

平成22年4月7日

法制審議会民法（債権関係）部会

部会長 鎌田 薫 殿

一般社団法人 流動化・証券化協議会

民法改正ワーキング・グループ

座長 片岡義広

債権法改正に係る意見書【詳細版】

(中間論点整理)

目次

第1	はじめに.....	2
第2	将来債権譲渡.....	3
1.	将来債権譲渡の効力.....	3
2.	将来債権の譲渡人・管財人等の原因関係維持義務.....	5
3.	債権（将来債権を含む）の譲渡後に譲渡対象債権に譲渡禁止特約が付された場合の規律.....	6
第3	債権の譲渡禁止特約.....	7
第4	債権譲渡等の対抗要件.....	9
1.	金銭債権譲渡の登記一元化.....	9
2.	差押えの取扱い.....	11
3.	債権譲渡登記に関する開示範囲の問題.....	11
4.	非金銭債権の譲渡と第三者対抗要件.....	12
5.	契約上の地位の移転と債権譲渡の第三者対抗要件.....	14
第5	債務者の抗弁.....	14
1.	包括的な抗弁放棄.....	14
2.	振替社債等と抗弁の切断.....	15
第6	契約上の地位の移転.....	16
1.	契約上の地位の移転に係る事前承諾.....	16
2.	契約の性質上相手方の承諾を要しない場合の明確化.....	17
第7	保証.....	18
1.	根保証債権の随伴性と確定.....	18
2.	保証債権の随伴性.....	18
3.	保証引受契約に基づく抗弁.....	19
第8	不実表示.....	20
第9	相殺.....	22

1. 相殺予約の効力.....	22
2. 相殺権の濫用.....	22
第10 約款.....	23
1. 約款の定義.....	23
2. 約款の組入れ要件・不当条項規制.....	24
第11 目的物の所有権の移転と賃貸借契約.....	25
第12 詐害行為取消権.....	26

凡例

- 以下、原則として、法制審議会民法（債権関係）部会資料（以下「部会資料」という。）2「民法（債権関係）の改正検討事項の一例（メモ）」の検討事項に沿って検討を行う。同部会資料が引用されている箇所における冒頭の「15」等の番号は同部会資料の検討事項の番号である。
- 【】の記載は、民法（債権法）改正検討委員会（委員長鎌田薫。以下「検討委員会」という。）の「債権法改正の基本方針」（以下「基本方針」という。）の改正に係る「提案」の番号である。

第1 はじめに

本意見書は、法制審議会民法（債権関係）部会において審議される事項について、一般社団法人流動化・証券化協議会内に設置された民法改正ワーキング・グループにおいて、民法（債権法）改正が流動化・証券化に及ぼす影響にかんがみ、あるべき改正の方向について意見を述べるものである。

なお、基本方針は、有力な民法学者及び関係する法学者の民法（債権法）改正に関する意見が表明されたものであって、優れた学問的価値を持つものとして敬意を表するとともに、民法（債権法）改正の有力な案であると考えるところから、必要に応じ、流動化・証券化に及ぼす実務的影響の観点から、これに対する当協議会の意見を述べるものである。

なお、本意見書は、当ワーキング・グループの責任において検討・とりまとめが行われたものであるが、当ワーキング・グループを含む当協議会会員は、オリジネーター、アレンジャー、受託者、投資家、格付会社、弁護士、公認会計士等の専門家等多様な立場から流動化・証券化取引に関わるため、個々の意見については、それぞれの立場において本意見書と異なる意見を有する可能性が存在する。

また、当ワーキング・グループの中でも、本意見書にかかる論点については様々な意見が存在し、本意見書はその最大公約数的なところを集約したものである性質上、個々の意見については、当ワーキング・グループのメンバーそれぞれの立場において本意見書と異なる意見を有するものも存在することを申し述べる。とくに、当ワーキング・グループの顧

問の先生方については、当ワーキング・グループの議論を充実かつ多様なものとする観点から御参加いただいたものであり、本意見書の取りまとめにはそれら顧問の先生方は関与されていないことをおことわりする。

本意見書は、これらの点に留意しつつも、流動化・証券化市場の健全な発展という観点から、意見を申し上げるものである点、あらかじめ御了承頂ければ幸甚である。また、本意見書は、本意見書提出時点における民法（債権法）改正をめぐる議論の状況を前提として、当ワーキング・グループの意見を述べるものであり、今後の議論の進展に応じ、意見を修正し又はさらなる提言を行う可能性がある点、あわせておことわりする。

第2 将来債権譲渡

本論点については、部会資料2「民法（債権関係）の改正検討事項の一例（メモ）」に記載されているものではないが、基本方針【3.1.4.02】において提案がなされ、その結果、一般の債権法改正をめぐる議論において高く注目されている論点の一つであるため、当協議会としての意見を申し上げるところである。

1. 将来債権譲渡の効力

<意見>

将来債権譲渡の効力について民法に規定を設ける場合には、将来債権譲渡の効力に関する事項のうち倒産法の領域に委ねるべき事項を明確にし、当該事項は倒産法の領域に委ねることを明確にすべきである。

具体的には、将来債権の譲渡人が倒産した場合において、管財人等（管財人及び民事再生手続の場合の再生債務者をいう。以下同じ。）のもとで新たに締結された取引から発生する債権について、譲渡人の下で行われた将来債権譲渡の効力が及ぶかという問題についての規律を民法において規定する趣旨ではないことを明確にすべきである。

実質的に見ても、管財人等が基本方針【3.1.4.02】<2>の提案要旨に定義する「第三者」に該当するか、あるいは、譲渡人の契約上の地位を承継した者に当たるか否かという論点の結論が、管財人等のもとで新たに締結された取引から発生する債権などについて、譲渡人の下で行われた将来債権譲渡の効力が及ぶか否かという論点の結論を形式的に導き出すようなアプローチは適切でないと考える。

<理由>

- 1 将来債権譲渡の効力については、基本方針【3.1.4.02】<2>において、検討委員会の提案がなされ、その結果、一般の債権法改正をめぐる議論において高く注目されている論点となっている。

【3.1.4.02】<2>について、検討委員会の提案要旨では、同提案の趣旨の一つとして、

将来債権譲渡の譲渡人が倒産した場合において、管財人のもとで新たに締結された取引から発生する債権などについて、譲渡人の下で行われた将来債権譲渡の効力が及ぶかどうかという問題を、管財人が『同提案要旨に定義する「第三者」に当たるか否か』（換言すれば、『当該将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者以外の者に当たるか否か』、ということ指しているものと思われる。）という形で議論することができるようにしようとするものである、と述べられている。

2 しかし、上記問題は、その性質上、民法において解答が出されるべき問題でないことはもとより、どのような形で議論をなすべきかという点についても、民法ではなく倒産法の領域に委ねられるべき問題である。

すなわち、倒産法の趣旨に則り、倒産法の領域において、再建型倒産手続の円滑な遂行の利益と将来債権のキャッシュフローを利用したファイナンスの実現の利益の調和を図りつつ、個々の再建型倒産案件において関係する利害を考慮し妥当な結論を導くことを可能とするためにはどのような規範を定立することが適切かという観点から議論がなされるべき問題である。

実質的に見ても、管財人等が基本方針【3.1.4.02】<2>の提案要旨に定義する「第三者」に該当するか、あるいは、譲渡人の契約上の地位を承継した者に当たるか否かという論点の結論が、管財人等のもとで新たに締結された取引から発生する債権などについて、譲渡人の下で行われた将来債権譲渡の効力が及ぶか否かという論点の結論を形式的に導きだすようなアプローチは画一的に過ぎ、かかるアプローチにより個々の再建型倒産案件において関係する具体的な利害を考慮し妥当な結論を導くことは困難である。¹

結果として、将来債権譲渡に関する平成19年2月15日最高裁判決を代表とする一連の最高裁判決により高められた将来債権のキャッシュフローを利用したファイナンス（将来債権の真正譲渡による事業証券化案件、将来の売掛債権を担保とする ABL 取引等）の実務的な実現可能性を、大幅に後退させる契機を含んでいるばかりか、その

¹ かかるアプローチにより、たとえば、管財人等が「第三者」に該当し、管財人等の下で締結された取引から発生する債権には将来債権譲渡の効力が及ばないとする解釈がされることになった場合、次のような問題が生じる。すなわち、たとえば、売掛債権のように個々の取引毎に個別契約に基づき発生する債権を将来債権も含めて譲渡し証券化するケースにおいては、債権譲渡人の倒産手続開始後に発生する債権の大半が事実上、管財人等の下で締結された取引から発生する債権になってしまうことから、当該証券化取引に基づき発行された資産担保証券（ABS）はデフォルトする可能性が高い。その結果、売掛債権証券化のような証券化対象債権が個別契約に基づき発生する債権であるものについては、場合によっては、債権譲渡人の事業からのキャッシュフローの流出が少なく、再建型倒産手続の円滑な遂行の観点から制約を加える必要の必ずしもない証券化取引の実行まで不当に制約されてしまうという問題が生じる。これに対し、賃料債権のように継続的な契約に基づき債権が発生し続ける債権を将来債権も含めて譲渡し証券化するケースにおいては、債権譲渡人の倒産手続開始後においても倒産手続開始前に締結した債権発生の原因となる契約が存続し続ける可能性が少なくないことから、当該証券化取引に基づき発行された ABS はデフォルトせず、倒産手続の中でも存続する可能性がある。その結果、賃料債権証券化のような証券化対象債権が継続的な契約に基づき発生する債権であるものについては、場合によっては、債権譲渡人の事業からのキャッシュフローの流出が大きく、再建型倒産手続遂行の見地から制約すべき証券化取引まで存続されてしまうという問題が生じる。

結果、再建型倒産手続の円滑な遂行も大幅に阻害される契機を含んでいる。

- 3 したがって、将来債権譲渡の効力について民法に規定を設ける場合には、上記問題についての議論は倒産法の領域に委ね、この問題についての規律を民法において規定する趣旨ではないことを明確にすべきである。
- 4 なお、基本方針【3.1.4.02】〈2〉自体の必要性等については、当ワーキング・グループ内でも一部、懐疑的な見方を示す者も存した。この点については、今後の検討・議論の推移に応じ、更なる提言を行う可能性がある。

2. 将来債権の譲渡人・管財人等の原因関係維持義務

<意見>

将来債権譲渡を行った譲渡人について、譲渡対象債権の発生原因となる法律関係（原因関係）を維持することが将来債権自体の維持と一体のものと評価できる範囲において、原因関係を維持する義務（譲渡し対抗要件まで備えた「譲受人の」将来債権について、正当な理由なくして、それを毀滅するのと同視できるような行為をとらない義務）が認められることについて、民法に規定することを検討すべきである。

<理由>

- 1 最判平成 18 年 12 月 21 日は担保権設定者の担保価値維持義務を認めているところ、将来債権譲渡についてもそれと平行に考えれば譲渡対象債権の発生原因となる法律関係（以下「原因関係」という。）を維持することが将来債権自体の維持と一体のものと評価できる範囲において、原因関係を維持する義務（譲渡し対抗要件まで備えた「譲受人の」将来債権について、正当な理由なくして、それを毀滅するのと同視できるような行為をとらない義務）が認められるべきである。
- 2 かかる義務が認められず、譲渡人において譲渡対象債権に係る原因関係を全く無視して、正当な理由なく、そこから発生する債権が譲渡対象とならないような新契約を締結できるということであれば、将来債権のキャッシュフローを利用したファイナンスを阻害することとなるだけでなく、将来債権の譲渡人に対し一種の「二重取り」を認める結果になり、公平にも反する。

例えば、一定の事業から発生する将来債権 5 年分を債権譲受人に譲渡した 1 年後に、譲渡人が譲渡対象債権に係る原因関係である事業を当該債権譲受人以外の第三者（事業譲受人）に譲渡した場合を想定すると、仮に譲渡人が将来債権の原因関係維持義務を負うことなく、事業譲受人に対する上記将来債権譲渡に基づく負担のない事業譲渡を行えるとしたら、譲渡人は既に債権譲受人に対し対価を取得して譲渡した 2 年目～5 年目に発生する将来債権の現在価値を含めた金額で当該事業の譲渡（売却）を行えることになり、債権譲受人の犠牲において（2 年目～5 年目に発生する将来債権の現在価値分だけ）二重の利得を取得することとなり、極めて不公平な結果が生じてしま

うからである。

- 3 そこで、将来債権譲渡を行った譲渡人について、原因関係を維持することが将来債権自体の維持と一体のものと評価できる範囲において、原因関係を維持する義務（譲渡し対抗要件まで備えた「譲受人の」将来債権について、それを毀滅するのと同視できるような行為をとらない義務）が認められるべきと考える。
- 4 そして、かかる譲渡人の原因関係維持義務は、譲渡人が倒産した場合の管財人等にも承継されるべきである。倒産法上の議論にはなるが、かかる義務の違反は、将来債権の譲受人から見れば、取戻権（民事再生法 52 条等）又は別除権（民事再生法 53 条等）等の侵害と評価され、管財人等によるかかる義務の違反が行われた結果、再生債務者財産や更生会社財産（以下、「再生債務者財産等」という。）が上記の「二重取り」をする結果となった場合、たとえば、法律上の原因なく、債権譲受人の損失において、再生債務者財産等が利益を受けたと言えることから、債権譲受人は再生債務者財産等に対し不当利得返還請求権（共益債権になる。民事再生法 119 条 6 号、会社更生法 127 条 6 号）を行使することができると考えられる。但し、将来債権の譲渡人は正当な理由があれば原因関係維持義務に拘束されないと解されるべきであり、例えば管財人等については、再建型倒産手続の円滑な遂行という観点からかかる正当な理由はある程度広く解されることになると思われる。

3. 債権（将来債権を含む）の譲渡後に譲渡対象債権に譲渡禁止特約が付された場合の規律

<意見>

債権（将来債権を含む）の譲渡がなされ、当該債権譲渡について債務者による承諾がなされた後においては、当該債権の発生原因たる契約に譲渡禁止特約が付された場合であっても、債務者は譲渡禁止特約を当該債権の譲受人に対抗できないことを民法に規定すべきである。

<理由>

- 1 債権（将来債権を含む）の譲渡後、当該債権の発生原因たる契約に譲渡禁止特約が付された場合、当該債権の譲渡につき効力が生じるかについては、諸説あるものの、一切効力が否定されるというのでは債権の譲受人の利益をあまりに害する。
そして、現行法上、既発生の譲渡禁止特約付債権であっても、譲渡人がそれを隠して譲受人に売却すれば、善意無重過失の譲受人が譲渡禁止特約付債権を取得することができることとの対比等から、上記場合においても一定の範囲では譲渡の効力が認められるべきである。
- 2 そこで、債権（将来債権を含む）の譲渡がなされ、当該債権譲渡について債務者による承諾がなされた後においては、当該債権の発生原因たる契約に譲渡禁止特約が付

された場合であっても、債務者は譲渡禁止特約を当該債権の譲受人に対抗できないことを民法に規定すべきである。

第3 債権の譲渡禁止特約

部会資料2「民法（債権関係）の改正検討事項の一例（メモ）」

15 債権の譲渡禁止特約（民法第466条第2項）

現行法は、債権が原則として譲渡可能であるとした上で（民法第466条第1項）、当事者間の譲渡禁止の特約が第三者に対しても効力を有することを認めているところ（同条第2項）、この特約については、判例上、①差押え・転付命令による債権の移転は制限されないこと、②特約の存在を知らないことに重大な過失がある譲受人は「善意の第三者」（同項ただし書）に含まれないことが明らかにされている。そこで、このような判例法理について、明文化するかどうかを検討する必要があるのではないかと。

もっとも、この譲渡禁止特約の効力については、そもそも民法制定時にも議論が分かれていたほか、今日では、とりわけ金融の分野において債権譲渡が重要な機能を果たしていることにかんがみ、特約の効力をできる限り制限する方向で法改正をすべきであるとの指摘もされているところである。そこで、譲渡禁止特約に関しては、このような指摘があることをも踏まえて、制度の在り方も含めた全般的な見直しをする必要があるのではないかと。

<意見>

譲渡禁止特約付債権の流動化を可能にするために、譲渡禁止特約に反する譲渡を当事者間のみならず（債務者に対する権利行使要件を具備すれば）原則として債務者にも対抗できることとしつつ、譲渡禁止特約により確保しようとした債務者側の利益にも一定の配慮を行うこと（具体的には、債務者の相殺の利益を確保するために、譲受人が債務者の譲渡人に対する相殺等の抗弁（債務者に対する権利行使要件具備後に発生する抗弁を含む）の対抗を受けようようにすること、譲渡に伴う事務の煩雑化の回避のために、銀行に対する預金債権など少額多数のものが存在し、大量かつ迅速な払出事務処理が求められるものに対しては、特則として譲渡禁止特約付債権の譲渡は現行法どおりに無効とする旨の例外的な規律を設けること等）により、バランスのとれた解決を図るべきである。

<理由>

- 1 クレジットの高い債務者に対する債権ほど、譲渡禁止特約が付されていることが多く、その点からも譲渡禁止特約付債権の流動化取引を行うことができれば、有力な資金調達手段になりうる。
- 2 この点について、基本方針【3.1.4.03】は、譲渡禁止特約の効力を現行法よりも制

限する立場に立ち、譲渡禁止特約付債権の譲渡も当事者間では有効とし、かつ、かかる譲渡について第三者対抗要件が具備された場合で譲渡人について倒産手続の開始決定があったときには、債務者は譲渡禁止特約をもって譲受人に対抗できないとすることで、債権譲渡を促進する立場に対し一定の配慮が示されている。

しかし、譲渡人が譲渡禁止特約付債権を第三者に譲渡（信託譲渡）し、当該譲渡後も譲渡人がサービサーとして債権回収や債務者との折衝を行うという通常の債権の流動化取引を想定した場合、この種の取引における通常のサービサー解任事由である、債権差押え、倒産手続開始申立て、サービシング契約の重大な違反といった事由が発生しても、【3.1.4.03】によれば、これらは「倒産手続の開始決定」ではないため、債務者は依然として譲渡禁止特約をもって譲受人に対抗できる。そのため、この場合、譲受人はサービサーを解任して、バックアップ・サービサーに当該債権を回収させることも、自らこれを回収することもできず、既にサービシング契約の重大な違反等の問題を発生させている譲渡人を依然としてサービサーとして債権回収等の任務にあたらせなければならないため、なお譲渡禁止特約付債権の流動化の実現は極めて難しい。

- 3 そこで、資金調達手段の多様化のため、譲渡禁止特約付債権の流動化を促す観点からは、譲渡禁止特約に反する譲渡を当事者間のみならず（債務者に対する権利行使要件を具備すれば）原則として債務者にも対抗できることとしつつ、譲渡禁止特約により確保しようとした債務者側の利益にも一定の配慮を行うことにより、バランスのとれた解決を図るというアプローチの方が適切であると考えられる。
- 4 譲渡禁止特約により確保しようとした債務者側の利益への配慮としては、具体的には、①債務者の相殺の利益の確保、②過誤払いの危険の回避、③譲渡に伴う事務の煩雑化の回避、といった譲渡禁止特約の目的を可及的に実現するため、①譲受人は債務者の譲渡人に対する相殺等の抗弁（債務者に対する権利行使要件具備後に発生する抗弁を含む）の対抗を受けるものとし、かつ、②譲渡禁止特約付債権については、債権の準占有者に対する弁済に係る規律にもかかわらず、債権譲渡がなされたことにつき善意でさえあれば、譲渡人になした弁済が有効となることとし、かつ、③銀行に対する預金債権など少額多数のものが存在し、大量かつ迅速な払出事務処理が求められるものに対しては、特則として譲渡禁止特約付債権の譲渡は現行法どおりに無効とする旨の規律とすることが考えられる。
- 5 また、譲渡禁止特約債権の流動化を可能にする観点からは、同特約の当事者間での債権的効力も否定することをも含めて検討すべきように思われる。仮に民法に一般原則として定めることが難しいとすれば、何らかの形で適用範囲を限定した上で当事者間の効力を否定する、あるいは、その旨を特別法という形で立法すること等が考えられる。この点については、今後の議論の進展に対応し、検討の上、更なる提言を行う可能性がある。
- 6 なお、債権法に関する問題ではないが、譲渡禁止特約付債権の流動化を促す観点か

ら、上記改正に伴い、譲渡禁止特約の付されている債権であっても、その譲渡に伴って、譲渡人が譲受人に対し、債務者の情報（個人情報を含む。）を当該債権の管理に必要な範囲において提供することは、明示的に債務者の同意がなかった場合でも、個人情報保護法及び（譲渡人が金融機関である場合）金融機関が負担する守秘義務に抵触しないことを明らかにすべきである。

第4 債権譲渡等の対抗要件

部会資料2「民法（債権関係）の改正検討事項の一例（メモ）」

16 債権譲渡の対抗要件（民法第467条）

指名債権が二重に譲渡され、それぞれ確定日付のある証書により債務者への通知がされるという事例は、実務上しばしば見られるところであるが、現行法はこの場合の優劣基準を明示していない。この点については、確定日付の先後ではなく債務者への到達の先後によって優劣を決するとの判例法理が確立しているので、現行制度を基本的に維持する考え方に立つならば、これを条文上も明記するかどうかを検討する必要がある。また、その際には、現行の民法第467条について、第1項と第2項との関係が分かりにくいことなど、様々な問題点が指摘されていることから、これまでの判例・学説の到達点を踏まえて、規定内容の整理を行う必要もあるのではないかと。

他方で、現行制度に対しては、債務者を債権譲渡の有無に関する情報センターとするという制度構想において、理念的にも実際的にも不備があり、根本的な見直しを行う必要があるとの指摘もされている。債権譲渡登記制度が創設されている今日では、その活用領域を広げて、特例法ではなく民法上の原則的な制度へと改めることも、全く実現可能性に乏しい考え方であるとは言えない。そこで、債権譲渡登記制度の活用領域を広げた場合に生じ得る実務的な課題をも踏まえつつ、根本的な制度の見直しを行う可能性の有無についても検討する必要があるのではないかと。

1. 金銭債権譲渡の登記一元化

<意見>

金銭債権譲渡の第三者対抗要件を登記に一元化するかどうかを検討するにあたっては、現行の債権譲渡登記制度に存在する問題点や、当該一元化により損なわれる利便性について、十分に配慮された制度・システムを構築することが可能かどうかという観点から十分かつ慎重な検討がなされるべきである。

<理由>

- 1 金銭債権譲渡の第三者対抗要件具備の方法が登記に一元化された場合、登記を確認すれば優先する金銭債権譲渡の有無を把握することができるという点で一定のメリッ

トは存在する。

しかし、そもそも現在の債権譲渡登記制度には以下のような問題が存在する。

- ① 現在の債権譲渡登記制度において、いわゆる二重譲渡・二重登記事案が発生しているところ、その原因として、膨大な量の債権譲渡登記がされている場合には、登記事項証明書の交付に時間がかかることがあり、また、下記②の事情ともあいまって、譲渡対象債権の照合に相応の時間を要することから、かかるタイムラグの間に二重登記のリスクが生じ得る。
 - ② 現在の債権譲渡登記制度において、債権の特定方法は様々であり、対象債権の同一性の確認につきある程度難易度の高い作業となっている。
 - ③ 内容証明郵便や確定日付取得と比べて、債権の数によってはむしろコストダウンになる場合もあり得るとはいえ、現在の債権譲渡登記制度における登録免許税のコストは高い。
 - ④ 現在の債権譲渡登記制度において、同順位の質権設定登記ができず、また、根質権としての設定登記ができないといった不備が存在する。
- 2 そこで、登記一元化を検討するにあたっては、まず、これらの問題に十分に配慮された制度・システムを構築すべきである。具体的には、以下のような手当てが望まれ、このような手当てを行うことが可能かどうかという観点から十分かつ慎重な検討がなされるべきである。
- ①については、譲渡人の承諾がある場合には、当該譲渡人についての登記の受付を特定の譲受人のために一定の期間停止するような制度を設けることや先行登記の有無の確認に要する時間の短縮を可能とする制度設計が望まれる。
 - ②については、対象債権を特定する記載の定式化を工夫することにより、より同一性の判断を容易にし、あるいは更に進んで形式的な照合、検索システムによる検索を可能にすることはできないか等を検討すべきである。
 - ③については、利用しやすいコストの設定が望まれる。
 - ④については、同順位の質権設定登記や根質権としての設定登記を可能とする制度とすべきである。
- 3 さらに、金銭債権の第三者対抗要件のみを登記に一元化する場合、債務者の承諾に確定日付を付することにより、ある契約に基づくすべての債権（金銭債権と非金銭債権を含む）の譲渡についての第三者対抗要件、債務者対抗要件、異議なき承諾、契約上の地位の移転についての承諾、そして、場合によっては当該契約に基づくすべての債務の承継についての同意も、一つの書面で一括して得ることができる現状の制度の利便性が損なわれるという問題点が存在する。このため、登記一元化の是非を検討する際には、かかる利便性にも十分に配慮された制度・システムの構築が可能か否かという点も含めて十分かつ慎重な検討が必要であると考えるが、登記一元化と上記現状の制度の利便性の維持を両立させることは必ずしも容易でないように思われる。

2. 差押えの取扱い

<意見>

(上記のとおり現行の債権譲渡登記制度の問題点の克服や、通知・承諾制度から得られる利便性の維持が前提であるが、仮に)金銭債権譲渡の第三者対抗要件につき登記一元化を行う場合、金銭債権の差押えについては、裁判所の嘱託登記が行われることとすべきである。

<理由>

- 1 基本方針【3.1.4.07】〈2〉では、金銭債権譲渡の第三者対抗要件につき登記一元化を行うことを前提とした上で、債権の差押えに関する登記は行わないとの提案がなされているが、登記一元化を行うにもかかわらず、登記により差押えの有無を確認できない制度となれば、金銭債権譲渡について公示機能を充実させた意義が少なからず没却される。

また、【3.1.4.07】〈2〉について、検討委員会は、債権差押えをしたとしても債権回収に成功するかどうかかわからないにもかかわらず、常に差押えの登記をすべきとすると、実益の乏しい多数の登記が行われるだけでなく、差押債権者に対して常に登記費用の負担を強いることになり妥当でないと解説しているが(『詳解・債権法改正の基本方針Ⅲ－契約および債権一般(2)』(検討委員会編、商事法務)307頁)、不動産の競売開始決定に際して行われる嘱託登記の費用は差押債権者が負担していることとの均衡からすれば、差押えの登記をしないこととする決定的な要因とはならないと思われる。

- 2 よって、(上記のとおり現行の債権譲渡登記制度の問題点の克服や、通知・承諾制度から得られる利便性の維持が前提であるが、仮に)金銭債権譲渡の第三者対抗要件につき登記一元化を行う場合、金銭債権の差押えについては、裁判所の嘱託登記が行われることとすべきである。

3. 債権譲渡登記に関する開示範囲の問題

(本3.については、債権法改正とは直接関連しないが、登記制度に関する要望である。)

<意見>

譲渡人が申請した場合に限るなど、一定の制限をかけたうえで、当該譲渡人が行った債権譲渡で債権譲渡登記ファイルに現存しているものすべてを証明する内容の証明書を交付する制度の導入が検討されるべきであるほか、現行の債権譲渡登記制度について、今回の改正を機に改善を図るべきである。

<理由>

- 1 前述した点のほか、現行の債権譲渡登記制度には後述する様々な問題が存在し、今

回の改正を機にこれらの点の改善を図るべきである。

- 2 第一に、先行する登記の有無の確認を容易にし、いわゆる二重譲渡・二重登記事案の発生を可及的に防止するため、譲渡人が申請した場合に限るなど、一定の制限をかけたうえで、当該譲渡人が行った債権譲渡で債権譲渡登記ファイルに現存しているものすべてを証明する内容の証明書（以下「全部事項証明書」という。）を交付する制度の導入が検討されるべきである。
- 3 検討委員会では、登記事項概要証明書の廃止も検討の俎上に上っていたようであるが、現在の債権譲渡登記制度を前提とすると、登記事項概要証明書は、ある譲渡人に関するすべての登記を知り得る資料であることから、登記事項概要証明書を廃止すると、詐欺的な意図をもった譲渡人が対象債権に係る登記事項証明書を隠蔽した場合に、譲受人となろうとする者がそれを確認する術を失ってしまうおそれがあり、登記事項概要証明書を廃止する場合には、上記2に記載した「全部事項証明書」を交付する制度を整備する必要がある。
- 4 将来債権の譲渡人が、当該将来債権譲渡につき登記が具備された後で、当該譲渡した将来債権の原因関係である事業を第三者に譲渡した場合で当該事業譲受人が債権譲渡人の債権譲渡契約上の地位を承継し、当該事業譲受人の下で発生した債権についても上記将来債権譲渡の効力が及ぶ場合を想定すると、現行の債権譲渡登記制度の下では、当該事業譲受人を譲渡人とする債権譲渡の登記事項概要証明書を取得しても、上記将来債権譲渡の存在を認識することはできない。

この点、現行法の解釈は明確ではないが、当該事業譲受人の下で発生した債権についても上記将来債権譲渡の効力が及ぶことを第三者に対抗するためには、当該事業譲渡に伴う債権譲渡人の債権譲渡契約上の地位の承継時にあらためて債権譲渡登記をすることが必要であるとし、当該将来債権譲渡につき債権譲渡人を譲渡人として当初に行われた登記の効力が事業譲受人の下で発生した債権の譲渡には及ばないということになると、取引の安定を害する。

そこで、この点を解決するための制度的な手当てが必要である。

4. 非金銭債権の譲渡と第三者対抗要件

<意見>

債務者の承諾に確定日付を付することにより、ある契約に基づく金銭債権及び非金銭債権双方を含む全ての債権の譲渡についての対抗要件を具備できる現状の制度の利便性が損なわれることがないよう、非金銭債権の譲渡に係る対抗要件のあるべき姿を検討するに際しては、十分かつ慎重な検討がなされるべきである。

<理由>

- 1 基本方針では、【3.1.4.04】<2>において、非金銭債権の譲渡については譲渡契約書

への確定日付の取得をもって第三者対抗要件とすることが提案されているが、同提案には以下のような問題が存在する。とりわけ、③に関し、債務者の承諾に確定日付を付することにより、ある契約に基づく金銭債権及び非金銭債権双方を含む全ての債権の譲渡についての対抗要件を具備できる現状の制度の利便性が損なわれることがないよう、非金銭債権の譲渡に係る対抗要件のあるべき姿を検討するに際しては、十分かつ慎重な検討がなされるべきであり、かかる点に照らせば、非金銭債権の譲渡に係る第三者対抗要件については、金銭債権の譲渡に係る第三者対抗要件と揃えたものとするべきである。

- ① 債務者に代わる公示機関が提示されておらず、非金銭債権の譲渡については、一切の公示なく第三者対抗要件を具備できることとなってしまう。
- ② 第三者対抗要件を債権譲渡契約書への確定日付の取得としたことに伴い、嚴重な債務者対抗要件（権利行使要件）が確定日付ある債権譲渡契約書の写しの債務者への交付による通知とされているが、本来、債務者に債権譲渡契約の内容を開示する必要はないはずである。また、譲渡人及び譲受人の間で合意された債権譲渡の条件・内容について、むしろ債務者に知られたくないという事情が存することも往々にしてありうる。また、これらの情報が、債務者を通じて、第三者に漏洩するリスクも懸念される。そうであるにもかかわらず、このような方法を強制することは、譲渡人及び譲受人にとって、実務上過剰な負担となり、下記③と相まって、債権譲渡の円滑な実施を妨げる要因にもなりうる。
- ③ 【3.1.4.04】<2>は、その提案要旨によれば、非金銭債権については、一般にそれほど頻繁に譲渡の対象とされることがないという認識に基づき行われた提案とのことであるが、譲渡される債権が純粹に金銭債権のみといえるかどうかの判断は困難であることが少なからず想定されうるし、金銭債権の譲渡に伴い、消費貸借契約等債権の発生原因となった契約上の条項に基づく諸権利（かかる諸権利には不作為請求権や報告書類等の交付請求権などの非金銭債権が含まれうる）の一切も一体として譲渡される場合も少なくない。このような非金銭債権の譲渡を伴う金銭債権の譲渡につき、金銭債権の譲渡にかかる対抗要件の具備に加えて、譲渡価格等が記載された債権譲渡契約書の写しの交付を行うことは、実務上到底考えられない。
- ④ 信託受益権のように、金銭債権か非金銭債権か明確に分類できない債権が存在するため、いずれの譲渡にかかる第三者対抗要件を具備すべきかについて実務上の混乱が発生する。

2 なお、上記のうち③については、金銭債権の譲渡に伴い、それに付随する契約上の諸権利も共に付随して移転すると解することができる場合には、主たる権利（金銭債権）の譲渡に係る対抗要件を備えさえすれば、付随する諸権利（非金銭債権）について別途対抗要件を備える必要はない、という規律を明確化することによる対応も考えられる。

5. 契約上の地位の移転と債権譲渡の第三者対抗要件

<意見>

債務者の承諾に確定日付を付することにより、ある契約に基づくすべての債権（金銭債権と非金銭債権を含む）の譲渡についての対抗要件等のほか、契約上の地位の移転についての承諾も、一つの書面で一括して得ることができる現状の制度の利便性が損なわれることがないように、債権譲渡に係る対抗要件のあるべき姿を検討するに際しては、十分かつ慎重な検討がなされるべきである。

<理由>

- 1 上記「4. 非金銭債権の譲渡と第三者対抗要件」1③と共通する問題であるが、金銭債権の譲渡については、例えば、シンジケートローン債権の譲渡は、契約上の地位の移転を伴うのが通常であるとの見方もある。また、開発型の不動産流動化や、船舶を用いた資金調達案件等において、建物や船舶に係る請負契約の注文者たる地位の移転とともに非金銭債権である目的物の引渡請求権が譲渡されることもある。
- 2 基本方針の提案を前提とすれば、金銭債権の譲渡に非金銭債権の譲渡及び契約上の地位の移転を伴う場合には、これらにつき有効かつ第三者対抗要件の具備されたものとするためには、i) 契約上の地位の移転（及び債務引受け）の有効要件としての相手方の承諾、ii) 金銭債権の譲渡の第三者対抗要件としての登記、iii) 非金銭債権の譲渡の第三者対抗要件としての契約書への確定日付の取得という手続を履践する必要が生じ、現在に比べて取引の当事者の負担が増加するほか、地位譲渡の先後及びこれに伴う債権譲渡の対抗要件の具備の先後によって、金銭債権、非金銭債権及び債権以外の契約上の地位がそれぞれ異なる者に帰属してしまう可能性がある。
- 3 このような観点から、債権譲渡に係る対抗要件のあるべき姿を検討するに際しては、契約上の地位の移転に必要な手続についても考慮した上で、現行の制度の利便性が損なわれないよう、十分かつ慎重な検討がなされるべきである。

第5 債務者の抗弁

本論点については、部会資料2「民法（債権関係）の改正検討事項の一例（メモ）」に記載されているものではないが、基本方針【3.1.4.08】等において提案がなされ、その結果、今般の債権法改正をめぐる議論において高く注目されている論点の一つであるため、当協議会としての意見を申し上げるところである。

1. 包括的な抗弁放棄

<意見>

今回の債権法改正により、現民法第468条を改正し、債権譲渡の際の債務者の抗弁の

放棄（切断）に、債務者による積極的な放棄の意思表示を必要とする場合、債権を特定したうえで当該債権に関する全部の抗弁を放棄する旨の債務者の意思表示が可能であることを明確にすべきである。

<理由>

1 個別の抗弁を特定して放棄するのでなければ意思表示の効果が生じないとすれば、譲受人が想定外の抗弁の対抗を受ける可能性が出てくることとなり、取引の安全が害される。

また、債権を特定したうえで当該債権に関する全部の抗弁を放棄する旨の債務者の意思表示があった場合には、対象の特定として十分であり、債務者が確定的にその存在を認識していたわけではない抗弁を含む全部の抗弁について放棄の効果が生じると解することができる。

2 そこで、今回の債権法改正により、現民法第468条を改正し、債権譲渡の際の債務者の抗弁の放棄（切断）に、債務者による積極的な放棄の意思表示を必要とする場合、債権を特定したうえで当該債権に関する全部の抗弁を放棄する旨の債務者の意思表示が可能であることを明確にすべきである。

2. 振替社債等と抗弁の切断

（本2.については、債権法改正に直接関係する事項ではないものの関連する特別法に関する要望である。）

<意見>

社債、株式等の振替に関する法律第2条第1項に定義する社債等（以下「振替社債等」という。）のうち、金銭債権としての性質を有するものについて、所持人が債務者を害することを知って振替社債等を取得した場合を除き、①振替社債等に記載又は記録した事項及び②振替社債等の性質から当然に生じる結果を除き、振替社債等の所持人に対して人的抗弁を対抗できないとする規定を設けるべきである。

<理由>

1 基本方針では、指図証券（【3. 1. 5. 06】）及び持参人払証券（【3. 1. 5. 13】）について、所持人が債務者を害することを知って証券を取得した場合を除き、①証券に記載した事項及び②証券の性質から当然に生じる結果を除き、証券の所持人に対して人的抗弁を対抗できないとする旨の提案が行われている。

2 しかし、振替社債等は指図証券、持参人払証券のいずれにも該当しないと解されるから、振替社債等にはこれらの特則は適用されず、社債、株式等の振替に関する法律に1に記載されたような抗弁切断の特則がないことから、振替社債等の譲受人は、債務者が抗弁を放棄しない限りは、抗弁を対抗される可能性がある。

- 3 この点、振替社債等をはじめとする、流通性を高めるために代替可能なものとして構成された金銭債権について、これらの証券と同様の流通の安全が保護されるべきであるのは論を待たない。
- 4 よって、民法又は特別法においてこの点の手当てがされるべきであるが、まずは、社債、株式等の振替に関する法律に基づく振替社債等のうち、金銭債権としての性質を有するものについては、上記1と同様の規律、すなわち、所持人が債務者を害することを知って振替社債等を取得した場合を除き、①振替社債等に記載又は記録した事項及び②振替社債等の性質から当然に生じる結果を除き、振替社債等の所持人に対して人的抗弁を対抗できないとする規定を同法に設けることが早急に検討されるべきである。

第6 契約上の地位の移転

本論点については、部会資料2「民法（債権関係）の改正検討事項の一例（メモ）」に記載されているものではないが、基本方針【3.1.4.14】等において提案がなされ、その結果、今般の債権法改正をめぐる議論において高く注目されている論点の一つであるため、当協議会としての意見を申し上げるところである。

1. 契約上の地位の移転に係る事前承諾

<意見>

契約の相手方が契約上の地位の移転について事後に承諾した場合のみならず、契約の相手方が契約上の地位の移転について事前に承諾していた場合で契約当事者の一方が第三者と契約上の地位を譲渡する旨の合意をしたときも、原則として契約上の地位の移転の効力が生じることを明確にすべきである。

<理由>

- 1 契約上の地位の移転について債権法改正の内容に盛り込む場合、移転の有効要件としての契約の相手方の承諾が事後のみならず事前のものでもよいか論点となる。
この点、基本方針【3.1.4.14】は、「契約当事者の一方が第三者と契約上の地位を譲渡する旨の合意をし、この合意に対して契約の相手方が承諾したとき」との文言になっており、契約の相手方の承諾は事後でなければならないとも読める提案内容となっている。
- 2 しかし、契約上の地位の移転につき契約相手方の承諾が必要とされる理由は、契約上の地位の移転には債務引受の要素があり、契約相手方の意思を尊重する必要があるためであると解されており、また、免責的債務引受に対する事前承諾を有効とする見解が有力であり、基本方針【3.1.4.12】もかかる見解に基づいた提案になっていることに鑑みると、契約上の地位の移転について事前承諾の有効性を否定する理由は乏し

い。

- 3 そこで、事前に契約の相手方が契約上の地位の移転について承諾していた場合に、契約当事者の一方が第三者と契約上の地位を譲渡する旨の合意をしたときも、原則として契約上の地位の移転の効力が生じることを明確にすべきである。

2. 契約の性質上相手方の承諾を要しない場合の明確化

<意見>

契約上の地位の移転に契約相手方の承諾を要しない場合について、下記①及び②のような具体例を民法に例示することにより、明確にすべきである。

- (1) 流動化・証券化案件におけるプロジェクト契約等、ローン債権者の地位とともに移転することが予定されている契約が存在するが、このように複数の契約が一つのスキームとして一体の契約関係をなしており、特定の債権者の地位とともに当該複数の契約に関する同当事者の地位の一切が移転することが合意されている場合であって、かかる債権が譲渡されたとき
- (2) 地位移転の対象となる契約において契約上の地位の移転の要件として、契約相手方の承諾ではなく別の手続による旨が明記されている場合であって、当該契約上の地位の移転について第三者との間で合意がなされたとき

<理由>

- 1 契約上の地位の移転にあたり、契約の性質上、相手方の承諾が不要とされる場合が存在することは一般に認められているところである。
- 2 そして、【3.1.4.14】の提案要旨に具体例として挙げられた、動産賃貸借において目的物の譲渡とともに賃貸人の地位の譲渡が合意される場合のほか、①流動化・証券化案件におけるプロジェクト契約等、ローン債権者の地位とともに移転することが予定されている契約が存在するが、このように複数の契約が一つのスキームとして一体の契約関係をなしており、特定の債権者の地位とともに当該複数の契約に関する同当事者の地位の一切が移転することが合意されている場合であって、かかる債権が譲渡された場合や、②地位移転の対象となる契約において契約上の地位の移転の要件として、契約相手方の承諾ではなく別の手続による旨が明記されている場合は、当該契約の性質上、契約上の地位の移転に契約相手方の承諾を要しないものと解するのが妥当である。
- 3 このような具体例を民法において明確に示すことは、契約上の地位の移転に係る相手方の承諾の要否を検討するにあたっての解釈の指針が示されることになり、有益と考える。
- 4 そこで、契約上の地位の移転に契約相手方の承諾を要しない場合について、上記2の①及び②などの具体例を民法に例示することにより、明確にすべきである。

第7 保証

部会資料2「民法（債権関係）の改正検討事項の一例（メモ）」

14 保証人保護の拡充

保証に関しては、平成16年の民法改正により、保証人保護のための見直しが行われたところであるが、さらに保証人保護を拡充する観点から、平成16年改正で新設された根保証契約に関する規定を「貸金等債務」（民法第465条の2第1項）が含まれないものにまで及ぼすことの当否その他の諸問題について、平成16年改正の際の衆参両院の法務委員会における附帯決議も踏まえて、検討する必要があるのではないか。

1. 根保証債権の随伴性と確定

<意見>

根保証の随伴性が認められるかどうかについて、明文の規定を設けるべきである。

根保証について、法定の元本確定事由として、根抵当権と同様、債権者の元本確定請求を明文で規定するべきである。

<理由>

- 1 根保証の随伴性については、肯定する見解・否定する見解が存在し、その結論は明確でない。

この点、取引の安全のために権利関係の明確化を図る観点から、いずれの結論を採用にせよ明文の規定を設けるべきである。

- 2 また、根保証付債権を保証が付されたまま移転することを容易とするため、（特に根保証の随伴性を否定する場合）法定の元本確定事由として、根抵当権と同様、債権者の元本確定請求を明文で規定するべきである。

2. 保証債権の随伴性

<意見>

保証社債・保証付電子記録債権について、債務者と保証人の間に保証引受契約が存在する場合、同契約の存在を債権者に表示した時点で、保証に係る債権者の権利が発生することを明確にすべきである。

主債権の善意取得時に、保証引受契約に基づく保証の撤回・変更ができないことを明確にすべきである。

<理由>

- 1 保証の意義に関し、基本方針【3.1.7.01】は、債務者と保証人の間の保証引受契約

によって成立する保証という概念を新たに提案している。

- 2 【3.1.7.01】<3>は、保証引受契約に基づく保証にかかる債権者の権利は、原則として債権者が保証人に対して同意の意思を表示した時に発生するが、例外的に、保証引受契約の存在を債権者に対して表示した時に発生する旨の慣習があるときには、それに従うとする。

この点、保証社債・保証付電子記録債権については、【3.1.7.01】の提案要旨にもあるとおり、慣習上、保証が存在する旨が社債の募集にあたって示されたり、電子記録債権記録簿に保証の旨が記載されたりした時点で、すでに保証の効力が発生し、債務者や保証人は、債権者の権利を消滅・変更できないとするのが妥当である。

そして、保証社債・保証付電子記録債権にかかる取引の安全を促進する観点から、上記のように、保証社債・保証付電子記録債権について、債務者と保証人の間に保証引受契約が存在する場合、同契約の存在を債権者に表示した時点で、保証に係る債権者の権利が発生することを民法において明確にすべきである。

- 3 【3.1.7.01】<4>は、保証社債等に関する取引の安全を確保する観点から、保証引受契約に基づく保証にかかる債権者の権利が発生した後は、債務者又は保証人は、これを変更し、または、消滅させることができないとする。

しかし、善意取得によって保証社債または保証付電子記録債権が取得された場合を想定すると、善意取得後、保証引受契約の存在が債権者に対して表示され、あるいは、善意取得した者による受益の意思表示がなされるまでの間に債務者と保証人が合意により保証引受契約を撤回・変更することは【3.1.7.01】<4>では禁止されていないように思われる（善意取得については、保証債権が承継取得される場面ではなく、旧債権者のもとでの保証債権が一旦消滅し善意取得者の下で新たな保証債権が発生すると見ることができるため）。

そこで、保証引受契約による保証の構成により、保証社債および保証付電子記録債権の法的安定性を高める観点から、保証債権の随伴性に関する規定を新たに設け、保証の対象となる主債権の移転に伴い保証債権も移転すること、保証の対象となる主債権が善意取得されたような場合も善意取得者を債権者として保証債権が発生することを規定するか、あるいは、保証引受契約については、一旦債権者の権利が発生した時点以降は（保証債権の承継移転が生じない場合であっても）、主たる債務が残存する限り、主たる債務の債権者の同意なしに、撤回・変更をすることができないことを規定すべきである。

3. 保証引受契約に基づく抗弁

<意見>

保証引受契約（但し、保証社債のように転々と流通することが予定されている債権に係るものに限る。）によって債務を負担した保証人が、債務者との間の契約に基づき債務者に

対して主張しうる抗弁をもって、全面的に債権者に対抗することができるとするのは適当ではなく、債権者に対抗することができる場合をなるべく限定的にすべきである。

<理由>

- 1 【3.1.7.01】<5>は、保証引受契約によって債務を負担した保証人は、債務者との間の契約に基づき債務者に対して主張しうる抗弁をもって、債権者に対抗することができるとする。
- 2 しかし、保証社債のように、転々と流通することが予定されている債権に係る保証については、できるだけ法的安定性を高める必要がある。
また、實際上、保証引受契約の当事者ではない債権者が債務者をして同契約の債務不履行をしないようにさせることは困難である。仮に、債権者が自らコントロールすることができない事由を抗弁として対抗されるとすれば、債権者としては、例えば保証社債を保証付の社債であることを前提に評価することは困難となり、結局は、保証引受契約による保証社債が利用されないという結果につながりかねない。
- 3 そこで、保証引受契約（但し、保証社債のように転々と流通することが予定されている債権に係るものに限る。）によって債務を負担した保証人は、債務者との間の契約に基づき債務者に対して主張しうる抗弁をもって、債権者に対抗することはできないとするか、少なくとも当該抗弁を債権者に対抗できる保証人の範囲から事業者（ないしはさらに限定した主体）を除くか、あるいは、当該抗弁を債権者に対抗できるという規定につき任意規定とすることで事前に保証人の抗弁権を放棄できることを明確にすべきである。

第8 不実表示

部会資料2「民法（債権関係）の改正検討事項の一例（メモ）」

04 意思表示に関する規定の拡充

現行法には、意思表示に関して、心裡留保、錯誤、詐欺及び強迫の規定が置かれているが、社会・経済が変化し、取引が複雑化・多様化する中で、現在の民法上の意思表示に関する規定のみでは、取引の実情に十分に対処できない場合があるのではないか。

例えば、現行法の下でも消費者契約においては、勧誘の際に重要事項について事実と異なることを告げたことにより、消費者がその事実を誤認して意思表示をしたという場合には、その誤認が民法上の錯誤や詐欺に該当しなくても、表意者（消費者）に取消権が与えられる（消費者契約法第4条第1項第1号）のであるが、このような場合については、消費者契約に限らず表意者保護の必要性があるという指摘がされているところである。

そこで、このような場合を始めとして、民法の意思表示に関する規定について、

現代的な取引の実情等を踏まえて、表意者保護のための新しい類型の規定の要否等を検討する必要があるのではないか。

<意見>

現行消費者契約法第4条の規定内容を超えて、不実表示にかかる規律を一般法化すべきではなく、民法の中で規定するとしても、適用対象を消費者契約に限定する等、現行消費者契約法第4条と同一の内容とすべき（一般法化ではなく統合にとどめるべき）である。

不実表示の規律について、仮に、事業者が表意者である場合にも適用することとする場合でも、少なくとも事業者が表意者である限りにおいては任意法規であることを明確にすべきである。

また、いわゆる黙示（不作為）の不実表示については、告知された利益事実と表裏一体をなす不利益事実を告げなかった場合で、かつ、故意に当該不利益事実を告げなかった場合に限定されるべきである。

<理由>

1 現行消費者契約法第4条の規定内容を超えて、不実表示にかかる規律を一般法化することは、事業者間の契約で用いられる表明保証条項について当事者間で意図していたの異なる法律効果を生じさせることとなることなどを考えると、妥当ではない。

そこで、不実表示につき民法の中で規定するとしても、適用対象を消費者契約に限定する等、現行消費者契約法第4条と同一の内容とすべき（一般法化ではなく統合にとどめるべき）である。

2 上記1のとおり、不実表示の規律について、事業者が表意者である場合にはそもそも適用すべきでないと考えが、仮に、事業者が表意者である場合にも適用することとする場合でも、消費者保護の要請が働かない事業者が、取引条件を交渉により設計する過程で不実表示を理由として本来享受できる利益を自ら放棄・限定することについて、法がそれを禁止する理由は見出しがたい。

そこで、不実表示にかかる規律につき、仮に、事業者が表意者である場合にも適用することとする場合は、少なくとも事業者が表意者である限りにおいては任意法規であることを明確にすべきである。

3 また、いわゆる黙示（不作為）の不実表示については、黙示の表示行為一般が含まれると解することは、契約当事者に自主的に不利益事実を広く開示することを強制することとなり、対等当事者間の取引（情報収集能力の構造的格差が存在しない取引）にも全般的に適用される民法の規範として妥当でない。

そこで、黙示（不作為）の不実表示については、告知された利益事実と表裏一体をなす不利益事実を告げなかった場合で、かつ、故意に当該不利益事実を告げなかった場合に限定されるべきである。

第9 相殺

部会資料2「民法（債権関係）の改正検討事項の一例（メモ）」

21 相殺と差押え（民法第511条）

債権差押え等により弁済を禁止された第三債務者が、その差押え前に取得した債権を自働債権としてする相殺の可否及び要件については、民法第511条が必ずしも明示していないところであるが、この点については、無制限に相殺が認められるとするのが安定した判例法理であると理解し、これを積極的に評価する見解がある反面において、このような理解ないし評価に対して批判的な見解も有力に主張されているところである。

相殺と差押えの関係についての規律は、相殺の担保的機能との関係で、金融実務上、重要な意義を有することから、解釈上の疑義を立法的に解決する方向で、規定を明確化することを検討する必要があるのではないか。

1. 相殺予約の効力

<意見>

相殺予約の効力を制限しない旨の規律を設けるか、そうでなければ、相殺予約の効力を制限する規律を民法に設けることは避けるべきである。

<理由>

- 1 最判昭和45年6月24日は相殺予約の対外的効力を制限しない無制限有効説を採用し、実務はそれを前提として運用され、とくにかかる実務慣行につき支障が生じておらず、相殺予約の効力につきかかる実務と異なる規律を設けるべき立法事実は存在しない。
- 2 よって、相殺予約の効力を制限しない旨の規律を設けるか、そうでなければ、相殺予約の効力を制限する規律を民法に設けることは避けるべきである。

2. 相殺権の濫用

<意見>

相殺権の濫用に関する規律を、民法に設けることについては、慎重に考えるべきである。

<理由>

- 1 相殺権の濫用については、基本方針【3.1.3.31】において一定の規律を設けることが提案されたこともあり、今般の債権法改正をめぐる議論において、論点の一つとなっている。
- 2 この点、【3.1.3.31】については、いかなる場合が相殺権の濫用とされるのか明確で

はない。

- 3 あえて要件の明確でない規律を民法中に設けることは、差押と相殺の論点に関する無制限説が相殺権濫用の法理に基づいて実質的に制限される範囲が拡大するかのような議論も生じないとも限らず、結局、いかなる場合に相殺が許されるか否かについて不明確な状況となり、関連する取引に混乱を生じさせることになる。

他方、要件が明確でない規律を明文化する必要性もまた限定的であると思われる。

- 4 そこで、この点については、引き続き実務慣行及び裁判例の展開による規律に委ねるべきであり、相殺権の濫用に関する規律を、民法に設けることについては、慎重に考えるべきである。

第10 約款

部会資料2「民法（債権関係）の改正検討事項の一例（メモ）」

23 約款

民法には、現在、約款に関する特別な規定は存在しない。しかし、現代社会において、約款は、鉄道、バス、航空機等の運送約款、各種の保険約款、銀行取引約款等、市民生活にもかかわる幅広い取引において利用されており、大量の取引を合理的、効率的に行うための手段として重要な意義を有している。他方で、約款については、その内容を相手方が知るための機会が十分には無く、相手方の利益が害される場合があるのではないかな等の問題も指摘されている。

そこで、約款に関して指摘されている問題点に対処しつつ、約款を利用した取引の安定性を確保する等の観点から、民法に規定を設けるかどうかを検討する必要があるのではないかな。

1. 約款の定義

<意見>

約款に関する規律を定立するにあたっては、いかなる場合のいかなる条項が約款に関する規律に服するのかについての社会的コンセンサスが得られ、現在の実務慣行に不当な影響を及ぼさないものであることが必要条件であると考ええる。

仮に、約款に関する規制を民法に規定する場合でも、少なくとも、個別の交渉を経て採用された条項や、約款使用者（条項使用者）が、相当な情報提供義務及び説明義務を履行したうえで約款を提示し、それを前提に約款使用者の相手方が契約関係に入る場合には、特別な規制を及ぼすべきではないと考える。

<理由>

- 1 約款について特別の規制を及ぼそうとする根拠は、約款の使用者がその内容を相手方に開示しないまま、約款を契約内容とする旨の合意がなされた場合、約款が契約内

容を構成することの法的基礎が欠けている疑いがあること、約款の存在が当事者間に交渉の格差をもたらすこと、約款の条項が多数にわたる場合など相手方が個別の条項の有する意味について十分に認識しないまま契約が締結される事態が生じかねないこと、にあるとされる。

2 しかし、そもそも、いわゆる標準契約書式や契約書ひな型の類についてもさまざまな類型が存在し、それらの契約をめぐる交渉及びその可能性についてもさまざまな場合が存在する状況下において、いかなる場合のいかなる条項が「約款」に該当しこれに関する規律に服するののかについての社会的コンセンサスは存在しないといえる。

3 そこで、「約款」に関する規律を定立するにあたっては、かかる社会的コンセンサスが得られ、現在の実務慣行に不当な影響を及ぼさないものであることが必要条件であると考える。

4 また、仮に約款に関する規制を民法で規定する場合でも、上記1に記載した約款について特別の規制を及ぼそうとする根拠からすれば、少なくとも、個別の交渉を経て採用された条項については、特別な規制を及ぼすべきではない。

さらに、個別の交渉を経て採用された条項のみを約款規制の適用除外の対象とした場合、交渉とは双方向のコミュニケーションであり、約款使用者としては相手方に交渉に応じてもらえなければかかる適用除外を受けられないこととなる。この点、約款使用者が、情報提供義務及び説明義務を履行したうえで約款を提示し交渉の機会ないし可能性を付与した上で、それを前提に約款使用者の相手方が契約関係に入る場合には、上記1に記載した約款について特別の規制を及ぼそうとする根拠からすれば、特別な規制を及ぼす必要はないと考える。

5 よって、上記4に記載した各場合に約款についての特別な規制が適用されない旨規定すべきである。

2. 約款の組入れ要件・不当条項規制

<意見>

仮に、約款に関する規制を民法に規定する場合、約款使用者が契約締結時までに相手方に約款を提示し又は相手方が知りうる状態においた上で、両当事者が約款を用いることに合意した場合には、同約款は契約の内容を構成するものとすべきである。

また、約款の中に約款使用者に契約内容を一方的に変更する権限を与える条項がある場合、かかる条項を一律に無効な不当条項とみなし又は推定すべきではない。

<理由>

1 上記「1. 約款の定義」にも関連するが、約款に関する規律を定立するにあたっては、現在の実務慣行に不当な影響を及ぼさないようにする必要がある。

2 この点、従来の裁判例においては、必ずしも約款の事前の提示を要求しないなど、

約款の組入れ要件を緩やかに解してきているといわれるところであり、また、従前、多数の者を相手方とする取引においては、約款の変更について契約締結済みの相手方から同意を取得し直す取扱いをしない例も存し、この場合にも、変更後の約款に拘束力が認められる裁判例もあったところであり、そのような実務慣行は十分に配慮されるべきである。

- 3 そこで、仮に、約款に関する規制を民法に規定する場合、約款使用者が契約締結時までに相手方に約款を提示し又は相手方が知りうる状態においた上で、両当事者が約款を用いることに合意した場合には、同約款は契約の内容を構成するものとすべきである。

また、約款の中に約款使用者に契約内容を一方的に変更する権限を与える条項がある場合、かかる条項を一律に無効な不当条項とみなし又は推定すべきではない。

- 4 その他不当条項規制一般に関しても、現在の実務慣行に不当な影響を及ぼさないようにする必要がある。

第11 目的物の所有権の移転と賃貸借契約

本論点については、部会資料2「民法（債権関係）の改正検討事項の一例（メモ）」に記載されているものではないが、基本方針【3.2.4.06】<5>第2文において提案がなされ、その結果、今般の債権法改正をめぐる議論において注目されている論点の一つであるため、当協議会としての意見を申し上げるところである。

<意見>

賃貸借の目的物たる不動産の所有権の移転に伴い、賃貸人たる地位及び敷金返還債務が新所有者に移転した後は、旧所有者は敷金返還債務を負わない旨を明文化するべきである。

<理由>

- 1 賃貸借の目的物たる不動産の所有権の移転に伴い、賃貸人たる地位及び敷金返還債務が新所有者に移転した後、旧所有者が敷金返還債務の履行について担保責任を負担するか否かについて、基本方針は、議論があることを指摘した上で、【3.2.4.06】<5>第2文では担保責任を負担する旨の提案をされている。
- 2 しかし、旧所有者が当該担保責任を負担するとした場合、例えば、賃貸不動産を信託するスキームにおいて、不動産信託の終了に伴い不動産所有者が信託受託者からその他の者に変更になった後も信託が引続き敷金返還債務を負担することになり得る等、実務上に支障を及ぼす。そして、新所有者は少なくとも敷金返還債務の引当てとして賃貸借目的物を有するとする整理からは、むしろ旧所有者は敷金関係の移転後は敷金返還債務を負わない旨を明文化するべきである。

第12 詐害行為取消権

(本第12については、債権法改正に直接関係する事項ではないものの関連する特別法に関する要望である。)

部会資料2「民法（債権関係）の改正検討事項の一例（メモ）」

12 詐害行為取消権の行使要件（否認権との整合性）

詐害行為取消権の行使要件について、現行法は「債権者を害することを知ってした法律行為」（民法第424条第1項本文）という極めて概括的な規定を置くのみであり、判例法理がこれを補っている状況にある。また、詐害行為取消権は、倒産法上の否認権と共通の機能を有するものであり、これらは整合的であるべきところ、倒産法上の否認権について平成16年の破産法等の改正により、いわゆる偏頗行為否認の時期的要件として支払不能概念が採用されたこと等に伴い、債権者平等が強調されるべき局面で機能する否認権よりも平時における詐害行為取消権の方が、取消しの対象行為の範囲が広い場面があるといった問題が生じている。

そこで、詐害行為取消権の要件について、これまでの判例法理を踏まえ、倒産法上の否認権の要件との整合性にも十分留意しつつ、規定を明確化する方向で検討する必要があるのではないかと。

<意見>

現行民法第424条を前提として詐害信託に関する特則を定める信託法第11条についても、倒産法上の否認権の要件との整合性に十分留意しつつ、規定を明確化する方向で検討すべきである。

<理由>

- 1 今回の債権法改正において、上記部会資料にあるとおり、詐害行為取消権の要件について、これまでの判例法理を踏まえ、倒産法上の否認権の要件との整合性にも十分留意しつつ、規定を明確化する方向で検討する必要があるのではないかとの問題提起がなされているが、このことは、現行民法第424条を前提として詐害信託に関する特則を定める信託法第11条についても共通する事柄である。
- 2 よって、今回の債権法改正に合わせて、現行民法424条を前提として詐害信託に関する特則を定める信託法11条の規律も変更し、破産法第161条（相当の対価を得てした財産の処分行為の否認）に相当する規定など同様の規定を設けるべきである。

以上

本意見書に関する著作権は、一般社団法人流動化・証券化協議会に帰属しており、かかる著作権は著作権法等により保護されています。本意見書の内容の一部あるいは全部を、一般社団法人流動化・証券化協議会に無断で、複写・複製すること、及び磁気または光記録媒体、コンピューターネットワーク上等へ入力することは、法令で認められた場合を除き、かかる著作権の侵害となります。

また、本意見書を法令で認められる範囲で引用される場合は、本意見書の「第1 はじめに」に記載されました本意見書の趣旨等につき十分に御確認いただき、同記載の点、とりわけ、本意見書に記載された個々の意見につきましては、当協議会会員そして当ワーキング・グループのメンバーそれぞれの立場において本意見書と異なる意見を有するものも存在することを御理解いただきますよう、御願ひ申し上げます。

本意見書に関する問い合わせ先は、以下のとおりです。

一般社団法人 流動化・証券化協議会

住所： 〒105-0001 東京都港区虎ノ門 2-9-14 発明会館 3F

電話： 03 (3580) 1156

FAX： 03 (3580) 1157

メールアドレス： info@sfj.gr.jp

URL： <http://www.sfj.gr.jp>