

民法(債権関係) 要綱仮案の紹介

民法改正問題特別委員会
委員

野村 剛司 / 安部 将規 / 徳田 琢 / 阿部 宗成

第1 多数当事者 [文責：野村剛司]

1 連帯債務の発生原因の明確化(民法第432条関係)

要綱仮案

1 連帯債務

民法第432条の規律を次のように改めるものとする。
債務の目的がその性質上可分である場合において、法令の規定又は当事者の意思表示によって数人が連帯して債務を負担するときは、債権者は、その連帯債務者の一人に対し、又は同時に若しくは順次に全ての連帯債務者に対し、全部又は一部の履行を請求することができる。

多数当事者の債権及び債務(保証債務を除く。)については、現行法は、民法427条以下で、分割債権・分割債務、不可分債権・不可分債務、連帯債務につき規定していますが、要綱仮案では、これらの概念を整理し直し、不可分債権・不可分債務は性質上不可分の場合に限定し(要綱仮案5、8)、連帯債務については、後述するとおり相対的効力事由を中心とするものとし(要綱仮案3、4(4)で連帯の免除の規定を削除)、新たに連帯債権の規定を設けることにしました(要綱仮案6、7)。

まず、連帯債務については、現行法が「数人が連帯債務を負担するときは」(432条)とのみ規定しているところ、連帯債務の発生原因を明確化するものです。

この規定により不真正連帯債務との関係がどうなるのが問題となりますが、審議の過程では、不真

正連帯債務につきこれまでの解釈を変更するような議論はなかったものと思われますので、従前の解釈どおりということになると思われます。ただ、潮見佳男『民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案の概要』(金融財政事情研究会、2014年)86頁では、要綱仮案は、求償のルールを不真正連帯債務にも適用するものとしている、現行法下の真正の連帯債務と不真正連帯債務の区別を無用のものとする立場を基礎に据えていると説明されています。

2 連帯債務者の一人について生じた事由の効力等

(1) 履行の請求(民法第434条関係)

要綱仮案

(1) 履行の請求(民法第434条関係)

民法第434条を削除するものとする。

現行434条は、履行の請求につき、絶対的効力事由としていますが、この規定を削除することで、相対的効力事由(440条)とするものです。審議の過程で、経済界からは、絶対的効力事由維持が主張されていましたが、研究者からは、法令の規定により連帯債務となった場合に、履行の請求を受けていない他の連帯債務者が、自らの知らないところで、履行遅滞に陥ったり、消滅時効が中断してしまうことに対する批判が強くなりました。そこで、連帯債務者間に協働関係がある場合には絶対的効力事由とする折衷的な案もありましたが、結局、単純に相対的

効力事由となりました。

相対的効力事由となるのは、任意規定ですので、実務上、契約により連帯債務とする場合には、履行の請求を絶対的効力事由とする条項を入れておく必要があるでしょう。かかる条項を定めていない場合は、連帯債務者全員に対して履行の請求を行う必要があります。

(2) 連帯債務者の一人による相殺(民法第436条関係)

要綱仮案

- (2) 連帯債務者の一人による相殺(民法第436条関係)
民法第436条の規律を次のように改めるものとする。
- ア 連帯債務者の一人が債権者に対して債権を有する場合において、その連帯債務者が相殺を援用したときは、債権は、全ての連帯債務者の利益のために消滅する。(民法第436条第1項と同文)
- イ アの債権を有する連帯債務者が相殺を援用しない間は、その連帯債務者の負担部分の限度で、他の連帯債務者は、債権者に対して債務の履行を拒むことができる。

アは、相殺の絶対的効力事由を定める現行436条1項を維持するものです。イについては、相殺権まで認めるのではなく、抗弁権説を明文化するものです。

(3) 連帯債務者の一人に対する免除(民法第437条関係)

要綱仮案

- (3) 連帯債務者の一人に対する免除(民法第437条関係)
- ア 民法第437条を削除するものとする。
- イ 連帯債務者の一人に対する免除について、次のような規律を設けるものとする。
- 債権者と連帯債務者の一人との間に債務の免除があった場合においても、他の連帯債務者は、免除があった連帯債務者に対し、4(1)又は(3)により求償の請求をすることができる。

現行437条は、債務の免除を受けた連帯債務者の負担部分の限度で絶対的効力事由としていますが、これを相対的効力事由とするものです。現行法は、求償の循環を避けるという趣旨で規定されていますが、要綱仮案は、免除を行う債権者の意思と乖離しているとして、アで現行437条を削除

し、イは相対的効力事由とした場合に、他の連帯債務者が、免除を受けた連帯債務者にも求償できることを決めました(なお、免除を受けた連帯債務者が求償に応じた場合でも、免除を行った債権者に求償することはできません)。

審理の過程で、当会は、現行民法における求償の循環を避ける趣旨には合理性があるとして、一貫して反対していましたが、受け入れられませんでした。

この点、要綱仮案に従った場合、債権者が連帯債務者の一人に対する免除の意思表示を行った場合の意味には様々あり、免除を受けた連帯債務者の負担部分絶対効を生じさせる意味での免除の場合にまで内部求償を認める結果になりかねず、問題があると思われまます(なお、前掲潮見88頁では、連帯債務者の一人に対する意思表示によって全員の債務を免除することができるとする判例法理に変更はないと説明されています)。

(4) 連帯債務者の一人についての時効の完成(民法第439条関係)

要綱仮案

- (4) 連帯債務者の一人についての時効の完成(民法第439条関係)
- ア 民法第439条を削除するものとする。
- イ 連帯債務者の一人についての時効の完成について、次のような規律を設けるものとする。
- 連帯債務者の一人のために時効が完成した場合においても、他の連帯債務者は、時効が完成した連帯債務者に対し、4(1)又は(3)により求償の請求をすることができる。

前述した免除の場合と同様、現行439条は、時効が完成した連帯債務者の負担部分の限度で絶対的効力事由としていますが、これを相対的効力事由とするものです。

(5) 相対的効力の原則(民法第440条関係)

要綱仮案

(☑つづく)

- (5) 相対的効力の原則(民法第440条関係)
民法第440条の規律を次のように改めるものとする。

(□つづき) 要綱仮案

連帯債務者の一人について生じた事由は、民法第435条、第436条第1項及び第438条に規定する場合を除き、他の連帯債務者に対してその効力を生じない。ただし、債権者及び他の連帯債務者の一人が別段の意思を表示したときは、当該他の連帯債務者に対する効力は、その意思に従う。

現行440条においても、相対的効力が原則ですが、要綱仮案は、前述のとおり履行の請求、免除、時効の完成につき絶対的効力事由から相対的効力事由に変更しましたので、絶対的効力事由として残る更改(435条)、相殺(436条1項)、混同(438条)を除き、相対的効力事由であるとししました(なお、弁済が当然の絶対的効力事由であることに変更はありません)。

要綱仮案のただし書は、当事者間の合意による絶対的効力事由化を認めるための規定ですが、債権者と当該事由の生じる連帯債務者との間の合意により効力を発生させることで足りるのではないかと考えられます。

3 連帯債務者についての破産手続の開始 (民法第441条関係)

要綱仮案

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

破産法104条に同様の規定(開始時現存額主義)がありますので、現行441条を削除し、破産法の規律に委ねることにしたものです。

4 連帯債務者間の求償関係

(1) 連帯債務者間の求償権(民法第442条第1項関係)

要綱仮案

(□つづく)

- (1) 連帯債務者間の求償権(民法第442条第1項関係)
民法第442条の規律を次のように改めるものとする。

(□つづき) 要綱仮案

ア 連帯債務者の一人が弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得たときは、その連帯債務者は、その免責を得た額が自己の負担部分を超えるかどうかにかかわらず、他の連帯債務者に対し、その免責を得るために支出した金銭その他の財産の額のうち各自の負担部分について求償権を有する。ただし、当該財産の額が共同の免責を得た額を超える場合には、その免責を得た額のうち各自の負担部分に限る。

イ アによる求償は、弁済その他免責があった日以後の法定利息及び避けることができなかった費用その他の損害の賠償を包含する。(民法第442条第2項と同文)

不真正連帯債務の場合は別として、負担部分を超えて弁済しなくても求償できるとするのが通説判例ですから、それを明文化するものとなります(この点、前掲潮見91頁では、求償権に関する規律は不真正連帯債務にも適用されるので、不真正連帯債務に関しては、学説・実務を変更することになると説明されています)。

(2) 連帯債務者間の通知義務(民法第443条関係)

要綱仮案

(2) 連帯債務者間の通知義務(民法第443条関係)

民法第443条の規律を次のように改めるものとする。

ア 他の連帯債務者があることを知りながら、連帯債務者の一人が共同の免責を得ることを他の連帯債務者に通知しないで弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得た場合において、他の連帯債務者は、債権者に対抗することができる事由を有していたときは、その負担部分について、その事由をもってその免責を得た連帯債務者に対抗することができる。この場合において、相殺をもってその免責を得た連帯債務者に対抗したときは、その連帯債務者は、債権者に対し、相殺によって消滅すべきであった債務の履行を請求することができる。

イ 他の連帯債務者があることを知りながら、連帯債務者の一人が弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得たことを他の連帯債務者に通知することを怠ったため、他の連帯債務者が善意で弁済をし、その他有償の行為をもって免責を得たときは、その免責を得た他の連帯債務者は、自己の弁済その他免責のためにした行為を有効であったものとみなすことができる。

要綱仮案は、事前事後の通知につき、現行443条の規律を基本的に維持しつつ、他の連帯債務者が存在することを知らなかった場合の不都合を回避する配慮をしています。

(3) 負担部分を有する連帯債務者が全て無資力である場合の求償関係(民法第444条関係)

要綱仮案

(3) 負担部分を有する連帯債務者が全て無資力である場合の求償関係(民法第444条関係)

民法第444条の規律を次のように改めるものとする。

ア 連帯債務者の中に償還をする資力のない者があるときは、その償還をすることができない部分は、求償者及び他の資力のある者間で、各自の負担部分に応じて分割して負担する。(民法第444条本文と同文)

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

ウ ア及びイにかかわらず、償還を受けることができないことについて求償者に過失があるときは、他の連帯債務者に対して分担を請求することができない。

要綱仮案のアは、現行444条本文と同じで、ウも同条ただし書と同趣旨となります。イについては、判例法理を明文化するものです。

第2 保証債務 [文責：安部将規]

1 根保証

(1) 極度額規制の拡大(民法第465条の2)

要綱仮案

(☑つづく)

民法第465条の2の規律を次のように改めるものとする。

ア 一定の範囲に属する不特定の債務を主たる債務とする保証契約(以下「根保証契約」という。)であって保証人が法人でないもの(以下「個人根保証契約(仮称)」という。)の保証人は、主たる債務の元本、主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償その他その債務に従たる全てのもの及びその保証債務について約定された違約金又は損害賠償の額について、その全部に係る極度額を限度として、その履行をする責任を負う。

(☑つづき) **要綱仮案**

イ 個人根保証契約は、アの極度額を定めなければ、その効力を生じない。

ウ 民法第446条第2項及び第3項の規定は、個人根保証契約におけるアの極度額の定めについて準用する。

現行465条の2は、貸金等根保証契約については、極度額を定めなければ効力を生じないものとしています。

要綱仮案は、この極度額の規律の適用範囲を拡大し、主たる債務の範囲に貸金等債務が含まれないもの(個人根保証契約)にまで及ぼすこととしています。

これは、根保証契約を締結する個人にとって、その責任の上限を予測可能なものとする(極度額)は、貸金等債務が含まれない根保証にも一般に当てはまる要請であると考えられるためです。

また要綱仮案では、同じ趣旨から、465条の5(保証人が法人である貸金等根保証契約の求償権)の規律を、貸金等債務が主債務に含まれているものに限らず、保証人が法人である根保証契約一般において極度額が定められていなければ、個人を保証人とする求償権保証契約の効力を生じないこととしています。

なお、民法(債権関係)部会では、現行465条の3(元本確定期日)の規律の適用範囲の拡大についても検討されました。しかし、借地借家法によって保護される建物賃貸借契約や当初から長期にわたって存続することが予定されている契約関係においては、元本確定後に債権者が反対給付を拒絶できないことに配慮し、元本確定期日の規律の適用範囲は拡大することとせず、現行法を維持するものとされています。

(2) 元本の確定事由(民法第465条の4)

要綱仮案

(☑つづく)

ア 個人根保証契約における主たる債務の元本は、次に掲げる場合に確定する。ただし、(ア)の場合にあつては、強制執行又は担保権の実行の開始があつたときに限る。

(ア) 債権者が、保証人の財産について、金銭の支払を目的とする債務についての強制執行又は担保権の実行を申し立てたとき。

(つづき) 要綱仮案

- (イ) 保証人が破産手続開始の決定を受けたとき。
 - (ウ) 主たる債務者又は保証人が死亡したとき。
- イ アに定める場合のほか、主たる債務の範囲に金銭の貸渡し又は手形の割引を受けることによって負担する債務(以下「貸金等債務」という。)が含まれる個人根保証契約における主たる債務の元本は、次に掲げる場合に確定する。ただし、アの場合にあっては、強制執行又は担保権の実行の手続の開始があったときに限る。
- (ア) 債権者が、主たる債務者の財産について、金銭の支払を目的とする債権についての強制執行又は担保権の実行を申し立てたとき。
 - (イ) 主たる債務者が破産手続開始の決定を受けたとき。

要綱仮案は、現行465条の4(元本確定事由)の規律の適用範囲を個人根保証契約に拡大するものです。

ただし、賃貸借契約に基づく賃借人の債務を主たる債務とする個人根保証契約では、賃貸借契約が継続している限り、主たる債務者(賃借人)の資産状態が悪化しただけでは債権者(賃貸人)は賃貸借契約を終了させることができないことなどに配慮して、債権者が主たる債務者の財産について強制執行等を申し立てたとき及び主たる債務者が破産手続開始の決定を受けたときについては、個人根保証契約一般における元本確定事由とせず、現行法と同様、貸金等根保証契約の元本確定事由にとどめることとされました。

2 個人保護の方策の拡充

(1) 個人保証の制限の原則(新設)

要綱仮案

(つづく)

- ア 保証人が法人である場合を除き、事業のために負担した貸金等債務を主たる債務とする保証契約又は主たる債務の範囲に事業のために負担する貸金等債務が含まれる根保証契約は、その契約の締結に先立ち、その締結の日前1箇月以内に作成された公正証書で保証人になろうとする者が保証債務を履行する意思を表示していなければ、その効力を生じない。
- イ アの公正証書を作成するには、次に掲げる方式に従わなければならない。
- (ア) 次に掲げる保証契約を締結し、保証人になろうとする者が、それぞれ次に定める事項を公証人に口授すること。

(つづき) 要綱仮案

- a 保証契約(bを除く。)主たる債務の債権者及び債務者、主たる債務の元本、主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償その他その債務に従たる全てのものの定めの有無及びその内容並びに当該主たる債務者が債務を履行しないときには、当該債務の全額について履行する意思(保証人になろうとする者が主たる債務者と連帯して債務を負担しようとするものである場合には、債権者が主たる債務者に対して催告をしたかどうか、主たる債務者がその債務を履行することができるかどうか又は他に保証人がいるかどうかにかかわらず、その全額について履行する意思)を有していること。
- b 根保証契約(略)
 - (イ) 公証人が、保証人になろうとする者の口述を筆記し、これを保証人になろうとする者に読み聞かせ、又は閲覧させること。
 - (ウ) 保証人になろうとする者が、筆記の正確なことを承認した後、署名し、印を押すこと。ただし、保証人になろうとする者が署名することができない場合は、公証人がその事由を付記して、署名に代えることができる。
 - (エ) 公証人が、その証書は(ア)から(ウ)までに掲げる方式に従って作ったものである旨を付記して、これに署名し、印を押すこと。
 - (注) 保証人になろうとする者が口をきけない者である場合又は耳が聞こえない者である場合については、民法第969条の2を参考にして所要の手当をする
- ウ (略)
- エ 次に掲げる者が保証人である保証契約については、アからウまでの規定は、適用しない。
 - (ア) 主たる債務者が法人その他の団体である場合のその理事、取締役、執行役又はこれらに準ずる者
 - (イ) 主たる債務者が法人である場合のその総社員又は総株主の議決権の過半数を有する者
 - (ウ) 主たる債務者が個人である場合の主たる債務者と共同して事業を行う者又は主たる債務者が行う事業に現に従事している主たる債務者の配偶者

保証契約は、債務者の信用を補う手段として実務上重要な意義を有していますが、事業のための資金の借入れは、主債務者が法人であろうと自然人であろうと、多額になりがちであり、保証人にとって過酷な結果を招くという問題が最も深刻に生じています。

そこで、要綱仮案は、事業のために負担した貸金等債務を主たる債務とする個人保証及び主たる

債務の範囲に事業のために負担する貸金等債務が含まれる個人根保証については、原則として、保証意思を確認するための厳格な手続（保証契約締結前1か月以内に作成された公正証書による保証意思確認手続）を経ることによってのみ有効に保証契約を締結することができることとしています。

具体的には、保証契約（根保証契約を除く。）を締結する場合には、保証の対象（範囲）を特定する要素である①主たる債務者の債権者及び債務者、②主たる債務の元本、主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償その他その債務に従たる全てのものの定めの有無及びその内容を口授させるとともに、その具体的な債務について履行する意思を有していることを口授させ、これを公証人が確認し、記録すること等が必要です。

また、根保証契約を締結する場合には、保証の対象（範囲）を特定する要素である①主たる債務の債権者及び債務者、②主たる債務の範囲、③保証契約における極度額、④元本確定期日の有無及びその内容を口授させるとともに、極度額の限度で元本確定期日又は現行465条の4各号に掲げる場合に該当する事由が生じた時までの間に生じた主たる債務の元本等について履行をする意思を有していることを口授させ、これを公証人が確認し、記録すること等が必要です。

また、例外的に、情誼に基づかずに保証をなし得、保証契約を締結するリスクについて合理的な判断が可能な地位にある者については、厳格な手続を経る必要がないとの考え方から、要綱仮案エ(ア)～(ウ)に列挙された、主債務者と一定の関係にある者（いわゆる経営者）について、上記の規制が適用されず、公正証書による手続を経る必要はないとされています。

当会は、法制審議会に民法（債権関係）の見直しが諮問される以前の平成21年9月の意見書で個人保証の無効を求めて以来、様々な活動をしてきました。まだまだ不十分な点があることは否定できませんが、今回の要綱仮案は、これまでの様々な活動の結果として、今回の改正全体の中でも、大きな成果と言ってよい点と思われます。

3 保証契約締結時の情報提供義務（新設）

(1) 情報提供義務

要綱仮案

契約締結時の情報提供義務について、次のような規律を設けるものとする。

- (1)ア 主たる債務者は、事業のために負担する債務についての保証を委託するときは、委託を受ける者(法人を除く。)に対し、次に掲げる事項に関する情報を提供しなければならない。
- (ア) 財産及び収支の状況
- (イ) 主たる債務以外に負担している債務の有無並びにその額及び履行状況
- (ウ) 主たる債務の担保として他に提供し、又は提供しようとするものがあるときは、その旨及びその内容

保証契約の締結に当たって保証人に対してどのような情報を提供し、どのような事項を説明しなければならないかについて、現行法上は特別な規定は設けられていません。

しかし、保証人が、主債務者の言葉を信じて現実に保証債務の履行を求められることはないと考えられるのも無理はないことも多いのですが、保証人の意思表示に錯誤があったとか詐欺に基づくものであるといえる場合は多くありません。

そこで、要綱仮案は、保証契約の時点で、委託を受けた保証人について、主債務者の財産の状況等についての情報提供義務について規定を設けることとしました。

情報提供義務を負うのは、事業のために負担する債務は多額になりがちであることから、貸金等債務に限らず、事業のために負担する債務についての保証を委託する場合は対象となります。

情報提供義務を負う主体ですが、主債務者に関する情報の提供義務を債権者に負わせることには合理性がないという批判があること、債権者が主債務者の資力について十分な情報を有しているという保障もなく、むしろ十分に把握するのは困難であることも多いと考えられることから、主債務者自身に説明責任を負わせることとしています。

(2) 説明義務違反

要綱仮案

イ 主たる債務者がアの説明をせず、又は事実と異なる説明をしたために委託を受けた者がアの(ア)から(ウ)までに掲げる事項について誤認をし、それによって保証契約の申込み又はその承諾の意思表示をした場合において、主たる債務者がアの説明をせず、又は事実と異なる説明をしたことを債権者が知り、又は知ることができたときは、保証人は、保証契約を取り消すことができる。

主債務者が必要な説明をしなかった場合や、事実と異なることを説明した場合には、保証契約の効力を否定することが必要になります。

しかし、主債務者が説明義務を果たさなかったからといって常に保証人が保証契約を取り消すことができることとすれば、債権者のあずかり知らない事情によって担保を失うという不利益を債権者に課すことになってしまいます。

そこで、要綱仮案は、説明義務違反による保証人の誤信と意思表示に因果関係があることを要件としたうえで、第三者詐欺に関する規定と同様に、保証人の誤信と債権者が、主債務者による説明義務の不履行、虚偽の説明の事実を知り、又は知ることができた場合に限り、保証契約の取消しを認めることとしています。

4 契約締結後の情報提供義務(新設)

(1) 保証人の請求による主たる債務の履行状況に関する情報提供義務

要綱仮案

債権者は、委託を受けた保証人から請求があったときは、保証人に対し、遅滞なく、主たる債務の元本及び主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償その他その債務に従たる全てのものについての不履行の有無並びにこれらの残額及びそのうち履行期限が到来しているものの額に関する情報を提供しなければならない。

現行法上は、保証人が債権者に対して主債務の内容を照会した場合に債権者がどのような義務を負うかの規定は設けられていません。

しかし、保証人にとっては、自身が現時点又は将来に負う責任の内容を把握することが重要です。

他方、債権者の側では、守秘義務を負う金融機関など、保証人からの照会に対して回答することが許されるかどうか判断に迷う場合があります。

そこで、要綱仮案は、保証人から照会があった場合に債権者が採るべき行為に関する規律を設け、委託を受けた保証人が請求したときは、債権者は、主債務者による債務不履行の有無や債務の残額などについて情報提供しなければならないこととしています。

(2) 主たる債務者が期限の利益を喪失した場合の情報提供義務

要綱仮案

主たる債務者が期限の利益を喪失した場合の情報提供義務について、次のような規律を設けるものとする。

ア 主たる債務者が期限の利益を有する場合において、主たる債務者がその利益を喪失したときは、債権者は、保証人(法人を除く。)に対し、主たる債務者がその利益を喪失したことを知った時から2箇月以内に、その旨を通知しなければならない。

イ 債権者は、アの通知をしなかったときは、保証人に対し、主たる債務者が期限の利益を喪失した時からその旨の通知をした時まで生じた遅延損害金(期限の利益を喪失しなかったとしても生じていたものを除く。)に係る保証債務の履行を請求することができない。

保証人は主債務者の履行状況について必ずしも把握しているわけではありません。保証人の知らないところで、主債務者が履行を怠ったために主債務者が期限の利益を失っていた場合には、保証人は、元本債務を一度に履行しなければならないだけでなく、発生していないと考えていた遅延損害金も支払わなければならないという大きな負担を負うこととなります。

そこで要綱仮案は、債権者に対し、主債務者が期限の利益を喪失した後2か月以内に保証人に対して期限の利益の喪失を通知する義務を負わせることとしました。

債権者がこの通知をしなかったときは、債権者は、期限の利益喪失から通知までの遅延損害金を請求することができません。

5 連帯保証人について生じた事由の効力

要綱仮案

連帯債務者の一人について生じた事由の効力に関する規定は、主たる債務者が保証人と連帯して債務を負担する場合について準用する。

連帯保証人に対する履行の請求の効力が主たる債務者にも及ぶこと（同法第458条、第434条）に対しては、連帯保証人は主たる債務者の関与なしに出現し得るため、主たる債務者に不測の損害を与えかねないとの指摘があります。

そこで、要綱仮案は、連帯債務の見直しにあわせ、当事者間に別段の合意がない場合には、連帯保証人に対する履行の請求は、主たる債務者に対してその効力を生じないものとして、その効力を絶対的効力事由から相対的効力事由に改めるものとしています。

第3 債権譲渡 [文責：徳田 琢]

1 債権の譲渡性とその制限(民法第466条関係)

要綱仮案

(1) 譲渡制限の意思表示の効力

民法第466条第2項の規律を次のように改めるものとする。

ア 当事者が債権の譲渡を禁止し、又は制限する旨の意思表示(以下「譲渡制限の意思表示」という。)をしたときであっても、債権の譲渡は、その効力を妨げられない。

イ アに規定する場合において、譲渡制限の意思表示があることを知り、又は重大な過失によって知らなかった第三者に対しては、債務者は、その債務の履行を拒むことができるほか、譲渡人に対する弁済その他の当該債務を消滅させる事由をもってその第三者に対抗することができる。

(1) 現行民法上、譲渡禁止特約に反する債権譲渡の効力（譲受人が悪意又は重過失である場合）については、譲渡禁止特約が物権的効力を有し、譲渡禁止特約に反する債権譲渡の効力は第三者に対抗することができないだけでなく、譲渡当事者間でも無効であるとする考え方（物権的

効力説）が有力とされ、判例も、明確な判断は示していないものの、物権的効力説を前提とすると理解されてきました。

- (2) しかしながら、「譲渡禁止特約は債務者の利益を保護するためのものである」という考え方に拠っても、物権的効力説を前提とすべき必然性はない上、譲渡禁止特約が、特に中小企業等の資金調達に障害となっているという問題意識が大きくなってきたことから、「債権の譲渡を禁止し、又は制限する旨の意思表示」（譲渡禁止だけではなく、弁済の相手方を固定する特約等を含む趣旨で、「譲渡制限の意思表示」という文言が用いられております。）は、債権譲渡の効力を妨げない（譲渡制限の意思表示があっても、債権譲渡自体は有効である）ものとされることとなりました。
- (3) 一方で、債務者の利益（弁済の相手方を固定する利益）の保護は、「債務者は、譲渡制限の意思表示について悪意又は重過失の譲受人に対し、履行拒絶権を有し、又、譲渡人に対する債務消滅事由を対抗できる」とすることによって、その維持が図られることとされました。

要綱仮案

(2) 譲渡制限の意思表示を悪意又は重過失の譲受人に対抗することができない場合

譲渡制限の意思表示を悪意又は重過失の譲受人に対抗することができない場合について、次のような規律を設けるものとする。

(1)イの規定は、債務者が債務を履行せず、(1)イに規定する第三者が相当の期間を定めて譲渡人に対する履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、その債務者については、適用しない。

(1) 譲渡制限の意思表示があっても債権譲渡を有効としつつ、弁済の相手方を譲渡人に固定する限度で当該意思表示の効力を認める場合には、譲渡人と譲受人のいずれも債務者に対して履行を請求することができないこととなります（譲渡人は、既に債権者ではなく、一方で、譲受人は、履行拒絶権の行使を受ける立場にあります。）。

しかし、そうすると、債務者が任意に債務を履行しない場合には、デッドロック的な状況が生じてしまう上、債務者が履行を遅滞しているときにまで、債務者の利益を保護する必要性はないと考えられることから、譲受人には、債務者に対して譲渡人への履行の催告をする権限を付与することとされ、又、それにも拘わらず、債務者が履行をしない場合には、債務者は、譲渡制限の意思表示を譲受人に対抗できなくなるものとされました。

- (2) なお、かかる内容は、当会が、当初から独自に提案を行ってきたものであり、当会の提案が、要綱仮案に採用された一つの例と言えます。

要綱仮案

(3) 譲渡制限の意思表示が付された債権の債務者の供託

譲渡制限の意思表示が付された債権の債務者の供託について、次のような規律を設けるものとする。

ア(ア) 債務者は、金銭債権(金銭の給付を目的とする債権をいう。)について譲渡制限の意思表示をした場合において、その金銭債権が譲渡されたときは、その譲渡された金銭債権の全額に相当する金銭を債務の履行地(債権者の現在の住所が債務の履行地である場合にあつては、譲渡人の現在の住所を含む。)の供託所に供託することができる。

(イ) (ア)の規定により供託をした債務者は、遅滞なく、譲渡人及び債権者に供託の通知をしなければならない。

(ウ) (ア)の規定により供託をした金銭は、債権者に限り、還付を請求することができる。

イ ア(ア)に規定する場合において、譲渡人について破産手続開始の決定があつたときは、(1)イの規定にかかわらず、債権者(その金銭債権の全額を譲り受けた者であつて、その金銭債権の譲渡につき第三者に対抗することができるものに限る。)は、債務者にその金銭債権の全額に相当する金銭を債務の履行地の供託所に供託させることができる。この場合においては、ア(イ)及び(ウ)の規定を準用する。

- (1) 現行民法上、譲渡禁止特約に反する債権譲渡がなされた場合において、譲受人の悪意又は重過失が不明である場合には、債務者は、債権者不確知を理由に供託ができるものとされています。

しかしながら、譲渡制限の意思表示があつても債権譲渡は有効であるとした場合には、債権者不確知を理由として供託することができなくなります(譲渡制限の意思表示があつても、債権者は譲受人に確定することになります)。

したがって、債務者が誤弁済のリスクを回避するために、引き続きこの場合にも供託ができるよう、金銭債権に限定してではありますが、「譲渡制限の意思表示がなされた場合」を新たな供託原因として追加することとされました。

- (2) また、「譲渡制限の意思表示が付された債権の譲渡がなされ、その後に、譲渡人に破産手続開始の決定がなされた場合」に関し、「仮に、債権譲渡がなされていない場合であつたとしても、債務者は譲渡人以外の者(譲渡人の破産管財人等)に対して弁済をしなければならない場面であることから、弁済の相手方を固定するという債務者の利益が失われていると評価することができること」、「破産手続開始の決定があつた場合のように譲渡人の資力が悪化している場合に、譲受人がその債権を譲渡人の他の債権者に優先して回収し得ることが担保されていることが、資金調達の円滑化という観点からは不可欠であること」等を理由として、譲受人は債務者に供託を請求することができることとされ、債務者には供託義務が生じることとされました。

なお、この点については、「譲渡人以外の者に対して弁済をしなければならない場面とはいっても、譲渡人の破産管財人等と全くの第三者である債権の譲受人とを同列に論じるのは、暴論と言わざるを得ないこと」、「譲渡人の破産手続開始の決定という債務者に何らの帰責性がない事由により、債務者の利益が損なわれることには、根拠がないこと」、「破産手続の開始決定がなされた場面と、他の倒産手続や任意整理の場面、更には法的倒産手続がなされずに放置された場面との間において、相違を設けることにも、根拠がないこと」等を理由として、当会は一貫して反対してきておりましたが、残念ながら、要綱仮案に採用されることとなりました。

要綱仮案

- (4) 譲渡制限の意思表示が付された債権の差押え
譲渡制限の意思表示が付された債権の差押えについて、次のような規律を設けるものとする。
- ア (1)イの規定は、その債権に対して強制執行をした差押債権者に対しては適用しない。
- イ アの規定にかかわらず、譲渡制限の意思表示があることを知り、又は重大な過失により知らなかった第三者の債権者によって、その債権に対して強制執行がされたときは、債務者は、その債務の履行を拒むことができるほか、譲渡人に対する弁済その他の当該債務を消滅させる事由をもって差押債権者に対抗することができる。

- (1) 現行民法においても、判例上、「私人間の合意により差押禁止財産を作出することを認めるべきではなく、譲渡禁止特約付債権についても転付命令によって債権が移転する」ものとされており、この点に学説上も異論が見られないことから、これを明文化することとされました。
- (2) なお、譲渡制限の意思表示があっても債権譲渡は有効であるとした場合には、「譲渡制限の意思表示が付された債権が悪意又は重過失である譲受人に譲渡された場合において、譲受人の債権者がその債権に強制執行をしたときの法律関係」も問題となり得ますが、差押債権者に執行債務者である譲受人が有する以上の権利を認めるべきではないと考えられることから、債務者が譲受人に対して譲渡制限を対抗することができる場合には、差押債権者に対しても、これを対抗することができることとされました。

要綱仮案

(つづく)

- (5) 預金債権又は貯金債権に係る譲渡制限の意思表示の効力
- 預金債権又は貯金債権に係る譲渡制限の意思表示の効力について、次のような規律を設けるものとする。
- ア 預金口座又は貯金口座に係る預金又は貯金に係る債権(以下「預貯金債権」という。)について譲渡制限の意思表示がされた場合において、そのことを知り、又は重大な過失によって知らなかった第三者がその債権を譲り受けたときは、(1)アの規定にかかわらず、債務者は、譲渡制限の意思表示をもってその第三者に対抗することができる。

(つづき) 要綱仮案

イ アの規定は、その債権に対して強制執行をした差押債権者に対しては適用しない。

- (1) 預貯金債権は迅速な払戻しが必要とされる上、債務者が大量の債務を管理しなければならないという特殊性があることから、「例えば、預貯金債権の一部が債権譲渡され、その後に預貯金の払戻しが行われる場合に、その都度、譲渡された預貯金債権と譲渡されていない預貯金債権のいずれについて払戻しを請求するのかを譲渡人に明らかにさせるという対応を採ることは、現実的に不可能であること」等を理由として、預貯金債権については、「譲渡制限の意思表示の内容を、その内容に従って対抗することができる」旨の特則を設けることとされました。
- したがって、預貯金債権については、「債権譲渡を禁止し、当該禁止に反した債権譲渡は無効である」旨の特約を定めれば、当該特約について悪意又は重過失である譲受人に対する債権譲渡は、物権的に無効とされることとなります。
- (2) この点については、要綱仮案がまとめられる直前になって、突然、強く提案されることとなったものであり、「預貯金債権について指摘される上記問題は、他の債権についても同様に生じ得る問題であって、『現実的に対応が可能か否か』という視点で、基本法たる民法において特則を設けることは妥当でない」等を理由として、当会は反対していましたが、銀行業界等の強い要望もあり、結局、上記の通りとなりました。

2 将来債権譲渡

要綱仮案

- (1) 将来債権の譲渡性
- 将来債権の譲渡性について、次のような規律を設けるものとする。
- ア 債権の譲渡は、その意思表示の時に債権が現に発生していることを要しない。
- イ 債権が譲渡された場合において、その意思表示の時に債権が現に発生していないときは、譲受人は、発生した債権を当然に取得する。

- (1) 現行民法においても、将来発生する債権（将来債権）を譲渡することができ、債権譲渡の対抗要件の方法により対抗要件を具備することができることについては、判例上認められており、この点に学説上も異論が見られないことから、これを明文化することとされました。
- (2) また、同様に、判例上、将来発生する債権（将来債権）の譲渡について、将来債権の譲受人は具体的に発生する債権を当然に取得するものとされており、この点にも学説上も異論が見られないことから、これも明文化することとされました。
- (3) なお、将来債権の譲受人と、将来債権を生じさせる契約上の地位の承継人（例えば、賃貸不動産の譲受人、譲渡人の事業の譲受人、譲渡人の破産管財人等）との法律関係（優劣）については、「譲渡人から第三者が契約上の地位を承継した場合には、将来債権の譲受人は、その地位に基づいて発生した債権を取得することができるという考え方」など、当初から継続して活発な検討がなされておりましたが、当該考え方に拠れば、賃料債権が発生しない不動産が流通の対象となり得、不動産取引の安全を阻害する弊害があるなどの問題も提起され、最終的に議論の妥結に至らなかったことから、要綱仮案に採用されないこととなりました。
- したがって、この点については、今後も解釈に委ねられることとなります。

要綱仮案

- (2) 将来債権の譲渡後に付された譲渡制限の意思表示の対抗
- 将来債権の譲渡後に付された譲渡制限の意思表示の対抗について、次のような規律を設けるものとする。
- 民法第467条第1項の規定による通知又は承諾がされた時に債権が現に発生していないときは、その後に行われた譲渡制限の意思表示については、1⁽¹⁾イの規定は、適用しない。

将来発生する債権（将来債権）の譲渡と、譲渡制限の意思表示との法律関係については、「将来債権が譲渡されていることを知らない債務者は、譲渡制限の意思表示によって自らの利益を確保する必要がある一方、譲受人は、譲渡制限の意思表示が付されるリスクがあることを考慮した上で取引に入ることが可能であること」、「将来債権が譲渡されていることを知った債務者は、当該債権を発生させる取引をしないなどの方法をとることが可能であり、この場合にまで譲渡制限の意思表示の対抗を認める必要はないと考えられること」等を理由として、権利行使要件（債務者対抗要件）の具備時までに譲渡制限の意思表示が付された場合には、債務者は、将来債権の譲受人に対して、これを対抗することができることとされました。

3 債権譲渡の対抗要件(民法第467条関係)

要綱仮案

民法第467条第1項の規律を次のように改めるものとする。

債権の譲渡（現に発生していない債権の譲渡を含む。）は、譲渡人が債務者に通知をし、又は債務者が承諾をしなければ、債務者その他の第三者に対抗することができない。

- (1) 債権譲渡の第三者対抗要件については、債権譲渡登記に一元化する案など、当初から継続して極めて活発な検討がなされておりましたが、当会を含めて、「現行民法から大きく制度を変更する必要性が認められず、却って、実務的な利便性を阻害する」等の反対意見も強かったことから、結局、現行法から実質的な変更は行われないうこととなりました。
- (2) なお、「現に発生していない債権の譲渡を含む。」との文言を追加することにより、当該第三者対抗要件の制度が、将来発生する債権（将来債権）の譲渡にも適用されることを明文化することとされました。

4 債権譲渡と債務者の抗弁(民法第478条関係)

要綱仮案

- (1) 異議をとどめない承諾による抗弁の切断
民法第468条の規律を次のように改めるものとする。
- ア 民法第468条第1項を削除する。
- イ 民法第467条第1項の規定による通知又は承諾がされたときは、債務者は、その通知を受け、又はその承諾をした時までに譲渡人に対して生じた事由をもって譲受人に対抗することができる。

(1) 現行民法においては、「債務者が債権譲渡について異議をとどめないで承諾したときは、譲渡人に対抗することができた事由を譲受人に対抗することができなくなる」旨が定められておりますが、単に債権が譲渡されたことを認識した旨を債務者が通知しただけで抗弁の切断という債務者にとって予期しない効果が生ずることについては、債務者の保護の観点から妥当でなく、その正当化根拠の説明も困難であるとして、強い批判もあったところであり、当該規定は、削除することとされました。

その結果、抗弁の切断は、「抗弁の放棄」という一般的な意思表示の問題として取り扱われることとされました。

- (2) また、現行民法においては、「異議をとどめない承諾によって抗弁が切断された場合には、債務者がその債務を消滅させるために譲渡人に払い渡したものがあるときはこれを取り戻し、譲渡人に対して負担した債務があるときはこれを成立しないものとみなすことができる」旨も定められておりますが、異議をとどめない承諾によって抗弁が切断されることを前提とした規定であることから、これも削除することとされました。
- (3) 以上の結果、現行468条第2項の規定は、債務者が通知を受けた場合だけでなく、承諾をした場合にも適用されるように、表現を改めることとされました。

要綱仮案

(2) 債権譲渡と相殺

債権譲渡と相殺について、次のような規律を設けるものとする。

ア 民法第467条第1項の規定による通知又は承諾がされたときは、債務者は、その通知を受け、又はその承諾をした時(以下「権利行使要件具備時」という。)より前に取得した譲渡人に対する債権による相殺をもって譲受人に対抗することができる。

イ 債務者が権利行使要件具備時より後に取得した譲渡人に対する債権であっても、その債権が次に掲げるいずれかに該当するものであるときは、アと同様とする。ただし、権利行使要件具備時より後に他人の債権を取得したものであるときは、この限りでない。

(ア) 権利行使要件具備時より前の原因に基づいて生じた債権

(イ) (ア)に規定するもののほか、譲受人の取得する債権を生ずる原因である契約に基づいて生じた債権

- (1) 債権譲渡と相殺との法律関係については、判例上、「債権譲渡の権利行使要件(債務者対抗要件)が具備される時までに債務者が自働債権を取得していれば、自働債権と受働債権の弁済期の先後を問わず、相殺適状になった場合には、債権の譲受人に相殺を対抗することができる」という考え方(無制限説)が採られていると理解されておりましたが、必ずしも明確ではなかったことから、これを明文化することとされました。
- (2) また、権利行使要件(債務者対抗要件)の具備時に債権の発生原因が既に存在していた場合には、相殺の合理的な期待があるといえることを理由として、当該発生原因に基づき発生した債権を自働債権とする相殺も、債権の譲受人に対抗することができることとされました。
- (3) 更に、権利行使要件(債務者対抗要件)の具備後に生じた原因に基づいて発生した債権であっても、債権譲渡の対象となった債権と同一の契約に基づいて生じた債権であれば、その債権を自働債権とする相殺の期待を保護することにより、将来債権が譲渡された後も譲渡人と債務者との間における取引を継続することができ、債務者のみならず、譲受人の利益にもなるという

ことを理由として、当該同一の契約に基づいて生じた債権を自動債権とする相殺も、債権の譲受人に対抗することができることとされました。

(4) 以上については、いずれも相殺の合理的な期待が認められ、保護に値するものと考えられますが、権利行使要件（債務者対抗要件）の具備時より後に他人の債権を取得した場合には、相殺の合理的な期待があるとは言えないことから、当該他人から取得した債権を自動債権とする相殺については、債権の譲受人に対抗することができないこととされました。

第4 有価証券・債務引受け・契約上の地位の移転 〔文責：阿部宗成〕

1 【有価証券】

現行469条から473条までの「証券的債権」（及びこれと関連する無記名債権に関する83条3項、質権に関する363条及び365条）についての各規定が削除され、これに代えて、有価証券に関する規定が設けられました。

有価証券と「証券的債権」の区別や、記名債権と記名証券等との関係について特段の規定は設けられず、民法、商法及び民法施行法に規定されている証券的債権または有価証券に関する規律について、有価証券法理と抵触する部分は解消することを前提に、現行法の実質を変更しないという基本方針で、規律が整備されています（現行法の用語や規律の変更も検討され、後述するように、一部反映されているものもあります）。

民法が適用される有価証券として、①指図証券（貨物引換証等）、②記名式所持人払証券（記名式の社債等）、③これら以外の記名証券及び④無記名証券（商品券等）を想定するという現行法の分類（記名式と無記名式という区分）が維持されています。

なお、指図証券と持参人払式証券（無記名証券と選択式無記名証券）の二分類とすることも検討されましたが、採用には至りませんでした。また、受戻証券性（有価証券上の権利行使と引換えに証券を交付しなければならないこと）に関する規定、手荷物引換証等の免責証券に関する規定の新設についても採用には至っていません。

要綱仮案

- (1) 指図証券の譲渡（現行第469条）
指図証券の譲渡は、その証券に譲渡の裏書をして譲受人に交付しなければ、その効力を生じない。

譲渡の裏書及び証券の交付につき、これらを対抗要件とする現行法の規律に代えて、譲渡の効力要件とするものです。

要綱仮案

- (2) 指図証券の譲渡の裏書の方式、権利の推定、善意取得及び抗弁の制限（現行第472条）
ア 指図証券の譲渡については、当該指図証券の性質に応じ、手形法（昭和7年法律第20号）中裏書の方式に関する規定を準用する。

民法において特別法の規定を準用することは相当ではないとの意見もありましたが、商法519条1項が手形法を準用している例等に鑑み、手形法を準用する形とされています。

要綱仮案

- イ 指図証券の所持人が裏書の連続によりその権利を証明するときは、その者は、証券上の権利を適法に有するものと推定する。

小切手法19条1文と異なり、判例に従い、みなし規定ではなく推定規定とされています。

要綱仮案

- ウ 何らかの事由により指図証券の占有を失った者がある場合において、その所持人がイの規定によりその権利を証明するときは、当該所持人は、その証券を返還する義務を負わない。ただし、当該所持人が悪意又は重大な過失によりその証券を取得したときは、この限りでない。

現行法（商法519条2項が準用する小切手法21条）の規律が維持されています。

善意取得の範囲については引き続き解釈に委ねることを前提としつつ、「事由ノ何タルヲ問ハズ」とい

う現行の文言が変更されています(同文言を完全に削除することも検討されましたが、表現を変更して残されています)。

また、善意取得が認められる前提としての裏書の連続の判断時期についても手形法等と同様に解釈に委ねられました。

要綱仮案

エ 指図証券の債務者は、その証券に記載した事項及びその証券の性質から当然に生ずる結果を除き、その証券の譲渡前の債権者に対抗することができた事由をもって善意の譲受人に対抗することができない。

現行472条の規律が維持されています。

要綱仮案

- (3) 指図証券の質入れ(現行第363条及び第365条)
(1)及び(2)の規定は、指図証券を質権の目的とする場合について準用する。

指図証券の質入れについて、証券の交付及び質権設定の裏書が効力要件とされており、後者について第三者対抗要件とする現行法の規律が変更されています。

要綱仮案

- (4) 指図証券の弁済の場所、証券の提示による履行遅滞及び債務者の調査の権利(現行第470条)
ア 指図証券の弁済は、債務者の現在の住所においてしなければならない。
イ 指図証券の債務者は、その債務の履行について期限の定めがあるときであっても、その期限が到来した後に所持人がその証券を提示してその履行の請求をした時から遅滞の責任を負う。
ウ 指図証券の債務者は、その証券の所持人並びにその署名及び押印の真偽を調査する権利を有するが、その義務を負わない。ただし、債務者に悪意又は重大な過失があるときは、その弁済は、無効とする。

弁済場所から「営業所」を除き、住所のみとしているほかは、現行法の規律が維持されています。

要綱仮案

- (5) 指図証券の喪失及びその場合の権利行使方法
ア 指図証券は、非訟事件手続法(平成23年法律第51号)第100条に規定する公示催告手続によって無効とすることができる。
イ 金銭その他の物又は有価証券の給付を目的とする指図証券の所持人がその指図証券を喪失した場合において、非訟事件手続法第114条に規定する公示催告の申立てをしたときは、その債務者に、その債務の目的物を供託させ、又は相当の担保を供してその指図証券の趣旨に従い履行をさせることができる。

現行商法518条、民法施行法57条と同様の規律が維持されています。

要綱仮案

- (1)ア 記名式所持人払証券(債権者を指名する記載がされている証券であつて、その所持人に弁済をすべき旨が付記されているものをいう。以下この第20において同じ。)の譲渡は、その証券を交付しなければ、その効力を生じない。

譲渡の要件については、現行法に規定が置かれていないところ(現行471条参照)、証券と権利が結合しているという有価証券の性質から、証券の交付を譲渡の効力要件とするものです。

要綱仮案

- イ 記名式所持人払証券の所持人は、証券上の権利を適法に有するものと推定する。

指図証券についての規律と同じく、現行法のみなし規定が推定規定とされています。

要綱仮案

(☑つづく)

- ウ 何らかの事由により記名式所持人払証券の占有を失った者がある場合において、その所持人がイの規定によりその権利を証明するときは、当該所持人は、その証券を返還する義務を負わない。ただし、当該所持人が悪意又は重大な過失によりその証券を取得したときは、この限りでない。

【つづき】 要綱仮案

- エ 記名式所持人払証券の債務者は、その証券に記載した事項及びその証券の性質から当然に生ずる結果を除き、その証券の譲渡前の債権者に対抗することができた事由をもって善意の譲受人に対抗することができない。
- (2) (1)の規定は、記名式所持人払証券を質権の目的とする場合について準用する。
- (3) 1(4)及び(5)の規定は、記名式所持人払証券について準用する。

いずれも、指図証券と共通の規律です。

要綱仮案

- (1) 債権者を指名する記載がされている証券であつて指図証券及び記名式所持人払証券以外のもは、債権の譲渡又はこれを目的とする質権の設定に関する方式に従い、かつ、その効力をもってのみ、譲渡し、又は質権の目的とすることができる。
- (2) 1(5)の規定は、(1)の証券について準用する。

指図証券及び記名式所持人払証券以外の記名証券については、規律を設けることの当否自体につき議論がなされましたが、これに関し、裏書禁止手形と同様の見解の対立があることを反映すべく、手形法11条2項と同様の規定とされました。

権利の推定、善意取得、抗弁の制限に関する規律を設けず、流通保護が不要であるという法的性質を明示する形で規定が設けられています。

要綱仮案

- 4 無記名証券(現行第86条第3項及び第473条)2の規定は、無記名証券について準用する。

無記名「債権」について、動産とみなし、証券の引渡しが対抗要件とされている現行法の規定を削除し、無記名証券の有価証券としての性質に鑑みて、記名式所持人払式証券と同様の規律を及ぼす旨の規定が設けられています。

2 【債務引受】

債務引受について、現行の明文規定はありませんが、判例及び学説上、これが可能であることについて異論はなく、実務上も重要な機能を果たしています。

このような現状を踏まえ、併存的債務引受と免責的債務引受とを区分し、各類型につき、要件・効果が規定されています。

なお、併存的債務引受と免責的債務引受の関係として、当初は併存的債務引受を債務引受の原則的な形態とし、これに免除の意思表示が付加されたものを免責的債務引受と捉えて整理する方向で検討が進められていましたが、「債務の移転」構成との関係を含め、結論は示されていません。この点、当会としては、併存的債務引受と免責的債務引受とはその性質において別物である(典型的な類型として、併存的債務引受については同一内容の債務を新たに負担するもの、免責的債務引受は債務の移転と捉える、但し、それ以外の類型を否定するものではない)旨の意見を述べました。

なお、拡充される保証人保護のための規律の適用を回避する手段として併存的債務引受が利用されることを避けるべく、併存的債務引受につき、対象としてはそのうち「保証を主たる目的とするもの」等何らかの絞りをかけ、あるいは契約条項、柔軟な解釈により手当てをすることを前提に、保証の規定を準用する旨の規律を設けることが検討されました。

当会としては、特に債務者の負担部分が100%である場合等を考慮し、デフォルトルールとして保証の目的でなされたものと推定する形等での条項化を求めましたが、柔軟な契約解釈等により対応すべきとの理解により、採用が見送られています。

要綱仮案

1 併存的債務引受

(1) 併存的債務引受の要件・効果

- ア 併存的債務引受の引受人は、債務者と連帯して、債務者が債権者に対して負担する債務と同一の内容の債務を負担する。

絶対的効力事由が広く認められることで債権者の期待に反する結果となることを首肯するものではなく、連帯債務の絶対的効力が現行法下よりも限定される(第17の2)ことを前提として(最判昭和41年12月20日の最高裁判例の考えを採用するものではありません)、現行433条のように、性質上当然に適用されないものを除き、連帯債務の規定に従うことを示した規律です。

要綱仮案

イ 併存的債務引受は、引受人と債権者との契約によってすることができる。

債務者の意思に反する保証を認める判例(大判大正15年3月25日)の考えを踏襲して、債務者の意思に反するか否かを問わず、債権者と引受人との合意による併存的債務引受の成立を認める現在の通説に則った規律となっています。

要綱仮案

ウ 併存的債務引受は、引受人と債務者との契約によってもすることができる。この場合において、併存的債務引受は、債権者が引受人に対して承諾をすることによって、その効力を生ずる。
エ ウの規定によってする併存的債務引受は、第三者のためにする契約に関する規定(第29参照)に従う。

債務者と引受人との合意によって成立する併存的債務引受については、現行538条、539条を含む第三者のためにする契約に関する規律が適用され、債権者の承諾が必要とされています。この債権者の承諾につき、引受人に対してなされることが要求されているのは、現行537条2項と平仄を合わせる趣旨です。

要綱仮案

(2) 併存的債務引受の引受人の抗弁等
ア 引受人は、併存的債務引受により負担する自己の債務について、その効力が生じた時に債務者が主張することができる抗弁をもって債権者に対抗することができる。

引受人は引受の効力発生時に債務者が主張することができる抗弁を債権者に対抗できるという異論のない解釈を明文化するものです。

なお、債務者の有する相殺権については、現行436条2項によって、引受人が援用できるものとされています。また、引受人と債務者との間の抗弁は、債権者には原則として対抗できません。

要綱仮案

イ 債務者が債権者に対して取消権又は解除権を有するときは、引受人は、これらの権利の行使によって債務者がその債務の履行を免れる限度で、債権者に対して債務の履行を拒むことができる。

債務引受がなされただけでは、引受人は取消権や解除権を行使できないところ、債務者がこれらを行えば引受人の債務も消滅するにも関わらず、行使されるまでは、引受人は履行拒絶できないという関係は不当であるとする現行の解釈を明文化するものです。但し、履行を拒むことができる範囲は権利行使によって、債務の履行を免れる限度に限定されています。

要綱仮案

(1) 債権者と引受人との契約による免責的債務引受
ア 免責的債務引受によって、引受人は債務者が債権者に対して負担する債務と同一の内容の債務を負担し、債務者は自己の債務を免れる。

異論がない解釈の限りで、免責的債務引受の効果を明文化したものです。

要綱仮案

イ 免責的債務引受は、引受人と債権者との契約によってすることができる。
この場合において、免責的債務引受は、債権者が債務者に対してその契約が成立した旨を通知することによって、その効力を生ずる。

債務者の意思を知り得ない場合に、免責的債務引受が有効に成立するか否かが明らかとならず、取引

の障害になっているとの批判等を踏まえ、債権者と引受人との合意によって成立する免責的債務引受の要件として、債務者の意思に反する類型を否定する大判大正10年5月9日判決とは異なり、債務者の意思に反するか否かに関わらず、債権者（引受人は除かれています）が債務者に対して契約が成立した旨を通知することによって、効力が生じるとされています。

債務者に対する通知は、債務者が知らないうちに契約から離脱することを防止するために要求されるものです（債権者による免責の意思表示は不要です）。

債務者に損害が生じた場合に、債権者がこれを賠償しなければならない旨の規定を設けることも検討されましたが、免除益課税分についての要件の策定が困難であること等から採用されませんでした。

要綱仮案

- (2) 債務者と引受人との契約による免責的債務引受
免責的債務引受は、引受人と債務者が契約をし、債権者が引受人に対してこれを承諾することによってもすることができる。

債権者の関与なく債務者が交替することによる債権者の不利益の発生を避けるため、債権者の承諾を要求することを含め、異論のない解釈を明文化するものです。

免責的債務引受の効力発生時期については、合意時に遡及する、承諾時である等、争いがありました。債権者の承諾時とされました。

要綱仮案

- (1) 引受人は、債務者に対して求償権を取得しない。

免責的債務引受は、引受人が、他人の債務を自己の債務として履行するものであり、それ自体には求償関係を発生させる基礎を欠いており、また、求償権を生じさせる他の方法があるにもかかわらず、あえて、免責的債務引受を選択したことから推測される当事者の通常の意味から、（事務管理または不当利得に基づく）求償をすることができないことを確認

する規定として設けられたものです。

大阪弁護士会としては、求償権の有無は、引受人との原因関係上の合意の内容（負担部分の存否等）により個別に定まるものであり、明文化による誤解が生じる恐れがあること等から反対しましたが、結論として、免責的債務引受の効果としては求償権を取得しないことが明示されました。

この規律の下でも、債務者と引受人との引受の対価の支払い合意や委任の規定（現行649条、650条）が適用される場合や求償権を発生させる他の方法（保証契約等）を採ることは否定されていません。

要綱仮案

- (2) 引受人は、免責的債務引受により負担した自己の債務について、その効力が生じた時に債務者が主張することができる抗弁をもって債権者に対抗することができる。

相殺以外の、免責的債務引受の効力発生時に債務者が有していた抗弁の主張を認める一般的な理解を明文化したものです。

債務者が免責されることあるいは他人の債権を処分することはできないこと等から、「抗弁」の文言にて、債務者の有する相殺権を行使することができないことを明示しています。

要綱仮案

- (3) 債務者が債権者に対して取消権又は解除権を有するときは、引受人は、免責的債務引受がなければこれらの権利の行使によって債務者がその債務の履行を免れることができた限度において、債権者に対して債務の履行を拒むことができる。

併存的債務引受についての規律と同様の規律です。相殺権については、免責的債務引受によって債務者が完全に免責されることを前提に、この場合、債務者の有する相殺権は引受人の債務に帰趨に影響しないことから、これを理由とした履行拒絶を認めないこととされています。

要綱仮案

- (1) 債権者は、2(1)アの規定により債務者が免れる債務の担保として設定された担保権を引受人が負担する債務に移すことができる。ただし、引受人以外の者が担保を設定した場合には、その承諾を得なければならない。

債務者の交替により、担保設定、保証の前提が変更されるにもかかわらず、当然にこれらが引受人の債務を担保することになるのは妥当ではありません。判例も、保証債務及び債務者以外の第三者が設定した物的担保権については消滅するとしています（大判大正11年3月1日、最判昭和46年3月18日）。

これに対し、債務者が設定した担保については、見解の対立がありました。

検討の結果、債権者の単独の意思によって（債務者または引受人との合意は不要とされています）、「移す」、すなわち、後順位担保権者の承諾がなくても、担保順位を維持したまま移転させることができる、但し、債務者を含む引受人以外の者が担保を設定した場合には、その者の承諾が必要であることとされました（現行518条参照）。ちなみに債務者が免責的債務引受の当事者となっている場合でも、免責的債務引受の合意とは別に担保移転についての承諾が必要となります。

要綱仮案

- (2) (1)の規定による担保権の移転は、あらかじめ又は同時に引受人に対してする意思表示によってしなければならない。

債権者が担保の移転を望まない場合には、移転させる必要がないため、あらかじめまたは免責的債務引受と同時の意思表示を要件としています。

要綱仮案

- (3) (1)及び(2)の規定は、2(1)アの規定により債務者が免れる債務の保証をした者があるときについて準用する。

保証について、物的担保と同様の規律を設けています。

要綱仮案

- (4) (3)の場合において、保証人の承諾は、書面で行わなければならない。その効力を生じない。

要式性について現行446条2項との整合性を図るものです。

要綱仮案

- (5) (3)の保証人の承諾がその内容を記録した電磁的記録によってされたときは、その承諾は、書面によってされたものとみなして、(4)の規定を適用する。

要式性について現行446条3項との整合性を図るものです。

3 【契約上の地位の移転】

契約の当事者の一方が第三者との間で契約上の地位を譲渡する旨の合意をした場合において、その契約の相手方が当該譲渡を承諾したときは、契約上の地位は、当該第三者に移転する。

現在明文規定はないものの、判例及び学説上、「契約上の地位の移転」を認めることに異論はないと言われており、当事者の一方の変更にもかかわらず、将来に向かって契約の効力を存続させることができる法技術として、実務上も広く用いられ、有用性も認められています。

そこで、ルールの明確化を図るため、その要件、効果を明文化した規定です。

三者間の合意がある場合だけでなく、譲渡人及び譲受人の合意があり、これを相手方が承諾した場合にも認められることとされました。

相手方の承諾を要しない場合の要件の具体化（但し、不動産賃貸人の地位の移転と債権譲渡の関係は特則で規律されています（第33の5））、既発生の債権債務の移転の有無、担保の順位を維持しつつ移転させる方法、相手方の承諾の時期（事前の承諾の効力）、譲渡人の当然免責の明文化、独自の対抗要件制度の創設が検討されましたがいずれも見送られ、解釈に委ねられました。