

民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(2)

目次

第1	多数当事者の債権及び債務（保証債務を除く。）	1
1	債務者が複数の場合	1
2	連帯債務者の一人について生じた事由の効力等	3
	(1) 履行の請求（民法第434条関係）	3
	(2) 連帯債務者の一人による相殺（民法第436条関係）	4
	(3) 連帯債務者の一人に対する免除（民法第437条関係）	6
	(4) 連帯債務者の一人についての時効の完成（民法第439条関係）	9
	(5) 相対的効力の原則（民法第440条関係）	11
3	破産手続の開始（民法第441条関係）	14
4	連帯債務者間の求償関係	15
	(1) 連帯債務者間の求償権（民法第442条第1項関係）	15
	(2) 負担部分を有する連帯債務者が全て無資力者である場合の求償関係（民法第444条本文関係）	17
	(3) 連帯の免除をした場合の債権者の負担（民法第445条関係）	18
5	不可分債務	19
第2	保証債務	22
1	保証債務の付従性（民法第448条関係）	22
2	主たる債務者の有する抗弁（民法第457条第2項関係）	23
3	委託を受けた保証人の求償権（民法第459条・第460条関係）	26
4	連帯保証人に対する履行の請求の効力（民法第458条関係）	29
第3	債務引受	31
1	併存的債務引受	31
2	免責的債務引受	35
3	免責的債務引受による引受けの効果	38
4	免責的債務引受による担保権等の移転	40
第4	契約の成立	42
1	申込みと承諾	42
2	承諾の期間の定めのある申込み（民法第521条第1項・第522条関係）	44
3	承諾の期間の定めのない申込み（民法第524条関係）	46
4	対話者間における申込み	47
5	申込者の死亡等（民法第525条関係）	49

6	契約の成立時期（民法第526条第1項・第527条関係）	51
7	懸賞広告（民法第529条・第530条関係）	53
第5	第三者のためにする契約	57
1	第三者のためにする契約の成立等（民法第537条関係）	57
2	要約者による解除権の行使（民法第538条関係）	60

第1 多数当事者の債権及び債務（保証債務を除く。）

1 債務者が複数の場合

民法第432条の規律を次のように改めるものとする。

債権の目的がその性質上可分である場合において、数人が連帯して債務を負担する旨の法令又は法律行為の定めがあるときは、債権者は、その連帯債務者の一人に対し、又は同時に若しくは順次にすべての連帯債務者に対し、全部又は一部の履行を請求することができる。

○中間試案第16、1「債務者が複数の場合」

(1) 同一の債務について数人の債務者がある場合において、当該債務の内容がその性質上可分であるときは、各債務者は、分割債務を負担するものとする。ただし、法令又は法律行為の定めがある場合には、各債務者は、連帯債務を負担するものとする。

(2) 同一の債務について数人の債務者がある場合において、当該債務の内容がその性質上不可分であるときは、各債務者は、不可分債務を負担するものとする。

(説明)

1 連帯債務に関する規定

(1) 問題の所在

民法第432条は、数人が連帯債務を負担する場合について、債権者が一人又はすべての連帯債務者に対して履行を請求することができることを規定している。しかし、数人の債務者がどのような場合に連帯債務を負担することになるかは明らかにしておらず、同条及び同条以下の連帯債務に関する規定がどのような場合に適用されることになるかは、条文上は不明な状態にある。他方、分割債権及び分割債務に関する同法第427条や、不可分債権に関する同法第428条は、どのような場合に分割債権、分割債務又は不可分債権が発生するかを規定しており、これらに関する規定の適用場面が明確にされている。

以上を踏まえ、連帯債務に関する規定が適用される場面を明らかにするとともに、それぞれの債権債務関係に関する規定事項について、分割債権債務や不可分債権と足並みを揃えるため、連帯債務がどのような場合に成立するかに関する規定を設ける必要がある。

(2) 改正の内容

複数の債務者が同一の給付を目的とする債務を負担する場合に、その給付内容が性質上不可分である場合には不可分債務（民法第430条）が成立するから、連帯債務が成立するのは、複数の債務者が、その目的が性質上可分な債務を負担する場合である。

また、連帯債務は、一般に、法律行為又は法律の規定によって成立するとされる。契約でなく、法律行為とされているのは、特定の者に一定の金額を遺贈し、共同相続人の連帯債務とするなど、遺言によって成立させることも可能であると考えられてい

るからである。

素案(1)は、以上の一般的な理解に従い、数人の債務者が、その目的が性質上可分な債務を負担する場合において、法律行為又は法令の規定があるときに、数人の債務者が連帯債務を負担することとしている。法律の規定によって連帯債務が成立する場合の例としては、民法第719条第1項、同法第761条、商法第511条第1項、会社法第430条、一般社団法人及び一般財団法人に関する法律第118条などが挙げられる。

素案(1)のうち、「債権者は、その連帯債務者の一人に対し、又は同時に若しくは順次にすべての連帯債務者に対し、全部又は一部の履行を請求することができる。」とする部分は、数人の債務者が連帯債務を負担する場合における債権者の請求の権限について、民法第432条の規律を維持するものである。

2 債務者複数の場合についての規定方法

中間試案においては、同一の債務について数人の債務者がある場合の債権債務関係として、分割債務関係、連帯債務関係、不可分債務関係があることを前提に、当該債務の内容がその性質上可分であるときは分割債務、ただし、法令又は法律行為の定めがある場合には連帯債務を負担すること、当該債務の内容がその性質上不可分であるときは不可分債務を負担することを規定するという案が示されていた。分割債務、連帯債務、不可分債務がどのような場合に成立するかをまず明らかにした上で、それぞれの関係の内容はその後に記述するというスタイルである。しかし、分割債務、連帯債務、不可分債務のそれぞれの内容を示さないまま、例えば「連帯債務を負担する」という規定を設けることについては、その規定の内容が必ずしも明瞭にならないとも考えられる。

そこで、素案では、連帯債務がどのような場合に成立するかと、連帯債務の基本的な効力（民法第432条）とを合わせて規定するという案を示している。同様に、不可分債務についても、どのような場合にこれが成立するかと、その内容とを合わせて規定する案を示している（後記5）。これは、連帯債務等の成立要件のみを定めた中間試案第16、1とは規定方法が異なっているだけであり、内容的には中間試案の考え方を変更するものではない。

また、このたたき台では、分割債権及び分割債務に関する民法第427条は、これを改正せず、多数当事者の債権債務に関する原則的な規定として冒頭の位置に維持することを想定している。したがって、中間試案第16、2については、このたたき台では明示的に取り上げていないが、これも内容的に変更することを意図したものではない。

《参考・現行条文》

（共同不法行為者の責任）

民法第719条 数人が共同の不法行為によって他人に損害を加えたときは、各自が連帯してその損害を賠償する責任を負う。共同行為者のうちいずれの者がその損害を加えたかを知ることができないときも、同様とする。

2 （略）

(日常の家事に関する債務の連帯責任)

民法第761条 夫婦の一方が日常の家事に関して第三者と法律行為をしたときは、他の一方は、これによって生じた債務について、連帯してその責任を負う。ただし、第三者に対し責任を負わない旨を予告した場合は、この限りでない。

(多数当事者間の債務の連帯)

商法第511条 数人の者がその一人又は全員のために商行為となる行為によって債務を負担したときは、その債務は、各自が連帯して負担する。

2 (略)

(役員等の連帯責任)

会社法第430条 役員等が株式会社又は第三者に生じた損害を賠償する責任を負う場合において、他の役員等も当該損害を賠償する責任を負うときは、これらの者は、連帯債務者とする。

(役員等の連帯責任)

一般社団法人及び一般財団法人に関する法律第118条 役員等が一般社団法人又は第三者に生じた損害を賠償する責任を負う場合において、他の役員等も当該損害を賠償する責任を負うときは、これらの者は、連帯債務者とする。

2 連帯債務者の一人について生じた事由の効力等

(1) 履行の請求 (民法第434条関係)

民法第434条を削除するものとする。

○中間試案第16、3(1)「履行の請求 (民法第434条関係)」

民法第434条の規律を改め、連帯債務者の一人に対する履行の請求は、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。

(注) 連帯債務者の一人に対する履行の請求が相対的効力事由であることを原則としつつ、各債務者間に協働関係がある場合に限りこれを絶対的効力事由とするという考え方がある。

(説明)

1 問題の所在

民法第434条は、連帯債務者の一人に対する履行の請求は他の連帯債務者に対しても効力を生ずる旨を規定している。これは、連帯債務者間に共同事業関係や共同生活関係が存在することが多いことから、請求に絶対的効力を認める処理が合理的であるという根拠に基づくとされている。また、民法が債権を満足させる事由以外の事由にも絶対的効力を認めたこと、特に時効の完成に絶対的効力を認めたことによる債権の弱体化に

見合うものとして認められたとされている。

民法第434条が請求の絶対的効力を認めることに対しては、これはもっぱら債権の効力を強化することを目的とするが、履行の請求を受けていない連帯債務者にとっては、自分の知らない間に履行遅滞に陥っていたり（民法第412条第3項参照）、消滅時効が中断していたりするなど（同法第147条第1号参照）、不利益が大きい点で問題があるとの指摘がある。

2 改正の内容

民法第434条は、連帯債務者間には主観的な共同関係があることから、そのうちの一人に対して請求をした場合には他の連帯債務者にも効力が及ぶとするのが合理的であるという考え方に基づくものである。しかし、連帯債務者間の関係は様々であり、必ずしもこのような主観的な共同関係が強い場合ばかりではない。また、請求に絶対的効力を認めることについては問題が指摘されつつも、民法が絶対的効力事由を広く認め、連帯債務者に対する債権の効力を弱めてきたこととの均衡上許容されるとされてきたが、今般の改正では、連帯債務者の一人に生じた事由の効力を原則として相対的効力とすることとされている（後記(3)から(5)まで）。このような改正がされるのであれば、債権の効力を弱める絶対的効力事由の多さとの均衡上請求に絶対的効力を認めるという根拠も失われることになる。

連帯債務者間に強い共同関係がない場合に請求の絶対的効力を認めることの弊害を回避するのであれば、連帯債務者間の関係に着目し、それが弱い場合には相対的効力のみを認めることも考えられる。しかし、請求が絶対的効力を有する場合と相対的効力を有する場合とを連帯債務者間の主観的共同関係の有無によって判断することについては、明確な基準を設けることは困難であると考えられ、実務的にも、その基準の適用をめぐる紛争が生じ、債権者が絶対的効力を生ずると考えていたのに、結果的に相対的効力しか生じないとすると実務は安定しないことから、当事者間の合意の有無によって絶対的効力か相対的効力かを区別するのがもっとも明確であるとの指摘がある。

以上から、素案では、当事者間に特段の合意がない場合の原則的な規定としては、請求は相対的効力のみを有するという立場を採り、民法第434条を削除することとしている。同条が削除されることにより、請求の効力については、当事者の一人に生じた事由の効力に関する原則的な規定である同法第440条が適用され、これによって相対的効力を有するに過ぎないこととなる。もっとも、後記(5)の素案に規定するように、債権者と他の連帯債務者との間に別段の合意があるときは、当該連帯債務者については、絶対的効力が及ぶことになる。例えば、連帯債務者A及びBが債権者に対して連帯債務を負担している場合に、債権者がAに請求をした場合にはBにその効力が及ぶことがあらかじめ債権者とBとの間で合意されていたときは、Aに対する請求はBに対しても効力を有することとなる。

(2) 連帯債務者の一人による相殺（民法第436条関係）

民法第436条の規律を次のように改めるものとする。

ア 連帯債務者の一人が債権者に対して債権を有する場合において、その連

帯債務者が相殺を援用したときは、債権は、すべての連帯債務者の利益のために消滅するものとする。

イ 前項の債権を有する連帯債務者が相殺を援用しない間は、その連帯債務者の負担部分の限度で、他の連帯債務者は、自己の債務の履行を拒絶することができるものとする。

○中間試案第16、3(2)「更改、相殺等の事由（民法第435条から第440条まで関係）」

民法第435条から第440条まで（同法第436条第1項を除く。）の規律を次のように改めるものとする。

ア・イ 略

ウ 連帯債務者の一人が債権者に対して債権を有する場合において、その連帯債務者が相殺を援用しない間は、その連帯債務者の負担部分の限度で、他の連帯債務者は、自己の債務の履行を拒絶することができるものとする。

(注) 略

(説明)

1 素案アについて

素案アは、民法第436条第1項を維持するものである。

2 素案イについて

(1) 問題の所在

民法第436条第2項は、連帯債務者の一人が債権者に対して債権を有する場合に、その連帯債務者が相殺を援用しない間は、その連帯債務者の負担部分について、他の連帯債務者が相殺を援用することができる」と規定しているが、これは、当事者間の関係を簡易に決済しようとしたものであると解されている。例えば、A、Bの2名の連帯債務者が債権者に対して100万円の連帯債務を負い、その負担部分がそれぞれ平等である場合において、Aが債権者に対して100万円の反対債権を有していたという事例で、仮に、同項が存在しないとすると、Bが債権者に対して100万円を支払った後、BはAに対して50万円を求償し、Aは債権者に対して反対債権の請求をすることになるから、結局、求償の循環に類似した状況が生ずることになる。これに対し、同項の下では、Bは、Aの負担部分（50万円）の限度で相殺を援用し、残りの50万円を債権者に支払えばよいことになる。

民法第436条第2項の趣旨は上記のとおりであるが、同項に言う「相殺を援用することができる」の意味については見解が分かれている。すなわち、①反対債権を有する連帯債務者の負担部分の限度で、他の連帯債務者がその反対債権を自働債権とする相殺の意思表示をすることができるという理解と、②同項は、反対債権を有する連帯債務者の負担部分の限度で、他の連帯債務者は履行を拒絶することができるという抗弁権を与えたものであるという理解がある。判例（大判昭和12年12月11日民集16巻1945頁）は、上記①の見解を採り、他の連帯債務者が相殺の意思表示を

することができるとしている。しかし、連帯債務者の一人の有する債権を用いて他の連帯債務者が相殺の意思表示をすることができるとする、連帯債務者の間で相互に他人の債権を処分することができることになり適当ではないという批判がされている。

このように、民法第436条第2項に言う「相殺を援用することができる」という文言については理解が分かれており、判例は示されているものの、批判も強く、安定的な解釈が確立しているとは言えないことから、この点を条文上明らかにする必要がある。

(2) 改正の内容

当事者間の関係を簡便に決済するという民法第436条第2項の趣旨からすれば、債権者に対して反対給付を有する連帯債務者の負担割合の限度で、他の連帯債務者が履行を拒むことができるという抗弁権を与えれば足り、それを超えて、他の連帯債務者による債権の処分までを認めることは、他人の財産権に対する過剰な介入になると考えられる。そこで、素案イは、上記①の考え方に従って民法第436条第2項の「相殺を援用することができる」の趣旨を明確にするため、「その連帯債務者の負担部分の限度で、他の連帯債務者は、自己の債務の履行を拒絶することができる」とすることとした。

(3) 連帯債務者の一人に対する免除（民法第437関係）

ア 民法第437条の規律を次のように改めるものとする。

債権者が連帯債務者の一人に対して債務を免除する場合において、免除の効力がその連帯債務者の負担部分について他の連帯債務者の利益のためにも生ずる旨の意思を表示したときは、その意思に従う。

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きであっても、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。

○中間試案第16、3(2)「更改、相殺等の事由（民法第435条から第440条まで関係）」

民法第435条から第440条まで（同法第436条第1項を除く。）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。

ウ 略

(注) 略

(説明)

1 素案アについて

(1) 問題の所在

民法第437条は、連帯債務者の一人に対する債務の免除は、その免除を受けた連帯債務者の負担部分の限度で絶対的効力を生ずると規定している。これは、当事者間の関係を簡易に決済しようとしたものであると解されている。例えば、A、B、Cの3名の連帯債務者が債権者に対して30万円の連帯債務を負い、その負担部分がそれぞれ平等である場合において債権者がAに対して債務の免除をした事例を考えると、仮に同条が存在せず、Aに対する免除がBとCに何ら影響しなければ、BとCの30万円の支払義務が存続し、Bが債権者に対して30万円を支払ったとすると、BはAとCに対して10万円ずつの求償をすることができることになる。ここで、Aが10万円の求償に応じた場合には、Aは債権者から債務の免除を受けたにもかかわらず10万円の支出を強いられたとして、債権者に対して10万円の求償（不当利得返還請求）をすることができるという考え方を採ると、結果的には債権者は20万円を受け取り、BとCが10万円ずつを支払ったことになる。しかし、このような関係は求償の循環が生じて費用がかかる上、その間に無資力者が現れることによる不公平が生ずるおそれがある。そこで、同条は、このような求償の循環や不公平を回避するため、Aが免除されたときは、その負担部分である10万円の限度でBとCも債務を免れ、債権者に対して20万円を支払えば足りることとしたのである。Bが20万円を支払った場合には、Cに対して10万円を求償することができることになる。

民法第437条の規定の趣旨は以上のとおりであるが、これは任意規定であり、当事者がこれと異なる意思を表示したときは、相対的効力を有するに過ぎないと考えられている。

民法第437条の規定に対しては、債権者が連帯債務者の一人に対して債務の免除をする場合には、債権者は単にその連帯債務者に対しては請求しないという意思を有しているにすぎず、他の連帯債務者に対してまで債務の免除をするという意思は有していないのが通常であり、連帯債務者の一人に対する債務の免除が他の債務者に対する効力を有するという同条の内容は、債権者の通常の意味に反して債権の効力を弱めるものであるとして批判されている。連帯債務者の一人に対して免除を行う場合の通常の意味は、他の連帯債務者に対する債務には影響を及ぼさないというものであることが一般的であると考えられ、同条の規定は取引の実態に適合しないものとなっていると言える。

(2) 改正の内容

素案アは、民法第437条と一般的な債権者の意思との乖離を解消するため、債権者が連帯債務者の一人に対して免除をした場合であっても、その効力は免除を受けた連帯債務者に対して及ぶに過ぎず、他の連帯債務者に対する効力を有しないという立場を採るものである。

もっとも、免除が絶対的効力を有するという同条の規律は債権者の通常の意味に合致しないというだけであり、債権者が他の連帯債務者に対して効力を及ぼす意思を有していたのであれば、従来どおり、他の連帯債務者に対して効力が及ぶことを否定す

る理由はない。しかし、単に民法第437条を削除するだけでは、債権者の意思によって他の連帯債務者の債務を消滅させられるかどうかは明確ではない。同条がなければ、免除があった場合の効果については相対的効力の原則を定めた後記(6)の規定が適用されることになるが、この規定においては、絶対的効力が及ぶ連帯債務者と債権者との事前の合意によって、当該連帯債務者に対して、他の連帯債務者に生じた事由の効力を及ぼすことができることが明示されているものの、ある事由が生じた一人の連帯債務者と債権者の合意によって、その事由の効力を他の連帯債務者に及ぼすことができるかは規定されていないからである。むしろ、他の連帯債務者の債務を消滅させるにはその連帯債務者に対する意思表示が必要であるとも考えられる。

また、仮に他の連帯債務者に対する免除の意思表示をしたとしても、明文の規定なく民法第437条と同様の規律を導くことができるかどうかには疑問がある。例えば、債権者に対してA、B及びCが30万円の連帯債務を負担し、それぞれの負担割合が平等である場合に、債権者がAに対して全額の免除をすると、同条によれば、Aの債務は消滅し、B及びCは20万円の連帯債務を負担することになり、Bが債務を履行するとCに対して10万円を求償することができることになる。他方、同条の絶対的効力を廃止し、相対的効力としても、Aに対して全額の免除をするとともに、B及びCに対してそれぞれ10万円を免除すると、Aの債務は消滅し、B及びCは20万円の連帯債務を負担することになる点では上記と同様の効果が生ずる。しかし、Bが20万円を弁済した場合には、Aに対する免除が相対効である以上、Cに対してだけでなくAに対しても求償をすることができると考えられ、同条が適用されたのとは異なる結果が生ずることになる。このように、債権者が望んだとしてもこれまでと同様の法律関係を生じさせることができないとすると継続性の観点から問題があるし、実際上も、内部関係を含めてAのみを完全に債務から解放する意思を債権者が有している場合に、これを実現する手段が失われるのは問題である。

そこで、素案アは、免除の効力がその連帯債務者の負担部分について他の連帯債務者の利益のためにも生ずる旨の意思を表示したときはその意思に従うこととし、債権者の意思により、民法第437条に基づいて従来生じていた効果を発生させることができることとした。

もっとも、素案アは、現在は民法第437条に基づいて連帯債務者の一人に対する免除によって実現することができるが、改正によってできなくなる事態を避けることを目的とするものである。連帯債務者の一人について内部関係も含めて免責することに実務的な必要性がないとすれば、民法第437条を単純に削除することも考えられるが、どのように考えるか。

2 素案イについて

(1) 問題の所在

現在は、民法第437条に基づいて連帯債務者の一人に対する免除にはその負担部分の限度で絶対的効力を有するとされているため、この規定が適用される場合には、債務の免除を受けた連帯債務者が他の連帯債務者から求償を受けることはない。しかし、免除の効果を相対的効力に改めると、債務の免除を受けた連帯債務者は、他の連

帯債務者から求償に応じた場合に、債権者に対して求償に応じた分の返還を求めることができるかどうかの問題になる。現在でも、同条が任意規定と解されていることから、当事者の意思によって免除が相対的効力とされた場合には同様の問題が生ずるが、相対的効力であることが原則的な規律になれば、問題がより顕在化すると考えられる。

この点については、求償に応じた連帯債務者は債権者から債務の免除を受けたにもかかわらず他の連帯債務者に対する求償に応ずることを強いられたとして、債権者に対して不当利得返還請求をすることができるという考え方がある一方、この場合には、債権者はBとCに対する全額の債権を有しており、その履行を受けただけであって法律上の原因なくして利得を得たとは言えないから、債務の免除を受けた債務者は債権者に対して求償することはできないとも考えられ、解釈は定まっていない。このため、免除の原則的な効力を相対的効力に改めた場合には、この点について明確にしておかなければ、その後の解釈の混乱を招くおそれがある。

(2) 改正の内容

素案イは、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分についての求償（不当利得返還請求）をすることはできないという解釈に従い、これを明文化することとしている。その理由は、以下のとおりである。

まず、債権者は債務の免除を受けた連帯債務者でない連帯債務者に対する債権に基づいて当該債権額に相当する金銭の支払を受けたにすぎず、法律上の原因なき利益を何ら取得していないから、債権者は、債務の免除を受けた連帯債務者の損失において債権者が利得したという関係にはないと考えられる。また、連帯債務者の一人に対して免除をした債権者は、通常は、他の連帯債務者から全額の履行を得ようと考えており、債権者に対する返還請求を認めることは通常の債権者の意思に反する。

(4) 連帯債務者の一人についての時効の完成（民法第439条関係）

ア 民法第439条を削除するものとする。

イ 連帯債務者の一人のために時効が完成した場合において、その連帯債務者は、他の連帯債務者からの求償に応じたときであっても、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。

○中間試案第16、3(2)「更改、相殺等の事由（民法第435条から第440条まで関係）」

民法第435条から第440条まで（同法第436条第1項を除く。）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 略

（注）略

(説明)

1 素案アについて

(1) 問題の所在

民法第439条は、連帯債務者の一人について時効が完成した場合には、その時効が完成した連帯債務者の負担部分の限度で絶対的効力を生ずることを規定する。これは、当事者間の関係を簡易に決済しようとしたものであると解されている。例えば、A、B、Cの3名の連帯債務者が債権者に対して30万円の連帯債務を負い、その負担部分がそれぞれ平等である場合においてAの債務について時効が完成した事例を考えると、仮に同条が存在せず、Aの債務についての時効の完成がBとCに何ら影響しなければ、BとCの30万円の支払義務が存続し、Bが債権者に対して30万円を支払ったとすると、BはAとCに対して10万円ずつの求償をすることができることになる。ここで、Aが10万円の求償に応じた場合には、Aは自分の債務について時効が完成したにもかかわらず10万円の支出を強いられたとして、債権者に対して10万円の求償(不当利得返還請求)をすることができるという考え方を採ると、結果的には債権者は20万円を受け取り、BとCが10万円ずつを支払ったことになる。しかし、このような関係は求償の循環が生じて費用がかかる上、その間に無資力者が現れることによる不公平が生ずるおそれがある。そこで、同条は、このような求償の循環や不公平を回避するため、Aの債務について時効が完成した場合には、その負担部分である10万円の限度でBとCも債務を免れ、債権者に対して20万円を支払えば足りることとしたのである。Bが20万円を支払った場合には、Cに対して10万円を求償することができることになる。

民法第439条の規定に対しては、債権者が、連帯債務者のうちの資力のある者から弁済を受けるつもりで、この者に対する債権が消滅時効にかかることを防いでいる場合に、他の債務者に対する債権が時効によって消滅することによって、この者に対する債権もその影響を受けるのは疑問であるとの批判がある。

2 改正の内容

民法第439条は、債権者がすべての連帯債務者に対して時効中断措置をとっておかないと債務が縮減することになるという時効管理面でのリスクを債権者に負わせるものである。しかし、今日の取引においては、連帯債務は多数の債務者の一人でも資力があれば全部の弁済を受けることができる点で債権の効力を強化し、相互に担保するという作用を有することが重視されているのに、民法は債権の効力の強化よりも連帯債務者間の緊密な関係にやや重きを置きすぎ、特に連帯債務者間の負担部分を基礎とする絶対的効力事由には問題があるとの指摘がされている。時効の完成については、学説上も上記のように批判が強く、実務上も、相対的効力が望ましいという意見が強い。

そこで、連帯債務者の一人についての時効の完成には相対的効力しか認められないことを原則とする立場を採ることとしている。その結果、連帯債務者の一人について時効が完成した場合の効力については、当事者の一人に生じた事由の効力に関する原

則的な規定である民法同法第440条に委ねられることとなり、これによって相対的効力を有するに過ぎないこととなる。もっとも、後記(5)の素案に規定するように、債権者と他の連帯債務者との間に別段の合意があるときは、当該連帯債務者については、絶対的効力が及ぶことになる。例えば、連帯債務者A及びBが債権者に対して連帯債務を負担している場合に、Aについて完成した時効の効力がBに及ぶことがあらかじめ債権者とBとの間で合意されていたときは、Aについて生じた時効の効力は、Bに対しても効力を有することとなる。

2 素案イについて

(1) 問題の所在

現在は、民法第439条に基づいて連帯債務者の一人のために時効が完成したときはその負担部分の限度で絶対的効力を有するとされているため、この規定が適用される場合には、その債務について時効が完成した連帯債務者が他の連帯債務者から求償を受けることはない。しかし、時効の完成の効果を相対的効力に改めると、その債務について時効が完成した連帯債務者は、他の連帯債務者から求償に応じた場合に、債権者に対して求償に応じた分の返還を求めることができるかどうかが問題になる。

この点については、求償に応じた連帯債務者は時効が完成したにもかかわらず他の連帯債務者に対する求償に応ずることを強いられたとして、債権者に対して不当利得返還請求をすることができるという考え方がある一方、この場合には、債権者はBとCに対する全額の債権を有しており、その履行を受けたただけであって法律上の原因なくして利得を得たとは言えないから、時効が完成した債務者は債権者に対して求償することはできないとも考えられ、解釈は定まっていない。このため、時効の完成の原則的な効力を相対的効力に改めた場合には、この点について明確にしておかなければ、その後の解釈の混乱を招くおそれがある。

(2) 改正の内容

素案イは、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分についての求償（不当利得返還請求）をすることはできないという解釈に従い、これを明文化することとしている。債権者は時効が完成した連帯債務者でない連帯債務者に対する債権に基づいて当該債権額に相当する金銭の支払を受けたにすぎず、法律上の原因なき利益を何ら取得していないから、債権者は、債務の免除を受けた連帯債務者の損失において債権者が利得したという関係にはないと考えられるからである。

(5) 相対的効力の原則（民法第440条関係）

民法第440条の規律を次のように改めるものとする。

連帯債務者の一人について生じた事由は、民法第438条、前記(3)に規定する場合を除き、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。ただし、債権者及び他の連帯債務者の一人が別段の意思を表示したときは、当該他の連帯債務者に対する効力は、その意思に従う。

○中間試案第16、3(2)「更改、相殺等の事由（民法第435条から第440条まで関係）」

民法第435条から第440条まで（同法第436条第1項を除く。）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 略

（注）略

（説明）

1 問題の所在

民法第440条は、連帯債務者の一人に生じた事由について、原則として他の連帯債務者にはその効力が及ばないという相対的効力の原則を規定している。混同については、弁済とみなされるという同法第438条の規律を維持することを想定しており（この（説明）の後記3参照）、また、免除については当事者の意思表示によって絶対的効力を有することとすることができる旨の規定を設けることとしているが、それ以外の事由は相対的効力事由であるという原則を改める必要はないと考えられる。ただし、更改については、絶対効を維持するかどうかを検討事項となっており（部会資料67B第1、1参照）、絶対的効力を有することとするのであれば、相対的効力の原則に対する例外として列挙する必要がある。

特段の規定がある場合を除き、連帯債務者の一人に生じた事由は他の連帯債務者に対して影響を及ぼさないという原則を規定するとしても、当事者がこの原則と異なる内容の合意をし、絶対的効力を有するものとすることができるかどうか、できるとしてどの当事者の合意が必要であるかについては、明文の規定がなく、解釈に委ねられている。

従来は、民法第440条が相対的効力の原則を定めたとは言え、例外として多くの絶対的効力事由が定められていたが、今般の改正により、免除、更改、時効の完成など、これまで絶対的効力を有することとされていた事由が相対的効力のみを有することが検討されているため、当事者の合意によって相対的効力しか有しないとされている事由が絶対的効力を有することとすることができるかどうかという問題が、今後顕在化すると考えられる。また、当事者の合意によって相対的効力しか有しないとされている事由が絶対的効力を有することとすることができるとしても、その場合にどの当事者の間で合意をしなければならないのかなどは明確ではなく、この点について明文の規定を設けておかなければ、その後の解釈に混乱を来すおそれがある。

なお、相対的効力しか有しないとされている事由について、当事者の合意により絶対的効力を有することとすることができるかどうかという問題は、個々の事由の発生に際してその当事者が効力に関する合意をすることができるかという問題と、個々の事由の発生とは別に一般的に当事者が合意をすることができるかという問題がある。

前者の問題は免除において生ずるが、この点については前記(3)において規定されている。ここでの素案は、後者の問題を扱うものである。

2 改正の内容

この点については、民法第440条は任意規定であり、当事者間の特約によって絶対的効力事由を作り出すことはできるというのが一般的な理解である。当事者の合意によって絶対的効力事由とすることができるかどうかは問題になる事由としては、今般の改正により絶対的効力事由から相対的効力への転換が検討されている、請求、更改、免除、時効の完成のほか、例えば、請求以外の時効中断事由（承認、差押えなど）、時効の停止、時効の利益の放棄、履行の請求以外の事由による遅滞（不確定期限の到来を連帯債務者の一人のみが知った場合に、他の連帯債務者が遅滞に陥るか。）、債務者の意思（第三者による弁済が一部の連帯債務者の意思には反しないが、他の連帯債務者の意思に反する場合の弁済の効力）、一部の連帯債務者に対する債権だけの譲渡などがある。これらのように連帯債務の存否又は内容を実体法上変動させる事由の性質上、その効力が相対的であることによる利益は任意に処分することができる利益であると言える。そこで、上記の一般的な理解に従い、当事者の合意によって、原則として相対的効力しか有しない事由に絶対的効力を付与することができるとするのが相当である。

そして、連帯債務者の一人に生じた事由が他の連帯債務者のうちのある者に対して効力を生ずるかどうかは、それが当該他の連帯債務者にとって有利な場合（債務の消滅事由である更改、免除、時効の完成）と不利な場合（履行の請求）とがあるが、いずれにしても、当該他の連帯債務者と債権者との利害関係に関わる。そこで、素案では、当事者が別段の合意をしたときは相対的効力の原則の例外としてある事由が絶対的効力を有するものとするができることとし、合意が必要な当事者は、その事由が効力を有するかどうかは問題となる他の連帯債務者と債権者とするとしている。

例えば、A、B及びCが債権者に対して連帯債務を負担している場合において、Aに対する請求がBに対しても効力を有するのは、債権者とBとの間で、Aに対する請求がBに対しても効力を有することが合意されていた場合である。Bに対する効力を生ずるためにCの合意は必要ではなく、他方、Bが合意していても、Aに対する請求の効力がCに対して効力を有するわけではない。

なお、相対的効力事由として、連帯債務者の一人に対する判決や、連帯債務者の一人に対する差押えなどが挙げられている。判決や差押えの効力は訴訟法上決定されることであり、当事者の意思によってこれと異なる効果を発生させるべきではないと考えられる。素案の「連帯債務者の一人に生じた事由」は、連帯債務の存否や内容を実体法上変動させる事由を意味しており、判決の既判力や差押えによる弁済禁止効を当事者の合意によって拡張することを許容するものではない。

3 混同について

中間試案においては、債権者と連帯債務者の一人との間で混同が生じた場合についても、相対的効力に改めることが検討されていた。しかし、混同を相対的効力事由とすると、他の連帯債務者は、債権者（＝連帯債務者）に対していったん債務を全部履

行し、その後当該債権者（＝連帯債務者）に対して求償することになる。このように同一の者に対して履行をした上で求償することは迂遠であることからすると、完全な相対的効力事由とすることは不適當である。

同一の者に対して履行をした上で求償するという結果を回避するための方法として、負担部分の限度で絶対的効力を認めることが考えられ（中間試案の（注）の考え方）、この考え方を採れば、債権者（＝連帯債務者）は、他の連帯債務者の無資力のリスクを回避できる点で連帯債務の制度趣旨にも合致するようにも思われる。しかし、混同が生じた場合には、債権者は連帯債務者の一人としての地位も有するに至っており、この地位に基づいて、他の連帯債務者の無資力のリスクも負担するのはやむを得ない（民法第444条参照）。

以上から、混同が生じた場合には弁済がされたものとみなすという現行法の規律を維持することとした。

3 破産手続の開始（民法第441条関係） 民法第441条を削除するものとする。

○中間試案第16、3(3)「破産手続の開始（民法第441条関係）」
民法第441条を削除するものとする。

（説明）

1 問題の所在

民法第441条は、連帯債務者の全員又はそのうちの数人が破産手続開始の決定を受けたときは、債権者はその債権の全額について各破産財団の配当に加入することができると規定する。複数の連帯債務者について破産手続開始決定があった場合には、例えば人数や負担部分に応じて分割した額で各破産手続に参加するという制度も考えられるが、このような制度においては債権者が弁済をえられる額は小さくなり、債権の担保的な効力を強化しようとした連帯債務制度の目的に反することになるから、同条は、この場合に全額について各破産手続に参加することができることとしたのである。

連帯債務者の数人について破産手続開始決定があった場合の手続については、破産法第104条第1項においても定められており、同項が適用される結果、民法第441条は、実際には適用されることのない条文となっている。

2 改正の内容

以上のとおり、破産法第104条第1項の規定の存在により、民法第441条はその適用範囲を失っているとされていることから、同条を削除することとしている。

《参考・現行条文》

（全部の履行をする義務を負う者が数人ある場合等の手続参加）
破産法第104条 数人が各自全部の履行をする義務を負う場合において、その全

員又はそのうちの数人若しくは一人について破産手続開始の決定があったときは、債権者は、破産手続開始の時に於いて有する債権の全額についてそれぞれの破産手続に参加することができる。

4 連帯債務者間の求償関係

(1) 連帯債務者間の求償権（民法第442条第1項関係）

民法第442条を次のように改めるものとする。

ア 連帯債務者の一人が自己の負担部分を超えて弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得たときは、その連帯債務者は、共同の免責を得るために支出した金銭その他の財産の額（当該財産の額が共同の免責を得た額を超える場合にあっては、共同の免責を得た額）のうち自己の負担部分を超える部分に限り、他の連帯債務者に対し、各自の負担部分について求償権を有する。

イ 上記アによる求償は、弁済その他免責があった日以後の法定利率及び避けることができなかつた費用その他の損害の賠償を包含する。

○中間試案第16、4(1)「連帯債務者間の求償権（民法第442条第1項関係）」

民法第442条第1項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ときは、その連帯債務者は、自己の負担部分を超える部分に限り、他の連帯債務者に対し、各自の負担部分について求償権を有するものとする。

イ 連帯債務者の一人が代物弁済をし、又は更改後の債務の履行をして上記アの共同の免責を得たときは、その連帯債務者は、出えんした額のうち自己の負担部分を超える部分に限り、他の連帯債務者に対し、各自の負担部分について求償権を有するものとする。

(注) 他の連帯債務者に対する求償権の発生のために自己の負担部分を超える出えんを必要としないものとする考え方がある。

(説明)

1 素案アについて

(1) 問題の所在

民法第442条第1項は、連帯債務者の一人が弁済その他自己の財産をもって共同の免責を得た場合の他の連帯債務者に対する求償について定めている。しかし、同項には、①連帯債務者の一人が一部弁済をした場合に、それが自己の負担部分に満たない場合であっても求償権が発生するのか、それとも自己の負担部分を超えて弁済した場合に始めて求償することができるのか、②連帯債務者の一人が代物弁済など、本来の債務の履行とは異なる行為をしたことにより共同の免責を得た場合には、その連帯債務者が負担した経済的な支出の額と共同の免責を得た額が一致しないため、どの金額を基準として求償額を算出するかが明確にされていないという問題がある。

上記①の問題について、判例は、連帯債務者の一人が自己の負担部分に満たない額の弁済をした場合であっても、他の連帯債務者に対して各自の負担部分の割合に応じた求償をすることができるとしている（大判大正6年5月3日民録23輯863頁）。これは、連帯債務者の負担部分は、固定した数額ではなく、割合として債務額の全部に通じて存在しているものであり、連帯債務者の一人が共同の免責を得るためにした出えんの中にも各自の負担に属する部分が存することを理由とするものであり、学説の中にも判例の結論を支持するものが多い。しかし、判例の立場に対しては、対内的関係においては、各自の負担部分はそれぞれの自己の債務であることを理由に、自己の負担部分を超える出えんをして初めて他の連帯債務者に対して求償できると解すべきであるという批判がある。また、判例は、いわゆる不真正連帯債務については、自己の負担部分を超える出えんをして初めて他の連帯債務者に対して求償できるとしており（最判昭和63年7月1日民集42巻6号451頁）、連帯債務関係の中でも、上記①の問題についての判例の考え方は分かれている。

また、上記②の問題については、一般には、代物弁済等をした連帯債務者は、出えん額が共同免責額以下であるときには出えん額が基準となり、その出えん額が共同免責額を超える場合にはその共同免責額が基準となると考えられており、この点について大きな異論は見られない。しかし、この解釈は条文上明確であるとは言えず、上記の一般的な理解を条文から読み取ることは困難である。そこで、この点を条文上も明確にする必要がある。

(2) 改正の内容

ア 素案アでは、上記①（負担部分を超えて共同の免責を得ることの要否）については不真正連帯債務に関する判例に従い、連帯債務者の一人がその負担部分を超えて共同の免責を得たときにはじめて他の連帯債務者に求償することができることとしている。これは、負担部分はその債務者が最終的に負担しなければならない額であり、これを超えて共同の免責を得ていない段階では、その連帯債務者は最終的に自分が負担しなければならない出えんしかしておらず、他の連帯債務者にその負担を転嫁することを認めるべきではないからである。負担部分を超えていない段階での求償を認めれば、その分債権者に対する履行に充てられるべき財産が求償に充てられることになりかねず、複数の債務者に債務を負担することにより債権の効力を強化しようとした連帯債務の趣旨にも反することになってしまう。また、現実に連帯債務に該当するのはいわゆる不真正連帯債務が多く、不真正連帯債務に関する裁判例に従うほうが、実務上より頻繁に生ずる連帯債務関係の処理に合致したルールになると言える。

これに対しては、連帯債務者の一人がその負担部分を超えて共同の免責を得ない限り求償をすることができないとすると、他の連帯債務者の無資力のリスクを負担することになって公平でないという批判がある。しかし、連帯債務制度が、債務者のいずれかに資力があれば弁済を受けられるという点で債権の効力を強化することを目的とするものであることからすると、連帯債務者の一人の無資力のリスクは債権者に負わせるべきではなく、連帯債務者が負担すべきであると考えられる。

以上から、素案アでは、連帯債務者の一人がその負担部分を超えて弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得たときは、その連帯債務者は、自己の負担部分を超える部分に限り、他の連帯債務者に対し、各自の負担部分について求償権を有するものとしている。

イ上記②の問題（代物弁済等をした場合における求償の基準額）については、求償権は共同の免責を得るために必要となった経済的負担を公平の観点から各連帯債務者に負担させようとするものであるから、基本的には出えん額（共同の免責を得るために支出された財産の額）が基準となるが、出えん額が共同の免責の額を超えるとときは、超える部分は他の債権者に何ら利益を与えるものではないことから、求償の基準は共同免責額にするのが相当であると考えられる。これは、この（説明）の上記(1)で述べた一般的な理解と一致する。素案アは、この一般的な理解に従って明文の規定を設けるものである。

2 素案イについて

素案イは、民法第442条第2項を維持するものである。

(2) 負担部分を有する連帯債務者が全て無資力者である場合の求償関係（民法第444条本文関係）

民法第444条を次のように改めるものとする。

ア 連帯債務者の中に償還をする資力のない者があるときは、その償還をすることができない部分は、求償者及び他の資力のある者の中で、各自の負担部分に応じて分割して負担する。

イ 上記アの場合において、求償者及び他の資力のある者がいずれも負担部分を有しない者であるときは、その償還をすることができない部分は、求償者及び他の資力のある者の中で、平等の割合で分割して負担する。

ウ 上記ア及びイにかかわらず、求償者に過失があるときは、他の連帯債務者に対して分担を請求することができない。

○中間試案第16、4(3)「負担部分を有する連帯債務者が全て無資力者である場合の求償関係（民法第444条本文関係）」

民法第444条本文の規律に付け加えて、負担部分を有する全ての連帯債務者が償還をする資力を有しない場合において、負担部分を有しない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ときは、その連帯債務者は、負担部分を有しない他の連帯債務者のうちの資力がある者に対し、平等の割合で分割してその償還を請求することができるものとする。

(説明)

1 問題の所在

民法第444条本文は、連帯債務者の中に償還をする資力のない者があるときは、その償還をすることができない部分を求償者一人に負担させることは不公平であり信義に

反するという根拠に基づき、求償者と他の資力のある者との間で、各自の負担部分に応じて分割して負担すると規定している。

民法第444条は、「各自の負担部分に応じて分割して負担する」と規定することから、求償者及び他の資力のある連帯債務者の中に負担部分を有する者と負担部分を有しない者とがあるときは、負担部分を有する者のみが、その償還をすることができない部分を負担することとなる。これに対し、求償者及び他の資力のある連帯債務者のすべてが負担部分を有しない者である場合には、その償還をすることができない部分をどのように分担するかは同条からは明確でない。この点について、判例は、公平を旨とする同条の精神から考えれば、求償者及び他の有資力者のすべてが負担部分を有しない者である場合においては、公平の観念に基づき、求償者及び他の有資力者に平等に分担させるのが同条の法意であるとしている（大判大正3年10月13日民録20輯751頁）。

2 改正の内容

素案イは、民法第444条に、求償者及び他の有資力者のすべてが負担部分を有しない者である場合には、求償者及び他の有資力者が平等の割合で負担することを明示することとしている。素案ア及びウは、民法第444条本文及びただし書を維持するものである。

(3) 連帯の免除をした場合の債権者の負担（民法第445条関係） 民法第445条を削除するものとする。

○中間試案第16、4(4)「連帯の免除をした場合の債権者の負担（民法第445条関係）」
民法第445条を削除するものとする。

(説明)

1 問題の所在

民法第445条は、連帯債務者の一人が連帯の免除を得た場合において、他の連帯債務者の中に無資力者がいるときは、その無資力者が弁済をすることのできない部分のうち、連帯の免除を得た者が負担すべき部分は、債権者がこれを負担することを規定している。

連帯の免除とは、債権者が連帯債務者に対し、債務の額をその負担部分に限定して、それ以上は請求しないとする意思表示のことをいう（特殊な一部免除であると説明されている。）。債権者が連帯債務者の一人に対して連帯の免除をすると、これを受けた連帯債務者だけが自己の負担部分に応じた額の分割債務を負うことになり、その他の連帯債務者は依然として全額について連帯債務を負うことになる。例えば、A、B、Cの3名の連帯債務者が債権者に対して30万円の連帯債務を負い、その負担部分がそれぞれ平等である場合において、債権者がCに対して連帯の免除をすると、Cは10万円の限度で債務を負うこととなるが、A及びBは引き続き30万円の債務を負い続けることになる。

上記の事例で、Aが債権者に対して30万円を弁済したとすると、AはB及びCに対してそれぞれ10万円を求償することができることになるが、Bが無資力であった場合には、民法第444条に基づき、Bが負担すべき10万円はA及びCが5万円ずつ負担すべきことになる。しかし、同法第445条は、この場合に連帯の免除を得たCに追加的な負担をさせないため、Cが負担すべきであった5万円は債権者の負担とすることを定めている。

民法第445条の規定に対しては、免除の絶対的効力を定める同法第437条などと同様に、連帯債務者の一人に対する連帯の免除をした債権者の通常の意味の面から、問題があるとの批判がある。すなわち、連帯債務者の一部に対して連帯の免除をする債権者は、通常は、債権者との関係において、その連帯債務者の負担部分に債務を縮減するという意思であって、その連帯債務者が他の連帯債務者に対する関係で負担すべき分担額まで引き受ける意思はないのが通常であり、これを債権者に負担させる同法第445条の規定の当否には疑問があるというものである。

実務上も、民法第445条は債権者の通常の意味に反するものであることから、削除すべきであるという意見が強い。

2 改正の内容

以上を踏まえ、素案では、民法第445条を削除することとしている。

これによれば、上記の事例では、債権者がCに対して連帯の免除をした後、Aが30万円を弁済した場合に、Bが無資力であるときは、Bが負担すべき10万円は、AとCが負担部分に応じて分割して負担することとなり、AはCに対して追加的に5万円の負担を求めることができることになる。

5 不可分債務

- (1) 連帯債務の規定(第438条を除く。)は、債務の内容がその性質上不可分である場合について準用するものとする。
- (2) 数人の債務者が不可分債務を負担する場合において、債権の目的がその性質上可分になったときは、各債務者は、その負担部分についてのみ履行の責任を負う。ただし、当事者は、債務者が連帯債務を負担する旨の合意をすることができる。

○中間試案第16、5「不可分債務」

- (1) 民法第430条の規律を改め、数人が不可分債務を負担するときは、その性質に反しない限り、連帯債務に関する規定を準用するものとする。
- (2) 民法第431条のうち不可分債務に関する規律に付け加えて、不可分債務の内容がその性質上可分となったときは、当事者の合意によって、これを連帯債務とすることができるものとする。

(説明)

1 素案(1)について

(1) 問題の所在

不可分債務とは、複数の債務者が負う、同一の不可分給付を目的とする債務である。不可分給付とは、分割的に実現することのできない給付であるが、不可分給付には、その性質上不可分である場合と当事者の意思表示により不可分になる場合がある（民法第428条参照）。

不可分債務については民法第430条が設けられており、不可分債権に関する同法第429条の規律及び連帯債務に関する規律（第434条から第440条までを除く。）を準用することとされている。

不可分債務については、連帯債務に関する規定のうち、債務者の一人に生じた事由の効力については、広く絶対的効力事由を認める連帯債務に関する規定が準用されず、相対的効力の原則に対する例外の少ない不可分債権に関する規定が準用されている（民法第430条による同法第429条の準用）。

上記のように、連帯債務と不可分債務との差は、債務者の一人に生じた効力が他の債務者に及ぶかどうかであるが、連帯債務については、債務者の一人に生じた事由の他の債務者に対する効力を絶対的効力から相対的効力に改めることが検討されている（前記2）。不可分給付が生ずるのは、その給付の性質が不可分である場合と当事者の意思表示によって不可分となる場合とがあるとされてきたが、連帯債務に関する規定の内容と不可分債務に関する規定の内容が類似してくることとなると、給付は可分であるが意思表示によって不可分とする余地を残すことの実質的な必要性がなくなると考えられる。むしろ、給付の性質は可分であるにもかかわらず意思表示によって不可分債務とする余地を残すことにより、連帯債務と意思表示による不可分債務の関係等について無用の問題が生じ、解釈に混乱を来すおそれがある。

(2) 改正の内容

ア 不可分債務者の一人について生じた事由が他の不可分債務者に対して効力を有するかどうかについては、以下のように考えられる。

更改については、連帯債務においては他の連帯債務者の債務も消滅することとされる一方、不可分債務においては他の不可分債務者に対して履行を請求することはできるが、更改をした不可分債務者の負担部分を償還しなければならないとされており、連帯債務と不可分債務とで扱いが異なっている。しかし、このような区別の合理性には疑問もあり得、連帯債務と不可分債務とで同様の扱いをすることも考えられる（部会資料68B第1、1の（説明）2参照）。

また、債権者が不可分債務者の一人に対してその債務を免除した場合にも、連帯債務におけるのと同様に、今日の取引における債権者の通常の意味は、その債務者の負担部分を自ら負担する意図ではなく、当該不可分債務者に対する債権は消滅させるとしても、他の不可分債務者に対して請求し、その給付を保持しようとするものであると考えられる。そこで、不可分債務者に対する免除の効力も、連帯債務におけるのと同様に、相対的効力とするのが相当である。

混同については、現行法上、不可分債務においては相対的効力を有するとされている（民法第429条第2項）。これに対し、連帯債務者の一人と債権者との間に混

同があった場合については、その連帯債務者の一人が弁済をしたものとみなすという民法第438条の規律を維持することとしている。これは、混同を相対的効力事由とすると、他の連帯債務者は履行をした上でその履行を受けた者に対して求償するという迂遠な処理が必要になるからである（前記2(6)の（説明）3参照）。しかし、不可分債務においては、履行すべき内容と求償の内容とが異なっており、同一の者に対して履行した上で求償をすることが迂遠で無意味な処理であるとは言えない。そこで、不可分債務については、混同を相対的効力事由とする現行の規律を改める必要はないと考えられる。

以上によれば、連帯債務と不可分債務の効果の差は、混同について民法第438条が適用され、弁済があったのと同様に効果が生ずるか、混同についても相対効を維持するかという点に限られることとなる（下記の図参照）。他方、不可分債権に関する同法第429条第1項を準用するのは適当でない。そこで、素案(1)では、不可分債務について、同法第438条を除き、連帯債務に関する規定を準用することとしている。

イ また、上記のとおり、不可分債務と連帯債務との差は、債務者の一人に生じた事由が他の債務者に対する絶対的効力を有する事由の範囲であるとされてきた。しかし、絶対的効力事由の範囲は、混同を除いて連帯債務と不可分債務との間で差異が消滅している。また、混同について扱いを異にするのは、その給付の内容が性質上不可分であることに基づいており、性質上可分な場合には、不可分債務の規定ではなく、むしろ連帯債務に関する規定を適用するのが望ましいと考えられる。

これによれば、連帯債務であるか不可分債務であるかは、給付の性質が可分であるか不可分であるかによって区別すべきであり、給付の内容が可分であるのに意思表示によって不可分債務が生ずるといふ余地を残すことは、連帯債務と意思表示による不可分債務の関係等について無用の問題が生じ、解釈に混乱を来すおそれがある。

そこで、素案(1)では、不可分債務を負う場合を「債務の内容がその性質上不可分である場合において、数人の債務者があるとき」とし、意思表示によって不可分債務が生ずる余地を残さないこととしている。

	連帯債務	現在の不可分債務の規定（民430）	改正後の不可分債務の規定（下線は変更点）
請求	相対効（前記2(1)）	相対効（民429Ⅱ）	同左
更改	検討項目（67B第1、1）	履行の請求可。ただし利益償還（民429Ⅰ）	<u>検討項目</u> （67B第1、1）
相殺	絶対効（民436Ⅰ） 他の債務者による履行拒絶権（前記2(2)）	絶対効 他の債務者の履行拒絶については規定なし。	性質上不可分の給付に限定すると、相殺は考えにくい。
免除	相対効（前記2(3)）	履行の請求可。ただし利	<u>相対効</u>

		益償還（民 429 I）	
混同	弁済擬制（民 438）	相対効（民 429 II）	同左
時効完成	相対効（前記 2（4））	相対効（民 429 II）	同左

2 素案(2)について

(1) 問題の所在

民法第 4 3 1 条は、不可分債務が可分債務となったときは、各債務者はその負担部分についてのみ履行の責任を負うと規定している。この規定の趣旨については、不可分債権関係における不可分性は給付を分割することができないという性質に基づくものであるから、その性質が消滅した場合には分割主義の原則に従って分割債務になるのが当然のことであると説明がされている。

しかし、複数の債務者が不可分債務を負担している場合には、債権者はいずれの債務者に対しても履行を請求することができ、不可分債務は相互に担保的効力を有していると考えられるが、給付の性質が可分になったことによって当然に分割債務に転化するとすれば、この担保機能が失われることになってしまい、債権者にとっては不利な結果となる。このような債権の効力を強化するという不可分債務の機能を重視する観点から、分割債務への転化を自明視することに対しては疑問が提起されている。

(2) 改正の内容

問題の所在で述べたように、不可分債務がその性質上可分になったことによって当然に分割債務に転化することは債権の担保的効力を弱める点で問題がある。これを解決するためには、不可分債務の目的が性質上可分になった場合に、連帯債務として存続することを可能とする必要がある。分割債務ではなく連帯債務になることは、全額の履行義務を負担する点で債務者にとって不利益となるが、これは債務者が任意に処分することが許容される利益であるから、債務者が合意をしていた場合には、連帯債務に転化することを認めることも許容されると考えられる。そこで、素案(2)は、当事者は、不可分債務がその性質上可分になった場合には連帯債務に転化する旨の合意をすることができることとしている。

第 2 保証債務

1 保証債務の付従性（民法第 4 4 8 条関係）

民法第 4 4 8 条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 保証人の負担が債務の目的又は態様において主たる債務より重いときは、これを主たる債務の限度に減縮する。
- (2) 主たる債務の目的又は態様が保証契約の締結後に加重されたときであっても、保証人の負担は加重されない。

○中間試案第 1 7、1 「保証債務の付従性（民法第 4 4 8 条関係）」

保証債務の付従性に関する民法第 4 4 8 条の規律を維持した上で、新たに次のよ

うな規律を付け加えるものとする。

(1) 主たる債務の目的又は態様が保証契約の締結後に減縮された場合には、保証人の負担は、主たる債務の限度に減縮されるものとする。

(2) 主たる債務の目的又は態様が保証契約の締結後に加重された場合には、保証人の負担は、加重されないものとする。

(説明)

1 素案(1)について

素案(1)は、民法第448条を維持するものである。

2 素案(2)について

(1) 問題の所在

一般に、保証債務には付従性があり、この付従性には、成立における付従性（主債務がなければ成立しないという性質）、内容における付従性（主債務より重くなることはないという性質）、消滅における付従性（主債務が消滅すれば消滅するという性質）があるとされている。

このうちの内容における付従性について、民法第448条は、保証債務の内容（債務の目的又は態様）が主債務よりも重い場合には、保証債務の内容も主債務の限度に減縮されることを規定する。しかし、保証契約の締結後に主債務の内容が加重された場合の処理については、明文の規定が存在せず、保証債務が主債務と同様に加重されるのか、保証債務は加重されないのかが明確ではない。

(2) 改正の内容

この点については、保証契約の締結後に主債務の内容が加重された場合であっても、保証債務にその影響は及ばないと解されている。素案(2)は、この一般的な理解を明文化し、主たる債務の目的又は態様が保証契約の締結後に加重された場合であっても、保証人の負担は加重されないことを明示するものである。

2 主たる債務者の有する抗弁（民法第457条第2項関係）

民法第457条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 主たる債務者に対する履行の請求その他の事由による時効の中断は、保証人に対しても、その効力を生ずる。

(2) 保証人は、主たる債務者が主張することができる抗弁をもって債権者に対抗することができるものとする。

(3) 主たる債務者が債権者に対して相殺権、取消権又は解除権を有するときは、これらの権利の行使によって主たる債務者が主たる債務の履行を免れる限度で、保証人は、債権者に対して債務の履行を拒むことができるものとする。

○中間試案第17、2「主たる債務者の有する抗弁（民法第457条第2項関係）」
民法第457条第2項の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 保証人は、主たる債務者が主張することができる抗弁をもって債権者に対抗することができるものとする。
- (2) 主たる債務者が債権者に対して相殺権、取消権又は解除権を有するときは、これらの権利の行使によって主たる債務者が主たる債務の履行を免れる限度で、保証人は、債権者に対して債務の履行を拒むことができるものとする。

(説明)

1 素案(1)について

素案(1)は、民法第457条第1項を維持するものである。

2 素案(2)(3)について

(1) 問題の所在

ア 民法第457条によれば、相殺の抗弁については規定されているものの、主債務者のその他の抗弁を保証人が主張することができるかどうかについては明文の規定がなく、解釈に委ねられている。この点について、判例は、保証人は、保証債務の付従性に基づき、主債務者が債権者に対して有する抗弁権を主張することができる（最判昭和40年9月21日民集19巻6号1542頁）。学説においても、主債務者が債権者に対して抗弁権を有するときに、保証人が主債務者の抗弁権を主張することができることについては、異論がない。具体的には、例えば、民法第457条第2項で明示された相殺の抗弁のほか、主債務者が支払確保のために振り出した手形との引換給付の抗弁（上記昭和40年最判）、同時履行の抗弁、主債務が時効で消滅したとの抗弁などを主張することができる。

しかし、この点については明文の規定がなく、上記昭和40年最判によって判例上一定の解決が与えられているものの、これは条文には反映されていない。そこで、同最判及び一般的な理解を条文に反映させる必要がある。

イ 民法第457条第2項の「相殺をもって債権者に対抗することができる」の意味については見解が分かれている。すなわち、①保証人が主債務者の債権を自働債権とする相殺の意思表示をすることができるという理解と、②同項は、保証人は、主債務者の有する反対債権を処分する権限を持つのではなく、相殺によって消滅する限度で、保証人は履行を拒絶することができるという抗弁権を与えたものであるという理解がある。このように、民法第457条第2項に言う「相殺をもって債権者に対抗することができる」という文言については理解が分かれており、安定的な解釈が確立しているとは言えないことから、この点を条文上明らかにする必要がある。

ウ 民法第457条第2項に関連する問題として、主債務者が取消権、解除権を有する場合に、保証人がこれらの権利を行使するなどにより主債務の履行を拒絶することができるかという問題がある。この点については見解が分かれており、解釈上疑義が生じている。判例には、準禁治産者が保佐人の同意を得ないでした消費貸借を保証人が取り消すことができないとしたものがある（大判昭和20年5月21日大審院民事判例集24巻9頁）。現在の支配的な見解は、保証人は、主債務者の取消権、解除権自体を行使することはできないが、主債務者がこれらの権利を行使せず、ま

た追認をしていないために主債務の帰すうが不確定な間は、保証債務の履行を拒絶することができるというものである。この問題については、支配的な見解とこれとは異なる見解を採る裁判例があることから、解釈が安定していない。そこで、解釈上の疑義を解消する必要がある。

(2) 改正の内容

ア 素案(2)は、相殺に限らず、主債務者が主張することができる抗弁がある場合に保証人はその抗弁を債権者に対抗することができることを明文化するものである。

保証債務は主債務の履行を担保することが目的であるから、主債務の効力を制限する抗弁権があるときは、保証人もこれを援用して保証債務を制限することができる。と解しなければ附従性に違反することになるとして、一般に、保証人は主債務者の抗弁をもって対抗することができる。と解されている。民法第457条第2項は、主債務者が債権者に対する反対債権を有する場合についてこのことを規定するが、これは、主債務者が債権者に対して反対債権を有する場合だけでなく、主債務者が同時履行の抗弁などその他の抗弁を主張することができる場合にも同様に妥当する。また、持分会社の社員は、他人である会社の債務について連帯して責任を負担する(会社法第580条)点で保証人と類似した地位にあるが、同第581条第1項は、社員が会社の主張することができる抗弁を債権者に対抗することができるとしている。素案(2)は、同項の規定をも参考として、保証人が主債務者の有する抗弁を援用することを認めたものである。

イ 素案(3)は、まず、民法第457条第2項の「相殺をもって債権者に対抗することができる」の意義について、連帯債務者の一人による他の連帯債務者の相殺の抗弁の援用(前記第1、2(2)の素案イ参照)と同様に、保証人が主債務者の債権を自働債権として相殺をすることができるのではなく、主債務者が有する債権の限度で履行拒絶権を有するという考え方に従い、これを明文化しようとするものである。

保証人が相殺権を行使することができるという見解に対しては、他の連帯債務者による相殺権の行使と同様に、保証人が主債務者の有する債権を自働債権とする相殺の意思表示をすることができる。とすると、保証人が他人の債権を処分することができることになるのは適当でないという批判がある。保証債務は主債務の履行を担保するための従たる債務であるから主債務者が反対債権を有する場合にまで保証人に全額履行させるのは不適當であるとしても、保証人が履行を拒絶することができることとすれば足り、それを超えて、主債務者の債権の処分までを認めることは、他人の財産権に対する過剰な介入になると考えられる。そこで、素案(2)は、連帯保証に関する民法第436条第2項の改正と同様に、同法第457条第2項の「相殺をもって債権者に対抗することができる」は保証人が履行拒絶権を有するという意味であることを明確にするため、「これらの権利の行使によって主たる債務者が主たる債務の履行を免れる限度で、保証人は、債権者に対して債務の履行を拒むことができるものとする。」とすることとした。

ウ 素案(3)は、また、相殺権だけでなく、主債務者が解除権及び取消権を有する場合の保証人の履行拒絶権について規定している。

民法第457条第2項は、主債務者が債権者に対して相殺権を有する場合についての規定を置くのみであり、主債務者が取消権、解除権等を有する場合の処理は、解釈に委ねられている。保証債務は主債務の履行を確保するための担保であり、主債務者が解除権や取消権を行使して主債務の履行を免れることができる可能性がある場合に、保証人に全額の履行を強いるのは適当ではない。そのため、同項は主債務者が相殺権を有する場合には保証人もこれを債権者に対抗できると規定するが、同様の趣旨は、主債務者が取消権・解除権を有する場合にも同様に妥当する。保証人と同様の地位にある持分会社の社員についても、会社が取消権・解除権を有する場合には履行を拒絶できると規定している。

以上から、素案(3)では、以上の理解に基づき、会社法第581条第2項を参考として、主たる債務者が債権者に対して相殺権、取消権又は解除権を有するときは、これらの権利の行使によって主たる債務者が主たる債務の履行を免れる限度で、保証人は、債権者に対して債務の履行を拒むことができるものとしている。

《参考・現行条文》

(社員の抗弁)

会社法第581条 社員が持分会社の債務を弁済する責任を負う場合には、社員は、持分会社が主張することができる抗弁をもって当該持分会社の債権者に対抗することができる。

2 前項に規定する場合において、持分会社がその債権者に対して相殺権、取消権又は解除権を有するときは、社員は、当該債権者に対して債務の履行を拒むことができる。

3 委託を受けた保証人の求償権（民法第459条・第460条関係）

(1) 民法第459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、過失なく債権者に弁済をすべき旨の裁判の言渡しを受け、又は主たる債務者に代わって弁済をし、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ときは、その保証人は、共同の免責を得るために支出した金銭その他の財産の額（当該財産の額が共同の免責を得た額を超える場合にあっては、共同の免責を得た額）について、主たる債務者に対して求償権を有する。

イ 第442条第2項の規定は、アの場合について準用する。

ウ 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、保証人が主たる債務の履行についての期限が到来する前に弁済をし、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ときは、主たる債務者は、主たる債務の履行についての期限が到来した後に、債務が消滅した当時利益を受けた限度において、(ア)の求償に应ずれば足りる。

エ ウの場合においては、求償は、主たる債務の履行についての期限以後の法定利率及びその期限以後に履行したとしても避けることができなかつた

費用その他の損害の賠償を包含する。

(2) 民法第460条第3号を削除するものとする。

○中間試案第17、3「委託を受けた保証人の求償権（民法第459条・第460条関係）」

民法第459条及び第460条の規律を基本的に維持した上で、次のように改めるものとする。

ア 民法第459条第1項の規律に付け加えて、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、主たる債務の期限が到来する前に、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ときは、主たる債務者は、主たる債務の期限が到来した後に、債務が消滅したときに利益を受けた限度で、同項による求償に应ずれば足りるものとする。

イ 民法第460条第3号を削除するものとする。

(説明)

1 素案(1)について

(1) 問題の所在

保証委託契約は委任契約であるから、委託を受けた保証人が弁済に要する費用については、委任事務の処理に要する費用として、委任者である主債務者に対して請求をすることができるが（民法第649条、650条）、このような委任に関する規定の特則として、委託を受けた保証人の求償権に関する規定（同法第459条から第461条まで、第463条）が置かれている。同法第459条は、委託を受けた保証人が弁済や代物弁済等によって主債務を消滅させた場合の求償関係について、第1項においてその要件を、第2項においてその範囲を規定している。

ア 民法第459条第1項については、連帯債務におけるのと同様に、保証人が代物弁済等をしたことにより共同の免責を得た場合に、その保証人が負担した経済的な支出の額と共同の免責を得た額が一致しないため、どの金額を基準として求償額を算出するかが明確にされていないという問題がある（前記第1、4(1)参照）。

イ また、委託を受けた保証人が、主債務の弁済期が到来する前に、保証債務の期限の利益を放棄して弁済等を行うことがあるが、この場合には保証人は義務なくして免責を得たのであり、その結果生じた不利益を主債務者に転嫁することは許されないと考えられる。しかし、民法第459条第2項は何ら限定を付さないまま同法第442条第2項を準用しており、その結果、求償において主債務者に不利益を及ぼす場合がある。具体的には、以下のとおりである。

まず、主債務者が直ちに求償に应じなければならないとすると、主債務者が債権者に対して有していた期限の利益が奪われることになる。そこで、判例（大判大正3年6月15日民録20輯476頁）は、保証人が期限前に弁済等をした場合においては、事後求償権の行使は主債務の期限の到来を待たなければならないとしている。しかし、この解釈は民法第459条第1項からは直ちに明らかであるとは言え

ず、これを条文上も明確にする必要がある。

また、求償の範囲においても、民法第459条第2項が準用する同法第442条によれば、弁済等の日以後の法定利率や避けられなかった費用その他の損害を求償することができるとするが、弁済等の日から履行期までの法定利率や、履行期後に弁済等をすれば避けられた費用は、保証人が期限後に弁済すれば必要とならなかった費用であって、これを主債務者が負担しなければならないのは相当でない。

(2) 改正の内容

ア 素案(1)アについて

素案(1)アは、連帯債務におけるのと同様に、求償額は、出えん額が共同免責額以下であるときには出えん額が基準となり、その出えん額が共同免責額を超える場合にはその共同免責額が基準となるという考え方に従って規定を設けることとしている（前記第1、4(1)参照）。

イ 素案(1)イについて

素案(1)イは、民法第459条第2項を維持するものである。

ウ 素案(1)ウエについて

素案(1)ウは、主債務者が有する期限の利益を害することのないよう、主債務の期限到来後に求償することができるという判例（大判大正3年6月15日民録20輯476頁）の立場を明文化し、主債務者は主債務の期限到来後に求償に応ずれば足りることを明らかにしている。

素案(1)エは、委託を受けた保証人の求償権の範囲を定める民法第442条から、保証人が主債務の期限到来後に弁済等をしていれば求償することができなかつたものを除外するため、期限前弁済をした保証人の求償権の範囲を、主債務の履行期以後の法定利率及び主債務の履行期以後に履行したとしても避けることができなかつた費用その他の損害の賠償に限定するものである。

2 素案(2)について

(1) 問題の所在

民法第460条は、委託を受けた保証人が事前求償権を行使することができる場合として、主債務者が破産手続開始の決定を受け、かつ、債権者がその破産財団の配当に加入しないとき（同条第1号）、主債務が弁済期にあるとき（同条第2号）、主債務の弁済期が不確定で、かつ、その最長期をも確定することができない場合において、保証契約の後10年を経過したとき（同条第3号）を挙げている。同条第3号は、同号が規定するような場合には、保証人はいつ保証債務を免れることができるか不明であり、かつ、将来、主債務者の資力が悪化して満足な求償を得ることができない危険があることから事前の求償権を認めたものであるとされる。これに該当する場合として、例えば、無期の年金や終身定期金債務について保証をした場合が挙げられている。これに対し、このような場合には、そもそも主債務の額が定まらないため、どのような額の求償権が認められることになるのか、不明確であるとの指摘がされている。

(2) 改正の内容

上記のとおり、民法第460条第3号は、長期間にわたって不安定な立場にある保

証人の保護を図ったものであるが、弁済期が不確定でその最長期をも確定することができない場合には、元本額も確定せず、事前求償の額も不明確であるから、事前求償になじまない。実務上も、同号はほとんど利用されていない規定であるという指摘がある。そこで、同条第3号を削除するものとしている。

4 連帯保証人に対する履行の請求の効力（民法第458条関係）

連帯債務者の一人に生じた事由の効力に関する規定は、連帯保証人に生じた事由について準用するものとする。

○中間試案第17、4「連帯保証人に対する履行の請求の効力（民法第458条関係）」

連帯保証人に対する履行の請求は、当事者間に別段の合意がある場合を除き、主たる債務者に対してその効力を生じないものとする。

（注）連帯保証人に対する履行の請求が相対的効力事由であることを原則としつつ、主たる債務者と連帯保証人との間に協働関係がある場合に限りこれを絶対的効力事由とするという考え方がある。

（説明）

1 問題の所在

民法第458条は、連帯債務者の一人について生じた事由の効力が他の連帯債務者にも及ぶかどうかに関する同法第434条から第440条までの規定を連帯保証に準用しているが、主債務者について生じた事由の効力に関しては、保証債務の付従性によって保証人にも及ぶことから、同法第458条の規定は、専ら連帯保証人について生じた事由の効力が主債務者にも及ぶかどうかに関するものと解されている。同法第434条から第440条までの規定が連帯保証に準用されることにより、連帯債務者の一人について履行の請求、更改、免除、混同、時効の完成が生ずると、その効力は主債務者にも及ぶことになる。

民法第458条が準用する規定のうち、同法第434条（履行の請求）、第435条（更改）、第437条（免除）及び第439条（時効の完成）については、絶対的効力から相対的効力に改めることが検討されており、同法第436条第2項（他の連帯債務者による相殺の援用）についても、履行拒絶権であることを明確にする改正が検討されている（前記第1、2）。連帯保証人にこれらの事由が生じた場合の主債務者への効力についても、絶対的効力から相対的効力に改めるなどして引き続き連帯債務者の規定を準用するか、これらの事由が絶対的効力を有するという実質を維持することとするかが問題になる。

2 改正の内容

(1) 履行の請求

履行の請求については、連帯債務者間に必ずしも強い主観的な共同関係があるわけではなく、他の連帯債務者に絶対的効力が及ぶと当該他の連帯債務者に不測の損害を

与えるとの批判がある（前記第1、2(1)）が、これと同様に、連帯保証人の一人に対する請求の効力が主債務者に及ぶことに対しては、連帯保証人は主債務者の関与なしに出現し得るから主債務者に不測の損害を与えかねないという問題点が指摘されている。

これは、連帯債務者の一人に対する履行の請求と同様の問題であり、これ点を解決するには、連帯債務者におけるのと同様に、原則として連帯保証人に対する履行の請求は主債務者に対して効力を生じないとする必要がある。また、履行の請求を相対的効力事由にするとしても、連帯債務におけるのと同様に、当事者の合意によって絶対的効力事由に改めることができるとするのであれば、弊害は少ないと考えられる。そこで、連帯保証人に対する履行の請求を相対的効力事由に改めることとした。

連帯保証人に対する履行の請求があった場合の主債務者に対する効力については、前記第1、2(5)が準用される。これによれば、原則として相対的効力であるが、主債務者が債権者との間で合意すれば、連帯保証人に対する履行の請求が主債務者に及ぶことになる。

(2) 更改

連帯債務者の一人について更改があった場合に関する民法第435条は、更改の当事者の意思を推測した規定であるとされている。連帯保証は、連帯保証人には負担部分がないなど保証債務が主債務に対する従たる地位にある点で連帯債務とは異なっているものの、主債務者と連帯保証人が債権者に対して連帯して同内容の債務を負担している点では変わりがない。したがって、債権者が債務者の一人との間で債権者が更改をした場合に、他の債務者に対する債権にどのような影響を及ぼすかについての債権者の通常の意味が何であるかは、連帯保証においても連帯債務と同様であると考えられる。そこで、連帯保証について、連帯債務者の一人との間で更改があった場合の規定を準用するのが相当である。

(3) 免除及び時効の完成について

民法第458条が準用する同法第437条及び第439条は、連帯保証人の一人についての免除、時効の完成は、その連帯保証人の負担部分について主債務者に効力を生ずることとしている。しかし、連帯保証人には負担部分はないことから、この規定を準用しても、免除や時効の完成は結局主債務者に対しては影響を及ぼさないことになる。

連帯債務者の一人についての免除及び時効の完成については、これを負担部分についての絶対効から相対効に改めることが検討されているが、上記のように、民法第437条及び第439条の準用は、現在でも主債務者に対する効力を及ぼしていないことから、連帯債務者の一人についての免除及び時効の完成が相対的効力に改められ、引き続きその規定が準用されたとしても、実質的には変更をもたらさない。

(4) 相殺について

相殺については、連帯債務においては、他の連帯債務者が反対債権を有している場合には、それを自働債権とする相殺ができるのではなく、これが履行拒絶権であることを明確にする方向での検討が進められている。他人の財産への介入をできるだけ小

さくするという観点からは、履行を拒絶する権利を与えておけば十分であるという考え方は、主債務者と連帯保証人との関係についても同様に妥当すると考えられる。また、前記2の素案(2)とも整合的である。そこで、相殺に関する第436条第2項が履行拒絶権であることを明示する方向で改正されたとしても、引き続きこの規定を連帯保証人について準用するのが相当である。

なお、このように、連帯債務者の一人が債権者の一人に対して反対債権を有する場合についての規定を連帯保証人について準用することとしても、連帯保証人には負担部分がないため、連帯保証人が反対債権を有していたとしても、主債務者がそれを理由として履行を拒絶することはできない。連帯債務に関する規定の準用は、専ら、連帯保証人が、主債務者の反対債権を理由に履行を拒むことができるという形で機能することになる。

第3 債務引受

1 併存的債務引受

- (1) 併存的債務引受の引受人は、債務者と連帯して、債務者が債権者に対して負担する債務と同一の内容の債務を負担するものとする。
- (2) 併存的債務引受は、引受人と債権者との間で引受人が上記(1)の債務を負担する旨の合意をすることによってするものとする。
- (3) 上記(2)のほか、併存的債務引受は、引受人と債務者との間で引受人が上記(1)の債務を負担する旨の合意をすることによってもすることができるものとする。この場合において、引受人は、債権者が引受人に対して承諾の意思表示をした時にその債務を負担するものとする。
- (4) 上記(3)の合意によってする併存的債務引受は、この1の規律のほか、第三者のためにする契約の規律（後記第5参照）に従うものとする。
- (5) 引受人は、併存的債務引受により負担する自己の債務について、その効力を生じた時に債務者が有する抗弁をもって、債権者に対抗することができるものとする。
- (6) 債務者が債権者に対して相殺権、取消権又は解除権を有するときは、引受人は、債権者に対して債務の履行を拒むことができるものとする。この場合において、債務者が相殺権を有するときに引受人が債務の履行を拒むことができるのは、債務者の負担部分に限られるものとする。

○中間試案第20、1「併存的債務引受」

- (1) 併存的債務引受の引受人は、債務者と連帯して、債務者が債権者に対して負担する債務と同一の債務を負担するものとする。
- (2) 併存的債務引受は、引受人と債権者との間で、引受人が上記(1)の債務を負担する旨を合意することによってするものとする。
- (3) 上記(2)のほか、併存的債務引受は、引受人と債務者との間で、引受人が上記(1)の債務を負担する旨を合意することによってもすることができるものとする。

この場合において、債権者の権利は、債権者が引受人に対して承諾をした時に発生するものとする。

(4) 引受人は、併存的債務引受による自己の債務について、その負担をした時に債務者が有する抗弁をもって、債権者に対抗することができるものとする。

(注) 以上に付け加えて、併存的債務引受のうち、①引受人が債務者の負う債務を保証することを主たる目的とする場合、②債務者が引受人の負う債務を保証することを主たる目的とする場合について、保証の規定のうち、保証人の保護に関わるもの（民法第446条第2項等）を準用する旨の規定を設けるという考え方がある。

(説明)

1 素案(1)について

(1) 現状及び問題の所在

併存的債務引受は、引受人が債務者とともに同一内容の債務を負担するものであるが、その場合の両者の債務の関係について、判例（最判昭和41年12月20日民集20巻10号2139頁）は、特段の事情のない限り連帯債務になるとしている。しかし、この判例に対しては、連帯債務になるとすると、絶対的効力事由が広く認められることになり、債権者に不測の損害を及ぼすおそれがあるとして、両者の関係を不真正連帯債務と考えるべきであるとする見解や、債務者と引受人との主観的共同関係がある場合に限り、連帯債務となるという見解などが有力に主張されており、解釈に疑義が生じている。また、今般の改正において、連帯債務者の一人について生じた事由の効力を改めることが検討されているが、これによって上記判例の結論が修正されるか否かが明らかではなくなるという問題もある。

併存的債務引受の基本的な効果については条文上明確にする必要があるが、その際には、以上のような問題を、立法により解決する必要がある。

(2) 改正の内容

素案(1)は、債務者が負担する債務と同一内容の債務を引受人が負担することと、引受人が債務者が負担する債務と連帯して債務を負担することとするものである。これは、民法第433条のように、併存的債務引受の性質上当然に適用されないものを除き、連帯債務の規定に従うことを表す趣旨であるが、素案第1、2のように連帯債務者の一人について生じた事由の効力を改める場合には、連帯債務の規定に従うこととなっても、絶対的効力事由が限定されることになるので、判例に対する従来 of 批判に 대응することができるということを考慮したものである。

2 素案(2)について

(1) 現状及び問題の所在

併存的債務引受の要件について、必ずしも三者間の合意は必要ではなく、債権者と引受人との合意によって併存的債務引受が成立するということは異論なく認められている。

債権者と引受人との合意によって成立する併存的債務引受の要件として、債務者の

意思に反しないことが必要か否かという点が問題となり得る。判例（大判大正15年3月25日民集5巻219頁）は、債務者の意思に反する保証が認められるところ、併存的債務引受は、債権の履行を確保するという点において、保証と同様の機能を有するというを理由として、債務者の意思に反する併存的債務引受も認められるとしており、現在ではこれに対する異論は見られない。

以上のような基本的な要件について、条文上明確にする必要がある。

(2) 改正の内容

素案(2)は、上記の判例・通説を踏まえて、債権者と引受人との合意のみによって併存的債務引受が成立し、債務者の意思に反するか否かを問わないことを明らかにするものである。

3 素案(3)(4)について

(1) 現状及び問題の所在

併存的債務引受は、債権者と引受人との合意による場合のほか、債務者と引受人との合意によっても成立することに異論はない。そして、債務者と引受人との合意によって成立する併存的債務引受は、第三者のためにする契約であり、債権者の引受人に対する権利が発生するためには、債権者の受益の意思表示が必要であるとされている（民法第537条第2項）。

このような基本的な要件について、条文上明確にする必要がある。

(2) 改正の内容

素案(3)及び(4)は、以上のような一般的な理解を踏まえ、民法第537条を参照し、債務者と引受人との合意によって併存的債務引受が成立し、この場合には、債権者の承諾があった時に引受人が債務を負担することとした上で（素案(3)）、素案(3)によって成立する併存的債務引受については、第三者のためにする契約の規律が適用されることを明らかにしている（素案(4)）。素案(3)において、債権者の承諾の意思表示が引受人に対してされなければならないとしているのは、民法第537条第2項と内容を同じくする趣旨である。素案(3)によって成立する併存的債務引受に適用される第三者のためにする契約の規律としては、素案第5、1(2)、(4)、2のほか、民法第538条及び第539条が挙げられる。

4 素案(5)について

(1) 現状及び問題の所在

併存的債務引受がされることによって、引受人は、債務者が負担した債務と同一内容の債務を負担することになるため、債務を負担した時に債務者が有する抗弁をもって債権者に対抗することができることに異論はない。また、債務者の有する相殺権については、民法第436条第2項によって引受人が相殺を援用することができることとされている。

引受人が主張することができる抗弁等の範囲は併存的債務引受の重要な効果であるので、これを条文上明確にする必要がある。

(2) 改正の内容

素案(5)は、上記の異論のない解釈を明文化するものである。

なお、素案(5)の規律において「抗弁」という文言を用いることによって、引受人が債務者の有する相殺権を行使することができないことを表している。引受人による債務者の有する相殺権の行使の可否については、素案(6)において別途規律を設けている。

5 素案(6)について

(1) 現状及び問題の所在

併存的債務引受は、債務者が負担していた債務と同一内容の債務を負担するものであるとされる。したがって、併存的債務引受がされた後で、債務者が負担した債務を発生させる契約について解除権又は取消権が行使された場合には、引受人の債務もともに消滅すると解されている。もっとも、債務引受がされただけでは、引受人は解除権又は取消権を行使することができないが、債務者が解除権等を行行使すると引受人の債務も消滅するにもかかわらず、解除権等が行使されるまでは引受人が引き受けた債務の履行を拒絶することができないというのは不当であり、債務者が解除権又は取消権を有する場合には、引受人はその債務の履行を拒絶することができるという解されている。また、この考え方は、類似する法律関係を有する保証債務等に関する規律とも整合的である（会社法第581条第2項、素案第2、2）。

併存的債務引受について債務者が有効に債務を負担していることが当然の要件であるとしても、上記の規律はそのことから直ちに導かれる規律ではないことから、明文の規定を設けることが必要である。

(2) 改正の内容

素案(6)は、以上の問題に対応する観点から、債務者が債権者に対して取消権又は解除権を有するときに、引受人が、債権者に対して債務の履行を拒絶することができることとしている。なお、相殺権については、引受人が債務者と連帯して債務を負担するため（素案(1)）、民法第436条第2項（素案第1、2(2)参照）に従うことになるから、同項及び会社法第581条第2項を参照して、これを明らかにするための規定を併せて設けることとしたものである。

6 保証の規定の準用について

中間試案第20、1（注）（以下「(注)」という。）では、併存的債務引受のうち、保証を主たる目的とするものについて、保証の規定のうち、保証人保護に関するものを準用するという考え方が取り上げられていた。これは、保証について、保証人保護のための規律を拡充することが検討されており（中間試案第17、5及び6）、これらの規律の適用を回避するために機能が類似する併存的債務引受が利用されることによって、保証人保護の拡充という趣旨を達成することができなくなることを防止しようという問題意識に基づくものである。

このような問題意識を支持する意見は、パブリック・コメントの結果を見ても少なくともなかったが、その具体的な方法については、意見が分かれている。そもそも、併存的債務引受に保証人保護の規律を及ぼすべき場面として想定しているのが、(i)引受人が内部負担割合を負わないが、当事者が併存的債務引受という法形式を選択したというような場面だけなのか、(ii)引受人がわずかな内部負担割合を負って併存的債務引受をしたような場面も含むのかということについて、部会の審議においても、意見の一致を見てい

ない。そのため、具体的な規律の在り方について、①（注）の考え方を支持する意見、②引受人を個人とするものについて、保証の規定を準用するという意見、③併存的債務引受は、保証の目的でされたものと推定する旨の規定を設けるという意見など、様々な意見が寄せられている状況にある。このうち、①に対しては、上記の問題意識を支持する立場からも、基準として不明確であり、法的安定性を害するという批判が寄せられている。②③は、基準として明確ではあるが、②については、なぜ引受人を個人とする場合にだけ保証の規定を準用するかについての合理的な説明が困難であるという問題があるほか、②③のいずれについても、保証人保護の規律を準用する範囲が広すぎることに對する批判が予想される。

以上のほか、保証と機能が類似するものとしては、併存的債務引受以外にも、損失補償契約等があるにもかかわらず、併存的債務引受についてのみ規定を設けることに合理的な理由がないという意見があるなど、（注）のような規律を設けることに反対する意見も少なくない。また、（注）の規律を設けないとしても、真に保証人保護の規律を及ぼすべき場合は、法形式が併存的債務引受等であったとしても、柔軟な契約の解釈等を通じて、適切な結論を得ることが可能であると考えられる。

以上を踏まえ、このたたき台では、（注）の考え方を取り上げないこととした。

2 免責的債務引受

- (1) 免責的債務引受によって、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負担し、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)の債務を負担するとともに債務者がその債務を免れる旨を引受人と債権者との間で合意することによってするものとする。この場合においては、債権者又は引受人がその合意があった旨を債務者に対して通知をした時に、引受人が債権者に対して債務を負担し、債務者は自己の債務を免れるものとする。
- (3) 上記(2)の合意によってする免責的債務引受によって債務者に損害が生じたときは、債権者は、その損害を賠償しなければならないものとする。
- (4) 上記(2)のほか、免責的債務引受は、引受人が上記(1)の債務を負担するとともに債務者が自己の債務を免れる旨を引受人と債務者との間で合意し、債権者が引受人に対してこれを承諾することによってもすることができるものとする。この場合においては、債権者が承諾をした時に、引受人が債権者に対して債務を負担し、債務者は自己の債務を免れるものとする。

○中間試案第20、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とともに債権者が債務者の債務を免責する旨を引受人と債権者との間で合意し、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。この場合において

は、債権者が免責の意思表示をした時に、債権者の引受人に対する権利が発生し、債務者は自己の債務を免れるものとする。

(3) 上記(2)の場合において、債務者に損害が生じたときは、債権者は、その損害を賠償しなければならないものとする。

(4) 上記(2)のほか、免責的債務引受は、引受人が上記(1)の債務を引き受けるとともに債務者が自己の債務を免れる旨を引受人と債務者との間で合意し、債権者が引受人に対してこれを承諾することによってすることもできるものとする。この場合においては、債権者が承諾をした時に、債権者の引受人に対する権利が発生し、債務者は自己の債務を免れるものとする。

(説明)

1 素案(1)について

(1) 現状及び問題の所在

免責的債務引受の効果として、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負担し、債務者は自己の債務を免れるという点については異論がない。このような最も基本的な効果については、条文上明確にする必要がある。

(2) 改正の内容

素案(1)は、上記の異論がない解釈を明らかにする規定を設けるものである。

2 素案(2)(3)について

(1) 現状及び問題の所在

免責的債務引受の要件として、必ずしも三者間の合意は必要ではなく、債権者と引受人との合意によって免責的債務引受が成立することは、異論なく認められている。

債権者と引受人との合意によって成立する免責的債務引受の要件として、債務者の意思に反しないことが必要かという点が問題となる。この点について、判例は、第三者の弁済(民法第474条)や債務者の交替による更改(同法第514条)と同様に、債務者の意思に反する免責的債務引受は認められないとしていると言われる(大判大正10年5月9日民録27輯899頁)。

しかし、判例が債務者の意思に反して免責的債務引受をすることができないとしたことについては、債権者と引受人が債務者の意思を知り得ない場合に、免責的債務引受が有効に成立するか否かが明らかとはならず、取引の障害となっているとの批判の他、免除について債務者の意思に反してもすることができることとの整合性を欠き、不当であるとの批判がある。また、この判例が、債権者と引受人との合意のみによって免責的債務引受が成立することを認めている点については、債務者が自らの関与しないところで契約関係から離脱することになる点が、免除であっても債務者に対する意思表示が必要であることと整合せず、不当であるという問題もある。

以上のような問題を立法によって解消する観点から、要件についての規定を設ける必要がある。

(2) 改正の内容

素案(2)は、債権者と引受人との合意によって免責的債務引受が成立するとした上で、

債権者又は引受人が債務者に対して合意の成立を通知することによって、免責的債務引受の効果が生ずることとするものである。債務者の意思に反しないことを要件としていないことについては、上記(1)記載の取引上の障害を解消することとともに、免除の規律との整合性を図ることを意図するものである。また、債務者に対する通知を効力発生要件としているのは、免除もその意思表示が債務者に到達することが必要であるのと同様に、債務者が知らないうちに契約関係から離脱することになるのを防止する趣旨であるが、そのためには債務者に対する通知があれば足り、中間試案のように、債権者による意思表示まで要求する必要はないということを考慮したものである。

免責的債務引受によって債務者の承諾なく債務を免れるのは、免除によって債務を免れる場合と同様であるので、素案(3)では、免除についての改正提案(中間試案第25)と同様に、債務者に損害が生じた場合には、債権者がこれを賠償しなければならないとしている。例えば、目的物の引渡債務について免責的債務引受がされたとしても、履行の準備をしていた債務者が無駄な費用を費やしたことなどについて、債権者が損害賠償責任を負うことを明らかにするものである。このような結論については異論がないと思われるところ、規律がなければ、債務者が債務を免れたことによって、上記のような費用について債権者が賠償する義務を負わなくなると解する余地があるため、疑義が生ずることを防止しようとするものである。

3 素案(4)について

(1) 現状及び問題の所在

免責的債務引受は、債権者と引受人との合意による場合のほか、債務者と引受人との合意によっても成立することに異論はない。もっとも、債務者と引受人との合意によって成立する免責的債務引受については、債権者の関与なく債務者が交替することを認めると、債権者の利益を害するため、この場合には、債権者の承諾がなければ免責的債務引受の効力を生じないとされている。

また、債務者と引受人との間で免責的債務引受の合意がされ、債権者の承諾があったときには、民法第116条を類推適用するなどして、債務者と引受人との間の合意の時点に遡って免責的債務引受の効力を生ずるという見解が有力である。もっとも、この見解については、効力を合意の時点に遡及させる必要性に乏しいことのほか、例えば、合意の成立から債権者の承諾までの間に、免責的債務引受によって消滅する債権者の債務者に対する債権を差し押さえた第三者の差押えの効力が必ずしも明確ではなくなるなど、法律関係を不明確にしているという問題がある。

以上のような問題を立法によって解消する観点から、要件及び効果についての規定を設ける必要がある。

(2) 改正の内容

素案(4)前段は、免責的債務引受が、債務者と引受人との合意と債権者の承諾によって成立するという要件に関する上記の一般的な理解を明文化するものである。

素案(4)後段は、前段の要件によって成立する免責的債務引受の効力発生時期について、債権者の承諾があった時点とするものである。効力発生時期を合意の時点に遡及させることには上記の問題があるほか、債権者の承諾の意思表示を契約の成立要件と

して位置付ける以上、その効力発生時点は承諾があった時点とすることが相当であると考えられるからである。

3 免責的債務引受による引受けの効果

- (1) 前記2(1)により債務を負担した引受人は、その債務を履行した場合であっても、債務者に対して求償することができないものとする。
- (2) 引受人は、免責的債務引受により負担した自己の債務について、その効力を生じた時に債務者が有していた抗弁をもって、債権者に対抗することができるものとする。
- (3) 債務者が債権者に対して取消権又は解除権を有するときは、引受人は、債権者に対して債務の履行を拒むことができるものとする。

○中間試案第20、3「免責的債務引受による引受けの効果」

(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。

(2) 引受人は、免責的債務引受により引き受けた自己の債務について、その引受けをした時に債務者が有していた抗弁をもって、債権者に対抗することができるものとする。

(注) 上記(1)については、規定を設けない(解釈に委ねる)という考え方がある。

1 素案(1)について

(1) 現状及び問題の所在

債務者と引受人との間の合意がない場合に、免責的債務引受によって引受人が債務者に対して求償することができるかどうかについて、判例には、①免責的債務引受によって債務者が債務を免れたが、引受人が債務を履行していない段階においては、引受人が債務者に対して求償することができないとしたものがある(大判明治36年10月3日民録9輯1046頁)。また、②免責的債務引受によって債務を引き受けた引受人が債務を履行した場合における求償の可否については、引受人は自己の債務を履行しただけであるので、求償することができないとされている(大判昭和15年11月9日法学10巻415頁)。免責的債務引受は、引受人が他人の債務を自己の債務として引き受けた上で、それを履行することが予定されるものであり、求償関係を発生させる基礎を欠いている。もっとも、免責的債務引受は実質的に、元々他人の債務であったものを自己のえんによって消滅させるものであり、その利益状況は第三者の弁済と類似すると言えることから、事務管理等により求償することができるという考え方もあり、疑義が生じている。

免責的債務引受の効果として引受人が債務者に対して求償権を取得するか否かは、当事者間の法律関係の中でも重要な問題であることから、疑義が生じないように規定を設ける必要がある。

(2) 改正の内容

素案(1)は、免責的債務引受によって、引受人は債務者に対して求償することができないこととするものである。このような規定を設けるのは、上記のとおり、引受人が他人の債務を自己の債務とした上で債務を履行するのが免責的債務引受であり、それ自体には求償関係を発生させる基礎を欠いていることを根拠とするものである。すなわち、この規定は創設的な意味を持つものではなく、事務管理又は不当利得に基づく求償をすることができないということを確認する規定である。

素案(1)のような規定を設けたとしても、債務者と引受人との間で、引受けの対価の支払の合意をすることができるほか、その合意について委任の規定が適用される場合には、これによって債務相当額を請求することも妨げられない（民法第649条、第650条）。また、引受人と債務者との間の合意がない場合であっても、併存的債務引受をした上で債権者が債務者の債務のみを免除するという方法や、債務引受ではなく（債務者の委託を受けない）保証契約を締結する方法によれば、引受人が債務者に対して求償することが可能となる。

なお、パブリック・コメントでは、素案(1)のような規律を設けることに反対する意見も寄せられている。反対する意見の中には、この規律によって、引受人が債務者に対して免責的債務引受の対価を支払うという取引実務の障害となることを懸念するものがあつたが、上記のとおり、引受人と債務者との合意による対価の支払を否定する趣旨ではなく、そのことを表すために「求償することができない」という表現を用いている。また、求償権が発生しないという規律が免責的債務引受の当事者の合理的意思に合致しないのではないかという意見もあつたが、上記のように求償権を発生させる方法が他に用意されている一方で、免責的債務引受はもとの債務者に代わって引受人だけが債務者となるための制度として明文化されるのであるから、あえて免責的債務引受を選択する場合は、引受人が当該債務を自己の債務として履行し、求償権を発生させない趣旨であると考えるのがむしろ当事者の意思に合致するように思われる。

2 素案(2)について

(1) 現状及び問題の所在

免責的債務引受がされることによって、引受人は、債務者が負担した債務と同一内容の債務を負担することになる。そのため、効力が生じた時点で債務者が有していた抗弁を引受人が債権者に対して主張することができることに異論は見られない。もともと、他人の債権を処分することはできないため、引受人が債務者の有する相殺権を行使することはできない。

引受人が主張することができる抗弁の範囲は免責的債務引受の重要な効果であるので、これを条文上明確にする必要がある。

(2) 改正の内容

素案(2)は、引受人が、効力発生時に債務者が有していた抗弁を主張することができるという上記の一般的な理解を明文化するものである。

なお、素案(2)の規律において「抗弁」という文言を用いているのは、引受人が債務者の有する相殺権を行使することができないということを表す趣旨である。

3 素案(3)について

素案(3)は、素案1(6)と同じ趣旨である。免責的債務引受も、債務者が負担していた債務と同一内容の債務を負担するものであるとされるため、債務者が負担していた債務を発生させる契約について解除権又は取消権が行使された場合には、引受人の債務も消滅する。そのため、素案(3)の規律を設けて、引受人に履行を拒絶させる必要がある点において、併存的債務引受の場合と異ならないと解されていることを考慮したものである。

なお、ここで相殺権について規律しないのは、免責的債務引受によって債務者が完全に免責される以上、債務者の有する相殺権は引受人の債務の帰すうに影響しないため、債務者が相殺権を有することを理由として、引受人が履行を拒絶することを認める必要がないからである。

4 免責的債務引受による担保権等の移転

- (1) 前記2(1)により消滅する債務を担保する担保権及び保証がある場合には、債権者は、これらを引受人が負担する債務を担保するものとして移すことができるものとする。
- (2) 上記(1)の担保の移転は、免責的債務引受と同時に引受人に対してする意思表示によってしなければならないものとする。
- (3) 上記(1)の担保権を供している者が引受人以外のものである場合には、その者の承諾を得なければならないものとする。
- (4) 保証人が上記(1)により引受人が負担する債務を履行する責任を負うためには、保証人が、その責任を負う旨の承諾をすることを要するものとする。
- (5) 上記(4)の承諾は、書面で行わなければならないものとする。
- (6) 上記(4)の承諾がその内容を記録した電磁的記録(電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。)によってされたときは、その承諾は、書面によってされたものとみなして、上記(5)を適用するものとする。

○中間試案第20、4「免責的債務引受による担保権等の移転」

- (1) 債権者は、引受前の債務の担保として設定された担保権及び保証を引受後の債務を担保するものとして移すことができるものとする。
- (2) 上記(1)の担保の移転は、免責的債務引受と同時にする意思表示によってしなければならないものとする。
- (3) 上記(1)の担保権が免責的債務引受の合意の当事者以外の者の設定したものである場合には、その承諾を得なければならないものとする。
- (4) 保証人が上記(1)により引受後の債務を履行する責任を負うためには、保証人が、書面をもって、その責任を負う旨の承諾をすることを要するものとする。

(説明)

1 素案(1)(2)について

(1) 現状及び問題の所在

免責的債務引受が成立する場合に、債務者が負担する債務のために設定されていた担保権又は保証については、債務者が交替することによって担保設定や保証の前提が変わることになるため、当然に引受人が負担する債務を担保することになるのは妥当でない。そこで、判例は、保証債務及び債務者以外の第三者が設定した物的担保権について、当然に引受人の債務を担保するものとはなるものではなく、消滅するとしており（保証債務について保証人の同意が無い限り消滅すると判示したものとして大判大正11年3月1日民集1巻80頁、第三者が設定した担保権（質権）が特段の事情がない限り消滅すると判示したものとして最判昭和46年3月18日判時623号71頁）、学説も、保証人又は担保目的物の所有者の同意がない限り、移転しないという考え方が有力である。他方、債務者が設定した担保の帰すうについては、債務者の同意を必要とせず存続するという見解や、債務者と引受人の合意による免責的債務引受の場合には引受人の債務を担保するものとして存続し、債権者と引受人の合意による免責的債務引受の場合には消滅するという見解が対立しており、不明確な状況にある。

また、担保権を移転することについて担保設定者の同意がある場合であっても、後順位担保権が設定されていたときに、担保の順位を維持したまま移転することの可否も明らかではない。

担保又は保証の帰すうは重要な問題であり、免責的債務引受によって担保権の順位を維持したまま移転することができるという規律を設けることが必要である。

(2) 改正の内容

素案(1)は、債権者の単独の意思表示によって、引受前の債権を担保する担保権又は保証を移転させることができるとするものである。担保権を「移すことができる」としているのは、後順位担保権者の承諾がなくても、順位を維持したまま移転させることができるという趣旨であるが、これを認めるのは、債務者の交替による更改について担保の移転を認める民法第518条が、同順位での担保の移転を認めていることとのバランスを考慮したものである。

担保権等の移転を認める要件として債権者と債務者又は引受人との合意を不要としたのは、上記判例も合意を要件としていないと考えられることに加え、このような合意を要件とすると、担保権を設定していない債務者又は引受人が担保権等を移転させないことができることになるが、これが不当であるという考慮に基づくものである。そして、担保権を設定している債務者又は引受人は、素案(3)又は(4)により担保権等の移転について承諾をするか否かを決することができるので、素案(1)の内容によっても担保権を設定している債務者又は引受人の保護に欠けることはない。また、債権者の単独の意思表示を要件としたのは、債権者が担保の移転を望まないにもかかわらず、担保を移転させる必要がないという考慮に基づく。

素案(2)は、担保を移転させる債権者の意思表示が、免責的債務引受と同時にされなければならないことを定めるものである。免責的債務引受と担保の移転についての債権者の意思表示との同時性を要求しないこととすると、担保の移転の有無について不確定な状態が存続するのを認めることとなってしまうため、これを回避しようとする

ものである。なお、免責的債務引受と同時とは、①素案2(2)によって成立する免責的債務引受においては、引受人と債権者との合意と同時であることを要し、②素案2(4)によって成立する免責的債務引受においては、債権者の承諾と同時であることを要するという趣旨である。

2 素案(3)(4)(5)(6)について

(1) 現状及び問題の所在

免責的債務引受がされた場合に引受前の債務を担保していた担保権又は保証を移転することができるとしても、担保設定者が免責的債務引受の当事者ではない場合における当該担保設定者又は保証人の承諾が必要であると考えられている。また、債務者が設定した担保を移転させる要件として、債務者の承諾が必要か否かについては、この(説明)1(1)のとおり争いがある。以上のような疑義を解消するために、立法により、その要件を明確化することが必要である。

(2) 改正の内容

素案(3)は、担保権の移転について、引受人以外の担保権を設定した者の承諾を必要とすることを明らかにするものである。このうち、①担保設定者が債務者又は引受人以外の者である場合に、その者の承諾が必要であり、②担保設定者が引受人である場合には、引受人の承諾が不要であるとするのは、従来異論のない考え方を明文化するものである。また、③担保設定者が債務者である場合に債務者の承諾が必要としているのは、パブリック・コメントにおいて、担保を設定している債務者が担保の移転に関与することができないことを懸念する意見が寄せられたことを踏まえたものであり、債務者が免責的債務引受の当事者となっている場合であっても、免責的債務引受の合意とは別に担保移転の承諾の意思表示を要求することで、意図せず担保が移転する事態が生ずることを防止しようとするものである。なお、ここで「担保を供している者」という表現を用いているのは、担保目的物が当初担保を設定していた者から別の第三者(第三取得者)に譲渡されていた場合には、当初の担保設定者ではなく、第三取得者の承諾が必要であるということを表す趣旨である。

素案(4)(5)は、保証債権の移転について、保証人の承諾が必要であるとするともに、その承諾が書面でされなければならないとするものである。承諾に書面要件を課すのは、民法第446条第2項との整合性を図るものである。また、素案(6)は、同条第3項を参照して、電磁的記録によって承諾がされた場合にも、保証債権の移転を認めることとしている。

第4 契約の成立

1 申込みと承諾

契約は、その締結を申し入れる意思表示(以下「申込み」という。)に対して相手方が承諾をしたときは、成立するものとする。

○中間試案第28、1「申込みと承諾」

(1) 契約の申込みに対して、相手方がこれを承諾したときは、契約が成立するもの

とする。

(2) 上記(1)の申込みは、それに対する承諾があった場合に契約を成立させるのに足りる程度に、契約の内容を示したものであることを要するものとする。

(説明)

1 申込みと承諾について

(1) 問題の所在

民法には隔地者間における意思表示が延着したり到達しなかったりした場合や、意思表示の発信後到達までに一定の事由が生じた場合の扱いなど、申込みと承諾に関してイレギュラーな事態が生じた場合の取扱いが詳細に定められている。他方で、申込みと承諾によって契約が成立するという原則については規定がない。規定の分かりやすさの観点からは、これらの詳細な規定の前提として、申込みと承諾の契約成立における基本的な意義を明らかにする必要がある。

(2) 改正の内容

申込みと承諾が合致することによって契約が成立することには一般的に異論は見られない。そこで、契約の成立に関する基本的な原則を明らかにするため、申込みと承諾によって契約が成立することを明文化することとしている。

なお、素案の規律は、申込みと承諾とに整理することが必ずしも適当でない態様の合意（いわゆる練り上げ型）によっても契約が成立し得ることを否定するものではない。

2 申込みの定義について

(1) 問題の所在

民法には、どのような行為が申込みであるかについての規定がない。しかし、ある当事者間で契約が成立したかが問題となる場面で、その前提となる一方当事者の意思表示が申込みであったか、申込みの誘引であったかが争点になる場合が生じている。例えば、自動販売機やインターネットのショッピングサイトによる売買は、立法当時には想定されていなかったものであるが、このような売買においてトラブルが生じ取引が中断されたような場合（大阪地判平成15年7月30日金判1181号36頁）や、そもそも商品や価格の表示に誤りがあった場合（東京地判平成17年9月2日判時1922号105頁）に、自動販売機の設置する行為や、ショッピングサイトへの商品等を表示する行為が申込みであったか申込みの誘引に過ぎなかったかによって契約の成否の判断が異なる。しかし、ある行為が申込みであるか申込みの誘引であるかの手がかりとなる規律が民法にないため、予測可能性を欠く状況にある。

(2) 改正の内容

素案では、申込み当たるか申込みの誘引に当たるかの解釈の指針として、申込みは契約の締結を申し入れる意思表示であることを定めることとしている。

申込みの誘引は、相手方の申込みを促す事実行為であって、申込みの誘引をする者は相手方の申込みがあった後に改めて契約を締結するかを判断することを予定している。これに対して申込みは、契約の締結を申し入れる意思表示であって、承諾があれば

ば契約が成立することとなる。素案はこのような違いに着目して申込みの定義を表すものである。

ある行為が、契約の締結を申し入れる意思表示であるかについては、例えば次のように判断される。従業員募集の広告のように、一般的に契約の相手方が誰であるかが重要であるといえる場面では、特段の事情がない限り、広告主は応募者があればそれが誰であっても直ちに契約を締結する意思であったとは評価できない。また、不特定多数の相手方への広告については、履行能力を超えて大量の注文が殺到する可能性があることや、相手方の支払能力等を吟味する必要があるといった理由により、広告主が契約を締結するかどうかの決定を留保していると解される場合がある。このような場合は、広告主は、相手方の対応する意思表示さえあれば契約を締結するという意図は有していないから、その広告は申込みの誘引であったと解釈することができる。これに対して、不特定多数の相手方への広告であっても、顧客の数や販売個数が限定されているために売主の供給能力が確実である場合や、ダウンロードによって購入可能なソフトウェア等の場合には、相手方の対応する意思表示があれば契約を締結する意思であったとして、その広告を申込みであると解釈する余地がある。

なお、申込みと申込みの誘引の区別については、申込みが契約の締結を申し入れる意思表示であることに加えて、承諾により契約が成立する程度に十分に確定した内容が含まれていることが必要であると考えられる立場が有力であり、中間試案でもこれを一つの項目として取り上げていた（中間試案第28、1(2)）。確かに、契約の成立は、申込みとその申込みの内容どおりの契約を成立させる意思表示である承諾の合致のみによって実現すると考えられているのであるから、申込みにおいて契約の主要な内容が確定していることが必要であると考えられる。しかし、契約の内容のうちどのような事項が確定していれば申込みであるといえるかの具体的な基準については、特に非典型契約をも視野に入れてみると、必ずしも確立した考え方があるとは言えず、明確な規律を定立することが困難である。他方、内容が確定していない表示は多くの場合、そもそも契約の締結を申し入れる意思表示とは評価できないと考えられる。そこで、どの程度内容が確定していれば申込みであると評価できるかについてはなお解釈に委ねることとしている。

2 承諾の期間の定めのある申込み（民法第521条第1項・第522条関係）

(1) 民法第521条第1項を次のように改めるものとする。

承諾の期間を定めてした契約の申込みは、撤回することができないものとする。ただし、申込者が反対の意思を表示したときは、この限りでないものとする。

(2) 民法第522条を削除するものとする。

○中間試案第28、2「承諾の期間の定めのある申込み（民法第521条第1項・第522条関係）」

(1) 民法第521条第1項の規律を改め、承諾の期間を定めてした契約の申込みは、

申込者が反対の意思を表示した場合を除き、撤回することができないものとする。
(2) 民法第522条を削除するものとする。

(説明)

1 素案(1)について

(1)問題の所在

民法第521条第1項は、申込者が承諾期間を定めているが、申込みを撤回することを留保していた場合に、撤回が可能であるか定めていない。また、同項が任意規定であれば、同法第91条を根拠として当事者の意思が優先するとも考えられるが、申込み自体は法律行為ではないため、少なくとも形式的には同条は適用されない。そのため、申込みの撤回を留保した場合の撤回の可否が、民法上明らかではない。

(2) 改正の内容

民法第521条第1項の趣旨は、承諾期間中は申込みを撤回されないということを前提に承諾の可否の判断に向けた調査や準備を行う被申込者が、損失を被ることを防ぐことにある。この趣旨を踏まえると、承諾期間中であっても申込みが撤回される可能性があることが予め表示されていれば、撤回があっても相手方に不当な損害を及ぼすとは言えない。

そこで、素案(1)では、承諾期間の定めがある場合であっても、申込者が反対の意思を表示した場合には撤回が可能であることを明らかにし、上記の解釈上の疑義を解消することとしている。

(3) 申込者の意思が優先することを明示する理由

一般に、当事者が任意規定と異なる意思を表示したときはその意思が優先することとされており、当事者の意思が優先することがすべての任意規定において逐一明示されているわけではない。しかし、当事者の意思が任意規定に優先する根拠は民法第91条であるところ、同条は法律行為に関する規定であり、それ自体としては法律行為でない申込みは、少なくとも形式的にはその適用範囲に含まれていない。また、実質的にも、同条は私的自治の現れであり、利害関係を有する当事者自身が任意規定と異なる効果を望んでいる場面でその意思を優先させるものであるが、申込みの撤回の可否は被申込者の利害に関わる事項であり、申込者の一方的な意思によって法律の規定と異なる効果を生じさせることができるかどうかは、同条の趣旨からは自明であるとは言えない。そこで、他の任意規定においては、当事者の意思がその規定に優先することを逐一明示するわけではないとしても、同法第521条第1項においては、申込者の意思によって同項と異なる効果を生じさせることができることを明示する必要がある。

2 素案(2)について

(1) 問題の所在

発信主義を改め、到達主義をとった場合(後記6(1))にも民法第522条と同様の規定を置くかは、承諾を発信した者の契約成立に向けた信頼を保護する必要性と、承諾期間を過ぎて到達した承諾について延着の通知が必要かを逐一判断しなければなら

ない申込者の負担とのバランスから判断すべき事柄である。この点について、通信手段が発達した現代では、承諾者の側には、承諾を期間内に到達させるために採ることのできる手段が一定程度確保されている。そうであれば、申込者の側に延着した承諾について発信時や通信手段を逐一確認させる負担を課すよりも、他の意思表示と同様、承諾の延着のリスクを承諾者自身が負うこととする方が合理的であると考えられる。また、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見においては、到達主義を採用するのであれば承諾の不到達のリスクは承諾者が負うべきであり、同条を維持する必要はないとする意見が多かった。他方で、これに反対する意見の中には、承諾の通知を発信した者の契約成立に向けた信頼を保護すべきことを理由とするものはなかった。

(2) 改正の内容

以上を踏まえて、素案(2)は、民法第522条を削除することとしている。

3 承諾の期間の定めのない申込み（民法第524条関係）

民法第524条の規律を次のように改めるものとする。

承諾の期間を定めないでした申込みは、承諾の通知を受けるのに相当な期間を経過するまでは、撤回することができないものとする。ただし、申込者が反対の意思を表示したときは、この限りでないものとする。

○中間試案第28、3「承諾の期間の定めのない申込み（民法第524条関係）」
民法第524条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 承諾の期間を定めないでした申込みは、申込者が承諾の通知を受けるのに相当な期間を経過するまでは、撤回することができないものとする。ただし、申込者が反対の意思を表示したときは、その期間内であっても撤回することができるものとする。

(2) 上記(1)の申込みは、申込みの相手方が承諾することはないと合理的と考えられる期間が経過したときは、効力を失うものとする。

(注) 民法第524条の規律を維持するという考え方がある。

(説明)

1 素案(1)について

(1) 問題の所在

民法第524条は、申込みの撤回をすることができない期間（申込みの拘束力の存続期間）を定めている。その立法趣旨は同法第521条第1項と同様であり、申込みを受けた者が承諾をするまでには調査や一定の準備をすることが往々にしてあるため、突然に申込みを撤回されることで被申込者が損失を被ることを防ぐことにある。この規定の対象は隔地者に対する申込みに限定されているため、対話者に対して期間の定めのない申込みがされた場合の撤回の可否が明らかでない。

また、申込者が反対の意思を表示していた場合に、撤回が可能かどうかについても民法に規定がない。申込みは法律行為ではないため、少なくとも形式的には民法第9

1条の適用はない。そこで、申込者が同項と反対の意思を表示した場合の扱いを明示する必要がある。

(2) 改正の内容

民法第524条の趣旨にかんがみると、相手方に承諾の可否を判断するための時間的猶予が与えられた場合に、諾否を決するために準備を開始した申込みの相手方の扱いは、申込み自体が隔地者間でされたか否かで異ならないと考えられる。そこで素案では、同法第524条の適用対象を隔地者に限定しないこととし、同条の「隔地者」という文言を削除することとしている。なお、対話者間における申込みであっても、対話が継続している間の当事者間の関係や、申込者が対話を継続している間にだけ承諾を許容している場合については、異なった対応をすべきである（後記4）。

また、民法第524条の趣旨からは、予め反対の意思が表示されているのであれば、撤回があっても相手方に不当な損害を及ぼすことはなく、撤回を認めてよいと考えられる。そこで素案では、承諾期間の定めがある場合であっても、反対の意思を表示していた場合には撤回が可能であるという点を明らかにするため、その旨のただし書を加えることとしている。

4 対話者間における申込み

- (1) 対話者間における承諾期間の定めのない申込みは、その対話が継続している間は、いつでも撤回することができるものとする。ただし、申込者が反対の意思を表示したときは、この限りでないものとする。
- (2) 上記(1)の申込みを受けた者が対話が継続している間に承諾をしなかったときは、その申込みは、その効力を失うものとする。ただし、申込者が反対の意思を表示したときは、この限りでないものとする。

○中間試案第28、4「対話者間における申込み」

- (1) 対話者間における申込みは、対話が終了するまでの間は、いつでも撤回することができるものとする。
- (2) 対話者間における承諾期間の定めのない申込みは、対話が終了するまでの間に承諾しなかったときは、効力を失うものとする。ただし、申込者がこれと異なる意思を表示したときは、その意思に従うものとする。

(説明)

1 素案(1)について

(1) 問題の所在

承諾期間の定めがない申込みについては、対話者間に関する規定が民法にないが、前記3で改めた民法第524条を適用すると、申込みの撤回はできないことになる。しかし、対話継続中は、申込者が相手方の反応を察知して新たな内容の提案をすることが予定されることや、そもそも対話が継続する期間にも限度があることから、対話が継続する間に相手方が準備を進めるとは考えにくく、撤回によって相手方に不当な

損害が生ずることはほとんどないと考えられる。申込みの撤回が制限される趣旨は、申込みを受けた相手方は諾否を決するために準備をするのが通常であることから、そのような相手方に不測の損害が生じないようにするためであることを踏まえると、対話継続中であれば撤回を自由に認めるのが適当である。そこで、対話者間の申込みがあった場合の対話継続中の撤回について規定を整備する必要がある。

(2) 改正の内容

素案(1)では、対話者間における承諾期間の定めのない申込みがあった場合において、対話が継続している間については、対話が継続している間は申込みを撤回することができることとしている。

なお、中間試案においては承諾期間の定めの有無にかかわらず、対話が継続している間は撤回することができるものとしていた。しかし、承諾期間の定めがある場合には、特段の意思表示がない限り、少なくともこの期間は申込みの撤回が放棄されていると捉えることも可能である。そのため、承諾期間の定めがある場合であっても対話継続中の撤回を認める規定を設けると、申込者が撤回権を放棄しても対話が終了するまでであれば一般的に撤回が認められるものと解釈される可能性がある。パブリック・コメントにおいても同様の意見が寄せられている。申込者が明示的に撤回権を放棄した場合であっても、対話が終了するまでであればその意思を翻して撤回することを認めるかについては、なお疑問があり得る。また、撤回権を放棄した場合には対話継続中でも撤回を認めないのだとすれば、承諾期間を定めた場合と、撤回権を放棄した場合とを明確に区別しなければならず、困難な判断を要することになる。他方で、承諾期間の定めがある場合であっても、反対の意思を表示して撤回権を留保することはできる（前記2、(1)）のであるから、承諾期間の定めがある場合には原則として撤回を禁じたとしても申込者を過度に制限することにはならないと考えられる。そこで素案(1)においては、承諾期間の定めがない申込みに限定することとしている。

2 素案(2)について

(1) 問題の所在

承諾期間の定めがない申込みが対話者間でされた場合の申込みの効力（承諾適格）の存続期間については民法に規定がない。この期間については、商法第507条と同様に解釈して、承諾されない限り対話が終了するとともに申込みの効力が失われると考えるのが一般的である。判例にも、対話者間で承諾期間の定めがない申込みがされた場合には、直ちに承諾をすべきであるとするものがある（大判明治39年11月2日民録12輯1413頁）。この解釈は、民法の規定からは明らかでないことから、承諾適格の存続期間を明文で定める必要がある。

(2) 改正の内容

商法第507条は、対話者間で申込みがされた場合にはその場で即答することが求められるのが通常であることを踏まえ、相手方が直ちに承諾をしなければ原則として承諾適格が失われると定めている。この規定は、そもそもは商取引の迅速性の要請に基づく特則であるとされていたが、現代においては民法上の取引についても同様の規律があてはまると理解されている。すなわち、対話者間における申込者の通常的意思

を踏まえれば、後日改めて諾否の返事をするといったような特段の事情がない限りは、民法上の契約であってもその対話の終了によって申込みは承諾適格を失うと考えられている。また、この場合において、同条にいう「直ちに」とは対話者関係の継続する間であることを意味していると考えられている。そこで素案では、対話者間で承諾期間の定めがない申込みがされた場合には、対話が継続している間に承諾しなければ申込みの効力が失われることとしている。

なお、素案(2)が実現した場合には、商法第507条を削除するかが問題となる。学説上は、かねてより、同条は民法の商化によって既に民法の原則となっていると指摘して、このような規定を民法に設けて商法から削除すべきであるとする考え方が有力である。他方、同条の「直ちに」という文言には特別な意味があると考えられるのであれば、引き続き同条を維持するという考え方もあり得るが、どのように考えるか。

5 申込者の死亡等（民法第525条関係）

民法第525条の規律を次のように改めるものとする。

申込者が申込みの通知を発した後に死亡し、意思能力を喪失した常況にある者となり、又は行為能力の制限を受けた場合において、申込者がその事実が生じたとすれば当該申込みは効力を有しない旨の意思を表示したとき、又はその相手方が承諾の通知を発するまでにその事実が生じたことを知ったときは、当該申込みは、その効力を有しないものとする。

○中間試案第28、5「申込者及び承諾者の死亡等（民法第525条関係）」

民法第525条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 申込者が申込みの通知を発した後に死亡し、意思能力を喪失した常況にある者となり、又は行為能力の制限を受けた場合において、相手方が承諾の通知を発するまでにその事実を知ったときは、その申込みは、効力を有しないものとする。ただし、申込者が反対の意思を表示したときには、この限りでないものとする。
- (2) 承諾者が承諾の通知を発した後に死亡し、意思能力を喪失した常況にある者となり、又は行為能力の制限を受けた場合において、その承諾の通知が到達するまでに相手方がその事実を知ったときは、その承諾は、効力を有しないものとする。ただし、承諾者が反対の意思を表示したときには、この限りでないものとする。

(説明)

1 問題の所在

民法第525条については次のような問題がある。

- (1) 民法第97条第2項の対象として、意思能力の喪失も含めることが検討されているため（中間試案第4、4(4)）、この規定を引用している同法第525条についても見直しが必要となる。そもそも同条は、申込者が、申込みの発信後に自分自身が死亡した場合や行為能力を喪失した場合等にそのまま契約の成立を求めるとは考えられないことにかんがみて、一定の場合に申込みの効力を否定するものである。判断能力を欠

く状態であるという点では意思能力を喪失した場合も行為能力を喪失した場合と同様であるから、この趣旨を踏まえて特に区別する理由がないのであれば、意思能力を喪失した場合についても同法第525条の対象とすべきである。

また、民法第97条第2項に関して、「行為能力の喪失」には保佐及び補助が含まれるとして、その文言を「行為能力の制限」に修正することが検討されている（中間試案第4、4(4)）。申込みに係る契約について判断能力を欠くという点では申込者にとって行為能力を喪失したか制限されたかで違いがないため、同法第525条の趣旨との関係で特に区別すべき理由がないのであれば、行為能力が制限されている場合についても同条の対象とすべきである。

- (2) 民法第525条の規定のうち、相手方が申込者の死亡等の事由を知った場合の規律については、相手方がいつまでに申込者の死亡等を知れば適用されるのかが明らかでない。申込みを発信してから到達するまでに生じた死亡等に限って適用されるという考え方や、申込みの到達後に生じた場合にも適用されるという考え方などに分かれている。そこで、この点について条文において明らかにする必要がある。
- (3) 民法第525条の要件に該当した場合の効果については、同法第97条第2項を適用しないこととされている。しかし、この説明の2(2)で述べるとおり、同法第525条を申込みの到達後、承諾の通知の発信までの間の死亡等にも適用することとしており、この場合には意思表示の発信から到達までの間の死亡等を問題とする同法97条第2項とは適用範囲が異なることになる。そのため、同法第525条の適用対象をこのように定める場合には、効果について同法第97条第2項を適用しないと定めることは適当でない。

2 改正の内容

素案では、上記1で挙げられた指摘を踏まえ、民法第525条を次のように改めることとしている。

- (1) 意思能力を喪失した場合についても民法第525条の対象に付け加えるものとする。意思能力を喪失した場合も判断能力を欠く状態である点で行為能力の喪失した場合と同様であることから、申込者がそのまま契約の成立を求めるとは考えられず、同条の趣旨が当てはまる。ただし、酩酊状態になった場合など一時的な意思能力の喪失状態を排除するため、意思能力が喪失した常況にあることを要するとしている。

同様に、申込みに係る契約についての判断能力を欠くという点では申込者にとって行為能力が喪失したか制限されたかは違いがなく、行為能力が制限される種類の契約に関する申込みについては民法第525条の趣旨が当てはまると考えられる。そこで、「行為能力の喪失」の文言を「行為能力の制限」に改めることとしている。

- (2) 民法第525条の規定が、承諾者が申込みの到達後、承諾の発信までに生じた死亡等にも適用されることとしている。同条の趣旨を申込者が死亡した場合等における契約の帰すうに関する申込者の通常の意味に求めるのであれば、死亡等の事由が申込みの到達までに生じたか到達後に生じたかによって扱いが異なることは適切ではない。また、申込みは、相手方に到達するのみでは法律効果を発生させない、暫定的・経過的な意思表示にすぎず、申込みを受けた者が申込者の死亡等の事実を知っているの

あれば、申込みが到達した後に申込みの効力を否定しても影響が少ないと考えられる。ただし、契約が成立すると信頼した相手方の利益を害しないように、承諾を発信するまでに相手方が申込者の死亡等の事実を知ったことを要件としている。

- (3) 民法第525条に該当する場合の効果について、申込みが効力を有しないものとする旨を明示することとしている。この点については、申込者が死亡した場合には申込みの効力が失われ、行為能力が制限された場合には取り消し得るものになるという考え方もある。しかし、申込みの発信後に申込者が死亡した場合等にそのまま契約を成立させることが申込者の通常の意味に反するという同条の趣旨や、申込みがあるだけでは法律効果が生じていない暫定的・経過的な状態であることを踏まえると、同条の効果としては、申込みを取り消される可能性があるという不安定な状態にするのではなく、その効力を否定するのが適切である。

また、民法第525条の効果と同法第97条第2項から離れて規定する場合には、同法第525条にいう「申込者が反対の意思を表示した場合」の意味が明らかでなくなる。そこで、その意味するところを具体的に表すこととしている。

なお、民法第525条は、隔地者に対する意思表示を対象とする同法第97条第2項を受けた規定であって、同様に隔地者に対する申込みを規律している。しかし、同条の趣旨を踏まえれば、対話者に対する申込みについても適用を否定するべきではないと考えられる。例えば、申込者が対話者に対して申込みをした直後、承諾をする間もなく死亡した場合などについては、隔地者における申込みの扱いと異なる扱いをする合理的理由はない。そこで、素案の対象は隔地者に対する申込みに限定しないこととしている。

6 契約の成立時期（民法第526条第1項・第527条関係）

- (1) 民法第526条第1項を削除するものとする。
- (2) 民法第527条を削除するものとする。

○中間試案第28、6「契約の成立時期（民法第526条第1項・第527条関係）」

(1) 民法第526条第1項を削除するものとする。

(2) 民法第527条を削除するものとする。

(注) 上記(1)については、民法第526条第1項を維持するという考え方がある。

(説明)

1 素案(1)について

(1) 問題の所在

民法は、意思表示の効力発生時点に関して到達主義（同法第97条第1項）を原則としているが、契約の成立を欲する取引当事者間においては承諾の発信があればその到達を待たないで直ちに契約が成立することが取引の円滑と迅速に資すると考えられたことから、同項の例外を定め、隔地者間の契約の成立時期について発信主義を採用している（同法第526条第1項）。しかし、通信手段が発達した現代においては、当事

者が発信から到達までの時間の短縮を望めば様々な手段が提供されており、到達主義の原則に対する例外を設ける必要性が乏しい。

(2) 改正の内容

素案(1)では、民法第526条第1項を削除することとしている。これにより、申込みに対する承諾の意思表示についても、同法第97条第1項が適用され、到達した時から効力が生ずることになる。

(3) 例外の明文化の要否

民法第97条第1項は、任意規定であると考えられており、同法第526条を削除しても、当事者間の合意によって同法第97条第1項の適用を回避することは可能である。これに対して、実務上、契約の成立時点を一律に把握する必要性が高い業態があることを指摘して、当事者間の合意によって発信主義をとることが可能であることを明文で定めるべきであるとする意見がパブリック・コメント等で寄せられている。

しかしながら、例えば、民法第97条第1項に、当事者が別段の意思表示をすることによって発信主義とすることができる旨の規定を設けるかどうかは、任意規定と強行規定の区別をできる限り明示するという検討課題の一部であると考えられるが、それは民法全体の課題として必ずしも容易でない。また、専ら同項に関して考えてみても、契約の申込み以外の法律行為や、同項が準用されると解されている準法律行為も含めて、合意によって発信主義をとることができることに問題がないかどうか。仮に問題があるとして、契約の申込みの場合に限ってこれを定めることとした場合に、それは申込み以外の場面で同項が強行規定であることを意味するとの誤解を与えるおそれがないか。検討すべき課題は少なくないように思われる。

パブリック・コメントで寄せられた懸念は理解することができる場所であるが、この点については、特段の規定を設けなくても、寄せられた意見のような実務運用が可能であることは明らかであると考えられるが、どうか。

2 素案(2)について

(1) 問題の所在

申込みの撤回は相手方に到達した時に効力が生ずるが、発信主義の下では、その到達前に承諾の通知が発信されれば契約が成立する。この場合において、承諾者は、承諾の通知の発信と申込みの撤回の先後、つまり契約の成否を認識することができるが、申込者は認識することができない。そこで、民法第527条では、契約が成立しなかったことを知らない申込者が不測の損害を被らないよう、承諾者が延着の通知をする義務を定めている。

しかし、素案(1)により民法第526条第1項が削除された場合には、契約が成立するか否かは、承諾の通知の到達と申込みの撤回の通知の到達の先後によって判断されることになる。そうすると、その先後は承諾者にも認識ができないため、このような場面で承諾者のみが撤回の通知の延着について通知義務を負う理由がない。

(2) 改正の内容

素案(2)では、契約の成立時期について素案(1)で発信主義の特則を廃止することに伴って、民法第527条を削除することとしている。

7 懸賞広告（民法第529条・第530条関係）

(1) 民法第529条を次のように改めるものとする。

ある行為をした者に一定の報酬を与える旨を広告した者（以下この款において「懸賞広告者」という。）は、その行為をした者がその広告を知っていたか否かを問わず、その行為をした者に対して報酬を与える義務を負うものとする。

○中間試案第28、7「懸賞広告」

懸賞広告に関する民法第529条から第532条までの規律を基本的に維持した上で、次のように改めるものとする。

- (1) 民法第529条の規律に付け加えて、指定した行為をした者が懸賞広告を知らなかった場合であっても、懸賞広告者は、その行為をした者に対して報酬を与える義務を負うものとする。

（説明）

1 問題の所在

民法第529条は、懸賞広告者が懸賞広告を知らずに指定行為をした者に対しても報酬を与える義務を負うか定めておらず、どのように解するか争いがある。例えば、ある事件について犯人逮捕に結びつく情報を提供した者に報酬を支払う旨の懸賞広告があった場合で、その広告を知らないで有益な目撃情報を提供した者がいたときに、報酬請求権が生ずるかは、条文からは導かれない。そこで、この点について条文上明らかにする必要がある。

2 改正の内容

素案は、指定行為をした者が懸賞広告を知らない場合であっても、懸賞広告者は報酬を与える義務を負うことを明確化することとしている。懸賞広告者としては、特段の限定がない限りは、期待する結果が実現することを目的としているのであるから、懸賞広告を知らない者が指定行為を行ったとしても目的は達成される。上記の例のようなある事件について犯人逮捕に結びつく情報を提供した者に報酬を支払う旨の懸賞広告があった場合に、有益な目撃情報を提供した者がいれば懸賞広告者の目的は達成されるにもかかわらず、その者が懸賞広告を知っていれば報酬請求権が生ずるが、知らなければ生じないという区別をする合理的理由はないと考えられる。

(2) 懸賞広告の効力に関する次の規律を設けるものとする。

ア 指定した行為を行う期間を定めた懸賞広告は、その期間内に指定した行為が行われなかったときは、効力を失うものとする。

イ 指定した行為を行う期間を定めなかった懸賞広告は、指定した行為の内容等を考慮して相当な期間内に指定した行為が行われなかったときは、効力を失うものとする。

○中間試案第28、7「懸賞広告」

(2) 懸賞広告の効力に関する次の規律を設けるものとする。

ア 懸賞広告者がその指定した行為をする期間を定めた場合において、当該期間内に指定した行為が行われなかったときは、懸賞広告は、その効力を失うものとする。

イ 懸賞広告者がその指定した行為をする期間を定めなかった場合において、指定した行為が行われることはないと合理的に考えられる期間が経過したときは、懸賞広告は、その効力を失うものとする。

(説明)

1 問題の所在

民法上、懸賞広告の効力の存続期間の定めはない。しかし、懸賞広告者が撤回をしない限り、指定行為を完了した者がいればいつまでも報酬を与える義務を負うことになるのは適当でなく、懸賞広告にも存続期間があることを定める必要がある。

2 改正の内容

(1) 素案(2)アについて

素案(2)アでは、指定行為をする期間の定めのある懸賞広告について、当該期間を経過したときには効力が失われるとしている。指定行為をする期間を定めた懸賞広告者は、指定行為を行うための時間的な猶予を認めつつ、その期間内に承諾をすることを求める意思であると考えられるからである。

(2) 素案(2)イについて

指定行為をする期間の定めのない懸賞広告であっても、撤回がない限り指定行為を完了した者がいればいつまでも報酬を与える義務を負うことになるのは適当でない。懸賞広告には、その内容等に基づいて効力に時間的な限界が存在すると考えるべきである。そこで、素案イでは、懸賞広告の内容等にかんがみて相当な期間が経過すれば懸賞広告の効力が失われることを明らかにすることとしている。

(3) 民法第530条の規律を次のように改めるものとする。

ア 懸賞広告者は、その指定した行為をする期間を定めた場合には、その広告を撤回することができないものとする。ただし、その広告中に異なる意思を表示したときは、その意思に従うものとする。

イ 懸賞広告者は、その指定した行為をする期間を定めなかった場合には、その指定した行為を完了する者がいない間は、その懸賞広告を撤回することができるものとする。ただし、その広告中に撤回をしない旨を表示したときは、この限りでないものとする。

ウ 懸賞広告の撤回は、前の広告と異なる方法によって撤回をした場合には、これを知った者に対してのみ、その効力を有するものとする。

○中間試案第28、7「懸賞広告」

(3) 民法第530条の規律を次のように改めるものとする。

ア 懸賞広告者は、その指定した行為をする期間を定めた場合には、その懸賞広告を撤回することができないものとする。ただし、懸賞広告者がこれと反対の意思を表示したときは、懸賞広告を撤回することができるものとする。

イ 懸賞広告者は、その指定した行為をする期間を定めなかった場合には、その指定した行為を完了する者がいない間は、その懸賞広告を撤回することができるものとする。

ウ 懸賞広告の撤回は、前の広告と同一の方法によるほか、他の方法によってもできるものとする。ただし、他の方法によって撤回をした場合には、これを知った者に対してのみ、その効力を有するものとする。

(説明)

1 素案(3)アについて

(1) 問題の所在

民法第530条第3項では、撤回が可能か否かが懸賞広告者の反証に委ねられているため、指定行為をする者にとって、撤回がされ得るかどうかが明らかでない。しかし、指定行為が完了された後に撤回する権利の放棄があったかどうかを争う余地を残すのは法的安定性を欠く。また、特に懸賞広告者が指定行為をする期間を定めた場合には、その期間は猶予が与えられていると期待するのが通常であると考えられるため、このような期待を一定程度保護すべきである。

(2) 改正の内容

素案(3)アは、民法第530条第3項の規律を改め、指定行為をする期間の定めがある懸賞広告では撤回をすることができないこととしつつ、広告者の意思を尊重する観点から、懸賞広告者が撤回をする可能性がある旨を表示したときは、懸賞広告を撤回することができることとしている。素案(3)アと現在の規定の違いは、期間の定めがあるにもかかわらずその期間内に撤回をする場合に、前者であれば予め懸賞広告者が反対の意思表示をしている必要があるのに対して、後者では撤回権を放棄していないことを証明できれば足りることにある。懸賞広告者の意思を尊重するという趣旨において違いはないが、前者の方が、相手方にとって撤回される可能性の有無が明確になる。後述のとおり、懸賞広告においては、指定行為に着手しただけでは報酬に対する正当な期待が生じているとはいえないと考えられているが、懸賞広告者が指定行為を行う期間をあえて定めた場合には、指定行為を行うための時間的な猶予を認める意思であると考えられるし、相手方も、その期間内に指定行為を完了すれば報酬請求権を取得することができる期待するのが通常である。そこで、懸賞広告者が指定行為をする期間を定めた以上は、反対の意思表示がない限り、その期間内に指定行為を完了すれば報酬請求権を取得することができることとしている。

2 素案(3)イについて

素案(3)イは、指定行為をする期間を定めていない場合について民法第530条第1項

の規律を維持するものである。

この点について、懸賞広告には不特定多数に対する契約の申込みと同様に考えられる面があることから、契約の申込みの撤回と同様に、期間の定めがなくても承諾の通知を受けるのに相当な期間を経過するまでは撤回ができないこととする考え方があり得る。

しかし、懸賞広告の指定行為を行う者は、指定行為に着手してもそれを完了することができるかどうかは未確定であるし、その者が完了するまでに他の者が完了すれば報酬を得られないこともある。従来も民法上、懸賞広告については申込みのような拘束力を認めていない（民法第530条第1項参照）。そのため、指定行為に着手しただけで報酬に対する正当な期待が生じているとはいえず、申込みを受けて契約締結の検討や準備を開始した承諾者の契約の成立の期待とは異なっている。また、素案(3)アの場合のように、指定行為をする者に期待を生ずるような懸賞広告者の行為もない。そこで、素案(3)イでは民法第530条を維持することとしている。

3 素案(3)ウについて

(1) 問題の所在

民法第530条第2項は、他の方法によって撤回した場合にはそれを知らない者に不測の損害を与えるおそれがあることから、懸賞広告の撤回は、前の広告と同一の方法によってすることができない場合に限って、他の方法によることができるとしている。この規定については、その趣旨を全うするのであれば、他の方法によって撤回したときにはこれを知った者に対してのみ効果が生ずれば足りるのであるから、前の広告と同一の方法によってすることができないという場合以外にも、他の方法による撤回を認めてよいと考えられる。

(2) 改正の内容

素案(3)ウは、民法第530条第2項を改め、撤回の方法は当事者が選択することができることとした上で、前の広告の方法と異なる方法によって撤回した場合にはこれを知った者に対してのみ効果が生ずることとするものである。

【取り上げなかった論点】

○ 中間試案第28、3「承諾期間の定めのない申込み（民法第524条関係）」(2)

承諾期間の定めのない申込みについては、申込みの効力の存続期間を定める民法第524条に加えて、承諾適格の存続期間を定めることが中間試案において検討されていた。

承諾期間の定めがない申込みの承諾適格の存続期間について、時的な限界を認めること自体は広く支持されている。しかし、具体的にどのような期間が過ぎれば承諾適格を否定して良いか、特に、民法第524条の「申込者が承諾の通知を受けるのに相当な期間」との関係やその判断基準について検討を要するが、それは困難であると考えられる。

パブリック・コメントの手續に寄せられた意見においては、承諾期間の定めがない場合に、申込みの効力がいつまでも持続するのは適切でないとして、中間試案のような規定を設けることに賛成する意見が少なくなかったが、賛成する意見の中でも、中間試案において承諾適格の存続期間として提案した「申込みの相手方が承諾することはないと合理的に考えられる期間」と、民法第524条が定める期間との関係が不明確であるとの指摘があ

り、反対する意見にもこれを理由とするものがあつた。

○ 中間試案第28、5「申込者及び承諾者の死亡等」(2)

民法第525条について、申込者が申込みを発信した後に死亡した場合等と同様の規律を承諾者が承諾を発信した後に死亡した場合等にも設けることが検討されていた。

しかし、相手方に到達しただけでは法律効果を発生させない暫定的・経過的意思表示にすぎない申込みと異なり、承諾は、到達すればそれだけで契約の成立という法律効果が生ずるため、意思表示一般についての原則と異なる扱いをするのは慎重な考慮を要する。むしろ、承諾が到達しているにも関わらず、申込者が承諾者の死亡等を知っているか否かで契約の成立を争うことができると、法的安定性を欠き妥当でない。また、承諾が発信された後、到達するまでに生じた死亡等のみ適用されるのであれば、ほとんど適用される場面はないと考えられる。そこで、このたたき台では、この論点を取り上げないこととしている。

第5 第三者のためにする契約

1 第三者のためにする契約の成立等（民法第537条関係）

民法第537条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 契約により当事者の一方が第三者に対してある給付をすることを約したときは、その第三者は、その当事者の一方に対して直接にその給付を請求する権利を有するものとする。
- (2) 上記(1)の契約は、その締結時に第三者が現に存しない場合又は第三者が特定されていない場合であっても、効力を生ずるものとする。
- (3) 上記(1)の場合において、第三者の権利は、その第三者が債務者に対して上記(1)の契約の利益を享受する意思を表示した時に発生するものとする。
- (4) 上記(1)の場合において、上記(1)の契約の相手方は、債務者に対し、第三者への債務の履行を請求することができるものとする。

○中間試案第31、1「第三者のためにする契約の成立等（民法第537条関係）」

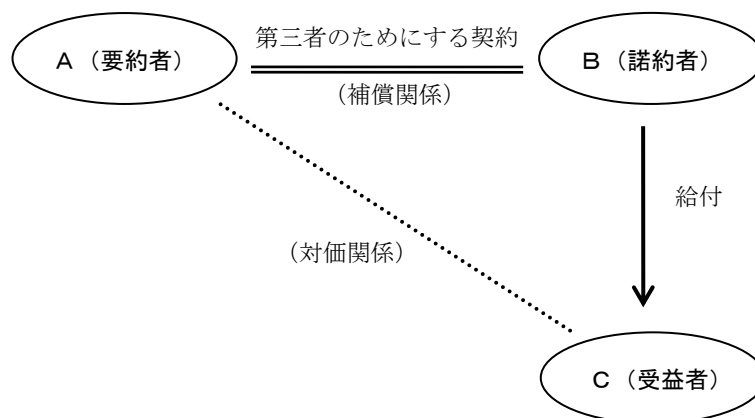
民法第537条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 契約により当事者の一方が第三者に対してある給付をすることを約したときは、その第三者（以下「受益者」という。）は、その当事者の一方（以下「諾約者」という。）に対して直接にその給付を請求する権利を有するものとする。
- (2) 上記(1)の契約は、その締結時に受益者が胎児その他の現に存しない者である場合であっても、効力を生ずるものとする。
- (3) 上記(1)の場合において、受益者の権利は、その受益者が諾約者に対して上記(1)の契約の利益を享受する意思を表示した時に発生するものとする。
- (4) 上記(1)の場合において、上記(1)の契約の相手方（以下「要約者」という。）は、諾約者に対し、受益者への債務の履行を請求することができるものとする。

(説明)

1 素案(2)について

(1) 現状及び問題の所在



この説明では、一般に定着した用語法に従い、第三者のためにする契約によって給付義務を負う者（上図のB）を「諾約者」、第三者のためにする契約の相手方（上図のA）を「要約者」、第三者のためにする契約によって利益を受ける第三者（上図のC）を「受益者」と、それぞれ呼ぶこととする。

第三者のためにする契約の要件として、受益者である第三者が契約の当時に現存する必要があるかどうかという点については、解釈に委ねられている。この点について判例は、第三者のためにする契約の締結時に受益者が現存している必要はなく、胎児や設立中の法人のように将来出現することが予期された者を受益者として第三者のためにする契約を締結することができるとし（設立中の法人を受益者とする第三者のためにする契約を有効としたものとして、最判昭和37年6月26日民集16巻7号1397頁）、さらに、契約締結時には受益者が特定されていなくてもよいとした（大判大正7年11月5日民録24輯2131頁）。

そこで、この判例法理を明文化し、第三者のためにする契約の要件に関する疑義を解消する必要がある。

(2) 改正の内容

素案(2)は、上記の疑義を解消するために、その締結時に受益者が現に存しない者である場合又は受益者が特定されていない場合であっても、契約の効力を生ずることを明らかにするものである。

2 素案(4)について

(1) 現状及び問題の所在

民法第537条第1項は、受益者が、諾約者に対して直接にその給付を請求する権利を有するという規定を規定しており、要約者も諾約者に対して受益者への履行を請求することができるかどうかについては、解釈に委ねられている。

この点については、受益者による受益の意思表示の先後を問わず、要約者も諾約者に対して受益者への履行を請求することができるという考え方が一般的である。例え

ば、第三者のためにする契約による受益者に対する給付によって、要約者が対価関係上の債務を履行しようとする場合には、諾約者が受益者に対する債務を履行しないことによって対価関係上の債務不履行が生ずるが、受益の意思表示をした後にも受益者が諾約者に対して履行請求をしないときに、要約者の債務不履行を解消するために、要約者が諾約者に対して受益者への履行を請求することが認められる必要がある。もっとも、古い判例（大判大正6年2月14日民録23輯152頁）や下級審裁判例（広島高決昭和30年1月17日高民集8巻1号23頁、東京地判昭和31年9月24日下民集7巻9号2593頁）にはこれを肯定したものもあるが、これを否定した下級審裁判例（神戸地伊丹支判昭和50年2月17日判タ332号314頁）もあり、判例の態度が明確ではないので、立法によって解決することが必要である。

(2) 改正の内容

素案(4)は、要約者が、諾約者に対し、受益者への債務の履行を請求することができるものとしている。

受益者が負担なしに権利を取得する場合であっても受益の意思表示を必要とすることを前提とすると（素案(3)参照）、要約者の諾約者に対する履行請求もまた、受益者が受益の意思を表示した後にのみ認められるべきである。この点について、従来通説は、受益者が受益の意思表示をする前であっても、要約者の諾約者に対する履行請求が認められるとしている。しかし、受益の意思表示前には、諾約者は受益者に対して債務を負担していないのであるから、要約者が諾約者に対して有する履行請求権の内容が明らかではないように思われる。そこで、素案(4)では、要約者は諾約者に対し受益者への「給付」を請求することができると表現するのではなく、要約者は諾約者に対し受益者への「債務の履行」を請求することができると表現することにより、受益者が受益の意思を表示して要約者の受益者に対する「債務」が発生していることが必要であることを示している。もっとも、受益の意思表示を不要とする特約が有効かどうかについて、このたたき台は引き続き解釈に委ねることを前提としているが、要約者と諾約者との間で、受益の意思表示前においても、諾約者が受益者に対して給付する義務を要約者に対して負う旨の合意をしていた場合には、要約者が諾約者に対して履行請求をすることができるということを否定するものではない。

ところで、上記神戸地伊丹支判昭和50年2月17日は、要約者の諾約者に対する受益者への履行請求を否定する一つの理由として、これを肯定した場合に受益者による履行請求訴訟との二重訴訟の生起や要約者による履行請求訴訟の既判力・執行力の範囲等に関して救い難い混乱が生ずるであろうことを挙げているが、この点については、次のように整理することができるので、素案(4)の規律を設けることに問題はないと考えられる。すなわち、要約者による履行請求訴訟の訴訟物は、受益者の諾約者に対する権利ではなく、要約者の諾約者に対する作為請求権であるから、受益者の諾約者に対する権利を訴訟物とする受益者による履行請求訴訟とは訴訟物を異にする。したがって、要約者による履行請求訴訟と受益者による履行請求訴訟とは、互いに抵触し合う関係にはなく、要約者による履行請求訴訟の既判力は、その当事者である要約者と諾約者の間にしか及ばない。そして、要約者の履行請求権は作為請求権であるか

ら、その執行方法は代替執行（民事執行法第171条）又は間接強制（同法第172条）となるのが原則である。

2 要約者による解除権の行使（民法第538条関係）

民法第538条の規律に付け加えて、前記1(3)により第三者の権利が発生した後に、債務者が第三者に対する債務を履行しない場合には、前記1(1)の契約の相手方は、その第三者の承諾を得て、契約を解除することができるものとする。

○中間試案第31、2「要約者による解除権の行使（民法第538条関係）」

民法第538条の規律に付け加えて、諾約者が受益者に対する債務を履行しない場合には、要約者は、受益者の承諾を得て、契約を解除することができるものとする。

(説明)

1 現在の規律

第三者のためにする契約の内容は、契約当事者である要約者と諾約者との間の合意によって自由に変更することができるのが原則であるが、そうすると、受益者の期待を不当に害することがあるので、受益者が受益の意思表示をした後は、受益者の権利を自由に変更又は消滅させることができないとされている（民法第538条）。

2 問題の所在

上記のような民法第538条の趣旨を前提とすると、第三者のためにする契約に基づく債務について不履行があった場合における要約者による解除権の行使や、第三者のためにする契約に取消原因があった場合における要約者による取消権の行使のために、受益者の承諾を要するか否かについては、同条の規律の対象ではないため、要約者による解除権や取消権の行使の要件については、解釈に委ねられている。

このうち、意思表示に瑕疵があったことなどを原因として要約者が取消権を行使する場合に、受益者の承諾を要しないという点については、異論が見られない。

他方、諾約者がその債務を履行しない場合に、要約者が当該第三者のためにする契約を解除するために、受益者の承諾を必要とするか否かについては、民法第538条の趣旨に照らして、要約者は、受益者の承諾なしには、当該第三者のためにする契約を解除することができないとする見解が通説とされている。もっとも、同条は当該第三者のためにする契約の当事者（要約者と諾約者）が合意によって受益者の権利を消滅させることを禁じたものに過ぎないことや、要約者が諾約者に対して反対債務を負担している場合に、解除権が制約されるのは不当であることを理由として、要約者は、受益者の承諾なしに、当該第三者のためにする契約を解除することができるとする見解も有力に主張されており、解釈に疑義が生じている。解除権の行使の要件は当事者にとって特に重要な問題であることを考慮すると、このような解釈上の疑義を立法により解消する必要がある。

3 改正の内容

素案は、受益者が受益の意思表示をした後は、要約者は、受益者の承諾なしには、当該第三者のためにする契約を解除することができないとするものである。諾約者が債務を履行しない場合に、受益者は諾約者に対して強制履行を求めることができるのであるから、諾約者が債務を履行しない場合に、強制履行を求めるのではなく契約を解除することについても、受益者の意思にかからしめることが適当であるという点で、取消権の行使とは異なる考慮が必要であると言える。また、要約者が反対債務を負担する場合に解除権が制約されるのが不当であるとの指摘については、要約者が自ら債務の履行を受けて、受益者に引き渡すという方法があるにもかかわらず、第三者のためにする契約という方法を採用した以上、解除権が制約されるのはやむを得ないと言える上に、第三者のためにする契約の内容は、当事者である要約者と諾約者との間で自由に決められるので、解除権の行使に受益者の承諾を不要とする合意をすることによって、要約者に生じ得る不利益を回避することは可能である。素案は、以上の考慮に基づくものである。

