

法科大学院教育と民法（債権法）改正

法科大学院教授 宮岡 孝之

第1 法科大学院教育

1 法科大学院教育の内容について

司法制度改革審議会意見書は、「法科大学院では、法理論教育を中心としつつ、実務教育の導入部分（例えば、要件事実や事実認定に関する基礎的部分）をも併せて実施することとし、実務との架橋を強く意識した教育を行うべきである。」としている。

2 具体的講義内容

このことを受けて、民事実務科目を担当する者として、実務上生起する問題をどのように解決するかを中心に講義をしている。当職が担当する「債権回収と債権保全」では、次のような問題を出題して、解説をしている。

(1) 具体事例

平成19年12月1日、甲は、乙会社に対して排気ダクトの製造を依頼した。なお、その際代金は納品の翌々月の末日に支払うとの約束とともに売掛金債権については譲渡しないという特約をした。

乙会社は、甲に対して平成20年2月末日に排気ダクトを納品したが、その後手形不渡事故を起こし、夜逃げをしたということであった。

平成20年3月15日午後1時ころ、甲に対して、乙会社から丙に対する債権譲渡通知が内容証明郵便で到達した。また、同時に乙会社から丁に平成20年3月10日に債権譲渡したという内容証明郵便による通知とともに同日付の確定日付が付されている書面が普通郵便で送付された。なお、この丁への債権譲渡通知は乙会社に融資をした丁が乙作成の債権譲渡通知を預かっており、手形不渡速報を確認して、直ちに債権譲渡通知を発送したもの

である。

甲は、丙と丁から自分に支払うようになかば脅迫的に言われて困惑して、弁護士に相談することにした。なお、丙は乙会社から丁に対する債権譲渡の事実はないと主張している。この相談を受けた弁護士は丙・丁の優劣関係や、甲の今後の対応について、どのようなアドバイスをすべきか。

(2) 問題作成の背景

ア 講座の趣旨

債権回収と債権保全の目的は、不良債権の流動化という社会的要請等からサービサー法が誕生し、債権回収は弁護士が取り扱う一分野として確立していることから、実務で生起する問題をテーマとして取り扱う講座である。

イ 管財人としての経験

事例は、破産管財人として担当した破産事件を素材としている。簡単に内容を紹介すると破産管財人就任後、破産会社所在地を訪問したところ、破産会社の事務所スペースには他の会社が存在しており、代表者から事情を聞くと、賃借物件という案内があり賃借したということであった（賃貸人は、破産会社との間で転貸借ができる賃貸借契約を締結していたと主張していた）。また、破産会社の代表者が居住していた場所は、内装工事中であり留守番で事情が分からないという者がいた。この場所に記載してあった携帯番号の契約者を弁護士照会で確認すると有名な占有屋であることが判明した。他方、破産会社は多数の金融機関から融資を受けており、手形不渡事故を起こした直後に、売掛金先に多数の債権譲渡通知書が送付された。対応に困った債務者が商工会議所の法律相談に行き、担当弁護士から当職に連絡があり、債権者を確知することができないということで代金の供託をすることにした。ただ、金融機関同士で供託金の取り戻しの合意をして供託金の支払請求することを阻止するために、供託書の債権者欄に破産管財人も記載する方法をとった。最終的には供託金還付請求権確認訴訟を30社以上に対して提起したが、1社は債権譲渡契約の有効性を主張して、最高裁まで争った。

このような事例を解決するためには、債権譲渡通知の同時到達の場合の優劣、譲渡禁止特約と第三者保護、債権譲渡通知が詐害行為取消の対象となるかなど様々な問題を解決することが求められる。

(3) 実務家に求められるもの

実務家教員として、学生には実務家がどのように問題を検討し、解決しているかという視点から説明している。その際、実務家に必要なものは、理解力、発想力、瞬発力であると話している。

ア 理解力—問題発見のために—

依頼者は何を伝えようとしているのか、裁判官は何を問題としているのか、例えば、医療過誤を受任した場合、医師は何を説明しようとしているのか等々、理解力がなければその内容を把握することは出来ない。したがって、法曹の基本的スキルとして理解する力が必要である。そのためには、自分の知識をフル活用することは勿論であるが、自分が分からないことをまとめて、その部分を的確に質問することが必要であり、そのために、相手の言っていることを理解し、その場で疑問を解消して、自分の知識とする力が必要である。

イ 発想力—問題解決のために—

学説や判例が直接適用できる事案はほとんど存在しない。事実が違えばそれに適用される理論も異なることになる。ところが、その事に気づかず闇雲に判例理論に拘束されて事案の妥当な解決ができないというのでは、依頼者の利益を守れない。また、判例では依頼者の主張が認められないときに、どう解決するのか、今までの理論をどう応用して真の解決をするためには豊かで自由な発想力が必要である。

ウ 瞬発力—早期解決のために—

事件の迅速な解決のためには、指定された期日に書面を提出することは当然である。当職は、訴訟遅延の原因は弁護士の対応の悪さにあると考えており、相手方が提出した書面に即座に反論の起案をすとか、準備書面、控訴理由書など作成のための記録の読み込みや構成等、瞬時に対応する力が必要である。このことが、依頼者から見れば、この先生は自分のために時間を割いてくれているという安心感と信頼感に繋がる。

これらの素養を身につけるために、法科大学院での学習が役立つなければならない。したがって、解説にあたっては、判例の事案はどのようなもので、判旨ではその事実をどのように評価しているかを知ることが大切であること、また、判例を創るのは弁護士であり、学説等がなぜそのような主張をしているのか理解しなければならないと話している。

(4) 解説

前記(3)の視点に立ちながら、実務家として類似事案についての判例及び有力

な学説の立場を説明し、かつ、この立場の違いがどのような主張として現れるのかを解説することになる。その中で、最も重視しているのは判例の事案と判旨に現れた事実を確認して、何が判断の対象となった事実であるかを確認することである。そこで、各問題について次のような解説を行っている。

ア 譲渡禁止特約の効力

民法466条2項は、「当事者が反対の意思を表示した場合には、適用しない。」とするが、債権譲渡の自由性からその意思表示は、善意の第三者に対抗することができないという原則的な説明をして、この主張は、誰がどのようにすべきかを要件事実に検討させることにしている。

重過失の取り扱いについては、善意の第三者に対抗できないとした趣旨に基づき、悪意者をどのように取り扱うかという視点から判例を素材として検討している。^(注1)

この判旨について、悪意と同視される重過失ある者の保護の必要性がないことを説明する。そして、重過失有りとは認定される場合を、相手方が知らないとは主張しても、そのような主張をすることが不自然な場合であると、重過失の認定の具体的事情についても話している。

イ 債権譲渡の対抗要件とその優劣関係

債権の二重譲渡については、対抗要件を必要とした趣旨から説明することになる。そこで、公示のために物権法定主義を採用したこと、動産にあっても自動車のように登録制が採用されているものは、占有に対する信頼は保護されず善意取得が否定されていると話す。では、債権の帰属については誰の認識を基準とすることが対抗要件としての公示性の要請を満たすかという視点を与え、判例の債務者のインフォメーション・センター機能の理解を深めることにしている。^(注2)

ここでは、対抗要件とは第三者に対して、自らの権利を主張するための要件であると説明し、不動産のような価値の高い財産については登記制度を設けていること、これに対して動産は占有に権利推定機能を与え、占有を信頼して取引関係に入った者を保護しようとしていること、上記判例は債権の帰属を決める対抗要件としての公示性を債務者の認識に求めたものであるとしている。

また、対抗要件の主張が権利抗弁になる理由についても、第三者であることを主張する者に相手方が対抗要件を具備していないことを主張させる事実抗弁説が採用できない理由として挙げられる対抗要件の主張・立証が困難である場

合とは、債務者の認識を対抗要件とする債権譲渡であることも併せて解説している。

ウ 債権譲渡通知の詐害性

ところで、売掛金債権の担保として債務者の代金債権について予め債権譲渡契約を締結し、債務者に対して返済を迫る必要性が生じた時点で、債務者から預かった債権譲渡通知を発送することがある。この譲渡通知は対抗要件のためであり、その基本となっている債権譲渡契約自体が詐害行為に該当しない場合には、取り消しできないことなど判例を紹介しながら、詐害行為取消権の要件論との関係でも説明している。^(注3)

また、判例は債務者が自己所有の不動産を適正価格で売却した場合でも、債務者の責任財産としての性質を变じる行為は原則として詐害行為になると解していることも説明している。

第2 債権法改正の基本方針—民法(債権法)改正検討委員会—

1 2009年4月29日シンポジウム開催

民法(債権法)改正検討委員会(以下、「検討委員会」という。)は、2009年4月29日に早稲田大学で、「債権法改正の基本方針」というシンポジウムを開催し、検討委員会の内容を明らかにした。シンポジウムの詳細については、別冊NBL 127号を参照されたい。

この公表をもって、検討委員会は解散し、今後、実務界等からの改正の方向性についての疑問等については、検討委員会として回答することはなくなったことを付言する。

2 改正の必要性についての説明

検討委員会の中心メンバーである内田貴検討委員会事務局長は、民法(債権法)改正の必要性を次のように述べている(いまなぜ「債権法改正」か? NBL 871号17頁以下、同872号72頁以下)

(1) 「市民のための民法」化

司法制度改革審議会意見書は、21世紀の我が国社会の姿として、「過度の事前規制・調整型社会から事後監視・救済型社会への転換を図る」とし、事後救済型の社会を目指している。事後救済型社会においては、基礎的な素養を持ったひとりひとりの市民が法律を読み、これを理解して、自らの行動をコントロールすることが望まれる。そのためには、透明性が高く、複雑な法解釈論を知らなくとも、

読んで分かるルール（民法典）が必要である。

(2) 現代化

現民法は、19世紀の法原則であり、21世紀に相応しい法原則に作り変えていく必要がある。また、解釈論で補われている部分を条文に反映する必要もある。民法が空洞化している現状では、東南アジア諸国に対して法整備支援を行う資格が疑われかねない。

(3) 再法典化

民法の外に特別法の形で出ている基本的ルールを民法典の中に再び取り込み、民法典を持っていることの意味を再生させる必要がある。

(4) 統一化への発信

市場が統一されれば、取引にも共通のルールが求められ、債権法は国際的に統一化の方向に向かっている。その場合に、将来の統一法のモデルを日本から発信する必要がある。

検討委員会は、上記のような視点から現民法を大幅に変更する改正試案の提案を行っている。そこで、以下では今回の試案によって、「債権回収と債権保全」で行っている講義がどのような影響を受けるか、また、当職が関与する東京弁護士会法友会等でどのような問題意識をもって議論しているか等を明らかにして、今回の改正試案が法科大学院教育に与える影響について考えることにする。

3 第1の具体的事例に関する改正点について

(1) 債権譲渡禁止特約について

ア 検討委員会では、

【3.1.4.03】（債権譲渡禁止特約の効力）

〈1〉債権者および債務者が特約により積権の譲渡を許さない旨を定めていた場合であっても、当該特約に反してなされた譲渡の効力は妨げられない。ただし、債務者はこの特約をもって譲受人に対抗することができる。

〈2〉〈1〉ただし書にかかわらず、債務者は、次に掲げる場合には、〈1〉の特約をもって譲受人に対抗することができない。

〈ア〉債務者が、譲渡人または譲受人に対し、当該譲渡を承認したとき

〈イ〉譲受人が、〈1〉の特約につき善意であり、かつ、重大な過失がないとき

〈ウ〉第三者対抗要件が備えられている場合で、譲渡人について倒産手続の開始決定があったとき

〈3〉〈1〉の特約のある債権が差し押さえられたときは、債務者は、差押債権者

に対して〈1〉の特約をもって対抗することができない。

提案要旨によれば、債権譲渡自由の原則や債権譲渡を促進すべきであるという政策的判断から、譲渡禁止特約に反する債権譲渡を有効であるとする。ただ、悪意またはこれと同視すべき重大な過失がある場合には、債権譲受人との間の譲渡の効力は否定されるとする。

イ 実務に与える影響

従来、債権譲渡禁止によって「債権を譲り渡すことはできない。」ことになることから、物権的効力を有すると考えていた。ただ、この主張を許すと債権譲渡自由の原則から取引の安全を害することになるので、善意の第三者には債権譲渡禁止の効力を対抗出来ないとした。また、悪意と同視される重過失がある場合にも、保護されないと解していた。このことからすると、債権譲受人が債権者に対して、債権の譲り受けを主張した場合に、債務者は債権譲渡禁止特約の存在及び譲受人の悪意または重過失を主張することになる。

試案では、譲受人からの請求に対して債務者は譲渡禁止特約の存在、悪意または重過失の存在を主張することになる。その意味では改正は従前の運用に影響を与えず、判例で譲渡禁止特約を対抗できるとされた重過失が条文上明確になるという利点がある。

(2) 債権二重譲渡と対抗要件

ア 検討委員会

(i) 試案

【3.1.4.04】(債権譲渡における債務者以外の第三者に対する対抗要件)

〈1〉金銭債権の譲渡は、これについて債権譲渡の登記をしなければ、債務者以外の第三者に対抗することができない。

〈2〉非金銭債権の譲渡は、その譲渡契約書に確定日付を得なければ、債務者以外の第三者に対抗することができない。

*金銭債権譲渡の対抗要件を登記に一元化することが、そのコストや手続へのバリアのゆえに困難であると判断された場合には、当然に現行制度に戻るのではなく、新たな制度についてさらに検討することが必要である。

(ii) 提案理由

提案要旨によれば、適切な公示制度を設けることによって、譲受人が不測の損害を被ることを防止し、競合する譲渡が存在する場合に、優先する地位をはっきりさせる手段を設けるとする。判例が認めた第三者のインフォメーショ

ン・センター理念は、不備が少なくなく、この理念自体の再検討が必要であること、対抗要件制度として動産・債権譲渡特例法の登記制度とは別の制度があることは、特例法の利点が減殺されるとする。

内田貴法務省民事局参与（検討委員会事務局長）は、債権法の新時代「債権法改正の基本方針」の概要（商事法務）で現行法の不備について、次のように指摘する。

第1に、確定日付のある通知により第三者に対する対抗力を生ずるとされているが、確定日付は到達について要求されておらず、確定日付の先後は対抗要件の優劣に反映しないので、日付の意味がなくなっている。この制度の母国フランスでは、通知は執行吏によってなされ、到達時に確定日付が付されるので、確定日付には意味があるが、日本では、日付が操作されるのを防ぐという確定日付制度の趣旨は全く生かされていない。

第2に、優劣は到達の先後で決めるとされ、それを知っているのは債務者だということ、結局債務者がインフォメーション・センターとされるが、どうして債務者がそのような負担を課されるのか不明である。

第3に、債務者の行為によりかかった制度となっており、債務者が答えない場合には、対抗要件制度は崩壊する。

第4に、法人の債権譲渡は通知と登記が併存し、譲り受けようとする者は債務者にも照会しなければならないという負担を負っている。

イ 実務に与える影響について

- (i) 確かに、登記を金銭債権譲渡の対抗要件とすることで、公示制度として十分な機能を発揮することは事実である。特例法は、多数の金銭債権の流動化を行う場合に用いられていると考えられる。債務者が融資を受ける際に、担保として提供する債権譲渡の場合には債務者が債権者に事前に債権譲渡通知の内容証明を交付し、債務者に手形不渡等の事由が生じた場合に、通知を送付するというものが大多数である。なぜならば、譲渡人は債務者に債権譲渡の事実が知られることで信用不安が生じることを嫌う傾向があるからである。また、現在の特例法による登記では、その手数料が1件の債権の個数が5000個まで7500円であり、内容証明による譲渡通知より、費用が高くなるばかりでなく、登記手続を行わなければならないという手間がかかる。そして、少なくとも試案【3.1. 4.05】^(注4)では登記申請と債務者への配達証明付き郵便での登記事項証明書の交付が求められており、現状より手間とコストがかかることになる。

(ii) 判例は債権譲渡の対抗要件である以上、公示性が必要であると考えて債務者の認識をとおして債権の帰属を明らかにしようとした。また、この判例の考え方は内田法務省参与が指摘するように債務者の善意に期待する制度であることも否定できない。しかし、債務者が弁済等をして債務が消滅している場合には、債務者は譲受人から改めて請求されるというトラブルに巻き込まれないために、債務の不存在を回答するのが通常である（顧問先から問い合わせがあった場合にはそのように指導している。）。そうすると、債務者の認識によって債権譲渡の優劣関係を決するというシステムは、一定の機能を果たしていることになり、改正する必要性がどこまであるかという疑問が生じる。更に、譲渡人が破綻した場合に債務者がどの程度の不利益を被るかという点、債務者は債権譲渡通知が複数到達した段階で債権者不確知を理由として供託すれば、譲受人からの支払い請求に応じる必要はない（供託により債務者は負担から解放されるといえる）。この場合には、多数の債権譲受人間の優劣は供託金還付請求権の確認訴訟で決せられることになるが、ここで債権譲渡の到達時を証明する手段となるのが、配達証明郵便の配達時間である（債務者に債権譲渡の先後を管理することなど求められていない。）。配達証明郵便では、配達時間が一定の幅で表示されおり、到着時間を特定できない。しかし、郵便事業株式会社の検索では、到着時間が表示されており、債権譲渡通知が債務者に何時到着したかを特定することができる。このように運用如何によっては、内田法務省参与が指摘するフランスで執行吏により到達時に確定日付が付されるのと同様の機能を果たすことができる。

以上のような観点からすれば、一般人が債権担保として債権譲渡を受ける簡易な手段としての内容証明郵便による譲渡通知による対抗要件の具備という現状を大きく変更して登記に一本化する必要性が何処まであるのかということが問題となる。

(3) 債権譲渡通知の詐害性

ア 検討委員会では、詐害行為取消権を責任財産保全制度に特化させ、債務者のもとへ財産を回復する制度とする。また、債務者が債権者に対して、義務の履行として支払った場合（本旨弁済）に限らず、非義務行為を含めて債務消滅行為を詐害行為取消の対象から除外する方向を示している^(注5、注6)。他方、判例が認めた取消権者の優先弁済権に制限を加え、債務者の責任財産保全を全うするために取消権者の債権額に限定されないことになっている。また、取消の効果を絶対

効とすることから、取消訴訟の当事者に債務者を含むとする。^(注7)^(注8)

イ 実務に与える影響

試案では、詐害行為取消の機能を破産法における偏頗弁済と同一のものと考えている。

しかし、債権者が破産手続申立をするのは、その破産原因の疎明に難があるばかりでなく、予納金を準備しなければならず、債権者申立自体が容易ではない。そうすると、詐害行為取消権は破産制度とは別の制度として機能すると構成する余地は残されるはずである。また、債権者取消権を行使する債権者は、その行使により事実上の優先弁済が受けられることに期待しているのである。この点、試案は、債務者に返還された財産に対して、債務者のすべての債権者は、民事執行法の規定に従い、強制執行または担保の実行が出来るとして、原則として優先弁済権を否定する。ただし、債権者が要した費用は費用償還請求によって弁済を受けることが出来るとする。^(注9)したがって、債権者が詐害行為取消権を行使するメリットはほとんどなくなり、債務者が破産手続をとらない限り、弁済をうけた債権者が満足する結果が生じると思われる。

仮に、今回の改正で理念的一貫性を求めるのであれば、理論的に明快である責任説を採用することが、受益者に対して金銭その他の動産を債務者に返還することで生じる財産の散逸という問題点も解消すると思われるのに、この方向はなぜか採用していない。

(4) 債権者代位権について

検討委員会は、債務者の責任財産の保全制度として機能するといわれている債権者代位権について、大幅な改正を提言しているので、ここで検討する。

(i) 改正の目的と方向性

基本方針では、前注で、現民法の債権者代位権は、要件・効果、制度趣旨の透明性が低いとして、試案で維持すべきものとそうでないものを峻別するとする。そして、債務者が無資力の場合に債務者が第三債務者に対して有する権利を債権者が行使する本来型の場合には、債権者の優先弁済権を否定する。その理由として、金銭債権を被保全債権とし、金銭債権を被代位債権とする場合に、債務名義を不要とし、これに代えて無資力を要件とする制度は、強制執行と併存させる必要はないとする。また、転用型については、必要がある場合には個別の規定をすればよいとして、現民法の条文より制限的である。

内田貴法務省参与は、「債権法の新時代」(商事法務) 114頁以下で、債権者代

位権の行使により事実上の優先弁済を認めることは、債務執行には債務名義を必要とし、優先弁済を受けるためには担保がなければならないという法制度がある以上、債務名義もなく、また担保もないのに債権者がいきなり第三債務者から優先弁済を受ける制度は、立法論として正当化できないとする。ただ、債権者代位権は、既に定着しており廃止すべきではないという主張も根強く存在するので、事実上の優先弁済ができない形にしたうえで、従来責任財産の保全としての本来型は残し、転用型はすでに確立した場面については、個別に立法的手当をし、万一転用の必要が生じた場合のために制限的な形で存続させたとする。

(ii) 改正の方向性と問題点

a 本来型について

【3.1. 2.02】は、受領を要する権利の代位行使の場合、本来型にあっては、債務者に受領を期待することが困難であるとき以外は、債権者への交付を求めることは出来ず、債権者が代位権を行使して、第三債務者に債務者への支払を求めることになる。この債務者への支払が責任財産の保全という趣旨に合致するかといえば、債務者が権利行使をしない理由が権利行使をして債権者への支払に充てることを望まないのであれば、支払を受けた債務者が財産を確保する制度的根拠がない以上、財産の保全はできないことになる可能性が大である。また、債権者が受領した財産を債務者に返還する義務を負い、相殺を禁止し、【3.1.2.06】で権利の行使のために要した費用について債務者の財産から優先的に回収することができるとする。このように債権者に費用償還のみ認めることで、債権回収というインセンティブがない状態で代位権を行使する債権者が存在しうるかという問題がある。なお、この費用を共益費用に関する一般先取特権の規定によるとしていることから、債権額を超えて総債権者のために代位権を行使することを認める趣旨と理解できるが、債権額を超えて他の債権者のために、法定訴訟担当である債権者が訴訟を提起して、訴訟外で和解して訴えを取り下げることで現実的債権回収が認められることになるのではないかという疑問がある。

b 転用型について

【3.1. 2.02】で、転用型について「債務者に属する当該権利を行使することを当該債権者が債務者に対して求めることができる場合において、債務者が当該権利を行使しないことによって、債権者の当該債権の現実が妨げられている

とき」とする。この条項は、判例が認めた不動産の買主は売主が売主の前所有者から移転登記を受けていない場合に、売主が前所有者に対して有する登記請求権を代位行使する^(注10)事例を、条項に適合するものとして、想定していることは明らかである。他方、相続人内部で被相続人が行った不動産売買の効力について争いがあり、買主が登記を求めようとする者に対する登記移転請求権を代位^(注11)権行使した事例は認めないことになると思われる。

転用型を限定しようとする方向性に対して、実務家から「振り込め詐欺」の事例で転用型を活用して、被害者の保護を図ることが困難となるという批判がある。

これに対して、「債権法の新時代」(商事法務)117頁で、①この流用がもし日本の執行法や振込についての判例法法理が容認していない帰結をもたらす故に評価されるのであれば、正常な事態ではないこと、②無理な適用を求めることになった一般法理そのものを見直すべきであること、③債権者代位権制度がなければ、裁判所は一般法理で救済したとか、④本来原因関係のない振込については、一定の場合に、送金人が受取人の預金債権に優先的な返還請求権を持つべきであるが、これらの方向性を代位権規定が阻害したとする。この見解は、安易な転用型の活用が現民法の理論的發展を阻害したという趣旨であろう。

しかし、この反論は権利救済に直面する実務家からすれば容認できない。すなわち、①裁判所は一般条項を根拠として原告の主張を認めることに強い抵抗を示すのが実状であること、②確立した一般法理を判例で変更することは、相当の困難をとめない、一般条項が変更されるまでには、幾多の敗訴判例が累積し、ようやく権利救済が図られることになること、③送金人は受取人に不当利得返還請求権行使するのに、何故優先的な返還請求となるのか不明である。

また、容易に運用や解釈、一般法理が変わるのなら、何故、損害賠償免除事由の規定を変更する必要があると説いたのであろうか。

第3 改正方向性について

1 改正によって、条文にはないが判例の集積によって要件とされた事項等が明文化されることは望ましいことである。

2 ところが、債務不履行の損害賠償で議論された帰責性等の要件を【3.1.1.63】(損害賠償の免責事由)では、「1 契約において債務者が引き受けていなかった事由により債務不履行が生じた時には、債務者は【3.1.1.62】の損害賠償責任を負わ

ない。」と改める点はどのように考えるべきであろうか。検討委員会が指摘するように従来の運用を変えるものではないとすると、果たして110年にわたり市民に定着してきた過失がなければ責任を負わないという考え方（帰責性）を変更する必要があるのであろうか。

(1) この点について、内田貴法務省参与は、「債権法の新時代」（商事法務）82頁以下で、検討委員会試案は、債務不履行の際の損害賠償や解除について、債務者に過失があることを要求する過失責任主義を廃棄することを目指していると明言する。その理由として、過失がなければ債務不履行責任が免除されるというレトリックは、現在にいたるまで、判決学説の議論を支配している。不注意がなければ債務不履行をしても損害賠償責任を負わなくてよい、という不自然な帰結を名実とも否定するには、やはり条文を変えるべきだとする。

そして、「契約で引き受けていなかった事由」とは、当事者が契約の時点で想定していなかった事由で、不履行が生じた場合には免責されるとする。「契約で引き受けていなかった事由」は、不可抗力と同一ではないかという指摘に対しては、不可抗力は戦争・動乱・大地震など限定的に考えられており、「契約で引き受けていなかった事由」とは外在的な要因に限定されないとする。帰責事由を形式的には債務不履行の事実があるが、それについて責任を問うことが当該契約の趣旨に照らすと相当でないといえるような事由であるという説については、1世紀の間に染みついた意味をぬぐい去るには、用語を変えることが望ましいとする。

(2) 現民法415条の解釈では、1文の「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。」という規定は、同条2文「債務者の責めに帰すべき事由によって履行することができなくなったときも、同様とする。」との履行不能規定との関係で、債務者の帰責事由が必要だと理解している。この過失責任主義を補強するものとして、現民法419条3項の金銭債務について不可抗力を抗弁とすることが出来ないとする規定が挙げられている。

実務の運用を見ると、過失責任主義を採用し、無過失による免責を認めているという指摘は妥当であろうか。確定期限に履行すべき債務については、履行しないことで債務者の責任が認められることになり、債権者が債務者の帰責事由を立証することは求められない。他方、医療契約等の手段債務については、契約で、当然に一定の結果が生じることを約束していない以上、手段債務についてどのような合意をしたかということを中心に主張・立証を行っている。実務では契約当

事者がどのような合意をしたかという点が訴訟活動の中心である。

確かに、債務不履行についてフランス法にドイツ法の解釈を持ち込んだ点に問題があるとすれば、現民法の解釈として過失責任主義を採用することが誤りであることを学説上主張すれば足りると考えられ、改正の必要性がどこまであるのか、疑問なしとしない。

(3) 改正による弊害の懸念

「契約において債務者が引き受けていなかった事由」を当事者が契約の時点で想定していなかった事由と理解すると、契約当事者は契約内容を精緻にして、自らが負うリスクを軽減することが考えられる。このことは、契約書の長文化を招くことが容易に想像できる。

その結果、事業者、消費者を問わず契約書精緻化の費用が負担できない者は、不利な結果とならないかとか、契約書上リスク配分を負わないという条項が存在する場合に、一般条項等を用いて、効力を否定しなければならないなどの弊害が考えられる。特に、試案は人概念の多様性を認めているのであるから、この「契約において債務者が引き受けていなかった事由」が不利益に働く余地が生じることには抵抗感がある。

3 その他にも、【3.1.3.25】(相殺の効力)は、「〈1〉相殺の意思表示が効力を生じたときは、その意思表示をした者および相手方が互いに負担する債務は、その時に対等額について消滅するものとする。」として相殺に遡及効を認めない。しかし、このことは、金利格差が生じている場合、すなわち、銀行からの借入金に対する利息と銀行金利に格差があるような場合には、その不平等を維持する結果となるなど、今後検討すべき問題が生じる。

また、解除についても、【3.1.1.77】(解除権の発生要件)は、

「〈1〉契約当事者の一方に契約の重大な不履行があるときには、相手方は、契約の解除をすることができる。

〈ア〉契約の重大な不履行とは、契約当事者の一方が債務の履行をしなかったことによって、相手方が契約に対する正当な期待を失った場合をいう。

〈イ〉契約の性質または当事者の意思表示により、特定の日時また一定の期間内に債務の履行をしなければ契約の目的を達成することができない場合において、当事者の一方が履行をしないでその時期を経過したときは、契約の重大な不履行にあたる。

〈2〉契約当事者の一方が債務の履行をしない場合に、相手方が相当の期間を定

めてその履行を催告し、催告に応じないことが契約の重大な不履行にあたる時は、相手方は契約の解除をすることができる。」

とする。この相当な期間とは、どの程度の期間か、従前の判例の判断基準を前提とするのかなど、実務の運用を待たなければ基準が明確にならないものが有り得る。そうすると改正を行うことで実務の運用が定まらない期間、法科大学院では、どのような講義を行えば良いのであろうか。改正前の実務を前提として、従来はこう考えられてきたということをお教えるべきか、検討委員会の意向からすればこのような解釈がなされるという不確かな将来予測をお教えるのか、いずれにしても、教育現場で一定の混乱が生じることは間違いない。

このような観点からも、改正の方向性については、慎重な検討が必要であると考えている。

以上

<注1>

(最判平成9年6月5日第一小法廷判決 民集51巻5号2053頁)

[事案]

Xが、AがBに対して有していた譲渡禁止特約付きの売掛代金債権（以下、「本件債権」という。）の譲渡を受け、債権譲渡の対抗要件を得たが、Xは特約の存在につき悪意またはそれを知らないことにつき重大な過失があった。他方、Yは、同月11日および22日、本件債権に対して滞納処分による差押えを行ったが、Xの債権譲渡の対抗要件に劣後した。

[判旨]

本件では、Xは、債権譲渡の時に、譲渡禁止特約の存在を知り、又は重大な過失によりこれを知らなかったのであるから、右譲渡によって本件売掛代金債権を直ちに取得したということとはできない。

<注2>

(最判昭和49年3月7日第一小法廷 民集28巻2号174頁)

[事案]

Xは、昭和44年2月13日頃、Aが東京都下水道局に対して有する本件債権を譲り受け、債権譲渡の通知として、下水道局長宛の債権譲渡書と題する書面に公証人から同月14日付けの印章の押捺を受け、同日午後3時頃下水道局に持参してその職員に交付した上、同日午後6時までの受付印のある内容証明郵便で債権譲渡の通知をした。一方Yは、Aに対して有する金銭債権の執行を保全するため、同月14日東京地裁から本件債権に対する仮差押命令を得、この仮差押命令は同日午後4時5分頃、第三債務者たる下水道局長に送達された。

[判旨]

思うに、民法467条1項が、債権譲渡につき、債務者の承諾と並んで債務者に対する譲渡の通知をもって、債務者のみならず債務者以外の第三者に対する関係においても対抗要件とした

のは、債権を譲り受けようとする第三者は、先ず債務者に対し債権の存否ないしはその帰属を確かめ、債務者は当該債権が既に譲渡されていたとしても、譲渡の通知を受けないか又はその承諾をしていないかぎり、第三者に対し債権の帰属に変動のないことを表示するのが通常であり、第三者はかかる債務者の表示を信頼してその債権を譲り受けることがあるという事情の存することによるものである。このように、民法の規定する債権譲渡についての対抗要件制度は、当該債権の債務者の債権譲渡の有無についての認識を通じ、右債務者によってそれが第三者に表示されうるものであることを根幹として成立しているものというべきである。そして、同条2項が、右通知又は承諾が第三者に対する対抗要件たり得るためには、確定日附ある証書をもってすることを必要としている趣旨は、債務者が第三者に対し債権譲渡のないことを表示したため、第三者がこれに信頼してその債権を譲り受けたのちに譲渡人たる旧債権者が、債権を他に二重に譲渡し債務者と通謀して譲渡の通知又はその承諾のあった日時を遡らしめる等作為して、右第三者の権利を害するに至ることを可及的に防止することにあるものと解すべきであるから、前示のような同条1項所定の債権譲渡についての対抗要件制度の構造になんらの変更を加えるものではないのである。

右のような民法467条の対抗要件制度の構造に鑑みれば、債権が二重に譲渡された場合、譲受人相互の間の優劣は、通知又は承諾に付された確定日附の先後によって定めるべきではなく、確定日附のある通知が債務者に到達した日時又は確定日附のある債務者の承諾の日時の先後によって決すべきであり、また、確定日附は通知又は承諾そのものにつき必要であると解すべきである。そして、右の理は、債権の譲受人と同一債権に対し仮差押命令の執行をした者との間の優劣を決する場合においてもなんら異なるものではない。

<注3>

(最判平成10年6月12日第二小法廷 民集52巻4号1121頁)

[事案]

Xは、Aに金銭貸与する際に、債務の担保として、AのBに対する（現在および将来の）代金債権全額を、上記債務の不履行を停止条件としてXに譲渡する旨を約し、あらかじめAが債権譲渡兼譲受通知書を作成してXに交付しておき、条件が成就（上記債務の不履行）したときにはAとXとの連名でBに送付することとした。

その後、Aは手形の不渡りを出して銀行取引停止処分を受け、XおよびYらに対する債務を弁済できなくなった。そのため、Xは、AがBに対して有する代金債権を譲り受けたとして上記債権譲渡兼譲受通知書を発送し、これはBに到達した。Aは、多数の債権者に対して債権譲渡としたため、Xに対する債権譲渡通知後Bに多数の債権譲渡通知が送付され、Bは債権者を確知できないとして代金債権を供託した。AのXに対する債権譲渡が許害行為に該当するか。

[判旨]

債務者が自己の第三者に対する債権を譲渡した場合において、債務者がこれについてした確定日附のある債権譲渡の通知は、許害行為取消権行使の対象とならないと解するのが相当である。けだし、許害行為取消権の対象となるのは、債務者の財産の減少を目的とする行為そのものであるところ、債権の譲渡行為とこれについての譲渡通知とはもとより別個の行為であって、後者は単にその時から初めて債権の移転を債務者その他の第三者に対抗し得る効果を生じさせるにすぎず、譲渡通知の時に右債権移転行為がされたこととなったり、債権移転の効果が生じたりするわけではなく、債権譲渡行為自体が許害行為を構成しない場合には、これについてさ

れた譲渡通知のみを切り離して詐害行為として取り扱い、これに対する詐害行為取消権の行使を認めることは相当とはいえないからである。

〈注4〉

【3.1.4.05】（債権譲渡における債務者に対する権利行使要件）

- 〈1〉〈ア〉金銭債権譲渡人または譲受人が債権譲渡登記の登記事項証明書を交付して債務者に通知をしたときは、譲受人は、債務者に対して債権者であることを主張することができる。
- 〈イ〉非金銭債権の譲渡人が確定日付ある譲渡契約書の写しを交付して債務者に通知をしたときは、譲受人は、債務者に対して債権者であることを主張することができる。
- 〈2〉債権の譲受人は、〈1〉に定める要件を備えていない場合であっても、譲渡人が債務者に通知をしたときは、債務者に対して債権者であることを主張することができる。ただし、当該譲受人以外に対する譲渡について〈1〉の通知がされたときは、この限りでない。

〈注5〉

【3.1.2.10】（対象行為の要件）

【3.1.2.08】にかかわらず、次に掲げる行為については、詐害行為取消しを請求することができない。

[甲案]

- 〈ア〉財産権を目的としない行為
- 〈イ〉債務の履行その他の債務の消滅に関する行為。ただし、次の場合を除く。
- 〈i〉期限前の弁済その他の非義務行為たる債務消滅行為であって、かつ、債務者と受益者たる債権者とが通謀してその債権者だけに優先的に債権の満足を得させる意図で行った場合、または
- 〈ii〉過大な代物弁済の場合
- 〈ウ〉担保の供与。ただし、債務者が、既存の債務についてした、債務者の義務に属しない行為であって、かつ、債務者と受益者たる債権者とが通謀してその債権者だけに優先的に債権の満足を得させる意図で行った場合を除く。

[乙案]

- 〈ア〉財産権を目的としない行為
- 〈イ〉債務の履行その他の債務の消滅に関する行為（過大な代物弁済を除く。）
- 〈ウ〉担保の供与

〈注6〉

【3.1.2.11】（相当の対価を取得してした行為）

- 〈1〉【3.1.2.08】にかかわらず、債務者が、その有する財産を処分する行為をした場合において、その行為の相手方から相当の対価を取得しているときは、その行為については、次に掲げる要件のいずれにも該当する場合に限り、詐害行為取消しを裁判所に請求することができる。
- 〈ア〉当該行為が、不動産の金銭への換価その他の当該処分による財産の種類の変更により、債務者において隠匿、無償の供与その他の債権者を害する処分（以下「隠匿等の処分」という。）をするおそれを現に生じさせるものであること。
- 〈イ〉債務者が、当該行為の当時、対価として取得した金銭その他の財産について、隠匿等の処分をする意思を有していたこと。

- 〈ウ〉相手方が、当該行為の当時、債務者がイの隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたこと。
- 〈2〉〈1〉は、債務者が、その返済を約して相手方から新たに金銭その他の財産を取得し、それにより新たに負担する債務を担保するためにその有する財産を担保に供する行為をしたときについて準用する。
- 〈3〉〈1〉(〈2〉において準用する場合を含む。)の適用については、当該行為の相手方が次に掲げる者のいずれかであるときは、その相手方は行為の当時、債務者が、〈1〉〈イ〉の隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたものと推定する。
- 〈ア〉債務者が法人である場合のその理事、取締役、執行役、監事、監査役、清算人またはこれらに準ずる者
- 〈イ〉債務者が法人である場合にその債務者について次の〈i〉から〈ii〉までに掲げる者のいずれかに該当する者
- 〈i〉債務者である株式会社の総株主の議決権の過半数を有する者
- 〈ii〉債務者である株式会社の総株主の議決権の過半数を子株式会社または親法人および子株式会社が有する場合における当該親法人
- 〈iii〉株式会社以外の法人が債務者である場合における〈i〉または〈ii〉に掲げる者に準ずる者
- 〈ウ〉債務者の親族または同居者

〈注7〉

【3.1.2.15】(詐害行為取消しの効力)

【3.1.2.08】の詐害行為取消しの効力は、債務者のすべての債権者に及ぶ。

〈注8〉

【3.1.2.19】(詐害行為取消訴訟)

詐害行為取消訴訟においては、債務者と、詐害行為取消しによる返還請求等の相手方(受益者または転得者)とを被告とする。

〈注9〉

【3.1.2.17】

(回復された財産への権利行使)

- 〈1〉【3.1.2.16】の場合において、債務者のすべての債権者(受益者を含む。)は、債務者に回復された財産【3.1.2.16】により債務者が受益者に対して有することとなる請求権を含む。)に対し、民事執行法の規定に従い、強制執行または担保権の実行をすることができる。
- 〈2〉〈1〉の場合において、受益者は、回復された財産について、特別の先取特権を有し、他の債権者に先立って、【3.1.2.16】〈10〉の価額償還請求権の弁済を受ける権利を有する。ただし、当該行為の当時、反対給付として取得した財産について債務者が隠匿等の処分をする意思を有し、受益者がそれを知っていたときは、この限りでない。
- 〈3〉〈1〉の場合において、取消債権者は、回復された財産について、他の債権者に先立って、詐害行為取消訴訟に関する費用償還請求権の弁済を受ける権利を有する。この権利は、〈2〉本文の受益者の権利に優先する。
- 〈4〉【3.1.2.16】〈3〉の場合(【3.1.2.16】〈6〉後段において準用する場合を含む。)において、取

消債権者が受益者から金銭その他の動産の交付を受けたときは、債務者のすべての債権者は、当該動産（または債務者の交付を受けた債権者に対する返還請求権）につき、民事執行法の規定に従い、強制執行または担保権の実行をすることができる。

〈5〉〈2〉〈3〉は、〈4〉の場合について準用する。

〈6〉取消債権者が【3.1.2.16】〈3〉（【3.1.2.16】〈6〉後段において準用する場合を含む。）により受益者から金銭の交付を受けた場合において、取消債権者が当該金銭の交付を受けた時または取消債権者による当該金銭についての詐害行為取消訴訟が確定した時のいずれか遅い時から（3か月／1か月）を経過したときは、取消債権者は、受益者から交付を受けた金銭につき債務者に対する返還債務と債務者に対する自己の債権（〈3〉の費用償還請求権を含む。）とを相殺することができる。

〈7〉〈6〉の場合において、相殺後なお余剰が生じるときは、取消債権者は、その余剰を債務者に交付しなければならない。この場合において、取消債権者は、それを供託することができる。

〈8〉〈6〉にかかわらず、〈6〉に規定する期間内に、受益者から交付を受けた金銭についての債務者の返還請求権に対し強制執行がされたときは、〈6〉による相殺は、当該強制執行の係属中はすることができない。

〈注10〉

（大審院明治43年7月6日第二民事部判決 民録16輯537頁）

〔事案〕

ある土地が、 $X \rightarrow A \rightarrow Y$ と順次譲渡されたが、登記名義は未だXにある。そこで、Yは、Aに対する登記請求権を保全するために、AのXに対する登記請求権を代位行使することができるか。

〔判旨〕

然レトモ同条ニハ単ニ債権者ハ自己ノ債権ヲ保全スル為メ云云トアルノミニシテ其債権ニ付キ別ニ制限ヲ設ケサルヲ以テ同条ノ適用ヲ受クヘキ債権ハ債務者ノ権利行使ニ依リテ保全セラルヘキ性質ヲ有スレハ足ルモノニシテ第1点所論ノ如キ債務者ノ資力ノ有無ニ関係ヲ有スルト否トハ必スシモ之ヲ問フヲ要セス又債権者カ行使シ得ヘキ債務者ノ権利ニ付テハ同条但書ヲ以テ債務者ノ一身ニ専属スル権利ヲ除外シタルニ止マリ其他ニ制限ヲ設ケサルヲ以テ第2点所論ノ如キ制限アルモノト謂フヲ得ス又保全セントスル債権ノ目的カ債務者ノ資力ノ有無ニ関係ヲ有スル場合ニ於テハ所論ノ如ク債務者ノ無資力ナルトキニ非サレハ同条ノ適用ヲ必要トセサルヘシト雖モ債務者ノ資力ノ有無ニ関係ヲ有セサル債権ヲ保全セントスル場合ニ於テモ苟モ債務者ノ権利行使カ債権ノ保全ニ適切ニシテ且必要ナル限りハ同条ノ適用ヲ妨ケサルモノト解スルヲ相当トスルヲ以テ第3点所論ノ如キ債務者ノ無資力ナルコトハ必スシモ同条適用ノ要件ニアラス上告人〔X〕ノ援用スル本院ノ判例ハ保全セントスル債権ノ目的カ債務者ノ資力ノ有無ニ関係ヲ有スル場合ニ関スルモノナルヲ以テ本件ニ適切ナラス本件ニ於テハAノ上告人〔X〕ニ対スル登記手續ノ請求権ヲ行使スルニ非サレハ被上告人〔Y〕ノAニ対スル登記手續ノ請求権ハAノ資力ノ有無ニ拘ハラス其目的ヲ達スルコト能ハサルヲ以テ前者ノ請求権ノ行使ハ実ニ後者ノ請求権ヲ保全スルニ適切ニシテ且必要ナルヤ明ケシ而シテ被上告人〔Y〕カ本訴請求ニ於テ保全セントスル権利ハAニ対シ売買ニ因ル所有権移転ノ登記手續ヲ請求スル権利ニシテ即チ一定ノ人ニ対シ一定ノ行為ヲ要求ヲ目的トスル種ノ債権ナリト謂フ可シ然レハ原院カ本件ニ付キ同条ヲ適用シテ判決シタルハ失当ニアラサルヲ以テ右上告論旨ハ何レモ其理由ナキモノトス

<注11>

(最高裁昭和50年3月6日第一小法廷判決 民集29巻3号203頁)

[事実の概要]

Aは、その所有地をB・Cに売却したが、代金の一部を受領したのみで、残代金の履行期到来前に死亡した。Aの子であるXらおよびYがAを共同相続した。しばらく残代金の支払も移転登記もなされないまま経過した後、B・Cは、Aの各相続人に対し、残代金を支払うから本件土地所有権移転登記手続に必要な委任状・印鑑証明書等を交付するよう催告した。Xらはこれに応じたが、Yのみは売買の効力を争って応じなかった。そのために移転登記手続をすることができなかったB・Cは、Xらに対して残代金の支払を拒んだ。

そこで、Xらは、Yに対して、XらのB・Cに対する残代金債権を被保全債権とし、B・CのYに対する所有権移転登記請求権を代位行使、B・Cから相続分に応じた残代金の支払を受けるのと引換えに本件土地につき各共有持分2分の1とする所有権移転登記手続を行うことを求めるとともに、B・Cに対して、移転登記と引換えに残代金を支払うことを求めた。

[判旨]

被相続人が生前に土地を売却し、買主に対する所有権移転登記義務を負担していた場合に、数人の共同相続人がその義務を相続したときは、買主は、共同相続人の全員が登記義務の履行を提供しないかぎり、代金全額の支払を拒絶することができるものと解すべく、したがって、共同相続人の一人が右登記義務の履行を拒絶しているときは、買主は、登記義務の履行を提供して自己の相続した代金債権の弁済を求める他の相続人に対しても代金支払を拒絶することができるものと解すべきである。そして、この場合、相続人は、右同時履行の抗弁権を失わせて買主に対する自己の代金債権を保全するため、債務者たる買主の資力の有無を問わず、民法423条1項本文により、買主に代位して、登記に応じない相続人に対する買主の所有権移転登記手続請求権を行使することができるものと解するのが相当である。