

筑波ロー・ジャーナル

36 号

2024 年 6 月

論 説

賃貸人たる地位の移転と保証金返還債務の承継	小林 和子	1
担保権の準共有者による実行申立	直井 義典	23
二重の仮執行免脱宣言について ——担保の重複を避ける——	永島 賢也	49
弁護士の中立公正義務の理論的分析(補・完)	森田 憲右	83

研究ノート

日本相殺法概観(4)	岡本 裕樹	113
---------------------	-------	-----



目 次

論 説

賃貸人たる地位の移転と保証金返還債務の承継	小林 和子	1
担保権の準共有者による実行申立	直井 義典	23
二重の仮執行免脱宣言について ——担保の重複を避ける——	永島 賢也	49
弁護士の中立公正義務の理論的分析（補・完）	森田 憲右	83

研究ノート

日本相殺法概観（4）	岡本 裕樹	113
---------------------	-------	-----

賃貸人たる地位の移転と 保証金返還債務の承継

小 林 和 子

- I 問題提起
- II 賃貸人たる地位の移転と保証金返還債務の承継
 - 1 保証金とは
 - (1) 保証金の性質
 - (2) 賃貸借契約との関係
 - 2 保証金返還債務の当然承継の可否
 - (1) 裁判例
 - (i) 肯定例
 - (ii) 否定例
 - (2) 学説
- III 賃貸人たる地位の移転と敷金返還債務の承継
 - 1 敷金とは
 - (1) 敷金の法的構成
 - (2) 賃貸借契約との関係
 - 2 敷金返還債務の当然承継の根拠
 - (1) 原則－当然承継
 - (2) 当然承継の根拠
 - (i) 付随性による説明
 - (ii) 状態債務論による説明
 - 3 旧賃貸人の責任・義務
 - (1) 立法
 - (2) 判例
 - (3) 学説
 - (i) 特別の義務・責任を認める見解
 - (ii) 併存的債務引受を認める見解
- IV 検討

I 問題提起

かつてから契約上の地位の移転¹⁾を判例や学説は認めていた。フランチャイジーたる地位の移転、貸金業者たる地位の移転²⁾、寄託者たる地位の移転³⁾などが具体例である。

2017年改正より契約上の地位の移転⁴⁾の規定を現行民法は置く（539条の2）。この規定とは別に賃貸人たる地位の移転に関する規定を現行民法は置く。（1）目的不動産が譲渡されたとき、譲渡人と譲受人の合意のみにより賃貸人たる地位は移転される^{5,6)}（605条の3）。（2）対抗要件（605条、借地借家法10条、同法31条など）が備わった目的不動産が譲渡されたとき、譲渡人と譲受人の合意

- 1) 池田真朗「契約当事者論」山本敬三ほか『債権法改正の課題と方向』別冊 NBL51号（商事法務、1998）147頁以下、同「債権譲渡から債務引受・契約譲渡へ」森征一＝池田真朗編『内池慶四郎先生追悼論文集 私権の創設とその展開』（慶應義塾大学出版会、2013）127頁以下、椿寿夫「契約譲渡（契約引受・契約上の地位の譲渡）の制度について」論究ジュリ12号196頁以下。
- 2) 営業譲渡や債権譲渡などにより、貸金債権が譲渡された場合、貸金債権のみならず過払金返還債務も譲渡されるか否かがかつて問題となった。包括的契約（基本契約）がある場合、貸金債権と過払金返還債務の関係は表裏一体にあるなどの理由により、過払金返還債務を含む貸金業者たる地位が移転されると判断した下級審裁判例は多くある。しかし、包括的契約（基本契約）がある場合、譲渡人と譲受人の間の合意がない限り貸金債権が譲渡されても貸金業者たる地位は移転されないと最高裁は判断した（最判平成23年3月22日金法1927号136頁、最判平成23年7月7日判時2137号43頁、最判平成23年7月8日判時2137号46頁）。最高裁の判断に従うと一連の取引で弁済金を充当して過払金の計算をする利益を借主は享受できなくなる。野澤正充「企業の再編と契約の譲渡－契約上の地位の移転」金法1999号75頁以下も参照。
- 3) 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）203頁-212頁。
- 4) フランス法については、F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénédé, Droit Civil Les obligations, 13e éd., Dalloz, 2022, pp.1825-1835を参照。
- 5) 最判昭和46年4月23日民集25巻3号388頁。不動産譲渡を伴わない賃貸人たる地位の移転の合意の場合における様々な問題とその検討については、松尾弘「不動産流動化の要請と賃貸人の地位」松尾弘＝山野目章夫編『不動産賃貸借の課題と展望』（商事法務、2012）407頁以下を参照。

がなくとも賃貸人たる地位は移転される⁷⁾(605条の2第1項)。

賃貸人たる地位が移転する場合、保証金や敷金の返還債務を新賃貸人は当然に承継するか。保証金返還債務の承継の規定を現行民法は置いていない。保証金返還債務を新賃貸人は当然に承継するかを新賃貸人と賃借人が争うことがある。裁判所の判断は分かれる。敷金返還債務についてはどうか。敷金返還債務を新賃貸人は当然に承継するという規定を現行民法は置く((1)の場合の根拠は605条の3、605条の2第4項。(2)の場合の根拠は605条の2第1項、同第4項)。

現代の複雑な社会では複数の契約が相互依存関係となることが多い。その代表的な場面は契約の終了⁸⁾や抗弁の接続^{9,10)}である。保証金の交付は賃貸借契約に付随する保証金契約に基づく場合が多い。

本稿では、敷金返還債務を新賃貸人が当然に承継する根拠を参考にしながら、保証金返還債務を新賃貸人が当然に承継するか¹¹⁾を考えるには何に着目をする

-
- 6) 動産が譲渡されたとき譲渡人と譲受人の合意のみにより賃貸人たる地位は移転されるかという問題もある(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Ⅲ』(商事法務、2009) 330頁-332頁、潮見佳男『新契約各論Ⅰ』(信山社、2021) 448頁注(250)を参照)。
 - 7) 最判昭和39年8月28日民集18巻7号1354頁。
 - 8) 複数の契約の無効の例として、最判昭和30年10月7日民集9巻11号1616頁、複数の契約の解除の例として、最判平成8年11月12日民集50巻10号2673頁がある。これらの具体例は、一個の契約とも考えられる例であった。他に、独立性を保った複数の契約が集合しているにすぎない具体例もある(森田修「合意による契約の修正(7・完)」法協130巻9号10頁も参照)。
 - 9) 都筑満雄『複合取引の法的構造』(成文堂、2007) 241頁-295頁は、いかなる根拠に基づき抗弁の接続を裁判例・学説が認めるかを分析する。
 - 10) 山田希「フランス直接訴権論からみたわが国の債権者代位制度(1)(2)(3・完)」名法179号181頁、同180号253頁、同192号93頁は、請求権の連鎖と抗弁の接続には共通点があるとする。すなわち、二つの法律関係の密接な関係性が第三者に契約の効力を拡大させる点で共通するとする。現行フランス民法は一般的な直接訴権に関する規定を置く(1341-3条)。この規定は債権の弁済を対象とする。カタラ草案1168条(P. Catala, Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, Doc. fr., 2006, p.111)、テレ草案135条(F. Terré (sous la dir. de), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, 2008, pp.298-299)も参照。

べきかを考えたい。本稿の構成は、Ⅱ賃貸人たる地位の移転と保証金返還債務の承継、Ⅲ賃貸人たる地位の移転と敷金返還債務の承継、Ⅳ検討となる。

Ⅱ 賃貸人たる地位の移転と保証金返還債務の承継

保証金とは何か、賃貸人たる地位の移転に付随して当然に保証金返還債務を新賃貸人は承継するか、以下ではみる。

1 保証金とは

(1) 保証金の性質

ビルやマンションを賃借するとき、保証金という名目で金銭を賃貸人に賃借人が交付する¹²⁾ことがある。保証金の性質は多様である。空室損料や権利金¹³⁾の性質を保証金は持ちうる。建設協力金や敷金の性質を持つことも多い。

建設協力金¹⁴⁾とは、建物の建設代金の支払いのため、あるいは、他から調達した建設資金の返済のため、賃借予定者からビル建設企画者が借り受ける金銭である。一定の据置期間経過後低金利により分割してビル建設企画者は賃借人に返済する。敷金¹⁵⁾とは、賃貸借契約から生じる債権を担保するため賃貸人に賃借人が交付する金銭である。

建設協力金と敷金の区別は難しい。契約書の文言のみならず、実質的、機能

11) フランスでも複数契約の譲渡に関する破毀院判決がいくつかある。例えば、破毀院第一民事部1994年11月15日判決（Cass. civ., 1^{re} 15 novembre 1994, Bull. civ. I n°328）がある。AはBとの間で、甲契約＝民事組合設立に関する契約、乙契約＝共同診療契約を締結した。AはCに甲契約を譲渡した。Cは甲契約の譲渡のみを主張した。両契約は必要不可欠な関係にあり、BとCの黙示の承諾により、両契約の譲渡を破毀院は肯定した。

12) 石外克喜「保証金返還請求権の担保化」金法996号9頁-15頁。

13) 篠田省二「敷金・権利金・保証金」同編『現代民事裁判の課題⑥』（新日本法規出版、1990）201頁-209頁。

14) 谷口知平「貸ビル建設協力金契約」契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅲ』（有斐閣、1962）407頁-408頁。

15) 池田浩一「敷金・保証金・権利金」遠藤浩＝林良平＝水本浩監修『現代契約法大系第3巻』（有斐閣、1983）17頁。

的に考察し裁判所は区別をする¹⁶⁾。例えば、建設協力金と敷金の性質を保証金を持つ場合、東京地判平成13年10月29日金法1645号55頁や東京地判平成27年7月14日（2015WLJPCA07148014）は、敷金の性質を有する部分のみの新賃貸人による当然承継を認めた。

（2） 賃貸借契約との関係

保証金契約と賃貸借契約を別個の契約とする見解がある。別個の契約ではあるが密接な関係にあるという見解¹⁷⁾、保証金契約と賃貸借契約は実質上不可分な関係にあるという見解¹⁸⁾などがある。

保証金契約と賃貸借契約を一個の契約とした例もある。建設協力金が賃貸借契約と同時に交付された場合、「本件賃貸借契約書を合理的に解釈すると、右金員についての約款は単なる消費貸借でも、敷金契約でもなく、消費貸借契約と賃貸借契約とが不可分に結合した無名契約であり、賃借人としては賃借目的物における営業等による利益を期待し、その反面として賃貸人に金員を貸与し、その弁済につき期限と分割の利益を与えたものと解すべきである」とする裁判例¹⁹⁾がある。

2 保証金返還債務の当然承継の可否

賃貸人たる地位が移転した場合保証金返還債務を新賃貸人は当然に承継するか。根拠に着目しつつ、当然承継を肯定した例と否定した例をみる。その後、学説をみる。

16) 清水俊彦「敷金の範囲に関する一考察」判タ1040号42頁。

17) 潮見・前掲注(6)505頁-506頁。

18) 浦野雄幸「入居保証金とその担保取得上の問題点」金法525号6頁。

19) 大阪地判昭和44年5月14日判時598号77頁。

（１） 裁判例

（i） 肯定例^{20, 21)}

・ ①東京地判昭和45年12月21日判タ261号312頁²²⁾

【判旨】

契約の趣旨・内容によると保証金契約は消費貸借契約とされる、多額の金員を無担保、長期間据置後名目的低利息の年賦払いという内容の契約が締結されるのはそれによって貸貸人の受ける利益が実質的には貸貸借物件の使用の対価（賃料の一部）を構成すること、保証金が貸貸借上の債務を担保する機能を付随的に有する（保証金の返還は貸貸借上の債務が完済されたときになされる）ことから、保証金関係は貸貸借関係の実質的内容を成すものであることを理由に、承継を認めた。

・ ②東京地判昭和46年7月29日判時652号49頁

【事実の概要】

昭和41年12月30日、X（賃借人）との間でA（貸貸人）は本件ビル一部の貸貸借契約を締結した（保証金（2250万円）は貸貸借の条件とされていた）。賃借人が賃借物件で営業を開始した日から5年間据置き、6年目より10年間年賦均等割額により、Xに保証金をAは返済するとした。返済時には利息をつけないこと、貸貸借契約に違反して損害賠償義務を賃借人が負う場合は保証金返還債務と相殺できること、明渡義務を賃借人が履行しないときは保証金返済を

20) 他の例には、東京高判昭和50年11月18日判時811号55頁がある。

21) 譲渡担保に関する例もある。東京地判平成2年5月17日判時1374号63頁（評釈には、近江幸治「判批」評論391号22頁、野口恵三「判批」NBL475号42頁がある）、東京地判平成2年11月5日金法1288号34頁（評釈には、鳥谷部茂「判批」ジュリ増刊（担保法の判例Ⅱ）53頁、吉田眞澄「判批」リマ4号24頁がある）、東京地判平成2年10月3日判タ757号197頁（評釈には、荒木新五「判批」判タ765号70頁、樋口直「判批」判タ790号42頁、澤野順彦『判例にみる借地・借家契約の終了と原状回復』（新日本法規出版、2004）335頁-338頁がある）である。

22) ⑥判決の第一審である。

留保できること、とされていた。Aから本件ビル所有権を取得したYは賃貸人たる地位を承継した。Yから保証金返還債務を承継しない通知を受けたのでXは約定の返済期に支払を求める将来の給付の訴を提起した。

【判旨】

保証金契約が単なる金銭消費貸借ではなく賃貸借契約と密接不可分に結合した一種の無名契約であり、保証金に関する権利義務は建設ビルの所有者である賃貸人の地位に随伴すべきであることを理由に、承継を認めた。

・③東京高判平成7年4月27日金法1434号43頁²³⁾

【事実の概要】

平成元年6月16日、本件ビルの一部をXにAは賃借した（保証金3383万）。平成2年3月27日、不動産小口化商品としてビル全体の持分をCら38名にAは譲渡し、Y（信託銀行）に持分をCらは信託譲渡した。譲渡契約や信託譲渡契約締結のとき、賃貸借契約における賃貸人の地位をAに留保する旨の合意があった。平成13年9月12日、Aが破産宣告を受けたので、賃貸部分をXは明け渡した。Aに預託した保証金から約定の償却分を控除した残額の返還をYにXは請求した。

【判旨】

契約期間中賃貸人に対する債務の履行を賃借人が怠った場合には、何時でも保証金の一部又は全部をその弁済に賃貸人は充当することができ、その場合、

23) 評釈には、松本崇「判批」判タ900号57頁がある。最判平成11年3月25日判時1240号7頁が上告審である。上告審では、目的不動産を譲渡するとき、賃貸人たる地位を旧賃貸人と新賃貸人が留保することは可能かが主な論点であった。丸山絵美子「賃貸不動産の譲渡における賃貸人の地位の移転と留保に関する一考察」片山直也＝北居功＝武川幸嗣＝北澤安紀編『民法と金融法の新時代』（慶應義塾大学出版会、2020）91頁-92頁は、605条の2第2項に潜在する問題として、賃貸人たる地位の留保により持分権購入時に敷金返還義務を負うことを見込んで金額を決定していなかったにもかかわらず、譲渡人の破産などの事態において譲渡人・譲受人の賃貸借が終了し、小口持分権の譲受人が敷金返還義務を負うことがあることを指摘する。

賃借人はその旨の通知を受けてから5日以内にその不足額を填補しなければならないこと、賃貸借契約が終了し賃借人が本件賃貸部分を明け渡した後本件保証金残額を返還することが約定されていることから、敷金としての性質を持つことを理由に、承継を認めた。

・④東京地判平成13年10月31日判タ1118号260頁²⁴⁾

【事実の概要】

昭和52年8月、A（賃貸人）から本件店舗をXの代表者Cは賃借した（期間3年間、賃料月額45万円、敷金300万円、保証金5500万円）。Bが賃貸人の地位を、Xが賃借人の地位を承継した。昭和61年4月1日、本件店舗の賃貸借契約をB・Xは締結した（賃料月額48万円、敷金300万円、保証金5500万円）。昭和62年2月28日、相続によりBの本件店舗の所有権及び賃貸人の地位を承継したDはXに保証金返還債務を負った。

平成12年4月11日、本件店舗が存在するビルをYは競落した。Dの敷金返還債務は承継するが、保証金は敷金としての性質を有していないため、保証金返還債務は承継していないとして保証金返還債務不存在の確認をYは求めた。

【判旨】

本件保証金は、保管中は無利息、契約の終了に伴い一括して返還されること、本件保証金を原状回復に関する費用負担の担保として充当することが可能であること、契約終了における賃貸人が被る損失を担保する機能も本件保証金は持つことから本件保証金は、賃貸人の賃料債務その他を担保する目的で賃貸人に交付された敷金と同様に、賃貸借契約に密接不可分に関連し、発生、存続及び終了に際して賃貸借契約に随伴し、これを離れては独立に存在する意義を有しないという理由により、承継を認めた。

24) 評釈には、渡辺健司「判批」判タ1154号198頁、澤野・前掲注(21)327頁-330頁がある。

(ii) 否定例²⁵⁾

・⑤東京高判昭和47年8月30日判時681号41頁²⁶⁾

【判旨】

保証金に関する約定の趣旨・目的・内容は消費貸借上の権利義務関係であること、賃貸借契約の固有・不可欠の内容をなすものではないこと、敷金と異なり保証金は附従的性格を有しないこと、保証金に関する約定が賃貸借契約の条項の一部にあることは、賃貸借契約の固有の内容をなすことによるものでも賃貸借契約に対し附従的性格を有することによるものでもないこと、二つの契約関係が一個の不可分の契約関係となるわけではないことを理由に、承継を認めなかった。

・⑥最判昭和51年3月4日民集30巻2号25頁²⁷⁾

【事案の概要】

昭和38年6月15日、A（賃貸人）から本件建物の二階部分をX（賃借人）は賃借した（賃料月額23万50円、敷金138万300円、保証金664万4700円、賃貸借期間5年間（昭和38年7月1日から））。保証金について、ビル建設資金と

25) 他の例には、最判昭和48年3月22日金法685号26頁（評釈には、澤野・前掲注(21)339頁-341頁がある）、東京地判平成7年8月24日判タ904号156頁がある。前者は、保証金の返還債務が具体化した後に所有権が移転したことを理由に、後者は、本件建物が貸事務所または店舗であること、本件建物建設時期と保証金の授受の時期や保証金の額、保証金とは別に敷金が差し入れられていること、保証金については一定の据置期間経過後10年間で返還されること、から保証金は消費貸借の目的とされていることを理由に、承継を認めなかった。

26) ⑥判決の第二審である。評釈には、石外克喜「判批」評論170号20頁がある。

27) 評釈には、斎藤次郎「判解」『最高裁判所判例解説民事篇（昭和51年度）』（法曹会、1976）11頁、貝田守「判批」判タ342号84頁、玉田弘毅「判批」ジュリ642号73頁、岩城謙二「判批」NBL113号6頁、吉岡伸一「判批」NBL1064号58頁、広中俊雄「判批」評論212号22頁、堀内仁「判批」金法793号3頁、藤田寿夫「判批」ジュリ増刊（担保法の判例Ⅱ）71頁、永田眞三郎「判批」民商76巻6号816頁、澤野・前掲注(21)317頁-322頁がある。

して他から借り入れた金員の返済に充てること、賃貸借契約成立時から5年間はこれを据え置くこと、6年目から利息と共に毎年均等の割合で返還すること（10年間）、が賃貸借契約書に定められていた。

昭和43年5月9日、競売により本件建物の所有権を取得しその旨の登記をYはした。賃貸人たる地位をYは承継した。昭和43年10月1日、賃料3ヵ月分の支払いをXが遅滞したので、賃貸借契約の解除の意思表示をYはした。Aの賃貸人たる地位と共に保証金返還債務もYが承継したとし、Yに保証金返還請求をXはした。

【判旨】

その権利義務に関する約定が本件賃貸借契約書の中に記載されているが建設協力金として賃貸借とは別個に消費貸借の目的とされたものであること、その返還に関する約定に照らしても、賃借人の賃料債務その他賃貸借上の債務を担保する目的で賃借人から賃貸人に交付され、賃貸借の存続と特に密接な関係に立つ敷金ともその本質を異にするものであること、新所有者が当然に保証金返還債務を承継する慣習・慣習法があるわけではないことなどを理由に、承継を認めなかった。

・⑦東京地判平成8年6月17日金法1488号60頁²⁸⁾

【事実の概要】

平成3年、Xに本件ビルをAは賃貸した（期間2年、賃料月額137万2000円、敷金823万2000円（賃料6ヵ月分）、保証金1億615万5000円）。賃料改訂に伴いスライドすることなく、賃貸借の期間とは無関係に、契約締結日から10年間の据置期間経過後、10年の均等割の条件により保証金は返還されることになっていた。Aからビル全体について抵当権の設定をYは受けた。平成5年3月、Aの債務不履行により抵当権が実行されYは自ら競落しビルの所有権を得た。Yに賃借権・敷金返還請求権の確認などを求める訴えをXはした。

28) 評釈には、東京地裁民事執行センター研究会「判批」判タ1103号19頁がある。

【判旨】

賃貸借契約書の中に保証金に関する規定があった、賃借人に債務不履行があった場合、一定期間は未払賃料等と相殺処理をし得るので担保的機能が全くないわけではないが、本件賃貸借契約とは別個に消費貸借の目的とされたものであること、賃借権の存続と特に密接な関係に立つ敷金とは本質を異にするものであることを理由に、承継を認めなかった。

(2) 学説

保証金返還債務を新賃貸人が当然に承継することを肯定する見解がある。この見解の理由は様々である。⑥判決の事実関係について、保証金返還時期と賃貸借契約終了時が一致するなど建設協力金の授受は建物の賃貸借と密接に関連していること²⁹⁾、借家法1条1項の立法趣旨を尊重し、実質的・経済的に分析し、権利義務関係を個別的ではなく包括的に取扱うべきであること³⁰⁾、返還請求権を保全する手段を賃借人が用いにくいこと³¹⁾、建設協力金が経済的に賃貸借の対価の一部であること³²⁾、債務を完済した時に返還されることから保証金は担保の機能を持つとしていること³³⁾、などが理由である。

保証金返還債務を新賃貸人が当然に承継することを否定する見解がある。この見解の理由も様々である。通常、賃貸借契約終了後消費貸借関係が独立して残ること³⁴⁾、何の担保もなく多額の信用供与をする危険性を賃借人は覚悟すべきであること³⁵⁾、保証金の担保的機能・作用は、貸室賃貸借関係の貸主として

29) 齋藤・前掲注(27)17頁、岩城・前掲注(27)7頁、広中・前掲注(27)23頁。

30) 石外・前掲注(26)23頁、齋藤・前掲注(27)17頁。

31) 齋藤・前掲注(27)17頁。

32) 石外・前掲注(26)23頁、広中・前掲注(27)24頁、永田・前掲注(27)828頁-829頁。前掲・

⑥判決の上告理由には、「本件保証金は、経済的にも法律的にも運用利益が実質賃料を構成するものであり、賃貸借契約の主要部分を構成する」との主張もあった。

33) 貝田・前掲注(27)88頁、岩城・前掲注(27)10頁、広中・前掲注(27)24頁。

34) 岩城・前掲注(27)11頁。

35) 岩城・前掲注(27)11頁、広中・前掲注(27)25頁。

の地位と金銭消費貸借契約の借主としての地位が同一の人に帰属している場合に限り認められること³⁶⁾、保証金が敷金のように賃貸人の債権を担保する趣旨のものではなく、賃貸人に対する賃借人の融資に過ぎないと解されるとすれば、敷金における付従性の理論は適用されないこと³⁷⁾、などが理由である。

Ⅲ 賃貸人たる地位の移転と敷金返還債務の承継

敷金とは何か、賃貸人たる地位の移転に付随して当然に敷金返還債務を新賃貸人が承継する根拠は何か、新賃貸人の無資力のリスクを旧賃貸人も負うか、以下ではみる。

1 敷金とは

(1) 敷金の法的構成

賃貸借契約時に賃借人から賃貸人が交付を受ける金銭である³⁸⁾。賃料債権など賃貸借関係から生じる債権を担保するためである。敷金の定義に関する規定を現行民法は置く（622条の2）³⁹⁾。

最判昭和48年2月2日民集27巻1号80頁は「賃貸人にとっても担保としての権利と条件付返還債務とを含むそれ自体一個の契約関係である」とする。

敷金契約を金銭の譲渡担保契約と理解する見解⁴⁰⁾もある。この見解によると、未払賃料債権などがあれば賃貸人は譲渡担保権を実行し敷金を充当する、明渡時に残金があれば清算金の返還請求を賃借人はできる、との説明⁴¹⁾になる。

36) 玉田・前掲注(27)75頁。

37) 岩城・前掲注(27)10頁、永田・前掲注(27)827頁-828頁。

38) 石外克喜「敷金と権利金」契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅲ』（有斐閣、1962）130頁。

39) 松岡久和＝松本恒雄＝鹿野菜穂子＝中井康之編『改正債権法コンメンタール』（法律文化社、2020）851頁〔鎌野邦樹〕。

40) 平野裕之『債権各論Ⅰ 契約法』（日本評論社、2018）299頁。

41) 平野・前掲注(40)299頁。

(2) 賃貸借契約との関係

敷金の交付の合意は賃貸借に付随して締結される特約であり賃貸借とは別個の契約でないとの見解⁴²⁾もある。しかし、賃貸借契約とは別個の契約であり付随する契約であるとする見解⁴³⁾が多数説である⁴⁴⁾。

敷金と賃貸借の関係について次のように裁判所は考える。最判昭和53年12月22日民集32巻9号1768頁⁴⁵⁾は「敷金契約は……賃貸借に従たる契約ではあるが賃貸借とは別個の契約である」、最判平成14年3月28日民集56巻3号689頁は「敷金契約は……賃貸人が賃借人に対して取得することとなるべき一切の債権を担保することを目的とする賃貸借契約に付随する契約」、とする。

2 敷金返還債務の当然承継の根拠

原則当然に新賃貸人が敷金返還債務を承継すると判例・学説は考える。その根拠をどのように判例・学説は説明するか、以下ではみる。

(1) 原則—当然承継

以下では、賃貸借存続期間中の場合の判例⁴⁶⁾をみる。賃貸借期間終了後明渡前の場合⁴⁷⁾とは異なる判断をしている。

・最判昭和44年7月17日民集23巻8号1610頁⁴⁸⁾

【事実の概要】

42) 加藤雅信『新民法大系Ⅳ契約法』(有斐閣、2007) 334頁。幾代通「敷金」谷口知平＝有泉享編『総合判例研究叢書 民法(1)』(有斐閣、1956) 154頁は、敷金契約を「賃貸借契約の一部ないしは賃貸借契約に従たる契約である」とする。

43) 我妻栄『債権各論中巻一(民法講義Ⅴ₂)』(岩波書店、1957) 472頁。

44) 形式的には別個だとしても現実の取引において両者は複合的体である、敷金の交付が賃貸借契約の重要な基礎をなすとの見解もある(潮見・前掲注(6)493頁)。

45) 賃貸人に交付した敷金为新賃借人の債務不履行を担保すると旧賃借人が約する、新賃借人に敷金返還請求権を譲渡するなどが無い限り、敷金関係は承継されないと最高裁判所は判断した。評釈には、澤野・前掲注(21)375頁-378頁などがある。

昭和31年2月22日、A（賃貸人）から本件建物を賃借し敷金をY（賃借人）は交付した。昭和36年5月4日、Bら（Aの相続人）から本件建物を買受け賃貸人たる地位をXが承継した。昭和39年7月1日以降、本件建物が壊されたので、賃貸借契約は終了した。昭和33年3月分以降昭和36年4月分までの延滞賃料債権をBらから譲り受けたとし、Xが賃貸人であった昭和36年5月から昭和39年3月までの固有の延滞賃料債権を有するとし、これらの延滞賃料からAにYが差し入れた敷金を控除した残金をXが請求した。

【判旨】

敷金は、賃貸借契約終了の際に、賃借人の賃料債務不履行があるときは、その弁済として当然にこれに充当される性質のものであるから、建物賃貸借契約において該建物の所有権移転に伴い、賃貸人たる地位に承継があった場合には、旧賃貸人に差し入れられた敷金は、賃借人の旧賃貸人に対する未払賃料債務があればその弁済としてこれに当然充当される、その限度において敷金返還請求権は消滅し、残額についてのみその権利義務関係が新賃貸人に承継される、と判断した。

-
- 46) 大判昭和2年12月22日民集6巻716頁は、敷金関係は原則として新賃貸人によって承継される、ただし、新賃貸人は敷金を不要として引継がなくてもよい、とした。その後、判例は当然承継を認めた。最判昭和39年6月19日民集18巻5号795頁は、「競落人たる上告人は競落による所有権移転とともに右賃貸借の賃貸人たる地位を承継するのであるから、旧賃貸人に差し入れられた敷金に関する法律関係は、旧賃貸人に対する賃料の延滞のないかぎり、前記賃貸人たる地位の承継とともに、当然、旧賃貸人から上告人に移転すると解するのが相当」と判断した。
- 47) 最判昭和48年2月2日民集27巻1号80頁は、「賃貸借終了後に家屋所有権が移転し、したがって、賃貸借契約自体が新所有者に承継されたものでない場合には、敷金に関する権利義務の関係のみが新所有者に当然に承継されるのではなく、また、旧所有者と新所有者との間の特別の合意によっても、これのみを譲渡することはできないものと解するのが相当である」と判断した。
- 48) 評釈には、宇野栄一郎「判解」『最高裁判所判例解説民事篇（昭和44年度）』（法曹会、1969）491頁、野澤正充「判批」ジュリ別冊192号72頁、原田純孝「判批」法協88巻4号135頁、鈴木祿弥「判批」民商62巻5号898頁、澤野・前掲注(21)368頁-371頁などがある。

差入れられている敷金額の多寡、敷金差入れについての新所有者の善意・悪意を問わず、新所有者が旧所有者から現実に敷金額を受け取ったか否かを問わず、敷金は当然承継されたものとみなされとの立場⁴⁹⁾を判例は採用する。

判例の立場を多くの学説は支持する。当然承継を否定するには、譲渡人・譲受人・賃借人の合意が必要であるとする⁵⁰⁾。賃貸借契約において、「将来所有者が交替する場合には敷金関係は承継されない」とした特約は無効であるとする⁵¹⁾。

(2) 当然承継の根拠

賃貸人たる地位が移転した場合新賃貸人が当然に敷金返還債務を承継することを、主に、付随性や随伴性、状態債務論により判例や学説⁵²⁾は説明をする。

(i) 付随性による説明

「敷金は賃貸人のための担保として賃貸人の地位と密接に結びつくものだから、その地位の譲渡は、あたかも担保物権による被担保債権の譲渡と同様に、担保の移転を伴うべきものである」⁵³⁾という見解、「譲渡人が担保付債権を譲渡すると担保権もその譲渡に随伴するように、賃貸人がその地位を譲渡すると敷金も随伴する」⁵⁴⁾という見解などがある。

前掲・最判昭和48年2月2日民集27巻1号80頁は、敷金に関する法律関係は、賃貸借契約に付随従属するので、これを離れて独立の意義を有するものではな

49) 幾代・前掲注(42)172頁。

50) 篠田・前掲注(13)198頁、幾代・前掲注(42)173頁、星野英一『借地借家法』(有斐閣、1969)263頁、山本敬三『民法講義Ⅳ-1契約』(有斐閣、2005)507頁。

51) 幾代・前掲注(42)173頁、我妻栄「敷金の附従性」同『民法研究Ⅵ 債権各論』(有斐閣、1969)167頁。

52) 森田宏樹「賃貸人の地位の移転と敷金の承継」同『債権法改正を深める』(有斐閣、2013)161頁-173頁。

53) 我妻・前掲注(43)475頁。

54) 加藤・前掲注(42)335頁、350頁。

い、との立場を前提とする。

（ii）状態債務論による説明

状態債務論とは賃貸借関係を対象となる不動産の所有者と結合させ一つの包括的な関係とみる理論である⁵⁵⁾。状態債務論によると賃貸目的物の所有権と賃貸借関係は次のようになる。移転を個々の債権の譲渡・個々の債務の引受とみず、包括的に考察する⁵⁶⁾。賃貸人の権利義務を所有権と結合する一種の経済的地位とみる⁵⁷⁾。目的物の賃貸借は所有権の経済的作用に過ぎず、結合した賃貸借は所有権の実質的内容であるとする⁵⁸⁾。

状態債務論は敷金の当然承継を次のように説明する。敷金は収益財産の収益を担保することを重大な一使命となすものである⁵⁹⁾、賃貸借関係を一個の包括的地位と捉えて、その範囲を経済的考察によって決定すべきである⁶⁰⁾、敷金関係は実質的に賃貸借関係に包含されることになる⁶¹⁾、とする。

3 旧賃貸人の責任・義務

賃借人の承諾なく目的不動産の譲渡に伴い賃貸人たる地位が移転する場合があることから⁶²⁾、賃借人の保護のために目的物の譲渡後も敷金返還義務を併存的に旧賃貸人が負うとする見解⁶³⁾がある。

55) 我妻・前掲注(51)159頁。

56) 我妻・前掲注(51)159頁。

57) 我妻・前掲注(51)159頁。

58) 我妻・前掲注(51)160頁。

59) 我妻・前掲注(51)160頁。

60) 我妻・前掲注(51)160頁。

61) 我妻・前掲注(51)164頁-167頁。

62) 前掲・最判昭和46年4月23日民集25巻3号388頁の判例評釈である、広中俊雄「判批」評論153号25頁-26頁。

63) 安達三季生「賃貸人の地位の譲渡」遠藤浩＝林良平＝水本浩監修『現代契約法大系第3巻』（有斐閣、1983）242頁-243頁。

(1) 立法

旧賃貸人の責任・義務に関する規定を現行民法は置かない。債権法改正の議論⁶⁴⁾では旧賃貸人が履行担保義務を負うことが提案⁶⁵⁾されていた。

(2) 判例

前掲・最判平成11年3月25日判時1240号7頁がある。「新所有者のみが敷金返還債務を履行すべきものとする、新所有者が、無資力となった場合などには、賃借人が不利益を被ることになりかねないが、右のような場合に旧所有者に対して敷金返還債務の履行を請求することができるかどうかは、右の賃貸人の地位の移転とは別に検討されるべき問題である」と判断した。旧所有者の責任の考慮を検討すべきことをこの判決は言及する。

(3) 学説

(i) 特別の義務・責任を認める見解

新賃貸人が無資力の場合のように、賃借人保護のために不可欠な時には、信義則上旧賃貸人が義務を負うことがあるとする見解⁶⁶⁾、新旧賃貸人の合意の中に新賃貸人の履行義務を保証する旨の旧賃貸人の意思が含まれるとする見解⁶⁷⁾がある。

64) 秋山靖浩「不動産賃貸借と民法改正」安永正昭＝鎌田薫＝能見善久監修『債権法改正と民法学Ⅲ』(商事法務、2018) 255頁-258頁。

65) 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Ⅳ』(商事法務、2010) 259頁-260頁。

66) 鈴木祿弥『債権法講義[4訂版]』(創文社、2001) 582頁。

67) 前掲・最判昭和46年4月23日民集25巻3号388頁の判例評釈である石田穰「判批」法協90巻5号832頁、同『民法Ⅴ契約法』(青林書院新社、1982) 228頁。東京弁護士会法友全期会債権法改正プロジェクトチーム編『債権法改正を考える—弁護士からの提言』(第一法規、2011) 436頁[全東周]も参照。

(ii) 併存的債務引受を認める見解

債務引受に関する規律を適用する立場をとると、担保権という敷金に関する権利は質貸人たる地位に付随して移転するが、敷金返還債務については、質借人の承諾がない限り、譲渡人は併存的に債務を引き受けることになる⁶⁸⁾。

この見解には、敷金返還債務は担保権の消滅による効果にすぎない、担保権としての側面と敷金返還債務としての側面は、表裏一体の関係にあり、両者を分離して考えることは難しい⁶⁹⁾、との指摘がある。

IV 検討

質貸借契約が成立しない場合、あるいは、質貸借契約が中途解約された場合でも保証金に関する約定はその影響を受けないと質貸人と質借人が決めたとき、保証金契約と質貸借契約の結びつきは弱い。反対に、場合によっては、保証金契約が質貸借契約と結合し両契約は一個の契約となるほど関連する。

保証金契約と質貸借契約の結合にも着目し保証金返還債務の当然承継を認めた例がある（②判決）。この例では、保証金契約が単なる金銭消費貸借ではなく質貸借契約と密接不可分⁷⁰⁾に結合した一種の無名契約であり、保証金に関する権利義務は質貸人の地位に随伴するものと解すべきであるとし、当然承継を認めた。

保証金の当然承継を肯定する主な理由は敷金の性質を保証金を持つことにあ
る。③判決は、契約期間中質貸人に対する債務の履行を質借人が怠った場合には、何時でも保証金の一部又は全部をその弁済に質貸人は充当することができ、その場合質借人はすぐに不足額を填補しなければならないこと、質貸借契約が

68) 内田貴『民法Ⅱ債権各論〔第3版〕』（東京大学出版会、2011）218頁。保証と類似の性質を持つ併存的債務引受（第三者のためにする契約を含む）については、潮見佳男『新債権総論Ⅱ』（信山社、2007）498頁-500頁。

69) 森田・前掲注(52)178頁。

70) 複数契約における不可分性が法性決定（qualification）の「結果」であることなどについては、J. Moury, De l'indivisibilité entre les obligations et les contrats, RTDciv., 1994, p.255.

終了し賃借人が本件賃貸部分を明け渡した後本件保証金残額を返還することが約定されていることに着目をする。

④判決は、保証金は、保管中は無利息、契約の終了に伴い一括して返還されること、保証金を原状回復に関する費用負担の担保として充当することが可能であること、契約終了における賃貸人が被る損失を担保する機能も保証金は持つことなどに着目をする。③④判決は、保証金が敷金としての性質を持つことを認める。

敷金の当然承継を認める根拠は、付従性・随伴性や状態債務論、差引計算に対する賃借人の期待の保護、譲受人の対処可能性⁷¹⁾である。敷金契約から生じる権利や義務の主な内容は、担保としての権利と条件付きの返還義務（後者は前者の一つの側面）である。賃貸人たる地位に敷金という担保権が結びついている⁷²⁾。敷金契約から生じる担保権と賃貸借契約から生じる被担保債権は密接な関係にある⁷³⁾。賃貸人たる地位が移転すると担保権者たる地位は分離することなく移転する^{74, 75)}。

保証金の当然承継を否定する主な理由は消費貸借の目的を保証金を持つことにある。⑤判決は、保証金に関する約定の趣旨・目的・内容は消費貸借上の権利義務関係であること、賃貸借契約の固有・不可欠の内容をなすものでは

71) 山本・前掲注(50)507頁。

72) 賃貸人たる地位の移転と敷金の承継では、債権（賃料債権）に伴った敷金という担保権の譲渡ではなく、賃貸人たる地位に伴った敷金という担保権の譲渡が問題となる（森田・前掲注(52)163頁）。

73) 契約の相互を結びつける根拠とその内容は様々である。不可分性、条件、コース、相互依存性、付随性（accessoire）、関連性（connexité）などを具体例としてフランス法は挙げる。付随性や関連性については、S. Pellé, La notion d'interdépendance contractuelle, Dalloz, 2007, pp.190-197、M. Arsalier, La connexité en droit civil, L'harmattan, 2002, pp.289-292を参照。アルザリエは、相殺や同時履行の抗弁などをその具体例とする。

74) 預託金制ゴルフ場会員たる地位と関連する権利・義務の一体性については、山下純司「契約上の地位の移転に関するアレンジメント」安永正昭＝鎌田薫＝能見善久監修『債権法改正と民法学Ⅲ』（商事法務、2018）125頁-133頁を参照。

75) 森田・前掲注(52)164頁。

ないこと、敷金と異なり保証金は付従的性格を有しないことに着目をする。⑥判決は、建設協力金として賃貸借とは別個に消費貸借の目的とされたものであること、新所有者が当然に保証金返還債務を承継する慣習・慣習法があるわけではないことに着目をする。⑦判決は、賃借人に債務不履行があった場合、一定期間は未払賃料等と相殺処理をし得るとなっていたが、賃貸借契約とは別個に消費貸借の目的と保証金はされたものであることに着目をする。

消費貸借の目的を持つとしつつ保証金の当然承継を認める学説がある。消費貸借の目的を持つとしても、権利義務関係を包括的に扱うべきこと、保証金が経済的に賃貸借の対価の一部であること、担保の機能を持つこと、が主な理由である。

同様に、消費貸借の目的を持つとしつつ保証金の当然承継を認めた裁判例もある（①判決）。多額の金員貸付けについて、無担保、長期間据置後、名目的低利息の年賦払い、としながら、賃借人の受ける利益が実質的には賃貸借物件の使用の対価（賃料の一部）であること、保証金が賃貸借上の債務を担保する機能を付随的に有することなどから、保証金関係は賃貸借関係の実質的内容を成すとし、承継を認めた。

保証金が消費貸借の目的を持つ場合、賃借人に信用供与をする目的で保証金を賃借人は交付する。この交付の目的は敷金の交付の目的とは異なる。しかし、一部の学説や①判決をみると、保証金が消費貸借の目的を持つ場合でも保証金返還債務が当然に承継される可能性はある⁷⁶⁾。問題となった保証金に関する権利義務が実質的には賃貸借契約の内容（賃料の一部を構成するなど）を構成していること⁷⁷⁾、賃貸借上の債務を担保する機能を保証金が有していることなどがその根拠となる。

76) 最判昭和38年1月18日民集17巻1号12頁は、信用供与の性質を有する（金額は賃料を上回る可能性もある）賃料前払いを賃借人は新賃貸人に対抗できるとした。賃料前払いが賃貸借契約の本質的内容を成す賃料債務の弁済についての特約であることが当然承継の根拠となるとする見解（広中・前掲注(27)25頁）がある。

77) 谷口・前掲注(14)417頁。譲受人の対処可能性については、池田・前掲注(15)30頁。

賃貸人たる地位が移転した場合保証金返還債務を新賃貸人は当然に承継するか。この問題を考えるには契約の解釈により両契約の内容は一体といえるか、契約上の地位と関連する債権・債務は密接に関係しているか^{78, 79)}にも着目をする必要⁸⁰⁾がある。

(こばやし・かずこ 筑波大学ビジネスサイエンス系教授)

78) 大村敦志『新基本民法(4)[第2版]』(有斐閣、2019) 208頁-210頁は、契約の譲渡と契約の結合(連鎖契約・下位契約)が密接に関係する制度であること、連鎖契約や下位契約の場合、作り上げられている契約結合の構造が当事者たる地位の移転の根拠となることを指摘する。

下位契約については、J. Néret, *Sous-contrat*, LGDJ, 1979, pp.243-342も参照。ネレによると、下位契約のコースが上位契約にある場合があるとする。複数の契約の内容が同一であること、関連する債権が密接な関係にあることが要件となる。例として、下請負人や復受任者から注文者や委任者に対し報酬を請求する場合、賃貸人から転借人に対し賃料を請求する場合をネレは挙げる。

79) 最判平成21年1月22日民集63巻1号228頁は、預金契約には消費寄託契約と委任契約もしくは準委任契約の性質がある、各共同相続人が預金債権の一部を相続により取得すると共に、委任契約としての「預金契約上の地位」は共同相続人全員に帰属すると判断した。預金債権が譲渡されても預金者たる地位は譲渡人に残る場合については、森田宏樹「普通預金の担保化・再論」道垣内弘人=大村敦志=滝沢昌彦編『信託取引と民法法理』(有斐閣、2003) 327頁注(52)。

80) 建設協力金返還請求権と賃料債権の一部を相殺する合意が賃貸借契約に付随してなされたが、不動産の譲渡により賃貸人たる地位が移転した場合、相殺合意が賃貸借契約の内容をなす場合には、建設協力金返還債務の不承継の合意があったとしても、新賃貸人に賃借人は相殺を主張できると判断した例(仙台高判平成25年2月13日判タ1391号211頁)もある。

担保権の準共有者による実行申立

直 井 義 典

はじめに

第1章 根抵当権の共有に関する判例・裁判例

第2章 根抵当権の準共有に関する学説

第3章 根抵当権以外の担保権の場合も含めた検討

結語

はじめに

民法398条の14は根抵当権の共有について定めを置くが、担保権の準共有は、明文規定のある根抵当権の場合に限らず、他の種類の担保権についても成立しうる。

担保権の準共有が成立する原因としては、担保権者についての共同相続の開始、担保権の一部譲渡¹⁾、保証人による一部代位弁済、担保権設定者と複数の債権者との間での担保権設定契約の締結などが考えられる²⁾。このうち、担保権の一部譲渡と担保権設定契約締結の場合については、担保権の準共有者が有する被担保債権が同一である場合とそうではない場合とが考えられる³⁾。

被担保債権が同一の場合として、シンジケート・ローンのケースが考えられる。

1) 根抵当権について398条の13が規定を置く。

2) 根抵当権についてではあるが、石田稷『担保物権法』(信山社・平成22年)564頁、森田修編『新注釈民法(7)』(有斐閣・令和元年)378頁[田高寛貴]。

シンジケート・ローンにおいては同順位の担保権の設定が必要となるが、そのための方法としては、個別に担保権を設定した上でこれを同順位のものと定める方法と、最初から担保権を準共有する形で設定する方法の2つの方法が考えられる。そして、担保権の準共有については、契約書が1つにまとまるので簡便であるとの評価がされる一方で、貸付人が債権譲渡を予定している場合等では個別の担保権設定がなされるという⁴⁾。シンジケート・ローンにおいて担保権が設定される場合には、担保権行使のための貸付人の代理人であるセキュリティ・エージェントが選任され、多くの場合にはエージェントがセキュリティ・エージェントを兼ねる。セキュリティ・エージェントは貸付人の代理人であって担保権の帰属主体ではなく、他方で担保権の行使はセキュリティ・エージェントを通じて行われるため、セキュリティ・エージェントに対する指図は原則として多数貸付人の意思決定によることとされる、という⁵⁾。

このようにシンジケート・ローンにおいては担保権の準共有が用いられるわけであるが、実行は担保権の共有者の持分多数決によって決せられる。

それではシンジケート・ローンのように担保権行使のための代理人が選任

-
- 3) もっとも、債権者を異にする数個の別の債権のために1個の担保権を設定しうるかについては、抵当権が他人の債権も担保してしまうことを理由にこれを否定する見解があり（枇杷田泰助「抵当権における準共有の成立」金法195号（昭和34年）38頁、香川保一『改訂担保』（金融財政事情研究会・昭和39年）42-43頁）、登記実務は、昭和7年9月22日民事甲第978号民事局長回答を変更して、この見解に立つ（昭和35年12月27日民事甲第3280号民事局長通達（法務省民事局編『登記関係先例集 追加編Ⅲ』（帝国判例法規出版社・昭和40年）419頁））。

しかしこの登記実務に対しては当初から反対があり（柚木馨編『注釈民法(9)』（有斐閣・昭和40年）22頁〔柚木馨＝高木多喜男〕）、堀内仁「根抵当権の共有」金法636号（昭和47年）41頁（以下、「堀内・前掲①」という）は「共有根抵当権の設定を否定する見解は影を潜めたようである。」としている。近時の通説も、登記実務に反対している（道垣内弘人編『新注釈民法(6)』（有斐閣・平成31年）671頁〔古積健三郎〕）。

- 4) 坂井豊監、渥美坂井法律事務所・外国法共同事業編著『最新シンジケート・ローン契約書作成マニュアル 第4版』（中央経済社・令和3年）44頁〔青木智也〕。
- 5) 酒井・前掲43頁〔青木〕。

されていない場合には、担保権の実行時期や方法はどのように決せられることとなるのだろうか。この点を明らかにすることが本稿の課題である。

以下第1章では、準共有についての明文規定を置く根抵当権について、準共有者のうちの1人による競売申立の可否に関する判例・裁判例を検討する。もっとも、この問題を直接に検討する裁判例は1件のみであり判例は存しないことから、ここでは根抵当権の準共有に対する共有法理の適用に関する判例・裁判例も取り上げることで、共有者の1人による競売申立の可否について共有法理との関係での位置づけをも行うこととする。次いで第2章では、この問題についての学説を分析する。その際にも結論の差異のみならず、共有法理の適用の有無にも着目する。第3章では、前章までで得られた知見に基づき、根抵当権以外の担保権も含めた担保の実行を準共有者のうちの1人のみで行うことができるか、競売以外の実行方法も視野に入れて検討を加えることとする。

第1章 根抵当権の共有に関する判例・裁判例

(1) 398条の14は根抵当権の共有についての規定であるが、規定するのは配当と譲渡についてのみであり、共有者のうちの1人のみで根抵当権を実行できるか⁶⁾については規定を欠く。

傍論ではあるもののこの点について判示した下級審裁判例があることから、この決定の紹介から始めることとする。

【1】東京高決昭和54年5月1日に金法905号42頁

X銀行はYとの間で、Y所有の不動産（土地3筆、建物1棟）に極度額を2,000万円とする抵当権を設定して銀行取引契約を締結し、本契約に基づくYの債務をA信用保証協会が保証した。本根抵当権の元本は昭和51年8月24日に確定し、同年9月1日付で登記がなされた。その後A信用協会は、X銀行に対して本根抵当権によって担保される債務の一部である1970万円余りをYに代位

6) ほとんどの場合に競売によって実行されることとなることから競売申立（398条の20第1項1号）権者は誰かと言い換えてもよいだろう。ただし、根抵当権の実行方法として流抵当も否定されるものではない。

して弁済したので、本根抵当権はA信用保証協会に一部移転した。同年10月1日には、右代位弁済を原因として、A信用保証協会のための本根抵当権一部移転登記がなされた。その後、X銀行が本根抵当権の実行の申立をしたところ、執行裁判所は本件不動産の競売開始決定をした。これに対してYが異議申立を行い、異議申立却下決定がなされたことから、即時抗告の申立をしたものである。

裁判所は、本根抵当権の元本確定後において、X銀行はYに対して、本根抵当権による被担保債権として本件不動産競売開始決定の別紙債権目録に記載されている債権のほか、Yに対して2,000万円の貸付金債権があり、本根抵当権による被担保債権の額は本根抵当権の極度額を超えていたこと、A信用保証協会がYに代位して弁済したのはこの2,000万円の貸付金債権であることを理由に、Aが代位弁済したことによって本根抵当権による被担保債権が30万円弱となったものではない。よって、Xの有する本根抵当権による被担保債権の額は30万円弱であるとの抗告理由は失当である、と判示した。

その上で、傍論として次のように判示する。

「なお、本件根抵当権は、その元本が確定した後、A信用保証協会に一部移転されたことは前述のとおりであり、これによれば、爾後本件根抵当権は、債権者X銀行とA信用保証協会との準共有になったものと認められるのであるが、根抵当権の準共有者は、単独でも当該根抵当権の実行申立をすることができるものと解するのが相当であるから、債権者X銀行のなした本件根抵当権実行の申立は、右申立の当時X銀行が本件根抵当権の準共有者の一人にすぎなかったとしても、そのことのゆえに違法と目されるべきものではない。」

本決定は、元本の確定した根抵当権について、弁済による代位を原因として準共有が生じた場合、準共有者の1人である債権者による実行の申立てを認めたものである。傍論においては、根抵当権の準共有者は単独でも当該根抵当権の実行申立をすることができるという、根抵当権一般に通用する判示をするが、本決定の事案との関係では慎重な検討を要する。すなわち、根抵当権の元本確定後の実行申立であることと、代位弁済を原因とする準共有であることの2点

との関係で検討を要するのである。

前者については学説との関係で検討することとして、ここでは、準共有発生原因との関係について検討する。

すでに本決定の評釈で指摘されている⁷⁾ように、根抵当権の被担保債権の一部を代位弁済したことによって根抵当権の準共有が生じた場合、債権者が根抵当権の実行申立をすることができることについては争いがないのに対して、代位弁済者による実行申立の可否については争いがあった。この点につき、平成29年の民法改正によって502条1項が代位者は債権者の同意を得て権利を行使することができるものと規定した。また同条3項は、債権者が行使する権利は代位者のそれに優先すると定める。これにより、代位弁済を原因とする準共有においては、代位者のみでは担保権の実行申立ができない反面、債権者のみで担保権の実行申立ができることが明らかとなった。

【1】決定の事案は、まさに代位弁済を原因として生じた根抵当権の準共有であり、しかも債権者が根抵当権実行の申立をしたものであるから、少なくとも平成29年改正後においては、担保権の準共有者による実行申立の可否について検討することなく解決することのできる事案であると評価することができる。

(2) このことは、次に掲げる最高裁判決が、平成29年改正後の502条3項と同内容の解釈を示した⁸⁾最判昭和60年5月23日民集39巻4号940頁を引用し、共有法理によって説明する原判決を結論において正当とするに止まり共有法理に全く言及しないことから根拠づけられる。

【2】最判昭和62年4月23日金法1169号29頁

昭和51年11月1日、Yは、債務者である訴外Aの所有する土地に、極度額を3,000万円とする第1順位の根抵当権の設定を受け、同月18日に登記を経由した。Xは、昭和54年8月15日、本件土地に極度額を2,000万円とする第3順

7) 古板悦二郎「【1】判決判批」金法932号（昭和55年）39頁。

8) 中田裕康『債権総論 第4版』（岩波書店・令和2年）432頁、池田雅則「60年判決判批」潮見佳男＝道垣内弘人編『民法判例百選Ⅰ 第9版』（有斐閣・令和5年）185頁。

位の根抵当権の設定を受け、同日その旨の仮登記を経由した。昭和54年12月24日にYが本件土地の競売を申し立て、Yは2,800万円余の債権（以下、「 α 債権」という）と1,700万円余の債権（以下、「 β 債権」という）を、Xは2,000万円余の債権を届け出た。訴外B信用保証協会は、昭和55年2月7日、Yに対し β 債権の全額1700万円余を代位弁済し、その結果 β 債権は消滅し、Yの有する根抵当権は右金額の限度でB信用保証協会に一部移転した。B信用保証協会は、同月8日に根抵当権一部移転登記を経由した。B信用保証協会が取得したAに対する求償債権は、昭和56年9月28日の競売代金交付期日までの間に消滅している。また、 α 債権については遅延損害金が増加し、競売代金交付期日には元利金合計で3,800万円余となっている。

執行裁判所は、本件土地の売却代金3,000万円につき、手続費用を除いた全額をYに交付し、Xへの交付額を0とする売却代金交付計算書を作成した。これに対してXが、Yは第1順位根抵当権の極度額から代位弁済額を控除した限度でのみ優先弁済権を有するにすぎず、B信用保証協会の求償債権が消滅した以上B信用保証協会に一部移転した根抵当権も付従性の原則により消滅したから、1,700万円余は後順位根抵当権者であるXに交付されるべきであるとして提訴した。

1審判決である東京地判昭和59年3月23日判時1136号84頁は次のように判示してXの請求を棄却した。

「B信用保証協会が本件貸金(二)の右元利金全額をYに代位弁済した結果、本件根抵当権(二)の一部が右金額の限度でB信用保証協会に移転したものであるところ、この場合のYとB信用保証協会との法律関係は、民法502条の規定により、右根抵当権をその有する債権額に応じて準共有するに至ったものと解するのが相当である。しかして、B信用保証協会の右債権はその後本件売却代金交付期日までに消滅したというのであるから、その時点でB信用保証協会の本件根抵当権(二)に対する準共有権も被担保債権の消滅によって消滅し、その結果、Yのみが右根抵当権の極度額3,000万円の範囲内で他の債権者に優先して売却代金の交付を受け得るに至ったものと解するべきである。」

本判決は、代位弁済によって根抵当権の準共有が成立したが、B 信用保証協会の有していた求償債権が消滅した結果、準共有権も消滅し、Y のみが他の債権者に優先して売却代金の交付を受けるとする。準共有権が消滅した結果についての考え方は明確ではないが、持分権の弾力性によるものと理解されている⁹⁾。なお、本件根抵当権の一部移転に際し、右根抵当権の実行による代金交付がある場合には、Y の債権が B 信用保証協会の債権に優先する旨の特約が結ばれており、最判昭和 59 年 5 月 29 日民集 38 卷 7 号 885 頁が、保証人と物上保証人との間に民法 501 条 5 号但書（現同条 3 項 4 号ただし書き）所定の代位の割合と異なる特約がある場合には、代位弁済をした右保証人は、物上保証人の後順位担保権者等の利害関係人に対する関係において、右特約の割合に応じて債権者が物上保証人に対して有していた抵当権等の担保権を代位行使することができるものと判示していることに照らしても、本判決の判示は妥当とされている¹⁰⁾。

X が控訴したが、第 2 審の東京高判昭和 60 年 3 月 28 日判時 1153 号 173 頁は以下のように判示して控訴を棄却した。

「これに反し、一部代位弁済による根抵当権の一部移転は、根抵当権の共有状態を作出し、原根抵当権者と一部代位弁済者の両者が根抵当権全部を共有するに至るのであるから（民法 502 条 1 項）、一部代位弁済者の債権が消滅した場合（右消滅が弁済によるものであるときは、弁済者がさらに民法 499 条又は 500 条による権利を取得するが、本件においては、《証拠略》によれば、保証協会に対する弁済者は本件配当期日までに根抵当権一部移転の登記を経由しておらず、X はその対抗要件の欠缺を暗黙のうちに主張しているものと認められるから、右の点については触れない。）においては、民法 264 条、255 条の類推適用により、一部代位弁済者の有した根抵当権の共有権は原根抵当権者に帰属し、原根抵当権者は、根抵当権の極度額の範囲内で被担保債権につき優先して

9) 「第 1 審判決コメント」判時 1135 号 84 頁、堀内仁「第 1 審判決判批」手形研究 369 号（昭和 60 年）54 頁（以下、「堀内・前掲②」という）。

10) 堀内・前掲② 54-55 頁。

売却代金の交付を受けることができるものと解すべきである。」

本判決も第1審判決と同様に代位弁済による準共有の成立を認めるものであるが、264条・255条を類推適用することを明記し、第1審判決以上に、共有法理による処理を明確にした点に特徴がある。この点を正当とするものもある¹¹⁾。これに対して、抵当権の準共有の性質は、被担保債権額が抵当権設定時から実行時まで増減が本来的に予定されている点で、所有権およびその他の利用権の共有のように固定的な持分を想定しうる場合とは根本的に異なっており、また、債権者が代位者に優先する場合においては債権者の被担保債権額が利息その他の遅延損害金により増加することが考えられる。そして配当額が債権者と代位者に平等に帰属する場合においては債権者の債権と代位者の求償債権の利率が異なることによって持分に変動を来すことがありえ、こうした場合にも255条の類推適用によって説明できるのかを疑問視し、共有の性質論としてではなく〔旧〕502条1項の解釈問題として捉えるべきであるとの見解も見られた¹²⁾。

Xが上告したが、最高裁は以下のように判示して上告を棄却した。

「債権の一部について代位弁済がされた場合、右債権を被担保債権とする抵当権の実行による売却代金の配当については、債権者は代位弁済者に優先するものと解すべきである（最高裁昭和56年(オ)第1175号同60年5月23日第一小法廷判決・民集39巻4号940頁）から、債権者は、代位弁済者の求償権が消滅したと否にかかわらず、自己の有する残債権額及び被担保債権額の限度において後順位抵当権者に優先して売却代金の交付を受けることができるものというべきである。そうすると、原審の適法に確定した事実関係のもとにおいて、本件不動産の売却代金につき、被上告人に対し、その残債権額及び根抵当権の極度額の限度内において、後順位抵当権者に優先して交付すべきものとした本件売却代金交付計算書は相当であり、上告人の請求は理由がないとした原審の

11) 「第2審判決コメント」判時1153号174頁。

12) 織田博子「第2審判決判批」法律時報58巻5号（昭和61年）140-141頁。

判断は、結論において正当である。」

原判決を結論において正当とするものであり、共有法理には全く言及していない。もっとも、昭和60年判決を引用していることから、B信用保証協会が求償権と共に根抵当権をも取得し、準共有が成立すること自体は否定していないものと解されている¹³⁾。

そして、債権者が代位弁済者に優先するとした点につき、理由付けが不十分であるとの批判がある。共有関係にある者の一方にのみなぜ優先関係が生ずるのかについて、本判決は弁済による代位によって債権者が不利益を被ることを予定するものではないと判示するのみであるが、これは代位権は債権者の債権に優先したり、同列となったりすることはないということであり、準共有となった担保権につき債権者が優先する根拠を直接説明していないというのである¹⁴⁾。しかし、本判決の挙げた理由付けは昭和60年判決のそれであり¹⁵⁾、その理由付けを以て説明は足りていると理解したのである。確かに、なぜ債権者が優先するのかを積極的に根拠づけてはいないが、代位者が優先するのでもなく同列となるのでもなければ債権者が優先することとなるのであるから、理由付けとしては十分であろう。

13) 鈴木正和「【2】判決判批」金法1172号（昭和62年）4-5頁。山田誠一「複数債権者・複数担保権者に係る問題」金融法務研究会『動産・債権譲渡担保融資に関する諸課題の検討』（平成22年）40頁註16も、「一部弁済による代位が生じた後、債権者は一部代位者の意思にかかわらず単独で抵当権を行使することができるという考え方に立つ場合は、準共有ではあるが、求償権を確保するための代位が生ずるという制度趣旨から、一部弁済による代位については、特別の規律が妥当すると考えるべきである。」とする。

14) 鈴木（正）・前掲5頁。

15) 昭和60年判決は、「債権者が物上保証人の設定にかかる抵当権の実行によって債権の一部の満足を得た場合、物上保証人は、民法502条1項の規定により、債権者と共に債権者の有する抵当権を行使することができるが、この抵当権が実行されたときには、その代金の配当については債権者に優先されると解するのが相当である。けだし、弁済による代位は代位弁済者が債務者に対して取得する求償権を確保するための制度であり、そのために債権者が不利益を被ることを予定するものではなく、この担保権が実行された場合における競落代金の配当について債権者の利益を害するわけではないからである。」と判示する。

また、同じ論者は、抵当権の共有関係を観念する必要性についても疑問を呈する。すなわち、普通抵当権や確定後の根抵当権については、付従性の原則から、抵当権の設定時に特定された被担保債権は、当事者の合意によっても変更できない。そこで、抵当権の被担保債権は、代位弁済がなされても消滅せず、抵当権もそのまま債権を担保し続ける。ただ、その債権は代位弁済者の求償権を担保するために代位弁済者に移転するため、抵当権も被担保債権を担保したまま代位弁済者に移転するにすぎない。したがって、被担保債権の代位弁済者への移転は501条による代位であるが、抵当権の移転は、付従性の原則から被担保債権の移転によって生ずる法律的に当然の効果にすぎない。被担保債権の一部について代位弁済があった場合も同様であり、1個の債権が代位弁済分だけ分割されて弁済者に移転するが、弁済された双方の債権はそのまま抵当権によって担保されている。1個の債権を担保していた抵当権が、債権に変更なく2個に分割されただけである。この関係について、担保権の共有と観念する必要はない。昭和60年判決のように、本来的に原債権者の債権に優先権を認めるべきものである、というのである¹⁶⁾。

これは、代位弁済においてはそもそも根抵当権の共有関係は生じないとするものである。しかし、根抵当権が分割されたとすると、この分割された根抵当権相互の関係を検討しなければならなくなる。これは501条で規律されるということなのかもしれないが、根抵当権の分割という複雑な理論を観念する必要があるとまでは考えられない。

債権者を代位者に優先させる理由も判例は十分に示していることから、この場面における根抵当権の準共有の成立自体を否定する必要まではないのではない。

【2】判決をめぐる議論を通じて明らかなのは、代位弁済において根抵当権の準共有を観念するにせよしないにせよ、債権者を代位者に優先させるという結論には異論がないということである。そして、その結論の正当化を、共有法理

16) 鈴木（正）・前掲5頁。

をもって図るか、準共有の成立は認めつつも共有法理ではなく60年判決の示した代位弁済の法理をもって図るか、共有自体を否定した上で代位弁済の法理をもって図るかという点に、議論の分かれ目があり、【2】判決は第2の考えに依拠しているわけである。

(3) なお、大審院のものではあるが、代位弁済以外の場面かつ普通抵当権については、抵当権の準共有に共有法理を適用する判例がある。

【3】大判昭和15年5月14日民集19巻840頁

訴外A・Bは、大正11年5月15日にYから金員を借り受け、その担保としてX₁所有の本件土地についてX₁の承諾を受けて抵当権を設定した。またX₁は、訴外C発起の頼母子講から金員を借り受け、CとX₂が保証人となった。そこでX₁はその見返りに将来の求償債権の担保としてCとX₂を債権者として本件土地に第2順位で共有抵当権を設定した。A・Bの債務は昭和4年3月15日までの間に弁済によって消滅し、その結果、第1順位の抵当権は消滅した。そこでX₂は、X₁に対する将来の求償債権及び第2順位抵当権の共有者の1人として、X₁は本件土地の所有者として、第1順位抵当権の被担保債権の消滅確認ならびに第1順位抵当権の登記抹消を求めて提訴した。

大審院は以下のように判示して、請求を認容した原判決を支持し、上告を棄却した。

「第一抵当権ニヨリテ担保セラレタル債権カ既ニ全部弁済セラレ従テ第一抵当権消滅シタルニ拘ラス其ノ債権者カ債権ノ消滅ヲ認メス第一抵当権ノ存在ヲ主張シ且其ノ登記ノ存スルカ如キハ第二抵当権者カ其ノ債権ヲ他ニ譲渡シ若ハ其ノ抵当権ヲ実行セントスルニ際リ相当障害トナリ得ヘキコト言フ俟タスサレハ其レ自体第二抵当権者ノ為不利益ナル状態タルハ勿論之ヲ其ノ儘放置スルニ於テハ時ノ経過ニ従ヒ証拠ノ堙滅ニヨリ第一抵当権ノ債権完済ノ事実ヲ立証スルコト能ハサルニ至ル虞無シトセスサレハカカル第二抵当権者カ証拠ノ存スル間ニ於テ第一抵当権者ニ対シ債権消滅ノ確認並抵当権登記ノ抹消ヲ求ムル訴ヲ提起スルハ自己ノ権利ニ付不当ニ不利益ナル状態ヲ除去シ其ノ正当ナル価値並順位ヲ確保セントスルニ外ナラスシカモ自己ノ債権並ニ抵当権其ノモノヲ訴訟

物トスルモノニ非サルカ故ニ此レ等權利カ数人ノ共有ニ属スル場合ニ於テモカ
カル行為ハ民法第252条但書〔現252条5項〕ニ所謂保存行為ニ属スルモノト
シテ亦所謂必要的共同訴訟ノ問題ヲモ生スルコトナク共有者各自ニ之ヲ為シ得
ルモノト解セサルヘカラス」

本判決は抵当権の準共有につき旧252条但書の適用があることを明言してい
るのであり、抵当権の準共有への共有法理の適用を排除していない。

(4) 以上の判例の分析をまとめると、代位弁済に関し¹⁷⁾、判例は担保権の準
共有が成立することを前提としつつも、共有の法理ではなく代位弁済に独自の
法理によって問題の解決を図っているものと言える。また、代位弁済事例以外
の事例では252条5項を適用したものは見られるが、他の共有規定の適用の可
否については判断が下されていない。ここからは、以下の2つの知見が得られ
る。第1は、担保権の準共有に関して考察を加えるに際しては、代位弁済の事
例を除外するのが適切であると考えられることである。第2は、代位弁済事例
以外の担保権の準共有についても、準共有の法理をそのまま適用することによ
って解決するのが適切であるのかを検討しなければならないということである。

そこで次章では、代位弁済事例以外において、学説が担保権の準共有の場合
において実行申立権者をどのように解しているのかを分析する。

第2章 根抵当権の準共有に関する学説

この問題を明示的に扱う学説は多くはないが、準共有者のうちの1人だけで
根抵当権の実行申立ができるとする見解と、準共有者全員でなければならない

17) 元本確定前に代位弁済をしても、代位弁済者は法定代位によって根抵当権を取得する
ことはできず（398条の7第1項後段）、【1】決定も元本確定後に代位弁済がなされた事例
に対する判断である。しかし、山田晟「根抵当権の譲渡および一部譲渡の基本的性格」金
法636号（昭和47年）40頁の言うように、根抵当権者は保証人の要求により保証人を根抵
当権の共有者とし代位弁済によって保証人に移転した債権を保証人と設定者とが被担保債
権の範囲に加えることを合意してこれを登記することも考えられることから、元本確定前
についても元本確定後と同様の説明が妥当するものとして扱うことも許されるだろう。

とする見解とに分かれる。

(1) まず、準共有者のうちの1人だけで実行申立ができるという見解を見ることとする。

根抵当立法直後の座談会においては、共有者が本来的な権利を実行したにすぎないこと、確定という付随的な効果は生じるものの共有者は最も基本的な権利を行使していることが理由とされていた¹⁸⁾。もっともこの発言の発言者自身が「ぼくはかなり疑問」、「共有者の一人が単独で実行の申立てをすることができると解釈したほうが、妥当みたいな気がする」〔傍点、直井〕としており¹⁹⁾、他の参加者も、特定債権者（普通抵当権者）が一人混じっている場合にもその者が実行することはできるのだから、「これはしょうがないということで一部譲渡という制度はでき上がっているのじゃないですか」〔傍点、直井〕としていた²⁰⁾。

このように当初の見解は、他の共有者の実行時期選択の自由を意識してか、共有者のうちの1人で競売申立ができると結論付けるのを躊躇したものの、持分権というものの性質上²¹⁾あるいは一部譲渡という制度設計上、こうした結論となるのはやむを得ないと考えていた。この段階では特段の積極的な理由は示されていないかった。

その後この結論を支持する論者は、共有根抵当権確定前の段階で、抵当権者のうちの1人に属する債権につき遅滞が生じても、他の共有者が欲しない限り、根抵当権が実行できないことになって不都合であるとの理由を示す²²⁾。さらに、大決昭和6年4月7日民集10巻535頁が一部弁済によって債権者に代位

18) 貞家克己＝清水誠＝清水湛＝岩城謙二『新根抵当法の解説』（昭和46年・商事法務研究会）213頁。

19) 貞家ほか・前掲213頁〔清水湛発言〕。

20) 貞家ほか・前掲213頁〔清水誠発言〕。

21) 横俤次『担保物権法』（有斐閣・昭和56年）270頁も「不動産競売の申立は各共有根抵当権者の基本的な権利」とする。

22) 堀内・前掲①44頁、鈴木禄弥『根抵当法概説 第3版』（新日本法規出版・平成10年）450頁（以下、「鈴木（禄）・前掲①」という）。

した保証人について、残存債務につき期限未到来その他の事由により債権者が抵当権を実行できない場合でも抵当権を実行できるとしていることをも根拠とするものも見られたところである²³⁾。

共有根抵当の性質については、本見解を支持する鈴木禄弥が以下のように論じる。「根抵当権自体が、担保物権でありながら被担保債権への付従性を欠くという独特の性質をもつうえに、その共有は、共有でありながら持分率という観念がない²⁴⁾という独特の性質を持つ」²⁵⁾。そして、共有者の意に反しては、分割請求をして共有関係を絶対的に解消することも、自己の持分権を第三者に譲渡してこの共有関係から脱退することもできないことを指摘し、少なくとも根抵当権が確定するまでは共有関係に止まることを余儀なくされるという拘束を受けるという²⁶⁾。これを正当化する理由として、根抵当権共有という特殊な関係に敢えて入った以上、ある程度の拘束を受けることは甘受すべきであり、共有者の1人に属する被担保債権が遅滞に陥ればその共有者は根抵当権を実行できるから、それまでは共有関係に止まらざるを得ないとしても、別段不当な拘束と言うほどのものではない。そして、これは「一種の合有である、との説明も可能」とする²⁷⁾。

(2) これに対して、準共有者全員でなければ根抵当権の実行申立はできないとするのが、我妻と石田である²⁸⁾。両者の見解は結論が一致するものの、仔細に検討すると根拠が大きく異なることから別個に検討することとする。

23) 堀内・前掲①43-44頁。ただし、平成29年改正によって本判決の先例としての意義は失われており（下村信江「本判決判批」中田裕康＝窪田充見編『民法判例百選Ⅱ 第7版』（有斐閣・平成27年）85頁）、現在ではこの点を根拠とすることはできない。

24) ここで鈴木禄弥は持分率という観念がないとして説明をするが、持分率が刻々と変化するという考え方も成立しうる（鈴木（禄）・前掲②146頁）。本稿の以下の論述では、後者の考え方に基づいて考察を進めている。

25) 鈴木（禄）・前掲①451頁。鈴木禄弥『根抵当法の問題点』（有斐閣・昭和48年）145頁（以下、「鈴木（禄）・前掲②」という）は、「根抵当権（準）共有に249条以下の規定が準用される余地は、ほとんどない。」とする。

26) 鈴木（禄）・前掲①451頁。

27) 鈴木（禄）・前掲①452頁。

(a) 我妻は、398条の14第2項を根抵当権の共有の特殊性を明らかにしたものとして²⁹⁾、ここに示される理論から多くの特殊性が導かれるとする。そして、その特殊性の1つとして持分処分の自由がないことを挙げ、そのコララーとして「競売申立も共有者全員が共同してなすべきである。」という³⁰⁾。また、共有根抵当権は取引の終了等の事情が全共有者に生じたときに確定する³¹⁾のであり、それまでは右の事情を生じた共有者の根抵当権のみが流動性を失って特定の債権として担保される、という³²⁾。この2点が相俟って、我妻説においては、他の共有者の元本確定事由の到来によって自己の根抵当権の元本が確定することはなく、根抵当権の準共有者の競売時期選択の自由が保証されることとなっていた³³⁾。

28) 鎌田薫＝松岡久和＝松尾弘『新基本法コンメンタール 物権』(日本評論社・令和2年) 330頁〔荒木新五〕もこの見解をとる。

29) 我妻栄『新訂担保物権法』(岩波書店・初刷昭和43年) 525頁は、同項を「根抵当権の共有者の持分の自由処分を禁ずる意味をもつ。」としている。同524頁は、自由処分を認めると、共有者の1人から持分の一部を譲り受けた者と他の共有者との間の弁済の割合・優劣などの関係が不明瞭かつこぶる複雑になりうる、と言う。なお、本書の根抵当の部分第3刷で書き改められている(序6頁)。本稿では平成7年の第24刷を使用しており、そちらの頁を示す。

30) 我妻・前掲526頁。

31) 我妻が前提としているのは平成15年に削除される前の398条の20第1項1号である。同号は「担保スヘキ債権ノ範囲ノ変更、取引ノ終了其他ノ事由ニ因リ担保スヘキ元本ノ生セサルコトヲ為リタルトキ」と規定していたが、「取引の終了」に該当するのはどのような取引状況であるのかが明確でなかったことから、平成15年改正の際に削除された(道垣内弘人＝山本和彦＝古賀政治＝小林明彦『新しい担保・執行制度 補訂版』(有斐閣・平成16年) 91頁)。

32) 我妻・前掲526-527頁。

33) ただし、398条の20第1項1号が削除された結果、競売申立は準共有者全員でしなければならないとするのみで、元本確定の効果発生を回避することが可能となっている。

なお、元本の確定期日については、共有者ごとに定めることはできないとする見解(柚木馨＝高本多喜男『担保物権法 第3版』(有斐閣・昭和57年) 466頁、高本多喜男『担保物権法 第4版』(有斐閣・平成17年) 282頁)と、共有者ごとに異なってもよいが、確定の効果は全共有者の根抵当権の元本が確定した時に生ずるとする見解(道垣内弘人『担保物権法 第4版』(有斐閣・平成29年) 260頁)に分かれている。

以上のように我妻は、根抵当権の準共有が「特殊の理論に従う結果、民法の共有の規定の準用されるものはほとんどない。」とし³⁴⁾、共有法理から独立に考察を加えた結果、競売申立は根抵当権の準共有者全員でしなければならないとの結論を導くのである。

(b) 石田は、準共有者が他の準共有者の同意なしに競売を申し立てることができない理由を、準共有者の1人の申立による競売によって他の準共有者の持分も消滅すると解すべきであるから、結局、各準共有者の持分が処分されることになることに求める³⁵⁾。これだけでは共有法理との関係は明らかとならないが、石田は普通抵当権の共有³⁶⁾についての説明を参照させており、そこでは251条を根拠として同様の説明をする³⁷⁾。すなわち、抵当権の実行は共有物の変更にあたることから、共有者全員の同意がなければならないと解しているのである。また石田は、準共有者が根抵当権に基づいて競売の申立てをしたい場合、共有根抵当権の分割を請求し（264条・256条1項）、分割して自己に帰属した根抵当権に基づき競売を申し立てることになるであろう、と説明する³⁸⁾。

34) 我妻・前掲527頁。

35) 石田・前掲568頁。その際、消除主義との関係にも言及している。

36) 具体的には、「数人が同一の債務者に対してそれぞれ債権を有する場合」としている。そして前掲の昭和35年12月27日民事甲第3280号民事局長通達を妥当でないと明言している（石田・前掲292頁）ことから、ここでは各共有者が当初から別個の被担保債権を有する場合を想定していることがわかる。

37) 山田（誠）・前掲40頁も同様。

38) 石田・前掲568頁。

普通抵当権については、「各債権者は一個の抵当権の設定という点で合意しており、このように解しても不当に害されない」との説明をしており（石田・前掲292頁）共有者全員による競売申立を要求しても不当ではない理由付けに差異があるのだが、これらの理由付けは相互に排斥的なものというわけではない。また、普通抵当権については同一債務者に対して別個の被担保債権を有する債権者が1つの抵当権の設定を受けるケースを想定していのに対し、根抵当権の場合にはこうしたケースばかりでなく設定後に準共有が成立したケースも想定されていることを反映したものであるとも考えられる。設定後に普通抵当権について準共有が成立した場合には、本文の理由づけが妥当することとなるのではなかろうか。

したがって石田は、根抵当権の準共有についても共有法理を適用しているのである。

このように、石田は我妻と異なり、共有法理を適用する結果として、根抵当権の準共有者全員による競売申立を要求するのである。

このうち、256条1項を適用する点については、398条の14第2項との関係で問題があるように思われる。同項は持分を譲渡するには他の共有者の同意のほか398条の12第1項により根抵当権設定者の同意を要するとしたものであるから、持分処分自由は認められていない。その関係で分割請求権も認められないものと解する見解が有力である³⁹⁾。また、分割して自己に帰属した根抵当権に基づいて競売を申し立てることができるのであれば、競売申立時点で存在する抵当権はすべて消滅することになるのだから、結局は準共有者の1人による競売申立を認めたのと変わらないのではないか⁴⁰⁾。

(3) 元本確定後において、共有者は単独で競売申立をすることができるか。これを肯定する見解もある⁴¹⁾。元本確定後には持分率を観念することができることから根抵当権の分割請求ができる⁴²⁾こと、抵当権が複数存する場合には他

39) 我妻・前掲526頁は「分割請求権もないと解すべきは当然であろう。」とするのみであるが、鈴木（緑）・前掲②145頁以下は、共有者間に398条の14第1項ただし書きの特別な定めがある場合とない場合とを分けて事例を挙げながら、各準共有者についての確定的持分率が存在しないことを理由に、分割請求権は、この特別な定めの有無にかかわらず、認められないとの結論を導く。

これに対して山田（晟）・前掲39頁は、元本確定の前後を問わず、256条1項が準用され、分割請求が認められるとする。そして当事者の協議が整わず裁判所に分割が請求された場合に、裁判所が分割を命じるための基準としては、「甲・乙の共有根抵当権の枠に対する持分がはっきりと甲3分の2、乙3分の1と定められ、甲・乙ともにその枠内でのみ債権の弁済を受けうる旨が定められている場合は問題ない」（この場合であっても、甲・乙いずれか一方の有する元本のみがこの枠を超えているのであれば問題が生じることについては、鈴木（緑）・前掲②146-147頁）が、そうでない場合には「共有の成立した原因関係や甲・乙のそれぞれの債務者に対する取引の実情などを考慮して分割の割合を定めるほかはないであろう。」とするが、分割の時点では定まっていない持分率に基づいて分割をせよと言うのでは裁判所に不可能を強いることになるのは、鈴木（緑）・前掲②148頁の指摘する通りである。

の抵当権が実行されることによって抵当権が消滅することを甘受しなければならないことが理由となろうか。

これに対して、普通抵当権の場合と同様であり、抵当権の変更に当たることを理由に、準共有者全員が共同で行う必要があるとする見解もある⁴³⁾。

(4) 以上の学説の分析をまとめると以下のようになる。

元本確定前に共有者の1人が競売を申し立てることはできるか。肯定説は、持分権というものの基本的な性質からする当初の理由づけのほか、持分権者にとっての不都合という実質的な理由づけに依拠していた。これに対して否定説の論者は、共有の性質から考察を加える点で共通しているものの、我妻が根抵当権の共有の特殊性のコロラリーとして結論を導くのに対し、石田は根抵当権の準共有に共有法理を適用して結論を導く点で大きく異なる。

40) 共有者の1人に属する被担保債権が遅滞に陥ればその共有者は根抵当権を実行できるから、それまでは共有関係に止まらざるを得ないとしても不当な拘束ではないとする鈴木禄弥説（鈴木（禄）・前掲①452頁）と、普通抵当権についてはあるが「各債権者は一個の抵当権の設定という点で合意しており、このように解しても不当に害されない」とする石田説（石田・前掲292頁）とは、共有関係解消のきっかけを共有者の1人に属する被担保債権の遅滞に求めるか共有抵当権の分割請求に求めるかに違いがあるものの、類似している。

41) 堀内・前掲①43頁。鈴木禄弥が根抵当の元本確定前の段階に議論を限定していたのも、元本確定後は当然に可能であると解していたことによるものと考えられる。

もっとも堀内は、502条を根拠に代位弁済者は債権者と共にする場合に限って競売申立ができると解する有力説に反対して、債権の代位弁済により抵当権の準共有が生じたケースに関する大決昭和6年4月7日民集10巻535頁が「其ノ權利ニシテ分割行使ヲ為シ得ル場合ニ於テハ債権者ト共同スルコトナク各自其ノ割合ニ応シテ各別ニ之カ行使ヲ為シ得ル趣旨ナルコト同条〔旧502条〕第2項〔現502条4項〕ト対照上毫モ疑ヲ容ルル余地ナケレハナリ」として代位弁済者が単独で競売申立をすることを認めたのを根拠として、一般的に共有者が単独で競売申立をすることができるとするものであるが、平成29年改正法の下で代位弁済の局面ではこの判決の先例としての意義が失われたことは前述したとおりである。もっとも、分割行使の認容可能性が一般的に否定されたものとまでは言えないだろう。

42) 鈴木（禄）・前掲②149頁は、元本確定後の分割請求を認める。

43) 山田（誠）・前掲46頁。もっとも、後述するように山田誠一はこの局面では抵当権の分割請求を認める。

また、肯定説の論者と否定説の論者との間にも共通性が見られる点がある。肯定説の鈴木禄弥と否定説の我妻はいずれも根抵当権の特殊性を強調し、確定までは共有関係から離脱することはできないとして分割請求を否定する点では共通しているが、前者が共有者自身の被担保債権の履行遅滞によって共有関係からの離脱を可能とするのに対し、後者が全共有者について元本が確定してはじめて根抵当権が確定するものと解する点が結論の相違を導く。鈴木禄弥は共有者の1人に属する債権について遅滞が生じても単独では根抵当権が実行できないのでは不都合であるという実質的な根拠によって結論を導くが、同様の問題意識は否定説を主張する石田にも見られ、石田は共有根抵当権の分割請求権を認めることで不都合を回避できるとするのである。ただ、分割請求については、持分率を観念できないことを理由に否定する見解が有力であった。

元本確定後については結論が分かれており、この場面では分割請求が認められることを理由に肯定する見解と、普通抵当権との共通性から共有法理を根拠に否定する見解とがある。

第3章 根抵当権以外の担保権の場合も含めた検討

前章まででは、根抵当権の準共有者のうちの1人による競売申立の可否をめぐる議論を分析した。本章では、根抵当権以外の担保権の場合も含め、共有者の1人による担保権実行の可否について検討を加える。

(1) 元本確定前の根抵当権については、共有者全員一致でなければ実行申立ができないものと解する。

我妻の指摘するように、根抵当権に関しては398条の14第2項が共有の特殊性を定めたものと言うべきであり、また、根抵当権の場合はとりわけ持分率の変動が大きく、共有者のうちの1人のみで実行申立ができるとすると他の共有者の利益を害することとなるからである。

確かに鈴木禄弥の指摘するような問題はあり得る。しかし、債務者が、共有者のうちの特定の1人の有する債権についてのみ履行を続けることによって他の共有者が抵当権を実行できない状態となっている場合には、詐害行為取消権

を行使すれば足りるものと解する。

(2) 根抵当権以外の担保についてこの問題を検討するものとしては、石田と山田誠一が普通抵当権について論じているのが目につく。前述の通り、石田は根抵当権の場合と普通抵当権の場合とを同じように考えており、普通抵当権については251条を根拠に共有者のうちの1人による競売申立を否定する。競売申立によって他の共有者の持分も消除されることから、共有物の変更行為に当たると解するわけである。普通抵当権の準共有の場合に分割によって準共有を終了させることの可否につき石田は明らかにしていないが、根抵当権の場合につき根抵当権の特性に触れることなくこれを肯定していることから、この場合であっても分割請求を認めるものと思われる。山田誠一はこの点を明らかにしており、分割によって抵当不動産の所有者や後順位抵当権者に不利益が生じないかが重要な考慮要素になるとしつつ、被担保債権の履行期が到来しているならば、抵当権が実行されないことによってこれらの者に生じている事実上の利益が保護されなければならないかは疑わしいこと、抵当権の不可分性も準共有である抵当権が分割されない理由とはならないことを理由として、少なくとも準共有者全員の合意によって分割できるものとする⁴⁴⁾。

しかし、共有者に不利益が生じないこともまた、この場合に要求されるところである。そのため、実行申立後に持分率の変化する可能性がないかが問われなければならない。利息その他の定期金は最後の2年分のみが被担保債権の範囲に含まれる（375条）ことから、普通抵当権の場合であってもごくわずかではあるが準共有者間の持分率は変化しうる⁴⁵⁾。

そこで持分率の変化の有無の点では、同一の債権を担保するための抵当権なのか、それとも抵当権の共有者によって異なる債権を担保するための抵当権な

44) 山田（誠）・前掲41頁。その上で、「抵当権は価値把握権であるので、抵当権の準共有者の1人が民法256条の分割請求権^{ママ}の行使することにより、特に協議や裁判を経ずに分割することができると考えられる。」（山田（誠）・前掲41頁註19）とする。

45) これに対し鈴木（緑）・前掲②148-149頁は、確定後の共有根抵当権については持分率の変化があるとするものの、普通抵当権については持分率は定まっていると言う。

のかという相違が重要であると考えられる。

前者の場合においては被担保債権の利率や遅延損害金の率が同一であるから一定の持分率を観念することができ、抵当権の実行時期の選択はもっぱら担保目的物の価額に関わる。現時点で担保割れが生じており、かつ、将来の担保目的物の価額変動予測に対立がある場合には、抵当権の実行時期をめぐって共有者間の利害対立が生じることとなるが、こうした事情がない限り、共有者間の対立は先鋭化しない。したがって、この場合には共有者の1人による競売申立は認めても良いように思われる。

これに対して後者の場合には、普通抵当権の場合であろうとも、持分率は実行時まで刻々と変化するものであることから、抵当権の実行時期の選択は担保目的物の価額のみならず、他の共有者との関係でいかなる割合で1つの抵当権から債権の回収を図れるかにも関わることとなる。そのため、実行時期によって抵当権の実行による債権回収率に影響が生じることから、抵当権実行時期選択の自由はより尊重されるべきである。したがって、この場合には共有者全員でなければ競売申立は認めるべきではないものと解する。これに対しては、第1順位抵当権が共有の場合に第2順位の抵当権者が競売申立をすることはできるのだから⁴⁶⁾、抵当権実行時期選択の自由は認められないのではないかとの疑問が生じるだろう。しかし、抵当権の共有持分権と1個の抵当権の効力とを同じに解さなければならない理由はない。

こうした被担保債権の同一性のほかに、抵当権の共有が生じた原因にも着目すべきである⁴⁷⁾。根抵当権共有という特殊な関係に敢えて入った以上、ある程度の拘束を受けることは甘受すべきというのは鈴木禄弥の主張するところであるが、これが妥当するのは、自らの意思で共有関係に入った場合に限られるからである。前述のように、鈴木禄弥は、共有者の1人に属する被担保債権が遅

46) 剰余主義の問題は生じないことを前提とする。

47) 山田（誠）・前掲37頁以下も、1個の抵当権が当初1人の債権者に帰属していたが後発的に複数の債権者に帰属する場合と、1個の抵当権が当初から複数の債権者に帰属する場合とを分ける。

滞に陥れば共有者は根抵当権を実現できるのだから、それまでは共有関係に止まらざるを得ないとしても不当な拘束ではない、という。私見によれば、自ら共有関係に入ったのであれば、共有者全員が共同ですのでなければ抵当権を実行できないものとしても、そのことを当初から予見できる以上は、他の共有者の抵当権実行時期選択の自由を害しさらに共有法理を無視してまで、共有者の1人による競売申立を認める必要はないものと考ええる。

これに対して、自らの選択によらずに抵当権の共有関係に入った場合には、共有者の保護が図られてもよさそうである。しかし、合意によらずに抵当権の共有が生じるのは、被担保債権の代位弁済の場合と抵当権者につき共同相続が発生した場合である。このうち、代位弁済の場合については、既述の通り、弁済による代位の法理が優先適用されることとなるから、ここでの問題から除外すべきである。共同相続の場合については、相続による利得は相続人にとっては僥倖に過ぎないものと言うべきであるから、共有に伴う拘束が強いものであっても、やむを得ないだろう⁴⁸⁾。よって、この場合においても共有者の1人による競売申立を認める必要はない。

このように抵当権の共有が発生した原因にも着目すると、被担保債権の同一性の有無、すなわち持分率を観念することの可否に関わりなく、共有者全員でなければ普通抵当権に基づく競売申立はできないものと解すべきである。その根拠は、一定の持分率を観念できる場合には264条・251条となるが、これが変動する場合は共有規定が準用される余地はなく、持分処分自由がないという我妻が根抵当権について示した理由によることとなる。

(3) ここまでは抵当権の競売のケースを検討してきたが、抵当権以外の担保に基づく競売や競売以外の実行方法の場合はどうなるのだろうか。

48) 最判平成28年12月19日民集70巻8号2121頁が共同相続された普通預金債権、通常貯金債権及び定期貯金債権は、いずれも、相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割されることはなく、遺産分割の対象となると判示したのを受けて、仮にこれを金銭債権全般に拡大するのであれば、遺産分割手続を通じて抵当権の共有が発生するのを一定程度は回避することもできる。もっとも、こうした拡大解釈が一般に支持されているわけではない。

(a) 抵当権以外で競売が問題となるのは動産質と不動産質である。

動産質においては、動産を占有しているのは設定者ではない。そのため、競売を開始するには動産を債権者または提出を拒まない第三者が占有している必要がある（民執法124条）。このことは、占有者が第三者である場合に、その第三者が提出を拒むと競売を開始できないことを意味する。動産質の共有においては、第三者に質権の目的動産を占有させ、なおかつ、第三者による提出が認められる要件を合意しておけば、共有者の1人のみで競売を開始することはできないこととなる。多くの場合に質権設定時にこうした合意がなされるであろうから、抵当権の場合に比べて、事実上問題は少ないこととなろう。こうした合意がない場合には、共有者全員でなければ競売申立ができないのが問題となるが、普通抵当権の場合と別異に解する理由はないだろう。

不動産質においても、設定者が占有をしていない点は動産質と同様である。しかし、実行の手続は抵当権の場合と共通である。そのため、抵当権と同様に解すれば足りる。

(b) 次に競売以外の実行方法について検討する。

動産質においては、正当な理由があれば、鑑定人の評価に従った流質を裁判所に請求することも可能である（354条）。流質の請求は競売と同様に裁判所に請求することとされているから、競売の場合と同様に解すればよいだろう。

債権質の場合は、質権の目的債権を質権者が直接に取り立てることができる（366条1項）。そのため、質権の実行手続が極めて簡便である。特に、債権者が金融機関であり、債務者が当該金融機関に対して有している預金債権を質権の目的とした場合には、金融機関の相殺の意思表示のみで質権の実行は完了することとなる。この場合に預金の受入れ金融機関が質権共有者の1人であるとする、質権の実行が簡便に行えることは、他の共有者が質権の実行を阻止するのが極めて困難であることを意味する。確かに、366条2項により、質権の目的が金銭債権である場合、質権者は自己の債権額に対応する部分に限って取り立てることができるから、共有者のうちの1人のみが質権を実行しても特に問題がないようにも見える。しかし、被担保債権額が質権の目的債権の額を上

回る場合に、共有者が自己の債権額に対応する部分を正確に算定するために、他の共有者の有する債権額も把握しなければならず、結局は抵当権を実行しようとする共有者が配当手続をとることを強いられるのと変わらないこととなる。また、被担保債権たる金銭債権は分割債権であるとしても1個の抵当権はそれに応じて分割されるわけではないから、366条2項によっても共有者のうちの1人に帰属する被担保債権の額を取り立てることができるのか疑問がある。したがって、債権質も共有者全員でなければ実行できないものと解すべきである。

譲渡担保においても、配当手続がないことが問題となる。判例は、後順位譲渡担保権者による譲渡担保権の実行につき「配当の手続が整備されている民事執行法上の執行手続が行われる場合と異なり、先行する譲渡担保権者には優先権を行使する機会が与えられず、その譲渡担保は有名無実のものとなりかねない」⁴⁹⁾と判示する。これと同様の理由は、順位を同じくする共有者間でも妥当することから、譲渡担保の場合であっても、共有者全員でなければ実行をすることができないと解すべきである。

結語

以上の考察により明らかとなったのは以下の点である。

第1に、代位弁済による担保権の準共有については弁済による代位の規定のみが適用される。

第2に、競売による場合については、被担保債権の同一性の有無に関わりなく、結論としては共有者の1人による担保権実行はできないものと解する。その根拠は、根抵当権については398条の14第2項があること、その他の担保権については共有法理の適用を排除する理由がないこと、自らの意思によって担保権の共有状態に入った場合には、担保権実行の要件を事前に想定することができる一方、自らの意思によらずに担保権を共有するのは代位弁済の場合と共

49) 最判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁。

同相続の場合であって、後者の場合には相続人保護の程度は低くてもやむを得ないことによる。そして、持分率が観念できる場合には264条・251条により、それが観念できないときは持分処分の自由が認められないことによって説明される。

第3に、競売以外の担保権実行方法による場合には、実行手続が簡便であるために他の共有者による担保権実行の阻止が極めて困難であり、かつ、配当手続が存しないことから、担保権者全員一致でなければ担保権を実行できない。

* 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)

二重の仮執行免脱宣言について

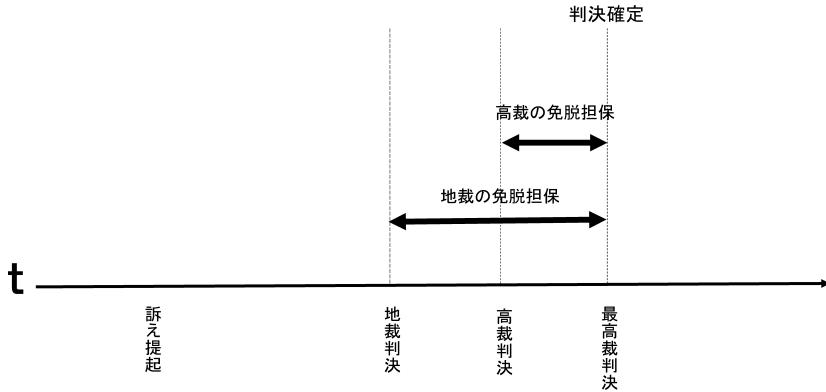
——担保の重複を避ける——

永 島 賢 也

- I 要約
- II 「二重の仮執行免脱宣言」という用語について
- III 仮執行宣言について
- IV 仮執行の免脱宣言について
- V 具体的事例
- VI 問題の提起
- VII 供託した担保の取消について
- VIII 担保取消決定の却下・棄却理由について
- IX 同却下・棄却理由の分析と検討
- X 主文付託という解決案について
- XI 執行文付与の阻止（補論）について

I 要約

- 1 仮執行免脱宣言付きの第一審判決に続いて、第二審においても仮執行免脱宣言を付す場合（二重の仮執行免脱宣言）、担保の重複を避けるため「この供託は第一審における免脱担保金の供託によってもすることができる」と主文に付記すべきである。
- 2 仮執行免脱宣言の担保の趣旨は、判決の確定に至るまで勝訴原告が仮執行をできなかったことによって被ることがあるべき損害を担保する、というものであるから、二重の仮執行免脱宣言の場合、第一審判決からその確定に至るまでの期間と、第二審判決からその確定に至るまでの期間には、第二審判



決からその確定に至るまでの期間の範囲で、担保の趣旨が重複してしまう。また、学説のように本案の請求権についても担保する趣旨を認めるのであれば担保の対象となる債権についても担保の趣旨が重複することになる。これを避けるため、上述のような主文付記を提案するものである。

II 「二重の仮執行免脱宣言」という用語について

- 1 「二重の仮執行免脱宣言」とは、本稿の造語であり、法律実務家において一般的に使用されている用語ではない。ただ、本稿で繰り返し触れられるため、その内容を端的に短く表現したものである。
- 2 本稿において、二重の仮執行免脱宣言とは、第一審で仮執行免脱宣言が付され、かつ、第二審でも仮執行免脱宣言が付されたケースを指している。たとえば、第一審判決にて2500万円が認容され仮執行免脱担保金2000万円が付され、第二審判決にて多少減額されて2200万円が認容され仮執行免脱担保金1800万円が付されたというような事例がこれに該当する。
- 3 本稿は、このような二重の仮執行免脱宣言がなされた判決について、その実務上の問題点を考察するとともに、その解決案を提案するものである。

III 仮執行宣言について

- 1 仮執行の免脱宣言の前に、まず、仮執行の宣言について、その制度の趣旨

について、記憶喚起のため簡単に整理しておきたい。

- 2 仮執行の宣言とは、未確定の終局判決に、その内容を実現できる効力（執行力／広義の執行力を含む）を付与する形式的裁判のことである。民事訴訟法259条は、財産権上の請求に関する判決については、裁判所は、必要があると認めるときは、申立てにより又は職権で、担保を立てて、又は立てないで仮執行をすることができることを宣言することができる、と定めている。
- 3 本来、判決は、確定してはじめて、その効力、ことに強制執行によりその内容に対応する状態を実現できる効力を生じるのが原則である。しかし、この原則を貫くと、一方では、敗訴者の上訴によって判決の確定が遮断されることでつねに勝訴者の権利の満足が遅らされることになり、他方では、敗訴者が執行を避けるだけの目的で上訴をする弊を生じるおそれがある。そこで不当な裁判に対する救済として上訴その他の不服申立てを認めるとともに、個別的に仮執行宣言を付することによって判決の確定前でも執行を許すものとして、敗訴者の上訴の利益と勝訴者の早く満足を受ける要求との調和均衡をはかったものと解釈されている。また、この制度は、濫上訴の抑制と訴訟資料の一審集中という効果をもつと説明されている¹⁾。
- 4 このように、仮執行宣言の制度は、執行力は確定判決に認められるのが原則であるところ、敗訴者のための上訴による救済との均衡から、勝訴者の利益のために裁判所が終局判決に執行力を付与することを認めるものである。上訴によって終局判決の確定が妨げられ、それによる勝訴者の不利益を補うために仮執行宣言に基づいて未確定の終局判決に執行力が付与され、さらに執行停止の裁判によって、その執行力が停止されうるという手続構造となっている²⁾。

1) 兼子一ほか『条解民事訴訟法【第2版】』（弘文堂、2011年）1421頁〔竹下守夫＝上原敏夫〕。同書同頁では「敗訴者が執行を受〔傍点筆者〕けるだけの目的で上訴をする弊」と記載されているが、ここでは「敗訴者が執行を避けるだけの目的で上訴をする弊」とか「敗訴者が執行を先延しにするだけの目的で上訴する弊」などの表現のほうがわかりやすいように思われる。

- 5 この仮執行の制度は、理論上は例外的なものであるにもかかわらず³⁾、実際上はひろく認められ、むしろ原則化している。ただ、従来、上訴提起によって上訴裁判所があまりにも機械的に執行停止を命ずる傾向があり、この制度の機能を減殺しているくらいがあったとされ、そこで、現行法では、執行停止の要件が厳格化された、と説明されている⁴⁾。

IV 仮執行の免脱宣言について

- 1 この仮執行の宣言に対し、他方で、裁判所は、その宣言をすると同時に、事情により、相手方の申立てにより又は職権で、担保を立てて仮執行を免れることができる旨を判決主文で宣言することができる。民事訴訟法259条3項4項である。
- 2 これは、裁判所が敗訴当事者の利益を考慮してその者を判決により仮執行を免れさせるよう宣言するものであり、仮執行免脱宣言と呼んでいる⁵⁾。これが付されていれば、債務者はその担保を供した書面を執行機関へ提出して、執行の停止及び執行処分の取り消しを求めることができる⁶⁾。通説は、仮執行宣言・仮執行宣言付判決の執行力は免脱担保が立てられることにより当然に消滅する、という^{7,8)}。

2) 伊藤眞『民事訴訟法【第7版】』（有斐閣、2020年）620-621頁。

3) 最三小判昭52・3・15民集31巻2号289頁も「原告が判決未確定の間に仮執行をするという特別な利益〔傍点筆者〕を与えられている」と述べ、仮執行は、特別な利益が与えられている、と解されている。

4) 兼子・前掲注1) 1422頁。

5) 山本和彦ほか『注釈民事訴訟法』第4巻（有斐閣、2017年）1182頁〔松原弘信〕。

6) 兼子・前掲注1) 1426頁。

7) 同旨の判決として東京地判平4・6・17判時1435号27頁。

8) 反対の見解として、中野貞一郎＝下村正明『民事執行法【改訂版】』（2021年、青林書院）185頁。

V 具体的事例

1 上述の理解を前提に、以下のとおり、第一審で仮執行免脱宣言が付され、かつ、第二審でも仮執行免脱宣言が付された具体的事例を掲げて考察したい。本稿では東京高裁令和2年2月27日判決を採り上げる。二重の仮執行免脱宣言の性質上、同事件の第一審判決、第二審判決、最高裁決定までの一連の判決・決定について説明する。まず、第一審から順番に、その主文のみを抽出してみる。

2 同事件の判決主文を抽出すると次のとおりである。原告はX1とX2の2名であり、被告はY（控訴人、上告人）である。

(1) 横浜地裁平成31年3月20日判決（平成26年(ワ)第2682号）

- 1 Yは、X1に対し、1257万1084円及びこれに対する平成24年12月9日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。
- 2 YはX2に対し、1257万1084円及びこれに対する平成24年12月9日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。
- 3 省略
- 4 省略
- 5 この判決の第1項は仮に執行することができる。ただし、YがX1に対して1000万円の担保を供するときは、その仮執行を免れることができる。
- 6 この判決の第2項は仮に執行することができる。ただし、YがX2に対して1000万円の担保を供するときは、その仮執行を免れることができる。

(2) 東京高裁令和2年2月27日判決（平成31年(ネ)第1833号）

- 1 原判決を次のとおり変更する。
- 2 Yは、X1に対し、1092万1084円及びこれに対する平成24年12月9日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。
- 3 Yは、X2に対し、1092万1084円及びこれに対する平成24年12月

9日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

4 省略

5 省略

6 この判決の第2項は、仮に執行することができる。ただし、YがX1に対して900万円の担保を供するときは、その仮執行を免れることができる。

7 この判決の第3項は仮に執行することができる。ただし、YがX2に対して900万円の担保を供するときは、その仮執行を免れることができる。

(3) 最高裁令和3年1月29日決定（令和2年（オ）第956号、同（受）第1200号）

1 本件上告を棄却する。

2 本件を上告審として受理しない。

3 省略

3 第一審では、合計2514万円余りが認容され、免脱担保金は合計2000万円である。第二審では、合計2184万余りが認容され（330万円の減額）、免脱担保金は合計1800万円である。

①第一審判決： 2514万円余り……担保2000万円

②第二審判決： 2184万円余り……担保1800万円

VI 問題提起

- 1 以上の判決に対し、Yは次のように対応し、担保金を供託した。
- 2 まず、Yは、第一審判決後、仮執行の免脱のため、X1とX2に対しそれぞれ1000万円ずつ合計2000万円の担保金を供託した。
- 3 その後、第二審判決の言渡しを受けたYには、いくつかの選択肢があった。ひとつは、第一審裁判所へ担保取消を申立て、供託金2000万円を取り戻したうえ、うち1800万円を改めて供託するという選択である。もっとも、第一審裁判所が担保取消を認めるかどうかは明らかではなく、債権者が判決後すぐに強制執行の申立てに着手したとすれば時間的に間に合わないという問

題があった。

- 4 もうひとつは、第二審判決で合計1800万円の免脱担保金が要求されているものの、既に第一審判決に基づきこれを超える2000万円の担保金が供託されているので、改めて、担保金を供託することなく、第一審判決に基づく担保供託の事実を援用するというものである⁹⁾。しかしながら、この選択では執行文の付与を阻止することはできなかった。
- 5 そこで、Yは第3の選択として第二審判決に基づいて担保金を供託し、執行文付与機関（高裁担当部書記官）に提示して写しを提出することにより、執行文が付与されることを阻止することにした。こうして、早期に強制執行手続の開始可能性を封ずるため、第二審判決に基づいて1800万円を供託した後、第一審裁判所に対し担保の事由が消滅した（民訴法79条1項）として2000万円全額の担保取消を求めることにした。第一審の仮執行の宣言は、その宣言・本案判決を変更する第二審判決の言渡しにより変更の限度で失効しているので（民訴法260条1項）、これに対応する仮執行の免脱宣言も失効したと解釈することができ、また、民訴法79条1項は同条3項と異なり「訴訟の完結」を要件としていないからである。
- 6 こうして、Yは、第一審判決後、仮執行の免脱のため、X1とX2それぞれ1000万円ずつ合計2000万円を担保金として供託し、第二審判決後、仮執行の免脱のため、X1とX2それぞれ900万円ずつ合計1800万円を担保金として供託した。すなわち、Yは第一審と第二審合わせて合計3800万円の担保金を供託した。第二審の認容額は合計2184万2168円（10921084×2）であるから、Yが供託した金額は認容額の1.739倍（38000000÷21842168）になる。第一審での認容合計額2514万2168円と、第二審のそれである2184万2168円とが合計されて（4698万4336円）、被告が二重に支払われる、ということとはあり得ない。にもかかわらず、他方で、第一審の免脱担保金（2000万円）

9) この場合、第一審の裁判所へは合計200万円につき担保取消を申し立て、一部（200万円につき）の供託金の取戻しも考えられるが、そのような供託金の一部の取戻しという手続が、法務局（供託官）に対して円滑に進むものかどうかは明らかでない。

と第二審のそれ（1800万円）の合計額（3800万円）の担保を立てさせられるということは、その担保の趣旨が重複し、債務者に二重の負担をかけさせていないか、という問題がある。

- 7 債務者が、第二審の認容額の1.739倍という認容額を超える免脱担保金を供託しなければならない法的根拠とは何か。被告は一審二審の認容合計額の債務（4698万円余り）を負うことはないのであるから問題になる【問題提起】。
- 8 しかも、後述のように、第一審判決に基づいて供託された2000万円について判決確定前の担保取消は却下されているので、債務者は供託した3800万円のほかに、別途、2184万円とその遅延損害金の支払資金（約3077万円）を用意しなければならなかった。これは認容額に比し過大な負担と言える。

VII 担保取消について

- 1 債務者（Y）としては、第二審判決に基づき免脱担保金1800万円を供託したので、第一審判決に基づき供託した2000万円の免脱担保金の担保取消の申請を申し立てた。同一の債権について二重に担保を供している状態にあるからである。
- 2 しかしながら、第一審裁判所（担保取消の担当部）は、YのX1及びX2に対する担保の取消の申立てをいずれも却下した¹⁰⁾。理由部分を引用すると次のとおりである。

「2. この点、本件申立てによる取消しを求める本件担保は、第1審判決に仮執行免脱宣言が付されることにより、第1審判決の勝訴原告の執行が遅延することによって生じる損害を担保する目的で立てられたものであると解される。本件では、上記第1審判決は控訴審判決によって一部取り消されたものの、これに対しては上告が提起されており、

10) 横浜地決令2・4・8（民集掲載なし）。事件番号は令和2年（モ）第2080号と同2081号であり、2つの事件の決定の理由は全く同一である。

判決は確定していない。このように判決が未だ確定していない状況においては、最終的に第1審判決が確定し、当該判決に基づく執行が遅延したことによる損害の賠償を、第1審勝訴原告（被申立人）が相手方である申立人に対して請求する可能性はなお残るといふべきであって、この可能性がある限り、第1審判決に付された本件担保の事由が止んだということとはできない。したがって、基本事件の判決が確定していない現時点においては、本件担保の事由が消滅したことの証明がされたとはいえず、民事訴訟法79条1項の規定による本件申立てには理由がなく、これを却下すべきである。

3. なお、申立人は、現在、申立人は第1審判決に基づき1000万円の、控訴審判決に基づき900万円の仮執行免脱担保をそれぞれ供託しているが、上記各金額をみれば、これらの担保は執行遅延による損害賠償のほかに判決の本案請求をも担保される趣旨が含まれると解するのが合理的であるところ、第1審判決及び控訴審判決で命ぜられた仮執行免脱担保の趣旨は共通しており、控訴審判決で供託した担保をもってその目的は達成されているとみるべきで本件担保の必要性は消滅している、また本件担保が取り消されなければ申立人は二重の担保を強いられることになり不合理であるなどと主張するが、控訴審判決において、同判決で命ぜられた900万円の担保の趣旨が、第1審判決及び控訴審判決で共通するものであるとの言及は一切されていない。また、本件担保及び控訴審における担保の趣旨が、本案請求を含むものであるとの申立人の主張を前提とすれば、第1審判決が確定する可能性がある現時点で、本件担保を取り消してしまえば、もともと認められていた1000万円の担保のうち、900万円しか担保されないこととなり、第1審勝訴原告（被申立人）にこれによって被る不利益を転嫁することになり、妥当でない。申立人の上記主張はいずれも是認できるものではなく、前記2の判断を左右するものではない。」

- 3 (1) この却下決定に対して、Yは抗告をした¹¹⁾。抗告審では2つの事件はそれぞれ別の部に係属した¹²⁾。いずれも同抗告を棄却した。その理由については、次のとおりである。
- (2) まず、同1045号事件については、上述の決定の「2. この点」から「これを却下すべきである。」までを次のとおり改めている。

「2 「担保の事由が消滅した」（民事訴訟法259条6項、79条1項）とは、担保提供の必要性が消滅したことをいうものと解されるところ、仮執行免脱宣言に付される担保は、その判決の確定に至るまで、勝訴原告が仮執行をすることができなかったことによって被ることのあるべき損害を担保するものであるから（最高裁昭和43年6月21日第二小法廷判決・民集22巻6号1329頁）、仮執行宣言が付された判決が上訴審において取り消され、それが確定するなどした場合には、担保提供の必要性が消滅し、「担保の事由が消滅した」ものと解するのが相当である。これを本件についてみると、本件担保は第1審判決の主文に掲げられた仮執行免脱宣言に付された担保であるところ、控訴審判決は第1審判決を変更したにすぎず、確定もしていないから、担保提供の必要性が消滅したということはできず、本件担保について「担保の事由が消滅した」と認めることはできない。」

- (3) 次に「3. なお、申立人は」から「主張する」までを維持したうえ、その後の部分を、次のとおり改めている。

「主張する。しかし、仮執行免脱宣言に付される担保は、本案の請求

11) 担保取消の却下の決定に対する不服申立ては、即時抗告でなく、抗告なので（民事訴訟法79条4項、同328条参照）、民事訴訟法332条の定める期間（1週間）の制限は受けない。

12) 東京高決令2・7・20（民集掲載なし。事件番号は東京高裁令和2年（ラ）第1045号）。東京高決令2・7・31（民集掲載なし。事件番号は東京高裁令和2年（ラ）第1046号）。

それ自体までも担保するものとは認められないから（前掲最高裁昭和43年6月21日第二小法廷判決・民集22巻6号1329頁参照）、本件担保が本案の請求をも担保していることを前提とする原告人の上記主張は採用することができない。第1審判決の主文に掲げられた仮執行免脱宣言に付された担保は、第1審判決の執行の遅延による損害賠償請求権を担保するものであり、控訴審判決の主文に掲げられた仮執行免脱宣言に付された担保は、控訴審判決の執行の遅延による損害賠償請求権を担保するものであるから、第1審判決及び控訴審の各主文に掲げられた仮執行免脱宣言に付された担保の趣旨が共通しているということとはできないし、本件担保を取り消さなければ二重の担保を強いられるという関係にもない。」

(4) そのうえで、次のとおり、続ける。

「(1)原告人は、第1審判決の仮執行免脱宣言に付された担保金額は1000万円であるが、控訴審判決がこれを変更し900万円としたことにより100万円の限度で失効しているところ、原告人は控訴審判決に基づき同判決の定めた900万円を別途供託しており、相手方はこの900万円について権利行使できるのであるから、担保の事由は消滅したと解すべきであると主張する。しかし、原告人の上記主張は、仮執行免脱宣言に付された担保が本案の請求をも担保とすることを前提とするものと解されるところ、前記のとおり、本件担保は、本案の請求を担保するものではなく、相手方が第1審判決に基づく仮執行をすることができなかつたことによって被ることのあるべき損害を担保するものであるから、原告人の上記主張は採用することができない。(2)原告人は、第1審判決及び控訴審判決の主文に掲げられた仮執行免脱宣言に付された担保の額からいずれも本案の請求まで担保する趣旨であり、担保の趣旨が第1審判決と控訴審判決で重複していることは明らかで

あると主張する。しかし、前記のとおり、仮執行免脱宣言に付される担保は、本案の請求それ自体までも担保するものではなく、第1審判決の主文に掲げられた仮執行免脱宣言に付された担保は、第1審判決の執行の遅延による損害賠償請求権を担保するものであり、控訴審判決の主文に掲げられた仮執行免脱宣言に付された担保は、控訴審判決の執行の遅延による損害賠償請求権を担保するものであるから、第1審判決及び控訴審判決の各主文に掲げられた仮執行免脱宣言に付された担保の趣旨が共通しているということはできない。抗告人は、担保の額が高額であることから仮執行免脱宣言に付される担保が本案の請求をも担保するものであると主張するものであるが、そもそも本案の認容額に満たないものであるし、担保の額は仮執行することができなかったことと相当因果関係がある損害全てを担保するものであるから、担保の額から直ちに本案の請求をも担保するものと解することはできない。したがって、抗告人の上記主張は採用することはできない。」

4 もうひとつの抗告審決定（同1046号事件）は、次のとおりである。「2当裁判所も、本件担保取消の申立てを却下するのが相当であり、本件抗告は理由がないものと判断する。その理由は、以下のとおりである」と述べ、「(1)ア、同イ」と記号が付された段落で事実経過を簡潔にまとめたうえ同ウとして「基本事件は、抗告人が、控訴審判決に対して上訴したことから、上告審に係属中であり、基本事件の判決は確定していない。」と述べ、次のように続ける。

「(2)民訴法79条1項の「担保の事由が消滅した」とは、担保提供の必要性が消滅したことをいうと解されるところ、本件担保は、第1審判決に基づく仮執行を免脱するための担保であり、第1審判決及び控訴審判決においては、担保の趣旨について明示していないものの、その担保の趣旨は、当該判決の確定に至るまで勝訴原告が仮執行をするこ

とができなかったことによって被ることのあるべき損害を担保するものと認められる（最高裁昭和43年6月21日第二小法廷判決・民集22巻6号1329頁参照）。

そうすると、本件においては、第1審判決は控訴審判決により一部変更されて認容額が減少したが、基本事件は上告審に係属中であり、第1審判決を変更する旨の控訴審判決は確定しておらず、現時点で第1審判決に基づく仮執行をすることができなかったことによって被ることのあるべき損害は確定していないというべきであるから、本件担保提供の必要性が消滅したと認めることはできない。

したがって、担保の事由が消滅したとの証明があったとは認められない。

- 3 (1)これに対し、抗告人は①仮執行の宣言は、その宣言又は本案判決を変更する判決の言渡しにより変更の限度においてその効力を失うのであるから（民訴法260条1項）、第1審判決による仮執行宣言及びその免脱宣言は、控訴審判決の言渡しにより、少なくとも100万円の限度で効力を失っており、抗告人は控訴審判決に基づく担保として900万円を別途供託しているから、本件担保により相手方の権利を担保しておく必要性は消滅しているのであり、本件担保の事由が消滅したと解すべきである、②担保の事由の消滅の判断に当たり、担保権利者に損害賠償請求権のある可能性が絶無であることまで、担保取消し決定前に取り調べる必要はなく、むしろ、相手方に担保取消決定に対する即時抗告をもって担保の事由が消滅したとはいえない理由を主張立証させれば十分であり、控訴審判決による担保では執行が遅延したことによる損害賠償請求権を担保できない事由を相手方にも主張立証させるべきである、③基本事件においては、第1審判決も控訴審判決も担保の趣旨について言及がないが、第1審判決では1257万1084円の認容額に対して約8割である1000万円の担保が定められており、控訴審判決でも1092万1084円の認容額に対して約8割である900万円の担保が定

められているので、いずれも、執行することができなかったことによって被ることがある損害を超えて、判決の対象である請求までをも担保する趣旨と解するのが相当であり、基本事件においては、担保が重複していることから、本件担保取消しを認めるのが合理的かつ相当であるなどと主張する。

(2) しかしながら、①第1審判決を変更する控訴審判決が言い渡されたことから、民訴法260条1項により第1審判決に基づいて仮執行することはできないが、前記2(2)のとおり¹³⁾、現時点では、本件担保の被担保債権である第1審判決の確定に至るまで相手方が仮執行をすることができなかったことによって被ることのあるべき損害額は確定しているとはいえない。そのように解しないと、抗告人は、第1審判決に基づく仮執行を免れた上、被担保債権が未確定であるにもかかわらず、損害賠償の担保も取り戻せることになり、仮執行の免脱を宣言した趣旨に反することになる。また、抗告人は、本件担保に加えて、控訴審判決に基づく担保も供託しているが、控訴審判決に基づく担保が、第1審判決に基づく本件担保と同趣旨であると認めるに足る証拠はないから、控訴審判決に基づく担保を提供したことが、本件担保の供与の必要性を消滅させるものとはいえない。次に、②担保取消決定による利益を受けるのは、担保提供者であることから、担保取消事由は担保取消申立人が主張立証すべきである上、本件のように、仮執行免脱宣言の基礎となった判決が確定していないという場面においては、担保権利者側に担保の事由が消滅したとはいえない理由を主張立証させるべきであるという抗告人の主張は採用の限りではない。さらに、③第1審判決及び控訴審判決のいずれも仮執行免脱担保の趣旨について明示していないが、仮執行についての担保が仮執行によって債務者が被ることのある損害についての損害賠償請求権を担保するものである

13) 上述の「民訴法79条1項の」から「証明があったとは認められない」までを指す。

こととの均衡を考えれば、仮執行免脱のための担保は、当該判決の確定に至るまで勝訴原告が仮執行をすることができなかったことによって被ることのあるべき損害を担保するものと認められる。したがって、請求債権自体をも包摂する趣旨での担保が重複していることから、本件担保の取消しを認めるべきであるとする上記③の主張はその前提を欠くものである。また、第1審判決における本件担保と控訴審の仮執行宣言免脱の担保は、第1審判決及び控訴審判決のそれぞれについての仮執行をすることができなかったことによって被ることのあるべき損害を担保するものと解されることから、必ずしも重複したものであるとはいえず、抗告人も第1審判決による仮執行を免れるという利益を受けていることに照らせば、不合理な負担を強いているものともいえない。抗告人の上記主張は、いずれも採用できない。」

- 5 以上のとおり、第一審判決に基づいて供託された2000万円の担保取消は認められていない。一見すると免脱担保の趣旨が重複しており、担保取消が認められてもよさそうであるが、これを否定した理由とはどのようなものであったのであろうか。

VIII 担保取消決定の却下・棄却理由について

- 1 上述の決定それぞれについて、その理由を簡潔にまとめると次のとおりである。
- 2 第一審裁判所¹⁴⁾は、①本件の仮執行免脱担保金は執行遅延の損害を担保するものであること、②判決は確定していないこと、③（控訴審判決が破棄され）最終的に第一審判決が確定することもあり得ること、④控訴審判決は担保金の趣旨には言及していないこと、⑤担保を取り消すと1000万円のうち

14) いずれも横浜地決令2・4・8（民集掲載なし）。事件番号は横浜地裁令和2年(モ)第2080号、同2081号。

900万円しか担保されないこと（100万円の減額）になり第一審勝訴者に不利益を転嫁してしまうこと、である。

- 3 抗告審¹⁵⁾は、①担保の事由が消滅したとは、担保提供の必要性が消滅したことであること、②仮執行免脱担保金は、その判決の確定に至るまで勝訴者が仮執行できなかったことにより被る損害を担保するものであること、③判決は確定していないこと、④仮執行免脱担保金は本案の請求それ自体までも担保するものとは認められないこと、⑤控訴審判決の仮執行免脱担保金は控訴審判決の執行の遅延による損害賠償請求権を担保するものであること、⑥第一審判決及び控訴審判決の仮執行免脱担保金の趣旨が共通しているものではないこと、⑦二重の負担を強いるものではないこと、である。
- 4 もうひとつの抗告審¹⁶⁾は、①判決が確定していないこと、②担保の事由の消滅は担保提供の必要性の消滅と解釈されること、③1審・2審は担保の趣旨を明示していないが判決確定に至るまで仮執行できなかったことによる損害を担保するものと認められること、④現時点では第一審判決の仮執行ができなかったことによる損害が確定してはいないこと、⑤第一審判決を変更する控訴審判決が言い渡されたため第一審判決に基づく仮執行はできないものの（260条1項）その損害額が未確定のうちに担保の取戻しがなされると仮執行免脱宣言を付した趣旨に反すること、⑥判決が確定していないという場面では担保権利者側に担保の事由が消滅したとはいえない理由を主張立証させるべきという考えは採用できないこと、⑦一審・二審に担保の趣旨の明示はないものの仮執行についての担保との均衡から仮執行免脱の担保は当該判決が確定に至るまで仮執行できなかったことによる損害を担保するものと認められること、⑧一審の担保と二審の担保はそれぞれの判決に基づいて仮執行できなかったことによる損害を担保するものであるから重複しないこと、⑨抗告人も一審判決の仮執行を免れるという利益を得ており不合理な負

15) 東京高決令2・7・20。事件番号は東京高裁令和2年(ラ)第1045号。

16) 東京高決令2・7・31。事件番号は東京高裁令和2年(ラ)第1046号。

担とはいえないこと、である。

Ⅸ 却下・棄却理由の分析・検討

- 1 上述の各決定の理由を分析すると、いずれの決定においても、基本事件の判決が未確定であるという点に触れられていることがわかる。すなわち、民事訴訟法79条1項の「担保の事由が消滅した」とは担保金の必要性の消滅のことであり¹⁷⁾、その必要性の判断においては、基本事件の判決が確定しているかどうかは考慮されていることになる¹⁸⁾。この点は、担保の趣旨に関する解釈とも関係してくる。担保の趣旨が、判決確定に至るまでに被る損害を担保するものとすれば、判決が確定する前に担保の取消を認める帰結とは整合しにくいことになるからである。
- 2 また、いずれの決定も担保の趣旨について触れており、それは最高裁判決（昭和43年6月21日）と同旨のものである。同判決の理由を引用すると、次のとおりである。

「いわゆる仮執行または仮執行免脱の宣言の制度は、勝訴原告に担保を供しまたは供しないで判決確定前の仮執行を認めるとともに、その仮執行によって損害を蒙ることのあるべき敗訴被告には担保を供して仮執行の免脱をえさせて、判決未確定の間の当事者の利害の調節権衡を図るためのものと解せられるから、仮執行の免脱の宣言に付せられる担保は、その判決の確定に至るまで勝訴原告が仮執行をすることができなかったことによって蒙ることのあるべき損害のみを担保するものであって、本案の請求それ自体までも担保するものではないと解するのが相当である。」

- 3 この担保の趣旨については、従来から争いがある。仮執行免脱のための担保が【A】仮執行免脱の結果、権利の実現が遅延したことで債権者が被るこ

17) 第一審裁判所の「本件担保の事由が止んだ」という箇所は、抗告審で改められている。

18) 民事訴訟法79条1項は、同法79条3項と比較すると「訴訟の完結」までは要件とされていないが、基本事件の判決が確定しているかどうかは考慮されている。

とのある損害に限り担保するのか、【B】 本案の請求権を含めて担保するのか、である。最高裁が【A】 説を採ることは明らかであり、本件の各決定もいずれも【A】 説を採用している。もっとも、【A】 説を採ったとしても、債務者が財産を隠匿する等して執行が不能になった場合の損害は、執行の遅延により特別事情のもとで生じた損害とみられ、免脱担保によって担保されると解されるから、【B】 説との実質的差異は一見するほど大きくないと説明されている¹⁹⁾。しかしながら、【A】 説と【B】 説との間には執行の遅延と発生した損害との間の因果関係が真偽不明に陥ったときの不利益を債権者（【A】 説）が負担するのか、債務者（【B】 説）が負担するのかの差が伏在している²⁰⁾。

【A】 = 判例・遅延損害に限定

【B】 = 学説・本案請求も含む²¹⁾

- 4 最高裁判例解説²²⁾は、【A】 説を是認したうえ、【B】 説に触れ、次のとおり述べる。「ただ、実務上仮執行の免脱のための保証の額が慣行的な一定の基準ともいふべきもの——このことの当否には批判がある——により比較的高額に定められているのは、ただ単に仮執行免脱のためによる損害賠償債権の担保のみを考慮するというだけでなく、同時に、仮執行宣言により本執行をしようという債権者の権利が安易に停止されるのは妥当でない——なるべく仮執行の効果をえさせるようにしようという機能についての配慮が作用していると考えられる。そして、このような配慮も、保証額の算定にある程度の才量のあることからみれば（また、訴訟の実態からみれば、理論的説明はとも角として）あながち非難さるべきものではないように思われる。」とする。つまり、ここで言うところの保証の額が比較的高額であるからと言って、それは保証の法的性質までも変化させる（執行遅延による損害にとどまらず、本案の請求権まで担保する）ものではないと解釈されている。

19) 兼子・前掲注1) 1427頁

20) 最高裁判所判例解説民事篇昭和43年度572頁注四〔奈良次郎〕参照。

21) 新堂幸司『新民事訴訟法【第6版】』（弘文堂、2019年）752頁。

22) 前掲注20) 571頁。

- 5 こうして、二重の仮執行免脱宣言において、もし【B】説を採用するのであれば、担保の趣旨は請求債権を含むものであるから、第一審の免脱担保と第二審の免脱担保は同じ債権を二重に担保することになり不合理であるという主張も成り立ちうるが、他方、【A】説を採用するのであれば、そのような不合理は生じないということになる。担保の趣旨は執行できなかったことによる損害を対象としているので、同一の債権を二重に担保している（免脱担保の趣旨を超えて債務者に二重の負担をかける）ことにはならないからである。
- 6 しかしながら、【A】説は担保の趣旨を「判決の確定に至るまで勝訴原告が仮執行をすることができなかったことによって蒙ることのあるべき損害のみを担保する」と解釈するものであるから、第一審判決からその確定に至るまでと、第二審判決からその確定に至るまでとの間には、期間的に重なる部分が生ずることになる。第一審判決の免脱担保金も、第二審のそれも、第二審判決からその確定に至るまでの期間に生じた損害について二重に担保することになるからである。すなわち、【A】説では担保の趣旨が時間的に重複し、【B】説では担保の趣旨が対象的に重複することになる。それゆえ、【A】説のように期間的に重複するほうが、【B】説のように対象的に重複するよりも、より不合理なものとは言えないという理由が必要になってくることになる。
- 7 たとえば、免脱担保金が、対象債権（金銭債権）まで担保するものであるとすると、その約8割程度の額が二重に担保されることになり得るが、他方、担保期間のほうの重複は時間的にその8割にまでに達することはないであろう、という理由が考えられる。しかしながら、判決確定後、振り返って何割程度の期間が重複していたかと語ることはできても、判決時にその確定時を予測するのは頗る困難と言える。本件事例について言えば、第一審判決から第二審判決まで約11カ月で、第二審判決から最高裁決定（確定）までも約11カ月であるから、重複する期間は約5割（22分の11=2分の1）と計算することができる。確かに5割は8割より少ないと言えるが、金額的に8割であることと、期間的に5割であることを単純に数値比較することは妥当な推

論とは言えないであろう。このように、第二審判決時からその確定時までに生ずる損害を第一審判決時から第二審判決時までに生ずる損害よりも、より保護すべきとする合理的理由をみつけるのは難しい。いずれにせよ、二重の仮執行免脱宣言の問題を法的に正当化するためには【A】説を採用するだけでは十分と言えない

- 8 このように【A】説を採っても、第一審判決と第二審判決の担保の趣旨の期間的な重複は避けられないため、債務者に二重の負担を強いるものではない、と理由付けることは困難である。

X 解決案（主文付記）について

- 1 それでは、どうすれば、このような担保の重複という問題を避けることができるであろうか。
- 2 結論を先に述べると、高裁判決の主文において、免脱担保金の額を定めたいえ、「この供託は第一審における免脱担保金の供託によってもすることができる」旨付記する、という方法を提案したいと考える。
- 3 (1) この方法は、既に発せられた仮差押命令と同一の被保全債権に基づき異なる目的物に対し更に仮差押命令の申立てをすることの許否について判断された最二小判平成15年1月31日決定・民集57巻1号74頁²³⁾を参考にしたものである。
- (2) 同判決は、特定の目的物について既に仮差押命令を得た債権者は、これと異なる目的物について更に仮差押えをしなければ、金銭債権の完全な弁済を受けるに足る強制執行をすることができなくなるおそれがあるとき、又はその強制執行をするのに著しく困難を生ずるおそれがあるときには、既に発せられた仮差押命令と同一の被保全債権に基づき、異なる目的物に対し、更に仮差押命令の申立てをすることができる、と判断したものである。

23) 判例タイムズ1114号（2023年）153頁以下参照。

- (3) これにより、複数の仮差押命令がなされ得ることになるため、それらの仮差押命令に定められる仮差押解放金の合計した金額が被担保債権の額を超える場合も出てくることになる。本稿では、これを「仮差押解放金の重複（問題）」と呼ぶことにする。
- (4) この問題への対処法として北川弘治裁判官の補足意見は次のように述べる。「先行仮差押命令と同一の被保全債権に基づき、異なる目的物について仮差押命令を発するに当たって、両仮差押命令の仮差押解放金の額の合計が被保全債権の額を超えることとなるときは、裁判所は、後行仮差押命令の主文において、仮差押解放金の額を定めた上、この供託は先行仮差押命令における仮差押解放金の供託によってもすることができる旨を付記すべきである。そうすることによって、債務者が被保全債権の額を超える仮差押解放金を供託しなければならない事態を避けることができる。」
- (5) このように、同補足意見は主文への付記によって被保全債権額を超える仮差押解放金の供託を避けようとするものである。仮に先行仮差押命令の存在が判明せず主文付記がなされなかった場合は、保全異議を申し立て、付記を得たうえ、仮差押解放金を供託し、各仮差押の執行の取消を求めることができる、と説明されている。
- (6) この仮差押解放金の重複問題への対処法から着想を得て、主文付記という方法を二重の仮執行免脱宣言の問題への解決案としたい²⁴⁾。
- 4 (1) 仮差押解放金とは、仮差押えの執行の停止を得るため、又は、既にした仮差押の執行の取消しを得るために、債務者が供託する金銭のことである（民事保全法22条1項）。本来、仮差押えは金銭債権の執行を保全するためのものであるから、債務者が右金銭債権を担保するに足りる額の金銭を供託することにより債権者が右相当額の価値を保全することが

24) 2022年4月2日に開催された民事訴訟法学会関西支部の例会での議論を踏まえたものである。

できれば、債権者には特段の不利益がない。他方、債務者には、金銭の供託によってその所有する財産に対する仮差押執行を未然に防止するか、又は仮差押を受けた財産に対する執行を解放し、その処分等を可能にする利益がある。そこで、右利益を調整し、債務者に仮差押執行を受けた目的物に代わるものとして金銭を供託させることとしたのが仮差押解放金の制度である。

(2) 他方、仮執行免脱宣言は、本来、執行力は確定判決に認められるものであるところ、債務者が上訴による救済を受けられることとの均衡上、債権者のために終局判決に執行力を付与することを認め、他方で、債務者に担保を立てさせることによって執行の停止や執行処分の取消しを得ることができるようにして、判決の未確定の期間の当事者の利害調整を図ったものである。

(3) 両制度には、担保を供して執行停止等を認め当事者間の利害調整を図るという趣旨に類似性があり、仮差押解放金の重複問題への対処法を二重の仮執行免脱宣言の問題に利用する基礎があるのではないかと考える。担保の重複を避けようとする趣旨が共通しているからである。

5 また、運用上も無理のないやり方ではないかと思われる。控訴審（裁判官）にとって、第一審判決に仮執行免脱宣言が付されていること、同免脱宣言に付された担保は判決が確定するまでの期間を担保する趣旨であること、控訴審判決が仮執行免脱宣言を付すと同判決言渡時から判決確定時までの期間が第一審判決の免脱担保と重複することはいずれも容易に認識可能だからである。他方、控訴審（裁判官）にとって、第一審の敗訴者が実際に担保を供しているかどうかは必ずしも明らかではないため²⁵⁾、担保を供していても、供していなくとも、いずれの場合でも通用する主文付記というやり方は利用しやすいものと思われる。

25) 実務的に見て、控訴審の期日において、裁判長が第一審の敗訴者側に対して「供託金は納めましたか」と質問することには違和感がある。

- 6 (1) また、この主文付記という方法は、第一審判決に基づいて供託された免脱担保金を援用することが認められた最高裁判決とも整合すると考える。上述した最判昭和43年6月21日は次のように述べる。

「訴外旭無煙炭鉱株式会社が原告主張の日、熊本地方裁判所において、原告主張の仮執行宣言及び免脱宣言付判決の言渡を受けたが、原告主張の日、仮執行免脱保証金四〇〇、〇〇〇円を熊本地方法務局へ供託し、右仮執行の免脱を得た上、右判決に対して福岡高等裁判所に控訴したところ原告主張の日その主張の仮執行宣言付変更判決がなされ更に第一審判決に対する仮執行免脱保証金を援用〔傍点は筆者〕し、右第二審判決の仮執行の免脱を得て、最高裁判所へ上告したところ、原告主張の日、上告棄却の判決がなされ同日第二審判決が確定したこと、及び原告がその主張の還付請求をなしたところ、処分庁たる熊本地方法務局供託官宮崎太市は前記保証金は仮執行免脱によって蒙った損害の保証であって本案の請求自体をも担保するものではないとの理由により原告の請求を却下したことはいずれも当事者間に争がない。」

- (2) そして、上述した最高裁判例解説は、事案の概要を次のようにまとめている。

「A(会社)は、昭和三五年一二月七日熊本地裁において、工事金請求事件について、Xに対し金五三万七二五五円を支払うべき旨の仮執行宣言付判決の言渡を受け、同年一二月一〇日仮執行免脱保証金四〇万円を熊本地方法務局に供託し、右仮執行の免脱を得て、控訴を提起し、同三九年四月一三日福岡高裁において、AはXに対し金四七万二二三五円を支払うべき旨の仮執行宣言付判決の言渡がされ、Aは第一審判決に対する仮執行免脱保証金を援用〔傍点筆者〕して、第二審判決の仮執行の免脱を得て上告をしたが、同四〇年四月一三日上告棄却の判決がされ、第二審判決は確定した。」

- (3) このように、第一審判決に基づいて供託された免脱担保金の援用が認められるのであれば、あらかじめ控訴審判決に「第一審における免脱担

保金の供託によってもすることができる」旨主文付記することも認められてしかるべきところである。そのほうが、その後の手続の簡素化ないし迅速化に資することにもなると考える。

- 7 (1) では、最高裁判決の見解（【A】説）ではなく、学説（【B】説）の考え方に立脚した場合はどうであろうか。結論としては、【A】説より一層強い理由で主文付記がなされるべきことを正当化できると考える。
- (2) 【A】説（を採る最高裁判決の立場）では、仮執行の免脱担保金は本案の請求自体をも担保するものではなく、純理論的には本案請求については担保の重複は認められないことになり得る。他方、【B】説では、認容された請求権についても担保の趣旨が重複することになるため、仮差押解放金の重複の問題において、被保全債権の額を超える金額を債務者が供託しなければならなくなる事態を避けようとする趣旨と、二重の仮執行免脱宣言の問題において、認容された請求権の額を超える金額を供託しなければならなくなる事態を避けようとする趣旨とは、調整しようとしている当事者間の利益状況につき類似性が一層強いと解されるからである。担保の重複対象は、一方は被保全債権であり、他方は認容債権であるから、いずれもその債権額を基準として超過額について供託を避けようすることに共通した合理性を見出すことができると考える。
- (3) この点、【A】説から主文付記の正当化を試みる場合には、仮差押解放金における重複は被保全債権額に対応しているが、他方、二重の仮執行宣言における重複は期間的なものであるから、その類似性を認めるためには、ある程度の理論的な抽象化を行うか、あるいは、訴訟実態にみられる機能（実務上比較的高額な免脱担保金額が付されるという慣行により、できるだけ債権者に執行の効果を得させるという帰結）を加味することになるであろう。
- (4) また、【A】説からは、もし期間的な重複を避ける方法が他にあるのであれば、主文付記をする必要性を失わせることもできるであろう。しかしながら、【A】説が仮執行免脱担保は判決確定までの執行遅延による損

害を担保するものと定義する限り、第一審の裁判所は第一審判決の確定時を知らず、第二審の裁判所は（第一審判決が確定しなかったことは知っていても）第二審判決の確定時を知らないため、第二審判決から確定時までの重複は避けがたいとみられる。すなわち期間的重複を避ける方法が他にあるとは考え難い。第二審の裁判所は、第一審の仮執行免脱担保の期間を制限して重複する期間を失くす方法を探すしかないが、仮に、第二審の裁判所が第一審の仮執行免脱担保の期間を制限するとすれば、その内容は判決確定より前の時点を選択せねばならず、それは判決確定時点までの執行遅延による損害を担保するというそもそもの【A】説の定義に反する帰結を招く。仮に期間を制限したとしても、第一審と第二審のそれぞれの期間に対応する担保金額をいくりにするのが相当か、という難しい問題に直面することにもなるであろう。

- 8 こうして考えてくると、【A】説でも【B】説でも、第一審における免脱担保金の供託によってもすることができる旨を主文に付記するのが妥当ではないかと考える。

XI 執行文付与の阻止（補論）について

- 1 では、実際にそのような主文付記がなされた場合、債務者はどのような手続を踏まえばよいか。主文付記がなされたとき、債務者（訴訟代理人）は担当書記官に対し、第一審において免脱担保金が供託されていることを示して、執行文の付与をしないよう求めることはできるであろうか。
- 2 そこで、まず、執行文の付与制度の趣旨を検討してみる。
 - (1) そもそも執行文とは、強制執行の要件の調査を執行機関と他の機関とが分担するための法技術であり、執行文の付与機関は強制執行の実体的要件の存在を調査し、その存在を公証して執行機関に対し伝達することが求められているものである。
 - (2) 民事執行法26条1項は、そうした調査のための資料を容易に確認できる機関として、裁判所書記官または公証人を執行文付与機関として定め

た。裁判の機関ではなく、公証の機関が執行文付与機関とされるのは、執行文付与のための要件は、原則として訴訟記録などの書面の形式的な審査で足り、裁判機関の判定によらしめるまでもないと考えられたからである。したがって、執行文の付与は裁判ではなく、裁判所書記官（／公証人）による処分の一種である。

(3) 執行文の制度は、その対象となる強制執行の要件についての調査権を付与機関にいわば専属させ、執行機関等の調査権を排除する側面をも有するものであるから、その権限のない者の付与にかかる執行文は無効であり、そのような執行文の付された債務名義の正本に基づく強制執行もまた、無効とされる²⁶⁾。

(4) そして、執行文付与の要件は、客体面の要件としては有効な債務名義が存在していることが必要であり、具体的には、積極的要件として、(a)形式上債務名義の要件を充たす文書であって、(b)強制執行の可能な請求権を表示するものが存在すること、消極的な要件として(c)文書の効力を妨げ、あるいは失わせる事由がないことが必要になる²⁷⁾。

(5) しかしながら、破産手続開始決定などの執行障害事由がある場合でも、執行文の付与は、狭義の強制執行には含まれず、その準備段階にあるものに過ぎないので、妨げられるものではない²⁸⁾。したがって、これと同様に考えれば、債務名義について執行停止決定がなされている場合についても、執行文の付与は妨げられない、ということになるはずである。

3 (1) この点については先例がある。東京高裁昭和45年6月17日決定（執行文付与に対して異議申立てがなされ、これが却下されたことに対して即時抗告がなされた事例）である。結論としては、東京高裁は東京地裁の付与した執行文を取消し、これに基づく強制執行は許さない、と判断し

26) 以上(1)、(2)、(3)とも、伊藤眞＝園尾隆司編『条解民事執行法【第2版】』（弘文堂、2022年）234頁〔垣内秀介〕。

27) 伊藤・前掲注26) 236頁。

28) 伊藤・前掲注26) 236頁。

ている。引用すると次のとおりである。

「本件のような強制執行停止決定が発せられた以上、速かに確実にその趣旨の実現せられるべきことはいうまでもない。ところで、もし停止決定があるにもかかわらず執行文の付与が許されるとすると、執行債権者が執行債務者の有する債権に対して転付命令による執行をなした場合には、その命令が執行債務者及び第三債務者に送達されると同時に執行が終了するので、執行債務者において執行停止の実効を得るためには、転付命令の申請後直にその執行裁判所に停止決定正本を提出しなければならない。しかし、いつどこで強制執行の申立がなされるかも知れないのに、執行裁判所を予測して右申立のなされることに注意することは事実上不可能であり、さりとて予測される執行裁判所にあらかじめ停止決定を提出しても、現実には強制執行の申立のない以上右裁判所においてその受理され得ないことも明らかである。したがって、一旦執行文が付与されてしまうと、転付命令の送達以前にその執行を停止し得る余地は殆どなく、転付命令による執行に関するかぎり、執行停止決定の実効を挙げることが困難であることは原告人の主張するとおりである。」

「しかしながら、執行文の付与は、強制執行に先立って債務名義の存在、執行力等を公証する行為にすぎず、本来執行停止の対象となる狭義の執行行為でもないし、実質的に考えても、執行文の付与は、転付命令による執行のみではなく、その債務名義に基づくあらゆる執行のためになされるのであるから、転付命令の場合に不合理の生ずる故をもって執行文の付与が許されないとすれば、執行の開始がおくれる等、執行債権者に不測の損害を生ずるおそれなしとしない。なお、転付命令による執行が正当でなかった場合には、不当利得返還請求による補償の方途が残されている。したがって、転付命令による執行の場合に前述の不合理があるからといって、執行停止決定の発せられたことの故

をもって執行文の付与を許されないとすることはできない。よって抗告理由は採用できない。」

- (2) このように、債務名義に執行停止決定がなされている場合でも執行文の付与は妨げられない、という規範を定立したうえ、事案の解決としては、次のように述べる。

「しかし、債務名義が有効に存在するか否かは、執行文付与にあたり職権で調査すべき事項であるところ、当裁判所の職権調査（裁判所書記官中山裕作成の昭和四五年五月四日付および同年六月五日付各電話聞取書参照）によると、本件債務名義である東京地方裁判所昭和四四年（手ワ）第一三一五号約束手形金請求事件の仮執行宣言付手形判決は、その後右判決に対する異議申立事件において取消され、昭和四五年三月中右取消の裁判確定によりすでにその債務名義としての効力を失ったことが認められる。そして、債務名義としての効力のないことが明らかなる場合には執行文の付与は許されないものであり、抗告裁判所もその裁判の前に生じた右事情を斟酌すべきであるから、原決定を取消し、本件債務名義に対する執行文の付与を取消した上これによる執行を許さないことを宣言することとし、手続費用につき民事訴訟法第九六条、第八九条、第九〇条を適用し、主文のとおり決定する。」

- (3) すなわち、職権調査の結果、債務名義は効力を失ったと認められるので、執行文の付与を取り消したうえ、執行を許しないと結論づけている。従来からの規範内容を維持しつつ事案の解決としての工夫がなされているものである。

4 このように強制執行停止決定が発せられている場合においても、執行文を付与することは妨げられない、というのが従来からの多数説である²⁹⁾。

5 (1) しかしながら、執行文の付与は狭義の強制執行に含まれず、その準備

29) 伊藤・前掲注26) 236頁。

段階に過ぎないとしても、「強制執行をすることができる」との執行文を付与することは執行停止決定の趣旨に反するし、これを認めることは同決定の実効性を損なってしまう、ということから、39条の類推適用により執行文の付与を否定する見解も有力に主張されている^{30, 31)}。

- (2) この説に従うとすれば、執行文付与機関に対して執行停止決定の正本が提出された場合のほか、当該執行文付与機関（裁判所書記官）が属する裁判所と決定を発した裁判所とが同一であるなど、発令の事実が執行文付与機関に顕著である場合には、執行文の付与を拒絶すべきこととなる。執行停止決定が発せられていても、執行文の付与を阻止できないとすれば、差押えを停止することは事実上困難な場合が多いと考えられるから、この説を支持すべきものと思われる、と説明されている³²⁾。
- (3) 現に実務においても仮執行免脱担保の供託書正本の原本を提示し、その写しを書記官に提出すると、（今後仮に債権者から執行文の付与が求められても）執行文は付与しないという取扱いがなされて来ている。
- (4) 平成2年ころ、全国の約1000人の主任書記官等にアンケートした結果では、仮執行免脱宣言による担保が立てられたことが判明している事件において執行文付与の申立てがなされた場合に、執行文を付与した、というのが「11」、執行文付与を拒否したというのが「3」、そして、仮定の話として、仮に、そのような申立てがあれば執行文を付与するというのが「510」、仮に、そのような申立てがなされても執行文は付与しないというのが「283」、回答を保留するものが「179」であった、という。このように実務としては対応が分かれている³³⁾。

30) 伊藤・前掲注26) 237頁。

31) 大山涼一郎ほか『執行文に関する書記官事務の研究(上)』(司法協会、平1992年) 236頁以下。

32) 伊藤・前掲注26) 237頁。

33) 大山・前掲注31) 257頁。

	付与	拒否
経験	11	3
仮定	510	283

*回答留保179

- 6 (1) また、債務者にとって、執行停止の効力はできるだけ早期に獲得したいと考えるのが通常であろう。しかしながら、たとえ強制執行が申立てられるより前に停止文書が提出されたとしても、その時点ではまだ現に係属している執行手続自体がないため、執行停止文書を受理することはできないものと解釈されている³⁴⁾。これに関する東京高裁平成20年10月1日決定は、執行機関が事実上これを受理したとしても、その後の申立てに影響を及ぼさない、と判断している。引用すると次のとおりである（預金債権の差押えの事案）。

「本件は、債権者である相手方が、執行力ある判決正本を債務名義とし、債務者である原告人の第三債務者に対する預金債権等を被差押債権として差し押さえた債権差押命令に対する執行抗告事件である。一件記録によれば、原告人は、原告人と相手方との間の東京地方裁判所平成18年(ワ)第12135号不当利得返還請求事件の判決に対し控訴し、控訴に伴う執行停止の申立てをして、平成20年6月27日に強制執行停止決定を受け、同日、執行裁判所に強制執行停止決定正本（執行停止書面）を持参したが、その時点では、東京地方裁判所平成20年(ル)第6880号債権差押命令（本件差押命令）の申立てはされていなかったこと、その後、同年7月1日に本件差押命令の申立てがされ、同月7日に本件差押命令が発令され、各第三債務者には同月8日に、原告人には同月11日にそれぞれ本件差押命令正本が送達されたこと、原告人は、執行裁判所に対し、同月14日に執行停止書面を添付した同月11日付けの

34) 伊藤・前掲注26) 408頁。

強制執行停止上申書の提出をしたこと及び執行裁判所は、抗告人及び各第三債務者に対し執行停止がされた旨の通知をし、同通知はそれぞれ同月16日に送達されたことが認められる。抗告人は、執行裁判所は本件差押命令の発令前に強制執行停止決定を受領しているから、本件差押命令は民事執行法39条1項7号に反し違法であると主張する。しかし、抗告人が執行停止書面を執行裁判所に持参した際には、いまだ本件差押命令の申立てはされておらず、執行事件としての事件の係属がなかったことは上記認定のとおりであり、この段階では執行停止書面を受領することはできないから、抗告人が、執行停止書面を執行裁判所に提出し、執行裁判所が事実上これを受領したとしても、そのことは本件差押命令の申立てには何ら影響を及ぼさないものといわざるを得ない。そして、本件においては、相手方の本件差押命令申立後に抗告人から執行裁判所に執行停止書面を添付した強制執行停止の上申書が提出がされたのは、同月14日であるから、本件差押命令は同日執行停止の効力が生じたものと解される。そうすると、本件差押命令自体には何ら違法な点は存在しないものというべきである。なお、相手方が、本件差押命令の申立てをした時点で、執行停止書面の存在を知っていたとしても、そのことは直ちに本件差押命令の適法性を左右するものではない。」

- (2) すなわち、執行停止のための事務処理が間に合わなかったという場合はもちろん、逆に早すぎても執行手続は止められないという事実上の困難性があるのである。上述の例のように預金債権が差押えを受けると、それが債務者の信用力に影響を与えるものでなかったとしても、金融機関との取引契約上、形式的には期限の利益の喪失事由に該当することになるため³⁵⁾、あらかじめ事情（近く差押命令が届く可能性があることや、予想される金額、その金額が経営には影響がなく信用力を害さないことなど）の説明のため各方面へ奔走せざるを得なくなる。差押をきっかけ

に契約条件の変更が打診されることもあり、経営リスクのひとつである。

7 そこで、従来の多数説ではなく、39条の類推適用により執行文の付与を否定する見解を採用し、執行文付与の段階で執行文を付与しないという運用を定着させ、早期に執行停止のために対応した債務者に対し、執行停止という帰結を現実を与えるのが合理的ではないかと考える。

8 この説によるとき、仮執行の免脱担保を立てたという証明書類が提出されたときには執行文の付与が拒絶されることになる。仮執行宣言付判決において担保を立てて仮執行を免れる旨の仮執行免脱宣言がなされている場合に債務者が担保を立てると、仮執行宣言付判決の執行力は消滅すると解釈されているので³⁶⁾、担保を立てたことの証明書³⁷⁾が提出されると、強制執行を停止するだけでなく、既にした執行処分も取り消されることになる（民事執行法39条1項5号）³⁸⁾と解されているからである。そして、実際、上述のとおり、実務でも、この39条を類推して執行文の付与の段階で付与を否定するという運用もなされて来ている。もっとも、いったん適法に執行文が付与されて強制執行が開始された後に、執行停止決定の正本が提出された場合、当該強制執行の続行ができなくなるにとどまり、執行文の付与が遡って違法となるものではないと解される。

9 (1) それでは、上述のような主文付記がなされた二重の仮執行免脱宣言がなされた場合、同付記に従って、第一審における免脱担保金の供託の事実を書記官に示して（供託書の原本を示し、その写しを交付して）執行文の付与を阻止することができるか。

(2) できると解すべきである。

35) たとえば、金融取引法研究会作成2021・7・1の銀行取引約定参考例では、預金などについて差押えの命令が発送されたとき、いっさいの債務について当然期限の利益を失うとしている。

36) 東京地判平4・6・17判例タイムズ795号（1992年）81頁。

37) たとえば、供託書正本。

38) 伊藤・前掲注26) 402-403頁。

- (3) 確かに、執行文は、執行付与機関と執行機関とに強制執行の要件調査の作業を分担させるという法技術であり、執行文付与機関は、強制執行の実体的要件の存在を調査し、その存在を公証することによって、後に続く執行機関に対し、これを伝達することが求められている。強制執行の実体的要件の主要事項である有効な債務名義の存在、執行当事者適格（承継等を含む）、債務名義上の条件付請求権についての条件成就などを、執行機関の判定に委ねず、より適当な機関である裁判所書記官（執行証書については公証人）に審査させ、その結果を執行文に表示して執行機関に伝達することにしたものである。執行文の特質は、強制執行の実体的要件の存在を公証することによって、みずからが手続的要件のひとつとなったものである点にある。
- (4) しかしながら、執行文のもつべき機能をこのような基本の枠内に封じ込める必要はないであろう。強制執行は、執行文の付された債務名義の正本に基づいて実施するので、執行文は、過去の一定時点における形成の所産たる債務名義を前提としながら、これと相俟って強制執行の基礎を拡大することもできるものである。債務名義の成立後の実体状態の変化に即して債務名義の記載を執行文により内容的に追加・訂正・補充する方法であり、執行文付与をめぐる手続保障を支えとして債務名義の実効範囲を執行当時の具体的状況に合わせてシフトする役割を執行文に担わせることができる³⁹⁾。
- (5) このように考えれば、役割分担という法技術を固定的なものとして執行機関との峻別を貫くまでの必然性はなく、現状にあわせて付与機関の役割を柔軟に解釈する余地があるのではないかと思われる。その限界は、公証機関であることから、審査資料が手元近くにあること、訴訟記録などの書面の形式的な審査で足りることにあると解するのが相当である。
- 10 債務者が、判決主文の付記に沿って、第一審判決に基づいて供した免脱担

39) 中野・前掲注8) 265頁。

保金の供託正本を書記官に示し、その写しを提出したような場合、判決書と供託正本によって形式的に審査できる内容であるから、執行文の付与を停止させることができると解すべきである。もし、第二審判決の求める免脱担保金が第一審のそれよりも高額の場合は、その差額の担保を供したことを証する書面を示して、その写しを提出すれば執行文の付与は停止できるものと考ええる。

- 11 もし、主文付記がなされていなかった場合でも（主文付記の実務が定着するまでの過渡期にはあり得ると思われる）、第一審判決に基づいて供した免脱担保金の供託の事実を援用すれば、同様に対応することができるものと考ええる。その援用によって第二審判決の仮執行の免脱を得て上訴することには先例⁴⁰⁾があるからである。改めて裁判に類するような実質的判断をする必要性はなく、先例の趣旨に沿って、執行文を付与しないということは手元にある訴訟記録などを基礎に形式的な審査をすることで対応可能である。

（ながしま・けんや 弁護士、筑波大学非常勤講師）

40) 最二小判昭43・6・21民集22巻6号1329頁。

弁護士の中立公正義務の理論的分析(補・完)

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
- 第7 まとめ (以上、35号)
 - (補)「守秘義務との関係」について
 - 1 問題の所在
 - (1) 責任調査委員会委員の事例
 - (2) 成年後見人の事例
 - (3) 公益通報者保護法の通報窓口担当者の事例
 - (4) 検討課題(まとめ)
 - 2 守秘義務その他情報の取扱いについて
 - (1) 守秘義務の趣旨
 - (2) 各国の法制度
 - (3) 私見(秘密の主体及び範囲について)
 - (4) 類型整理
 - 3 守秘義務違反のおそれは利益相反回避義務を構成するか
 - (1) 各国の制度
 - (2) 日本の場合 (以上、本号)

（補）「守秘義務との関係」について

1 問題の所在

本稿の主たる課題は、弁護士に求められる中立公正さが利益相反にどのように影響を及ぼすかである。前号までにおいて、結論をまとめたが、その過程で、【類型 A：双方型】【類型 X ②：依頼内容型】では、秘密保持等について別途検討を要するとした¹⁾。

責任調査委員会委員に関する前掲令和3年12月22日大阪高決【整理 No.A-2】は、「独立性、中立・公正さに対して特別な信頼に基づいて回答したことについて元役員の上記信頼を裏切る」と指摘した。また、成年後見人に関する前掲日弁連綱紀委員会平成22年9月22日議決【整理番号 B-2】は、「成年後見人として知り得た事実を一部相続人の利益に利用して相続人間の紛争に関わることになり、成年後見人の職務の公正さを疑わせる」と指摘した。

これらの各指摘はいずれも「職務の公正に対する信頼」を「情報（秘密）取得、利用」に結びつけ、「守秘義務違反またはそのおそれ」を「利益相反回避義務」に導く向きがある。そのような論理が生じる原因としては、利益相反禁止の目的や趣旨の一が守秘義務違反ないしそのおそれを防止することであり、両者が重なり合うと捉えられているからではないかと推察される。

そこで、補論として、守秘義務との関係について論じる。

（1）責任調査委員会委員の事例

前掲令和3年12月22日大阪高決【整理 No.A-2】では、「元役員が責任調査委員であった対象弁護士らの独立性、中立・公正さに対して特別な信頼に基づいて回答したことについて元役員の上記信頼を裏切る」として、利益相反回避義務違反を導いた。

これに対して、前掲令和4年6月27日最決【整理 No.A-1】は、利益相反回

1) お 34号注16、35号注7、注16

避義務違反を否定し、そのなかで「相手方らにおいても、本件責任調査委員会が、抗告人のために上記の調査等を行っており、事情聴取の結果が、抗告人の相手方らに対する損害賠償請求訴訟において証拠として用いられる可能性があることを当然認識していたというべきである。」とした。

責任調査委員会委員は、利益相反の場面では、【類型 A: 双方（代理）型】【類型 X ②: 依頼内容型】に分類されるが、依頼内容の中立公正さを信頼して提供された情報の取扱いについては別途検討を要する。

(2) 成年後見人の事例

前掲日弁連綱紀委員会平成22年9月22日議決【整理 No.B-2】は「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」があるとして、利益相反回避義務違反を導いた。

これに対して、前掲日弁連懲戒委員会平成25年2月12日議決【整理 No.B-1】は、利益相反回避義務を否定したが、さらに、「成年後見人の職にあった者が一部相続人の代理人となり、活動した場合に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、一部相続人からの受任が、それを隠匿する等の目的である場合。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ような場合。」として、当該事案において、上記①及び②を否定した。

成年後見人は、利益相反の場面では、【類型 A: 双方（代理）型】【類型 X ②: 依頼内容型】に分類される。成年後見人は、成年被後見人が依頼者であり、職務内容が公的な職務であることに着目する。公的な職務を信頼して提供された情報の取扱いについて別途検討を要する。

(3) 公益通報者保護法の通報窓口担当者の事例

日弁連懲戒委員会平成21年10月26日議決【整理 No.C-1】は、原弁護士会

懲戒委員会議決の認定に誤りがないとして審査請求を棄却したが、同議決は、公益通報者保護法に基づくヘルプライン担当弁護士が通報者の実名を本人の承諾なく若しくは適正な承認手続を経ずに、雇用者に通知したとして、「ヘルプライン弁護士は、通報者との関係で直接委任契約関係に立つものではないため、通報者は『依頼者』に該当しないが、弁護士の秘密を保持する権利は、弁護士の職業に対する信頼の基盤であるから、知り得た秘密には、依頼者またはこれに準ずるものから話された秘密を含むと解すべきであり、殊にヘルプラインは、相談者である弁護士によって通報者の匿名性が保持されることを前提とするものであり、公益通報者保護法の根幹となるものである。」、「ヘルプライン担当者は、通報者が、公益通報者保護法によって通報者の匿名性が保護されている趣旨を真に理解した上で、通報者の自発的かつ真意に基づいた明確な『承諾』でなければ、例外的に実名通知をすることは出来ないのである。」とした。

公益通報者保護法の通報窓口担当者は、依頼者が会社であり、利益相反の場面では、【類型A：双方（代理）型】【類型X②：依頼内容型】に分類される。同議決【整理 No.C-1】では、依頼内容の中立公正さを信頼して提供された情報の取扱いについて、依頼者に準じるものとして守秘義務違反とされており、この点について理論的な分析をする必要がある。

（4）検討課題（まとめ）

このように、依頼者以外の第三者が依頼内容の中立公正さ等を信頼して提供した情報の取扱いについて、守秘義務との関係で検討を要する。

また、守秘義務違反またはそのおそれが利益相反回避義務を構成するかどうかについて検討を要する。

2 守秘義務その他情報の取扱いについて

（1）守秘義務の趣旨

弁護士の依頼者に対する守秘義務は、忠実義務と並んで弁護士の基本的な義務である。弁護士は依頼者との信頼関係を基礎に、依頼者から秘密を打ち明け

られるから、依頼者に対して守秘義務を負う²⁾。条解166頁によれば、「依頼者は、法律事件について、秘密に関する事項を打ち明けて弁護士に法律事務を委任するものであるから、職務上知り得た秘密を他に漏らさないことは、弁護士の義務として最も重要視されるものであり、また、この義務が遵守されることによって、弁護士の職業の存立が保障されるともいえる。」とする。

他方、利益相反は忠実義務違反ないし背信であるが、その趣旨の一として、職務上知り得た秘密について私的利益のための利用を防止することにある³⁾。その点で、守秘義務と利益相反は重なり合う場面がある。

(2) 各国の法制度

各国における守秘義務の制度について、利益相反と比較しつつ、概観する。

ア 米国

ABA模範規則1.6条、1.18条(b)、1.8条(b)及び1.9条(c)(1)(2)に定めがある⁴⁾。

(ア) 名宛人

守秘義務の名宛人は、弁護士である。

利益相反回避義務(同規則1.7条以下)の名宛人も、弁護士である。

(イ) 秘密の主体

秘密の主体は、依頼者、元依頼者及び依頼が見込まれる相談者である。

2) 柏木俊彦「弁護士の守秘義務」(日本法律家協会編「法曹倫理」2015年)108頁、加藤新太郎「コモンベシック弁護士倫理」(2006)104頁、手賀寛「守秘義務」(高中正彦・石田京子編『新時代の弁護士倫理』2020年)45頁、高中正彦「弁護士法概説第5版」(2019年)101頁、川端和治「守秘義務の根拠と範囲」(塚原英二ほか編著『プロブレムブック法曹の倫理と責任・第2版』2007年)93頁。

3) 第34号84頁参照。

4) ABA模範規則1.6条は現在の依頼者に対する守秘義務、1.18条(b)は依頼が見込まれる相談者に対する守秘義務、1.9条(c)(2)は元依頼者に対する守秘義務、1.9条(c)(1)、1.8条(b)は現依頼者及び元依頼者に不利益に及ぼす秘密の利用禁止について定める(1.6条コメント1)。

依頼が見込まれる相談者は、守秘義務の秘密の主体であり、利益相反規制にかかる依頼者である（同規則 1.18 条）。依頼が見込まれる相談者とは、依頼について合理的な期待が認められる相談者である。情報開示により弁護士に助言を求め依頼をする可能性があるから、依頼者に与えられる保護の一部を受けるが、一般的な関心にとどまる法律情報を提供する場合や弁護士を失脚させる目的で連絡をとる者は除外される⁵⁾。

（ウ） 秘密の範囲

依頼者の代理に関する秘密である。

弁護士が中立の第三者であるとき、同規則 1.6 条など（守秘義務）の適用はない。中立の第三者は個別倫理規定により当事者に対して守秘義務を負う⁶⁾。

中立の第三者についての利益相反規制は、同規則 1.12 条に定める。

（エ） 禁止行為

禁止される行為は、秘密の開示または利用である。

（オ） 同意

依頼者の同意は守秘義務の解除事由である（同規則 1.6 条(a)など）。

利益相反回避義務においても、依頼者の同意は免責事由である（同規則 1.7 条(b)など）。

イ ドイツ

刑法 StGB203 条（秘密侵害罪）及び弁護士法 BRAO43 条 a(2) 項（秘密保持義務）に定めがある。

（ア） 名宛人

秘密侵害罪の名宛人は、弁護士及びその相続人である（StGB203 条(1) 項、同条(5) 項）。秘密保持義務の名宛人は、弁護士である（BRAO43 条 a(2) 項）。

刑法及び弁護士法上の利益相反回避義務の名宛人は、弁護士である（StGB356 条、BRAO43 条 a(4) 項）

5) ABA 模範規則 1.18 条コメント 1、2

6) ABA 模範規則 1.12 条コメント 3

(イ) 秘密の主体

弁護士法 BRAO43 条 a(2) 項(秘密保持義務)において、条文上秘密の主体に限定はない。もっとも、秘密は依頼者の利益に影響を及ぼす情報に限られ、他方、第三者から得た情報が依頼者の利益に影響を及ぼさないのであれば、同条は適用されないと解されている。第三者の秘密は、守秘義務が委任関係にのみ関係することから守秘義務の保障対象ではなく、プライバシー侵害の問題である⁷⁾。

委任契約以前でも、職業遂行の過程で開示された秘密であれば、守秘義務の対象となる。

利益相反については、BRAO43 条 a(4) 項によれば、「助言または代理」に限られる。利益相反が弁護士の職業活動の自由を強度に制限することから、委任契約を前提とする。守秘義務は委任を拒否した場合でも適用され、利益相反回避義務の対象となる時期より早い⁸⁾。

(ウ) 秘密の範囲

BRAO43 条 a(2) 項の「職務上知り得た」とは、助言や代理(BRAO3 条)以外の二次的な職業活動においても、法律業務である限り、遺言執行者や倒産管財人に適用される⁹⁾。

利益相反については、弁護士が二次的な職業活動に事前または事後関与した場合に規制される(BRAO45 条、43 条(4) 項)。

(エ) 禁止行為

禁止される行為は、秘密の開示であり、秘密の利用は含まれない。秘密の利用については、一般条項である BRAO43 条に違反したかどうかが問題とな

7) Henssler, in Henssler/Prütting, BRAO, 6.Aufl.2024, 270, Michael Kleine-Cosack, BRAO 9.Aufl.2022, 169, スザンネ・オファーマン-ブリュッハルト(訳森勇)「弁護士の守秘義務—弁護士職業規則2条の改正に寄せて—」(森勇編著「弁護士の基本的義務—弁護士職業像のコアバリュー—」2018、453 頁)

8) Henssler, in Henssler/Prütting, a.a.O. 269, 322

9) Henssler, in Henssler/Prütting, a.a.O.270, Michael Kleine-Cosack, a.a.O.168,

る¹⁰⁾。

（オ） 同意

依頼者の同意は守秘義務の解除事由とされる。これは秘密の主人が依頼者であることによる¹¹⁾。

利益相反については、依頼者の同意は免責事由ではない。弁護士にとって、対立する2つの事実から得た情報を自らの代理行動に影響を与えないように分離・独立させることは不可能であることなどを理由とする¹²⁾。

ウ 日本

（ア） 名宛人

秘密漏示罪（刑法134条）及び秘密保持義務（弁護士法23条）の名宛人は、弁護士または弁護士であった者である。職務基本規程23条（秘密保持）の名宛人は、弁護士である。

利益相反回避義務の名宛人は、弁護士である（弁護士法25条、職務基本規程27条、28条等）。

（イ） 秘密の主体

秘密漏示罪（刑法134条）及び秘密保持義務（弁護士法23条）においては、条文上秘密の主体に限定はない¹³⁾。

規程23条（秘密保持）の秘密の主体は「依頼者」である。職務基本規程23条の「依頼者」とは、利益相反における依頼者（法25条1号・職務基本規程27条1号「相手方の協議を受けて賛助し、又はその依頼を承諾した」、法25条

10) Henssler, in Henssler/Prütting, a.a.O.273

11) BORA2条(4)(a), Henssler, in Henssler/Prütting, a.a.O. 274, Michael Kleine-Cosack, a.a.O.173

12) Henssler, in Henssler/Prütting, a.a.O.332

13) 他士業における守秘義務と罰則について、条文上「秘密」の主体に限定はない（「業務に関して知り得た秘密」（税理士法38条、59条1項3号）、「業務上取り扱ったことについて知り得た秘密」（公認会計士法27条、52条、弁理士法30条、80条、宅建業法45条、83条1項3号）、「業務上取り扱った事件について知ることのできた秘密」（司法書士法24条、76条））。

2号・職務基本規程27条1号「その協議の程度及び方法が信頼関係に基づく」と認められるもの』と同義であると解される¹⁴⁾。職務基本規程23条(守秘義務)と27条、28条(利益相反)は、いずれも「第3章 依頼者との関係における規律」に位置する。また、法25条2号・職務基本規程27条2号の趣旨は、抽象的な相談にとどまる場合は信頼関係ができあがっているとはいえないこと、いわゆる「封じ込め」(唾付け事件)を解放することに求められ¹⁵⁾、ABA模範規則1.18条の趣旨¹⁶⁾と同じくする。守秘義務の依頼者は利益相反における依頼者と同義と解するのが相当である。

(ウ) 秘密の範囲

秘密の範囲は、「その業務上知り得たことについて知り得た」人の秘密(刑法134条)、「その職務上知り得た」秘密(弁護士法23条)、「依頼者について職務上知り得た」秘密(職務基本規程23条)である。その内容については、後記(3)ウのとおりである。

利益相反については、弁護士の職務のほか、弁護士登録前の職務について対象となる場合がある(弁護士法25条4条、5条、職務基本規程27条4号、5号等)。

(エ) 禁止行為

禁止される行為は、秘密の開示(「漏らした」)である(刑法134条、弁護士法23条)。職務基本規程23条によれば、秘密開示のほか秘密の「利用」も禁止行為に含まれる¹⁷⁾。

(オ) 同意

依頼者の承諾は守秘義務の解除事由となる(刑法134条と職務基本規程23条「正当な理由」、弁護士法23条「法律に別段の定め」)¹⁸⁾。

14) 日本弁護士連合会弁護士倫理に関する委員会編「注釈弁護士倫理[補訂版]」(1996年) 87頁、尾関・松本48頁

15) 条解220頁、解説83頁

16) 前掲注5

17) 条解169頁、解説60頁

18) 解説62頁、手賀52頁、樋口亮介「秘密を侵す罪」(西田典之ほか編「注釈刑法(2)」、2016年)320頁、条解169頁

利益相反については、依頼者等の同意が免責事由かどうかは規定により異なる（弁護士法25条、職務基本規程27条、28条等）。

エ 以上のとおり、各国において、守秘義務と利益相反回避義務は重なり合う。いずれも依頼者を基点にする。そこで、本稿で整理してきた利益相反における類型化と対比しつつ、守秘義務の検討を試みる。

（3） 私見（秘密の主体及び範囲について）

ア 刑法134条、弁護士法23条及び職務基本規程23条においては、「秘密」の意義について、依頼者の秘密に限定する説（限定説）と限定されない説（非限定説）の対立がある。

秘密の主体及び範囲についての私見は、以下のとおりである。

イ 秘密の意義

秘密とは、一般に知られていない事実であって、本人が特に秘匿しておきたいと考える性質の事項と一般人の立場から見て秘匿しておきたいと考える性質を持つ事項の双方をいう。秘密には、秘密事項に加え、秘匿の主観的利益または秘匿の客観的利益が必要である^{19, 20)}。

秘密は、前述の守秘義務の趣旨に基づき、重要な価値を有する法的利益である。秘密の開示または利用は、正当な理由がない限り違法である。秘密保持義務のみならず秘密保持の権利が保障され（弁護士法23条）、制度的保障として証言拒絶権や押収拒絶権（民事訴訟法197条1項2号、刑事訴訟法105条、149条）

19) 大阪地裁平成21年12月4日判決（判示2105.44）、条解168頁、解説55頁、Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB Strafgesetzbuch Kommentar 5.Auflage2021, 1505, 刑法134条の秘密の利益性の意義について学説上諸説（主観説、客観説、主観かつ客観とする折衷説、主観または客観とする説）がある（矢野直邦「判批」『最高裁判所判例解説刑事篇平成24年度』（法曹会、2015年）108頁）。

20) 手賀51頁によれば、「誰に関する情報・誰から得た情報が問題なのではなく、誰に対する関係で守秘義務を負うか、すなわち、守秘義務は誰の利益・信頼を保護するかの問題と捉えるべきである」とする。溝口敬人「守秘義務は誰に対して負う義務か」（高中・石田）57頁は「この視点は慧眼である」とする。本稿は、この視点に大きく依拠する。

等が定められる²¹⁾。

それ以外のプライバシーの利益は、特別法によらない限り²²⁾、より劣位にある。同意なきプライバシー侵害は、直ちに違法とはならない。プライバシー侵害が私法上違法となるのは、その事実を公表されない法的利益とこれを公表する理由とを比較衡量し、前者が後者に優越する場合である²³⁾。

ウ 守秘義務が課される職務（秘密の範囲）

弁護士法3条1項によれば、弁護士の職務には依頼者を措定する職務と依頼者を措定しない職務を含む²⁴⁾。刑法134条の「業務」、弁護士法23条の「職務」は、弁護士法3条1項の「職務」と別異にする理由はないから、依頼者を措定しない職務を含むと解される。

依頼者を措定しない職務の場合、依頼者の秘密は観念できない。しかし、それ故に守秘義務の範囲から除外されるものではない。

ドイツでは、弁護士は、助言や代理以外の二次的な職業活動について、守秘義務を負う場合がある。米国では、中立の第三者について、ABA模範規則に守秘義務の定めはないが、個別の倫理規定により当事者に対して守秘義務を負う。

秘密が重要な価値を有するのは、その主体が依頼者に限られるものではない。例えば、国家公務員の場合、現職中であると退職後であると問わず「職員が職務上知ることのできた秘密を漏らしてはならない。」と定められ、それに違反したときは罰則が科される（国家公務員法100条、109条12号）。地方公務員

21) 解説55頁、手賀48頁注10参照。

22) 例えば、個人情報がプライバシーと重なるとき、要配慮個人情報（個人情報保護法2条3項）や個人情報データベース等不正提供等罪（同法179条）など同法により強い保護ないし規制がなされる。

23) 最判平6.2.8民集48.2.149、最判平15.3.14民集57.3.229、最判令2.10.9民集74.7.1807

24) 前号58、63、65頁。なお、弁護士会の会務活動は、弁護士の職務（弁護士法3条1項）にはあたらない（条解168頁、解説58頁）。しかし、会務活動のうち、一般の法律事務を行う場合（例えば、弁護士会紛争解決センターのあっせん人や仲裁人など）、弁護士の職務（弁護士法3条1項）にあたる。

の場合も同様の規定がある（地方公務員法34条、60条2号）。この趣旨は、個人情報、法人情報またはプライバシーの保護はもとより、行政の適正な遂行のために名宛人を職員として課せられるものである。秘密とは一般に知られていない事実であって、それを漏らすことにより、特定の法益を侵害するものをいい、この場合の特定の法益には公的なものと私的なものが含まれる²⁵⁾。また、民事調停委員や家事調停委員の場合、在職中であると退職後であると問わず、評議の秘密及び「職務上取り扱ったことについて知り得た人の秘密」につき守秘義務が課せられ、その違反には罰則が科せられる（民事調停法37条、38条、家事事件手続法292条、293条）。この趣旨は、調停手続の公正な運営を保護するとともに、当事者や関係者の秘密を保護するものである。公務員や調停委員の場合、弁護士の守秘義務が本来依頼者との信頼関係を基礎とする場合と異なり、業務の適正な遂行という行政目的や手続運営が保護法益として重視され、それにより、当事者や関係者の秘密が重要な価値を有する法的利益とされる。したがって、依頼者を措定しない職務については、業務や秘密の意義・要件を「依頼者」や「信頼関係」に関連させて限定解釈するものではない。

弁護士が依頼者を措定しない職務につくとき、依頼者に対する誠実義務、忠実義務及び守秘義務を観念できない。しかし、依頼者以外の秘密が重要な価値

25) 吉田耕三、尾西雅博「逐条国家公務員法〈題二次全訂版〉」（2003年）913頁。公務員の守秘義務の趣旨や保護法益については、大田直史「秘密を守る義務」（「別冊法学セミナー」№241新基本法コンメンタール地方公務員法」2018年）160頁参照。その秘密は職務上知り得た非公知の事項であって、実質的にもそれを秘密として保護に値すると認められるものをいい（昭和52年12月19日最決刑集31.7.1053、昭和53年5月31日最決刑集32.3.457）、職務上の秘密（民事訴訟法220条4号ロ）には私人との信頼関係が損なわれ、公務の公正かつ円滑な運営に支障を来すこととなるものも含まれる（平成17年10月14日最決民集59.8.2265）。職務上の秘密に属するかを判定するには、非公知性、要保護性、当該公務員の所掌事務に属するか、私人の秘密かなどの要素を考慮する（松浦馨＝加藤新太郎「公務員の尋問」兼子一原著『条解民事訴訟法・第2版』、2011年、1086頁、加藤「文書提出義務」同1201頁）。調停委員の守秘義務についても秘匿利益を要件とする（内田文昭「評議の秘密を漏らす罪」「人の秘密を漏らす罪」（石川明、梶村太市編「注解民事調停法〔民事調停規則〕【改訂】、1993年、467頁）。

を有する法的利益であることを観念することができる。その場合の弁護士の誠実義務（弁護士法1条2項）は、当該職務に求められる高度な善管注意義務であり、当事者や関係者の秘密を保持する義務を負う。依頼者を指定しない職務が弁護士の職務（弁護士法3条1項）であれば、刑法134条の「業務」、弁護士法23条の「職務」にあたる。

エ 秘密の主体

弁護士法23条及び刑法134条は、条文上秘密の主体を限定していないこと、依頼者を指定しない職務について適用されることからすれば、依頼者以外の者の秘密を含むと解される。その意味において、非限定説が妥当である。

しかし、弁護士の職務について依頼者を指定する職務と依頼者を指定しない職務に分けると、弁護士法23条及び刑法134条の「秘密」の主体は、依頼者を指定する職務については依頼者の秘密に限定され（限定説）、依頼者を指定しない職務については依頼者でない者の秘密が対象となる（非限定説）。職務基本規程23条が「第3章 依頼者との関係における規律」に位置づけられ、「依頼者について職務上知り得た秘密」を対象とするのは、依頼者を指定する職務について限定説を採用するものである。

すなわち、弁護士法23条と刑法134条は、弁護士の依頼者を指定しない職務についても適用範囲とし依頼者以外の者の秘密を対象とするから、条文の文言上秘密の主体について限定を付していない（限定を付すことができない）。他方で、弁護士の依頼者を指定する職務については、秘密の主体は依頼者に限定解釈されるが、それを下位規範である職務基本規程23条により具体化している。弁護士法に違反するとき、下位規範である職務基本規程にも違反するが、依頼者を指定しない職務についての守秘義務違反は、職務基本規程5条、6条違反となる。このようにして、弁護士法3条1項、弁護士法23条、刑法134条及び職務基本規程23条を矛盾なく統一的に解することが可能となる。

以下では、依頼者を指定する職務と依頼者を指定しない職務とを分けて検討を加える。利益相反の場面では、前者は【類型A：双方型】、後者は【類型B：非双方型】に位置づけられる。

オ 依頼者を措定する職務の場合（利益相反の場面では【類型A：双方型】）

依頼者を措定する職務の場合、守秘義務の趣旨に照らせば、定型的類型的に、依頼者の秘密に限定される（限定説）。

無限定に依頼者以外の第三者の秘密を保障すると仮定する場合、依頼者による依頼の実質を失わせ、依頼の趣旨に背く。依頼者本人が適法に自己または第三者の秘密を開示・利用することができる場合であっても、依頼を受けた弁護士が第三者に関する情報を開示・利用することを制限されるという矛盾が生ずる²⁶⁾。弁護士は第三者の同意を得るか、または、同意以外の正当理由を探さなければならなくなる。秘密は重要な法的利益であるから、依頼者に対する誠実義務（重要な価値）との間で比較衡量をする必要が生じ、依頼者に対する報告義務等誠実義務は相当程度制限される。秘密の私的利用を防ぐことを趣旨とする利益相反規制について、依頼者と第三者とを統一的に取扱おうとすると混乱しかねない。秘匿利益のある秘密とその他のプライバシーの区別や価値序列が曖昧となるし、弁護士の依頼者に対する誠実義務ないし相手方に対する独立性は脆弱となり、萎縮の効果が生じる。したがって、限定説が妥当である。

これに対して、秘密の主体は限定されないとする見解（非限定説）は、その論拠として、平成24年2月13日最決（刑集66.4.405）を挙げる²⁷⁾。同最決は、家庭裁判所から少年事件における少年の精神鑑定を命ぜられた精神科医が、貸し出しを受けていた捜査記録等をジャーナリストに閲覧させるなどした事案について、秘密漏示罪（刑法134条1項）の成立を認めたが、刑法134条1項の「人の秘密」には、鑑定対象者本人の秘密のほか、同鑑定を行う過程で知り得た鑑定対象者本人以外の者の秘密も含まれるとする。同最決の評価をめぐって、今なお限定説、非限定説などの見解が対立する。同最決は、「本件のような」とされ、事例判例である。同最決は、依頼者（患者）を措定しない職務について²⁸⁾、同条の「業務」にあたること、その場合の同条の「秘密」は依頼者以外

26) Henssler, in Henssler/Prütting, a.a.O. 274, 樋口318頁参照。

27) 解説59頁、藤川22頁

の者の秘密であること(非限定説)を判断したものである。少年審判手続の公正な運営を保護するとともに、当事者や関係者の秘密を保護するものである。依頼者を指定する職務についてまで、非限定説を採用したものではない。

弁護士の非違行為について、守秘義務の対象から外れる場合、次に、プライバシー侵害が検討事項となる^{29,30)}。弁護士によるプライバシー侵害その他情報の取扱いについては、情報の取得、管理及び開示にわたり、私法上も弁護士法上も、一般不法行為の判断基準による以上に、プライバシーが公表されない法的利益とこれを公表する理由との比較衡量などが厳格に適用される³¹⁾。弁護士が非公知情報を慎重に取り扱うべきことは、秘匿利益ある秘密に限らず、より

28) 平成24年最判は、医師としての典型的な業務である患者(依頼者)本人の診療ないし医療に直接かかわる医行為に限定されないことを判断した(矢野101頁、甲斐克則「医療情報の保護と利用の刑事法的問題点」(「刑事法・医事法の新たな展開(下)」町野朔先生古稀記念、2014年)74頁、東山太郎「刑事法研究439」警察学論集66.1(2013年)157頁)。裁判所から鑑定を委嘱される場合、依頼者(患者)は指定できない。弁護士が裁判所により指定ないし決定した鑑定人である場合(民事訴訟法213条、刑事訴訟法169条)、職務基本規程79条、80条にいう裁判所からの「委嘱」であるが、裁判所(国)は事件の「依頼者」ではない。判断権者であり手続主宰者である裁判所から委嘱された鑑定人は、調停委員弁護士と同様、中立公正な裁判所による裁判の一翼を担う中立の第三者と位置づけられる(ABA模範規則2.4コメント1参照)。

29) 大阪高裁平成19年9月28日判決(判タ1272.273)は、守秘義務違反を否定した上で、プライバシー違反を検討する。

30) 日弁連綱紀委員会平成25年2月20日議決(議決例集第16集111頁)、日弁連綱紀委員会平成25年7月9日議決(議決例集第16集205頁)、日弁連綱紀委員会令和3年5月19日議決(議決例集第24集132頁)及び日弁連懲戒委員会平成22年12月13日議決の反対意見(議決例集第13集134頁)はいずれもプライバシーを問題とする。これに対して、日弁連綱紀審査会平成23年11月16日議決(議決例集第14集155頁)は、離婚事件の相手方勤務先に事件に関するメールを送信することは弁護士法23条違反にあたるとするが、第三者のプライバシーは、同条の秘密にあたらないから、反対である。

31) 前掲日弁連綱紀審査会平成23年11月16日議決は、「弁護士は、事件当事者の人権(名誉)を侵害することがないよう細心の注意を払う義務を負っている。」「確かに、弁護士による法律が定める手続以外の任意の証拠収集を禁じる理由はないが、証拠収集の必要性及び相当性を備えない場合にまで自由になし得るものではない。」として、誠実義務を念頭に置いている。

劣位にあるプライバシーにも要求される。いわゆる相手方に対する配慮義務が妥当する³²⁾。米国ではABA模範規則8.4条(g)³³⁾、ドイツではBRAO43条a(3)項³⁴⁾などにおいて個別条項として明文化されている。日本ではいまだ個別条項が設けられていないため、弁護士法1条2項の誠実義務や職務基本規程5条、6条の解釈適用が問題とされる。弁護士自治に不可欠な弁護士倫理の正当性を確保するために外部不経済を内部化する必要性や、弁護士活動の萎縮的效果を回避する観点から³⁵⁾、米国やドイツのように個別具体的な条項を設けるの

32) 石田京子、高中正彦、植田正男、西田弥代「相手方に対する配慮義務」（高中正彦・石田京子編『新時代の弁護士倫理』2020年）150頁。加藤146頁は、すでに平成18年の時点で指摘している。

33) ABA模範規則8.4条（非行）「以下の行為は、弁護士の職務上の非行にあたる。(g)（第1文）弁護士が、職務に関連して、人種、性別、宗教、国籍、出自、障害、年齢、性的指向、性自認、婚姻関係、社会経済的地位による嫌がらせや差別であることにつき悪意または過失に基づき関与すること。」

34) BRAO43条a(3)項「弁護士は、職務にあたり客観性に欠ける行為をしてはならない。特に、他の当事者や訴訟手続に関連のない意図的に虚偽事実を流布したり誹謗中傷することは客観性に欠ける行為である。」。第三者のプライバシー侵害は不法行為以外に、客観性の要件（BRAO43条a(3)項）と民事上及び刑事上の名誉保護によりさらなる制限が課される（Henssler, in Henssler/Prütting, a.a.O.270）。

35) 経済学的観点ではあるが、弁護士と依頼者との委任契約（取引）において、弁護士が依頼者に対する誠実義務やその権利追求を強調する余り、違法・不正に、相手方や第三者に損害を与える事態になることが想定されるが、そのような場合私法上の個別救済だけにとどまるならば、畢竟その均衡は弁護士の独立性・客観性がなし崩し的に損なわれる事実状態となること（市場の失敗）が想定され、弁護士倫理に対する国民の信頼は毀損されて弁護士自治が危機に瀕するおそれがある。ここに（弁護士と依頼者との委任取引に着目した上での）外部不経済を内部化する観点から、弁護士法制において相手方や第三者に対する損害回避義務を規定する必要がある。その理論的根拠は、誠実義務（弁護士法1条2項）の内在的制約、品位保持義務（弁護士法2条、職務基本規程6条）に求められ、あるいは誠実義務（弁護士法1条2項）が第三者に対する一般的損害発生回避義務を内包すると構成すること（加藤「弁護士役割論[新版]」2014年、361頁）に求められることができる。とはいえ、相手方に対する配慮義務について抽象的な規定にとどめると、相手方や第三者（国家を含む。）が弁護士の適正な活動に対して攻撃が加える余地を与えたり、萎縮的效果を及ぼすこととなり、かえって弁護士の独立性・客観性を損なうから、個別具体的な条項を規定する必要がある。

が適当である。しかし、日本の弁護士法制は沿革的に改正が行われづらい傾向にあるから、それを踏まえて時代の変化に順応していくには、一般条項である弁護士法1条2項や職務基本規程5条、6条を類型化してその適用範囲を画するのが相当といえる。

以上のとおり、依頼者を指定する職務の場合、依頼者の秘密に限定される。

(ア)「依頼者」の拡張

依頼者を指定する職務の場合、秘密の主体を依頼者にとどまらず第三者に拡張するには法令及びその解釈により守秘義務が定められていることを要する。

例えば、公益通報対応業務従事者の守秘義務（公益通報者保護法12条、21条）が挙げられる^{36, 37)}。弁護士が第三者の秘密について守秘義務を負うとき、弁護士の依頼者に対する誠実義務は、比較衡量により制限される。弁護士の依頼者に対する報告義務は制限され、あるいは情報管理について依頼者を統制すべきこととなる。

これに対して、戸籍謄本や住民票写しの職務上請求（戸籍法10条の2第3項、同条第4項1号、同条第5項、住民基本台帳法12条の3第2項、20条4項）や弁護士会照会制度（弁護士法23条の2）³⁸⁾の場合において、弁護士は依頼者に準じて守秘義務を負うとする立場（折衷説）がある³⁹⁾。起訴状、証拠開示等における個人特定情報の秘匿措置（刑事訴訟法271条の7、295条5項、299条の7）や検察官による証拠開示（刑事訴訟法281条の3乃至281条の5）⁴⁰⁾も同様にあてはまると思われる。これらは、弁護士の守秘義務を明示するものではないが、弁護士に対して不正取得、不適正な管理、目的外使用が禁じられる点で、第三者の秘密が保障される場合の法的効果と近似する。しかし、これらの場合

36) 改正公益通報者保護法12条、21条によれば、公益通報対応業務従事者または従事者であった者は、公益通報対応業務に関して知り得た事項であって公益通報者を特定される事項につき守秘義務を負い、同法11条2項法定指針第4.2.(2)によれば、会社は範囲外共有の防止、通報者探索の防止などの措置をとることを義務づけられる。

37) ドイツでは、「弁護士が依頼者から第三者の秘密窓口としての役割を委託されることは珍しくないが、第三者が実質的かつ意図的に弁護士に接触する場合、第三者に対して守秘義務が拡張される」とする見解がある（Henssler, in Henssler/Prütting, a.a.O.274）。

は直裁に適正管理等の義務違反の違法や非行を問題にすれば足りる。むしろ弁護士守秘義務が明文化されていないにもかかわらず、これらを秘密の主体に含めると、守秘義務の適用範囲を拡張、類推し、畢竟刑法の適用を緩和するおそれがあるから賛同しがたい。この場合は、相手方に対する配慮義務の範疇であるとして、職務基本規程5条、6条の問題とすべきである^{41, 42, 43)}。

以下では、「依頼者」検討事例として、成年後見人、公益通報担当窓口、第

38) 弁護士法23条の2に基づく照会制度は、「弁護士が受任事件について、訴訟資料を収集し、事実を調査する等その職務活動を円滑に執行処理するために設けられた規定であって、弁護士が基本的人権を擁護し社会正義を実現することを使命とすることに鑑み、右照会の制度もまた公共的性格を有し、弁護士の受任事件が訴訟事件となった場合には、当事者の立場から裁判所が行う真実の発見と公正な判断に寄与するという結果をもたらすことを目指すもの」とされる（条解172頁）。弁護士会照会制度については、各弁護士会に規則等が定められ、弁護士は照会申出をするには事件を受任していなければならない、また、目的外使用は禁じられる（例えば、東京弁護士会照会手続申出規則9条、同会照会申出審査基準細則4条）。

39) 解説59頁、加藤125頁、手賀50頁

40) 刑事記録の目的外使用は、罪証隠滅、証人威迫、関係者の名誉・プライバシーの侵害、国民一般の捜査への協力確保の困難化等の弊害が拡大するおそれが大きく、また、これを許すと事実上証拠開示の範囲が狭くなるおそれがあるからである。刑事訴訟法281条の3によれば、弁護人は開示証拠に係る複製等を適正に管理し、その保管をみだりに他人にゆだねてはならないが、「他人」には被告人も含まれる（松尾浩也監修「条解刑事訴訟法・第5版」（2022年）616、617頁）。

41) 職務上請求に関する議決例として、以下が挙げられる。日弁連懲戒委員会平成25年10月15日議決（議決例集第16集102頁）は、不正手段等により戸籍等の交付を受けたことを非行にあたるとする。日弁連懲戒委員会平成28年4月11日（議決例集第19集24頁）は、事実と異なる利用目的を記載して戸籍謄本を取得したことを非行にあたるとする。日弁連綱紀委員会平成28年12月21日議決（議決例集第19集86頁）は、弁護士が職務上請求によって取得する戸籍等の情報の取扱いには十分留意することが必要であり、依頼者に開示する場合においては、その開示の必要性の有無、程度を慎重に検討した上でなされなければならないとする。

42) 弁護士会照会に関する議決例として、弁護士会照会によって得た診療情報を依頼者に開示するに当たり、目的外使用されないよう特に注意を払う必要があったにもかかわらず、依頼者が目的外使用することを防ぐための措置を講じなかったとして非行が認定された事例がある（自由と正義2019年）。

三者委員会委員の順に、検討する。

(イ)「依頼者」検討事例1(成年後見人の場合)

利益相反の場面では【類型A：双方(代理)型】【類型X②：依頼内容型】⁴⁴⁾である。

前掲日弁連懲戒委員会平成25年2月12日議決【整理No.B-1】は、成年後見人の職にあった者が一部相続人の代理人となり活動した場合に非行に該当するか否かについて問題とされる場合として、「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、一部相続人からの受任が、それを隠匿する等の目的である場合。」(以下「論点①」という。)、及び「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ような場合。」(以下「論点②」という。)を挙げる。

その後、日弁連懲戒委員会平成26年1月14日議決(議決例集第17集3頁)【整理No.B-3】は、成年後見人弁護士が推定相続人である相手方を被告として同人が成年被後見人名義の不動産の賃料収入を横領しているとしてその返還を求める訴訟を提起したが、成年被後見人の死後、相続人間の紛争において一部相続人を代理して相手方に対して同じ争点の訴訟を提起したという事案において、原弁護士会懲戒委員会が利益相反にあたらないとした上成年後見人の職務の公正を疑わせると思われる事情があるとはいえないなどとして非行を否定した判断を相当とした。

また、日弁連綱紀委員会平成26年5月21日議決(議決例集17集111頁)【整理No.B-4】は、成年後見監督人弁護士が成年後見人から相談を受けて指導し

43) 検察官による証拠開示に関する議決例として、議決例集第25集52頁は、原処分(戒告)の審査請求を棄却した事例である。原処分によれば、刑事訴訟法281条の4第1項にいう目的外使用とは認められないとされたが、刑事弁護活動における最善弁護活動を踏まえ刑事弁護活動を萎縮させないよう慎重に判断する必要があるとしても、秘密及びプライバシーに関する情報の保護について配慮した形跡は全く認められないとして、職務基本規程18条及び開示証拠の複製等の交付等に関する職務基本規程4条1項に違反するとされた。

44) 前号57頁

た家賃清算の請求案件について、成年被後見人の死後、相続人の1人が成年後見人であった相続人に対し家賃の清算を請求する支払督促命令申立事件において同人から受任をしたという事案であるが、原弁護士会懲戒委員会が非行を否定した判断を相当とした。同懲戒委員会は、利益相反にあたらないとしたが、成年後見監督人の場合成年後見人よりもその職務の公正さがより強く要求されるべきと考えられるから、成年被後見人の死後原則として相続人の一方との受任関係に立つことは相当でないとした上で、成年後見監督人として指導した範疇であること、支払督促命令申立事件が印紙不納付により却下されて実質審理が行われなかったことなどの事情から非行を否定した。

成年後見人や成年後見監督人に関する各議決【整理 No.B-1】【整理 No.B-3】【整理 No.B-4】では、いずれも利益相反は否定されたが、公的な職務（司法または公的な管理下で与えられた職務）に対する信頼確保という視点が重視され、在職中の職務の適正の有無（論点①）及び終了後の守秘義務違反の有無（論点②）が問題とされる。

論点②の法的構成について、成年後見人は、依頼者である成年被後見人に対して守秘義務を負うから、同人の死後でも、その明示または黙示の同意その他解除事由がない限り、守秘義務は解除されないことを表したものと解される。これとは別の法的構成として、以下の2つが想定される。第1に、推定相続人が成年後見人弁護士の公的職務であることを信頼して情報を提供したことから推定相続人の秘密が保障されるという構成である。しかし、成年後見人は裁判所の監督の下で成年被後見人のために誠実義務を負う。成年後見人は推定相続人に情報提供の協力を求めるにすぎず、委任契約に基づき情報提供を受ける関係に立つものではない。よって、推定相続人の秘密は保障されない。第2に、秘密が相続人に相続されるという構成である⁴⁵⁾。しかし、親族と一線を画する依頼者は秘密が相続されるという一般論を到底承知しないであろう。また、相

45) 手賀寛「依頼者の死亡と弁護士の証言拒絶権」（高橋宏志先生古稀祝賀論文集『民事訴訟法の理論』（2018年）561頁参照。

続対象となるには、秘密のうち財産的利益にかかわるものに限定されようが、人格的利益にかかわる秘密部分とを取り分けることは事実上困難である。秘密の相続という法的構成は、賛同しがたい。

非行が否定された事例では、成年被後見人本人の明示・黙示の同意（成年被後見人の生前中の争点と死後の争点が同一である。）、または開示行為不存在（実質審理が行われなかった。）を根拠としていえると考えられる。しかし、事後評価として非行の認定は微妙であり、行為時にその適否を見通すことは極めて困難でリスクを伴う。

成年後見人または成年後見監督人の職にあった者が一部相続人の代理人となり相手方相続人と対峙する場合、利益相反にあたらないとしても、公的職務の信頼毀損の視点は、終了後成年被後見人に対する守秘義務違反として問題となる。

（ウ）「依頼者」検討事例2（公益通報窓口担当弁護士の場合）

前掲日弁連懲戒委員会平成21年10月26日議決（議決例集第12集125頁）【整理 No.C-1】は、公益通報者保護法に基づくヘルプライン担当弁護士が通報者の実名を本人の承諾なく若しくは適正な承諾手続きを経ずに雇用者に通知したとして、弁護士の秘密保持義務違反（弁護士法23条、職務基本規程23条）が問われた事例である。

公益通報者保護法は、2022年改正により公益通報対応業務従事者に守秘義務違反の罰則が設けられ（同法21条）、範囲外共有の防止の措置が定められた（法定指針第4.2.(2)）。改正前に罰則規定等はなかったが、2004年に成立した公益通報者保護法では、衆参両院の附帯決議をうけて公益通報者の個人情報について秘密保持を徹底する旨の各種ガイドラインが策定された⁴⁶⁾。前掲平成21年日弁連懲戒委員会議決【整理 No.C-1】は原弁護士会懲戒委員会議決の認定と判断を支持したが、同議決は「ヘルプライン担当弁護士は、通報者との関係

46) 消費者参事官室「逐条解説・公益通報者保護法〔第2版〕」（令和5年）4頁、山本隆司、水野勇一郎、中野真、竹村知己「解説改正公益通報者保護法」（2021年）57頁、

で直接委任契約関係に立つものでないため、通報者は『依頼者』に該当しないが、弁護士の秘密を保持する権利は、弁護士の職業に対する信頼の基盤であるから、知り得た秘密には、依頼者またはこれに準ずるものから話された秘密を含むと解すべきであり、殊にヘルプラインは、相談者である弁護士によって通報者の匿名性が保持されることを前提とするものであり、公益通報者保護法の根幹となるものである。」と判断した。

公益通報の担当弁護士は、利益相反の場面では、【類型A：双方型】【類型X②：依頼内容型】（委任内容における中立公正さ）に位置付けられる。

この類型の場合、委任内容における中立公正さをもって利益相反が導かれるものではない。しかし、情報提供者からみると、依頼者が会社であることと職務内容が中立公正であることを截然と分けして認識することは難しい。当該弁護士の立場や職務内容は、党派的であるか非党派的であるか紛らわしく誤解をするおそれ大きい。当該弁護士は、情報提供者がその立場を正しく理解することができるようにするため、情報提供者に対し、依頼者（会社）、職務内容及び情報の取扱いについて事前説明をして理解を得ておく（インフォームド Consent）必要がある。

他方、公益通報の担当弁護士は秘密保持義務を負う。弁護士は情報提供者の真意に基づく同意がない限り、情報提供者の秘密について依頼者（会社）に対する報告義務を制限され、あるいは、情報管理について依頼者を統制すべき義務を負う。

上記原弁護士会懲戒委員会議決によれば、「ヘルプライン担当者は、通報者の個人情報について秘密保持義務を負うのが原則であって、『承諾』を得た時に例外的に雇用者に対して通報者の実名通知が出来るのであって、通報者が『承諾』する手続は厳格に運用されなければならない。綱紀委員会が認定したとおり、通報者はさまざまな心情から通報してくるものであり、通報者において、通報者が誰であるか雇用者に知られたとしても『不利益処分が課される恐れがない』と判断していたとしても、冷静に判断したときその判断が誤りである場合があり得る。担当弁護士は、単に形式的に通報者の承諾を取り付けるだけで

はならず、実名通知をした場合予想されるリスクについて、通報者が十分理解していることまで確認することを要すると解すべきである。すなわち、ヘルプライン担当者は、通報者に対して、不利益性の説明を十分にしたうえで、承諾を得なければならない。したがって、ヘルプライン担当者は、通報者が公益通報者保護法によって通報者の匿名性が保護されている趣旨を真に理解したうえで、通報者の自発的かつ真意に基づいた明確な『承諾』でなければ、例外的な実名通知をすることは出来ないのである。」とされる。

このように、公益通報窓口担当弁護士の場合、同一事件において会社側の代理人となることは、利益相反にあたらないとしても、職務内容の中立公正さの信頼毀損は、守秘義務違反に問われる場合がある。

(エ) 「依頼者」検討事例3(第三者委員会委員や責任調査委員会委員の場合)

第三者委員会の場合、法律や条例(地方自治法138条の4第3項、いじめ防止対策推進法14条3項など)に基づき、委員に守秘義務が課されているかどうかは当該規定による。

法令に定めがない場合、第三者委員会委員は、日弁連2010年12月17日改訂「企業等不祥事における第三者委員会ガイドライン」に沿うかどうかにつき会社と委任契約を締結するから、その権利義務関係は委任契約の内容による。利益相反の場面では【類型A:双方(代理)型】【類型X②:依頼内容型】である⁴⁷⁾。利益相反が否定されとしても、情報の取扱いは、慎重を期すべきである。

情報の取扱いについて、第三者委員会ガイドラインに沿う場合を検討する。同ガイドライン第2.4.によれば、「資料等の処分権」として「第三者委員会が調査の過程で収集した資料等については、原則として、第三者委員会が処分権を専有する。」と定める。その趣旨として「調査中であれば調査終了後であれ、これらの資料等が企業等に提供されて従業員の処分や人事評価等に使用されることとなれば、調査対象者の第三者委員会に対する信頼性が失われ、調査への協

47) 34号73頁

力を得ることが困難になり、ひいては不祥事の実態を究明するという第三者委員会の目的が損なわれることになる。」「仮に企業等から調査の過程で収集した資料等の提出を求められても第三者委員会はこれを拒否することができる。」とされる。他方で、「第三者委員会は、その判断で、収集した資料等を企業等に提供することも可能である」「ただし、このような可能性がある場合には、調査に際してあらかじめ調査対象者にその旨を告知しておくことが必要であろう。」とされる⁴⁸⁾。これによれば、第三者委員会委員は調査対象者に対して守秘義務を負うものではない。委員は職務内容が中立公正である条件のもとで依頼者（会社）のために誠実義務を負い、そのために調査対象者に情報提供の協力を求める。調査対象者は第三者委員会委員に対して法的な情報提供義務を負う関係に立たないし、また、調査対象者に対する不利益な扱いの禁止は担保されていない。第三者委員会は情報の処分権を専有するが、情報提供者の秘密が保障される基盤はない。

第三者委員会委員が調査対象者に対して守秘義務を負わないとしても、プライバシー侵害その他情報の取扱いについては、検討する必要がある。例えば、第三者委員会委員が調査対象者に対しことさらに秘密保持を約束するなどしてその旨誤信させ情報提供を受けたとすれば、情報を不正取得した責任を問われることがあり得る。その点で、第三者委員会委員は、調査対象者に対して、委員の立場や職務内容のほか、提供される情報の取扱いについて事前に的確な説明をして了解を得ておく必要がある。

責任調査委員会委員（第三者委員会ガイドラインに必ずしも沿うものではない）についての前掲最決【整理 No.A-1】は、「相手方においても、本件責任調査委員会の名称及び設置目的並びに本件記載に照らし、本件責任調査委員会が、原告人のために上記の調査等を行っており、事情聴取の結果が、原告人の相手方に対する損害賠償請求訴訟において証拠として用いられる可能性があ

48) 國廣正「第三者委員会の独立性、中立性」(日本弁護士連合会弁護士業務改革委員会編『企業等不祥事における第三者委員会ガイドライン』2011年) 69頁

ることを当然認識していたというべきである。」として、元役員の法律相談に等しいとはいえないなどした。前掲最決によれば、責任調査委員会委員の依頼者は会社であり、元役員である調査対象者を依頼会社による責任追及の相手方と位置づけた上で実施するものであるから、利益相反にはあたらないし、調査対象者の提供する情報の取扱いについて事前説明がされているから、守秘義務違反にもプライバシー侵害にもならない。

以上のとおり、第三者委員会委員や責任調査委員会委員の場合、同一事件において会社側の代理人となることは、利益相反にあたらないとしても、職務内容の中立公正さの信頼毀損という視点について、情報の入手、管理及び開示・利用についてその適正さが問題となる。

カ 依頼者を指定しない職務の場合（利益相反の場面では【類型 B：非双方型】）

（ア）公務や中立公正な職務については、秘密の主体は依頼者ではない（非限定説）。

利益相反の場面では、【類型 B：非双方型】のうち、【類型 Y ①：規定型】は、調停委員ほか中立の第三者を対象とし、【類型 Y ②：非規定型】は、破産管財人、遺言執行者など利害関係人間中立公正義務を対象とする⁴⁹⁾。

以下では、各職務において、個別の守秘義務規定がある場合と規定がない場合とに分けて検討する。

（イ）個別の守秘義務規定がある場合

中立公正な職務のうち、個別に守秘義務に関する規定がある場合、弁護士の職務であれば、弁護士法制と刑法が適用される。

調停委員は、任務中及び終了後において、評議の秘密のほか、「その職務上取り扱ったことについて知り得た人の秘密」につき守秘義務を負い、その違反には罰則が科される（民事調停法 37 条、38 条、家事事件手続法 292 条、293 条）。調停委員弁護士は、裁判所から委嘱された法律事務を行うから、弁護士の職務

49) 前号 79 頁

である（弁護士法3条1項）。調停委員弁護士は、依頼者に対する誠実義務を観念することはできず、民事調停法などを遵守すべき高度な善管注意義務を負う。上記調停委員の守秘義務の要件は、弁護士法23条及び刑法134条の要件に重なるから、民事調停委員としての民事調停法上の守秘義務違反は、同時に弁護士として弁護士法23条及び刑法134条が適用される⁵⁰⁾。

仲裁委員やADR手続実施者には、仲裁法に守秘義務の規定はないが、各仲裁機関において仲裁規則により公開手続及び守秘義務が定められる（東京弁護士会紛争解決センター規則5条、JCAA商事仲裁規則42条など）。内規であり罰則はないものの、調停委員と同様、手続の公正な運営の保護が重視され、それにより、当事者や関係者の秘密が保障される。仲裁人弁護士やADR手続実施者である弁護士は、弁護士の職務（弁護士法3条1項）として、弁護士法23条及び刑法134条が適用される。

（ウ） 個別の守秘義務規定がない場合

中立公正な職務のうち、個別に守秘義務に関する規定がない場合はどうか。弁護士の職務であるならば、個別規定がないとはいえ、弁護士法23条、職務基本規程23条、刑法134条の適用を免れない。前記ウのとおり、ここでの秘密は「依頼者」や依頼者との「信頼関係」に関連しないが、職務の適正な遂行が保護法益として重視されて秘密が重要な価値を有する法的利益とされるから、弁護士はその職務の適正な遂行のために守秘義務を負う。したがって、依頼者を指定する職務と異なり、秘密の主体は依頼者に限定されない（非限定説）。「秘密」該当性、「業務上取り扱った」（刑法134条）、「その職務上知り得た」（弁護士法23条）かどうか、「正当な理由」の有無により、その適用が画される。

前掲平成24年2月13日最決は、鑑定人医師の守秘義務違反が問われた事例である。裁判所から委嘱された鑑定人は、中立の第三者として依頼者を指定しない職務であり⁵¹⁾、個別の法令（例えば、医療観察法117条1項3号）以外守

50) 罪数処理としては、特別法は一般法を含んで成立する（内田473頁）。

51) 前記注28

秘義務規定や罰則規定はない。最決は、医師が当該鑑定を行う過程で知り得た人の秘密を正当な理由なく漏らす行為は、医師がその業務上取り扱ったことについて知り得た人の秘密を漏示すると判示し、秘密の主体を限定しない。

破産管財人や遺言執行者は、依頼者を指定されない職務である。破産管財人は、破産者にあてた郵便物等を受け取ったときは開披する権限がある（破産法82）。破産管財人は通信の秘密（憲法21条2項）を制限することによって知り得た破産者や家族のプライバシー等の秘密について善管注意義務としての守秘義務を負い（破産法85条）、弁護士法23条、刑法134条が適用される⁵²⁾。

破産管財人弁護士が守秘義務を負うのは、法律により破産者等の秘密を取得する場合に限らない。弁護士が破産管財人や遺言執行者であるとき、適正な手続や制度を保護するため、職務の過程で知り得た秘密について守秘義務を負う。破産管財人弁護士や遺言執行者弁護士が負う誠実義務（弁護士法1条2項）は、依頼者に対する誠実義務、忠実義務ないし守秘義務を観念することはできないが、利害関係人に対する高度な善管注意義務（民法1012条3項、644条、破産法85条）を内包する。これにより、弁護士の中立公正義務、利益相反回避義務が導かれ、利害関係人の秘密について守秘義務が導かれる。破産管財人弁護士や遺言執行者弁護士が中立公正義務に基づき利益相反回避義務を負うのは、守秘義務違反ないしそのおそれを回避することもその趣旨の一である。

（エ） 適用法条

依頼者を指定しない職務の場合における適用法条は、刑法134条、弁護士法23条であり、職務基本規程5条、6条が適用される。

（4） 類型整理

以上を類型整理すると、下表のとおりである。

52) 条解破産法674頁

		利益相反	守秘義務
依頼者を指定する職務 【類型 A】	依頼者との関係	○弁 25 ①～③等 規程 27 ①～③等	○刑 134、弁 23、規程 23
	第三者との関係	×不適用 (例)【類型 X ②】職務 内容中立公正の場合	×不適用 (例外：法令)
依頼者を指定しない職務 【類型 B】	規定	○弁 25 ④⑤ 規程 27 ④⑤	○刑 134、弁 23、規程 5、6
	非規定	△規程 5、6 (遺言執行者等)	

3 守秘義務違反のおそれは利益相反回避義務を構成するか

守秘義務と利益相反回避義務は重なり合う。いずれも依頼者を基点にし、守秘義務について利益相反における類型化と対比して検討を加えた。しかし、これまで述べてきたとおり、両者の適用範囲や要件は各別に異なる。弁護士に中立公正さが求められるとき、それぞれの適用範囲を踏まえて個別具体的に検討すべきであり、その適用を抽象的に論じるのは危険である。

もっとも、利益相反の目的や趣旨に鑑みれば、守秘義務違反や守秘義務違反のおそれは利益相反回避義務を構成するとの考え方もあり得る。この考え方は、責任調査委員会についての前掲高決【整理 No.A-2】や成年後見人についての前掲網紀委員会議決【整理 No.B-2】に通じるところがある。そこで、最後に、守秘義務違反のおそれが利益相反回避義務を構成するかどうかを検討する。

(1) 各国の制度

ア 米国

ABA 模範規則 1.7 条～ 1.13 条は、利益相反規制を定め、弁護士の忠誠心に対する依頼者の信頼と依頼者の秘密保護を根拠とする。同 1.11 条(c) 項は、弁護士が政府の業務に従事した間に知り得た第三者に関する政府情報を利用することを許さないと定める。秘密情報の利用ないしそのおそれは利益相反の趣旨とされる。

イ EU

CCBE3.2.2条は、弁護士は利益相反が生じた場合、守秘義務違反のおそれがある場合、または独立性が侵されるおそれがある場合、関係する依頼者に対して辞任をしなくてはならないと定め、また、同3.2.3条は、弁護士は以前の依頼者に対して守秘義務違反のおそれがある場合、または以前の依頼者の問題を開示することで新たな依頼者に利益を与える場合、新たな依頼者から受任してはならないと定める。CCBEでは、守秘義務違反のおそれは利益相反禁止の趣旨であるとともに利益相反回避義務の単独要件のようである。

ウ ドイツ

BRAO43条a(4)項、45条などに利益相反禁止の規定が置かれ、守秘義務違反のおそれは、利益相反規制の趣旨の一であるが、単独要件ではない⁵³⁾。旧BORA29条によればCCBEはEUにおける弁護士の国境を越えた弁護士活動を規制する旨規定されたが、CCBEの解釈や法規範性については留保されていたところ、2022年改正によりBORA29条は廃止された⁵⁴⁾。

(2) 日本の場合

日本の場合は、守秘義務違反のおそれは利益相反禁止の単独要件ではない。守秘義務について、弁護士法23条、職務基本規程23条は故意行為を対象とし、職務基本規程18条、19条は過失行為を対象として、いずれも秘密漏示等の結果責任を定める。弁護士法制は守秘義務について秘密漏示・利用の結果を禁止・規制しており、守秘義務違反のおそれという危険責任を定めていない。守秘義務違反のおそれを利益相反回避義務の単独要件とするには解釈上無理がある。

職務基本規程の制定経緯からしてみても、守秘義務のおそれは利益相反の単独要件ではない。職務基本規程は2004年11月に制定されたが、その制定過程において、日弁連倫理委員会は、28条3号として「前2号の外、他の依頼者（過去の依頼者を含む。）に対する秘密保持その他の職務上の法的義務又は自らの

53) Offermann-Burckart, in Henssler/Prütting, BRAO, 4.Aufl.2014.2137

54) Hennin von Wedel, in Harttung/Scharmer, BORA/FAO, 8.Aufl.2022.472, Henssler/Prütting, a.a.O.2323

利害関係により、主張・立証その他の職務行為が制約を受ける明らかなおそれがある事件」とする提案をした。これに対して要件が抽象的すぎて弁護士の活動を萎縮させるとの強い批判を受け、現職務基本規程28条3号と4号に分けた上で「利害関係」を「経済的利益」に限定した⁵⁵⁾。不採用とされた上記条項案は守秘義務違反の具体的危険性を要件としている点で、CCBE3.2.2条、3.2.3条と親和的である。しかし、「守秘義務違反のおそれ」を利益相反の単独要件とする制度は導入されなかった。

弁護士法25条4号の趣旨において、公務員であったときに知った情報を利用して事件処理をすることを防ぐことが指摘されていることや⁵⁶⁾、利益相反発覚後の対応について職務基本規程58条、67条にいう「辞任その他の適切な措置」には守秘義務に留意することが求められていること⁵⁷⁾からすれば、利益相反と守秘義務は密接に関連し合う。しかし、守秘義務違反ないしそのおそれは利益相反禁止の単独要件ではない。守秘義務違反は利益相反とは別個に結果責任が問われる⁵⁸⁾。

【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）

55) 蜂須賀太郎・古田啓昌「利益相反」（前掲森際編）26頁

56) 条解202頁、解説77頁。公務員であったときに知った情報であって、弁護士が業務上知った情報ではなく、弁護士の守秘義務違反ではない点にも留意されたい。

57) 解説78頁

58) 本課題は、推敲の課程において諸氏（肩書略・五十音順）（榎本晃太氏、梶原由紀子氏、高橋良裕氏、南原香氏、森嶋裕子氏）から様々なご助言やご指摘をいただいた。厚く御礼申し上げる次第である。

日本相殺法概観(4)

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（以上、34号）
 - 2 現行規定の規律内容
- 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
 - 2 当然相殺の否定
 - 3 裁判外の相殺の承認（以上、35号）
 - 4 裁判上の相殺
 - (1) 相殺の抗弁
 - (2) 自働債権に関する判断の既判力
 - (3) 重複起訴禁止原則との関係
 - (4) 訴訟における相殺の意思表示の当事者
 - (5) 相殺の時期
 - 5 倒産法上の相殺
 - (1) 破産手続における相殺の態様
 - (2) 相殺に供しうる破産債権者の自働債権
 - (3) 相殺に供しうる破産債権者に対する受働債権
 - (4) 相殺の禁止①—受働債権に関する規律
 - (5) 相殺の禁止②—自働債権に関する規律
 - (6) 相殺の解禁
 - (7) 破産債権者による相殺権の行使
 - (8) 相殺の否認
 - (9) 破産管財人による相殺
 - (10) 再建型手続における相殺（以上、本号）

- 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 法定相殺における効力発生要件—相殺の意思表示（承前）

4 裁判上の相殺

(1) 相殺の抗弁

訴訟手続において相殺を主張するには、原告の請求に対して、被告が原告に対する自己の債権を用いた相殺の意思表示を訴訟外で行い、この事実を訴訟上の抗弁として提出する場合と、被告が口頭弁論において相殺の意思表示を行う場合とがある¹⁾。これらの相殺の抗弁が認容されるには、相殺の対象とされる2つの債権が民法上の相殺適状にあることが必要である。

口頭弁論で相殺の意思表示を行う訴訟上の相殺の抗弁の法的性質については、現在のところ、特段の意思表示がなく、かつ、裁判所の判断を受ける場合に限り私法上の効果を認め、不適法な場合や無意義に帰した場合には、実体法上の効果の残存を否定する旨の条件付意思表示と解されている²⁾。また、主位的には原告の請求権の存否を争いながら、この存在が認定されることを条件とする予備的な相殺の抗弁も認められている³⁾。民法は条件付の相殺の意思表示を禁じているが（民506①後）⁴⁾、上記の条件であれば、予備的な相殺の趨勢を自ら認識できる相手方を不当に不利益な状態に陥らせるおそれがなく、不安定

1) 秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ〔第3版〕』（日本評論社、2022）507頁以下（以下、「秋山ほか・民訴Ⅱ」と引用）、高田裕成ほか編『注釈民事訴訟法第2巻 総則（2）』（有斐閣、2023）627頁〔坂田宏〕（以下、「高田ほか・注民訴2」と引用）。

2) 中野貞一郎『民事訴訟法の論点Ⅱ』（判例タイムズ社、2001）142頁以下・149頁（以下、「中野・論点Ⅱ」と引用）、秋山ほか・民訴Ⅱ・508頁。

3) 秋山ほか・民訴Ⅱ・509頁。

4) 六1.（1）。

な状態は訴訟の終了により解消するため、法律関係を紛糾させることにもならないと説明されている⁵⁾。

なお、被告の相殺の抗弁で自働債権とされる α 債権に対して、原告が訴訟物たる β 債権とは別の γ 債権をもってする相殺の再抗弁は、不適法として許されていない。訴訟上の相殺の意思表示による実体法上の相殺の効果は訴訟外の相殺とは異なり、その意思表示により確定的に生じるものではなく、裁判所による相殺の判断を条件とするため、相殺の再抗弁が許されるとすると、仮定の上に仮定が積み重ねられて当事者間の法律関係の不安定や心理の錯雑を招くこと、相殺の再抗弁を許さなくても、原告には訴えの追加的変更や別訴の提起による γ 債権の行使が可能であり、訴訟外での相殺の意思表示を訴訟で主張することもできるため、格別不都合はないこと、ならびに、民訴法114条2項は判決の理由中の判断に既判力を生じさせる唯一の例外を定めたものであり、同項の適用範囲を無制限に拡大させるのは相当ではないことが、その理由とされる⁶⁾。ただし、訴訟外での相殺の意思表示がされれば、これにより確定的に相殺の効果が発生し、この事実を相殺の抗弁に対する再抗弁として主張することは妨げられないという⁷⁾。この形で再抗弁が認められる場合には、特段の事情のない限り、同規定の適用があると解されている⁸⁾。

(2) 自働債権に関する判断の既判力

ここで言及されている民訴法114条2項とは、「相殺のために主張した請求」、すなわち、被告による相殺の抗弁において主張された原告に対する自働債権について、「相殺をもって対抗した額」、すなわち、相殺による債務の消滅が主張される対当額の範囲で、自働債権の不存在に関する判断に既判力を認めた規定

5) 中野・論点Ⅱ・146頁以下、秋山ほか・民訴Ⅱ・508頁以下。

6) 最判平成10年4月30日民集52巻3号930頁、伊藤眞『民事訴訟法〔第7版〕』(有斐閣、2020)342頁脚注170(以下、「伊藤・民訴」と引用)。

7) 最判平成10年4月30日民集52巻3号930頁、中野・論点Ⅱ・190頁以下。

8) 高田ほか・注民訴2・628頁〔坂田〕。

である⁹⁾。これは、先の説明にあるとおり、確定判決が既判力を有する範囲を主文に包含される限りとする原則（民訴114①）に対する例外的な規律に当たる。

こうした例外が定められたことについては、広く次のように説明されている。仮にこの規定がなければ、Yの請求に対するXの相殺の抗弁が裁判所に排斥されても、逆に、相殺の抗弁によりYの請求を棄却する判決が確定しても、いずれの場合でもXは別訴を提起して自働債権に基づく請求が可能であり、これが認容されれば、前訴の判決で確定した法律関係が覆されることになる。また、同一の債権を前訴では相殺の抗弁に、後訴では訴訟物として用いることができれば、Xは訴訟上の二重の利益を得ることにもなる。これらの不合理な結果を発生することを防止するのが、この規定の趣旨である¹⁰⁾。加えて、相殺の抗弁は実質的に自働債権についての反訴提起と類似した性質であるとの理論的根拠が挙げられている¹¹⁾。

このような相殺の抗弁に際しての自働債権に関する判断は、判決理由中のものであっても、既判力を有するため、上訴を基礎づける不服申立ての対象となる¹²⁾。

なお、一部請求訴訟で相殺の抗弁が提出された場合、判例によると、訴求されている債権額の範囲のみを相殺の受働債権として取り扱うのではなく、まずは原告の主張する債権の総額を確定し、この額から被告が相殺に供する反対債

9) 兼子一『新修民事訴訟法体系[増訂版]』（酒井書店、1965）344頁（以下、「兼子・新修民訴」と引用）、新堂幸司『新民事訴訟法[第6版]』（弘文堂、2019）701頁・704頁（以下、「新堂・新民訴」と引用）、伊藤・民訴・564頁以下、秋山ほか・民訴Ⅱ・511頁以下、高田ほか・注民訴2・629頁[坂田]。

10) 兼子・前掲注9・343頁、中野・論点Ⅱ・151頁以下、高橋宏志『重点講義民事訴訟法上[第2版補訂版]』（有斐閣、2013）636頁以下（以下、「高橋・民訴上」と引用）、新堂・新民訴・702頁以下、伊藤・民訴・564頁、秋山ほか・民訴Ⅱ・507頁、高田ほか・注民訴2・626頁[坂田]。この規定の趣旨をめぐる議論については、加波真一「相殺の抗弁と既判力」松本古稀『民事手続法制の展開と手続原則』（弘文堂、2016）538頁以下を参照。

11) 高橋・民訴上・636頁、伊藤・民訴・564頁以下。

12) 伊藤・民訴・732頁以下。

権の額を控除して残存額を算定するものとされている。原告が一部請求する金額がこの残存額の範囲内であれば、そのまま原告の請求が認容され、残存額を超えるときは、その残存額の限度での一部認容となる。そのうえで、一部請求では訴訟上請求されなかった債権残部の存否に確定判決の既判力は及ばず、かつ、相殺の抗弁により自働債権の存否について既判力が生じるのは請求の範囲に対して「相殺をもって対抗した額」であることから、受働債権の総額から自働債権の額を控除した結果、残存額が一部請求の額を超えたために、原告の請求がそのまま認容されるときには、一部請求の額を超える範囲の自働債権の存否には既判力が生じないとされる¹³⁾。

(3) 重複起訴禁止原則との関係

こうした相殺の抗弁に関わる既判力との関連において、自働債権の主張のやり方によっては、重複起訴禁止の原則（民訴142）との抵触が問題となる。その場面としては、XがYに対する α 債権の履行について訴訟を提起し、その後のYからの訴訟で β 債権の履行を請求された際に、 α 債権を自働債権とする相殺の抗弁を提出する場合（別訴先行型・抗弁後行型）と、逆に、Yからの訴訟で β 債権を訴求されたXが、 α 債権による相殺の抗弁を提出した後に、 α 債権についてYに対する別訴を提起する場合（抗弁先行型）があるとされ¹⁴⁾、どのような場合に重複起訴禁止の原則に基づいて自働債権の主張が妨げられるべきかについて議論がある¹⁵⁾。このうち、別訴先行型の事例において、最高裁は次のように考えている¹⁶⁾。

13) 最判平成6年11月22日民集48巻7号1355頁。

14) 中野・論点Ⅱ・161頁、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅲ〔第2版〕』（日本評論社、2018）183頁、伊藤・民訴・237頁以下、高田裕成ほか編『注釈民事訴訟法第3巻第一審の訴訟手続(1)』（有斐閣、2022）271頁〔本問靖規〕。

高橋・民訴上・144頁以下ではさらに、原告が2つの債権で2つの訴訟を提起し、被告が同一の反対債権を使って両訴訟で相殺を主張しようとする「抗弁併存型」も挙げられている。

15) 高田ほか・前掲注14・281頁以下〔本問〕。

まず、 α 債権を訴訟物とする訴訟の継続中に、他の訴訟において α 債権を自働債権とする相殺の抗弁を主張することは、 α 債権の存否につき審理が重複して訴訟上の不経済が生じるとともに、別々の裁判所による既判力のある判断が抵触して法的安定性を害しうるため、重複起訴禁止の原則を定めた規定の法意に反することから許されない¹⁷⁾。このことは、2つの事件が併合審理された場合でも同様とされる¹⁸⁾。

ただし、1個の α 債権の一部のみを請求することを明示して訴訟を提起した後に、別訴において α 債権の残部を自働債権とする相殺の抗弁を主張することは、債権の発生事由、一部請求がされるに至った経緯、その後の審理経過等に鑑みて、債権の分割行使による相殺の主張が訴訟上の権利の濫用に当たるなど特段の事情のない限り、正当な防御権行使として許容されている。この判断は、先にも触れたところの、一部請求では訴訟上請求されなかった債権残部の存否に確定判決の既判力は及ばないとする判例法理が、相殺の抗弁にも当てはまるとの理解により基礎づけられている¹⁹⁾。

また、Y から本訴を提起された X が、Y に対する α 債権の支払を請求する反訴を提起した後に、Y からの本訴請求に対して α 債権を自働債権とする相殺の抗弁を主張するときには、X の反訴は、X が異なる意思表示をしない限り、 α 債権につき本訴において相殺の自働債権として既判力ある判断が示された場合にその部分について反訴請求としない旨の予備的反訴に変更され、二重起訴の問題は生じないことになり、かつ、この訴えの変更は本訴・反訴の審判の対象に変更を生じさせず、反訴被告 Y の利益を損なうものではないから、書面も Y の同意も要しないとする立場に基づき、X の相殺の抗弁は禁じられないと

16) 抗弁先行型に関して最高裁が判断をした裁判例は、まだない。秋山ほか・前掲注14・186頁。

17) 最判昭和63年3月15日民集42巻3号170頁、最判平成3年12月17日民集45巻9号1435頁。

18) 最判平成3年12月17日民集45巻9号1435頁。

19) 最判平成10年6月30日民集52巻4号1225頁。

されている²⁰⁾。

さらに、Xが α 債権の請求のために本訴を提起し、Yが β 債権に関する反訴をしたという状況で、本訴においてYが α 債権について消滅時効を援用したとき、Xは反訴において、本訴で α 債権が時効により消滅したと判断されることを条件として、予備的に時効消滅した α 債権を自働債権とする相殺の抗弁を主張することが許されている。民法508条が相殺適状後に時効消滅した債権を自働債権とする相殺を認め、相殺適状後の相殺の期待を保護していることと²¹⁾、本訴での自働債権に係る時効消滅の判断を前提に反訴で相殺の抗弁について判断をしても、両判断が矛盾抵触せず、審理の重複もないことが、その理由である²²⁾。

これらに加えて、請負人Xが注文者Yに請負代金債権 α の支払を求める本訴を提起し、Yが反訴を提起して請負契約上の瑕疵修補に代わる損害賠償債権 β に基づく請求をXに行ったという状況で、Xが反訴において α 債権を自働債権とする相殺の抗弁を主張した事件でも、Xの主張が許容されている。この事件での控訴審は、本訴と反訴の弁論が分離されて、既判力が抵触する可能性があるとの理由で、Xの相殺の抗弁を認めなかった。これに対して最高裁は、同時履行関係にある請負代金債権と瑕疵修補に代わる損害賠償債権との相殺を認めている判例法理²³⁾をもとに、両債権の一方を本訴請求債権、他方を反訴請求債権とする本訴と反訴が継続している場合に、本訴原告が反訴において本訴請求債権を自働債権とする相殺の抗弁を主張したときには、相殺による清算的調整を図るべき要請の強さから両者の弁論の分離は許されないと判断し、このように本訴と反訴を併合して審理判断する限り、本件原告の相殺の抗弁について判断をしても、本訴請求債権の存否等に係る判断についての矛盾抵触や審理の重複による訴訟上の不経済が生じるおそれはないとの理由で、この事件での請

20) 最判平成18年4月14日民集60巻4号1497頁。

21) 三2. (2)(a)。

22) 最判平成27年12月14日民集69巻8号2295頁。

23) 四2. (2)。

負人Xによる相殺の抗弁の主張は許されるものと判示した²⁴⁾。これにより、この事件のような同一の請負契約に基づく両債権の相殺に関しては、本訴被告が反訴提起後に本訴において相殺の抗弁を提出した場合、両事件の弁論分離が禁止されるため、先にみたような相殺の抗弁の提出に伴う予備的反訴への変更という解釈は不要と解されている²⁵⁾。

これらの最高裁の各判断には、既判力のある判断の抵触を避けるための重複起訴禁止の原則を遵守する立場を基本としながら、本訴請求債権と反訴請求債権による相殺をめぐり、本来であれば相殺適状が存在しない状況で実体法が相殺に特別な保護を与えている場面において、その際の相殺保護を正当化する特有の事情を考慮し、可能な限り相殺の抗弁を認めようとする手続法上の解釈の努力が見受けられる。しかしながら、最高裁の採る解釈手法に対しては、学説から種々の観点からの批判がある²⁶⁾。

（4）訴訟における相殺の意思表示の当事者

訴訟手続の中で相殺の意思表示をすることができる者、あるいは、その意思表示を受領しうる者は、第一義的に訴訟の当事者たる被告と原告である。また、訴訟代理人は、受任した事件の訴訟に関する一切の攻撃防御方法を提供する権限を有することから、特別の授權がなくても、口頭弁論において訴訟当事者の相殺権を行使し、あるいは、相殺の抗弁により対抗されうるものと解されている²⁷⁾。

24) 最判令和2年9月11日民集74巻6号1693頁。

25) 家原尚秀「判解」曹時74巻12号(2022)2982頁以下、高田ほか・前掲注14・279頁〔本間〕。

なお、前掲注20の最判平成18年も、同一の請負契約に基づく請負代金債権と瑕疵修補に代わる損害賠償債権の相殺について判断した事案であった。

26) 家原・前掲注25・2977頁以下を参照。

27) 大判明治39年3月6日民録12輯328頁、大判大正元年12月23日民録18輯1075頁、大判昭和8年9月8日民集12巻2124頁、磯村哲編『注釈民法(12)債権(3)』（有斐閣、1970）403頁〔乾昭三〕、高橋・民訴上・219頁、新堂・新民訴・190頁、伊藤・民訴・155頁、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法I〔第3版〕』（日本評論社、2021）699頁。

補助参加人については、当然には被参加人の相殺権を同人に代わって行使する権限を有しないと解するのが通説である²⁸⁾。被参加人の勝訴のための相殺権の行使を認め、これが被参加人の意思に反する場合には同人が直ちに抵触行為をすればよいとする見解もみられるが²⁹⁾、連帯債務者や保証人について、他の連帯債務者や主債務者の有する相殺権の行使権限が明確に否定されるに至ったことに鑑みれば、権利者の同意のない相殺権行使を他人の財産管理権への過剰な介入と否定的に評価する民法の立場と整合しない。被参加人の債権者たる補助参加人が債権者代位権に基づいて被参加人の相殺権を代位行使できる場面に限られよう³⁰⁾。

(5) 相殺の時期

訴訟では、事実審の口頭弁論終結時までの主張や提出資料をもとに判決が下されることから、この時点を基準として判決の既判力が生じ、確定判決の判断に反する権利主張をこの基準時以降にすることが許されない。また、公正・適正で迅速な訴訟手続の要請の観点から、故意又は重過失による時期に遅れた攻撃防御方法は、裁判所により却下されうる（民訴157①）。こうした規律は相殺の抗弁にも適用されるというのが、判例・通説である³¹⁾。

もっとも、口頭弁論終結時よりも前に相殺適状にあった債権については、この基準時までには相殺の意思表示が行われなくても、判決確定後に相殺可能であると解されている³²⁾。訴訟物とされていた訴求債権についての紛争と自動債権となる反対債権の存否は別個独立の紛争であることや、相殺は弁済に並んで債権者に実質的な満足を与える債権消滅行為であるため、敗訴の確定後に相殺権

28) 新堂・新民訴・817頁、伊藤・民訴・691頁、秋山ほか・前掲注27・587頁以下。

29) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法下〔第2版補訂版〕』（有斐閣、2014）431頁以下など。

30) 新堂・新民訴・817頁、伊藤・民訴・691頁、秋山ほか・前掲注27・587頁。また、六1.(2)も参照。

31) 大判昭和9年4月4日民集13巻573頁、秋山ほか・前掲注14・377頁以下、伊藤・民訴・306頁脚注109、高田ほか・前掲注14・543頁〔田邊誠〕。

32) 大判明治42年4月17日民録15輯360頁、伊藤・民訴・521・558頁。

を行使するのは必ずしも不当ではないこと、ならびに、反対債権を有する被告が相殺の抗弁を提出することなく敗訴したときに相殺権まで喪失するのは、相殺の自由を自働債権の債権者に認めている実体法上の相殺の法理から離れることなどが、その理由とされる³³⁾。その結果として、判決確定後の相殺の意思表示により債務が消滅したことを原因とした請求異議の訴えを提起することが可能とされている³⁴⁾。

5 倒産法上の相殺

(1) 破産手続における相殺の態様

倒産手続が開始すると、債権者平等の原則のもと、破産債権・再生債権・更生債権の各債権者には、原則として個別の権利行使が禁止される（破100①、民再85①、会更47①）。しかし、これら債権者の相殺の担保的機能に対する期待を保護する趣旨で、倒産手続では一定の範囲で相殺権の行使が認められている。ここではまず、清算型手続である破産手続での相殺の取扱いからみていく。

破産法によって規律されている相殺の態様には2つあり、破産財団に属する債権と破産債権とについて、破産債権者が相殺権を行使する場合と、破産管財人が相殺権を行使する場合である³⁵⁾。

相殺の担保的機能による自働債権の実質的な回収の必要性が最も高まる場面は債務者が破産したときであることから、破産債権者には、個別権利行使の禁止に対する例外的な取扱いとして、破産手続によることなく相殺権を行使することが基本的に認められている（破67①）。しかし、こうした相殺は、他の破

33) 高橋・民訴上・623頁、新堂・新民訴・697頁。

34) 大連判明治43年11月26日民録16輯764頁、最判昭和40年4月2日民集19巻3号539頁、於保不二雄『債権総論〔新版〕』（有斐閣、1972）422頁、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社、1992）593頁。

35) そのほかの態様については、竹下守夫編代『大コンメンタール破産法』（青林書院、2007）298頁以下〔山本克己〕（以下、「竹下・大コンメ」と引用）、伊藤眞ほか『条解破産法〔第3版〕』（弘文堂、2020）548頁以下（以下、「伊藤ほか・条解破産」と引用）を参照。

産債権者の立場からすると、破産財団に含まれる受働債権からの相殺権行使者による優先的な債権回収を意味するため、不当と評価される一定の場合に相殺が禁止されている（破71・72）³⁶⁾。

これに対して、破産管財人による破産債権との相殺は、一部の破産債権者への偏頗弁済としての性質を帯びうるものである。そのため、こうした相殺は、破産債権者の一般の利益に適合するものであることを要し、また、裁判所の許可を必要とする（破102）。

これら2つの態様に関する規律を、それぞれ確認していく。

(2) 相殺に供しうる破産債権者の自働債権

破産債権者が、破産債権を自働債権とし、破産手続開始時に破産者が自己に対して有する債権を受働債権として、破産手続によることなく相殺権を行使する場合でも、両債権の相殺適状の既発生が必要である。

相殺適状が成立するには、債権が存在していなければならない。破産債権者の債権が約定の停止条件付債権や法定の停止条件付債権（将来の請求権³⁷⁾）であり、その停止条件の成就前である場合、債権は未発生であるため、相殺適状も生じない。そのため、破産債権者は相殺を対抗できず、破産財団所属の自己に対する債権について弁済しなければならない。しかし、破産手続の開始から最後配当に関する除斥期間の満了までの期間内に停止条件成就によって相殺適状が生じることを見越して、このときに破産債権者の相殺への期待利益を保護するために、破産債権者には、自己の自働債権の額を限度として、弁済額の寄託の請求が認められている（破70前）。この取扱いの法的構造に関しては、破産債権者の弁済が停止条件の成就後に返還されるものと解されている。この後に、相殺による処理を望む破産債権者は、改めて相殺の意思表示をする必要が

36) 伊藤ほか・条解破産・548頁。

37) 竹下・大コンメ・438頁〔堂園幹一郎〕、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）687頁〔浦田和栄〕（以下、「田中＝山本・注破産(上)」と引用）、伊藤ほか・条解破産・788頁。

ある³⁸⁾。また、賃貸人の破産において、賃貸借終了時の敷金返還請求権を有する賃借人についても、同人に対する賃料債権との相殺への期待を保護する趣旨で、同様の寄託請求権が認められている。ただし、敷金額と賃借人の負担する債務額との差引計算は、賃貸借目的物の返還時に当然に行われ、敷金が残ったときに、この残額について返還請求権が生じることから（民622の2①一）³⁹⁾、破産債権者たる賃借人の相殺の意思表示を要求する必要はない⁴⁰⁾。

他方で、破産債権者の債権が解除条件付債権である場合、条件成就まで当該債権が存在するため、相殺適状の観点からは、これを自働債権として相殺することに支障はない（破67②前）。ただし、最後配当に関する除斥期間の満了までに解除条件が成就したときには、相殺適状も遡及的に消失してしまうことから、そうした相殺は保護すべきではないものと評価されており、将来の条件成就時における破産財団に属する受働債権に係る債務の履行を確保するために、解除条件付債権を自働債権とする相殺を破産債権者が行う際には、この相殺により債務消滅する額について、破産財団のための担保提供か寄託をしなければならない（破69）⁴¹⁾。

また、相殺に供しうる自働債権の金額は、破産法103条2項各号に掲げる債権の区分に応じて定められる額である（破68①）。この規律において、非金銭債権、金額不確定の金銭債権、外国通貨により金額を定めた債権、金額または存続期間が不確定の定期金債権に関しては、破産手続開始時の評価額が破産債権額金額として取り扱われるものとされており（破103②一）、その結果、これらの債権を自働債権とする相殺も認められている（破67②前）。これを相殺適状の観点からみると、とりわけ非金銭債権につき金銭化されることにより、

38) 伊藤ほか・条解破産・563頁。

39) 最判昭和48年2月2日民集27巻1号80頁。

40) 伊藤ほか・条解破産・564頁。

41) 竹下・大コンメ・302頁〔山本〕、田中＝山本・注破産(上)・483頁〔岡伸浩〕、伊藤ほか・条解破産・561頁、伊藤眞『破産法・民事再生法〔第5版〕』（有斐閣、2022）522頁（以下、「伊藤・破産民再」と引用）。

債権の同種性が整えられていることを意味する。この金銭化の対象となる非金銭債権とは、金銭的な評価が可能な財産上の請求権でなければならず、物の引渡請求権、役務提供請求権や代替的作為請求権などがこれに当たるが、金銭的评价になじまないために財産上の請求権とはいえない非代替的作為請求権や不作為請求権は、破産債権に該当せず、金銭化の対象にならないものとされており⁴²⁾、ひいては相殺に供しうる債権にも当たらないことになる。

さらに、相殺適状の成立には、相殺に供される両債権の弁済期が到来していることが必要である。この点については、既に触れたとおり、破産手続開始時に弁済期未到来の期限付破産債権は、手続開始時に弁済期が到来されたものとみなされ(破103③、現在化)、これを自働債権とする相殺が認められている(破67②前)⁴³⁾。ただし、期限未到来の期限付破産債権のうち、無利息の債権と定期金債権の各中間利息相当額は劣後的破産債権とされており(破99①二～四)、相殺に供しうるのは当該中間利息相当額を控除した額に限定されている(破68②)。

なお、破産法の相殺権に関する規定は、財団債権や非破産債権を自働債権とする相殺には適用されない。財団債権と破産債権はともに破産財団所属財産に対する強制執行を禁じられているところ(破42①)、破産債権者による相殺が認められていることから、通説は、財団債権を自働債権とし、破産財団所属債権を受働債権とする財団債権者の相殺も許容されるものと解している⁴⁴⁾。これに対して、非破産債権は破産財団から満足を受ける資格を持たないため、破産財団所属債権を受働債権とする相殺の自働債権とすることはできない⁴⁵⁾。

42) 竹下・大コンメ・431頁〔堂園〕、伊藤ほか・条解破産・783頁。

43) 竹下・大コンメ・292頁〔山本〕、田中＝山本・注破産(上)・471頁以下〔岡〕、伊藤ほか・条解破産・554頁、伊藤・破産民再・521頁・527頁以下。

44) 竹下・大コンメ・298頁以下〔山本〕、田中＝山本・注破産(上)・479頁〔岡〕、伊藤ほか・条解破産・550頁、伊藤・破産民再・518頁。

45) 竹下・大コンメ・298頁〔山本〕、伊藤ほか・条解破産・551頁、伊藤・破産民再・517頁。両債権の対立性を欠くことを理由に相殺を否定するものとして、田中＝山本・注破産(上)・478頁〔岡〕。

（3） 相殺に供しうる破産債権者に対する受働債権

破産債権者が受働債権として利用しようとする破産財団所属債権についても、期限付・条件付債権であろうと、相殺を妨げないものとされている（破67②後）。受働債権の期限が未到来であっても、破産債権者は期限の利益の放棄（民136②本）により相殺適状を整えることができるため、期限付債権の取扱いには特則性はない。その一方で、条件付債権に関しては、この規定を民法の一般原則に対する破産法上の例外と解する立場⁴⁶⁾と、停止条件不成就・解除条件成就の利益の放棄は民法上も妨げられていないと解する立場⁴⁷⁾とで争いがある⁴⁸⁾。

なお、譲渡担保権者の清算金支払義務のような条件成就まで債権額が定まらない停止条件付債権を受働債権とすることについては、そうした相殺への期待の程度は小さいとの理由で、破産法67条2項後段の規定は適用されず、破産手続開始後に条件が成就しても破産禁止の規定（破71①一）が適用されると解されている⁴⁹⁾。

また、破産債権とは異なり、破産財団に属する破産債権者に対する債権については、非金銭債権の金銭化の規律（破103②一イ）は適用されない。そのため、受働債権は自働債権と同種のもの、つまりは金銭債権でなければならない⁵⁰⁾。

そのほか、破産法の相殺権に関する規定は、破産財団所属債権以外の債権を

46) 中野貞一郎＝道下徹編『基本法コンメンタール〔第2版〕破産法』（日本評論社、1997）158頁〔山本克己〕、竹下・大コンメ・294頁〔山本〕。

47) 山本和彦「貸借契約」全国倒産処理弁護士ネットワーク編『論点解説新破産法(上)』（金融財政事情研究会、2005）100頁・104頁（注46）、山本和彦ほか『倒産法概説〔第2版補訂版〕』（弘文堂、2015）253頁〔沖野眞巳〕、伊藤・破産民再・524頁以下。山本克己ほか編『新基本法コンメンタール破産法』（日本評論社、2014）163頁〔佐藤鉄男〕（以下、「山本ほか・新基本コンメ」と引用）も同旨。

48) 伊藤ほか・条解破産・556頁以下。停止条件不成就の利益の放棄可能性を認める旨を述べたものとして、最判平成17年1月17日民集59巻1号1頁。

49) 竹下・大コンメ・294頁〔山本〕、山本ほか・新基本コンメ・164頁〔佐藤〕。

50) 竹下・大コンメ・293頁〔山本〕、田中＝山本・注破産(上)・474頁〔岡〕、伊藤ほか・条解破産・556頁。

受働債権とする相殺を適用対象としていない⁵¹⁾。破産者の自由財産に所属する債権を受働債権とすることについては、破産法が破産債権の引当てを破産財団所属財産に限定しており（破100①・42①）、破産者本人は財団債権について自由財産をもって責任を負う必要はないとの理解に基づき、破産債権または財団債権を自働債権とする相殺は基本的に認められていないものと解されている⁵²⁾。

(4) 相殺の禁止①—受働債権に関する規律

以上のような形で破産法のもとで広く保護されている破産債権者の相殺権ではあるが、こうした相殺は他の破産債権者に優先して債権回収を可能にする担保的機能を果たすことにもなるため、偏頗的な満足として破産債権者の相殺利益の保護が不要と評価される一定の場合について、これを防止して破産債権者間の平等を確保するために、破産債権者による相殺が禁止されている⁵³⁾。破産債権者Gが破産者Sに対する α 債権を自働債権とし、破産財団に属するSのGに対する β 債権を受働債権として相殺しようとする場面を例に、相殺が禁止される状況をみていく。

破産法はまず、受働債権 β に係るGの債務負担が一定の態様である場合に、相殺を禁止している。

第一に、相殺権に関する判断の一般的な基準時となる破産手続開始時よりも後に、Gが β 債権に係る債務を負担したときである（破71①一）。この基準時以降は破産債権への個別弁済が禁止されているところ（破100①）、基準時後の状況変化をもとにした相殺を認めるのは、個別弁済の禁止が潜脱されてしま

51) 竹下・大コンメ・298頁[山本]、田中＝山本・注破産(上)・477頁[岡]、伊藤ほか・条解破産・548頁。

52) 竹下・大コンメ・298頁以下[山本]、田中＝山本・注破産(上)・479頁[岡]、伊藤ほか・条解破産・550頁以下、伊藤・破産民再・517頁。

53) 竹下・大コンメ・305頁[山本]、田中＝山本・注破産(上)・488頁以下[小畑英一]、伊藤ほか・条解破産・567頁。

うこと、ならびに、破産手続開始の決定により経済的価値が額面額を下回ることの確実な破産債権について、この額面額に基づく相殺を認めることは、特定の破産債権のための破産手続開始後における担保権の設定と実質的に同じであり、破産債権者間の平等を害するというのが、その理由とされる⁵⁴⁾。たとえば、破産管財人との法律行為⁵⁵⁾や破産管財人による否認権の行使⁵⁶⁾により破産債権者が債務を負担する場合に、この債務を利用する相殺が禁止される。ただし、 β 債権が停止条件付であり、破産手続開始後にその停止条件が成就した場合については、停止条件付債権を受働債権とする破産債権者による相殺が認められていることから（破77②後）、停止条件が成就した β 債権を用いた相殺も禁止されない⁵⁷⁾。

第二に、Sの支払不能後の契約締結によってGが負担した β 債権に係る債務について、この契約がSの財産の処分を内容としてSと締結されたものであり、この契約締結の目的がGの債務を専ら破産債権による相殺に供することにある場合、もしくは、Gの締結した契約がSに対してAの負担する債務の引受を内容とするものである場合に、各契約の締結時にSの支払不能をGが認識していたとき、 β 債権を受働債権とする相殺が禁止される（破71①二）。支払不能時が基準時とされたのは、偏波行為否認の規定（破162①一）に倣い、支払停止または破産手続開始の申立ての前であっても、債務者が支払不能であれば、弁済期の到来した債務についても自力による弁済が不可能な状態にあり、破産手続開始後と同程度に債権者の平等的取扱いが要請され、特定の債権者のみに担保的効力を有する相殺権を取得させることは債権者平等の原則に反するとの評価によるものとされる⁵⁸⁾。専ら相殺を目的としたSの財産処分を内容と

54) 竹下・大コンメ・306頁〔山本〕、田中＝山本・注破産(上)・491頁〔小畑〕、伊藤ほか・条解破産・570頁。

55) 大判大正15年12月23日新聞2660号15頁（旧法関係）。

56) 大判昭和11年7月31日民集15巻1563頁、最判昭和39年3月24日判時370号30頁（いずれも旧法関係）。

57) 最判平成17年1月17日民集59巻1号1頁（旧法関係）。

する契約については、GがSの財産を取得したうえで、その対価たる債務を用いた相殺を許容すると、代物弁済と同様の偏頗行為と評価しうる一方、支払不能以前からの通常の継続的取引への配慮も必要であることから、相殺目的に関しては、偏波行為否認を潜脱するものか否かの観点から、契約締結前後の諸事情を考慮して判断される⁵⁹⁾。また、既存債務の引受契約については、債務者の支払不能を認識したうえでの債務引受は債権回収を目的としており、この引き受けた債務による相殺は債権者平等を害するものとなり、かつ、相殺を禁止しても通常の取引への委縮効果はないとの評価により、債務引受の原因や目的に関わりなく相殺が禁止される⁶⁰⁾。

第三に、Sが支払不能の状態で支払を停止した後に、Gが β 債権に係る債務を負担し、この時点でSの支払停止を認識していた場合である（破71①三本）。Sの支払停止を知っているGは、Sの支払不能の蓋然性が高いことも認識していることになり、そのようなGの相殺権の取得も債権者平等を害するものと評価され、Gによる相殺が禁止される⁶¹⁾。もっとも、支払停止後に債務を負担した時に支払停止について悪意であったGであっても、債務負担時にSが客観的には支払不能ではなかったことを証明すれば、相殺が可能である（同ただし）⁶²⁾。

第四に、Sに関する破産手続開始の申立て後に、Gが β 債権に係る債務を負担し、この時点で当該申立てを認識していた場合である（破71①四）。偏波行為否認の規定（破162①一口）とともに、破産手続開始の申立て以降は、これ

58) 竹下・大コンメ・307頁〔山本〕、田中＝山本・注破産(上)・493頁〔小畑〕、伊藤ほか・条解破産・570頁。

59) 竹下・大コンメ・308頁〔山本〕、田中＝山本・注破産(上)・493頁以下〔小畑〕、伊藤ほか・条解破産・574頁以下。

60) 竹下・大コンメ・309頁〔山本〕、田中＝山本・注破産(上)・495頁〔小畑〕、伊藤ほか・条解破産・575頁。

61) 竹下・大コンメ・309頁〔山本〕。

62) 竹下・大コンメ・309頁〔山本〕、田中＝山本・注破産(上)・495頁〔小畑〕、伊藤ほか・条解破産・576頁。

を認識している債権者の個別の回収行動を制限すべきとの判断に基づくものとされ、Sが客観的に支払不能であったか否かは問題とされない⁶³⁾。

(5) 相殺の禁止②—自働債権に関する規律

自働債権たる破産債権 α の取得態様をめぐる相殺禁止も定められている。

第一に、破産手続開始後にGが他人AからSに対する破産債権 α を取得した場合である（破72①一）。破産手続開始後に作出した相殺適状に基づく相殺は、破産債権者の公平・平等を基本原則とする破産手続において許容し難いとの評価によるものである⁶⁴⁾。こうした趣旨から、他人の破産債権を取得する場合に限らず、破産手続開始後にGが新たに発生した破産債権を取得したときには、この規定が類推適用されるべきとの主張がある⁶⁵⁾。また、最高裁⁶⁶⁾は、Sの β 債権に係る債務者Gが、Aに対するSの債務についてSから委託を受けることなくAとの間で保証契約を締結し、その後にSの破産手続が開始したときに、この手続開始後にGがAへの保証債務の弁済によりSに対して取得する求償権 α は破産債権であるとの理解に基づき、破産手続開始後の無委託保証人Gによる求償権 α を自働債権、SのGに対する β 債権を受働債権とする相殺の許容は、破産者Sの意思や法定の原因と無関係に破産手続において優先的に取り扱われる債権の作出を認めるに等しく、こうした相殺への期待は合理的なものとはいえず、また、破産手続開始後に他人の債権を譲り受けて相殺適状を作出した相殺に類似して、破産債権者平等の原則に照らして許容し難いとの理由により、「無委託保証人が主たる債務者の破産手続開始前に締結した保証契約に基づき同手続開始後に弁済をした場合において、保証人が取得する求償権を自働債権とし、主たる債務者である破産者が保証人に対して有する

63) 伊藤ほか・条解破産・576頁。

64) 最判平成24年5月28日民集66巻7号3123頁。

65) 竹下・大コンメ・312頁以下〔山本〕、田中＝山本・注破産(上)・500頁以下〔小畑〕、伊藤ほか・条解破産・582頁。

66) 最判平成24年5月28日民集66巻7号3123頁。

債権を受働債権とする相殺は、破産法72条1項1号の類推適用により許されない」との見解を示している。他方で、Gが主債務者Sから委託を受けた保証人であったならば、Sの破産手続が開始した後の弁済により取得した求償権 α を自働債権とする相殺は、他の破産債権者が容認すべきものであり、こうした相殺への期待は「破産法67条によって保護される合理的なもの」と評価している。

第二に、Sの支払不能後に、Gが破産債権 α を取得し、この取得時にSの支払不能を認識していた場合である（破72①二）。このように取得した α 債権によるGの相殺への期待よりも、破産債権者の平等な取扱いの理念が優先されている。同じような状況でGが β 債権に係る債務を負担した場合の相殺禁止（破71①二）と異なり、Gの α 債権を取得した目的や α 債権を生じさせた契約の内容に関する限定が付されていないのは、支払不能後のGによる債権取得において、支払不能以前からの通常の継続的取引への配慮は必要ないためとされる⁶⁷⁾。

第三に、Sが支払不能の状態を支払を停止した後に、Gが破産債権 α を取得し、この時点でSの支払停止を認識していた場合である（破72①三本）。受働債権 β に係る債務負担に関する規律（破71①三）と同様に、債権取得時にSが客観的には支払不能ではなかったことをGが証明すれば、この相殺禁止は適用されない（破72①三ただし）。

第四に、Sに関する破産手続開始の申立て後に、Gが破産債権 α を取得し、この時点で当該申立てを認識していた場合である（破72①四）。同じ状況での受働債権 β に係る債務負担における相殺禁止（破71①四）と同趣旨の規律である。

(6) 相殺の解禁

破産法はさらに、これらの相殺禁止の場面に形式的に該当する場合であっても、各相殺禁止の対象となる債務負担または債権取得が一定の原因に基づくと

67) 伊藤ほか・条解破産・582頁。

きには、相殺の担保的機能への期待を保護すべきと評価して、相殺禁止を解除している。

第一に、当該債務負担・債権取得が、法定の原因に基づく場合である（破71②一・72②一）。この場合の相殺適状は、破産債権者や破産者、第三者が意図的に作出したものではないとの理由による解禁であり、法定の原因に基づく場合であっても、会社分割・合併のような破産債権者の意図が介在する可能性があるようなときには、相殺を認めるべきではないものと解されている⁶⁸⁾。

第二に、当該債務負担・債権取得が、支払不能・支払停止・破産手続開始の申立てを破産債権者Gが認識した時より前に生じた原因に基づく場合である（破71②二・72②二）。危機時期以前にGの自働債権とSの受働債権のいずれか一方が発生し、他方の原因が存在していれば、両債権の対立と担保の設定があった場合に準じて、担保的効力のある相殺への破産債権者の期待が合理的で保護に値するとの評価によっている⁶⁹⁾。こうした評価を成り立たせるために、ここでの「原因」とは、債務負担・債権取得に基づく相殺への期待を直接かつ具体的に基礎づけるものでなければならないと解されている⁷⁰⁾。たとえば、金融機関Gが取引相手Sとの間で、Sの支払不能等を知る前に、Sの債務不履行時にGの占有するSの手形等を取立または処分をし、その取得金を債務の弁済に充当する旨の条項を含む取引約定を締結して、Sから手形取立を委任されて裏書交付を受け、Sの支払不能等を知った後に破産手続の開始前にこの手形を取立てて、Sに対する取立金引渡債務を負担した場合、この債務を受働債権として相殺に供することへのGの期待は保護に値するものとして、取引約定はここでいう「原因」に当たるとされる⁷¹⁾。また、Sとの事前の手形割引契約に基づきSの支払停止後にGが手形買戻請求権を行使して手形金支払

68) 竹下・大コンメ・309頁・314頁〔山本〕、田中＝山本・注破産(上)・495頁以下〔小畑〕、伊藤ほか・条解破産・576頁。

69) 竹下・大コンメ・310頁〔山本〕、伊藤ほか・条解破産・577頁。

70) 田中＝山本・注破産(上)・496頁以下〔小畑〕、伊藤ほか・条解破産・577頁以下。

71) 最判昭和63年10月18日民集42巻8号575頁（旧法関係）。

請求権を取得した場合や、Sと連帯債務関係にあるGが手続開始の申立てを知った後の弁済により求償権を取得した場合には、手形割引契約や連帯債務関係がそれぞれ、ここでの「原因」とされうる⁷²⁾。しかし、G・S間に当座勘定取引契約や普通預金契約がSの危機時期以前に締結されていたとしても、Gの債務負担は確実といえず、相殺への期待に具体性が欠けるとして、この「原因」に該当しないと説かれている⁷³⁾。さらに、Sが投資信託委託会社Aに対する投資信託受益権の管理を金融機関Gに委託する旨の契約を、Sの支払停止の前にGと締結し、この管理委託契約に基づき、Sによる当該受益権の解約実行請求時にGがAから解約金の交付を受けることを条件とした解約金支払債務をGが負担していた場合、Sの支払停止後にGが債権者代位によりSに代わってAに解約実行請求の通知をして、解約金支払債務を負担したとしても、この債務を受働債権とする相殺の担保的機能に対してGは合理的な期待を有していたとは評価されず、相殺は解禁されない⁷⁴⁾。解約実行請求前の当該受益権に対してはSに対するすべての債権者が等しくSの責任財産としての期待を有しており、この請求後のGに対する解約金支払請求権は実質的に当該受益権と同等の価値を有していること、Sの支払停止をGが知った後に解約実行請求がされた場合、解約金支払請求権を受働債権とする相殺へのGの期待は合理的なものといえないこと、Sは当該受益権を他の振替先口座への振替をすることができ、この振替がされていればGが解約金支払債務を負担することはなく、Gの同債務の負担が確実とはいえなかったこと、ならびに、Gが解約金支払債務による相殺をするには、債権者代位権に基づきSに代位して解約実行請求を

72) 手形割引契約につき、最判昭和40年11月2日民集19巻8号1927頁(旧法関係)。連帯債務関係につき、最判平成10年4月14日民集52巻3号813頁(和議事件)。

73) 竹下・大コメ・310頁[山本]、田中＝山本・注破産(上)・497頁[小畑]、伊藤ほか・条解破産・578頁。普通預金契約につき、最判昭和60年2月26日金法1094号38頁(旧法関係)。なお、当座勘定取引契約に関する最判昭和52年12月6日民集31巻7号961頁(旧法関係)は、Sの支払停止の事実をGが知ってから従前の契約を解約し、Gのもとで新たに預金口座が開設された事案。

74) 最判平成26年6月5日民集68巻5号462頁(再生事件)。

行うほかなかったことが、その理由として挙げられている。このように受働債権・自働債権を発生させた法律関係が、形式的にみて破産債権者の認識以前に生じていたとしても、相殺の担保的機能に対する破産債権者の期待が合理的とはいえない事情があれば、相殺の禁止は解かれえない。ただし、こうした期待が合理的と評価されるには、自働債権と受働債権とが同一の契約に基づくことまで必要とされない⁷⁵⁾。

第三に、当該債務負担・債権取得が、破産手続開始の申立て時より1年以上前に生じた原因に基づく場合である（破71②三・72②三）。これは、否認権に関する破産法166条と同様に、破産者の支払不能・支払停止後の債務負担・債権取得の際の相殺権行使の可否について、破産債権者を1年以上も不確定な地位に置くことは取引の安全を害するという趣旨によるものとされる⁷⁶⁾。

第四に、当該債権取得が、破産者との間の契約に基づく場合である（破72②四）。事前に破産者Sに対して β 債権に係る債務を負っていたGが、Sとの契約に基づき α 債権を取得するという場面では、この α 債権は既存の β 債権との相殺により担保されているものとGは期待しており、一種の余剰担保の利用といえ、危機時期の契約に基づく α 債権による相殺を認めても、それにより貸倒れのリスクが以前の状態から減少するわけではないため、このときのGは一度も一般の破産債権者としての立場にないとの理由による解禁であり、融資と同時の交換的な担保供与を否認の対象外とする破産法162条1項柱書のかつこ書と同様の見地からの規律とされる⁷⁷⁾。また、こうした相殺の解禁により、自動債権の取得態様を理由とした相殺禁止を定める破産法72条1項2号から4号の主たる適用対象は、破産者の債務者が他人の破産債権を譲り受けた場合に実質的に限定されるところとなり、民法398条の3第2項と同趣旨の規律

75) 最判令和2年9月8日民集74巻6号1643頁。

76) 竹下・大コンメ・310頁〔山本〕、田中＝山本・注破産(上)・498頁〔小畑〕、伊藤ほか・条解破産・581頁。

77) 竹下・大コンメ・315頁以下〔山本〕、田中＝山本・注破産(上)・504頁〔小畑〕、伊藤ほか・条解破産・586頁。

と位置付けられている⁷⁸⁾。

(7) 破産債権者による相殺権の行使

相殺権の行使が認められる破産債権者は、破産手続によることなく相殺をすることができる（破73①）。通説はこの規定を、相殺権と同様の機能を果たす別除権との均衡を考慮し、破産債権者は相殺をするために、自働債権としての破産債権について届出・調査・確定の手続を要しないとの意味として理解している⁷⁹⁾。

相殺の意思表示の相手方は、受働債権たる破産財団帰属債権の管理処分権を有する破産管財人であり、破産者ではない⁸⁰⁾。破産債権者は破産手続の進行中、この相殺の意思表示を、いつでもすることができる⁸¹⁾。ただし、破産管財人に相殺権行使に関する催告権が与えられており、1か月以上の期間を定めた催告に対して相殺に関する確答をしなかった破産債権者は、破産手続の関係において相殺の効力を主張することができなくなる（破73）。この破産管財人の催告権は、破産債権者により相殺の判断がされないままでは、自働債権となる破産債権への配当や受働債権となる破産財団帰属債権の取立てに関する管財業務に遅滞が生じうることから、こうした事態を防ぎ、破産手続の円滑な進行を図るためのものである⁸²⁾。破産管財人がこうした催告をすることができるのは、一般調査期間の経過後または一般調査期日の終了後であり（破73①本）、これは自働債権となりうる破産債権を複数有する破産債権者に、相殺に供する債権に

78) 竹下・大コンメ・316頁〔山本〕、伊藤ほか・条解破産・586頁。

79) 竹下・大コンメ・295頁〔山本〕、山本ほか・新基本コンメ・162頁〔佐藤〕、田中＝山本・注破産(上)・476頁〔岡〕、伊藤ほか・条解破産・552頁以下。

80) 竹下・大コンメ・295頁〔山本〕、山本ほか・新基本コンメ・162頁〔佐藤〕、田中＝山本・注破産(上)・476頁〔岡〕、伊藤ほか・条解破産・553頁。

81) 竹下・大コンメ・295頁〔山本〕、田中＝山本・注破産(上)・476頁〔岡〕、伊藤ほか・条解破産・553頁。

82) 竹下・大コンメ・317頁〔山本〕、山本ほか・新基本コンメ・173頁以下〔佐藤〕、田中＝山本・注破産(上)・505頁〔小畑〕、伊藤ほか・条解破産・587頁。

について判断する時間を与える趣旨とされる⁸³⁾。また、破産債権者の期限の利益を一方的に奪うのは不当であることから、この催告をするには、受働債権となる破産財団帰属債権の弁済期が到来していなければならない（破73①ただし⁸⁴⁾。なお、催告を受けた破産債権者の「確答」とは、相殺権を行使するか否かの判断を内容とするが、相殺権行使を選択する場合にその意向を伝えるのみでは不確定な状況が解消されないことから、相殺の意思表示そのものが要求されている⁸⁵⁾。

（8） 相殺の否認

破産債権者による相殺をめぐっては、相殺権行使が禁止されない場合であっても、それが否認の対象となりうるかという問題もある⁸⁶⁾。この点について判例の立場によれば、破産法において否認権と相殺権とが別個に規定され、相殺権について破産手続によらない行使を許容されるのは、破産債権者は自己の関与しない相手方の破産により本来有する相殺権への影響を受けるべき理由はないためであり、破産法は濫用的な相殺権行使に関して例外的に相殺を禁止しているにとどまっているとの理解をもとに、破産債権者の相殺権行使は例外的な相殺禁止に服するのみであり、否認権の対象にはならないとされている⁸⁷⁾。また、破産債権者の相殺権行使には破産者の行為が含まれないことも、否認を否定する根拠とされている⁸⁸⁾。

83) 山本ほか・新基本コンメ・174頁〔佐藤〕、田中＝山本・注破産(上)・506頁〔小畑〕。

84) 竹下・大コンメ・317頁〔山本〕、山本ほか・新基本コンメ・174頁〔佐藤〕、田中＝山本・注破産(上)・506頁〔小畑〕、伊藤ほか・条解破産・588頁。

85) 竹下・大コンメ・317頁〔山本〕、山本ほか・新基本コンメ・174頁〔佐藤〕、田中＝山本・注破産(上)・506頁以下〔小畑〕。

86) 竹下・大コンメ・296頁以下〔山本〕、伊藤ほか・条解破産・559頁。

87) 最判昭和40年4月22日判時410号23頁（旧法関係）。

88) 最判昭和41年4月8日民集20巻4号529頁、最判平成2年11月26日民集44巻8号1085頁（いずれも旧法関係）。

(9) 破産管財人による相殺

以上の破産債権者による相殺とは異なり、破産管財人は相殺権の行使を自由に判断することはできない。先述のように、破産管財人による破産債権との相殺は、受働債権となる破産債権を有する破産債権者へ他の破産債権者に優先した満足を与えるところとなり、債権者平等に反した利益の付与となり得るからである⁸⁹⁾。そのため、こうした相殺が認められるためには、破産債権者の一般の利益に適合しなければならず、かつ、この利益適合性の判断を裁判所に仰いで、その許可を得る必要がある(破102)。

破産債権者の一般利益との適合性については、破産債権者が相殺を実行した場合とこれを実行しなかった場合の状況を比較して、前者の場合のほうが破産財団の維持・増殖に資することが、評価基準とされる⁹⁰⁾。具体例としては、親子会社がともに破産し、双方が持ち合っている債権について配当割合に差が生じる見込みであるときに、配当割合の低い債権を有する破産会社側の破産管財人にとっては、この債権を自働債権として相殺をしたほうが、自己の関与する破産財団の保全につながる。また、別除権付の破産債権を相殺により消滅させれば、担保権の負担から解放される。さらに、破産管財人による相殺を活用して異時廃止(破217①)に至らせることが、破産債権者の一般利益に適合する場合があるとされる。そのほか、破産債権者に対する自働債権について消滅時効が完成しているとき、相殺によって満足を受けたほうが、破産財団の保全に資する場合があり得ると説明されている⁹¹⁾。

89) 竹下・大コメ・427頁[堂園]、田中＝山本・注破産(上)・680頁[竹下育男]、伊藤ほか・条解破産・778頁以下、伊藤・破産民再・515頁以下。

90) 田中＝山本・注破産(上)・680頁[竹下]、伊藤ほか・条解破産・779頁、伊藤・破産民再・516頁。

91) 田中＝山本・注破産(上)・680頁以下[竹下]、伊藤ほか・条解破産・779頁以下、伊藤・破産民再・516頁・脚注99。なお、岡正晶は、管財業務促進・時間節約を目的とした破産管財人による相殺は許されず、破産債権者に対する催告の機会を利用すべきとする。岡正晶「相殺権」竹下守夫＝藤田耕三編代『破産法大系第2巻破産実体法』(青林書院、2015)243頁。

こうした状況で破産管財人が相殺を選択するときには、裁判所の許可を得なければならないとされているため、この許可を欠く破産管財人の相殺の意思表示は無効と解されている⁹²⁾。ただし、同じく相殺権を有する破産債権者に催告権（破73）を行使して、事前にこの相殺権を消滅させておく必要はない⁹³⁾。

このような破産法102条の規律は、同条の文言によると、破産管財人による破産債権を受働債権とする相殺権の行使を対象としている。財団債権を受働債権として、この債権者に対する破産財団所属の債権を自働債権とする相殺の可否については、同条の適用範囲外の問題であり、議論がある。こうした相殺を原則として容認するが、破産財団が財団債権総額の弁済に足りないために財団債権者の平等が要請されるとき（破152①）に相殺を制限する見解が有力とされる⁹⁴⁾。

なお、債権法改正前の民法旧457条2項において、保証人が主債務者の相殺権を行使できるとする解釈のもと、主債務者の破産時にも保証人は主債務者の相殺権を行使できるかについて、裁判例の判断は分かれていた⁹⁵⁾。学説では、主債務者が相殺権を行使できる状態にはないことと、破産管財人の相殺権行使を認めるのは破産財団の保全のための特別な手続であることを理由に、破産管財人による相殺が認められるとしても、破産者の保証人による相殺は許されないものと解されていた⁹⁶⁾。他方、現行の民法457条3項は、相殺権の行使権限を有する者との関連で先に触れたとおり、保証人の権限について主債務者の相殺権行使が可能な範囲での履行拒絶権に限定した。こうした規律は、主債務者の自働債権が破産財団に属するときにも適用されるものと解説されている⁹⁷⁾。

92) 伊藤ほか・条解破産・780頁以下。

93) 伊藤ほか・条解破産・780頁。

94) 竹下・大コンメ・299頁〔山本〕、伊藤ほか・条解破産・779頁。伊藤・破産民再・518頁・脚注101も参照。

95) 大阪高判昭和52年4月14日判時858号74頁〔否定例〕、大阪高判昭和56年6月23日判時1023号65頁〔物上保証人による相殺に関する肯定例〕。

96) 伊藤ほか・条解破産・780頁。

97) 伊藤ほか・条解破産・780頁、伊藤・破産民再・517頁・脚注99。

しかし、主債務者の破産の際に、保証関係にある破産債権者に対する債権が破産財団に帰属する場合、同項の解釈として、主債務者破産時こそ債権担保としての保証の目的を重視すべきとの評価に基づき、主債務者に相殺権限がないことを根拠に保証人の履行拒絶権は否定されるのか、あるいは、保証人の履行拒絶は破産債権者平等を害するものではないとの観点から、主債務者に代わり破産財団を管理する破産管財人が相殺権行使の許可を裁判所から得た場合に限り、もしくは、破産管財人による相殺に破産債権者の一般利益との適合性が肯定される事情さえ存在すれば、保証人の履行拒絶権も維持されるのか、議論の余地があるように思われる。また、同様の問題は、連帯債務者の一部について破産手続が開始したときに、この者の相殺権に基づく他の連帯債務者の履行拒絶権（民439②）をめぐっても生じ得る。

(10) 再建型手続における相殺

再建型手続を規律する民事再生法と会社更生法のもとでも、再生債権者・更生債権者による相殺権の行使が基本的に容認されている（民再92①、会更48①）。ただし、破産手続と比較すると、相殺が許される範囲は狭くなっている。

まず、自働債権として用いる再生債権・更生債権につき、破産手続とは異なり、手続開始の効果により債権の現在化や非金銭債権の金銭化をもたらし規定はない。そのため、期限付債権を相殺に供するには、債権届出期間の満了までの期限の到来による相殺適状が必要であり（民再92①前、会更48①前）、また、非金銭債権と金銭債権との相殺は、債権の同種性を欠くため、認められない⁹⁸⁾。なお、再生債権・更生債権の基本的な意義は、手続開始前の原因に基づいて生じる請求権（民再84①、会更2⑧柱）であることから、手続開始時

98) 伊藤眞＝田原睦夫監『新注釈民事再生法(上)』（金融財政事情研究会、2006）448頁〔中西正〕（以下、「伊藤＝田原・新注民再(上)」と引用）、園尾隆＝小林秀之『条解民事再生法〔第3版〕』（弘文堂、2013）480頁〔山本克己〕（以下、「園尾＝小林・条解民再」と引用）、伊藤眞『会社更生法・特別清算法』（有斐閣、2020）364頁（以下、「伊藤・会更特清」と引用）、伊藤・破産民再・999頁以下。

に未発生の停止条件付債権もこれに含まれ、自働債権とすることができる⁹⁹⁾。ただし、停止条件付債権も現在化されないため、債権届出期間満了前に条件が成就していなければならない（民再92①前、会更48①前）。停止条件が成就しない場合には、破産手続における事後の停止条件成就に備えた弁済額寄託請求制度（破70）のようなものは設けられていないため、再生債権者・更生債権者は受働債権に係る債務を無条件で弁済しなければならない¹⁰⁰⁾。また、自働債権が解除条件付である場合についても、破産手続における担保提供・寄託制度（破69）と同様の規定を欠くため、相殺後に解除条件が成就した場合には、清算が必要となる¹⁰¹⁾。

次に、受働債権となるのは、手続開始時に再生債務者・更生会社が再生債権者・更生債権者に対して有する債権である¹⁰²⁾。受働債権については、期限付であってもよいとの規定がある（民再92①後、会更48①後）。これは、受働債権の債務者たる再生債権者・更生債権者にとり、期限の利益の放棄が可能（民136②本）であることからの帰結を確認したものと解されている¹⁰³⁾。他方で、破産法67条2項後段と異なり、条件付債権を受働債権とすることについては触れられていない。この点については、同規定について先にみたとおり、停止条件不成就・解除条件成就の利益の放棄が民法において容認されているか否かについて、見解の対立があり、いずれの見解に立つかによって再建型手続において条件付債権を受働債権とする相殺が認められるかに違いが生じる¹⁰⁴⁾。さらに、これらの利益放棄を認めるとしても、条件成就の不確定性を重視して、再生債権者・更生債権者の相殺を許すと、受働債権に係る債務の履行に対する再生債務者・更生会社の期待が侵害されるとして、条文の文言

99) 園尾＝小林・条解民再・479頁〔山本〕。

100) 伊藤・破産民再・1000頁。

101) 伊藤＝田原・新注民再(上)・448頁〔中西〕、伊藤・会更特清・364頁脚注38。

102) 園尾＝小林・条解民再・479頁〔山本〕。

103) 伊藤＝田原・新注民再(上)・448頁〔中西〕、園尾＝小林・条解民再・481頁〔山本〕、伊藤・会更特清・361頁・363頁以下、伊藤・破産民再・1000頁。

104) 伊藤ほか・条解破産・556頁。

どおり、条件付債権を受働債権とする相殺を認めないとする見解がある¹⁰⁵⁾。加えて、こうした議論と関連する規律として、再生債務者・更生会社が貸與人または地上権・小作権の設定された土地所有者である場合に、賃借人・地上権者・小作権者たる再生債権者が、手続開始後に弁済期の到来する賃料・地代・小作料債務を受働債権として相殺するとき、この相殺の許される範囲が手続開始時の賃料等の6か月分と定められている（民再92②④、会更48②④）。この規律をめぐっては、これらの債務について無制限の相殺を認めると再生債務者・更生会社の再生可能性が害されるとの判断に基づく再生債務者・更生会社保護規定であるとの理解¹⁰⁶⁾と、賃料等の債権について賃貸借目的物等の使用・収益を法定の停止条件とする将来の債権と性質決定したうえで、再建型手続では停止条件付債権を受働債権とする相殺が認められていないとの見解に立ち、6か月分の賃料等の債務を用いた相殺の許容を、賃借人等のための保護規定とする理解がある¹⁰⁷⁾。

以上のような規律のもとで相殺権が承認される状況にあって、一定の態様の相殺が禁止され、さらにはこの禁止が解除される場合に関しては、再生型手続でも破産手続と同様の規定が置かれている（民再93・93の2、会更49・49の2）。

再生型手続における相殺権行使については、再生計画・更生計画の定めるところによらないで実行できるとされており（民再92①前、会更48①前）、通説はこれを、債権届出を不要とする趣旨として理解している¹⁰⁸⁾。もっとも、破産手続には存在しない制限として、手続開始後の相殺権の行使時期が、債権届出の期間内に限定されている（民再92①前、会更48①前）¹⁰⁹⁾。このような

105) 伊藤・会更特清・364頁脚注37・369頁、伊藤・破産民再・1000頁以下・1004頁。

106) 伊藤＝田原・新注民再(上)・449頁[中西]、伊藤・会更特清・300頁以下・364頁脚注37、伊藤・破産民再・1000頁。

107) 園尾＝小林・条解民再・482頁以下[山本]。

108) 園尾＝小林・条解民再・481頁[山本]、伊藤・会更特清・365・393頁以下、伊藤・破産民再・1002・1007頁。

109) 園尾＝小林・条解民再・481頁[山本]、伊藤ほか・条解破産・553頁。

期間制限が設けられているのは、相殺権行使の判断が未確定な状態では、再生債権・更生債権の総額や再生債務者・更生会社の財産の内容も確定できず、再生計画・更生計画の立案や手続の遂行が妨げられうることを顧慮したものである¹¹⁰⁾。また、この期間制限が定められていることで、再生型手続では、破産管財人の催告権（破73）に準じる規定は置かれていない¹¹¹⁾。

そのほか、再生債務者や管財人による相殺は、破産手続におけるものと同様に、制限的に規律されている（民再85の2、会更47の2）¹¹²⁾。

（おかもと・ひろき 筑波大学ビジネスサイエンス系教授）

110) 伊藤・会更特清・364頁以下・394頁、伊藤・破産民再・1002頁。

111) 伊藤・破産民再・1007頁。

112) 伊藤＝田原・新注民再(上)・404頁以下〔森恵一〕、園尾＝小林・条解民再・437頁以下〔山田明美〕、伊藤・会更特清・361頁以下、伊藤・破産民再・998頁以下。

筑波ロー・ジャーナル 36号

2024年6月発行

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

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

教授 大淵 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.36 June 2024

Articles

Transfert du statut de bailleur et succession de l'obligation de remboursement du dépôt de garantie

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

Possibilité de déposer un recours en exécution force par un quasi-copropriétaire de sûreté

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

The Issue on Redundant Security Cost for Declarations of Avoidance of Provisional Civil Execution

..... **Kenya Nagashima** 49

Theoretical Analysis of Lawyers' Duty of Neutrality and Impartiality (4)

..... **Kensuke Morita** 83

Note

An Overview of Japanese Setoff Law (4)

..... **Hiroki Okamoto** 113

ISSN:1881-8730

Edited by Tsukuba Law Journal Editorial Board
University of Tsukuba, Tokyo, Japan