

論 説

債権の発生時期に関する一考察（2）

白 石 大

序 論

第1章 日本法の考察

第1節 各契約類型における債権の発生時期

第1款 賃料債権の発生時期（以上、本誌88巻1号）

第2款 賃金債権の発生時期

第3款 請負報酬債権の発生時期

第4款 第1節の小括

第2節 債権の発生時期の問題が法解釈に及ぼさうる影響

第1款 債権の発生時期と実定法上の諸制度との関係（以上まで本号）

第2款 債権譲渡と賃料債権の発生時期

第3款 相殺と賃料債権の発生時期

第4款 第2節の小括

第1章のまとめ

第2章 フランス法の考察

第1節 債権の発生時期に関する学説

第2節 判例法理の展開

第3節 近時の学説の展開

第2章のまとめ

結 論

第 1 章 日本法の考察

第 1 節 各契約類型における債権の発生時期

第 2 款 賃金債権の発生時期

1. 戦前の判例・学説

(1) 判例

続いて本款では、比較のため、雇用契約に基づく賃金債権の発生時期に関する判例・学説を検討する。以下のとおり、大審院判例には、賃金債権に関してもその発生時期・発生根拠を明示したのものがある。

〔J-9〕大審院明治38年5月10日判決（民録11輯693頁）

X は、Y（村）との間で、道路改修工事の監督をすることを内容とする雇用契約を締結したが、賃金が支払われなかったので契約を解除し、Y に損害賠償を請求した。Y が賃金を支払わなかったのは、X がある時点以降まったく工事監督を行わなくなったためであった。原審は Y の賃金支払義務を否定し X の請求を棄却。上告理由は、雇用契約とは当事者の一方が相手方に対し労務に服することを約し、相手方がこれに報酬を与えることを約することによって効力を生じるものであり、各当事者の権利義務は互いに独立したものであって、たとえ一方当事者に義務違背があっても、解除されない限り相手方に対する請求権は失われないというものである。しかし大審院は次のように判示して上告を棄却した。

「雇傭契約ニ付テハ民法第624条ニ…期間ヲ以テ定メタル報酬云々トアル規定ハ、労務者ガ約旨ニ基キ労務ニ服シタル場合ニ適用ス可キモノニシテ、其債務ヲ履行セザルニ拘ハラズ期間中ノ報酬ノ請求権ヲ有スト云フ意義ニアラザルヤ洵ニ明白ナリトス。」

〔J-10〕大審院昭和9年4月26日判決（民集13巻622頁）

賃金債権に対する転付命令の可否が争点となった事案である。Aの債権者Xは、AのYに対する賃金債権につき差押・転付命令を申立て、命令はAおよびYに送達されたが、この賃金債権は将来提供されるべき労務に対応する分を含むものであった。XはYに対して転付金額を請求したが、原審は「AハYニ対シ、仮令雇傭契約締結ト同時ニ一種ノ債権ヲ取得スベシト雖、毎月個々ノ給料債権ハ其ノ反対給付タル労務ノ供給ヲ俟テテ茲ニ始メテ発生スル」として、送達の前日までの部分についてのみ転付命令の効力を認め、その余を認めなかった。上告理由は、民法624条は単に報酬請求の時期を推定したものであって報酬請求権の発生時期を定めたものではなく、賃金債権は雇用契約の成立と同時に発生しているというものである。大審院は上告を棄却。

「雇傭契約ニ因ル労務者が使用者ヨリ受クベキ俸給其ノ他ノ報酬ノ如キモ、労務者ニ於テ其ノ約シタル労務ヲ終リタル後ハ其ノ部分ノ報酬債権ヲ有スルモ、未ダ労務ヲ終ラザル限りハ之ガ報酬債権ヲ有セズ。従テ…未ダ労務ヲ終ラザル部分ニ付テハ報酬債権発生セザルガ故ニ、債権転付ノ効力発生ノ余地ナキモノト謂ハザルヲ得ズ。」なお、参照判例として賃料債権の転付命令に関する〔J-3〕判決が引用されている。

〔J-9〕判決は賃金債権の発生根拠が実際の労務提供にあることを示しており、〔J-10〕判決は賃金債権の発生時期が労務提供の後であることを明らかにするものである。これらは、第1款でみた賃料債権についての大審院判例とほぼ同旨である。また、賃料債権についてみられたような基本債権と支分債権の区別は、〔J-10〕の原審判決にこれを見出すことができる。

（2）学説

第1款でみたとおり、戦前の多数説は、賃料債権の発生根拠を現実の使用収益ではなく賃貸借契約自体に求めていた。これに対して賃金債権については、戦前にこの問題を論じた学説がそもそも少ないうえに、数少ない論者の主張も二分されており、多数説とよべる見解が形成されていたとはいいがたい。

末弘博士は、賃料債権の発生根拠を賃貸借契約自体に見出す代表的な論者であったが、賃金債権に関してもこれとパラレルな見解を提示している。博士によれば、労働者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合や、労働者が労務提供債務を履行しない場合には、この労働者が損害賠償債務を負うことは当然であるが、これにより労働者の報酬請求権が当然に消滅する根拠は存しないとする。博士は、報酬請求権の当然消滅を認めた〔J-9〕判決を批判し、「双務契約ニ関スル一般原則ヨリ云へバ此種ノ結果ヲ生ズルノ理ナク而シテ別ニ雇傭ノミニ関スル特別規定存在セザルコトヨリ考フレバ此説ニ賛スルヲ得ズ⁽⁹⁰⁾」とする。近藤博士も、「報酬請求権は、雇傭の成立と同時に発生する。本条〔筆者注：民法624条〕は、特約がない場合に於けるその履行期に関する規定である⁽⁹¹⁾」として、契約締結時に賃金債権が発生するという見解を採る。もっとも、近藤博士は、そのように考える根拠を示していない。

これと異なる立場を採るものとしては、まず磯谷博士の見解が挙げられる。博士は、「第624条第2項ノ規定ハ固ヨリ労働者が約旨ニ基キ其期間ニ該当スル労務ヲ爲シ終リタルコトヲ前提トスルモノニシテ、其債務ヲ履行セザルニ拘ラズ期間経過ノ故ヲ以テ報酬ヲ請求スルコトヲ得セシムルノ法旨ニ非ザルハ言ヲ俟タザルナリ⁽⁹²⁾」として、末弘博士とは反対の見解を示す。そして、この立場をより明確に表すのが山田晟博士である。博士は〔J-10〕判決の評釈において、賃金債権を賃料債権と同様に取扱う判旨に賛意を示す。そして、「月給制雇傭契約が成立する時は基本たる給料債権並に其対価たる労務給付義務は発生するも、個々の具体的債権は反対給付⁽⁹³⁾によって、初めて現実に発生する」として、基本債権は契約時に、支分債

(90) 末弘巖太郎『債権各論』（有斐閣、1918年）673頁。「此点先ニ賃貸借ノ部ニ於テ述ベタル所…ニ同ジ」とされる。

(91) 近藤英吉『債権法各論』（弘文堂書房、1933年）127頁。

(92) 磯谷幸次郎『債権法論（各論）下巻』（巖松堂書店、1929年）613頁以下（濁点は筆者が付した）。

(93) 山田晟「大判昭和9年4月26日判批」法協53巻11号（1935年）205頁。

権は反対給付時にそれぞれ発生することを明確に述べている。

このように、賃金債権の発生時期・発生根拠に関する議論は皆無ではなかったものの、賃料債権に関する議論と比べるとかなり低調であった。賃料債権に関してはこの時期の議論をリードした鳩山博士も、賃金債権の発生時期・発生根拠については何も論じていない。さらに、末弘博士・山田博士を除いては、賃料債権と賃金債権の発生メカニズムをパラレルに捉えるという発想は希薄であった。たとえば磯谷博士は、賃料債権に関しては賃貸借契約自体をその発生根拠とし、実際の使用収益の有無にかかわらず賃借人は賃料債務を負うとしていたが（第1款1.（2）ウ、参照）、賃金債権については一転して労務提供を発生根拠と解し、それを欠く期間の賃金債権の存在を否定している。

2. 戦後の判例・学説

（1）判例

戦後は、大審院の判例法理を論理的な前提としている下級審裁判例は多数あるものの、これを最高裁の判例として示したものはほとんどない。⁽⁹⁴⁾ただし、次の〔J-11〕判決は、賃金債権が労務提供に応じて順次発生することを判示した最高裁判決としてしばしば引用される。

〔J-11〕最高裁昭和63年3月15日判決（民集42巻3号170頁）

Yらは有限会社Xの従業員であったが、Xから整理解雇されたため、その無効を主張して賃金仮払の仮処分命令を申請した。これは一審で認容され、その執行によりYらは仮払金を受領したが、後にこの賃金仮払仮処分は控訴審で取り消された。本案訴訟が係属中の段階で、XがYらに対して⁽⁹⁵⁾仮払金の返還を求めたのが本件である。

(94) たとえば、前橋地裁昭和38年11月14日判決（労民集14巻6号1419頁）、東京地裁平成3年4月8日判決（労判590号45頁）など。

(95) 本件では、同時に申請され一審で認容された地位保全の仮処分命令が二審でも維持されていることをどのように評価するか、また、Yらが本案訴訟で訴求中の

最高裁は、返還請求を認容した原審を支持し、上告を棄却した。その理由は、賃金仮払仮処分の取消しに係る仮払金返還請求権は賃金請求権の存否に関する実体的判断とはかかわりを有しないという点にあるが、そのように解すべき根拠として、「実体法上の賃金請求権は、労務の給付と対価の関係に立ち、一般には、労働者において現実に就労することによつて初めて発生する後払的性格を有する」ところ、仮払仮処分は Y らに対し労務の提供を義務づけるものではないことを挙げている。

(2) 学説

戦後の労働法学では、いわゆるノーワーク・ノーペイ原則との関係で、賃金債権の発生時期・発生根拠をいかに解すべきかについて活発な議論が展開された。それゆえ、ことに発生時期の問題については、これを自覚的に論じるものが賃料債権の場合よりも多くみられるのが特徴的である。

ア. 賃金債権が順次発生すると解する見解

もっとも、この問題に関してまず理論を提示したのは民法学説であった。我妻博士は、その体系書において、「雇傭契約は有償双務契約だから、契約と同時に労働者は報酬請求権を取得する。然し、それはいわゆる基本債権⁽⁹⁶⁾であって、具体的な請求権は労務を給付することによって発生する」と論じた。この見解は、⑦基本債権と支分債権を区別する点、④前者の発生時期を契約時、後者の発生時期を反対給付の提供後とする点、⑦支分債権は反対給付を根拠として発生すると解する点のいずれにおいても、賃料債権に関する博士の(戦前の)見解と一致するものであるといえよう。

この問題をより詳細に検討したのは幾代通博士である。博士は次のように論じる。賃金が前払いされた後に、労働者の責めに帰すべき事由により労務の給付が行われなかった場合、使用者としては契約を解除して原状回

賃金債権を仮払金の返還債務と相殺するとの抗弁を提出したがこれは適法か、等の点も争われたが、本稿とは関係しないので本文では省略した。

(96) 我妻栄『債権各論 中卷二(民法講義 V₃)』(岩波書店、1962年) 580頁。

復と損害賠償を請求することが考えられるものの、この解除には遡及効がないため（民法630条・620条）、救済手段としての有効性に疑問がある。そこで、「このような迂遠な構成をとらなくとも、報酬請求権は労務の給付あることを条件として発生する、すなわち、後払の場合なら労務給付あることを停止条件として、前払の場合には労務給付のないことを解除条件として発生する（ゆえに、労務給付がないときまれば、既払報酬額は自動的に不当利得になる）、⁽⁹⁷⁾と考えるほうが簡明」である、と。博士は、「報酬請求権は雇傭契約成立とともに無条件で発生し、ただ履行期が将来に定められているにすぎない、とみる考え方もあろう」としながらも、賃金債権の相殺制限・禁止（民事執行法152条、労働基準法17条）により使用者は損害賠償債権を賃金債務と相殺できないので、この考え方では使用者に不当な不利益を与えることになり、危険負担の場合との権衡という点からも不合理である⁽⁹⁸⁾としている。もっとも、以上のことは「いわば支分債権的・具体的な報酬請求権についてだけ妥当するのであって、…基本債権的・抽象的報酬請求権は、当然には影響を受けるものではない⁽⁹⁹⁾」とされており、幾代博士も我妻博士と同様に基本債権と支分債権の区別を承認している。そして、支分債権を対象とする転付命令は労務の終わった分の賃金についてしかその効力を有しないとして、⁽¹⁰⁰⁾〔J-10〕判決が支持されている。この幾代博士⁽¹⁰¹⁾の見解は、我妻博士の見解を理論的により精緻化したものと考えられる。

(97) 幾代通編『注釈民法（16）』（有斐閣、1967年）31頁〔幾代通執筆〕（幾代通＝広中俊雄編『新版注釈民法（16）』（有斐閣、1989年）35頁〔幾代通執筆〕）。

(98) 幾代編・前掲注（97）31頁〔幾代通執筆〕（幾代＝広中編・前掲注（97）35頁以下〔幾代通執筆〕）。

(99) 幾代編・前掲注（97）32頁〔幾代通執筆〕（幾代＝広中編・前掲注（97）36頁〔幾代通執筆〕）。

(100) 幾代編・前掲注（97）49頁〔幾代通執筆〕（幾代＝広中編・前掲注（97）58頁〔幾代通執筆〕）。

(101) なお、幾代博士は、「労務の給付あることが報酬請求権発生⁽¹⁰¹⁾の条件であると考え⁽¹⁰¹⁾るほうが妥当であるし、このことは、学説・判例も一般に当然のこととして認めている⁽¹⁰¹⁾と⁽¹⁰¹⁾いってよ⁽¹⁰¹⁾からう⁽¹⁰¹⁾」として、我妻・前掲注（96）580頁とともに大審院昭和

賃金債権を基本債権と支分債権とに分け、前者は契約時、後者は労務提供時にそれぞれ発生すると考えるこれらの見解は、労働法学説からも一定の支持を得ている⁽¹⁰²⁾。もっとも、なぜ基本債権と支分債権という 2 つの債権を観念する必要があるのかについては、これを明確に論じたものは少ない。この点につき、品川孝次教授は次のような説明を試みる。すなわち、使用者と労働者との間で雇用契約が締結されてから就労開始期日が到来するまでの間に、使用者の唯一の工場が不可抗力で滅失してしまうなどの事態が生じた場合には、これを労働者の就労すべき債務の原始的履行不能として処理することも考えられるが、民法535条は停止条件付売買の場合には危険負担の問題（したがって後発的履行不能の問題）としており、これとの理論的整合性を図る必要がある。のみならず、契約してから就労開始までの間に労働者が他の会社と契約して就労を開始してしまうような場合には、これを労働者の債務不履行（債務者の責めに帰すべき後発的履行不能）として責任追及することが認められなければならない。したがって、さきに挙げた工場滅失の場合も後発的履行不能と捉え、危険負担の問題として処理するのが妥当である。そうだとすると、危険負担とは、一方の債務（ここでは労働者の就労義務）が彼の責めに帰すべからざる事由によって後発的に履行不能となったときに、他方の「すでに発生している」債務（使用者の報酬支払義務）がどのような運命をたどるのかという問題なのだから、この報酬支払義務は一応契約成立の時点で発生すると解さなければならないことになる。しかし他方、賃金とは本来的には現実には労務を提供することの対価であるはずだから、契約時に発生するのはあくまで抽象的な

12年 6月30日判決（判決全集 4 輯13号 8 頁）を引用している（幾代編・前掲注（97）31頁、幾代＝広中編・前掲注（97）36頁）。しかしこの判決は、「被傭者ノ給料ガ月俸ノ定メナル場合ニ於テハ月ノ中途ニテ退職シタルトキハ月額全部ヲ支給スベキコトガ社会取引上顯著ナル事実ト謂フヲ得ザル」と判示するのみであり、賃金債権の発生時期・発生根拠に関する直接の説示はない。

(102) 下井隆史『労働基準法』（有斐閣、第 4 版、2007年）251頁、土田道夫『労働契約法』（有斐閣、2008年）212頁など。

請求権にすぎないと考えざるを得ない、というのである。⁽¹⁰³⁾これに対して奥富晃教授は、「この見解〔筆者注：我妻博士の見解〕が基本債権という概念で表現している権利は、これによって実際に報酬を請求することができるというのではなく、労務者としての地位を取得したことを表すためのものとされるのであるから、そうであれば、報酬請求権について、ことさら『基本債権』、『具体的な報酬請求権』という二つの概念を立てる必要もないように思われる⁽¹⁰⁴⁾」として、賃金債権を二重構造のものと把握することに疑問を呈している。

ともあれ、賃金債権について基本債権と支分債権の区別を認めるか否かの点を捨象すれば、(具体的な)賃金債権が現実の労務提供を根拠として時々刻々と発生するという見解は圧倒的多数を占めている。^{(105) (106)}これに対し

(103) 品川孝次『契約法下巻』（青林書院、1998年）139頁。

(104) 奥富晃「雇傭契約における報酬請求権発生問題の基礎理論的考察——いわゆる『報酬支払債務と労務給付との牽連性』について——」南山法学23巻1＝2号（1999年）267頁。

(105) すでにみたもののほかに、民法学説では、山主政幸『債権法各論』（法律文化社、1959年）165頁、中川善之助＝打田峻一『現代実務法律講座 契約』（青林書院新社、1962年）449頁、来栖三郎『債権各論 全』（東京大学出版会、1953年）184頁（同『契約法』（有斐閣、1974年）435頁も同旨）など。労働法学説では、東京大学労働法研究会『注釈労働組合法上巻』（有斐閣、1980年）554頁、岸井貞男ほか『本多淳亮先生還暦記念 労働契約の研究』（法律文化社、1986年）158頁〔西村健一郎執筆〕、山川隆一『雇用関係法』（新世社、第4版、2008年）121頁、荒木尚志『労働法』（有斐閣、2009年）104頁など。菅野和夫『労働法』（弘文堂、第9版、2010年）653頁も、ストライキによる不就業中の賃金請求権は「発生しなかったものとして」スト期間中の賃金額を控除しうるとしており、同旨と考えられる。もっとも、同書の初版（1985年）513頁ではより明確に「賃金請求権は労務の提供がなされて初めて発生する」とされていたが、第2版（1988年）520頁では「賃金請求権は労務の給付と対価関係にある」という表現に改められている（それ以降の版も同じ）。

(106) 労働法学ではこれをノーワーク・ノーペイ原則で説明するのが一般的である（ただし、この原則の法的根拠については見解が分かれる）。山川・前掲注（105）121頁（民法624条1項を根拠とする）、荒木・前掲注（105）104頁（民法624条1項・2項を根拠とする）、土田・前掲注（102）213頁（民法623条・624条1項を根

て、水町勇一郎教授の見解はニュアンスをかなり異にするものであり、注目に値する。この見解はまず、「賃金請求権の根拠は、それを支払う旨の当事者の合意に求められる⁽¹⁰⁷⁾」のであり、労働自体によって根拠づけられるわけではないと明確に述べる点で多数説と一線を画する。もっとも、賃金債権の構造については、「債務の成立・存続に関する民法の一般的枠組み（債権債務は契約の締結により成立し一方債務の不履行や履行不能の場合には反対債務の帰趨は契約の解除や危険負担によって決せられる）からすれば、賃金請求権も契約の締結によって成立するものと解されるが、賃金請求権の成立によってただちに具体的な賃金請求権が発生するわけではなく、…賃金請求権の具体的な発生はその成立時期とは別個に判断されるべきものである⁽¹⁰⁸⁾」として、我妻博士の説く二重構造が支持されているかのようである。しかし、この具体的な賃金請求権の発生時期は契約の解釈に従って確定されるべきであるとされ、およそ賃金は労務提供（または契約成立）によって発生するという原理原則的解釈はとられるべきではないと説か⁽¹⁰⁹⁾れる。そのうえで、このような契約解釈によっても発生時期が明らかにならない場合には、「賃金の支払時期（履行期）に関する民法上の任意規定（624条）に従って、労務の提供（または報酬単位期間の経過）とともに賃金請求権が発生すると解釈されることになろう⁽¹¹⁰⁾」とされている。この「（または報酬単位期間の経過）とともに」という部分は、賃金債権の発生時期を現実の労務提供から切り離して考える余地を示唆するものであるが、こ

拠とする）、東京大学労働法研究会・前掲注（105）554頁（民法623条・624条を根拠とする）、下井隆史『労使関係法』（有斐閣、1995年）211頁（民法536条1項・2項を根拠とする）。なお、菅野教授は、初版（513頁）では民法623条・624条を根拠としていたが、第2版（520頁）およびそれ以降の版では623条のみを挙げています。

(107) 東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法上巻』（有斐閣、2003年）371頁〔水町勇一郎執筆〕、水町勇一郎『労働法』（有斐閣、第3版、2010年）244頁。

(108) 東京大学労働法研究会編・前掲注（107）374頁〔水町勇一郎執筆〕。

(109) 東京大学労働法研究会編・前掲注（107）373頁〔水町勇一郎執筆〕。

(110) 東京大学労働法研究会編・前掲注（107）374頁〔水町勇一郎執筆〕。水町・前掲注（107）245頁も同旨。

れはこの見解が前提とする賃金債権の発生根拠の理解（当事者の合意により賃金債権は発生すると解する）と整合的であるように思われる。水町教授の見解は、賃金債権が順次発生すると解する限りでは多数説と共通するためここで取り上げたが（ただしそれも、契約解釈によっても発生時期が明らかにならない場合に限られる）、賃金債権の発生根拠を現実の労務提供ではなく当事者の合意に求める点や、賃金債権の発生時期を労務の提供から切り離して客観的な期間経過と結びつける余地を示唆する点では、多数説と趣をかなり異にするものであるといえよう。

なお、^(III)以上は純粹に理論的な考察であったが、実際の場面におけるこの見解の帰結を最後にみておく。賃料債権の場合と同様、賃金債権の発生時期が実際に問題とされるのは、何らかの事情で労務が提供されなかった場合の賃金債権の帰趨に関してである。これは具体的には、労働者の病気などの労働障害の場合、工場の焼失や原料の欠乏などの経営障害の場合、解雇権濫用などにより解雇が無効とされた場合、自宅待機や出勤停止を命じられた場合、争議行為の場合など、多岐にわたる場面で問題となりうる。そして、これらの場合には一般に、帰責事由の所在に応じて民法536条1項・2項が適用されると解されている。ところで、賃金債権は現実の労務提供があるまで発生しないという多数説によるならば、当事者双方の責めに帰すべからざる事由による履行不能の場合には同条1項により賃金債権が「消滅し」、使用者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合には同条2項により賃金債権が「消滅しない」と表現するのは厳密にはおかしいことになる。これらの場合において、賃金債務は履行不能以前には発生していないはずであり、発生していない債権の消滅を云々するのは矛盾だからである。賃料債権についてはこのことを自覚した議論はあまりみられなかったが、^(II)賃金債権についてはこの点は明確に意識されている。その嚆矢

(III) このように賃金債権の発生時期に関して純理論的な検討が行われていることは、賃料債権の場合と比べて際立った相違点であるといえよう。

(II) その例外として、森田宏樹「賃借物の使用収益と賃料債権との関係（2）」法

は奥富教授であり、「雇傭の場合には、536条 1 項についてはそのいうところの『反対給付ヲ受クル権利ヲ有セス』は『報酬請求権は発生せず』の意味に、また同条 2 項についてはそのいうところの『反対給付ヲ受クル権利ヲ失ハス』は『報酬請求権が発生する』の意味に理解すべきものと考え⁽¹¹³⁾える」と論じた。下井教授、山川教授、土田教授もこれに同調しており、536条の規定をこのように読み替えるという解釈は、多数説においてはある程度一般的になっているといえよう。これによるならば、使用者に帰責事由がある場合には536条 2 項が賃金債権発生の根拠条文として機能することになる。

イ. 賃金債権は契約締結時に発生すると解する見解

以上の多数説に対し、賃金債権が契約締結時に発生すると主張する見解も、労働法学者を中心に有力に唱えられている。つとに宮島尚史教授は、不就労の場合に「民法624条にもとづいて具体的賃金請求権が生じない、と伝統的通説にしたがってとくことができるのか否か」と問題提起したうえで、同条を履行期のみに関する規定と理解すべきことを示唆⁽¹¹⁵⁾していた。

次いで山口浩一郎教授は、争議行為とノーワーク・ノーペイ原則との関係⁽¹¹⁶⁾について次のように論じる。債権法の一般原則によれば、労務給付義務が争議行為によって消滅しても賃金請求権は消滅しないはずであって、「民法理論からいえば、ノーワーク・ノーペイというような法原則は存在

教362号(2010年)76頁以下など。

(113) 奥富・前掲注(104)269頁。

(114) 下井・前掲注(102)252頁、山川・前掲注(105)122頁、土田・前掲注(102)215頁。

(115) 宮島尚史「ノーワーク・ノーペイの原則について——平常時の労働契約論——」法学教室〔第1期〕6号(1963年)75頁。このように解すべき根拠としては、民法536条2項の文言との抵触(権利があらかじめ発生していないのであれば「権利ヲ失ハス」とはいえない)が挙げられている。同『ロックアウト論——契約責任論の生成と変遷——』(勁草書房、1960年)56頁参照。

(116) 山口浩一郎『労働組合法』(有斐閣、第2版、1996年)248頁以下。

しない」。しかし他方で、この原則の帰結はきわめて常識にあったものと認められるのであり、問題はこれを導くための根拠づけである。そこでその理論構成としては、①雇用契約のような「なす債務」では、両債務の存続上の牽連関係から、広く一方の債務が消滅すれば他方の債務も消滅すると考える（双務契約における牽連関係理論の修正）、②争議行為としての労務提供の拒否により雇傭契約上の権利義務関係が停止し、使用者は争議行為期間中賃金支払義務から解放されると解する（契約停止理論の採用）、の2つが考えられるとする⁽¹¹⁷⁾。この山口教授の見解は、「賃金債権は労務の提供に伴って順次発生する」という意味でのノーワーク・ノーペイ原則を否定したうえで、これと同様の結論を別の法律構成によって実現しようとするものであるといえよう。

坂本宏志教授も多数説を批判して次のようにいう。⁽¹¹⁸⁾「売買契約などの通常の双務契約を見ても、物を引き渡さなければ代金債権が発生しないなどとは考えられておらず、双務契約上の両債権は契約の当初から発生するのである。労働契約だけを特別扱いする理由は全くないといわざるを得ない。したがって、支分債権たる賃金債権も労働契約締結当初から将来に向かって発生していると解釈すべきである」⁽¹¹⁹⁾。労働しなければ賃金債権が発生しないことの根拠として多数説が挙げる各規定については、①民法623条は労働契約が双務契約であることを示したにすぎない、②民法624条1項も賃金支払いの履行期に関する任意規定であって、これによって債権の

(117) 山口・前掲注(116) 249頁。山口教授は、②の理論が西欧で広く認められていることを理由に「一応これに従う」としている。これに先立つ清水兼男「賃金カット」日本労働法学会編『現代労働法講座第5巻 労働争議』（総合労働研究所、1980年）294頁も、「賃金カットの根拠はノーワーク・ノーペイではなく、労働契約の効力の停止である」としており同旨か。

(118) 坂本宏志「賃金控除の理論的基礎」日本労働法学会誌90号（1997年）77頁以下。

(119) 坂本・前掲注(118) 79頁以下。

(120) 前注(106) に示したノーワーク・ノーペイ原則の根拠条文参照。

発生そのものに関する解釈が導かれるとは考えられないし、多数説によると賃金先払いの特約がある場合には契約の性質が根本的に変質することになって妥当ではない、③賃金が支払われないことを民法536条1項によって説明するのは十分に理由があるが、同項はすでに発生していた債権が「消滅する」という意味に解すべきであり、多数説のように労務の給付によって賃金債権が発生すると考えると同項を適用する余地がなくなってしまう、と論じている。もっともこの見解によると、労働者に帰責事由がある場合に賃金が支払われないことの説明が困難であるが、これに関しては一部解除という構成が示唆⁽¹²¹⁾されている。

これらの見解に対しては多数説の側からも反論がなされた。盛誠吾教授は、坂本教授が各種手当・ボーナス・退職金などを条件付給付として自らの理論構成の外に置き、これらについては「労働しなければ賃金債権が発生しない」という命題を認めている点を衝いて、論理的な一貫性に欠けると指摘⁽¹²²⁾している。また、民法学説では奥富教授が、雇用契約と売買などとの異質性を強調してこれらの見解を批判する。すなわち、労務給付は時間の要素と結びついている継続的な法律関係であって、労働者の履行遅滞は直ちに履行不能をもたらす。この場合に報酬がどうなるかという問題は、「労働者は働かなかった」→「それゆえに債務が履行不能となった」→「そのことに対して報酬を支払えといえるか」という問題として現れるが、民法623条により報酬は労務給付の対価とされているのだから、「働きもしないで報酬がとれるわけがない」という解答となるのが自然である。これに対して売買のように時間の要素と関係がない契約では、「履行しないから履行不能となるのではなく、履行不能となるから、履行することができなくなる」という関係であり、帰責事由ある売主の目的物引渡債務は消滅するが、売主は損害賠償債務を負うことになる。このように考えると、雇

(121) 坂本・前掲注(118)81頁以下。

(122) 盛誠吾「賃金債権の発生要件」日本労働法学会編『講座21世紀の労働法第5巻 賃金と労働時間』(有斐閣、2000年)62頁。

用の場合に売買と同様の法的処理・構成を行うこれらの見解は不適切である、⁽¹²³⁾ というのである。これに加えて奥富教授は、坂本教授の唱える一部解除という構成は雇用契約における解除の不遡及の原則からいって無理があること、山口教授の契約停止理論についても停止の根拠が明らかではないのみならず、争議行為以外で労務給付が行われない場合にどうなるのかが不明確であることを指摘している。⁽¹²⁴⁾

しかしこのような批判の後でも、労働法学においては、賃金債権は契約時に発生すると考える見解がなおも主張されている。毛塚勝利教授は、民法624条1項が定める賃金の後払い原則は履行期の問題にすぎず、「一般に、債務の成立や発効期と履行期を同一に解さなければならない理由はないし、労働契約が有償双務契約であるからといて、賃金債務の履行期と労働債務の履行期を同じにしなければなら〔な〕い理由もない」として、⁽¹²⁵⁾ 賃金債権が労働契約の成立によって直ちに発生していると解することは可能であると主張する。ここでもやはり問題となるのは、労働者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合の賃金債権の処理であるが、毛塚教授は、「債務者の責めに帰すべき事由がない履行不能のときに反対請求権が消滅する（民法536条1項）のであるから、債務者の責めに帰すべき事由で

(123) 奥富・前掲注(104) 263頁以下。しかし、この立論は十分な説得力を有しないように思われる。たしかに奥富教授の説くように、売買と雇用契約において、時間の要素が両者の法律関係を異ならしめる方向に作用することは十分考えられる。しかし、この時間の要素に関する検討は「両者の法律関係は異なる」ということの論証にうまく結びつけられておらず、結局のところこの見解の決め手は、民法623条を根拠とする「働きもしないで報酬がとれるわけがない」という命題に帰着するように思われる。ところが、まさにこの命題が正当であるかどうかを山口・坂本両教授は疑問視しているものであり、これでは両教授の見解を論理的に批判したことにならないのではないだろうか。

(124) 奥富・前掲注(104) 264頁以下。これらの批判は正当であると考えられる。

(125) 毛塚勝利「賃金・労働時間法の法理」日本労働法学会編・前掲注(122) 8頁。実際にも、月給制で賃金支払日がたとえば15日である場合のように、(16日以降の)労務提供に先立ち(16日以降の分の)賃金支払義務がすでに発生していると解すべき場合も多いとされる。

履行不能のときに、債権者が債務者の債務の消滅を認める限り、反対給付請求権が消滅するのは当然という『もちろん解釈』をとりえないであろうか⁽¹²⁶⁾』という理論構成を提示している。

浜村彰教授も、民法624条の賃金後払いの原則に関して、「なるほど、民法学上、特に報酬後払いの原則が既に発生している債務の履行期に関する定めと理解するのが一般的であるとするならば、雇用契約に限って賃金債権の具体的発生要件を定めたものと解さなければならぬ必然性はなく、通説もそのように理解する理論的根拠をさほど明確に示していない」と指摘し、民法624条 1 項は「具体的賃金請求権の発生要件を定めたのではなく、既に具体的に発生している双方の債務の履行期につき、労働債務の先履行の原則を規定したものと解すべきことになる⁽¹²⁷⁾」と主張する。そして労働者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合については、相殺の処理が不可能であるという特殊な事情に鑑み、「公平（衡平）の原則に基づき、民法536条 2 項の対立的な解釈として」、その損失を債務者（労働者）の負担に帰せしめる（賃金債務が消滅する⁽¹²⁸⁾）としている。

このように労働法学説においては、売買等に適用される民法の一般原則が雇用契約にもそのまま当てはまることを前提として、賃金債権がすでに契約締結時に発生していると考える見解が根強く主張されている。もっとも、これらの見解はいずれも、労働者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合に賃金債権の消滅をいかに根拠づけるかという難問に直面し、その理論構成にそれぞれ苦慮しているが、これは理論的障害というよりはむしろ労働契約に特有の政策的法理（相殺制限・禁止）に起因する問題とい

(126) 毛塚・前掲注 (125) 9 頁以下。この理論構成につき浜村彰教授は、「実質的に使用者による労働債権（損害賠償債権）と労働者の賃金請求権の相殺を認めるものではないか、との疑問を禁じえない」と批判している（金子征史＝西谷敏編『基本法コンメンタール 労働基準法』（日本評論社、第 5 版、2006 年）123 頁〔浜村彰執筆〕）。

(127) 金子＝西谷編・前掲注 (126) 123 頁〔浜村彰執筆〕。

(128) 金子＝西谷編・前掲注 (126) 124 頁〔浜村彰執筆〕。

うべきであろう。

ウ．賃金二分説

賃金債権の発生時期に関しては、いわゆる賃金二分説という見解が労働法学においてかつて有力に主張されたことがあった。この見解につき詳細に論じることは筆者の能力を超えるが、本稿に関連する限りで簡単にみておきたい。

この見解は次のような労働契約の二重構造を前提とする。労働者の負担する第一次的な義務は、約定の期日に企業組織内に入り従業員たる地位と職務に就くことであり、その第二次的な義務は、日々労働力を使用者の処分に委ねかつその状態を一定の時間保持することである（このうち後者は、労働力が使用可能であるという状態を所定の時間にわたって維持するという義務であって、現実に労働を行う義務ではなく、手待時間においてもこの労働者の義務は履行されている）。そして、このような労働契約の二重構造に対応して、賃金も二つの部分に分けられる。すなわち、約定の期日を守って使用者の指揮権内に入り従業員たる地位と職務に就けば、上記の第一次的な義務は履行されたことになり、労働契約締結時に抽象的に発生していた賃金債権は、部分的にはあるがこの段階で具体的な請求権となる。この賃金部分は従業員という地位に対して支払われるものであり、他の労働機会を求めて収入を得る方途が閉ざされることに対応する保障的な意味を有する（「保障的賃金」と称される）。次に、労働者が自己の労働力を使用者の処分に委ねてその状態を所定の時間維持すれば、上記の第二次的な義務も履行されたことになり、この段階で賃金債権は全面的にかつ具体的に生じる。この賃金部分は、実際の労働力の提供に対応して支払われるという交換的性格をもつとされる（「交換的賃金」と呼ばれる）。これら「保障的賃金」と「交換的賃金」の区別は現実にはしばしば困難な場合があるが、家族手当・勤務地手当・住宅手当・通勤手当などが前者の、時間給・出来高給・業績手当・超過勤務手当などが後者のそれぞれ典型例であるとき

⁽¹²⁹⁾
れる。

この賃金二分説は一時有力となり、民法学説でもこれに親和的な見解がみられた。たとえば有泉亨博士は、基本債権と支分債権の区別に触れた後、「一般的には出勤して労働した場合に、その労働に対応して支分債権としての賃金請求権が発生する。しかし…支分債権としての賃金の発生は必ずしも労働した場合だけに限られず、場合によっては従業員としての地位の保有そのものからも派生する⁽¹³⁰⁾」と論じている。また、賃金二分説は、ストライキによる賃金カットの対象を後者の「交換的賃金」の部分に限定するという実践的意味を有していたが、最高裁判決にもこれに従ったと思われるものが現れた⁽¹³¹⁾。

しかしその後、この見解は厳しい批判にあう。すなわち、ストライキ中の賃金債権の有無の問題は、あくまでも労働契約の解釈問題（労働契約の内容としてストライキにより欠勤しても差し引かない賃金部分が設けられているか）であって、賃金や労働関係の本質論から演繹し、およそ賃金は二つの部分に分かれていると論じるのは適切ではない⁽¹³²⁾、という批判である。最高裁も、「ストライキ期間中の賃金削減の対象となる部分の存否及びその部分と賃金削減の対象とならない部分の区別は、当該労働協約等の定め又は労働慣行の趣旨に照らし個別的に判断する」べきであるとして、賃金二分説を前提とする労働者側の主張を斥けるに至っている⁽¹³³⁾。

(129) 本多淳亮「労働契約と賃金」季刊労働法25号（1957年）91頁以下、同『賃金・退職金・年金』（総合労働研究所、1971年）117頁以下、窪田隼人「労働者の賃金請求権」契約法大系刊行委員会編『契約法大系IV（雇傭・請負・委任）』（有斐閣、1963年）35頁以下。

(130) 有泉亨『労働基準法』（有斐閣、1963年）235頁。幾代編・前掲注（97）32頁〔幾代通執筆〕も、賃金二分説に肯定的評価を与えるものようである。

(131) 最高裁昭和40年2月5日判決（民集19巻1号52頁）。

(132) 下井隆史「労働契約と賃金をめぐる若干の基礎理論的考察——『独自』の労働契約法理論の検討のために——」ジュリ441号（1970年）139頁、秋田成就「賃金の法的関係論」季刊労働法93号（1974年）17頁。

(133) 最高裁昭和56年9月18日判決（民集35巻6号1028頁）。ただし本判決は、昭和

このように、現在の労働法学において賃金二分説は支持を失っているようである。⁽¹³⁴⁾しかし本稿との関係では、従来の学説が賃金債権を構成する各要素の性質の異同にさしたる関心を払っていなかったのに対して、賃金二分説がこの点を重視し、それを賃金債権の発生時期の問題と結びつけて論じたことは注目されてよいと思われる。そして、賃金の形態や構成要素などの多様な実態に対応した賃金理論の構築が必要であることは、現在の労働法学説においても広く認識されている。たとえば盛教授は、労務提供と賃金債権の発生との間の対応関係を一般的には承認しながらも、「実際の賃金額は、常に、労務が履行された時間やその量に応じて定まるわけではない。むしろ、実際の賃金は、通常さまざまな形態や構成要素からなっている⁽¹³⁵⁾」と指摘し、それぞれの賃金形態や構成要素ごとに賃金債権の発生・⁽¹³⁶⁾特定の時期を提示することを試みている。また、毛塚教授も、「賃金制度

40年最判（前注（131））とは事案を異にすると判示しており、判例変更の形式は採られていない。

(134) 賃金二分説を批判するものとして、東京大学労働法研究会・前掲注（105）557頁、土田・前掲注（102）214頁、荒木・前掲注（105）546頁など多数。

(135) 盛・前掲注（122）67頁。なお、盛教授は、「このような多様な賃金形態を前提として、かつて学説上有力に主張された見解として賃金二分説がある」と賃金二分説に言及したうえで、「しかし、そのような賃金の区別は、賃金の本質というよりは、むしろ個別の賃金構成要素についての支給要件の違いとして理解すべきもの」であるとしている。

(136) 盛・前掲注（122）68頁以下。もっとも、ここで盛教授は、「このような多様な賃金の実態について、すべて労務提供との関係での、賃金債権の発生要件の問題として説明し尽くすことは困難である」（67頁）として、賃金債権の発生とは区別される「賃金債権の内容（金額）の特定」という概念を持ち出しているが、この概念の意味は必ずしも明らかではない。賃金債権の発生時期を画一的に解した後に、賃金形態・構成要素ごとの考慮を「特定」の問題として取扱うというのであれば理解できるが、盛教授は発生時期についても賃金形態・構成要素ごとに個別の考察を行っており、「特定」の概念を用いる必要性はこの限りでは乏しいように思われる。盛教授は、賃金債権の発生と特定を区別することの実益として、「賃金債権が発生したと認められる限り、その内容が特定されていなくても債権侵害が問題となりうること」と、「賃金が差し押えられた場合にも、賃金債権が特定されてはじめて転付命令が可能となると解されること」を挙げているが、これらは賃金形態・構成要

いかんでは、労務提供時間に対応して賃金が発生するとは限らない。たとえば、成果主義賃金の場合、賃金と労働時間は、時間的にも内容的にも切断されているから、労務提供時間が賃金支払時間になるとは限らない⁽¹³⁷⁾として、労務提供と賃金債権との関係を画一的に捉えることの限界を指摘している。

3. 第2款の小括

賃金債権が労働者による実際の労務提供を発生根拠として順次発生するものであることは、大審院の判例によってすでに示されていた。一方、学説の議論は戦前は低調であったが、戦後の学説は賃金債権の発生時期の問題を賃料債権以上に詳細に論じた。そこで大きな影響を及ぼしたのは、⑦基本債権と支分債権を区別し、④前者の発生時期を契約時、後者の発生時期を反対給付の提供後とし、⑦支分債権は反対給付を根拠として発生すると説く我妻博士の見解であった。賃金債権が現実の労務提供を根拠として時々刻々と発生するというこの見解は、幾代博士をはじめ多く論者の賛同を得、また労働法学においてはノーワーク・ノーペイ原則と結びついて、通説の見解を形成するに至っている。もっとも、そのように解すべき根拠として挙げられる相殺制限・禁止は、賃金債権にのみ妥当する政策的な法理である。また、賃金債権の二重構造についてもこれを支持するものが多くみられるが(幾代・品川など)、このような二重構造を観念する必要性について疑問を呈する見解もある(奥富)。これらに対し、賃金債権の発生根拠を現実の労務提供ではなく当事者の合意に求め、賃金債権の発生時期を労務の提供時から切り離して客観的な期間経過と結びつける余地を示唆する見解(水町)があることが注目される。

他方で、労働法学説においては、売買等に適用される民法の一般原則が雇用契約にもそのまま当てはまるとして、賃金債権は雇用契約の締結時に

素の多様性とは無関係である。

(137) 毛塚・前掲注(125)17頁。

発生すると解する見解も根強く主張されており（山口・坂本・毛塚・浜村）、賃料債権に関する議論状況との顕著な相違を示している。また、一時有力化した賃金二分説はその後支持を失ったが、賃金の諸形態や構成要素ごとに発生時期の問題を検討する必要があるとの理解はなおも有力である。

第3款 請負報酬債権の発生時期

1. 戦前の判例・学説

（1）判例

本款では請負報酬債権の発生時期に関する検討を行う。まず戦前の判例からみると、大審院は、賃料債権や賃金債権と同様、請負報酬債権に関してもその発生時期を明確に判示している。

〔J-12〕大審院明治44年2月21日判決（民録17輯62頁）

請負報酬債権を対象とする転付命令に関する事案である。請負人Aの注文者Yに対する報酬債権につき、まずBが転付命令を得たが、その送達の時点では請負工事は完成していなかった。続いてXが工事完成後に転付命令を得たが、その送達後、YはBに対して転付命令の券面額を払渡した。Xが転付命令に基づいてYに払渡しを求めたのに対し、原審はこの請求を斥けた。上告理由は、請負契約では工事の成否、瑕疵の存在、注文者による解除等が当事者間の権利関係に影響し、その報酬は仕事の目的物の引渡しによってはじめて確定するのであって、工事完成前における報酬を目的とする転付命令は無効であると主張する。大審院は上告を棄却して次のように判示した。

「請負契約ノ成立シタル以上ハ爰ニ請負者ガ報酬ヲ受クルノ債権発生シ、唯其行使ノ時期ガ仕事ノ完成後ニ在ルニ止マレバ、仕事ノ完成前ナルノ故ヲ以テ其債権ノ成立不確定ナリト謂フヲ得ズ。而シテ苟クモ債権ニシテ成立セル以上ハ、其性質上又ハ法律上転付ヲ許サザルモノニ非ザルヨリハ、其転付命令ノ有効ナルコト論ヲ俟タザレバ…。」

〔J-13〕大審院昭和 5 年 10 月 28 日判決 (民集 9 卷 1055 頁)

これも転付命令の競合の事案で、事実の概要も〔J-12〕とほぼ同様である (したがって当事者の記号をそのまま用いる)。X の転付金支払請求を原審は認めず。上告理由は次のとおり。請負においては契約締結時に基本の法律関係 (請負人が工事を完成すればこれに対して注文者が報酬を支払うべき関係) が発生するものの、請負人が工事を完成しなければ報酬を支払う必要はない。請負人が現実に報酬を請求すべき債権は請負契約によって当然に成立するものではなく、将来の工事完成義務の履行にかかるものである。したがって将来の工事完成の対価である報酬債権は券面額を有しないので、B の得た転付命令は無効である。弁済期未到来の賃料債権を対象とする転付命令を認めなかった〔J-3〕判決の趣旨がここでも妥当するのみならず、請負契約においては賃貸借契約におけるよりもいっそう強い理由でこのような転付命令の効力が否定されるべきである。

しかし大審院は以下のとおり判示して上告を棄却した。

「請負人ノ報酬債権ハ請負契約ノ成立ト同時ニ発生スルモノニシテ、請負工事ノ完成ニ依リテ発生スルモノニ非ズ。固ヨリ報酬ノ支払時期ニ付テ当事者間ニ何等ノ特約ナキトキハ、請負人ハ工事完成ノ後ニ非ザレバ報酬ヲ請求スルコトヲ得ズト雖、是報酬支払ノ時期ガ工事完成ノ時ナリト謂フニ過ギズ、請負工事ノ完成後ニ非ザレバ報酬債権ソノモノガ発生セザルモノニ非ザルヲ以テ、請負工事未完成ノ故ヲ以テ報酬債権ガ一定ノ券面額ヲ有スル債権ニ非ズト為スヲ得ズ。従テ請負契約ガ有効ニ成立シタル後ニ於テハ、縦令工事未完成ノ場合ト雖、之ガ差押及転付ヲ為スコトヲ妨ゲザルモノト解スルヲ相当トス。」

このように大審院は、請負報酬債権が契約締結時に発生することを明確に判示している。もっとも、これら 2 つの大審院判決がいずれも転付命令の競合の事案であったことには注意が必要である。このような場合には、相争う複数の転付債権者間の優劣は「早い者勝ち」で決するのが合理的であると考えられ、時期的に先行する転付債権者 (B) の転付命令送達がたまたま工事完成の前であったからといって、この者を後から現れた別の転付債権者 (X) に劣後させることは適切ではないように思われる。〔J-

12]・[J-13] 判決は、「早い者勝ち」により B が優先するという結論を導くために、請負報酬債権の発生時期が契約締結時であることを形式的根拠として述べたにすぎないとも解する余地があるのではないだろうか。

しかしともあれ、大審院がこのように明確に立場を示したことは、請負報酬債権の発生時期に関する学説状況に決定的な影響を及ぼすことになった。

（2）学説

これらの大審院判決を受け、学説は早くから、請負報酬債権の発生時期を契約締結時とする判例の立場を支持するものが支配的となった。第2款でみたとおり、賃金債権に関してはその発生時期の問題が戦後になってようやくさかんに論じられるようになったのであるが、請負報酬債権に関しては、すでに戦前からこの問題が活発に論じられていたことも特徴的である。

ここでも議論を先導したのは末弘博士であった。博士は、「注文者ハ契約ノ初メヨリ此義務〔筆者注：報酬支払義務のこと〕ヲ負担セルモノニシテ仕事完成ニヨリテ初メテ之ヲ負担スルモノニアラズ。633条ハ単ニ此義務ノ弁済期ニ関スル定メヲ為セルニ過ギズシテ其発生時期ヲ定ムルモノニアラズ⁽¹³⁸⁾」として、[J-12] 判決を引用している。ここまでみてきたとおり、末弘博士は、賃料債権・賃金債権についても契約締結時に発生すると主張しており、3つの契約類型を通じて一貫した見解を採っているといえる。

鳩山博士も、「報酬債務ハ請負契約ニ因リテ発生ス。…債務ハ請負契約ノ成立ト同時ニ発生シ随ツテ請負人ノ報酬請求権ニ付テハ弁済期以前ニ於テモ債権ニ関スル規定ヲ適用スベキモノトス⁽¹³⁹⁾」として、[J-12] 判決および末弘博士の見解を引用している。

その他の論者も、末弘・鳩山両博士と同様、請負報酬債権は契約締結時

(138) 末弘・前掲注(90)705頁。

(139) 鳩山秀夫『日本債権法各論下巻』（岩波書店、増訂版、1924年）594頁。

に発生すると解するものがほとんどである。⁽¹⁴⁰⁾ もっとも、これらの多くは判例を引用してこれを支持するにとどまる。そのような中において若干興味を引く議論を展開しているのは中村萬吉博士と三瀧信三博士である。中村博士は、「注文者は請負人が仕事を完成することを停止条件として報酬支払の債務を負ふのではない」とし、仮にこのような債務を負う契約なのであれば停止条件付贈与と構成せざるを得ないとしている。⁽¹⁴¹⁾ 三瀧博士は、請負報酬債権は契約締結時に発生するという判例の立場を支持するとともに、報酬額を確定すべき時期について論じ、「報酬の額は予め之を定める必要はないが、遅くとも支払期限までに定めることを要する。之は一般の債務関係に於て、其内容は履行期までに確定すべき性質を有することを要件とすると同じである⁽¹⁴²⁾」としている。

一方、判例に反対したのは兼子一博士であった。博士は〔J-13〕判決の評釈において、⁽¹⁴³⁾ 弁済期未到来の賃料債権を対象とする転付命令を無効とした〔J-3〕判決が、個々の賃料債権は「将来ノ使用収益義務履行ニ繋ル」としていたことを指摘し、「請負代金債権と雖も請負人側の反対給付たる工事完成義務に繋るのであって、其の双務且有償の契約に基く点で、家賃債権と理論上区別を設け得ないと思ふ」と両判決の整合性に疑問を呈した。博士はさらに、「転付命令は其の目的が金銭債権たる限り常に可能であると為すか（仮令反対給付に繋れるものと雖も一定の金額は存在するのである。）、或は苟も其の債権の内容範囲が差押当時不明確なものは一切之を許さない事とするかの一途に出でなければ態度として一貫しない」と論じ、結論としては賃料債権・請負報酬債権のいずれについても、反対給付が未履行の段階での転付命令は認められないとしている。この兼子博士の見解

(140) 磯谷・前掲注(92) 634頁、近藤・前掲注(91) 133頁、戒能通孝『債権各論』（巖松堂書店、改訂再版、1938年）311頁、沼義雄『債権各論下』（巖松堂書店、1943年）126頁など。

(141) 中村萬吉『債権法各論』（早稲田法政学会、第3版、1922年）372頁、374頁。

(142) 三瀧信三『契約法』（日本評論社、1940年）248頁。

(143) 兼子一「大判昭和5年10月28日判批」法協50巻6号（1932年）169頁以下。

は、賃料債権と請負報酬債権とで取扱いを異にすることの整合性を問う鋭い指摘であったが、（おそらく博士が手続法学者であったためであろうが）博士自身の結論は転付命令に関する解釈から導かれており、必ずしも請負報酬債権の発生時期に関して一定の立場を採るものではなかった。この時点で兼子博士以外には判例に反対する論者はみられず、請負報酬債権が契約締結時に発生することは広く承認されていたといえよう。

2. 戦後の判例・学説

（1）判例

大審院が請負報酬債権の発生時期を明確に示したのとは対照的に、この点に関する判断を示した最高裁判決はないようである。したがって、請負報酬債権は契約締結時に発生するという大審院の立場を最高裁が維持するものかどうかは明らかではない。もっとも、下級審裁判例には、契約時に請負報酬債権が発生することを前提として、仕事完成前に発令された転付命令を適法としたものがある⁽¹⁴⁾。

（2）学説

一方、学説に目を移すと、請負報酬債権は契約締結時に発生するという戦前の判例・多数説を支持するものが依然として多数である。しかし、賃貸借や雇用の場合と別異に解することに対する疑問などから、請負報酬債権の発生時期を仕事完成時または目的物引渡時とする見解も少数ながら有力に主張されている。

ア. 請負報酬債権は契約締結時に発生すると解する見解

戦前からの判例・多数説の流れのまま、特段理由を付さずに、請負報酬債権は契約締結時に発生するとしているのは、石田文次郎博士、宗宮信次⁽¹⁵⁾

(14) 仙台高裁昭和56年1月14日決定（判タ431号103頁）。

(15) 石田文次郎『債権各論』（早稲田大学出版部、1947年）168頁。

⁽¹⁴⁶⁾博士、⁽¹⁴⁷⁾林信雄博士、⁽¹⁴⁸⁾永田菊四郎博士、⁽¹⁴⁹⁾末川博博士、⁽¹⁵⁰⁾松坂佐一博士、鈴木祿
⁽¹⁵¹⁾弥博士、⁽¹⁵²⁾川井健教授、⁽¹⁵³⁾田山輝明教授、⁽¹⁵⁴⁾近江幸治教授、⁽¹⁵⁵⁾半田吉信教授など多
数にのぼる。

これらに比べて我妻博士の立場は若干微妙ではある。⁽¹⁵⁶⁾博士はまず、請負報酬債権が契約と同時に成立するものであり、仕事の完成によってはじめて成立するものではないことは、「請負が双務契約であることからいって、当然のことである」としており、この点では多数説に与している。しかし博士は、請負報酬債権は不可抗力により仕事完成が不能となる場合にも消滅する不確実なものであることを理由に、仕事完成前の段階で転付命令を認める大審院判例の「当否は甚しく疑問である」と批判する。博士は、将来の使用収益に対応する賃料債権の転付を認めない〔J-3〕判決との権衡からいっても、この場合には券面額のない債権として転付命令を否定するのが正当としている。このように我妻博士は、転付命令の可否については判例と見解を異にしているのではあるが、その理由は工事完成前における債権の不確実性に起因する券面額の欠如に求められており、請負報酬債権の発生時期に関してはなおも判例・多数説と同様の立場を採るものである。

これに対して広中俊雄教授は、請負報酬債権の発生時期に関して多数説

(146) 宗宮信次『債権各論』（有斐閣、1952年）257頁、261頁。

(147) 林信雄『債権法各論』（評論社、1956年）191頁。

(148) 永田菊四郎『新民法要義第三卷下（債権各論）』（帝国判例法規出版社、1959年）252頁。

(149) 末川博『契約法下（各論）』（岩波書店、1975年）187頁。

(150) 松坂佐一『民法提要 債権各論』（有斐閣、第5版、1993年）201頁。

(151) 鈴木祿弥『債権法講義』（創文社、4訂版、2001年）654頁。

(152) 川井健『民法概論4（債権各論）』（有斐閣、2006年）296頁。

(153) 田山輝明『債権各論中巻』（成文堂、2001年）79頁。

(154) 近江幸治『民法講義V 契約法』（成文堂、第2版、2003年）230頁、241頁。

(155) 半田吉信『契約法講義』（信山社、2004年）430頁。

(156) 我妻・前掲注（96）647頁以下。

に与しつつ、転付命令の可否についても、賃料債権や賃金債権の場合と結論を異にする判例法理を承認する。広中教授は、弁済期未到来の賃料債権・賃金債権の被転付適格を否定した〔J-3〕判決および〔J-10〕判決について触れ、「これは継続的契約においてその存続を前提とする将来の個別的な対価請求権については転付命令を許さない趣旨とみるべきであり、判例は矛盾を蔵していないといえよう⁽¹⁵⁷⁾」としている。これは、継続的契約か否かという区別に基づいて判例法理を説明するものである。

三宅教授もまた請負報酬債権の被転付適格を認める立場である。三宅教授は、「報酬債権は請負契約と同時に発生するから、仕事完成以前でも、報酬債権の譲渡や差押は無論転付命令も有効である」として判例を支持し、請負報酬債権の被転付適格を否定する我妻博士の見解を「理由がない」と批判する。賃料債権・賃金債権と取扱いが異なることについても、これらの支分債権は「物や労働力を使用させる債務の特殊性」によりその成立が反対給付にかかるものであるから、請負報酬債権との間の区別は明確であるとされている⁽¹⁵⁸⁾。

イ. 請負報酬債権は仕事完成時または目的物引渡時に発生すると 解する見解

戦後、これらの多数説に対してまず異議を唱えたのは勝本正晃博士であった。博士は、請負報酬債権が契約時に発生していることを根拠に被転付適格を肯定した〔J-13〕判決につき、「その理由には賛成し得ない」と批判している⁽¹⁵⁹⁾。この記述は簡潔であるが、請負報酬債権の発生時期を契約時

(157) 広中俊雄『債権各論講義』（有斐閣、第6版、1994年）274頁、幾代編・前掲注（97）107頁〔広中俊雄執筆〕。ただし、幾代＝広中編・前掲注（97）130頁〔広中俊雄執筆〕ではこの記述はない。

(158) 三宅正男『契約法（各論）下巻』（青林書院、1988年）918頁以下。三宅教授は、請負契約の解除は賃貸借や雇傭の場合と異なり遡及効を有するのが前提であるという自説を展開するにあたって、賃料債権・賃金債権と請負報酬債権の発生時期の違いに触れている（930頁）。

と考えることに反対の見解を採るものと推察される。

次いで、より明確に多数説と異なる立場を示したのが来栖博士である。博士によれば、「双務契約において、一方の債務が債務者の責に帰すべからざる事由に因って履行不能となった場合に、これと対価関係にたつところの他の債務もまた消滅するか、或いは存続するか」という危険負担の問題は、仕事が完成しない限り報酬請求権が発生しない請負契約では起こりえないとされる。⁽¹⁰⁰⁾ 来栖博士は、賃料債権・賃金債権に関しても契約時に発生することを否定しており、末弘博士とは正反対ではあるが、来栖博士においてもこれら3つの場合における債権発生時期の捉え方は一貫しているといえよう。

石田稷博士も、目的物の滅失により仕事完成が不可能になる場合の処理に関して、来栖博士と同旨を説く。すなわち、目的物の滅失につき請負人に帰責事由がある場合には、注文者の損害賠償債権と請負人の報酬債権とを対置させるまでもなく、端的に請負人は仕事を完成していないから報酬請求権は生じないとされる。また、目的物の滅失につき両当事者に帰責事由がない場合にも、民法536条1項によるまでもなく、仕事が完成していないから報酬請求権が生じないと扱われる。⁽¹⁰¹⁾ これは、請負報酬債権が仕事完成時に発生することを前提とした議論であると考えられる。さらに石田博士は、請負報酬債権の被転付適格に関する〔J-13〕判決に対しても、報酬請求権は契約と同時に発生するという「判例の前提に疑問があるばかりでなく」、賃金債権に関する〔J-10〕判決と「バランスがとれているかどうか⁽¹⁰²⁾も疑問である」と批判している。

(159) 勝本正晃『債権法概論(各論)』(有斐閣、1949年)155頁。ただし博士は、債権執行における特別の換価方法を規定する民事訴訟法旧613条(現行民事執行法161条参照)によって判例と同じ結論を導くことを主張している。

(160) 来栖・前掲注(105)『契約法』479頁。したがって請負契約で問題となりうるのは、仕事未完成の間に完成が不能となったときに、出来高に応じた報酬請求権があるか否かのみであるとされる。

(161) 石田稷『民法V(契約法)』(青林書院新社、1982年)330頁以下。

星野博士は、当事者双方に帰責事由なく仕事の完成が不能になる場合にも民法536条を適用する見解を、「請負においては、危険負担一般におけるように、報酬全額の請求権の存否が問題になることはないから、考え方としてはこれはおかしい」と批判しているが、この「報酬全額の請求権の存否が問題になることはない」ことの根拠として、「仕事が完成していないため、具体的な報酬請求権は発生してはいない」ことを挙げている⁽¹⁶³⁾。したがって、星野博士もまた、請負報酬債権は仕事完成時に発生すると解していることが窺われる。また、ここでの「具体的な」報酬請求権という表現は、賃料債権や貸金債権に関して論じられてきた「抽象的（基本）債権」と「具体的（支分）債権」の二重構造を想起させるものであるが、請負報酬債権に関してこのような二重構造を示唆した見解は従来みられなかっただけに注目される。

品川教授もこのような二重構造を前提とするかのような口吻を示している。品川教授は、請負報酬債権そのものは契約成立と同時に発生すると解するのが従来の判例・学説であると紹介した後、「とはいえ、他面、労務の成果たる仕事の完成を目的とする請負にあっては、雇傭や委任では労務の供給自体に対して報酬が支払われるのと異なり、仕事の完成に対する対価として報酬が支払われる」のであって、「仕事が完成しない限り約定の報酬を請求する具体的な権利は発生しない」とする⁽¹⁶⁴⁾。ここでも、星野博士と同様に「具体的な権利」の発生が問題とされているのが注目される場所である。さらに、両当事者の責めに帰すべからざる事由により仕事完成が不可能となった場合についても、「約定の額の報酬請求権は仕事の完成をまっけはじめて具体的なものとなるものであることを顧慮すれば、仕事の完成前には、報酬全額の請求権の存否が問題となるはずはな〔い〕…とも考えられる⁽¹⁶⁵⁾」とされている。

(162) 石田・前掲注(161) 338頁。

(163) 星野英一『民法概論IV（契約）』（良書普及会、1986年）262頁。

(164) 品川・前掲注(103) 178頁。

このほかに、仕事完成時または目的物引渡時を請負報酬債権の発生時期とみる論者としては、中野貞一郎教授と加藤雅信教授が挙げられる。中野教授は、このように考えるべき根拠として、「現時の建設工事請負契約における工事の長期化や必要な資金量」を挙げる⁽¹⁶⁶⁾。加藤教授は、未完成工事の報酬債権の被転付適格を否定するのが妥当であることや、報酬請求権の発生は仕事の完成を停止条件とすると考えるほうが、合意だけで報酬請求権が発生しているが仕事完成までは支払時期が未到来であると考えよりも自然であることを理由に、仕事完成時発生説ないし引渡時発生説⁽¹⁶⁷⁾を採ることを明言している。

3. 第3款の小括

戦前の判例は、転付命令の競合という特殊な事案に関するものであったとはいえ、請負報酬債権が契約締結時に発生することを明示した。この判例の影響を受け、学説でも請負報酬債権の発生時期を契約時と解する見解が早くから多数となったが、それらの多くはこのように考えるべき根拠を示していない。なお、報酬の額があらかじめ定まっていなくても、請負報酬債権が契約締結時に発生すると解することの妨げにはならないという指摘がある（三瀧）。

判例によると、被転付適格に関して請負報酬債権は賃料債権・賃金債権とは異なる取扱いを受けることになるが、これら3つについて統一的に解すべきであるという意識は希薄である（例外は末弘・兼子・来栖・石田ら）。この取扱いの相違について、広中教授は継続的契約か否かの違いであるとし、三宅教授は「物や労働力を使用させる債務の特殊性」によりこれを説明している。しかしこれらについては、なぜ継続的契約であれば債権は契約時に発生しないとされるのか、物や労働力を使用させる債務の「特殊

(165) 品川・前掲注(103)185頁。

(166) 中野貞一郎『民事執行法』（青林書院、増補新訂6版、2010年）724頁。

(167) 加藤雅信『新民法大系IV 契約法』（有斐閣、2007年）392頁以下。

性」の内実とは何かがそれぞれ必ずしも明らかではない。これに対し、賃料債権や賃金債権と同様に、請負報酬債権は仕事完成によりはじめて発生すると解する見解も有力に主張されているが（来栖・石田・星野・品川など）、こちらもまたそのように解すべき論拠をあまり示していない。なお、この見解の中には、賃料債権や賃金債権に関する議論においてみられた基本債権と支分債権の区別をここでも肯定すると思われるものもある（星野・品川）。

第4款 第1節の小括

ここまで繰り返し述べてきたとおり、賃料債権の発生時期・発生根拠に関する判例法理は次の3点にまとめられる。

- ㊦賃料債権の構造：賃料債権を「基本的賃料債権」と「支分的賃料債権」の2つの側面を有するものとして捉える。
- ㊧賃料債権の発生時期：「基本的賃料債権」は賃貸借契約の締結時に発生するのに対して、「支分的賃料債権」は賃貸期間中にわたって順次発生する。
- ㊨賃料債権の発生根拠：「基本的賃料債権」は賃貸借契約自体を根拠として発生するのに対して、「支分的賃料債権」は賃貸目的物の現実の使用収益をその発生根拠とする。

これに対して、末弘・鳩山両博士によって築かれた戦前の多数説は、この判例法理とは大きく異なるものであった。この見解は、㊦賃料債権の構造に関して判例のような基本債権・支分債権の区別を行わない。また、㊧賃料債権の発生根拠についても、判例とは異なり、目的物の使用収益ではなく賃貸借契約自体にこれを見出す。さらに、石坂博士のように、㊧賃料債権の発生時期を賃貸借契約の締結時と明言する見解もみられた。これらの見解の論拠としては、㊩使用収益させよと求めうる賃借人の債権が実際

の使用収益より前からすでに発生していることと同様に考えるべきである(石坂)、②期限到来前の弁済・相殺が可能となって便宜である(石坂)、③双務契約に関する民法の原則に則って考えるべきである(末弘・鳩山)、④民法614条は弁済期を定めたものにすぎず賃料発生要件を定めたものと解する余地はない(末弘・鳩山)、などの点が挙げられていた。他方、判例を支持して基本債権と支分債権の区別を承認し、後者は現実の使用収益に応じて順次発生すると解する見解も戦前から少数ながら存在していた(我妻博士など)。

しかし、賃料債権の発生根拠を賃貸借契約自体と捉える戦前の多数説は、戦後には一転して支持を失うことになった。戦後の学説の起点となったのは、賃貸目的物の滅失等による使用不能の場合の賃料債権の帰趨に関する我妻博士の見解であった。我妻博士自身は債権の発生時期・発生根拠に関して不明確な点を残していたが、後に来栖博士らにより、賃料債権は現実の使用収益に応じて順次発生を続けるという見解が唱えられて多数説を形成するに至った。この多数説は、①' 法律関係をいたずらに複雑にしないようにとの配慮(我妻)、②' 使用収益ができないのに賃料債務が発生するのはおかしいという常識感覚(星野など)、③' 当事者双方に帰責事由なく使用収益が不可能になった場合には賃料債務が当然になくなることとの権衡(星野)、④' 期間の定めのない賃貸借の場合にはこの見解を採らない限り説明に窮するとの考慮(森田)、などをその論拠とする。また、判例と同様に、賃料債権の二重構造を承認する見解も根強く存在する。

賃料債権に関する以上の議論を、まず賃金債権に関する議論と比較してみる。ノーワーク・ノーペイ原則と結びつけられたこともあり、賃金債権に関しては、賃料債権よりも自覚的に発生時期の問題が論じられているのが特徴的である。判例・多数説は、賃料債権と同様に、賃金債権も現実の労務提供に応じて順次発生すると解しているが、その大きな拠りどころとされているのは、雇用契約に特有の相殺制限・禁止法理の存在である。なお、賃料債権と同様、賃金債権の二重構造を承認する見解も多くみられる

が、このような理解に疑問を呈するものもある。これらに対し、労働法学説においては、売買等に適用される民法の一般原則が雇用契約にもそのまま当てはまるとして、貸金債権は雇用契約の締結時に発生すると解する見解が依然有力に主張されていることが注目される。また、水町教授のように、貸金債権の発生根拠を現実の労務提供ではなく当事者の合意に求める見解があることも見逃せない。他方で、貸金二分説が明らかにした貸金債権の非均質性は、賃料債権と貸金債権をパラレルに解することの限界を画するもののようにも思われる。

次に請負報酬債権に関する議論と比較してみる。判例・多数説とも、請負報酬債権は契約時に発生すると解しており（報酬の額があらかじめ定まっていなくてもこのように解する妨げにはならないとされている）、賃料債権・貸金債権の場合と顕著な相違を示している。もっとも、賃料債権・貸金債権と別異に解すべき根拠が示されることは稀であり、数少ない論拠も十分な説得力を有しているとはいいがたい。これに対して、賃料債権・貸金債権の場合とパラレルに考え、仕事完成時の発生を説く見解もあるが、こちらもまたそのように解すべき理由を十分に示していない。なお、請負報酬債権についても、少数ではあるが二重構造を肯定すると思われる見解がある。

以上の検討から、判例・多数説に対しては次の2点が疑問として浮かび上がる。まず第1の疑問は、賃料債権・貸金債権に関しては、なぜ売買などのように、契約を直接の根拠として契約締結時に債権が発生すると考えないのかということである。実際、このように解していた戦前の有力説の根拠（特に①・③）は相応の説得力を有しているのに対して、戦後の通説が掲げる根拠のうち、①' および③' は危険負担の場面でのみ妥当するにとどまり、一般的な論拠としては不十分であるように思われる。また、②' も感覚論にすぎず、説得力ある論拠とはいいがたい。唯一、森田宏樹教授が提示した④' の論拠（期間の定めのない貸借の場合には通説の見解を採らない限り説明に窮する）のみが説得力を有しうるが、これについても、

請負報酬債権は金額が未確定であっても契約時に発生すると解されていることとの整合性に疑問が残るように思われる。

次に、判例・多数説に対する第 2 の疑問は、基本債権と支分債権の二重構造の内容・実体が不明確であるということである。賃金債権に関して品川教授が試みた説明も、なぜこのような二重構造を観念する必要があるのかという問いの回答にはなりえても、基本債権・支分債権それぞれの内容を明らかにするものとはいいがたい。近時ようやく、森田教授によって、抽象的な枠組みとしての契約規範に当事者が拘束されるという「規範的効力」こそが基本債権（抽象的賃料債権）の実体であるとの見解が示されたが、この点についてはなおも検討を深める余地が大きいと思われる。

第 2 節 債権の発生時期の問題が法解釈に及ぼしうる影響

契約類型ごとに債権の発生時期を検討した前節に続いて、本節では、債権の発生時期に関する理解いかんが各種の法制度の適用にいかなる影響を及ぼしうるかを検討する。なお、序論で示したとおり、賃料の包括的処分の効力をいかに限界づけるかが本稿の実践的な関心であることに鑑みて、賃料債権の処分の主要な形態である債権譲渡および相殺に関しては特に詳細な検討を行うことにする。

以下、まず第 1 款では、債権の発生時期に関する理論の実践的な影響を把握するため、債権の発生時期と実定法（民法、民事執行・保全法、倒産法）の諸制度との関係を確認する。次いで第 2 款では賃料債権の譲渡、第 3 款では賃料債権を受働債権とする相殺について、それぞれの効力と賃料債権の発生時期・発生根拠との関係を検討する。

第 1 款 債権の発生時期と実定法上の諸制度との関係

ここでは、債権の発生時期に関する理解いかんが実定法上の諸制度にどのような影響を及ぼすかをみていく。検討の対象は、民法（1.）、民事執

行法・民事保全法（2.）、倒産法（破産法・民事再生法・会社更生法）（3.）の諸制度とする。なお、債権の種類としては賃料債権に主眼を置くが、賃金債権・請負報酬債権の扱いについても適宜触れることにする。

1. 民法上の諸制度と債権の発生時期

債権の発生時期をどのように解するかは、民法上、①危険負担の処理、②詐害行為取消権の被保全債権としての適格、③保証の対象となる主債務の範囲などに関して問題となりうる。以下、これらの3つの問題につき順次検討する。

（1）危険負担の処理

債権の発生時期に関する見解いかに危険負担の処理に及ぼす影響については、すでに前節で断片的には触れているが、ここで改めてまとめておくことにする。

ア. 当事者双方の責めに帰すべからざる事由による不能の場合

当事者双方の責めに帰すべからざる事由によって金銭債権（賃料債権・賃金債権・請負報酬債権）の反対債務を履行することができなくなった場合には、民法536条1項が適用され、賃貸人・労働者・請負人は金銭債権の履行を受けることができない。このことは、債権の発生時期・発生根拠⁽¹⁶⁸⁾・⁽¹⁶⁹⁾・⁽¹⁷⁰⁾に関する立場のいかに問わず、また賃貸借・雇用・請負のいずれにおい

(168) 我妻栄『債権各論中巻一（民法講義V₂）』（岩波書店、1957年）469頁、星野英一『借地・借家法』（有斐閣、1969年）220頁、三宅・前掲注（158）686頁、広中・前掲注（157）178頁、鈴木・前掲注（151）548頁など。鳩山・前掲注（139）488頁も、民法611条1項を民法536条の特則と位置づけており、全部滅失の場合には民法536条1項の適用を肯定する趣旨と思われる。

(169) 末弘・前掲注（90）673頁、鳩山・前掲注（139）545頁、星野・前掲注（163）253頁、幾代=広中編・前掲注（97）37頁〔幾代通執筆〕、品川・前掲注（103）129頁など。

でもほぼ異論なく承認されている。⁽¹⁷¹⁾ もっとも、理論的には、同項の「反対給付を受ける権利を有しない」という文言は、契約時にこれらの金銭債権が発生すると解する場合にはその「消滅」を意味することになるのに対して、使用収益・労務提供・仕事完成の時点で発生すると考える場合にはその「不発生」を意味することになる。⁽¹⁷²⁾ 民法学説ではこの点はあまり意識されていないが、⁽¹⁷³⁾ 前節でみたとおり、労働法学においては自覚的な議論が展開されている（第 1 節第 2 款 2. (2) ア. 参照）。

イ. 賃貸人・労働者・請負人の責めに帰すべき事由による不能の場合

民法の一般原則によれば、債務者の責めに帰すべき事由による不能の場合には危険負担の問題とならず、（不能となった債務の）債務者は損害賠償債務を負うかわりに、反対給付を受ける権利を失わないと解されている。賃料債権・賃金債権・請負報酬債権の発生根拠を使用収益・労務提供・仕事完成ではなく契約自体に求める見解は、これをそのまま承認し、（不能となった債務の）債権者が反対債務の支払いを免れるためには損害賠償債権との相殺によるほかないとする。⁽¹⁷⁴⁾

これに対して、賃貸借における多数説は、法律関係がいたずらに複雑になること、ア. の場合との均衡を失すること、使用収益ができないのに賃

(170) 末弘・前掲注 (90) 702頁、鳩山・前掲注 (139) 595頁、我妻・前掲注 (96) 630頁、幾代=広中編・前掲注 (97) 128頁〔広中俊雄執筆〕など。これに対し、星野・前掲注 (163) 262頁、品川・前掲注 (103) 185頁は、仕事完成前には報酬請求権はそもそも存在しないとする。なお、目的物の引渡しを必要とする請負に関しては、民法534条・536条のいずれを適用すべきかという議論があるが、この問題は本稿とは無関係である。

(171) ただし、賃貸借における目的物の一部滅失の場合には、賃料の減額を賃借人の請求にかからしめる民法611条1項がその特則をなす。

(172) ただし、森田・前掲注 (112) 76頁は、民法536条1項によって抽象的賃料債権が「消滅」し、それ以降は具体的賃料債権が「発生しない」と構成する。

(173) その例外として前注 (170) の星野博士と品川教授の見解を参照。

(174) 末弘・前掲注 (90) 582頁、673頁、701頁、鳩山・前掲注 (139) 457頁、鈴木禄弥『借地法下巻』（青林書院、改訂版、1980年）790頁。

料債務が存続するのは非常識であること等を理由として、この場合には賃料債権は発生せず賃貸借契約も終了すると解している。⁽¹⁷⁵⁾鈴木博士はこの多数説に反論し、相殺の意思表示を緩やかに解するなどすれば実質的に複雑な法律関係は生じないとするが、⁽¹⁷⁶⁾これに対しては森田宏樹教授より、賃料債務と損害賠償債務が同額でない場合にはやはり複雑な法律関係が生じるとの再反論がなされている。⁽¹⁷⁷⁾

民法の一般原則によることの不都合は、雇用契約においてよりいっそう深刻となる。使用者による、賃金債権を受働債権とする相殺は、賃金の全額払の原則（労働基準法24条1項）に反し認められないとされており、⁽¹⁷⁸⁾使用者は、労働者の責めに帰すべき事由により労務提供を受けられなかったにもかかわらず、賃金支払債務を免れない（損害賠償債権につき労働者の無資力リスクを負担する）ことになるからである。ただし、労働法学においては、契約時に賃金債権が発生するという立場を維持しつつも、この不都合を回避する理論構成が試みられている（第1節第2款2.（2）イ、参照）。

なお、請負に関しては、請負人の責めに帰すべき事由による不能の場合には請負人は報酬債権を失うとする解釈が有力であるが、⁽¹⁷⁹⁾その根拠は必ずしも明らかではない。⁽¹⁸⁰⁾

(175) 我妻・前掲注(168)470頁、星野・前掲注(168)221頁、広中・前掲注(157)177頁など。

(176) 鈴木・前掲注(174)790頁。なお、三宅・前掲注(158)688頁は、損害賠償債務と賃料債務とを対立させておくのはいたずらに関係を複雑にするだけで実際に適さないとする多数説に対し、「この点は売買においても根本的には同一である」と指摘している（ただし、三宅教授は民法の一般原則自体に疑問を呈し、帰責事由の所在いかんにかかわらず対価たる金銭債権は当然消滅すると主張している）。これらについては前注(79)・(82)（本誌88巻1号121頁、122頁）を参照。

(177) 森田・前掲注(112)78頁。

(178) 最高裁昭和31年11月2日判決（民集10巻11号1413頁）、菅野・前掲注(105)248頁以下。

(179) 我妻・前掲注(96)623頁、630頁、幾代＝広中編・前掲注(97)128頁〔広中俊雄執筆〕。

ウ、賃借人・使用者・注文者の責めに帰すべき事由による不能の場合

債権者有責の場合には民法536条2項が債権者主義を採り、債務者は反対給付を受ける権利を失わないとされている。仮にこれをそのまま適用するならば、賃借人・使用者・注文者の責めに帰すべき事由によって自らの債務を履行することができなくなった賃借人・労働者・請負人は、なおも賃料・賃金・請負報酬債権を有することになる。債権の発生根拠を契約に見出す見解は、ここでもこの帰結をそのまま承認することになると思われ⁽¹⁸¹⁾る。

これに対し、賃貸借に関する多数説は、イ、と同様に賃料の不発生および賃貸借契約の終了を説く⁽¹⁸²⁾。その理由としては、イ、で挙げたものに加えて、賃借人が目的物の価値相当分の填補賠償義務を負うこととの調整（重複填補の回避）⁽¹⁸³⁾が煩雑である点が指摘されている。

他方、雇用契約については、民法536条2項の適用を否定する見解はみられない。むしろ、就労ができなくなった労働者の賃金を保護する観点から、同項は積極的に援用されているといえよう⁽¹⁸⁴⁾。なお、労働法学において、同項の「反対給付を受ける権利を失わない」という文言を賃金債権の「存続」と解するか「発生」と解するかにつき議論があることはすでにみたとおりである（第1節第2款2.（2）ア. 参照）。

請負契約に関しては、多数説は民法536条2項の適用を肯定しているが、⁽¹⁸⁵⁾

(180) 三宅・前掲注 (158) 893頁は契約の当然解除という構成を示唆する。

(181) 末弘・前掲注 (90) 672頁。ただしこの旨を明言するものは少ない。

(182) 我妻・前掲注 (168) 470頁、星野・前掲注 (168) 221頁、広中・前掲注 (157) 177頁。

(183) 森田・前掲注 (112) 79頁。星野・前掲注 (168) 223頁も参照。なお、三宅・前掲注 (158) 689頁は、填補賠償に加えて賃料相当額（その実質は損害賠償であるとされる）を請求する余地は「實際上ほとんどないであろう」とする。

(184) 我妻・前掲注 (96) 582頁、星野・前掲注 (163) 252頁、幾代=広中編・前掲注 (97) 40頁〔幾代通執筆〕のほか、労働法学においても通説的見解である。

(185) 我妻・前掲注 (96) 630頁、幾代=広中編・前掲注 (97) 128頁〔広中俊雄執筆〕など。

請負報酬債権の発生時期を仕事完成時と解する見解のなかには、これが同項の直接適用の場面ではないことを指摘するものもある⁽¹⁸⁶⁾（第1節第3款2.（2）イ. 参照）。

エ. 小括

危険負担との関係では、債権の発生時期をどのように解したとしてもほぼ同様の解決に至るような解釈が行われており、ほとんどの場合において結論に相違は生じない。もっとも、雇用契約において賃金債権の発生時期を契約時と解した場合には、労働者の責めに帰すべき事由による不能が生じた場合の処理に困難が生じる。また、賃貸借契約においても、賃貸人の責めに帰すべき事由による不能で賃料債務と損害賠償債務が同額でない場合には結論に違いが生じうるし、賃借人の責めに帰すべき事由による不能の場合にも、填補賠償債務と賃料債務の重複をどう処理するかによっては結論が異なってくる可能性がある。

（２） 詐害行為取消権の被保全債権

詐害行為取消権の被保全債権の成立時期につき、かつては、詐害行為の当時少なくとも1人の債権者が存すれば、詐害行為後に現れた債権者も取消権を行使するという見解や、債務者が将来の債権者を害することを知っていたときには、例外的にこの債権者も取消権を行使しうるとする見解⁽¹⁸⁷⁾も存在した。しかし通説は古くから、共同担保の減少によって損害を被る債権者のみが取消権を行使しうべきことを理由に、被保全債権は詐害行為

(186) 星野・前掲注(163)262頁（民法536条2項の「転用」として結論を肯定）、品川・前掲注(103)185頁、200頁（出来高に応じた報酬請求権の存否についての民法536条2項を類推適用ないし借用すべきことを示唆）。

(187) 石坂音四郎『日本民法債権総論上巻』（有斐閣書房、1916年）718頁。

(188) 中島玉吉『民法釈義卷三』（金刺芳流堂、1921年）687頁、三浦信三『債権法提要総論下』（有斐閣、1925年）312頁、勝本正晃『債権総論〔中巻之三〕』（巖松堂書店、1936年）315頁。

の前に成立していなければならないとしている。⁽¹⁸⁹⁾この通説の立場によると、被保全債権の発生時期をどのように解するかによって、詐害行為取消権行使の許否が左右されるケースがありうることになりそうである。しかし、停止条件付債権を被保全債権とする場合には取消権行使を認める見解⁽¹⁹⁰⁾や、被保全債権が発生前であっても発生の蓋然性が高い場合には、その債権の発生後に取消権行使を認めるという見解⁽¹⁹¹⁾も有力に主張されてきた。

判例では、すでに大審院大正 6 年 1 月 22 日判決 (民録 23 輯 8 頁) が、「詐害行為取消権ヲ行使スル債権者ノ債権ハ其行為以前ニ発生シタルモノナルコトヲ要シ、其行為以後ニ発生シタル債権ハ以テ詐害ノ目的タルコトヲ得ザルモノトス」としており、最高裁もこれを踏襲して、被保全債権が詐害行為より前に成立していることを要件としている。⁽¹⁹²⁾しかし判例においても、厳密な意味では発生済みといたがたい債権を被保全債権とすることを認めたものがある。たとえば大審院昭和 3 年 5 月 9 日判決 (民集 7 卷 329 頁) は、株式会社の株主に対する出資請求権を被保全債権とする取消権行使を認めたが、問題とされた詐害行為は、株主による株式引受の後、会社による株金払込催告の前に行われたものであった。⁽¹⁹³⁾大審院は、この場合の会社も詐害行為により害される債権者に含まれうると判示しているが、あわせて破産法上の否認権制度の法意をも根拠に挙げており、詐害行為時に

(189) 鳩山秀夫『日本債権法総論』(岩波書店、増訂版、1925年) 219頁、我妻栄『新訂債権総論 (民法講義IV)』(岩波書店、1964年) 178頁など多数。

(190) 岡村玄治『全訂債権法総論』(巖松堂書店、1940年) 126頁、於保不二雄『債権総論』(有斐閣、新版、1972年) 193頁。

(191) 柚木馨『判例債権法総論上巻』(有斐閣、1950年) 218頁、石本雅男『債権法総論』(法律文化社、1961年) 131頁。飯原一乗『詐害行為取消訴訟』(悠々社、2006年) 54頁は、発生の基礎となる法律関係が存在していればよいとする。

(192) 最高裁昭和33年2月21日判決 (民集12卷2号341頁)、最高裁昭和55年1月24日判決 (民集34卷1号110頁) など。

(193) 当時の商法のもとでは、このような出資請求権は、会社からの払込催告によってはじめて具体化され債権としての効力を有するに至ると考えられていたようである。吾妻光俊「判批」法協47卷7号 (1929年) 156頁参照。

は被保全債権が未発生であったことを前提としていると考えられる。また、最高裁昭和46年9月21日判決（民集25巻6号823頁）は、調停によって決定された将来の婚姻費用分担請求権を被保全債権とする取消権の行使を認めている。この判決は、家庭裁判所によって変更されない限り、債務者たる配偶者は調停により定められた婚姻費用の支払義務を負い続けることを理由に、「その意味においては、この債権もすでに発生した債権というを妨げない」と判示しているが、学説ではこれを未発生⁽¹⁹⁴⁾の債権と解するものもある。

このように、詐害行為取消権の被保全債権は詐害行為の前に成立していなければならないという命題は一般に承認されているが、限界的な事例においてはこれを緩和する傾向が判例・学説いずれにおいてもみられる。詐害行為の時点で弁済期未到来の賃料債権・貸金債権を被保全債権とする取消権行使の可否が問題となった事例はないようであるが、上記の昭和46年最判や有力説の立場によるならば、仮にこれらを未発生⁽¹⁹⁴⁾の債権とみても、なお被保全債権としての適格が認められる可能性があるように思われる。

（3）保証の対象となる主債務の範囲

保証によってカバーされる主債務がどの範囲のものかは、基本的には保証契約の解釈問題であると考えられる。しかし、根保証において保証期間の途中で保証人が死亡した後に、主債務者が新たに負う債務について保証人の相続人が保証債務を負うのかという問題や、これとは逆に主債務者が死亡した後に、主債務者の相続人が新たに負う債務について引続き保証人は保証債務を負うのかという問題はなお残る⁽¹⁹⁵⁾。このうち前者（保証人の死

(194) 川井健『民法概論3（債権総論）』（有斐閣、第2版、2005年）146頁、飯原・前掲注（191）54頁。

(195) 2004年に新設された民法465条の4第3号は、貸金等根保証契約において、主債務者または保証人の死亡を元本確定事由とした。この規定により、貸金等根保証契約であれば、保証人または主債務者の死亡後に発生する債務は保証の範囲に含まれないことになった。

亡の場合) について判例は、極度額および保証期間の定めのない根保証はその責任の及ぶ範囲がきわめて広汎であり、これは一に契約締結の当事者の人的信用関係を基礎とするものであるということをも理由として、保証人の死亡後に生じた主債務については相続人は保証債務を負わないとして⁽¹⁹⁶⁾いる。また、後者(主債務者の死亡の場合)についても学説は、個人的信頼関係が必ずしもあるとは限らない主債務者の相続人を保証人が保証しなければならないのは不当であるとして、主債務者が死亡するまでに負った債務に保証の範囲を限定する解釈を提示している⁽¹⁹⁷⁾。ところで、このように、保証人または主債務者の死亡前にすでに発生していた主債務のみが保証の対象になるとすると、主債務の発生時期をどのように考えるかによって保証の範囲が異なってくることが考えられる。同様の問題は、判例が認める解約告知権を保証人が行使した場合にも起こりうる⁽¹⁹⁸⁾。

しかし、不動産の賃貸借契約から発生する賃借人の債務の保証に関しては、これらはほとんど問題とならない。保証人が死亡した場合に関しては〔J-5〕判決が、その後の使用収益に対応する賃料債務についても保証人の相続人が保証債務を負うとしており⁽¹⁹⁹⁾、主債務者が死亡した場合に関しても、大審院昭和12年6月15日判決(民集16巻931頁)は、主債務者の相続人

(196) 大審院大正14年5月30日判決(新聞2459号4頁)、最高裁昭和37年11月9日判決(民集16巻11号2270頁)。

(197) 林良平〔安永正昭補訂〕=石田喜久夫=高木多喜男『債権総論』(青林書院、第3版、1996年)468頁〔高木多喜男執筆〕、前田達明『口述債権総論』(成文堂、第3版、1993年)383頁など。

(198) 期間の定めのない場合の任意解約権につき、大審院昭和7年12月17日判決(民集11巻2334頁)。主債務者の資産状態悪化などの場合の特別解約権につき、大審院昭和9年2月27日判決(民集13巻215頁)、最高裁昭和39年12月18日判決(民集18巻10号2179頁)。

(199) この判決は、「賃貸人が賃借人ニ目的物ノ使用収益ヲ為サシムル対価トシテ賃借人ハ借賃ヲ支払フベキ基本ノ法律関係」と、「将来ノ使用収益義務履行ヲ俟チテ発生スベキ個々ノ借賃債務」とを区別しつつ、保証人の相続人は前者の基本債務(これは賃貸借契約と同時に発生しているとされる)を承継するので、相続後の使用収益に対応する個々の賃料債務についても保証債務を負担するとしている。

が負う賃料債務について保証人は保証債務を負うと判示している。⁽²⁰⁰⁾さらに判例は、賃借人の保証人に対しては解約告知権を原則として認めていない。⁽²⁰¹⁾このような取扱いがされる根拠としては、主債務の中心をなす賃料債務の額が確定しており、保証人の予期しない巨額の保証責任が生じることとはないという点に求めるのが一般的である。⁽²⁰²⁾したがって、ここでは賃料債権の発生時期いかんは問題の解決に影響を与えることはないと考えられる。⁽²⁰³⁾

2. 民事執行・保全手続と債権の発生時期

次に、民事執行・保全手続において債権の発生時期いかんがどのような影響を及ぼしうるかについて検討する。民事執行手続においては、①弁済期未到来の賃料債権・貸金債権の差押えはいかなる根拠に基づいて可能とされるか、および、②これらの債権を対象とする転付命令は可能か、という点が問題となる。また、民事保全手続に関しては、③弁済期未到来の賃料債権・貸金債権を被保全権利とする仮差押えが可能かが問題となりうる。

(200) この判決は、主債務者の相続人が負う賃料債務を「承継後ニ生ジタル債務」としており、判例の大勢と同様に、賃料債権は現実の使用収益に従って順次発生するものと解していることは明らかである。

(201) 任意解約権を否定したものとして大審院昭和7年10月11日判決（新聞3487号7頁）がある。ただし、大審院昭和8年4月6日判決（民集12巻791頁）は厳格な要件のもとに特別解約権を認めてはいる。

(202) 我妻・前掲注（189）476頁、奥田昌道『債権総論』（悠々社、増補版、1992年）420頁。

(203) あえていうならば、判例と同様の結論は、賃料債権が契約時に一斉に発生するという見解に立つことによって導きうると思われる。しかし前注（199）・（200）でみたとおり、これらの判例は、むしろ賃料債権が使用収益に従って順次発生するという前提に立っている。

(1) 差押え

未発生の債権一般に関して、差押えを認めない見解がかつて主張されたが、現在の通説はこれを認めている。すなわち、戦前においては松岡義正博士が、「差押ノ当時現存セサル財産権ハ之ヲ差押フルニ由ナシ⁽²⁰⁴⁾」として将来の債権に対する差押えを否定していた。しかし戦後、菊井維大博士が「債務者と第三債務者の間に法律関係が現存し、この法律関係から充分特定して表示せられるまたは特定しうる債務者の将来の請求権が発生しうべきときは、その将来の請求権は差し押えることができる⁽²⁰⁵⁾」と主張し、兼子一博士が「条件付権利や将来生ずべき権利も、現在既にその原因が確立し権利を特定することができ、且つその発生の確実性が強度で、財産的価値の認められるものであれば差押を妨げない⁽²⁰⁶⁾」と論じて以降は、このような債権の差押えを認めることでほぼ見解の一致をみている。ただしこれらの見解は、対象債権の特定のため、債権発生基礎となる法律関係がすでに存在していることを要求している。

以上は将来債権一般の差押可能性についての議論であったが、賃料債権・賃金債権については継続的給付に係る債権の特則（民事執行法151条、旧民事訴訟法604条）が適用されるため、弁済期未到来であっても差押えの対象になることは明らかである⁽²⁰⁸⁾。ただし、この規定の趣旨については時代

(204) 松岡義正『強制執行要論中巻』（清水書店、1924年）1038頁。

(205) 菊井維大『民事執行法（二）』（有斐閣、1950年）77頁。

(206) 兼子一『増補強制執行法』（酒井書店、1951年）191頁。

(207) 宮脇幸彦『強制執行法（各論）』（有斐閣、1978年）10頁以下、鈴木忠一＝三ヶ月章編『注解民事執行法（4）』（第一法規出版、1985年）368頁〔稲葉威雄執筆〕、香川保一監修『注釈民事執行法（6）』（金融財政事情研究会、1995年）13頁〔富越和厚執筆〕、中野・前掲注（166）649頁、松本博之『民事執行保全法』（弘文堂、2011年）253頁。

(208) ただし、松岡・前掲注（204）1049頁、1109頁は、民事執行法151条とほぼ同旨の旧民事訴訟法604条（「俸給又ハ此ニ類スル継続収入ノ債権ノ差押ハ債権額ヲ限トシ差押後ニ収入ス可キ金額ニ及フモノトス」と規定する）によっても、弁済期未到来の賃金債権の差押えは認められないとする趣旨のようである。

によって理解が異なる。古くは旧民事訴訟法604条の「継続収入ノ債権」を、履行のみが分割された単一の債権と捉える（したがって差押え時に発生済みの債権と解する）のが一般的であった⁽²⁰⁹⁾。このような理論構成によって、弁済期到来のつど差押えを繰り返さなくてよい根拠が説明されていたのである。それに対して近時では、これを必ずしも1個の債権とはみない（したがって個々の支分債権を既発生とは解さない）見解がむしろ一般的である⁽²¹⁰⁾。この近時の見解によれば、民事執行法151条の趣旨は、①継続的給付に係る債権は、その基本の法律関係を表示することによって容易に特定することができ、1個の差押えによって全体に効力が及ぶとしても債務者・第三債務者に特段不利益をもたらさない、②1個の差押えによって包括的な効力が生じることを認めないと手続が煩瑣になる、という2点によって説明されることになる⁽²¹¹⁾。

ところで、最高裁平成17年12月6日決定（民集59巻10号2629頁）は、診療所が社会保険診療報酬支払基金に対して有すべき診療報酬債権が、民事執行法151条の2第2項の「継続的給付に係る債権」に当たると判示した（同項の「継続的給付に係る債権」は民事執行法151条の「継続的給付に係る債権」と同義であると解されている⁽²¹²⁾）。診療報酬債権は個々の診療行為から生じる個別の債権の集合であり、これを履行期のみが分割された1個の債権とみることはできないと思われる。したがって、この最高裁決定は、民事執行法151条の趣旨に関して、近時の学説のような理解を前提とするもの

(209) 松岡・前掲注(204) 1048頁、1108頁、加藤正治『改訂強制執行法要論』（有斐閣、1946年）193頁、菊井・前掲注(205) 175頁。

(210) 鈴木=三ヶ月編・前掲注(207) 480頁〔稲葉威雄執筆〕、香川監修・前掲注(207) 301頁〔田中康久執筆〕。中野・前掲注(166) 671頁も「継続的に現実化する多数債権」としており同旨と思われる。

(211) 鈴木=三ヶ月編・前掲注(207) 480頁〔稲葉威雄執筆〕、香川監修・前掲注(207) 301頁〔田中康久執筆〕。

(212) 谷口園恵=筒井健夫編著『改正担保・執行法の解説』（商事法務、2004年）102頁、中野・前掲注(166) 652頁。

であるといえよう。

(2) 転付命令

前節でみたとおり、判例は大審院の時代から、弁済期未到来の賃料債権および賃金債権については被転付適格を否定する一方で、未完成工事の請負報酬債権に対する転付命令は認めてきた。このように両者の取扱いを分けることについては賛否両論があるが、判例に反対する見解も、請負報酬債権の被転付適格を認めることに疑問を呈するものがほとんどであり、弁済期未到来の賃料債権・賃金債権についても転付命令を認めるべきとする見解はごく少数にとどまっている⁽²¹⁴⁾。もっとも、これを否定する根拠に関しては論者により微妙なニュアンスの相違があるように思われる。これは民事執行法159条(旧民事訴訟法601条)の「券面額」の解釈問題であるが、かつては、無条件に支払いを求めることができない債権は債務の決済の明確化に寄与せず、争いを将来に残すので券面額を欠くとしたうえで、弁済期未到来の賃料債権・賃金債権はこれに当たることを理由に(したがって債権が既発生か未発生かには触れずに)被転付適格を否定するものがみられた⁽²¹⁵⁾。これに対して近時は、券面額を欠く債権の一類型として未発生の債権を掲げ、弁済期未到来の賃料債権・賃金債権はこれに当たるとして被転付適格を否定する見解が主流である⁽²¹⁶⁾。

(213) 民法学における議論は第1節第3款を参照。執行法学の見解のうち判例に賛成するものとして、菊井・前掲注(205)189頁、鈴木=三ヶ月編・前掲注(207)607頁以下〔稲葉威雄執筆〕。反対のものとして、宮脇・前掲注(207)165頁、中野・前掲注(166)724頁。

(214) 香川監修・前掲注(207)321頁〔田中康久執筆〕は、継続的給付に係る債権について、「発生がある程度確実視され、債権額が確定できるものであれば転付可能と考える」としており、数少ない肯定説である。

(215) 菊井・前掲注(205)189頁、兼子・前掲注(206)204頁。

(216) 宮脇・前掲注(207)153頁、162頁、鈴木=三ヶ月編・前掲注(207)607頁〔稲葉威雄執筆〕、香川監修・前掲注(207)644頁以下〔富越和厚執筆〕、中野・前掲注(166)709頁。

（3） 保全手続

民事保全法に基づいて仮差押えを行うためには、それによって保全される金銭債権（被保全権利）が存在することが必要である（民事保全法20条1項）。しかし、この被保全権利は条件付債権・期限付債権であってもよい（同条2項）。さらに学説においては、まだ成立していない債権（保証人の主債務者に対する将来の求償権など）であっても被保全権利となりうるとされている。⁽²¹⁷⁾ これらの規定や学説を前提にすれば、弁済期未到来の賃料債権や賃金債権の法的性質をどのように解するとしても、これを被保全権利とする仮差押えは認められるということになろう。

3. 倒産手続と債権の発生時期

倒産手続においては、①破産債権（再生債権・更生債権）の意義、②財団債権（共益債権）の意義、③破産財団帰属財産の範囲、④相殺権の拡張などの問題が債権の発生時期と関連を有しうる。このうち④の相殺権に関しては後述するので、ここでは前三者についてみておく。

（1） 破産債権（再生債権・更生債権）の意義

破産法2条5項・民事再生法84条1項・会社更生法2条8項は、それぞれ破産債権・再生債権・更生債権を「手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の請求権」であると定義しているが、これらは基本的に同義である⁽²¹⁸⁾と考えられている。その意義については、かつては全部具備説と一部具

(217) 菊井・前掲注(205)312頁、兼子・前掲注(206)302頁（ただし、その発生がほとんど期待できず財産的価値がないものは被保全権利とならないとする）、中野貞一郎『民事執行・保全入門』（有斐閣、2010年）304頁（ただし、成立の時期の見込みも立たない場合には保全の必要性が問題となりうるとする）、松本・前掲注(207)496頁（十分特定された法的基礎を有し、本案訴訟の可能性があればよいとする）。

(218) 再生債権につき、伊藤眞『破産法・民事再生法』（有斐閣、第2版、2009年）657頁。更生債権につき、山本和彦＝中西正＝笠井正俊＝沖野眞巳＝水元宏典『倒

⁽²¹⁹⁾ 備説の対立があった。全部具備説は、破産法が破産財団の範囲につき固定主義を採用したことから、破産財団より配当を受ける債権も、手続開始時にすでに債権としてのすべての発生要件を具備している必要があるとする。これに対して一部具備説によれば、債権者の権利が完全に発生していない段階であっても、この債権者が手続開始時の破産者の財産を担保視することはありうるので、破産債権となるためには債権発生原因の全部が手続開始前に備わっている必要はなく、その主たる発生原因が備わっていれば足りるとされる。⁽²²¹⁾ このうち全部具備説によるならば、債権の発生時期の解釈次第によって、その債権が破産債権（再生債権・更生債権）に該当するか否かが左右されることもありえよう。しかし実際には、現在の学説は一部具備説でほぼ統一されてお⁽²²²⁾り、債権の発生原因となる契約が手続開始前に締結されてさえいれば、債権の発生時期をどのように解するかにかかわらず、その債権は破産債権（再生債権・更生債権）として扱われることとされている。もっとも、手続開始後に弁済期が到来する賃料債権・賃金債権は双方未履行双務契約の規律に服するので、管財人等が履行を選択した場合には財団債権（共益債権）として取扱われることになる（破産法148条1項7号・民事再生法49条4項・会社更生法61条4項）。⁽²²⁴⁾

産法概説』(弘文堂、第2版、2010年)75頁〔沖野眞已執筆〕。

(219) 斎藤常三郎『破産法及和議法研究第一巻』(弘文堂書房、1926年)132頁、菊井維大『破産法概要』(弘文堂、1952年)55頁。

(220) 山木戸克己『破産法』(青林書院新社、1974年)90頁、谷口安平『倒産処理法』(筑摩書房、第2版、1980年)154頁、伊藤・前掲注(218)196頁など。

(221) 両説を比較検討するものとして、宗田親彦『破産法研究』(慶應通信、1995年)363頁以下参照。

(222) 伊藤・前掲注(218)196頁。

(223) 雇用契約における使用者破産の場合には労働者も解約権を有する(民法631条)。

(224) これに加え、手続開始前に弁済期が到来していた分の賃料債権も含めて財団債権となるとする有力説がある。伊藤・前掲注(218)278頁。

（２） 財団債権（共益債権）の意義

破産法において、財団債権は「破産手続によらないで破産財団から随時弁済を受けることができる債権」と定義されており（破産法2条7項）、破産債権と異なってその定義には時的要素が含まれていない。また、民事再生法・会社更生法には共益債権の定義は規定されていない（民事再生法119条・会社更生法127条⁽²²⁵⁾参照）。学説では、これらについて「手続開始後に生じた債権」というメルクマールを提示するものもある。しかし、公平の観点や政策的な考慮から財団債権とされるものもあり、債権の性質から財団債権を定義するのは困難であるため、「結局のところ、破産法が財団債権として定めたものが、財団債権であるということになる⁽²²⁷⁾」ともいわれている。したがって、債権の発生時期をどのように解するかは、その債権が財団債権（共益債権）に該当するか否かを判断するにあたって決定的ではなく、あくまで法定の要件（破産法148条・民事再生法119条・会社更生法127条など）を満たすか否かによって財団債権（共益債権）該当性が判断されることになると考えられる。

（３） 破産財団帰属財産の範囲

以上は、倒産した債務者に対する債権が倒産手続においてどのように処遇されるかの問題であったが、これとは逆に、破産者が有する債権のうちどの範囲のものが破産財団を形成するかも問題となる⁽²²⁸⁾。破産法34条1項は

(225) なお、民事再生法123条1項は「手続開始後の原因に基づいて生じた財産上の請求権」を開始後債権としているが（会社更生法134条1項も同様の規定である）、これは共益債権・一般優先債権・再生債権のいずれにも該当しない債権として消極的に把握される（伊藤・前掲注（218）662頁）。

(226) 宗田親彦『破産法概説』（慶應義塾大学出版会、新訂第3版、2006年）474頁、加藤哲夫『破産法』（弘文堂、第5版、2009年）270頁。

(227) 三木浩一「財団債権の意義と範囲」山本克己＝山本和彦＝瀬戸英雄編『新破産法の理論と実務』（判例タイムズ社、2008年）165頁。

(228) 民事再生手続・会社更生手続では膨張主義に近い立場が採用されており、手続開始後に取得される債権も弁済財源に組み入れられるため、本文のような問題は生

固定主義の原則を採用し、破産者が手続開始時に有する財産を破産財団としている。しかし同条 2 項は、「破産者が破産手続開始前に生じた原因に基づいて行うことがある将来の請求権」をも破産財団に含めるとしている。そして、対抗力を備えた賃貸借において賃貸人が破産した場合には、双方未履行双務契約に関する一般準則（破産法53条）の適用が排除されて管財人は解除権を有しないが（破産法56条1項）、これにより存続する賃貸借から生じる賃料債権は破産財団帰属財産になると解されている⁽²²⁹⁾。したがってここでも、賃料債権の発生時期いかに結論に影響を及ぼすことはないと考えられる。

4. 第 1 款の小括

以上、民法、民事執行・保全法、倒産法の諸制度との関係において、債権（とりわけ賃料債権）の発生時期に関する見解の相違が実質的な結論の相違をもたらすかを順次検討したが、これらのほとんどの場合において、債権の発生時期に関する議論は結論に影響を及ぼさないことが明らかになった（危険負担の処理および転付命令の可否において若干の相違を生じうるのみである）。逆から言えば、債権の発生時期いかに左右されないように諸制度の運用が行われてきた（たとえば許害行為取消権の被保全債権の解釈など）ことが、債権の発生時期を厳密に論じる必要性を減じていたものと考えられる。

しない。伊藤・前掲注 (218) 653頁、伊藤眞＝岡正晶＝田原睦夫＝林道晴＝松下淳一＝森宏司『条解破産法』（弘文堂、2010年）285頁。

(229) 伊藤・前掲注 (218) 280頁、伊藤ほか・前掲注 (228) 416頁。これに対して労働者の破産の場合には、労働者の生計確保の観点より、双方未履行双務契約の一般準則の適用はなく、破産手続開始後の労働の対価である賃金債権は自由財産となると解されている（伊藤・前掲注 (218) 301頁以下、山本ほか・前掲注 (218) 217頁〔沖野眞已執筆〕）。また、請負人の破産の場合にもこれと同様の解決を主張する見解がある（伊藤・前掲注 (218) 288頁以下、山本ほか・前掲注 (218) 218頁以下〔沖野眞已執筆〕参照）。

比較法の観点からは、破産者（再生債務者・更生会社）に対する債権が破産債権（再生債権・更生債権）となるか財団債権（共益債権）となるかを判断するにあたって、債権の発生時期の問題は直接の影響を有するとは考えられていないことが注目される。第２章でみるように、フランスでは、ある債権が倒産手続においてどのように処遇されるかを決める必要に迫られたことが、債権の発生時期に関する議論の進展を促したのであるが、わが国における状況はこれとは様相を異にしている。

では、債権譲渡や相殺との関係では、債権の発生時期いかんは解釈に影響を及ぼしうるであろうか。これが第２款および第３款での検討課題である。