

任意債権に関する規定の創設の当否及び内容を問う項目を、「第6 債権の目的」に「後注」として、記載することは、どうか。

※記載のイメージ

(第6 債権の目的 後注)

講学上認められている「任意債権」（ある特定の給付を本来の内容とするが、債権者又は債務者が他の給付に代える権利（代用権・補充権）をもつ債権）について、民法に規定を設けるという考え方があるが、どのように考えるか。

規定のイメージ：

法律の規定または当事者の意思表示により、債権者又は債務者が、債権の目的である特定の給付（「主たる給付」／「本来の給付」という）を他の給付（「代用給付」という）に代える権利（「代用権」という）を有する場合において、主たる給付につき履行請求権の限界事由に該当する事由が存する【／生じた】ときは、代用権は消滅する【／行使することができない】。

上記規定の狙い：①任意債権の概念を民法中に用意すること、②任意債権は、法定の場合と約定の場合があり、また、約定によって債権者に代用権を与えることも認められる旨を明らかにすること、③選択債権との違いを明らかにすること、④③の観点から、具体的には、履行請求権の限界事由が生じた【／存する】場合の法律関係を〔一部〕明らかにすること。

経緯： 任意債権については、債務者の義務（任意債務）という観点から旧民法において規定されていたが、現行民法においては、代物弁済予約と考えられて、それらの規定は削除された。学説では、その後、「補充権を伴う債権関係」というドイツ法的構成が紹介・導入された（中田裕康『債権総論』（新版）56頁参照、後掲参考2）。

現在、任意債権の概念は講学上認められており、選択債権との対比において説明されることが多い。現行法の規定では、403条、461条2項、723条が任意債権の例としてあげられている（奥田昌道編『新版注釈民法(10) I』367頁 [山下末人・安井宏]）。

中間論点整理に対するパブリック・コメントでは、任意債権の規定がないことが、取引上の法的リスクを生じさせており、規定の創設を要請する意見が表明された（後掲参考1）。

また、第3分科会第2回会議（2012年2月21日）においてこの項目について問題提起がされた。

検討項目：

①主たる給付、代用給付について、履行請求権の限界事由に該当する事由が存する場合の法律関係

A. 主たる給付につき履行請求権の限界事由が生じたときは、代用権の行使はできない（主たる給付だけが債権の内容となる）

B. 代用給付につき履行請求権の限界事由が生じたときは、(ア)代用権は消滅しないが、代用権を行使しても（※行使の可否自体が、債務者の代用権と債権者の代用権とで異なる可能性がある。）履行請求はできず、また現実の給付はできない、または、(イ)代用権は消滅する（代用権は行使することはできない。したがって、主たる給付だけが債権の内容となる）、の2つの扱いがありうる。

②代用権の（行使の）内容

債務者に代用権がある場合、債権者は本来の給付のみを訴求することができ、債務者による代用権の行使は、代用給付を現実にしなければ特定の効果を生じない（それまでは債権の目的は依然として本来の給付である）。債権者に代用権がある場合、債務者は本来の給付のみを提供することができ、債権者による代用権の行使は、債務者に対する意思表示によってなされ、それにより本来の給付が代用給付に変更される、と説明されている（前記・新版注釈民法 367 頁 [山下、安井]）。

③代物弁済合意との異同

②と（も）関連する。

※前記「規定のイメージ」は①の A についてのみ規定することを想定している。

<参考1> 中間論点整理に対するパブリック・コメントにおいて出された意見（部会資料 33-2・55 頁から抜粋）

金融実務においては、任意債権(本来の給付は定まっているが、債権者又は債務者において一定の異なる給付を選択することも可能な債権)とみられる債権はしばしば見受けられる。

例えば、劣後債には配当スロッパー条項(発行者は、任意に又は一定の要件の下で利払いを停止することができ、利払いを停止する場合には、当該劣後債よりも劣後する証券(例えば、株式や、あるいは、当該劣後債を優先株と同様の商品性とする場合には普通株)について配当等を行ってはならないとの不作為義務を負う旨の条項)が付されることがあるが、この場合の利息債権は、債務者に代用権のある任意債権(又は債務者に予約完結権のある代物弁済契約の一方の予約付債権)の一種であると説明されることがある。

しかしながら、現行法には、任意債権に類似する選択債権の規定はあるが(民法第406条以下)、任意債権の規定はない。そのため、任意債権を用いた取引を行おうとする場合、現行法上、①任意債権それ自体が認められるのか否か、②認められるとするとどのような

範囲で認められるか、③任意債権とされた場合はどのような規律の適用を受けるのか、④選択債権に関する民法の各規定が類推適用されるのか否か、⑤代物弁済予約付債権との関係をどう理解すればよいのか(特に債権者に代用権がある場合に非典型担保としての代物弁済予約との関係をどう理解するか)、といった点が必ずしも明確ではなく、実務上は法的リスクとして認識せざるを得ない(例えば、④については、現行法上、任意債権について、本来の目的である給付が履行不能となった場合には、選択債権に関する民法第410条第1項とは異なり、任意債権全体が消滅し他の給付の履行は請求できないと一般に考えられてはいる。

しかしながら、明文の根拠がないため、これに反する定めを置くことの可否は不明であり、その一方で、民法第410条第1項の類推適用の可能性も否定することはできない。)。そこで、任意債権についても上記①ないし⑤の点について要件及び効果を明文化することが望ましい。(西村あさひ有志)

<参考2> 旧民法財産編の規定

第401条 ①義務ハ左ノ場合ニ從ヒテ其体様ヲ変ス

第一 義務ノ成立ノ単純、有期又ハ条件附ナルトキ

第二 義務ノ目的ノ単一、選択又ハ任意ナルトキ

第三 債権者又ハ債務者ノ単数又ハ複数ナルトキ

第四 義務ノ性質又ハ其履行ノ可分又ハ不可分ナルトキ

②義務ハ其体様ノ変スルニ從ヒテ其効力モ亦変ス

第436条 ①債務者カ一定ノ物ヲ主トシテ負担スルモ他ノ物ヲ与ヘテ義務ヲ免カルルノ権能ヲ有スルトキハ其義務ハ任意ナリ

②主トシテ負担スル物ヲ与フルノ義務ハ任意ニテ負担スル物ヲ弁済スルニ於テハ解除ス可シトノ条件ニ繋ルモノト看做ス

③主トシテ負担スル物カ意外ノ事又ハ不可抗力ニ因リテ滅失シタルトキハ債務者ハ義務ヲ免カル

④主トシテ負担スル物カ債務者ノ過失ニ因リテ滅失シタルトキハ債務者ハ其価金ノ償還及ヒ損害ノ賠償ニ任ス然レトモ債務者ハ任意ニテ負担スル物ヲ与ヘテ義務ヲ免カルルノ権能ヲ有ス

⑤二箇ノ物ノ一カ債権者ノ過失ニ因リテ滅失シタルトキハ債務者ハ其免責ヲ申立テ又ハ残ル所ノ物ヲ与ヘテ滅失シタル物ノ価金ヲ要求スルコトヲ得

⑥二箇ノ物カ共ニ債権者ノ過失ニ因リテ滅失シタルトキハ債務者ハ義務ヲ免カレ且自己ノ選択ヲ以テ一箇ノ物ノ価金ヲ要求スルコトヲ得

⑦二箇ノ物カーハ意外ノ事又ハ不可抗力ニ因リ一ハ債権者ノ過失ニ因リテ同時ニ滅失シ其過失カ任意ニテ負担シタル物ノ上ニ存スルトキ又ハ其過失カ孰レノ物ノ上ニ存シタルカ

ヲ知り得サルトキハ債務者ハ義務ヲ免カレ且任意ニテ負担シタル物ノ価金ヲ要求スルコト
ヲ得