（日本評論社、2019）19頁以下などを参照。

24) 類似の事案として、東京高判平成19年12月13日金法1829号46頁がある。この例では、1つの保証契約が結ばれた後、第一貸付、第二貸付を銀行は実行した。96条2項や同条3項の適用又は類推適用もこの事案では問題となった。

A社が中小企業者であること及び資金使途が事業資金であることというXの保証の要件ないし動機を知っていたとしても同様である。

……A社が中小企業者であること及び資金使途が事業資金であることが、本件各保証契約の内容になっていたということはできず、本件錯誤が要素の錯誤に該当すると認めることはできない。」

（12） 売買契約・管理委託契約

東京地判平成25年12月4日（2013WLJPCA12048011）をみる。昭和57年5月15日、A（平成13年4月2日、YがAを吸収合併しその権利義務を承継した。）との間で、「〇〇地区」として開発・分譲された本件別荘地内に所在する土地（以下、「X土地」という。）をXは買い受けた。毎年3月31日までにX土地1m²当たり月額4円の管理費1年分（当年4月分から翌年3月分まで）をXは支払う、という内容の管理委託契約もXはAとの間で締結した。

昭和59年11月以降、Xは管理費を支払っていない。また、X土地に建物は建築されていない。X土地は崖崩れの危険のある急傾斜地であり建物の建築が不可能な価値のない不良物件である、X土地に建物の建築が可能であると誤信してこれを買受けたので、AとXとの間のX土地を目的とする売買契約とこれに付随した管理委託契約は錯誤により無効である、とXは主張した。

「本件別荘地内の分譲された土地自体の管理はその所有者に委ねられていたものと考えられるところ、分譲時から約30年もの期間が経過した最近の状況として、たとえ地面の一部崩落等、一定の変化が生じていたとしても、そこに建物も建てられず特段の管理が行われないまま放置されている土地であれば、長年の風雪を経て通常生じ得る変化であることも疑われるのであって、分譲時においてその土地に何らかの欠陥があったことを意味するとはいえない。……本件別荘地内の分譲地はもともと多くの傾斜地を含んでいて、高床式の構造を採るが、斜面を掘削するなどして建物が建てられており……Xも現地を見分した際、そうした説明を受けた上でX土地を購入した……というのであるから、X土地が建物の建築が不可能な土地であるとはにわかに認め難く、Xがこれを

建物の建築可能な土地であると考えていたとしても、そこに誤信があったとはいえない。……本件別荘地内の一部土地が「土砂災害警戒区域等における土砂災害防止対策の推進に関する法律」に基づき土砂災害特別警戒区域に指定された事実があるとしても、それは、平成23年3月に至ってのことであり、……Xの主張する「急傾斜地の崩壊による災害の防止に関する法律」に基づく急傾斜地崩壊危険区域の指定が行われた事実を認めるに足りる証拠がないことからすれば、X土地に建物の建築が不可能であるといえないことはもちろん、その建築が著しく困難であるなどの事情も認められない。したがってX主張の錯誤は認められず、X土地の売買契約及びこれに付随する本件契約についても無効事由を認めることはできない。」

(こばやし・かずこ 筑波大学ビジネスサイエンス系教授)

本研究は、JSPS 科研費 JP19K01390、JSPS 科研費 JP22K01225 の助成を受けたものです。

債権譲渡準拠法に関する EU と UNIDROIT の動向

藤 澤 尚 江

- I. はじめに
- II. 現行の EU 法
 - 1. ローマ I 規則 14 条
 - 2. 裁判例
 - (1) 事案の概要
 - (2) 判決
- III. 債権譲渡の第三者効準拠法に関する欧州議会および理事会規則の提案（規則提案）
 - 1. 経緯
 - 2. 目的 および適用範囲
 - (1) 目的
 - (2) 適用範囲
 - 3. 第三者効の準拠法
 - (1) 原則と例外
 - (2) 異なる準拠法による場合の優劣
- IV. 規則提案への見解
 - 1. 学者・実務家による文献
 - (1) 譲渡人常居所地法を批判するもの
 - (2) 譲渡人常居所地法の適用を認めつつ問題点を指摘するもの
 - 2. 連合王国
 - 3. 他の欧州連合機関
 - (1) 欧州議会の第一読会における立場
 - (2) EU 理事会の暫定合意
- V. UNIDROIT ファクタリングモデル法
 - 1. 概要
 - (1) 経緯
 - (2) 提案理由と適用範囲
 - 2. 抵触規則

3. 他の国際的な法律文書との関係
 - (1) UNCITRAL の担保取引モデル法と国際債権譲渡条約
 - (2) 規則提案との異同
 4. パブリックコメントとその対応
 - (1) パブリックコメントにおける意見
 - (2) パブリックコメントを受けた修正
- VI. 検討
1. EU 規則提案からの示唆
 - (1) 譲渡人常居所地法を第三者効準拠法として認める傾向
 - (2) 抵触規則統一の必要性
 - (3) 複数国法に準拠した債権一括譲渡の必要性
 2. 規則提案の問題
 - (1) 証券化の例外的扱い
 - (2) 譲渡人の常居所地の判断基準時
 - (3) 例外的扱い
- VI. おわりに

I. はじめに

近年、EU（欧州連合）および UNIDROIT（私法統一国際協会：International Institute for the Unification of Private Law）¹⁾が、債権譲渡準拠法に関して新たなルール作りを進めている。しかし、EU が検討中のルール、UNIDROIT が採用したルールのいずれもが、日本の法の適用に関する通則法（適用通則法）とは異なる。適用通則法 23 条が、債権譲渡の第三者に対する効力（第三者効）を譲渡債権の準拠法のみによらせるのに対し、EU および UNIDROIT は、これを債権譲渡人の常居所（所在）地法²⁾によらせることを原則とする。

本稿では、第 1 に、EU および UNIDROIT が債権譲渡の第三者効を譲渡人常

1) UNIDROIT は、私法の調和、近代化の必要性や方法の調査、統一法や統一原則の作成などを目的とする独立の国際機関である。2023 年 10 月時点で、日本を含む 64 の国および地域が加盟する。UNIDROIT, Membership *available at* <https://www.unidroit.org/about-unidroit/members-states-2/>

居所（所在）地法によることを原則とする理由やこれがどのように受けとめられているか、そして、第二に、EU や UNIDROIT が債権譲渡の第三者効を譲渡人常居所（所在）地法によらせるルールを採用する中で、日本の国際私法が現行通り、譲渡債権準拠法のみによらせることでよいのかを検討する。

以下では、まず、EU の債権譲渡準拠法に関する現行法を示し(Ⅱ)、その後新たなルールの概要とそのようなルールが採用された理由を明らかにする(Ⅲ)。そして、これに対して示された見解を整理し(Ⅳ)、UNIDROIT のルールとどのような差異があるのかを明らかにした後(Ⅴ)、EU のルール案から日本法に得られる示唆について検討したい(Ⅵ)。

Ⅱ. 現行の EU 法

以下では、EU において債権譲渡に関する新たな準拠法決定ルール（抵触規則）を作る必要があったのはなぜか、その理由を明らかにするため、2023 年 10 月時点の EU の債権譲渡に関する抵触法を見ていく。

1. ローマ I 規則 14 条

EU の債権譲渡準拠法に関する成文規定には、ローマ I 規則³⁾14 条がある。ローマ I 規則 14 条は、債権譲渡および債務引受の準拠法について規定する。同条 1 項は、譲渡当事者間の関係を譲渡契約の準拠法によらせると規定する。そして、同条 2 項は、譲受人と債務者との関係、債務者に譲渡を主張しうる条

2) EU のルールでは譲渡人の常居所地 (habitual residence) 法、UNIDROIT のルールでは譲渡人の所在地 (location) 法という文言が用いられるため、双方について触れるときは「(所在)」という言葉を補うこととする。

3) 契約債務の準拠法に関する欧州議会および理事会規則：Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) [hereinafter 'Rome I Regulation']. ローマ I 規則は、ローマ条約 (Convention on The Law Applicable to Contractual Obligations (80/934/EEC)) を規則化したものである。ローマ条約 12 条が債権譲渡について規定しており、規則化の際に第三者効の準拠法に関する規定を設けるかも議論された。

件、債務者が義務から免責されうるかを、譲渡債権の準拠法によらせるとする。

他方、債権譲渡の第三者に対する効力（第三者効）の準拠法については条文の解釈に争いがあった⁴⁾。ある見解は、本条が第三者効について明記しないことから、本条は第三者効の準拠法については規定しないものとする。他方で、本条1項または2項が第三者効を規律するとの見解もあった⁵⁾。後者の見解の背景には、本規則前文38条の存在がある。本規則14条1項は、譲渡当事者間の「関係（relationship）」の準拠法を指定すると規定する。この「関係」という文言は、債務の法に関する側面だけでなく物権的な側面（property aspects）にも、本条「[14条]」が適用されることを明らかにしたものである（前文38条）。

ローマⅠ規則14条が第三者効まで規律するのか、解釈の争いに終止符をうったのが次の欧州司法裁判所の判決である。

2. 裁判例

本判決は、ローマⅠ規則は債権譲渡の第三者効の準拠法を指定するものではない、ことを明らかにした⁶⁾。2018年に欧州委員会が後述(Ⅲ)する規則提案を採択した後、翌年2019年の判決である。

4) British Institute of International and Comparative Law, Study on the Question of Effectiveness of an Assignment or Subrogation of a Claim against Third Parties and the Priority of the Assignor Subrogated Claim over a Right of Another Person, Final Report pp.12-14 (2011) available at http://publications.europa.eu/resource/cellar/fd808b79-725d-4ce3-95b0-599119e7fb8f.0001.02/DOC_1 [hereinafter 'BIICL Report'].

5) イギリス政府の見解にも、優劣や第三者に対する効力の問題が14条の対象となる可能性が示されている。Ministry of Justice, *Rome I-Should the UK Opt In?* CP 05/08 (2008) para.83 at 34, available at <http://data.parliament.uk/DepositedPapers/Files/DEP2009-0185/DEP2009-0185.pdf>.

6) C-548/18, BGL BNP Paribas SA v. TeamBank AG Nurnberg, ECLI:EU:C:2019:848 (2019).

(1) 事案の概要

2011年3月29日、TeamBank は、ルクセンブルク国籍およびドイツに住所を有するルクセンブルクの公務員 X（債務者）との間に、金銭消費貸借契約を締結した。第一契約の準拠法はドイツ法であり、ルクセンブルクの雇用者からの現在および将来の給与債権に、TeamBank のための譲渡担保（Sicherungsabtretung）が設定された。当該譲渡は雇用者に通知されていない。

2011年6月5日、X は BNP パリバとの間で別の金銭消費貸借契約を締結し、X の給与債権を BNP パリバに譲渡した。2012年9月20日付の書留で、BNP パリバは、第二契約の準拠法であるルクセンブルク法に従い、雇用主に自らの譲渡を通知した。

X に対する破産手続の開始に伴い、当該給与債権に対して TeamBank と BNP パリバのいずれが優先権を有するかが争われ準拠法が問題となった。なお、債権譲渡を第三者に対抗するため、ルクセンブルク法は債権債務者への通知を求めるが、ドイツ法はこれを求めない。

(2) 判決

欧州司法裁判所は、ローマ I 規則「14条は同一債権者から複数の譲受人へ当該債権が複数回譲渡された場合の債権譲渡の第三者に対する効力の準拠法を、直接的にも間接的にも指定するものではない」とした⁷⁾。

判決の理由は次のとおりである。第1に、ローマ I 規則 14条はローマ条約 12条を規則化したものであるが、ローマ条約 12条は債権譲渡の第三者効を対象とするものではない。第2に、ローマ I 規則 14条の文言に従えば、同条は債権譲渡の第三者に対する効力にまで言及するものではない。第3に、ローマ I 規則前文 38条は、「債権譲渡の物権的側面」を限定的に解釈すべきとしている。第4に、ローマ I 規則 27条 2項は、債権譲渡の第三者効の問題に関するレポートや修正提案・インパクトアセスメントを求める。第5に、欧州委員会は

7) *Id.* para. 38.

債権譲渡の第三者効の問題に関するレポートを提出し、EU法の欠缺・EU法としての新たな規定の必要性を示しており、第6に、欧州委員会は立法提案もしている。

Ⅲ．債権譲渡の第三者効準拠法に関する欧州議会および理事会規則の提案（規則提案）

前述（Ⅱ1）の状況の中、2018年3月に欧州委員会により「債権譲渡の第三者効準拠法に関する欧州議会および理事会規則の提案」⁸⁾（以下では「規則提案」）が作成された。これに対して、2019年2月13日に欧州議会が第一読解での立場（first-reading position）⁹⁾を採択し、2021年6月7日にEU理事会が暫定合意（general approach）¹⁰⁾を採択した。その後、欧州委員会、欧州議会、EU理事会による三者間交渉が開始されるが、2023年10月の時点で規則採否に関する報は聞こえない。

以下、規則提案が作成された経緯(1)と規則提案の目的および適用範囲(2)、そして、第三者効準拠法の原則を譲渡人常居所地法とした理由とその例外とを概観する(3)。本規則提案は、強行法規や公序、反致、複数の法システムを有する国、条約等との関係で総則的な抵触規定をおく。しかし、本稿では、第三者効の準拠法に関する固有の問題に焦点を当てるため、これらについては詳述しない。また、欧州議会での第一読解の立場、EU理事会の暫定合意に関しては、

8) Commission Proposal for a Regulation of The European Parliament and of The Council on The Law Applicable to The Third-party Effects of Assignments of Claims, 19, COM/2018/096 final [hereinafter 'Commission Proposal'].

9) European Parliament legislative resolution of 13 February 2019 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to the third party effects of assignments of claims (COM (2018) 0096-C8-0109/2018-2018/0044 (COD)), P8_TA (2019) 0086, 2020 O.J. C 449/318.

10) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to the third-party effects of assignments of claims-General approach 2018/0044 (COD).

規則提案に対する見解として、次章(Ⅳ)でまとめて扱う。

1. 経緯¹¹⁾

前述(Ⅱ)の通り、現行の EU 法では、ローマ I 規則 14 条が債権譲渡の準拠法について規定するが、第三者効の準拠法については明確な言及をしていなかった。他方、同規則 27 条 2 項は、債権譲渡等の第三者に対する効力および優先順位の問題について、2010 年 6 月 17 日までに欧州委員会にレポートの提出を求める旨の規定をしていた¹²⁾。

2011 年に欧州委員会はようやく英国国際法比較法研究所 (BIICL) に調査を依頼し¹³⁾、2012 年に調査が完了する¹⁴⁾。この調査をもとに、2016 年に欧州委員会がレポートを提出し、2017 年にパブリックコメントを実施したところ、回答者の 3 分の 2 以上が国際的な債権譲渡の第三者効の有効性確保に問題を感じており、59% が EU による当該問題の対応に好意的であるとの結果が示された¹⁵⁾。これを受け、欧州委員会が作成したのが、2018 年 3 月の規則提案である。

2. 目的¹⁶⁾ および適用範囲

(1) 目的

規則提案の総体的な目的 (General Objective) は、EU における国際投資を育成し、それによって中小企業を含む会社および消費者の資金調達を容易にすることである¹⁷⁾。他方、具体的な目的 (Specific Objective) は、EU における統一的な抵触規則の採用により法的確実性を提供し、国際的な債権取引増加を支援することにある¹⁸⁾。EU レベルで債権譲渡の第三者効に関する準拠法を統

11) Procedure 2018/0044/COD

12) Rome I Regulation, *supra* note 2, art. 27.

13) BIICL Report, *supra* note 4, at 10.

14) 本調査をまとめたものが、前掲注 4 の BIICL Report である。

15) Commission Proposal, *supra* note 6, at 14.

16) *Id.*, at 1.

17) *Id.*, at 2.

一することで法的確実性を提供し、これにより安価な資金調達と市場統一の促進が可能になると考えるのである¹⁹⁾。

(2) 適用範囲

本規則提案は、前述（Ⅱ 1）のローマⅠ規則14条を修正するものではない。本規則提案の適用対象は、民事および商事の債権譲渡の第三者に対する効力のみである（1条1項前段）。従って、債権譲渡の当事者間の問題や債務者に対する効力の問題には、ローマⅠ規則14条が適用される。他方、歳入、関税、または行政上の問題は本規則提案の適用対象外とし（1条1項後段）²⁰⁾、また、次のような特定の債権の譲渡についても適用を除外する（1条2項）。すなわち、(a)家族関係から生じる債権、(b)夫婦財産制から生じる債権、(c)B/L、小切手、約束手形、その他の有価証券から生じる債権、(d)会社法等により規律される問題から生じる債権、(e)信託や信託の当事者間の関係から生じる債権、(f)一定の生命保険契約から生じる債権である。

3. 第三者効の準拠法

本規則提案は、以下のとおり債権譲渡の第三者効を、原則として譲渡人の常居所地法によらせ、例外的に譲渡債権準拠法によらせる。

(1) 原則と例外

規則提案の原則によれば、債権譲渡の第三者効は、基準時における（at the material time）譲渡人の常居所²¹⁾地法に従い規律される（4条1項前段）。

譲渡人常居所地法の適用を原則とする理由は次である²²⁾。第1に、第三者による予測および容易な発見が可能、第2に、債権一括譲渡において個々の債権準拠法の確認が不要、第3に、将来債権の譲渡時に準拠法の決定が可能、第4に、

18) *Id.*

19) *See also, Id.*, at 11.

20) 以下、括弧内の条文は注記しない限り、本規則提案のものである。

EU 倒産手続規則²³⁾との整合²⁴⁾により、倒産手続を容易にし²⁵⁾、第5に、国連国際債権譲渡条約²⁶⁾との整合により、デューデリジェンスおよび訴訟コストを減少できるからである。

他方で、例外として、譲渡債権の準拠法による2つの場合がある。一つ目の例外は、譲渡の対象となる債権が(a)金融機関への預金債権、または(b)金融商品 (financial instrument) から生じた債権の場合である (4条2項)。預金債権が例外となるのは、次の理由からである。すなわち、第1に、預金債権が当該債権の準拠法によることは、第三者の予測可能性にかない、第2に、金融機関への預金債権は、当該金融機関の所在地法によることが一般的に想定されるか

21) 「常居所 (habitual residence)」とは、会社等の団体の中央管理地、営業活動を行う自然人の営業所所在地をいう (2条(f)号)。当該規則提案の常居所の定義は、ローマ I 規則 19条1項の定義に合致する。他方、同条2項に類似の規定は、規則提案には設けられなかった。同条同項は、問題となる契約が支店の営業活動として締結されたり、支店が履行に責任を負ったりするような場合には、当該支店の所在地が常居所とされとするものである。規則提案にこのような規定が入れば、譲渡人が、同一債権をまず中央管理業務から、その後支店業務から二重に譲渡した場合、それぞれの譲渡が異なる国の法によるおそれがあるためである。Commission Proposal, *supra* note 6, at 18.

C. f. 国際債権譲渡条約 36条 [抜粋]: “If the debtor has a place of business in more than one territorial unit, the place of business is that which has the closest relationship to the original contract.”

22) Commission Proposal, *supra* note 6, at 19.

23) Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on Insolvency Proceedings (recast), 2015 O. J. L141/19 [hereinafter ‘Insolvency Regulation Recast’].

24) 譲渡人の倒産手続を規律する法は、譲渡人常居所地法に一致することが多いためである。

25) Commission Proposal, *supra* note 6, pp.10–11; Commission Staff Working Document Impact Assessment, Accompanying the document Proposal for a Regulation on the law applicable to the third-party effects of the assignment of claims Communication on the applicable law to the proprietary effects of transactions in securities COM (2018) 96 final, 44–45, 54, SWD (2018) 52 final/2 [hereinafter ‘Impact Assessment’].

26) United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade (New York, 12 Dec. 2001).

らである²⁷⁾。他方、金融商品から生じた債権が例外となるのは、金融市場の安定した円滑な機能や市場参加者の期待を保護するためには、譲渡債権の準拠法（契約準拠法）を適用することが重要だからである²⁸⁾。たとえば、デリバティブでは、債権の支払額を決定するのはデリバティブ契約である。

もう一つの例外は、証券化において（in view of securitisation）債権譲渡がなされる場合である。このとき、債権譲渡の当事者は、債権譲渡の第三者効に譲渡債権の準拠法を選択できる（4条3項前段）。選択のない場合には、原則に従い譲渡人常居所地法による。法選択は、譲渡契約または独立した契約により明示的になされなければならない、法選択の実質的および形式的有効性は、選択された法により規律される（4条3項後段）。規則提案は、証券化に例外を認める理由を、「譲渡人（オリジネーター）が複数の加盟国に所在する場合であって、譲渡債権は単一の準拠法に服する場合の証券化に、債権譲渡の第三者効に譲渡債権の準拠法を適用するという大手銀行の最近の実務に影響を与えないこと」にあるとする²⁹⁾。すなわち、譲渡人が複数の地に所在する場合には譲渡人常居所地法の適用が煩雑であり、譲渡債権の準拠法の適用が好まれるからである³⁰⁾。

（2）異なる準拠法による場合の優劣

上述のように、規則提案では、譲渡人常居所地法を原則とし、例外的に譲渡債権準拠法が適用される。これにより、異なる準拠法に従う債権譲渡の優劣が問題となりうる。

27) Commission Proposal, *supra* note 6, at 19.

28) *Id.*

29) *Id.*, at 20; Impact Assessment, *supra* note 25, at 45. インパクトアセスメントでは、小規模なおペレーターは譲渡人常居所地法を基準として新たなルールを必要とするが、銀行のような大手のおペレーターは、現在、証券化における債権譲渡の第三者効に譲渡債権準拠法を適用しており、新たな統一の抵触規則が当該実務を阻害すべきでないとするとしてされる（Impact Assessment, *supra* note 25, pp.48-49）。

30) Commission Proposal, *id.*, at 20; Impact Assessment, *id.*, at 45.

問題となる場面は2つあるが、規則提案は、いずれの場面でも第三者効を先に備えた譲渡の準拠法により判断することとした。

問題となる第1の場面は、譲渡人が常居所を移した場合である。たとえば、X（債権者・譲渡人）が、A 国に常居所を有するときに Y に債権を譲渡し、B 国に常居所を移した後に Z へ同一債権を譲渡したような場合である。

問題となる第2は、当事者が規則提案4条3項に従い譲渡債権準拠法を選択した場合である。たとえば、X（債権者・譲渡人、A 国に常居所）が、Y に対し証券化のため債権譲渡し、譲渡債権準拠法（B 国法）を第三者効準拠法として明示的に選択した後、Z に対し準拠法選択がされず同一債権を譲渡した場合である。

いずれの場合も、それぞれの譲渡の第三者効の準拠法に従い、先に第三者効を備えた譲渡が優先する（4条1項後段、4条4項）。

IV. 規則提案への見解

以下では、前述（Ⅲ）の規則提案に対して、どのような反応が見られるかを示す。まず、学者・実務家による文献に示される見解(1)、次に規則提案へのオプトアウトを決めた連合王国の立場(2)、最後に欧州議会、EU 理事会の立場(3)を示す。

1. 学者・実務家による文献

確認できる文献の多くは、規則提案が、譲渡人の常居所地法を原則的な第三者効の準拠法とすることを批判するものではない。しかし、これに異議をとねえる文献もある。以下では、まず、規則提案に異議をとねえる立場を示し、その後、規則提案の採用には反対しない立場とそれらの者が指摘する問題とを示す。

(1) 譲渡人常居所地法を批判するもの

譲渡人常居所地法によることを批判するある見解は、その理由として、債権

譲渡に関しては、いかなる種類の債権のいかなる譲渡に関するいかなる問題であっても同一のルールを適用することが望ましいことをあげる³¹⁾。そして、譲渡人常居所地法によることはEUにおける債権譲渡の準拠法に第三の準拠法を導入することになり、国際的な債権譲渡を複雑にするともに銀行による債権の担保としての利用をも複雑にすると指摘する³²⁾。この点については、欧州中央銀行も同様の見解を示しており、債権が担保として用いられる場合に、規則提案のように譲渡人の常居所地法によらねばならないとすると、デュー・ディリジェンスの負担が大きくなるとする³³⁾。

この論者はさらに、第三者効を譲渡人常居所地法によらせる問題として、債務者に対する効力と第三者に対する効力とは分離できないこと³⁴⁾、倒産規則との整合により、メリットが得られるわけではないこと³⁵⁾、譲渡人常居所地法の適用は、当該地で公示が求められていない限り必ずしも第三者にとって確認しやすいとはいえないこと³⁶⁾等を挙げる。

(2) 譲渡人常居所地法の適用を認めつつ問題点を指摘するもの

以下で紹介する見解の論者は、いずれも規則提案の採用自体に反対するもの

31) Hendric Labonté, *Third-Party effects of the assignment of claims: new momentum from the Commission's Capital Markets Union Action Plan and the Commission's 2018 Proposal*, Journal of Private International Law Vol. 14 Issue 2, 334-335 (2018).

32) *Id.*, at 339.

33) 18 July 2018 Opinion of the European Central Bank of 18 July 2018 on a proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to the third-party effects of assignments of claims (CON/2018/33).

34) Labonté, *supra* note 31, at 327.

35) *Id.*, at 338. 倒産規則との整合によるメリットについて検討したものととして、Francisco Garcimartin, *The EU Regime on Securitisation: coordination between the regulatory framework and the conflict of law rules*, ZEuP 2019, 38 (2019); Christian Heinze and Cara Warmuth, *The Law Applicable to Third-party Effects of Assignment and The Conflict Rules for Insolvency according to EU Law*, 24 UNIF. L. REV. 664 (2019) がある。

36) Labonté, *supra* note 31, pp. 340-341.

ではない。その上で規則提案の問題を指摘する。提示される問題には、概ね次のようなものがある。

第1に、最も指摘が多いのは、ローマ I 規則 14 条との関係の不明確さについてである³⁷⁾。特に問題とされるのが、規則提案の前文 15³⁸⁾である。本前文からは、規則提案が、ローマ I 規則 14 条 2 項により規律される債務者に対する効力まで対象とするように読める。他方で、規則提案の前文 15 や 17、そして 1 条 1 項には、本規則提案が債権譲渡の第三者効を対象とすることが明記されており矛盾が生じる。

第2は、規則提案は、例外的に証券化について譲渡債権準拠法の選択を認めるが、この例外により取引の不確実性が高まるとするものである³⁹⁾。このような例外により、将来の債権譲受人は、ある債権が証券化により譲渡されたのか、証券化によったとすれば準拠法の選択がなされたのかを確認しなければならない。しかし、債権譲渡の第三者が、既存取引の存在を知る客観的な方法があるとは限らないとする⁴⁰⁾。

37) Eva-Maria Kieninger, *European rules on the law applicable to third-party effects of assignments: a never-ending story?* 24 Unif. L. Rev. pp.644-646 (2019); Herbert Kronke, *Assignment of Claims and Proprietary Effects: Overview of Doctrinal Debate and the EU Commission's Proposal*, Oslo Law Review, Vol. 6 No.1-2019, 11 (2019); Andrew Dickinson, *Tough Assignments: the European Commission's Proposal on the Law Applicable to the Third-Party Effects of Assignments of Claims*, IPRax 2018, 341.

38) Commission Proposal, *supra* note 8, 前文 15 [抜粋]

「本規則に規定する抵触規則は、第三者（例えば、譲渡人の債権者）とともにあらゆる譲渡当事者間（すなわち、譲渡人と譲受人間および譲受人と債務者間）の債権譲渡に関する物権的効果を規律する。」

39) Spyridon V. Bazinas, *The law applicable to third-party effects of assignments of claims: the UN Convention and the EU Commission Proposal compared*, 24 Unif. L. Rev., 626 (2019); Garcimartin, *supra* note 33, at 36; Catherine Walsh, *The role of party autonomy in determining the third-party effects of assignments: of 'secret laws' and 'secret liens'*, 81 Law and Contemporary Problems 2018, 181, 202 (本論文で Walsh は、預金債権の譲渡に限定した当事者自治は正当化しうるとする (at 199)).

40) Bazinas, *id.*, pp.626-627.

第3は、競合する債権譲渡の前後で譲渡人が常居所地を変更したような場合に、規則提案では先に第三者効を備えた譲渡の譲受人が優先するが（規則提案4条1項後段）、これにより将来の譲受人に不利益を生じさせる恐れがあるとするものである。第2の問題で触れたように、将来の譲受人が、既存取引について確認する術を有しているとは限らないからである⁴¹⁾。

第4は、例外が認められる範囲が明らかではないとうものである⁴²⁾。例外の認められる証券化について定義はなく、また、規則提案4条2項によれば「金融資産」から生じる債権の譲渡にも例外的に譲渡債権の準拠法の適用が認められるが、この範囲についても明らかではないと指摘するのである⁴³⁾。

2. 連合王国

連合王国政府は、EU 離脱前の2018年に、本規則提案をオプトインしないことを決定した⁴⁴⁾。譲渡人常居所地法を原則とする規則提案に従えば、連合王国の金融サービス市場実務に意図しない重大な効果をもたらし、金融サービス取引に不確実性が生じ、従来の業務に変化をもたらし、担保に関連する既存の準拠法条項に反するものとなりうるからとする⁴⁵⁾。

当該決定に影響を与えたと考えられるのが、ロンドン法律協会金融法委員会（CLLS）の意見書⁴⁶⁾である。本意見書は、規則提案はEU レベルで強行法規を押し付け当事者自治を排除するとともに、問題解決のために最も明白な法である債権準拠法の適用を大幅に排除しており、適切なものとは思われないとする⁴⁷⁾。

CLLS が問題とする点は前述（1）と重なるところもあるが、以下に簡条書

41) *Id.*, pp. 623–624.

42) *Id.*, at 627; Kieninger, *supra* note 37, pp.642–644.

43) Kieninger, *supra* note 37, at 644.

44) John Glen, *JHA opt in decision-law applicable to the third-party effects of assignment of claims*, Statement UIN HCWS836 (9 Jul. 2018) available at <https://questions-statements.parliament.uk/written-statements/detail/2018-07-09/HCWS836>.

45) *Id.*

きで挙げる⁴⁸⁾。第1に、例外を含む規定が複雑すぎる。第2に、ローマ I 規則との「常居所」の違いが混乱と法的不確実性を生じさせる。第3に、債権が転々譲渡され譲渡人が常居所を変えたような場合にも混乱と法的不確実性を生じさせる。第4に、規則提案により第三者効に適用するルールをおくことは欧州連合の機能に関する条約⁴⁹⁾345条に抵触する。第5に、債務者に対する効力と第三者対抗要件とを異なるルールによらせれば混乱が生じる。第6に、譲渡人の常居所がいずれの国に所在するのかを確認するため、法律事務所は事実に関する調査もしなければならなくなる。第7に、証券化の定義が適切になされていない。第8に、金融商品の定義が狭すぎる。第9に、シンジケートローンに関する現行の取引実務と一致しない。第10に、更改 (novation) やサブ・パーティシペーションといった他の債権の移転手段の抵触規則と整合しない恐れがある。第11に、譲渡人の常居所地国で将来債権の譲渡が認められない場合に将来債権の譲渡が制限される恐れがある。第12に、倒産時に相殺の相互性によどのような影響を与えるのか明らかではない。第13に、規則提案は、当事者が合意した裁判所で譲受人間等で生じうる紛争について争えない恐れがあることを考慮していない。第14に、法廷地法の強行法規が規則提案の効果を覆す恐れがある。

46) The Financial Law Committee of the City of London Law Society (CLLS), *Proposed EU Regulation on law applicable to the third party effects of assignment of claims—Why the UK should opt-out and work to get this proposal changed or scrapped* (24th May 2018) available on <https://www.citysolicitors.org.uk/storage/2018/05/Proposed-EU-Regulation-on-law-applicable-to-the-third-party-effects-of-assignment-of-claims-24-05-18.pdf>.

47) *Id.*, at 1.

48) *Id.*, pp.3-10.

49) Treaty on the Functioning of the European Union (2016 O.J. C 202/47).

“Article 345

The Treaties shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership.”

3. 他の欧州連合機関

以下では、欧州委員会の規則提案に対して、欧州議会および理事会がどのように反応したかを示す。

(1) 欧州議会の第一読会における立場

規則提案が欧州議会に提出され、欧州議会は第一読会⁵⁰⁾を開き、2019年2月13日に欧州議会の立場（position）を採択した⁵¹⁾。これにより主として次の修正がされた。

欧州議会が示した24の修正のうち15が、前文に関するものであった。前文では、特に、本規則提案がローマ I 規則14条と抵触しない旨が明確化された。また、条文でも、債務者に対する効力が本規則提案の対象に含まれないことを明らかにした（1条1項、2条e号）。

他に適用範囲に関しては、本規則提案が消費者保護に関する EU 法および加盟国法に反するものではないことを明らかにし（1条1a項）、適用対象外として、登録パートナーシップから生じる債権を明記し（1条2項c号）、欧州倒産規則に従った集団訴訟における債権譲渡を加えた（1条2項fa号）。

規則提案4条は、第三者効の準拠法につき原則として譲渡人常居所地法によることを定めるが、欧州議会は、常居所地判断の基準時を「譲渡契約の締結時」と明らかにした（4条1項前段）。また、同条3項は、証券化に関する債権譲渡の第三者効につき、当事者が譲渡債権の準拠法を選択できるとしていたが、欧

50) 第一読解とは、欧州委員会による法案提出後に欧州議会により開かれるものである。欧州議会が「承認」または「修正」の立場を採択し、EU 理事会が当該立場を承認すれば法案が成立する（European Parliament, Council first reading positions *available at* <https://www.europarl.europa.eu/plenary/en/council-common-positions.html>）。以下、括弧内の条文は、注記しないかぎり本第一読解の修正によるものである。

51) European Parliament legislative resolution of 13 February 2019 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to the third party effects of assignments of claims (COM (2018) 0096–C8–0109/2018–2018/0044 (COD)), P8_TA (2019) 0086, 2020 O.J. C 449/318.

州議会はこれを削除すべきとした。すなわち、証券化における債権譲渡でも、第三者効は、譲渡人常居所地法のみにより規律されるとした。さらに、同条4項は、債権の二重譲渡において、一方の譲渡の第三者効は譲渡人の常居所地法に従い、他方の譲渡の第三者効は譲渡債権準拠法に従う場合の優劣の決定について規定するが、欧州議会はここに新たなルールを加えた。すなわち、この場合の優劣は、それぞれの準拠法に従い先に第三者効を備えた譲渡の第三者効準拠法に従うとする規定はそのままに、「二つの譲渡が同時に第三者に対して有効となった場合には、譲渡人の常居所地法が規律する」とした。

その他にも、絶対的強行法規に関する規定に、絶対的強行法規として効力を有するのは、当該譲渡が履行される加盟国法の規定であり、当該規定により譲渡契約の履行が不適法となる場合であるとする規定（6条2a項）が挿入され、また、経過措置として、二重譲渡の場合に本規則に従った準拠法が適用されるのは、双方の譲渡が本規則施行後になされた場合に限るとする規定が入る（14条2項後段）等の修正がされている。

（2） EU 理事会の暫定合意

EU 理事会は、2021年6月7日に暫定合意⁵²⁾を採択した⁵³⁾。この暫定合意では、欧州委員会による規則提案に主として次の修正を加える。

まず、欧州議会と同様に、ローマ I 規則 14条と本規則提案との関係を明確にした（前文 14、15、16i、2条 e 号、5条 a 号）。

次に、規則提案の適用除外範囲を拡大した。第1に、新たに次の譲渡の第三

52) 暫定合意 (general approach) とは、理事会での政治的合意であり、欧州委員会の立法提案に関する立場について欧州議会に意見を与えるものである。欧州議会が意見を示す前に採択でき、欧州議会と理事会間での合意を容易にし、立法手続を迅速化することが期待できる (European Council, Council of the European Union, The Ordinary legislative procedure available at <https://www.consilium.europa.eu/en/council-eu/decision-making/ordinary-legislative-procedure/>)。以下、括弧内の条文は、注記しないかぎり本暫定合意の修正によるものである。

53) *Supra* note 10.

者効を適用除外とする。すなわち、金融商品や譲渡可能証券（transferable securities）、短期金融商品（money market instruments）、集団スキーム（collective undertakings）のユニット（以上1条1a項）、暗号資産（同条1ab項）⁵⁴⁾、債権以外の資産に対する担保権（同条1aa項）の譲渡の第三者効である⁵⁵⁾。第2に、次から生じる債権の譲渡もそれ自体の譲渡とは別に、新たに規則定案の適用対象外とする。すなわち、帳簿管理または証券に化体される債権（同条2項g号）、譲渡可能証券、短期金融商品、集団スキームのユニット（以上同条2項h号）から生じる債権である。

また、規則提案2条の定義についても修正がされる。まず、「譲渡（assignment）」には、権利および義務の双方を含む契約の移転や更改（novation）を含まないことを明記する（同条c号）。次に、証券化（securitisation）等では、他のEU法の定義を用いることを明示した（同条g号以下）。

規則提案4条1項については、第1に、第三者効の準拠法を原則として譲渡人常居所地法によらせることに修正がない点、第2に、譲渡人の常居所地判断の基準時を「譲渡契約の締結時」と明らかにしている点、EU理事会の立場は欧州議会と同じである。

他方、同条2項以下では、EU理事会の修正と欧州議会の修正とは若干の差異が見られる。同条2項は、債権譲渡の第三者効を例外的に譲渡債権の準拠法によらせる規定をおくが、欧州議会がこれに変更を加えなかったのに対し、EU理事会は例外の対象範囲変更を提案する。欧州委員会による当初の提案では、譲渡債権準拠法によるのは預金債権の譲渡と金融商品から生じる債権の譲渡のみであったが、EU理事会はこれに次の譲渡を加える⁵⁶⁾。すなわち、ネットィ

54) 他方、暗号資産から生じる債権の譲渡は適用対象とする（前文16bis）。

55) 暗号資産自体の譲渡は本規則提案の適用対象外とされ、金融商品や、デリバティブの譲渡も対象外とされる（前文16a）。

56) 規則提案4条2項a号の文言も“cash credit to an account in a credit institution”から“cash claims and electronic money claims”に変更されるが、規則提案前文26によれば実質的な内容の変更はないものと解される。

ング合意や担保取引に関連する金融契約から生じた債権（同項 b 号 (ii)、前文 27i)、外国為替スポット取引から生じた債権（同項 (b) 号 (iii)、前文 27ii)、金融商品や電子マネーに当たらない暗号資産から生じた債権（同項 ba 号、前文 27bis）、金融市場における取引や金融市場基盤におけるパーティシペーションから生じた債権（同項 c 号、前文 27a）、ローンとして貸付を与える合意から生じた債権（同項 d 号、前文 27b）⁵⁷⁾を、債権譲渡の第三者効を譲渡債権準拠法に従わせるものに加えた。

また、証券化に関する限定的な準拠法選択（同条 3 項）については、欧州議会がこれを排除するのに対し、EU 理事会はそのまま残す姿勢をとる。そして EU 理事会は、準拠法選択は、明示的になされるだけではなく、譲渡契約時に書面をもってなされなければならないとする（同条 3 項後段、前文 28b）。

V. UNIDROIT ファクタリングモデル法

本章では、UNIDROIT でファクタリングモデル法⁵⁸⁾（以下、モデル法）を作成するに至った経緯とその目的および適用範囲(1)、そして、モデル法案が債権譲渡の第三者に対する効力（第三者効）を譲渡人の所在地法によらせる理由(2)を概観する。最後に、モデル法案の抵触規則に対して、どのようなパブリックコメントが寄せられたかを示す(3)。本章でモデル法を扱うのは、EU の規則提案と同様に、譲渡人常居所（所在）地法を第三者効に適用することを選択したものであり、比較により規則提案の意義や問題などがより明らかになると考えるためである。

57) シンジケートローンや融資型クラウドファンディングから生じる債権がこれにあたるとされる。

58) 作業部会では、「ファクタリング」モデル法とすることで、対象が不当に限定されたり誤解されたりしないかとの意見も示されている（Issues Paper of the First Session, Study LVIII A-W. G. 1-Doc. 2, para.12 at 4（Jun. 2020））。

1. 概要

(1) 経緯

2018年12月に、世界銀行グループ（世銀）がファクタリングに関するモデル法の開発を提案した⁵⁹⁾。これを受け、2020年7月より作業部会が開始された。作業部会のメンバーは、米国、イタリア、カナダ、スロバキア、アルゼンチン、英国、日本、オーストラリアである⁶⁰⁾。2022年7月から10月の間にパブリックコメントが求められ、2022年11月の第6回作業部会でモデル法案⁶¹⁾がまとめられた。その後、2023年3月に UNIDROIT 事務局がアップデートした法案を公表し⁶²⁾、2023年5月に理事会がモデル法として採択した⁶³⁾。

(2) 提案理由と適用範囲

世銀がモデル法の開発を提案した理由は、次の3つとされる⁶⁴⁾。第1に、資金調達手法としてのファクタリング利用の容易化、第2に、特に発展途上国や新興市場国で、経済成長を抑制する資金調達の制約に対応し、第3に、ファクタリングに関する既存の国際基準のギャップに対応することである。特に第3の目的に関して、既に作成されている文書の多くは国際的なファクタリングを

59) Issues Paper of the First Session, *id.*, para.3 at 5.

60) 第三者効の準拠法に関して、米国、オーストラリアは譲渡人所在地法を、英国は譲渡債権準拠法を原則とする。他方、イタリア、ドイツ、フィンランドでは何ら明確な解決方法が見られないとされる（BIICL Report, *supra* note 4）。また、世銀、国連商取引委員会、欧州復興開発銀行、米州機構、アフリカ輸出入銀行、アフリカ商事法調和化機構や業界団体等もオブザーバーとして作業部会に参加している（Issues Paper of the First Session, *supra* note 58, para.17 at 5 and para.18 at 6）。

61) Draft Model Law on Factoring, Study LVIII A-W. G. 6 -Doc. 3 (Nov. 2022).

62) Revised Draft Model Law on Factoring, pp.28-30, Study LVIII A-W.G.6-Doc. 6 (Nov. 2022).

63) Summary Conclusions, C. D. (102) Misc. 2, para.7 at 2 (May 2023); Item No. 4 on the agenda: Adoption of Draft UNIDROIT Instruments(b)Model Law on Factoring, C. D. (102) 5 (Apr. 2023). これは第6作業部会により承認された修正と作業部会の要望を受け事務局が作業部会会長と協議した修正とを反映したものである。

64) Issues Paper of the First Session, *supra* note 58, para.3 at 5.

対象とするものであり、内国におけるファクタリングの機能的枠組を発展させるための十分なガイダンスが与えられていないとする。たとえば、ユニドロワの1988年国際ファクタリング条約⁶⁵⁾(国際ファクタリング条約)はその名の通り国際ファクタリングのみを対象とするものであり⁶⁶⁾、国連の国際債権譲渡条約も国際的な債権譲渡を対象とする⁶⁷⁾。他方で、国連の担保取引モデル法は債権譲渡に関する国内法のための詳細な規定を有するが、実用的な国家のファクタリングシステムを発展させるためには十分なものではないとされる⁶⁸⁾。

モデル法は、金銭債権(receivable)を対象とする(1条1項)⁶⁹⁾(以降、“receivable”を単に「債権」とする。)。他方、金融取引から生じる債権または不動産のリース契約または売買契約から生じる債権は適用対象とせず、権限証券(negotiable instruments)または銀行預金も適用対象外とする⁷⁰⁾。また、モデル法は、国際ファクタリング条約が適用対象外とした債務者に通知のない(non-notification)ファクタリングや⁷¹⁾、サプライチェーン・ファイナンスのような近代的な債権金融も支援する⁷²⁾。

モデル法は実質法の規定を中心とするが、第8章に抵触規定をおく。第一回作業部会において、抵触規定の必要性が示されたからである⁷³⁾。理由としてあげられたものには、第1に、国際金融の普及に伴い債権譲渡の登録国を確実に

65) UNIDROIT Convention on International Factoring (Ottawa, 28 May 1988).

66) *See also*, Issues Paper of the First Session, *supra* note 58, para.31 at 8.

67) *See also*, *Id.*, para.39 at 10.

68) *See also*, *Id.*, para.42.

69) 以下、条文番号は、明記しない限り本モデル法案のものである。

70) Item No. 4 on the agenda: Adoption of Draft UNIDROIT Instruments(b)Model Law on Factoring, C. D. (102) 5, para.16 at 6 (Apr. 2023). ただし、債権のプロシーズである場合を除く(2条f号)。

71) First Working Group Meeting (1-3 July 2020) at 18; Issues Paper of the First Session, *supra* note 58, para.31 at 8; Adoption of Draft UNIDROIT Instruments(b)Model Law on Factoring, C. D. (102) 5, para.11 at 5 (Apr. 2023).

72) Item No. 4 on the agenda: Adoption of Draft UNIDROIT Instruments(b)Model Law on Factoring, C. D. (102) 5, para.11 at 5 (Apr. 2023).

することが求められること、第2に、適切な抵触規則がなければ、当事者の追加的なコストや法的不確実性が生じること⁷⁴⁾等がある。

2. 抵触規則

以下では、モデル法第8章の抵触規則をみる。

まず、譲渡（transfer）当事者間の権利および義務は、当事者により選択された法により規律される（37条1項）。準拠法選択のない場合は、同条同項に従い譲渡契約の準拠法による。次に、債務者と譲受人間の権利および義務、債務者に対して譲渡を主張できる条件、債務者の義務が免除されるかどうかについては、債務者と譲渡人間の権利および義務の準拠法による（37条2項）。

債権移転の有効性および優劣は、譲渡人の所在地国法による（38条）。ただし、不動産に対する権利によって担保される債権の移転に関する優劣は、不動産登記簿を権限に基づき管理する国の法による（39条）。この例外が適用されるのは、当該不動産に関する権利を登記しうる登記所に権利が登記可能な場合に限られる。

債権移転の実行は、当該移転の優劣の準拠法による（40条）⁷⁵⁾。そして、プロセス⁷⁶⁾の移転の譲渡当事者間の効力は、そのプロセスを生じさせた元の譲渡当事者間の効力の準拠法に、プロセスに対する譲受人の権利の第三者効および優劣は、そのプロセスと同種の資産に対する利益（interest）の第三

73) Summary Report of the First Session (Videoconference, 1-3 July 2020), Study LVIII A- W. G. 1-Doc. 4 rev. 1, paras.220-229 pp.30 and 31 (Aug. 2020).

74) Issues Paper the Second Session, Study LVIII A-W. G. 2-Doc. 2, para.64 pp.19-20 (Nov. 2020).

75) 本条と38条とはいずれも譲渡人の所在地法を準拠法とする規定であり、規定を1つにしてはどうかとの提案もあったようだが、個別に規定されることが好まれたようである。理由については、現時点公表されているものには明示されていない。Summary Report of the Six Session, Study LVIII A-W. G. 6-Doc. 7, para.107 at 21 (Mar. 2023).

76) 金銭債権のプロセス（proceeds）とは、金銭、為替手形、預金債権のいずれかであり、債権の一部または全部の充足のため、債権の対価として受領されるものである（モデル法案2条1項e号）。

者効および優劣の準拠法による（41条）。

譲渡人の「所在地」は、(a)譲渡人が営業所を有する国とされ、(b)2以上の国に営業所を有する場合には中央管理業務（central administration）がおこなわれている国、(c)営業所を有しない場合は常居所を有する国とされる（42条）。譲渡人の所在地法によるため、譲渡人が所在地を移した場合には、競合する譲渡が異なる準拠法によるおそれがある。そのため、所在地の判断基準時は、(a)移転の有効性（effectiveness）が問題なるときには当該移転がなされたときとされ、(b)第三者に対する効力（effectiveness）および優劣の問題は当該問題が生じたときとされる（43条1項）。例外的に、譲渡人の所在地が変更する前に、譲受人の権利が第三者に対する効力を備え、競合するすべての請求権者の権利が発生している場合には、変更前の所在地の法による（43条2項）。

その他、モデル法44条で反致の排除、45条で絶対的強行法規および公序則の適用、46条で倒産手続開始が譲渡の準拠法に影響を与えないこと、47条で不統一法域に関して規定する。

3. 他の国際的な法律文書との関係

(1) UNCITRAL の担保取引モデル法と国際債権譲渡条約

モデル法の抵触規則は、主として UNCITRAL の担保取引モデル法と国際債権譲渡条約とを基礎とする⁷⁷⁾。担保取引モデル法を出発点とする理由として委員があげるのは、第1に、担保取引モデル法は、譲渡当事者間の権利および義務、譲受人と債務者間の権利および義務、有効性（validity）、第三者に対する効力、優先順位の問題全てに抵触規則をおり、ファクタリングモデル法

77) Issues Paper of the Second session, *supra* note 74, para.65 at 20; Summary Report of the Second Session, Study LVIII A-W.G.2-Doc. 4, paras.200-217 pp.26-28 (Apr. 2021); Issues Paper of the Fourth Session, Study LVIII A-W. G. 4-Doc. 2, paras 107 and 108 at 26 (Nov. 2021); Issues Paper of the Fifth Session, Study LVIII A-W. G. 5-Doc. 2, paras. 123-125 at 26 (May 2022). *See also*, Item No. 4 on the agenda: Adoption of Draft UNIDROIT Instruments (b) Model Law on Factoring, C. D. (102) 5, para.12 at 5 (Apr. 2023).

もこれら全ての問題についての規定をおくべきであり、第2に、UNCITRALは相当な時間を費やしてこれらの規定を策定しているため、担保取引モデル法のアプローチに倣うことができるということである⁷⁸⁾。

担保取引モデル法と国際債権譲渡条約とで規定ぶりが異なる際には、大半の部分では、担保取引モデル法をベースにするのがより好ましいとされる⁷⁹⁾。この理由として、例えば、モデル法は一般的かつ基本的な抵触規則に関する原則を導入することを目指すから、との説明がされる⁸⁰⁾。

（2）規則提案との異同

EUの規則提案とUNIDROITモデル法の抵触規則が、共通しているのは次の点である。すなわち、第1に、債権譲渡当事者間の関係を債権譲渡契約の準拠法に、第2に、債権譲渡の債務者に対する効力を譲渡債権の準拠法に、第3に、第三者効の準拠法を原則として譲渡人常居所（所在）地法によらせるとする点である。特に、第三者効の準拠法については、日本の適用通則法23条が譲渡債権準拠法のみを準拠法とする点と大きく異なる。

他方、EUの規則提案とUNIDROITモデル法の抵触規則が大きく異なるのは、次の点である。第1に、第三者効準拠法の例外の有無である。規則提案は、原則として譲渡人常居所地法によらせながら、例外的に譲渡債権準拠法の適用も認める。これに対して、モデル法の第三者効準拠法には例外がなく、譲渡人常居所地法のみによらせる。第2に、譲渡人常居所（所在）地の基準時である。規則提案は、譲渡人が常居所を移動したような場合、先に第三者効を備えた債権譲渡の準拠法によるとする。すなわち、第三者効を先に備えた時点を判断の基準時とする。これに対して、モデル法は、優劣の問題が生じたその時点を判断の基準時とする。第3に、規則提案にはない規定、たとえば、不動産に対す

78) Summary Report of the First Session, *supra* note 70, para.228 at 31.

79) Issues Paper of the Second Session, *supra* note 74, para.65 at 20; Summary Report of the Second Session, *supra* note 77, para.200 pp.26-27.

80) Summary Report of the Second Session, *id.*, para.208 at 27.

る権利によって担保される債権の特例や債権の実行、プロシーズ移転の効力の準拠法に関する規定が、モデル法には見られる。第4に、規則提案は債権一般を対象とするのに、モデル法は金銭債権のみを適用対象とするなど、モデル法と規則提案の適用対象が異なることも挙げられる。

4. パブリックコメントとその対応

(1) パブリックコメントにおける意見

モデル法案に対するパブリックコメントでは、文言をより正確にするなど形式的な点に関するものを除けば⁸¹⁾、抵触規則に関して次のような意見が見られた。

第1に、債権譲渡の有効性・優劣を譲渡人所在地法によらせるルール（38条）についてである。ある意見は、EU 規則提案4条との差異を避けるべきではないか、とする⁸²⁾。これは、EU 加盟国や EU 諸国の法にならうアフリカ、アジア、ラテンアメリカの国々がモデル法を受け入れがたくなる恐れが高いためである。また、日本の在イタリア大使館からも、譲渡債権の準拠法による選択肢を設けるべきではないかとの意見が示される。譲渡債権の準拠法によることが、日本法に合致し、金融取引で確立された実務に従うものだからとする⁸³⁾。

第2は、譲渡人所在地についてである。モデル法42条は、所在地を中央管理業務地とする。これに対して、判断の容易さから所在地は会社の設立地とすべきとの意見があった⁸⁴⁾。

第3に、債権譲渡に関する抵触規則全般に関してである。債権譲渡の抵触規

81) Model Law on Factoring Consultation-Comments Summary Table, Study LVIII A-W. G. 6-Doc. 4, comments 165, 169 and 172 by Mr. Spyridon Bazinas, comment 173 by Mr. Zhiping Zhang (Nov. 2022) [hereinafter 'Comments Summary']; Model Law on Factoring Consultation Submissions, Study LVIII A-W.G.6-Doc. 5, Annex 3 and Annex 7 [hereinafter 'Consultation Submission']. *See also*, Summary Report of the Six Session, *supra* note72, para.105 at 21, paras.109 and 111, 112 at 22, paras.113 and 117 at 23.

82) Comments Summary, *id.*, comment 166 by Mr. Bazinas; Consultation Submission, *id.*, Annex 3; Summary Report of the Six Session, *id.*, para.108 pp. 21-22.

則は、複雑で非常に議論が多いとする⁸⁵⁾。EU 規則に関する交渉も完全に行き詰っているが、これは一定の当事者自治を認めることに議会の一部が抵抗しているからとされる。

第4に、プロシーズの準拠法に関して修正を求める意見⁸⁶⁾、第5に、絶対的強行法規および公序に関して規定する45条に、公序に関する規定が入っていないとの意見⁸⁷⁾も見られた。

(2) パブリックコメントを受けた修正

上述のパブリックコメントによる意見を検討し、2023年3月に修正案⁸⁸⁾が示された。

まず、第三者効の準拠法に関してであるが、譲渡人の所在地法のみによらせるとの方針は変更されなかった。理由として次が示される⁸⁹⁾。第1に、多くの

83) Comments Summary, *id.*, comment 167 by Mr. Yamashita Masamichi; Consultation Submissions, *id.*, Annex 5.

日本の在イタリア大使館からのコメントは次のとおりである。

“4. Our suggestion is the following;

Article 38—Consider adding a following option.

“Except as provided in Article 39, the law applicable to the effectiveness and priority of a transfer of a receivable [the State to specify a narrow range of transfers in specific transactions] is the law governing the Claim.”

—Rationale

This would be consistent with the Japanese law and does not defer to the practices established in financial transactions.”

84) Comments Summary, *id.*, comment by Ms. Sheelagh Mccracken, para.171.

85) Comments Summary, *id.*, comment by Mr. Richard Kohn and comment 171 by Ms. McCracken; Consultation Submission, *id.*, Annex 22.

86) Comments Summary, *id.*, comment 170 by Mr. Bazinas at 52; Consultation Submission, *id.*, Annex 3.

87) Comments Summary, *id.*, comments 172 by Mr. Bazinas at 52 and 173 by Mr. Zhang; Consultation Submission, *id.*, Annex 3 and 7.

88) Revised Draft Model Law on Factoring, Study LVIII A-W. G. 6-Doc. 6 (Mar. 2023).

89) Summary Report of the Six Session, *supra* note 72, para.108 at 22.

国が既に、債権譲渡の第三者効や優劣を譲渡人の所在地法によらせるとする担保法改正を行っていること、第2に、EU の規則提案は承認前であり、これを前提に本作業部会がモデル法38条〔第三者効の準拠法〕の変更を検討するには時期尚早であり、第3に、EU の規則提案に従えば、単一の債権に2つの異なる法が適用されることになり問題が生じうる。

第2の譲渡人の所在地に関する意見に対しては、修正は見当たらない。事務局の回答として、この点に関しては、担保取引モデル法42条と合致していることが示される⁹⁰⁾。また、第3の債権譲渡の抵触規則一般に関する意見に対しては、事務局は、当該問題に関しては立法ガイド (Guide to Enactment)⁹¹⁾において扱うことを提案する。

第4のプロシーズの準拠法⁹²⁾、第5の公序に関しては、いずれも担保取引モデル法に沿う修正がなされた⁹³⁾。

VI. 検討

1. EU 規則提案からの示唆

結論として、筆者は、日本においても債権譲渡の第三者に対する効力の準拠法に関する国際私法（適用通則法23条）について、改めて検討すべきではないかと思案する。理由は主として次の3点である。

(1) 譲渡人常居所地法を第三者効準拠法として認める傾向

第1に、世界的に、債権譲渡の第三者効について譲渡人常居所地法によらせ

90) Comments Summary, *supra* note 81, comment 171 by Ms. Mccracken at 52; Consultation Submission, *id.*, Annex

91) 本モデル法のための立法ガイドについては、2023年後半または2024年前半に第一作業部会が予定されている。(Annotated Draft Agenda, Study LVIII A-W. G. 6-Doc. 1, para.7 at 2 (Nov. 2022)).

92) Summary Report of the Six Session, *supra* note 72, paras. 111-113 pp.22-23.

93) *Id.*, para. 45 at 23.

モデル法のいずれもが、債権譲渡の第三者効を原則として譲渡人常居所（所在）地法によらせるルールを採用する。このルールは、すでに UNCITRAL の担保取引モデル法や国際債権譲渡条約で採用され、後者の条約は発効はしていないが、2014 年には ICC（国際商業会議所）も支持を表明する⁹⁴⁾。また、米国の UCC（統一商事法典）、ニュージーランド、オーストラリア、カナダの複数州も、譲渡人の所在地法を原則とする抵触法を採用する。新たに EU や UNIDROIT のモデル法に従って立法する国々が譲渡人常居所地法を準拠法として採用すれば、日本と活発に取引する国の多くが、日本とは異なる抵触法を備えることになる。

（2） 抵触規則統一の必要性

第2に、債権譲渡の第三者効に関する抵触規則については、統一の必要性が高いという点があげられる。

確かに、日本以外の多くの国が、債権譲渡の第三者効を譲渡人常居所地法によらせる傾向にあるとしても、日本が必ずしもこの流れに従わなければならないわけではない。日本の法の適用通則法は国内法であり、日本は国際債権譲渡条約を批准してもいないからである。

しかし、EU の規則提案における議論からは、債権譲渡の第三者効準拠法について、抵触規則統一の必要性が明らかになる（Ⅱ 2）。規則提案に関する調査では、各国の抵触規則がバラバラな現状で、国際的な債権譲渡に適用される国の法全てを調査する場合、内国取引よりも 25-60% コストが高くなるとの結果が示された⁹⁵⁾。他方、コスト面からこのような準拠法の調査を行わなければ、不確実性や予見可能性の欠如、法的リスクが生じる。このことから、イン

94) International Chamber of Commerce, *ICC endorses UNCITRAL Convention on the Assignment of Receivables in International Trade* (22 Dec. 2014) available at <https://iccwbo.org/news-publications/news/icc-endorses-uncitral-convention-on-the-assignment-of-receivables-in-international-trade/>

95) Commission Proposal, *supra* note 8, at 5.

パクトアセスメントへの回答者の59%は、抵触規則の統一に賛成する⁹⁶⁾。また、規則提案では、譲渡人常居所地法を原則として採用する理由に国際債権譲渡条約との調和があげられる（Ⅱ 2(1)）。これに対応するように、UNIDROIT のモデル法でも、国際債権譲渡条約や UNCITRAL 担保取引モデル法との一貫性が重視されていた（Ⅳ 2）。

また、多くの国が、債権譲渡の第三者効を譲渡人常居所地法によらせるようになった場合、日本の資金需要者は資金調達が難しくなり、日本の金融機関の競争力も弱まる恐れがある⁹⁷⁾。なぜなら、日本が法廷地となり日本の抵触規則により譲渡債権準拠法が適用される恐れがあるとすれば、譲渡人常居所地法を採用することで準拠法が調和する国に比べ、事前の調査や対抗要件具備によりコストがかかるからである。

そもそも、日本の抵触法は、国際的な判決の調和を基本理念としている。涉外的な問題がいずれの国で判断されても同一の判決が得られることを理想とするのである⁹⁸⁾。これにより、実質法が国により異なったとしても、問題の当事者は同一の解決を得ることが可能になるからである。適用通則法が日本の国内法であるとはしても、債権譲渡の第三者効に関しては、世界的な潮流を見つ準拠法を検討すべきであろう。

(3) 複数国法に準拠した債権一括譲渡の必要性

第3に、適用通則法が立法の基礎とした実務に、変化が見られうるためである。適用通則法立法当時の日本では、準拠法の異なる集合債権等を包括的に譲渡する実務上のニーズがさして高くはないと言われていた。このために、適用

96) Impact Assessment, *supra* note 25, para. 3.7.2 at 34

97) See also, 18 July 2018 Opinion of the European Central Bank of 18 July 2018 on a proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to the third-party effects of assignments of claims (CON/2018/33) para. 1.1.

98) 櫻田嘉章『国際私法[第7版]』16頁（有斐閣、2020年）、横山潤『国際私法』26-27頁（三省堂、2012年）、山田録一『国際私法[第3版]』43頁（有斐閣、2004年）など。

通則法23条のように譲渡債権準拠法が適用されることとなった⁹⁹⁾。現行のように譲渡債権準拠法を適用することには、準拠法の異なる集合債権譲渡を一律に処理できず不都合であるとの指摘がされていたが¹⁰⁰⁾、このような問題は多くは想定され得ないと考えられたのであろう。

しかし、EUの規則提案からは、複数の国の法に準拠した債権の一括譲渡への欧州での需要が明らかになる（Ⅲ2(1)）。また、複数法に服する債権の一括譲渡の問題は、米国では1971年の抵触法リステイトメントに既に示されていた¹⁰¹⁾。

米国やEUといった日本と取引の多い国々で、複数の法に服する債権の一括譲渡が行われているとすれば、金融がグローバル化する現在、このような譲渡へのニーズが日本のみにおいて高くないとは考えにくい¹⁰²⁾。そうであるとなれば、適用通則法23条の立法理由の一つは、現在においては適当ではなくなっている可能性が高いだろう。

2. 規則提案の問題

規則提案には、いくつか検討が必要な点があると思われる。以下、上述の規則提案への反応(Ⅳ)やUNIDROITファクタリングモデル法(Ⅴ)との比較を踏まえ若干の問題を示す。なお、規則提案については、ローマⅠ規則との整合性に関しての問題も指摘されるが(Ⅳ)、日本法に大きな示唆を与えるものではな

99) 小出邦夫編著『逐条解説法の適用に関する通則法[増補版]』275頁、278頁、293頁（商事法務、2014年）、法務省民事局参事官室「国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明」（平成17年3月29日）別冊NBL編集部『法の適用に関する通則法関係資料と解説』（別冊NBL110号）205頁、207-208頁（2006年）（以下、「補足説明」）。法制審議会の議事録中では、実務家委員から、準拠法の異なる集合債権や準拠法未定の将来債権に限らず、クロスボーダーの債権を大量に一括譲渡するニーズがないとの発言もみられる（法制審議会第5回議事録）。

100) 補足説明・前掲205頁。

101) RESTATEMENT (2nd) OF CONFLICT OF LAWS § 211 cmt. c (1971)。

102) 筆者は、2023年にロンドンで国際金融実務に関わる英国の訴訟弁護士から、日本法人も譲渡人となり同種の譲渡を行っていると聞いた。

いためここでは扱わない。

(1) 証券化の例外的扱い

第1は、証券化に関する債権譲渡を例外的に扱うべきかという問題である。証券化に関しては、取引当事者の中にも、債権譲渡の第三者効に譲渡人常居所地法を適用すべきとの意見と譲渡債権準拠法を適用すべきとの意見の双方が見られる¹⁰³⁾。このことから、規則提案4条3項のように、譲渡人常居所地法に加えて譲渡債権準拠法の適用を選択しうるとすることも、一つの問題解決の方法であると考えられる。しかし、このような方法をとれば、将来の譲受人に不確実性が増すことは否定できない(IV 1(2))。この点から、欧州議会は4条3項を削除し(IV 3(1))、理事会は準拠法選択を書面により行うことを求めたのであろう(IV 3(2))。

(a) 筆者は、証券化につき、規則提案が例外を設けた理由自体に若干の疑問がある。規則提案は、複数の法域に常居所を有する複数の譲渡人が存在するような証券化が頻繁(often)に行われており、このような場合に複数の譲渡人が所在する個々の国の法の要件に従うのは煩雑であるため、譲渡債権準拠法による余地を認めたとする(IV 3(1))。では、複数法域に常居所を有する譲渡人が存在し、複数の債権が単一の準拠法に服する取引とは具体的にどのようなものか。まず考えられる取引は、シンジケート・ローン証券化する場合である。シンジケート・ローンでは、個々の貸付人がそれぞれに借入人に対して貸付債権を有している。しかし、それぞれの債権は単一の契約書に従うため、各債権の準拠法は同一国の法となる。したがって、譲渡人が複数の国に所在している場合にも、譲渡債権準拠法によれば単一の国の法に従い第三者効を備えることができる。しかし、シンジケート・ローンが頻繁に証券化されるのかには疑問がある。シンジケート・ローンは、通常の債権とは異なりそれ自体が流通性を有するが、譲渡先は限定され一定の金融機関に限られる。

103) Impact Assessment, *supra* note 25, at 51.

債権と比較する際の証券のメリットは、一般的にその流通性に見られるところ、コストと時間をかけて証券化の仕組みを作る必要が、シンジケート・ローンについてどの程度あるのだろうか。

次に考えられる取引は、たとえばあるグループに属する各国の会社が、売掛債権¹⁰⁴⁾をまとめて証券化するような場合である。しかし、この時、譲渡される債権の準拠法は単一なのであろうか。確かに、譲渡人らが複数の法域に所在している場合、それぞれの譲渡人常居所地法に従い対抗要件を具備するのは煩雑であろう。しかし、代わりに譲渡債権準拠法によったところ、譲渡された債権の準拠法がバラバラなのであれば、結局、複数の譲渡債権の準拠法に従わなければならない。この時、譲渡債権準拠法によるのは、譲渡人常居所地法によるのと煩雑さに変わりはないように思われる¹⁰⁵⁾。

(b)ある文献は、連合王国の証券化業界が譲渡人常居所地法の適用に反対するのは、SPVからの譲渡に法的リスクが大きくなるからと指摘する¹⁰⁶⁾。この文献によれば、連合王国の証券化は、通常内国のクレジットカード債権または不動産ローンによるものであり、債権の全てがイギリス法に服するものであるとされる。国際的な要素はSPVの所在地のみであり、証券化ではSPVからオリジネーターや第三者に再度譲渡されることがまある。SPVが所在する租税回避地では、債権譲渡に関する法が未発達な場合も多く、その地の法が適用されると法的リスクが大きくなりうるとするのである。しかし、SPVは、証券化を行う当事者が設立するものである。このようなリスクは、自身で適当な設立準拠法を選択することで軽減できると思われる。

104) インパクトアセスメントでは、証券化される会社の資産で最も一般的なものは売掛債権であるとされる（Impact Assessment, *supra* note 25, at 47）。

105) インパクトアセスメントに紹介された事例では、複数の法域に所在する譲渡人が、複数の法域に所在する債務者に対する債権をファクタリングのため譲渡を考えたが、譲渡される債権の準拠法が複数国の法であり、かつ、準拠法の明らかでない債権も含まれていたために、デュー・ディリジェンスの問題から債権譲渡を諦め別の方法により資金調達を考えているとされる（Impact Assessment, *supra* note 25, at 47）

106) Kieninger, *supra* note 37, at 641.

(2) 譲渡人の常居所地の判断基準時

第2の問題は、譲渡人の常居所地の判断基準時が、規則提案の通りで良いのかというものである。規則提案4条1項後段は、二重譲渡の前後に譲渡人が常居所地を変更した場合、先に第三者効を備えた譲渡が優先するとの規定をおく(Ⅲ3(2))。すなわち、先に第三者効を備えたその時点を経済的優劣の判断基準時とするのである。しかし、既になされた債権譲渡を、将来の譲受人が確認するのは困難な場合もありうるだろう(Ⅳ1(2))。この点、解決策の一つとしては、UNCITRAL モデル法のように、判断の基準時を経済的優劣の問題が生じた時点とすることも考えられる(Ⅴ2)。

ただ、このような問題がどの程度生じるのかには若干の疑問がある。シンジケート・ローンの債権と異なり、通常の債権が転々譲渡されることは多くは想定されない。前述の通り証券化においては、SPV に譲渡された債権が再びオリジネーターや第三者に譲渡されることもあるとされる。しかし、証券化内の債権譲渡であれば、譲受人となる者は、元の譲渡や譲渡人の常居所地について知ることができ特段の問題は生じないだろう。また、シンジケート・ローン債権であれば、転々譲渡も考えられるかもしれない¹⁰⁷⁾。しかし、シンジケート・ローンの譲受人となりうる者がプロの金融機関に限られるとすれば、先になされた譲渡を知りえないという可能性は、一般的な債権譲渡に比べ低くなるだろう。

(3) 例外的扱い

第3に、譲渡人の常居所地法を債権譲渡の第三者効準拠法として採用するにしても、あらゆる債権譲渡についてこれを適用してよいのかという問題である。上述のシンジケート・ローン債権のように、債権譲渡の中には、適用通則法23条のように譲渡債権準拠法による方がスムーズに取引可能なものもある。EU 理事会が暫定合意において、ローンとして貸付を与える合意から生じた債

107) See also, CCLS, *supra* note 46, at 2.

権について例外的な扱いをするよう提案しているのも、このためであろう（Ⅲ3(2)）。しかしながら、貸付債権一般を例外的に扱うとすれば、例外の対象は広くなりすぎる。たとえば、クレジットカード債権の証券化のような場合にも、譲渡人常居所地法による第三者対抗要件具備ができなくなる。このため、貸付債権の例外的な扱いには、批判がされるであろうことに疑いの余地がないとの見解が示されている¹⁰⁸⁾。

VI. おわりに

本稿は、EUにおける規則提案と UNIDROIT のファクタリングモデル法が、ともに債権譲渡の第三者に対する効力（第三者効）に譲渡人常居所（所在）地法を準拠法とする抵触規則を採用することを示し、これに関連する議論等から日本の適用通則法23条について改めて検討すべきではないかとの結論を示した。

この理由は、第1に、債権譲渡の第三者に対する効力（第三者効）を譲渡人常居所地法によらせることが、世界的な傾向となりつつあること、第2に、債権譲渡の第三者効準拠法については国際的な統一のニーズが高いこと、第3に、適用通則法23条が立法の理由とした実務が現在においては適当ではなくなっている可能性が高いことにある。

併せて、EUの規則提案自体にはいくつか検討が必要なことを明らかにした。すなわち、第1に、規則提案は、証券化における債権譲渡を例外的に扱うが、この理由に説得性に欠ける点があること、第2に、譲渡人の常居所地変更時の優劣の判断基準を、先に債権譲渡に第三者効を備えた時点とすれば、将来の譲受人のような第三者による確認が困難になるため、モデル法のように、優劣の問題が生じた時点と判断基準時とすることも考えられること、第3に、譲渡人の常居所地法を債権譲渡の第三者効準拠法として採用するにしても、一部これ

108) Gilles Cuniverti, *EU Council to Vote on Regulation on Third Party Effects of Assignment of Claims* (4 Jun. 2021) available at <https://eapil.org/2021/06/04/eu-council-to-adopt-regulation-on-third-party-effects-of-assignment-of-claims/> がある。

に適さないと考えられる債権譲渡があるのも事実であり、どのような場合を例外とするかは難しいことがあげられる。

EU における議論は、未だ結論の見えないところである。EU 法がいかなる規定をおくかは日本にも大きな影響を与えるところであり、引続き動向を見守りたい。本稿には明確な解決の方法を提示できていない部分もあるが、これらの点は今後の研究課題としたい。未熟な本稿が、国際的な債権譲渡金融において発展の一助となれば幸いである。

【謝辞】 本研究は、公益財団法人 全国銀行学術研究振興財団の助成を受けた。

(ふじさわ・なおえ 筑波大学ビジネスサイエンス系准教授)

弁護士の中立公正義務の理論的分析(3)

森 田 憲 右

- 第1 はじめに(中立公正をめぐる事例とその問題意識)
- 第2 中立公正さが問題となる場面と利益相反の関係
- 第3 利益相反を検討する上での出発点としての「依頼者」
- 第4 中立公正を検討する上での「依頼者」とその類型化 (以上、33号)
- 第5 **【類型A：双方型】**(依頼者と別の依頼者との利益相反)について、弁護士の中立公正さが問題となる場合
- 第6 **【類型B：非双方型】**(依頼者その他の立場や役割との間の利益相反)について、弁護士の中立公正さが問題となる場合
 - 1 **【類型B：非双方型】**について
 - 2 **【類型Y①：規定型】** 弁護士法25条4号・5号、職務基本規程27条4号・5号 (以上、34号)
 - 3 **【類型Y②：非規定型】** 弁護士法制に個別規定がない場合
 - (1) ドイツ弁護士法 BRAO
 - (2) 成年後見人
 - (3) 相続財産清算人
 - (4) 破産管財人
 - (5) 遺言執行者
- 第7 まとめ (以上、本号)
- (補) 守秘義務との関係

3 **【類型Y②：非規定型】** 弁護士法制に個別規定がない場合

この場合は、ドイツ弁護士法 BRAO45条(1)項2号を参考にして、公的な職務に就任する場合について検討する。

(1) ドイツ弁護士法 BRAO

BRAO45条(1)項2号によれば、弁護士がすでに倒産管財人、相続財産清算人、遺言執行者、成年後見人その他同種の職務（以下では「公的な職務」という。）に就任している場合、その管理した財産をめぐる事件について、当事者を代理することはできない。これは、公的な職務が司法または公的な管理下で与えられた職務であることに着目し、弁護士の独立性と依頼者の保護を遵守するとともに、中立公正な公的な職務に対する国民の信頼を守ることにある。BRAO 43条 a(6)項によれば、弁護士が法的助言または代理をした場合、その後公的な職務に就任する場合は依頼者に対する利益相反回避義務（BRAO43条(4)項）を負う。これは、公的職務について利益相反回避義務を拡張するものである¹⁾。

日本では、公的な職務を担う弁護士について、弁護士の独立性と依頼者の保護並びに中立公正な職務に対する信頼確保という観点は親和的である。しかし、弁護士法制において、職務基本規程81条以外にBRAO45条(1)項2号や43条 a(6)項のような個別規定はない。そこで、公的な職務に就任する弁護士の利益相反規制については、ドイツのように司法行政の独立機関としての弁護士の役割に力点を置くのか、米国のように依頼者に対する忠実義務に力点を置くのかにより、結論が変わり得る。

	ドイツ	日本
成年後見人	BRAO45(1)②、43a(6) 財産に関する紛争（同一事件）につき、就任前後にわたり禁止・制限、免責事由なし	職務基本規程81以外の個別規定なし（本人は成年被後見人）
相続財産清算人	同上	同上（本人は相続財産法人）
破産管財人	同上	同上（依頼者は不在）
遺言執行者	同上	個別規定なし（依頼者は不在）

便宜上、成年後見人、相続財産清算人、破産管財人、遺言執行者の順に検討

1) MichaelKleine-Cosack, BRAO, 9Aufl. 2022. 230, 281

する。

(2) 成年後見人

ア 公的な職務

成年後見人は、成年被後見人本人のために財産調査・財産目録の作成（民法853条）、成年被後見人の意思の尊重及び身上配慮（民法858条）、財産管理及び代理（民法859条）、善管注意義務（民法869条、644条）及び利益相反回避義務（民法860条、826条）を負う。成年後見人は、家庭裁判所により選任され、その監督に服する（民法843条、863条）。成年後見人の職務は、司法または公的な管理下で与えられた職務であるから、公的な職務である。

イ 利益相反等にかかる弁護士法制

成年後見人の被選任資格は弁護士に限定されない。弁護士法3条1項によれば、官公署の委嘱による法律事務は弁護士の職務であるから²⁾、弁護士が家庭裁判所から成年後見人に選任され就任するとき、成年後見人としての職務は弁護士の職務であり、弁護士法制の規制を受け、誠実義務を負う（弁護士法1条2項³⁾）。成年後見人弁護士は、成年後見人の立場と弁護士の立場という二重の立場を有するから、民法及び弁護士法制の規制を受ける⁴⁾。

成年後見人に利益相反規制が及ぶかどうかについては、成年後見人の依頼者

2) 明治9年の代言人規則8条において、専ら裁判所の法廷における活動が職務であるとされ、その後、旧弁護士法1条において、広く一般の法律事務を行うことが職務であるとされて、弁護士法3条に継受された（日本弁護士連合会調査室編著「条解弁護士法」[第5版] 2019年23頁）。

3) 前号91頁。依頼者を指定しない職務について、ABA模範規則では、1.12条及び2.4条において中立の第三者の職務について規律する。ドイツBRAOでは、45条、43条a(6)項において弁護士の職務外（BRAO3条3項）として規律する。弁護士法1条2項はBRAO43条と同一の源流（1978年ドイツ帝国弁護士法28条）であるが（条解12頁）、ドイツと異なり依頼者を指定しない職務を弁護士の職務に含めるから（弁護士法3条1項）、依頼者を指定しない職務について弁護士法1条2項の誠実義務が適用される。

4) 柏木俊彦「弁護士が遺言執行者に就任した場合と利益相反の問題」（判タ1283号33頁）参照。

を確定する必要がある。また、官公署の委嘱による職務については、職務基本規程81条が問題となる。

ウ 依頼者の確定

成年後見人の依頼者が誰であるかについては、その職務権限や法的地位から検討する。

前述のとおり、成年後見人は、成年被後見人の意思の尊重及び身上配慮（民法858条）、財産管理及び代理（民法859条）善管注意義務（民法869条、644条）及び利益相反回避義務（民法860条、826条）等を負う。成年後見人は、本人のために最善を尽くし、その裁量の幅は広く、家庭裁判所は成年後見人が法定の枠内で本人の利益が損なわれないよう監督をする⁵⁾。また、近時は、本人の自己決定権の尊重や、意思決定支援・身上保護が重視される（障害者権利条約、後見制度利用促進法）。

成年後見人は家庭裁判所から委嘱を受けるが、家庭裁判所との間で委任契約を締結するものではないから、家庭裁判所は依頼者とはいえない。成年後見人は成年被後見人との間でも委任契約を締結するものではない。しかし、成年後見人は法律に基づき成年被後見人のために職務を遂行し、利益相反回避義務を負うから、成年後見人と成年被後見人の法律関係は、私法上の委任契約に基づく依頼者と異ならない。成年後見人の依頼者は成年被後見人本人である。

エ 【類型A：双方型】【類型X②：依頼内容型】

成年後見人弁護士は、依頼者である成年被後見人本人に対して忠実義務、利益相反回避義務を負い、【類型A：双方型】の弁護士法25条1号ないし3号、弁護士職務基本規程27条1号ないし3号等により規律される。

前記5の3のとおり、【類型X②：依頼内容型】は、委任内容の中立公正さに着目する⁶⁾。成年後見人の場合、その職務内容に中立公正さが求められるも

5) 実務においても、成年後見人は自らの責任で自ら判断すべきであり、家庭裁判所は本人の利益に反するおそれがない限り許可や指示をすることはないとされる（東京家庭裁判所後見センター・東京家庭裁判所立川支部後見係「成年後見人・保佐人・補助人ハンドブック（Q&A付き）」（令和4年4月）26頁）。

のではないが、公的な職務として職務内容に着目することから、それに対する国民の信頼を保護するためには、【類型 X ②：依頼内容型】と同列に位置づけて分類することが適当である。成年後見人に利益相反が問題となる場合は、本人に対する忠実義務違反であり、本人以外の者との関係で忠実義務は問題とならない⁷⁾。

オ 職務基本規程 81 条

成年後見人は官公署から委嘱されるから、職務基本規程 81 条について検討する。

(ア) 職務基本規程 80 条・81 条

弁護士は、正当な理由なく、法令により官公署の委嘱した事項を行うことを拒絶することはできない（弁護士法 24 条、職務基本規程 80 条）。その趣旨は、弁護士の職務の公共的性格を示すものである。

また、弁護士は、官公署から委嘱された事項について、職務の公正を保ち得ない事由があるときは、その委嘱を受けてはならない（職務基本規程 81 条）。その趣旨は、弁護士の職務の公正とそれに対する国民の信頼を確保することにある⁸⁾。

(イ) 委嘱事項

職務基本規程 80 条及び 81 条にいう委嘱事項は、被選任資格を弁護士に限定するものではない。国選弁護人は弁護士に限定され（刑事訴訟法 36 条等）、成年後見人、相続財産清算人、破産管財人、遺言執行者は弁護士に限定されないが、いずれも委嘱事項にあたる（広義説）⁹⁾。

また、依頼者を指定することができるかどうかを問わない。官公署の委嘱による場合は、官公署との間に委任契約が成立する場合と成立しない場合とがあ

6) 前号 73 頁

7) 情報の不適正な収集、保有及び利用については別途検討を要する。前号注 16 参照。

8) 条解 194 頁、日本弁護士連合会弁護士倫理委員会編著「解説 職務基本規程 第 3 版」（2017 年）216、218 頁

9) 条解 195 頁、解説 216 頁

る。国選弁護人、破産管財人、遺言執行者、成年後見人などは委任契約が成立しない場合であり¹⁰⁾、裁判所は依頼者とはいえない。国選弁護人の場合は被疑者・被告人が依頼者であり（刑事訴訟法30条・36条・37条の2・38条の3・39条・41条等）、成年後見人の場合は成年被後見人が依頼者である。相続財産清算人や破産管財人の場合、依頼者は指定されない。

（ウ） 時的範囲

職務基本規程81条は、「その委嘱を受けてはならない。」とあるから、委嘱を受ける時点で適用される。また、委嘱を受けた後、職務の公正を保ち得ない事由があると気づいたにもかかわらずなお職務を継続した場合は、本条違反とされる可能性があるから¹¹⁾、同条は職務継続中も適用されると解される。したがって、成年後見人の場合、就任時及び就任中において、同条は適用される。

これに対して、任務終了後は、同条は適用されない。

カ 就任時及び就任中の利益相反（職務の公正を保ち得ない事由）

職務基本規程81条の「『職務の公正を保ち得ない事由』とは、一般的には、客観的・実質的に考えて当該委嘱にかかる職務に対する信頼を損ねる事情といえる。官公署委嘱にかかる職務は一般に公平・中立を求められる面があるが、その公平性・中立性を保ち得ない事情あるいは公正性・中立性を疑われる事情である。」とされる¹²⁾。同条にいう「職務の公正」の意味内容については、委嘱にかかる職務について各別に検討を加える必要がある。

前記2の1のとおり、公正は多義的であり、目的的に解釈される¹³⁾。

調停委員（民事調停法8条2項、民事調停委員及び家事調停委員規則1条）を例にとると、調停委員の職務には手続的正義の観点からの中立公正さ（非党派性）を求められるから、「職務の公正」の字義になじみやすい。前記第6の2(5)ア・イのとおり、調停委員弁護士の誠実義務は、法律専門家としての高度

10) 条解24、25頁

11) 解説219頁

12) 解説219頁

13) 前々号236頁

な善管注意義務であり、公務員在職中の公的機能の行使に相容れない職務を行わないようにする義務とともに、「中立の第三者」として手続的正義の観点からの中立公正さが求められる¹⁴⁾。調停委員の「職務の公正を保ち得ない事由」とは、調停委員に求められる誠実義務を損ねる事情と同義である。

これに対して、成年後見人は、公的な職務であるが、成年後見人の職務には依頼者である成年被後見人に対する誠実義務ないし忠実義務が求められる（弁護士法1条2項、職務基本規程5条）。これは党派的なものであることから、成年後見人就任に際して求められる「公正を保ち得ない事由」とは、字義通りの公正（非党派的）ではない。「公正を保ち得ない事由」とは、職務に対する信頼を損ねる事情をいうのであり、職務の基本的義務、すなわち誠実義務を損ねる事情というべきである。成年被後見人本人に対する誠実義務・忠実義務を保ち得ない事由は、本人との間で利益相反の関係に立つ場合が挙げられる¹⁵⁾。成年後見人弁護士の就任時及び就任中の利益相反については、弁護士法25条1号ないし3号、弁護士職務基本規程27条1号ないし3号等のほか、職務基本規程81条が重畳適用される。

キ 任務終了後の利益相反

弁護士が成年後見人の任務を終了した後、本人の遺産をめぐり一方の相続人の代理人となることが許されるかどうかについて、日弁連綱紀委員会議決（弁護士懲戒議決例集第13集191頁）は、遺言執行者と同様【類型B：非双方型】

14) 解説85頁によれば、調停委員は弁護士法25条4号の公務員にあたるが職務基本規程27条4号の公務員にはあたらないと解釈するようである。推察するに、職務基本規程27条4号と5号の趣旨は同一であり、法条競合の関係に立つことを前提としているのではないと思われる。しかし、前記第6の2のとおり、弁護士法25条4号・5号及び職務基本規程27条4号・5号の趣旨及び要件について、公的機能行使する公務員と中立の第三者につき二元的に類型化して捉えるならば、両面から規制を及ぼすべきであり、27条4号・5号は重畳適用されると解される。弁護士法25条4号の公務員と職務基本規程27条4号の公務員をあえて別異に解する理由はない。

15) ドイツでは利益相反が成年後見人就任時及び就任中の職務禁止要件となる（BRAO43条a(6)項）。

に位置づけた上で、「成年後見人としての職務の公正さを疑わしめ、成年後見人に対する信頼を害するおそれ」があるとした。上記議決に基づき原弁護士会では懲戒処分をしたが、審査請求を受けて日弁連懲戒委員会平成25年2月12日議決（弁護士懲戒議決例集第16集3頁）は、【類型A：双方型】に位置づけて「遺言執行者と成年後見人とは利益相反の問題において法的には異なった立場であり、成年後見人の職にあった者が一部相続人の代理人になることをもって、当然に遺言執行者に類似した中立性・公正さの侵害と捉えることはできない。」とした。

成年後見人については成年被後見人が依頼者であるから、【類型A：双方型】であり、上記日弁連懲戒委員会議決が妥当である。成年後見人については、弁護士法25条1号ないし3号により規律される。

ドイツBRAO45条(1)項2号によれば、弁護士は、成年後見人就任後、成年被後見人本人の財産に関する紛争につき、関与することは禁止・制限される。弁護士の公的職務と独立性との緊張・対峙を重視する。これに対し、日本では、個別禁止規定がないが、懲戒先例による限り、成年後見人は弁護士の職務であることを前提として、弁護士の依頼者（成年被後見人本人）に対する誠実義務・忠実義務を捉えることから、結論に差異が生じる¹⁶⁾。

(3) 相続財産清算人

ア 公的な職務

相続財産清算人は、相続財産法人の代理人であり（民法951条、956条）、相続財産法人に対して善管注意義務を負う（家事事件手続法208条、125条6項、

16) 上記日弁連懲戒委員会議決は、中立公正さの侵害を理由とする利益相反について否定したが、「非行に該当するか否かについて問題とされる場合は次のような場合であろう。①成年後見中の行為について、善管注意義務違反や後見報告書の内容の不正不備が存し、それを隠匿する等の目的のある場合。②相続人間で争いとなった内容について、成年後見人でなければ知り得なかった事実を、依頼相続人のために利用する場合。」とする。本人に対する忠実義務違反のほか、情報保持については別途検討を要する。前号注16参照。

民法644条)。また、相続財産清算人は、財産目録作成義務(民法953条、27条)、担保提供命令に対する担保供与(民法953条、29条1項)、財産保存処分命令に服する義務(民法953条、27条)、相続債権者・受遺者に対する状況報告(民法954条)、相続人に対する清算計算(民法956条2項)、相続債権者・受遺者に対する申出催告及び弁済と損害賠償義務(民法957条1項、2項、927条2項～934条)、特別縁故者に対する財産分与申立事件における意見表明(家事事件手続法205条)の各義務を負う。相続財産清算人は、家庭裁判所により選任され(民法952条)、その事務につき家庭裁判所の監督に服する(民法863条、953条、27条、28条)。

相続財産清算人の職務は、司法または公的な管理下で与えられた職務であるから、公的な職務である。

イ 利益相反等にかかる弁護士法制

相続財産清算人は弁護士以外でも就任することができるが、弁護士の職務は、官公署の委嘱によることを含むから(弁護士法3条1項)、弁護士法制の規制を受け、誠実義務(弁護士法1条2項)を負う。弁護士は、相続財産清算人の立場と弁護士の立場を二重に有するから、民法及び弁護士法制の規制を受ける。

ウ 依頼者の確定

相続財産清算人の依頼者が誰であるかについては、その職務権限や法的地位から検討する。

相続財産清算人は、相続財産法人の代理人であり(民法951条、956条)、相続財産法人に対して善管注意義務を負うことからすれば(家事事件手続法208条、125条6項、民法644条)、相続財産清算人の場合、相続財産法人が依頼者であると捉えられるように思われる。

しかし、相続財産法人は、成年被後見人と異なり、法律上の擬制であるにすぎない¹⁷⁾。また、成年被後見人の利益相反回避義務(民法860条、826条)と同様の規定はない。現実には、相続財産法人の意思が表明されるのではなく、法

17) 常岡史子「新注釈民法(19)〔第2版〕」(潮見佳男編、2023)769、782頁

の範囲内で中立公正な職務を遂行しつつ相続財産法人の増殖をはかるものであるから、相続財産清算人の「依頼者」を相続財産法人として同法人に対する忠実義務を感得しづらい。

相続財産清算人には依頼者を指定することはできない。

エ 弁護士法25条等の不適用

相続財産清算人は、依頼者に対する誠実義務ないし忠実義務を観念できないから、【類型A：双方型】の弁護士法25条1号ないし3号の適用はない。

また、相続財産清算人は公務員ではないし、清算人であり手続的正義を要請される中立の第三者ではないから、【類型B：非双方型】【類型Y①：規定型】の弁護士法25条4号・5号あるいは職務基本規程27条4号・5号の適用はない。

オ 相続財産清算人の中立公正義務

相続財産清算人は相続債権者または受遺者の請求があるときは相続財産状況につき報告義務を負い（民法954条）、報告義務違反は債務不履行責任となる¹⁸⁾。また、相続債権者らが損害を被った場合、相続財産法人に対して損害賠償請求をすることができる上、相続財産法人に代位して、相続財産法人の相続財産清算人に対する損害賠償請求をことができると解される¹⁹⁾。相続財産清算人は相続債権者・受遺者に対して善管注意義務を負うと解される。

相続財産清算人については、清算人としての地位を重視し、後記(4)の破産管財人及び後記(5)の遺言執行者と同様に中立公正義務を負うというべきである²⁰⁾。職務基本規程81条の適用についても同様である。

(4) 破産管財人

ア 公的な職務

破産管財人は、破産裁判所により選任される（破産法74条）。破産管財人の職務は、概要、破産財団の管理処分（破産法78条以下）、破産債権の確定（破

18) 常岡797頁

19) 金山正信「新版注釈民法(27)」(谷口知平、久貴忠彦編、1989) 677頁

20) 解説102頁参照。

産法117条以下)、配当(破産法193条以下)であり、利害関係人に対して善管注意義務を負う(破産法85条)。裁判所は破産管財人が善管注意義務を尽くしているか監督する権限を有するが(破産法75条、78条、157条等)、破産管財人の裁量に属する行為は固有の権限と責任の下に行われる²¹⁾。破産管財人の職務は、司法または公的な管理下で与えられた職務であるから、公的な職務である。

イ 利益相反等にかかる弁護士法制

破産管財人は弁護士以外でも就任することができるが、弁護士の職務は、官公署の委嘱による法律事務を含むから(弁護士法3条1項)、破産管財人弁護士は弁護士法制の規制を受け誠実義務(弁護士法1条2項)を負う。弁護士は、破産管財人の立場と弁護士の立場を二重に有するから、破産法及び弁護士法制の規制を受ける。

なお、ドイツにおいて破産管財人弁護士は、倒産法InsO及び弁護士法BRAOの規制を二重に受けると解されている²²⁾。

後紀のとおり、破産管財人就任時及び就任中は、官公署から委嘱された事項として、職務基本規程81条が適用される。破産管財人職務終了後は、同条は適用されない。

ウ 依頼者の確定(破産管財人の依頼者について)

破産管財人の依頼者が誰であるかについては、その職務権限や法的地位から検討する。

破産管財人の職務権限については前述のとおりであるが、その法的地位については、代理説(破産者または破産債権者などの代理人とする)、職務説(私人が法律上の職務として権限を行使する)、破産財団代表説(破産財団を法主体とする)、受託者説(破産者を委託者、破産債権者を受益者、破産管財人を受託者とする法定信託とする)、管理機構人格説(管理機構である破産管財人

21) 「破産・民事再生の実務・第4版・破産編」(東京地裁破産再生実務研究会編著・2020年) 181頁、伊藤眞ほか「条解破産法第3版」(2020年) 626頁

22) Karsten Schmidt, Insolvenzordnung, 20Auff2023, 712

に法主体性を認める）等が挙げられるが、管理機構人格説が通説である²³⁾。

代理説や受託者説によれば、依頼者をそれぞれの説における本人等とすることが考えられる。しかし、通説に従えば、破産管財人は管理機構としての法主体であるから、依頼者を措定することはできない。

エ 弁護士法25条等の不適用

破産管財人は依頼者に対する誠実義務ないし忠実義務を観念できないから、【類型A：双方型】の弁護士法25条1号ないし3号の適用はない。

また、破産管財人は公務員ではないし、管理機構としての法主体であって手続的正義を要請される中立の第三者ではないから、【類型B：非双方型】【類型Y①：規定型】の弁護士法25条4号・5号あるいは職務基本規程27条4号・5号の適用はない。

そこで、公的な職務という独自の類型について、中立公正さを分析し、利益相反との関係を検討する必要がある。

オ 破産管財人弁護士の中立公正義務

（ア）民事法上の中立公正義務

破産管財人は民事法上中立公正義務を負う。その根拠として、①破産管財人の理念として「単に破産債権者の利益を実現するだけでなく、破産者を含めた利害関係人全体の利益、さらには社会正義を実現するよう職務を遂行しなければならない」こと、②実質的理由として、「破産管財人は、幅広い権限を有し、具体的な職務執行も広汎な自由裁量に委ねられている」こと、③条文上の根拠として「職務の執行に当たり、善管注意義務（破85条1項）を負う」ことが挙げられる。「公正中立義務」の内容として「全ての利害関係人に対し公正かつ中立でなければならない」とされる。また、「公正中立義務」の具体的効果として「破産管財人は、裁判所から委託を受けて利害関係人のために職務に当たるものであるから、民法や会社法が規定する受託者の自己取引禁止等の忠実義務に関する規定（民法108条、826条、860条、会355条、356条等）の類推

23) 条解破産法第3版592頁

適用があると解される。」とする²⁴⁾。

破産管財人が中立公正義務を負うことは英米及びドイツにおいても同様である。連邦破産法（合衆国法典 11 篇）327 条(a)項によれば、破産管財人は弁護士その他専門家を雇用することのできる要件として、財団に不利益な利害を有したり代理をしたりしていないこと、利害関係がないこと、を定める。ドイツ倒産法 InsO 56・59 条によれば、倒産管財人の選解任に際して独立性を要求する。その意味するところは、倒産管財人は中立であるべき義務を負い、債務者あるいは債権者の代理人ではないとされる²⁵⁾。

(イ) 弁護士法制における中立公正義務

破産管財人が民事法上中立公正義務を負うことは、弁護士法制の解釈適用について重要な意味を持つが、前記エのとおり、破産管財人弁護士について、弁護士法 25 条及び職務基本規程 27 条等の適用ないし類推適用は認められない。

弁護士法制上よりどころとなるのは、職務基本規程 81 条である。就任時及び就任中に求められる同条の職務の公正を保ち得ない事由の解釈適用については、破産管財人の職務に立ち返って検討する必要がある。また、破産管財人就任後についても検討を要する。

破産管財人弁護士は、弁護士法制の規制を受け、誠実義務を負う。弁護士の誠実義務は高度な善管注意義務であるところ、破産管財人弁護士に求められる誠実義務（弁護士法 1 条 2 項）は、破産管財人がその職務内容である破産財団の管理処分、破産債権の確定、配当を行うに際して、専門的知識・技能に応じて専門的な仕事を遂行する高度な注意義務が中核となる。破産管財人が注意義務を怠ったときは、利害関係人に対して連帯して損害賠償義務を負うから、破産管財人弁護士が負う高度な善管注意義務は利害関係人に対するものである。とはいえ、破産管財人はその職務を遂行するにあたり、例えば、破産者に対する説明請求、否認権行使、相殺禁止の主張、届出債権についての認否、別除

24) 「破産・民事再生の実務・第4版・破産編」170・178頁。

25) Karsten Schmidt, 694

権者や取戻権者との対峙など利害関係人と対立する場合がある。破産管財人弁護士との利害関係人に対する高度な善管注意義務は、依頼者に対する忠実義務ないし利益相反回避義務を含むものではない。しかし、破産管財人弁護士が負う高度な善管注意義務の内容を吟味してみると、善管注意義務違反が忠実義務違反と同価値とされ、利益相反禁止となる場合がある。破産管財人弁護士は法律に則り錯綜する利害関係にあって時には破産者、債権者その他利害関係人に対峙して複雑な利害の調整を行いつつ適正に管財事務を処理する裁量権限を有し、利害関係人に対して高度な善管注意義務を負う。すなわち、破産管財人弁護士は利害関係人に対して少なくとも潜在的に利益相反関係にありながら、なおかつ、利害関係人に対して高度な善管注意義務を負う²⁶⁾。そこから、破産管財人弁護士は、いずれの利害関係人に与してはならないことが導かれる。そして、破産管財人弁護士が一旦いずれかの利害関係人に与した場合には、他の利害関係人に対する高度な善管注意義務に違反する。したがって、破産管財人である弁護士は、裁量権限を有する利害調整業務をするに際して、一方の利害関係人に与することで他の利害関係人との間で利益相反状況を顕在化しないよう細心かつ高度の善管注意義務を負うというべきである。

一方の利害関係人に与して高度の善管注意義務に違反し、他の利害関係人との間で利益相反が顕在化した場合²⁷⁾には、位置関係において【類型X①：依頼者同士型】として複数依頼者の一方に与する場合と近似し、他の利害関係人の利益及び職務の適正とその信頼を損なうこととなり利益相反規制の趣旨に悖ることとなるから、忠実義務違反と同価値であるものと考え、利益相反回避義務に違反するものというべきである。

この破産管財人の一方の利害関係人に与しない中立公正さを維持することに違反して、利益相反回避義務に違反する場合、ここに弁護士の中立公正義務を

26) 条解破産法 683 頁

27) 遺言執行者の場合は相続人間の利害対立が直接的かつより先鋭的であるといえるのに対して、倒産事件の場合は、その処理方針をめぐる、必ずしも利益相反が顕在化しているとはいえない場合の領域は比較的広いと思われる。

観念することができる。換言すれば、破産管財人弁護士の中立公正義務とは、複雑な利害対立の中心に身を置く者として自らの裁量において不用意な利益相反状況を作出しないよう細心かつ高度の善管注意義務であるといえる。

このようにして、当該善管注意義務は破産管財人弁護士の誠実義務の内容をなす。

カ 就任時及び就任中の利益相反

例えば、弁護士が破産管財人就任前に、「依頼者」である債権者から倒産をした会社に対する回収について助言を求められたり、依頼を受けたりした場合、弁護士は当該倒産会社の破産管財人に就任をすることが許されるかについて検討する。

前述のとおり、【類型A：双方型】の弁護士法25条1号ないし3号の適用はないし、【類型B：非双方型】【類型Y①：規定型】の弁護士法4条・5条あるいは職務基本規程27条4条・5条の適用もない²⁸⁾。

そこで、官公署から委嘱された職務として、職務基本規程81条の解釈適用が問題となり²⁹⁾、職務の公正の意味内容を検討する必要がある。

破産管財人弁護士の誠実義務については、複雑な利害対立の中心に身を置く者として自らの裁量において一方に与することで不用意な利益相反状況を作出しないよう細心かつ高度の善管注意義務をいうから、職務基本規程81条の職務の公正を保ち得ない事由とは、破産管財人弁護士として誠実義務を保ち得ない事由、すなわち、破産者・債権者その他利害関係人に対して中立公正義務を保ち得ない事由をいい、受託をすることにより一方に与し、あるいは一方に与していたとして利益相反状況が生じる場合をいうものと解される。

このように解すると、例えば、弁護士が破産管財人就任前に、「依頼者」で

28) 解説103頁によれば、職務基本規程27条5号に準ずるとする見解が紹介されているが、本稿によれば、手続的正義が要請される中立の第三者ではないから、準用ないし類推適用は否定される。

29) 解説102頁、矢吹徹雄「コンフリクト」(日本弁護士連合会倒産法制検討委員会編「倒産処理と弁護士倫理、2013年」83頁

ある債権者から倒産会社に対する回収について助言を求められたり、依頼を受けたりした場合、弁護士が当該倒産会社の破産管財人に就任をすることは、利益相反状況が顕在化しているおそれがあるので、職務基本規程81条により制限される。また、例えば、破産管財人でありながら、債権者の破産債権届出の代理人となることは、利益相反状況が顕在化しているので、同条に違反する。

キ 職務終了後の利益相反

破産管財人の職務終了後、破産債権者から破産事件における同一事件の相談や依頼を受けたときはどうか³⁰⁾。

職務終了後は、職務基本規程81条は適用されない。弁護士法制においてBRAO45条(1)項2号のような個別禁止規定はない。個別禁止規定がない以上、破産管財人弁護士が職務終了後利益相反状況を作成しても禁止されないと解する余地もある。

しかし、破産管財人弁護士の誠実義務を前述のようなものと解した上で、就任前または就任中において実質的に利益相反と同価値であるとして禁じられるのであれば、職務終了後においても実質的には利益相反と同価値と判断される場合に、個別禁止規定がないことをもって、利益相反回避義務を免れるとするのは相当ではない。

同一事件について、職務終了後においても一方の利害関係人に与して他の利害関係人との間で利益相反が顕在化した場合には、位置関係において【類型X①：依頼者同士型】として複数依頼者の一方に与する場合と近似し、他の利害関係人の利益及び職務の適正とその信頼を損ない利益相反禁止の趣旨に悖ることとなるから、忠実義務違反と同価値であるものと考え、利益相反回避義務に

30) 破産事件における同一事件について残務処理をする必要がある場合は、追加配当などが想定され、職務終了前と認定されることとなれば、前記エが妥当する。そうすると、実際に、職務終了後同一事件で利益相反が生じる余地は生起されないようにも思われる。しかし、利益相反状況が顕在化し忠実義務違反と同価値であるとされながら、職務終了前と認定されるか職務終了後と認定されるかにより、利益相反の結論に差異が生じることは妥当とはいえないから、職務終了後の利益相反の場合を検討する意味がある。

違反したものというべきである。換言すれば、この場合破産管財人弁護士の中立公正義務（複雑な利害対立の中心に身を置く者として自らの裁量において一方に与することで不用意な利益相反状況を作出しないよう細心かつ高度の善管注意義務）に違反したこととなる。

破産管財人弁護士が中立公正義務に違反したときの根拠規定としては、一般条項である職務基本規程5条の「誠実かつ公正」に違反したことに求められる。依頼者が指定されない場合でも、官公署の委嘱による法律事務は弁護士の職務（弁護士法3条1項）である。また、弁護士法1条2項は、弁護士の職務に限定を加えていないから、依頼者を指定しない職務については、誠実義務が求められる。この場合の誠実義務は、依頼者に対する誠実義務ないし忠実義務を観念できないから、職務内容や法的地位に基づき決せられる。破産管財人弁護士に求められる誠実義務は中立公正義務であるから、「誠実」と「公正」は重なり合う。これにより、破産管財人弁護士が中立公正義務に違反するとき、職務基本規程5条の「誠実かつ公正」に違反することとなる。

(5) 遺言執行者

ア 公的な職務

遺言執行者は、遺言の内容を実現するため相続財産の管理その他遺言の執行に必要な一切の行為をする権利義務を有し（民法1012条、1014条）、相続人は相続財産の処分その他遺言の執行を妨げるべき行為をすることができず（民法1013条）、遺言執行者がその権限内において遺言執行者であることを示してした行為は相続人に対してその効力を生ずる（民法1015条）。また、遺言執行者は、相続人その他利害関係人に対して報告義務、引渡義務その他善管注意義務を負う（民法1012条3項、644条）。遺言執行者は、被相続人の遺言により指定されこれを承諾したときに任務が開始され（民法1006条、1007条、但し、1010条）、解任・辞任以外に家庭裁判所の監督を受けない（民法1019条）。遺言執行者は、その職務が民法下で与えられており、公的な職務といえる。

イ 利益相反等にかかる弁護士法制

弁護士は遺言執行者として法律事務を含む遺言執行事務を行うから、弁護士の職務（弁護士法3条1項）を担い、弁護士法制の適用を受ける。弁護士は、遺言執行者としての立場と弁護士としての立場を二重に有し、民法と弁護士法制の規制を受ける³¹⁾。

日本では、BRAO45条(1)項2号のように遺言執行者を対象とする個別禁止規定はない。遺言執行者に、弁護士法25条1号ないし3号等の利益相反規定が適用されるかどうかについて、依頼者を確定する必要がある。なお、遺言執行者は通常官公署からの委嘱事項ではないから、職務基本規程81条は適用されない。

ウ 依頼者の確定

遺言執行者の依頼者が誰であるかについては、その職務権限や法的地位から検討する。

遺言執行者の職務権限については前述のとおりであるが、その法的地位について、平成30年民法改正により、「相続人の代理人とみなす」（旧1015条）との規定が廃止され、民法1012条に「遺言の内容を実現するため」、民法1015条に「相続人に対して直接に効力を有する」と定められた。

旧1015条が存置されていたときにあっても、相続人は依頼者ではないと解されていたのであり³²⁾、同条の廃止によりその点が明確にされたことからすれば、相続人を依頼者とするには無理があり、遺言執行者は依頼者を指定することはできない³³⁾。

エ 弁護士法25条等の不適用

遺言執行者は依頼者に対する誠実義務ないし忠実義務を観念できないから、**【類型A：双方型】**の弁護士法25条1号ないし3号の適用はない。

31) 柏木33頁

32) 柏木35頁に詳しい。

33) 民法改正前の懲戒先例においては、相続人を依頼者とみて利益相反を認定している判断が見られる。

また、遺言執行者は公的機能を行使する公務員ではないし、清算人であって手続的正義を要請される中立の第三者ではないから、【類型B：非双方型】【類型Y①：規定型】の弁護士法4条・5条あるいは職務基本規程27条4条・5条の適用はない。

そこで、公的な職務という独自の類型として、中立公正さを分析し、利益相反との関係を検討する必要がある。

オ 遺言執行者にかかる懲戒事例の背景事情等

(ア) 遺言執行者については、他の相続人の代理人との兼任について多くの懲戒事例がある³⁴⁾。遺言執行者は、ドイツ・英米の場合のように遺産分割を含む広範な権限を有する清算人としての地位である場合とフランスの場合のように遺言条項の履行を任務とする場合とに分かれる³⁵⁾。ドイツ・英米の場合のような清算人の地位である場合は、破産管財人や相続財産清算人と同様、広範な権限のもとに公的な職務としての理解に馴染みやすく、むしろ慎重を期す傾向があるからか、利益相反の事態は生じにくいようにも思われる。これに対して、日本の遺言執行者の実務では、清算型の遺言でない限り相続財産の処分や債務弁済などを行うものではないし³⁶⁾、また、家庭裁判所の監督に服することがないから、公的な職務としての色彩が薄いと考えがちであるのか、あるいは、遺言者の意思と受益相続人の利益が合致していることや受益相続人を受益者とみて受益相続人を依頼者と捉えがちとなるのか、遺言執行者が受益相続人の代理人に就任することに関する懲戒事例が多い。

(イ) 遺言執行者については、民法が受益相続人と遺言執行者との兼任を明文で禁じていないことも誤解を招く原因のように思われる。受益相続人と遺言執行者とは、利益相反関係にありながら、民法は両者の兼任を許容している³⁷⁾。しかし、受益相続人と遺言執行者の兼任は許容するとしても、利益相反

34) 溝口敬人・清水俊順・藤川和俊「弁護士懲戒の状況と分析」(2023年)229頁

35) 泉久雄「新版注釈民法(28)〔補訂版〕」(中川善之助、加藤永一編、2002年)289頁

36) 雨宮則夫「遺言執行者の職務権限について」(判例タイムズ No.1380. 30頁)、赤沼康弘「遺言の執行実務に関する諸問題」(判例タイムズ No.1380. 43・48頁)

関係にあることからすれば、限定的な例外規定であると解すべきである。法が広く弁護士が遺言執行者と受益相続人の代理人を兼ねることまで許容しているものと解することはできない。

（ウ） 遺言執行者については、弁護士法制において利益相反禁止にかかる個別規定がないことも懲戒事例が多い原因といえるかもしれない。この点は利益相反禁止規定を類推適用することは謙抑的であるべきとされる観点から慎重な検討を要するところである。しかし、後述のとおり、遺言執行者が破産管財人と同様に調整型業務に基づき中立公正義務を負うことからすれば、職務基本規程5条・6条を根拠として利益相反規制を及ぼすことが相当である。

カ 遺言執行者弁護士の中立公正義務

遺言執行者は依頼者を指定することができないから、依頼者に対する誠実義務ないし忠実義務を負うものではない。しかし、遺言執行者弁護士は、弁護士法制の適用を受け誠実義務を負う。弁護士の誠実義務（弁護士法1条2項）は高度な善管注意義務であるところ、遺言執行者弁護士に求められる誠実義務は、遺言執行者が遺言の内容を実現するため相続財産の管理その他遺言の執行に必要な一切の行為をしたり、相続人等に対して報告、引渡をしたりするに際して、専門的知識・技能に応じて専門的な仕事を遂行する高度な善管注意義務が中核となる。そして、遺言執行者弁護士は、相続人等利害関係人に対して高度な善管注意義務（民法1012条3項、644条）を負う。

とはいえ、遺言執行者はその職務を遂行するにあたり、相続人と先鋭的に対立する関係にある。遺言執行者は遺言執行に必要な一切の行為をする権利義務を有し、相続人が遺言の執行を妨げるべき行為が禁止され、遺言執行者が遺言執行者であることを示してした行為は相続人に対して効力を生ずるから、法制度上遺言執行者と相続人の法的利益は対立し、利益相反関係にある。それは、破産管財人が破産財団に属する財産の管理処分権限を専有し（破産法78条）、破産手続開始決定後の破産者の行為が制限され（破産法47条）、破産債権者の

37) 泉363頁

権利行使が制限（破産法100条）その他の利害関係人の権利が制限されるなどにより、破産管財人と利害関係人が利益相反関係に立つのと同様と考えられる。ただし、遺言執行者と相続人との関係については、遺言や遺産をめぐる遺言執行者の行為が相続人に対して直接にあるいは強度に利害得喪の効果が生じるという意味で、破産管財人の場合よりも、利害対立は先鋭的である。

遺言執行者弁護士の相続人等に対する善管注意義務には、依頼者に対する忠実義務を観念することはできないが、遺言執行者が負う高度な善管注意義務の内容を吟味してみると、善管注意義務違反が忠実義務違反と同価値とされ、利益相反禁止となる場合がある。

遺言執行者弁護士は法律に則って錯綜する利害関係にあつて時には相続人その他利害関係人に対峙して複雑な利害の調整を行いつつ適正に遺言執行事務を処理する裁量権限を有し、相続人らに対して高度な善管注意義務を負う。すなわち、遺言執行者は相続人らに対して先鋭的に利益相反関係にありながら、なおかつ、相続人らに対して高度な善管注意義務を負う。そこから、遺言執行者は、いずれの相続人に与してはならないことが導かれる。そして、遺言執行者が一旦いずれかの相続人に与した場合には、他の相続人らに対する善管注意義務に違反する。遺言執行者である弁護士は、裁量権限を有する利害調整業務をするに際して、一方の相続人に与することで他の相続人らとの間で利益相反状況を顕在化しないよう細心かつ高度の善管注意義務を負っているというべきである。

一方の相続人に与して高度の善管注意義務に違反し、他の相続人との間で利益相反が顕在化した場合には、位置関係において【類型X①：依頼者同士型】として複数依頼者の一方に与する場合と近似し、他の相続人らの利益及び職務の適正とその信頼を損ない利益相反禁止の趣旨に悖ることとなるから、忠実義務違反と同価値であるものと考え、利益相反回避義務に違反したものとなる。

この遺言執行者の一方の相続人に与しない中立公正さを維持することに違反して利益相反回避義務に違反した場合、ここに弁護士の中立公正義務を観念することができる。換言すれば、遺言執行者弁護士の中立公正義務とは、複雑な

利害対立の中心に身を置く者として自らの裁量により一方の相続人に与することで不用意な利益相反状況を作出しないよう細心かつ高度の善管注意義務であるといえる。

このようにして、当該善管注意義務は遺言執行者弁護士の誠実義務の内容をなす。

遺言執行者については、就任時、就任中及び職務終了後において、弁護士の中立公正義務（複雑な利害対立の中心に身を置く者として自らの裁量で一方の相続人に与することで不用意な利益相反状況を作出しないよう細心かつ高度の善管注意義務）が求められることから、いずれの段階においても、中立公正義務に違反した場合には、職務基本規程5条の「誠実かつ公正」に違反したものというべきである。

キ 平成15年高判、平成18年議決、平成27年議決について

前述のとおり、平成18年議決と平成27年議決は一見すると矛盾しているかのようである。しかし、これまでの検討によると、矛盾はない。

平成15年東京高判の事案では、日弁連懲戒委員会議決が「遺言執行者は、これを相続人の代理人とみなす。」（旧民法1015条）との規定を根拠に、旧弁護士倫理26条2号にいう「受任している事件と利害相反する事件」にあたるとした。これに対し、東京高判は、旧民法1015条の法的性質論に踏み込まず、遺言執行事務が「受任している事件」であるとの構成をとった。その後、旧弁護士倫理26条2号は、平成17年4月施行の規程28条3号に引き継がれたが³⁸⁾、同条が「依頼者」の存在を要件としたことから、同条を直接適用することに疑義が生じた³⁹⁾。

38) 解説78頁

39) 直接適用をする議決例も存在する。遺言執行者の立場にありながら、相続人の一人の代理人となって他の相続人との間で訴訟等を行った事案について、日弁連懲戒委員会平成26年8月18日議決は、原弁護士会が対象弁護士を戒告とした議決を是認したが、同議決においては、「職務基本規程28条3号に違反し、遺言執行者の中立・公正性を損なうとともに、弁護士に対する社会的信用を失わしめる非行に当たる」とする。

平成18年議決は、遺言執行者は、中立的立場でその任務を遂行することが求められ、旧弁護士倫理4条、5条による弁護士の信用と品位の保持、職務の公正の確保の問題であるとした。同議決については、実質的には利益相反であることを肯定しつつも、適用法条については、規程28条3号を適用ないし類推適用することができないため、規程5条・6条（旧弁護士倫理4条・5条）の一般条項によったとみることができる。平成18年議決は、原議決が遺言執行者と受益相続人との実質的な利益相反の不存在を理由に懲戒せずとしたのに対して、原議決の判断を否定した。平成27年議決は、平成18年議決を援用しつつ、遺言執行者の裁量がなく遺言執行者と相続人全員との間で実質上利益相反状況にない場合には、職務基本規程5条・6条に違反しないとした。両議決は、いずれも職務基本規程5条・6条違反を問題とした上で、遺言執行者と相続人全員との間の利益相反に着目するものであり、遺言執行者と特定の受益相続人との間の利益相反の有無を問題とするものではないという点で共通する⁴⁰⁾。遺言執行者は、相続人全員に対して善管注意義務を負うから、【類型X①：依頼者同士型】と類似したものとして、相続人全員に対する利益相反回避義務を負う。平成18年議決と平成27年議決は矛盾しない。

ク 適用例外と主張立証責任について

(ア) 適用例外とその考慮要素

平成27年議決は、「具体的事案に即して実質的に判断したときに、遺言の内容からして遺言執行者に裁量の余地がなく、遺言執行者と懲戒請求者を含む各相続人との間に実質的にみて利益相反の関係が認められないような特段の事情がある場合には非行に当たらない」とした。

利益相反回避義務を内容とする依頼者に対する忠実義務は、依頼者から信任を受けて広範な裁量権を与えられることにより依頼者に不利益を与えてはならない義務として構成されるところ、遺言執行者の場合は、依頼者からの信任を

40) BRAO43条a(6)項によれば、事前に特定相続人の代理人就任した後に遺言執行者に就任する場合は、特定相続人との間で利益相反の有無を問題とするので、平成18年議決の際の原議決に沿うことになろうか（MichaelKleine-Cosack, BRAO, 9Aufl. 2022. 230）。

前提としないから、忠実義務を観念することはできず、裁量権限の有無や利益相反状況の有無は、利益相反回避義務の要件として論理必然の關係に立つものではない。しかし、依頼者に対する忠実義務違反と同価値とされる事情があるとはいえない場合には利益相反回避義務は否定される。平成27年議決も同旨であると思われる。

その場合の考慮要素としては、遺言執行者の利害調整義務との関係では、①相続財産の範囲につき相続人間に争いがないかどうか、②対象弁護士が遺言執行者としての裁量権行使をしなかったか、あるいは裁量の余地がなかったか、③遺言執行就任時の利益相反状況の有無、期間の経過、④積極的な就任であったかやむを得ず受動的に就任したものかなどが挙げられる。また、対立する相続人の明示ないし黙示の同意があれば免責される⁴¹⁾。

（イ）主張立証責任について

従来の懲戒先例によれば、遺言執行者と相続人の代理人の兼ねをもって、職務基本規程5条・6条に違反するものとし、適用例外事由として特別事情を求める。しかし、対象弁護士に特別事情についての主張立証責任を課しているとすれば、にわかに賛成できない。

遺言執行者をめぐる議論は、利益相反に関する個別禁止規定がなく、類推適用も謙抑的であることを前提に、一般条項を根拠として兼任禁止をする。同じく一般条項である信義則や権利濫用（民法1条2項・3項）の適用が問題となる場合にその適用を主張する側が様々な考慮要素をもって主張立証責任を負うものであると同様、遺言執行者にかかる非行については、対象弁護士の相手方（弁護士会など）が忠実義務違反と同価値性があることについて主張立証責任を負うものというべきである。

これに対して、平成27年議決にいう「特段の事情がある場合には非行に当たらない」との記載の仕方によれば、対象弁護士に特別事情の主張立証責任を

41) 森田憲右「利益相反の概念についての一考察—遺言執行者をめぐって—」（筑波ロー・ジャーナル223号2017年）224頁、解説99頁

負わせているかのようである。その場合、一般条項を根拠にして弁護士に対してより広範な職務制限をしていることに帰することとなり、相当でない。

破産管財人については例えば顧問会社が破産債権者であるからといって直ちに職務基本規程81条・5条・6条に違反するものではないとされる⁴²⁾。忠実義務違反と同価値の場合にはじめて問題となるからである。遺言執行者の場合は破産管財人の場合に比べて、利害関係人の範囲はおおよそ相続人や受遺者に限定され、利害対立の程度は極めて深刻な場合が多いことから、忠実義務違反の同価値性は比較的容易に認められる場合があるが、主張立証責任の分配については、破産管財人の場合同様に取り扱われるべきである。個別禁止規定が定められれば、適用除外事由としての特別事情についての主張立証責任は対象弁護士に転換されることが考えられるが、そうでない限り、主張立証責任を対象弁護士に負わせるのは相当でない。

第 7 まとめ

1 弁護士の中立公正さが利益相反と関係すると俎上に載せられる場合として、次のとおり類型化して検討を加えた。

A 複数依頼者に対する共同忠実義務から導かれる全依頼者に対する中立公正さ【類型A：双方型】【類型X①：共同依頼者型】

この場合は、弁護士法25条1号ないし3号等により規律されるが、依頼者に対する誠実義務・忠実義務の内容の解釈の問題であるので、あえて独自に中立公正さや中立公正義務を持ち出す必要はない。

B 依頼者(組織)に対する独立性客観性の依頼内容に従う中立公正さ【類型A：双方型】【類型X②：依頼内容型】

この場合は、弁護士法25条1号ないし3号等(職務基本規程28条3号または4号にも留意)により規律されるが、依頼者に対する誠実義務・忠実義務の内容の解釈の問題であるので、あえて独自に中立公正さや中立公正義務を持ち出

42) 解説103頁、矢吹85頁

す必要はない。

C ADRの手続実施者に求められる中立公正義務【類型B：非双方型】【類型Y①：規定型】

この場合は、中立の第三者として、手続的正義による中立公正が要請され、弁護士法25条4号、5号、職務基本規程27条4号、5号及び職務基本規程81条により規律される。ここでは中立公正義務を觀念することができ、依頼者に対する忠実義務違反と同価値である場合、同各条の適用がなされる。この場合中立公正義務は誠実義務（弁護士法1条2項）の内容をなす。

D 破産管財人・遺言執行者・相続財産清算人など【類型B：非双方型】【類型Y②：非規定型】

この場合、職務基本規程81条以外個別禁止条項は設けられていない。法律に基づいてその裁量において錯綜する利害関係人を適正に調整する事務を処理することにより、利害関係人と潜在的に利益相反関係にありながら、利害関係人全員に対し中立公正さを維持しそれに反しないよう細心かつ最善の善管注意義務を負うことから導かれる中立公正義務を負う。忠実義務違反と同価値である場合、81条のほか一般条項である職務基本規程5条、6条により規律される。この場合、中立公正義務は誠実義務（弁護士法1条2項）の内容をなす。

2 今後に向けて（提言）

利益相反と中立公正さを抽象的に関連づけて論じたり適用したりすることは、弁護士に対して萎縮的効果を及ぼし憲法上の職業選択の自由を侵害するおそれがある。また、弁護士の本質的で価値の高い義務は「依頼者に対する忠実義務」であるが、依頼者に対する誠実義務ないし忠実義務に違反した場合に比べて、抽象的に、あるいは容易に、中立公正さを侵害したものとして利益相反規定を適用することとなれば、依頼者に対する忠実義務を相対的に脆弱化させる危険性を孕む⁴³⁾。弁護士に中立公正さが求められるとき、抽象的にその適否を論じるのではなく、類型化して、忠実義務違反との同価値性を検討することにより、その適用の有無・範囲を明確に画しつつ、安易な拡大解釈・類推解

釈を防ぐべきである。明確性や告知機能の観点からすれば、職務基本規程27条4号5号及び81条のみでは不十分であり、例えばドイツ弁護士法 BRAO45条のように個別規定を設けるよう制度改正がなされるべきである。制度改正がなされていない現段階にあっては、懲戒先例に従い、D【類型B：非双方型】【類型Y②：非規定型】の利害関係調整業務について、職務基本規程81条のほか、一般条項である職務基本規程5条・6条を根拠として、弁護士の中立公正義務をもって利益相反回避義務を検討せざるを得ない。今後弁護士の業務領域拡張等により、中立公正等を検討すべき新たな場面が登場することが想定されるが、社会に求められる弁護士の業務領域拡張等を支えつつ、同時に、弁護士の本質的価値を見失わないようにする手立てとして弁護士の中立公正義務の理論的分析をする意味がある。

【付記】本稿は、科学研究費補助金・基盤研究C「弁護士の中立公正義務の理論的分析」（課題番号22K01273）の研究成果の一部である。

（もりた・けんすけ 筑波大学ビジネスサイエンス系教授）

43) 本課題は、かねて高橋良裕氏（肩書略）から前掲森田論文について中立公正義務の内容や根拠が不明であるとの厳しいご指摘を受けたことを契機の一とする。自他ともに、これまで中立公正さについてその内容や根拠についての議論がなされていなかったようにみうけられる。中立公正さと弁護士の誠実義務ないし忠実義務とを関連づける場合、中立公正さを類型化してその内容や根拠を分析するとともに、忠実義務が本質的な価値の高いものであることを踏まえる（同価値性）必要がある。

日本相殺法概観(3)

岡 本 裕 樹

- 一 はじめに
- 二 法定相殺制度の趣旨
- 三 法定相殺における権利行使要件—相殺適状（以上、32号）
- 四 相殺制限事由
- 五 差押えと相殺
 - 1 旧規定下の議論
 - (1) 旧規定の規律内容と解釈問題
 - (2) 判例の変遷
 - (3) 学説の状況（以上、34号）
 - 2 現行規定の規律内容
 - (1) 債権法改正時の議論概要
 - (2) 現行規定のもとでの「差押えと相殺」
 - (3) 現行規律の特徴①——純粋な無制限説の採用
 - (4) 現行規律の特徴②——個別債権執行の局面における相殺可能性の拡張
 - (5) 現行規律の特徴③——「債権譲渡と相殺」との違い
 - (6) 「抵当権に基づく物上代位と相殺」
- 六 法定相殺における効力発生要件—相殺の意思表示
 - 1 相殺権の行使
 - (1) 単独行為としての法定相殺
 - (2) 相殺権を行使できる者
 - (3) 相殺の意思表示の相手方
 - 2 当然相殺の否定
 - 3 裁判外の相殺の承認（以上、本号）
 - 4 裁判上の相殺
 - 5 倒産法上の相殺
 - 6 相殺権の濫用
- 七 相殺の効力
- 八 合意相殺の取扱い
- 九 若干の考察

五 差押えと相殺（承前）

2 現行規定の規律内容

(1) 債権法改正時の議論概要

債権法改正の際に改正提案を行った2つの研究者グループからは、民法旧511条に関して対照的な規定が提示された。民法改正研究会は、「差押えと相殺」について弁済期先後基準説を採り、これを「債権譲渡と相殺」に準用することを主張した¹⁾。これに対して、民法（債権法）改正検討委員会は、差押え・仮差押えによる個別債権執行・保全の局面における相殺の規制という思考枠組のもと、法定相殺について無制限説に依り、期限の利益喪失約款のような相殺要件を操作する合意に関しては、継続的取引についてのみ効力を認めるとの限定的立場を示した²⁾。また、「債権譲渡と相殺」に関しては、具体的な提案をしていない³⁾。

なお、法制審議会民法（債権関係）部会での審議の推移については、すでに詳しい分析が先行研究⁴⁾によって行われているため、本稿で改めて立ち入ることはしない。弁済期先後基準説を唱えていた論者も参加していた民法（債権法）改正検討委員会が無制限説を基礎とした主張をしていたせい、立案担当者に

1) 民法改正研究会『民法改正国民・法曹・学会有志案』（日本評論社、2009）178頁。

日本民法典財産法改正 国民・法曹・学会有志案（仮案）第413条 支払いの差止めを受けた債権を受働債権とする相殺の禁止

①支払いの差止めを受けた第三債務者は、その後に取得した債権を自働債権として相殺することができない。

②支払いの差止めを受けた第三債務者は、差押え前から有している債権を自働債権として相殺したときであっても、次の各号のいずれかにあたるときは、その相殺をもって差押債権者に対抗することができない。

一 差押えの時に、差し押さえられた受働債権の弁済期が到来していないこと。

二 自働債権の弁済期が差し押さえられた受働債権の弁済期よりも後に到来すること。

③前項の規定は、譲渡された債権の債務者が、譲渡された前から有している債権を自働債権として相殺したときに準用する。

よる最判昭和45年の明文化の提案に沿った審議が当初から進められた。

(2) 現行規定のもとでの「差押えと相殺」

現在の民法511条では、差押えを受けた債権を受働債権とする相殺について、

-
- 2) 民法（債権法）改正検討委員会『詳解・債権法改正の基本方針Ⅲ－契約および債権一般(2)』（商事法務、2009）62頁以下。

【3.1.3.30】（弁済を禁止された債権を受働債権とする相殺等の禁止）

- 〈1〉 弁済を禁止された第三債務者は、債務者に対し有する債権による相殺をもって差押債権者または仮差押債権者に対抗することができるものとする。
 - 〈2〉 〈1〉にかかわらず、弁済を禁止された第三債務者は、その後に取得した債権による相殺をもって差押債権者または仮差押債権者に対抗することができないものとする。
 - 〈3〉 〈1〉にかかわらず、弁済を禁止された第三債務者は、差押えまたは仮差押えの申立てがあった後に債権を取得した場合であって、その取得の当時、それらの申立てがあったことを知っていたときには、その債権による相殺をもって差押債権者または仮差押債権者に対抗することができないものとする。
 - 〈4〉 差押えまたは仮差押えの申立てがあったこと、差押命令または仮差押命令が発せられたことその他債権の差押えまたは仮差押えの手続を開始させる事由に関する事実が生じたことをもって債権を相殺に適するようにする旨の当事者の意思表示により相殺をすることができる場合において、その債権をもってする相殺は、その債権および差押えまたは仮差押えに係る債権の双方が当事者の特定の継続的取引によって生ずるものであるときに限り、これをもって差押債権者または仮差押債権者に対抗することができるものとする。債権の差押えまたは仮差押えの手続を開始させる事由に関する事実が生じたことをもって相殺が効力を生ずるものとする旨の当事者の意思表示も、同様とするものとする。
 - 〈5〉 債権の取立てその他の処分を禁止された者に対し債権を有する者で第三債務者でないものが、その後にその債権による相殺の意思表示をした場合において、第三債務者は、この相殺をもって差押債権者または仮差押債権者に対抗することができないものとする。差押えまたは仮差押えの申立てがあったことを知ってした相殺の意思表示も、同様とするものとする。
- 3) 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注2・309頁。
- 4) 深谷格「「差押えと相殺」に関する民法改正について」安永正明ほか監『債権法改正と民法学Ⅱ 債権総論・契約(1)』（商事法務、2018）305頁以下、森田修『「債権法改正」の文脈—新旧両規定の架橋のために』（有斐閣、2020）610頁以下。

次のような規律となった。

まず、Yを債権者とする β 債権の債務者Xは、原則として、Yの債権者Gが β 債権を差押えた後に取得したYに対する α 債権による相殺を、Gに対抗できない（民511①）。この点は以前と変わらない。

次に、これとは逆に、Xによる α 債権の取得がGによる β 債権の差押え前であれば、Xは両債権の相殺をGに対抗できる（民511①）。差押え前の取得以外、 α 債権について弁済期や β 債権との関連性、あるいは取引類型などに関する限定的な文言は付されておらず、無制限説を明文化したものと説明されている⁵⁾。この明文化の理由としては、最判昭和45年が無制限説を採ったこと、実務上はこの無制限説を前提とした運用が定着していること、無制限説を前提とした相殺の担保的機能は社会において広く認知されていること、ならびに、弁済期の先後という偶然の事情によって相殺の可否が決せられるのは不当であることが挙げられている⁶⁾。

さらに、民法511条に第2項が新設され、第三債務者Xによる相殺の可能性が拡大されている。同項によると、Xによる α 債権の取得がGによる β 債権の差押え後であったとしても、 α 債権がGの差押えよりも前の原因に基づいて生じている場合には、 α 債権が差押え後にXが他人から取得したものでない限り、Xは α 債権を用いた相殺をGに対抗することができる。これは、包括的な執行手続である破産手続が相殺を承認している範囲と、個別債権執行である差押えの場合で承認される相殺の範囲とを平準化するための規律である⁷⁾。

この規律の適用場面としては、次のような事実関係が例示されている。債権者をYとする β 債権の債務者Xが、Yの委託を受けてDに対するYの債務に

5) 筒井健夫＝村松秀樹編『一問一答民法（債権関係）改正』（商事法務、2018）204頁（以下、「一問一答」と引用）。

6) 民法（債権関係）部会資料69A・28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試案の補足説明」（2013）308頁以下。

7) 一問一答・204頁以下。

ついて保証人となり、続いてYの別の債権者Gが β 債権を差し押さえ、その後XがDに保証債務を履行して、Yに対して求償債権 α を取得した場合である。このとき、Xの α 債権の取得はGによる β 債権の差押え後のことであるが、 α 債権の発生原因であるYの委託によるD・X間の保証契約がこの差押え前に成立しているため、XはGに対して相殺を対抗できると解されている(民511②本)⁸⁾。

これに対して、Xが債権者をYとする β 債権の債務者であり、ZがYの委託を受けてDに対するYの債務について保証人であるときに、Yの別の債権者Gが β 債権を差押え、続いてZが保証債務の履行により将来取得するYに対する求償債権 α をXに譲渡し、その後ZがDに保証債務を履行して、XがYに対する求償債権 α を取得した場合には、XはGに対して相殺を対抗できない。 α 債権の発生原因であるYの委託によるD・Z間の保証契約は、Gによる差押えの前に成立しているが、Xが α 債権をZから取得したのは、この差押えの後であるためとされる(民511②但)⁹⁾。

これらの想定例については共通の理解となっている。問題はこれら以外の場面でどのような取扱いがされるのかであり、ひいては「差押え前の原因」をどのように解釈すべきかに帰着し、今後の運用が注目される。差し当たりは、おおまかに2点について議論がある。まず、「差押え前の原因」の存在を認定するための一般的な判断基準をどのように考えるかである¹⁰⁾。また、この判断基

8) 中田裕康『債権総論(第4版)』(岩波書店、2020)484頁以下(以下、「中田・債総」と引用)。

9) 中田・債総・484頁以下。

10) 中井康之ほか「シンポジウム相殺をめぐる民法改正と倒産手続—差押え・債権譲渡と相殺に関連して」金法2036号(2016)10頁以下、潮見佳男『新債権総論Ⅱ』(信山社、2017)313頁以下(以下、「潮見・新債総Ⅱ」と引用)、沖野真巳「相殺に関する民法改正法下の解釈問題—差押えと相殺における「前の原因」をめぐる—」金融法務研究会『民法(債権関係)改正に伴う金融実務における法的課題』(2018)55頁以下、野村豊弘＝中井康之「相殺」道垣内弘人＝中井康之編『債権法改正と実務上の課題』(2019、有斐閣)208頁以下、中田・債総・485頁以下を参照。

準の一部として、民法511条2項に基づいて相殺に供される両債権に何らかの関連性を要求するか否かが論じられている¹¹⁾。

(3) 現行規律の特徴①——純粋な無制限説の採用

さて、こうした現行規定の規律を債権法改正前の議論における各主張と照らし合わせて観察すると、いくつかの特徴が浮かび上がる。

まず、現行の規律の文言は、最判昭和45年に倣い、差押え前に取得した債権を自働債権とする第三債務者による相殺について、何らの限定を付すこともなく無制限説を採用している。改正前における学説の圧倒的多数は、第三債務者が銀行である場面を念頭に置いて相殺への期待利益を評価していたが、現行規定は相殺の可否の判断基準において、そうした紛争事例の取引類型的特殊性を考慮要素に組み入れない簡明な規範構造となっている。これは、最判昭和45年以降、無制限説が金融取引の範囲を超えて取引実務に広く定着したという現状認識に強く依拠している。

ただし、立案担当者による理由説明には、「自働債権の弁済期が後に到来するとしても、相殺の期待を保護してよいと思われる場合がある」との付言がある¹²⁾。この説明は暗に、「相殺の期待を保護してよいとは思われない場合」の存在を含意している。かつての弁済期先後基準説が自働債権の弁済期が後に到来する場合につき基本的に保護不要との評価をしていたことから明らかなように、現行規律の論拠は普遍的な通用性を備えておらず、実務運用の現況を追認する色合いが強いという事実は、立案担当者も自覚するところであろう。

「保護してよいと思われる場合」の典型例は、金融機関Xが融資先である預金者Yに対して貸付債権 α の返済期限を延長し、預金債権 β との弁済期の先後が入れ替わる場面とされる¹³⁾。この場面での相殺期待を保護する方法として

11) 中井康之「相殺をめぐる民法改正—差押えと相殺・債権譲渡と相殺」今中利昭傘寿『会社法・倒産法の現代的展開』（民事法研究会、2015）724頁以下。消極的な見解として、中田・債総・486頁。

12) 法務省民事局参事官室・前掲注6・308頁以下。

は、金融機関に関する特則を設けることも法技術的には可能であったが、ここではそうした選択はされなかった（民466の5・666③参照）。また、想定場面の抽象度を少し上げて「継続的取引」とする考えもありえた¹⁴⁾。しかし、この概念も外縁が不明瞭であるため、仮に要件に盛り込んでいたならば、林が懸念した「期待利益の合理性」と同質の、しかし別個の困難な解釈問題が生じることになったであろう。多くの学者が保護されるべき相殺期待の判定に際して弁済期の先後のみを決定的基準とすべきではないとの評価に同意する中で、それではいかなる事由を考慮要素に取り入れて要件化するかという難題には、誰も有効な手立てを講じることができず、取引実務という重い現実に屈服する結果になったといえようか¹⁵⁾。あるいは、次に見る破産法制との平準化への志向も影響した可能性もある。先に触れた破産手続での相殺禁止を内容とする破産法72条1項は、相殺可能な自働債権について、取引類型を基準とした限定をしていない。これに平仄を併せるというのであれば、預貯金債権ないし「継続的取引」に基づく債権のみを優遇するという方向性での基準設定は、破産法制に取り入れられていない考え方を民法に持ち込むことになるため、立案担当者の基本的態度にそぐわなかったに違いない。

ともあれ、純粋な無制限説が明文化された今、「保護してよいとは思われない場合」に対処する手段としては、従来から唱えられてきた「相殺権の濫用」論の活用が想起される¹⁶⁾。たとえば、自働債権・受働債権の各弁済期の隔たり

13) 法務省民事局参事官室・前掲注6・308頁以下。

14) 米倉明「判批」ジュリ460号(1970)95頁。前掲注2の民法（債権法）改正検討委員会案【3.1.3.30】〈4〉も参照。

15) また、弁済期先後基準説を基本として、期限の利益喪失約款についてその公知性を理由に第三者効を承認するという立場は、最判昭和45年前後の時期にしか説得力を有しえなかったと考えられる。なぜなら、期限の利益喪失約款の公知性を第三者効の根拠とする態度は、既成事実を追認していることにほかならないところ、最判昭和45年からしばらく後になってからは、無制限説に則した取引実務が既成事実化したことになるのだから、この事情の変化に伴って法定相殺についても弁済期先後基準説を放棄し、既成事実を前提として無制限説を支持しなければ、評価態度の一貫性が問われることになるからである。

が大きい場合が挙げられることもあった¹⁷⁾。もっとも、現行規定での極めて純度の高い無制限説を表すかのような文言をそのまま解釈すると、第三債務者・差押債権者間の利益調整弁とされた「相殺への期待利益の合理性」の観点が捨象されたようにも映る¹⁸⁾。こうした解釈に立てば、「合理的な相殺期待」の存否を基本的視座とする「相殺権の濫用」論は、もはや機能しえない可能性がある。そもそも無制限説は、弁済期を異にする2つの債権を相殺する際には常にいずれかの債権について履行遅滞が生じていることを一つの根拠として、受働債権 β の差押え後に第三債務者Xがその履行を拒み、その間に自働債権 α の履行期を迎えたときでも、Xによる相殺を容認し、Xの債務不履行については遅延損害金以上の責任を問わないことを本質的内容とする。この点を重視すれば、弁済期の隔たりの大きさを問題視する解釈態度は、本来なら無制限説の立場と相容れない。突き詰めると、現行規律は、従来であれば「保護してよいとは思われない場合」と評価されていた状況が無造作に「漂白」したものとの性格を帯びるところになる。

しかし、このような解釈の可能性があるとはいえ、これは条文の文言を頼みとした極論である。先にみた立案担当者の理由説明の中で「相殺の期待」の保護が唱えられているとおり、現行規定も「合理的な相殺期待の保護」を趣旨としていると理解するほうが素直である。民法511条1項の構造だけを見ても、差押え後に取得した債権による相殺が改正前の規定から引き続いて禁止されて

16) 好美清光「銀行預金の差押と相殺—最高裁大法廷昭和四五・六・二四判決を機縁として—(上)」判タ255号(1971)17頁、加藤一郎「差押と相殺—銀行預金の差押を中心として—」法教28号(1983)81頁、米倉明『担保法の研究』(新青出版、1997)214頁以下〔初出1985〕、川井健『民法概論3(債権総論)』(第2版補訂版)〔有斐閣、2009〕360頁以下。現行法について、潮見・新債総Ⅱ・307頁。

17) 米倉・前掲注16・210頁、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』(悠々社、1992)590頁(以下、「奥田・債総〔増補〕」と引用)、川井・前掲注16・361頁。

18) 最判昭和45年のように、差押えにより第三債務者が禁止されるのは弁済のみであり、相殺は妨げられないとの理解は、こうした「相殺への期待利益の合理性」評価を不要とする態度につながりやすい。民法(債権法)改正検討委員会・前掲注2・70頁も参照。

いるのは、その現れといえる¹⁹⁾。また、差押えの禁止対象は弁済のみとする「個別債権執行等における第三債務者保護の見地」²⁰⁾だけを根拠として、差押え時を評価基準時とする無制限説を採るというのは、論理的に不整合である。なぜなら、無制限説は、差押え時に自らは相殺ができなかったはずの第三債務者をも保護するからである。これは、差押債権者による強制執行が終結せず、かつ、自己の意思に基づいて設定した弁済期²¹⁾の後に第三債務者が履行を拒絶し続けるという、差押えの時点では仮定的なものにとどまる2つの事情を経なければ現実化しないはずの第三債務者による将来の相殺を、差押え時に「先取り」して評価する態度にはかならない。換言すれば、まだ決済をすることができず、不公平な状況も生じていない時点で、相殺の対抗の可能性を評価している。この評価には「相殺への期待利益の合理性」基準がまさに適合する。したがって、現行規定においても「合理的な相殺期待の保護」が趣旨とされているのであり、その結果、この趣旨に照らした「相殺権の濫用」論の活用、ひいては事例類型化を通じた規定自体の限定解釈の余地がなお残ると解しうる²²⁾。

19) 潮見・新債総Ⅱ・306頁以下。

なお、我妻は改説以前、第三債務者が支払差止め後に取得した自動債権による相殺を差押債権者に対抗できないとされた趣旨を、差押えの効力を維持するためと説いていた。我妻栄『債権総論』(岩波書店、第28刷、1957) 164頁。

20) 民法(債権法)改正検討委員会・前掲注2・69頁以下。

21) なお、先に「保護してよいと思われる場合」の具体例として挙げた金融機関による返済猶予の承認も、自働債権と受働債権との違いはあれ、第三債務者の意思に基づく弁済期設定に当たる。こうした行為は、最判昭和39年の立場に照らすと、担保の放棄、つまり、「自ら保護を放棄した場合」といえる。この場面を「保護してよいと思われる場合」とする評価は、無制限説での価値判断を「先取り」的に前提としており、そのため、無制限説を正当化しうる論拠たりえない。債権者による債務者へ返済猶予が取引上の社会通念に照らして合理的と評価されうることがあるとはいえ、担保の喪失・減少を対外的に正当化しうる合理的理由の存否(民504②参照)と、担保喪失を生じさせかねない行為の合理性による担保存続の可否とは、質的に異なる問題である。

22) 高橋眞『民事判例の観察と分析』(成文堂、2019) 294頁。

（4） 現行規律の特徴②——個別債権執行の局面における相殺可能性の拡張

次に、現行の民法511条2項は、従来の無制限説よりも相殺可能性を広げている。先に触れたように、包括執行手続である破産手続では、破産法67条1項の解釈により、同法2条5項の定める破産債権概念をもとにして、破産手続開始後にXが破産者Yに対して α 債権を取得したときでも、この α 債権が破産手続開始前の原因に基づくものであれば、Xに対するYの β 債権との相殺がXに認められている。これを参照し、個別債権執行としての差押えの場面において相殺に供しうる自働債権の基準を包括執行手続と一律にするという趣旨で、民法511条2項が新設された。このように拡張された無制限説は、「スーパー無制限説」と呼ばれることがある²³⁾。

かつての「差押えと相殺」をめぐる議論でも、破産法等との平準化の当否は争点の一つであった。いわく、無制限説の立場からは、他の一般債権者にとって差押えの場合よりも利害関係が甚大な破産手続などにおいて相殺権の行使が広く認められているのだから、差押えの場合にも同様の保護が与えられるべしとの主張があり²⁴⁾、弁済期先後基準説の立場からは、破産の場合には多数の債権債務の処理のために期限付破産債権について「債権の現在化」（旧破産17、破産103③）をして弁済期到来が擬制されるがゆえに相殺が許されるのであり、同様の規定のないところで同じような取扱いは認められないとされた²⁵⁾。また、無制限説の主唱者の一人であった好美清光も、「民法上の相殺の保護が破産法等のそれと同一でなければならない理由はない」²⁶⁾と述べていた。

平成29年の債権法改正では、無制限説の明文化に向けた議論が進む中、その限りで差押えでの相殺規律を破産手続の場面と調和させてもなお、基準時前

23) 森田・前掲注4・596頁。

24) 最判昭和39年の横田正俊裁判官の反対意見、明石三郎「判批」判評64号(1963)45頁、加藤一郎「判批」ジュリ317号(1965)14頁。

25) 最判昭和39年の奥野健一裁判官の補足意見、最判昭和45年の松田二郎裁判官の意見。

26) 好美・前掲注16・18頁。前田庸「銀行預金に対する差押と銀行のなす相殺との関係について」立教法学8号(1966)130頁以下も参照。

の原因に基づく債権を基準時後に取得した場合について破産手続での相殺保護のほうが手厚いままであり、債権者平等が強く要請される破産手続での相殺の範囲が差押えの場面よりも拡張されることを正当化するのは困難と考えられた²⁷⁾。そのような理解に基づき、差押え前に自働債権を発生させる原因が存在していれば相殺の期待があったと評価すべきとして²⁸⁾、破産法に倣って「スーパー無制限説」の採用に至った。ただし、それでも差押えと破産手続の場面でのそれぞれの相殺規律は、完全に均一になったわけではない。一方で、民法には依然として「債権の現在化」を定めた規定はなく、第三債務者は自働債権の弁済期到来を待つ必要があるものと解されている²⁹⁾。また、停止条件付債権を自働債権とする将来の相殺利益を保護するための寄託制度（破産70）も、民法には置かれていない³⁰⁾。さらに、破産手続では、破産債務者との間で破産手続開始後の原因に基づいて取得した債権も、共益債権とされて相殺の自働債権として用いることができる³¹⁾。これらの点で、包括執行手続である破産手続のほうが相殺に寛容的である。しかし、他方において、現行の民法511条2項は、ただし書で破産法72条1項1号と同様の相殺制限を定めているものの、同項2号から4号に対応する制限的規律を含んでいない³²⁾。そのため、被差押債権 β の第三債務者 X は、その債権者たる Y に対する α 債権を G による差押え前に

27) 法務省民事局参事官室・前掲注6・309頁。

28) 民法（債権関係）部会資料69A・29頁以下。

29) 潮見・新債総Ⅱ・307頁以下、中田・債総・481頁。

なお、民法511条1項を制限的に解釈する見解の中に、個別執行手続における配当要求の終期の時点において「将来の給付の訴えを提起することのできる請求権としての適格」を有する自働債権による相殺に限定すべきとの岡正晶の主張がある（同「差押え・債権譲渡と相殺—改正民法下における新制限説（自働債権成熟度説）—」債権法研究会編『詳説改正債権法』（金融財政事情研究会、2017）361頁以下）。こうした適格を欠く自働債権については、差押債権者による債権回収の完了までに弁済期を迎えることが極めて稀であろうから、岡の見解が実際に機能する場面はほとんど考えられないのではないかと。

30) 中井・前掲注11・722頁。

31) 中井・前掲注11・723頁以下。

32) 民法（債権関係）部会資料39・85頁以下、森田・前掲注4・620頁。

他の者から譲り受けていれば、Gによる差押えの申立てやその他のYの信用不安を示す事実を認識していたとしても、差押え後の相殺を妨げられることはない。

こうした「ずれ」のある現状において、破産法と同様の表現が用いられた民法511条2項での「原因」の解釈に際して、破産法上の解釈がどのように影響を及ぼすかについて議論がある。破産法上の解釈をそのまま借用する立場を同義論、民法の適用領域の特性を踏まえて別異に解釈する立場を異義論とここでは呼ぼう。また、この異義論には、破産法よりも民法において「原因」の意味を広く解釈する立場と狭く解釈する立場、あるいは状況次第で広狭どちらの性質も含む立場が想定される。これらをそれぞれ拡張的異義論、縮減的異義論および多元的異義論とする。いずれの立場に至るかは、個別債権執行のための差押えと包括執行を実施する破産手続にどのような共通性あるいは相違を見出し、重視するかによるところとなる。

立案担当者による説明の起点となっているのは、破産手続においてはその開始決定前よりも債権者の平等が強く要請され、これにより相殺可能性が限定されるという理解である。先述のように、こうした理解に基づき、本来なら個別債権執行時よりも相殺の余地が狭くあるべき破産手続のほうが逆に広く認められるというのは不均衡であるとの評価に基づき、破産法制に接近させるべく民法511条2項本文が定められた³³⁾。さらに、この問題を検討する際の試金石となっている最高裁平成24年5月28日判決³⁴⁾の評価として、同判決の法廷意見が示した破産法72条1項1号の類推適用という解釈が、民法511条2項ただし書に相当する規律にも同様に用いられうるとの見解が示されていた³⁵⁾。このような経緯からは、立案担当者の理解は同義論に親和的に映るかもしれない。

33) 立案担当者は、「破産法特有の正当化根拠があるとは考えられないという見解が有力」との評価をもとに、差押え後と破産手続開始の決定後とで規律内容を異にする必要はないとの趣旨での素案であると述べていた。民法（債権関係）部会資料69A・29頁以下。

34) 最判平成24年5月28日民集66巻7号3123頁。

35) 法務省民事局参事官室・前掲注6・310頁。

ただし、立案担当者の説明はあくまでも、差押えによる個別債権執行と包括執行である破産手続との相違を前提としている。とりわけ民法511条2項項ただし書をめぐっては、破産手続開始決定前には債権者の平等が強く要請されるわけではないために、相殺による優先的な債権回収が自由に認められるべきとの意見に依拠して、破産法72条1項2号から4号に対応する規律の新設が見送られたのであり、その結果、先にみた「ずれ」が生じている³⁶⁾。こうした債権者平等が要請される程度の違いなどの相違点を重視すれば、異義論につながりやすい。

また、かつての議論で指摘されていた「債権の現在化」という観点は、この問題を考えるうえで引き続き重要な意味を持つと解される。破産法では、まず、期限付破産債権の弁済期到来の擬制による「債権の現在化」があり、これは破産者の財産を換価して破産債権者に金銭による配当を行うという破産手続の目的を迅速に実施するために破産債権を等質化する処理の一環として行われる³⁷⁾。つまり、破産債権者の相殺の期待利益を全く顧慮するところのない債権の操作である。これに続き、「債権の現在化」の結果としての相殺適状の発生という段階を経たうえで、債権者平等の要請と破産債権者の相殺利益とを勘案して、一定の相殺を制限する破産法71条・72条の規定が置かれている³⁸⁾。こうした破産法における期限付債権に関する相殺規律のみに着目すれば、自働債権の弁済期が到来するよりも前に相殺の期待利益を考慮する民法解釈論上の無制限説ではなく、「法定相殺適状創出+濫用的相殺の規制」と評価しうる構造となっている。これに対して、民法511条1項のもとでは、差押え時の相殺適状が存在しなくても、第三債務者の相殺への期待を根拠として、先にみたような相殺の「先取りの」保護が認められている。つまり、破産法と民法とのそれぞれの規律を見比べると、論拠という点で、一方では「債権の現在化」、他方

36) 民法(債権関係)部会資料39・86頁。同69A・28頁も参照。

37) 田中睦夫＝山本和彦監『注釈破産法(上)』(金融財政事情研究会、2015) 682頁〔浦田和栄〕。

38) 伊藤眞『破産法・民事再生法(第5版)』(有斐閣、2022) 521頁・527頁以下。

では「相殺への期待利益」となっており、また、相殺適状という点で、一方では基準時に現存、他方では基準時に未発生の場合もありという違いがあり、結論は似通っていても規範構造は全く異なる。こうした規範的相違もやはり、異義論につながりやすい。

さらに、学説では、差押えの場面での「2債権者間の公平」と破産手続での「倒産債権者間の公平」とを区別したうえで、民法511条2項本文の「原因」については前者の「公平」の観点から解釈されるべきとの見解がある³⁹⁾。これは個別執行と包括執行とでのそれぞれの手続構造の相違を基礎としたものと理解できる。民法511条に現れる差押えの手続では、その対象は債務者の債権のみであり、第三債務者による相殺の意思表示は差押えにより制約されないものと解されており、差押債権者と第三債務者との間での比例弁済的な解決は想定されていない⁴⁰⁾。他方、破産手続では、破産債務者の全財産が対象となり、破産債権者からの相殺の主張は手続上の禁止を受けない範囲で認められ、相殺が禁止される場合でも破産債権者は自働債権として用いようとした破産債権をもとにして配当を受けられるのである。

このように、異義論を正当化するための視角は少なくない⁴¹⁾。ただ、それがゆえに、どのような異義論に収束すべきかの方向性を確定するのは困難である。また、かつての議論を振り返って「「相殺期待」の概念は一種の合切袋として正当化のためのレッテルに堕してしまった」⁴²⁾との評価があるように、「相殺への期待利益」という名目での利益衡量における評価因子は雑然としている。そのため、いかなる異義論へと展開されるかは論者ごとの立論次第となる。

39) 中田・債総・457・489頁。

40) 沖野・前掲注10・48頁。

41) 倒産時と差押え時とで財産拘束の有無に相違があるとの指摘もある。法制審議会民法（債権関係）部会第61回会議事録58頁〔中井康之発言〕。

42) 森田・前掲注4・609頁。

(5) 現行規律の特徴③——「債権譲渡と相殺」との違い

このほか、現行規定は「差押えと相殺」と「債権譲渡と相殺」とで取扱いに差を設けている。「債権譲渡と相殺」については、相殺適状のための「債権の相互性」との関連でも触れたが、ここでは「差押えと相殺」で用いた関係表記に倣い、XがYに対する α 債権をもって、自己を債務者とする β 債権と相殺しようとしており、 β 債権をYがZに譲渡したという場面を例として改めて説明すると、次のようになる。

まず、債権譲渡の対抗要件具備時を判断基準時とした無制限説が明文化されている(民469①)。

これをもとに、「差押えと相殺」と同様に「スーパー無制限説」が採用されている(民469②一)。

さらに、「債権譲渡と相殺」では、YからZへの β 債権の譲渡が行われ、その対抗要件が具備された後に、Xが β 債権の発生原因である契約に基づいて生じた α 債権を取得した場合にも、相殺可能性が拡張されている(民469②二)。このように拡張された無制限説は、「ハイパー無制限説」と称されることがある⁴³⁾。「スーパー無制限説」では相殺が認められなくても「ハイパー無制限説」により救済されると解されているのは、先述のとおり、将来債権譲渡の場面である。具体的には、継続的取引関係にあるようなX・Y間でまだ成立していない将来の売買契約から生じうる代金債権 β について、事前にYがこれをZに譲渡して、この対抗要件が具備され、その後に β 債権を生じさせる売買契約が締結されたが、この売買契約の目的物に契約不適合があり、Yに対する損害賠償債権 α をXが有するに至ったという状況が想定されている⁴⁴⁾。このときに「スーパー無制限説」を適用しても、 α 債権を生じさせる「原因」である売買契約は対抗要件具備後に成立しているため、Xによる α 債権を自働債権とする相殺を基礎づけることはできない。このような両債権の相殺を可能にすれば、

43) 森田・前掲注4・601頁。

44) 民法(債権関係)部会資料74A・15頁、中田・債総・659頁。

将来債権譲渡後のX・Y間の取引継続が促され、将来債権の取得可能性が高まり、将来債権譲渡による資金調達が促進され则认为られて、「ハイパー無制限説」も採られるところとなった⁴⁵⁾。なお、ここでの「譲受人の取得した債権の発生原因である契約」の意義については、今後の解釈に委ねられている⁴⁶⁾。

こうした「ハイパー無制限説」の適用場面は、未発生の将来債権の譲渡可能性とその譲渡の対抗要件具備可能性を前提とする。差押えについては、債権の発生原因が差押え前に生じていれば「スーパー無制限説」により捕捉されるところ、そうした発生原因となる法律関係すら存在していない将来債権の差押えは想定しにくいことから⁴⁷⁾、現実には「差押えと相殺」の問題が生じえない状況といえる。そのため、「差押えと相殺」のほうが「債権譲渡と相殺」よりも相殺可能性が「狭い」といえるかどうか疑問も残るが、ともかく、抽象的には、「債権譲渡と相殺」では自働債権を生じさせる原因が判断基準時後に成立した場合でも相殺が認められる余地が残されているという意味で、「差押えと相殺」のほうが「狭い」と認識されている。そのうえで、この差異を設けた理由としては、将来債権譲渡では目的債権の発生原因である契約の当事者であるX・Y間で債権譲渡後も取引が継続されることが想定され、この場合のXの相殺の期待を保護する必要があるが、差押えの場面では第三債務者Xと差押債務者Yの間での取引継続が想定されにくいために、「ハイパー無制限説」による相殺を認める必要性が乏しいとの説明がされている⁴⁸⁾。

先にみたように、債権法改正以前の学説では、「差押えと相殺」と「債権譲

45) 民法（債権関係）部会資料74A・14頁以下、中田・債総・659頁以下。

46) 中井ほか・前掲注10・16頁以下、中井・前掲注11・739頁以下、潮見・新債総Ⅱ・447頁以下、中田・債総・660頁以下などを参照。

47) 沖野・前掲注10・59頁以下、松岡久和＝高須順一「将来債権譲渡と抗弁の対抗」道垣内弘人＝中井康之編『債権法改正と実務上の課題』（2019、有斐閣）259頁〔松岡発言〕。

将来債権を差し押さえるには、発生原因たる法律関係の確定・近い将来に発生する相当の蓋然性・債権の特定性が必要と説かれている。中野貞一郎＝下村正明『民事執行法〔改訂版〕』（青林書院、2021）689頁以下、伊藤眞ほか編『条解民事執行法〔第2版〕』（弘文堂、2022）1277頁〔下村眞美〕。

渡と相殺」の場面では、別個に相殺可能性を判断すべきとの理解が広く支持されていた。ただ、その際には、債権譲渡取引の安全を保護する必要性と、債権譲渡禁止特約という第三債務者の自衛手段の存在とを主たる根拠として、「債権譲渡と相殺」での相殺可能性をより狭く解釈すべきという見解が主流であった。そうした観点から現行の規律をみると、債権者・債務者間の合意による譲渡制限については、債権法改正の際にいわゆる物権的効力説を排斥する趣旨で民法466条が改められ、譲渡制限特約付債権の譲渡も原則として有効であり、この特約について悪意または善意・重過失であった譲受人に対する履行拒絶権を債務者に認めるところとなった（民466①～③）。そのため、第三債務者としては譲渡人との債権譲渡禁止特約により相殺利益を自衛する手段を奪われたことになり、「差押えと相殺」との平準化に向かう力学が働いたといえる⁴⁹⁾。他方で、かつての学説の多くが相殺可能性を債権譲渡取引の阻害要因と考えていた点について、立案担当者は逆に、相殺可能性を拡張することで債権譲渡取引が促進されると説明している⁵⁰⁾。いずれの認識が正しいかのかは、今後の取引実務の進展を見守るよりほかない⁵¹⁾。

48) 法務省民事局参事官室・前掲注6・310頁。鎌田薫ほか『重要論点実務民法（債権関係）改正』（商事法務、2019）190頁〔末廣裕亮〕・196頁以下〔内田貴〕も参照。

これに対して、将来債権の差押えが可能であることを前提に、民法469号2項2号の規定を差押えの場合にも準用すべきとの主張もある。岡・前掲注29・366頁、岩川隆嗣『双務契約の牽連性と担保の原理』（有斐閣、2020）495頁以下、平野裕之『債権総論〔第2版〕』（日本評論社、2023）532頁以下（以下、「平野・債総〔第2版〕」と引用）。

49) ただし、金融機関が第三債務者である場面については、民法466条の5第1項の規定があるため、そうした自衛手段が残存している。

50) また、民法旧468条の解釈として、双務契約に基づく金銭債権が譲渡された場合につき、債権譲渡以前に反対給付義務が発生しており、この譲渡時に契約解除を生ずるに至るべき原因が存在していたと評価して、被譲渡債権の債務者である契約当事者による反対給付義務の不履行を理由とした契約解除が債権譲受人に対抗せらるものとしていた最高裁（最判昭和42年10月27日民集21巻8号2161号）の考え方は、「スーパー無制限説」の論拠となりうるが（三枝健治「相殺—「前の原因」による相殺の拡張」法教465号（2019）86頁以下）、債権発生時点で反対債権との法的関係性を当然に備えていると理解している点で、「ハイパー無制限説」にも親和的である。

（6）「抵当権に基づく物上代位と相殺」

「差押えと相殺」をめぐる議論にはもう一つ、抵当権に基づく物上代位権の行使や担保不動産収益執行手続として差押えが行われる場合での相殺との優劣に関する問題がある。この争いが生じるのは、Y所有の不動産甲にGのための抵当権が設定されていて、Xが甲をYから賃借しているという状況である。Xに対するYの賃料債権 β がGの抵当権に基づく物上代位・担保不動産収益執行のために差し押さえられた場合に、XがYに対する金銭債権 α を自働債権とする相殺をGに主張できるかが争われている。

最高裁は、この場面でのXとGの優劣関係について、Xによる α 債権の取得とGの抵当権設定登記との先後関係を判断基準とする。これによると、Xの α 債権取得がGの抵当権設定登記よりも後なら、XはGに相殺を対抗できない⁵²⁾。しかし、それよりも前なら相殺を主張できることになり⁵³⁾、このときに自働債権と受働債権のそれぞれの弁済期の先後は考慮されないものと解されている⁵⁴⁾。つまり、民法511条1項と比較して、判断基準時が差押え時ではなく、抵当権設定登記時になっている。これは、この場面での対立状況が、「一般債権者による差押えの効力対相殺の期待利益」ではなく、「抵当権の効力対相殺の期待利益」として捉えられていることを意味する。ただし、 α 債権が敷金返還請求権である場合には、X・Y間での賃貸借契約の締結がGの抵当権設定登記に遅れるときでも、Xは賃貸借終了の際に残存する賃料債権への敷金の充当

51) 松岡久和は、将来債権の広範な譲渡可能性が明文化されたことと、譲渡制限特約の効力が弱められたことに関連して、譲渡債権の債務者について相殺の期待を保護する必要性が高まったとの均衡論を述べる。松岡＝高須・前掲注47・254頁〔松岡発言〕。この点については、野村＝中井・前掲注10・215頁以下も参照。

52) 最判平成13年3月13日民集55巻2号363頁。

53) 最判平成21年7月3日民集63巻6号1047頁。

54) 生熊長幸「判批」ジュリ1398号(2010)88頁、松岡久和「判批」現代民事判例研究会編『民事判例Ⅰ』（日本評論社、2010）170頁、水津太郎「抵当権に基づく物上代位と相殺」秋山靖浩ほか編『債権法改正と判例の行方—新しい民法における判例の意義の検証』（日本評論社、2021）223頁。

を、G に対して主張できるとされている⁵⁵⁾。

こうした判例法理については、債権法改正に伴って修正される場面があるとの見解がみられる。これによると、民法511条2項の規定に準じて、 α 債権が敷金返還請求権ではなくても、競合する抵当権の設定登記前の「原因」に基づいて生じたのであれば、基準時よりも前に相殺への期待利益を有していたと評価し、X は G に相殺を対抗できるとすべきとされる⁵⁶⁾。こうした「一般債権者による差押えの効力対相殺の期待利益」という対立状況での規律に倣う形式的準用論の当否についても、今後の議論に委ねられている。

六 法定相殺における効力発生要件——相殺の意思表示

1 相殺権の行使

(1) 単独行為としての法定相殺

相殺適状が成立しても、それだけでは法定相殺の効力は生じない。法定相殺は、当事者の一方から相手方に対する意思表示によってされる（民506①前）。このように当事者の単独の意思表示で法律効果が生じることから、法定相殺は単独行為としての法律行為である。また、相手方の承諾を必要とすることなく、一方的な意思表示で相殺の効力を生じさせうる当事者の地位は、相殺権と呼ばれ、形成権たる性質を帯びている⁵⁷⁾。

相殺の意思表示には、条件や期限を付することができない（民506①後）。その理由としては、一方的な意思表示による単独行為に条件を付すると、法律

55) 最判平成14年3月28日民集56巻3号689頁。

56) 中井・前掲注11・731頁、潮見・新債総Ⅱ・318頁。また、賃借人が自働債権とする範囲を賃貸借契約に基づく債権に限定する見解として、小山泰史「賃料債権に対する物上代位と相殺—2017年改正民法511条2項の射程—」上法64巻3・4号(2021)71頁以下。さらに「債権譲渡と相殺」に関する「ハイパー無制限説」の類推適用まで主張するものとして、水津・前掲注54・227頁・229頁以下。

57) 我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店、1964）320頁（以下、「我妻・新訂債総」と引用）、磯村哲編『注釈民法(12)債権(3)』（有斐閣、1970）402頁〔乾昭三〕（以下、「磯村・注民(12)」と引用）。

関係を紛糾させ、不安定な地位に置かれる相手方に不当な不利益が生じることが懸念され、他方、期限については、これを付したとしても、法定相殺の効力は相殺適状の成立時に遡及するものとされているため（民506②）、無意味であり、また、この相殺の遡及効を否定して、将来のある時点に存する債権額を清算するという趣旨であれば、債権の遡及的消滅に関する相手方の期待を合意によることなく一方的に害することになるからである⁵⁸⁾。この規律に反する相殺の意思表示は、それ自体が無効とされ、条件また期限を除いた相殺としての有効性は認められない⁵⁹⁾。ただし、相手方からの請求を争って、受働債権があれば相殺するといった、相殺適状が存在していれば相殺する旨の意思表示は、相殺のための法定の要件を述べているにすぎないため、有効とされる⁶⁰⁾。

さらに、単独行為である相殺の意思表示の撤回についても、これを認めれば、相殺の効力が生じさせられた後に、改めて一方的に否定されることになり、相手方の地位が不当に不安定になることから、そうした撤回も基本的には認められない⁶¹⁾。

（2） 相殺権を行使できる者

相殺の意思表示をできる者とは、相殺適状にある自働債権の債権者というのが基本である。

もっとも、法定相殺は法律行為であることから、この意思表示が有効であるためには、債権者に意思能力・行為能力が必要である（民3の2・9・13④・17④）⁶²⁾。また、法定相殺は自働債権の処分にあたるため、自働債権の債権者

58) 我妻・新訂債総・344頁、磯村・注民(12)・415頁〔乾〕、於保不二雄『債権総論(新版)』(有斐閣、1972)423頁、奥田・債総〔増補〕・593頁以下、平井宜雄『債権総論(第2版)』(弘文堂、1994)221頁以下、潮見・新債総Ⅱ・247頁、中田・債総・472頁、平野・債総〔第2版〕・534頁。

59) 磯村・注民(12)・416頁〔乾〕、潮見・新債総Ⅱ・247頁、中田・債総・474頁。

60) 我妻・新訂債総・344頁、磯村・注民(12)・416頁〔乾〕、於保・前掲注59・423頁、奥田・債総〔増補〕・594頁。

61) 磯村・注民(12)・410頁〔乾〕。

であっても、その処分権限を制限されていれば、この者による相殺は無効である。自働債権に質権を設定した債権者による相殺がその例であり、質権者がこれを追認しても、有効な相殺として認められないとされる⁶³⁾。

他方で、自働債権の債権者ではない者が相殺権を行使できる場合がある。自働債権の処分権限を有する者（法定代理人、破産管財人、相続財産の清算人など）は、相殺の意思表示をすることができる⁶⁴⁾。

加えて、形成権である相殺権も債権者代位権の被代位権利（民423①）になりうるものと解されている⁶⁵⁾。ただし、債務者の責任財産の保全という債権者代位権の目的に照らして、債権者が債務者の相殺権を行使できるのは、これにより債務者の財産を維持・増加できる場合に限定すべきと説かれている⁶⁶⁾。

なお、かつては、連帯債務者の一人が債権者に対して自働債権を有する場合に、同人の負担部分の範囲でその相殺を他の連帯債務者が援用することや、主債務者が債権者に対して自働債権を有する場合に、その相殺を保証人が援用することが可能とされていた（民旧436②・457②）。この「相殺の援用」の意味について、他の連帯債務者や保証人による他人の相殺権の行使を認めたものとする見解があった⁶⁷⁾。しかし、こうした解釈は他人の債権の処分を認めるも

62) 磯村・注民(12)・403頁〔乾〕。

ただし、相殺が民法13条1項各号に挙げられる行為のいずれに該当するかについては、一義的に定まるものではないであろう。相殺は弁済と並ぶ債権消滅原因であることから、同1号の「元本の領収」に当たるとの形式的な解釈もあり得る。しかし、同各号の該当性に関しては、それぞれの趣旨を相互に照合して解釈されるべきとされている（谷口知平＝石田喜久夫編『新版注釈民法(1)総則(1)〔改訂版〕』（有斐閣、2002）357頁〔鈴木緑弥〕）。相殺は自働債権と受働債権を消滅させるものであり、不利益と利益が同時に生じることから、被保佐人による相殺の有効性を認めても、同1号の趣旨に直ちに反するとは言い切れない。同3号の「重要な財産に関する権利の得喪」の観点から判断されるべきと考えられる。

63) 大判大正15年3月18日民集5巻185頁、磯村・注民(12)・403頁〔乾〕。

64) 磯村・注民(12)・403頁〔乾〕。

65) 大判昭和8年5月30日民集12巻1381頁、磯村・注民(12)・403頁〔乾〕、奥田・債総〔増補〕・262頁、平井・前掲注59・267頁、平野・債総〔第2版〕・217頁。

66) 我妻・新訂債総・170頁、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社、2017）663頁、中田・債総・250頁。

のであり、他人の財産管理権に対する過剰な介入であるの批判が強かった⁶⁸⁾。そのため、平成29年の債権法改正の際に、他の連帯債務者や保証人に自己の債務の履行拒絶権を与えるにとどめ、他人の相殺権の行使までは認められないとの立場が採用された（民439②・457③）⁶⁹⁾。

（3）相殺の意思表示の相手方

相殺の意思表示をする際に相手方とすべき者は、意思表示の時点で相殺適状にある受働債権の債権者とされる⁷⁰⁾。ただし、受働債権の債権者が意思能力を有しないとき、あるいは、未成年者または成年被後見人であるときには、同人に対して相殺の意思表示をしても対抗できない。受働債権の債権者の法定代理人に対して意思表示をするか、もしくは、同人が意思能力を回復し、または、行為能力者となることを待つことになる（民98の2）。

受働債権が譲渡されれば、その債権者は譲受人となるため、その後に受働債権の債務者が譲渡人に対する債権を自働債権として相殺を実行する場合（民469①②）、相殺の意思表示をすべき相手方は譲受人である⁷¹⁾。

また、受働債権が差し押さえられたとき、自働債権の債権者の相殺の意思表示は、取立権を有する差押債権者に対するものでも、差押債務者に対するもの

67) 磯村・注民(12)・403頁〔乾〕、於保・前掲注59・232頁・271頁、平井・前掲注59・312頁・336頁、川井・前掲注16・188頁・214頁。大判昭和12年12月11日民集16巻1945頁がそうした解釈を前提としたものと理解されていた。

68) 兼子一「判批」判民昭和12年度(1938)497頁、我妻・新訂債総・413頁・483頁、奥田・債総〔増補〕・356頁・398頁、前田達明『口述債権総論(第3版)』(成文堂、1993)330頁、淡路剛久『債権総論』(有斐閣、2002)356頁・396頁以下、潮見佳男『債権総論〔第3版〕Ⅱ』(信山社、2005)441頁・558頁、中田裕康『債権総論(第3版)』(岩波書店、2013)451頁・497頁。

69) 民法(債権関係)部会資料67A・5頁以下・25頁、一問一答・122頁・127頁。

70) 最判昭和32年7月19日民集11巻7号1297頁、磯村・注民(12)・403頁〔乾〕。

71) 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、磯村・注民(12)・404頁〔乾〕、奥田・債総〔増補〕・592頁、潮見・新債総Ⅱ・246頁、中田・債総・471頁、平野・債総〔第2版〕・534頁。

でも、いずれも有効である⁷²⁾。取立権を得た差押債権者については、自己の名で差押債権を行使できる権能を有するため、その債権行使を阻む第三債務者の相殺の意思表示を受領する権能も有するものと解され⁷³⁾、他方で、差押債権者が受働債権の取立権を有していても、受働債権は差押債務者に帰属していて、同人は相殺の意思表示を受領する資格を失わないとの理由からである⁷⁴⁾。加えて、担保不動産の所有者も、担保不動産収益執行の開始決定の効力発生後において、賃料債権等を受働債権とする相殺の意思表示を受領する資格を失わない⁷⁵⁾。

受働債権について債権者代位権が行使される場合、債務者に対して債権を有する第三債務者は、代位債権者に対して相殺の意思表示をすることができるものとされてきた⁷⁶⁾。平成29年の債権法改正の際に、代位行使された権利の処分権限が債務者にとどまるものとされたこともあり（民423の5）、差押えの場面と同様に、債務者に対する意思表示も有効と解されている⁷⁷⁾。

2 当然相殺の否定

民法506条1項前段（旧同項本文）が相殺を単独行為と定めたことには、相殺適状時に法律上当然の相殺が成立する制度を立法的に排除したという意義がある⁷⁸⁾。旧民法財産編520条は、相殺適状が成立すれば当事者が不知でも法律上の相殺が当然に行われるとしていた。しかし、この当然相殺主義に慣れていない日本人にとって不便で、意外の不利益を被るだけでなく、従来の慣習に反することが多いとの理由で、現行民法典のとおりとなった⁷⁹⁾。

72) 磯村・注民(12)・404頁〔乾〕、奥田・債総〔増補〕・592頁、潮見・新債総Ⅱ・246頁、中田・債総・471頁、平野・債総〔第2版〕・534頁。

73) 最判昭和39年10月27日民集18巻8号1801頁。

74) 最判昭和40年7月20日判タ179号187頁。

75) 最判平成21年7月3日民集63巻6号1047頁。

76) 大判昭和9年5月22日民集13巻799頁、大判昭和11年3月23日民集15巻551頁。

77) 潮見・新債総Ⅱ・246頁、中田・債総・471頁。

78) 磯村・注民(12)・400頁以下〔乾〕。

3 裁判外の相殺の承認

もう一つ、意思表示を相殺の方法としたのは、裁判外の相殺を可能にするためでもある⁸⁰⁾。裁判上の相殺しか認めないという法制度もありうるが、訴訟が起きなければ相殺できないというのは、不便かつ不当で、相殺の方法を認めないことになるとの理由から、裁判外の相殺を承認する立場が採られた⁸¹⁾。

（おかもと・ひろき 筑波大学ビジネスサイエンス系教授）

79) 廣中俊雄編『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣、1987）479頁以下。法務大臣官房司法法制調査部監『日本近代立法資料叢書3 法典調査会民法議事速記録三』（商事法務研究会、1984）568頁〔穂積陳重発言〕も参照。

80) 磯村・注民(12)・401頁以下〔乾〕。

81) 廣中編・前掲注80・480頁以下。法務大臣官房司法法制調査部監・前掲注80・572頁以下〔穂積発言〕も参照。

質権の総則をめぐって

直 井 義 典

はじめに

第1章 2021年改正フランス担保法における質権の通則

第1節 編成・定義

第2節 設定段階

第3節 内容

第4節 実行段階

小括

第2章 わが国の旧民法における質権の通則

第1節 編成・定義

第2節 設定段階

第3節 内容

第4節 実行段階

小括

補節 現行民法典における質権総則

おわりに

はじめに

(1) わが国では、現在、担保法制の見直しが進められている。そこではとりわけ、動産や債権といった不動産以外の財産を担保の目的とする法制の見直しが重要課題とされている。特に問題となるのは、担保の種類や目的財産の占有の有無によって区別をせず1つの担保制度を設けるという一元的構成を採用するか否かという点である¹⁾。

平成29年のいわゆる債権法改正が抜本的な改正とはならず従前からの連続性を相応に尊重するものであったことに鑑みると担保法の改正もドラスティックなものとはならないのではないと思われるが、一元的構成の採否を検討するにあたっては現行制度の下で各々の担保制度が有する共通性を明らかにしておくことが必要であると考えられる²⁾。

そして、今次の担保法改正において特に採用が目指されているのが占有非移転型の動産担保であることに思いを致すとき、一元的構成の当否は、占有移転型の動産担保との対比をすることなくしては判断できない筈である。それと同時に、担保の目的の相違を超えた法制度を検討するのであれば、占有移転型担保である質権の総則に着目することが適切であると考えられる。とはいえ、すでに現行の民法典には質権の総則規定がある（342～351条）ことから、特段の検討事項は存在しないようにも思われる。しかし、質権総則の規定は権利質には362条2項を通じて個別に準用されるにすぎないものと解するのが通説的見解と言ってよい³⁾ことから、現存する質権総則規定を無批判に質権の通則として受け入れるのは適切ではない。

(2) そこで本稿では、担保の目的を通じた質権の通則を、法文から抽出する作業を行うこととする。その際に題材とするのがフランス民法典とわが国の旧民法典である。

フランス民法典を題材とするのは、次の理由にする。

フランスでは2006年に担保法の大改正がなされた後も比較的規模の小さな改正が断続的になされ、2021年には保証を中心とするやや大きな改正がなされた。

-
- 1) ケベック法・ベルギー法を取り上げて一元的構成の法改正がたどった過程を分析するものとして、片山直也「動産・債権担保法制をめぐる二元的構成の新たな二つの動向」法学研究（慶應義塾大学）94巻11号（令和3年）1頁以下。
 - 2) 債権法改正において、いわば中二階部分として役務提供型契約の総則を形成する試みがなされたことも参考になる。
 - 3) 道垣内弘人編『新注釈民法(6)物権(3)』（有斐閣・平成31年）466頁〔直井義典〕。

質権に関連した部分では、2006年改正以前は不動産質権者には果実收取権のみが与えられており（2006年改正前2085条2項）、不動産質は動産質と内容を大きく異にしていた。質契約の統一的概念を示す条文はあった（2006年改正前2071条⁴⁾）ものの、動産質には *gage*、不動産質には *antichrèse* という異なる名称が与えられていたこともあって、内容面で質権の統一的概念を形成することは困難であった⁵⁾。2006年改正によって、質権の実行に関する不動産質の規律内容が動産質に近づいたことから、質権の通則を検討する素地が形成されたものと言える。そして、2021年9月15日のオルドナンス1192号に関する共和国大統領に対する報告書⁶⁾においては、このオルドナンスが行った措置の第4として「担保法のわかりやすさを改善するために、時代遅れで無用となった特別の動産担保を廃止して質権の一般法に服せしめること」が挙げられている⁷⁾。具体的には、営業質・在庫質・設備機械質・ホテルワラント・石油ワラント・戦時品ワラント・産業ワラントが廃止され、質権の一般法の適用領域が拡大されている⁸⁾。このことは、2021年改正法の下では従来区々に分かれていた質権規定の一定程度の統一化が図られたことを意味する。このように、担保法の改正過程を通じて質権の一般法を形成する流れが見られる。

他方、フランス民法典がパンデクテン方式を採用していないことも、本稿の

4) 2006年改正前2071条「質契約とは、債務者が債務の担保として物を自己の債権者に引き渡す契約を言う。」

翻訳は、神戸大学外国法研究会編『仏蘭西民法V』（有斐閣・昭和31年）を現代語化した。

5) 神戸大学外国法研究会編・前掲208頁〔川上太郎〕は、「第二〇七一条及第二〇七二条が不動産質を質の一種と観、不動産質と動産質とは単に目的物の点に於てのみ区別せられるに過ぎぬと定めたことは正当でないと言はざるを得ぬ」としていた。

6) Rapport au Président de la République relative à l'ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, JO 16 sept. 2021, texte 18, NOR: JUSC2113814P.（以下、本稿では「報告書」という。）

7) 元々は、2019年5月22日のバクト法60条4号によって政府に義務づけられた項目であり、これが2021年改正に結実している。

8) C. Séjean-Chazal, Le gage du code civil retrouve ses lettres de noblesse, JCP 2021, suppl. au n°43-44, dossier6, n°1 et notes5 ; A. Gouëzel, Le nouveau droit des sûretés, 2023, n°412.

課題にとって有用である。前もって総則を形成していないことから、却って、各質権類型の共通部分を引き出すことで質権の本質的部分を見出しやすいと考えられるのである⁹⁾。

これに対しては、フランス法において質権という統一概念は存しないのだから、質権の通則を導き出す試みは適切ではないとの批判も考えられる。特に不動産質の位置づけについては、次のような説明が見られることに注意を要する。

「2006年改正以前は不動産質は *nantissement* の一種として考えられており、動産質に結び付けられていた。2006年オルドナンスの起草者は法的構成としては原則として抵当権に結び付けつつも、占有移転型担保としての性質を維持した。実のところ、不動産質は混合的な担保であり、いくつかのルールは設定者から占有が移転されることによって説明されるのであって、これが抵当権との違いとなる。今日では *gage immobilier* という新たな名称が *gage* に結びついている。」¹⁰⁾

「不動産質について、グリマルディ委員会は *antichrèse* という名称にすることを望んだが、それにはよらなかった。*antichrèse* は2009年5月12日の法律2009-526号で放棄されたものである。*gage immobilier* という表現は混乱の素であるとして学説の非難をもたらした。2006年の改革の下では動産の *gage* には占有移転型と非移転型があり、不動産質では必ず占有移転がなされる。2006年の改革は *antichrèse* を *gage* から遠ざけて抵当権に近づけたのである。*gage immobilier* というのはこうした改革に反するものである。混乱のリスクは、今日においても、それ自体は不動産 *gage* ではない、用途による不動産上の *gage* が認められたことによって生じている。」¹¹⁾

このように、不動産質は抵当権とも密接に関係しており、もっぱら動産質に引き付けて理解するのは適切ではないとも考えられる。

9) もちろん、後述するように、他の種類の質権に関する規定が準用されている部分がないわけではない。

10) D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 13^eéd., 2019, n°642.

11) Gouëzel, *op.cit.*, n°617.

また、フランスの質権には占有非移転型動産質権が含まれており、わが国のそれとは大きく異なる面があることから、フランス法の分析から示唆を得るのは困難であるとも考えられる。

しかし、わが国において質権総則を如何なる内容のものとするのかを検討するに際しては、フランスにおける整理の仕方にそのまま従う必然性はないのであって、わが国において少なくとも法形式上は一体のものとして把握されているものを一体として扱うことは許されるのではないかと考えられる。

このほか本稿では、フランス法と並んでわが国の旧民法典も題材とするが、これはフランス民法典と同様に旧民法典がパンデクテン方式を採用していないことによるばかりでなく、現行法の制定にあたり旧民法典が大きな影響を持ったことが否定できないことにもよる。100年余り前にわが国においてパンデクテン方式の民法典を形成した際にいかなる経験がなされたのか旧民法典の規定を検討することを通じて明らかにしようというのである。

以下、第1章では2021年改正フランス民法典、第2章ではわが国の明治23年旧民法典、それぞれの質権に関する規定を分析することを通じて、質権の通則を導き出すこととする。

第1章 2021年改正フランス担保法における質権の通則

第1節 編成・定義

(1) フランス民法典に見られる質権の通則を抽出するには、フランス民法典がいかなる種類の質権を規定しているのかを明らかにする必要がある。そこでまず、質権に関する項目立てを引用する。2021年改正担保法のうち、質権に関する部分は以下のように構成されている。

第4編 担保

第2章 物的担保

第1小章 一般規定（2323～2326条）

第2小章 動産担保

第2節 有体動産質（gage）（2333～2350条）¹²⁾

第3節 無体動産質（nantissement）（2355～2366条）

第4節 担保のために留保又は譲渡された所有権（2367～2374-6条）

第3小章 不動産担保

第2節 不動産質（gage）（2379～2384条）

フランス民法典では、担保目的が動産であるか不動産であるかによって区分がなされ、動産担保のうちに有体動産質と無体動産質¹³⁾が、不動産担保のうちに不動産質が含まれている。質権は有体動産質、無体動産質、不動産質の3種に区分されているのである。そして、2355条5項が「他の無体動産を目的とする質権は、特別の規定がないときは、第2286条第4号を除いて、有体動産質について定める規定に服する。」と定めることによって、債権質を除く無体動産質を有体動産質に関する規定に服せしめており、他方では同条4項が「債権を目的とする合意による質権は、特別の規定がないときは、本節によって規律される。」と規定することから、フランス民法典は実質的には有体動産質・債権質・不動産質の3種の質権に関する規定を有するものと言える。

そこで、これら3種の質権に共通する特質を抽出することが課題となる。

(2) 質権は物的担保の一種であるが、2323条は物的担保を次のように定義する。

2323条「物的担保は、現在若しくは将来の財産又は財産の集合の、債権者への優先的又は排他的な弁済への引き当てである。」¹⁴⁾

報告書は、本条を、優先的担保（先取特権、質権（gage）……）と排他的担保（担保所有権）とを区別することで、物的担保に新たな定義を与えたもの、と説明する。ここでは質権は優先的担保として位置づけられている。これは伝

12) 2351条以下の自動車質に関する特則等が廃止されている。

13) 債権・権利は無体動産とされる点で、物を有体物に限定する（85条）わが国と異なる。

統的な担保の考え方によるものであり、後順位の質権設定が可能であることを意味する。

そして質権の定義については、有体動産質に関する2333条、無体動産質に関する2355条1項、不動産質に関する2379条の3か条が定めを置く。

2333条「①質（gage）は、設定者が債権者に、動産又は現在若しくは将来の有体動産の集合について、他の債権者に優先して弁済を受ける権利を付与する合意である。

②被担保債権は、現在のものまたは将来のものであることができる。将来のものである場合には、被担保債権は、特定可能なものでなければならない。」

2355条「①質（nantissement）は、無体動産又は現在若しくは将来の無体動産の集合の、債務の担保としての引き当てである。」

2379条「不動産質は、不動産の、その構成物についての占有奪取を伴う、債務の担保としての引き当てである。」¹⁵⁾

有体動産質については優先弁済効が、無体動産質と不動産質については担保としての引き当てであることが定められている。一見すると異なることを定めているようではあるが、優先弁済効が認められているのは担保としての引き当てであることによるのだから、この点は共通している。不動産質についてのみ、占有奪取を伴うことが明記されている¹⁶⁾。

14) 2021年改正担保法の動産担保部分ならびに報告書の翻訳は、片山直也＝齋藤由起訳「2021年フランス担保法改正オルドナンスによる民法典の改正」法学研究95巻11号（令和4年）65頁以下によった。

また、不動産質・抵当権の規定の翻訳にあたっては、2006年オルドナンスの翻訳である平野裕之＝片山直也訳「フランス担保法改正オルドナンス（担保に関する2006年3月23日のオルドナンス2006-346号）による民法典等の改正及びその報告書」慶應法学8号（平成19年）163頁以下を参照した。

15) 旧2387条は「不動産質権は、債務の担保としての不動産の充当である。不動産質権はそれを設定した者の占有喪失を伴う。」と定めており、若干の文言の変化はあるが、内容に変化はない。

(3) さらに、2324条によれば物的担保はその発生原因により、法定の物的担保・裁判上の物的担保・約定の物的担保に分けられる。

有体動産質については2333条1項が「合意である」と規定するから、約定の物的担保に位置づけられる。これに対して無体動産質については2355条2項¹⁷⁾が約定の物的担保と裁判上の物的担保を定める。不動産質についてはその発生原因について特段の定めはないが2380条が準用しているのが約定抵当権に関する規定であることから、約定の物的担保であるものと言える。

このように発生原因については、約定によるとする点で有体動産質と不動産質は共通であるが、無体動産質のみさらに裁判上のものが認められている。

第2節 設定段階

(1) 他人物質権の効力については、有体動産質につき2335条が、不動産質につき2380条の準用する2410条が定める。

2335条「他人の物の質権は、物が設定者に帰属しないことを知らなかった債権者の請求によって取り消すことができる。」

2380条「2390条、2409条から2413条、2415条、2450条から2453条に定められた抵当権に関する規定は、不動産質権に適用される。」

16) J. -D. Pellier, Retour sur le gage immobilier à la lumière de la nouvelle réforme du droit des sûretés, JCP E 2021. 712, n°2によれば、旧2387条では占有移転は担保の効果にすぎなかったものが、新法では契約の効力要件となったのでありもはや契約の単なる効果ではない、という意味で、不動産質の性質に重大な影響を与える。この担保は要物契約に再統合されるのである、とされる。不動産質の要物性が不確実である点は2006年以来学説において議論されてきた (M. Cabrillac=C. Mouly=S. Cabrillac=P. Pétel, Droit des sûretés, 10^eéd., 2015, n°964)。しかし、不動産質の定義の修正がこの議論を解決するものであるかは疑わしい。グエゼルは、報告書が準用条文と形式的な修正を除いて変化なしとしていることも、このように解する根拠とする。新規定は抵当権との違いを際立たせる意図のものであったというべきである。占有移転が不動産質の定義に含まれたとしても、それは必ずしも効力要件であることを意味するものではない。単に占有移転のない不動産質は存在しないことを強調するものにすぎないともいえるのである (Gouézel, op.cit., n°618.)。

17) 2355条「②質権は合意による〔質権〕又は裁判上の〔質権〕である。」

2410条「合意による抵当権は目的となる不動産を処分する権限を有する者のみが設定することができる。」

無体動産質については規定がない。また、他人の不動産に質権を設定した場合の不動産質の効果については規定がない¹⁸⁾。

これに対し他人の所有する有体動産に質権を設定した場合、他人物であることについて善意の質権者のみを取り消すことができるという。この点は、2021年改正前の2335条が他人物質権を無効としていたものを変更している¹⁹⁾。なお、善意の質権者が占有移転を受けている場合には、即時取得に関する2276条を援用して、留保所有権者を含めた真の所有者によるあらゆる返還請求に對抗可能である。

(2) 質権の成立要件については、以下の各規定が定める。

2336条「質権は、被担保負債の表示、質権が設定される財産の数量及びその種類又は性質を含む²⁰⁾書面を作成することによって成立する。」

2356条「①債権質は、書面によって締結しなければならず、これに反する場合は無効である。

②被担保債権及び質権の設定された債権は、証書に示さなければならない。

③被担保債権及び質権の設定された債権が将来の債権である場合、証書はそれらを特定することを可能にするか、又は、債務者が誰であるか、弁済の場所、債権の額又は評価額、及び弁済期があるときは弁済期等

18) なお、他人物上に設定された抵当権については、古い判例（Cass. civ. 24 mai 1892, D. 1892. 1. 327.）がこれを絶対的無効とする。

19) 2006年法の下では他人の有体動産への質権設定が相対的無効であるのか絶対的無効であるのかが不明確であり、特に絶対的無効と解すると質権の即時取得が認められないといった問題があったことについては Gouëzel, op.cit., n°427.

20) わが国における集合動産譲渡担保での特定性に関して、「構成部分の変動する集合動産であっても、その種類、所在場所及び量的範囲を指定する方法によって目的物の範囲が特定される場合には、一個の集合物として譲渡担保の目的とすることができる」（最判昭和54年2月15日民集33巻1号51頁）とされるのと類似している。

の、特定を可能にする要素²¹⁾を含まなければならない。」

2409条「①約定抵当権は、公正証書によってのみ合意することができる。」

2415条「①抵当権は、1つ若しくは複数の現在又は将来の債権の担保として合意することができる。債権が将来のものである場合には、債権は、特定可能でなければならない。」

②その原因は、行為の中で特定される。」

書面の作成が成立要件である点、ならびに、被担保債権が書面で確認されなければならない点はいずれについても共通である。また、質権の目的の特定性が書面で確認されなければならない点は有体動産質と無体動産質に共通であるが、不動産質については明確な規定がない。抵当権については2414条2項が「2421条におけるのと同様に、これらの不動産のそれぞれについて性質及び所在を特定して示すのでなければ、公正証書は無効である。」と定め特定性を公正証書で確認すべきものとしているにも拘らず、2380条は不動産質に2414条2項を準用していない。

(3) 第三者対抗要件については、有体動産質について2337条が、無体動産質について2361条がそれぞれ定める²²⁾。不動産質の対抗要件については民法典には規定がないが、1955年1月4日のデクレ28条1号aにより、不動産所在地の登記所での公示が対抗要件とされる。

2337条「①質権は、それについてなされた公示により²³⁾第三者に対抗する

21) わが国における集合債権譲渡担保手の特定性に関しては、「本件予約において譲渡の目的となるべき債権は、債権者及び債務者が特定され、発生原因が特定の商品についての売買取引とされていることによって、他の債権から識別ができる程度に特定されているといことができる」(最判平成12年4月21日民集54巻4号1562頁)とされる。

22) 債権質の債務者対抗要件については2362条が定める。

2362条「①質権の設定された債権を債務者に対抗するためには、債権質が債務者に通知されるか、又は債務者が行為に関与していなければならない。

②それがない場合には、設定者のみが債権の弁済を有効に受領する。」

23) 公示方法は、2338条1項で特別の登記簿への登記、同条2項で自動車質については自動車登録システムに基づく登記簿への登記とされる。

ことができる。

②質権はまた、質権の目的である財産又はそれを表象する船荷証券などの証券の、債権者又は合意された第三者への占有移転によっても第三者に対抗することができる。

③質権が適式に公示された場合、設定者の特定承継人は第2276条を援用することはできない。」

2361条「現在又は将来の債権の質権は、行為の日付において、当事者間で効力が生じ、第三者に対抗することができる。争いがある場合には、日付の証明は質権債権者が負担する。質権債権者はあらゆる方法によってそれを証明することができる。」

有体動産質については登記または占有移転²⁴⁾が、不動産については登記が第三者対抗要件である。無体動産質については、通貨金融法典 L313-27 条や、債権譲渡に関する 2016 年改正 1323 条と同様に、行為の日付において第三者に対抗可能とされる。日付の証明責任の所在や方法については 1323 条と同様の仕組みによっている²⁵⁾。

有体動産質については占有移転も第三者対抗要件となり、債権については行為の順によるなど、一元的な第三者対抗要件は存在していない。また、第三者対抗要件については債権質と債権譲渡とで同一内容に平準化がなされている。

(4) 複数の質権が設定された場合²⁶⁾の順位については、有体動産質につき 2340 条が、無体動産質につき 2361-1 条が定めを置く。不動産質については規定がないが、2450 条 2 項が配当順序は 2418 条から 2420 条によるものとし、

24) 報告書は、証券の引渡しによる質権設定の可能性を復活させた点が 2337 条の変更点であるとする。

なお、わが国の平成 29 年民法改正において 363 条が廃止されたことについて、この改正後も 344 条・362 条がある以上、363 条がないことは指名債権質入の要物契約性の復元を意味しかねないとの懸念を示すものとして、柴崎暁「『金銭質』の法典化と客体としての預金通貨」比較法学（早稲田大学）56 巻 3 号（令和 5 年）106 頁補遺 1。

25) 日付が遡及させられるリスクについて債権譲渡では 1377 条が対処しているが、2361 条と 1377 条との関係については議論がある（Gouëzel, op.cit., n^{os}495 et 496.）。

2418条1項が登記の先後によるものとする。

2340条「①同一の財産が順次に占有移転を伴わない複数の質権の目的となったときは、債権者の順位はその登記の順序によって規律される。

②占有移転を伴わない質権を設定された財産が、後に占有移転を伴う質権の目的となった場合、先行する質権債権者の優先権は、それが適式に公示されているときは、後行する質権債権者の留置権にかかわらず、この者に対抗することができる。」

2361-1条「同一の債権が順次の質権の目的となるとときは、債権者の順位は、行為の順によって規律される。日付において先んじた債権者は、弁済を受けた債権者に対して償還請求権を有する。」

2340条は占有非移転型の有体動産質権の順位につき登記の順によるものとし、占有非移転型質権の後に占有移転型質権が設定された場合は、公示の日付と占有移転の日付を比べるものとする。占有移転型質権同士の順位や占有移転型質権の後に占有非移転型質権が設定された場合の順位についての規定はない。

2361-1条は、無体動産質権の順位は行為の日付によって決せられるものとするが、これは債権譲渡についての1325条による処理と同一である。同条第2文は第三者対抗要件を先に具備した者は、現実には弁済を受けた者に対して償還請求権を有するものと規定する²⁷⁾

複数の質権設定可能性を認める点、順位が対抗要件具備の順によることは共通である。しかし、後者の点は対抗要件の当然の性質と言うべきものだろう。

26) 目的を同じくする複数の質権を設定できることは、2323条が質権を優先的担保に位置づけていることから説明される。しかし債権を複数の質権の目的となしうかは疑義のある所でもあることから、報告書は2361-1条が同一債権への複数の質権設定の可能性を認めた点を強調する。Gouëzel, *op.cit.*, n°497 も同様。

27) 2362条1項により、債権質の債務者対抗要件が、債務者に対する通知又は債務者による行為への関与とされており、第三者対抗要件具備の先後と債務者対抗要件具備の先後が異なり得ることから、こうした規律を要する。

第3節 内容

(1) 質権の不可分性については、有体動産質について2339条、不動産質について2383条が定めを置く。

2339条「設定者は、被担保債権の元本、利息及び費用を全部支払った後でなければ、質権の設定された財産の登記の抹消又は返還を請求することはできない。」

2383条「債権者は、その債務を完済するまでは、不動産の返還を請求することはできない。」

いずれも同様の内容の規定である。無体動産質については規定がない。

(2) 果実收取権に関連する規定としては、有体動産質に関する2345条、無体動産質に関する2359条、不動産質に関する2381条・2382条を挙げることができる。

2345条「反対の合意があるときを除き、質権の設定された財産の所持者が被担保負債の債権者である場合、その者は、この財産の果実を收取し、債務の利息又は、利息がない時には元本に充当することができる。」

2359条「質権は、当事者が別段の合意をしているときを除き、債権の従たるものに及ぶ。」

2381条「①債権者は、担保として充当された不動産の果実を收取するが、利息が支払われるべき場合には、利息に充当し、補充的に債務の元本に充当しなければならない。」

2382条「債権者は、占有を喪失することなく、第三者又は債務者自身に対して、不動産を賃貸に供することができる。」

直接に果実收取権について定めるのは2345条と2381条であり、いずれの規定も、質権者が果実を收取できること、收取した果実は利息・元本の順に充当すべきことを定める。後の2か条は、直接に果実收取権を質権者に認める規定ではないが、2359条は無体動産質権が債権の従たるものに及ぶことを定め²⁸⁾、2382条は、質権者は賃貸することによって果実を收取することができるものと規定する²⁹⁾。

以上のように、果実収取権が質権者に帰属することは共通しているものと言える。

(3) 支出した費用の償還については、有体動産質について2343条が次のように定める。

2343条「設定者は、債権者又は合意された第三者が質物の保存のために支出した有益費又は必要費をそれらの者に償還しなければならない。」

そして不動産質に関しては、2381条2項が、不動産質権者は質権の目的不動産の保存・維持義務を負うが、収取した果実をもってそれに要する費用に充てることができるとする。

2381条「②債権者は、失権の制裁のもとに不動産の保存及び維持に必要なことをしなければならないが、収取した果実を、債務に充当する前に、それに用いることができる。債権者は何時でも目的物をその所有者に返還して、この義務を免れることができる。」

無体動産質に関しては、質権の目的の保存ということが想定しがたいためか特段の規定はない。

(4) 質権者の有する留置権に関しては、2286条1項と2363条が規定を置く。

2286条「①〔以下の者は〕留置権を主張することができる。

- 1 その債権の支払いまで物の交付を受けた者
- 2 〔略〕
- 3 〔略〕
- 4 占有移転を伴わない質権（gage）を有する者」

2363条「①通知の後、質権債権者は、質に供された債権について留置権を享受し、質権債権者のみが、元本及び利息について、弁済を受ける

28) 2363条1項もまた、質権者のみが質権の目的たる債権の元本及び利息を収取できるものと規定する。

29) 本項との関係では触れられないが、2006年に制定された同条の主たる意義は、それ以前から判例（Cass. civ3, 18 déc. 2002, B. III .n°261.）で認められていた債務者に対する質貸（antichrèse-bail）を法文で認めた点にある。

権利を有する。

②質権債権者も、設定者も、他方に正式に知らせた上で、その履行を請求することができる。」

有体動産質・不動産質については2286条1項1号・4号によって留置権が付与される。また、債務者対抗要件を具備した債権質についても2363条で留置権が認められる。

他方、債権質を除く無体動産質については留置権が認められないことは前述の2355条5項によって定められている³⁰⁾。

以上のように、債権質を除く無体動産質については留置権が認められず、他の質権については共通して留置権が認められている。したがって、留置権は質権に共通する特質ではないものと言える。

第4節 実行段階

(1) 質権実行方法として、質物の売却ができることは、有体動産質に関する2346条1項と不動産質に関する2450条（2380条が準用）に規定されている。

2346条「①被担保負債の弁済がなされない場合、債権者は、質権が設定された財産の売却を行うことができる。この売却は、民事執行手続法典の規定する方式に従って行われ、質権設定合意はそれを排斥することはできない。」

2450条「①支払がなされなかった抵当債権者は、民事執行手続に関する法律に定められた方式に従って抵当権が付された財産の売却を実行することを抵当権の合意によって排除することはできない。」

(2) 裁判上の帰属を定めるのが有体動産質に関する2347条、債権質に関する

30) これは営業財産質に関する Cass. com., 26 nov. 2013, n°12-27.390を受けたものである。

Gouëzel, op.cit., n°481は、担保の実効性を強化するという改正の目的に沿うものなのか、また、口座の質入れにおいて留置権が認められ、債権質の場合に2364条で留置権が認められていることと一貫しないのではないかといった疑問を呈しつつも、Gouëzel, op.cit., n°482において正当化は可能であるとする。

2365条、不動産質に関する2451条（2380条が準用）である。

2347条「①債権者はまた、弁済として自らに財産を帰属させるように、裁判所に命じさせることができる。

②財産の価値が被担保負債の額を超える場合、差額に相当する額は、設定者に支払われるか、又は、他に質権債権者がいる場合には、供託される。」

2365条「①債務者が履行しない場合、質権債権者は、質権の設定を受けた債権及びこれに結びついたすべての権利を、裁判官によって、又は合意の定める条件に従って、自己に帰属させることができる。

②債権者はまた、質権の設定された債権の履行期を待つことができる。」

2451条「抵当権者は、その不動産が債務者の主たる住居でない限り、弁済として自らに不動産を帰属させるように、裁判所に求めることができる。」

(3) 流質は、有体動産質について2348条が、不動産質について2452条（2380条が準用）が定める。

2348条「①質権設定時又はその後に、被担保債務の履行がなされない場合には、債権者が、質権の設定された財産の所有者となることを合意することができる。

②通貨金融法典の意味における多方向取引市場での公定評価額がない場合には、財産の価値は、移転の日に、協議又は裁判上指名された鑑定人によって決定される。すべての反対の条項は書かれていないものとみなす。

③この価値が被担保負債の額を超える場合、差額に相当する額は、設定者に支払われるか、又は、他に質権債権者がいる場合には、供託される。」

2452条「抵当権の合意において、債権者が抵当不動産の所有者となる旨を約することができる。ただし、この合意は、債務者の主たる住居である不動産については効力を有しない。」

- (4) 前述した2363条1項と2364条は、債権質について弁済受領の方法による実行を定める。

2363条〔略〕

2364条「①質権の設定された債権の名目で弁済された金額は、被担保債権の期限が到来しているときは、これに充当される。

- ②反対の場合に、質権債権者は、被担保債務が履行されるときにこの金額を返還することを条件として、この金額を受領する権限を付与された金融機関にそのために開設された特別の口座において、担保としてこの金額を保管する。被担保債権の債務者が不履行に陥り、付遅滞が奏功しないまま8日間が経過した場合において、債権者は、支払われていない金額の限度で、資金をその債権の返済に充当する。」

- (5) 複数の実行方法に関連する規定として、債権質の清算に関する2366条、不動産質の鑑定に関する2453条がある。

2366条「質権債権者に被担保負債を超える金額が支払われた場合には、質権債権者は差額を設定者に支払わなければならない。」

2453条「①前2条で定められた場合には、不動産は、合意又は裁判所によって選任された鑑定人によって評価されなければならない。

- ②その価値が被担保負債の額を超える場合には、債権者は、差額に相当する額を債務者に支払わなければならない。他の抵当権者が存する場合には、債権者はその額を供託する。」

- (6) 以上の実行方法に関する規律を整理すると以下の知見が得られる。

裁判上の帰属は、すべての類型において認められている。

また、流質が認められることについては、有体動産質と不動産質とで共通している。ただし、有体動産質については質権設定後に流質の合意をすることが明文で認められているが、不動産については定めがないという違いがある。そして債権質においては弁済受領の方法による実行が認められているが、これは質の目的たる債権を質権者に帰属させるのと実質的には変わるところがなく、ただ、債権の場合には弁済期があることから特殊な取り扱いを要するにすぎな

いと考えることができる。したがって、すべての類型について流質が認められているものとしてよい。

裁判上の帰属や流質、債権質における弁済受領に際して清算が義務付けられていることも共通している。

質権の目的を売却する方法による質権の実行は、有体動産質と不動産質においてのみ認められている。債権質においてはこの方法による実行に意味がないことが理由と考えられる。

以上より、実行の方法については3種類の質権の類型において概ね共通しているといえることができる。ただし、債権質においては目的債権の売却による質権の実行自体が認められていないし、有体動産質や不動産においては民事執行手続法典に定める方法によることは共通しているものの具体的な競売の方法は異なる。また、質権設定後の流質合意の可否についても全く同じというわけではない。

小括

フランス民法典においては、有体動産質・債権質・不動産質の3種の質権に関して規定が置かれている。

それぞれの共通点としては、担保としての引き当てであるとの性質、約定による設定が可能であることをまず挙げることができる。

設定段階に関しては、書面の作成が成立要件であること、被担保債権が書面で確認されなければならないことが共通する。

内容に関しては、不可分性が認められること、質権者に果実収取権が認められていることが共通する。

実行方法に関しては、裁判上の帰属を請求できる点が共通しており、流質も債権質については明文規定がないものの弁済受領が認められていることから共通して認められる性質といってよいだろう。

主な相違点としては、裁判上の無体動産質が認められていること、第三者對抗要件が統一されていないこと、債権質を除く無体動産質権には留置権が認め

られないこと、質物の売却規定が債権質に見られないことを挙げることができる。

第2章 わが国の旧民法における質権の通則

第1節 編成・定義

(1) 明治23年に制定された旧民法債権担保編の質権に関する規定は、次のように編成されていた。

第2部 物上担保

第2章 動産質

第1節 動産質契約ノ性質及ヒ成立

第2節 動産質契約ノ効力

第3章 不動産質

第1節 不動産質ノ目的、性質及ヒ組成

第2節 不動産質ノ効力

現行の民法典と異なり権利質の規定がないが、旧民法典において債権は動産に含まれていたため、質権は動産質と不動産質とに区分されていた。

編成面で注目されるのは、各節において動産の場合は「動産質契約」とされているのに対し不動産の場合は「不動産質」とされている点であるが、後述のように、不動産質が遺言によっても設定できるとされている（119条2項）ことによる³¹⁾。

(2) 動産質・不動産質の定義はいかなるものであるのか。それぞれの冒頭規定を掲げる。

97条「動産質ハ債務者カー箇又ハ数箇ノ動産ヲ特ニ其義務ノ担保ニ充ツル契約ナリ」

116条「①不動産質契約ハ不動産質債権者ニ他ノ総債権者ヨリ先ニ其ノ不動産ノ果実及ヒ入額ヲ收取スル権利ヲ付与ス」

97条が動産質の定義規定であることは明確であるが、116条1項は、不動産質契約の効果規定である。しかし同項に関しては、「不動産質契約トハ債務者ヨリ一箇又ハ数箇ノ不動産ヲ特ニ其義務ノ担保ニ充ツル合意ヲイフ」³²⁾、あるいは、「不動産質モ動産質ト同シク特ニ或ル義務ノ担保ニ充ツル一个ノ契約ニシテ」³³⁾との説明がなされており、97条と同内容のものとして定義されていることが明らかとなる。

このように、質権とは物を債務の担保に供するもの、すなわち担保物権の一種として定義されるが、以下ではより詳細に個々の条文に即して動産質と不動産質の規定を、ここでも設定段階・内容・実行段階に分けながら特に共通部分に着目して比較していくこととする。ただ、その前に1点だけ指摘しておく。

それは、「我法典ノ不動産質ナルモノハ唯其目的物ヲ異ニスルノミニシテ債権者ノ権利ニ至リテハ動産質ト同一ノ権利ヲ有スルモノト云フヲ得ヘキナリ」³⁴⁾との評価がなされていることである。

この評価は、母法であるフランス法の当時の規定において、動産質は目的物

31) 動産質がもつばら契約によって設定されるのに対し不動産質が契約のほか遺言によっても設定できることは、97条と116条1項の書きぶりにも反映されている。後掲のように、97条が「動産質ハ……契約ナリ」とするのに対して116条1項は「不動産質契約は……権利ヲ付与ス」としている。このように、動産質の場合はその定義のうちに契約であることが含まれている。これに対して不動産質の場合は、不動産質契約の効果を決めるのみで不動産質を定義づけることを回避することによって契約以外の設定原因をも包含できるようにしている。なお、「不動産質契約」という表現が用いられるのは、116条1項のみである。

32) 宮城浩蔵『民法正義 債権担保編 第1巻』（新法注釈会・刊行年不明）574頁。

33) 井上操『民法詳解 債権担保編之部上巻』（岡島宝文館・明治25年）643頁。

34) 井上・前掲645頁。不可分性に関する井上・前掲671頁においても「動産質ト不動産質トハ唯其目的物ヲ異ニスルモ其性質ニ於テハ大ニ異ナルコトナシ」との評価が見られる。これに対し関武志「質物の使用収益と利息の請求からみた不動産質の性質」角紀代恵ほか編『現代の担保法』（有斐閣・令和4年）639頁以下は、質物の使用収益と利息の請求に着目して、旧民法の下では不動産質と動産質とは異なる性質にあったとするが、質権の通則の抽出を目的とする本稿ではこの点は立ち入らない。もっとも、規定の上では共通と見えても根底にある性質が異なるものである場合には単純に共通性を引き出すことはできない。この点で本稿の検討が不十分なものであることは否定できない。

の代価から債権の回収を図ることができたのに対して、不動産質は果実を利息・元本に充当することができるのみであるというように、動産質と不動産質の規定内容が大きく異なるのを受けてなされた評価である。わが国の不動産質の効力はフランスのそれとは大きく異なるものであり、慣習を考慮した規定であるとの説明もなされている³⁵⁾。こうした点を割り引いて考えなければならないが、動産質と不動産質とは目的物を除いては大きく異なるものではない、共通点が多いとの認識が示されていた点は押さえておく必要がある。

(3) 質権の設定方法について、動産質は97条の定義に「契約ナリ」とあることから、契約によって設定されることとなる。これに対して不動産質においては、119条1項が「合意上ノモノ」すなわち契約を規定し、同条2項が遺贈の担保の場合と第三者の債務の担保の場合に限ってではあるが、遺言による設定を定める³⁶⁾。

このように設定方法に関しては遺言による設定を認めるか否かで動産質と不動産質とに差異が存する³⁷⁾。不動産質を遺言で設定できるのは、遺言による抵当権設定が認められる場合と同じであり、この点では不動産質権は抵当権との共通性を有している³⁸⁾。

第2節 設定段階

(1) 誰が質権の設定者となるかについて、債務者自身だけでなく第三者も質

35) 宮城・前掲575-580頁、井上・前掲644頁。

36) 119条「②又不動産質ハ第二百十二条ニ從ヒ遺言上ノ抵当ノ許サル場合ニ於テハ遺言ヲ以テ之ヲ設定スルコトヲ得」

37) もっとも、井上・前掲545頁は、動産質について遺言がなされた場合に全く効力がないというものではないとして、「其相続人ヲシテ債権者ト新ニ動産質ノ契約ヲ為スノ義務ヲ負ハシムルノ効力ヲ生セシムルモノナリ」という。ただし、この見解によったとしても遺言の効力発生と同時に動産質権が成立するというものではなく相続人が契約をすることによって動産質が成立するのであるから、遺言によって動産質が成立したとは言えないものとする。

38) 宮城・589頁も、「読者ノ知ル如ク動産質ハ遺言ニテ設定セサル、〽無シ而シテ独リ不動産ノミニ之ヲ認メタルハ抵当ト権衡ヲ得セシメント欲シタルニ過キス」とする。

権の設定者たりうることは、動産質について98条1項が、不動産質について117条第1文が定めるところである。そして物上保証人が債務者に対す求償権を有することは、動産質について98条2項が定める。不動産質については、117条第2文が債務者と設定者の間に98条の効力を生ずるものと規定していることから、動産質の場合と同様に求償権が認められる。

98条「①動産質契約ハ債務者ノ委任ヲ受ケ又ハ好意ニテ債務者ノ為メ担保ヲ供スル第三者ト債権者トノ間ニモ亦之ヲ為スコトヲ得

②孰レノ場合ニ於テモ動産質ヲ供シタル第三者ハ第三十条及ヒ第三十一条³⁹⁾ニ従ヒ保証人ノ如ク債務者ニ対シテ求償権ヲ有ス」

117条「不動産質ハ債務者ノ為メ第三者之ヲ設定スルコトヲ得其不動産質ハ債務者ト設定者トノ間ニ於テハ動産質ノ為メ第九十八条ニ定メタル効力ヲ生ス」

以上のように、第三者も質権を設定できる（物上保証人）点、物上保証人には債務者に対する求償権が認められること及びその内容は、動産質と不動産質とで共通している。

(2) それでは、質権を設定するためにいかなる能力・資格が要求されるのか。動産質については99条、不動産質については118条がそれぞれ規定を置く。

99条「①動産質ハ其物ヲ処分スル能力ヲ有スル者ニ非サレハ有効ニ之ヲ供スルコトヲ得ス

②合意上、法律上及ヒ裁判上ノ管理人ニ付テモ亦同シ此等ノ者ハ其権限ヲ踰エサルコトヲ要ス

③若シ債務ニ関係ナキ第三者ヨリ動産質ヲ供シタルトキハ其第三者ハ第十二条ニ記載シタル如ク無償ニテ物ヲ処分スル能力ヲ有スルコトヲ要ス」

118条「①〔略〕(不動産質の目的たり得る財産に関する規定)

39) 30条は、保証人の債務者に対する求償権の規定、31条は連帯債務・不可分債務を負う数名の債務者が保証を委託した場合にこれらの債務者が保証人に対して倦怠して求償すべきことを定める規定である。

- ②此他設定者ハ質ト為ス財産ノ収益権ヲ自ラ有スルコトヲ要ス其質ハ如何ナル場合ニ於テモ其収益権ノ継続期間ヲ超過スルコトヲ得ス
- ③不動産質設定ノ為メニ要スル能力ハ第二百九条及ヒ第二百十条ニ定メタル抵当設定ノ能力ト同一ナリ」

質の目的について権限を有することを要求する点は同一である。設定者の能力については、12条⁴⁰⁾と209条・210条⁴¹⁾にそれぞれ依拠している。

以上、動産質については物上保証を保証に引き付けて考える点が前面に出ている。不動産質については抵当権の規定によっていることから、動産質よりも抵当に近いものとして把握していることをうかがわせる。無償で義務を負担する能力が要求される点は共通している。

(3) 期限については、動産質には規定がない。これに対して不動産質に関しては116条3項・4項が次のように定める。

116条「③此期限ハ三十个年ヲ超過スルコトヲ得ス之ヲ超ユルトキハ当然三十个年ニ減縮ス

④此期限ハ縦令之ヲ延フルモ前後通算シテ三十个年ヲ超過スルコトヲ得ス」

このように不動産質についてのみ期限が定められている理由は次のように説

40) 12条「①有効ニ保証人ト為ルニハ一般ナルト債務者ニ対スルヲ問ハス無償ニテ義務ヲ負担スル能力ヲ有スルコトヲ要ス

②然レトモ主タル契約カ有償ナルトキハ保証人ノ債務者ニ対スル無能力ハ債権者カ之ヲ知りタルトキニ非サレハ保証人ヨリ債権者ニ其無能力ヲ以テ対抗スルコトヲ得ス」

41) 209条「①抵当ハ抵当ニ充テント欲スル物ノ所有権又ハ収益権ヲ有シ且有償又ハ無償ニテ其物ヲ処分スル能力ヲ有スル者ニ非サレハ之ヲ承諾スルコトヲ得ス但第三者ノ抵当設定ニ関スル第二百十一条ノ規定ヲ妨ケス

②若シ有期ノ物権ヲ抵当ト為シタルトキハ其抵当ハ此権利ノ時期外ニ効力ヲ生スルコトヲ得ス然レトモ抵当ト為リタル権利カ此時期ノ満了前或ル出来事ニ因リ物ノ価額ヲ代表スル償金ニ移リタルトキハ債権者此償金ニ付キ其権利ヲ行フ」

210条「未成年者、禁治産者及ヒ失踪者ノ財産ハ法律ニ定メタル原因及ヒ方式ニ依ルニ非サレハ其代人ニ於テ之ヲ抵当ト為スコトヲ得ス」

明される⁴²⁾。動産質は永久の期限に定めても弊害がないが、永久の不動産質を認めるとその物の融通を妨げるのみならず債権者は占有をしていても自己の所有ではないことから永久にこれを有益ならしめるような改良を行うことがなくあるいは濫用することがある、というのである。

(4) 動産質・不動産質それぞれの当事者間での成立要件は100条1項・101条と119条とに定められている。

100条「①動産質ハ債権及ヒ質物ヲ明カニ指定セル証書ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ設定スルコトヲ得ス」

101条「法律ニ従ヒ証人ニ依リテ債権ヲ証スルコトヲ得ル場合ニ於テハ証書ノ調整ヲ要セス此場合ニ於テハ債権ノ額及ヒ質物ノ相違ナキコト其性質、価額ヲ或ハ併合シ或ハ各別ニ人証ヲ以テ証スルコトヲ得」

119条「①不動産質カ合意上ノモノナルトキハ其質ハ公正証書又ハ私署証書ヲ以テスルニ非サレハ当事者ノ間ニ之ヲ設定スルコトヲ得ス」⁴³⁾

証書が成立要件であることは、100条1項と119条とで共通している⁴⁴⁾。100条は「証書」とのみ規定し、119条は「公正証書又ハ私署証書」と規定するが、内容に差異があるわけではない。証書の記載事項は、動産質について100条2項・3項が、不動産質について120条が定める⁴⁵⁾が、質権の目的を詳細に規定し特定可能にするという趣旨である点も共通している⁴⁶⁾。

1点だけ異なるのは、動産質の場合は証書の作成によらず人証で足りるとさ

42) 井上・前掲645-646頁。さらに同書646頁は、債務者自身が保有・使用する抵当権とは異なる扱いをしているのも正当であるという。

43) 具体的な記載事項については120条に定めがある。

44) 特に井上・前掲659頁は、119条を100条と同じと明言する。

45) 100条「②右質物ハ之ヲ他物ニ易フルコトヲ得サル様詳細ニ記載シ且要用アルトキハ之ヲ評価スルコトヲ要ス

③若シ質物カ定量物ナルトキハ其種類、数量、尺度ヲ以テ之ヲ指定スルコトヲ要ス」

120条「①不動産質ヲ設定スル証書又ハ遺言書ニハ其不動産ノ精確ナル指示ノ外元利ノ債権額ヲ指示スルコトヲ要ス

②右ノ指示カ不十分ナル場合ニ於テハ既ニ為シタル登記ニ補足ノ合意ヲ附記ス然レトモ此附記ハ其日附後ニ非サレハ効力ヲ生セス」

れる場合が認められる点である。

(5) 動産質・不動産質の第三者対抗要件を定めるのが、以下の各規定である。

102条「①動産質ハ質取債権者カ有体ナル質物ヲ現実ニ且継続シテ占有スルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニモ他ノ債権者ニモ対抗スルコトヲ得ス

②然レトモ質物ハ当事者双方カ選定シ又ハ債権者カ自己ノ責任ヲ以テ選定シタル第三者ノ手ニ之ヲ寄託スルコトヲ得

③此規定ハ債権ノ無記名証券ニモ之ヲ適用ス」

119条「③不動産質ハ之ヲ設定スル証書又ハ遺言書ニ依リ財産編第三百四十八条⁴⁷⁾ニ従ヒテ登記シタル後ニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス

④〔略〕(登記の順位保全効につき抵当権と同様とする)〕

122条「質取債権者ハ右ノ外動産質ニ関シ第二百二条ニ記載シタル如ク其債権ヲ担保スル不動産ヲ現実ニ占有スルコトヲ要ス」

動産質の第三者対抗要件は、質物の現実かつ継続的な占有である（102条1項）。この点は質権の目的が有体動産である場合のみならず無記名証券である場合も同様であり（102条3項）、記名証券である場合も証券の占有が第三者対抗要件とされる（103条1項⁴⁸⁾）。ただし、記名証券の場合は、証券の占有のほか、債権譲渡におけるのと同様の対抗要件を具備することも要求される（同条2項⁴⁹⁾⁵⁰⁾）。また、商証券または商品上の質権について商法で別段の定めをすることを妨げず（同条4項⁵¹⁾）、会社の記名の株券・債券を質入する場合に

46) 不動産質の設定に公正証書または私署証書を要求した理由としてであるが、宮城・589-590頁は、「不動産質ヲ合意上ヨリ設定スルニハ動産質ヲ設定スルト等シク最モ之ヲ確実ニセサル可ラス」とする。

47) 財産編348条「左ニ掲クル諸件ハ財産所在地ノ区裁判所ニ備ヘタル登記簿ニ之ヲ登記ス不動産所有権其他ノ不動産物権ノ譲渡
右ノ権利ノ変更又ハ放棄
差押ヘタル不動産ノ競落
公用徴収ヲ宣言シタル判決又ハ行政上ノ命令」

48) 103条「①質物カ債権ノ記名証券ナルトキハ質取債権者ハ其証券ヲ占有スルコトヲ要ス」

は証券の交付のほかには会社への告知と帳簿への記入が要求される（104条⁵²⁾）。

不動産質の第三者対抗要件は登記（119条3項）ならびに不動産の現実の占有である（122条）。このように不動産については登記だけではなく不動産の現実の占有もまた要求される点が注目される。登記が不動産物権変動の第三者対抗要件である以上、このほかの対抗要件は不要ではないかと考えられるので

49) 103条「②此他記名債権ノ質ノ設定ニ付テハ債権ノ譲渡ヲ告知スル通常ノ方式ヲ以テ第三債務者ニ其設定ヲ告知シ又ハ其第三債務者カ任意ニテ之ニ参加スルコトヲ要ス」

対抗要件具備の方法については同条3項が財産編347条によるものと定める。

財産編347条「①記名証券ノ譲受人ハ債務者ニ其譲受ヲ合式ニ告知シ又ハ債務者カ公正証書若クハ私署証書ヲ以テ之ヲ受諾シタル後ニ非サレハ自己ノ権利ヲ以テ譲渡人ノ承継人及ヒ債務者ニ対抗スルコトヲ得ス

②債務者ハ譲渡ヲ受諾シタルトキハ譲渡人ニ対スル抗弁ヲ以テ新債権者ニ対抗スルコトヲ得ス又譲渡ニ付テノ告知ノミニテハ債務者ヲシテ其告知後ニ生スル抗弁ノミヲ失ハシム

③右ノ行為ノ一ヲ為スマテハ債務者ノ弁済、免責ノ合意、譲渡人ノ債権者ヨリ為シタル払渡差押又ハ合式ニ告知シ若クハ受諾ヲ得タル新譲渡ハ総テ善意ニテ之ヲ為シタルモノトノ推定ヲ受ケ且之ヲ以テ懈怠ナル譲受人ニ対抗スルコトヲ得

④当事者ノ悪意ハ其自白ニ因ルニ非サレハ之ヲ証スルコトヲ得ス然レトモ譲渡人ト通謀シタル詐欺アリシトキハ其通謀ハ通常ノ証拠方法ヲ以テ之ヲ証スルコトヲ得

⑤裏書ヲ以テスル商証券ノ譲渡ニ特別ナル規則ハ商法ヲ以テ之ヲ規定ス」

50) 103条1項・2項は、文言のみではそれが動産質の成立要件を定めたものであるのか第三者対抗要件を定めたものであるのかがわかりにくい。成立要件を定めたものであるとすると、動産質一般の成立要件を定めた100条・101条に連続させるのでなく間に102条が挿入されていることの説明がつきにくい。他方、第三者対抗要件を定めたものとする、記名債権についても証券の占有を第三者対抗要件としていながら、102条3項が無記名債権についてのみ規定を置いた理由が説明しにくい。記名債権の場合は証券の占有と債権譲渡と同様の対抗要件の双方が対抗要件として要求されることから、1つの規定にまとめるために、敢えて102条3項を無記名債権についてのみの規定としたものと解すべきだろう。したがって、103条1項・2項は第三者対抗要件を定めたものと解する。

51) 103条「④右ハ総テ裏書ヲ以テ取引ス可キ商証券又ハ商品ノ質ニ関シ商法ニ記載シタルモノヲ妨ケス」

52) 104条「会社ノ記名ノ株券又ハ債券ヲ質ト為ストキハ証券ノ交付ノ外会社定款又ハ法律ニ於テ株券又ハ債券ノ譲渡ノ為メニ定メタル方式ヲ以テ之ヲ会社ニ告知シ其帳簿ニ之ヲ記入スルコトヲ要ス」

104条についても、103条1項・2項と同様に対抗要件と解する。

あり、現にそのように解する見解も存在した⁵³⁾。

なぜ122条は不動産の現実の占有を対抗要件として要求したのか。次のように説明される。「不動産質ハ果実収取ノ権利ヲ債権者ニ生セシムル者ナルヲ以テ其権利ヲ実行スルニハ質物ヲ現実ニ占有スルヲ以テ最モ便益ナリトス加之債権者ハ果実収取ニ付キ先取特権ヲ有スル者ナレハ質物ノ占有ハ以テ第三者ニ対シテ果実収取ノ特権アルヲ公示スルノ良方法タリ何トナレハ果実ノ生スルハ定期アルカ故ニ債権者カ現在自ラ之ヲ収取スルノ所為アルニアラサレハ第三者ハ固ヨリ登記ノミニテ其特権有ルヲ知スルヲ甚タ難カルヘケレハナリ依テ登記ハ不動産質債権者ハ質物ノ上ニ先取特権アルヲ公示スルカ為メニ之ヲ必要トシ占有ハ担保ヲ確実ニシ并ニ果実上ニ先取特権アルヲ公示スルカ為メニ必要ナルモノトス」⁵⁴⁾。

しかし、第三者に対する公示という点に関してはこの説明が説得的であるとは思えない。果実収取期でなかろうとも不動産物権変動は登記によって公示されることは明確に定められているところであり、不動産から生じる果実収取権を得ようとするのであれば、登記を確認すべきだとも考えられるからである。登記法が制定されたのが明治19年（施行は明治20年）であり旧民法制定当時と現在とでは登記制度の有する重要性に大きな違いがあったとも言えるが、制度の説明としては説得力を欠くものと言わざるを得ない。もっとも、不動産質権者が果実収取権を行使するには、質物を現実占有することが有用であることは否定できない。このことは、ここに挙げた標準的説明を批判する論者も認めるところである⁵⁵⁾。だからといって、この点のみをもってしては不動産の現実の占有を第三者対抗要件とするには不十分であることは否定できないのでは

53) 井上・前掲666-671頁。

54) 宮城・前掲595頁。井上・666頁もこれが標準的な説明であるとする。

55) 井上・前掲671頁は、質権設定後になお債務者が質の目的たる不動産占有を継続していると、債務者がすでに果実を収取しかつ無資力の場合に質権者が果実の収取を請求できなくなることを挙げ、不動産質権者自らが目的不動産を占有して果実を収取することの意義を認める。

ないか。

以上のように、有体動産質・権利質・不動産質のいずれについても第三者対抗要件の規定が置かれている。そして有体動産質・不動産質については現実の占有が第三者対抗要件とされる点は共通しており、権利質についても証券がある場合には証券の交付が第三者対抗要件とされることから同様であると言えるが、証券がない場合については債権譲渡と同様に通知・承諾が第三者対抗要件となる。不動産質については、このほかに登記が要求される。不動産質について現実の占有を第三者対抗要件とした点については、制定当初から批判もあったところであり、合理性も認められない。

以上から、無体物をも含めた質権について第三者対抗要件の通則は存在しないものと言える。

第3節 内容

(1) 動産質・不動産質とも、不可分性が認められていることは下記の規定から明らかである。とりわけ、123条は105条に言及していることから、全く同内容の定めと解してよい。

105条「①動産質ハ当事者ノ意思ニ従ヒ働方及ヒ受方ニテ不可分タリ但反対ナル明示ノ合意アルトキハ此限ニ在ラス

②動産質ハ債務者ヨリ債務ノ一分ヲ弁済シタルトキト雖モ元利及ヒ費用ノ皆済ニ至ルマテ質物ノ全部及ヒ各箇ニ於テ存在ス」

123条「不動産質ハ動産質ニ関シ第百五条ニ記載シタル如ク働方及ヒ受方ニテ不可分タリ」

(2) その他の内容に関しても、不動産質に関する130条が、「第2節 動産質契約ノ効力」の規定10か条のうち6か条を不動産質にも適用するものと定めており、共通する部分が多い。これらのうち質権の内容に関わるのは106条・109条・110条であることから、130条と併せてこれらの規定を掲げることとする。

130条「第百六条、第百九条、第百十条及ヒ第百十三条乃至第百十五条ハ

不動産質ニモ之ヲ適用ス」

106条「①質取債権者ハ質物ヲ返還スルマテ其看守及ヒ保存ニ付キ善良ナル管理人ノ注意ヲ加フル責アリ

②質取債権者ハ債務者ノ許諾ヲ受ケスシテ質物ヲ賃貸スルコトヲ得ス又債務者ノ許諾ヲ受ケタルトキ又ハ物ノ使用カ其保存ニ必要ナルトキニ非サレハ自ラ之ヲ使用スルコトヲモ得ス

③若シ質取債権者カ質物ヲ濫用スルトキハ裁判所ハ其失権ヲ宣告スルコトヲ得」

109条「①質取債権者カ質物保存ノ為メ必要ノ出費ヲ為シタルトキハ債権ニ先タチ動産質ヲ以テ其出費ノ弁償ヲ担保ス

②質物ノ隠レタル瑕疵ニ因リテ債権者ノ受ケタル損害ノ賠償ニ付テモ亦同シ」

110条「①質取債権者ハ動産質ノ附キタル主従ノ債務及ヒ前条ノ償金ノ皆済ニ至ルマテ債務者及ヒ其譲受人ニ対シテ質物ノ占有ヲ留置スルコトヲ得

②債権者ハ其債権ノ満期ニ至ラサル間ハ債務者ノ他ノ債権者ヨリ為ス質物ノ差押及ヒ其競売ヲ拒ムコトヲ得」⁵⁶⁾

ここにおいて動産質と不動産質に共通して適用されているのは、質権者の善管注意義務（106条1項）、費用償還請求ならびに損害賠償請求（109条）、留置的効力（110条1項）である。

ただし、130条によって不動産質にも賃貸・自己使用の禁止に関する106条2項が適用されると規定しているものの、124条1項が不動産質に独自の規定を置く。

124条「①質取債権者ハ質ニ取りタル不動産ヲ財産編第百十九条乃至第百二十二条ニ規定シタル制限ニ従ヒ且質契約ノ期間ニ限り賃貸スルコト

56) 後述のように128条1項は「債務ノ皆済」とのみ規定するが、これは保存費及びその他の償金については留置権を与えないという趣旨ではなく動産質と同じ趣旨である。（宮城・622頁）

ヲ得但反対ノ合意アルトキハ此限ニ在ラス」

不動産質については質権者に賃貸権限が与えられているのである。これは、果実收取権行使の一種として説明される⁵⁷⁾。そしてこうした差異が生じる理由を、目的物の差異に求める。すなわち、動産は不動産に比べて果実を生じることが稀である⁵⁸⁾。債権者が動産を質に取る主目的は、果実收取の点よりはその物の代価を得る点にある。これに対して不動産は性質上果実及び入額を生じるのを常とする。不動産質権者は弁済期到来までは代価の上に権利がないことからその目的は果実の上にあるのであって、動産質のように賃貸に債務者の許諾が必要とすれば質権者は実に不幸なことになる。不動産質権者が富裕であり、自ら耕作・居住する土地・家屋を十分に有する場合に、他に賃貸することを認めなければ、質権者の権利を奪取するものとなる。不動産質に限って賃貸を認めたのは「実ニ人情ニ合シタル法律ト謂フヘキナリ」、というのである⁵⁹⁾。

また、他の債権者による売却請求に対する質権者の故障申立権に関する110条2項も130条で不動産質に適用されると定められているものの、128条2項が不動産質について異なる定めを置く⁶⁰⁾。

128条「①債権者ハ債務ノ皆済ニ至ルマテ質ニ取りタル不動産ノ占有ヲ留置スルコトヲ得

②然レトモ質取債権者ハ債務ノ満期前又ハ満期後ニ債務者又ハ他ノ債権者ヨリ求メタル売却ニ故障ヲ申立ツルコトヲ得ス」

動産質においては被担保債権の満期前は質権者は質物の差押え・競売を拒絶できるのに対し、不動産質においては被担保債権の満期前であっても競売を拒絶できないのである。この違いは、質権者の権利が異なることによって説明される。動産質権者は債務の満期前であっても質物の代価の上に先取特権を有

57) 宮城・前掲598頁。

58) 宮城・前掲599頁は「債権ノ如キハ格別ナリ」と付け加えている。

59) 宮城・前掲599-600頁。

60) 128条1項は110条1項と同趣旨の規定であることから130条のみで足りると考えられるが、128条2項を導くために確認的に置かれた規定と見られる。

することから故障を申し立てることができるが、不動産質権者は満期前は果実の上に先取特権があるに過ぎないことから、故障を申し立てることができない、というのである。また、不動産質権者が満期後に故障を申し立てることができないのは、満期後は質権者は抵当権を有するために、他者によって質権の目的不動産が売却されても競売手続に加入して弁済を受けることができることによって説明される⁶¹⁾。このほか、動産は価格変動があるから売却を実行する時期を質権者に選択させるべきであるのに対し、不動産は価格変動が小さいからその必要性が低いことを理由とするものもある⁶²⁾。

(3) 他方、130条で不動産質に適用するものとされていないものの、転質に関する107条が不動産質についても適用されることは124条2項によって明らかにされている。

107条「質取債権者ハ自己ノ責任ヲ以テ質物ヲ自己ノ債権者ニ転質ト為スコトヲ得此場合ニ於テハ転質ヲ為ササレハ生セサル可キ意外又ハ不可抗ノ危険ニ付テモ亦其責ニ任ス」

124条「②又質取債権者ハ自己ノ権利ノ継続期間ニ限り動産質ニ付キ第一百七条ニ記載シタル如ク自己ノ責任ヲ以テ其不動産ヲ転質ト為スコトヲ得」

転質が可能である期間ならびに質権者の責任につき、124条2項は107条と同一の内容を定める⁶³⁾。それではなぜ107条は130条で言及されていないのか。おそらく、前述した124条1項が賃貸の期間を画する基準の1つとして「質契約ノ期間」を挙げていることから、転貸が可能な期間はこれとは異なって「自己ノ権利ノ継続期間」であることを明確にする必要があると考えたためであろう。これらの期間の違いは分かりにくい、質契約の期間が到来したからといって、質権がたちまち消滅するものではないとの説明がなされていることから、「自己ノ権利ノ継続期間」とは質権が実行されて消滅に至るまでを指すものと

61) 宮城・前掲623頁。

62) 井上・前掲697-698頁。

63) 宮城・前掲603頁。

解される⁶⁴⁾。このように転質の期間を質契約の期間に限らず債権者の権利の存続期間としたのは、転質の期間が質契約の期間よりも伸長することがあっても、自己の責任で損害を担保する債権者があることにより債務者の利益を害することが稀だから、と説明されている⁶⁵⁾。

(4) 質権の内容に関する動産質の規定のうち、ここまでに現れていないのは果実収取権に関する108条である。

108条「①質物カ果実又ハ産出物ヲ生スルトキハ之ニ関シ質取債権者ハ第九十四条第二項⁶⁶⁾ニ定メタル留置権者ノ権利及ビ義務ヲ有ス

②質ト為シタル債権ニ関シテハ質取債権者ハ其利息ヲ收取シ之ヲ自己ノ債権ニ充当ス然レトモ債務者ノ特別ナル委任ヲ受ケスシテ其元本ヲ受取ルコトヲ得ス但裏書ヲ以テ取引ス可キ証券ニ関スルトキハ此限ニ在ラス」

同条に対応する不動産質の規定は126条であるが、前述した116条1項も果実収取権に言及することから、ここで改めて掲げておくこととする。

116条「①不動産質契約ハ不動産質債権者ニ他ノ総債権者ヨリ先ニ其不動産ノ果実及ビ入額ヲ收取スル権利ヲ付与ス」

126条「①建物、宅地ノ質ニ付テハ債権者ハ自ラ之ヲ領スルト之ヲ賃貸スルトヲ問ハス其賃貸ヲ自己ノ債権ノ利息ニ充当シ猶ホ超過額アルトキ又ハ債権カ無利息ナルトキハ元本ニ充当ス

64) 宮城・前掲603頁は、124条1項につき、質権者が質権を有する限り賃貸が可能であるようにも見えるが、質物を長きにわたり債権者の自由に賃貸されることがないようにすることが債務者の利益に叶うものと説明している。この点からも、「自己ノ権利ノ継続期間」よりも「質契約ノ期間」の方が短いことが明らかになる。

65) 宮城・前掲604頁。

66) 94条2項は、留置権は留置権の価額について債権者に先取特権を付与するものではないとする同条1項を受けて、次のように定める。

94条「②然レトモ留置物ヨリ天然又ハ法定ノ果実又ハ産出物ノ生スルトキハ留置権者ハ他ノ債権者ニ先タチテ之ヲ收取スルコトヲ得但果実又ハ産出物ハ其債権ノ利息ニ充当シ猶ホ余分アルトキハ元本ニ充当スルコトヲ要ス」

- ②田畑山林ノ質ニ付テハ当事者ノ間ニ於テ果実ト利息トハ計算セスシテ相殺シタリト看做ス但反対ノ合意アルトキ又他ノ債権者ニ対シ又ハ利息ノ法律上ノ制限ニ付キ顕著ナル詐害アルトキハ此限ニ在ラス
- ③貸質又ハ果実ヲ利息ニ充当スルニハ毎年ノ公課及ヒ保持、管理、栽培ノ費用ヲ控除シタル純益価額ニ付キ之ヲ為ス」

いずれについても質物から生じる果実が事実上はまず利息に充てられるという限りでは共通しているが、質物によって細かな点に相違があることから、個々に規定を置くことにしたものと考えられる。

第4節 実行段階

(1) 前述したように、130条は動産質に関する規定の多くを不動産質にも適用する。質権の実行段階に関わるのは、113条から115条の3か条である。

113条「①総テ動産質契約ノ約款又ハ債務満期前ノ合意ニシテ債権者ニ其債権ノ全部又ハ一部分ニ付キ弁済ノ為メ裁判上ノ評価ナクシテ流質ヲ許スモノハ当然無効タリ

②本条ノ禁止ヲ犯ス為メ債務者カ債権者ニ為シタル受戻約款附ノ売買其他ノ合意ハ之ヲ無効ト宣告スルコトヲ得

③本条ニ定メタル無効ハ質取債権者ヨリ之ヲ援用スルコトヲ得シテ債務者又ハ其承継人ノミ之ヲ援用スルコトヲ得」

114条「質物カ質取債権者ノ方ニ存スル間ハ其債務ノ免責時効ノ成就ヲ停止ス」

115条「①質物ノ占有ハ常ニ容假ノ占有ニシテ其占有ノ継続期ノ如何ニ拘ハラス又債務カ弁済其他ノ方法ニテ消滅シタル後ト雖モ質取債権者ハ取得時効ヲ援用スルコトヲ得ス

②然レトモ財産編第百八十五条ニ定メタル二箇ノ場合ニ於テハ容假タルコトハ止ム」

ここでは、流質の禁止と効果としての取消しの無効(113条)、時効の停止(114条)、取得時効の成否(115条)について、動産質と不動産質とで扱いを共通

にしている。

(2) 111条は、動産質の実行方法として質権者も競売を申し立てることができ旨、ならびに、優先弁済の範囲について定める。

111条「動産質ノ附キタル債務カ満期ト為リタルトキ債務者履行ヲ為ササルニ於テハ質取債権者又ハ其他ノ債権者ヨリ質物ノ競売ヲ求ムルコトヲ得質取債権者ハ他ノ債権者ニ先タチ元利、費用及ヒ第百九条ニ掲ケタル償金ノ弁済ヲ受ク」

質物の売却に関しては、128条3項が、不動産質権者に競売申立権を認める⁶⁷⁾。

128条「③又質取債権者ハ満期後自ラ売却ヲ申立ツルコトヲ得」

他方、不動産質権者の優先弁済の範囲については116条2項⁶⁸⁾によって適用されることとなる抵当権に関する240条が次のように定める。

240条「登記ハ掲載シタル利息及ヒ定期ノ附従物ニ其経過シタル最後ノ二個年分ニ限り主タル債権ト同一ノ順位ヲ得セシム但二個年以外ノ利息及ヒ附従物ノ為メ債権者ノ日後登記ヲ為スノ権利ヲ妨ケス然レトモ此登記ハ其日附後ニ非サレハ効力ヲ生セス」

このように、競売申立権については動産質と不動産質とで共通の規律となっているのに対し、優先弁済の範囲については相違がある。

(3) このほかの規定は、いずれも動産質又は不動産質に特有の規定であり、共通性はない⁶⁹⁾。

67) 具体的な配当方法、不動産質権者の有する収益権や留置権の帰趨については129条で定める。

68) 116条「②債務ノ満期ニ至レハ債権者ハ抵当権アル債権者ノ権利ヲ行フ」

69) 具体的には、動産質権者に裁判上の付与を認めた112条、公課の負担義務、修繕義務を不動産質権者に課した125条、収益権の放棄による不動産質から抵当権への転換を定めた127条である。このうち127条は不動産質と抵当権の近接性をうかがわせる。129条1項にも「質取債権者ハ其順位ニ於テ其抵当権ヲ行ヒ」との表現が見られるところである。

小括

わが国の旧民法典では、動産質と不動産質について規定を置く。

担保権の一種として位置づけていること、契約で設定できることが共通しており、当時の学説の中には目的物を除いては大きく異なるものではないとする見解も見られた。

設定段階に関しては、第三者も質権を設定できること、物上保証人には債務者に対する求償権が認められること、質権の目的について設定者が権限を有することが求められること、証券も含めた有体物については現実の占有が第三者対抗要件とされることが共通する。ただし、最後の点は、証券がない場合においては現実の占有ではなく通知・承諾が第三者対抗要件であること、ならびに、不動産質においてはさらに登記が要求されていることに留意しなければならない。

内容に関しては、不可分性が認められていること質権者が善管注意義務を負うこと、費用償還請求権ならびに損害賠償請求権、留置的効力の点で共通する。このほか転質が認められる点も共通である。質権者が果実收取権を有する点も共通と言えるが、利息への充当の仕方に相違がある。

実行段階では、流質の禁止、時効の停止、取得時効の成否、競売申立権については共通している。

逆に相違点⁷⁰⁾としては、不動産質にのみ期限があること、遺言での設定可能性、証書の作成義務、質物貸貸の可否、自己使用の可否、満期前の故障申述の可否、優先弁済の範囲、裁判上の付与の可否を挙げることができる。

補節 現行民法典における質権総則

以上の旧民法典の質権通則は、現行民法典にどのように反映されているのだろうか。

第三者が質権を設定できること（342条）、留置的効力（347条）、転質（348

70) すでに井上・前掲709-711頁に要領よくまとめられている。

条)、流質の禁止(349条)、物上保証人の求償権(351条)のように現行民法典の質権総則に反映されたものも多い。また、不可分性(350条・296条)は担保物権の通有性として(372条も296条を準用する)、善管注意義務(350条・298条1項)は留置権との共通性として認められている。

現実の占有は、目的物の引渡しを効力要件とする形で質権総則に取り入れられている(344条)。しかし、証券がない場合については現実の占有は第三者対抗要件とされていなかったために旧民法の下でも質権の通則としてよいのか疑問もあること、不動産については現実の占有を第三者対抗要件とすることに疑義が示されており、また、第三者対抗要件と効力要件とは別個のものであることから、344条が旧民法典の質権通則を引き継いだものと評価することには慎重でなければならない。

おわりに

本稿は、フランス民法典とわが国の旧民法典における質権の通則を単に法文から導き出したものにすぎない。双方に見られる質権通則の間に相違があり、例えば第三者が質権を設定できることのように一方にのみ認められているもの、流質のように全く考え方が異なるものもあるが、本稿は近い将来に制定されるであろう改正担保法が何を質権の総則に規定すべきか、質権通則の内容について異なる考え方が存するときどのような選択をすべきかを示すものでもない。その意味で、本稿の有する意義は大きくない。パンデクテン方式を維持するのであれば、総則の内容が真に総則としてふさわしいものであるのか、個々の質権の類型に立ち返って検討していくべきことを示唆したにすぎない。

*本稿は、令和5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)

筑波ロー・ジャーナル 35号

2023年12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 大淵 真喜子
岡本 裕樹
川田 琢之
木村 真生子
栗原 克文
小林 和子
潮海 久雄
本田 光宏

准教授 平山賢太郎
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
渡邊 卓也

客員教授 古澤 陽介
松家 元

准教授 尾崎 愛美
日野 辰哉
萬澤 陽子
吉田 大輔

編集者 筑波ロー・ジャーナル編集委員会
制作 株式会社 TKC
印刷所 倉敷印刷株式会社

TSUKUBA LAW JOURNAL

No.35 December 2023

Articles

- Les critères de l'erreur et du dol dans les ensembles contractuels (1)
..... **Kazuko Kobayashi** 1
- Should Japan Ride a Wave? : Comparative Study of Proposed EU Regulation
on Law Applicable to the Third-party Effects of Assignment of Claims and
UNIDROIT Model Law on Factoring
..... **Naoe Fujisawa** 19
- Theoretical Analysis of Lawyers' Duty of Neutrality and Impartiality (3)
..... **Kensuke Morita** 55

Note

- An Overview of Japanese Setoff Law (3)
..... **Hiroki Okamoto** 83
- Des dispositions générales de gage
..... **Yoshinori Naoi** 107

ISSN:1881-8730

Edited by Tsukuba Law Journal Editorial Board
University of Tsukuba, Tokyo, Japan