

平成 25 年 1 月 15 日

法制審議会 民法（債権関係）部会 御中

大阪弁護士会 民法改正問題特別委員会 有志

辰野久夫	小池康弘	田仲美穂	橋田 浩
林 邦彦	安部将規	野村剛司	稲田正毅
赫 高規	徳田 琢	山形康郎	辻村和彦
橋本芳則	阿部宗成	高尾慎一郎	福井俊一

部会資料 55（中間試案のたたき台(3)）第 1～6 に対する意見

第 1 多数当事者の債権及び債務（保証債務を除く）

3 連帯債務者の一人について生じた事由の効力等

(2) 更改、相殺等の事由（民法第 4 3 5 条から第 4 4 0 条まで関係）

民法第 4 3 5 条から第 4 4 0 条までの規律を次のように改めるものとする。

ア 連帯債務者の一人について生じた更改、免除、混同、時効の完成その他の事由は、当事者間に別段の合意がある場合を除き、他の連帯債務者に対してその効力を生じないものとする。

イ 債務の免除を受けた連帯債務者は、他の連帯債務者からの求償に応じたとしても、債権者に対してその償還を請求することはできないものとする。

（意見）

- 1 少なくとも上記(2)アの規律から混同は除外すべきである。部会資料の備考欄の趣旨を入れるならば、混同に関し、負担部分についてのみの絶対効の規律を提案すべきである。
- 2 上記(2)ア及びイの規律のうち更改、免除、時効に関し、現行法どおり、負担部分についてのみの絶対効を維持する考え方があることを、少なくとも注記すべきである。

（理由）

1 上記(2)アに関する混同の規律について

連帯債務者の一人と債権者との間に混同が生じた場合に、当該連帯債務者が、自己の負担部分も含めた債権の全額を他の連帯債務者を請求できるようにすべき合理的理由は存在しない。仮に部会資料の備考欄の趣旨を入れるとしても、混同について、負担部分についてのみの絶対効とすべきである。なお、混同について、負担部分についてのみの絶対効とすることには賛成する。

2 上記(2)ア及びイの規律（混同の規律を除く。）について

更改、免除等につき負担部分についての絶対効とする現行法の規律を変更するにあたり、審議が十分に尽くされておらず、以下に述べるように疑義も多いところであり、少なくとも反対の考え方があることが注記されるべきである。

すなわちまず免除については、部会資料の提案によれば、連帯債務者の一人が、債権者から、負担部分について絶対効を有する免除を得るためには、他のすべての連帯債務者からも合意を取付けなければならないとされるが（部会資料の概要欄によれば、債権者と絶対的効力事由を及ぼし合うすべての連帯債務者との間の合意が要求される。）、絶対効を有する免除は他の連帯債務者に何らの不利益も及ぼさずむしろ相対効の免除よりも利益をもたらす行為であるはずなのに、他の連帯債務者全員との合意が要求される理由は何ら存しないというべきである。免除が相対効であるか絶対効であるかは、債権者の当該免除の意思表示の解釈で決するのが合理的であり、仮に原則相対効とする場合でも、その例外を、免除の意思表示の対象となる連帯債務者以外の連帯債務者をも含む当事者間の別段の合意ある場合に限定するのは明らかに問題である。

更改についても同様であり、絶対効を有するか相対効を有するかは、債権者と当該連帯債務者との更改契約の趣旨ないし解釈によって決まるべきものであり、他の連帯債務者の合意を要求すべき理由は何ら存しない。

さらに、時効について相対効とするならば、債権者が少なくとも一人の連帯債務者について時効中断の手当てをとっている場合には、他の連帯債務者は、たとえ自己について連帯債務の時効が完成しても、いつまでも当該一人の連帯債務者から求償権を行使されうる立場から解放されないことになるが、かかる点が時効制度の趣旨に合致するのか等について十分に議論が尽くされているとはいえない。

以上のとおり、上記 3(2)アの規律についてはなお疑問が多く、審議が尽くされていないものといわざるを得ない。これに対し、現行法の規律は、求償の循環を避けるという意味で合理性を有しており、かつ、免除や更改については、免除の意思表示や更改契約の解釈によって個別事案についても合理的解釈が可能であり、特段の不都合もない。現行法を維持すべき旨の見解があることを少なくとも注記すべきである。

第1 多数当事者の債権及び債務

4 連帯債務者間の求償関係

(2) 連帯債務者間の通知義務（民法第443条関係）

民法第443条第1項を削除し、同条第2項の規律を次のように改めるものとする。

連帯債務者の一人が弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得た場合において、その連帯債務者が、他に連帯債務者がいることを知りながら、これを他の連帯債務者に通知することを怠っている間に、他の連帯債務者が善意で弁済その他共同の免責のための有償の行為をし、これを先に共同の免責を得た連帯債務者に通知したときは、当該他の連帯債務者は、自己の弁済その他共同の免責のためにした行為を有

効であったものとみなすことができるものとする。

第2 保証債務

3 保証人の求償権

(2) 保証人の通知義務

民法第463条の規律を次のように改めるものとする。

ア 保証人が主たる債務者の委託を受けて保証をした場合において、保証人が弁済その他自己の財産をもって主たる債務者にその債務を免れさせる行為をしたにもかかわらず、これを主たる債務者に通知することを怠っている間に、主たる債務者が善意で弁済その他免責のための有償の行為をし、これを保証人に通知したときは、主たる債務者は、自己の弁済その他免責のためにした行為を有効であったものとみなすことができるものとする。

イ 保証人が主たる債務者の委託を受けて保証をした場合において、主たる債務者が弁済その他自己の財産をもって債務を消滅させるべき行為をしたにもかかわらず、これを保証人に通知することを怠っている間に、保証人が善意で弁済その他免責のための有償の行為をし、これを主たる債務者に通知したときは、保証人は、自己の弁済その他免責のためにした行為を有効であったものとみなすことができるものとする。

ウ 保証人が主たる債務者の委託を受けないで保証をした場合（主たる債務者の意思に反して保証をした場合を除く。）において、保証人が弁済その他自己の財産をもって主たる債務者にその債務を免れさせる行為をしたにもかかわらず、これを主たる債務者に通知することを怠っている間に、主たる債務者が善意で弁済その他免責のための有償の行為をしたときは、主たる債務者は、自己の弁済その他免責のためにした行為を有効であったものとみなすことができるものとする。

（意見）

少なくとも、現行法（及び最判昭和57年12月17日）の規律を維持すべきであるとの考え方を注記すべきである。

（理由）

上記の規律は、現行法における取扱いを根本的に変更するものであるが、十分な議論が尽くされておらず疑問も多いことから、現行法（及び判例法理）を維持すべきであるとの意見が少なくとも注記されるべきである。

すなわち、現行法及び判例法理における実質的ルールは、負担部分の弁済（いわば他の連帯債務者等との関係で本来その者がなすべき部分の弁済。典型的には主債務者による主債務の弁済）をするにあたっては、事前、事後の通知はともに不要であり、負担部

分を超えてする弁済（いわば他の連帯債務者等との関係で本来しなくてもよい部分の弁済。典型的には保証人による保証債務の弁済）については、事前、事後の通知はともに必要である、というものである（民法 443 条 1 項における事前通知義務は、その効果との関係で自己の負担部分を超えてする弁済にのみ問題となることは明らかであり、保証の場合の主債務者に 443 条 1 項は準用されていない。また、事後通知を怠っても、その後の弁済者が事前通知を怠っているときは、後の弁済が有効とみなされることはないとするのが判例である。最判昭和 57 年 12 月 17 日）。

同一の債務を負う複数の債務者のうち本来その者が支払うべき部分を支払う場合は、当該弁済者は、当然のことはするまでであるから事前も事後も通知を義務付けられないというのは合理的である。これに対し、本来的にはしなくてもよいはずのイレギュラーな弁済をするときに、事前に、本来支払うべき者に確認するのは自然であるし、支払った後にはいずれ求償するのであるから事後通知を義務付けられても酷ではない。したがって、現行法の規律は極めて合理的であり、維持されるべきものと考えられる。

これに対し、部会資料の規律によれば、競合した支払がなされたときには、基本的に、事後通知の先後で有効弁済者を決しようというものにほかならず、本来支払うべき者が弁済する場合か否かの観点が捨象されていて、実務感覚に適合しない規律といわざるを得ない。典型的には、主債務者が、主債務の約定弁済のたびに保証人への通知を義務付けられるというのは煩瑣というほかない。

かかる点について十分な審議がなされているとはいいがたいことから、現状において、現行法（及び判例法理）を維持すべき考え方（ないしはより直截に、負担部分の範囲内で弁済する者（ないし主債務者）には事前・事後の通知を義務付けず、負担部分を超えて弁済する者（ないし保証人）に対してのみ、事前及び事後の通知を義務付ける考え方）が存することを少なくとも注記すべきであると考ええる。

第 2 保証債務

6 保証人保護の方策の拡充

(1) 個人保証の制限

次に掲げる保証契約は、保証人が「いわゆる経営者」であるものを除き、無効とするかどうかについて、引き続き検討する。

ア 貸金等根保証契約

イ 債務者が事業者である貸金等債務を主たる債務とする保証契約であって、保証人が個人であるもの

（意見）

上記 6(1)イの主債務の対象を貸金等債務に限定すべきではなく、イは、「債務者が事業者である債務を主たる債務とする保証契約であって、保証人が個人であるもの」とすべ

きである。

(理由)

主債務者が個人である保証を一律に禁止しようとするにあたっては、住宅ローンの保証、居住用住宅の家賃の保証、入院時の保証、奨学金の保証等が果たしている社会的機能に鑑み、これらが禁止されることによる弊害が生じないか慎重な検討を要するとの議論が存することは承知している。しかしながら、主債務者が事業者である場合に、経営者を除く個人による保証が一律に禁止されることによる弊害を危惧する議論は存在せず、主債務の種類を貸金等債務に限定せずに保証を禁止することについて、あまり異論のないところであると考ええる。

また理論的にも、消費者たる保証人が事業者たる主債務者から委託を受けて事業者たる債権者に対し保証する場合（保証契約も保証委託契約も消費者契約に該当する場合）を前提とすると、債権者が、デフォルトルールでは自ら負担すべき主債務者の債務不履行時のリスクを、主債務者の働きかけに基づく保証の意思形成に問題が多いことに乗じて保証人に転嫁することは、信義則に反して消費者たる保証人の利益を一方的に害するものといえる。したがって、かかる場合に、消費者の事業者に対する保証債務を定める条項は、消費者契約における不当条項（消費者契約法 1 条、10 条参照）として、無効と解することができる（なお、この理論的観点を重視する場合には、厳密には、事業者たる個人が事業としてまたは事業のために保証するときに本件の規律による無効の対象から除外されることになる）。

したがって、上記 6(1)イについては、貸金等債務に限定せず、主債務者が事業者である場合の個人保証一般を無効とすることが記載されるべきである。

第 2 保証債務

【取り上げなかった論点】

- 部会資料 3 6 第 2、7 (2)ア「元本確定前における保証債務の履行請求」[7 0 頁]
- 部会資料 3 6 第 2、7 (2)イ「元本確定前における保証債務の随伴性」[7 0 頁]

(意見)

上記各論点は、中間試案に取り上げられるべきである。また、その際には、債権者のイニシアチブにより元本を確定させる制度（債権者による元本確定請求を認める、または債権者による保証債務履行請求を元本確定事由とする、等の制度）を設けることを前提に、元本確定前の保証債務の履行請求及び保証債務の随伴性を否定する旨の提案を検討対象とすべきである。

(理由)

最判平成 24 年 12 月 14 日は、現行民法の貸金等根保証契約に該当しない根保証契約の解釈として、元本確定期日前の保証債務の履行請求及び保証債務の随伴性を認めることを原則とする旨を明らかにした。

他方、貸金等根保証契約に関する現行民法の解釈論としては、貸金等根保証契約規制が設けられた平成 16 年改正の当初より、元本確定期日前の保証債務の履行請求及び保証債務の随伴性の肯否について議論が生じているが、理論構成はともかく、少なくとも次の結論についておおむね争いはなく見解は一致しているように思われる。

- ① 債権者が、元本確定期日よりも前に、保証債務履行請求をすることが認められるべきこと（債権者は、保証期間（または主債務が発生する基本関係）が終了したときにはじめて保証債務の履行請求をすることができるとするのが、根保証の制度趣旨にも当事者の合理的意思にも適するとする我妻榮『新訂債権総論』475 頁の見解（以下、「我妻説」という。）は、少なくとも近時の議論では支持されていない）。
- ② 保証人が保証債務を履行したときは、その履行額の限度で極度額が減少すること（民法の極度額規制は、保証人が根保証契約に基づいて負う一切の責任の上限を明確化することにより根保証人を保護するにあることからすれば、最終的に、極度額を超えた根保証債務の履行を強制されうるような考え方は妥当でないとする点で争いはない）。
- ③ 元本確定期日前に債務者の信用力が低下し、債権者が保証人に保証債務の履行を求める事態に至ったにもかかわらず、極度額の残り枠が存していることを奇貨として、保証人の資力を目当てに、債権者が主債務者への新たな貸付け等を行なうことが望ましいものではないこと。

上記①及び②の帰結は、元本確定前の保証債務履行請求につき積極説に立ちつつも、保証債務の履行額の限度で当該根保証契約の極度額が減少するとの考え方を採用すればこれらを導くことができるところであるが、③の帰結は直ちには導かれず、債権者の保証人に対する説明義務や信義則、権利濫用の法理などによって個別に対応されざるを得ないことになる。これに対し、元本確定前の保証債務履行請求につき消極説に立ったとしても、債権者のイニシアチブによる元本確定を認める考え方（債権者による元本確定請求を認める、債権者による保証債務履行請求を元本確定事由とする、等の考え方）を採ることができるならば、①の帰結を導くことができ、さらに②のみならず③の帰結をも導かれることになる。もっとも、現行民法の条文を前提とすると、法解釈論として、債権者のイニシアチブによる元本確定を認めるのはかなり困難であることは否定できず、これが、後者の見解を採用することのハードルとなっているといえる。

かかる議論状況を踏まえるならば、新たな民法に、債権者のイニシアチブによる元本確定の制度を設けることを前提に、元本確定前の保証債務履行及び保証債務の随伴性を否定する規律を設け、事実上異論のない上記①～③の帰結を導くことができるようにすべきであり、上記各論点は中間試案に積極的に取上げられ、かかる消極説の規律が提案されるべきである。

なお、部会資料 35、第 2、7(2)ア及びイには、甲案として消極説の考え方が紹介されているものの、この考え方は、債権者のイニシアチブによる元本の確定を認める前提が採られておらず、上記我妻説を紹介するものと理解されるが、上記のとおり、我妻説そのものは現在支持されていないというべきであり、検討対象として適切ではない。

また、判断が示されてから日の浅い上記最判の考え方と異なる立場で改正検討を行なうことの当否も問題となりうるが、最判は、貸金等根保証契約に該当しない根保証の契約解釈論に関わるものであり、貸金等根保証契約に関する民法の解釈とは直接関係しないといえるし、また、最判は、債権者のイニシアチブによる元本の確定を認める制度を欠く現行法を前提として契約解釈論として積極説を採用したに過ぎず、立法論として消極説に立つ前提として、かかる元本確定制度を設ける議論をすることは何ら妨げられていないというべきである。要するに上記③の帰結の当否により決すべき事柄であると考ええる。

第 3 債権譲渡

1 債権の譲渡性とその制限（民法第 466 条関係）

民法第 466 条の規律を以下のように改めるものとする。

- (4) 上記(3)に該当する場合であっても、次に掲げる事由が生じたときは、債務者は、譲渡制限特約をもって譲受人に対抗することができないものとする。この場合において、債務者は、当該特約を譲受人に対抗することができなくなった時まで（ウについては、当該特約を対抗することができなくなったことを債務者が知った時まで）に譲渡人に対して生じた事由をもって譲受人に対抗することができるものとする。

ア …

イ 債務者が債務の履行について遅滞の責任を負う場合において、譲受人が債務者に対し、相当の期間を定めて譲渡人に履行すべき旨の催告をし、その期間内に履行がないこと。

ウ 譲渡制限特約がある債権の譲受人がその債権譲渡を第三者に対抗することができる要件を備えた場合において、譲渡人について破産手続開始、再生手続開始又は更生手続開始の決定があったこと。

エ 譲渡制限特約がある債権の譲受人がその債権譲渡を第三者に対抗することができる要件を備えた場合において、譲渡人の債権者が当該債権を差し押さえたこと。

（意見）

- 1 上記(4)イについて、譲受人のみならず譲渡人にも催告権を認めるべきである。
- 2 上記(4)イに関し、催告要件につき債務者が遅滞の責任を負う場合に厳格に限定されるかのような表現をとるのは妥当でなく、催告解除に関する民法 541 条と同様、債務者が「その債務を履行しない場合において」との表現がとられるべきである。

- 3 上記(4)ウ及びエについては、そのような考え方が存することを注記するにとどめ、中間試案本文からは除外すべきである。

(理由)

1 譲渡人の催告権について

特約付き債権が取立債務である場合に、債務者が譲渡人に対して口頭の提供をしたとき、譲渡人は、債権帰属者である譲受人との関係でこれを取り立てる義務を負っているものと解されるし、さらに、持参債務の場合を含め、譲渡人は、債務者からの弁済の提供に対しこれ受領して譲受人に引渡す義務を負っている。債務者が履行期において任意に債務の履行をせず、かつ、譲受人がアクションを起こさない場合に、譲渡人が自らのイニシアチブで、そのような義務を負う地位から解放され得る手段が確保されるのが妥当であると考ええる。

また、理論的にも、本件の規律による催告権が、債権の帰属主体以外の者に与えられることが背理であるとは解されない。本件の催告権は、債権の請求力を起源として付与されるものというよりは、むしろ、当該債権に付されている譲渡禁止特約を根源として付与される法定催告権と理解されるべきである。すなわち、この催告権が問題となる場面においては、債務者は譲渡人に対して弁済すれば当該債権は満足して消滅するという効果を生じるが（部会資料第3、1(3)イ）、これは譲渡人が譲渡禁止特約の当事者であり、すでに債権帰属者ではないもののその限りで特約の効力が及ぼされているからにほかならない。かかる譲渡人が、特約によってもたらされているデッドロック状態（譲渡人と譲受人のいずれが請求しても認められないという状態）を解消するための法定催告権を有することは、何らの背理ではないというべきである。

以上のとおり、譲受人のみならず譲渡人にも上記1(4)イの催告権が付与されるべきである。

2 債務者が遅滞の責任を負う場合との催告要件について

上記1(4)イのように、催告要件が、債務者が遅滞の責任を負う場合に限定されてしまうと、履行期の定めのない譲渡禁止特約付き債権が譲渡された場合には、本件の催告権を行使する者がおらず、デッドロック状態が継続するとの誤解を与えかねない。

上記のとおり、本件の催告権は譲渡人にも認められるべきであるが、履行期の定めのない譲渡禁止特約付き債権が譲渡され、譲渡人が本件の催告権を行使したときは、これにより不遅滞の効果が生じるものというべきである。デッドロック状態を解消するという本件の催告権の趣旨を達成するため、履行期の定めのない債権については不遅滞の効果をも生じさせる必要があるし、他方、債務者としても、譲渡禁止特約の効力として悪意譲受人との関係で、譲渡人を債権者として取扱うことが保障される限り、不利益はないというべきだからである。したがって、譲渡人が行なう本件の催告には、法により不遅滞効をも認められるものと解すべきである。

なお、譲受人が不遅滞効を生じさせるための催告をなし得るかは議論のありうるところであろう。譲渡禁止特約の趣旨が、債務者が、その債権の弁済先を固定し、譲渡人に対する債権による相殺の機会を確保するといったことに限られるのであれば、譲受人の催告による不遅滞効が認められてよいが、債務者が、譲渡人だけを債権者として取扱えば足りるものとして、弁済事務を効率化し債権者管理の便宜を図る、といった債務者の利益をも譲渡禁止特約が付された趣旨に含まれるのであれば、債務者は、遅滞に陥れようとする譲受人の催告にも譲渡禁止特約を対抗することができることになろう。この点は、個別の特約の解釈によるべきものといえるが、原則として後者の解釈が妥当するように思われ、また例えば預金債権には後者の解釈が妥当するだろう。

いずれにしても、本件の規律による催告により債務者が遅滞に陥ることはありうるところであり、催告要件につき債務者が遅滞の責任を負う場合に厳格に限定されるかのような表現をとるのは妥当でなく、催告解除に関する民法 541 条と同様、債務者が「その債務を履行しない場合において」との表現がとられるべきである。

3 譲渡人についての倒産手続開始、譲渡人の債権者による差押えについて

(1) 譲渡禁止特約を対抗できなくなる事由として、譲渡人についての倒産手続開始、譲渡人の債権者による差押えを挙げる見解が存することは承知しているが、その理由は説得的なものであるとはいえず、かつ、多くの支持を得られているとはいいがたいことからすれば、かかる見解は、注記にとどめるべきである。

すなわち、部会資料の概要欄には、譲渡人の倒産手続開始を、特約を対抗できない事由とすることについて、「譲渡人の受領権限を破産管財人等が承継すると、譲渡制限特約付債権は破産財団等に帰属しないにもかかわらず、譲受人が債権全額の回収を受けることができなくなるおそれが生じ、譲受人の保護に欠けることになる」との理由が挙げられているが、譲受人の当該リスクは、譲渡人の倒産手続が開始する前から生じていたものであり、譲渡人が債務者から弁済を受け譲受人に償還する前に、譲渡人に倒産手続が開始された場合には、譲受人の当該償還請求権は倒産債権と取扱われるのである。むしろ、たまたま債務者が譲渡人の倒産手続開始後に特約付き債権を弁済する場合に、譲受人が譲渡人の信用リスクから完全に切り離されるものとする上記 1(4)ウの規律のほうが唐突であって不合理である。

また、部会資料の概要欄には、倒産手続開始時に「譲渡人からその破産管財人等が受領権限を承継するのであるから、債務者にとっては、弁済の相手方を固定する利益はもはや失われている」との理由も挙げられているが、裁判所が選任する破産管財人等と全くの第三者である譲受人とでは、債務者の被る事務の煩雑さの程度等が全く異なるし、また、管理型ではない再生手続の場合には、譲渡人につき管理处分権を有する主体の変動すら生じていない。

結局、債務者に何らの帰責性のない譲渡人の倒産手続の開始という事由によって、なにゆえ、債務者の譲渡禁止特約による利益が奪われるのか、合理的理由は示されて

おらず、したがってまた、部会の審議においても多くの支持を得られているとはいいいがたいと思われ、かかる事由については注記にとどめるべきである。

- (2) また、譲渡人の債権者による差押えについても、上記と同様、譲渡人が債務者から差押えの前に弁済を受けていれば、譲受人は譲渡人の信用リスクを負わざるを得なかったにもかかわらず、たまたまかかる差押え（それも優先譲受人がいるという意味で、単なる空振りの差押え）があったことにより、譲受人は譲渡人の信用リスクから切り離されるという結果には、合理性が認められない。

上記と同様、債務者に何らの帰責性のない譲渡人に対する差押えという事由によって、債務者の譲渡制限特約による利益が奪われるものとする合理的理由は示されておらず、かかる事由については注記にとどめるべきである。

第3 債権譲渡

3 債権譲渡と債務者の抗弁（民法第468条関係）

(1) 異議をとどめない承諾による抗弁の切断

民法第468条の規律を次のように改めるものとする。

ア 債権が譲渡された場合において、債務者は、譲受人が権利行使要件を備える時までに譲渡人に対して生じた事由をもって譲受人に対抗することができるものとする。

イ 上記アの抗弁を放棄する旨の債務者の意思表示は、書面でしなければ、その効力を生じないものとする。

(意見)

上記 3(1)イの規律に関し、当該規律に代えて、債権譲渡の場合に限定せず、消費者が、事業者に対し、権利または抗弁を放棄する場合には、放棄する権利または抗弁を個別的就具体的に特定して、書面により意思表示を行うのでない限りは、その効力を有しない旨の規律を設けるべき意見があることを少なくとも注記すべきである。

(理由)

上記 3(1)イの規律に対しては、債権自体の放棄については要式性が求められていないなど、民法全体から見てアンバランスな面があることは否めず、また、債務者に包括的に抗弁を放棄させるという運用が横行する可能性が危惧されることから、抗弁の放棄に書面性を要求するだけでは足りないと考えられる。そこで、消費者概念を用いることにより意思表示の方式に特則を設ける根拠を明確にし、かつ、抗弁の放棄だけではなく権利の放棄をも包摂して、権利・抗弁一般について包括的な放棄を規制すべきである。

第3 債権譲渡

4 将来債権譲渡

(3) 将来債権の譲受人は、上記(1)後段にかかわらず、譲渡人以外の第三者が当事者となった契約上の地位に基づき発生した債権を取得することができないものとする。ただし、譲渡人から第三者がその契約上の地位を承継した場合には、譲受人は、その地位に基づいて発生した債権を取得することができるものとする。

(注) 上記(3)に付け加えて、将来発生する不動産の賃料債権の譲受人は、譲渡人から第三者が譲り受けた契約上の地位に基づき発生した債権であっても、当該債権を取得することができない旨の規定を併せて設けるものとするという考え方もある。

(意見)

- 1 上記(3)の規律の内容については賛成するが、表現が分かりにくいことから、「将来する契約によって生ずべき債権を譲渡した場合には、譲渡人が締結した契約によって発生した債権に限り、当該譲渡の効力を生ずるものとする」といった表現に改めるべきである。
- 2 注記に関し、不動産の賃料債権の譲渡につき特別の規律を設けることには賛成するが、その内容は、当該賃貸借がその後その不動産の所有権を取得した第三者に対しても効力を有する場合に、賃料譲渡を不動産登記簿に登録したときに限り、当該第三者に対抗できる旨の規律とすべきである。

(理由)

1 上記(3)の規律について

上記(3)の規律については、その内容については賛成するが、表現上の問題としていかなる場面の規律であるかが直ちには理解しにくい。この規律は、譲渡人が、将来締結する可能性のある契約を包括的に特定し、かかる契約に基づいて生ずべき債権を譲渡した場合を前提とした規律であり、規律の表現上もそのことをまず明らかにすべきである。

また、上記(3)の規律は、かかる場合に、譲渡人が締結した契約によって生じた債権（当該契約について譲渡人の契約上の地位が第三者に譲渡され、当該第三者のもとで具体的に発生した債権を含む。）に限り、債権譲渡の効力を認める趣旨にほかならないのであるから、規律の表現上もその旨直裁に記載すれば足りるように思われる。

2 上記(3)の注記について

不動産の賃料債権の譲渡について特別の規律を設けることには賛成するが、注記に紹介されている規律のように、賃料債権の譲渡のみ、譲渡の効力そのものを他の将来債権譲渡の場合と根本的に違えるのはあまりに便宜的であり、理論的根拠付けは困難であるというべきである。むしろ、不動産については、登記簿制度が完備され、賃貸借の登記も可能であることから、賃貸借登記に賃料譲渡を付記登記した場合にのみ、その後の不動産取得者に対して賃料譲渡の効力を対抗できるものとするべきである（ただし、当該賃

貸借契約がその後の不動産取得者に効力を生じるものでない場合には、賃料譲渡も対抗できないのは当然である。なお、不動産取得者以外の第三者に賃料債権譲渡を対抗するには、通常の第三者対抗要件具備（確定日付けある通知・承諾ないし債権譲渡登記）で足りるものとしてよいだろう。また賃料債権譲渡について不動産登記簿に登記したときは、当該登記のみをもって不動産取得者以外の第三者にも対抗できるものとしてよいだろう。

第3 債権譲渡

【取り上げなかった論点】

- 部会資料37第1、1(2)オ「将来債権の譲渡後に付された譲渡禁止特約の対抗の可否」
[11頁]

（意見）

上記論点は、中間試案に取り上げるべきである。

（理由）

将来債権譲渡について明文化しつつ、上記論点についての規律を設けることを見送るならば、将来債権譲渡についても譲渡禁止特約に関する部会資料の第3、1(3)の規律がそのまま適用されるものと理解されざるを得ないところである。この点、当該規律における悪意重過失の対象は譲渡禁止特約が（既に）存在していることであるところ、将来債権譲渡契約がなされる段階では、債権が未発生である以上特約もまだ存在していないから、特約の存在について悪意重過失であることは論理的にあり得ず、結局、債務者は、常に譲渡禁止特約を譲受人に対抗できないことになりかねない。

したがって、譲渡禁止特約における債務者の利益と将来債権譲渡の譲受人の利益を適切に調整するため、別途の規律を設ける必要がある。この点、部会資料第3、1(3)の規律における悪意重過失の対象を特約の発生可能性にして将来債権譲渡に対応させることも考えられる。しかし、将来債権の譲受人は、将来発生することが不確実な債権を譲受けたに過ぎず、譲受人の期待どおりに債権が発生しなかった場合でも債務者に対し何らの異議も述べることができないのだから、発生した債権が譲渡禁止特約付きであった場合でも、原則として、債務者の利益が優先されるべきであり、例外的に債務者が特約を対抗できないのは、濫用的な目的で譲渡禁止特約が付された場合（もっぱら譲受人を害する目的で特約が付された場合）に限られるというべきである。

いずれにしても、将来債権譲渡に対応した譲渡禁止特約の規律を別途設けるべきである。

第5 債務引受け

2 免責的債務引受

- (1) 免責的債務引受においては、引受人は債務者が債権者に対して負担する債務と同一の債務を引き受け、債務者は自己の債務を免れるものとする。
- (2) 免責的債務引受は、引受人が上記(1)の債務を引き受ける旨を債権者に対して約し、債権者が債務者に対して免責の意思表示をすることによってするものとする。

(意見)

- 1 上記 2(2)の規律は、免責的債務引受けを、併存的債務引受けに債務免除が付加されたものと捉えるものと解する余地があつて不適切であるから、かかる解釈の余地のない表現に改められるべきである。
- 2 上記 2(1)(2)に関し、免責的債務引受けを債務の移転と捉える考え方が少なくとも注記されるべきである。

(理由)

- 1 併存的債務引受けに債務免除が付加されたものとする構成について

上記(2)の規律は、その表現上、免責的債務引受けを、併存的債務引受けに債権者の債務者に対する免除が付加されたものと構成する前提に立っているように思われ、少なくともそのような前提に立つとの疑義を生じさせる表現であることは明らかである。すなわち、同規律によれば、免責的債務引受けは、債権者と引受人との合意のみによっては成立せず、別途、債権者の債務者に対する「免責の意思表示」があつてはじめて成立するものと解されることになるし、また、債権者と引受人が合意すべき内容は、併存的債務引受けの場合に合意すべき内容と異ならないものとうかがわれるからである。

しかし、かかる考え方は、当事者意思に対応した法効果を与えるという民法の基本思想に反し、引受人に予期しない結果をもたらすものであり、到底妥当なものとは思われない。すなわち、上記の規律によれば、引受人が免責的債務引受けの効果を欲して債務引受けの意思表示を行なったにもかかわらず、債権者が免除を行なわない場合に引受人の意思に反して併存的債務引受けが成立する。一般に、免責的債務引受けをしようとする引受人は、債務者との原因関係において、免責的債務引受けの対価が合意されているのが通常であるが(例えば、住宅ローンの免責的債務引受けがなされる対価として当該住宅の譲渡が合意される等)、意に反して併存的債務引受けが成立するならば、引受人は対価を得られない一方で債権者に債務を負担することとなって、不当というほかない。そもそも、(債務引受けの合意の趣旨が併存的か免責的かが不明の場合に併存的債務引受けをデフォルトとするのは理解できるが)当事者が明確に免責的債務引受けを合意しているにもかかわらず(反対の特約がない限り)債権者の意向次第で併存的債務引受けが成立しうるものとするのは、当事者意思に対応した法効果を与えるという基本思想に反するものである。

したがって、上記 2(2)の規律については、例えば、「債権者が債務者に対して免責の意思表示をすること」を「債権者がこれに対し債務者を免責する旨を約すること」に改め、かかる債権者と引受人間の合意により当然に債務者の免責の効果が生じる（あるいは免除の規律の見直しに整合させ、さらに債務者の意思に反しないこと等を要件として免責の効果が生じる）ものとすべきである。

2 債務の移転の構成について

免責的債務引受けは、従前より、契約に基づいて債務の移転の効果を生じさせるものと理解されてきたところであり、相続、合併等などにより包括的に債務が移転する場合との対比において理解するのが明快であるし、かかる理解によることに特段の不都合もなく、かえって上記 2(2)の規律における上記問題も生じない。

そこで、免責的債務引受けを債務の移転の構成で理解する規律（例えば、「免責的債務引受けは、引受人が債権者に対し債務者の負担している債務を免責的に引受けを約し、債権者がこれを承諾することによって、その効力を生ずる。」、「債務者の負担していた債務は、免責的債務引受けの時に、引受人に移転する。」）が、少なくとも注記されるべきである。

第5 債務引受け

3 免責的債務引受による引受けの効果等

- (1) 引受人は、免責的債務引受により前記 2 (1)の債務を引き受けたことによって、債務者に対して求償することはできないものとする。

(意見)

上記 3(1)に関し、少なくとも、免責的債務引受けの場合の求償権について規定を設けない考え方が注記されるべきである。

(理由)

部会資料の備考欄には、上記 3(1)の規律は、債務者と引受人との間で引受けの対価を支払う約束をすることを妨げるものではない旨の記載があるところである。しかしながら、そもそも求償権は、債務者が自己の債務を弁済したにもかかわらず、そのことが他の者への精算の請求の理由となるべき場面で問題となる権利であるものと思われ、したがってまた、通常、同一の債務を負う複数の債務者がある場合にそのうちの一人の債務者が弁済をしたときに問題となる権利であるものと思われる。この点、免責的債務引受けがなされた場合は、併存的債務引受けとは異なり、同一の債務を負う複数の債務者の存在を前提としておらず、かかる場合にそういった意味での求償権が発生しないのは、わざわざ規律を設けなくても当然のことと解される。にもかかわらず上記 3(1)の規律があえて設けられるならば、免責的債務引受けにおいては、引受人が債務者に対し原因関

係上の対価を請求することも許されないとの誤解を招くものであって妥当でない。

また、上記 3(1)の規律が、仮に、引受人が、引受けた債務を履行した場合に生ずる求償権を問題にするものではなく、免責的債務引受けがなされたこと自体により生ずる求償権を問題にするものであるならば（上記 3(1)の規律の文言上はむしろそのように理解される）、債権譲渡の場合も、譲渡により債権を喪失した譲渡人の譲受人に対する求償権が生ずるか否かが問題になりかねないが、通常はかかる求償権が発生しないことは当然視されており、かかる規律を設けることは、いたずらに求償権ないし不当利得法の議論を拡散させ、議論を複雑にするだけのもののように思われる。

さらには、部会資料の備考欄によれば、免責的債務引受けがなされることによって、債務者は債権債務から完全に解放されると期待すると考えられるとし、上記 3(1)の規律は、事務管理、不当利得等によっても求償権が発生しない旨を定める趣旨とされるが、例えば、債務者の関与のなく、債権者と引受人間で免責的債務引受けが合意された場合に、必ずしも債務者にそのような期待があるとは考えられず、かかる場合に不当利得等が生じるか否かは引続き解釈に委ねるのが妥当である。

以上のとおり、上記 3(1)の規律を設けることは種々の疑問があり、これらについて審議が十分に尽くされているとはいいがたく、規律を設けない考え方が存することが少なくとも注記されるべきである。

第6 契約上の地位の移転

契約の当事者の一方が第三者との間で契約上の地位を譲渡する旨の合意をし、その契約の相手方が当該合意を承諾したときは、譲受人は、譲渡人の契約上の地位を承継するものとする。ただし、法令に特別の定めがある場合には、相手方の承諾を要しないものとする。

（意見）

ただし書は削除されるべきである。

（理由）

かかるただし書の規律が存在しなくても、法令に特別の定めがある場合に当該定めが優先されるのは当然であるから無益なものであるし、かえってかかるただし書があれば、法令に特別の定めがない限りは、一切の例外なく相手方の承諾を要するとの趣旨を含みかねず、柔軟な解釈の余地を奪うものであって有害である。

以上