

法制審議会  
民法（債権関係）部会  
第66回会議 議事録

第1 日時 平成25年1月15日（火）自 午後1時00分  
至 午後5時35分

第2 場所 法務省大会議室

第3 議題 民法（債権関係）の改正について

第4 議事 （次のとおり）

## 議 事

○鎌田部会長 定刻になりましたので、法制審議会民法（債権関係）部会第66回会議を開会いたします。

本日は御多忙の中を御出席いただきまして、誠にありがとうございます。

本日は、安永貴夫委員、沖野眞巳幹事、福田千恵子幹事、森英明幹事、山川隆一幹事が御欠席です。

本日の会議の配布資料の確認をさせていただきます。事務局からお願いいたします。

○筒井幹事 本日の会議用の資料として部会資料55、「たたき台（3）」を事前にお届けしております。このほか、机上には委員等提供資料を何点かお配りいたしました。まず、松岡久和委員から「法定代位者相互間の関係（民法第501条）に関する意見」を御提出いただいております。それから、本日御欠席の安永貴夫委員から「中間試案のたたき台（3）についての意見」、佐藤則夫関係官から「書面による意見陳述」と題する書面を頂いております。安永委員と佐藤関係官は、本日は御欠席ですが、事前にアナウンスいたしましたように、代読して紹介することは省略させていただこうと思います。また、日本司法書士会連合会から「民法（債権関係）改正における供託制度に関する意見」を御提出いただいております。本日の審議で取り上げられている項目に関する御意見です。それから、大阪弁護士会民法改正問題特別委員会有志の方々から、部会資料55の第1から6までに対する意見をお届けいただいております。

○鎌田部会長 本日は、部会資料55について御審議いただく予定です。具体的には休憩前までに部会資料55のうち、「第3 債権譲渡」までについて御審議いただき、午後3時45分頃を目途に、適宜、休憩を入れることを予定しています。休憩後、部会資料55の残りの部分について御審議いただきたいと思います。

それでは、まず、部会資料55の「第1 多数当事者の債権及び債務（保証債務を除く。）」について御審議いただきたいと思います。一括して御意見をお伺いしたいと思いますので、御自由に御発言ください。

○中田委員 第1の「1 債務者が複数の場合」の（1）について質問というか、意見というかを申し上げます。（1）のただし書に「当事者間の合意がある場合」とありますけれども、これについて二つあります。

第1は、遺言は入らないという趣旨かどうかです。学説では遺言の場合にも連帯債務の成立を認めるのが一般的であります。それをどう考えるか。取り分け（概要）では「法律行為の定め」とありますので、少なくとも本文と（概要）との間に少しずれがあるような印象を受けました。

それから、第2点ですけれども、「当事者間の合意」というのは、誰と誰の合意なのかということです。債権者Aと債務者B、Cがいるときに、ABの合意とACの合意だけでいいのか、それとも、債務者BCの合意も必要なのか、あるいはBCの合意があって、それをAに表示すればいいのか、そういったことです。

と申しますのは、履行の請求に絶対効を与えることについて、2ページの3の（1）の（概要）の説明ですと、A、B、Cの三者の合意が必要だと記載されております。それから、併存的債務引受の場合はどうか。これは29ページにありますけれども、二つの方法

が規定されています。それから、連帯債権の場合はどうかと申しますと、恐らく債権者全員と債務者との合意が必要になるのではないかと思います。そうしますと、当事者間の合意といいますが、場所によってもし意味内容が違ってくるとすると、非常に混乱が生じるかもしれませんので、できれば何らかの形で説明を加えたほうがよいのではないかと思います。

○川嶋関係官 まず、1点目の遺言に関してですけれども、(概要)で示しましたように「法律行為の定めによって」ということを念頭に置いておりましたので、本文の書き方のほうを改めなければならないと思いましたが、そのような趣旨の御指摘を頂いたのだと思って対応したいと思います。2点目の「当事者間の合意」と言った場合の当事者の範囲についてですけれども、履行の請求のところでも書いたことですが、全員の間の合意ということ念頭に置いて整理をしたつもりです。ただ、多数当事者の債権及び債務以外の分野との平仄も検討しなければならないという御指摘も頂いたのだと思いますので、検討していきたいと思えます。

○中田委員 では、御検討をお願いいたします。全員の合意が必要だということにしますと、例えば、債権者Aと連帯債務者B、Cの三者が既において、その後にDが新たに連帯債務者になろうとするときに、AとDの合意だけでいいのか、それとも、既存のB、Cの同意まで必要なのかということと関係してきます。それは連帯債務者間で知らない連帯債務者が存在するかどうかということと関係してきますので、併せて御検討いただければと思います。

○鎌田部会長 ありがとうございます。

ほかにいかがでしょうか。

○深山幹事 3の「連帯債務者の一人について生じた事由の効力等」のところでございます。

(2)のタイトルは「更改、相殺等の事由」ということで、435条から440条までの規律をまとめて提案されておるんですが、相殺の436条2項についてはウのところに出てきますものの、436条1項の相殺の規律については、従前、絶対効だったものについて改める趣旨なのかどうか、どうも分かりにくい記載の提案だという気がいたします。

(2)のアのところ、更改、免除、混同、時効の完成と並んでいるところには相殺という記載はなくて、ただし、その他の事由というのが後ろに付いているわけですが、この点も含めて、436条1項の規律を維持するのか、改めることとして相対効にするのかということについて、もう少し分かりやすい記載の提案のほうがよろしいのではないのでしょうか。

○川嶋関係官 436条1項の相殺による債権の消滅の規律は、ということ、基本的に維持するつもりだったのですが、「民法第435条から第440条までの規律を次のように改めるものとする」とひとまとめに書いてしまった結果、確かに436条1項の規律がどうなるのかが不明瞭になってしまったのは、御指摘のとおりだと思いますので、分かりやすく書き直したいと思います。

○松本委員 同じく、今、深山幹事が御指摘されたところの混同の部分なんです、3ページの(備考)のところ、混同について相対的効力事由にしたことの理由が書いてあるわけです。相対的効力事由ということになると、一人の債務者と混同した債権者としては、他の債務者に対して全額請求ができるんだと、それが債権者保護なんだと。しかし、債務を

履行した混同していないところの債務者としては、当然、混同したところの債務者に対して求償請求できるはずですね。その債務者は債権者と混同しているわけだから、債権者に対して求償請求するということになります。その場合に、一旦、債務を全額弁済した後でないと求償できないという意味で債権者の無資力の危険を負担することになるのか、それとも、最初からの請求に対して混同した分については、一種の事前的な相殺とでもいうのでしょうか、弁済しなくてもよいというようなことになるのかという点はいかがでしょうか。

○川嶋関係官 相対的効力事由として整理した場合には、債権者と混同が生じた連帯債務者から他の連帯債務者に対して全額の請求をすることができ、その後、請求を受けた連帯債務者が求償をしていくという形になると思います。無資力のリスクをどうするかはともなく、というかそういう問題もあるとは思いますが、当事者間でどのように決済するかについては、事実上、差っ引いて決済するとか、そういったことはできると思います。しかし、差っ引いた決済を強制するというのであれば、それは負担部分について絶対的効力を認めるということになるかと思えます。頂戴したばかりで、まだ精読はできていませんけれども、大阪弁護士会の意見書にはそのようなアイデアも記載されているようですので、負担部分について絶対的効力を認めるというような考え方も議論の対象にはなり得るんだと思います。

○松本委員 確認ですが、原案ではそういう合意をすればしてもいいけれども、しなければ原則として全額弁済しない限り、求償権は発生しないという立て付けなわけですね。

○川嶋関係官 そうですね。

○松本委員 分かりました。

○大村幹事 先ほどの中田委員の御発言に戻ってよろしいでしょうか。先ほどの御指摘について、事務局のほうで御検討いただけるというお話でしたが、この問題は多分、次のようなことだと思います。多数当事者の場合も含めて、債権譲渡ですとか、相殺ですとか、第三者による弁済等々、債権総則の諸制度について任意規定が置かれている場合、法令と、債務の性質、そして、当事者の意思表示によって、それを変更することが可能だという規定があわせて置かれていることが多いかと思えます。その場合の当事者の意思表示というのが何を意味するのかということが従来、分かりにくかったということで、多分、当事者間の合意と書こうという考え方が出てきたのだらうと思います。それぞれのところについて、そのように現行法の規定を書き直して、より分かりやすくなるということでしたら、そうしていただくとよいかと思えますが、そごが生じないように全体を通じての御配慮を頂ければ幸いです。

○鎌田部会長 ほかによろしいですか。

○中井委員 (2)の先ほどの深山幹事の質問に対する回答は、分かりにくいので分かりやすくするという御趣旨でしたが、端的に、更改、免除、混同、時効の完成その他の事由としたのは、意図的に相殺は外したという趣旨ですか。だとすると、それが分かりやすくすると、それはどういうことを意味するのか、確認したいのですが。

○川嶋関係官 436条1項については、その規律を維持するということを明確に表す方策を考えたいということです。

○松岡委員 私の質問は、先ほどの松本委員の御質問に対するお答えと関連し、今の中井委員

の御質問の相殺の問題とも関係するかもしれません。混同によって当然に弁済したことになって求償関係しか残らないとはしないことはよく分かりました。そういう意味で、相対的効力であるのは良いのですが、他の連帯債務者は、特段の合意をしないと、全額を支払ってから債権者に求償して取り戻すことになります。しかしそれでは、相殺の場合に絶対的効力を一部だけ認めることとの関連もあって、債権者の無資力の危険をその他の連帯債務者に押し付けることになりかねません。むしろ相殺するとか、差し引きして決済できるとしたほうが良いのではないかと考えます。

○鎌田部会長 それでは、3の「(2) 更改, 相殺等の事由」に関連して、御意見があればこの場でお出しただければと思いますけれども、ほかにはよろしいですか。

○中井委員 先ほど御紹介がありましたように、大阪弁護士会有志は、相対効に改めるとしても、なお、混同については従前の議論の経過からすれば、必ずしも提案の流れではなかったわけで、部会での議論の結果をアの形で集約してよいのか、果たして相対効でいいのか、問題にしているわけです。(2)のまとめ方ですが、これまでの議論の経過を反映して、少なくとも混同については何らかの留保を付けた提案をするか、そこは御検討いただく必要があるのではないかと思います。

○松本委員 同じ問題が7ページの8の「連帯債権」のところでも発生すると思います。「連帯債権」の(2)のところの叙述が、正に先ほどの連帯債務の場合の混同の場合と対応しているわけでありまして、連帯債権者の一人と債務者が混同した場合に、他の連帯債権者は混同して一人になってしまった債務者兼連帯債権者に対して全額請求できるんだと。その後で混同して同一主体になったところの債務者兼連帯債権者は、他の連帯債権者に対して償還請求ができるんだという立て付けなので、正に連帯債務と同じ順序だということになっているわけですが、衡平の観点からいって、果たしてこういう順序を付けるのがいいのかどうかというのは、慎重に考慮する必要があると思います。

○筒井幹事 先ほど来、御指摘があった2ページの「更改, 相殺等の事由」については、相殺に関する民法436条1項の絶対効が維持されることを明記することのほかに、複数の御意見を頂きました混同の取扱いについては、検討させていただきたいと思います。また、それと関連して7ページの「連帯債権」について、松本委員から御指摘いただいた点についても検討したいと思います。

○鎌田部会長 それ以外の点についていかがでしょうか。

○岡委員 4の(2)のところですが、二つあります。

一つは、大阪の有志の意見にありますようにかなり大きな変更を加えるもので、現行法でもいいという意見もそれなりに有力にありますので、先ほど中井さんが言ったように注で現行法維持、あるいは違う考え方があるという記載をしていただきたい。注がない場合には現行法維持あるいは反対意見がないかのような誤解をどうしても素人、弁護士も含めて受けやすいものですから、現行法あるいは反対案がそれなりにあるというものについては、表現を工夫していただきたい。

もう一つは、4の(2)の「怠っている間に」という表現についての質問です。弁護士会で議論をしていましたときに、過失あるいは不当に遅れている場合に、こういうペナルティがあるのは理解できるけれども、すんなり事後通知をしたけれども、到達するまでの間に第二の人が弁済をしてしまったと、そういう場合を含むのか、含まないのか。(概要)

を見てもどっちかよく分からなかったの、その意味を御説明いただければと思います。価値評価が入って、過失があつて遅れている場合にはこういうペナルティがあると、普通に通知していた場合に払ってしまった場合には、そうではないんだということを認めるのか、認めないかという質問でございます。

○筒井幹事 岡委員から御指摘いただいた1点目、(注)で異論があると書いてある場合と、書いていない場合との違いについては、それを明確に線引きをするのは大変難しいわけですが、むしろ、今回は中間試案の取りまとめである以上、どの項目についても部会としての確定的な考え方であるわけではなくて、パブリックコメントの結果を踏まえて、更に検討を続けるということを当然の前提としているわけです。その上で、今回の取りまとめをするに当たって、本文の考え方だけを提示してパブリックコメントを行うのは適当でないという意見が部会の中であった項目については、(注)を付することを調整弁として部会内のコンセンサスの形成を図るという方針で、現在、検討を進めております。ですので、必ずしも明確でないことが多少は出てくる可能性があるということは否定しませんけれども、その趣旨を広く伝えていくことによって、誤解が生じないようにしていきたいと私は考えております。

2点目のお尋ね、4ページ(2)の「怠っている間」の意味ですけれども、この点については評価的な要素を入れたつもりはなく、単純な先後を意味していると考えておりました。それが読み取りにくいのだとすれば、表現について検討したいと思ひますし、実質がそれでよいのかという御意見があれば、それを伺いたいと思ひます。

○松本委員 岡委員の前半の質問との関係で、少し一般的な事務局の整理の仕方についてのお考えをお聞きしたいんです。つまり、甲案、乙案という形で並んでいる場合と、それから、そうではなくて(注)で何々という考えもあると書いてある場合のそれぞれの意味とその書き分けのルールについてです。この部会における意見が均等に割れている場合が甲案、乙案、丙案となり、少数意見は(注)に落とすというルールなのか。その場合に以前の御説明で今回は改正提案をするんだから、改正しないという案は、甲案、乙案、丙案という主案にはなり得ない。現状維持の案はいかに多数の意見であっても、(注)にしか書けないんだという説明をされたかのような記憶があるんですが、今でもそういうスタンスなのかどうか。

もし、そうだとすると、今回は改正提案として出てこない部分がたくさんあるわけですね。そういう場合に改正案はない、甲案も乙案も丙案もないんだけれども、(注)でここはこう改正すべきだという案も少数意見としてあると書くというのが、形の上ではあり得ると思うんですけれども、そういうお考えはないのかと。つまり、(注)の使い方について少し御説明を頂きたいと思ひます。

○筒井幹事 ただ今のような御質問に抽象的に答えるのは難しいので、できましたら具体的な論点ごとに御議論いただきたいと思ひますけれども、御質問いただいたことのうち、本文において改正しないという提案をすることについては、適当でないと考えていることを既に申し上げました。それについては、現在もそのように考えております。ですから、本文で改正しない、現状を維持するという提案を書いた上で、(注)で一定の改正案を示すという整理の仕方はしないというのが、現時点での私の考えであります。

それから、松本委員はこの部会での意見の分布ということにも言及されました。もちろん

それも重要な考慮要素の一つだとは思いますが、現時点での意見の分布を正確に中間試案に反映させるだけでは、今後の審議を進める上で有益であるとは限らないということ、私はたたき台の議論の冒頭で申し上げました。どのような案であれば、消極的な賛成を含めた合意形成が可能であるかということを含めていかなければ、議論は集約されないし、立法には結び付かない。したがって、そのような議論を今後も単純に続けていくのは、この審議会の役割に照らして意味がないと考えております。現時点の部会の中での意見の分布が、甲案、乙案、丙案が3分の1ずつであるとすれば、それは集約が困難であると見てこの段階で諦めるのか、あるいは、より多くの方が賛成可能であると見られる案での一本化を目指して、暫定的であっても当面のコンセンサスを得ることを試みようとするか、私どもとしてはその見極めをしながら本文の案を提示しているわけでございます。

ですから、本文で提示している案で、直ちにコンセンサスを形成することはできないまでも、その案でもう少し進めてみようという御理解を頂けるのであれば、それについて（注）を付して反対意見があることや、別の案もあることを紹介しながらも、その案を中心として次のステージまで進めてみようということで、現在、たたき台を作成しております。抽象的に申し上げれば、そういうことですので、このような方針に対する異論があればお聞きしたいと思いますし、それから、その方針が具体的に適切に反映されているかどうかという問題があれば、それも御意見を頂きたいと考えております。

○松本委員 それでは、具体的な例を挙げますと、19ページの「対抗要件」のところ、後で中身の議論はしていただければいいんですが、甲案、乙案というのが併記されていて、（注）のところ、現行法維持というのがあるというのは、甲案、乙案というのが同じレベルで部会で有力な案としてあり、現行法維持という考え方はどれだけ有力かとは無関係に、改正しないという案は（注）でしか書けないんだという整理なのか。その後の「債務引受」の29ページのところを見ますと、具体的な改正提案とは別に（注）のところ、別の改正提案もあるんだということが書かれているわけです。この辺りの違いがよくわからないんです。改正提案という点では一緒なんだけれども、本文の中で、甲案、乙案として位置付けてもらえる案と、そうでなくて、（注）でしか書いてもらえない案というのは、事務局として明確にウエートに差を付けているという感じがするわけですが、それは部会の議論を反映しているという意味なのか、それとも、事務局としての独自の判断だということになるのかという点はいかがでしょうか。

○筒井幹事 部会の議論を反映していないことはあり得ないわけですが、先ほどの説明を繰り返しますが、現時点での意見分布をそのまま表すことだけでなく、これまでの審議の経緯を踏まえた我々の判断として、どのような案を提示すれば議論を前進させ、合意形成ができるかを試みているということです。この審議会の議論は現に継続中なので、これまでの経緯を単純に整理するというだけでなく、このたたき台の議論、中間試案に向けた議論の中で、更にコンセンサスの形成が可能かどうかを試みることが重要であると考えております。そういった観点を含めて、本文に書くもの、（注）に書くものの振り分けを行ってきたつもりでございます。

○松本委員 最後の確認ですが、現状維持というのは本来の案には絶対に入れないということですか、（注）以外ではあり得ないという堅いお立場ですか。というのは、パブリックコメントにかけた場合の受け取り方の印象として、（注）で書かれているのはごく少数意見

なんだと普通は思うわけですね。本文で、甲案、乙案とあって、（注）でちょこっとあるんだとすると、大多数は、甲案か、乙案なんだろうと普通の人は考えてしまうので、その辺り、（注）で書かれるのか、本文で書かれるのかによって印象が相当違うんだと思うんです。改正提案をするのが部会の任務なのだから、改正しない案なんていうのは、およそ歯牙にもかけないということなのかという点はいかがなんでしょうか。

○筒井幹事 この部会の大方の意見が現状維持であって、およそ改正に向けたコンセンサスを得る見込みがないならば、その改正項目は中間試案では取り上げられません。そのことが大前提なので、誤解がないようにしていただきたいのですが、そのことを踏まえて、本文に現状維持という案を書くかどうかに関する私の考えは、既に申し上げたとおりですので、繰り返しません。ただ、それでよいかどうかは、この場でお決めいただくことであろうと考えております。読み手に不適切な印象を与えないようにすることは、重要なことだと思いますけれども、そのことゆえに現状維持という案を本文で書くべき場合があるとは私は思いませんし、何らかの誤解が生ずるおそれがあるのだとすると、それは言葉を尽くして説明をしていくべきであろうというのが私の考えです。

○大村幹事 今の点については、私は現段階では筒井幹事がおっしゃったようなプレゼンテーションでよいのではないかと考えております。それから、最後に触れられた誤解がないようにということについては、この取りまとめ全体の性質を説明するようなものをどこかに付け加えていただくということではよいのではないかと思います。

○鎌田部会長 ということで、中間試案の取りまとめに向けて議論を進めさせていただければと思います。

先ほど中井委員から御発言の挙手がありましたけれども。

○中井委員 全く別の、4の（1）の求償権ですけれども、ここでの取りまとめの仕方は、一つの考え方として十分理解できて、これを提案すること自体に異議を挟むものではないんですが、これまでの審議の経過に照らすと、よくは覚えていないのですが、審議の大勢としては、「自己の負担部分を超える部分に限り」という、このような限定は付さない意見、つまり、共同の免責を受ければ、負担部分の割合に応じて求償権を行使できるという考え方が多数といたしますか、それほど異議なく承認されていたのではないかと思います。ここではそうではない整理になっています。仮にこの整理をすとしても、従来の判例法理でもありますけれども、免責を受けた範囲で直ちに、つまり、負担割合を超えなくても求償できるという考え方を示すべきではないかと思います。

○川嶋関係官 御指摘のとおり、これまでは、負担部分を超えなくても求償ができるという考え方を題材にして議論が進んでいたのですがそれほど豊富な議論の蓄積がされてきたわけでもないという印象もあるところです。それで、（備考）にも書きましたように、第1分科会第3回会議の議論を踏まえたり、あるいは不真正連帯債務との関係等を整理したりしながら考えていく中で、今回のような案のほうが分かりやすく、また、コンセンサスを得られやすいのではないかと判断に至ったというわけです。しかし、負担部分を超えなくても求償できるという案を維持すべきだという御指摘がありましたら、それは（注）の形で示すか、それとも本文で取り上げるかも含めて、この場の議論の状況に応じて対応いたしたいと思います。

○鎌田部会長 よろしいですか。



- 中井委員 個人的な意見となると、負担部分を超えなくても求償できていいのではないかと、負担部分を超えなければ求償できないというのは、連帯債務者間でのアンバランスが生じますので、果たしてそれでいいのかと素朴に思うところです。ただ、その聞き方をスタートにさせていただいて、批判が多ければまた考えるというのも、パブリックコメントの問い方ですので、そういう方法もあり得ると思っております。
- 松岡委員 今の点に関連して、提案の仕方の原則との関係からいいますと、現状維持案は表には出さないで、修正提案の形でまとめることにはなると思うのですが、負担部分を超えないと求償できないということになりますと、特に一部弁済をする場合、弁済をしても求償ができるかどうか不安が生じることになって、弁済を督促するという代位制度の趣旨からみてやや問題があるような気がいたします。
- 内田委員 今の点は、今回の連帯債務というのが、従来言われていた不真正連帯債務を吸収していることと関わります。合意で成立する場合以外の連帯債務が通常カバーされますので、その場合については、負担部分を超えたときに初めて求償できるというのが従来の扱いだと思います。その上で、合意で成立する場合については、その合意で求償を含め様々なことを決めることは可能だと思いますので、デフォルトルールとしてはこちらのほうがいいのではないかと、という考え方に基づく提案だと思います。
- 鎌田部会長 ほかに連帯債務関連で御発言はございますか。  
それでは、連帯債務以外の部分についての御発言がありましたらお出しください。
- 岡委員 質問でございますが、「不可分債務」のところでございます。不可分な1賃貸物件を貸す債務の対価たる賃料債務は、金銭債務であっても不可分債務になると教科書に書かれていたと思うんですが、それは今回の規律が入ると、金銭債務は原則可分債務になるのでしょうか。
- 川嶋関係官 可分と不可分とはその性質で区別するという考え方ですので、金銭債務は可分のほうに分類されますが、合意によって連帯債務にするということではできると思います。
- 岡委員 不可分債務の対価たる債務でも、金銭債務の場合は不可分債務にはならない、そうなるということですね。
- 川嶋関係官 そうですね、性質上可分であれば不可分債務にはならない。
- 深山幹事 質問で恐縮ですけれども、性質上の不可分債務が損害賠償債務に転嫁された場合というのはどうなのか、教えていただければと思いますが。
- 道垣内幹事 共同賃借人の負う債務についても同じなのですが、現在の中間試案の提案の文言から一義的に導かれるという話なのか、それとも、一義的に導かれるような文言にするべきだというご主張なのか。私は事務局になぜ質問するのかが意味が分からないのですが。
- 岡委員 文章を読む限り、そう変えるという提案に読めるので、真意を知りたかっただけであります。
- 川嶋関係官 質問を頂いたわけですが、それを受けて、今、思い至ったのは、例えば、5の(2)は、この書き方だけでは不十分なし不明確なのかなということなのですが、もう少し考えさせていただけたらと思います。
- 鎌田部会長 これまでの議論で、事務当局は、性質上可分のものについては連帯債務にはなるけれども不可分債務にはならないという、こういうスタンスで一貫してきた。そこをもう少し考えるということですか。

- 川嶋関係官 そのスタンスは維持したいとは思いますが、例えば不可分債務の反対給付が性質上可分であるときに、それが可分債務になるのか連帯債務になるのかといった辺りが分かりにくいという御指摘なのかなとも思っていて、その説明の仕方をもう少し考えてみたいという趣旨です。
- 松本委員 今回の関係官の御趣旨は、性質上不可分ということの定義をクリアにすることによって、共同賃借人の賃料債務は性質上不可分の中に入るように工夫しますという趣旨なのか、そうではなくて、金銭債務なんだから対価との関係、反対給付との関係での性質上不可分というのはそもそも認めないんだと、したがって、夫婦で共同賃借人になる場合には可分債権なんだから、賃貸人としては連帯債務として特約しておかないと大変なことになりますよと誘導したいという趣旨なんですか、どちらですか。
- 川嶋関係官 連帯債務と不可分債務との区別を性質上可分であるか不可分であるかに求めることを前提に組み立てた中間試案ですので、その区別は維持した上で、どうすれば分かりやすく説明できるかという……。
- 松本委員 区別を維持という場合の区別というのは、対価との関係は一切考慮しないで、当該独立した債権債務のところだけを見て、可分か、不可分かを見ましょうという趣旨なのか、対価との関係も考慮した上で、性質上不可分ということを考えましょうという定義するつもりなのか、どちらなんですかという質問です。
- 川嶋関係官 対価との関係を考慮して判断するという事は、しないほうがよいのではないかと考えております。
- 鎌田部会長 それ以外によろしいですか。よろしければ、「第2 保証債務」について御審議を……。
- 道垣内幹事 川嶋関係官はそうおっしゃったわけですが、現行法においても、対価との関係を考慮すると書いているわけではないですよ。しかるに、そのような考え方が解釈論として出てきている。だから、川嶋関係官が何かおっしゃったからといって、この中間試案が、対価との関係を考えて性質を判断するという解釈を否定するものになるわけではないと思うのです。それが私の最初に申し上げた、なぜ、川嶋関係官に質問するのだろうかということにつながっているのです。仮に対価との関係を考えることを明確化すべきであるというのなら、明確化するという案というのは十分にあり得ると思うのですが、現行法でも解釈として行われている点について、その解釈がこの文言によって排除されるかどうかを今、ここで議論しても仕方がないのではないかと思います。
- 内田委員 道垣内幹事のおっしゃるとおりだと思います。原案は、給付が性質上可分である限り不可分債務にならないという前提に立っていますが、仮にそうだとすると、不可分の給付についての対価は、可分であっても連帯債務になるという考え方はあり得るので、その旨の明確なルールを置くべきであるという御提案があるのであれば、それをお出しいただければと思います。仮にその旨の規定を置かなくても、その解釈は道垣内幹事がおっしゃったとおり、全然、封じられていません。ただ、これまで可分であるのに不可分と無理に言っていた部分については、そのような言い方をやめて、効果は同じですので、むしろ連帯と言ったほうが分かりやすいのではないかと、というのが原案の発想だと思います。
- 鎌田部会長 道垣内幹事のお考えと食い違いがありそうな気もしますが、可分な給付を内容とする不可分債務というものを認めるか、認めないかという論点と、不可分債務と

連帯債務との差は非常に極小化されているわけで、連帯債務が成立する場合についてどう考えるかを、5の(2)というはその一つの考え方を示しているとは思うんですけども、もっと正面から分かりやすいものにすべきではないかという論点と、二つの論点が存在していると思うんですけども、それらを踏まえて、もう少し分かりやすい形に整理することを検討させていただければと思います。

ほかによろしければ。

○中井委員 戻って申し訳ないんですが、先ほどの求償権の部分です。内田委員から不真正連帯債務の規律に結局、合わせるといいますか、同じ考え方を採るということでしたけれども、連帯債務者間の当事者の一般的意思からすれば、仮に負担割合が同じだとすれば、一部免責を受けた場合でも、みんな平等にそれを負担し合いましょうという関係で求償ができるという考え方が、連帯債務一般としてあり得ると思うんです。

不真正連帯債務に合わせることを先に原則として立てて、そこから立論していくのは、いかかかと思ったわけです。そういうご説明ではなかったのかもしれませんが、不真正連帯債務が共同不法行為のような場面で、被害者救済の観点からそのようになっているとすれば、不真正連帯がそうだから連帯債務も同じにするというのは、論理がよく分からなかったと申し上げておきます。仮に4の(1)について一部免責を受けた場合は、直ちに負担割合に応じて求償できる、不真正連帯が違えば、その限りで特則があるということも十分あり得ると思いますので、そういう観点も含めて、(1)のAの規律は考えたい。

○鎌田部会長 そこは重要な点になりますので、先ほど事務局から説明がありましたように、その部分について二つの考え方があるということが分かるような形で、中間試案の取りまとめをすることにしたいと思います。

それでは、「第2 保証債務」について御審議いただきたいと思います。御自由に御発言ください。

○加納関係官 部会資料の8ページの第2の2の「主たる債務者の有する抗弁」のところがございますけれども、書かれている規律自体は相当なものだと思うんですが、消費者問題の場合に似たようなものとしてクーリングオフというのがございまして、例えば特商法や割取法等に規定されているものであります。契約の解除ではなくて、申込みの撤回という概念でクーリングオフを認めているというケースがあります。その場合も、例えば特商法所定の取引類型で売買契約等が行われ、保証人が付いているというときに、主たる債務者がクーリングオフを主張できるというのが含められてしかるべきではないかと思えます。

解除とは厳密には違うんですけども、機能としては解除とほとんど同じように機能しておられると思われまして、契約が成立していたら解除なんですけれども、成立前の撤回というのが実はございまして、ただ、そんなことを言いつつ、そうすると、抗弁という概念に含まれるかどうかというのは実は私どもは自信がなくて、契約が成立しないということになると思いますので、何か請求原因と両立する事由とは違うような気がいたしまして、そうしますと、この書きぶりとは違うことを申し上げてしまうことになりまして、大変恐縮なんです。問題意識としてはそういうのがありまして、取りあえずの修正案としては、(1)の抗弁というところは、主張することができる事由とか何かをすることを御検討いただけないかなと。

(2)の相殺権、取消権、解除権の後には「等」か何かを付けておいていただければ、私

どもとしては納得できるという話にはなるんですけども、ただ、そうした場合に、将来的に条文案をどうするのかとなったときに、会社法の類例とは離れてしまうことになりまして、そこまでは私どもも今の時点でこういうのがいいのではないかとこののを御提案できるには詰め切っていないくて、大変恐縮であります。そこは私どもも考えさせていただきたいと思っておりますので、このパブコメの案としては、クーリングオフのところの申込みの撤回というのを読めるような形で修文頂けないかというのが意見でございます。

○筒井幹事 問題意識はよく分かりましたので、考えさせていただきたいと思います。

○鎌田部会長 ほかにいかがでしょうか。

○三浦関係官 12ページの6、「(1) 個人保証の制限」ということで、「次に掲げる保証契約は、引き続き検討する」と書いていただいております、おおむね、こういうことで結構と思いますが、もし、できますれば前回までの議論の内容をもう少し敷衍して、膨らませていただくことはできないか、と思っております。具体的には前回、うまく対象範囲を規定することができないとなると、従来、融資を受けられていた中小企業が融資を受けられなくなるとか、中小企業金融に対して多大な影響を及ぼすということが心配だということも申し上げました。これを踏まえると、今の書き方で間違いということではないと思っておりますが、知らない人がぱっと読むと、「大きな改正の方向性は決まっていて、あとは対象とする契約の範囲や経営者について、技術的に検討すればいいんだな。」と見えなくもないので、もう少し、どういう観点から、どういう検討をしなければいけないのかということが少しでも分かったほうがいいのではないかなと思っております。具体的には「中小企業に対する影響に配慮しながら検討しなければいけない」ということとか、ここまで言うと言い過ぎかもしれませんが、「そういう観点から、適切な規定ぶりを見つけることが可能かどうかも含めて検討する」ということだと思うんですけども、そういったところをもし、これまでの議論を踏まえて膨らませていただければ、初めて見る人にとってより分かりやすくなるのかなと思えました。

○深山幹事 今の三浦関係官のお話とも少々関係するかと思うんですが、5の「根保証」のところと6の「保証人保護の方策の拡充」のところについて、「引き続き検討する」という結びになっております。「引き続き検討する」という表現は、これまで余りなかったような気がするんですが、一定のコンセンサスが得られる可能性のある提案を本文に上げるということであれば、これこれとするものとするという表現になるのかもしれませんが、そこまで議論が成熟していないというのであれば、例えば甲案、乙案のような形で、新しい提案とそうではない提案を並べるとかすべきではないでしょうか。この段階でパブコメに付するということになる、この部会での議論の方向性を具体的に示した上で、どちらがいいですかということ問える形にしないと、引き続き検討するということで検討すべき項目を並べたとしても、ここの議論だけがほかよりも少し議論が遅れているという感じが否めません。弁護士会を含めて一定の方向についての意見があり、それが多数かどうかはともかくとして提案が出ているわけですから、「引き続き検討する」という結びの表現は、適当ではないのではないかと気がいたします。

○大島委員 今の12ページの「6 保証人保護の方策の拡充」というところなんですが、保証人保護の方策の充実については、民法に規律に設けたほうがよいという意見と、規律を設けるべきではないという意見があり、これらの意見の対立を介して、先ほどから出てい

る「引き続き検討する」という表現がされていると考えます。(概要)欄を見ると、規律を設けるべきとの理由は記載されている一方、規律を設けるべきではないとする理由が不足しているのではないかと思います。例えば(1)については、金融機関からの資金調達に障害を来しかねない、あと、(2)のエについては、資金調達に関する懸念とともに、金融機関以外の事業会社や不動産の賃貸人が保証人を取る際に、十分に対応できるのかという懸念があるとの意見が商工会議所にはございました。そこで、(概要)欄には規律を設けるべきではないという意見の理由も十分に説明して、パブリックコメントの手续に付すべきであると考えております。

○筒井幹事 一つ前に深山幹事から、「引き続き検討する」という表現についての御意見がありました。直前には大島委員から、意見が割れているという観点からの御発言がありましたけれども、割れているのは割れているのだろうとは思いますが、そういう理由で「引き続き検討」と書いたというよりは、具体的な案を示せる段階にまだ至っていないというのが「引き続き検討」という文末表現を選んだ最大の理由であります。個人保証の制限のところを例に挙げますと、ブラケットで「いわゆる経営者」という文言を囲っておりますが、ここを具体的にどのような要件とするかが、この論点における最大のポイントであろうと思いますが、その点についてまだ具体的に提示できる案を持つところまで、審議を詰めることができていないという現状認識があるからであります。

このような現状認識であれば、この段階で取り上げないという決断をするのが、ほかの論点での多くの取扱いであるわけですが、保証人保護の方策に関する論点については、そう簡単に諦めるのではなくて、更に引き続き議論を行っていきたいと考えております。そのような観点から、ブラケット付きで重要な要件を提示し、更なる検討が必要であることを留保した上で、「引き続き検討する」という文末にしたわけであります。「引き続き検討」と書いた以上は、この部会において、是非、引き続き検討していきたいと考えております。

○松本委員 今回の商工会議所の御意見と全く同じところなんです、12ページの(2)の「説明義務、情報提供義務」の部分で、債権者が事業者、つまり、保証契約の一方の当事者が事業者であり、保証人が個人であるという場合は、多くの場合、消費者契約に該当する可能性が高いわけです。そうだとすると、ここに上がっているところのア、イ、ウなどは、言わば契約の内容をきちんと伝えなさいということに尽きているわけなので、当然、こういう説明義務があってもおかしくはないし、明文の規定がここになくたって、消費者契約法上、解釈的には導けるものだと思うんですが、エについては先ほどの御指摘もありましたが、債務者の資力は分からないから保証人を取ることが多分、債権者側としては多いんだとすると、それは説明できませんよということになるケースが多いのではないかと。

すなわち、継続的な取引をしていて、債権者が主たる債務者の状況を100%把握していて、債権者の側から保証人をどこかから探してこいと債務者に言って、債務者が個人保証人を探してきて立てたという場合であれば、債務者の信用状況を債権者に説明させるというのは合理的だと思うんですけれども、そうでないようなケースにおいて、信用状況がよく分からないから保証人を立てるのが普通だというのが一般的だとすれば、これは無理を強いることになるのではないかと思います。

○筒井幹事 御指摘がありました6（2）のエにつきましては、松本委員が指摘されたような懸念があることを踏まえて、債務者の委託を受けて保証した場合という限定を入れたのが一つの対策でありますし、より根本的には、伝えるべき「信用状況」とは何であるかが一番の問題でありまして、その最大の問題のところはまだ具体的な案を固めるに至っていないので、そこにブラケットを付しており、したがって、全体として「引き続き検討する」という文末表現になっているということです。

○山本（敬）幹事 今のエの点については、もちろん、まだ確たる案が固まっていないというのはおっしゃるとおりかもしれませんが、部会及び分科会でもあれこれと検討して、幾つかの考え方が出ていたと思います。私自身は、ここでは信用状況一般が問題となっているのではなくて、保証人が債務を履行することができなくなるおそれに係る事由が重要なのであって、その観点から信用状況が例示されているにすぎないというようなことも申し上げたと思います。

そのような幾つかの考えられる可能性も、少なくとも（概要）等の中で挙げられませんか、単にまだ詰まっていないので、パブリックコメントで御意見を頂戴したいというだけになってしまって、手掛かりが乏しいと思います。その意味では、こういったところこそ、もう少し、（概要）で説明が必要ではないかと思います。先ほど大島委員からも御指摘がありましたように、その他の点についても、理由に当たるものを、こういう問題だからこそ、もう少し手厚く挙げていくことが必要だろうと思います。

○佐成委員 「引き続き検討する」という文末表現については、初めて出てきた言葉なものですから、どういう意味なのかなというのを非常に疑問に思っていたんですが、先ほど筒井幹事が御説明されたので、よく分かりました。要するに、まだ試案として提示できるまで詰まっていないということで、必ずしも意見が対立しているところではないということなんですけれども、逆に今後「引き続き検討する」という文末表現がまた使われるとして、そういった場合に限定するのか、必ずしもそういうわけではなくて、提案の中身に応じて、そういう表現を使っていくということなのか。つまり、この表現は、まだ具体的に試案として提示できないという趣旨に限られない、大島委員も先ほど言っていたとおり、意見の対立があるとも読んでしまうんですけれども、そういった場合について、「引き続き検討する」という言葉を使い得るのかどうかなんです。例えば、ある論点について意見の対立があるが、その論点を落としてしまうのはもったいないので、「引き続き検討する」という形で残すといったようなことがあり得るのかということ逆を聞いてみたいということでございます。

○筒井幹事 重要なお尋ねだろうと思います。私自身は、「引き続き検討」という文末表現は先ほど御説明したような意味に限定して使いたいと考えております。つまり、まだまだ意見が対立していて成案を得る見込みはないけれども、中間試案には差し当たり載せておこうという形で、多くの論点を中間試案に盛り込んでいくという方針は採るべきでないと考えております。他方で、現在はまだ十分な成案を得るには至っていないけれども、今後も具体案を詰める作業を続ける必要があるというレベルでのコンセンサスが得られるものについては、「引き続き検討」という表現で中間試案に盛り込むことを考えたいという趣旨でございます。

○佐成委員 一言だけですけれども、先ほど、この表現について深山幹事のほうから否定的な

評価があったんですが、私は逆に割と慎重な物言いだなというふうな印象を持っていて、今後、妥協していくという中での一つの手掛かりになりそうな気もしているということだけ、申し上げたいと思います。

○**深山幹事** 「引き続き検討する」の意味合いについては、筒井幹事の説明でよく分かりましたし、そういう意味であれば、この言葉にこだわるものではありません。むしろ、前向きに評価をして、残した以上は成案を目指す努力をしたいと私も思います。そのような前提に立って、中身の話なんですけれども、6の「保証人保護の方策の拡充」の(1)にアとイを二つ並べており、イのところで、貸金等債務を主たる債務とする場合が掲げられております。前回、私自身も発言した覚えがありますが、弁護士会の中には、主たる債務者が事業者である債務であれば、必ずしも貸金等債務に限定する必要はないのではないかという意見もございます。

ここは、まだ検討段階ということでもあるので、貸金等という言葉をつけず、主たる債務者が事業者である債務全般を主たる債務とする個人保証というものにまで制限の範囲を広げる余地を残していただければと思います。具体的には、その旨を注で書くか、「貸金等」をブラケットで囲んでいただいて、それを付けるか付けないかも含めて検討するというような形で、議論の幅を持たせていただくような提案の仕方を検討いただければと思います。

○**三上委員** 連帯保証のほうが連帯債務よりも重要なので、ここで申し上げさせていただきますけれども、10ページの4の本文の「別段の合意がある場合」と(注)の「協働関係がある場合」については、これだけを読むとどちらか一方のみ選択かのような記載にみえますが、別に併存でもおかしくないと思いますので、それを許容するようにも読める表現に改めていただければと思います。

それから、6の(1)のところは、佐藤関係官の意見を改めて引用はいたしません、少なくとも「いわゆる経営者」というところの後に「等」を付けておいていただきたいというのが一つ、それから、こういう言い方がよいのか、悪いのかという問題はありますけれども、先ほど保証のところ「引き続き検討する」ということの趣旨が、まだ隔たりが大きくて・・・という説明がありましたけれども、もし、そうであれば民法に事業者、消費者という概念を導入するかに関しても、まだ、隔たりが大きい部分でございまして、特に事業者概念の導入に関しては、事業者団体のみならず、弁護士会も反対だと聞いております。そういう意味で、「事業者」という言葉が出てくる部分は、本文に置くよりも、こういうことという見解を引き続き検討する、のような形で、(注)の部分に置くべきではないかと考えます。

それから、「信用状況」に関しては先ほどから意見が出ておりますので繰り返しません、(3)のイの「直ちに」につきましては本部会でも申しましたけれども、延滞が、たまたま入金の日付を間違ったとか、人的ミスが原因で起こって、すぐに修正されることは実務上、非常によくあることでして、その都度、保証人に延滞した、延滞したと連絡がいくことは恐らく債務者のほうも非常に嫌がると思いますし、手間も掛かると思いますから、これは「遅滞なく」とか、もう少し、マイルドな表現に改めていただければと思います。

それから、ついでに言ってしまうんですが、取り上げられなかった論点の中の「分別の利益」について、これは我々は契約でカバーしておりますから、それほど実務的にこだわる

わけではないんですが、少なくとも私が大学で勉強したときに読んだ本のほとんどには、分別の利益は債権者の意思に反するとか、立法的には廃止すべきであるということが書いてあったように思います。456条をそのまま削除しても、427条の解釈からは同じ結果になるから、というのが立法趣旨だという説明もありますが、であれば、だからこそ、立法的解決をするのにふさわしい場面ではないかと思えます。

金融機関ではない、普通の個人が保証人を一人取ったけれども、何か、それだけだと不安なので、念のために例えばその人の奥さんにも保証人になってもらったと。そうしたら、案の定、専業主婦である奥さんは無資力で、旦那は保証責任が半分になって助かったと、こういうことが法律を知らない消費者レベルでも起こり得るわけで、これは明らかに常識に反すると思います。分別の利益は、法律の専門家でないという制度があることを知らないのではないかと思いますので、過去からの民法の通説的な考え方で、この条文は余り芳しくないという評価であったということであれば、学問的におかしいかどうかという、そういう論点ですから、これは、是非、取り上げて改正していただきたいと考えております。

○**筒井幹事** いろいろ頂きました御意見は、それぞれよく考えてみたいと思います。一つ前に深山幹事から、12ページの6(1)のイの「貸金等債務」について御意見を頂きましたが、その点について、本日御欠席の安永委員からも関連する別の意見を頂いておりました。この貸金等債務については、説明が不十分であったと思いますけれども、民法465条の2で定義しております「貸金等債務」のことを指すものとして、この言葉を使っておりました。したがって、金銭の貸渡しのほかに手形の割引を受けることによって負担する債務が含まれるという意味であります。深山幹事からは、そのような理解に立った上で、この限定を付することに対してなお異論があり得るのではないかという問題提起を頂きましたので、そのことについてはよく考えたいと思います。

その他、三上委員からいろいろ頂きました意見は、御意見としてごもつともだと思えます。その中で「分別の利益」についての論点の復活という御意見がありましたけれども、その点は異論の強かったところでもあり、今後の見通しとして難しいのではないかという印象を持ってはおりますが、なお御意見があれば伺いたいと思います。

それから、御欠席の佐藤関係官から意見書を頂いておまして、それについて三上委員からも言及がありましたけれども、「いわゆる経営者」というブラケットの部分について「等」を付するなどの修正をという御指摘がありました。この「いわゆる経営者」という部分をどのように具体化するかが今後の議論の焦点となるところであり、佐藤関係官から御指摘いただいた考え方は、その中で十分、検討していく必要があると考えておりますが、現在も「いわゆる」という形で留保を付けておりますので、そういった趣旨は排除されていないと考えております。

○**三上委員** もう1点だけ、これも希望なんですけれども、取り上げられなかった論点のうちの「元本確定前における保証債務の随伴性」ですが、最近、最高裁判例が出たところというのもあったのかもしれませんが、16年改正のときにも積み残して、その挙げ句がいろいろな議論になったところで、細かいところまでは解釈に任せればよいと思うんですが、少なくともデフォルトルールとして随伴することと、その場合でも極度まで保証人が保証履行すれば、それ以上の責任を負わないこと、この二つの原則だけでも明らかにしておけ



ないかと思えます。せっかく昔からある論点で、立法的解決が望まれていると言われていながら、この機会を逃すのは非常に惜しいです。

それから、しつこいですが、それでも、「分別の利益」に関して、私が金融機関の立場で削除を支持し、弁護士会が保証人保護の立場で存続を主張したという記憶はあるんですけども、この点に関して学者の皆さんの意見はあまり聞かなかったように思いますが、学者の皆さんもこのまま残すべきと考えておられるのか。それであれば、私はこだわるわけではありませんが、これは私が銀行に入る前から、民法で習った時点からおかしいと教わり、思っていた条文でしたので、学問的なご見解をご教示賜れば、と思えます。

○鎌田部会長 今の点に関連して御発言はございますか、「分別の利益」、それから、「随伴性」について。特にはないということで、事務当局で検討させていただきます。

○松岡委員 議事の進め方に関して、中間取りまとめの段階に入っても提案や意見を述べることができるのか、それとも今更できないのかという質問です。今日、後で最後の項目について意見書を出しましたが、それと関連して、465条の共同保証人間の求償の規定にも、若干、問題があることに気付きました。

現行民法は基本的には確定額の、しかも被担保債権額の一杯の保証や物的担保の設定を前提にしています。ところが、例えば、今回の11ページの5の「根保証」が取り上げられたときにも申し上げましたが、こういう形で極度額を設けて、被担保債権額と必ずしも一致しない形で責任制限をすることになりますし、今では限度額を設けた一部保証も少なくありません。さらに、既に抵当権については根抵当権の規定が昭和46年に民法に追加されております。

根担保や一部担保の場合について、残念ながら、現行民法は十分配慮した規定を置いていないと言わざるを得ません。現行465条については、今回、改正提案が出ていませんが、このままでいいのか疑問に思えます。負担部分という言葉は条文中にあります。負担部分が何で決まるのかは定められていません。単純に考えると、特段の合意がない限り、頭割りの平等になりそうですけれども、債権者との関係で負っている責任限度が負担部分になるとの発想がありえます。そういうことを後の第2のところでは提案をさせていただこうと思っておりました。

そうすると、465条にも後の提案による修正が反映することになるのですが、今まで、そういう議論をしておりませんので、この段階で主張するのは遅いのかなとも思えます。一方で、今後、長期にわたって通用する民法を作ろうという意気込みからいたしますと、かなり大きな問題ないし欠点があると私が感じる点に多少なりと共感していただけるのであれば、こうした問題が改正の審議でどう扱われるのかが気になります。筒井幹事に御説明いただくとありがたいと思えます。

○筒井幹事 中間試案の取りまとめを行う段階ではありますけれども、その後にパブリックコメントの手続を行って意見を募集しようという段階でもありますから、この段階での新たな提案を殊更に制限しようとは、私は考えておりません。ただ、全体的なスケジュールとして、合理的な期間内に一定の成果を上げて前に進めていく必要がある、そのことを踏まえて、会議時間の使い方に御留意いただきたいということを、繰り返しお願いしているということです。ですので、松岡委員からは、本日、時間の節約のためにペーパーを御用意いただいておりますし、そのような形で御意見を頂くことに何か支障があるとは、私は考

えてはおりません。

○中井委員 関連して、先ほど三上委員から保証債務の随伴性について、昨年24年12月24日の判決の御示唆だったと思いますけれども、御指摘がありました。このように最高裁判決が具体的に出たものを、どうフォローしていくのか、大変難しい問題かとは思いますが、聞くところによればですが、元本確定期日前の保証債務の履行請求と保証債務の随伴性一般を肯定する判決のようにお聞きしました。果たしてその結論がいいのかどうかも、問題があろうかと思えますし、他方で、そういう考え方を採るなら、元本確定請求を債権者に認めてはどうかというような問題もあり、履行請求を認めるのなら、履行した後の極度額がどうなるのかというような問題もあると思えます。

最高裁判決が出た後、中間試案を作るという段階で、どこまで検討すべきなのか、若しくはそれが取り込めるのか、悩ましいところとは思いますが、この論点は少なくともこれまでも議論してきたわけですから、そこで最高裁判決が出たにもかかわらず、何も触れない、何も検討しないでもいいのか、疑問に思うところです。本日、出した大阪弁護士会有志の意見書の中でも、その論点について検討すべきではないかという意見を述べておりますので、全体の進み方との兼ね合いはあるんですが、考えていただく必要があるのではないかと。

2点目、今回、保証については5のところでは根保証についての御提案、6については保証人保護の方策の拡充についての御提案があって、先ほどまでのやり取りで、なお、詰め切れないところがあるから、引き続き検討するという形で中間試案に取りまとめでいただく、こういうお話を伺いました。弁護士会としては、詰め切れていないことは御指摘のとおりかもしれませんが、このような形で積極的に中間試案に載せてパブリックコメントの対象にさせていただきたい。その方向性については賛成するものです。

先ほど三上委員から、弁護士会は事業者概念について反対しているのではないかという御指摘がありました。事業者を取り巻く関係について、どのような形で民法に取り込むかについては、まだ意見の統一はできておりませんが、こと保証人保護に関して事業者概念を取り込んで、このような規律を提案することについては、弁護士会として既に賛成をしておりますので、その点は十分、御考慮いただいて取りまとめでいただきたいと思えます。

三つ目、大変細かな言葉遣いの問題ですが、「保証債務」の1の「保証債務の付従性」というところで、448条の言葉を使っていると思いますが、「主たる債務の目的又は態様」という言葉が出ております。これが債務の内容も踏まえた言葉かと思うのです。他方、現在の提案では、例えば「保証人保護」のところでは幾つか出ていますが、「主たる債務の内容」という言葉、これは(2)に出ています。(4)では「主たる債務の性質」という言葉が出てきたりします。この「目的又は態様」という言葉が従来の民法で使われているものだとなれば、ここで新しくかどうかわかりませんが、性質とか内容とかという言葉を使うのが適当なのかどうか、言葉遣いとして更に検討しておく必要があるのではないかと感じた次第です。

最後に4点目です。6の「保証人保護の方策の拡充」の(3)のアですが、**「債務の残額」**の次に**「延滞の有無〔その他の履行の状況〕」**となっておりますが、延滞の有無ということについては、イのところでは履行の遅滞が生じたら、直ちに若しくは遅滞なく通知

するという一方で明らかにしているわけですから、照会があったときにどういう回答をするかという言葉遣いとして、果たして「延滞の有無」がいいのかどうか、むしろ、債務の残額とその後の返済の条件、つまり、その時点での債務の内容、当初、保証契約を締結した場合と変わっている場合もあろうかと思えます。そういう意味で、ここは延滞の有無に限らない言葉、内容なり、態様なり、返済期であったり、返済額であったり、どういう返済状況なのか、そういう事柄になろうかと思えますので、それが分かるような表現がよろしいのではないかと感じた次第です。

○松本委員 三上委員のおっしゃった「分別の利益」についての、私の個人的な感覚なんですが、最初に保証人を立てるときに複数の人間が同時に保証人になる場合であれば、あえて連帯保証だという合意をしていなければ、頭割りになるというのは、先ほどの金銭債務は可分債務だから、デフォルト的には分割されるんだという考えに非常に適合的だし、多くの保証人の感覚もそうではないかなと思えます。

ただ、途中で新たに保証人を追加するという場合については、必ずしもそうではないのではないかと。追加することによって一人当たりの負担が減るとするのは、債権者としては、そんなつもりで保証人の追加を求めるつもりは普通はないはずなので、この場合はどちらかという、この後で議論します併存的債務引受に比喩的には近いのではないかと思います。保証人としての債務に併存的に新たな保証人が加わってくるという感じであって、併存的債務引受の効果については連帯債務だと提案では書いてあるわけですから、それとの比喩からいけば、追加的な共同保証の場合には分別の利益はなくて、連帯保証になるという考えは十分あり得るのではないかと思います。

○道垣内幹事 まず、元本確定前の保証債務の随伴性とか履行請求についてなんですが、私自身の現在の考え方は、大阪弁護士会が出してこられた立場に非常に近いものであります。しかしながら、この段階で最高裁に賛成する、あるいは逆に反対するという形で、こうすべきであるとか、甲案、乙案を併記するとかの形での取りまとめをするというのは難しいのではないかと思います。しかしながら、三上委員がおっしゃったように、ずっと議論されて、だんだん安定してきたとはいえ、最高裁がいかなる立場をとるかは予想が難しかったような論点について、今回、解釈に委ねて無視するというのはどうかかなという気がいたします。したがって、元本確定前における保証債務の履行請求とか随伴性とかについては、明文の規定を設けるかどうかも含めて、なお、検討するという形で、中間試案のところに出していただくということはあってよいのではないかと思います。

なお、「分別の利益」について一言だけ申しますと、個人的には分別の利益も催告の抗弁もなくよいという考え方ですが、この問題は、ほとんどが連帯保証であるときに、どれだけの現実的な意味があるかということを超えまして、一応、保証人の利益のためであるという形になっている条文を、今次の改正で削除するのはどうかという理念的な側面も含めて議論されたと理解しています。したがって、三上委員に学者はそれでいいのかと言われますと、私は「駄目だと思います」とお答えしたいのですが、そのような理念的な側面も含めて考慮したときには、中間試案では取り上げない論点とすることには異存はありません。

○岡委員 3点だけ簡潔に。最初の2点は6の「保証人保護の方策の拡充」のところでございます。日弁連としては、この6が今回の改正の最大の目玉と位置付けて、非常に重視して

おるところでございます。

その観点から、先ほど1番目で深山さんがおっしゃったような、イのところの貸金等債務と限定する必要はないのではないかという意見を繰り返して申し上げたいと思います。安永さんの意見は、労働債務については第三者保証でもいいではないかという趣旨が書かれておると思いますが、それは許容される経営者の範囲を工夫することで対応すべきであって、貸金等だけではなく、家賃なり、労働債務なり、事業者の債務については個人保証を経営者以外は禁止するという方向性で、是非、考えていっていただきたいと弁護士会としては考えております。それが第1点でございます。

第2点は、(2)のエの信用状況を保証人に説明しなさいというところも、かなり重要な論点として考えておまして、この(概要)の説明が少し物足りない。松本先生は、主債務者の信用状況が分からないから保証人を利用するという実態を壊すのではないかというようなことをおっしゃいましたけれども、主債務者の信用状況も考えずに保証人を取って融資するという、そういう実務はやめるべきではないかという根本的な発想がございます。ただ、そのときに大島さんがおっしゃったような中小企業の金融を止めてしまうという意図は全く考えておりませんので、その二つの微妙な論点、微妙なところをどんなふうに仕組めばいい法律になるのかという意味で、非常に重要な論点でございます。二つの価値観の中で、どういうふうなものかという考え方を(概要)のところでもう少し、気合いを入れて書いていただければと思いました。

それから、3番目は大きな論点ではございませんが、9ページの「保証人の通知義務」のところでございます。ここについて、いろいろな意見があって、これが中間試案に載るということにそう大きな反対はございませんが、イのところ、主債務者が弁済したときにも事後通知義務を課し、遅れた場合には保証人に負けてしまうと。ここについては弁護士会で議論しても、反対論がそれなりにございました。アとウはこんな感じかなと思いましたが、主債務者についてもアと同じように考えるのは少し違うのではないかと。本来、払うべき人と、万が一の場合に払うべき人とは違って、イのほうは現行法どおり保証人の事前通知義務等で対処すべきではないかと、そういう意見がございました。アとイとは少し違うということは、説明のところを書いていただければと思いました。

○山野目幹事 中間試案の作り方に関して、やや一般論になるかもしれませんが、「引き続き検討する」という文言をどう読むかということについて、幾つかの見方をお示しいただきましたし、それぞれ理由があると感じますけれども、私が感じますところでは、「引き続き検討する」という文言は、ここであるからこそ用いられたものであって、余り乱用していただきたくないという感触を抱きます。

部会におけるここまでの論議の積み重ねの成熟度のみを勘案すると、放棄されても仕方がないのではないかと論点である側面があるにもかかわらず、論点の特質、社会経済に与える影響等を考慮するならば検討を続けることが強く要請され、更に努力をしなければならないという気持ちをこの文言に託して、事務当局はこの提案をお出しになっているものであって、その中身が是とされるのであれば、その感覚を部会としても共有すべきものとして大切に尊重して、この文言を用いるべきなのではないかと感じます。明文の規定を設けるかどうかについて、なお検討するというものが中間試案にほかにあってもよいという御提案も幾つかありましたが、中間試案にそういう文体の事柄を入れるということに

については、それは極めて問題が大きいのではないかと、一般に対して意見を聴くという見地からいうと問題が残ると感じます。

○山本（敬）幹事 先ほど岡委員から御指摘のあった9ページの3の「（2）保証人の通知義務」についてです。ここで書きになっている提案は、このような形で書かれているのを読めば、何となく分かりはするのですが、実際に問題になる場面、例えば保証人が保証債務を履行して、主たる債務者に対して求償するという画面で、保証人が保証債務を履行するより前に主たる債務者が既に主債務を弁済していれば、もはや、保証債務は存在しないはずですので、求償もないでいいはず。その意味では、求償を拒むことができそうなのですが、しかし、そのような場合であっても、どのような事情が備わるときであれば保証人は求償できるのか、あるいは逆に言いますと、保証人が保証債務を履行した後に、主たる債務者が主債務について弁済行為をしていたときに、どのようなことが言えれば主債務者は求償を拒むことができるか、あるいは拒むことができないのかというような形で、つまりどのようなシチュエーションで、誰が何を言えば求償に応ずる必要がなくなるのか、あるいは求償を求めることができるのかということ整理して、示していただけないかということを読んでいて感じました。これは訴訟の場では、主張立証責任の問題の属する事柄ですけれども、これで本当によいのかどうか分からないところもありましたので、よろしくお願ひしたいと思います。

○松本委員 岡委員から13ページのエのところ、信用状況について御発言がありました。債務者の信用状況が分からないのに、保証人を取って融資をするなんていう実務慣行はやめさせたいんだと。それは全くおっしゃるとおりだと思います。債権者側から考えると、保証人なんて必要がない債務者が一方でいて、対極に保証人を立ててもらってもおおよそ融資できない、あるいは取引できない債務者がいて、その中間に保証人を立ててくれるのなら取引をしようという債務者がいるんだとすれば、なぜ、保証人を必要とするのかという理由を債権者に述べさせるというのは、一つ考えられるのではないかと。債務者が出してきた資産状況等のデータは不十分であって、必ずしも正確なところが分からないから、念のため、保証人が要るんだというような理由付けをさせるというのは、一つ意味があるのではないかと思います。その限りで債務者の信用状況について、債権者として一定の評価をした上で、保証人を立てさせているんだということが分かるようにするというのは意味があると思いますが、信用状況を裸で詳細に説明せよというのは難しいのではないかと思います。

○鎌田部会長 ほかにはよろしいでしょうか。よろしければ、次に「第3 債権譲渡」について御審議いただきます。一括して御意見をお伺いいたしますので御自由に御発言ください。

○大島委員 14ページの第3の「債権譲渡」の「1 債権の譲渡性とその制限」について、2点、御意見を申し上げます。

まず、譲渡禁止特約の効力についての記載ぶりが非常に分かりにくく、今までの部会での審議状況を踏まえていないと理解がし難いと感じました。中間試案はより多くの方が理解できるよう、簡潔明瞭な表現を御検討いただきたいと思ひます。

次に、債権譲渡禁止特約の効力の見直しについては、債権譲渡による資金調達の道を開くものであり、中小企業のニーズが非常に高いものと考えます。現在の譲渡禁止特約の効力を大きく見直すものであるにもかかわらず、（概要）欄を見ると、その目的が十分に記載

されていないように思います。中間試案では改正の方向性を示すとともに、その目的や背景についても併せて広く意見を求めるべきと考えることから、(概要)欄で見直しの目的についても説明していただきたいと思います。

○三浦関係官 それでは、2点申し上げたいと思います。

一つは、15ページの(4)でア、イ、ウ、エと並んでいるウに関してですが、ここでは譲渡人について破産手続開始等々の決定があったことということなんですけれども、1点、問題提起がございます。破産手続の開始時には通常、債権者は、ここでいえば譲渡人に当たるわけですが、債権の回収行為を開始してしまっているのだと、したがって、破産手続の開始があってから、譲受人は債務者のところに行っていると言われても、大体、このときには譲渡人のところに現金は行ってしまっているということでありまして、では、譲渡人からもらおうかといっても、破産債権となってしまうという、そういう実務的な問題点があるという指摘がございました。したがって、もう少しタイミングを早めていただきたいということで、具体的な書き方としては例えば「破産手続開始、再生手続開始又は更生手続の開始決定」の後に、「・・・または支払停止」というのを加えられないかという問題提起がありました。

とはいえ、前回、倒産手続開始よりも前に倒すということについて、慎重な御議論もあったと思いますので、この書き方は少し工夫が必要かもしれません、今申し上げたように支払停止というのを並べて入れていただくことができるのか、それとも、この開始の決定というところについて、今、私が申し上げたような観点から客観的に判定できる前段階、例えば支払停止といったタイミングがありうる、という見解も、そのような考え方もあるという注を入れていただくことができるか、できないかというのが1点目のコメントでございます。

2点目は20ページでございまして対抗要件の話であります。債権譲渡の対抗要件から、承諾が削除されるという案について、そうではなく維持する意見があるということがここに書かれていて、その理由としては「その必要までではなく」と書いていただいております。ここについて記載の充実を一言、加えていただくことができるかどうかということで、具体的には、クレジットカードの取引に関してでございます。クレジットカードは今は債務者、つまり、カードの利用者の承諾を根拠に、クレジットカード会社はお店にかわって代金をもらっているということでございます。

もちろん、承諾というのをある程度、包括的にやっていて、向こう1か月なのか、1、2年なのか、カード加入期間全体なのか、分かりませんが、個別の買物ではなくて一定期間の買物について包括的に承諾するというのをやっていて、それが新しく通知を基礎とした登記又は通知という制度になったときに同様に認められるのか、今までは承諾だったら包括でいいけれども、例えば通知だったら、もっと個別にやらなければいけないとか、もし、そうだとすれば、それは実務上できるのかどうかといったような懸念が指摘しております。したがって、20ページの「2 乙案」の2パラ目に「もっとも、現在」というところで現状維持についての記述があるんですけども、その一つの観点として、そういった具体的な実務上の懸念もありとか、クレジットカードと具体的にそこまで書くかどうかは別ですけども、そういった一部、実務での問題点も踏まえとか、少し、そういった観点を追加することができるかどうか。この2点を申し上げました。

○松尾関係官 まず、三浦関係官から御指摘を頂いたうちの1点目で、(4)のウに支払停止を例えば加えることができないかどうかということについては、ここで御議論いただければと思います。パブリック・コメントなどでも(4)ウの時期をできるだけ前倒しすることが実務的には望ましいという御意見があったのですが、他方で、そうすると、債務者の利益保護という観点からは御懸念があらうかと思しますので、債務者が元々、譲渡禁止特約の効力を主張することはできなかったはずである場面に限るということ、ここでの提案とさせていただいたということでございます。

2点目については、前後の文脈との兼ね合いがあつて、矛盾する記述によって分かりにくくなる可能性があるため、どこまで今の御指摘を反映させられるか、考えさせていただければと思います。

○内田委員 今回の2点目なのですが、クレジットカードの承諾というのは確定日付をとっておられるのでしょうか。私が持っているクレジットカードは、約款に譲渡について包括的に承諾しますという文言が入っているのを読んだことがありますけれども、確定日付をとったという意識は全く持ったことはありませんので、債務者はインフォメーションセンターとしての役割を果たしていないと思います。もし、確定日付をとっていないのであれば、その承諾は第三者対抗要件としては機能していないのではないかと思います。

○中田委員 三浦関係官の提起された2点の問題、それぞれについてです。

まず、15ページの(4)のウと、その次のエの両方なのですが、これは今、松尾関係官からもお話もありましたように、債務者の弁済の相手方を固定する利益というのが奪われてしまう局面を捉えているという切り口だと思います。そうすると、支払停止という概念は、それとは違う角度になるのかなという気がいたしました。ただ、その上でなんですけれども、弁済の相手方を固定する利益が奪われるというのは、例えば倒産手続が開始すると、倒産管財人に当事者が移るという限度では、奪われてもしようがないかもしれないけれども、それによって、なぜ、当初の譲受人に対して遡ってというんでしょうか、当初の譲受人についても利益が失われるのかということ、もう少し説明があったほうがいいのかという気がいたします。なぜ、反射的、遡及的に先行譲渡が有効になるのかということとです。

それから、その場合に、譲受人はその債権を更に第三者に譲渡できるということになるのかどうかがよく分かりません。もし、できるのだとすると、当初、保護されていた債務者の利益との関係がどうなるのかです。それができるのだとしますと、債務者の利益保護を貫徹したという説明だけで十分なのかどうか、まだ、よく分からなかったところです。

それから、2番目の承諾を対抗要件としないということについて、今、クレジットカードの例を挙げていただいたんですが、それ以外にも実務上、困る場合があるのか、ないのか、仮にあるとして、それに対する手当がなされているのかどうかというのが、抽象的に言えば問題点だと思いますので、それをなお、今後とも留意するというようなことをどこかで断っておけばいいのかなと思しました。

○加納関係官 23ページの3の(1)の「異議をとどめない承諾」のところでありましてけれども、書かれていることの方角性には賛同したいと思っておりますが、イの書面というのはどういうものかということとあります。今、類似のクレジットカードの例とかが出ましたけれども、今回の改正の趣旨からしますと、抗弁の放棄というのは例えば取消権がある

なら取消権だとか、その他のいろいろな抗弁権について個別に放棄すると、この抗弁は放棄しますよときちんと特定した上で放棄するというのではないと、（概要）等にかかれていた改正の趣旨には沿わないのではないかと理解をいたしました。その理解が違うのであれば違うのかもしれませんが、仮にそういう理解でよいのだとすると、抗弁放棄の意思表示というのは書面でするんですけれども、それぞれするか、個別にするとか、本文の「債務の意思表示は」の後の「書面で」の前に、それぞれとか個別にとか、そういうのが入れられるべきではないかと思いました。

○松本委員 19ページの「第三者対抗要件」のところですが、甲案は金銭債権とそれ以外の債権を分けた案で、金銭債権については登記だということで、これは大変公示性が高い制度ですが、イの金銭債権以外の債権の場合は、譲渡の事実を証する書面の確定日付でもって第三者対抗要件は備えたことになる。これは実は公示性はゼロですよ。余りにもアとイで極端な差がありすぎるのではないかと感じます。ただ、イの場合に、最後に紛争が起こったときに、裁判においてどちらを勝たせるかという点については、決め手になると思う。そういう意味では、紛争解決の最終的決め手にはなるんだけれども、事前の取引の円滑化という点では全く機能しない、債務者に対する通知よりも一層、公示性が低いということで、アとイの組合せというのは問題があるのではないかと思います。それが1点。

もう1点は、（注）のほうに書かれておりますこととの関係です。債務者の承諾を第三者対抗要件にはしないというのが、甲案、乙案ともに共通の大前提だということになっておいて、それに対して現行法を維持しようという考え方、具体的には債務者の承諾というのを積極的な意味で対抗要件として残そうという考え方が（注）に上がっているわけですが、解説の（概要）のところ等を見ると、その理由として債権譲渡の当事者ではないところの債務者の負担を軽減するという観点のみが強調されていると思います。

しかし、実務の方とお話をしていると、債務者の承諾というのはそういう負担の面ではなくて、むしろ、積極的な面もあるんだと。すなわち、債権譲渡担保融資、ファイナンスを促進するために使われている場合もあるんだということで、例として挙げられたのが、子会社が親会社に対する債権を持っていて、子会社が金融を必要としている場合に、親会社としては積極的に債権譲渡の承諾をすることによって、ファイナンスを促進しているんだということです。それがはっきりと数字になって表れるのが、信用保証協会がやっております売掛債権担保融資保証というのがあるようで、このスキームでは承諾がある場合とない場合で、信用保証協会の担保掛目がかなり違っていると、つまり、承諾がなければ2割少なくなるという扱いになっているようですから、大変積極的な面もあるんだということを部会でも強調してくれ、と実務家から依頼をされております。

○道垣内幹事 松本委員が最後におっしゃったことなんですけど、2割の担保掛目というお話は、承諾についてですか、異議をとどめない承諾についてですか。

○松本委員 恐らく両方が入っているのではないですかね。

○道垣内幹事 多分、異議をとどめない承諾でしょう。だからこそ、通知よりも担保価値が増すわけですよ。したがって、それは承諾の問題そのものではないと思います。

○松本委員 また、実務家の人と話をきて、次回のところでその分についてはクリアにしたいと思いますが。

○佐成委員 今のご発言と関連しますけれども、2の「対抗要件制度」の（1）のところでは



けれども、実務上は権利行使要件としての債務者の事前の承諾ではなくて、第三者対抗要件としての債務者の事前の承諾が有効に機能する場合が非常に多くあるということです。一応御提案ではこれらは区別されていますけれども、第三者対抗要件と債務者に対する権利行使要件では別に考え得るということを明記していただきたいという意見がありましたので述べさせていただきます。

○松岡委員 3点あります。1点は単純な質問で、2点は表現についてです。

まず、質問ですが、21ページの「(2) 債権譲渡が競合した場合における規律」の甲案の特にアです。ここでは、先に登記をした譲受人又は譲渡の事実を証する書面に付された確定日付が先の譲受人に対して、債務者は履行しなければならないものとするという甲案が提示されています。この案が何回目かの会議で具体的に提案されたのかは記憶がありません。部会資料37にはそういう提案はなく、かつ、これを審議したときにたまたま私は休んでおりました。議事録を拝見しましたが、どうもここまで具体的には提案されていなかったのではないかと思います。そのときに提案されていたら議論になっていておかしくないと思うのですが、この甲案のアの記述は本当に機能するのか不安になりました。

例えば四重譲渡があったときに、通知が四つ揃って来ていますと、債務者としては、その中でどれが優先するのかは、この基準で分かります。しかし、実際に、百重譲渡に近いものすごい多重譲渡がされた事例があったそうですが、次々に新しい通知が届くとき、債務者はいつまで待って優先を判断できるのかよく分からず、この基準ではたして大丈夫でしょうか。私の完全な誤解かもしれませんが、そうであるとすれば、御説明いただきたいと思います。

それから、記述がおかしいのではないかと思います点が2点です。一つは23ページの10行目で、「甲案によれば、同時に対抗要件を具備した譲受人の存否及び数を登記によって確認することができるから」とあります。この提案は、おそらく、債務者がいちいち登記を調べに行かなければならないという趣旨ではなく、登記事項証明書による通知に記載されている登記事項の記載によって先後が分かるということではないでしょうか。登記をわざわざ調べに行けという趣旨ではないとすると、この記述は適切ではないと思います。

それから、もう1点は26ページの「将来債権譲渡」の一番最後の段落、「本文(3)のルールの下では」とある文章とその次の文章の意味が、私には分かりません。特に、この段落の1行目の「本文(3)のルールの下では、将来の賃料債権が譲渡された不動産が流通するおそれがあるが」という記述は、不動産が流通すること自体は歓迎されているので、「おそれがある」と表現するのが奇妙な感じがします。ここで述べたいことは、将来の賃料債権が譲渡された不動産が流通する場合に、本文(3)のようなルールをそのまま適用したのでは、流通保護の観点から問題があり、それゆえ本文(3)とは違うルールを定めなければならない、ということだと思います。現在の表現は、説明として適切でないと感じます。

○松尾関係官 松岡委員からの1点目の御質問については、債務者が弁済をする時点で権利行使要件を具備していた譲受人の中で、登記又は確定日付の日付が一番先の者に弁済をすれば、それが有効な弁済となり、後から更に先の日付で登記をしていたという通知が来たとしても、元々の弁済の有効性は覆らないという考え方を前提としています。

2点目は、前提が分かりにくかったのかもしれませんが、「甲案によれば、同時に対抗要

件を具備した譲受人の存否及び数を登記によって確認することができるから」という記載における「確認することができる」主体は、債務者から弁済を受けた譲受人の一人ということとして、譲受人の一人が弁済を受けた後に、ほかの譲受人から分配の請求を受けた場合には、登記によって対抗要件の具備が同時なのかといったことを確認すればよいということでありますので、債務者に確認義務を負わせる趣旨ではございません。

3点目につきましては、書き方の問題だと思しますので、引き続き検討したいと思います。

○大島委員 2の「対抗要件制度」の(1)でございますが、昨年11月に商工会議所が提出させていただいた意見では、対抗要件を登記に一元化することに賛成する前提として、登記制度の抜本的な改善が必要であると申し上げました。しかしながら、このような判断の前提である登記制度の改善については、(概要)欄でなく(備考)欄に記載されているのみです。この内容は、パブコメで意見を述べるに当たって大変重要であると考えため、(概要)欄に記載していただきたいと思います。

○山本(敬)幹事 先ほどの松岡委員の御質問の1点目に対する松尾関係官からの答えなのですが、答えられたことがこの提案の中にきちんと書かれているかどうかがよく分かりませんでした。問題は二つあって、一人の譲受人から履行請求が来たときに、他にその譲受人よりも第三者対抗要件の点で優先する譲受人がいることを理由に拒絶できるかという問題と、ある譲受人から履行請求が来たときに、他に譲受人がいて、それに既に弁済しているので、債権は消滅しているから、その履行請求には応じないという二つの問題があります。このうち、1点目の問題については、ここに書かれていることで答えが用意されているのかもしれないのですけれども、2点目について、本当におっしゃったようにうまく、既に行われた弁済は有効なので債権は消滅していると言えるのかということ、疑問が残るように思いました。その点はいかがでしょう。

そしてまた、多重譲渡の場合のこの問題の解決は、この対抗要件のルールで賄い切れるのかどうかという点についても、少し確認したいのですが、よろしいでしょうか。

○松尾関係官 今、先生から御指摘いただいたところは、専ら書きぶりの話であれば、もう少し分かりやすくなるように書き改めることを工夫したいと思いますが、そのルール自体が妥当ではないという御趣旨なのでしょうか。

○山本(敬)幹事 何らかの形で既に弁済したものは、二重に支払う必要がなくなるようにすべきであるという点については、そうなのかなと思うわけですが、このルールでそれがどこまで表現できてくるのか、あるいはできるのかという点については、もう少し丁寧に考えてみないと漏れが生じるおそれがあるかもしれないという気がしました。あるいは、松岡委員の元々の御質問の趣旨がそうだったのか分かりませんが、もし、補足があればお願いしたいと思います。

○松岡委員 特に重ねて申し上げることはありません。気付いたらまた発言させていただきます。

○筒井幹事 問題提起は、それはそれで理解できるのですけれども、それは現在の債権譲渡登記制度の下で存在している問題であろうと思しますので、そのルールが十分に説明されていない、あるいは解明されていないという御趣旨の御意見であるとする、もう少し検討してみる必要があるのかもしれないとは思いました。

○中井委員 (2)の「債権譲渡が競合した場合における規律」に関して申し上げますと、甲

案は登記という制度を採用したことが理由になっているのだらうと思いますが、オで按分した額の償還請求をすることができるという規定を提案している。しかし、乙案の場合は同時に通知が到達した場合であっても、そのような提案はしていない。ここの差を設けた理由ですが、右側の（概要）の説明からすれば、登記の場合は見れば分かるではないかということかと思えます。ただ、客観的に同時に到達したのであれば、乙案であってもオに準じた規律が提案できるのではないかと思うのですが、その点、検討していただけないか。

また、このような規律を設けるのだとすれば、かつて、この場面に限ってですけれども、供託の可能性について議論をしたのではないかと思います。よくは見えていませんが、今日、配布していただいた司法書士会連合会の意見書の中でも、そのような可能性についての提案があるようですので、そこは改めて、中間試案に盛り込むことができるかどうか、検討してはどうかと思えます。

○**山野目幹事** 中井委員がおっしゃったところもごもつともですが、その前の松岡委員が問題提起された21ページの(2)の甲案アの問題に戻ってもよろしいのでしょうか。それについて山本敬三幹事が引き続いて御発言になって、松尾関係官と筒井幹事が御発言になって、皆さん、もう少し、もう少しと繰り返されますが、何がもう少しかよく分からなくて、このままでは事務当局がお苦しみになるのではないかということが危惧されます。

ある通知が来たときに、それを受けて弁済をした債務者がその後で、それよりも先の登記の日付の通知が来ると断れなくなるのではないかというお話は、私は断ることができるような規律がここで提案されているように読んだものですから、松岡委員と山本敬三幹事から、もう少しそれを明確にとおっしゃっていただきましたが、どう明確にすればいいのか解せません。そこは若干、もし可能なら議論しておいていただいたほうが、事務当局の推敲を支援するという意味を持つものと感じます。

○**筒井幹事** ありがとうございます。私が理解しておりますのは、松岡委員とのやり取り、それから山本敬三幹事とのやり取りの中で、権利行使要件を備えている譲受人のうちで最優先のものに対して弁済をすれば、それは弁済として有効であるという規律については、御理解いただいたと私は受け止めました。それに加えて、山本敬三幹事から、権利行使要件を備えていないけれども、第三者対抗要件では優先する順位のものに対して、たまたま債務者が弁済した場合の効力がどうなるのかというお尋ねをいただいたのですけれども、それで、そのお尋ねも先ほどの問題もそうですけれども、債権譲渡登記制度を設けた時点から既に存在している問題ですので、それについて更に何か解明すべき論点があるのであれば、それは私どもが引き取ったというよりは、更に御検討いただければとお答えしたつもりでした。

○**山本（敬）幹事** ずれがあるかどうかの確認なのですが、先ほど御質問させていただいたときには、通知が競合した場合の意味の問題なのかもしれませんが、通知が現実に競合していて、まだ、弁済していないという段階で、ある譲受人からの請求に対しては他に優先する、第三者対抗要件の点で優先する者がいるので拒絶するということは、これで恐らく表現できていると申し上げたつもりです。ただ、その段階で最優先と考えられる者に弁済した後で、客観的にはその者よりもなお優先する譲受人がいて、その履行請求がその後で来た場合にどうなるのかというのが、松岡委員の最初の質問だったのではないかと思います。そのときに、客観的に見れば劣後する者に弁済をしたことをもって、最優先と考えら

れる者からの履行請求を拒絶できるのだろうか、できるということであるとするならば、これで本当に表現できているのかというのが質問の趣旨でした。

○**鎌田部会長** その点は現行法でもある論点で、言い方が正しいかどうかは別にして、弁済は誰にでも対抗できる、あるいは弁済をもって債務は絶対的に消滅するということが、解釈論上は確定していると思うんですけども、条文上は明記されていないということです。その辺は明記する必要があるかどうか、明記するとしたらどんな書き方がいいかということについて、事務当局で引き取らせていただいて、検討させていただければと思います。

○**松本委員** 先ほどの発言に戻るんですけども、19ページの甲案において金銭債権の譲渡の第三者対抗要件は登記だけれども、それ以外は譲渡契約書の確定日付だということで、言わばサイレントな形の外には一切見えない第三者対抗要件を積極的に認めようという提案なんですよ。これでは金銭債権の場合と余りにも落差があるのではないかということを行いました。金銭債権の場合は、今回の債権譲渡法制見直しの提案の大部分がそうですが、どんどん流動化させよう、ファイナンスを促進しよう、その阻害になるものはなるべく撤去しよう、そういう意向がはっきりと出ているわけなんです、金銭債権以外の債権について甲案のイが出てくるということは、債権譲渡をやりにくくしようという意図があるのか、そのあたりが分からないわけです。

債権者に聞けば教えてくれるかもしれないけれども、うそをつかれるかもしれないということで、第三者対抗要件を備えた優先する債権譲渡が行われているかどうかの確認のしようがない。紛争が起こるまで分からないということは、そのような債権譲渡はリスクが大変高いから、よほど信頼できる債権者以外からは譲り受けないほうがよいというメッセージに多分なると思うので、そういう積極的な意図の下に甲案というのができていますのかどうかについて、少し、事務当局のお考えをお聞かせいただきたいです。

○**筒井幹事** 松本委員が何を念頭に置いて議論をされているのかに関わるのかもしれませんが、甲案のアとイとで、公示性に大きな差があるというのは御指摘のとおりですが、いずれの考え方も、債務者をインフォメーションセンターとする制度からの転換を図る考え方であります。そのうち、債権譲渡の公示について比較的高いニーズがあると考えられる金銭については、現在の登記制度を更に拡充していくことを想定しておりますが、他方、金銭以外の債権に関して、それに匹敵するような公示制度が必要だと考えられるものとして何が想定されるのが問題となると思います。差し当たり、そのようなニーズは想定されていないのではないかと認識しております。もちろん金銭以外の債権に関する登記制度を設けることが技術的に容易でない面があるという問題意識もありますけれども、その困難を乗り越えなければならないニーズとして何を考えておられるのかということに関わるような気がいたします。

○**松本委員** 正にそういうお答えが出てくるのではないかなと推測しておりました。すなわち、金銭債権以外で債権譲渡の必要な経済的なニーズのあるものは、多分、ないだろうと。だから、それ以外のものについては、紛争が起こった後で決められるようにしておけばいいということで、こういう提案を作られたのだろうと思っていました。本当にニーズがないのであれば、それでいい。債権者代位権の制度を使えないようにしようという立法提案と若干似たような感じで行われていると考えれば、それはそれで納得はいくわけですけども、本当にニーズがないのかどうか、私は実務家ではないので何とも言えないところで

あります。

もし、実際に金銭債権以外の債権の譲渡を受ける必要な場面というのがあるということであれば、従来どおりの債務者をインフォメーションセンターにするという制度を残しても、特に問題はないのではないかと思います。すなわち、ほとんど使われていないのだから、債務者に負担を掛けるわけでもないし、本当に必要な場合には公示性の全くない甲案のイよりは、少しはあるという制度が存在したほうがいいのだらうということですが。

○鎌田部会長 もう一つは、債権譲渡登記の対象を広げると、そういう可能性もあり得ると思うので、現実のニーズに応じて、対応の可能性は何とおりにあり得るのだらうと思います。ほかにはいかがでしょうか。

○三上委員 基本的に今回の債権譲渡の改正は、第三債務者の負担を減らす方向で議論がされていたと思うんですが、15ページの(4)のウとエに関しましては、これまでも申しましたけれども、譲渡の効果が宙ぶらりんになっている間に、差押えとか破産などの新たな事象が起こったときに、その通知を受けるだけでなく、債権譲渡があったことを長期間、記録して、それにプラスアルファの差押えなり、倒産が発生したということを組み合わせて判断をしなければならないということで、これはより一層、第三債務者に負担を掛けることになって改正の方針とは逆方向です。

特に金融機関は特別なかもしれませんが、多数の支店を抱えて、どこで新規の取引が起こるか分からないときに、特に例えば将来預金債権のようなものが一括で譲渡されて、そういうものに関して5年前、10年前に譲渡通知が来ていたというのを保管・記録して、全部の店に通知して確定していくというのは、不可能に近いです。これは単なる反対意見ですが、(注)と説明で反対意見があったというだけではなくて、そういうことを理由に反対する意見があったというところも、(概要)に記載していただきたいと思うわけです。

それから、対抗要件のところは、新しい登記制度の概要を見ないことには話が進まないということで重複は避けたいんですけども、ただ、金融機関の場合には例えばゴルフ会員権のようなものを代表に、金銭債権とそれ以外の債権が明確に分かれていない、債権と呼ぶべきかもよくわからない、担保の対象になりうる権利というものがございまして、そのときに両方とも備えておけるということになるのかもしれませんが、金銭債権とそれ以外が明確に分かれ得るものなのかという疑問があるという問題点の指摘もあったということをつけ加えさせていただきたいと思います。

最後に、取り上げられなかった論点で、「将来債権の譲渡後に付された譲渡禁止特約」についての論点が落ちているわけですが、もちろん、銀行預金だとか請負債権のように、通常、譲渡制限特約が入っているものは将来も入るという意味では過失とか、そういう判断にはなっていくと思うんですが、そうでない、例えば不特定相手の売掛債権とか、そういうものも将来債権になってくると、基本的に譲受人が将来債権に譲渡制限特約が付されることに関して、悪意とか重過失ということはある得ないので、常に譲受人が勝つということになってしまわないかと危惧します。

そういうときに、そういう譲渡があることを知らずに契約を結んだ第三債務者を保護する手段は、解釈だけでは出てこないのだらうと思います。既存の債権であれば、例えば契約書を見れば譲渡制限特約は書いてあって、見なかったほうが悪いという考え方は出てきますが、将来についてはそういうことも言えないので、この論点を落としてしまっているのか

という点に関しても、疑問を呈しておきます。

○中井委員 三上委員から15ページ目の(4)のウとエについての指摘がありましたので、その部分について私からも申し上げたいと思います。ここではウとエを記載するのを本案として、注記でウ及びエについては規定を設けないという考え方が書かれていますので、いずれを本案にするかという問題なのかもしれませんが、ウとエをここで明示的に記載することについては、更に慎重に検討すべきではないかと思えます。

そうすると、基本的にはイの規律で全てを賄うということになります。ウの規律を入れるということは、三上委員は預金のことをおっしゃられたわけですが、預金についてもとにかく譲渡しておいて、倒産手続が始まったら譲受人が回収できるということを正面から認めることになるので、そうだとすると、本当に預金についてのそのような譲渡が一般的に行われていいのか、倒産手続が始まるや否や、譲受人は全ての預金を回収していく。相当なのかという内容の点からもいささか疑問に思えます。

また、エについても補足説明では(5)の規定を受けているとおっしゃいますけれども、(5)の規定は譲渡のない場面ですので、これについてそうだとすると、エについては既に譲渡が起こった後、しかも対抗要件が備わった後の差押え、言わば空振りの差押えという認識をしているわけですが、それに対してエのような規定を設けることの当否は、更に検討されるべきではないか。とすると、本案としてはイまでにとどめていいのではないか。仮にこういう考え方があるとしても、長いのを注記にするというのは余り多くはないようではありますが、更に予備的な考え方ではないかと感じる次第です。これはかねてから大阪弁護士会の有志案でも、そのような提案をしているところですので、改めて御検討いただければと思います。

併せてイについても、これまでも同様に申し上げていますが、前までの部会資料では催告できる者は、譲渡人、又はだったか、及びだったか忘れましたが、譲受人の両方が併記されていたわけですが。提案は、譲渡が有効であることを前提に、債権の帰属している譲受人からしか、催告する資格はないだろうという御判断に基づくものと思われませんが、請求できるかどうかとは異なって、債務者が払うか、払わないかというきっかけを与えるわけですから、譲渡人からそういう機会を与えてもよいという考え方は十分あり得ると思われま。また、そうでないと事は進まないのではないか。そうすると、改めて譲渡人というのをなお残す、若しくはかぎ括弧で囲むという案も、更に検討していただけないかと思えます。

○高須幹事 26ページの取り上げなかった論点、最後のところですが、三つ目の「債務者の行為準則の整備」のところは、既に中井先生から弁護士会の意見的に関する御発言されておりますが、同時到達の場合の供託の規定につきまして、弁護士会の中にはやはり規定を設けるべきではないかという意見がございます。補充検討のときにもそういう議論をした上で、今回、こうまとめておるので、それなりの検討を踏まえておるのだらうとは思いますが、そのような意見が引き続きあったということ、先ほど中井先生からも残すべきではないかという御意見があったということ、重ねて私も同意見であるということをお伝えさせていただきます。

それから、その下の「公序良俗の観点からの将来債権譲渡の効力の限界」の問題、これは従来、必要であるかと申し上げてきたわけですが、この間の部会の議論の大勢を踏まえ

すと、なかなか、復活は難しいのだろうとは思いますが。ただ、公序良俗の観点からの何らかの制限ということに対する留意が必要ではないかということ自体は、弁護士会の中でもまだ意見が根強く残っておりまして、議論されているのは将来債権譲渡について譲渡できるということだけを書いて、それには制限がある程度、伴うという視点が抜け落ちると、余りいい立法にならないのではないかという危惧があるということでございます。そこで、このこと自体の復活は別としましても、本来、25ページのところに出ている「将来債権譲渡」の部分で、将来債権が譲渡できるという一般原則を書く際の概要なり、補足説明なりに、それに対してはある程度、制限ということも留意した上で、そういう方針があるというようなことがどこかに分かるような記述があってもよろしいのではないかと考えております。その辺りを含んだ表現をもし可能であれば、入れていただければと思います。

○松本委員 少し頭がぼやっとしておりますので、既に議論が終わっているのなら指摘していただきたいんですが、17ページのところです。すなわち、債権の譲渡性とその制限について本文に書いてあることを具体的事例に当てはめて展開したら、こうなりますよということが17ページで設例をいろいろ挙げて書いてあります。この中の表現ぶりについての質問なんですが、設例1でいけば、③あるいは①、②、③の全てそうですが、履行することはできる、できないという書きぶりです。

④は履行を請求しても請求は認容されない、言わば請求できないという書きぶりなんですが、債務を履行することはできない場合に、債務者の側から履行できないというだけであって、どちらかの譲受人の側からは履行請求をすれば拒めないという話なのか、それとも履行できないということは、履行請求もできないということを当然に意味しているのか、いずれなのでしょう。つまり、請求されれば応じなければならないけれども、自分から積極的にどちらかに履行はできないというだけなのか、それとも裏表一緒なのかという質問です。

○松尾関係官 例えば設例1の②あるいは③は、債務者が承諾をした上で履行することができるか、できないかということが書いてあるわけですが、債務者の承諾がない場合に、債権者側から履行を請求されたとしても、その請求は債務者が拒絶できるので、認容されないことになるだろうと思っております。

○松本委員 承諾をすれば履行請求に応じなければならない。

○松尾関係官 例えば設例1で、Cが譲渡について事前に承諾していたのであれば、それは認容されることになるということです。

○松本委員 承諾がなければ履行はできないし、履行請求もできないと、だから、裏表は一緒だという趣旨ですね。

○筒井幹事 裏表といえはそうなのですが、請求することができるかどうかということは、本文のほうに普通に書いてあることなので、ここでは履行することができるかどうかという観点から、整理して書いたということだと思います。

○中井委員 (概要)欄の説明ですから、分かりやすく書いていただくという趣旨で御検討いただければと思います。例えば設例1の③でいうならば、BはDに対して、これは「譲渡を承諾したとしても債務を履行することはできない」ですから、明らかに②のところとは違うわけで、この表現ぶりは誤解を招くと思います。同じように(2)の③ですけれども、Dは善意無重過失の例ですので、譲渡の承諾というのは関係ないわけですから、ここで

「譲渡を承諾した上で」というのは誤解を招くと思いますので、そういう表現ぶりについてはもう一度、点検していただくのがよろしいのではないかと思います。

○**松本委員** もう1点、質問を忘れていたんですが、譲渡を承諾という場合に、全ての関係者との関係で禁止をしないという意味の絶対的な意味での承諾なのか、当該利害関係を有する人との関係でのみ、個別に承諾をするという意味なのか、ここはどっちなのでしょう。全体的な禁止を解除するという意味の絶対的な承諾なのか、あなたとの関係ではという意味の相対的な承諾なのでしょう。

○**松尾関係官** どちらの意味の承諾もあり得るのではないのでしょうか。

○**松本委員** どちらもあり得ると。

○**大島委員** 21ページの(2)の一番下の甲案のエについて、対抗要件が競合した場合にはいずれの債権者にも弁済できるという記述に加えて、(注)として供託ができることを記載する必要があると考えます。債権者が倒産の局面にある場合などには、債権が二重、三重に譲渡されて、反社会的勢力の手に渡ることも少なくありません。このような場合は弁済すること自体が債務者にとって大きな負担であると聞いています。そこで、譲受人が複数生じて、債務者が優先順位の判断をすることが困難なときは、債務者に過度な負担を掛けないために供託することができることとし、そのことを(注)で記載するべきであると思います。

○**中田委員** 大分前に中井委員が御発言になりました同時到達の場合に、弁済を受けた者が他の債権者に請求できるかどうかについては、12月のこの部会で両論があつて、その結果を受けて本日の御提案が出ていると思います。したがって、更に検討してほしいとおっしゃるのは、また、その前の段階に戻すのか、そうであれば、また、両論についてここでやるということになると思いますけれども、恐らくそうではないのではないかと思います。

○**筒井幹事** ありがとうございます。中田委員から御説明があつたとおりでありますし、また、大島委員が御発言されたとおりであれば弁済供託の通常の要件に該当するのではないかと思いますので、そのことを補足説明などで確認しておけばよいのかなと受け止めました。

○**内田委員** 15ページの譲渡制限特約の(4)のウとエについて、中井委員からむしろウ、エを(注)に入れて、本文のほうでは規定を設けないとすべきではないかという趣旨の御発言があつたかと思えます。そういう御発言があつたことを踏まえて、事務当局で検討することなのかと思えますけれども、一方だけの御発言だけですと、何か、そっちのほうにいつてしまいそうなので、一応、念のために申し上げたいと思います。

大島委員からも御発言がありましたけれども、従来、譲渡禁止特約と呼ばれていたものによって譲渡が制約されており、中小企業の資金調達に支障が生じている、もっと自由に譲渡ができるようにしてほしいという実務的な要請があります。そういう自由な譲渡を求めるといふ要請からすると、元の債権者である譲渡人について倒産手続とか差押えとかが始まって、譲渡人に対する多くの債権者が譲渡の対象になった債権を奪い合うという状況になった場合に、それらの債権者に優先するはずの譲受人が自ら債権回収に乗り出せないということでは非常に支障があるという声があり、それを受けてこういう提案が出ています。仮にウとエを書かなかつたとしても、原案の考え方からすると、破産管財人や差押債権者が第一譲受人に優先するわけではありませぬので、この提案自体はそれなりに合理的な理



由のある案ではないかと思えます。

○松本委員 先ほどの17ページで、債務者は履行することができるということと、債権者が履行請求できるということとの裏表の関係について質問したのに対して、債権の譲受人が履行請求できるかできないかは本文に書いてあるから、ここには書かないんだという御説明だったんですが、例えば設例1の③を見ると、本文(2)を見ると。本文(2)を見れば債権譲渡制限特約は拘束しない、債権譲渡は有効だというのが本則ですよ。そうすると、譲受人であるところのDは、履行請求はできるという解釈が本文(2)だけだと出てきそうで、BはDに対して譲渡を承諾しても債務は履行できないけれども、Dから請求すれば応じなければならないということになるんですか。ここでは本文(2)しか上がっていないんですけれども。

○鎌田部会長 (2)の中に、「下記(3)の限度での制限がある」と記されています。

○松本委員 となると、括弧の中に関係する(3)も書いておいていただいたほうがいいのではないのでしょうか。

○筒井幹事 (備考)欄の書きぶりにつきましては、先ほど中井委員からも御注意いただいたところですし、更に考えたいと思っております。

○鎌田部会長 ほかに債権譲渡関係で御発言はございますか。

○中井委員 23ページの「債務者の抗弁」ですけれども、先ほど加納関係官が御発言になった部分について重複するんですが、申し上げておきたいと思えます。イですけれども、抗弁を放棄する旨の意思表示を書面ですると、このような形で慎重さを要求することについて、提案することは賛成ですが、従来、譲受人側が抗弁の存在を知っていた場合、そこで異議なく承諾をしても、その抗弁は対抗できたわけです。この点、今回の提案では、抗弁を放棄するという解釈問題で解決できるのかもしれませんが、つまり、ありとあらゆる抗弁を放棄しますと、目をつぶって放棄をするというような意思表示が有効とは思えないので、そこで解決ができていないのかもしれませんが。

先ほど加納関係官がおっしゃったのは、抗弁が個別のかつ具体的でしたか、そう特定されて放棄の意思表示があるからこそ、放棄できると思うんです。そのことを、是非、確認をしたいし、ある意味で確認するまでもなく抗弁を放棄する以上は、放棄の対象が明確でなければならないんだという考え方でカバーできるのなら、それでいいんですけれども、この契約関係における抗弁は何があるか分からないけれども、全て放棄するという意思表示の有効性も認めるとすれば、問題ではないかと思っております。したがって、この提案の書きぶりをどのようにしたらいいのか、具体的対案があるわけではありませんが、今のこのような趣旨を、先ほどの加納関係官の御発言も踏まえて、御検討いただけないかと思えます。

○松尾関係官 今、中井委員と加納関係官から問題提起を頂いたところなんですけれども、部会資料37の段階では、異議をとどめない抗弁の放棄の意思表示というものが、個別にされなければならないかどうかということをはっきり書くのではなく、そのことは解釈に委ねるべきではないかということをお提案していたところですが、そのことについて特に異論はなかったと理解しておりましたので、それを踏襲したものです。つまり、包括的な抗弁放棄の意思表示が有効だということを前提にしているわけでもないですし、個別に放棄の対象を特定しなければ必ず無効だというわけでもないですし、そのことは解釈に委ねようというのが今回の本文の提案でございます。コンセンサスを得ることができる案を掲載

するという観点からは、現在のところ、それで御理解を頂きたいと考えております。

○鎌田部会長 ほかにはよろしいでしょうか。

それでは、ここで休憩を取らせていただきます。

(休 憩)

○鎌田部会長 それでは、再開をいたします。

「第4 有価証券に関する規律」について御審議いただきます。一括して御意見をお伺いいたしますので、御自由に御発言ください。

特に御意見はないということでもよろしいでしょうか。山下委員、よろしいですか。神作幹事もよろしいでしょうか。ありがとうございます。

それでは、次に「第5 債務引受」について御審議いただきます。御自由に御発言を頂ければと思います。

○加納関係官 30ページの(備考)のところの書き方について、確認をさせていただければと思います。大変恐縮ですけれども、「併存的債務引受と保証との関係」というところで、保証引受契約について規定を設けない場合には、保証人保護の規定の潜脱を防ぐのは難しいんだということなんですけれども、ここは非常に重要なところだと思いますので、意見募集をするに際して、その難しい理由は何かということなんです。上から5行目辺りの「また」ぐらいのところから、保証という性質決定を免れたと、その規定を準用するとしても保証引受について規定を設けないのであれば、例えば説明義務については、本文(3)場合には規定がないんだということが書かれております。

一つ考えられる理由としては、本文(3)の場合は説明義務を負うべき者は債務者となるという理解を前提として、そうだとすると、保証引受契約に関する規律がないと、単純に準用するのはできないということなのかなと思うわけなんですけれども、そうであるとしても、例えば一つの考え方としては保証引受契約の規律はないんだけど、保証契約における債権者が保証人に対して説明しなくてはいけないという規定を本文(3)の場合にも準用するんだとかいうことも、ないわけではないのではないかと思いますので、そういうものの、それは難しいんだということであれば、その難しいということについて明らかにした上で意見募集に掛けたほうが、恐らく意見を出す側としましてもいいのではないかと思いますので、確認させていただきたいと思います。

○山野目幹事 ただいま加納関係官から問題提起を頂きました30ページの(備考)のところにつきまして、2点、意見を申し述べさせていただきます。

第1点目は、保証の趣旨でなされる債務引受というものが本文1(3)の方式ですること、それ自体を認めてよいものだろうかというような観点からの議論は、されてよいのではないかと感じているものでありますから、その点についての問題意識を述べさせていただきます。これが1点目です。

もう1点は、第46回会議におきまして債務引受につきましても、その原因というものについて鋭敏な意識を持って問題を考えるべきであって、規律の考案においても、そのことに留意されるべきであるということを申し上げました。引き続き、その観点から申し上げますと、無因の債務引受であるという事態を避けなければならないという見地をそれに交

えて申し上げますと、特に債務引受の原因について積極的な説明がなければ、それは保証の趣旨でされた債務引受であると見られても仕方がないといったような取扱いを考えると、一つの観点としてはあり得るものだろうと感じます。

今、申し上げたようなことについて、更に検討を続けていく必要はあるだろうと思われますし、部会資料のここのところについて、ほかの場所と異なって（注）についての説明を（概要）のところで用意していないのは、まだ、ここについての部会の検討が熟していないということがあったものであろうと付度いたします。むしろ、（備考）欄を設けることによって本日の部会における論議を喚起し、それ以降の議論も参考としながら、この部分について文章として調べていこうというお考えなのではないかと推測いたします。今、私が申し上げた意見や加納関係官がおっしゃったようなこと、それから、本日皆さんのお出しいただく観点のようなものを踏まえて、ここの部分について、（注）の説明に相当する何らかの御説明の用意を（概要）のところに加えていただくことが相当であると感じますので、申し述べさせていただきたいと考えます。

○**深山幹事** 2の「免責的債務引受」の整理について意見を述べたいと思います。この資料を見ると、部会での整理として、免責的債務引受と併存的債務引受との相違について、要件に関して、併存的債務引受の要件に加えて、債権者が債務者に対して免責の意思表示をするという要件が加わると、免責的債務引受になるというような整理のように見受けられるんですけども、以前、私が述べた意見は、そもそも、免責的債務引受の合意と併存的債務引受の合意というのは、意思の内容が違うのではないかとこのものです。三者で合意するときには余り問題にならないですけども、債権者と引受人との間で合意をするときに、併存的に債務を引き受けましょうという引受人側からの意思表示というものと、免責的に私が引き受けますということとは、意思表示として意味合いが違うのではないかと私自身は感じております。その上で、免責的債務引受の場合に債権者と引受人との間の合意だけで要件が完結するのではなくて、債務者に対して免責するというを債権者が意思表示するというを加えるべきだという考え方を採用することは、それはそれで別途、意味があると思うんですが、そもそも、同じく債務引受といっても意思表示の意味が違うのではないかという意見を述べた記憶があります。

その意見は採用されなかったということであれば、それはそれで致し方ないところなんですけど、そのような議論が私以外にも多少あったような気がするんで、少し、両引受の意味合いの違いというものについて、（概要）になるのか、あるいは本文にも影響するのか、何か書き表していただきたいと思います。私としては免責的債務引受の場合には、免責的に引き受けるという意思表示がなされたときを前提にした要件立てにすべきだと思いますし、少なくとも、そういう議論もあるということを（概要）に反映していただければという気がいたします。

○**道垣内幹事** 私は深山幹事のおっしゃったようになったのだと理解をしていたのですが。

○**松尾関係官** 深山幹事がおっしゃったような整理をしたつもりでありまして、取り上げなかった論点として部会資料38第1の1「債務引受に関する規定」の後段を挙げているのは、そのことを表す趣旨です。

○**中井委員** 今、深山さんがおっしゃったような形で、おおむね意見が整いつつあったのではないかと私も思っていて、そうだとすると、（2）の表現はそれを表しているのだら

うかという素朴な疑問を感じます。(1)を読んだときは、それを含めて定義付けをされたのかと理解したんですが、(2)を読みますと、この前段、「約し」までですが、それは前ページの「併存的債務引受」の(2)の言葉、「引受人が上記(1)の債務を負担する旨を債権者に対して約する」という表現と全く同じ表現です。つまり、(2)の前段で併存的債務引受をする、その上で次の後段、債権者が債務者に対して免責の意思表示をする、こういう構成になっているように読めてしまいます。

そうすると、前段で約したところまでいったけれども、後段の免責の意思表示がたまたまなかった場合、若しくは債権者がしなかった場合、前段だけが有効に機能して、1の「併存的債務引受」のみが残る。これは今の深山さんのお考えからすれば、一つの意味表示とは違うわけですから、(2)の記載は前段の合意が残るように読めてしまうように思ったんです。だから、逆に免責的債務引受のこの御提案というのは、併存的債務引受プラス免責の意思表示と深山さんも理解されたのではないかと、そういう誤解を生むとすれば、検討していただく必要があるのではないかと思います。

○道垣内幹事 文を手直しするということには、もちろん異存はないのですが、併存的債務引受は1の(1)で内容が規定され、免責的債務引受は2の(1)で内容が規定され、2の(2)においては「免責的債務引受は……約し、免責の意思表示をすることによってなされる」ということですので、別段、この文言のままでも、「約し」のところだけが残っている場合に、併存的債務引受の効果が生じるという構造にはなっていないのだと思います。ただ、それが分かりにくいということであるならば、なお、その文を手直しするということは、全く異存はありません。

○三上委員 しつこくは申しませんが、5の柱書き1の(注)の記載は、加納関係官、山野目幹事の御意見はあると思いますけれども、この手の懸念が発生するのは、別に債務引受だけではありませんし、当初から連帯債務にする場合もそうですし、損失補償契約の場合もそうですし、極端なことを言えば、保証人に金を貸して債務者に転貸しさせるというスキームは、民法では規定のしようがない、そういう病理的現象ですから、それは公序良俗等々で規制するべき話だろうと思いますので、そういう意味で、規定が難しいということ(備考)欄に書いておけば、私はこういう扱いでよいのではないかと考えております。

それはともかくとしまして、「免責的債務引受」の(1)に関しては、求償権を否定するという点に関して、別の意見もあったように思うんですが、実際にこれが使われている場面というのは、分科会で、内田委員がおっしゃったように、併存的債務引受をして連帯債務にした上で一方を免除したときのように、あなたには請求しないが、ただ、連帯債務者間でどう最後に話をつけるかは、債権者は関与しません、ということのほうが多いのではないかと思います。そういう意味で、(1)を明確に規定するかどうかに関しては、(注)か何かで明文を設けないという選択肢の記載があってもいいのではないかと思います。

それから、(3)のところは、保証がこのままだと入らないように読めますので、保証も保証人の了解を得れば、当初の保証契約と同じ内容で継続するということが明らかになるようにしていただきたい。そうしないと、承諾の時点で新たな保証ということになりますと、期限管理だとか、あるいは保証人の信用状況いかによっては否認の対象になるとか、別の問題が出てまいりますので、保証も継続できるような文章にしたいと考えて

ております。

○**山野目幹事** 三上委員の御発言は、後ろのほうに重点があったと受け止めますが、最初におっしゃっていただいたことについて、一言、申し上げさせていただきますと、私が一つ前の発言で30ページのところの（備考）に関して申し上げたことは、一言で言えば、保証するのであれば保証の方式に従って、かつ、その方式に関して設けられた規律に従ってのみしていただきたいというような在り方を考えることも、一つのアイデアとして考えられるということを申し上げたものでございます。いずれにしても、1の注記のところについては、現在、（概要）のところに説明がないものでありますから、このままにしておいてくださいとおっしゃられても、このままにはならないはずでありまして、何か御工夫を頂くということであると考えます。

○**道垣内幹事** 私は、三上委員のご発言の後半について申し上げます。3の（3）というのは担保権の順位が維持されるというところに意味のある条文だろうと思うんですね。しかるに、保証人というのは、債務者とは別のものですから、常にただし書が適用されるわけですし、保証人の承諾がなければ保証契約の継続というのは起きませんし、かつ、順位を維持することは、保証の場合には考えられません。したがって、ここでは担保権ということになっているんだと思います。

ただ、強いて申しますと、そのように新たな保証契約だということにしますと、その時点で再び説明義務とか、書面要件とかが掛かってくるのかという問題が生じます。そして、この点で、掛かってこないようにすべきであるということになりますと、ここに保証の移転という概念を入れるべきであることになります。これに対して、主債務者が代わるわけだから、どういう状態なのかを、もう一度、きちんと説明しなければいけないはずではないかと考えますと、ここには保証は含まれないという原案のとおりの方が正しいということになりそうです。そこを議論すべきであって、私は、主債務者が代わる限りにおいては、もう一度、説明義務とか書面というのは、掛かってきておかしくないだろうと思います。したがって、原案で妥当だと考えます。

○**佐成委員** 3の（1）ですが、三上委員のほうから（注）を付けるというお話がありまして、それはそれであり得ると思いますけれども、内部の議論では、本文に当事者の合意があれば求償できるということを明示してほしいという意見がございました。当事者の合意がない場合には求償できないというデフォルトルールはいいとしても、当事者の合意がある場合にはできるという書きぶりで御提案をしてほしいという意見でございます。つまり、免責的債務引受がなされた場合にも、求償ができるという既存の実務があるので、それに支障を来す危険性があるということが主たる理由でございます。要するに、合意があればもちろん求償できるんだと明示していただきたいという意見でございます。

○**鎌田部会長** その場合の当事者は誰と誰ですか。

○**佐成委員** この意見の方は当事者を明確にはしていないんですけれども、いずれにしても、何らかの合意があれば求償できるという記載にしてほしいということでございます。不正確でございましたけれども、そういったところでございます。

○**中井委員** 同じところの3の（1）ですけれども、この書きぶりは、今の御議論を聞いていても非常に分かりにくいと思うんです。これは先ほど深山さんのおっしゃったように、免責的債務引受をそういう一つの意味表示と考えるのであれば、それに対する原因関係は

様々だろうと。対価を払う、若しくはただで、無償で引き受ける、そういう原因関係の議論と免責的債務引受をした後、当然、債務の履行をするわけですが、履行した後に何か権利が発生するのかわかると、独自の自らの債務を履行しているわけですから、求償権なるものは当然に発生することはない。

何か、そこの二つの問題のうち、仮に前者を言っているとすれば、求償するという言葉を使うこと自体が誤解を招くのではないか、つまり、免責的債務引受をする原因としては当事者間の何らかの契約関係に基づくわけですから、それで規定されるだけの話ではないか。仮に履行した後の求償のことなら、それは発生しない、存在しないわけですから、存在しないことを何らかの形で確認するなら確認してもいいと思いますけれども、そういう整理をしないといけないのではないかと思います。誤解しているのかもしれませんが、（１）については更に御検討いただきたいと思います。

○三上委員 勘違いしていたら恐縮なんですけれども、道垣内先生のご指摘のところについて、余り例はないかもしれませんが、保証人の保証債務を担保する担保が付いていたとか、あるいは保証人の求償権を担保する担保が付いていた場合に、保証債務が一旦消滅してしまうと、担保権も消えてしまう場合があるのではないかと思いますので、保証人の信用状態如何によっては保証契約自体が否認の対象になるというケース以外にも、保証を継承させる必要がある場合があるのではないかと考えております。これと、保証人に対する説明義務を再度課すという規制は、別に併存しても構わないと思います。

○松本委員 少し戻って、深山幹事の併存的債務引受と免責的債務引受の関係についての疑念に対する道垣内幹事からの回答についての意見なんです。すなわち、道垣内幹事は30ページの2の（２）と（１）の関係の見方として、（２）で「約し」で一旦、切っただけではないんだと。（１）を見れば、この点は明確ではないかということを書かれたわけですが、（１）と（２）の関係というのは、何か（１）は定義を書いているような感じで、（２）は成立要件を書いているような感じがします。以前の議論のところでも現在の民法の特に契約各則の冒頭規定の性質について議論があって、どう書き直そうかという議論を確かしたと思います。定義と成立要件を分けるというような議論があったかと思えます。

それをほうふつとさせるような（１）と（２）ではないかという印象を受けておまして、免責的債務引受の意思表示の内容としては（１）なんだろうけれども、成立要件的には（２）のプロセスを経て行っただけということのように読めるんですね。そうすると、免責的債務引受というのは（２）のプロセス、あるいは場合によっては（３）もあり得ることですが、免責的債務引受をしますという一つの合意でもいいのか、それとも、（２）のように二段階に分けた意思表示をそれぞれしない限りは、駄目なのかということが残ってくるのではないかと思います。

債権者と引受人との間で免責的債務引受なることをやりましょう、分かりました、ということであれば、（２）の問題は起こらないわけで、深山幹事がおっしゃった免責的債務引受をする関係というのは、併存的債務引受をする関係とは相当違うんだということであれば、免責的債務引受をしましょうという合意でやれば、二つが切り離されるということではなくとも思うわけです。二つが切り離されるというのは表面的な現象であってプロセスの途中で切れる、証拠としてはそれしか残っていないのであれば、それでいくしかないだろうという話になって、併存的債務引受になるというのはあり得ると思うわけで

すが、当事者の真意は何かというところで全て決めるということであれば、(1)の免責的債務引受の合意というのを推認できれば、それでいいという話になるのかもしれないんですが、その辺り、いかがなんでしょうか。

(3)を見れば、「上記(1)の債務を引き受ける旨を債務者に対して約し」と書いてあるんですが、「(1)の債務を引き受ける」というのは、併存的に債務を引き受けるという意思だけではなくて、元の債務者の債務を免れさせるという意味も入っているのでしょうか。併存的債務引受の意味しかないのであれば、免責はどこからでてくるのでしょうか。

○鎌田部長 誰を当事者にするかということを……。

○中井委員 今に関連して申し上げれば、債権者と引受人との間で免責的債務引受をした場合、(2)のような規律を設けて誤解が生じないようにしてほしいと申しあげたのに対して、道垣内先生は誤解は生じないという御指摘だと思います。そうであるならば、債権者と引受人が約した後、債権者が債務者に対して免責の意思表示をしなかった場合に、なお、引受人が債務を負うのか、意思表示がなかったら負わないと、そもそも免責的債務引受契約は成立していなかった、要件を欠いているから、そういうことが明示されれば分かるのではないかと思います。後段がなかった場合、免除の意思表示がなかった場合、もはや、引受人は責任がありませんよというのが免責的債務引受なんだと、後段がなくても約した以上は債務がありますというのでは困ります。そこが(2)でははっきりしないものですから、はっきりしていただければと思います。

○松尾関係官 今、中井先生がおっしゃったようなところが部会、分科会でこれまで議論の対象になってきて、免責的債務引受は併存的債務引受と免除の意思表示が合体したものと構成すると、当然に併存的債務引受が残るような形に見えるので、それは適当ではないというところについては、多くの御意見をいただいたと思います。もっとも、そのときに合意の効力がどうなるのかということについては、常に成立しないという御意見のほか、ケース・バイ・ケースというか、結局、当事者の合意内容によって残る場合と残らない場合があるんだから、一律には決められないという御意見があったように理解しておりますので、免責の意思表示がなかった場合に常に何も残らないというところまで書くのは、これまでの議論を伺っている限りは、御異論があり得るように思います。もし、中井委員の御提案のように改めるのであれば、この場でその当否を議論していただいていたほうがよいのではないかと感じております。

○松本委員 今の点、先ほど来、私が正に質問したことなのでありまして、債務を引き受けるという部分は、併存的であっても、免責的であっても、共通のように見えるわけですが、免責的で引き受けるのか、併存的で引き受けるのかは、同じ債務引受の意思といっても中身が違うのではないかというのが、深山幹事の最初の御指摘だったと思うわけです。そこをあえて債務の引受けということで抽象化して共通なんだとして、だから、後で免除の意思表示があるかないかという別のファクターがあるかないかだけで決まるというのは、当初の債務を引き受けるという意思の中に、免責的だから引き受けるという分が組み入れられているのであれば、誤った意思の立て方になるのではないかという感じがいたします。つまり、深山幹事のおっしゃっているようなことが実務であって、そういう交渉をする際には最初からどちらの意思かを明らかにして行っているのもあって、ずっと交渉していくプロセスの中で、最後にそれでは免除してあげましょうかというような話になるのではな

いんだとすれば。

- 鎌田部会長 その点は多分かなり意識して書かれていて、前段は同じ表現ではないんですね。併存的債務引受のほうは単に「債務を負担する」と書いてあって、免責的債務引受は既存の債務を「引き受ける」と書いてあって、違う構造で、その二つは規定してあるんだけど、しかし、今のような免除の意思がなかったら何も効果が生じないということについてまで、本当にコンセンサスがこの場であったのかということについては、必ずしも定かでないということの説明されたんだと思いますが、松本委員は、それは免除がなければ何も無いという考え方でいいという御意見ですか。
- 松本委員 そのとおりです。つまり、(1)が本体なんだとすれば、免除される債務引受の意思を持っていたのに、免除されないのであれば、それは意思と違うことが実現しているということに多分、なるのだろうと思います。
- 深山幹事 意思表示の内容が違うということが前提だということは理解しましたし、そうあるべきだと思うんですが、その上で、免責的債務引受の場合に、債務者に対する免除の意思表示が要件として必要かどうかは問題となります。私は、必要と考えていますし、それが不要でないという意見は出ていないと思います。つまり、これが要らないということになると、債権者と引受人との間の合意だけで債務免除の効果が発生をするわけで、それはいかがなものかと思えます。債務を免除するという二人の合意、プラス、実際に債務免除の意思表示があって初めて完結をすると私自身は考えていたので、結論として、この整理で全く異論はないです。債権者と引受人の合意のみで免責的債務引受が完結するという考え方がるのであれば、注記していただいてもいいんですが、そういう意見は出ていないのではないかと私自身は思っておりました。
- 鎌田部会長 ほかに御意見はございますでしょうか。それでは、頂戴しました御意見を踏まえて事務局で検討させていただきます。
- 佐成委員 先ほどの御意見の合意の当事者は誰かの補足ですが、引受人と債務者との間の合意ということです。失礼しました。
- 鎌田部会長 債務引受の効果なのか、それとは別の合意の効果なのかという説明の仕方は両方あり得るかと思いますが、御指摘の点も踏まえて検討を続けさせていただきます。  
続きまして、「第6 契約上の地位の移転」について御審議いただきます。一括して御意見をお伺いしますので、御自由に御発言ください。  
ここは特に御意見はないと思ってよろしいですか。
- 山野目幹事 提案の中身それ自体ではなくて、中間試案の段階で気にする必要があることではないのかもしれませんが、一般的に「法令に特別の定めがある場合」という文言がいろいろなところで使われますが、法令なのか、法律なのかということは、法文起草の段階までには少し注意を払っていただければと思います。今の段階では意見公募の段階ですから、そこまで神経質になる必要はないかもしれません。
- 山本(敬)幹事 正に今の「法令に特別の定めがある場合」という定めなのですが、こう書きますと、現在は最高裁判例も特別法も存在しないけれども、学説上は争いの余地のあるケースについては、結論として相手方の承諾が必要だという立場決定をしてしまうことになるのではないかと思います。よく挙げられる例では、営業譲渡の場合の労働契約上の地位の移転がどうなるかとか、あるいは特許権者が相手方とライセンス契約を締結した後で、



特許権を譲渡したという場合に、ライセンス契約上の地位の移転がどうなるかという点については、少なくとも学説上は、相手方の承諾がなくても契約上の地位が当然に移転する、したがって、元の契約上の地位にあった者は、義務を免れると考える見解もあり得るのですけれども、それを全て否定してしまう可能性があります。これまでの部会で、そこまでのことを考えて立場決定をしたようには思えないわけですので、これは行き過ぎではないかということは申し上げておきたいと思います。

○松尾関係官 今、山本幹事が御指摘になられたような場合については、法令に特別の定めがある場合を手掛かりにして類推適用などがされていくことを、決して否定する趣旨ではないものでした。もっとも、山本幹事が御指摘になられたような御懸念が出てくるであろうことは理解していたつもりではありますが、山本幹事の御意見としては、ただし書を削除せよということになるのでしょうか、それとも、別の要件を考えろということになるのでしょうか。

○山本（敬）幹事 まず、類推適用で処理できるかといいますと、当面の事柄については部会資料を見ましても、（概要）の部分で賃貸借上の地位の移転を考えておられて、これでどこまで対応できるかということだろうと思います。しかし、先ほどの営業譲渡の場合の労働契約上の地位は、かなり差があるように思います。特許権のほうは、多少近いと言えるかもしれませんが、それでも、類推で賄えるから大丈夫でというわけにはいかないように思います。

その上で、では、どう定めればいいのかという点については、部会の検討の際にも他に案があって、「契約の性質に反しない限りで」というような形で何とか拾うべき場合を拾えるようにしておくことはできないかという提案がありました。今回、それが落とされているのは、それでは不明確だということなのかもしれませんが、そういった点をもう少し追求してみる必要があるのではないかと思います。単純に落としてしまいますと、不明確になってしまいますし、ここはもう少し考えどころではないかと思います。少なくともこのままでは、先ほど申し上げたような形での立場決定をしてしまうことになる。それは問題だということは改めて申し上げておきたいと思います。

○鎌田部会長 ほかに御意見は。

○松本委員 一つ戻って恐縮なんですけど、二つの債務引受の債務者と引受人の間でそれぞれの債務引受が成立する場合の要件、すなわち、1の（3）、2の（3）を読み比べるとほとんど同じなのに、どういうわけか、免責的債務引受のほうは債権者による債務免除の意思表示がないにもかかわらず、免責的な債務引受になるとされています。他方、併存的債務引受のほうは債務免除の意思表示は当然ないわけです。ほとんど同じ構成要件なのに、なぜ、一方で免除の意思表示がなくても免除されるのかというのがよく分からないんです。先ほど途中まで言いかけた話ですが、例えば2の「免責的債務引受」の（3）でいきますと、「引受人が上記（1）の債務を引き受ける旨を債務者に対して約し」と書いてある。ところが、1の「併存的債務引受」の（3）では、「引受人が上記（1）の債務を負担する旨を債務者に対して約することによってすることもできる」と書いてある。

すなわち、引き受けるということに約束したのか、負担するということに約束したのかによって、それで免責的か、併存的かが自動的に決まるんだと。だから、引き受けるということに約束した場合には、今更、免除の意思表示は要らないんだと読めるんです。もしそ

うだとすると、引き受けるという表現を使ったのか、負担するという表現を使ったのかでがらっと内容が変わるということになってくるんですけれども、言葉の違いによるそこまでの大きな差を付けていいのでしょうかという点が大変大きな疑問になってまいります。そうであれば、併存的債務引受ではなくて併存的債務負担というように表現も変えたほうが、全く別の制度だということをはっきりし、負担という言葉を使うのか、引受という言葉を使うのかでがらっと変わるんだということに、注意を喚起したほうがいいのではないかと思います、いかがでしょうか。

○鎌田部会長 むしろ、「免責的債務引受」の(3)の中で、どこに免除の意思表示があるのかを明確にするということのほうが重要かもしれないですね。その点、少し検討してみてください。

○内田委員 山本敬三幹事の御指摘の点ですが、これまでの審議の中で契約の性質によってといった表現を使って、何とか、それを書き込もうとしてきたわけですけれども、なかなかうまくいかないということで、現時点では、このただし書になっています。しかし、ただし書に問題があるということは御指摘のとおりで、そうすると、もう一つの有望な選択肢としては、ただし書を削除し、あとはすべて解釈に委ねるということだと思います。もし、それを避けられるような、何か、こういう表現ならばうまくいくのではないかというアイデアがあれば、是非お出し頂ければと思います。なかなか今まで名案が出てこないというのが実情だと思います。

○山本(敬)幹事 この場でという御趣旨でしょうか。

○鎌田部会長 引き続き、御検討いただければと思います。

○山本(敬)幹事 考えさせていただきたいと思います。

○鎌田部会長 よろしければ、「第7 弁済」について御審議させていただきたいと思います。この点も一括して御意見をお伺いしますので、御自由に御発言ください。

○松岡委員 一番最後の「法定代位者相互間の関係」について、意見書も出させていただきましたので、手短かに発言させていただきます。なお、お配りした意見書の2ページ目から3ページ目にかけて、「評価は分かれるが、たとえば」うんぬんのところは文章が不完全なまま、間違ったバージョンを送ってしまったようです。大意には影響しませんので、後で差替えをさせていただこうと思います。

申し上げた意見としては2点、2点目が重要で、1点目はそれほど重要ではありません。現在の501条は代位の基本的な効果と、法定代位者相互間の負担配分の両方を一遍に定めておまして、大変分かりにくい規定なので、是非、別の条文にして欲しいということです。「(2) 法定代位者相互間の関係」という表題を付けていただいているので、独立した条文にすることも含めているとも思えますが、確認のために要望を出させていただきます。

2点目のほうが重要で、先ほど共同保証についても発言させていただきましたが、現在の民法501条後段の基準は、民法の立法時を考えれば当然かもしれませんが、根抵当や根保証、一部保証の場合を考慮せずに組み立てられております。私の意見書の2ページ目の「(4) 具体的な問題点」で、(a)、(b)と二つ例を挙げさせていただきましたが、この基準ではかなり不合理ではないかと思われる結果が生じることがあります。

今回の提案の41ページのオのところ、保証人と物上保証人とを兼ねる者がある場合は、

頭数一人として計算をするとの提案をしていただいています。それは昭和61年の最高裁判決を条文化するものであります。しかし、第2ラウンドでここを取り上げたときに沖野幹事からも御指摘いただきましたように、この判決とは両立しないような仙台高裁の判決が出ていたり、学説に最高裁判決に対する根強い反対があって、判例としても安定性を欠きます。かつ、そのときには申し上げませんでした。頭数による平等負担というのが最終的に一番重要な基準であることを昭和61年判決やそれを支持する通説は当然の前提にしているのですが、この意見書では、そのこと自体に根本的な問題があるのではないだろうかという問題提起をしております。

それなら良い解決方法を提案してみろと言われるとなかなか困難です。この問題については比較法的に見ても整備された規定を置いている国がほとんどないのです。そこで、共通参照草案の提案を参考にしてみました。それは意見書の4ページ目につたない翻訳をして資料として付けさせていただいております。ただ、この提案は、現在の日本法的前提と異なるところが幾つかある上に、複雑すぎるルールになっているという感じがいたします。最後の清算の場面だからじっくり時間をかけて処理すればいいのかもしれませんが、ルールとしては余り透明性が高くない、使いにくいものになっております。

そうはいつでもこの段階になって具体的に提案を出さずに、何か考えて欲しいとだけ申し上げるのは無責任すぎると感じましたので、3ページ目の最後に具体的な提案として、債権者に対して負う限度額や極度額、そういう限定がない場合には、基本的には被担保債権額あるいは物的担保については提供した財産の価額を基準にして負担限度を定めてはどうかと提案しています。提供した財産の価額は、厳密に言う、優先順位の担保がある場合はそれを控除して勘定するため、単純に財産の価額ではなくやや面倒ですが、既に392条の判例・通説でもこのような処理が支持されています。

このような提案を中間試案の段階で反映していただくのは難しいかもしれませんが、中長期的な見通しの中で、民法として整合性のある過不足のない規定を考えるとすれば、担保価額比例の原則と平等頭割り原則の二つのだけで問題を処理するのは、間違っていると考える次第でございます。

- 鎌田部会長 関連した御発言はございますか。「10 弁済による代位」についての御意見があれば、まず、全部、お伺いしておいたほうがよろしいかと思えます。
- 松本委員 代位の一般的な部分でありまして、40ページの冒頭部分、任意代位制度について債権者の承諾を得ることを任意代位の要件から外すということですが、この案は結局、法定代位は独自に残す意味がない、つまり、法定代位と任意代位を区別する必要はなくなってしまうという結論になるわけです。そうすると、この案を採る以上は500条を削除するというのが同時にセットにならないと、不十分なのではないかと。債権者の承諾が不要な任意代位というのと、別にそもそも昔から債権者の承諾は要らなかった法定代位が併存するというのは、ちょっと奇怪なことであって、代位というのはそもそも債権者の承諾は要らないんだというだけに帰結してしまうと思えます。
- 筒井幹事 現在の提案として、任意代位のところと法定代位のところを別に書いているのは、任意代位について債権者の承諾を要件から削除したとしても、民法499条2項が残るので、対抗要件の問題は別途あるという点で違いが残るという理解に立っております。それが合理的な理由に基づくものではないという御指摘なのであれば、それは更に検討が必

要であるという御意見なのか、あるいは（注）に書いてある民法499条の単純削除という考え方に結び付くのではないかと思います。

それから、一つ前に松岡委員から詳細な意見を出していただきました。ありがとうございました。問題意識には大変共感するところがありますし、そういった問題意識について、現在の中間試案のたたき台では、オについては規定を設けるべきではないという限度での反映がありますので、こういったところを手掛かりとして、引き続き検討することができればと思っております。

○**鎌田部会長** 松岡委員のこのペーパーをまだ熟読していないんですけれども、要するに、どれだけの担保価値を把握しているかに着目して割り振りをしていくという趣旨で、保証人相互間も、物上保証人相互間も、把握した担保価値に応じて割り振りすべきだという、こういうお考えと伺って……。

○**松岡委員** 基本的な考え方としては、そうなるのではないかと思います。

○**鎌田部会長** それと、もう一つ、これは元々がよく分かっていないかもしれないんですけれども、例えば保証人の場合に、保証人相互間の求償権の範囲というのは、例えば先ほど話題になっていた465条で求償の範囲が決まっているので、それ以外に代位の範囲の規定を置く必要はないと考えてきたのですが、今度のこの中間試案のたたき台の（2）エは、保証人が代位できる範囲というのは、求償の範囲とは相対的に独立して決められるという理解が前提になっているように読めます。松岡委員のお考えでは、501条及びそれに関連した調整規定が求償と代位の範囲を一括して決めているとお考えのように伺ったんですけれども、それはそういう理解でよろしいでしょうか。

○**松岡委員** 御質問を正確に理解できているか自信がありませんが、現在の御提案のエのところは、ただし書きを付けていただいています、正に465条のような保証人間の求償の規定があれば当然にそれに従うだけです。代位の一般的な性格が求償権を確保するためであるとすれば、ここだけに殊更こういうふうを書く必要はないのではないのでしょうか。

それから、先ほど465条のところで発言させていただきましたように、現在の保証人間の求償の規定である465条そのものが、必ずしも根保証とか一部保証を念頭に置いたものではないので、これも修正する必要があります。求償と代位は必ず一致するわけではないと思います。代位できる範囲が一見求償権よりも大きいように見える場合もありますが、代位の性格から求償権の範囲に限られます。逆に、代位には限度があるけれども求償はできる場合もあるでしょう。私は両者を一致させようと言っているわけではありません。

○**松本委員** また、先ほどの議論に戻るんですが、先ほどの私の質問に対して筒井幹事が、500条の削除論ではなくて499条の削除論があるから、私の言うことは必要がないという趣旨の回答をされたんですが、499条削除論と500条削除論は違うと思うんです。つまり、500条だけを残すと、結局、正当な利益がない者は代位できないということになってしまいます。第三者弁済はできるんだけど、代位できないような事態を避けようというのが今までの部会での議論だとすれば、むしろ、500条廃止というのはあり得る。そうすると、先ほど御指摘された499条2項の部分、対抗要件の部分法定代位だと今は要らない、任意代位だと要らんだと。その違いがなくなっているのかという御指摘かと思うんですが、法定代位の場合、本当に要らないんですか。

○**鎌田部会長** 現在のところは、要らないとされています。

○松本委員 要らないとすると、弁済について正当な利益がないが、債務者の意には反しないということで第三者弁済としては有効であるという場合についての、誰が代位することができるのかを公示する必要があるのかないのかという部分が残るとするのは確かなので、そこはもうちょっと検討したいと思います。

○中田委員 「弁済による代位」の別のところでもよろしいでしょうか。(4)の「担保保存義務」で44ページに、504条が任意規定であるということを前提としており、と書き、かつ、判例は引き続き維持されると書いてあるんですけども、この関係がよく理解できませんでした。任意規定だとしますと、本文(4)のイのただし書の「正当な代位の期待に反しないときは」とありますが、これは反するときであっても、代位権者は免責されないということになりそうな感じがいたします。

他方で、平成7年判決は、債権者の行為に合理性があり、保証人の正当な代位の期待を奪うと言えないときは、信義則違反あるいは権利濫用にならないというものですので、正当な代位の期待を奪うときは、信義則違反となり得るということがむしろ前提になっているのではないかと思います。そうすると、任意規定だとすると信義則違反の余地を認める平成7年判決と抵触することになってしまうのではないかと思います。あるいは私の誤解なのかもしれないんですけども、その関係を整理していただければと思います。

○松尾関係官 任意規定という言葉の使い方がよくなかったのかもしれませんが、ここで申し上げたかったことは、担保保存義務免除特約があった場合には、主張立証責任を転換する役割があると考えてはどうかという整理でございます。つまり、特約がない場合には、債権者が保証人に対して保証債務履行請求をしたときに、担保保存義務違反があったということが抗弁になり、それに対して本文のただし書が再抗弁として機能しますので、債権者から再抗弁としてただし書部分の主張立証がされなければならないのだと思いますが、特約があった場合には、担保保存義務に違反したという抗弁の後に、債権者は担保保存義務免除特約があったということを再抗弁で主張すればよく、それに対する再々抗弁として、その特約が信義則違反になるかどうかという現在の判例の枠組みが機能するということになるのではないかと思います。そのようなことが前提にはあるんですけども、それを任意規定という言葉で表しているかどうかということだとすれば、もう少し、考えたいとは思っています。

○中田委員 では、御検討をお願いします。

○三上委員 2点、申し上げさせていただきたいんですけども、1点目は第三者弁済の一般論の(2)で、依然として「債務者の意思に反したとき」という「武士の気質」がそのまま残ることになっています、私は何度も申してまいりましたが、金融実務で第三者弁済が多いのは、債務者本人が失踪、行方不明になったときに、その親とか奥さんが代わりに住宅ローン等々を弁済するという場面です、そういうときに債務不履行して逃げていた人間が後から突然現れて、「今更、親や嫁さんの助けは受けない、情けは受けない」という我儘をどうして法的に保護する必要があるのか。家庭内の問題、あるいは法的に言えば求償権の問題にするならともかく、どうして債権者が受けた弁済が無効にされなければならないのかということころは、依然として納得もいかないし、合理性もないのではないかと思います。「意思に反する」という現行法が支持されていた一つの背景であった苛酷な取立

という現象は、反社会的勢力の「キリトリ」、今で言うサービス的な業務に関しては非常に厳しい法律の規制ができておりまして、公序良俗に反するような厳しい取立ては既にできない法制になってきているわけで、それ以外の、民間で、「Aさんは怖いけれども、Bさんは優しい」というところまで、民法がわざわざ介入して保護すべきなのか、しかも、延滞されて、弁済を受けて回収してファイルクローズした債権者にツケを回してでも保護すべきものなのかという点は、是非、再検討いただきたい。

実際、そういうときのために委託を受けない保証とか、重疊的債務引受という手段はあるのですが、元の発想がこのままだと、今、やっていることが何やら脱法行為をしているかのような後ろめたい部分もございます。そういう意味では元の部分で表現が難しいのかもしれないかもしれませんが、合理的な利益とか、そういう表現に改めていただければと、この点を再度、強くお願いしたいと思います。取り上げなかった論点にすら挙げていただけていませんので、最後のお願いでございます。

次に、準占有者に対する478条ですが、債権者側の帰責事由が落ちたというところは明確になっているわけですが、「正当な理由」という言葉が使われておりまして、毎度、私の少数意見にも、我慢強く御反論等いただいている道垣内幹事の名前を何度も出して非常に心苦しいんですが、前々回の109条プラス110条の表見代理のところ、  
「善意無過失」と「正当事由」は違うのであるとご指摘を受けました。私も違うというところは納得しておりますが、そこで「違う」というのは、基本代理権のような債権者側の帰責事由を要求する、表見代理の場合は債権者ではなくて本人の側ですが、帰責事由を要求するというような外観法理の基本理念ではなかったかと思うわけです。

そういう意味で、同じ表現が使われていると、ここでは帰責事由が取り入れられたんだと勘違いして、賛成する意見も出てくるかもしれません。「準占有者」という言葉は分かりにくいかもしれませんが、「善意無過失」という言葉が分かりにくいとは到底、思えませんので、善意無過失ないしは正当事由ではない別の言葉に置き換えていただければと思います。

○鎌田部会長 今の点について関連した御意見はございますか。サポートも反対もないという  
と、善意無過失派が多数意見なのか、正当事由派が多数意見なのかが分からないんですけども。

○筒井幹事 三上委員から2点の御指摘がありました。第三者弁済のほうに関しては、債務者の意思に反してもよいという形で、現在の民法474条を改正することについては、現在のところ、あまり支持が得られていないので、三上委員の御指摘と同じ方向を向いている  
と思いますので、次善の策となるのでしょうか、34ページのような案が提示されている  
ということだと思います。更に御指摘のような案についても検討対象となるのかどうかについては、持ち帰って考えたいとは思っています。

民法478条の見直しのところの正当な理由については、先ほど三上委員は、準占有者という言葉は分かりにくいけれども、善意無過失は分かりにくいという点を指摘されて  
いましたが、用語としてはそうであるかもしれませんが、善意無過失という要件は  
弁済時における善意無過失を指すというのが通常の話義であり、他方、判例・実務は必ず  
しもそのように解しているわけではないということは、これまでも繰り返し部会資料の中  
で紹介してきた問題点であります。そのような観点から見直しをすることについては、比

較的、賛同が多いのではないかという理解の下に、このような本文の案を提示し、三上委員から御指摘のあった考え方を（注）で紹介しているということです。

- 松本委員 度々、499条と500条の関係に戻って恐縮です。別に条文の数を一つ減らすことにこだわっているわけではないんですが、要件的には法定代位と任意代位の差がなくなるわけですね、この提案からいけば。ただ、違うのは対抗要件として債権譲渡の場合と同じ手続を踏まないと、対抗できないという点が従来の任意代位、つまり、正当な利益がない場合にだけ残るんだとすれば、500条を消してしまって499条1項から債権者の承諾が落ちれば、500条と全く同じになるわけですね。その上で、しかし、499条2項の部分が違いとして残るのであれば、2項に弁済をするについて正当な利益のない者は、債権譲渡の場合と同じ手続を踏まないと、対抗できないという形で残すという形で一本化してしまうというのは、十分、あり得ると思いますが、別にこだわりません。
- 鎌田部会長 ここは書き方の問題で、499条を削除すると書くか、あるいは499条と500条を合わせて合理的な内容のものにするというふうな書き方でもよいかと思いますが、そのところは。
- 松本委員 499条ではなくて500条の削除であって、499条の削除というのは全く違う考え方です。
- 鎌田部会長 要するに、499条と500条の区別をするべきことが対抗要件の問題だけになるので、そういう現状を踏まえて、それを正確に反映できる条文を作るということで考えればいいのではないかと思います。
- 松本委員 499条を削除して500条を残せば、正当な利益のない者は第三者弁済しても代位できないというある種の解釈を固定することになるわけで、それは違う考え方です。
- 鎌田部会長 分かりました。
- 岡崎幹事 38ページに、「弁済の充当」の（6）として、民事執行手続における配当について、合意充当を認めるという提案がされており、（注）では、これに反対する考え方も紹介されております。その（概要）に関する意見で恐縮ですけれども、38ページの末尾に「もっとも」で始まるくだりがございまして、「合意充当が認められることによる執行手続への過剰な負担が生ずることへの懸念が示されているため、このような規定を設けないとする考え方を（注）で取り上げている。」という説明がされていますが、ここでいう執行手続への過剰な負担が生ずることの意味が若干分かりにくいのではないかと思います。負担といたしますと、あたかも裁判所の負担であると読めなくもありませんけれども、ここで言わんとしていることは、どちらかといいますと、手続の混乱ですとか、遅延といった当事者にとっての不利益だと思っておりますので、書きぶりについて御配慮いただければと思います。
- 山本（和）幹事 本文ではないんですが、43ページの（備考）のところですか。一部弁済による代位の規律と破産法104条との関係について記載された部分で、全体の趣旨としては現在の104条を維持するというところで、そのこと自体について異論があるわけではないんですが、ここでの整理ですと破産法104条の規律は、現在、提案されている（3）の規律の特則であるという規定をして、存在意義があるので残すということだと思わなければならないように思います。もちろん、そういう考え方は一つあり得ると思わなければならないように思います。必ずしも必然ではないような気がいたしてございまして、（3）の規律を104条の場合、つまり、

一部弁済がされた場合に、代位者が破産債権を届出をする場合に適用するという考え方があってもおかしくはない。

つまり、代位者が債権届出をする場合には、アの規律によって債権者の同意を得なければならないとすると、あるいはウの規律で債権者の同意があつて届出をした場合であっても、元の債権者が代位者に優先するということと考えると、破産法104条と別に矛盾するわけではないような気がして、また、求償権を届け出る場合には、私の理解では(3)の規律は求償権には適用はされないという理解だと思いますので、そうであるとすれば、破産の場合も求償権を届け出る場合にはアとかウ、債権者の同意とか、あるいは優先劣後の関係というのは適用にならないということである、通常は求償権を届け出るのだらうと思いますけれども、そういうようにも考えることも十分あり得る感じがして、この(備考)の書き方は決めすぎというか、そこまで決めなくても、この規律があることを前提として、あとは破産法104条の解釈に委ねていただいても、結構なのではなかろうかという気がしているということです。

○山本(敬)幹事 39ページの「弁済の提供」についてです。中身ではなく、書き方について指摘させていただきたいと思います。これは、以前の部会でも申し上げたことを酌み取っていただいているのですが、現行法のように、弁済の提供の時から、債務の不履行によって生ずべき一切の責任を免れるというのでは、契約の解除をすることができなくなるということが含まれるのかどうかという点について、現行法では含まれるということを当然の前提にして解釈されてきているわけですが、そこは明確にする必要があるのではないかという意見を申し上げたことに対しては、このような形で契約の解除を書きいただいています。ただ、私がそのときに申し上げた趣旨はそれだけではなく、契約の解除が債務の不履行によって生ずる責任なのかという表現ないしは体系上の問題もあります。かつてはそのような責任として理解するのが通説的だったかもしれないけれども、現在の改正提案では、契約の解除は責任の問題とは切り離して、契約をした意味がなくなるような場合については、債務者の責めに帰すべき事由の有無を問うことなく、契約からの解放を認めるという方向で、制度の意味を明確化することが考えられています。としますと、このままの形では、そこが必ずしも明確でなくなるおそれがあります。

そうしますと、可能性としては二つあって、一つは、このままの形で何とか維持するとするならば、その他債務の不履行によって生ずべき一切の責任及び「不利益」ぐらいを入れてみるか、あるいは、契約の解除はこれとは切り離して、ここに規定するか、契約の解除のところに規定するかは別として、債務の履行遅滞があつたとしても、解除の意思表示がされるまでに債務者が弁済の提供をしたときは、契約を解除することはできないというようなルールを定めることが考えられるのではないかと思います。

○鎌田部会長 そこは検討するというところでよろしいですか。

ほかに弁済に関連した御意見は。

○中田委員 細かいことが3点です。

一つは受取証書について37ページ、(3)のところを受取証書の交付を受けるまでは、債務の履行を拒めるとあるんですけれども、これは引換給付判決になるという趣旨ではないだろうと思うんですが、もし、その理解でよければ、それが疑義のないようにしたほうがいいと思うんですが、それとも、これは引換給付になるということですか。



○松尾関係官 すみません、そこまでよく詰めていなかったのので、考えてお返事するようにしたいと思います。

○中田委員 お願いします。

それから、2番目が「代物弁済」で36ページの5なんですけれども、債務者は当初の給付ができて、その場合には債権者は当初の給付の受取を拒絶して、代物給付の請求ができないという規律だと思うんですけれども、債権者はどうなのかということを確認にしていただければと思います。つまり、債務者が当初の給付をするまでの間は、債権者はいずれの給付を請求することもできるのかどうか、読んだだけだと分かりにくいような気がいたしましたので、御検討いただければと思います。

3点目は言葉の問題なんですけれども、準占有者のところ辺りからなんですけど、35ページ辺りから受取という表現が出てきております。これは恐らく意図的に、履行を受けるに際しての債権者の意思的要素と切り離れた物理的な受取という意味で使われているのだらうと思います。この言葉の使い方なんですけれども、履行を受けるに際して債権者の意思的要素を一般的に排除するのか、それとも、問題ごとに考えていくのか、あるいは受領という言葉は今度、一切、使わないことにするのかどうかということがよく分かりませんでした。取りあえず、暫定的に受取という言葉を使うことによって、個別に問題点を考えていくという姿勢は結構だと思うんですけれども、最終的に全体を見たところで、意思的要素が入ってくる部分があるのかないかを考えて、最終的な言葉を考えていけばいいのかなと思いました。

意思的要素を完全に排除できるかどうかということ、ある債務の弁済であるという認識ですとか、その引渡しをその債権の客体として認めるという客体としての承認ですとか、あるいは給付の内容によっては債権者の承認まであって履行となるということもあり得るかと思しますので、そのような問題点を意識しながら、今後、受取あるいは受領という言葉について、更に考えていけばよいかと思います。もう一つ、受取という言葉ですと、物や権利を渡す債務を想起させることになると思いますが、為す債務の場合に債権者が単にその履行を受ける、しかし、意思的要素は含まないということがあるのか、ないのかということも含めて、今後、詰めていったらいいかと思います。

○松尾関係官 中田委員から御指摘いただいたところのうち、代物弁済について、お答えをしておきたいと思います。(2)のルールで書き表したかったことは、現在の解釈論の中で、代物弁済の合意をしたとしても、旧債務は消滅せずに残るものの債務者は履行することができないであるとか、債権者から旧債務の履行を請求することができないという解釈論があったと理解しておりますが、そのような解釈は採らないということを明確にしたかったという趣旨です。したがって、中田先生がおっしゃられたような事例であれば、債権者からいずれの給付についても履行を請求することができるということになるかと思いますが、そのことをどうやって書くのかということは、もう少し、分かりやすくできるように工夫をしていきたいと思っております。

○筒井幹事 それから、中田委員から御指摘があった受領と受取という用語の問題についてですけれども、中間試案に関しては「受領遅滞」の論点のところでも取り上げましたように、受領という言葉と区別して受取という言葉を使うのかどうかについて、引き続き検討していきたいと思います。その際に、先ほど御指摘があったように、どの債務の弁済であるか

というレベルまで意思的要素を全く排除するという事は考えられていないのだろうと思いますけれども、どういった内容のものとして受取という用語を使うのかを考えていきたいと思ひます。最終的には民法全体を見渡して、受領と書いてある条文の一つ一つについて受取と変えるかどうか吟味するという大きな問題となる可能性があり、かつ、全体を統一的に検討することができなければ断念すべきことなのだろうとも思ひますけれども、ただ中間試案で受取という言葉全く使わないのでは、その問題提起があること自体が伝わらないと思ひますので、中田委員から御指摘があったとおり、断片的にでも試みに使いつつ、更に議論が深まっていくことを期待したいと思ひておひます。

○**深山幹事** 「代物弁済」のところの(2)のルールについては、松尾さんのほうで更に考えていただけるといふことであれば、そこに委ねたいと思ひますけれども、今、書かれています趣旨は、代物弁済契約、すなわち(1)の合意があった場合で、なおかつ、債務者のほうが当初の給付をした場合といふのを受けて、この場合にはとつながっています。つまり、代物弁済の合意があるだけではなくて、その後には債務者が当初の負担した給付を提供した場合には、債権者としては拒めないんだといふことなのか、そうではなくて、代物弁済の合意があれば、債権者からは旧来の給付は請求できないといふことなのか、ルールとしては両方あり得ると思ひますが、そこがよく分からないので、もう少し趣旨をはっきりとした表現ぶりに改めていただく必要があるのだろうと思ひます。

ついでに言えば、旧来の給付請求の可否について具体的な合意があれば、その合意に従うといふことであり、あくまで合意がない場合のデフォルトルールだといふことは明らかにすべきであると思ひます。(概要)のほうには書いてあるので、(概要)に書けばその点はいいかもしれませんが、先ほど申し上げた点は、もう少し、表現を分かりやすくしていただいたほうがよろしいのかなといふ気がいたしました。

○**中井委員** 6の(4)ですが、本文は預金口座に金銭を振り込む方法によってのみしか書かれていないんですが、その下の概要説明のところでは1行目ですけれども、債権者の預金口座への振込みによって金銭債務の履行をすることが許容されている場合といふ、許容といふ言葉を使っているんですが、(4)の本文と同じなのか、つまり、概要を読めば、債権者が預金口座に振り込んでいいよと了解をしている場合に、初めて弁済の効力が生じるといふ趣旨にも読める。

部会では、少し意見が分かれたのではないかといふ認識をしまして、債権者は全く使っていない預金口座も持っているわけですけれども、どの預金口座であれ、債権者の預金口座に振り込まれたら弁済の効力が生じるのかといふと、それはどうかといふ議論もあつたかと思ひます。(4)のままではそのようにも読める。しかし、(概要)を読めば、債権者が許容しているような預金口座の振込みだけに限定しているようにも読める。趣旨としてはどちらなのかといふことの確認です。広げると非常に心配だといふ気持ちからの質問です。

○**筒井幹事** (4)はそのことには触れず、弁済として許容される場合であることを前提としたルールを書いているのだと思ひます。振込みが弁済として許容されるかどうか、その具体的な要件を条文化することは、非常に難しいといふのがこれまでの議論の到達点で、しかし、振込みといふ方法による弁済は、今日では現実に多数行われているので、それを踏まえて弁済の効力が生ずる時期についてのルールを設けるといふ趣旨の提案です。

○鎌田部会長 よろしいですか。ほかにいかがでしょうか。ほかに御意見がないようでしたら、本日の審議はこの程度にさせていただこうと思うんですが。

○三上委員 一言、申し訳ございません、私と筒井幹事だけのやり取りで終わってしまいそうなので、「債務者の意思に反する」という部分に関して、もう一言、付け加えさせていただきますと、国税通則法にはこういう制限はありません。税金はどんなに厳しい取立てをする人間が代わりに納めても、担保の付け替えをしてくれるかどうかの違いがあるだけで、第三者納付が奨励されているかのような条文になっています。この御時勢に債権の返済に関して、国税とそれ以外であからさまに分けるといえるのはどうかという視点もあると。これは意見の一つです。

それから、「正当な理由」のところは、今更、善管注意義務違反は過失だとか、不法行為法の議論をするつもりもないんですが、筒井幹事の反論になかった、110条と同じ用語は使わないでほしい、違うことを言っているので、同じ言葉は使わないでいただきたいという意見を繰り返させていただきます。

○中井委員 6の(4)の預金口座への振込みについて、筒井幹事のおっしゃった趣旨は理解いたしました。そうだとすると、当事者間で弁済の方法として預金口座に金銭を振り込むことをした場合に、いつ弁済の効力が生じるかのみを明らかにするための規定、すなわち、その時期というのは入金記帳のときである、こういう趣旨の規定と理解したらよろしいでしょうか。だとすれば、その趣意がもう少し明らかになるような表現ぶりのほうがよいように思うのですが。

○道垣内幹事 三上委員が、せっかく道垣内はいちいち反論してくれると期待してくださっていますので、一言だけ申します。110条の「正当な理由」に関しても、別に相手方の主観的態様だけの問題とは限りません。基本代理権があれば、あとは相手方の主観的態様で判断すると一般の教科書的には言われますけれども、判例を細かく分析していったときに、基本代理権から大幅に外れるような代理行為がされたという場合には、幾ら相手が一応、「善意無過失」であると言えても、当然には「正当な理由」があるとはされていない。判例は基本代理権との近接性を一定程度、要求しているのではないかという見解もあるわけです。そういうふうな形で「正当な理由」という概念は、「善意無過失」よりも総合的な考慮を可能にするものとして110条においても活躍していると考えられます。

そして、478条についても、キャッシュディスペンサーやカードのセキュリティシステムの安全性の観点を加味して、無過失の判断がされることもあるわけで、そうなると、478条は110条の判断とは違い、同じ言葉であってはいけないとは言いきれないところもあります。もっとも、それは絶対に同じなのだと言主張するつもりも、絶対に同じ言葉を使わなければならないのだと言主張するつもりもありませんけれども、違うものですよねという発言だけが残ることを避けるために、一言、申し上げておきたいと思います。

○山野目幹事 中井委員が2度にわたって御指摘をしてくださった37ページの6(4)のこととさせていただきますけれども、6(4)のゴシックの文章は、「振り込む方法によって債務を履行したときは」となっていて、それは言い換えれば履行と評価することができる事態になったときは、という意味でございますから、ゴシックの部分が伝えようとしていることの内容は、中井委員のお考えのとおりであろうと感じます。筒井幹事がおっしゃったことも同感でありまして、もう少しゴシックの部分を分かるように書き換えるということは、

アイデアが思い浮かばなくて、なかなか困難であろうと想像します。ゴシックはこのようにしておいて、今の（概要）の説明でも、それは許容されているという意味です、という説明になっていますが、もし、そこが多少、言葉が簡素であるということであれば、（概要）のほうを事務当局のほうに御工夫いただくことになるのではないかと感じます。

○鎌田部会長 よろしいですか。

○中井委員 弁護士会のある委員から、27ページ、「有価証券に関する規律の整備」のところですが、（1）の3行目、「方式に従い、かつ、その効力をもってのみ」、その「効力」は、その「交付」をもってではないかという指摘を受けたんですけれども。

○高橋関係官 その点につきましては、現行法の裏書禁止手形の場面におきましても、交付を必要とする説と必要としない説と、両説が対立しているところでございまして、この改正案におきましても、その場面における現行法の解釈を維持するということを前提としたものでございます。ですので、必ずしも交付が必要になるとは限らないということになります。

○中井委員 そうだとしますと、日本語としては「効力をもってのみ、譲渡し、又は質権の目的とすることができる」でいいのですか。

○高橋関係官 これは手形法11条2項の表現をそのまま持ってきたものなんですけれども、この11条2項はこのように書かれていながらなお、先ほどのような学説上の対立があるというところでございまして、その対立も含めて基本的に維持するという趣旨でございます。

○中井委員 なるほど。失礼いたしました。

○鎌田部会長 ほかによろしいでしょうか。

それでは、本日の審議はこの程度にさせていただきます。

最後に、次回の議事日程等について事務当局から説明をしてもらいます。

○筒井幹事 次回会議は来週1月22日、火曜日、午後1時から午後6時まで、場所は本日と同じ法務省地下1階大会議室でございます。次回の議題ですけれども、部会資料56の「たたき台（4）」に基づきまして御議論いただく予定です。既に部会メンバーの方には電子メールにて、準備できた範囲の資料を送信しておりますが、それに加えまして、本日、追加分として、約款、不当条項規制、それから売買以上の部分について追加送信をし、これらの印刷物も近々お届けすることを予定しております。以上の全部を来週の会議で審議を終えたいと考えております。

また、「たたき台（4）」で取り上げるのが売買までになることに伴いまして、当初、4分割でたたき台を提示するとしておりましたところを、5分割でということに改めさせていただきます。バックアップ会議等を予定していただいている各団体の方には、御迷惑をお掛けすることになりますけれども、引き続き御協力をよろしく願いいたします。

○鎌田部会長 それでは、本日の審議はこれで終了いたします。

本日も熱心な御議論を賜りまして、誠にありがとうございました。

—了—