

民法 (債権法) 改正の 現状

1 保証債務

民法改正問題特別委員会 委員 安部 将規

1 問題の所在

第2ステージでは、法制審議会民法（債権関係）部会の第44回会議（2012年（平成24年）4月3日）及びこれを踏まえた第1分科会の第4回会議（2012年（平成24年）5月29日）において審議された。

ここでは、個人保証の原則禁止の提言、貸金等根保証契約における規律の適用範囲の拡大など、主に保証人保護の観点からの議論が行われた。特に保証契約締結の制限は、弁護士会から積極的に提案した論点であり、今回の民法改正の中でも大きなテーマの一つである。

2 法制審議会での議論状況

1 保証契約締結の制限

- ① 第44回会議では、まず後記の日弁連意見書の内容が詳細に説明され、個人保証の原則禁止を求める意見が述べられた。

これに対しては、積極的に賛成意見が複数述べられるなど、大きな方向性自体について明確な反対意見はなかった。

ただし、経営者以外の保証を原則禁止することにより必要な融資が受けられなくなることが

ないか慎重な検討が必要であるとの意見、経営者保証だけを例外とすることを条文化することは困難であることの指摘もなされた。

- ② 第1分科会第4回会議では、事務局により後記の日弁連意見書及び大阪弁護士会有志提案をもとに配付資料がとりまとめられ、これをもとに議論が行われた。

ここでは、改めて、日弁連意見書で例外とされる貸借に関する保証を認めるべきか慎重に考えるべきであるとの意見が出される一方、そもそも個人保証を何故原則無効とするのか、その理論的根拠を検討する必要があるとの意見や、保証人保護は保証人となろうとする者にリスクを認識させることを図り、また過大保証を制限していくことを考えるべきであって、個人保証を原則禁止とすることには違和感があるとの意見も示された。

また日弁連意見書等で例外として認めるとされている「経営者」の定義については、「当該事業者の経営を実質的に支配し、その業務を行っていた者」とすべきとの意見も提示されるなど、具体的に「経営者」をどのように定義するのかについて議論が行われた。他方、学校法人等の理事長、公益法人や中間法人の代表者、政党の

幹事長などを包含した経営者の定義付けは困難であり、これらを経営者に含める定義ができるのかとの消極意見もあった。

これら審議を踏まえ、分科会では、暫定的に、(i)事業者向け融資に関する個人保証は原則として無効とする、ただし、経営者保証については無効としない、との提案を更に検討することとされた。

そのうえで、(ii)事業者の概念、経営者の概念・定義については更に詰めていくこと、(iii)個人保証であっても例外として除外すべき場合があるかないか更に検討すること、(iv)保証契約の締結の制限以外の保証人保護の方策の検討をした上で、上記(i)の提案について見直すことがあること、また理論的根拠については更に引き続き検討することが確認された。

2 保証契約の締結の制限以外の保証人保護の方策

① 第44回会議では、後記の日弁連意見書に沿って、保証契約締結の制限以外の保証人保護の方策を設けることが検討された。

保証契約締結時における説明義務及び情報提供義務については、説明義務違反等があった場合には誤認による取り消しを認めるべきであるなどの賛成意見が積極的に述べられた。他方、説明義務等について大きなコストがかかることとならないか、これら規制により必要な融資が受けられなくなることがないかとの慎重な意見もあった。

手書き要件などの規制については、効果として実質的に意味がない、またペーパーレス化も進んでいる今日の民法に取り込むべき提案ではないとの意見もあった。

過大保証の禁止については、大きな方向性自体には異論はなかったが、暴利行為に関するルールを適用すべきであるとの意見、暴利行為とは別に独自に過大保証の禁止に関する規律を設けるべきであるとする意見、過大保証の場合も責任をゼロにするのではなく、適切な範囲まで減らすという方策も検討すべきであるとの意見

などが述べられた。

主債務者が延滞した際に保証人に期限の利益を維持する機会を与えるべきであるとの日弁連意見については、主債務者が事業会社である場合など一律に規制を設けることには問題があるとの意見や、そもそも主債務者が破綻した状態では債権者は従前と異なる状況になっているのであって提案自体が必ずしも適切ではないとの意見もあった。

② 分科会では、過大保証の禁止に関し、日弁連意見に沿った意見があった一方、これら提案が経営者にも適用されるとすれば全面的に反対するとの意見、比例原則については違反した場合は一切請求できないとするのではなく、責任を減縮するにとどめるべきであるとの意見、倒産法制との関係をどのようにすべきかとの意見も述べられた。

契約締結時の説明義務及び情報提供義務、手書き要件、主たる債務の履行状況に関する情報提供義務については、経営者保証には適用すべきではないとの意見、情報提供義務は委託を受けない保証人には適用すべきではないとの意見もあったが、これら義務自体を規定することについては大きな反対意見はなかった。

3 根保証に関する規定の適用範囲の拡大

① 第44回会議では、民法465条の2以下の規定における、貸金等債務が主債務の範囲に含まれるものという要件を削除し、保証人が個人である根保証契約一般に適用範囲を拡大すべきとの意見が多数であった。

ただし、いわゆる家賃債務保証などの一定の類型に絞って適用範囲を拡大すべきであるとの意見や、逆に、賃貸借契約による債務に関する根保証への適用範囲の拡大には反対する意見もあった。また全ての種類の根保証について極額の規律に絞って適用範囲を拡大すべきであるとの意見も提示された。

なかでも特に問題とされたのは、不動産賃借人の債務保証である。不動産賃貸借においては

賃料債務以外の損害賠償義務、原状回復義務等の責任が生じる問題があること、借地借家法が適用される賃貸借では、一定期間が経過して保証が確定したとしても必ずしも賃貸借契約を終了させることができないこと、また一定期間経過後にはじめて資力が悪化したり、また原状回復義務が顕在化することなどの問題があるためである。そのような指摘を踏まえ、なお不動産賃貸借保証についても一般的に民法465条の2以下の規定の適用範囲を拡大すべきとの意見や、特別解約権（特別の元本確定請求権）を何らかの形で組み込むことを検討すべきとの意見も述べられた。

- ② 分科会では、第44回会議で指摘された問題点のほか、一定の類型に絞って適用範囲を拡大しようとする場合の条文化の困難性を指摘する意見、民法において賃貸借について保証を認める規定を設けることの妥当性を慎重に検討すべきであるとの意見、現行民法における保証期間の管理事務が負担であることや債権者が知らないうちにも確定事由が生じることなどに鑑みれば、適用範囲を私人間一般に拡大することにはさらに検討が必要であるとする意見などがあつた。

4 主債務者と保証人との間の契約（保証引受契約）による保証債務の成立

社債に対する保証など、債権者の関与なく、主債務者と保証人との間の契約（保証引受契約）による保証債務の成立を認めるか否かの問題である。

保証引受契約により保証人となることがあり得る者は法人に限るべきであるとする意見が多数であつたが、そもそも民法でこのような規定を設けることに対する慎重論や特別法で対応すべきとの意見や、債務引受契約が認められることとのバランス上、保証引受契約による保証債務の成立も認めた上で説明義務等について保証と同様の保証人保護策を講じるのであれば保証引受契約による保証債務の成立を認めることも積極的に検討すべきとの意見もあつた。

5 連帯保証人に対する履行の請求の効力

連帯保証人に対する履行の請求の主債務者等に対する効力について、（甲案）現行法を維持して、連帯保証人に対する履行の請求を絶対的効力事由とする、（乙案）相対的効力事由とする、（丙-1案）原則として絶対的効力事由としつつ主債務者と連帯保証人との間に協働関係がない場合に限り相対的効力事由とする、（丙-2案）原則として相対的効力事由としつつ主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絶対的効力事由とする案が事務局から提案された。

債権者の便宜を重視する立場から甲案に賛成する意見と、連帯保証人は、債権者の関与無しにも出現しうるところ、債権者がそのような連帯保証人に対して履行を請求したからといって債権者が時効の利益を失うのは妥当でないことなどから乙案に賛成する意見が大きく分かれたが、丙-2案を支持する意見も示された。

ただし、丙-2案に対しては「協働関係」という概念の曖昧さに対する懸念があるとの意見が多く示され、別案として、委託のある保証と委託のない保証で区別し、前者については絶対的効力を有するとすべきとの意見も提示された。

3 日本弁護士連合会の意見

日弁連では、保証が破産や個人再生の大きな要因となっていること、保証が自殺の原因となっていること、保証が再チャレンジの阻害要因となっていること及び金融実務での現状等に鑑み、2012年（平成24年）1月20日付で「保証制度の抜本的改正を求める意見書」（日弁連意見書）が取りまとめられ、法務省に提出された。その概要は以下のとおりである。

1 保証契約締結の制限—個人保証の禁止

（i）主債務者が事業者である保証契約において保証人が当該事業者の業務を執行している場合、（ii）債権者及び主債務者が自然人であり、いずれも事業として又は事業のために契約当事者となるものではない場合、（iii）賃借人が居住用建物を目的とする賃貸借契約に基づき負担する債務を主た

る債務とする場合、(iv) 特に法令が認めた場合を除き、自然人は保証人となることができない。

2 保証契約の締結の制限以外の保証人保護の方策

① 契約締結時の説明義務、情報提供義務

保証人となる者が自然人である場合、事業者である債権者に対し、契約締結時に説明義務及び情報提供義務を課すものとし、債権者がこれを怠った場合、保証人は保証契約を取り消すことができる。

② 契約締結後の情報提供義務

契約締結後の情報提供義務として、事業者である債権者は、主債務の履行が遅滞した場合、直ちにその旨を保証人に通知することとし、これを怠った債権者は、保証人に対し、通知を遅滞した期間について遅延損害金を請求できず、また期限の利益の喪失を主張できない。

事業者である債権者は、保証人の請求に応じ、主債務の履行状況等を通知する義務を負う。

③ 責任制限規定

裁判所は、主たる債務の性質、主たる債務が継続的取引から発生する債務であるか否か、保証契約の期間、保証人の支払能力や属性、保証契約の締結時や締結後の経過その他一切の事情を考慮して、保証人の責任を減免することができる。

④ 比例原則

債権者が事業者であり、保証契約締結時において、保証債務の内容が自然人である保証人の財産及び収入に対して著しく過大であった場合には、保証人が保証債務の履行を請求された時点でこれに足りる財産及び収入を有する場合でない限り、債権者は保証債務の履行を請求することができない。

3 根保証に関する規定の適用範囲の拡大

自然人が保証人となる場合には、現行の貸金等根保証契約と同様の規定（現行民法第465条の2から第465条の5）を根保証契約の全てについて適用する。

4 大阪弁護士会の意見

1 保証人保護の方策に関する当会の意見は、基本的に日弁連意見書に賛成するものである。

2 保証引受契約については、これを認める実務上の必要性が認められるのは、社債等極めて限定された場面に限られることから、会社法等個別の立法により対応すべきであること、仮にすべて個別法での対応が困難であるとしても、必要となるのは法人が保証人となるべき場合に限られることから、民法に規定を設けることが妥当であるとすれば、適用対象は、法人が保証人となるべき場合に限るべきである。

連帯保証人に対する履行の請求の効力の効果については、乙案（相対的効力事由とすること）に賛成している。

3 以上のほか、当会民法改正問題特別委員会所属の有志により、日弁連意見書に対しその別案ないし追加案として、2012年（平成24年）3月27日付にて「保証の主要論点についての条文提案」（有志提案）がとりまとめられ、法務省に提出された。

有志提案においては、日弁連意見書を支持することを前提として、保証契約締結の制限について、さらに詳細に個人保証の原則禁止と経営者による保証や居住用建物賃貸借における家賃保証など例外範囲の設定について複数の具体的な条文の在り方の提案を行っている。

また保証契約締結の制限以外の保証人保護の方策として、個人保証は自署または公正証書によることを義務づけること、契約締結時の説明義務及び情報提供義務、契約締結後の情報提供義務、身元保証法5条を参考とした責任減免規定の創設、居住用建物賃貸借の債務に対する保証を例外として現行の貸金等根保証契約に関する規律の一般化、根保証人による特別の元本確定請求権等について、具体的な条文提案を行っている。

民法改正問題特別委員会 委員 徳田 琢

第1 譲渡禁止特約

1 問題の所在

法制審議会民法（債権関係）部会においては、売掛債権その他の債権による資金調達の実務上のニーズを背景として、「悪意又は重過失である譲受人に対して、譲渡禁止特約を対抗できる」という現行法の基本的な枠組みを維持するか否か、かかる基本的な枠組みを維持する場合における譲渡禁止特約の効力（判例通説とされる物権的効力説を維持するか否か）、譲渡禁止特約が対抗できなくなる事由として如何なる事由を規定すべきかといった点について、議論が進められている。

2 法制審議会での議論状況

(1) 譲渡禁止特約の効力

「譲渡禁止特約は第三者に対抗できない」とする案も議論の俎上にはのぼっていたが、基本的には、「悪意又は重過失である譲受人に対して、譲渡禁止特約を対抗できる」という現行法の基本的な枠組みを維持する方向で議論が進められている。

但し、譲渡禁止特約の効力については、従来の判例通説とされる物権的効力説とは異なり、「譲渡禁止特約違反の譲渡も、譲渡当事者間では有効であって、第三債務者は、譲渡禁止特約を悪意又は重過失の譲受人に対抗できるに過ぎない」とする相対的効力案が有力となっている。

なお、相対的効力案とはいっても、その中には、二つの考え方が含まれる。

例えば、AがC（譲渡禁止特約について悪意）に対して、第三債務者Bに対する債権を

譲渡し、Cが第三者対抗要件を具備した後、AがD（譲渡禁止特約について善意無重過失）に対して債権を譲渡し、Dも第三者対抗要件を具備したという事例について、一つ目の考え方は、譲渡禁止特約違反の譲渡を「債権譲渡登記による第三者対抗要件を具備し、債務者対抗要件は具備していない段階の債権譲渡」と同様の取扱いをすべきと考える。この考え方に拠れば、第三債務者BはDに弁済すべきということになる。一方、二つ目の考え方は、債権自体は第三者対抗要件を先に具備したCに帰属するが、譲渡禁止特約による第三債務者Bの利益を保護するため、Aに対して債権を弁済したときも免責されると考える。この考え方に拠れば、第三債務者BはAに弁済すべきということになる。

以上の二つの考え方の相違は、要するに、前者が、譲渡禁止特約に反した「譲渡」自体を第三債務者との関係では無いものとするのに対し、後者は、譲渡禁止特約に反した譲渡も「譲渡」自体は有効とした上で、弁済先を固定するという第三債務者の利益さえ保護されれば足りると考える点にあり、現在は、このような観点からの議論も進められている。

(2) 譲渡禁止特約が対抗できなくなる事由

譲渡禁止特約が対抗できなくなる事由としては、現行法においても認められる「第三債務者の承諾があった場合」以外に、「第三債務者が債務不履行に陥り、譲受人（又は譲渡人）が、相当の期間を定めて譲渡人への履行を催告しても履行がない場合」（甲案）、「譲渡人に倒産手続の開始決定があった場合」（乙案）、「譲渡禁止特約の対象である債権が差押えら

れた場合」(丙案)の各規定を設けることについて、議論が進められている。

相対的効力案に拠れば、「譲受人は、譲渡禁止特約を対抗され第三債務者から直接回収できず、譲渡人は、第三債務者から回収しても、譲受人に不当利得としてこれを返還しなければならないのでインセンティブが働かない」という問題が生じ得ることから、甲案は、かかるデッドロックを解消することを企図するものであり、乙案も、同様に、譲渡人の倒産管財人に回収のインセンティブが働かないという問題の解消を企図するものである。丙案は、乙案との関係で、包括的執行である倒産の場合と個別執行である差押えの場合の平仄を図ろうとするものである。

なお、誤解が生じ易いが、乙案及び丙案は、現行法上においても認められる「倒産管財人や差押え債権者に対して譲渡禁止特約を対抗できない」という結論を企図する規定ではなく、「倒産管財人や差押え債権者に優先する、第三者対抗要件を先に具備した譲受人に対しても譲渡禁止特約を対抗できない」という結論を企図する規定であるので、この点注意を要する。

3 大阪弁護士会の意見

上記 2 (1) 記載の「二つ目の考え方」、及び、上記 2 (2) 記載の甲案は、いずれも元々、大阪弁護士会からの提案によって、法制審議会での議論の対象となったものであり、大阪弁護士会は、これらを明文化するよう具体的な条文の提案も行っている。

一方、上記 2 (2) 記載の乙案及び丙案については、これらの事由の発生に何らの帰責性がない第三債務者が、譲渡禁止特約による利益を奪われる理由はないとして、大阪弁護士会は、いずれも反対している。

第2 債権譲渡の第三者対抗要件

1 問題の所在

法制審議会民法(債権関係)部会においては、現行法の債権譲渡の第三者対抗要件について、「第三債務者が債権譲渡通知や承諾の有無について回答しなければ制度が機能せず、又、競合する債権譲渡の優劣について第三債務者に困難な判断を強いるものであり、第三債務者に過大な不利益を負わせている」等の問題があることを背景として、「債権譲渡の対抗要件を登記に一元化する案」、「現行法の対抗要件制度を残すものの、登記による対抗要件を優先させる案」、「現行法を維持する案」等について、議論が進められている。

2 法制審議会での議論状況

現行法の対抗要件制度に上記のような問題があるとの認識から、登記による対抗要件制度を導入したいという意向はあるものの、登記に比較して簡便に対抗要件を具備できる現行法の対抗要件制度のメリットも大きく、現在のところ、法制審議会の議論の方向性は明確には断定し難い。

3 大阪弁護士会の意見

あらゆる債権譲渡の都度、債権譲渡登記を具備する手間費用が相応の実務上の負担となること、例えば契約上の地位の移転に伴い個別債権を移転する場合等に承諾書一通により対抗要件が具備できる現行法に比較して、手続が極めて煩雑となること、公示性(公開性)が強い債権譲渡登記という方法は、譲渡人の信用評価に影響を与える場合があり、必ずしも実務上のニーズに沿わないこと等を理由に、現行法の対抗要件制度を維持すべきという意見を述べている。

第3 異議をとどめない承諾

1 問題の所在

法制審議会民法（債権関係）部会においては、異議をとどめない承諾という観念の通知から抗弁の切断という効果が生じる根拠を必ずしも明確に説明することができないこと等を理由として、異議をとどめない承諾の制度を廃止し、抗弁の切断は抗弁を放棄するという意思表示の一般的な規律によるとする案について、議論が進められている。

2 法制審議会での議論状況

上記の方向性について、さしたる異論はない状況である。但し、一度抗弁の放棄を行うと、異議をとどめない承諾とは異なり、当該抗弁について悪意・重過失である者にも対抗できなくなることから、抗弁の放棄が真意に出たものであることを担保するため、書面（要式性）を求める等の方法が検討されている。

3 大阪弁護士会の意見

第三債務者に包括的に抗弁を放棄させるという運用が横行する可能性を危惧して、「消費者が、事業者に対し、権利又は抗弁を放棄する場合には、放棄する権利又は抗弁を個別具体的に特定して、書面により意思表示を行うのでない限りは、その効力を有しない」という、消費者概念を用いた一般的規定を設けることを検討すべきという意見を述べている。

第4 将来債権譲渡

1 問題の所在

法制審議会民法（債権関係）部会においては、将来債権譲渡後に譲渡人の地位の変動があった

場合（例えば、不動産の将来賃料債権の譲渡を行った後、当該不動産を売却した場合や、将来売掛債権の譲渡を行った後、当該事業を譲渡した場合）の取扱いについて、議論が進められている。

2 法制審議会での議論状況

「将来債権譲渡の効力は、譲渡の対象となった将来債権が譲渡人以外の第三者の下で発生した場合には、当該第三者に対抗することができないが、譲渡の対象となった将来債権が譲渡人から当該将来債権を発生させる契約上の地位を承継した第三者の下で発生した場合には、当該第三者に対抗することができる」という規定を設ける案（契約承継案）が検討されていたが、不動産自体の取引の安全を図る趣旨で、不動産の賃貸借については、「将来債権譲渡の効力は、不動産の譲受人に対抗することができない」という例外規定を設けるという案も現れるなど議論が錯綜しており、現在のところ、法制審議会の議論の方向性は明確には断定し難い。

3 大阪弁護士会の意見

現在債権の譲渡の場合との理論的平仄から、概ね契約承継案に賛同する一方、不動産の賃貸借については、「将来債権譲渡を不動産登記法に基づき登記しない限り、不動産の譲受人に対抗することができない」とする提案を行っている。但し、将来売掛債権の譲渡を行った後、事業譲渡した場合については、契約承継案によっても、「事業譲受人が基本契約を承継しただけでは、将来債権を発生させる契約上の地位を承継したとは言えない」という理解が強く、更に、不動産の賃貸借について例外規定を設けるのであれば、契約承継案自体が適用される実務上の事例がかなり限定されることになることから、敢えて契約承継案の規定を設けることを疑問視する意見もある。

3 債務引受

民法改正問題特別委員会 委員 阿部 宗成

1 問題の所在

1 債務引受に関しては、①免責的債務引受と併存的債務引受との関係につき、併存的債務引受を債務引受の原則的形態と捉えたうえで、これに免除の意思表示（及び免除の意思表示がされることについての引受人の承諾）が付加されたものを免責的債務引受とし、かつ、②免責的債務引受については「求償」を認めない類型を原則とする旨の提案がなされており、このような整理の是非が問題となる。

2 また、併存的債務引受に関しては、その主たる目的が債務者の負う債務を保証する目的のものについて、保証の規定を準用することとする旨の提案がなされている。

保証との差異は確保しつつ、保証に関する保証人保護のための規律の潜脱を防止するため、（保証人保護にかかる）保証の規定が準用される類型とそうでない類型とを如何にして画するか、保証の規定の準用のメルクマールが問題となる。

2 法制審での審議状況

1 債務引受については、法制審議会民法（債権関係）部会第46回会議（2012年（平成24年）5月8日開催）、これを受けた第2分科会の第4回会議（2012年（平成24年）6月19日開催）にて審議がなされている。

2 併存的債務引受を原則的形態とする前提での建付けの是非

債務者と引受人との間で債務引受契約がなされたが、債権者がそれについて同意を与えない

場合、引受人に債務負担意思があることは疑いないこと、この場合、従来は併存的債務引受になるという方向で議論されていたこと等を踏まえれば、免責的債務引受は債務引受+免責の意思表示と捉えることが簡明である、このように考えても、免責的債務引受という形で合意すること自体は妨げられないのであり、特に不都合は生じない等として、上記建付けを肯定する意見と、債務引受についても債権譲渡と同様、原因行為（eg 遺産分割時の債務の移転）に着目した議論がなされるべきであるところ、免責的債務引受がなされる場合と併存的債務引受がなされる場合とでは背景事情その他の実態がかなり異なる、債務の移転と捉えた方が簡明である、実務上、いずれか決しがたいときに併存的債務引受となることにメリットを見出し得るような事例は想定しがたい等とする否定的意見とが対立している。

また、上記事例に関しては、仮に免責的債務引受を債務の移転と捉えるのであれば、債権者が承諾しない場合には、必然的に、何らの効果も発生しないということになるはずであるとの指摘や、免責的債務引受にはそもそも債権者の積極的関与が不可欠である以上、結果的に、債権者の承諾が得られない場合には、併存的債務引受として効力を残す必要はないとの指摘もなされている。

なお、審議において、債務引受の類型につき、引受人の単独行為による併存的債務引受（eg 倒産企業の経営者が労働債権を引き受ける旨宣明する事案）も検討されるべきであるとの意見も示された。

3 免責的債務引受について、原則として引受人から債務者への「求償」を認めないとするものの是非

審議では、求償できることをデフォルトにすることが従前の実務の運用に整合する、求償を認めないことを原則とすべきような実務的ニーズはそれほどない、免責的債務引受でいう「免責」は、通常、債権者が従来の債務者を免責するという限りの意味であり、引受人からの求償まで一律に否定するものではない等の強い反対意見が示された。

もっとも、この原則として「求償」を認めないとする提案については、債務引受+引受債務の履行、すなわち、他人の債務を弁済することのみから当然に求償権が発生するものではないということを意味するに過ぎず、委任契約などの原因関係、当事者の内部関係に基づいて発生する請求権までも否定するものではないとの説明がなされており、両見解の差異は、実際にはそれほど大きなものではないと史料される。

4 保証の規定の準用のメルクマール

審議においては、「保証する目的」とのメルクマールは曖昧、不安定であり、結果として、契約が無効になるリスクの顕在化が頻発するおそれがある、債務引受を行う場合は、程度の差はあれ、信用補完目的が存在するため、判断が困難となる事態の招来が予想される等の反対意見が出され、対案として、引受人について、①個人である場合とそれ以外、②事業者である場合と消費者である場合とで区別する、個人が引受人である場合には、保証目的でなされたものと推定する等の考え方が示された。

3 大阪弁護士会の意見

1 併存的債務引受を原則的形態とすること

同提案にかかる類型を設けること自体は否定しない（この場合、免責的債務引受については、債務者と引受人が負う連帯債務の負担部分を踏まえた要件が定められる必要がある）が、免責的債務引受は、債務の移転と捉えることが簡明かつ適切である以上、併存的債務引受と免責的債務引受とは明確に、区別されるべきである。

2 免責的債務引受における求償の可否

引受人の債務免除に対する承諾は、債務者の負担部分が0である併存的債務引受を前提とする場合を除き、せいぜい免除の絶対効を生じさせないことへの同意の意味合い程度しかないものであり、求償の可否は免責的債務引受をする原因関係に応じて個別に決するのが適切であると思料する。

従って、デフォルトルールとしても一律の規定を設けるのではなく、解釈に委ねるべきである。

3 保証の規定の準用のメルクマール

「主たる目的が債務者の負う債務を保証する目的」である場合に準用するとのメルクマールは、曖昧であり妥当ではない。法人または事業者であれば、相応の対処が可能である反面、個人の場合には、負担割合が0ではない引受人についても、保証の規定を準用することによる保護を及ぼすことが相当であると言える。

従って、制度を簡明なものとし、保護機能を十全にすべく、少なくとも、債務者が法人ないし事業者で、引受人が個人である場合には、（説明義務等、保証人保護の規定が適用されることを前提として）保証の規定が適用されるものとすべきである。