

1 第三者による選択の意思表示は債権者及び債務者の承諾を得なければ撤回することができない旨の規定を設けることの当否

そのような場面の頻度の問題はあるものの、法律関係の明確化という点から規定を設けることが適切であると考えます。

パブリック・コメントでは、債務者からの特定の変更権を参考に、債権者・債務者双方の承諾がなくても、承諾しない当事者の利益を害しないのであれば、債権者および債務者の承諾が得られたときのみでなく、承諾がなくてもその当事者の利益を害しないとの要件を満たせば撤回（ないし変更）を認めてもよい、という考え方が出されています。

しかし、債務者または債権者が選択権者であるときは、他方の承諾を得なければ撤回できないこと（407条2項）との平仄および承諾しない当事者の利益を害しないという要件の判断に伴う不確実さを考えると、債権者および債務者の両方の承諾を得なければ撤回することができないとする旨の規定とすることが適切であると考えます。

2 選択の遡及効の制限を定める民法第411条ただし書の削除の当否

411条ただし書の削除の当否は、同規定が適用される場面がないと言い切れるかにかかっています。パブリック・コメントでは、二重譲渡事案において譲受人双方が対抗要件を具備していない場面では同条ただし書が機能することがありうるという指摘がありますが、どのように機能するのかがイメージできません。むしろ問題となるのは、対抗要件なくして当然に対抗力を取得できるような権利について問題となりうるように思われます。

具体例を直ちにあげることができないのですが、適用場面がないと言い切って大丈夫か、なお一抹の不安を覚えます。

3 その他

(1) 411条に関して

411条は、選択の遡及効を定め、第三者の権利との関係での制限を定めています。しかし、そもそも当事者が選択について遡及効なしとすることは考えられますし、また、法律の規定により選択権が与えられているときに当然に債権発生時に遡及するのかは、債権の発生とはどの段階を言うのかの解釈とあいまってそう当然とも言えないように思います。

場面は異なりますが、条件については、効力発生の時点について当事者の意思による

別の定めが許容される旨の明文があることなどを考えますと、411条に関しても、別の定めがあればそれによる旨を明文化することが考えられるのではないのでしょうか。

<規定のイメージ>

(選択の効力)

第四百十一条 選択は、法律又は法律行為に別段の定めがあるときを除き、債権の発生時にさかのぼってその効力を生ずる。**【ただし、第三者の権利を害することはできない。】**

(2) 一ないし複数の給付が不能である場合の処理 (410条)

410条は、債権の目的である給付の中に、原始的にまたは後発的に不能であるものがあるときは、選択権を有しない当事者の過失によるときを除き、選択肢が縮減されることを定めています。

原始的不能論に関しては、原始的に不能な給付を目的とする債権の帰趨（発生・不発生、ひいてはそれを中核とする契約等の有効・無効）の問題は、デフォルト・ルール（任意規定）をどう定めるかの問題であるという点では部会でのおおむねの理解があり、デフォルト・ルールをいかに定めるかという点について見解の対立があると理解しています。

この点についてのデフォルト・ルールを、債権発生・契約有効とする場合、選択債権についても当然に選択肢が縮減することにはならない、とする規律が整合的であると考えられます。その場合、選択権者である当事者——第三者の場合は除かれると考えられます——の「過失」によって不能が生じた場合に、選択権者が当該不能となった給付を目的とする方を選択することが許容されてよいか問題として残ります。この点を問題視・不当視するならば、選択肢の当然縮減を規定することが考えられますが、他方当事者にとっては不能となった給付の方を選択することに利益を見いだす場合もありうることを考えると、むしろ、選択権が移転するという規律の方が適切ではないかと考えます（後掲の《A》《A2》のイメージです）。これは、あくまでこの点を問題視・不当視するならば、という前提であり、特別の規律を設ける必要はなく、損害賠償等の一般法理によれば足りるという考え方もあるとは思いますが、選択権者である当事者の「過失」による不能の場合に特別の規律を設けるならば、後発的不能の場合も同様に考えてよいか問題になりますが、同じ規律が妥当するものと考えます。

原始的不能の給付を目的とする債権の処遇一般について、デフォルト・ルールを債権不発生・契約無効とする場合、原始的に不能の給付を目的とする債権は発生しないのが通常の当事者の意思であるという前提でしょうから、選択肢の当然縮減がデフォルト・ルールになるのが整合的であると考えられます。その場合、後発的不能の場合をどうするか、不能につき当事者に「過失」がある場合をどうするかという問題が残ります。

原始的不能の場合には選択肢の当然縮減が当事者の通常の意味であるとしても、契約締結後の不能については当然の選択肢縮減が通常の意味であるとは断言できないと思われます。この点は、後発的不能となった債務について当然に消滅する（損害賠償の要件を満たすときは損害賠償債務は存在する）と考えるのか、履行請求ができなくなるにとどまると考えるのかという一般論が影響する、少なくともそれとの整合性を考える必要がある問題だと思われます。

不能につき当事者に「過失」がある場合の扱いについては、原始的に不能な債権は発生しないことを原則とするならば、原始的不能についての当事者の「過失」の有無は債権の発生の有無、選択肢の縮減それ自体には影響しないと考えることもできますが、選択肢の一部であるという選択債権の問題においては「過失」によるリスク分担の発想を選択をめぐる規律という形で入れることも考え得るものと思います。選択権者でない当事者の「過失」による場合は選択肢の保障、選択権者または第三者の「過失」その他の事由による場合は選択肢の縮減、というのが現行法の示す分担のあり方で、それは一案であると思います（規定のイメージは現行法に当事者の別段の合意があるような場合の規律を加えるイメージです）。不能をもたらした原因、特に当事者の「過失」をここに組み込むのかどうかは1つの態度決定ではないでしょうか。

もう1つ気になりますのは、548条との関係です。解除権者の行為・過失によって目的物の滅失等が生じたときは解除権者は解除権を失うという規律については、これを削除すべきであるという意見も出されています。選択権者自身の「過失」によって不能をもたらされたときは、選択肢が当然に縮減される（その選択肢を選択することはできない）というのは、548条と類似性があるように思われます。関連性があると言ってよいのか決断がつかかねますが、関連性があるかどうかを含めて、留意しておく必要があるのではないのでしょうか。

<規定のイメージ>

（不能による選択債権の特定）

《A》

第四百十条 債権の目的である給付の中に、初めから不能であるもの又は後に至って不能となったものがある場合において、選択権を有する当事者の過失によってその給付が不能となったときは、選択権は相手方に移転する。【この場合において、相手方は、その給付を選択することを妨げない。】

《A2》

第四百十条 債権の目的である給付の中に、初めから不能であるもの又は後に至って不能となったものがある場合にも、選択権者はその給付を選択することができる。

2 前項の規定は、法律又は法律行為により、債権がその残存するものについて存在する

と規定されているときは、適用しない。

3 第1項の場合において、選択権を有する当事者の過失によって給付が不能となったときは、選択権は相手方に移転する。

(3) 選択権者の第一次的決定

406条は、選択債権の選択権が債務者に属するとしていますが、409条では第三者が選択権者となることも想定されており、406条は法律や法律行為(契約)に定めのない場合の規律です。これは現行法上もうかがえるものではありませんが、明文化することで、406条の意味がより明確になり、また、409条への規律の流れも円滑になると思われます。

<規定のイメージ>

(選択債権における選択権の帰属)

第四百六条 債権の目的が数個の給付の中から選択によって定まる【場合において選択権者につき(別段の)定めがない】ときは、その選択権は、債務者に属する。

(4) 任意債権

パブリック・コメント(そのほか、NBL)では、任意債権について規定を設けることを検討すべきであるという意見が出されています。

選択債権そのものの規律ではありませんし、任意債権についての規定を設けることを検討するかどうかは部会で決定すべき事項です。また徒に検討項目を増やすことは慎むべきであると考えます。しかし、基本的な概念であって、それについての基礎が民法に設けられることが要請される実需があるのであれば、試案の形に結実できないまでも検討項目として言及することが考えられてよいように思います。十分な議論のある問題ではないため、部会での決定のためには、そのための基礎として、設けるとするとどのようなことが考えられるかを、選択債権に関連する事項として、分科会で検討しておく必要はないでしょうか。

その場合、パブリック・コメントで言及されている各項目について網羅的に検討するまでの必要性があるのか、また、規律を詰め切れるのかは疑問に思います。そうだとすると、任意債権が認められることを確認し、410条の帰趨次第では、それとは異なる規律が妥当することを明らかにする程度の規定化が考え得る規律内容ではないかと思えます。

<パブリック・コメント(部会資料33-2・55頁)からの抜粋>

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、劣後債には配当ストッパー条項(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)

<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 義務ノ成立ノ單純、有期又ハ条件附ナルトキ

第二 義務ノ目的ノ單一、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ー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