

**銀行取引に係る債権法に関する研究会  
報告書**

平成19年4月  
全国銀行協会

## はしがき

本報告書は、「銀行取引に係る債権法に関する研究会」における検討の成果である。

現行民法典では、債権法として「第三編」を置き、「第一章 総則」から「第五章 不法行為」まで、300 条余の規定が定められている。ここで規定された諸条項は、債権に係る広範な領域をカバーし、その結果、様々な経済活動における基本ルールを提供することとなっている。さらに、債権法については、その主体、あるいは契約類型について、特別法、各種業法等により別の定めが置かれ、これを広義の債権法とみなせば、その領域は限りなく広がることになる。私人間の基本的な契約関係、ビジネスにおける様々な取引関係は、債権法をベースに、ルールが形成されている。

翻って銀行取引を見ると、「銀行取引法」なる制定法が存在しない以上、民法がその基本ルールであり、債権法において規定されている諸条項は、物権法等とともに、銀行取引における法的骨格をなしている。したがって、債権法が銀行取引の基本法であり、銀行は債権法のいわば最大ユーザーといっても過言ではない。代表的なところでは、債務不履行のような基本的なものだけでなく、連帯債務関係、保証、債権譲渡、相殺を含む弁済規定、委任などがあげられる。

このような中で、債権法に関してその部分的な改正や見直しが行われる場合には、これまでの民法改正において、銀行取引は大きな影響を受けてきた。そして、先般、債権法の抜本の見直しについて、法務省より発表がなされた（平成 18 年 2 月。<http://www.moj.go.jp/MINJI/minji99.html>）。これは、銀行界としては、自らの取引ルールの根幹に関わる動きである。

従来、基本法制の見直しや改正に関しては、法務省や法制審などにおける検討事項等の提示を受けて、銀行界における影響の分析、意見の取りまとめ、改正後の対応などを行ってきた。しかしながら、今回の債権法見直しについては、その改正立法への具体的な検討はもう少し先に予定されている模様であることから、銀行界として債権法見直しについて意見表明等を行うには時期尚早と思われる。他方で、見直しに係る領域は広範となり、銀行取引への影響はこれまでの債権法の一部見直しに比して非常に大きいことが予想されることを踏まえ、一定の先行的な検討は望ましいとも考えられる。特に、前述したように、民法典中、物権法および債権法部分は特に銀行取引と相互に影響関係にある。債権法制における各規定の解釈、運用を見ると、銀行取引に関する係争事件や銀行実務をめぐる法的な検討を踏まえ、判例・学説が蓄積されてきており、銀行取引の実務運用と債権法の法律運用は緊密な関係にある。

このような状況理解のもとで、債権法見直しの議論が本格化することに備え、同法見直しにあたっての銀行取引上の問題点の洗出しや論点整理等を行い、今後の各界における検討や全銀協における債権法見直し対応などへの参考とできないか、との発想により、本研

研究会を設置し、検討を行うこととなった。本研究会の設置にあたっては、平成 18 年 5 月の全国銀行協会業務委員会において、その下部で銀行法務の諸問題を検討する銀行法務検討部会の所管とすることが決定された。同年 6 月に第 1 回会合を開催し、その後、平成 19 年 3 月までに計 8 回の会合を開催し、本報告書の取りまとめに至ったものである。

本研究会は、銀行法務検討部会の委員を中心に、銀行法務の担当者をメンバーとし、さらに、法律学・法律実務の観点から専門的知見を得るため、銀行取引や民法に詳しい 2 人の法律学者、1 人の弁護士にも議論に参加していただいた。研究会の事務局は、全銀協業務部が行った。

本研究会は、現時点で具体的な債権法見直しに向けた論点が明らかになっていない中で、今後の具体的な改正立法作業等を見据えて、先行的に検討を行うこととしたことから、検討にあたっては、メンバーの意見を調整することはせずに、研究会としての統一的な見解を示すことはしない、ということを経験とした。これは、将来、改正立法作業が行われる際には、銀行界として、全国銀行協会意見という形でのとりまとめを行う場面が出てくることが予想されるが、現時点では、より柔軟かつ分析的に問題に対することを第 1 に考える方が、将来の検討にも役立つ成果を提示できると考えたためである。この前提から、成果についても、銀行界の意見書的な性格のものではなく、研究会報告書として、中立的な立場で、指摘された様々な意見等を両論併記的に記載し、将来の検討の参考資料として利用されることを目的にすることとした。

本研究会の検討経緯は、後掲 61 頁をご参照いただきたいが、研究会の最初に、民法典債権編に係る銀行取引上の問題点を列挙し、その中でどのようなトピックを本研究会で取り扱うか議論を行った。この段階で、債権法が非常に広範な領域をカバーしていることと、銀行取引が債権法と密接な関わりがあることを再認識するとともに、論点の洗い出しだけでも非常に困難な作業であることが明らかとなった。そこで、細かな改正論点よりも、意見交換の中で、メンバーから強い関心として指摘のあった 5 つの事項について、とりあえず検討を進めることとした。すなわち、「詐害行為取消権」、「保証」、「債権譲渡」、「相殺」、「委任」に係る各論点である。

これらの項目は、アトランダムな形で抽出され、検討にあたっては、メンバーや事務局が、論点等につき基本報告を行い、当該報告をもとに意見交換を行った。本報告書は、各論点について、研究会での検討結果をそれぞれ独立した形で取りまとめたものである。各テーマは、いずれも銀行取引の代表的な論点であるが、項目の抽出時点では、必ずしも共通の問題認識をベースとしているわけではなかった。しかしながら、意見交換の過程では、銀行取引を横軸に、相互に関連する問題点が含まれている場合も散見された。

「詐害行為取消権」は、銀行の債権保全においては重要な制度である。研究会では、積極的に債権保全の手段としての活用場面と、債権保全上の障害となり得る場合の両面から

検討を行い、近時の破産法改正における否認権の見直しにおける詐害行為の取扱いも含めて、検討を行った。

「保証」に関しては、平成 17 年に、個人保証に関する民法の重要な改正が行われたことを踏まえ、保証制度の意義を再検討し、改正の意味を掘り下げ、また、改正法について実務上問題となっている事項など、理論と実務の両面から詳細な検討を行った。

「債権譲渡」では、債権流動化、証券化などの最近の金融取引なども参考に、債権譲渡の現代的課題を中心に検討を行った。

「相殺」では、従来、判例などで蓄積された相殺権の取扱いについて、再検討を行うとともに、近時の相殺権行使で問題となった事例や、さらには決済制度におけるネットイングの問題など幅広い検討を行った。

「委任」については、銀行取引には為替取引などを中心に委任規定により律せられる取引が多くあることを踏まえ、受任者の注意義務などの問題について、検討を行った。

いずれにしても、膨大な領域を持つ債権法のうちのわずか 5 つのテーマであり、債権法見直しの先行検討を掲げた研究会としては、物足りなさを指摘する声もあろうかと思われる。しかしながら、検討にあたっては、1 つのテーマにおいて、多面的な検討が行われ、また、学実の両面から活発な意見の交換も見られた。本報告書が、このような研究会の活発な議論の一端でも伝えることができれば、おそらく、今後の債権法見直しにおける有用な参考資料として活用されるのではないかと強く期待している。

前述のとおり、研究会としての制約や検討時期の問題などから、本報告書は、全国銀行協会としての意見を表明するものではない。また、メンバーの意見を統一するものではないことから、各メンバーの債権法見直しに関する見解を示すものではなく、また各メンバーの見解を拘束するものではない。

本研究会としては、この報告書が、銀行取引の観点からの債権法見直しの議論の端緒となり、さらに各方面において幅広い検討が進められることを期待するものである。

平成 19 年 4 月  
全国銀行協会

## 銀行取引に係る債権法に関する研究会報告書 目次

第 1	詐害行為取消権に係る論点	5 頁
第 2	保証に係る論点	15 頁
第 3	債権譲渡に係る論点	29 頁
第 4	相殺に係る論点	40 頁
第 5	委任に係る論点	51 頁
	銀行取引に係る債権法に関する研究会 委員名簿	60 頁
	銀行取引に係る債権法に関する研究会 検討経緯	61 頁

# 第1 詐害行為取消権に係る論点

## 1. 民法における規定内容

詐害行為取消権とは、「債務者の一般財産を保全するために、これを不当に減少させる行為（詐害行為）の効力を否認して、債務者の一般財産から逸出したものを一般財産に取り戻すことを目的とする制度」<sup>1</sup>である。民法 424 条から 426 条までが詐害行為取消権に関する規定である。

民法 424 条は、1 項で詐害行為取消権の要件等について規定している。2 項では、財産権を目的としない法律行為は詐害行為取消権の対象とならないことを規定している。

民法 425 条では、詐害行為取消権による取消しの効果が総債権者のために効力を生ずるものであることを定める。

民法 426 条では、詐害行為取消権の期間制限として、債権者が取消しの原因を知ったときから 2 年以内、取消しの対象となる行為のときから 20 年以内に行使しないと詐害行為取消権が消滅することを定めている。

## 2. 銀行取引において当該規定により規律される取引あるいは当該規定の適用がなされる場面の例

### (1) 銀行取引と詐害行為取消権

詐害行為取消権制度に関係する者として、取消債権者、債務者、受益者、転得者、および一般債権者が存在する。一般の銀行取引において、銀行は債務者以外のいずれの立場にもなり得る。

### (2) 取消債権者としての立場

債務者が、その資産を親族や緊密な別会社に譲渡するなどいわゆる財産隠匿行為を行った場合、あるいは、特定の債権者のみに密かに弁済や担保提供を行った場合など、銀行が詐害行為取消権行使を検討することがある。しかし、銀行は、法的整理における管財人等と異なり、特に調査権限を有するわけではないから、詐害行為取消権の要件事実の立証は決して容易ではない。また、詐害行為取消権が認められたとしても、実際に取り戻した資産から債権回収を図るための費用、時間等の負担も少なくない（そのため、最終的には和解で決着せざるを得ないことが多いと思われる。）。この立場からは、詐害行為取消権制度

<sup>1</sup> 我妻栄『新訂債権總論（民法講義）』172 頁（1964）。

の拡充、要件の緩和、立証責任の見直し、執行制度の改善等による回収の容易化が望ましい。

### (3) 受益者・転得者としての立場

銀行取引においては、専ら債権回収保全を図ろうという場合、すなわち弁済を受ける立場と、債権保全を図りつつ再建支援を行う場合、すなわち債務者から担保提供を受ける場合とがあり得る。つまり、受益者といっても、与信取引上の債権者であることが通常であろう。前者の場合、弁済が取り消されると、債権管理努力を行ってきた「勤勉な債権者」が不利益を被るという結果にもなり得る。後者のような場合に担保設定行為が取り消されると、いわゆる救済融資や再建支援のための融資のような場合でも、取り消されるリスクを考慮して、融資に消極的になる、いわゆる萎縮効果が発生し、債務者の再建を妨げることにならないかという問題がある。

転得者の立場になることは多くはないであろうが、受益者が譲り受けた資産を担保に受益者に当該資産購入資金等を融資する場合等が考えられる。

### (4) 一般債権者としての立場

詐害行為取消権行使の直接の当事者とはならない取消債権者、受益者としての債権者以外の一般債権者の立場もある。この場合は、詐害行為取消権行使の結果として、取り戻された資産から一般債権者も取消債権者とともに回収を図ることができるか、すなわち、詐害行為取消権の効果（執行参加可能性）等が関心事となる。

### (5) 証券化

最近の問題として、債権、資産の証券化における詐害行為取消権制度の影響が問題となる。すなわち、不良債権処理や事業再生資金調達等のため、債務者宛債権とともに債務者の資産をSPCに譲渡して証券化するなどの手法（証券化スキーム）が多く用いられるようになってきている。この場合、銀行はいろいろな立場でスキームに関与する可能性があるが、債務者の資産譲渡行為が詐害行為取消権によって否定されるリスクが高くなると、証券化スキームは、組成が困難になる、条件の悪いスキームになる、といったことになりかねない<sup>2</sup>。

## 3. 当該規定の銀行取引上の論点

### (1) 詐害行為取消権制度の趣旨と法的性質論～判例・学説の概観

詐害行為取消権制度は、債権者代位権とともに債務者の責任財産の保全を目的とした制

<sup>2</sup> 森田修『債権回収法講義』60頁注17(2006)参照。

度であるということについてはほぼ異論がない<sup>3</sup>。しかし、詐害行為取消権の法的性質、責任財産の保全の内容については、現行民法制定時以来、種々の見解が主張されてきた。大別すると、古典的な形成権説、請求権説、1960年代に登場した責任説、1980年代以降現れた訴権説、さらに優先弁済肯定説等がある。これに対して、判例は、明治44年の大審院連合部判決<sup>4</sup>以来、折衷説（+相対的取消説）とされ、学説上も通説とされている<sup>5 6</sup>。

## （2）破産法等法的整理手続における否認制度と詐害行為取消権制度～新破産法の影響

破産手続を始め、いわゆる法的整理手続は、最近の法改正により整備され、特に否認権制度に関しては、破産法の規律を中心に統一的に整備された。そこで、新破産法の否認権の規律が詐害行為取消権制度にどのように影響を与えるか、否認権制度に対して詐害行為取消権制度がどのような意義を有するものとして見直していくべきか、が問題となる。

学説においては、例えば、内田教授は、破産法改正の思想は、「債務者と取引する相手方を萎縮させて債務者の資金調達を阻害することのないようにルールを明確化しようということ」であって、「この思想は、債権者取消権の解釈にも影響を及ぼさざるを得ない。従来判例法もその限度で修正されることになるだろう。」<sup>7</sup>とされ、潮見教授は、「破産法上の否認制度と詐害行為取消権の制度とは、（少なくとも故意否認と詐害行為取消権制度については）思想的に一貫しかつ価値秩序としても矛盾しないものであることが望ましい」（破産法）改正にあたり考慮された諸要素を視野に入れて詐害行為取消権の制度（とりわけ、行為の詐害性に関する評価）を検討し直してみる必要があると思われる。<sup>8</sup>とされる。さらに、小林教授は、「「債権者平等」の意義を詐害行為否認と偏頗行為否認に分けて考える二元的構成をとることによって明確化し、・・・コペルニクスの転換を立法上行った。このような現行破産法の否認権についての考え方の大転換は、今後の詐害行為取消権に関する民法の解釈にも大きな影響を及ぼそう。」と評される<sup>9</sup>。

## （3）債権法見直しにおける基本的視点

既述のとおり、現行の詐害行為取消制度は、債権者代位権と並んで債権者の責任財産の保全を図る制度であり、文言上も民法425条では「総債権者のために効力を生ずる」ものとされている。しかし、現行制度においては、総債権者のための制度として徹底さ

<sup>3</sup> 我妻・前掲（注1）、内田貴『民法 [第3版]』296頁（2005）、潮見佳男『債権総論 [第3版]』85頁（2005）、大村敦志『基本民法 [第2版]』174頁（2005）等。

<sup>4</sup> 大連判明治44年3月24日民録17輯117頁。

<sup>5</sup> 現行民法立法時以来の学説については、広中俊雄=星野英一編『民法典の百年』57頁以下〔佐藤岩昭〕（1998）、佐藤岩昭『詐害行為取消権の理論』241頁以下（2001）、林錫璋「債権者取消権」星野英一ほか編『民法講座4』141頁以下（1985）等参照。

<sup>6</sup> このうち責任説は、従来、解釈論としては採用困難という評価が多かったように思われるが、今回の債権法の見直しは、まさに立法論であるから、解釈論を超えた議論が必要である（後述3.（3））。

<sup>7</sup> 内田・前掲（注3）298頁。

<sup>8</sup> 潮見・前掲（注3）139頁さらに151頁。同『プラクティス民法 債権総論 [第3版]』224頁（2007）。

<sup>9</sup> 小林秀之『新・破産から民法がみえる』207頁（2006）。

れてはいない。これを制度の不備として、より責任財産保全の制度として徹底した制度を作るべきか、それとも法的倒産制度の補完的な制度として限定的な場面にも適用されるべき制度として縮小していくか。詐害行為取消権制度に対する基本的考え方によって、見直しの方向は大きく異なることになるものと思われる。見直しの方向性は、モデル化して考えると、大きく、 詐害行為取消権制度廃止、 詐害行為取消権制度積極存続、 詐害行為取消権限定存続の3つの方向性を想定することができよう（あくまでモデルであり、また、これらの方向性が特定の目的論、個々の具体的論点等と論理必然的に結びつくものではない。）。

#### 詐害行為取消権制度廃止論

債務者が経済的に破綻した場合の債権者間の公平を図る制度としては、破産その他の法的整理手続に全面的に委ね、民法上の制度としては廃止するべきであるとする方向が考えられる。これは、詐害行為取消権制度は法的予測可能性に乏しく、債権管理に勤勉な債権者、再建を図ろうとする債務者やその支援者の行為を妨げ、あるいは萎縮させる一方、取消権を行使しようとする債権者にとっては、あくまで総債権者のための制度であることを建前とする現行制度が、立証の困難性や実際の回収額との費用対効果の観点から取消権行使を躊躇することが多い（労多くして益少なし）こと等を考慮すると、民法上の詐害行為取消権制度は独自に存在させる意義に乏しいのではないかという評価、問題認識にもとづくものである。極論ではあるが、企業取引においては予測可能性が極めて重要であることからすると、このような考え方もあり得るところかと思われる。

しかし、この考え方に対しては、民法が私法の一般法、基本法であることからすると、一私人対一私人の関係を基礎にした規律が必要であること、債権者の平等や責任財産の確保を破産法等法的倒産法という特別法に全面的に委ねてしまい、民法において（債権者代位権を除いて）規律がないということは妥当でないといった反論が予想されるところである。

#### 詐害行為取消権制度積極存続論

次に、現行制度の判例や解釈論に対する種々の批判や立法論的提言を踏まえ、制度趣旨・目的を明確にして、それに見合う制度となるように現行制度の拡充を図るという方向が考えられる。この方向性では、詐害行為取消権制度を簡易破産再生手続として、債権者共同の担保であることを重視した債務者の責任財産の確保と債権者平等原則を徹底する制度に改定していくことになる。他方、これとは逆に、正面から特定の債権者の個別執行の前提としての機能を強化する制度として、取消債権者の優先権を確保する方向で制度の充実を図るという考え方もあり得よう。

この考え方は、債務者の経済的破綻時の規律を破産法等の特別法に全面的に委ねて

しまうのではなく、民法という私法の一般法上に規律を設けることに独自のかつ重要な意義、必要性を認めるものである。実質的には、すべての経済的破綻処理が、法的整理手続により処理されるわけではないという実態を踏まえ、やはり民法において法的整理手続によらない一種の私的整理の準則を定めておくべきであるとの認識にもとづくものといえる。法的整理手続に至らない限りは債権者間の自由競争に任せておけばよいというのでは、債務者の限られた財産は債権者間の草刈場と化し、債務者の経済的再生等を図ることなど到底不可能となるおそれがあるからである。換言すると、債務者が正常な経済状況（平時）にあるときは、債権者間の自由競争が支配し、他方債務者破綻時には、裁判所の監督のもと、厳格な債権者平等原則に服することになるが、その間の危機的時期においては、中間的規律が必要なのではないかとの問題意識がある。

#### 詐害行為取消権限定存続論

と の折衷的な方向として、破綻処理手続はすべて特別法に委ね民法に一切規律を設けないということは極端であるが、他方、経済取引における法的予測可能性を重視し、詐害行為取消権制度の妥当する、あるいは対象となる範囲を限定する方向で、目的、要件、効果等を明確化していくということが考えられる。財産隠匿を図る「悪質な債務者」や社会的に許容されない手段・方法で債権回収を行う「悪質な債権者」の行為のみを排除する制度とするのである。この考え方は、新破産法の規律と統一的に詐害行為取消権制度を整備していくという方向とも親和的と思われる。

これに対しては、やはり民法が私法の基本法であることからすると、法的予測可能性のみを重視するのではなく、具体的妥当性をも確保し得る柔軟な制度であることが必要であるとの反論が予想されよう。

#### (4) 要件論～「詐害」行為の意義

(3)で総論的に見直しの基本的方向性を検討したが、以下、従来からの論点のうち、(特に銀行取引と関連の深い)債務者側の客観的要件とされる行為の詐害性について若干検討する。

##### 債務者無資力・行為の詐害性

###### a 無資力の意義

債権者が債務者の財産の処分介入するという近代私法の大原則である財産権絶対の大きな例外であるから、その正当化の要件として債務者無資力が要件とされている。しかし、この無資力の意義とその位置づけをどう考えるかには争いがある。

無資力とは、法律行為の当時における共同担保を構成する債務者の消極財産と積極財産の価値の差が当該行為により拡大し、債権者が債権の完全な満足を受けられなく

なることをいい、破産法上の否認権と異なり、債務者の支払不能や支払停止を要しないとされる<sup>10</sup>。

しかし、「無資力」(あるいは「行為の詐害性」)の捉え方には、2つの立場が存する。第1は、客観的要件としての詐害行為と主観的要件としての詐害意思を峻別し、前者を客観的に判断する立場(以下、「二元説」と呼ぶ。)である<sup>11</sup>。これに対して、第2は、行為の客観面と主観面を独立の要件として捉えるのではなく、行為の客観的性質、主観的要素、債務者の行為の手段の相当性を総合的に考慮して評価すべきであるとする立場がある(以下、「相関関係説」と呼ぶ。)<sup>12</sup>。第2の立場が判例であり、学説上も現在では圧倒的多数が支持しているとされている。

#### b 破産法の影響～支払停止・支払不能との関係

破産における否認制度においては、「支払停止」が1つの基準になっていたが、新破産法の否認制度においては、支払停止に加えて「支払不能」基準(破産法162条)が採用された。支払停止が、支払不能の状態を外部的に表示する行為であるのに対し、「支払不能」は、外部的には認識困難な客観的状況自体である(同法2条11号)。

そこで、詐害行為取消権における無資力要件と支払不能基準をどう考えるべきであろうか。詐害行為取消権における「害する」あるいは「無資力」の意義について、一般に支払不能や債務超過とは異なるものとしていること、判例・通説が、無資力要件を「詐害する行為」の中で独立の客観的な要件とせず、詐害性判断の中で相関関係的に判断するものとしてきたことからすると、支払不能・支払停止基準とは相容れないようにも思われる。しかし、詐害行為取消権制度において新破産法の規律を採用するのであれば、支払不能等基準の採用が検討されることになるだろう。

では、支払不能基準が採用されるとどのような影響が考えられるであろうか。

無資力概念を、現在の判例・通説のように相関関係的に捉えると、實際上その外延は相当広く曖昧な概念のものと考えざるを得ない。これに対して、「支払不能」自体は、外部からは知ることが困難であるが、判例・通説の「無資力」に比べれば客観的な概念であり、かつ、「弁済期にある債務を一般的かつ継続的に弁済することができない状態」であるから、基本的には時期的に遅くなる方向で限定的になるように思われる。

これを取消債権者の側から見ると、管財人等が、調査権限(破産法83条)にもとづいて債務者(破産者等)すべての資料をもとに事後的に判断可能であるのと異なり、取消債権者は、外部から知り得る限られた資料にもとづいて訴えの時点において支払不能を立証しなければならないことから、取消権行使は困難になるように思われる。支払停止の状況があり、破産法同様支払停止をもって支払不能を推定する条項(破産

<sup>10</sup> 潮見・前掲(注3)116頁。

<sup>11</sup> 我妻・前掲(注1)183頁。なお、我妻説も、「計数によって形式的に決定すべきではなく、債務者の信用(事実上の融資者があるということなど)をも考慮して判断すべきである」とする(我妻・同185頁)。なお、加藤雅信『新民法体系 債権総論』237頁(2005)。

<sup>12</sup> 潮見・前掲(注3)136頁、内田・前掲(注3)307頁。

法 15 条 2 項) が設けられれば不可能ではないが、支払停止以前や支払停止とされる外部的行為がないときは、相当困難になるように思われる。もっとも、相関関係説により判断する場合との比較では一概にはいえないかもしれない。

受益者の立場から考えると、支払不能自体を確知することが困難であることは同じであるが、相関関係説的基準による場合に比べると、立証責任が取消債権者側にある限り、支払不能基準の方が明確<sup>13</sup>であり、取消しが限定的な方向になり、少なくとも不利益はないように思われる。

### 本旨弁済

現行法の解釈としては、二元説からは、一部債権者への本旨弁済は詐害行為にならない<sup>14</sup>。これに対して、判例・通説によれば、原則として詐害行為とはならないが、一部債権者と通謀して他の債権者を害する意思をもってなされた弁済は詐害行為になるとされる<sup>15</sup>。

破産法の規律では、本旨弁済は、従来故意否認に相当するものとしての否認の対象とはならず、(義務的)偏頗行為として、支払不能後の弁済であって、債権者が支払不能または支払停止の事実を知っていた場合に限り否認の対象となる(破産法 162 条 1 項 1 号イ)。

破産法の規律との整合性を重視すると、現行法の解釈論としても、弁済行為について、破産の局面で機能する否認権より詐害行為取消権による取消しが広く認められるというのはバランスを失するため、弁済期にある債務の弁済行為は詐害行為にはあたらないと解するのが妥当(弁済の効果を否定したければ破産手続によるべきである)とする見解<sup>16</sup>が有力に主張されている。

### 相当価格売買

現行法の解釈としては、不動産の売却は、金銭化により費消の危険が高まることを理由に原則として詐害行為になり得るとするのが判例<sup>17</sup>である。

破産法の規律では、相当の対価を得て行う財産の処分行為は、破産者に隠匿等の意思があり、そのような意思を有していたことを相手方も知っていたような場合に限り否認の対象となる(破産法 161 条 1 項)こととされた。

危機に陥った債務者が不動産の売却によって金融を得る途をふさぐことは、経営再建の努力を阻害して適当ではないし、とりわけ不動産の証券化によって資金を調達するこ

<sup>13</sup> これに対して森田・前掲(注2)61頁は、支払不能を規範的要件とする。

<sup>14</sup> 我妻・前掲(注1)185頁。

<sup>15</sup> 大判大正5年11月22日民録22輯2281頁、最判昭和33年9月26日民集12巻13号3022頁、最判昭和46年11月19日民集25巻8号1321頁、最判昭和52年7月12日判時867号58頁等。

<sup>16</sup> 内田・前掲(注3)312頁。なお、潮見・前掲(注3)144頁、小林・前掲(注9)208頁。

<sup>17</sup> 大判明治39年2月2日民録12輯133頁等。

とにとっては障害になりかねないものと思われる<sup>18</sup>。

もっとも、現実には、価格の相当性あるいは適正価格といってもその評価は難しく、一定の幅が存在することは否めない。その幅の下限での売買等が全く問題にされなくてもよいのかという問題は検討する必要がある。

#### 担保権の設定

現行法の解釈としては、新たに担保を設定して借入れを行い、その資金が生活維持のためや再建のために使われたときは、詐害行為にはならないとされてきた<sup>19</sup>。

これに対して破産法は、新たに資金を借入れ、その担保として担保権を設定すること（いわゆる同時交換的行為）は、否認の対象とならないことが明確化された（破産法 162 条 1 項柱書括弧書）。同時交換的行為を認めないと、と同様、債務者の再建の途を残すという見地からは、同時交換的行為は詐害行為とならない方向で考えることになる<sup>20</sup>。

#### 小括

このように、判例が行為の詐害性の強さとの相関で主観的要件を判断するという柔軟な枠組を採用し、多くの学説がそれを支持していたにも関わらず、新破産法が、従来主観的要件との相関で詐害行為になり得ると解されていた弁済・担保供与・相当価格での不動産売買について、明確な判断基準を示したことから、詐害行為取消権の解釈論も影響を受けざるを得ないという考え方が有力になってきている。すなわち、詐害行為取消権の効果が必ずしも制度趣旨に合致したものになっていないとの現状認識のもと、債権者取消権が介入する場面をなるべく抑制的に認める立場が改正破産法の思想とも整合的であって、弁済行為については原則として早い者勝ちのルールが妥当し、債権者平等の原則を貫徹するには手続を完備した破産手続への移行が必要であり、危機時期の債務者により経営再建努力をなるべく阻害しないことが望ましいとする価値判断が強くなっているように思われる<sup>21</sup>。

### （５）詐害行為取消権の効果論

#### 問題の所在

---

<sup>18</sup> 内田・前掲（注 3）313 頁、潮見・前掲（注 3）148 頁、小林・前掲（注 9）208 頁。

<sup>19</sup> 最判昭和 42 年 11 月 9 日民集 23 卷 12 号 2518 号、同 44 年 12 月 19 日民集号頁、同 47 年 10 月 26 日民集号頁。

<sup>20</sup> 内田・前掲（注 3）314 頁。

<sup>21</sup> 内田・前掲（注 3）315 頁。さらに、「その結果、債権者取消権が最もその威力を発揮するのは、財産の不相当な価格での処分の際し、これを取り消して財産を責任財産に取り戻すという場面である。それ以外の場面で債権者取消権に大きな機能を与えるには、その役割を実現できるだけの立法的手当てが必要だというべきだろう。」とされる。もっとも、これに対して森田・前掲 60 頁は、「必要なことは、法秩序の統一性の観点から破産法上の否認の要件に民法の債権者取消権の要件をそろえるべきかという形式的問題ではなく、ズレが（一見）問題となる上記三つの否認対象毎に機能的な検討を行うことであろう。」とし、破産制度と詐害行為取消権制度は「実質的に平準化される」という見方を提示される。

現行法の解釈として、判例は、前述のとおり、折衷説＋相対的效果説がとられている。しかし、それによると、一方では、動産<sup>22</sup>や金銭債権に<sup>23</sup>ついては、事実取消債権者に優先弁済を認める結果となり、すべての債権者のためという民法 425 条に反する結果が認められる（受益者は、按分相当額を保持することもできない<sup>24</sup>）、他方、不動産においては、取消債権者が大きなコストをかけて取消訴訟で勝訴しても、それに見合うだけの実際の回収を確保するのが難しいという現実がある。

#### 簡易破産機能を徹底する方向

詐害行為取消権の効果についての1つの見直しの方向としては、詐害行為取消権の簡易破産的機能を重視し、総債権者のための制度として債権者平等を徹底することが考えられる。この考えに親和的なのが、責任説である。従来責任説は、立法論としてはともかく、解釈論としてはとりえない説という評価が強かったように思われる<sup>25</sup>。しかし、今回はその立法論として検討する必要がある。もちろん、責任説は、民法の改正にとどまらず、民事訴訟法、民事執行法の改正も必要になる。しかし、「大立法時代」にある現在、議論にタブーはないというべきである。

もっとも、価値判断として、簡易破産機能を重視した制度の構築が妥当かは別問題である。法的整理手続では、現在は破産法が合理化され、少額管財制度も行われ、また、民事再生手続、特定調停制度、さらに私的整理ガイドラインといった制度が用意されている。これらの制度に加えて新たに簡易破産機能を重視した制度を民法に設けることの必要性、妥当性は議論のあるところであろう<sup>26</sup>。

#### 特定債権者の個別執行の前提としての機能を徹底する方向性

とは逆に、詐害行為取消権の制度目的が総債権者のための制度であるという建前を放棄し、特定債権者の個別執行の前提としての機能を徹底する方向も考えられる。詐害行為取消権の行使において、債権者の負担が大きいという実態を踏まえ、いわば敢えて火中の栗を拾って詐害行為取消権を行使する（その意味で）勤勉な債権者には、それに見合うメリット・成果を与えるべく、債権回収上優先的権利を与えるということである<sup>27</sup>。

もっとも、この考え方では、受益者・転得者の利益も考慮すると（無償行為の相手方

<sup>22</sup> 大判大正 10 年 6 月 18 日民録 27 輯 1168 頁、最判昭和 39 年 1 月 23 日民集 18 卷 1 号 76 頁。

<sup>23</sup> 最判昭和 37 年 10 月 9 日民集 16 卷 10 号 2070 頁。

<sup>24</sup> 最判昭和 46 年 11 月 19 日民集 25 卷 8 号 1321 頁。

<sup>25</sup> もっとも、解釈論としても責任説的発想を取り入れようとする説も近年有力なっているようである（奥田昌道『債権総論増補版』284 頁（1992）、潮見・前掲（注 3）93 頁、淡路剛久『債権総論』287 頁（2002）、加藤・前掲（注 11）234 頁（2005））。なお、内田・前掲（注 3）321 頁。

<sup>26</sup> 私的整理との関係については、詐害行為取消権を、私的整理手続という債権者全体の利害調整のための法的枠組みとして機能させるという考え方として、森田・前掲（注 2）66 頁以下。

<sup>27</sup> 平井宜雄「不動産の二重譲渡と詐害行為」太田知行=荒川重勝編『鈴木禄弥先生古稀記念 民事法学の新展開』169 頁（1993）、同『債権総論[第 2 版]』294 頁（1994）。なお、鈴木禄弥『債権法講義[四訂版]』191 頁（2001）。

やさらに傍観者の一般債権者はともかく、弁済行為や担保設定行為についてみると、受益の方が取消債権者より勤勉な債権者ともいえるし、詐害行為取消権者の「遅い者勝ち」になるとの批判も考えられる<sup>28</sup>。）取消債権者と受益者債権者との関係（優劣関係、受益者の按分拒絶権等）についての整理が必要となろう。

#### 4．結語

銀行は、前述のとおり、債権者として、詐害行為取消権を積極的に行使したい場面と、与信取引先業績悪化、債権回収リスクの高まりを早期に察知して損失の最小化のために債権保全や回収を図り、あるいは取引先の再建支援のため債権保全措置をとりつつ取引を継続していく場面、さらに証券化等を検討する場面がある。前者の場合、詐害行為取消権が広く認められることが望まれるし、さらにコストをかけて、詐害行為取消権を行使している以上、取消債権者への優先的な回収を認めることが望まれる（そうでなければ詐害行為取消権制度は画餅になりかねない。）後二者の立場からは、詐害行為取消権の対象の限定化、明確化が望まれる。したがって、銀行としては、いずれか特定の考え方、方向性のみを支持することは必ずしも容易ではないが、要件を明確化し法的予測可能性の高い制度となること、効果において債権者平等原則を重視するのであれば、取消債権者の権利行使の負担と成果（回収）の均衡が図られる制度であることを十分念頭に置いた制度設計が望まれるところである。

---

<sup>28</sup> 星野英一『民法概論 [補訂版]』115頁、122頁（1981）。もっとも、詐害行為取消権の対象を限定し、債務者の窮状に付け込んで債権回収を図るような「悪質な債権者」のみを排除する制度とする考え方（前述3.(3)）をとれば、受益者＝勤勉な債権者論（遅い者勝ち論）は妥当しないことになる。

## 第2 保証に係る論点

### 1. 民法における規定内容

保証とは、主たる債務者が、その債務を履行しない場合に、保証人となった者が代わりにその履行責任を負うことによって、主たる債務を担保する制度である。民法債権総則(第3編第1章)446条から465条において規定されている。

民法446条では保証の概念および保証の要式性について規定している。本条では、民法の現代語化を含めた平成16年の民法改正により、保証契約は書面によらなければならない旨、すなわち保証の要式性について新たに規定された。民法450条は、保証人の要件について、452条は催告の抗弁について、453条は検索の抗弁、457条では主たる債務者について生じた事由の効力について、459条から465条までは求償権関係に係る規定、そして465条の2から465条の5は、平成16年改正により新たに規定された貸金等根保証契約に係る規定が定められている。

### 2. 銀行取引において当該規定により規律される取引、あるいは当該規定の適用がなされる場面の例

#### (1) 銀行が債権者として保証を受ける場面

銀行が貸出取引その他の与信取引において、法人・個人から保証を受ける場面である。銀行が手形貸付・証書貸付・当座貸越・手形割引などの取引を行うにあたり、保証を受ける場面が典型的であるが(信用保証協会保証付貸出において信用保証協会から保証を受ける場合もこれに含まれる。)銀行が支払承諾取引により自ら保証し、その求償権に対して保証を受ける場面もある。さらに、デリバティブ取引につき保証を受けたり、相続預金の払戻しにあたって相続人の一部に対して払戻しをするときに保証人から保証を受けたりするなど、さまざまな場面がある。

#### (2) 銀行が保証をする場面

銀行が支払承諾取引により自ら保証する場面である。なお、銀行の行う支払承諾取引には、通常の保証のほか、民事訴訟法等にもとづく立担保保証や、外国為替取引における信用保証状開設取引などもあるが、これらの中には、必ずしも民法上の保証と位置づけられないものもあると考えられる。

### 3. 当該規定の銀行取引上の論点

#### (1) 民法における保証に関する規定の位置づけ

民法に保証に関する規定を置く場合、当該規定を強行規定とするか任意規定とするかが問題となる。

強行規定を設けるときには、まず強行規定の対象とする意思表示ないし契約を定義し、それが満たすべき要件ないしそれが有すべき効果を規定し、当事者の意思表示ないし当事者間の契約が定義された意思表示ないし契約に該当するにも関わらず、それが規定された要件を充足せずまたは規定された効果と合致しない場合において、合致しない限度で、または合致しない意思表示ないし契約全体を、無効とすることになる。例えば、現行民法は、書面によらない保証契約を無効としているが、この規定は、民法 446 条 1 項で、規制対象とされる保証契約を定義し、同条 2 項で、当該定義された保証契約は書面であることが要件となる旨、および当事者間の契約が同条 1 項で定義された保証契約に該当するにも関わらず、それが書面でされていない場合には、当該保証契約全体を無効とする旨を規定する、という構造を有していると見ることができる。

一方、任意規定を設けるときには、まず任意規定の対象とする意思表示ないし契約を定義し、それが有する効果を規定し、当事者の意思表示ないし当事者間の契約が定義された意思表示ないし契約に該当するにも関わらず、その効果につき当事者意思が明らかでないときは、当事者意思を補充し（補充規定）または解釈して（解釈規定）規定した効果を有することとすることになる。

現行民法の保証に係る規定のうち、前記の 446 条 2 項のほか、少なくとも貸金等根保証契約に係る規定は強行規定であると考えられるが、保証はもとより一般に民法の債権法の規定として強行規定をおくことについては、契約自由の原則に照らして、慎重な検討が必要であると考えられる（原則として、当事者の意思により、色々な「保証」があってよい。）また、任意規定を置くにあっても、当事者意思の補完としての性格に鑑みて、実務上一般に理解されている法律効果を離れた規定をすることには問題があり、実務上の一般の理解から遊離しない立法を行うことが必要であると考えられる。

以上の視点は、以下の検討を行うにあっても、常に影響してくる視点であると思われる。

#### (2) 契約主体の違いによる差異を設けるか

次に、民法の保証に係る規定において、契約主体の違いにより、保証の要件・効果に差異を設ける必要があるかについて検討したい。

差異を設けるとして、民法で差異を設ける必要があるか

現行民法は、貸金等根保証契約の定義において、保証人が法人であるものを除くこと

により、保証人につき法人と個人とで差異を設け、貸金等根保証契約に関して強行規定で規制を設けた。法人か個人かという区分をした理由は、包括根保証の問題性として指摘されていた個人としての生活の破綻を防止していく必要があるという点にあったとされているが<sup>1</sup>、民法においてはそのような区分は設けずに、必要に応じて、特別法においてそのような手当てをしていくという方法も、立法政策としてはあり得るように思われる（保証人が法人である場合の規定に係る論点については、3.(5)にて後述。）

差異を設けるとして、契約主体をいかなる「類型」で分けるか

現行民法は、上記のとおり、契約主体を法人か個人かという類型で分けているが、このような類型で分けることが適当かという問題である。例えば、消費者契約法においては、契約当事者を事業者か消費者かという類型で分けているが、この分類は、一般に、事業者と消費者との間では、情報量や交渉力に差異があることがその理由とされている。これに対して、法人と個人という区分においては、必ずしも一方が他方よりも情報量や交渉力において優位にあるとは断じ得ない。また、後者については生活の破綻を防止する必要があるとはいっても、かかる事情は法人保証の場合における法人の経営者や従業員でも同様とはいえないだろうか（法人が破産すれば、その経営者や従業員は職を失うことになる。）また、情報力や交渉力に差があるとは必ずしもいえないのに、何ゆえに当事者意思に法が介入する必要があるのかについても、必ずしも明らかでないように思われる。

差異を設けるとして、契約主体の類型ごとにいかなる差異を設けるか

現行民法は、上記のとおり、契約主体を法人か個人かという類型で分けたうえで、後者の行う根保証契約（被保証債務の範囲に貸金等債務が含まれるものに限る。）につき、極度額の定めのない根保証を禁止するなどの規制を行い、法人が保証人となる場合と差異を設けている。仮に、契約主体を分類するとして、各類型ごとにいかなる差異を設けるのがよいのかという問題である。この問題は、契約主体の分類をすることとする理由と密接不可分な問題であると考えられる。

(3) 保証を分類して、各類型に応じた規定を設けるか

現行法においては、保証契約の分類として、普通保証契約と連帯保証契約の分類および貸金等根保証契約とそれ以外の保証との分類がなされているが、いかなる分類を行うことが妥当か、およびそれぞれの類型ごとにいかなる規定を設けることが妥当か、という問題である。ここでは、特に特定債務の保証と根保証との分類に着目したい。

まず、特定債務の保証であるが、1個または数個の債務を特定し、当該特定された債務

<sup>1</sup> 岡本雅弘ほか「座談会 新しい保証制度と金融実務（上）」金法 1735 号 17 頁〔筒井発言〕(2005)。

について保証を行うものであって、その一部について保証を行う場合の特定の方法などにつき論点があり得るものの、ここでは割愛する。

一方、根保証については、不特定の債務を保証するとはいえ、債務の範囲を限定せず、「債務者が債権者に対して現在および将来負担する一切の債務」を被保証債務とする根保証が認められるか、という問題がある。ちなみに、根抵当権の被担保債権の範囲は、不特定であるとはいえ一定の範囲に属するものであることを要することとされ（民法 398 条の 2・1 項）また貸金等根保証契約も、一定の範囲に属する不特定の債務を主たる債務とする保証契約とされていることが参考となろう。この論点については、根抵当権と同様に、不特定の債務であっても一定の範囲に属するものであることを要するとする考え方も成り立ち得る一方で、根抵当権などの物権とは異なり保証については契約自由の原則の適用を広く認める考え方からすれば、他の債務との区別ができる限り差し支えないとして、範囲を限定しない上記のような被保証債務の定め方がされた根保証契約も有効とする余地もあると思われる（ただし、その場合には、民法の一般原則の適用による制限や、当事者意思の解釈による制限が広く認められ得るであろう。）

なお、債務者不特定の債権の譲渡が認められるのと同様に、債務者不特定の保証契約を有効とする余地もあるように思われ、検討が必要ではないかと思われる。

### 根保証の種類

保証を特定債務の保証と根保証とに分類した場合、根保証については、さらに分類が可能である。分類の切り口には複数あり得ると考えられるが、a 極度額の有無の切り口と、b 保証期間の定めの有無の切り口の 2 つの切り口が代表的なものと思われる。

#### a 極度額

極度額の有無により根保証を分類することが可能であるが、当該極度額の意味についても、複数あり得る。

まず、元本極度額と債権極度額とがある。元本極度額は、主債務の元本がその極度額の範囲に収まっていれば、その主債務に付帯する利息債務・損害金債務などはその極度額を超えても保証されるというものであるが、債権極度額は、主債務のほかそれに付帯する利息債務・損害金債務などもその極度額の範囲内でのみ保証されるというものである。貸金等根保証契約においては、後者の債権極度額を定めなければ無効とされているが、契約自由の原則に対する重大な制限であり、その妥当性については改めて議論されてよいのではないかと（この点については 2.(5) で後述。）

次に、あまり議論されていない分類であるが、いわば主債務のリボルビングを許容する極度額であるか、許容しない極度額であるかの分類があり得るとと思われる。前者の極度額に係る保証においては、主債務が主債務者の弁済その他により減少した後に再び増加した場合も、極度額の範囲内で保証の対象となるが、後者の極度額に係る保証においては、主債務が主債務者の弁済その他の事由により減少したときは、後に再び

増加しても、増加した部分については、極度額の範囲内であっても保証の対象とならないというものである。リボルビングを「極度」の本質的な意味であるとする考え方からすれば、後者は「極度額」と名付けるよりも、「限度額」等と名付ける方が適当かもしれない。

#### b 保証期間

保証期間の有無によっても根保証を分類することが可能であるが、保証期間の語については、多義的に用いられているように思われる。まず、債権者が保証債務の履行を請求することができる期限の意味に用いられることがある。この場合は、以下に述べる意味と区別するために、保証債務履行請求期限とでも呼ぶのが妥当であろう。次に、保証期間の終期までの間に発生した主債務のみを被保証債務とするという意味での保証期間がある。保証期間の語の一般的な用法とあってよいであろう。さらに、その終期までの間に発生した主債務のみを被保証債務とするという点では上記と同じであるが、さらにその時点において存在する主債務のみを被保証債務として、その時点で初めて保証債務も具体的に発生することとするという意味での保証期間も考えられるが、必ずしも一般的な用法とはいえないのではなかろうか。なお、保証期間の意味によって、随伴性等根保証の性質についての考え方も変わってくることになると思われるが、それについては後に述べる。

#### 根保証についての規定のあり方

保証を特定債務の保証と根保証とに分類するとした場合、それぞれの類型に応じて規定に差異を設けるか否かが検討されるべきであるが、ここで、a 特定債務の保証には一般に認められる随伴性を、根保証にも認めるべきか、b 根保証に特有の問題として、保証期間満了前に被保証債務の弁済期が到来した場合、債権者は保証人に対して保証期間の満了を待たずに保証債務の履行を請求することができることとすべきか、が問題となる。

#### a 根保証の随伴性

保証期間の定めのある根保証であって、当該保証期間の合意が、保証期間の終期になって初めてその時点における主債務を被保証債務として保証債務が発生するという意味での合意があった場合には、保証期間満了前の根保証には随伴性はないことになろう（そのような場合にまで強行規定で随伴性を認めることとするのは妥当ではないであろう）。問題は、保証期間の定めのない場合や、保証期間の定めはあるが上記のような合意までがあるわけではない場合に、根保証に（保証期間の定めのある根保証にあっては保証期間満了前の根保証に）随伴性を認めるべきか否かである。

1つの考え方は、上記の合意がある場合と同様に、根保証の随伴性を認めない考え方である。この考え方は、根抵当権の仕組みを極力根保証にも応用しようとする考え方、あるいは根担保法としての共通の考え方を企図する考え方であるといえるであろう。

う<sup>2</sup>。

他方の考え方は、特定債務の保証と同様に、根保証の随伴性を認める考え方である。この考え方は、根保証を、個別保証の集合体として捉える考え方であるとの指摘がされている<sup>3</sup>。

後者の考え方をとる場合には、譲渡した債権額だけ極度額が減少すると解するとか、譲渡された債権額と譲渡されていない債権額の合計額が極度額を上回る場合には按分して充当すると解するとかの手当てがないと、保証人に極度額以上の負担が生じる可能性があるなど、複雑な問題が生じることになる。一方、前者の考え方をとる場合にはこのような複雑な問題を生じないが、いずれの考え方が実務の感覚に照らして違和感がないか（当事者意思の補充として妥当か）については、検討の必要があると思われる。

b 保証期間満了前の根保証人に対する履行請求の可否

保証期間の定めのある根保証であって、当該保証期間の合意が、保証期間の終期になって初めてその時点における主債務を被保証債務として保証債務が発生するという意味での合意あった場合には、保証期間満了前には未だ保証債務が発生していないのであるから、保証期間満了前に主債務の弁済期が到来したときに債権者が保証債務の履行を請求しても、保証人は債務不存在をもって抗弁とすることができるであろう。問題は、保証期間の定めのない場合や、保証期間の定めはあるが上記のような合意までがあるわけではない場合に、根保証人に（保証期間の定めのある根保証にあっては保証期間満了前の根保証人に）そのような抗弁を認めることができるか否かである。まず、保証期間の定めのない根保証において、無制限に保証人にそのような抗弁を認めるとすると、債権者はいつまでも保証の履行を請求することができなくなり、妥当でない。保証期間の定めのない根保証において、保証人にそのような抗弁を認める考え方をとるとすれば、いずれかの時点で期限が到来し、それ以降はそのような抗弁はすることができないという考え方を導入する必要があることになるであろう。保証期間の定めのある根保証においては、一応、いずれの考え方も可能であるように思われる。もっとも、そのような抗弁を認めない考え方をとるときは、保証期間満了前に保証人が保証債務の履行をしたときに、当該履行金額だけ極度額は減額されると考えなければ、保証人の負担金額が極度額を超えて増加する可能性があることとなって、妥当でないであろう。また、保証人が履行した後、保証期間満了前に債権者が貸し増し（追加的な貸出）をした場合において、貸し増した主債務についても保証債務が及ぶことは、保証人に酷ではないかという論点もあり得、何らかの手当てを講じる必要があるかもしれない。他方、そのような抗弁を認める考え方をとる場合には、主債務

<sup>2</sup> 渡辺隆生「極度根保証取引と被保証債権の譲渡」金法 1777 号 21 頁（2006）岡本雅弘ほか「座談会 新しい保証制度と金融実務（下）」金法 1736 号 22 頁〔村田発言〕（2005）。

<sup>3</sup> 渡辺・前掲（注 2）21 頁。

の弁済期が到来したのに保証期間満了まで待たなければ保証債務の履行を求めることができないというのは債権者に酷であるだけでなく、いかにも実務感覚から遊離しているのではないか（当事者意思の補充として妥当ではないのではないか）という疑問が生じ、少なくとも債権者に期限を到来させる権利を認めないとおかしいのではないかと思われる（もっとも、そのような権利を認めるとしても、そもそもそのような権利を行使しなければ保証期間満了前には保証債務履行請求をすることができないということ自体が、実務感覚から遊離していないかという疑問は残る。）なお、保証人にかかる抗弁を認める考え方は、根保証を根抵当権に引き寄せて観察する志向が強く、認めない考え方は、根抵当権と根保証は大きく異なるという視角に立つとの指摘がされており<sup>4</sup>、前者の考え方は根保証の随伴性を認めない考え方に、後者の考え方は根保証の随伴性を認める考え方に、それぞれ親近性があるといえよう。

#### （４）根保証に関する従来判例法理を民法の規定に反映させるか

根保証、特に包括根保証については、根保証人の負担が過大となり得ることから、根保証人の責任を制限する裁判例が多数見られるところである。そこで、民法の保証の規定を検討するにあたっては、これらの裁判例を規定に反映させるか否かが論点となってくると思われる。根保証人の責任を制限する代表的な裁判例には、次のようなものがある。これらの判例法理による規律は、民法の一般規定や契約の解釈などを根拠とするものであることから予測可能性が必ずしも高くはなく、これを一定の基準の下に立法化すれば予測可能性が増すという利点がある一方で、一定の基準を設けることにより契約自由の原則の後退につながるという問題もあり、慎重な検討が必要であろう。さらに、根保証の相続性についても、いくつかの裁判例がある。

##### 信義則や権利濫用により保証責任を制限するもの

まず、権利濫用を用いたものとしては、主債務者の業況悪化後に貸し増したうえ保証履行請求することにつき権利濫用とした、最判昭和 48 年 3 月 1 日（金法 679 号 35 頁（1973））がある。

次に、信義則を用いたものとしては、主債務者の信用調査をせずに漫然と貸し付けた場合に、信義則により保証人の責任の一部を制限した東京高判平成 14 年 1 月 23 日（判時 1788 号 43 頁（2002））や、包括根保証契約当時の 10 倍以上に貸付額が増額となった場合に、信義則により保証人の責任の一部を制限した札幌地判平成 17 年 9 月 16 日（金判 1226 号 26 頁（2005））などがある。

##### 保証契約の制限的解釈により保証責任を制限するもの

保証契約の制限的解釈により根保証人の責任を制限したものに、根抵当権と併用され

<sup>4</sup> 山野目章夫「根保証の元本確定前における保証人に対する履行請求の可否」金法 1745 号 11 頁（2005）。

た包括根保証契約について、根抵当権の極度額と同額の保証限度が設定されているものと制限的に解釈して、保証人の責任の一部を制限した最判平成6年12月6日(判時1519号78頁(1995))がある。

#### 根保証人の解約権

判例は、期間の定めのない根保証の保証人に、a 任意解約権と b 特別解約権を認め、根保証人の保護を図っている。

##### a 任意解約権

期間の定めのない根保証契約の締結から相当期間が経過したときに、根保証人に認められる解約権である。大判大正14年10月28日(民集4巻656頁)は、包括根保証人に解約権があることを理由として、包括根保証を無効とする必要はないとし、これを認めている。

##### b 特別解約権

主債務者の資力の低下や、特別な地位にあったために保証した根保証人がその地位を失ったことを要件として、根保証人に解約権を認めるものである。大判昭和9年2月27日(民集13巻215頁)、大判昭和16年5月23日(民集20巻11号637頁)などの判例がある。

##### c 根保証契約の相続性

根保証人に相続が開始した場合、相続開始時点に存在する主債務に対する保証債務が相続の対象となることは当然として(ただし、保証期間満了までは保証債務は具体的には発生しないという考え方をとるときは、なぜそうなのかは1つの問題かもしれない。) 相続開始後に発生した主債務について相続人は保証債務を負うか、という問題である。判例は、極度額の定めも期間の定めもない包括根保証契約につき相続性を否定するが<sup>5</sup>、期間の定めはなくても極度額の定めはある根保証契約について相続性を認めるものもある<sup>6</sup>。

#### 保証以外の保証類似の契約につき、規定を設けるか

現行民法上の保証契約ではないものの、その経済効果において保証契約に類似する契約に、いわゆる損害担保契約や、主に外国為替取引で用いられているいわゆる請求払保証契約などがあるか、これらについても民法に規定するかという問題である。しかし、これら保証類似の契約には、当事者のニーズによりいろいろな形態があり得、民法に規定することには自ずから限界があるものと思われる。

<sup>5</sup> 最判昭和37年11月19日民集16巻11号2270頁。

<sup>6</sup> 大判昭和10年3月22日法学4巻1441頁。

## 根担保について横串を通した規定を設けるか

根保証についての論点というテーマからは一步踏み出すこととなり、さらには債権法だけでなく物権法の領域にも踏み込むこととなる論点ではあるが、根保証と根担保物権とに共通の規定を設けるか否かという問題である。根保証と根抵当権とを統一的な視角で整理することを志向する考え方を発展させれば、このような横断的な規定を整備することが志向されることとなるであろうが、そのような志向性が妥当なのかどうかも、慎重に検討する必要があると思われる。検討にあたって注意すべき点としては、根担保物権は物権法定主義の支配する世界であるのに対し、根保証は契約自由の原則が支配する世界であるということなどが挙げられるであろう。なお、横串の通し方としては、根担保か特定担保かという区分での横串の通し方のほかに、保証・担保の目的物（主債務・担保物件）の可分・不可分という区分での横串の通し方など、他の視座もあるかもしれない。

## （５）貸金等根保証契約に係る規定について

平成 16 年の民法改正により規定された「貸金等根保証契約」にかかる規定（民法 465 条の 2 から 465 条の 5）について各論的に若干の論点、問題提起を述べる。

### 貸金等根保証契約の要件（民法 465 条の 2・1 項）

貸金等根保証契約の要件としては、根保証であること：一定の範囲に属する不特定の債務を主たる債務とする保証契約、主たる債務の範囲に貸金等債務が含まれること、保証人が個人であること、の 3 つの事項が掲げられている。

の「一定の範囲に属する不特定の債務を主たる債務とする保証契約」の具体的事例としては、当座貸越契約、定期預金担保契約と同一上書面上で行われる連帯保証契約などが掲げられるが、一方、特定の債務における限度額貸付（コミットメントタームローン）、分割貸付、普通抵当権の設定ができる範囲のものであれば、適用対象ではないと整理されているところである<sup>7</sup>。しかし、個々の保証契約に係る特定性についての判断についてはその商品性により解釈が分かれるものもあることから、何を以て不特定といえるのであるかどうか、立法的な整理のニーズを含めて論点になり得ると考えられる。

については「貸金等根保証債務」とは、「金銭の貸渡し又は手形の割引を受けることによって負担する債務」であり、すなわち、その範囲については、金銭消費貸借契約により交付を受けた金銭の返還義務を意味し、金銭の交付を伴う消費貸借契約に限られ、準消費貸借は含まれないとされている<sup>8</sup>。したがって、主たる債務が継続的売買取引に係る代金債務、不動産賃貸借に係る債務であるものなど、融資に関するものではない根保

<sup>7</sup> 筒井健夫『Q&A 新しい保証制度と金融実務』5頁（2005）。

<sup>8</sup> 筒井・前掲（注7）9頁。

証契約は、ひとまず適用対象外とされているものであるが、銀行実務上、継続的売買取引に係る与信行為も含まれている場面もあり、金銭消費貸借契約以外の場面においての規定の必要性については、1つの論点となり得るのではないかと考えられる。

については、3.(2)との関係で、このような個人、法人という主体による規律の区分けによる規定を民法上に設ける妥当性について再考する余地があるのではないかと考えられる。

#### 極度額（民法465条の2・2項）

極度額の定めは具体的な金額をもって定められている必要があること<sup>9</sup>から、銀行実務において、改正前の実務として、どのような範囲までを極度額とすべきかについては、元本極度の場合とは異なり実務上の判断が難しいとの指摘があるところである。例えば、保証人との間で訴訟による争いが生じた場合などにおいて、当事者間の予想を超える損害金、遅延利息が発生するような場合も、この極度額の範囲に全て含まれるため、根保証の極度額として、当事者間で契約当初の極度額を超えるような遅延損害金等が発生する場合には、本条項により定められたところまでの極度額までとされることとなるが、こうした、契約事後における銀行が主体となっている予想を超えた貸金によるものではなく、契約上当然に発生し得る損害金まで、極度額として規律されてしまうことが、必ずしも取引の実態にあっているかという問題の指摘が考えられ得るところである。また、保証人が同時に自己の不動産に根抵当権を設定している場合（根抵当権兼連帯保証契約）に、根抵当権の極度と、根保証の極度が累積するかどうかは、これまでの判例と実務の解釈との乖離が見受けられる論点である。根抵当権と併用された包括保証には、根抵当権の極度額と同額の保証限度が設定されたと解したうえで、根抵当権と根保証が非累積としているもの（最三判小平成6年12月6日金法1414号28頁（1995））があるが、非累積を前提としつつも、当事者との関係によっては累積されるとする考え方もある。

この点については研究会の議論の中、実務上は、累積関係については個々の契約にて柔軟に対応していることから、現行の民法上の規定をあえて設ける必要はないのではないかと意見もあった。<sup>1011</sup>

#### 元本確定事由について（民法465条の4）

貸金等根保証契約における主たる債務の元本は確定事由が定められ、債権者が、主たる債務者又は保証人の財産について、金銭の支払を目的とする債権についての強制執行又は担保権の実行を申し立てたとき。ただし、強制執行又は担保権の実行の開始があったときに限る（1項）主たる債務者又は保証人が破産手続開始の決定を受けたとき（2項）主たる債務者又は保証人が死亡したとき（3項）が規定されている。

<sup>9</sup> 筒井・前掲（注7）65頁。

<sup>10</sup> 金法1735号20頁（2005）。

<sup>11</sup> 野村豊弘「根担保の随伴性」金融法務研究会『担保法制をめぐる諸問題』5頁以下（2006）。

この規定自体は、特別解約権に係る規定に該当すると思われるが、ここで規定されている3つの事項以外の特別解約事由については、今後の判例理論に準じて考慮されることとなる。例えば、元本が確定する法的整理の事由は、破産手続の開始だけに限られていることでよいのかどうか、また、当事者の合意により元本確定事由を定めることが可能であるとされているのであれば、その旨を規律しておく必要はないかという問題指摘もある。

このような特別解約権に係る規定が現状の規律そのもので十分なのか、あるいは、判例理論の一部を例示する機能に過ぎず、規定自体の実効性自体にどれだけの意味があるかという観点からも考慮しながら、今後の判例理論への影響を注視していく必要がある。

#### 保証人が法人である場合について（民法465条の5）

平成16年改正では、保証人が法人である貸金等債務の根保証契約の求償権に係る規定が新設された。銀行実務では、銀行が法人の保証会社等の保証を受け、保証会社等が、その求償権に対して個人保証を求めるといった実体が多いことを踏まえ、本規定の射程と実効性について検証する必要がある。

##### a 貸金等根保証契約に係る他の条文における効果の差異について

465条の5における法人との保証においては、個人保証の規律において条文上の差異があるところである。例えば、465条の3・3項の元本確定期日にかかる規定に違反した場合には、その根保証契約の保証人の主たる債務者に対する求償権についての保証は全て無効となる（全部無効）が、465条の3・3項違反は、当該契約自体は有効として元本確定期日についてだけ無効となる。あえてこのような効果の差異を設ける趣旨については合理的な理由がないのではないかという指摘がある。

##### b 465条の5が想定している根保証の形態

本規定が想定している法人との間での根保証契約を行い、当該保証会社が、個別に個人に対する求償権保証を行う実務として、銀行が1人の債務者に対して複数の貸付等を行う場合について保証会社等と根保証契約をしている形態と、銀行が複数の個々債務者に対して1つの貸付を行う場合において、保証会社等との間で根保証契約を行う形態がある。

銀行が保証会社等とかかる保証契約を締結する場合には、個別銀行の実務により相違はあるものの、後者の形態がほとんどであり、その典型的な事例として住宅ローン契約、用途制限のないカードローン契約がある。

具体的には、住宅ローン等の借入者多数に対する保証を1つの保証会社が保証し、保証会社は各個別ローン借入者に対する求償保証を行うというものである。このような住宅ローン等の場合は個別保証の集合体であり根保証契約ではないという考え方<sup>12</sup>

<sup>12</sup> 「関連会社保証については、個別保証の集合体であって根保証ではなく、465条の5から外れるのではな

もあるが、カードローンの場合においては、必ずしも個別の特定保証ではないことから、本条項の適用を考慮せざるを得ない。以上を踏まえ、465条の5でいうところの射程される形態はどのようなものなのかについて、立法的な措置が必要となるのかどうかという点が指摘される点である。

c 465条5による求償権保証への効果

本規定は、求償権保証自体を直接規律するものではないので、求償権保証自体仮に465条の5に係る違反があったとしても、求償権保証が常に親保証とリンクしているわけではなく、求償権保証において確定事由が発生しても、求償権の範囲、上限は確定せず、また、自動更新も認められる。したがって、銀行との保証会社間の法人保証は、規律されていても、実際には求償権保証自体を直接規律しているわけではないこととなるが、この規律によって個人保証への保護が図れているのかという問題点の指摘もなされているところである。<sup>13</sup>

さらに、極度額の定めについても、例えば保証会社が根保証を銀行との間で締結し、不特定多数の借入人が存在するカードローンの場合の形態においても、当該保証契約個々の金銭消費貸借契約をどのように締結するかによって実務は異なっているようである。

すなわち、銀行と保証会社等との間で1つの根保証契約を締結し、個々のカードローンごとの貸付の上限合算を債権極度額としているケース（保証会社は当該銀行との間で総額 億円という極度額を定める。）であり、この場合銀行は、元本確定期日に保証会社との1つの契約書について契約更新を行うこととなる。一方、個別カードローン契約ごとに保証会社との個々の極度額の保証契約締結し、その個々の契約ごとに極度額が定め、個々の契約ごとに契約更新を行うといった実務も実際に行われているようである。

特に、前者の場合において、実際に個人保証の極度額による保護が図られているのかどうかという点については、疑問を指摘する意見もあり、本条項の実効性については個人、法人保証の区分けに係る論点を含めて検討する必要があると思われる。

(6)「法の適用に関する通則法」との関係

渉外的法律関係を規律する国際私法である「法例」が改正され「法の適用に関する通則法」(以下「通則法」という。)として、平成19年1月1日から施行されている。

債権法研究会では、この通則法11条の消費者契約の特則に係る準拠法規定との関係で若干の論点が指摘された。

---

いのではないか。岡本雅弘ほか・前掲(注29)29頁〔松本発言〕。

<sup>13</sup> 信用保証協会保証の場合には、個別保証時に求償保証人に対して借入極度を設けており、求償保証と、親保証の限度額がそもそも同じであり、かつ根保証という形をとっていない。求償保証は、保証協会が代位したときに発生するが、信用保証協会は根保証をもともととっておらず、この規定の意味は、信用保証協会を意図しているとすれば、もともとそのような必要性はないのではないかという意見がある(野村豊弘ほか「座談会 保証制度の改正」ジュリ1283号60頁〔六信発言〕(2005)参照)。

通則法 11 条 1 項では、消費者契約の成立、効力に係る準拠法の特例規定が定められている。通則法 7 条について、法律行為の成立および効力は当事者が当該法律行為の当時に選択した法によること、また、選択がない場合には、8 条により最密接関係地法として準拠法が定められるという当事者自治の原則が定められているが、11 条 1 項では、渉外的消費者契約<sup>14</sup>を締結する場合、契約当事者が、その契約、効力に係る準拠法について、消費者の常居所地法以外の法を選択した場合（仮に日本法とする。）において、消費者が常居所地法の強行規定を適用すべき意思を事業者に対して表示した場合には、当該消費者契約の成立、効力に関してその強行規定を定める事項についてはその強行規定をも適用する旨が規定されている。11 条 2 項では、準拠法の定めがない場合には、当該消費者契約の成立および効力は、消費者の常居所地法が適用される旨が規定されている。

研究会では、この通則法 11 条が、外国人との間の保証契約において民法上どのように影響を及ぼすのかについて議論がなされた。

仮に、海外の A 国に常居所をもつ甲が、銀行との間で金銭消費貸借に係る期間の定めのない貸金等根保証契約を締結し、準拠法をあえて規定していなかったとする。A 国の消費者保護法の強行規定では、あらゆる保証期間はすべて 2 年を超えてはならないという規定があった場合に、通則法 11 条 2 項により、甲の常居所地法である A 国法が適用されることとなり、元本確定期日は 465 条の 3 による、契約締結日から 5 年目ではなく、A 国の法律の適用により、2 年目の日が元本確定期日となることとなる。

なお、通則法 11 条により、選択された外国の法が日本法でいう消費者契約の保護に置き換わるものではなく、重疊的に適用されると解釈<sup>15</sup>されるものであり、日本の民法の適用自体が排除されるものではない。

通則法によって選択された外国の消費者保護規定と民法規定への橋渡しの規律というものは掲げられてはいないが、わが国の通則法が強行規定である以上、民法との関係については、具体的な適用場面を含め、1 つの論点になり得るのではないか。

#### （ 7 ）法人保証について

現行民法上、法人保証についてはそれ自体に係る規律はなされていない。しかしながら、銀行に係る法人保証の場面は、事業性のローンの場合における信用保証協会によるもの、民間の保証会社によるもの、親会社の子会社への保証を行うもの、銀行が支払承諾という形で、銀行が保証を行うもの、独立行政法人日本貿易協会による貿易保険など、多岐にわたる。保証協会のような協会保証に係る特質については非営利団体であるがゆえの機関保証性、信用補完性、政策性、公共性などの要素があり、民間企業が行う場面での保証との

<sup>14</sup> 通則法 11 条でいう消費者とは、「事業として、または事業のために契約の当事者となる場合におけるものを除く個人」をいい、事業者とは「法人そのほかの社団または財団および事業として、または事業のための契約の当事者となる場合における個人」との間で締結される契約としており、これは消費者契約法 2 条における定義と同様。小出邦夫『一問一答 新しい国際私法』68 頁（2006）。

<sup>15</sup> 小出・前掲（注 14）66 頁。

性質上の相違が指摘されるところである。

また、民間会社における保証契約についても、さらにその保証を行う主体が誰であるのか（保証会社、銀行、親会社の子会社を保证するのか）、その保証の目的が何であるのか（債権者保護に重きが置かれる場面なのか、捕捉的な信用補完の側面が強いのか等。）により、法人保証が果たすべき役割、その裏返しとして、法的に求められる責務の度合いが異なるなど様々な類型が潜んでいるものと考えられる<sup>16</sup>。主体による区分の問題の中、法人の保証に係る規定を必要とするのか、さらにその中での規律をどのように細分化すべきか、あるいは、規律は何ら不要であるのか等、法人保証に着目した実体法上の検討も必要ではないかといった論点も指摘されるところである。

---

<sup>16</sup> 椿寿夫「法人（による）保証論のための序説（下）」ジュリ 1131号 117頁以下（1998）における整理が参考となる。

## 第3 債権譲渡に係る論点

### 1. 民法における規定内容

債権譲渡とは、「債権を、その同一性を失わしめることなく移転する、旧債権者（譲渡人）と新債権者（譲受人）との間の契約」である<sup>1</sup>。民法 466 条から 473 条までが債権譲渡に関する規定である。

民法 466 条では、債権譲渡が原則可能であること、およびその例外として、「性質がこれを許さない」場合（同条 1 項但書）と「当事者が反対の意思を表示した」場合（すなわち、譲渡禁止特約がある場合。同 2 項。）について規定している<sup>2</sup>。

民法 467 条は、債権譲渡を債務者に対抗するためには、債務者に対する通知・承諾が必要であること、および第三者にも対抗するためには、当該通知又は承諾は確定日附あるものによらなければならないことを規定する。なお、「動産及び債権譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律」（以下、「動産・債権特例法」。）により、法人が有する金銭債権については、登記をもって、第三者に対する効果として、上記通知または承諾があったものとみなす特例を規定する。

民法 468 条では、前条における通知または承諾の効果を規定する。すなわち、債務者は、債権譲渡につき、異議なき承諾を行うときは、譲渡人に対して有していた抗弁事由を譲受人に対抗できなくなり（同条 1 項）、他方、通知を受けたにとどまる場合は、通知を受けるまでに生じた抗弁権を譲受人に対抗できる（同条 2 項）と規定する。

民法 469 条から 473 条は、証券化した債権について規定している。ただし、かかる債権は、手形法・小切手法や社債等振替法などの特別法によって規律があるので、民法の適用を受けるものは少ない。

### 2. 銀行取引において当該規定により規律される取引、あるいは当該規定の適用がなされる例

#### （1）資金調達

銀行は、ALM 政策の一環として、また資金調達目的のため、その貸出債権を他の金融機関等に債権譲渡（売却）することがある。特に、シンジケーションでの貸出債権については、セカンダリーマーケットが成熟しつつあり、譲渡契約民間業界団体（日本ローン債権

<sup>1</sup> 西村信雄編『注釈民法(11)』335 頁〔甲斐道太郎〕(1965)。

<sup>2</sup> 本条では規定していないが、特別法により譲渡を禁止・制限する場合は、それにしたがう。

市場協議会（JSLA）が、売買取引の円滑化のために、標準的な契約書を公表している<sup>3</sup>。

債権の証券化・流動化では、資金調達者（オリジネーター）が、その保有する売掛債権、貸出債権等を特別目的会社（SPC）や信託に譲渡する。銀行は、当該ストラクチャーのアレンジャーやSPC等へのバックファイナンス提供者等として関与する。また、銀行が自己の資産たる貸出債権を証券化することもある。

また、銀行にとっての主な資金調達手段たる預金についても、（大半は譲渡禁止特約が付されているものであるが）譲渡がなされることをあらかじめ想定した商品である「譲渡性預金（NCD）」がある。

## （２）債権回収の手段

債権保全の手段として、借入人等が保有する売掛債権、賃料債権等を担保取得することがあるが、譲渡担保として、銀行が債権譲渡を受けることが多い。

また、不良債権化した貸金債権をサービサーや投資家に売却することにより資金を回収するなど、債権譲渡は、債権回収の手段としても使われている<sup>4</sup>。

## （３）決済手段

デビットカード取引とは、同取引機能を付与した銀行等のキャッシュカード保有者が、加盟店との取引における売買取引や役務提供取引の対価を支払う場合に、同キャッシュカードを利用し支払うことができるものである<sup>5</sup>。これは、加盟店が有する売掛債権等を債権譲渡の方法により加盟店銀行に譲渡され決済がなされる仕組みになっている。

また、手形代替手段として企業間決済に利用されている、いわゆる「一括決済方式」では、売掛債権等を銀行等が設立したSPCに債権譲渡を行う方法（ファクタリング方式）が、決済方法の一手段として採用されている<sup>6</sup>。

# 3. 当該規定の銀行取引上の論点

## （１）譲渡禁止特約

前述のとおり、民法466条は、債権の譲渡性を認めることを原則としつつ、「反対の意思を表示した場合」（同条2項）、すなわち当事者による譲渡禁止特約の合意をその譲渡性の

<sup>3</sup> 同協議会のウェブサイト（<http://www.jsla.org/>）参照。

<sup>4</sup> 森田修『債権回収法講義』85頁（2006）等。

<sup>5</sup> 詳細は、日本デビットカード推進協議会法務委員会「「デビットカード」の仕組みおよびその法的枠組みの概要（1）」金法1573号12頁（2000）等参照。

<sup>6</sup> かかる一括決済方式が下請に対する支払のために利用される場合は、下請法等の観点から、債権譲渡（ファクタリング）方式、併存的債務引受方式等に限定されている（公正取引委員会「一括決済方式が下請代金の支払手段として用いられる場合の下請代金支払遅延等防止法及び独占禁止法の運営について」（1985）（改正あり））。

例外として規定する。譲渡禁止特約を認める理由としては、譲渡に伴う事務の煩雑化を避けること、過誤払いの危険を避けること、銀行の相殺に対する期待を確保すること、が挙げられている<sup>7</sup>。他方、同特約に対しては、民法起草過程より立法論的な批判があったところであり、また今日でも、批判的な学説<sup>8</sup>があるほか、債権流動化による資金調達に弊害<sup>9</sup>になるとか、国際的な趨勢<sup>10</sup>に反しているとかの批判もある。

銀行実務の立場からは、次の理由により、譲渡禁止特約の有効性を認める規定を支持する意見は強い。

### 預金実務

第1に、預金実務において譲渡禁止特約を存続させる必要性は高い。すなわち、譲渡禁止特約は、預金約款において規定されているが、これは最高裁判決で「少なくとも銀行取引につき経験のある者にとっては周知の事柄に属する」<sup>11</sup>と言及されるなど、公知の事実となっている。銀行は、日々膨大な数の預金者に対して多数の営業拠点において預金取引を行っているが、これは、預金債権者が預金名義人であることを前提にした事務手続で成り立っているといつて過言ではない。仮に、譲渡禁止特約がなければ、銀行は、預金の支払・解約等依頼に応じる度に、債権譲渡につき債務者対抗要件が具備されていないか確認する必要があるが生じるが、譲渡通知は銀行のどの支店に対してなされても対抗要件として有効なので、銀行は全拠点に対して調査する必要がある生じ、過大な処理コストが発生する。またさらに、仮にこの処理を銀行内情報ネットワークにより対応ができるとしても、通知の有効性は当該拠点に到達したときに即座に生じると考えられるので、当該通知の送達を受けてから担当者がその情報を端末に入力するまでに時間を要することに鑑みると（一定限度の時間差は、債権の準占有者への弁済の法理での救済が期待できようものの）、実際に預金払戻等の依頼があったときには、この時間の経過を待ってから応じる実務対応を迫られることが十分予想される。そうすれば、現在のような預金取引を即座に行うことは不可能となってしまう、決済機能や顧客利便性に欠けることになる。

また、社会的妥当性の観点からは、今日においては、マネー・ローダリング防止の観点から「金融機関等における顧客等の本人確認等及び預金口座等の不正な利用防止に関する法律」の制定が行われ、またいわゆる振り込め詐欺への対応の観点から口座不正売買に対して刑事罰が規定される（同法16条の2）など、預金口座の不正利用防止が要請されているところ、仮に預金口座が私法上自由に譲渡できることになれば、不正行為

<sup>7</sup> 内田貴『民法 第3版』211頁（2005）。

<sup>8</sup> 例えば、池田真朗『債権譲渡法理の展開』304頁以下（2001）に詳しい。

<sup>9</sup> 中小企業庁「債権の流動化等による中小企業の資金調達の円滑化について」（2001）経済産業省「企業法制研究会（担保制度研究会）」（2003）等において問題提起がなされている。

<sup>10</sup> UNCITRAL 国際債権譲渡条約（2001採択、現在未発効）9条、UNIDROIT 契約原則（2004）9.1.9は、譲渡禁止特約に効力がないことを規定する。また、各国法制でも、米国UCC9編において譲渡禁止特約が無効であると規定しているほか、係る譲渡制限の明定は、ドイツ民法等わずかの例にある少数派の規定であるとの紹介がある。池田・前掲（注8）307頁。

<sup>11</sup> 最判昭和48年7月19日民集27巻7号823頁。

が容易に行われる可能性も増加するという社会的弊害が生じ得る。学説においては、譲渡禁止特約については、(債務者としての)「弱い債務者」を保護すべく、その運用を類型に分けて違えるべきと説くものがある<sup>12</sup>が、今日では(預金者としての)「弱い債権者」を保護する観点から、譲渡禁止特約を考える必要が出てきたといえるのではないかといえよう<sup>13</sup>。

さらに、理論的に考察すると、預金口座は、消費寄託契約にもとづく単純な金銭債権・債務関係に加えて、振込委託や貸越契約も含めた、預金約款等にもとづく種々の特約が付されているものであるので、単純に債権譲渡の法理で解決できない問題が生じ得る。。例えば、債権譲渡がなされた場合にこれら特約が全て随伴していくのか、もし随伴していくのであれば、それは「口座」も移転することになるのかが問題となるが、これについては定説がなく判然としない。また逆に、金銭債権のみ譲渡するとして、当該債権の譲受人は、銀行に対していかなる手続で支払を受けることができるのか、そのとき銀行は預金約款上の免責を主張できるのかも問題となろう。

#### 与信実務

次に、与信実務の観点からは、前述のとおり、与信取引先の預金につき相殺期待がある。これは相殺には、判例が無限説に立つように、強い担保的機能があるからであり、銀行も、これを期待して、預金取引内容を含めて与信判断を行っていることが多い。ところが、譲渡禁止特約が認められなくなると、預金者は自由に銀行にとっての受働債権を処分することが可能となるので、与信判断につき、現状対比厳しく見る必要性に迫られる可能性が生じる。これは、銀行にとっても、また(譲渡することを想定しない)取引先にとっても、望ましい結果にはならない。

他方、譲渡禁止特約は、金融実務にとって必ずしも好ましいものではない面もある。前述のとおり、近時企業は自己の資産を流動化することによって、資金調達を行うことが多い。その中でも売掛債権や完成工事請負債権等の債権流動化のニーズが高いが、売買契約等では譲渡禁止特約が付されていることが流動化の障害となっている。譲渡禁止特約を無効とするのであれば、かかる新たな資金調達手段の拡大に寄与するものと思われる。

結局、本点は、譲渡禁止特約のメリット・デメリットの比較衡量により決定されるべき問題と思われるが、この点銀行としては、譲渡禁止特約を存続するのが望ましいとする意見が強い。仮に、何らかの理由でこれが認められない場合でも、法制上の課題<sup>14</sup>は別

<sup>12</sup> 米倉明『債権譲渡 禁止特約の第三者効』21頁以下(1976)。

<sup>13</sup> 前述のとおり、UNCITRAL や UNIDROIT は譲渡禁止特約を否定しているが、ヨーロッパ契約法(Principles of European Contract Law: 以下「PECL」)は、一部の例外を除き、譲渡禁止特約を許容している(11:301)。これは、主に国際商事取引が想定される UNCITRAL 等と異なり、消費者取引をも射程に含んでいるからとされる(内田貴「ユニドロア国際商事原則 2004 改訂版の解説(2)」NBL812号73頁(2005))ことから、預金取引等の消費者取引を考慮する規範は別途の考慮が必要となるともいえる。

<sup>14</sup> 本研究会においては、民法のような基本法において預金債権を特別に規定するのは違和感があり、また

として、上述の理由により、特に預金の譲渡禁止特約については維持すべきと考える。

## (2) 将来債権

将来発生する売掛債権、診療報酬債権や賃料債権等の将来債権は、資産流動化などのアセットファイナンスとしての対象資産、またはプロジェクト・ファイナンスやLBO等の買収ファイナンスにおいて事業全体における「セキュリティパッケージ」<sup>15</sup>として担保把握する際の対象資産の1つとして、その譲渡(真正売買、譲渡担保)に係る法制は重要である。

しかし、民法では、将来債権の譲渡の可否、対抗要件具備の方法、効果等について特段の明文規定がない。一方、これらの点は判例によって、一定限度明らかになっている<sup>16</sup>。すなわち、将来債権譲渡の可否については、譲渡債権につき十分な特定性があれば、その発生の確実性に拘わらず、公序良俗性違反等特段の事情がない限り、譲渡は有効<sup>18</sup>と解し、かつその特定性については、例えば債権者、債務者、発生原因によって他の債権との識別可能性があれば足りるとされる<sup>19</sup>。なお、債務者不特定の債権譲渡についても、本判例法理にもとづくと、他の要素により特定可能であれば有効と解され、動産・債権譲渡特例法はこれを前提に、債務者不特定の債権譲渡登記を認めている。対抗要件具備については、設定時になされた確定日付ある通知に第三者対抗力を認め<sup>20</sup>、かつ、その効力は譲渡契約時に生じると判示した判例がある<sup>21</sup>。

ただし、上記判例等によっても、例えば次の不明確な点が残っており、実務上、取引の不安材料になっているものが存する。

---

(今後開発される商品を含めて)預金を網羅的に定義するのは実際上困難とする意見があった。これに対して、米国UCC9章においては、預金口座についての特則があるとの指摘もあった。

<sup>15</sup> 特定の事業の収益に返済原資を限定したような与信を行う場合に、その事業から発生するキャッシュフローを捕捉・管理するために、SPC等を利用したストラクチャーの設計、コベナント設定、担保取得といった保全手段をパッケージとして行うことをいう。この際の担保としては、当該事業に関連・派生する工場、材料、商品、売掛債権、現預金等と収益実現化に向けた「川上から川下」の各過程の資産を網羅的に担保取得することが基本となる。この場合の売掛債権担保は、将来債権担保として重要である。

<sup>16</sup> 詳細は、中田裕康「将来又は多数の債権の担保化」金融法務研究会『債権・動産等担保化の新局面』(2004)等参照。

<sup>17</sup> 前掲(注10)UNCITRALでは、将来債権につき、原因契約の締結時において譲渡関連債権が特定できる場合は、譲渡可とする(9条b)。前掲(注10)UNIDROITでは、権利発生時に譲渡にかかわる権利であると判断できるものであれば、譲渡合意時に譲渡されたものとみなすとの規定がある(9.1.5)。また、米国UCCでは、(債務者不特定の)将来債権の担保取得(売掛債権や貸金債権等のpayment intangiblesは譲渡も(§9-109a3))可能と規定。

<sup>18</sup> 最判昭和53年12月15日判時916号25頁、最判平成11年1月29日民集53巻1号151頁。

<sup>19</sup> 最判平成12年4月21日民集54巻4号1562頁。なお、前掲(注18)平成11年最判では、「債権の発生原因」「譲渡に係る額」、将来債権について発生または弁済期の「始期と終期」などによる特定を求めていた。

<sup>20</sup> 最判平成13年11月22日民集55巻6号1056頁。

<sup>21</sup> 最判19年2月15日最判(民集未搭載)。本判決は、国税徴収法24条における譲渡担保権者の物的納税義務に関するものであるが、通知等の対抗力の発生時期について、原審の判示する債権発生時説を否定し、譲渡契約時説を採用したものと評価できる。

### 譲渡人（担保設定者）の事業譲渡

例えば、特定の事業から生じる将来の売掛債権について譲渡（担保設定）および対抗要件具備を備えた後、当該事業自体が第三者に譲渡された場合、依然として譲受人（担保権者）が将来債権を取得できるかは明確ではない。

この点検討するに、賃貸不動産に関する賃料債権のケースについては、類似事例における判例<sup>22</sup>に鑑み、賃料債権譲渡が不動産譲渡に対抗できると考える説が有力である<sup>23</sup>。ただし、この場合でも、不動産譲渡後に新所有者が新たに賃貸契約を締結し賃借人が変更した場合は、もはや賃料債権譲渡は及ばないと一応は考えられる<sup>24</sup>など、一定の限界がある。事業譲渡については、不動産賃料と異なり、法定果実ではなく、また賃貸借契約に比する債権発生原因契約もないことから、債権譲渡が及ぶと考えることは困難と思われる。いずれにしろ、議論がないところであり、本点の明確化が望まれる。

この点、上記判例を参考に、事業等譲渡後にも債権譲渡が及ぶとするが、その後新たな契約が締結されれば及ばないと考えるべきとする意見とか、事業譲渡等により処分権限者が変更したら、その後は債権譲渡の効果が及ばないとすべきという意見があった。さらには、例えば百貨店や開発型不動産事業など、実際には、不動産賃貸と一般事業が混在している場合もあり、統一的な判断基準が必要という意見もあった。

### 譲渡人（担保設定者）の倒産

将来債権の譲渡担保については、設定者に会社更生等の法的手続があれば、例えば管理処分権が移転することを理由として、担保権が及ばなくなると解する学説がある<sup>25</sup>。また、（真正売買）による債権譲渡についても、これら学説に立てば、同様に解されること

<sup>22</sup> 最判平成 10 年 3 月 24 日民集 52 卷 2 号 399 頁。建物の譲受人は、建物賃料の差押権者に対して賃料を取得したことを対抗できないとした判例。

<sup>23</sup> 東京地裁執行処分平成 4 年 4 月 22 日金法 1320 号 65 頁（1992）は、賃料債権譲渡は、譲渡人が賃料債権を将来取得することを前提とするものであるから、建物譲渡があれば、それ以後の賃料債権の譲渡は効力を生じないと説示するものがある。しかし、同決定に言及した平成 10 年最判（前掲注 22）に関する最高裁調査官解説（孝橋宏『最高裁判所判例解説平成 10 年（上）』（2001））は、本平成 10 年最判を受けた学説（山本和彦「判批」判評 482 号 38 頁（1999） 秦光明「建物の賃料債権に対する差押え後に建物を譲り受けた者が差押権者に対して賃料債権の取得をもって対抗することの可否」金法 1525 号 5 頁（1998））を引用し、本論点は、「今後さらに検討されるべき問題」と言及した。さらに、近時では、坂井・三村法律事務所編『Q&A 動産・債権譲渡特例法解説』131 頁（2006） 鎌田薫ほか「座談会 動産・債権譲渡担保における公示制度の整備」ジュリ 1283 号 34 頁（2005）〔佐藤正謙発言〕。なお、法務省筋は、本平成 10 年最判が「賃料債権の任意譲渡の場合にも妥当すれば」という前提で、建物の譲受人は、譲渡登記を経た将来賃料債権の譲受人に対抗できないと説く（植垣勝裕ほか『一問一答動産・債権譲渡特例法』52 頁（2005） 同「債権譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律の一部を改正する法律の概要（下）」金法 1731 号 51 頁（2005））。

<sup>24</sup> 鎌田薫ほか・前掲（注 23）〔鎌田薫発言〕。また、植垣勝裕ほか・前掲（注 23）53 頁、同・前掲（注 23）51 頁参照。なお、坂井・三村法律事務所編・前掲（注 23）132 頁は、譲渡登記で特定されている限り、「対抗できるのではあるまいか」と、本問題点はいまだ定説がないが、今後さらに検討されるべき課題とする。

<sup>25</sup> 保全命令発令後新たに取得されたものを除外する考え（田原睦夫「倒産手続きと非典型担保権の処遇」別冊 NBL69 号『倒産実体法』81 頁（2002））。同開始決定後について（伊藤真『債務者更生手続の研究』348 頁（1984） 事業再生研究機構編『更生計画の実務と理論』125 頁（2004））。

になる。

これら学説に対しては、銀行の立場からは、担保権についてかかる制約が課されるべきではないと考える。経済的観点からは、銀行は、特に運転資金やプロジェクトファイナンスにおいて、企業が将来獲得するキャッシュフローに返済原資を期待しており、かかるキャッシュフローの源泉となる将来債権を担保取得することは（それで十分かは別として）合理性に適うと考えられるが、この将来債権が資産性を有する以上は、その担保については、不動産買収ファイナンスにおける不動産抵当権と同様の取扱いが図られるべきである。また、法的観点からも<sup>26</sup>、前掲平成 11 年最判からは、いったん将来債権が譲渡された以上は、公序良俗違反等の問題がない限り、すべての将来債権が譲渡されていると考えられ、また、前掲平成 19 年最判が採用したと思われるところの債権譲渡時説からも、対抗要件を先に経た場合は、もはや管財人は譲受人（担保権者）に対抗できないと考えられる。さらに、倒産法は、確かに一般論として、民法に優先する強行法規性があるが、将来債権の処分を制限する強行法規性がないことは、改正前の破産法 63 条（賃料処分）の廃止における議論からいえる。

なお、この考え方に対しては、永久に譲渡処分が優先するということが不合理であり一定の限界を画すべきという観点から、その基準として、上述のとおり、処分権限が移転したときとすべきであり、よって管財人が出現した場合には債権譲渡は及ばないとする意見があった。これに対しては、処分主体が変わらない点で上述と同様に解する必要はなく、債権譲渡の限界は、前掲平成 11 年最判でいう公序良俗違反等によって画すべきとする意見もあった。

### 普通預金担保

普通預金担保は、近時、プロジェクトファイナンス、デリバティブ取引、資産流動化等のキャッシュフローに着目した融資において利用されることが多くなった。普通預金のような資金が増減する流動性預金について、従来実務は、その有効性（および対抗要件具備効果の範囲）について懐疑的であったが、将来・集合債権譲渡の判例が蓄積されるにしたがい、法的安定性も増してきたと評価される。

しかし、その法的性質については、普通預金に直接言及した最高裁判決がなく、また学説についても、「集合物説<sup>27</sup>」と「集合債権説<sup>28</sup>」<sup>29</sup>とに分かれる（また、後説によると、将来の価値増加分が詐害行為取消権・否認権の対象となるリスクがあるとされるなど、効果が異なる。）など、明確化されたとは断言できない状況にはある。

<sup>26</sup> 坂井・三村法律事務所編・前掲（注 23）151 頁は、開始決定と譲渡の第三者対抗要件の先後により決されるべき問題とする。なお、同書では、債権発生時説に立てば、更生等開始決定後に発生した債権については、担保が及ばなくなると解されることになる（同 154 頁）としていたが、その後の最判平成 19 年 2 月 15 日は、上述のとおり、債権譲渡時説に立ったので、この懸念はなくなったことになる。

<sup>27</sup> 道垣内弘人「普通預金の担保化」中田裕康=道垣内弘人編『金融取引と民法法理』43 頁（2000）。

<sup>28</sup> 森田宏樹「普通預金の担保化・再論」道垣内弘人ほか編『信託法理と民法法理』299 頁（2003）。

<sup>29</sup> また、野村豊弘「普通預金の担保化」金融法務研究会『債権・動産等の担保化の新局面』21 頁（2004）。

また、預金「口座」自体に担保権を設定することも提唱されている<sup>30</sup>。

いずれも、判例理論および解釈論で解決できる点はあるものの、普通預金担保の重要性に鑑みて、立法上可能であれば<sup>31</sup>、その明確化が望まれる<sup>32</sup>。

### (3) 後順位担保権設定の可否

債権譲渡担保が活用されるにしたがい、例えば、既設定担保権に余剰が生じている場合で事後に新たな資金ニーズが生じている場合<sup>33</sup>や、買収資金等で総資産担保が設定される場合で当初よりメザニンレンダーから調達を受ける場合は、後順位担保権を設定するニーズがある<sup>34</sup>。

学説には後順位担保権を認める見解もあるが、譲渡担保権を所有権的構成と捉える伝統的な判例理論にしたがえば、かかる後順位担保権の設定は困難とされる。また、債権担保は、不動産担保と異なり仮登記担保法の適用を受けることもできない。しかし、最近、最高裁は、動産譲渡担保に関する判決<sup>35</sup>において、「重複して譲渡担保権を設定すること自体は許されるとしても」と言及し、後順位譲渡担保権の可能性を認めた（ただし、私的実行権限がないと判示）。この判決が直裁に後順位権を肯定した、と現時点で判断することは、早計であろうと考えられる<sup>36</sup>。

加えて、債権譲渡担保については、動産等と異なり、第三債務者の存在があるので、その利害保護のために特別の考慮が必要となると思われる。すなわち、真正売買であれば、第三債務者は、次順位以下の譲受人に対して弁済ができないことになるが、これが譲渡担保権であれば先順位担保権者が満足できれば次順位権者にも弁済する必要が生じることになる。しかし、債権譲渡の場合、特に民法上の通知による債務者対抗要件具備を行うときは<sup>37</sup>、真正売買か担保目的かの区別につき、第三債務者に通知する必要はない。したがっていずれの取扱いをすべきか確知できない第三債務者は、次順位権者への取扱いについて判断を迫られることになり、最悪二重払いのリスクを負わされることになる。また、仮に担保権であることが分かったとしても、各担保権者の被担保債権額の計算、配当の事務を第三債務者の負担において行わせることは酷と思える（さらに、仮に債権譲渡禁止特約が不

<sup>30</sup> 中田裕康「口座の担保化」金融法務研究会『担保法制をめぐる諸問題』20頁（2006）。

<sup>31</sup>（もちろん一律に論じられないが、）米国UCCは、1999年改正（2001発効）において、預金勘定に対する担保を明文化しており（§9-304、312b、314a）参考になる。

<sup>32</sup> 経産省・前掲（注9）「企業法研究会報告書」48頁では、「立法的手当てが必要かどうか見極め」が必要との記述。

<sup>33</sup> 特に債権譲渡担保の場合は、第三債務者の信用力判断によっては担保掛目が厳しくならざるを得ないこともあり、また対象債権が売掛債権など（銀行貸付債権対比）少額・短期間の債権の場合は、将来債権を一定の基準に従い集散的に担保取得するために、貸出額と担保取得額のミスマッチが生じることもある。よって、実務においては、結果的に、貸出債権対比多額の担保債権額を設定する必要が生じる場合が多いと思われる。

<sup>34</sup> 現在の実務では、共有担保権で持分を定める方法、信託受益権を利用する方法や債権質権設定により対応している。

<sup>35</sup> 最判平成18年7月20日金判1248号22頁（2006）。

<sup>36</sup> 道垣内弘人「集合動産譲渡担保論の新段階」金判1248号1頁（2006）は、消極説を主張する。

<sup>37</sup> ただし、動産・債権登記法にもとづく登記事項証明書には、登記原因として「譲渡担保」が設定されたことを知る機会がある。

可となれば、第三債務者としては、防御する手段がないことになる。)

以上の観点からは、第三債務者への適切な保護を与えつつ、債権譲渡担保権が設定できる方策が望まれる。

#### (4) 契約条項の随伴性・契約上地位の譲渡の問題

例えば、シンジケーションローン債権については、セカンダリーマーケットで債権売却が増加することが今後も更に期待される。仮に新たな譲受人がどのような条件で債権を購入したか明確でないと、取引安全に失することになる。しかし、債権譲渡に伴い原因債権に付された特約が、どの範囲で、譲受人に移転するかは民法規定上明確ではなく、また判例や学説も十分なものはない。

したがって、現状の実務では、これら論点について、各条項の内容に照らし、契約上の民法上の一般解釈を組み合わせて解決していくしかないであろう。もっとも、この一般的解釈の主なものは、債権譲渡が行われた場合、利息債権等の債権に従たる権利は、当然に、譲渡債権に付随して移転する、債務引受については、免責的引受には、引受当事者の合意に加えて債権者の承諾が必要であり、承諾がなければ、重疊的債務引受にとどまる、

契約上の地位は、相手方の同意がなければ、移転できない、といったものしか挙げられるに過ぎない。ただし、この場合必要に応じて、当事者の合理的意思解釈により、補っていくことも考えられる。

#### 「随伴性」アプローチ

例えば、ローン債権の条項に関する先駆的な研究(以下、「金融法委員会報告」)<sup>38</sup>によれば、各条項を後述の4つの類型に分け、債権譲渡と債務引受の組み合わせの分析アプローチにより、検討を行っている。すなわち、貸付人の有する権利的なものは当事者間で譲渡の効果を認め、債務者への通知等により対抗関係の問題として処理し、また、

債務者の抗弁(債務者からみれば権利)については、債務者の同意なくして当該抗弁権が移転することは不合理なので、原則は重疊的債務引受になるか、抗弁の切断になるというのが基本的な理解である。

このように考えると、具体的には、上記金融法委員会報告によれば、次のとおり考えることになる。

- a 債権に法律上付随する権利の内容を構成する条項(相殺禁止、期限利益喪失条項等)権利は、当然に移転する。なお、債務者対抗要件具備により、譲受人は借入人に主できる。借入人は、異議なき承諾をしない限り、発生済みの抗弁権を主張できる。
- b 貸付人の権利・権限を定める条項(借入人の表明保証、財務制限条項等)原則として、当事者の明示または黙示の合意として、移転する。なお、債務者対抗要件具備により譲受人は借入人に主張できる。借入人は、異議なき承諾をしない限り、発生済みの抗弁権を主張できる。
- c 借入人の抗弁を構成する条項(責任財産限定特約、譲渡禁止特約等)

<sup>38</sup> 金融法委員会「ローン債権の譲渡に伴う契約条項の移転」(2004)(<http://www.flb.gr.jp/>)参照。

(移転しないことを借入人が承諾した場合を除き)当然に移転する。なお、借入人が異議なき旨を一般的に承諾したとしても、当該承諾の合理的意思解釈から、条項移転は否定されないと解すべき。

d 貸付人の債務・責任を構成する条項(貸付人の表明保証、守秘義務条項等)

原則、合理的意思解釈により、譲受人の資格をこれら債務・責任を引受ける者に限る特約の存在を認め、これを前提にcと同様に解す。

以上のアプローチは、現行民法の基本的考え方に沿った内容であり妥当な結論を導くことが期待される。他方、現実には、契約形態や特約の内容は様々であるところ、その随伴性につき個別に検討していく必要があることから、解釈の負担・不統一が生じる可能性や、法的安定性に欠けるというデメリットも考えられるところである。

### 「契約上地位の移転」<sup>39</sup>アプローチ

別のアプローチとして、「契約上の地位の移転」アプローチが考えられる。前述のとおり、契約上の地位の移転に相手方の合意が必要となるが、実際的には、債権譲渡時改めて合意を取得することは必ずしも容易ではない。他方、例えばローン契約書上での承諾を得ておくことは實際上困難でないだろうから、実務ニーズとしては、かかる事前の包括的な承諾が契約上の地位の移転に関して有効であるかという点が問題となる。

この点、現行解釈上、少なくとも事前の同意は、(第三者との関係は別として)当事者間では有効と考えられる<sup>40</sup>。しかし、例えば、「譲渡先が誰であれ契約移転がなされた場合にはこれを同意する。」といった包括的な事前同意は有効なのか、という疑問が生じる余地がある。また、同意書を得たとしても、一般的にいて、錯誤や合理的意思解釈によって制限されようし、個別の契約類型や契約移転先の契約履行能力によっては、同意が及ばないとされる可能性は生じよう。さらに、包括同意を認めた場合は、特に消費者保護の観点から、事後に取消を行える等の制度設計や解釈の余地を残すべきとの考え方もあろう。

他方、上記解釈論であれば移転可能な事象が不要に限定されるおそれがあることに鑑み、立法論として、例えば、同意なしの通知により、契約地位の譲渡を認めることを原則とし、相手方に異議を留める等の措置を講じることの方が良いとの意見もあった。

この場合、個別に移転禁止の特約があるときなど、かかる移転が認められない例外を明らかにすべきと考えられる。ただし、立法アプローチとしては、逆に、同意なしに移転を認める契約類型について(まずは、貸貸人やゴルフ会員権のように判例で認められたものが想起される。)できるだけ多く、かつ限定列举する方法も考えられる。

また、かかる移転を認める場合に、本来の相手方が履行を行わなかったときの救済を

<sup>39</sup> 契約上の地位の移転については、貸貸人やゴルフ会員権の譲渡など、一部の取引を除き、あまり明確な議論はなかった。ただし、野澤正充『契約譲渡の研究』(2002)同『債務引受・契約上の地位の移転』(2001)は、詳細な検討を加えている。

<sup>40</sup> UNIDROIT(9.3.4)やPECL(12:201)も、事前同意を有効と規定する。

どうすべきか検討する必要もある。すなわち、契約上の地位の移転によって、新たな相手方が契約を履行しなかった場合でも、もはや移転前の相手方に履行請求することはできなくなると考えられる。この場合、残る救済策は、(移転前の相手方に対し)解除権を行使するか損害賠償請求権を求めるしかないことになるが、これで妥当なのか、また立法論として他の救済策はないか検討する必要が生じよう。

#### 4. 結語

以上が本論点に係る銀行の主な関心事であるが、これはその一部を紹介したに過ぎない。債権譲渡は、金融制度に大きく影響し得る重要な分野であり、まだ検討すべき論点は存在する<sup>41</sup>。また、債権譲渡法制は、産業金融円滑化の要請、IT化、規制緩和の流れ<sup>42</sup>を受け、近時、上記動産・債権特例法のほか、電子記録債権、法の適用に関する通則法の制定など、立法化の動きが大きい分野の1つである。

以上より、債権譲渡は、今回の民事基本法の改正にあたっては、時代の実務的要請と当事者間の公平に十分配慮した検討が行われることを期待する。

---

<sup>41</sup> 本稿で述べたほか、例えば、二重譲渡の優劣決定の明確化・見直し(同時送達)、登記制度と民法制度との関係の再整理、異議なき承諾の内容(観念の通知で良いか)、事前承諾の効果の見直し、債務引受や法定代位における「対抗要件」、民法施行法5条(確定日付)の拡充等につき議論された。

<sup>42</sup> 例えば、中小企業庁「債権の流動化等による中小企業の資金調達の円滑化について」(2001.3)、経産省「企業法制研究会(担保制度研究会)報告書」(2003.1)、同「規制緩和推進計画の再改定について」(債権譲渡特例法)(1997.3)、閣議決定「規制改革推進3ヵ年計画」等(債権譲渡にかかる国際私法たる法例12条の改正)(2001.3)参照。

## 第4 相殺に係る論点

### 1. 民法における規定内容

相殺とは、「相互に同種の内容の債権を有する2当事者間において、別々に債権を現実に弁済する無用の手間を省略して、その債権を対等額においてそれぞれ消滅させる債権消滅原因」である<sup>1</sup>。民法505条から512条までが相殺に関する規定である。

民法505条では、相殺の要件等について規定している。

民法506条では、相殺の方法および効力について規定している。同条1項では、相殺は当事者の一方的意思表示によってなし得ることを規定している。同条2項では、相殺の効力について、「双方の債務が互いに相殺に適するようになった時にさかのぼってその効力を生ずる。」とし、遡及効について規定している。

民法510条では、差押禁止債権を受働債権とする相殺の禁止について規定している。

民法511条では、支払の差止めを受けた債権を受働債権とする相殺の禁止について、「支払の差止めを受けた第三債務者は、その後取得した債権による相殺をもって差押債権者に対抗することができない。」と規定している。

### 2. 銀行取引において当該規定により規律される取引、あるいは当該規定の適用がなされる場面の例

#### (1) 銀行取引における取引先との債権債務関係

銀行は、取引先に対して様々な金融サービスを提供しており、貸付のある取引先に対しては、預金関係のサービスも提供しているのが通常である。この場合、銀行は、貸付先に対しては債権者でもあり債務者でもある立場に立つ。

このことは、とりもなおさず民法505条が規定する「二人が互いに同種の目的を有する債務を負担する場合」に該当し、「双方の債務が弁済期にあるとき」には、貸金と預金は相殺が可能ということになる。実際、銀行取引では、相殺は貸金の回収方法として広く活用されている。

貸付関係の取引の約定書では、弁済期にある貸金等の銀行の債権と、預金その他の銀行の債務とを、その債務の期限の如何に関わらず銀行が相殺することができるとする相殺予約を規定していることが多い。

また、取引先の信用悪化につながる一定の場合には、貸金等の全額について取引先が期

<sup>1</sup> 磯村哲編『注釈民法(12)』371頁〔乾昭三〕(1970)。

限の利益を喪失し、直ちに返済すべきことを定めているのが通常である（期限の利益喪失条項）。信用悪化につながる一定の場合とは、例えば、取引先が支払を停止したとき、債務の一部でも履行を遅延したとき等があるが、取引先の預金について差押命令、通知が発出されたときもその1つとしている。

約定書におけるこれらの規定によって、銀行はいざというときに相殺によって貸金を回収することができる。

特に、預金に対して第三者から差押えがあり、貸付債権と競合する場合においても、期限の利益喪失条項によって貸金と預金とは直ちに相殺適状が生じ、また民法 511 条の差押債権を受働債権とする相殺の禁止の規定が適用されることなく、銀行による相殺は差押債権者に対抗することができる。

一方、取引によっては、貸金等の返済日が未到来であっても、一定の手續に則れば取引先の側からも相殺することができるようにする規定を置いている場合もある。

このように、銀行取引ではその約款においても実際の取引においても、預金と貸金が相対する債権・債務として相殺可能であることが前提とされている。特に取引先に対する与信においては、銀行には相殺の担保的機能について強い期待があるといえる。

## （２）ネットィング

金融機関間取引の清算・決済においては、相殺に類似した取引として「ネットィング」がある。

その1つである「一括清算ネットィング」とは、基本契約書の定めにもとづき、デリバティブ取引等を行っている当事者の一方が倒産した場合に、当該基本契約書にもとづくすべての取引（履行期や通貨等を異にするものを含む）を倒産時における時価に引き直すことにより一括して清算（ネットアウト）し、1本の債権にすることをいう。

デリバティブ取引等の当事者は、「一括清算ネットィング」を利用することにより、取引相手が破綻した際における決済金額を削減することができる。これにより、取引相手に対する信用リスクを削減すると同時に、市場全体としても参加者の破綻の影響が他の参加者に及ぼす影響（システムック・リスク）を最小限に抑える効果がある<sup>2</sup>。

「ネットィング」のもう1つの取引例は、外国為替円決済制度や内国為替制度等の決済システムである。

例えば、東京銀行協会が運営する外国為替円決済制度<sup>3</sup>では、加盟銀行相互間で交換される支払指図について、仕向銀行を債務者、被仕向銀行を債権者とする債権債務関係が生じ

<sup>2</sup> 山名規雄「一括精算ネットィング法の概要」金法 1520 号 17 頁（1998）。

<sup>3</sup> 外国為替円決済制度とは、外国為替市場での売買に伴う円代金やコルレス先円勘定の振替、円建仕向送金取引等の外国為替取引に伴う加盟銀行間の円資金に関する支払指図の送受信、加盟銀行間の交換尻の計算および決済を集中的に行う制度である（全国銀行協会「国内の主要決済システムの「決済システムに関するコア・プリンシプル（基本原則）」（BIS 策定）への適合状況に関する自己評価」（2001））。

るが、決済が行われる一定の時点（午後 2 時 30 分頃）<sup>4</sup>において、複数の加盟銀行間で複数生じるこれらの債権・債務を一括して差引計算し、加盟銀行ごとに 1 本の受払戻を計算したうえで日本銀行当座預金口座を通じて決済している<sup>5</sup>。

決済システムでは、このように複数の当事者間の債権・債務を一括して直接多角的に差引計算する「マルチラテラル・ネットィング」が行われている。

### 3 . 当該規定の銀行取引上の論点

#### （ 1 ）制限説と無制限説

前述のとおり貸付債権を自働債権とし、預金債務を受働債権とする銀行による相殺においては、第三者から預金に差押えがなされた場合においても、期限の利益喪失条項によって相殺適状が生じ、銀行による相殺は差押債権者に対抗できるとされている。

このような実務を認める解釈（無制限説）は、昭和 45 年の最高裁判決<sup>6</sup>によって裏付けられ、その後は判例において定着している。

しかし、学説では、差押え前に取得した債権を自働債権とする相殺であっても、無制限に相殺を優先させるべきではないとする説（制限説または合理的期待説）を支持するものも有力である。

また、判例でも、制限説に立ちながらも、相殺を無条件で認めることが不適切な事案については、後述する相殺権の濫用やその他の理論によって調整を図り、差押債権者などの第三債権者を優先させているものも見られる。

銀行実務の立場からは、取引先に対する与信においては、相殺の担保的機能について強い期待があることから、債権者に広く相殺を認める無制限説を支持する意見が強い。

銀行が与信を行う先については、銀行と取引先の間には複数の債権債務がある場合が多く、これらを包括して 1 つの取引関係が認識されている。ここでは、1 対 1 の債権債務について相殺の可能性を期待しているというより、そうした複数の債権債務について包括的に相殺の可能性を期待しているといえることができる。したがって、銀行取引においては、1 対 1 の債権債務についてその弁済期の先後その他の事情にもとづいて個別に相殺と第三者との関係が判断されるのではなく、一律に広く相殺を認めるのが適当であるとするのが銀行実務の立場である。

銀行と取引先の間で債権債務がこうした関係にあることについては、銀行の期待にとどまらず、取引先の側でも、また一般社会においても広く認知され、是認されているとも考

<sup>4</sup> もともとは午後 3 時時点で決済されていたが、その後の制度変更で午後 2 時 30 分の決済となった。

<sup>5</sup> こうして一本化された債権債務は、各加盟銀行と東京銀行協会が日本銀行に開設している当座預金の間で受払いによって、午後 2 時 30 分にほぼ同時に決済されている。全国銀行協会連合会 / ( 社 ) 東京銀行協会記者発表資料「新外国為替円決済制度への移行について」( 1998 )。

<sup>6</sup> 最大判昭和 45 年 6 月 24 日民集 24 卷 6 号 587 頁。

えられる。

債権法見直しにあたって、仮に一般論としては制限説や合理的期待説に立つような立法がなされることがあったとしても、少なくとも銀行取引においては、現行の無制限説に立つ場合と同様の帰結を得られるようにすることが、銀行の立場からの要請であり、また、一般社会の理解も得られるものと考えられる。

## (2) 相殺権の濫用等

判例がいわゆる無制限説に立つとはいっても、一定の場合には「相殺権の濫用」やその他の理論構成によって、相殺をもって差押債権者などの第三債権者に対抗できないとする結論を導いている事案もあり、そうした事案は学説でも議論のあるところである。

### 「相殺権の濫用」が問題となる例

学説・判例において、「相殺権の濫用」が問題となる1つの典型例は、他の回収手段があるにも関わらず銀行が相殺によって債権回収を図ろうとする事案である。

例えば、担保手形を取り立てないで貸付債権と差押えされた預金を相殺するケースでは、「濫用」を認めた判例<sup>7</sup>と、否定した判例<sup>8</sup>がある。また、数口の預金のうち差押えされた預金を選んで貸付債権と相殺するケース（狙い撃ち相殺）や、別に預金があるにも関わらず差押えされた不渡異議申立預託金返還請求権を受働債権として相殺するケース<sup>9</sup>も、同様に「濫用」が問題となり得る。

また、銀行が取引先から割り引いた手形についても、「濫用」が議論される。

銀行が、差押えされた預金がある支店とは別の支店が割り引いた手形と、差押えされた預金を相殺するケース（同行相殺）では、そもそも相殺の担保的効力を期待して手形割引を行ったわけではないことや、割引依頼人に対して手形の買戻請求権を行使すれば回収可能であることなどから「濫用」が問題とされる。判例では、「濫用」とはならないとするものがあるが<sup>10</sup>、銀行の債権保全の合理的必要性を超える場合は濫用とする学説<sup>11</sup>も見られる。

さらには、手形の振出人が経営危機に陥った後に手形所持人が振出人の預金のある銀行に手形割引を依頼するいわゆる「駆け込み割引」のケースがある。手形振出人が法的整理に至れば、こうした相殺の可否につき倒産法制での処理も可能であるが、私的整理中の相殺については、倒産法制の及ばないところであり、「濫用」の問題として考えるほかない。こうしたケースにつき、債務者の危機的状況を認識しながら被告の子会社から手形債権等を取得しこれを自働債権として相殺したのは、権利の濫用として許されない

<sup>7</sup> 大阪高判昭和48年8月6日金法695号36頁(1973)。

<sup>8</sup> 最一小判昭和54年3月1日金法893号43頁(1979)。

<sup>9</sup> 相殺を認める判例として最一小判昭和45年6月18日民集24巻6号527頁。

<sup>10</sup> 最一小判判昭和53年5月2日金法861号31頁(1978)。

<sup>11</sup> 例えば、好美清光「銀行取引と相殺」加藤一郎ほか編『銀行取引法講座(中巻)』274頁(1977)。

とする判例もある<sup>12</sup>。

「相殺権の濫用」においては、相殺と他の回収手段との難易比較や、他の債権者に対する配慮義務が論点とされているが、少なくとも倒産に至らない平時においては、債権者が債権回収にあたってなぜそのような視点に目を配る義務があるのか必ずしも明らかではない。

また、取引当事者にとっての予測可能性の観点からは、形式的には相殺の要件を満たすにも関わらず、「相殺権の濫用」であるとしてその効力を否定することは望ましいことではない。このことは、権利の濫用法理一般についていえることであり、「相殺権の濫用」についても制限的に解するのが妥当ではないかと考えられる。

一方、「駆け込み割引」の場合に至っては、私的整理とはいえ他の債権者との平等についても、考慮する必要があると考えられる。「駆け込み相殺」に限らず、無制限な「無制限説」により常に相殺優先させるのでは妥当性を欠く場合もあると考えられるが、銀行実務の立場では、「相殺権の濫用」は制限的に解しつつ、その線引きを明確にして取引当事者の予測可能性を確保することが望まれる。

#### 誤振込と相殺

第三者からの原因関係を欠く誤振込によって入金された預金について、当該振込の被仕向銀行がその預金を受働債権として貸付債権と相殺した場合において、振込依頼人との関係が問題とされている<sup>13</sup>。

この点につき、当該振込みに対して仕向銀行から被仕向銀行に対して組戻依頼があり、組戻に異議なしとする受取人の確認書が作成されているというやや特殊な事例ではあるが、最近の判例では、「相殺は正義、公平の概念に照らして無効」とする地裁判決がある<sup>14</sup>。

一方、同様の事案につき、権利の濫用に当たると評価される事情はうかがえないとして、相殺は有効であるとする判例もある<sup>15</sup>。ただし、この判例では、当該債権回収は振込依頼人に対する関係では法律上の原因を欠くとし不当利得が認定され、結果としては銀行が敗訴している。

確かに誤振込による預金の相殺は銀行にとって「棚ボタ」であるのは否めない。しかし、本来であれば、誤振込によって利得を得ているのは、誤振込の資金の相殺によって借入債務の一部または全部が消滅した受取人であるというべきであって、一義的には、

<sup>12</sup> 東京地判平成 11 年 3 月 25 日判時 1706 号 56 頁 (2000)。

<sup>13</sup> 原因関係を欠く誤振込により入金された預金については、そもそも預金として成立するのか否かという論点もあるが、ここでは預金成立につき原因関係不要説(最二小判平成 8 年 4 月 26 日民集 50 巻 5 号 1267 頁)を前提に考える。

<sup>14</sup> 名古屋地判平成 16 年 4 月 21 日金判 1192 号 11 頁 (2004)。なお、この事案の控訴審では、相殺を論点とすることがなく銀行が敗訴し、振込依頼人に資金を返還すべきとされた(名古屋高判平成 17 年 3 月 17 日金法 1745 号 34 頁 (2005))。

<sup>15</sup> 東京地判平成 17 年 9 月 26 日金法 1755 号 62 頁 (2005)。

受取人が振込依頼人に資金を返還すべきである。

実際には、受取人が無資力であって資金の返還が不可能であるから銀行が紛争に巻き込まれるのであろうが（そもそも受取人に信用悪化がなければ銀行は相殺をしない。）誤振込であれ原因関係不要説に立ち預金の成立を認めるのであれば、いったん成立した預金が相殺の対象となるのは基本的には認められて然るべきと考えられる。けだし、預金の原資の色によって相殺可否が左右されるのは、法的安定性を欠くからである。

その上で、前述の判例における事案のように、振込依頼人を勝たせたい例外的事案であれば、不当利得返還請求権など別の法理で考えるべきであって、銀行実務の立場からは、やはり「相殺権の濫用」の問題で考えるのはなるべく制約的であることが望まれる。

### 物上代位による差押えと相殺

銀行取引において相殺可否が議論されるもう1つの例に、物上代位による差押えと相殺の問題がある。

賃貸不動産に抵当権を設定した銀行が、賃料債権について物上代位による差押えを行う場合、賃借人が賃貸人に対して有する債権を自働債権、賃料を受働債権としてなす相殺との優先関係如何という問題である。

この点については、銀行の抵当権設定登記と賃借人が自働債権を取得した時期の先後によるという最高裁判決が出されている<sup>16</sup>。「物上代位により抵当権の効力が賃料債権に及ぶことは抵当権設定登記により公示されている」ことがその理由とされる。

民法 511 条の無制限説では、自働債権取得の時期と差押えの先後で判断されるが、ここでは差押えに先立つ抵当権設定登記との先後により判断されるため、無制限説との対比では相殺側が一步後退しているともいえる。

しかし、一般の差押えが第三債務者にとってはいわば突然やってくるのに対して、物上代位の場合は抵当権設定登記の公示によって差押えは予測可能である点で異なっており、予測可能性の観点からは1つの判断基準として評価することもできる。

一方、自働債権が敷金返還請求権の場合は、これとは結論を異にし、差押えに優先して敷金を賃料に充当することができるとする最高裁判決が出されている<sup>17</sup>。ここでは、差押えと相殺の対抗関係ではなく、「目的物の返還時に残存する賃料債権等は敷金が存在する限度において敷金の充当により当然に消滅する」という敷金返還請求権の性質論から、敷金返還請求権を優先させる結論を導いている。

同判決のように、敷金返還請求権は相殺より強力な相殺的效果を内在する特殊な債権であるとするならば、そうした特殊な債権債務関係を契約によって作り出すことが可能ということになり、この点には批判的な見方もあると考えられる。しかし、そうした契約もその経済的有用性によっては解釈により、あるいはより積極的に立法により認める

<sup>16</sup> 最三小判平成 13 年 3 月 13 日民集 55 卷 2 号 363 頁。

<sup>17</sup> 最一小判平成 14 年 3 月 28 日民集 56 卷 3 号 689 頁。

余地もあるのではないかと考えられる。

例えば、「一括清算ネットティング」については、「金融機関等が行う特定金融取引の一括清算に関する法律」(1998年制定)により、倒産法制との関係でその有効性が明確化され、破産法改正においても手当てがなされたところであるが<sup>18</sup>、これはネットティングという相殺類似の効果を生じさせる約定の効力を正面から認めるものであって、そうした約定にもとづく取引の経済的有用性を認める判断が立法の背景にはあると考えられる。一括清算ネットティングは、倒産法制との関係であって、差押えとの優劣とは場面を異にするが、ネットアウトして清算されるという相対する債権債務の特殊な関係を、相殺という説明を用いることなく認められた例ということができる<sup>19</sup>。

なお、敷金返還請求権や一括清算ネットティングのような特殊な債権債務関係を認めるのであれば、第三者からの予測可能性を確保することが重要である。相殺と物上代位の差押えとの関係でも、必要費償還請求権(民法608条)、建物買取請求権(借地借家法13条)<sup>20</sup>など、あるいは保証金、建築協力金、権利金などのうち敷金返還請求権と同等に扱われるべきものはあるのかなどの整理も必要であろう。

### (3) 差押禁止債権の相殺

民法510条では、差押禁止債権を受働債権とする相殺の禁止を規定しているが、銀行取引との関係では差押禁止債権である年金や給与等が預金口座に振込みされた場合、銀行がこの預金を受働債権として貸付債権と相殺することが禁止されるかという問題がある。

この点について、指定預金口座に振込まれることによって年金受給権等の債権は消滅し、年金受給者等の一般財産に混入することから、預金の相殺は禁止されないという最高裁判決があるが<sup>21</sup>、任意整理中の多重債務者の口座の相殺につき「相殺の担保的機能を期待する合理的理由にかけ」として権利濫用を認めた地裁判決も出されている<sup>22</sup>。

このような場合、銀行としては債務者の生活維持に配慮すべきなのはもちろんであり相殺は慎むべきケースも多いと思われるが、一般論としては、上記最高裁判例の考え方が妥当である。

諸外国ではこうした場合に差押えの禁止や取消しを認める立法がなされている場合もあるようである。預金にまで差押禁止を及ぼさるべきであれば、わが国でも立法的解決を図るべきであろう。なお、その場合は、消費者が預金を担保とする貸付を受けにくくなりかえって不便をきたすようなことがないよう、差押えの禁止や取消しの範囲について慎重に

<sup>18</sup> 新破産法58条(市場の相場がある商品の取引に係る契約)。

<sup>19</sup> なお、一括清算法が制定される以前の議論においては、一括清算ネットティングは相殺法理によってもその有効性を肯定する見解が有力であった(新堂幸司「スワップ取引の法的検討 - ISDA契約の倒産法上の問題について(上)(下)」NBL523号6頁・524号12頁(1993)。

<sup>20</sup> 三上徹「物上代位に残された問題点」金法1607号6頁(2001)。

<sup>21</sup> 最三小判平成10年2月10日金法1535号64頁(1999)。

<sup>22</sup> 札幌地判平成6年7月18日金法1446号45頁(1996)(ただし不法行為による損害賠償請求は棄却されている)。

検討することが必要と考えられる。

#### (4) 相殺の遡及効

民法 506 条 2 項では、相殺の効力について相殺適状時に遡及することを規定しているが、債権法の見直しに際しては、この遡及効についても再検討の対象となり得ると考えられることから、銀行取引における相殺の遡及効の位置づけについて若干考察する。

銀行取引では、貸付関係の約定において、「差引計算をする場合、債権債務の利息、割引料、損害金等の計算については、その期間を計算実行の日までとして、利率、料率は貴行の定めによるものとし、また外国為替相場については貴行の計算実行時の相場を適用するものとする。」といった規定を置くのが通常である。

こうした特約がない場合は、利息等の計算期間は遡及効により相殺適状時に遡ることになるが、銀行では相殺による債権・債務の消滅の時期を起票、元帳に記入し、相殺通知を発送した日までとして計算することが事務上の便宜に適用として規定が設けられているものである<sup>23</sup>。

こうした計算方法は一般に受け入れられているものであり、特に後段の計算実行時の外国為替相場を適用することについては、単に銀行の事務上の便宜というより商慣習といていいかもしれない。本条項が、単に計算方法を定める特約なのか、債権・債務の消滅時期をも定めるものなのかは両論があるが、いずれにしても計算方法については当事者間では有効な条項であると解されているところである<sup>24</sup>。

また、本条項はあくまで実務上の便宜を目的とするものであって、銀行がより多くの遅延損害利息等を得るがために計算期間を徒に遅らせることを許す趣旨ではない<sup>25</sup>。

以上を前提にすると、仮に新債権法では相殺の遡及効をなくしたとしても、銀行取引ではこうした特約が有効であると解される限りにおいては利息等の計算期間を計算実行時とすることに変わりなく、また計算期間を徒に遅らせることは許されないであろうことも現行と変わらないと考えられる。そうであれば、少なくとも銀行と取引先の関係においては、相殺遡及効の有無の影響をあまり受けないものと考えられる。

ただし、遡及効をなくすことによって、銀行による相殺権の行使時期に制約が課されることになると銀行の事務にも影響が少なくないことから、そうした可能性があれば慎重に検討すべきと考えられる。

#### (5) 決済システムのネットィング

一括清算ネットィングについて立法により手当てがなされたことは、3.(2) で述べたが、一方の決済システムにおけるマルチラテラル・ネットィングについては特段の立法

<sup>23</sup> 全国銀行協会連合法規小委員会編『新銀行取引約定書ひな型の解説』110頁〔鈴木正和〕(1977)。

<sup>24</sup> 東京高判昭和43年5月29日金法519号30頁(1968)。なお対外効は説が分かれる。

<sup>25</sup> この点は、不当な時点(相殺適状時から2年半あまり経過)における差引計算は信義則上許されないとする高裁判例(高松高判昭和63年8月23日金法1211号32頁(1989))も出されているところである。

はなく、法的有効性が必ずしも確立されていないことから<sup>2627</sup>、民法の相殺の規定を前提に法的有効性を確保すべく約定により2当事者間の債権・債務関係に置き換えたうえネットティングを行っているのが現状である。

例えば、外国為替円決済制度<sup>28</sup>においては、東京銀行協会が「セントラル・カウンターパーティー」(CCP)となって、仕向銀行による支払指図が被仕向銀行への伝送の対象となる都度、仕向銀行の被仕向銀行に対する債務を免責的に引き受け、仕向銀行に対する債権を取得することとし、東京銀行協会が取得した債権および引受けた債務は、決済に係る処理を完了する時(午後2時30分)に対当額で相殺されたものとする<sup>29</sup>とされている。

決済システムにおけるマルチラテラル・ネットティングは、そもそもは、すべての取引の受払戻だけを決済することによる簡易決済機能<sup>30</sup>を目的としていたが、近年では決済システムに参加する金融機関が支払不能に陥ることによる決済リスクが認識されその削減が求められるようになり、担保的機能の面が重要となってきている。

すなわち、外国為替円決済制度の例では、加盟銀行ごとの受払戻が負の金額の場合に「仕向超過限度額」という限度額を設け、それを越える支払指図はエラーとすることによって、各加盟銀行が負う債務が限度額以下となるようにし、万一、当該債務の不履行があった場合には、他の加盟銀行が一定のルールにもとづきそのロスを穴埋めすることとされている。そのロスシェア債務は各加盟銀行が差し入れる有価証券担保によって裏付けられている<sup>31</sup>。このような仕組みにより、万一1つの加盟銀行の支払不能が生じた場合にも、決済全体がストップし金融システム全体が混乱に陥るようなことがないよう制度的に手当てがなされており、その中でマルチラテラル・ネットティングは重要な役割を担っている。

決済リスクの削減については国際的な協調が見られ、国際決済銀行(Bank for International Settlements)では、決済システムのあり方について数次にわたり提言を行っている<sup>32</sup>。その中では、ネットティングの法的安定性についても、「全ての関係法の下で確固とした法的根拠を持つべきである。」<sup>33</sup>といった形で決済システムの条件とされている。こうした要請もあって、EU諸国や米国では、マルチラテラル・ネットティングの法的有効性は立法によって確保されている<sup>34</sup>。

<sup>26</sup> 久保田隆『資金決済システムの法的課題』151頁以下(2003)。

<sup>27</sup> なお、証券取引清算機関が行うネットティング(清算機関がセントラル・カウンターパーティーとなる)の倒産法上の効力については、2004年の証券取引法改正により条文が設けられた(証券取引法第156条の11の2)。

<sup>28</sup> 外国為替円決済制度については、前掲(注3)参照。

<sup>29</sup> 全銀協/東銀協・前掲(注5)。

<sup>30</sup> マルチラテラル・ネットティングは、取引数分の決済を1本化することによる事務的な簡易性のみならず、1日数十兆円にもものぼる決済額を圧縮することで各金融機関の流動性負担を減縮する効果がある。

<sup>31</sup> 全銀協/東銀協・前掲(注5)。

<sup>32</sup> 例えば、国際決済銀行「G-10諸国中央銀行によるインターバンク・ネットティング・スキーム検討委員会報告書」(ランファルシー報告書)(1990)、同「システム的な影響の大きな資金決済システムに関するコア・プリンシプル」(2001)など。

<sup>33</sup> 国際決済銀行支払・前掲(注33)「コア・プリンシプル」。

<sup>34</sup> 久保田・前掲(注27)。

一方のわが国では、マルチラテラル・ネットィングの法的有効性が必ずしも確立されていないことから、前述のとおり CCP 方式の約定により、民法の相殺の解釈、とりわけ差押えとの関係につき無制限説をよりどころに法的有効性を確保しているのが現状である。相殺構成であるが故にネットィングの効力には限界があるのも事実であり<sup>35</sup>、また、そもそも一国の経済活動の基盤である決済システムの安定が、民法上の相殺の解釈に委ねられていてよいのかという疑問もある。債権法の見直しによって、無制限説などの相殺期待の保護を検討の俎上に載せるのであれば、こうした取引への影響も視野に入れるべきと考えられる。

#### 4．結語

債権法の見直しにあたっては、現行どおり無制限説のような相殺期待の保護が強い「強い相殺」を認めたとうえで、その例外として濫用法理で考えるアプローチと、第三者との関係では現行より相殺期待の保護が弱い「弱い相殺」を原則としつつ、取引の態様に応じて銀行取引のように当事者間での担保的効力への期待が強くそのことが社会的にも認知されているような場合においては例外的に「強い相殺」を認めるアプローチが考えられる。

銀行取引の立場からは、前者のアプローチが馴染みやすいが、重要なことは濫用法理が適用されるような例外的ケースを制限的に位置づけ、かつその要件を明確にしたうえで、取引の安定を図ることである。

反対に、後者のアプローチをとる場合であっても、例外的に「強い相殺」を認めるケースを銀行取引のみならず取引の態様に応じて幅広く認めることで同様に取引の安定を図ることもできると考えられる。

他方、敷金返還請求権やネットィングの例では、差押えや倒産法制との関係で「相殺」よりさらに強力な相殺的機能を内包する債権・債務関係があってもよいものとする。

そうした「さらに強い相殺」の立法的解決を図るのであれば、債権法よりむしろ特別法で個別に対応するのが相応しいのかもしれないが、一括清算法の立法に見られたように、特別法はどうしても実務のかなり後を追うことにならざるを得ないことから、法的安定性を確保するためには、債権法体系の中に「さらに強い相殺」の席を設けておくことも一案である。

---

<sup>35</sup> 加盟銀行が CCP に対して有する相殺前の一の債権につき第三者から差押があった場合、無制限説ではその時点で存在する債権債務と合わせてネットィングが可能であるが、それ以後に CCP が取得した当該加盟銀行に対する債権については民法 511 条により差押債権とのネットィングの対象に算入できない。しかし、CCP の当該加盟銀行に対する債権は、当該加盟銀行が支払指図を送信することによって自動的に生じるので、決済システムとしては差押があったら直ちに当該加盟銀行との接続を遮断しないかぎり、ネットィング対象外の債権が積みあがることによって想定外のリスクが発生することになる。同様に、倒産法制の関係でも、加盟銀行の危機時期以降に生じた債権債務は有効なネットィングの対象から外れる可能性がある。

このように銀行取引の立場からは、取引に応じて相殺期待が適切に保護されると同時に、民法典および関連法令を見れば、その保護の「強さ」につき予見できるような立法を望むところである。

## 第5 委任に係る論点

### 1. 民法における「委任」

民法典では、「委任」は、13の典型契約の1つとして、民法643条から656条に規定されている。

民法643条は、委任契約を「委任は、当事者の一方が法律行為をすることを相手方に委託し、相手方がこれを承諾することによって、その効力を生ずる。」と規定している。

民法644条は、受任者の善管注意義務を規定し、648条は受任者の報酬に関する規定を設け、無償原則を規定し、また、651条では、委任の解除を、653条は、委任の終了事由をそれぞれ規定している。

### 2. 銀行取引において「委任契約」とされるもの<sup>1</sup>

民法643条の規定からわかるように、委任は、第三者に一定の法律行為を自己に代わって行わしめる形の契約類型である。この契約が対象とするところは、第三者に「委ねる」という抽象的な形態であり、このため、他の役務型契約（雇用、請負、寄託）は、具体的な取引類型を想定しやすく、適用要件も個別的なことに比して、他の役務型契約に該当しない取引や新たな役務型取引を取り込みやすい類型となっている。結果として、銀行取引には多くのサービス提供型の取引があり、当該銀行取引については、委任契約を基本ルールとして規律されている。今日では、銀行取引が多様化し、新たな金融取引形態が生み出される中で、委任規定適用取引もそれに伴い拡大している。したがって、民法の委任類型は、銀行取引の基本ルールとして銀行取引法の中で極めて重要な位置を占めているといえる。

以下では、委任規定により規律される銀行取引を簡条書式的に列挙する。

#### 預金取引関係

- ・ 振込資金の受入れ
- ・ 総合口座取引の自動振替の特約
- ・ 当座勘定取引における手形、小切手の支払の委託

#### 貸付・担保取引関係

- ・ 代理受領
- ・ 振込指定

<sup>1</sup> 主に松本貞夫『改訂 銀行取引法概論』（2007）を参照。

- ・ 保証予約（支払承諾型）
- 為替取引関係
- ・ 振込
  - ・ 送金（外国送金）
  - ・ 代金取立
- その他
- ・ 株式払込取扱事務
  - ・ 代理事務（国庫金出納事務、地公体の公金事務）
  - ・ M&A 等のアドバイザー契約等

### 3. 「委任」をめぐる銀行取引上の諸問題

上記 2. のとおり、銀行取引の法的性質として「委任」とされるものは少なくない。したがって、民法典における債権法の見直しにおいて、「委任」契約に係る諸規定がどのように取り扱われるかによって、銀行取引実務上、重要課題となる可能性がある。

以下では、現行の「委任」に関する諸規定のうち、銀行取引との関係で問題となってきた事項、あるいは潜在的に問題となり得る事項を 3 点取り上げて、若干の検討を試みることにしたい。その 3 点は、委任に係る無償原則、委任者の死亡による委任契約の終了、善管注意義務、である。

#### （1）委任に係る無償原則

現行民法において委任契約は無償が原則とされており、特約がある場合のみ有償とすることができる（民法 648 条 1 項）。

委任契約の無償原則は、「委任」の本質的特徴であるとともに、沿革的な理由とされている<sup>2</sup>。委任契約はローマ法の出征による不在者財産の財産管理に関する契約にはじまり、その後、雇用契約と対照をなし、委任の目的は「高級労務」と考えられた結果、この契約において報酬を請求できないとされ、ローマ人がこうした労務への対価を得ることを不名誉としたことが、無償原則の淵源として説明されている<sup>3</sup>。

本邦では、前述のとおり、無償原則をとりつつ、特約がある場合には有償を認める規定となっている。現行民法典制定時より認識されていたようであるが、実際の取引社会では、委任契約は有償であることが通常である。商法 512 条は、「商人がその営業の範囲内において他人のために行為をしたときは、相当な報酬を請求することができる」と、商行為における有償の取扱いを規定しており、このことは、ビジネススペースでの取引においては、有

<sup>2</sup> 明石三郎「委任と報酬」契約法大系刊行委員会編『契約法体系 雇用・請負・委任』244 頁以下（1963）。

<sup>3</sup> 明石・前掲（注 2）244 頁以下参照。なお、契約法上の有償契約と無償契約との区別に関する基本的な考察として、広中俊雄『契約法の研究 [ 3 版・増訂版 ]』3 頁以下（1964）参照。

償が通常であることを示しているものと考えられる。

銀行取引においては、上記2.において示したように、様々な取引が委任契約として取り扱われているところである。ここでは、銀行が提供する委任契約にもとづく役務提供について、何らかの形で手数料等を顧客から受領する取扱いとなっており、有償委任が原則的な形態である。例えば、振込取引における振込依頼人からの振込依頼においては、契約書上、「振込の受付にあたっては、店頭表示の振込手数料をいただきます。」(振込規定ひな型10.(1))と規定することがあり、有償委任の形をとっている<sup>4</sup>。また、代金取立では、「代金取立の受託にあたっては、店頭掲示の代金取立手数料をいただきます。」(代金取立規定ひな型3.(1)前段)と同様の規定が置かれる。

実際の取引ではこのように有償の取扱いが一般的である中、銀行取引の観点から、委任契約における無償原則の見直しが、債権法改正の論点となり得るか。

ここで考慮すべき前提は、無償原則を変更する実務ニーズがあるかどうかであるが、あるとすれば、そのことは、次のような問題と関連するものと考えられる。すなわち、有償の取扱いをする場合に、民法上の「特約要件」をどのように考えるか、また、注意義務の程度が無償と有償では異なり得るのか、といった問題である。

現行民法のもとでは、報酬請求権の発生要件として特約が必要となるが、この特約については、明示的な合意によるほか、黙示的な合意がどこまで認められるか、明示的な特約のない場合に認められる場合があるか、については議論のあるところである<sup>5</sup>。商法512条を根拠に、商人性のある主体の取引については、特約がない場合でも相当な報酬請求権を認める考え方もあり、判例も商法規定を根拠とするものがある<sup>6</sup>。また、当事者の意思の推測または黙示の特約を認めるものもある<sup>7</sup>。

銀行取引についていえば、前述のとおり手数料等を契約上あらかじめ規定し、顧客と合意していることが通常であるので、特約がない場合の委任契約にもとづく報酬請求権の取扱いが問題となるケースはほとんどないと思われる。仮に、特約のない場合も報酬請求権について法的な根拠を求める場合も、前述の商法512条の考え方が、「商人」である銀行にも当てはまるように思われる。

もう1つの課題としては、注意義務の程度に無償・有償の別が影響を与えるかどうかである。現行法上は、委任契約における受任者は、その委任事務の処理にあたって善管注意義務を負っているが(民法644条)報酬請求権の有無によってこの法律上の注意義務の内容が変わるわけではない<sup>8</sup>。他方で、具体的な委任取引の場面において、どのような注意義務

<sup>4</sup> 振込規定ひな型の当該条項は、銀行によって特に取扱いが異なるとみられる事項とされており、手数料徴求を本規定に一律強制するものではない。

<sup>5</sup> 幾代=広中編『新版注釈民法(16)』250頁以下〔明石三郎〕(1989)。

<sup>6</sup> 幾代=広中・前掲(注5)250頁〔明石三郎〕。例えば、宅地建物取引業者に関し、最判昭和38年2月12日判時325号6頁(1963)など。

<sup>7</sup> 幾代=広中・前掲(注5)250頁〔明石三郎〕。例えば、不動産仲介業者に関し、東京地判昭和32年8月15日判時126号18頁(1957)参照。

<sup>8</sup> 幾代=広中・前掲(注5)222頁〔中川善之助〕。

を受任者が負っているかはケースバイケースであることを考えると、有償・無償により義務の程度が異なる可能性がないとはいえないとも考えられる。経済取引において委任契約が広く利用されている、あるいは民法上の委任規定の適用のある取引が広範に及んでいる今日では、有償である場合には、より高度な注意義務を負担するといった指摘も考えられるところである<sup>9</sup>。

もっとも、注意義務の問題は、後述のようにさらに委任者と受任者の関係においてきめ細やかな分析が必要と考えられ、単純な有償・無償によって義務の程度を決せられるかは疑問であり、実際取引場面でも有償取引が多い中で、法的メルクマールとして機能するかどうかは、疑問なしとはいえない。

そもそも、委任における無償原則は、委任契約の法的性質に由来するとすれば、この原則の変更の要否は、債権法の見直しにおいて、委任契約を他の同種の契約との関係でどのように位置づけるかにより決まってくるようにも思われる。銀行取引の観点からいえば、銀行取引における役務提供場面では委任契約をもって律するケースが多い現状を考えると、無償原則を変更するか否かは、委任契約とは何かに関わる問題との関連で、引き続き債権法見直し後も各取引が委任契約により規律されるべきかどうかという観点から検討する必要があるように思われる。

## (2) 委任者の死亡による委任契約の終了

委任契約の終了事由について、民法 653 条は、委任者または受任者の死亡（同条 1 号）委任者または受任者の破産手続開始の決定（2 号）受任者が後見開始の審判を受けたこと（3 号）を規定している。

委任の終了事由の中で、これまで議論があったのは委任者の死亡の場合の取扱いである。この規定をめぐっては、受任者の死亡は委任の終了事由になるが、委任者の死亡については終了事由にならないとの学説も主張される<sup>10</sup>。少なくとも、委任者の死亡をもって、委任契約が当然に終了するわけではなく、個々の委任契約によって終了しない場合があることは、広く受け入れられた理解のようである<sup>11</sup>。

委任者死亡により委任契約が終了しない場合としては、他の契約関係の一部として一定の事務処理が委任されている場合で、その契約関係が全体として当事者の死亡によって終了しないものであるとき、委任事務の処理が委任者の利益と同時に受任者の利益でもある場合に、その利益が主として経済的なものであるとき（相続に適する）、委任の基礎となっている関係が、当事者の純粋な個人的な関係ではなく、社会的ないし客観的な独立の目的を有するような場合（例えば、父が非嫡出子へ成人になるまで養育費を支払うという委任契約で、当該父が死亡した場合）などは、委任契約は委任者の死亡によっても終了

<sup>9</sup> 内田貴『民法 [第2版] 債権各論』273頁（2007）。

<sup>10</sup> 幾代=広中・前掲（注5）293頁以下〔明石三郎〕。

<sup>11</sup> 稲本洋之助ほか『民法講義5 契約』278頁以下〔能見喜久〕（1978）参照。

しないと説明されている<sup>12</sup>。なお、商行為の委任では、委任者の死亡は終了事由とはならない（商法 506 条）。

また、入院加療中であった委任者 A が、受任者 Y に対し事故の入院中の諸費用の病院への支払い、死後の葬式を含む法要の施行とその費用の支払い、入院中に世話になった家政婦や友人に対する応分の謝礼金の支払いを依頼する旨の委任契約について、Y 死亡後の当該委任契約の履行は不法行為にあたるとして、A の相続人である X が Y に損害賠償を求めた裁判で、最高裁判所平成 4 年 9 月 22 日判決は、「自己の死後の事務を含めた法律行為等の委任契約が A と Y との間に成立したとの原審の認定は、当然に、委任者 A の死亡によっても右契約を終了させない旨の合意を号願する趣旨のものというべく、民法 653 条の法意がかかる合意の効力を否定するものでないことは疑いない。」として、委任者の死亡により終了させない委任契約に積極的判断を下している<sup>13</sup>。

以上のような学説等の状況を踏まえ、銀行取引上の委任契約の取扱いについてどのように考えるか。例えば、当座勘定取引は、消費寄託と委任の混合契約とされており、手形・小切手の支払呈示があれば、委任者の委任を受けた受任者として支払の事務処理を行うこととなる。ここでは、委任者が死亡した場合には、受任した事務処理に係る契約を終了することになるが、前述の平成 4 年判決を参考にした場合には、当初契約内容において、継続して事務処理を行うことが含意されていたかどうかということになる。当座勘定規定に通常その種の契約内容を明示ないし含意する規定は置かれていないと思われる。また、取引終了後については、「その終了前に振出された約束手形、小切手または引受けられた為替手形であっても、当行は支払義務を負いません。」（当座勘定規定ひな型 24 条）と規定されており、委任者死亡終了時も本規定において取り扱われることになる<sup>14</sup>。

振込取引のような場合はどうか。振込取引の場合、振込依頼にもとづく受任者たる仕向銀行の委託事務手続の完了時点は、実務上は、振込依頼の通知を被仕向銀行に発するまでと考えられている<sup>15</sup>。この間に、委任者が死亡する場合というのは、振込取引に係る事務処理上の時間経過を考えると極めて稀と考えられるが、形式的に考えれば、当該委任契約を終了することになる。この場合、依頼を取り止め、組戻し手続に入ることになるかは、振込規定の問題として「形式的」にはあり得るかもしれない。本稿で問題としている、委任者死亡後の事務処理の継続という観点からは、平成 4 年最高裁判決からは、振込規定に継

<sup>12</sup> 幾代=広中・前掲（注 5）294 以下〔明石三郎〕。

<sup>13</sup> 金法 1358 号 55 頁以下（1993）。なお、本判決に関する解説等として、中田裕康「委任者の死亡による委任契約の終了 最三小判平 4・9・22 をめぐって - 」金法 1384 号 6 頁（1994） 秦光昭「銀行取引における委任と取立の終了 - 最高裁平成四年九月二二日判決を契機に - 」手形研究 485 号 9 頁以下（1993） 石井眞司ほか「鼎談 金融法務を語る 第 29 回 自己の死後の事務を含めた法律行為の委任と委任者の死亡」手形研究 485 号 34 頁以下（1993）。

<sup>14</sup> 本規定については、民法 654 条の委任事務終了後の善処義務の免除規定であって、委任者死亡後も受任者たる銀行は、支払義務はないが、支払権限を有すると解する考え方がある。秦・前掲（注 13）10 頁以下参照。

<sup>15</sup> 振込取引における依頼人と仕向銀行の法律関係を、判例や実務の考え方にそって委任契約と解した場合である。松本・前掲（注 1）313～314 頁参照。

続の意思が含意しているかということになるだろう。もっとも、この場合は、民法 654 条の善処義務の問題となるであろうから、以上の分析は、あまり意味がないことになるかもしれない<sup>16</sup>。

以上は 2 つの例に過ぎないが、ここから委任者死亡時の銀行取引上の問題について、若干考えてみると、そもそも当該取引が委任者と受任者たる銀行の間で継続的な取引か、1 回の取引かで、委任者死亡後の取扱いが異なるように思われる。ここでの問題との関係では、前者の継続取引、例えば前述した当座勘定取引などがこれに該当するが、この場合は、問題となろう。すなわち、債権法見直しにおいて、平成 4 年最高裁判決を踏まえたような委任者死亡時の取扱いとして委任者との合意内容を前提とした継続について規定を明確化するニーズはあるか、ということである。仮に規定が設けられたとしても、相続時の取扱いは、銀行取引上しばしば相続人と銀行との間で困難な問題を生じさせることがあり、必ずしも債権法見直しの中で委任者死亡後に終了させない取扱いを明定することが、銀行実務との関係で望まれるかどうかは難しい問題である<sup>1718</sup>。

なお、銀行取引は一般的に商行為との理解に立てば、前述した商法 506 条との関係で、あまり問題にならないことになる。

### (3) 受任者の義務

委任契約について、債権法の見直しとの関係で特に論点となり得るのは、受任者の事務処理上の義務に関するものと思われる。そして、銀行取引の観点からも、この問題、すなわち、善管注意義務に関する規定の見直しの要否が最も関心の高いところと思われる。

民法 644 条においては、受任者の義務として、「受任者は、委任の本旨に従い、善良な管理者の注意をもって、委任事務を処理する義務を負う。」とされている。この受任者の善管注意義務の内容は、「受任者のような職業・地位のある者に対して一般に期待される水準の注意義務」とされており、「委任契約は当事者間の信頼関係を基礎」としており、「善管注意義務の内容は当事者間の知識・才能・手腕の格差、委任者の受任者の信頼の程度に応じて判断」と考えられている<sup>19</sup>。

では、銀行取引における委任契約上の善管注意義務の程度はどのように考えられるか。例えば、当座勘定取引における手形・小切手の支払委託に関し、支払時において銀行がどのような注意義務を負っているかは、次のような判例がある。すなわち、「届出印鑑の印影

<sup>16</sup> 秦・前掲(注13)11頁。

<sup>17</sup> 石井ほか・前掲(注13)39頁以下において、委任者死亡時の預金の払戻しに関し、様々な問題が論じられているが、ここで指摘されているような銀行窓口上の対応等は、規定明確化によっても解決されるものではないと思われる。

<sup>18</sup> なお、本件と直接関係ないが、高齢者等の財産管理という観点から考えると、委任者の死亡後、受任者が継続的に委任事務を取扱うことが可能か、取り扱うべきかは大きな問題である。中田・前掲(注13)11頁参照。平成17年12月に公布された新信託法では、高齢者の財産管理など近時の社会的ニーズを背景として、後継ぎ遺贈信託などの諸規定が設けられており、委任者死亡後の取扱いと信託制度の比較検討は、債権法見直しでも1つのテーマとなり得るかもしれない。

<sup>19</sup> 内田・前掲(注9)271頁。

と当該手形上の印影とを照合するにあたっては、金融機関としての銀行の照合事務担当者に対して、社会通念上一般に期待されている業務上相当の注意をもって慎重に事を行うことを要し、かかる事務に習熟している銀行員が右のごとき相当の注意を払って熟視するならば、肉眼をもって発見し得るような印影の相違が看過された時は、銀行側に過失の責任がある」とするものである<sup>20</sup>。ここでは、「金融機関としての銀行の照合事務担当者に対して、社会通念上一般に期待されている業務上相当の注意」や「かかる事務に習熟している銀行員」という表現において、銀行に対し、委任者との間の個別的な関係ではなく、「銀行」、「銀行員」という一般的な存在を前提にその注意義務が示されていることに留意する必要がある<sup>21</sup>。

では、このような注意義務は、他の銀行取引にも同様に当てはまるであろうか。例えば、振込取引における依頼人と仕向銀行の間の委任契約における当該事務処理は、「委託された振込事務の目的達成に適した処理を行うこと、具体的には依頼人が振込依頼書等（ATM等への入力）によって指図した内容に従って事務処理」とされている<sup>22</sup>。この場合も、当該事務処理にあたって、前述の手形・小切手の支払委託における注意義務で示されたように、「銀行」、「銀行員」という一般化された受任者への注意義務が課されていると考えられよう。無論、銀行取引は一様でないから、委任された事務の内容によって異なることになる。

では、「銀行」、「銀行員」に課された委任契約上の注意義務は、より高度な義務を意味するであろうか。すなわち、「銀行」が提供する金融サービスは、「銀行」というある種の「専門的」存在により行われる事務処理になるかどうかということである。

さて、近時、「専門家の責任」をめぐる議論などを背景に、委任契約の中に信託類似の信認関係をベースとした義務を含有させることができるか、すべきかといった議論が展開されている<sup>23</sup>。そこで、この議論を俯瞰した上で、銀行取引における注意義務、そして債権法見直しに係る示唆を考えることとする。

委任契約の中に信託類似の信認関係をベースとした義務を認めるためには、委任契約の中にそのような「信認義務」を正当化する性質が見出さなければならない。この点について、近時の論稿では、委任契約の性質として次の点をあげている。すなわち、委任は事務処理を目的とする（事務処理性）、当事者間には人的な信頼関係が存在する（信頼関係性）、受任者は独立に行為し一定の裁量権限を有する（独立裁量性）の3点である<sup>24</sup>。論者は、この3点が密接に関連し、委任契約における信認関係を根拠付けている。もっとも、ここでも委任契約が多様な取引類型をカバーしていることを踏まえ、委任者の受任者に対

<sup>20</sup> 最判昭和46年6月10日金判267号7頁（1971）。

<sup>21</sup> 幾代=広中・前掲（注5）236頁〔中川善之助〕。なお、この手形・小切手の支払委託にもとづく支払事務に係る注意義務は、預金の払戻しにおける準占有者への弁済における注意義務においても援用されている。預金の払戻しについては、近時、不正払戻し事例が多数生じたことなどを背景に、注意義務の内容も、窓口事務と機械での取扱いの異同、加味すべき「特段の事情」の精緻化など、検討が進んでいることにも留意する必要がある。

<sup>22</sup> 松本・前掲（注1）288頁。

<sup>23</sup> 大村敦志「現代における委任契約」中田裕康=道垣内弘人編『金融取引と民法法理』95頁（2000）。

<sup>24</sup> 大村・前掲（注23）102頁以下。

する信頼の程度は、委ねられた事務処理の内容により異なり、裁量権限の範囲も限定的で、注意義務の程度も軽減されることがあることを指摘している<sup>25</sup>。そして、複雑な事務処理と裁量権限のバランスを図りつつ、受任者を規律する方法として、裁量範囲の明確化（委任事務処理の範囲の明確化）すなわち情報提供や事前説明により、信認関係に依存しない形で、信頼性を確保する方策と、裁量権限を広く認めて、信認関係を認めることで重い義務を課す方策、を掲げている<sup>26</sup>。この2つの方策は、すでに様々なルールの中で、それぞれの方策の具体化として、あるいは、複合的な形をとってとられており、債権法見直しにおける委任契約の検討において、1つの重要な視点を提供するものと考えられる。

それでは、銀行取引については、どのように考えるべきだろうか。銀行取引、金融取引が、しばしば複雑な形態をとったり、ネットワークシステムを利用することなどから、銀行という「専門性」の高い機関により取り扱われるものと指摘されることがある。確かに、銀行制度が高い公共性をもって構築され、その主体である銀行が厳しい規制のもとに置かれていることは、その1つの証左である。金融取引はますます高度化しており、これを扱う金融機関、銀行に対する信頼性の実質的な確保は、取引ルールにおいても重要な視点である。しかし、銀行の行う業務は様々であり、「業」として行っている以上、単純に「専門家」として扱われることには、実務上違和感があろう。1.で述べたように、銀行取引上委任契約を基礎とする取引は様々であり、そこには比較的単純な事務処理から、複雑な事務処理まで多様であるので、画一的な取扱いには馴染まないとも考えられる<sup>27</sup>。

金融取引の高度化に伴い、金融機関に信託受託者類似の「受認者」としての義務について論ずるものもある<sup>28</sup>。そこで、1つの考え方としては、高度な金融取引においては、上述のような、金融機関の裁量を広範に認めつつ信認義務によるコントロールという考え方である<sup>29</sup>。あるいは、すでに金融機関の金融商品に対する説明義務という形で取り入れられているような、情報提供義務による裁量権限の範囲を明確にすることで、注意義務の内容をあらかじめ固定化する方策である<sup>30</sup>。例えば、為替取引などの従来型の銀行取引とM&Aのアドバイザー、投資関係などの現代型の銀行取引とを分けて、後者の場合は注意義務も信認関係のもとで規律するという指摘もあり得よう。もっとも、現代的取引だからといっ

<sup>25</sup> 大村・前掲（注23）103頁。

<sup>26</sup> 大村・前掲（注23）103以下。

<sup>27</sup> なお、道垣内弘人「善管注意義務をめぐって」法教305号37頁以下（2006）では、民法における善管注意義務について概念の整理と考察をされているが、その中で「概念を精緻化するためには、やはり「善良な管理者の注意」は、委任事務処理義務の具体的内容を定める基準としてのみ機能すると考えるべきである。信頼関係にもとづいて、裁量性の高い事務を委ねられた場合については、当該「委任の本旨」に鑑みると「善良な管理者の注意」ならば、高い水準の義務に従った行為をするのが当然であり、したがって、受任者は高い水準の行為義務を負う、と説明すべきであろう。」（同44頁）と指摘されており、銀行取引における注意義務を考えるうえでも、こうした考えは十分考慮される必要があるように思われる。

<sup>28</sup> 例えば、「金融取引における受認者の義務と投資家の権利」金融研究第17巻第1号（1998）参照。

<sup>29</sup> 大村・前掲（注23）104頁参照。

<sup>30</sup> 金融商品の販売等に関する法律や新たに制定された金融商品取引法など。大村・前掲（注23）104頁参照。

て、直ちに重い注意義務が課されることには、やはり事務上の違和感がある向きも考えられる。

銀行取引における委任契約の観点から、委任契約上の注意義務を見直して、忠実義務的な義務を盛り込むことにおいては、実務としては、慎重あるいは強い反対意見があると予想される。研究会の議論の中では、信認関係を委任契約において認めた場合において、義務の範囲を広げていくことになるのか、例えば、受任者以外の第三者の事務処理に移行している段階（例えば被仕向銀行の処理）まで受任者の注意義務が及ぶかという点は、委任契約の観点から否定的な見解もあった。

委任契約における委任者の注意義務に、信認関係の考え方を持ち込んだ場合、さらに留意すべき点は、義務違反における責任の範囲である。この点は、なお十分な議論がなされてはいないが、平成 18 年 12 月に公布された新信託法を参考にして、信託と委任の異同をどのように考えるかという問題とともに、慎重な検討を要すると考える。

#### 4 . 結語

以上、債権法の見直しという視点から、銀行取引における委任契約上の論点について、若干の検討を試みた。

銀行取引のみならず、取引の拡大は、必然的に委任契約のカバーする領域の拡大を意味することになるように思われる。研究会においても指摘のあったところであるが、このような取引社会の実情を踏まえ、債権法の見直しにおける委任契約の検討にあたっては、隣接する諸契約類型、代理制度、信託制度等との異同など、慎重な検討が必要であろう。そのような中で、銀行取引において委任契約とされる取引類型について、再度検証が必要な場合も出てくるように思われる。

銀行取引に係る債権法に関する研究会 委員名簿

委員	岡本雅弘	みずほ銀行法務部次長
	森永雅彦	みずほ銀行法務部調査役
	中原利明	三菱東京UFJ銀行法務室長
	佐伯 聡	三菱東京UFJ銀行法務室上席調査役
	三上 徹	三井住友銀行法務部長
	浅田 隆	三井住友銀行法務部業務開発グループ長
	石川清司	横浜銀行経営管理部法務室長
	堂園昇平	住友信託銀行コンプライアンス統括部副部長
外部委員	中田裕康	一橋大学教授
	石川博康	学習院大学助教授
	井上 聡	弁護士（長島・大野・常松法律事務所）
事務局	神門 隆	全国銀行協会業務部長
	阿部 耕一	全国銀行協会業務部次長
	小倉康介	全国銀行協会業務部調査役
	大野正文	全国銀行協会業務部審議役補
	石川 裕	全国銀行協会業務部副調査役

「銀行取引に係る債権法に関する研究会」の検討経緯

- 第1回 平成18年6月6日(火)
- ・ 本研究会の設置について
  - ・ 想定される項目案およびフリーディスカッション
  - ・ 検討の進め方について
- 第2回 平成18年7月27日(木)
- ・ 民法の「委任」と銀行取引について
- 第3回 平成18年9月13日(水)
- ・ 詐害行為取引取消権制度の見直し
- 第4回 平成18年10月17日(火)
- ・ 債権譲渡に関する金融実務上の諸問題
- 第5回 平成18年11月7日(火)
- ・ 債権譲渡に関する金融実務上の諸問題(継続検討)
  - ・ 報告書のとりまとめスケジュール
- 第6回 平成18年11月21日(火)
- ・ 相殺について
- 第7回 平成18年12月15日(金)
- ・ 保証について
- 第8回 平成19年3月22日(木)
- ・ 報告書のとりまとめについて

**銀行取引に係る債権法に関する研究会事務局**

〒100 8216 千代田区丸の内 1 - 3 - 1  
全国銀行協会（業務部）  
電話 東京（03）3216 3761（代）

本報告者は研究会としてのもので、全銀協としての  
意見を表明したものではありません。