

Namrun Quarterly

ナムランクォーターリー

発行所／苗村法律事務所 大阪市北区西天満2丁目6番8号 堂島ビルディング7階



Index

結界の都市
…1

【苗村法律事務所のファイルより】
債権法改正について(2)
…2～4

【最近の判例から】
譲渡禁止特約付債権の
譲渡人による譲渡無効の主張の可否
…4～5

事務局から
…6

2010年
3月24日(水)

①10:00～12:00
②14:00～16:00

TDB 海外市場
スペシャリスト
セミナー

～米国市場における
ビジネスと法的注意点～
で、苗村が講師を務めます。

結界の都市

政権交代が起こってからは、さしたる成果もありません。これまでと変わらぬ政治家とカネの問題で、世の中は混沌とし、無政府状態ではないかという人まで現れています。与党幹事長の処遇についても、刑事的にも政治的にも様々な力学が働き、三すくみと言った状況のように見受けられます。今の日本を、京都の二条城近く、昔は平安京大内裏であった場所に住まいしながらみると、人は歴史には学ばないのだなという思いを新たにします。

京都は、桓武天皇が遷都して興した町、今の日本と同じように、桓武帝の周りにも権力の座を巡って権謀術数が渦巻いていました。桓武帝が弟 早良親王より実子 安殿親王に皇位を継がせたいと考えるようになっていた矢先、長岡京の造営の責任者 藤原種継が暗殺され、早良親王にその嫌疑が掛けられました。親王は淡路島に流される途中で餓死したとも言われています。その後側近、近親者の死亡が相次ぎ、早良親王の崇りをおそれた桓武帝は、長岡京築営をあきらめ、陰陽道を頼りに北に玄武(丹波山地又は北山)南に朱雀(巨椋池)東に青龍(大文字山又は鴨川)西に白虎(嵐山又は山陰道)という風水思想でいう四神相応の地勢を持つ京都を結界の都市として選びました。北東の鬼門には比叡山延暦寺、西南の裏鬼門には城南宮を配して怨霊から京都を守ります。二条城の南に面して神泉苑という、義経、静御前出合いの場でも知られる庭園がありますが、ここはこの結界の中心、龍穴だと言われ、気を取り込み、都市中に行き渡らせるための禁苑だったそうです。しか

し結界を張っても京の都から権力闘争をなくすことは出来ず、また闘争に敗れた人たちの恨みはすさまじく、京都には、御霊信仰とでもいべき怨霊を祀った神社仏閣が数多く建てられました。子供の頃は何も知らず、しもごりよんさんと呼んでいた下御霊神社は、崇道神社、上御霊神社などとともに、早良親王(追号崇道天皇)を祀った神社です。神泉苑では、疫病がはやった年に怨霊鎮めのために行った御霊会が開かれ、これが祇園祭の始まりとする説もあります。京都北西にある北野神社が、平時平の謀略により太宰府に流された高官菅原道真の崇りをおそれ、道真を祀る神社であることはよく知られています。

時代が下り、六道にも通じると言われた鴨川の東南、六波羅に本拠地を置き、平家に有らざるば…と言われた平清盛ですら、権勢を長らく続けることはできませんでした。

なぜ人は歴史に学ばないのか、権力を持った人は、感覚がマヒし、自分の権勢がはかないものだということを忘れてしまうのだとある政治家の方が言っていました。

今回はおどろおどろしいテーマとなりましたが、京都も春間近、私が参考にした「京都魔界巡礼」(眞真奈美氏著、PHP文庫)など片手にちょっと変わった京都観光にいらっしゃいませんか。



苗村 博子
(なむら ひろこ)

債権法改正について (2)

第1) 債権法改正の状況

前回に引き続き、「民法（債権法）改正検討委員会」が発表した「債権法改正の基本方針」（以下「基本方針」）を題材に、債権法の改正について紹介させて頂きたいと思います。債権法改正をめぐる状況も前回から変わってきていますので、まずその動きを確認したいと思います。

法務省の法制審議会に民法（債権関係）部会が設置され、昨年11月24日に第1回会議が開かれました。部会長には、「民法（債権法）改正検討委員会」の委員長である鎌田薫早稲田大学教授が選出されています。同委員会の事務局局長である内田貴法務省参与をはじめ、同委員会のメンバーであった学者の先生方が同部会に委員ないし幹事として多く入っておられます。同委員会のメンバーに入っておられた法務省の審議官や参事官も同部会に参加されています。もちろん法務省の審議会ですから、学者の先生方のみならず、裁判官や弁護士、さらには経営者の方や企業の法務部の方、労働組合の方や消費者団体の方も参加されています。

今年の1月26日に開かれた第3回会議から、いよいよ具体的な論点について議論が始まりました。第3回会議では前回この記事でもご紹介した債務不履行に基づく損害賠償について議論されました。

では、前回民法総則と契約総論の部分について紹介しましたので、今回は債権総論の部分を見ていきましょう。債権総論の部分は、債権者代位・詐害行為取

消権といった責任財産の保全の規定で現行法と大きな変更がなされ、一人計算（いちにんけいさん）という新たな債権消滅原因が設けられ、債権の時効消滅が債権総論の債権の消滅の項目に規定される等の大きな変更がなされている部分です。当初、債権総論について1回で紹介させて頂く予定でしたが、紙面の都合で2回に分けさせて頂くことになりました。今回は責任財産の保全について紹介させて頂きます。今回も、従来の判例理論を明文化したにとどまり、法令の適用結果に変化をもたらさないものは割愛し、現在の運用と異なる規定だけを見ていくことにしましょう。

第2) 責任財産の保全の改正

1 債権者代位権

(1) 事実上の優先弁済の否定

従来、債権者代位権行使の場面では、債権者が第三債務者から直接弁済を受け、債権者の債務者への返還債務と、債権者の被保全債権との相殺を認めてきました。これは債権者に事実上の優先弁済権を認めるものでした。

しかし、債権者代位権のこのような行使方法は法が本来予定しているものではなく、債権者代位権は裁判外で行使可能という容易に行使可能な権利であるので、このようなメリットを与える必要性が小さいという考えから、基本方針では事実上の優先弁済を否定しています。

第三債務者からの弁済を債務者が受領しないときに生じる問題点は変わりませんので、債権者の第三債務者からの直

接受領を認めたとうえで、債務者への返還債務と被保全債権の相殺を禁止します。債権者は第三債務者から直接受領した物を債務者に一旦返したうえで、権利行使することになります。この際にかかった費用は共益の費用として一般先取特権により保護されます。

また、第三債務者は債権者に直接請求されても、債務者への弁済や供託で免責されることを定めました。

(2) 債務者への事前通知

基本方針は、債権者代位権の権利行使の要件として、事前に債務者に通知することを求めています。ただし、通知が困難な場合や権利行使に緊急性がある場合は除外されます。また、債権者が債権者代位訴訟をしたときは、債務者への訴訟告知を義務付けています。

これらは、債務者に権利行使の機会を保証することが目的です。

(3) 裁判上の代位の廃止

従来、被保全債権が弁済期前なら非訟事件手続法に則って裁判上の代位をすることが求められていましたが、ほとんど利用されていませんでした。

そこで、被保全債権が弁済期未到来であれば、代位行使を禁止し、裁判上の代位制度を廃止することにしました。保存行為は従来通り、裁判上の代位によらなくとも、被保全債権の弁済期前にできます。

2 詐害行為取消権

(1) 無償行為の特則

現在の詐害行為取消権においては、受益者の悪意が要件となっています。しか

し、基本方針では、取消の対象となる行為が贈与等の無償行為又は無償と同視できる有償行為であるときは、受益者の悪意を要件とせず、受益者が債権者を害することを知らなくても取り消せることにしました。ただし、善意の受益者が返還する義務を負うのは現存利益にとどまります。

無償で利益を受けている受益者を保護する必要性が小さいことと、善意の受益者を保護する必要性があることを勘案して、このような枠組みを定めました。

(2) 取消の効果

ア 取消の範囲

従来判例では、取消権者の債権額の範囲で取消が認められるのが原則でした。しかし、基本方針では取消債権者の債権額に関係なく、行為の全部を取り消すことを認めました。ただし、過大な代物弁済については、財産隠しの意図がなければ、過大部分だけを取り消せるとしています。

詐害行為取消権を、責任財産保全のために債務者のもとへ財産の回復を図る制度としてとらえ、全部を取り消すことを原則としました。反対給付をした受益者に対する利害調整等は、受益者が一旦全てを返還した後で調整することにしました。

過大な代物弁済について、全部取消を認めるのは問題があり（6,000万円の抵当権がついている時価1億円の土地を抵当権者に詐害行為として代物弁済した場合、代物弁済を取り消すと、債務者の下には抵当権がついていない土地が戻されることになり抵当権者を害してしまいます）、現在の判例も過大部分の取消しか認めていません。基本方針でもこれを維持しています。

イ 受益者の優先権

全部が取り消され、受益者が全てを返還するだけでは反対給付をしていた受益者が害されます。そこで基本方針は、受益者が債務者に反対給付をしていた場合には、反対給付につき返還請求権を認め、受益者の債務者に対する返還請求権は先取特権により保護されることにしました。ただし、債務者の財産隠しの意図を知っていたらこの先取特権を認めません。また、取消債権者の費用請求権の方が優先的に保護されます。

ウ 請求内容

原則は債務者への返還を求めることとし、金銭や動産については取消債権者が直接請求することに加えて、受益者に供託することを請求できるとしました。

(3) 事実上の優先弁済

従来、詐害行為取消権行使の場面では、債権者代位権と同様に、債権者が受益者から直接返還を受け、債権者の債務者への返還債務と、債権者の被保全債権との相殺を認めてきました。これは債権者に事実上の優先弁済権を認めるものでした。

債権者代位権と同様、このような行使方法は法が本来予定しているものではありません。しかし、詐害行為取消権は債権者代位権と異なり、行使するには裁判上の行使が義務付けられています。したがって、わざわざ詐害行為取消権を行使した債権者を優遇する必要は債権者代位権よりも高くなります。

そこで、まず、取消債権者が直接交付を受けた金銭や動産に対して、他の債権者は強制執行が可能であるとし、そして、取消債権者が直接交付を受けてから一定期間（1か月と3か月の意見があります）経過すれば、取消債権者の債

務者への返還債務と被保全債権の相殺を認め、事実上の優先弁済を受けられることにしました。その際に余剰があれば、債務者に返還又は供託することとしました。

(4) 転得者に対する詐害行為取消権

ア 要件・立証責任

基本方針は、転得者に対して取消を求める規定を受益者に取消を求める規定とは別に定めることにしました。

従来判例では、受益者善意、転得者悪意の場合、転得者に対する詐害行為取消権を認めてきました。しかし、基本方針では、詐害行為取消権行使の要件として債務者、受益者、転得者全ての悪意を求めることにしています（転得者が二人以上いても全ての転得者の悪意を求めています）。一度善意の受益者が登場した以上、94条2項等の問題と同様に権利関係を早期に確定させようという考えに基づくものです。

また、現在は転得者の悪意要件について、転得者が自らの善意につき立証責任を負うと解釈されています。しかし、基本方針では転得者の悪意の立証責任を取消債権者側に課しています（ただし、無償行為については転得者側が善意について立証責任を負います）。取引の安全を重視して、転得者の保護をより高めました。

イ 転得者の優先権

受益者等前主に反対給付をしていた場合、反対給付の限度で、(2)イで述べた受益者の優先権を代位行使できます。

(5) 訴訟

現在は詐害行為取消訴訟において、返還請求の相手方だけを被告としています。しかし、基本方針は、債務者と返還請求の相手方双方を被告とすることを明文で定めました。(2)で述べたとおり、

返還者から債務者への権利行使があり得るので、債務者の手続保障のため、債務者も被告とすることにしました。

(6) 除斥期間

除斥期間を現在の20年から10年と

しています。

第3) おわりに

今回は、一人計算と債権の時効消滅を中心に紹介したいと思います。



堤 馨正
(つみ けいせい)

最近の判例から

譲渡禁止特約付債権の譲渡人による譲渡無効の主張の可否

【はじめに】

今回は、譲渡禁止の特約に反して債権を譲渡した債権者が同特約の存在を理由に譲渡の無効を主張することの可否が問題となった最高裁平成21年3月27日第二小法廷判決民集63巻3号449頁をご紹介します。

【事案の概要と争点】

X(平成16年12月27日に解散し、平成17年3月25日に特別清算開始決定を受けた清算株式会社)は、Aとの間で工事請負契約を締結し、Aに対し、出来形部分の未精算債権及び遅延損害金債権(以下「本件債権」といいます)を有していたところ、本件債権にはXとAの間の工事発注基本契約書及び工事発注基本契約約款によって譲渡禁止特約が付されていました。

Xは、平成14年12月2日、Y₁並びにY₂(以下併せて「Yら」といいます)との間で、Y₂がXに対して現在及び将来に有する貸付金債権等並びにそれを保証するY₁がXに対して現在及び将来取得する求償債権を担保するために債権譲渡担保契約を締結し、XがAとの間で取得する工事代金債権(本件債権を含む)をYらに譲渡しました(以下「本件債権譲渡」といいます)。

その後、Xの解散・特別清算開始決定

に前後して、Aが債権者不確知を供託原因として本件債権の債権額に相当する金員を供託したため、XがYらに対して本件債権譲渡が譲渡禁止特約に反して無効であるとして供託金の還付請求権を有することの確認を求める本訴請求を、YらがXに対して本件債権譲渡が有効であるとして供託金の還付請求権を有することの確認を求める反訴請求をそれぞれ提起しました。

本件では、本件債権譲渡についてAの承諾があったか、Aの承諾を誤信したYらに民法466条2項ただし書が類推適用されるか、Xによる譲渡無効の主張が禁反言の法理に反し信義則違反にあたるかなどが争点となりましたが、第1審及び原審が、債務者であるAの承諾がない以上本件債権譲渡は譲渡禁止特約に反して無効であるなどとして、Xの本訴請求を認容しYらの反訴請求を棄却したため、Y₁が上告受理を申立てました。

最高裁では、上記争点のうちXによる譲渡無効の主張の可否についての判断が示されました。

【判旨】

(原判決破棄、第1審判決取消、本訴請求棄却、反訴請求認容)

民法は、原則として債権の譲渡性を認め(466条1項)、当事者が反対の意思を表示した場合にはこれを認めない旨定

めている(同条2項本文)ところ、債権の譲渡性を否定する意思表示した譲渡禁止の特約は、債務者の利益を保護するために付されるものと解される。そうすると、譲渡禁止の特約に反して債権を譲渡した債権者は、同特約の存在を理由に譲渡の無効を主張する独自の利益を有しないのであって、債務者に譲渡の無効を主張する意思があることが明らかであるなどの特段の事情がない限り、その無効を主張することは許されないと解するのが相当である。

これを本件についてみると、Xは、自ら譲渡禁止の特約に反して本件債権を譲渡した債権者であり、債務者であるAは、本件債権譲渡の無効を主張することなく債権者不確知を理由として本件債権の債権額に相当する金員を供託しているというのである。そうすると、Xには譲渡禁止の特約の存在を理由とする本件債権譲渡の無効を主張する独自の利益はなく、前記特段の事情の存在もうかがわれないから、Xが上記無効を主張することは許されないものというべきである。

【検討】

1 譲渡禁止特約の機能

債権の譲渡については、その自由譲渡性が原則として承認されています(民法466条1項本文)、当事者間の意思表

示（譲渡禁止特約）によって譲渡性を排除することが認められています（同条2項本文）。

譲渡禁止特約は、古くは債権者の交替による苛酷な取立てから債務者を保護し、現在でも債権者の交替による事務処理の煩雑化の回避、過誤払いの防止、相殺可能性の確保といった面で債務者を保護する機能を有するとされています^{※①}。

しかしながら、譲渡禁止特約が現実の紛争では異なる機能を果たしていることが指摘されていました。すなわち、本件も同様ですが、譲渡禁止特約によって保護されるはずの債務者が債権相当額を供託することで譲渡禁止特約付債権が譲渡された場合の紛争から早期に離脱し、譲受人と譲渡人（譲渡人の債権者）の間の優劣争いにおいて譲渡人側から譲渡禁止特約が援用され、譲受人の譲渡禁止特約に関する重過失が認定されて、結果として債権譲渡の効果が否定されるという事態です^{※②}。

2 類似の判断枠組み

本判決は、このような場合につき、譲渡人による譲渡無効の主張は許されないと判断しました。

最高裁判例では、錯誤無効について「民法95条の律意は瑕疵ある意思表示をした当事者を保護しようとするにあるから、表意者自身において、その意思表示に何らの瑕疵も認めず、錯誤を理由として意思表示の無効を主張する意思がないにもかかわらず、第三者において錯誤に基づく意思表示の無効を主張することは、原則として許されない」とした原判決に違法はないとしたもの（最高裁昭和40年9月10日第二小法廷判決民集19巻6号1512頁）があります。

また、最近では、取締役会の決議を経ないで代表取締役が行なった重要な業務執行に該当する取引について「重要な業

務執行についての決定を取締役会の決議事項と定めたのは、代表取締役への権限の集中を抑制し、取締役相互の協議による結論に沿った業務執行を確保することによって会社の利益を保護しようとする趣旨に出たものと解される。この趣旨からすれば、株式会社の代表取締役が取締役会の決議を経ないで重要な業務執行に該当する取引をした場合、取締役会の決議を経ないことを理由とする同取引の無効は、原則として会社のみが主張することができ、会社以外の者は、当該会社の取締役会が上記無効を主張する旨の決議をしているなどの特段の事情がない限り、これを主張することができないと解するのが相当である」としたもの（最高裁平成21年4月17日第二小法廷判決民集63巻4号535頁）があり、いずれも本判決と類似する判断を示しています。

3 本判決の射程—破産管財人、差押債権者による無効主張の可否

もっとも、本判決は、債権の譲渡人が譲渡の無効を主張する独自の利益を有しないことも指摘していますので、独自の利益があれば第三者も無効を主張することができると考えられます。

今後は、債権の譲渡人が破産した場合や債権者による差押えと債権譲渡が競合した場合に、破産管財人又は差押債権者が譲渡禁止特約を援用できるかなどが問題となると思われます。

破産管財人は破産者とは独立した法主体性が認められること、破産管財人又は差押債権者は債権者の利益実現又は自らの債権回収を図る必要があり債権譲渡人のように自らが譲渡禁止特約に反して債権を譲渡したのではないことなどを強調すれば、例外的に独自の利益を肯定する余地もありうるとは思われますが^{※③}、一方で、本件のXに関しては（代表）清算人が選任されており特別清算

の清算人は破産管財人に類似した中立的・公共的立場を有するとされている^{※④}にも拘らず無効主張が否定されていること、破産管財人又は差押債権者が譲渡禁止特約の保護対象者とは考え難いことからすれば、債務者ではない破産管財人や差押債権者による無効主張はやはり否定されるとも考えられます^{※⑤}。

これらの問題につきましては、今後の判例の集積が待たれるところですが、民法（債権法）改正検討委員会が平成21年4月29日に公表した「債権法改正の基本方針」では、譲渡禁止特約付債権の譲渡も譲渡当事者間及び第三者との関係では有効であり、また、債務者との関係でも譲渡人に倒産手続が開始されたときには債務者は特約を対抗できないとすることが提案されています^{※⑥}。

※① 奥田昌道『債権総論（増補版）』（悠々社、平成4年）429頁、能見善久＝加藤新太郎編『論点大系 判例民法4 債権総論』（第一法規、平成21年）320頁。

※② 潮見佳男『債権総論（第3版）II』（信山社、平成17年）606頁。

※③ 第三者による錯誤無効の主張については、第三者において表意者に対する債権を保全する必要がある場合において、表意者が意思表示の瑕疵を認めているときは、表意者みずからは当該意思表示の無効を主張する意思がなくても、第三者たる債権者は表意者の意思表示の錯誤による無効を主張することが許されるとされています（最高裁昭和45年3月26日第一小法廷判決民集24巻3号151頁）。

※④ 山口和男編『特別清算の理論と裁判実務』（新日本法規、平成20年）123頁。

※⑤ これらの点につきましては、譲渡人に独自の利益がないことの根拠として、譲渡禁止特約が債務者の利益を保護するために付されると解する以上無効主張権者は原則として債務者と解すべきことにならうと指摘するものとして中村肇「譲渡禁止の特約に反して債権を譲渡した債権者が譲渡の無効を主張することの可否」金判1324号17頁、破産管財人又は差押債権者による無効主張を否定的に解するものとして池田真朗「債権譲渡禁止特約と譲渡人からの援用の否定」金法1873号13頁、研究会（民法判例レビュー）では破産管財人の場合には譲渡禁止特約を主張することができるのではないかとの意見が有力であったことを報告するものとして円谷峻「譲渡禁止の特約に反して債権を譲渡した債権者が同特約の存在を理由に譲渡の無効を主張することの可否」判タ1312号49頁があります。

※⑥ 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針 III 契約および債権一般（2）』（商事法務、平成21年）280頁。



中島 康平
(なかじま こうへい)

Our New Comer



田中 敦
(たなか あつし)

初めまして、田中敦と申します。この度、約1年間の司法修習を終え、苗村法律事務所
で弁護士として勤務することとなりました。

私は、香川県の東かがわ市というところで生まれ、海と山に囲まれたのどかな環境の中で高校時代までを過ごしました。その後、神戸大学の法学部、京都大学の法科大学院に進学し、そこで法律を学んできました。

私の一番の趣味は、エレキベースの演奏です。学生時代には、バンドを組んで、CDを作ったり、関西各地のライブハウスを回っていました。様々なジャンルの音楽を経験し、いわゆる「ビジュアル系」のバンドをやっていたこともあります。音楽を趣味とする弁護士の先生はたくさんいますが、派手な衣

装とお化粧でステージに立った経験のある弁護士は、なかなかいないんじゃないかと考えています。音楽のほかには、高校時代に弓道部に所属していたことから、今でもたまに弓道をしています。毎年お正月には、友人と弓道場に行くことが恒例行事です。

弁護士としての経験はこれからですが、いつか法廷という舞台上で活躍できる弁護士を目指し、努力していきたいと思っております。どうぞ、よろしく願いたします。

Make Up 後の写真は、彼の携帯待受画面です。派手に暴れてくれるのを期待してますよ!(苗)

Topic of the secretariat

事務所旅行 2009

昨年11月、金曜昼発一土曜日帰りで事務所旅行に行ってきました。気になるその行き先は、有馬温泉。先輩の「2時間ドラマに出てくるような宴会がしたい」というかねてからの夢を叶えるべく、すんなりと事が運びました。

さて当日。バタバタと仕事を終わらせ梅田からバスに揺られること約1時間。ウトウトしかけたその時、目的地に到着!バスを降りるとそこは近郊とは思えないくらい綺麗な景色が広がった素敵な場所でした。紅葉のピークこそ過ぎてはいましたが、でもまだ少し残っており思わず見入ってしまいました。

お宿は苗村オススメの『欽山』。創業80年を超える、私にとっては憧れの老舗旅館です。数奇屋造りの建物やエントランスの竹林、ロビーから見える日本庭園など和の情緒がとっても印象的でした。荷物をおろし、部屋で一休みしたら浴衣に着替えてさっそく宴会場へ。美味しい京風懐石料理でみんなどんどんお酒が進み、さらにバーでおしゃべりに花を咲かせ苗村事務所の長い夜は更けていきました。

翌朝は早めに起きて開放感たっぷりの広い大浴場で湯ったり。風情ある岩露天風呂で疲れを癒しました。その後、朝食をすませ温泉街を散策し、電車に乗って三ノ宮まで行き南京町で食べ歩き。一同、節操なくモリモリ食べまくり、大満足でした。

近場でこんなに楽しい旅行ができるなんて!綺麗な景色、美味しい料理、気持ちいいお風呂、そして何より苗村をはじめとした事務所員みんなの明るい雰囲気と細やかな気遣いに癒されリフレッシュできました。心に残る充実の1泊2日の旅行でした。



浴衣がけの集合写真を
お見せできないのが残念です(苗)



<http://www.namura-law.jp>



苗村法律事務所

〒530-0047
大阪市北区西天満
2丁目6番8号
堂島ビルディング7階
※地下鉄御堂筋線又は京阪淀屋橋駅1番
出口を上がり、御堂筋を北へ徒歩5分
TEL : 06-4709-1170
FAX : 06-4709-0131
受付時間 / 9:00 ~ 18:00

