

時効消滅した債権を自働債権とする相殺の可否
(最一小判平成25年2月28日・民集61巻2号343頁)

大阪学院大学大学院教授　細　見　利　明

1 事案の概要

原告（被控訴人，被上告人）は，平成14年1月31日，同人所有の不動産に，貸金業者Aを権利者とし，債権の範囲を継続的金銭消費貸借取引により生じる債権とする根抵当権を設定して登記を完了し，Aから457万円を借り入れた。しかし，原告は，上記借入金債務は相殺等により消滅したと主張して，Aを吸収合併した被告（控訴人，上告人）に対し，根抵当権の設定登記の抹消登記手続を請求した（本訴事件，なお，反訴事件は貸金残金の請求事件である。）。

原告は，被担保債権は次の理由により消滅したと主張している。

①相殺

原告が負担する借入金債務は相殺により消滅した。すなわち，原告は，Aとの間の平成7年4月17日から平成8年10月29日までの継続的金銭消費貸借取引により取得した過払金返還請求権を自働債権とし，借入金債務を受働債権として，平成22年8月17日，対当額で相殺する旨の意思表示をした。なお，自働債権の消滅時効期間が経過する時点で，自働債権は弁済期が到来していたし，受働債権（借入金債務）は弁済期が到来していないとはいえ，期限の利益を放棄さえすれば弁済できる状態にあったから，両債権は相殺適状にあった。したがって，民法508条により相殺は有効である。

②弁済

相殺後の残債務については現実に支払った。

2 第1審，第2審

本件の第1審，第2審共に相殺は有効であり，根抵当権の被担保債権は全部消滅したと判断し，原告の請求を認容した。

3 最高裁判決（破棄自判）

最高裁判決は，相殺を有効と認めた原判決及び第1審判決は誤りであると指摘して，原判決及び第1審判決を取り消し，原告の請求を棄却した。正当な判断である。最高裁の判断部分は次のとおりである。

「既に弁済期にある自働債権と弁済期の定めのある受働債権とが相殺適状にあるというためには，受働債権につき，期限の利益を放棄することができるというだけではな

く、期限の利益の放棄又は喪失等により、その弁済期が現実に到来していることを要するというべきである。」

「これを本件についてみると、本件貸付金残債権については、被上告人が平成22年7月1日の返済期日における支払を遅滞したため、本件特約に基づき、同日の経過をもって、期限の利益を喪失し、その全額の弁済期が到来したことになり、この時点で本件過払金返還請求権と本件貸付金残債権とが相殺適状になったといえる。そして、当事者の相殺に対する期待を保護するという民法508条の趣旨に照らせば、同条が適用されるためには、消滅時効が援用された自働債権はその消滅時効期間が経過する以前に受働債権と相殺適状にあったことを要すると解される。前記事実関係によれば、消滅時効が援用された本件過払金返還請求権については、上記の相殺適状時において既にその消滅時効期間が経過していたから、本件過払金返還請求権と本件貸付金残債権との相殺に同条は適用されず、被上告人がした相殺はその効力を有しない。そうすると、本件根抵当権の被担保債権である上記2（2）の貸付金債権は、まだ残存していることになる。」

4 私の見解

- (1) 時効によって消滅した債権がその消滅以前に相殺に適するようになっていた場合には、その債権者は、相殺をすることができる（民法508条）。これは、時効期間が到来した債権は、債務者が時効を援用すれば遡及的に消滅するから（民法144条）、自働債権が存在しないことになって本来は相殺できないはずであるが、特例として、時効期間経過以前に相殺適状になっている場合に限り相殺の自働債権とできる旨を定めたものである。
- (2) 本件の自働債権は過払金返還請求権であり、受働債権は借入金残債務である。本件では、相殺適状との関係で借入金債務の弁済期が問題となった。原告の主張によれば借入金債務はいつでも期限の利益を放棄できる（民法136条2項本文）から、両債務は相殺適状にあり、そうすると、過払金返還請求権は時効期間経過前に相殺適状であったことになって、相殺可能であると主張し、第1審も原審もこの主張を認めた。しかし、最高裁はこれらの判断を誤りであるとして原告の請求を排斥した。
- (3) 私は、期限の利益を放棄すれば弁済できる状態にあったとしても、現実に期限の利益を放棄しなければ弁済期が到来しないし、期限の利益の喪失についても現実に喪失事由が発生しなければ弁済期が到来するはずはないから、そのままでは相殺適状になるはずはなく、最高裁判決は当然のことを述べたものと思う。民法505条1項は、「双方の債務が弁済期にあるとき」を相殺の要件としているから、相殺するためには、

現実に弁済期が到来することが必要であり、何々をすれば弁済期が到来する可能性があるというだけでは「双方の債務が弁済期にあるとき」にならないことは自明の理である。私からすればどうして第1審及び原審のような判断になったのかが理解できない。要するに、貸金業者を勝たせたくないという心理だけで判断したのではないかと思う。

5 根抵当権を理解していない第1審判決

本件では相殺適状の問題以前の問題として、根抵当権を理解していない原告の訴状請求原因、根抵当権を理解していない第1審判決、第2審判決の苦肉の救済という問題がある。すなわち、根抵当権については、「担保すべき元本の確定」という概念の理解が必要であり、担保すべき元本が確定するまでは根抵当権はどの債権をも担保しないのである（附従性がない。）。例えば、根抵当権設定契約と同時に金銭を借り入れ、その債務を弁済しても根抵当権が消滅するわけではない。本件の第1審判決はこのことを全く理解せず、根抵当権の担保すべき元本の確定について全く触れないまま、借入金債務が消滅すれば根抵当権が消滅すると判断している。さすがに、控訴審判決は終結後にそのことに気が付いたのであろう、「本件根抵当権の元本は確定しているところ」との一文を掲げているが、民法が規定するどのような事由により確定したのかとの点に関する事実認定がなく、確定したとの結論のみ判示している。最高裁は法律審であるから最高裁判決においては原審が認定（？）したとおりの定の事実が事案の概要に掲げられている。

残念ながら、実務では、根抵当権を理解していない訴状や判決が横行しており、本件もその例である。

(1) 誤った請求原因（本件の第1審判決）

- ①原告は、被告を権利者とする根抵当権を設定し、登記を了した。
- ②原告は、被告から、金〇〇円を借り入れた。
- ③原告は、〇〇を自働債権、上記借入金を受働債権として、対当額で相殺した。
- ④よって、原告は、被告に対し、根抵当権設定登記の抹消登記手続を求める。

<注>根抵当権には附従性がないから、このような請求原因は成立しない。債務が消滅しても根抵当権は消滅しない。「よって」とはならない。

(2) 正しい請求原因（確定請求の場合を例にとった。）

- ①原告は、被告を権利者とする根抵当権を設定し、登記を了した。
- ②次の事実により根抵当権の担保すべき元本が確定した。

ア 根抵当権設定から3年が経過した。

イ 原告は，被告に対し，根抵当権の担保すべき元本の確定を請求した。

ウ その後2週間が経過した。

③（元本確定時に債務は存在しない。）

④よって，原告は，被告に対し，根抵当権設定登記の抹消登記手続を求める。

（抗弁）

被告は，原告に対し，金〇〇円を貸し付けた（担保すべき元本の確定時に債権が存在する。）。

（再抗弁）

相殺により抗弁記載の債務が消滅した。