

平成 25 年 6 月 17 日

法務省民事局参事官室 御中

「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」に対する意見

(意見提出者及び連絡先)

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

〒105-0001

東京都港区虎ノ門 2-9-14 発明会館 3F

TEL : 03-3580-1156

FAX : 03-3580-1157

E-mail : info@sfj.gr.jp

貴省より平成 25 年 4 月 16 日付でパブリックコメントに付された「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」について、下記のとおり意見を提出いたします。

なお、本意見は、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ございますが、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、投資者、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と異なる意見を有する可能性がございます。

また、当ワーキング・グループの中でも、本意見にかかる論点については様々な意見が存在し、本意見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と異なる意見を有するものも存在することを申し述べます。

本意見は、こ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、あらかじめご了承いただければ幸甚に存じます。

※囲み内の記載は、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」の見出しを示す。

第3 意思表示
2 錯誤（民法第95条関係）

<意見>

- 第1. 中間試案第3、2(2)イのような規定（不実表示）を設けるべきではない。
- 第2. 中間試案第3、2(3)イのような規定（共通錯誤）を設けるべきではない。
- 第3. 中間試案第3、2(2)アの契約内容化要件の具体化を検討すべきである。

<理由>

第1. 意見第1について

1 中間試案に至る経緯

① 中間論点整理

「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」第30、5においては、不実表示の規律は、「意思表示に関する規定の拡充」に含まれる一論点として、「契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼすべき事項に関して誤った事実を告げられたことによって表意者が事実を誤認し、誤認に基づいて意思表示をした場合には、表意者は意思表示を取り消すことができるという考え方がある。」と紹介されていた。

② 部会資料29

その後、部会資料29においては、「意思表示に関する規定の拡充」に関する甲案として、「一定の事実について、相手方が事実と異なることを表示したために表意者が表示された内容が事実であると誤認し、それによって意思表示をした場合は、その意思表示を取り消すことができる旨の規定を設けるものとする。」との考え方が示されていた。

そこでは、「動機の錯誤に関する判例についての分析として、動機の錯誤に基づいて法律行為が無効になるためには、その動機が表示され法律行為の内容になっていることが必要であるのが原則であるが、その錯誤が相手方の提供した情報によって惹起された場合には、表示されているかどうか、法律行為の内容になっているかどうかにかかわらず、錯誤無効が認められているという理解がある（例えば、最判平成16年7月8日判時1873号131頁、東京高判平成19年12月13日判時1992号65頁）。第10回会議においても、不実表示に関する規定を設けるべきであるとの考え方の背景には、相手方が動機の錯誤を引き起こした場合には意思表示の効力が否定されてもやむを得ないという従来からの考え方があるとの意見があった¹。このような理解に立つと、不実表示に

¹ 「相手方も自ら誤った事実を表示して、正にそれによって表意者の錯誤を引き起こしたわけですから、取り消されても仕方がないと言うことができます。これは、実は、従来から錯誤に関して学説上言われて

関する規定は、動機の錯誤に関する現在のルールを変更するものではないと理解されることになる。」との理解が示されている²。

③ 中間試案

中間試案においては、不実表示の規律は、錯誤の一形態として位置づけられている。そこでは、動機の錯誤（意思表示の前提事項の錯誤）の要件として契約内容化要件（「意思表示の前提となる当該事項が法律行為の内容になっているとき」）が必要であることが明示されるとともに、「表意者の錯誤が、相手方が事実と異なることを表示したために生じたものであるとき」には契約内容化要件が不要とされている。これは、実質的には、部会資料29に示されたのと同様の考え方が提示されているものと見られる。

現に、補足説明においては、以下のような説明がなされている³。「部会資料29において不実表示が検討対象とされていた背景には、現実の裁判例においては、相手方が事実と異なる表示をしたために表意者が動機の錯誤に陥った場合には、『動機が表示されていること』『動機が法律行為の内容となっていること』などの要件を満たさなくても錯誤無効が認められてきたという理解がある（部会資料29第1、2の補足説明3 [9頁]）。

『不実表示』のルールが錯誤に関するこのような理解に基づくものであれば、端的に、動機の錯誤の規律の一部として位置づけるのがより自然であると考えられる。これが、本文において、部会資料29と異なり、『不実表示』に関するルールを錯誤に関するルールの一部として位置づけることとした理由である。」これは、中間試案が、実質的には部会資料29に示されたのと同様の考え方に立ち、更にその整理を貫徹する立場から、不実表示の規律を錯誤の一形態として位置づけたことを説明するものである。

すなわち、中間試案は、最判平成16年7月8日判時1873号131頁（以下「最判平成16年」という。）や東京高判平成19年12月13日判時1992号65頁（以下「東京高判」という。）を根拠として、「現実の裁判例においては、相手方が事実と異なる表示をしたために表意者が動機の錯誤に陥った場合には、『動機が表示されていること』『動機が法律行為の内容となっていること』などの要件を満たさなくても錯誤無効が認められてきたという理解」に立ち（以下「契約内容化不要論」という。）⁴、不実表示の規律は現

いたことを基礎にしています。つまり、錯誤に関しては、特に動機の錯誤について、先ほどのように、どのような要件のもとに錯誤を考慮するか、争いがあったわけですが、いずれにしても、その錯誤を相手方が引き起こしたときは、錯誤の主張を認めるべきであるということが言われていました。なぜ錯誤に陥ったかという、あなたがそのような錯誤を引き起こす原因を作ったのだから、無効にされても仕方がないでしようと思えるわけです」とする、第10回部会議事録49頁（山本敬三発言）を参照。

² 部会資料29第1、2の補足説明3 [9頁]。

³ 補足説明19頁。

⁴ 契約内容化不要論を示唆するものとして、以下の趣旨を述べるものがある。「東京高裁の平成19年12月13日判決は、表意者の事実誤認が重要な事実に関するものであるという要素の錯誤の点だけ認定して、動機が表示されたかとか法律行為の内容になったかなどということは言わずに、簡単に錯誤の要件の充足を認めたのです。その理由は、何と言っても契約の相手方から提供された情報によって事実誤認がもたらされたからだと思われます。類似の判決はほかにもあり、これらの判決が前提としているルールは、動機の錯誤が相手方の提供した情報によってもたらされた場合には、要素の錯誤の要件さえ満たせば錯誤を認めるというものであるように思われます。これはまさに、比較法上、不実表示の法理と呼ばれるものです。」として、同様の整理を提示するものがある（内田貴『民法改正－契約のルールが百年ぶりに変わる』（筑摩

行法上のルールの明文化に過ぎないと言わんとする提案である。

2 裁判例の分析と中間試案の評価

(1) 裁判例の分析

しかし、契約内容化不要論は、そもそも裁判例の理解の仕方として問題がある。

まず、契約内容化不要論が挙げる最判平成16年は、表意者が「どのような説明を受け、どのように考えて契約を締結するに至ったのか、どのように誤信したのかなど、具体的な意思決定の過程について、何ら供述ないし陳述するところがない」という事案を原審に差し戻したものであり、それ自体として錯誤無効の主張を認めたものではなく、この判例に依拠して契約内容化不要論の結論を導くのは相当に無理がある⁵。

また、東京高判は、貸付人が主債務者から提出を受けた信用保証依頼書等の書類一式を保証人に送付し、保証人がそれに基づいて審査を行った結果企業実体があるものと信じて保証を行う旨の意思決定に至ったところ、その後保証人の錯誤の主張を認めているから、その限りでは、この判決が契約内容化不要論と矛盾する判決ではないと言うことはできる。

しかしながら、同様の事案で、福岡高裁那覇支部判決平成23年9月1日金判1381号40頁（以下「福岡高判」という。）は、錯誤無効の主張を否定している。そこでは、判文は「法律行為の要素に錯誤があったということとはできない」とするが、創業者支援資金融資制度の趣旨に照らせば、錯誤事項の要素性（主観的因果性と客観的重要性）が否定される事案であるとは思われないから、契約内容化要件の充足が否定されたものと見ることが自然である。そうであるとすれば、契約内容化不要論からは、この裁判例を説明することは困難である。

以上からすると、契約内容化不要論は、「相手方に惹起された動機の錯誤の事例では契約内容化の要件を問うことなく錯誤無効が認められる」という説明と矛盾しない少数の裁判例を挙げているに過ぎず、そこで言及されていない裁判例の中には契約内容化不要論に反するものも存する。すなわち、契約内容化不要論は、裁判例全体を説明する議論としては不正確ないし不十分である。

(2) 裁判例に見る契約内容化要件の積極的機能と、それを踏まえた中間試案の評価

上記(1)に記載の裁判例の比較からは、裁判所は、相手方に惹起された動機の錯誤の事例においても、契約内容化要件を不問に付すことなく、かえって事例毎の判断を分けるキーとなる要件として活用していることが可能である⁶。相手方の提供した

書房) 132頁)。

⁵ 同様の指摘として、第32回部会議事録5頁(岡本発言)参照。

⁶ 東京高判が福岡高判と異なり錯誤無効の主張を認めた理由について、一つの着眼点は、東京高判の事案においては、保証人が従前から貸付人を含む取引金融機関に対し債務者の企業内容(実態)の確認等に留意するよう求め、特に新規取引先等については実地調査を行うなど十分な審査をすることを依頼していた(それにもかかわらず貸付人は実地調査を行っていない)点である(福岡高判において同様の認定はない)。貸付人は、保証人からこのような依頼があり、それを認識した上で保証人との取引を継続していた以上、

情報により惹起された事案の中にも、東京高判と福岡高判との違いにも見られるとおり、当事者間のリスク分担のあり方やそれを取り巻く背景事情には多様なものがあり得、そのような事情を錯誤の成否の判断の上にくみ取るための要件として契約内容化要件の果たす機能はなお大きく、相手方の情報提供が錯誤の惹起に寄与したことの一事をもって契約内容化要件を不問に付する立場よりも、契約内容化要件をなお問うこととした方が、より事案に応じた適切な解決を可能にすると評価することが可能である⁷。

そうであるとすれば、債権法改正に際し、不実表示を理由として契約内容化要件を問わずに契約の取消を認める規律を導入することには慎重である必要がある。部会の審議においては、不実表示の規律の導入に慎重な意見が相次いでおり、その多くは、不実の事実表示の有無のみを中心的な要件として契約の効力を否定する画一的な処理が実務上の多様な事案の処理に適さないのではないかという懸念を表明しているもののように見受けられる⁸。これは、相手方に惹起された動機の錯誤の事例を含め、現行法下における錯誤を巡る多様な紛争の解決のために契約内容化要件が果たしている積極的な機能を看過すべきでないことを指摘する見解として、傾聴に値する⁹。

なお、不実表示の導入を支持する立場は、従来の裁判例の明文化という説明の他に、「事実に関して取引の相手方が不実の表示を行えば、消費者でなくても誤認をしてしまう危険性が高く、前提となる事実が違っていればそれを正確に理解しても、その結果行われる決定は不適当なものとならざるを得ないことから、事実に関する不実表示については、表意者を保護すべき必要性は一般的に存在し、かつその必要性は高い一方、相手方も自ら誤った事実を表示した以上、それによって錯誤をした表意者からその意思表示を取り消されてもやむを得ないという考慮に基づく」¹⁰とも言うが、裁判例は、意思表示の相手方が不実の事実表示を行ったこと以外の事情をも考慮して、よりきめ細かな衡量を行っていると思われるところ、そのような衡量を不要とする実質的理由を提示しておらず、説得力に乏しいと言わざるを得ない。

貸付人と保証人との間には、新規取引先に企業実体が伴わないことを看過して貸付及び保証が行われた場合には、そのことによるリスクは貸付人が負担する（具体的には、貸付人及び保証人間においては保証契約が無効となる）ものとして取り扱う旨の合意があったと考えることも、あながち不可能なことではないように思われる。

⁷ 「錯誤規定は、もともと、相手方の不当な介入とは一応切り離され、錯誤に基づいて意思表示を行った表意者が、その錯誤を理由に当該法律行為から解放されるのはいかなる場合かという問題であり、そうであることを前提に、動機錯誤（事実錯誤）については『内容化』要件が必要と考えられてきたのである。確かに、『相手方が事実と異なることを告げたこと』によって表意者の錯誤（誤認）がもたらされたという事情は、法律行為の『内容化』の認定において影響する場合もありうるが、その全てが『内容化』に結びつくわけではない」とするものとして、鹿野菜穂子「錯誤規定とその周辺—錯誤・詐欺・不実表示について」池田眞朗ら編『民法（債権法）改正の論理（別冊タートンヌマン）』（新青出版）250頁。

⁸ 第10回部会議事録42頁以下、第32回部会議事録2頁以下。

⁹ 以上につき詳しくは、青山大樹「特別企画 債権法改正の中間試案に向けて（上）不実表示」金融法務事情1959号22頁。

¹⁰ 部会資料29、9頁。

3 表明保証条項を巡る実務との関係

(1) 問題の所在

表明保証条項とは、契約当事者の一方が他方に対して、一定の事実が真実かつ正確である旨を表明し保証する条項であって、現在の契約実務において幅広く用いられている¹¹。実務的な問題意識の所在を改めて確認するため、本意見別紙に、最も問題が顕在化しやすい契約類型として株式売買契約の設例を挙げたので参照されたい。

問題の所在は、簡潔に述べると以下のとおりである。M&A 取引における株式売買契約上の表明保証違反を理由として買主に与えられる救済手段は、代金支払の前においては、代金支払拒絶、契約解除、補償請求のいずれも認められるが、代金支払後は、補償請求に限定される。さらに、補償責任は時的・金額的に限定される。そして、これら契約に規定された救済手段以外には表明保証違反を理由とする救済手段は認められないことが合意される。したがって、代金支払後は、買主は、売主の表明保証違反があってもそれを理由として契約の取消・解除を主張できないとすることが企図される。このような契約上の仕組みが不実表示の規律の下で維持できるかが（不実表示取消が認められ契約の巻き戻しが生ずるとすると補償責任の時的・金額的限定が機能しないこととなる）、不実告知と表明保証の関係に関する論点である¹²。

¹¹ 表明保証条項に関する従前の議論については、池田眞朗「連帯保証契約上の表明・保証義務、通知義務違反を理由として保証債務者の免責を認めた事例」金融法務事情 1844 号 41 頁、潮見佳男「消費者金融会社の買収に際しての表明・保証違反を理由とする売主の損害補填義務」金融法務事情 1812 号 67 頁、青山大樹「英米型契約の日本法的解釈に関する覚書」NBL894 号 7 頁、895 号 73 頁等参照。

¹² なお、このような問題意識に対しては、現行法下でも、表明保証違反があった場合には買主による詐欺取消や錯誤無効の主張が認められる余地が大きいのではないかと（仮にそうであるとすれば、本文記載のような救済手段の限定条項は現行法下でも効力を認められないこととなるから、不実表示が導入されることによって新たな問題が生ずることにはならないのではないかと）という指摘があるかもしれない。確かに、現行法下においても、買主が詐欺や錯誤の主張立証に成功すれば契約無効・取消のリスクは存する。しかし、詐欺の主張には相手方の欺罔の故意の立証を要する。また、錯誤無効の主張についても、契約内容化要件を通じて合意によるリスク分担が可能と解する余地があるほか、錯誤外構成説も有力に主張されるなど、その主張が成功するには相応に高いハードルが課されていると認識されているように思われる。錯誤外構成説は、事実錯誤は原則として取消原因たる錯誤にあたらぬとした上で、合意主義・契約自由尊重の基本的スタンスに立ち、それが契約を無効化する条件として特別に合意された場合のみその限りで契約に採り込まれるとするわけであるが（山本敬三『民法講義 I 総則』（有斐閣）172 頁）、この立場からは、本文記載のような例における表明保証の真实性は補償責任・履行前の履行拒絶権（前提条件）を基礎付ける限りで契約内容に取り込まれているに過ぎず履行後の契約解消を導かないものとして合意されているのであるから、その合意内容に従った効力を認められるに尽きる（表明保証違反が履行後の契約解消を導くことはない）、と説明されるのではないかとと思われる。錯誤外構成説そのものは学説上多数の支持を得ているとはいえないが、それは、動機の錯誤類型の事案を錯誤法の外で処理するという構成が裁判例の処理方法を説明しにくい点に由来するものとも思われ、合意主義的立場から当事者のどちらを保護するかを決するというアプローチの実質面においては契約内容化重視説と同様の内実を志向するものと見ることができるとはなからうか（『詳解 債権法改正の基本方針 I 序論・総則』（商事法務）（以下「詳解 I」という。）・113 頁）。そして、内実の明らかでない「契約内容化」要件の位置付けを錯誤外構成説を手がかりに以上のように捉えることができるとすれば、契約内容化を求める裁判例の主流の立場からしても、本文記載のような例における表明保証の違反が、契約の無効を導く可能性が大であるとはいえないという整理にも、相応の合理性が認められるように思われるのである。従来、表明保証違反が相手方の意思表示の詐欺取消や錯誤無効を来すリスクは、極端な事例まで念頭に置けば別として（最判平成 16 年 7 月 8 日判タ 1166 号 126 頁参照）、実務において必ずしも現実的なリスクとは捉えられてこなかったように思われるが、そのことは以上のような観点から説明できるのではないかと。

(2) 不実表示の規律と表明保証の実務を両立させようとする解釈の試み

以下の見解は、(救済手段の限定合意を伴うような) 表明保証の違反はそもそも不実告知取消の要件を満たさないと見る可能性を示唆する。表明保証違反があっても取消権が発生しないのであれば、その取消権を制限する特約の効力はそもそも問題とならないことになる。

① 真実性の担保

第1の見解¹³は、不実表示のルールは真実性の担保を伴う事実表示のみを問題とし、事実かどうか分からないけれども表示するというのでは不実表示とはいえないとした上で、表示事項が不実でも取消を認めないという特約がある場合の表示はこの意味での真実性の担保を伴わないから不実表示に当たらないとする。

しかし、実務上一般的な表明保証条項は、表明保証事項が「真実かつ正確であることを表明し保証する」という規定のスタイルを採ることや¹⁴、表明保証違反が補償条項・前提条件条項に基づく補償責任・履行拒絶権発生の効果に結びつけられているという意味合いにおいては、契約当事者は表明保証事項の真実性を前提として契約を締結しているとの見方を常に否定することができるか疑問の余地が残ることなどからすると¹⁵、表明保証が「事実かどうか分からないけれども表示する」趣旨と解し得るかは不明である。

② 因果関係

第2の見解¹⁶は、表明保証違反と相手方の意思表示との間に因果関係が欠如すると見る見解である。表明保証された事項が真実でなかったとしても契約の効力を維持し、その後の処理を契約で定められた処理(損害補償等)に委ねることが約定されている場合には、表明保証が真実でなかったとしても、そこでの表明と事実誤認、

¹³ 民法(債権法)改正検討委員会『シンポジウム「債権法改正の基本方針」(別冊 NBL127号)』(商事法務) 94頁(山本敬三発言)、山本敬三「契約規制の法理と民法の現代化(一)」民商法雑誌 141巻1号 43頁。

¹⁴ もっとも、表明保証条項の規定のスタイルは、「真実かつ正確であることを表明し保証する」という表現でなければならないわけではない。表明保証条項は、前提条件、補償義務、解除事由等を定める他の規定と結びついて初めて契約上の効果に明示的に結びつくとする、表明保証事項は、本来、その真実との合致又は不合致が前提条件事実、損害担保事故、解除事由等を構成する事実として列挙すれば足り、その事実が「真実かつ正確であることを表明し保証する」という表現は必須ではないとも思われ、規定のスタイルには実務上工夫・検討の余地が大きい。なお、米国においても、Misrepresentationの規律により表明保証違反が契約取消の原因となるのではないかとの疑義を低減するため、“Representation and Warranties”という規定のスタイルを廃止し、“Indemnifiable Matters”として規定すべきことを提唱する者もいるが、実務上受け入れられるかについては論者自身が疑問を留保しており(Glenn D. West and W. Benton Lewis, Jr., “Contracting to Avoid Extra-Contractual Liability — Can Your Contractual Deal Ever Really Be The ‘Entire’ Deal?” 64 Bus. Law. 999 (August 2009) 38頁)、現にそのような実務変更の動向は見られないようである。一度定着した実務を変更することの困難さを示すものといえようか。

¹⁵ また、表明保証条項が情報の偏在への手当てとして機能する(表明保証条項に買主による対象会社の事業の理解や効果的なデューディリジェンスの実施のための基礎を提供する目的・機能がある)との説明もなされる。西村総合法律事務所編『M&A法大全』(商事法務) 523頁(新川麻執筆部分)。

¹⁶ 潮見佳男「表明保証と債権法改正論」銀行法務 719号 23頁。

事実誤認と契約締結の意思決定（自己決定）との間の因果関係が欠け、不実告知を理由とする取消の要件を満たさないとする。

クロージング前後で解除の可否を分ける場合、買主はクロージング前の契約解除権を留保しているが、クロージング後に表明保証違反が判明しても契約を巻き戻せないリスクは承知で契約を締結している。そうすると、表明保証違反を理由とする救済手段の限定に同意するような買主は、代金を支払った後で仮に表明保証違反が判明したとしても補償請求等による救済で満足し契約に拘束され続けること自体はこれを是認している以上、その限りで（履行後に表明保証違反が生じた時点では契約解消を望み得ないという意味で）、表明保証に違反があったとしてもなお何らかの契約関係に拘束される意思を有していないわけではない、と見ることもできる。しかし、こと因果関係の要件としては¹⁷、「仮に売主の表明保証がなければ買主は表明保証違反該当事実なしと誤信しなかった、その事実を契約締結時点において知っていればそもそも売買契約締結の意思表示をしなかった」、あるいは、売買契約の締結はしたかも知れないがその対価の金額その他の条件・具体的内容は表明保証違反事実を知っていれば異なる内容となったはずである（別紙設例でいうと、「少なくとも対価を 10 億円とし補償上限を 2 億円とする設例の契約は締結しなかった」）、として、因果関係の存在が認められる余地が残るように思われる。

③ 不実表示による取消を制限する合意の効力

以上に対し、不実告知による取消を制限する合意の効力を解釈によって認める余地を指摘すると見られる見解もある。錯誤に関する議論を参考に事実認識に起因する契約解消リスクの負担者を当事者が合意により定めることができるとする考え方¹⁸や、強行法規に従った取消権の発生自体は当事者の合意により排除できないとしても取消権を事前に放棄することは当事者の自由であり必ずしも公序良俗に反しないとする考え方が提案されている¹⁹。

諸外国においても、錯誤や不実表示に相当する法理に関し、一定の範囲で反対の合意によりその規律を排除することを明文で認める立法例等が見られるようである²⁰。

¹⁷ 確かに、負担したリスクが顕在化したときにそれならばリスクを負担しなかったとの主張を許すのは矛盾であるとも思われるが、そこにはリスク分担合意の有効性ないし錯誤という契約内容化要件になじむ考慮が入っているようにも思われる。

¹⁸ 「もう一つは、リスク負担の合意と見る可能性です。このような合意が可能であることは、今日、事実錯誤の提案について説明したときにお話ししました。そこでは、事実に関する認識の誤りのリスクをだれが負担するかが問題となります。原則は表意者が負担するわけですが、その認識を法律行為の内容に取り込めば、相手方に転嫁できるとお話ししました。これは、事実に関する認識があいまいであることによるリスクの負担について、両当事者が合意することが可能だという前提に立っています。そうしますと、不実表示についても同じような合意が可能だと考える余地が出てきます。ただ、仮にそうだとしましても、あくまでも合意が必要ですし、たとえば約款や消費者契約による場合には、不当条項規制の問題になると思います。」民法（債権法）改正検討委員会シンポジウム・前掲（注 13）94 頁（山本敬三発言）。

¹⁹ 山本・前掲（注 13）43 頁。

²⁰ 例えば、PECL Article 4:118 は以下のように定める“(1) Remedies for fraud, threats and excessive benefit or

しかし、通常、意思の瑕疵・欠缺に関する規定は強行的に適用されるとの議論が多く²¹、解釈に委ねることで問題が解決されるかは依然として不透明であるといわざるを得ないように思われる。

(3) 小括

以上のように、不実表示と表明保証の論点に関する議論が、現在の表明保証の実務を尊重する方向で行われてはいるが、具体的にいかなる解釈によってその結論を導くことができるかについては考え方が分かれ、いずれも実務が安定して依拠する基盤を提供するには至っておらず、問題は解決されていない。

第2. 意見第2について

不実表示の規律と切り離して共通錯誤の規律のみを問題としても、その導入には慎重な検討が必要である。確かに、共通錯誤の場合に無重過失要件を不要とする裁判例は存するが²²、他方で、たとえば東京高判は無重過失要件の認定に慎重に意を用いており共通錯誤の場合に無重過失要件を不要とする立場には立っていない。共通錯誤ないし相手方による錯誤の惹起の場合に一律に無重過失要件を不要とすることについては、これに与しない裁判例もあり、反対論²³も強いことを前提に慎重に検討する必要がある。

加えて、不実表示の規律と共通錯誤の規律を同時に導入することには、更に問題が大きい。不実表示が問題となる事例の多くは表意者の相手方も共通錯誤に陥っているから（共通錯誤に陥っていない者による不実表示が行われた事案は詐欺に近づく。）、仮に不実表示の規律を設け、同時に、共通錯誤の規律を設ける場合、上記東京高判と比較しても一段と表意者に有利な規律となる。上記東京高判は、契約内容化要件不要論が不実表示の規律の提案の根拠として挙げるものであるが、その東京高判自身が、第3、2(3)イのような規律（共通錯誤）には与しておらず、かえって無重過失要件の認定に慎重に意を用いており、そのことによってかろうじて表意者と相手方との保護のバランスをとろうとしていると見得る。

中間試案は、契約内容化要件不要論が根拠として挙げる裁判例の判示内容をも超えて著しく表意者保護に傾く規律を提案するものであり、その内容は、従前の裁判所の立場を明

unfair advantage-taking, and the right to avoid an unfair term which has not been individually negotiated, cannot be excluded or restricted. (2) Remedies for mistake and incorrect information may be excluded or restricted unless the exclusion or restriction is contrary to good faith and fair dealing."

（下線引用者）。他に、Unidroit 3.5(2)(b)、UK Misrepresentation Act 1967、Ch.7、s.3（ただし、実務の運用については高橋美加「表明保証条項違反に関する雑感」立教法学 76号 130頁参照）、Restatement (Second) of Contract s.196等。なお、詐欺や強迫に相当するような規律についてその適用を排除ないし制限することを認める立法例は見当たらない。

²¹ 不実告知取消のルール適用を排除する特約に効力を認めることについて、「特約は駄目ですよね、当然。特約がよいということになると産業界が安心するそうですが、安心してもらっては困ると思います。」とする、第10回議事録 57頁（道垣内発言）参照。ただし、同発言は、これに続いて、真実性の担保要件を満たさない場合には不実表示取消が認められないことに注意を喚起する。

²² これを明示的に述べる裁判例として、東京地裁平成14年3月8日判時1800号64頁。

²³ 山岡真治「判批」帝塚山法学9号461号、第31回部会議事録32頁（岡本発言）。

確化したに過ぎないというような説明で正当化し得る範囲を逸脱しており、かつ、そのような説明に代わる積極的な正当性の根拠も示されていない。

なお、補足説明は、不実表示の規律の具体的要件に関する複数の論点について、表意者の取消を制限する方向の考慮を不要と整理するについて、以下のように、表意者の無重過失要件があるからこれによって取消の対象は適切な範囲に限定されるとの理由付けを述べている（下線は引用者）。

- ・ 「本文(2)イのようなリスク分配の考え方に対し、事業者が表意者であるときは自己責任の原則がより強く妥当し、相手方が事実と異なる表示をしたとしても、そのことから直ちに意思表示の基礎となる情報に関するリスクを表意者に負担させるのはリスクの分配の在り方として適当ではないとの批判がある。・・・もともと、取消しの可否の判断に当たっては、相手方の表示を信じたことによる錯誤が要素性を満たすだけの重大なものであるかどうか、相手方の表示を表意者が信じたことについて重過失があるかどうかが考慮され、これらを適切に判断すれば、本文(2)イの適用によって不当な結論が導かれるという懸念は払拭され得ると考えられる。」²⁴
- ・ 「相手方側の要件として、相手方の帰責事由を要するとすべきであり、相手方が無過失であった場合にまで取消しを認めるのは相当でないとの考え方がある。また、これに類するものとして、表意者と相手方の属性によって相手方の主観的要件を区別し、相手方が消費者である場合にはその帰責性を要するとすべきであるとの考え方もある。本文(2)イにおいては、相手方が事実と異なる表示をしたことについての故意又は過失を要件とはしていない。・・・このように考えても、要素性や重過失の有無を適切に判断することにより、本文(2)イによって不当な結論が導かれるという懸念は払拭することができると考えられる。」²⁵
- ・ 「本文(2)イについては、表意者側の要件として、相手方の不実の表示に対する信頼が正当なものであることが必要であるという考え方が示されている。・・・これに対し、本文(2)イでは、信頼の正当性を独立の要件としていない。もともと、これは、表意者が安易に相手方の表示を信じた場合に、その事情が全く考慮されないことを意味するものではない。本文(2)イの規律は動機の錯誤に関する規律の一部として位置づけられたため、取消しが認められるためには錯誤に陥ったことについて表意者に重過失がある場合には、錯誤を主張することは許されなくなる。」²⁶

しかし、以上のような説明は、不実表示が問題となる事例の多くは表意者の相手方も共通錯誤に陥っていることを看過しているのではないか。

²⁴ 補足説明 19 頁。

²⁵ 補足説明 22 頁。

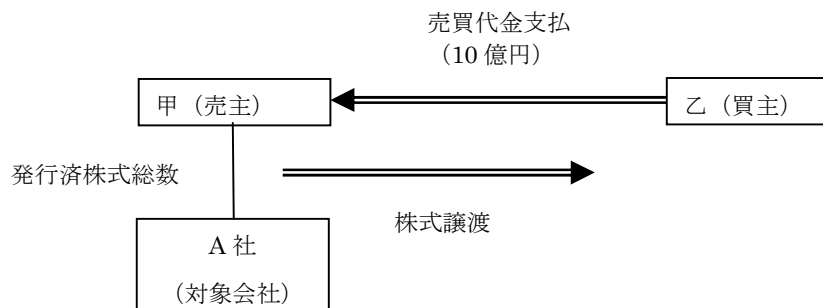
²⁶ 補足説明 23 頁。

第3. 意見第3について

契約内容化要件の内容自体が裁判例によっても必ずしも明確でなく、そのことが、表明保証の実務に一定の不安定さをもたらしていることは否定しがたい面がある。そこで、錯誤法について抜本的な法改正を行うのであれば、契約内容化要件の具体的意味内容の明確化が望まれる²⁷。

²⁷ 合意主義的アプローチを基礎とするのであれば、「意思表示の前提となる当該事項が法律行為の内容になっているとき。」に代えて、「意思表示の前提となる当該事項に錯誤があれば契約を取り消すことができるものとするに相手方の（明示又は黙示の）同意があるとき。」のような規定とすることも一案ではないか。「動機が『意思表示の内容になる』とは、動機についての誤り[の危険：引用者注]は表意者が負担すべきものであり、売買などの法律行為における意思表示の効力に影響を及ぼさないのが本来であるところ、動機に誤りがあればそれを理由として売買などの法律行為における意思表示の無効を認めるものとする、ということだと思われる。動機が『意思表示の内容になる』ことの意味が、このように、本来は表意者が引き受けるべき動機の誤りの危険を相手方に法律行為の無効という形で引き受けさせるものであるとすれば、動機が『意思表示の内容になる』ためには、そのことによって利益を受ける表意者の一方的な表示では足りず、不利益を引き受ける相手方の同意（意思表示の内容とすることの同意）が必要になると考えられる。相手方のこの同意がどのような場合に認められるかは、意思表示解釈の問題である。」とし、それに続いて動機の意味表示内容化の判断枠組みについて述べる、佐久間毅『民法の基礎1〔第3版〕』155頁（有斐閣、2008年）における説明を参照。その他、石田喜久夫編『民法総則』153頁〔磯村保〕（法律文化社、1985年）、高森八四郎『法律行為論の研究』239頁以下（関西大学出版部、1994年）、鹿野菜穂子「保証人の錯誤」小林一俊博士古稀記念『財産法諸問題の考察』151頁（酒井書店、2004年）も参照。表明保証の実務との関係で言えば、契約内容化要件の内容がこのように明確化され、M&Aの実務におけるようにむしろ一定の事実誤りがあっても代金支払後は契約を無効としないものと合意された場合にはその限りで錯誤による無効・取消しの対象とならないと整理されれば、それだけでもその分実務に安定をもたらすのではないかと期待される。

【設例】



<株式売買契約の条項例>

第 A 条 (前提条件)

乙の代金 (10 億円) 支払義務の履行は、クロージング日 (代金支払・株券引渡期日) において以下の条件が満たされていることを前提条件とする。

- (1) 甲の表明保証違反 (表明保証の不真実・不正確) がないこと
- (2) (その他の事項)

第 B 条 (表明保証)

甲は、乙に対し、以下の事実が本契約締結日及びクロージング日において真実かつ正確であることを表明し保証する。

- (1) A 社と、B 社 (A 社の重要取引先) との間の取引基本契約に債務不履行事由・解除事由は生じておらず、B 社の申し入れにより当該契約が終了する原因はない。
- (2) A 社は、法人税その他の公租公課の適法かつ適正な申告を行っており、その支払を全て支払期限までに行っており、一切滞納はない。
- (3) (その他の事項)

第 C 条 (損害補償)

甲は、甲の表明保証違反に起因して乙が被った損害を補償する。但し、甲が補償義務を負う損害は乙が甲に対し代金支払及び株券引渡の完了 (クロージング) から 1 年が経過するまでの間に原因を特定して補償請求したものに限り、また、甲が表明保証した事項に関する甲の補償義務又は賠償義務の総額は 2 億円を上限とする。

第 D 条（解除）

乙は、甲の表明保証違反がある場合には、クロージング前に限り、本契約を解除することができる。

第 E 条（救済手段の限定）

甲及び乙はクロージング後においては理由の如何を問わず本契約を解除し又は取り消すことができない。甲の表明保証違反に関して乙がクロージング後に行使可能な救済手段は損害補償請求に限定される。

M&A 取引における株式売買契約上の表明保証違反を理由として買主に与えられる救済手段は、代金支払の前には、代金支払拒絶、契約解除、補償請求のいずれも認められるが、代金支払後は、補償請求に限定される。さらに、補償責任は時的・金額的に限定される。そして、これら契約に規定された救済手段以外には表明保証違反を理由とする救済手段は認められないことが合意される。したがって、代金支払後は、買主は、売主の表明保証違反があってもそれを理由として契約の取消・解除を主張できないとすることが企図される。

この条項例では、売主の表明保証違反は以下の効果に結びつけられている。

- ① 前提条件：買主は、売主の表明保証違反があるときは、クロージング日において代金支払義務を履行することを要しない。
- ② 補償：売主は、表明保証違反によって買主が被った損害を補償する義務を負う。ただし、補償義務には、クロージング後 1 年間の期間制限と、上限 2 億円という金額制限（キャップ）が設けられている。
- ③ 解除：買主は、売主の表明保証違反を理由として契約を解除することができる。ただし、解除を行うことができるのはクロージング前に限られ、クロージング後においては解除が認められず、買主の救済は損害補償に限定されている。

買主は、クロージング前においては代金支払の拒絶・損害補償請求・契約解除のいずれも可能であるのに対し、クロージング後においては損害補償請求が可能であるにとどまる。多くの株式譲渡契約でクロージング後の解除（契約の巻き戻し）を制限する背景には、売主が潜在的債務負担を短期・低額に抑えることを望むという一般的理由のほか、①買主が一旦対象会社の役員構成や事業計画等に様々な変更を加えた後で株式が売主に返還されても売主・買主双方にとって効率的な問題解決とならない、②売主がバイアウト・ファンドであるような場合には受領した売買代金額から投資家に対する分配に充て得る金額とタイミングを確定する必要がある等の事情が存すると説明される。

【設例】の事例で、クロージング後、A社がB社から取引基本契約の解除通知を受けたとする。A社は解除事由の発生を確知していなかったが、解除事由は株式譲渡契約締結以前に生じていた。取引基本契約の解除によりA社ひいては乙に3億円の損害が生じた。あるいは、クロージング後A社が課税当局から前年度（株式売買以前）の法人税の申告漏れを指摘されたとする。対象会社としては脱税を積極的に意図したものではなかったが課税当局は異なる見解に立って修正申告を求めたもので、対象会社はやむなく延滞税を含め3億円を追加的に支出した。これらのような場合、乙としては、甲に対し、表明保証違反に基づく損害補償を請求しようとするであろう。しかし、損害補償の上限は2億円とされており、3億円満額の補償請求には足りない。さらに、甲の表明保証違反が発覚したのがクロージング後1年経過後であったとすれば、乙は補償請求を行うことができないこととなる。

それでは、乙は、これらの場合、他の救済手段を検討しないであろうか。この契約に不実表示のルールが適用があると仮定すると、乙は、表明保証違反が不実表示に該当するとして、契約取消を主張することが考えられる。もし錯誤取消の主張が認められたならば、乙は契約取消に伴う代金返還請求により代金全額の返還を請求することができそうである。そこでは、救済手段の限定や補償の期間制限・金額制限が機能しないおそれがある。しかし、このことは、専門的知識・経験を有する当事者同士が交渉を経て約定した契約上のリスク分担ルールを覆すものである。

そこで、不実表示の規律は、表明保証違反を理由とする契約取消を可能とするものか、救済手段の限定を合意しても不実告知取消のリスクは制限できないのか、が議論されている。これが、不実表示と表明保証の関係に関する論点である。

第17 保証債務

1. 保証引受契約による保証

<意見>

保証人が法人である場合を対象に、主債務者と保証人との間の契約（保証引受契約）によって保証債務が成立する規律を明文の規定によって定めるべきである。

<理由>

- 1 部会における審議においては保証引受契約による保証の成立が検討されていたものと理解しているが、中間試案では保証引受契約の規律は提案として取り上げられていない。
- 2 もっとも、例えば、実務上、保証社債は広く用いられているが、保証人と社債権者との間の直接の保証契約の存在が明確には認定しにくいケースも存在しており、保証契約ではその法律構成を説明しにくい面もある。保証引受契約による保証を明文によって認めることにより、このような保証社債の法律構成を説明しやすくなり、投資家にとって保証社債により投資しやすくなるというメリットがあると思われる。また、保証引受契約の形態を認めておくことで、将来の新しい保証を用いた金融取引のストラクチャー組成における柔軟性を確保しておくという意味も指摘することができる（同旨の見解として、部会第6回会議議事録36頁・三上委員発言）。

この点、部会の議論においても、保証社債等の場面を念頭に保証引受契約を認める有用性があることについて異論は見られないが、その一方で、個人について保証引受契約を認める積極的な必要性はなく、むしろ、個人について保証引受契約を認めることにより、保証債務の負担が軽率に行われる危険性が高まるとの慎重論が強かったものと理解している（部会第44回会議議事録4頁・松本委員発言、6頁・中井委員発言等）。

実務上、保証引受契約を認める有用性が特に高いのは、法人により経済合理性のある取引として保証が行われる場面であると考えられるところ、部会での議論も踏まえ、保証人が法人である場合に限り保証引受契約による保証の成立について、民法に明文の規定を設けるべきである（部会資料36、第2、1（補足説明）(2)においても同様の見解が示されている。部会第44回会議議事録1頁・山野目幹事発言等も同旨）。

2. 保証引受契約における債権者の権利の発生時期等

<意見>

保証社債について、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。

主債権が保証社債である場合などにおいて、その善意取得時に、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 保証引受契約による保証の成立を規定する場合、債権者の権利の発生時期等の具体的な規律が論点となる。部会資料 8-2、第 2、2(1) (補足説明) 3(2)においては、債務者と引受人との間の第三者のためにする契約によって併存的債務引受が成立する場合と保証引受契約との均衡を図る観点から、規律の整理が必要となり得るとして、第三者のためにする契約によって併存的債務引受が成立した場合には、債権者の受益の意思がなければ、その効力は発生しないとされ (民法第 537 条第 2 項)、併存的債務引受の効力が発生した後は、債務者又は引受人はこれを変更したり、消滅させたりすることができないとされている (同法第 538 条) とし、保証引受契約についても、これらと同様の規律を設けるべきとする見解もあると説明されている。
- 2 まず、民法第 537 条第 2 項と同様の規律を設けることについてであるが、保証社債にかかる取引の安全を促進する観点からは、保証社債について、債務者と保証人の間に保証引受契約が存在する場合、債権者の受益の意思表示を待たずに、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。

保証引受契約における債権者の権利の発生時期に関して、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、それに従うとする規律を提案する見解があり²⁸、かかる例外規定を設ける理由として、保証社債については、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と説明している。保証社債については、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が認められるべきであり、かかる規律を明文化すべきである。

- 3 次に、民法第 538 条と同様の規律を設けることについてであるが、保証社債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、基本的に、債務者又は保証人がこれを変更し、または、消滅させることができないとすべきである。

しかし、善意取得によって保証社債が取得された場合を想定すると、民法第 538 条の規律と同様の規律を設けただけでは、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・変更することは禁止されないように思われ (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

²⁸ 民法 (債権法) 改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』別冊 NBL126 号 251 頁。

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出来るため)、保証社債にかかる取引の安全の観点からはなお一定の問題が残ると思われる。

そこで、保証引受契約による保証の構成により、保証社債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かかるものに限る。）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限定的にすべきである。

<理由>

- 1 保証引受契約を認める場合、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債権者に対抗できるとすべきかどうか論点となる。部会資料8-2、第2、2(1)（補足説明）3(2)においては、債務者と引受人との間の第三者のためにする契約によって併存的債務引受が成立する場合と保証引受契約との均衡を図る観点から、規律の整理が必要となり得るとして、引受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得る抗弁をもって債権者に対抗することができる（同法第539条）ところ、保証引受契約についても、これと同様の規律を設けるべきとする見解もあると説明されている。
- 2 この点について、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債権者に対抗できる場合をなるべく限定的にすべきであり、例えば、以下のような規

定を設けるべきである。

- ① 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かかるものに限る。）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。
- ② 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。
- ③ 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とする。
- ④ 手形法における人的抗弁の切断の規定を参考に、原則として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対抗できないとしつつ、債権者が保証人を害することを知って債権を取得した場合に限り、当該抗弁を対抗できるとする。

4. 元本確定前の根保証債務の履行請求と随伴性

<意見>

元本確定前の根保証債務の履行請求について、履行請求を肯定する旨の明文の規定を設けるとともに、元本確定前に保証人が保証債務を履行した場合、履行した金額について極度額の減少を認める規定を設けるべきである。

元本確定前の根保証の随伴性について、随伴性を肯定する旨の明文の規定を設けるとともに、根保証人の責任範囲に関するルールを明文で規定するべきである。

但し、いずれの論点についても、（最終的にいずれの立場が採られるにせよ）立法によって取扱いが明確化される必要性がむしろ高い点であり、デフォルトルールを明確化した上で、合意による別途の取扱いを認めるべきである。

<理由>

- 1 中間試案では、元本確定前の根保証債務の履行請求の可否と随伴性についての提案は取り上げられていない。
- 2 この点、元本確定前の根保証債務の履行請求の論点については、現行法上、肯定する見解・否定する見解が存在しており、その取扱いは明確ではなかったが、最二小判平成24年12月14日金判1408号16頁（以下「平成24年判例」という。）は、根保証契約の解釈として、元本確定前の根保証債務の履行請求を肯定する旨を明らかにした。

また、根保証の随伴性の論点についても、随伴性を肯定する見解²⁹・否定する見解³⁰が

²⁹ 平成16年の保証制度改正の立法担当官は、随伴性が認められることを前提としていたようである（平成16年5月24日付法制審議会保証制度部会第3回会議議事録）。

³⁰ 澤重信「貸金等根保証契約と実務上の留意点」銀法641号11頁、野村豊弘ほか「座談会 保証制度の改正」ジュリスト1283号67頁（平野裕之発言）、吉田光碩「貸金等根保証契約における保証債務の随伴性」

存在し、その取扱いは明確ではなかったが、平成 24 年判例は、根保証契約の解釈として、元本確定期日前の保証債務の随伴性を認めることを原則とする旨を明らかにした。

履行請求の論点は、根保証付債権の譲渡、証券化、バルクセール的事例において、債権の信用力評価に影響し、また、実際に譲受人が保証人に対して請求を行う場面において、実務上どのような手続を採る必要があるかに関わる問題でもある。

また、随伴性の論点は、根保証付債権の証券化やバルクセールの事例など多数のローン債権を一括して譲渡することを想定しており個別に元本確定合意を行うことが困難である場合に、保証付債権として評価できるかどうかに関わる問題である。この点、随伴性の有無が不明確であることにより、経済的には保証が付いていないものとして債権を評価せざるを得ず、取引にネガティブな影響が生じている。また、随伴性の論点は、貸金業法の規制上、貸金債権の譲渡に伴い根保証債務も移転するとすれば、譲受人は保証人に対して貸金業法第 24 条第 2 項に基づき通知を行う必要があるが、根保証債務の随伴性の有無が不明確であることにより、通知の要否の判断に困難が生じている。

以上より、いずれの論点についても、立法により取扱いが明確化されている必要性が高いと考える。

- 3 まず、元本確定前の根保証債務の履行請求の可否に関しては、根抵当の場合には、担保権実行手続において、同一の抵当不動産について、被担保債権の一部の満足を得るために部分的に担保権実行手続を行うことはできないため、元本確定を担保権実行の要件とする必要がある。これに対して、根保証の場合には、担保権実行手続と異なり、被保証債権の一部について保証人に対する履行請求を認めることにも不都合はないため、元本確定を履行請求の要件とする必要はないと思われる³¹。そこで、平成 24 年判例の立場に従って、元本確定前の根保証債務の履行請求ができることを明文の規定で定めることが妥当である。

但し、元本確定前の履行請求を認める場合、元本確定後において当初の極度額全額について保証人が責任を負うとすれば、結果的に保証人が極度額以上の責任を負うことになるため、元本確定前の履行請求を認めた上で、元本確定前に保証債務が履行された場合は、当該履行された金額分だけ極度額が減少する仕組みとすべきである³²。

- 4 次に、随伴性に関しては、平成 24 年判例の立場に従って、原則として元本確定前における保証債務の随伴性を肯定する方向でルールを明文化することが妥当である。もっとも、デフォルトルールとして随伴性を肯定する場合、併せて、被保証債務が極度額を超過する場合の保証人の責任範囲に関するルールを規定することが必要であると考えら

判タ 1214 号 70 頁、能見善久「根担保—根保証を中心に」金融法務研究会『担保法制をめぐる諸問題』1 頁、椿寿夫「保証における法人保証・法人根保証の役割—出发点と経緯の概要—」『法人保証・法人根保証の法理』（椿寿夫ほか編、商事法務）28 頁。

³¹ 同様の見解として、松本恒雄ほか「座談会 新しい保証制度と金融実務（下）」金法 1736 号 24 頁（岡本雅弘発言）。

³² 同様の見解として、長谷川貞之「貸金等根保証契約の適用範囲とその外延—法人保証を含めた根保証規定の見直しのために—」『法人保証・法人根保証の法理』（椿寿夫ほか編、商事法務）176 頁。

れる。

すなわち、たとえば、極度額 1000 万円の根保証契約について 1500 万円の被保証債権が存在しており、被保証債権のうち 500 万円が第三者に譲渡された場面において、譲渡人から 1000 万円、譲受人から 500 万円の保証債務履行請求がなされた場合、根保証人としていずれの債権者にどれだけ弁済する義務があるかが問題となるが³³、この点については、譲渡人と譲受人のいずれに対する弁済であるかを問わず、保証人は極度額全額を弁済した時点で免責されることを明確化することが妥当であると考え（上記の例では、例えば、譲渡人に対して 1000 万円の弁済をした場合や、譲渡人に 500 万円弁済し、譲受人に 500 万円弁済した場合のいずれにおいても、保証人は免責されることとなる。譲渡人と譲受人の立場からは、保証人に対する請求は早い者勝ちということになるが、譲渡人と譲受人の間で債権譲渡時に各々が保証債務の履行請求をできる範囲を合意しておくことで対処が可能である。）。

- 5 もっとも、いずれの論点についても、規律の内容もさることながら、立法により取扱いが明確化されていることの必要性が高いものである。そのため、明文の規定が設けられないことよりは、当協議会の意見とは反対の結論となるとしても、民法に明文の規定を定め、取扱いを明確化することが望ましいと考える。また、履行請求と随伴性のいずれの論点に関しても、あくまで任意規定の立法化を求めるものであり、当事者（債権者・保証人間）の合意により異なる取扱いを認めることは可能とすべきである。

第 18 債権譲渡

1 債権の譲渡性とその制限（民法第 466 条関係）

<意見>

譲渡制限特約付債権の流動化を可能にするために、譲渡制限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すべきである。このように譲渡制限特約の効力を制限しつつ、譲渡制限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）の対抗を受けるようにすること、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、特則として譲渡制限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。

³³ 平成 24 年判例の事案では、判決文の事実関係によれば被保証債権の金額の合計が極度額を超えていなかったため、この問題は顕在化していなかったものと思われる。

仮にこのような規律の立法化が困難であり、中間試案第 18.1(3)のように債務者が譲受人に譲渡制限特約を対抗することを認めるルールにする場合には、譲渡制限特約付債権の譲渡人の信用事由発生時におけるコミングルリスク（譲受人が譲渡人の倒産手続における管財人等に対して回収金相当額の引渡請求権について優先的な権利を主張することができず、結果的に回収金全額の支払を受けられなくなるリスク）を限定するために、債務者が譲受人に譲渡制限特約を対抗することができなくなる事由について、第 18.1(4)ア乃至エに加えて、譲受人が第三者対抗要件を備えた場合において、譲渡人の破産手続開始、再生手続開始又は更生手続開始の申立てに伴い弁済禁止等の保全処分が発令されたことを掲げるべきである。また、譲渡人の代理人であるバックアップ・サービサーが譲渡制限特約付債権の回収に当たることができることを明確にするべきである。更に、譲渡制限特約付債権に設定された担保権の実行時における譲渡制限特約の効力が合理的な範囲に限定されているかどうかを検討し、その結果を踏まえて必要な手当てを行うべきである。

また、譲渡制限特約付債権の譲渡が特約当事者間の契約の違反や解除事由となる可能性のあることが譲渡制限特約付債権の譲渡を利用したファイナンスの障害になるという指摘を踏まえ、譲渡制限特約の特約当事者間の効力についても必要な手当て（推定規定、解釈規定、みなし規定の設置等）を行うことを検討すべきである。

<理由>

- 1 クレジットの高い債務者に対する債権ほど、債権の自由譲渡性に反する特約（以下「譲渡制限特約」という。）が付されていることが多く、その点からも譲渡制限特約の付された債権の流動化取引や担保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、中間試案は、大要、(1)譲渡制限特約の付された債権の譲渡について、下記(2)の限度での制限があるほか、その効力は妨げられないこと、(2)譲渡制限特約の効力が弁済その他の債務消滅行為の相手方を固定するという債務者の利益を確保する範囲に限定されること、及び(3)①債務者が債権譲渡につき承諾した場合、②履行遅滞が生じている場合に譲受人が相当の期間を定めて債務者に譲渡人に対して履行するよう催告し、当該期間内に履行がない場合、③譲受人が第三者対抗要件を備えた場合において、譲渡人に破産手続開始、再生手続開始又は更生手続開始の決定がなされたとき、並びに④譲受人が第三者対抗要件を備えた場合において、譲渡制限特約付債権が譲渡人の債権者によって差し押さえられたときには、譲渡制限特約の効力を譲受人に対抗することができないことを提案しており、債権譲渡を促進する立場に対して一定の配慮が示されていると評価できる。また、上記(3)③及び④の提案は、譲渡制限特約付債権につき差押命令及び転付命令が発出された場合には、差押債権者が当該債権を取得するとされていることとの平仄の観点からも合理的である。

もともと、譲渡制限特約付債権の流動化を実現するためには、譲渡人が譲渡制限特

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スとして債権回収を行うという通常の債権の流動化取引において、サービス解任事由とすべき事由が発生した場合に、譲受人がサービスを解任して、バックアップ・サービスに当該債権を回収させ又は自らこれを回収することが確保されねばならない。そのような事由の発生後もなお債務者が譲渡制限特約の効力を譲受人に対抗することができるのであれば、譲受人は、サービスを解任してバックアップ・サービス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、サービス解任事由が発生している譲渡人に依然としてサービスとして債権回収等の任務に当たらせなければならなくなるため、譲渡制限特約付債権の流動化の実現は必ずしも容易ではなくなる。

そこで、資金調達手段の多様化のため、譲渡制限特約付債権の流動化を促す観点からは、譲渡制限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すべきであると考えられる。

譲渡制限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う譲渡制限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譲渡制限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及びクレジット事業者に対する加盟店契約に基づく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、特則として譲渡制限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。

- 3 仮にこのような規律の立法化が困難であり、中間試案第 18.1(3)のように債務者が譲受人に譲渡制限特約を対抗することを認めるルールにする場合には、コミングルリスク（譲受人が譲渡人の倒産手続における管財人等に対して回収金相当額の引渡請求権について優先的な権利を主張することができず、結果的に回収金全額の支払を受けられなくなるリスク）を限定するために、譲受人が第三者対抗要件を備えた場合において、譲渡人の破産手続開始、再生手続開始又は更生手続開始の申立てに伴い弁済禁止等の保全処分が発令された場合においても、債務者が譲受人に譲渡制限特約を対抗することができないものとするべきである³⁴⁵。すなわち、譲渡制限特約付債権が譲渡人の破

³⁴ この点、実務上しばしば見られるように、倒産手続開始申立ての受理と同時に弁済禁止等の保全処分とともに保全管理命令が発令された場合には、当該発令以後に回収された回収金の引渡請求権に関する限り、保全管理人の行為（弁済受領ないし回収）によって発生した譲受人の回収金引渡請求権は共益債権として取り扱われることとなるため（会社更生法 128 条 1 項等）、本文に掲げたような懸念は一応ないと考えられる。実務上もそのような理解に立ち、弁済禁止の保全処分の対象は、保全処分発令日の前日までの原因に基づいて生じた債務（いわゆる旧債）とされ、発令日以降に回収した回収金は保全管理人ないし譲渡人によって譲受人に順次払い出されている。もっとも、以上に述べたところと異なり、弁済受領ないし回収ではなく回収事務委任契約の締結を回収金引渡請求権の発生原因とみることになると（事案は異なるが、投

産財団等に帰属しないといっても、その回収金が破産財団等に帰属しないことを意味するわけではないから、回収金が譲受人に引き渡されないままサービサーである譲渡人について倒産手続が開始されると、譲受人の回収金引渡請求権は破産債権、再生債権又は更生債権となってしまう。しかし、譲受人に帰属する譲渡制限特約付債権の回収金は、実質的に見れば、譲渡人の責任財産を構成すべきものではない。実際にも、譲渡人につき倒産手続が開始されれば、その後に弁済受領ないし回収された金銭の引渡請求権は、手続開始後に生じた不当利得返還請求権として共益債権になると考えられる。そうだとすると、手続開始前に回収された金銭だけが譲渡人のところに滞留したまま倒産手続開始を迎えることを余儀なくされる合理的理由はない。むしろ、譲渡人に対し倒産手続の申立てに伴い弁済禁止等の保全処分が発令された場合には、譲渡人の財産が包括的に差し押さえられたのと同視し、これを債務者が譲受人に対して譲渡制限特約の効力を対抗することができなくなる事由としたうえで、譲受人がサービサーを解任して、バックアップ・サービサーに譲渡制限特約付債権を回収させ又は自らこれを回収できるようにすることが合理的である。

サービサーがサービシング契約の重大な違反をした場合、別のサービサーを選任することによって投資家の利益を保護することが必要となるとの指摘がある。サービシング契約の重大な違反としては、たとえば、回収状況報告書の作成・交付事務を怠った場合が挙げられる。その場合、中間試案の提案によれば、譲受人は、サービサーを解任してバックアップ・サービサーに流動化の対象となった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、サービサー解任事由が発生している譲渡人に依然としてサービサーとして債権回収等の任務に当たらせなければならなくなるため、譲渡制限特約付債権の回収につき譲渡人が代理人を選任することが考えられる。そのた

資信託の販売会社の解約金引渡債務について、名高判平成 24 年 1 月 31 日金法 1941 号 133 頁)、保全処分発令日以後に回収された回収金の引渡債務についても、保全処分前の原因に基づいて生じた債務と評価され、保全処分発令日以後に回収された回収金の引渡請求権は、保全管理人の行為によって発生した請求権に該当せず、更生債権等に該当することになってしまうおそれがある。このような解釈の余地があるとすれば、譲渡人に対し倒産手続開始前に弁済禁止等の保全処分が発令された場合には、(たとえ同時に保全管理命令が発令されても)当該弁済禁止等の保全処分を債務者が譲受人に対して譲渡制限特約の効力を対抗することができなくなる事由とし、譲受人が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、又は自らこれを回収することができるようにすることが望まれる。

³⁵ 再生手続や DIP 型会社更生手続に見られるように倒産手続開始申立ての受理と同時に弁済禁止等の保全処分が発令されるものの、保全管理命令が発令されない場合においても、弁済禁止の対象は保全処分発令日の前日までの原因に基づいて生じた債務(いわゆる旧債)とされるため、譲渡人はその後に回収した金銭を譲受人に払い出すことができるものの(但し、保全処分発令日以後に回収された回収金の引渡債務についても、保全処分前の原因に基づいて生じた債務に該当するおそれがあることについては前述のとおりである。)、保全処分発令日以後に回収されて倒産手続開始の決定がなされるまでに譲受人に引き渡されていない回収金が発生する可能性があり(回収金の引渡しの手続開始後に否認の対象となるリスクも否定できない状況下において、当該回収金の引渡しを譲渡人の任意の履行に期待することになる。)、これについては、当該回収が事業の継続に欠くことができない行為でない限り、譲受人の回収金引渡請求権が共益債権として取り扱われない(民事再生法第 120 条第 1 項及び会社更生法第 128 条第 2 項参照)と考えられるため、コミングリスクが発生する可能性がある。このような場合には、債務者が譲受人に対して譲渡制限特約の効力を対抗することができなくなる場合を認め、譲受人が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、又は自らこれを回収することができるようにする必要がある。

め、譲渡人の代理人であるバックアップ・サービサーが譲渡制限特約付債権の回収に当たることができることを明確にするべきである³⁶。

- 4 中間試案第 18.1(4)及び(5)に定める差押えには担保権に基づく差押えを含まれないものと思われるが、譲渡制限特約付債権の担保取引を実現するためには、担保権者が担保権の実行として担保設定者の保有する譲渡制限特約付債権を直接取り立てることができることが望ましい。譲渡制限特約付債権の担保取引を実務的に重大な支障なく行うことができるようにするため、譲渡制限特約付債権に設定された担保権の実行時における譲渡制限特約の効力が合理的な範囲に限定されているかどうかを検討し、その結果を踏まえて必要な手当てを行うべきである。
- 5 中間試案は、①譲受人が第三者対抗要件を備えた場合において、譲渡人に倒産手続が開始された場合には債務者が譲渡人に譲渡制限特約の効力を対抗することができないこととし、債務者が譲渡人に倒産手続が開始されたことを知ったときまでに譲渡人に対して生じた事由を対抗することができることとし、②譲受人が第三者対抗要件を備えた場合において、譲渡制限特約付債権が差し押さえられた場合には債務者が譲渡人に譲渡制限特約の効力を対抗することができないこととし、差押えが行われる前までに譲渡人に対して生じた事由を対抗することができることを提案している。

これに対し、譲渡人に倒産手続が開始されたか否かや、譲渡制限特約付債権が差し押さえられた否かについての情報を管理することの負担を理由に反対する見解がある。かかる見解は、銀行に対する預金債権及びクレジット事業者に対する加盟店契約に基づく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を念頭に置いているものと思われるが、このような特殊な債権については、別途特別法において手当てすべきである。
- 6 中間試案は、譲渡制限特約の主張権者を債務者に限定する趣旨を含んでいると考えられる。譲渡制限特約付債権の流動化を促進するためには譲渡制限特約の主張権者は可能な限り限定する必要があるところ、譲渡制限特約は債務者の利益を保護するためのものであることをも考慮すれば、譲渡制限特約の主張権者を債務者に限定する提案は合理的である。
- 7 たとえ譲渡制限特約付債権の譲渡の譲渡当事者間での効力を有効としても、当該譲渡が特約当事者間で契約違反とされると、当初債権者である譲渡人は、特約当事者間の

³⁶ 譲渡制限特約付債権の回収につき譲渡人が代理人を選任できることは自明であるとの見解もあるものの、譲渡制限特約という新たな法的概念にかかる代理人の選任をも制限する趣旨でないことは必ずしも明確ではないため、念のためこの点を明確化することを求めるものである。譲渡制限特約により確保される債務者の利益として、債務者の相殺の利益の確保、過誤払いの危険の回避、譲渡に伴う事務の煩雑化の回避という点が指摘されているが、譲受人に譲渡人の代理人として譲渡制限特約付債権の回収を認めたとしても、債務者は譲渡制限特約の効力を譲受人に対抗することができるため、債務者の相殺の利益は害されないし、債務者は譲渡人に弁済することができるため、過誤払いの危険は回避することが可能である。なお、銀行に対する預金債権及びクレジット事業者に対する加盟店契約に基づく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、別途特別法において、譲渡制限特約付債権について代理人による行使を認めないことを規定することが考えられる。

取引基本契約を解除されることをおそれ、譲渡制限特約付債権の譲渡を通常は行わないのではないかという指摘がある。また、かかる特約当事者間での契約違反の可能性を払拭できない限り、コンプライアンスの観点から、信託銀行は譲渡制限特約付債権を受託することが難しいのではないかという懸念がある。したがって、譲渡制限特約付債権の流動化取引及び担保取引を実現するためには、譲渡制限特約の特約当事者間の効力についても制限することが必要であり、譲渡制限特約付債権の譲渡が当該特約の違反と解されたり、当該特約の違反を理由として、譲渡対象債権の発生原因となった特約当事者間の契約が解除されたりする可能性を可及的に限定することが必要である。例えば、譲渡制限特約につき弁済その他の債務消滅行為の相手方を譲渡人に限定する特約であると推定する規定を導入すべきである³⁷3839。

第18 債権譲渡

2 対抗要件制度（民法第467条関係）

1. 債権譲渡の第三者対抗要件の登記一元化

<意見>

将来的には債権譲渡の第三者対抗要件について登記一元化を目指すことが妥当であるとしても、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、当該一元化によって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な検討がなされるべきである。

³⁷ 特約当事者がいずれも事業者である場合に限り、事業者間の特約として譲渡制限特約が特約当事者間においても弁済その他の債務消滅行為の相手方を譲渡人に限定する特約とみなされるという規定を置くことも考えられる。譲渡制限特約により守られる債務者の利益が過誤払いの危険の回避、譲渡に伴う事務の煩雑化の回避及び債務者の相殺の利益の確保に尽きるとすれば、譲受人・債務者間のみならず、当初債権者（譲渡人）・債務者間においても、特約の効力を弁済その他の債務消滅行為の相手方を譲渡人に限定する効力に限定して認めることには、一定の合理性があるように思われる。これに対しては、法律行為には意思表示どおりの効果が与えられることが原則であるから、当事者間の合意どおりの効力を（個別事情により信義則などで制限するのではなく一般的に）否定するのは、そのような合意がすべからず公序良俗に反すると言っているのに等しいが、譲渡制限特約の当事者間の債権を譲渡した場合に違約金を取ったり、基本契約の終了事由としたりする合意が、そこまで反社会的な行為と言えるかは疑問であるという批判がありうる。しかし、規律の適用範囲を事業者間に限定するのであれば、反社会的とまで言えなくても、政策的な理由や制度設計上の理由に基づき当事者間の一定の合意を無効としている立法はありうるのではないかと思われる。たとえば、米国統一商法典（Uniform Commercial Code）9-406条(d)は、譲渡禁止特約（anti-assignment clause）の効力を特約当事者間の効力も含め否定している。

³⁸ このような規定を導入した場合であっても、譲渡制限特約により守られる債務者の利益が過誤払いの危険の回避、譲渡に伴う事務の煩雑化の回避及び債務者の相殺の利益の確保に限られないと評価できる場合、例えば反社会的勢力に譲渡したような場合については譲渡制限特約につき弁済その他の債務消滅行為の相手方を譲渡人に限定する特約であると推定する効果は及ばないと解釈することができると思われる。

³⁹ あるいは、譲渡制限特約の解釈指針を示す規定（特段の事情がない限り、譲渡制限特約につき弁済その他の債務消滅行為の相手方を譲渡人に限定する特約であるという解釈指針を示す規定）を置くことも考えられる。

<理由>

- 1 中間試案では、甲案として、譲渡人が法人であるか否かを問わず、金銭債権の譲渡の第三者対抗要件を登記に一元化し、その他の債権の譲渡の第三者対抗要件を確定日付の付された譲渡の事実を証する書面に改めることを提案している。
- 2 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債権譲渡の有無を把握できるという点で一定のメリットは存在する。しかし、現在の債権譲渡登記制度には以下に掲げる問題点が存在しており、これらが十分に改善された制度・システムを構築することが必要である。とりわけ、現行の民法上の対抗要件制度によれば問題が生じないことが明らかな①乃至④及び⑧については改善されることが不可欠である。
 - ① 複数の債権者が同順位の質権を設定しようとしても、そのような登記が認められていないため、複数の債権者が同順位の質権の設定を受けていることを容易に登記できるようにする必要がある。
 - ② 根担保権の登記が認められていないため、根担保権の登記ができるようにする必要がある。
 - ③ 債権者が多数で、債務者と譲受人がそれぞれ単一である債権譲渡について登記により対抗要件を具備しようとする手間及び費用が著しく増大してしまうため、このような債権譲渡について、債権譲渡を容易かつ廉価に申請することを可能とする方法を工夫する必要があり、多数の譲渡人を代理して（たとえば債務者が）登記を申請する手続を簡便なものとすることやこのような場合の登録免許税を低額にするなど、利便性の高い制度を構築したり、利用しやすいコストを設定したりすることが望まれる。
 - ④ 債権の一部譲渡の登記をすることができるか疑義があるため、債権の一部譲渡の登記が可能であることを明確にする必要がある。
 - ⑤ 質権設定後に被担保債権を譲渡した場合、元の債権者による質権設定登記を抹消して、改めて質権設定登記をしなければならないため、質権の付記登記をできるようにする必要がある。
 - ⑥ 現在の債権譲渡登記制度の下では、先行登記の有無を確認するためには登記事項証明書を取り寄せた上で、紙ベースで確認することになり、膨大な時間がかかる。先行登記の有無の確認をオンラインで迅速にできるようにする必要がある。
 - ⑦ 債権の特定方法の煩雑さ（法定の登記事項を特定して申請する必要があること）とリスク（登記事項に実体とそごがあった場合に登記が無効とされるリスク）から民法上の通知・承諾の場合とできるだけ差異のない債権の特定方法が認められる必要がある一方で、債権の特定方法が様々であることにより、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。たとえば、登記事項を必要的記

載事項と任意的記載事項に分け（必要的記載事項を限定することが使いやすい制度を実現する一方、任意的記載事項の記載が不十分であることにより譲渡対象債権が特定されず登記が無効とされるリスクは登記申請者が負担する。）、登記事項の記入につき可能な限り選択式（プルダウンメニュー方式）を採用する（選択肢に該当しない場合には「その他」欄に記載する。）ことによって、登記事項の記載の定型化・類型化を促し検索の容易化を図るとともに、平易な利用しやすいシステムを提供することが必要である。

- ⑧ 債権譲渡の対価となる金銭の支払い（貸付けの譲渡担保として債権譲渡を行う場合には貸付けの実行）と引き換えに第三者対抗要件を具備するというニーズがあり、このようなニーズに応える仕組みが必要である。

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が前提であるが、）金銭債権の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 中間試案では、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とした場合に債権の差押えに登記を要することとすべきかどうかについては特に触れられておらず、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、金銭債権の差押えに関する登記は行わないとの趣旨であると思われるが、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、金銭債権の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。

この点について、債権の差押命令は、その発令数が膨大で、比較的少額の債権を対象とするものが少なくない上、銀行預金債権の差押えの場合に見られるように、当該債権が現存することの確認を要しないで発令されるため、実際には当該債権が存在しないことも少なくないのが実情であり、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の見解がある。しかし、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が前提であるが）金銭債権の譲渡の第三者対抗要件につき登記一元化を行う場合、登記制度を利用することができる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. 債務者の確定日付ある承諾による第三者対抗要件制度の維持

<意見>

少なくとも登記一元化の前提である現行債権譲渡登記制度の問題点（下記 1 及び 2 を含む。）の克服ができず、また、第 18 の 2(1)甲案の問題点（下記 3 を含む。）を解決できない間は、金銭債権の譲渡又は非金銭債権の譲渡を問わず、債務者の確定日付ある承諾を第三者対抗要件とすることを維持すべきである。

<理由>

資産流動化・証券化取引を含む金融取引において、実務上、債権譲渡の第三者対抗要件を具備するために債務者の承諾を利用する場合も多く、以下の理由から、金銭債権の譲渡又は非金銭債権の譲渡を問わず、債務者の確定日付ある承諾を第三者対抗要件とすることを維持すべきである。

- 1 債権譲渡取引においては、対価となる金銭の支払い（貸付けの譲渡担保として債権譲渡を行う場合には貸付けの実行）と引換えに対抗力を備えた形で債権の譲渡を行うというニーズが存在する。
この点、確定日付ある通知による場合、資金決済と同時に通知する（通知を到達させる）ことは事実上困難であり、債権譲渡登記による場合も、資金決済と同時に債権譲渡登記を具備することはできない。そのため、現行法の下では、実務上、債務者の作成した承諾書の交付と引換えに資金決済を行ったり、（現行法上、事前の承諾が第三者対抗要件として認められる範囲が不明確ではあるが）債権譲渡や資金決済に先立って債務者の承諾を取得したりすることにより、上記のニーズを満たそうとする場合がある。
- 2 債務者が単独、譲渡人が多数となる多数の債権を譲渡するような取引を行う場合に、登記又は債務者に対する通知によるのでは、多数の登記又は通知が必要になる一方、承諾によれば、債務者から譲受人に対して 1 通の承諾書を交付すれば足りるという利点がある。例えば、現行法の下で行われている一括決済方式では、多数の納入企業（債権者）の支払企業 1 社（債務者）に対する債権が受託金融機関等に対して譲渡されることがあり、支払企業の承諾により第三者対抗要件を具備することが一般的であるが、このような取引について第三者対抗要件の具備を債権譲渡登記又は通知によらなければならないとすると、多数の登記又は通知を行う負担を生ずることになる。
- 3 実務上、金銭債権と非金銭債権が一体のものとして譲渡されたり、債権譲渡とともに契約上の地位を移転する取引が行われることがあるが、このような場面において、債務者の確定日付ある承諾を金銭債権の譲渡の第三者対抗要件として認めない一方で、債務者による承諾を非金銭債権の譲渡の第三者対抗要件としたり、契約上の地位の移転の効

力要件とすると、債権譲渡の対抗要件及び契約上の地位の移転に係る承諾の先後関係によって、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分属してしまう可能性がある。

- 4 金銭債権の譲渡に関し、関連する契約条項（に基づく債権）が、金銭債権と一体ないし付随するものとして金銭債権の譲渡に伴って当然に譲受人に移転するのか、それとも、金銭債権とは独立した非金銭債権として譲渡すべきものとして取り扱われるのか、明確ではない場合がある。このような場合において後者の取扱いがなされる場合、債務者の確定日付ある承諾を金銭債権の譲渡の第三者対抗要件として認めない一方で、債務者による承諾を非金銭債権の譲渡の第三者対抗要件とすると、金銭債権と非金銭債権（関連する契約条項に基づく債権）が、それぞれ異なる者に分属してしまう可能性がある。

上記 3 及び本 4 の問題の具体的な例については、[「第 21 契約上の地位の移転」への意見の 3]を参照されたい。

以上のとおり、債権譲渡の第三者対抗要件としての承諾の制度を廃止した場合の実務上の不都合性や、金銭債権、非金銭債権及び契約上の地位の分属の可能性があることからしても、少なくとも登記一元化の前提である現行債権譲渡登記制度の問題点の克服ができず、また、第 18 の 2(1)甲案の問題点を解決できない間は、債権譲渡の第三者対抗要件としての承諾の制度を維持すべきである。

4. 事前承諾が第三者対抗要件として認められる場合の明確化

<意見>

債権譲渡に先立ってなされた債務者の確定日付ある承諾について、債権譲渡の第三者対抗要件として認められる場合を明文化すべきである。

具体的には、債務者が、債権譲渡の確実性につき、一定程度（第三者に公示し得る程度）の認識を有し得る状況で行った承諾については、債権譲渡の第三者対抗要件としての効力を認めて良いと考えるが、かかる規律を条文化するため、更に議論が行われることを期待する。

<理由>

- 1 実務上、債権譲渡が予定されているような場合において、債権譲渡に先立って債務者から承諾を取得し、当該承諾を債権譲渡の第三者対抗要件として利用することがある。

現行法上、このような事前承諾については、民法第 467 条の第三者対抗要件制度が債務者の認識を通じた公示を意図した制度であることとの関係で、債務者が譲渡がなされたことを認識できない時点における承諾（事前承諾）の第三者対抗要件としての有効性に議論があり得るところである。もっとも、債務者が譲渡を認識し、これを第三者に公示できるかという観点からは、債務者による承諾が事前承諾であるという理由だけで、

一律に承諾の効力を否定すべきことには必ずしもならず、一定の場合には事前承諾に第三者対抗要件としての効力が認められるものと考えられ、現にそのような議論もなされてきたところである⁴⁰。

- 2 民法第467条の第三者対抗要件制度が債務者の認識を通じた公示を意図した制度であることからすれば、譲渡がなされることを債務者が一定の確度をもって認識できる場合には、これを第三者に公示できる程度の事実を認識していると評価することもできると考えられるところ、債権譲渡の法的安定性を高め、その利用可能性を高める観点から、事前承諾が第三者対抗要件として有効と認められる要件を条文上明確化すべきである。

5. 債務者の確定日付ある承諾について、第三者対抗要件としての効力が認められる基準時の明文化

<意見>

債権譲渡の第三者対抗要件の枠組みについては現行制度を維持することを前提に、債務者の確定日付ある承諾について、第三者対抗要件としての効力が認められる基準時が確定日付取得の時点であることを明文化すべきである。

<理由>

- 1 実務上、債権の譲渡人又は譲受人が、債権譲渡について債務者から書面による承諾を取得した上で確定日付を取得することが多く行われているが、かかる場合に、債務者の承諾の第三者対抗要件としての効力が、①確定日付を取得することにより、承諾の時点に遡って認められるのか、②確定日付を取得した時点で認められるのか、又は、③確定日付を取得したことを債務者が知った時点で認められるのか、競合する債権譲渡等が生じた場合の優先関係が条文上一義的に明らかではない。
- 2 第三者対抗要件の基準時は明確であるべきところ、対抗力の発生時点について客観的に明らかになりやすいのは②の考え方であり、この点を明文で定めるべきである。

第18 債権譲渡

3 債権譲渡と債務者の抗弁（民法第468条関係）

(1) 異議をとどめない承諾による抗弁の切断

<意見>

現行民法第468条を改正し、異議をとどめない承諾の規律を見直し、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として

⁴⁰ 金融法委員会「債権譲渡の第三者対抗要件としての確定日付書面による債務者の事前承諾の効力に関する論点整理」（平成16年4月13日）。

も、具体的な抗弁を特定することなく譲渡対象となる債権に関する譲渡人に対する一切の抗弁を放棄する旨の債務者の意思表示があれば、債務者は譲渡人に対して有しており、あるいは将来取得する一切の抗弁を譲受人に対して対抗できなくなることを明確にすべきである。

<理由>

1 実務上、債権譲渡取引の安全を確保するために、債務者が譲渡人に対して有する抗弁を譲受人に対して対抗できない形で債権譲渡を行うため債務者による異議をとどめない承諾を利用するニーズがあり、資産流動化・証券化取引においても裏付資産である金銭債権を信託や特別目的会社に譲渡する場面や、証券化商品である資産担保貸付の譲渡を行う場面などで異議をとどめない承諾が利用されることがある。

そのため、抗弁に言及することなく債務者が債権譲渡に対する承諾を行った場合に、異議をとどめない承諾の効果が発生することまでは必要ではないと考えられるものの、債務者が明示的に譲渡対象となる債権に関する譲渡人に対する一切の抗弁を放棄する旨の意思表示を行った場合には、債務者は譲渡人に対する一切の抗弁を債権の譲受人に対して対抗できないとすることを認めるべきである。その場合に、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、譲受人が想定していない譲渡人に対する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。

2 そこで、現行民法第468条を改正し、異議をとどめない承諾の規律を見直すとしても、具体的な抗弁を特定することなく譲渡対象となる債権に関する譲渡人に対する一切の抗弁を放棄する旨の債務者の意思表示があれば、債務者は譲渡人に対して有しており、あるいは将来取得する一切の抗弁を譲受人に対して対抗できなくなることを明確にすべきである。

第18 債権譲渡

4 将来債権譲渡

1. 譲渡人の地位の変動に伴う将来債権譲渡の効力の限界

<意見>

中間試案に賛成する。ただし、中間試案第18.4(4)本文の「譲渡人以外の第三者が当事者となった契約上の地位に基づき発生した債権」という文言に管財人等の下で発生した債権は含まれないと解すべきであり、将来債権譲渡取引の法的安定性を高めるために、上記解釈を確認する明文の規定を倒産法に定めるべきである。また、担保価値維持義務に関する判例の射程が将来債権の譲渡人に及ぶこと及びかかる判例の射程が及ぶ場合に将来債権の

譲渡人がその義務に違反しないこととなる正当な理由についての更なる議論を強く期待する。

<理由>

- 1 中間試案第 18.4(4)では、将来債権の譲渡後に譲渡人の地位に変動があった場合に、譲受人は、譲渡人以外の第三者が当事者となった契約上の地位に基づき発生した債権を原則として取得することができないものとし、ただし譲渡人から第三者がその契約上の地位を承継した場合には、譲受人は例外的に当該債権を取得するとされている。譲渡人による将来債権の譲渡は、その処分権が及ぶ範囲に限って有効であることから、かかる提案には基本的には問題がないように思われる。
- 2 ただし、上記提案が立法化された場合、将来債権譲渡の倒産法上の効力に注意が必要である。すなわち、将来債権の譲渡後に譲渡人に倒産手続が開始され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。）の下で発生する債権に譲渡の効力が及ぶとすると、倒産債権者共同の引当財産である倒産財団から債権発生のための費用が支出されるにもかかわらず、発生した債権は譲受人が取得する状況となるが、このような状況は、倒産債権者共同の引当財産である倒産財団を特定の権利者の利益のために費消してはならないという倒産法の大原則・倒産法の公序と衝突するなどとする見解がある。かかる見解は、中間試案の「譲渡人以外の第三者」には管財人等が含まれると主張して、将来債権の譲渡後に譲渡人に倒産手続が開始された場合において管財人等が締結した契約に基づき発生する債権に譲渡の効力が及ばないと主張されることが予想される⁴¹。

しかし、このような帰結は、譲渡人に倒産手続が開始される場合には取引関係者の予測可能性が害されることとなるおそれがあるため、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実務的可能性を著しく限定することとなると思われる。

また、上記の見解は、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と倒産手続の円滑な遂行の利益とが常に深刻な緊張関係に立つと捉えているように思われるが、かかる緊張関係を過度に強調することは正しいものではない。すなわち、譲渡人に破産手続が開始される場合には譲渡対象債権が発生しないこととなるが、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観点から見ても、そのような事態は望ましいものではないため、まず、第一に、譲渡人に倒産手続開始原因が発生することを避けることができるよう、譲渡人の事業環境の変化に対応し得る仕組みを設計するインセンティブがある。また、第二に、譲渡人に再建型倒産手続が開始

⁴¹ 部会資料 37 の 60 頁の説明によれば、中間試案第 18.4(4)の原案である同資料第 1.4(3)ア【乙案】の提案は、上記の倒産法上の問題についての結論を得ることを意図するものではないと説明されている。しかし、管財人は更生会社や再生債務者の代表機関でないとい一般的に解されており、そうだとすれば、管財人が締結した契約に基づき発生した債権は、「譲渡人が当事者となった契約上の地位に基づき発生した債権」ではなく、「譲渡人以外の第三者が当事者となった契約上の地位に基づき発生した債権」に該当すると解釈することは、形式論理的には可能なように思われる。

される場合についても、短期的な回収の極大化よりも、譲渡人の事業の再建が成功し、最終的に取得することができるキャッシュフローが増加することを望むはずである。このように、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と倒産手続の円滑な遂行の利益とがむしろ共通のものとなる局面も多い。そこで、両者の利益の調和を図るためには、上記の見解が提案するような取引関係者の予測可能性を害することとなるおそれのある規定を設けるのではなく、譲受人その他のファイナンスの関係者が譲渡人の事業環境の変化に対応し得る仕組みを用いることによって対応することが適切である。現に、諸外国における将来債権譲渡を利用した事業証券化案件においては、譲渡人の事業の不振によりキャッシュフローが減少する局面では予め定められた条項に基づき資産担保証券（ABS）の元本償還を繰り延べるような仕組みも見られるところである。

将来債権の譲渡後に譲渡人に倒産手続が開始された場合において管財人等の下で発生する債権に譲渡の効力が及ぶか否かを決定するためには、将来債権のキャッシュフローを利用したファイナンスが現在の取引社会において資金調達的手法として果たしている（あるいは今後果たすことが期待される）重要な役割⁴²が損なわれることがないように、過度の制約にならないか、また、取引関係者の予測可能性が害されることとなるおそれがない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。管財人等が（対抗問題ではなく）実体問題における「第三者」に該当するかという論点の結論が、将来債権を含む債権の譲渡後に倒産手続が開始された場合における管財人等の下で発生する債権の帰属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^{43,44}。

⁴² 将来債権のキャッシュフローを利用したファイナンスは、アセット・ベースド・レンディング、買収ファイナンス、プロジェクト・ファイナンス等で重要な役割を果たしている。更に、今後の活用方法として、将来債権の真正譲渡を利用した取引は、インフラ事業のための資金調達的手法として、有用なスキームの1つになりうると考えられる。具体的には、将来債権の証券化により米国におけるレバニュー債（米国の地方自治体が発行する地方債であって、その運営する道路や水道、空港、病院などの公共施設から生ずる運営収益だけを元金の支払原資とするもの）と経済実質において類似の証券の発行が可能になる。深刻化する国・地方の財政負担を抑制しつつ、インフラ事業のために必要な資金を民間から効率的かつ安定的に調達する方法として、今後の活用が期待されるものである。

⁴³ 中間試案の第18.4(4)本文の「譲渡人以外の第三者」には管財人等が含まれると解され、将来債権の譲渡後に譲渡人に倒産手続が開始された場合において管財人等の下で発生する債権に譲渡の効力が及ばないこととなった場合、次のような問題が生じうる。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うる。これに対し、電力料金債権その他の公共料金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く、かつ、第18.4(4)ただし書きにより、かかる債権譲渡人から管財人がその契約上の地位を承継すると解される

したがって、中間試案第 18.4(4)本文の「譲渡人以外の第三者が当事者となった契約上の地位に基づき発生した債権」という文言に管財人等の下で発生した債権は含まれないと解すべきであり、また、将来債権譲渡取引の法的安定性を高めるために、上記解釈を確認する明文の規定を倒産法に定めるべきである。

- 3 また、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、この判例の射程は将来債権譲渡についても及び、将来債権の譲渡人について、譲渡対象債権の発生原因となる法律関係（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。

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たとしたら、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～

場合には、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、電力料金債権証券化のような証券化対象債権が継続的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うる。

⁴⁴ 譲渡人に倒産手続が開始された場合における特則として、将来債権譲渡の効力は管財人等にも及び、管財人等は債権を発生させる義務を負うが、管財人等は将来債権を発生させるための費用を譲受人に請求することができる旨の規定を設けることを提案する改正提案もある（藤澤治奈「将来債権譲渡と譲渡人の倒産に関する一考察—債権法改正に伴う倒産法改正に向けて—」『債権法改正と事業再生』（山本和彦・事業再生研究機構編、商事法務）265 頁）。このような規定が設けられた場合、発生した債権は譲受人が取得する状況となるが、当該債権を発生させるための費用は譲受人が負担することになるため、管財人等が行う営業活動等に加えられる制約の程度は譲渡人の事業の再建を妨げるようなものとはならないと考えられ、将来債権譲渡の効力を管財人等に及ぼすことは十分に正当化できるとと思われる。また、最判平成 11 年 1 月 29 日は、「右期間の長さ等の契約内容が譲渡人の営業活動等に対して社会通念に照らし相当とされる範囲を著しく逸脱する制限を加え・・・るものであると見られるなどの特段の事情の認められる場合」には将来債権譲渡の効力が否定されることがあるとしているが、上記の見解は、将来債権譲渡の効力の限界について譲渡人の営業活動等に加えられる制約を考慮している点で、上記最判と問題意識を共通にするように思われる。上記の見解は、立法論としては、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と倒産手続の円滑な遂行の利益とを一定程度調和させ得るものとして、検討に値する改正提案であると思われる。しかし、譲受人に請求することができる費用の範囲・算出方法が明確化されなければ基準として機能しないこととなるし、将来債権譲渡時の状況下で譲渡行為の公序良俗性を判断するのではなく、将来債権譲渡がなされた後の当該費用の変動リスクを将来債権の譲受人に負わせる点で、取引時における予測可能性に欠ける面があることは否めない。なお、慎重な検討が必要と思われる。

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。

そこで、担保価値維持義務に関する判例の射程は将来債権の譲渡人に及び、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。

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、管財人等がかかる義務に違反した結果、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。そして、管財人等が原因関係維持義務を負うとしても、管財人等が譲受人のために将来債権を発生させなければならない結果として再生債務者財産等が不当に減少するような場合には、かかる正当な理由があると解されることになると思われるから、担保価値維持義務に関する判例の射程が将来債権の譲渡人に及ぶことを民法に規定することによって、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と倒産手続の円滑な遂行の利益とが緊張関係に立つものではないと考えられる⁴⁵。

そして、債権譲渡人の倒産手続における事業の譲渡リスクの解決が将来債権譲渡を

⁴⁵ なお、部会資料 37 の 62 頁では、上記の原因関係維持義務の議論について、「上記判決[引用者注：最判平成 18 年 12 月 21 日]は担保権に関するものであるところ、真正譲渡を含む将来債権譲渡一般にこの判例の射程が及ぶと考えてよいかという疑問がある。」とされている。しかし、債権譲渡人（管財人）が担保権者（倒産手続においては、別除権者または更生担保権者）に対してさえ上記の担保価値維持義務を負うと解されるのであれば、まして、債権譲渡人（管財人）はより強力な権利を有している真正譲渡の譲受人（倒産手続においては、取戻権者）に対しても同様の義務を負うと解すべきである。また、同部会資料 62 頁は「仮に譲渡人に原因関係維持義務が認められるとして、その義務に違反する法律行為の効力の有無、当該法律行為の効力を否定する場合のその理論的な根拠なども問題となる。」としている。この点、原因関係維持義務についての上記解釈論を最判平成 18 年 12 月 21 日の射程範囲と考えるのであれば、同最判が担保価値維持義務に違反する敷金の充当合意を無効としていないように、原因関係維持義務に違反する法律行為（債権譲渡）も無効になるわけではないと解される。

利用したファイナンスの実務において重要な問題となっていることを考えると、管財人の原因関係維持義務の前提となる債権譲渡人のかかる義務を民法の明文で確認することが、将来債権譲渡取引の法的安定性を高める上で有益である。この点は中間試案の提案の中に含まれていないが、引き続き議論が行われることを強く期待する。

2. 将来債権の譲渡後に当該債権の発生原因となる契約において譲渡制限特約が付された場合の規律

<意見>

中間試案に賛成である。もともと、当該債権譲渡について権利行使要件が具備される前に当該債権の発生原因となる契約において譲渡制限特約が付され、将来債権の譲受人が債務者から譲渡制限特約の効力を対抗される場合には、将来債権の譲渡人が譲受人に対して原因関係維持義務違反に基づく責任を負うと考える。

<理由>

- 1 中間試案では、将来債権が譲渡され、権利行使要件が具備された場合には、その後に譲渡制限特約が付された場合であっても、債務者は、将来債権の譲受人に対して譲渡制限特約を対抗することができないとされている。そして、将来債権が譲渡され、権利行使要件が具備された後に生じた原因に基づいて債務者が取得した債権で、その原因が譲受人の取得する債権を発生させる契約と同一の契約であるものについては、債務者は、当該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ものとされている。

将来債権の譲受人の利益と債務者の利益のバランスの観点から、中間試案の提案に賛成である。

- 2 もともと、当該債権譲渡について権利行使要件が具備される前に当該債権の発生原因となる契約において譲渡制限特約が付され、将来債権の譲受人が債務者から譲渡制限特約の効力を対抗される場合には、将来債権の譲渡人が譲受人に対して上記の原因関係維持義務違反に基づく責任を負う余地があると考えらるべきである。

第 21 契約上の地位の移転

<意見>

契約上の地位の移転に係る合意がなされる前に、相手方の承諾がなされた場合であっても、当該承諾が契約上の地位の移転の効力要件として認められることを明確にすべきであり、この場合の承諾の対象は「契約上の地位の譲渡」とすべきである。なお、このような事前の相手方の承諾により、契約上の地位の移転を行う場合に、当該相手方に対して事後

の通知を必要とすることも検討されるべきである。

<理由>

1 事前承諾の必要性及び許容性

(1) 下記3のとおり、実務上、契約上の地位の移転の効力要件としての承諾に関し、一定の取引類型においては、(具体的な相手方を特定することなく、当該債権の譲受人に対して契約上の地位を移転することにつき) 事前の承諾を認めるニーズがある。

この点、部会の議事録(第46回会議議事録)によると、契約上の地位の移転の効力要件としての承諾が事前承諾で足りるかとの点に関して、労働契約において将来の転籍などについて包括的同意を求められる事案など、事前の承諾が常に有効と認められるわけではないとの指摘がなされている⁴⁶。

しかしながら、下記2に示す現行法下での議論の状況に加えて、そもそも、債権譲渡の第三者対抗要件としての債務者の承諾とは異なり⁴⁷、契約上の地位の移転における効力要件としての承諾について事前承諾を認めるかという問題は、契約当事者が契約の当事者を固定化する要請をどの程度有するかという問題であり、専ら債務者の利益の問題にすぎないことからすれば、債務者が自ら事前に承諾している以上、その効力を原則として認めるべきである⁴⁸(部会資料38でも、事前承諾を認める提案がなされていたところである。労働契約における将来の転籍に対する包括的承諾といった個別具体的に問題がある事案を根拠に事前承諾を一般に否定するのは妥当ではなく、かかる個別具体的に問題がある事案については、公序良俗等の一般法理による制限や「承諾」に該当するかの解釈を吟味することにより、不当な態様の事前承諾の有効性を否定するという対応を行うべきである。)

この点、中間試案では、承諾の対象は「契約上の地位を譲渡する旨の合意」とされているため、文言上、かかる合意が成立した後でなければ有効な承諾をなしえないようにも見える。このような疑義を取り除くために、承諾の対象は、「契約上の地位を譲渡する旨の合意」ではなく、「契約上の地位の譲渡」であることを明確にすべきである⁴⁹。

⁴⁶ 第46回会議、安永委員発言(33頁)、山川幹事発言、中井委員発言(34頁)。

⁴⁷ 「第18 債権譲渡 2 対抗要件制度(民法第467条関係)」への意見の4で述べたとおり、債権譲渡の第三者対抗要件としての承諾は、第三債務者をインフォメーションセンターとするという現民法第467条の制度設計から、譲受人も確定しないうちになされた承諾(あるいは、譲渡と時間的に大きく離れた時点でなされた承諾)では、第三債務者が、債権者が誰であるかという情報を覚知できず、かかる承諾に第三者対抗要件としての効力を付与することには議論があり得る。

⁴⁸ 債権譲渡の債務者対抗要件としての承諾に関しては、専ら債務者保護の目的のものであるとして、事前承諾の有効性を肯定する見解が有力であること(我妻栄『新訂 債権総論』(岩波書店)533頁)も、契約上の地位の移転における事前承諾の有効性を認める根拠となり得る(但し、事前承諾の債務者対抗要件としての有効性を一般的に認めることに否定的な見解もある(道垣内弘人「指名債権譲渡の予約についての確定日付のある証書による債務者に対する通知または債務者の承諾をもって予約の完結による債権譲渡の効力を第三者に対抗することの可否」金法1652号18頁。))。

⁴⁹ なお、中間試案では、免責的債務引受についても、「引受人が…債務を引き受けるとともに債務者が自己の債務を免れる旨を引受人と債務者との間で合意し、債権者が引受人に対してこれを承諾することによって」行うことができるとされている(第20の2(4))ため、契約上の地位の譲渡と同様に、合意の後でなければ承諾をなしえないようにも見える。免責的債務引受については、現行法上、事前の承諾も有効と解するのが有力であり(2(3))、敢えてこれを否定すべき理

(2) 契約上の地位の移転の効力要件として事前承諾を認めるべき必要性及び許容性は上記(1)のとおりであるが、契約上の地位が移転された場合に、相手方がその事実を知り得ず、不安定な地位に置かれることになってしまうという問題意識もあり得る。そのため、契約上の地位の移転に係る合意の前になされた承諾を契約上の地位の移転の効力要件として認めることを前提に、そのような事前承諾による場合には、契約上の地位の移転に係る合意後に相手方に対する通知を要求することも検討されるべきである⁵⁰。

2 現行法下の議論

効力発生要件としての事前承諾の有効性についての現行法上の議論は大要下記(1)ないし(3)のとおりである。契約上の地位の移転につき契約の相手方の承諾が効力要件として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、契約の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いる。また、債務引受に関しては、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る。これらの事情に鑑みると、契約上の地位の移転について、その合意より前になされた承諾の効力要件としての有効性を否定する理由は乏しい。

(1) 現行法上、契約上の地位の移転については規定がないが、契約の両当事者及び譲受人の間の三面契約で契約上の地位を移転することができ、契約の一方当事者と譲受人の間の合意によって移転する場合には、契約相手方の承諾を条件として契約上の地位を有効に移転することができるとするのが通説である⁵¹。

(2) 契約上の地位の移転は、債務の引受の要素が含まれているため、契約相手方の意思の尊重という問題があるが⁵²、この点に関し、通説は、「経済取引が客観化し、契約は債権者・債務者の個人よりも、その契約の生じた経済的な基礎に着目されるようになったときには、その契約上の地位も、相手方に不当な不利益を与えない限り、自由に移転し得るといふべきであり、その不当な不利益を防止する手段としては、相手方の承認で足りる」とする⁵³。

(3) 現行法上、契約相手方の承諾が事前承諾であっても契約上の地位の移転が有効になるか否かに関しては、ほとんど議論がないように思われるが、ローン契約上の権利の移転に関して、「(ローン契約上の) 権利・権限が仮に契約上の地位と不可分に結びついたものである場合には、借入人の同意なしに移転することはできない。したがって、そのような権利・権限を移転するためには、借入人の同意が必要となる。もともと、かかる同意については、権利・権限の行使が債権者の属性により大きく異なるなどの特段の事情がない限り、ローン契約の締結時、すなわちローン債権の譲受人が特定し

由もないのであるから、免責的債務引受についても、事前承諾が有効であることを明確にすべきである。

⁵⁰ 部会資料 38 第 2 の 2 イ (19 頁)、ユニドロフ国際商事契約原則 9.3.4 も同内容である。

⁵¹ 我妻栄『新訂 債権総論』(岩波書店) 580 頁。

⁵² 林良平(安永正昭補訂)=石田喜久夫=高木多喜男『債権総論〔第 3 版〕』(青林書院) 550 頁。

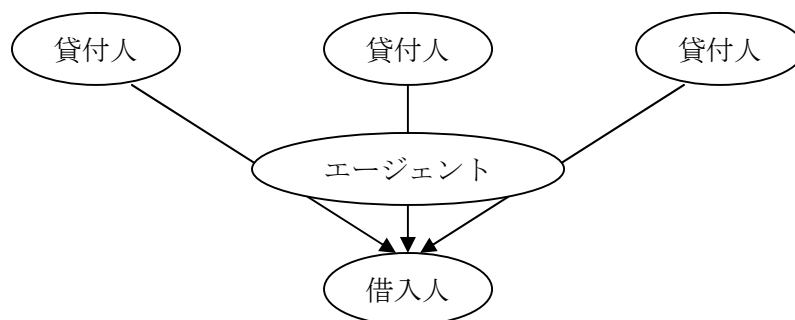
⁵³ 我妻・前掲(注 51) 581 頁。また、傍論であるが、最判昭和 30 年 9 月 29 日民集 9 卷 10 号 1472 頁。

ていない時点においても、契約に定めておくことができると解すべきである」とする見解がある^{54/55}。また、免責的債務引受について、債務者と引受人の間の合意で行う場合には債権者の承諾が必要であるが⁵⁶、債務引受の合意の前に行われる事前承諾も有効であるとする見解が有力である⁵⁷。

以上のとおり、契約上の地位の移転について契約相手方の承諾が必要とされる理由が、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ことに鑑みると、事前承諾に契約上の地位の移転の効力要件としての有効性を認めてよいと考えられる。

3 金融取引における具体的なニーズ

(1) シンジケートローンの例



シンジケートローンでは、(各貸付人と借入人との間に個別の金銭消費貸借契約が成立するものの、) 全貸付人、借入人及びエージェントが当事者となる 1 本のシンジケートローン契約書を締結し、そこで以下のような条項を定めるのが通常である。

- ① 相殺禁止条項、期限の利益喪失条項、期限前弁済に関する条項、流質・流抵当特約などの、各貸付債権及び各貸付債権の内容を構成する条項
- ② 借入人の表明保証条項、財務制限条項、担保提供制限条項、財務状況等に関する報告義務を定める条項などの、貸付人の貸付債権以外の権利・権限を定める条項
- ③ 借入人の責任財産限定条項など、借入人の抗弁を構成する条項
- ④ 貸付人の表明保証条項、倒産申立権放棄特約、守秘義務条項など、貸付人の債務・責任の内容を構成する条項
- ⑤ 貸付人間関係を規律する条項 (意思結集のための条項など) やエージェントと貸付人の関係を規律する条項

⁵⁴ 金融法委員会「ローン債権の譲渡に伴う契約条項の移転」(平成 16 年 3 月 23 日) 6 頁。

⁵⁵ 現行法に関する議論ではなく立法論であるが、池田真朗「契約当事者論—現代民法における契約当事者像の探究」別冊 NBL51 号『債権法改正の課題と方向』(商事法務研究会) 176 頁は、契約相手方の承諾が事前承諾であっても有効に契約上の地位の移転を行うことができる旨を提案している。

⁵⁶ 我妻・前掲(注 51) 568 頁。

⁵⁷ 我妻・前掲(注 51) 569 頁。

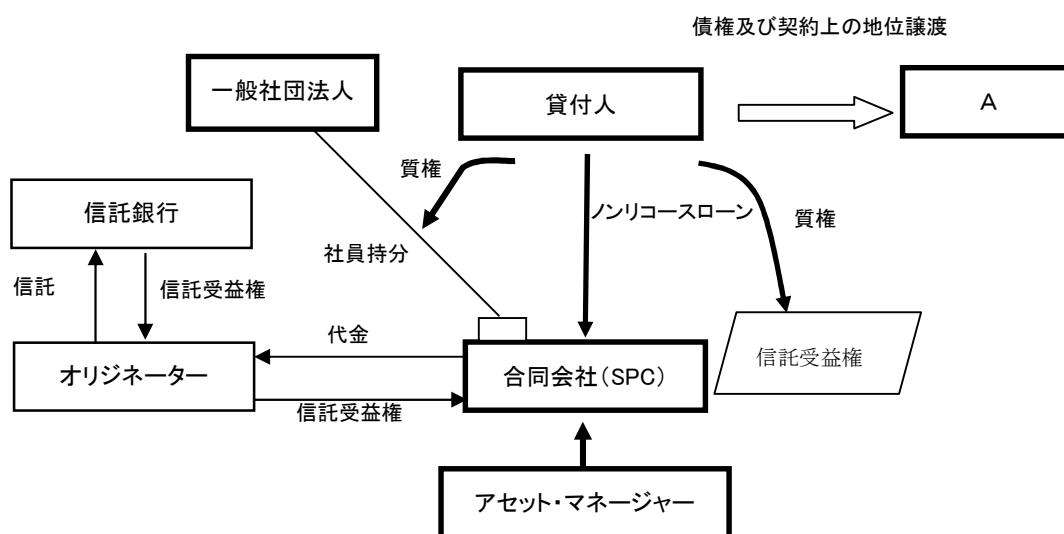
そして、ある貸付人がその有する貸付債権を譲渡した場合には、シンジケートローンの仕組みを維持するため、上記各条項の全てが当該貸付債権の譲受人に承継されることが必要不可欠である。しかしながら、貸付債権の譲渡に伴い上記各条項の全てが当然に当該貸付債権の譲受人に承継されるか否かは必ずしも明らかではない。

そこで、現行法下の実務では、(i) 各貸付人がその有する貸付債権を譲渡する場合には、そのシンジケートローン契約上の地位の全てを当該債権の譲受人に移転することがシンジケートローン契約に明記され、かつ、(ii) 貸付債権の譲渡時に至ってから契約の相手方から逐一契約上の地位の移転について承諾を得ることとしたのでは、煩雑である上に、シンジケートローンの枠組みの安定性を損なうことから、かかる契約上の地位譲渡につき、借入人が予め承諾することがシンジケートローン契約に併せて明記されるといった対応がとられることがある。

各権利義務関係は、中心となる貸付債権の保有者である貸付人との間の権利義務関係とすることに意味があるものであることから、貸付債権とともに全ての権利義務関係が（改めての承諾なく）移転することとしても関係者にとって不都合はなく（むしろ望ましく）、シンジケートローン契約書において予め定めた手続に従って貸付債権の譲渡に伴って、シンジケートローン契約書に定められた権利義務関係の一切が新貸付人に移転することに合理性が認められると考えられる。

なお、以上の問題とは別に、仮に、中間試案第 18 の 2(1)の提案により、金銭債権と非金銭債権で異なる第三者対抗要件制度を採用し、金銭債権の譲渡の第三者対抗要件として債務者の承諾が認められないこととなる場合、上記貸付債権の譲渡の場面において、金銭債権である貸付債権の譲渡に係る第三者対抗要件とは別に、非金銭債権である貸付人の借入人に対する権利（例えば、上記②に挙げた財務状況等に関する報告義務を定める条項に基づく、財務状況の報告を求める権利）の移転についても第三者対抗要件を具備する必要があるかが問題となる。そして、仮にこれが必要と解された場合には、貸付債権とそれ以外の権利が異なる者に分属する可能性が生じることになる。

(2) 不動産流動化取引におけるノンリコースローンの例



SPC（一般社団法人が全社員持分を保有している合同会社）がオリジネーターから不動産信託受益権を譲り受け、貸付人が不動産信託受益権の購入代金を SPC に貸し付けるという標準的な不動産ノンリコースローンの事例においては、以下のような複数の契約が締結される。

- ① オリジネーターと SPC の間の不動産信託受益権売買契約
- ② 貸付人と SPC との間の金銭消費貸借契約
- ③ 不動産信託受益権に上記②に基づく貸付債権を被担保債権とする質権を設定するための、貸付人と SPC との間の不動産信託受益権質権設定契約
- ④ SPC の社員持分権に上記②に基づく貸付債権を被担保債権とする質権を設定するための、貸付人、一般社団法人及び SPC の間の⁵⁸社員持分質権設定契約
- ⑤ 貸付人、SPC、アセット・マネージャー及び信託銀行の間のプロジェクト契約⁵⁹

以上のような取引では、貸付人がノンリコースローンに係る債権を第三者に移転する場合⁶⁰、貸付人が当事者となっている契約上の地位も合わせて当該第三者に移転しなければ取引のスキームを維持することができない。そこで、上記(1)の例と同様に、金銭消費貸借契約等において、「貸付人が金銭消費貸借契約又は関連契約上の地位を第三者に譲渡することにつき、予め包括的に異議をとどめず承諾する」旨の規定が設けら

⁵⁸ SPC の社員持分への質権については、理論的には貸付人と質権設定者である一般社団法人との間の契約で設定することができるが、実務上は、質権の実効性を確保するために、第三債務者である SPC も契約当事者に加えて、コベナントや質権実行時の協力義務等を定めておくことが一般的である。

⁵⁹ SPC がデフォルトした場合の貸付人による指図権限の内容、不動産信託受益権の裏付不動産の売却ルール等を定めた契約である。また、実務上は、さらに、オリジネーターとの間の損害担保契約（あるいはスポンサーレター）、アセット・マネジメント契約上の権利の譲渡担保契約、匿名組合出資がなされている場合には匿名組合契約上の地位の処分禁止契約、メザンローンや劣後ローンがある場合には債権者間協定等の関連契約も締結されることが多い。債権者間協定では、貸付人間の劣後特約等、スキームを維持するための重要な特約が設けられている。

⁶⁰ 具体的には、不動産証券化商品である CMBS を組成する場合や不動産ノンリコースローン自体を別の投資家に転売する場合などが考えられる。

れ、関連契約においても同様に、金銭消費貸借契約に従ってノンリコースローンに係る債権が譲渡される場合において貸付人の関連契約上の地位を当該債権の譲受人に移転することにつき貸付人以外の当事者が承諾をする旨の規定が設けられるのが通常である。

各権利義務関係は、中心となるノンリコースローンに係る債権の保有者である貸付人との間の権利義務関係とすることに意味があるものであることから、当該債権とともに全ての権利義務関係が（改めての承諾なく）移転することとしても関係者にとって不都合はなく（むしろ望ましく）、金銭消費貸借契約書において予め定めた手続に従ってノンリコースローンに係る債権の譲渡に伴って、各契約書に定められた権利義務関係の一切が譲受人に移転することに合理性が認められると考えられる。

なお、以上の問題とは別に、仮に、中間試案第 18 の 2(1)の提案により、金銭債権と非金銭債権で異なる第三者対抗要件制度を採用し、金銭債権の譲渡の第三者対抗要件として債務者の承諾が認められないこととなる場合、上記(1)の例と同じく、金銭債権である貸付債権の譲渡に係る第三者対抗要件とは別に、非金銭債権である貸付人の SPC に対する権利（例えば、上記⑤のプロジェクト契約上に規定された、SPC に対し一定の作為・不作為を求める権利）の移転についても第三者対抗要件を具備する必要があるかが問題となる。そして、仮にこれが必要と解された場合には、貸付債権とそれ以外の権利が異なる者に分属する可能性が生じることになる。

第 30 約款

<意見>

- 第 1. 事業者間契約については⁶¹不意打ち条項規制を設けるべきではない（第 30、3 関係）。
- 第 2. 事業者間契約については不当条項規制を設けないか、設けるとしても、その内容は公序良俗・信義則により約款条項の有効性が制限されることがある旨を確認する規定にとどめるべきである（第 30、5 関係）。
- 第 3. 約款の変更の要件については、第 30、4(1)エの要件を不要とすることを含め、実務の実情に照らした要件とすべきである（第 30、4 関係）。

<理由>

- 第 1. 意見第 1 について
 - 1 中間試案の提案内容

⁶¹ 本意見では、証券化・流動化取引を対象として検討を行った関係から、約款規制が事業者間契約に適用される局面を主として（特に意見第 1 及び第 2 との関係で）念頭に置く。意見第 1 及び第 2 においては消費者取引に言及していないが、そのことは、当協議会が、消費者取引について中間試案どおりの不意打ち条項規制・不当条項規制が導入されることを支持していることを意味するものではない。

中間試案は、「約款に含まれている契約条項であって、他の契約条項の内容、約款使用者の説明、相手方の知識及び経験その他の当該契約に関する一切の事情に照らし、相手方が約款に含まれていることを合理的に予測することができないものは、上記2によっては契約の内容とはならないものとする。」として、不意打ち条項の導入を提案する。

その趣旨は、「約款が前記2の組入要件を満たす場合であっても、その約款中に含まれているとは合理的に予測できない条項（不意打ち条項）があるときは、その条項には組入の合意が及んでいないと考えられる。そこで、約款の拘束力を当事者の合意に求めること（前記2）の帰結として、不意打ち条項については、その内容の当否を問わず契約内容にならないとするものである。」と説明されている。

2 約款の拘束力を当事者の合意に求めることと不意打ち条項規制との関係

しかし、「組入要件を満たす場合であっても、その約款中に含まれているとは合理的に予測できない条項（不意打ち条項）があるときは、その条項には組入の合意が及んでいない」とする考え方は、「約款の拘束力を当事者の合意に求めること」からの論理必然的な帰結ではない。すなわち、中間試案においては、約款の組入要件として、「契約の当事者がその契約に約款を用いることを合意し、かつ、その約款を準備した者によって、契約締結時まで、相手方が合理的な行動を取れば約款の内容を知ることができる機会が確保されている」ことが要求されるのであるから、合理的な行動により約款の内容を知ろうとしない相手方は、約款の内容如何にかかわらずその内容に拘束される意思である（但し、公序良俗・信義則や内容規制に抵触するものは別）と捉え、その意思を根拠に約款条項の拘束力を認めることも論理的に不可能ではない。

そうすると、不意打ち条項規制を設けるべきか否かは、約款の内容を知ることができる合理的な機会が与えられていたにもかかわらずその内容を知ろうとしなかったために想定外の条項を含む約款を用いることに合意してしまった当事者を保護すべきか否かの判断にかかわる。

3 事業者間契約を不意打ち条項規制の適用対象外とすべき理由

この判断は、約款使用者の相手方が事業者であるか消費者であるかによっても異なる。消費者は、その締結する個々の契約の内容を十分に検討する知識・経験に乏しく、また小口取引も多いことからそのような検討を行わないことが経済的に合理的な行動である場合は多いと言いうる⁶²。これに対し、事業者は、その締結する契約がその事業にとって

⁶² 「契約の一方当事者が用意した書式に記載された条項群を契約相手方（客）が包括的に受け入れるという仕方では契約が結ばれる結果、客は個々の条項内容を了知しないまま契約をすることがしばしばであり、また、了知しないことにつき責められない状況にあるということである。すなわち、書式を読む機会や時間的余裕を与えられなかった場合から、そのような機会があったもののはじめから読む努力を払わなかった場合、読みはじめたが専門用語を随処に散りばめる条項群の難解さのゆえに読み続けることを断念した場合まで、事情はさまざまであろうが、そのことをとらえて客の怠慢を語ることは適切でない場合が多いのである（とりわけ、消費者契約においては）」とし、「契約条項の内容を理解するための時間とコストは、

重要な契約であればその内容を十分に検討すべきであり、重要性に劣ると判断してその内容を検討しないのであればその判断を誤ることのリスクは当該事業者自身が負担すべきであると言いうるようになる。

なお、部会資料 42 においては、約款使用の相手方が事業者であるときは不意打ち条項に関する規定を適用しないとする提案が取り上げられている⁶³。これに対しては、「約款の内容を認識することが相手方に求められ、それを怠った相手方が予期せぬ条項に拘束されてもやむを得ないと考えられる場合は、『合理的に予測することができない』という要件を欠くに過ぎないから、不意打ち条項の規定を適用対象から除外する必要はないとの考え方も成り立ち得ると考えられる。」とされているが⁶⁴、事業者を不意打ち条項規制の適用対象に含めることが適切であるか否かの態度決定を行わずに、差し当たり適用対象を広く取っておくというような方針は、規律の明確性の観点から、採用すべきでない。

4 組入要件緩和の正当化根拠論との関係

なお、約款の組入要件を契約法の一般原則に比べて緩和するものとする場合には、そのような緩和が正当化される根拠が問題になるところ、その根拠として、契約内容の合理性を担保する他の制度が設けられていることを挙げる見解があり、そこにいう「契約内容の合理性を担保する他の制度」として、不意打ち条項規制を設けることが必要である（そして、このような観点から見た場合には不意打ち条項規制の必要性は消費者契約の場合に限られない）という議論があり得る。

しかし、仮に約款の組入要件が契約法の一般原則に比べて緩和するものとするとしても、その根拠は、簡易な組入を認めることの社会経済的な合理性自体からも基礎づけられ得るのであり⁶⁵、また、仮に不当条項規制を設けるのであれば、それが公序良俗・信

それを理解することによって得られるメリットとは引き合わないことが多い。価格や品等のように、その有利・不利が自己の得失として直ちに実現する契約条件については、客もそれを了知して（あるいは了知しようと努力して）契約するのが通常といえるが、免責条項、違約金条項、裁判管轄条項に代表される付随条項は、これらの条項が問題にしている事態が現実には生じた場合を考えると重要な条項といえるが、その適用が現実の問題となる蓋然性が低いため、契約締結段階でそれを知ろうとするインセンティブは少なからざるをえない。」とする、山本豊「契約の内容規制」山本敬三ら編『債権法改正の課題と方向—民法100周年を契機として—（別冊 NBL51号）』（商事法務）71頁参照。

⁶³ 「仮に不意打ち条項に関する規定を設けるとしても、契約の種類や当事者の属性によっては不意打ち条項に関する規定の適用を排除すべきであるという考え方もあり得る。すなわち、典型的には、事業者が契約を締結する際には約款の内容を自らの責任で把握してしかるべきであり、仮に不意打ち条項に該当するような条項が含まれていたとしても、それを把握することを怠って組入合意をした以上、拘束されてもやむを得ないという価値判断があり得る。本文(3)の甲案のうちブラケット内の部分では、このような考え方にに基づき、約款使用の相手方が事業者であるときは不意打ち条項に関する規定を適用しないとする提案を取り上げている。」部会資料 42、20頁、29頁。

⁶⁴ 部会資料 42、29頁。

⁶⁵ 同様の観点から、通常より緩和された要件の下での組入を正当化する考え方を示唆するものとして、「組入要件の適用対象となる約款は、それを構成する個別の条項・付随的な契約内容について、相手方当事者の意思が希薄な状況下で契約内容に組み入れられることが許容されるものとも理解されます。とすれば、このような組入れが許容される根拠を明確にし、当該根拠に照らして相当な範囲となるよう、約款の定義を定めるべきではないかと思料します。その上で、その根拠には多数の者との間における集団的な法律関係を統一的に、かつ円滑・迅速・低コストで形成することができるという約款の有用性とその必要性が含

義則による制限を確認・明確化する規定にとどまるものであっても、判断基準の明確性が向上することにより合理性の担保の機能を期待することもできると考えられるから⁶⁶、組入要件を認めるからといって必ずしも不意打ち条項規制をあわせて導入しなければならないものでもないと考えられる。

5 小括

以上から、少なくとも事業者を約款使用の相手方とする契約については、不意打ち条項規制を設けるべきではない。

第2. 意見第2について

1 不当条項規制の根拠との関係

中間試案は、不当条項規制の根拠について、交渉力格差の是正措置と位置づけているのではなく⁶⁷、希薄な合意の内容の合理性を担保する方策と位置づけていると見られる⁶⁸。

しかし、個別の約款条項に詳細な認識が及んでいないにもかかわらず契約内容を構成することに対応するための規制は、本来、不意打ち条項規制のような規律の要否の形で問題とされるべきである⁶⁹（事業者間契約については、そのような規律を導入すべきでな

まれると考えられます。とすれば、約款の定義を定めるに当たっては、「多数の契約に用いるために」という要件は必要となるという考え方もあると思料します」とする、第50回議事録32頁（筒井幹事読み上げに係る佐藤関係官発言メモ）。

⁶⁶ 「司法的コントロールの内容を明らかにして予測可能性を高めるため、約款の契約条項の合理性を担保するための具体的規律を置く必要があると考えられる。特に、契約を無効とする場合に適用される民法第90条の『公の秩序又は善良の風俗』という文言は、抽象的で、どのような場合にこの規定が用いられるのかを予測することが困難である。公序良俗違反は、当初は国家秩序や道徳秩序に反するという限定的な意味で理解されてきたが、その後の判例・学説の展開を通じて、一方の当事者にとって不当な不利益を与えるという類型も公序良俗違反に含まれると理解されるに至っている。このことにも示されているように、公序良俗の概念は必ずしも明確ではない。そこで、一方当事者にとって不当な不利益を与えるという類型が公序良俗違反に当たることを明文化する必要があると考えられる。」とする、補足説明376頁参照。

⁶⁷ 「約款が使用された契約を不当条項規制の対象とするという考え方は、約款が使用された契約においては当事者間での交渉が行われず、一方の当事者（約款使用者）が一方的に契約内容を決定し、他方の当事者は契約内容の形成に関与することができないため、契約自由の前提が失われていることや、約款が主として規律することになる契約の付随的な場面については市場における競争が働きにくいことから、法による契約内容への介入が正当化されるという考え方である。この考え方は、約款が使用された場合には一方当事者が契約内容を決定するという自体に不当条項規制の根拠を求め、それ以外の原因（例えば約款使用者の経済的な規模や市場占有率など）による『交渉力の格差』を根拠とはしない考え方であると言える。」とする考え方に立っていると見られる。（部会資料42、38頁）

⁶⁸ 「従来、契約は当事者の合意があって初めて当事者を拘束するということが前提とされてきたが、契約の締結過程において相手方が契約の内容を明確に認識した上でそれに拘束されることを合意する限り、その内容の合理性も一定程度確保されると考えることが可能である。これに対して、約款による契約は相手方が個別の契約条項についてそれを受け入れるか否かを判断しておらず、内容の合理性が必ずしも確認されていない点で異なる。そのため、本文では、約款について、内容の不当性の判断に当たって個別合意がある契約条項とは別に規定を設けることとしている。」補足説明376頁。

⁶⁹ 「不十分な合意に関する規制という意味で議論するのでしたら、それは不意打ち規制とか契約締結段階における説明義務の延長の議論になるはずでして、・・・それが交渉力とか、あるいは情報格差に起因する契約内容の不正さに対する是正ということであれば、そもそも約款だけが対象になるものでも、あるいは、今、岡田委員から指摘があったように個別に合意されたから対象から外れるというのではなくて、もっと契約一般の問題点であろうと思います。」第51回議事録2頁（三上発言）。

いことは第 1 で述べたとおりである。)。不意打ち条項規制とは独立に不当条項規制において問題とされるのは、「約款に含まれている契約条項であって、相手方が約款に含まれていることを合理的に予測することができる条項であっても、効力を認めるべきでない条項」を規制すべきか否かであり、そこでは、契約当事者の意思が及んで見得ることを前提としても、なお効力を否定すべき条項があるかを問題とすることになるのであるから、本質的に通常の契約に対する内容規制と異なる内容規制を設ける理由はないというべきである。

そうであれば、約款条項に特に適用のある内容規制を設けないという選択肢もあり得るが、それでもなお、希薄な合意の内容の合理性を担保する方策を必要とするのであれば、下記 2 のような内容の内容規制とすべきである。

2 不当条項規制を設ける場合の内容

中間試案の提案する不当条項規制では、「前記 2（約款の組入要件の内容：引用者注）によって契約の内容となった契約条項は、当該条項が存在しない場合に比し、約款使用者の相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重するものであって、その制限又は加重の内容、契約内容の全体、契約締結時の状況その他一切の事情を考慮して相手方に過大な不利益を与える場合には、無効とする。」との文言が用いられている。

これを消費者契約法第 10 条の文言⁷⁰と比較すると、相違点の一つは、「民法第一条第二項に規定する基本原則に反して」の部分が規定されていないことである。消費者契約法第 10 条に関する確認規定説の文言上の根拠が「民法第一条第二項に規定する基本原則に反して」の部分にあることを考えると⁷¹、中間試案の提案は、創設的な規定と位置づける意図である可能性がある。

しかし、契約内容規制としては消費者契約法が既にあり、これと比較して、より強度の内容規制を事業者間契約に適用することはバランスを欠くというべきである⁷²。

この点、消費者契約法第 10 条の内容規制自体が、公序良俗や信義則による契約内容規制

⁷⁰ 「民法、商法（明治三十二年法律第四十八号）その他の法律の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項であって、民法第一条第二項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方向的に害するものは、無効とする。」

⁷¹ 消費者庁企画課『逐条解説 消費者契約法（第 2 版）』222 頁。

⁷² 「約款を切り口にして民法で一般規定を置くという場合に、消費者契約法があつて、現にそこに不当条項規制がある以上、余り民法にそれより厳しい規制は置けないと思うのです。でも、消費者契約法が非常に強力な不当条項規制を持っていて、それが特別法で消費者をしっかり守っているという状況であれば民法のほうはやや一般的な規定というバランスが取れるのではないかと思うのですが、消費者契約法は御存じのようにやや政治的な妥協で弱い規制であつて、そういう現状を置いておいて民法の規定を考えることはなかなか難しいなと思います。かといって、消費者契約法をどうするのかということになると、また、大騒ぎになるかと思うので、そこは民法の枠で考えるということに私も反対はしませんが、全体的なバランス感覚としては、消費者契約法の在り方と切り離して、この問題は考えられないのではないかなという気がしています。」第 50 回部会議事録 63 頁（山下発言）、「事業者間契約について、特に消費者契約法 10 条と民法の一般条項、不当性判断基準はほとんど同じようなものになるというのは、事業者間契約についても消費者契約と同じようなコントロールをするという、そういうメッセージになりかねず、山本敬三幹事がおっしゃったように非常に望ましくない」第 51 回部会議事録 23 頁（山本発言）。

より強度の内容規制を設けているものであるか自体について、考え方が分かれており⁷³、立法当局・主務官庁の解説は、立法当時以来一貫して明示的に確認規定説に立っている⁷⁴。

仮に、約款に関する不当条項規制を消費者契約法第 10 条より強度のものとし、かつ、消費者契約法第 10 条が確認的な規定であると考えるのであれば、約款に関する不当条項規制も、消費者契約法第 10 条と同様に確認的な規定と位置づけるべきこととなる。

これに対し、消費者契約法第 10 条を創設的な規定と考える立場に立つて考えるとしても、約款に関する不当条項規制を「消費者契約法第 10 条よりも弱く、公序良俗・信義則よりも強い規制を課する規定」のように位置づけることは⁷⁵、観念的にすぎ、現実的な立法態度であるのか疑問である。

そうすると、仮に約款に関する不当条項規制を導入するとしても、その内容は公序良俗・信義則により約款条項の有効性が制限されることがある旨を確認する規定にとどめるべきである。

第 3. 意見第 3 について

中間試案第 30、4 においては、以下の 4 要件の下に約款の変更を認めることが提案されている。

- ア 当該約款の内容を画一的に変更すべき合理的な必要性があること。
- イ 当該約款を使用した契約が現に多数あり、その全ての相手方から契約内容の変更についての同意を得ることが著しく困難であること。
- ウ 上記アの必要性に照らして、当該約款の変更の内容が合理的であり、かつ、変更の範囲及び程度が相当なものであること。

⁷³ 創設規定説に立つものとして、山本敬三「消費者契約立法と不当条項規制」NBL686 号 21 頁。なお、部会資料 42、36 頁は、以下のようにいう。「消費者契約を対象とする消費者契約法上の不当条項規制（同法第 8 条から第 10 条まで）については、見解が分かれているものの、創設的な規定であるという理解が多いと思われる。例えば、大学の入学試験の合格者が大学との間で締結した在学契約において、合格者が入学を辞退したときであっても納付済みの授業料は返還しない旨の特約（授業料不返還特約）が設けられていたところ、この特約の効力が争われた事案で、最高裁は、この特約を解除に伴う損害賠償額の予定又は違約金の定めであったとした上で、3 月 31 日までに合格者が入学を辞退した場合には大学には損害は生じないとして、消費者契約法第 9 条第 1 号に基づいて当該特約を全部無効としたが（最判平成 18 年 11 月 27 日民集 60 卷 9 号 3437 頁）、同法施行前の同様の事案において、授業料不返還特約は公序良俗に反しないと判断した（最判平成 18 年 11 月 27 日民集 60 卷 9 号 3732 頁）。これは、『公の秩序又は善良の風俗』に反するという民法第 90 条の基準を満たす悪質性の度合いは、『信義則に反して消費者の利益を一方的に害する』という消費者契約法第 10 条の基準を満たすための悪質性よりも高いことを前提としていると考えられる。」とする。しかし、消費者契約法第 8 条及び第 9 条が創設的な規定であることには異論が少なく、問題は消費者契約法第 10 条の位置づけであるところ、上記説明が参照する最高裁判例は消費者契約法第 9 条を巡るものであるから、これを根拠として消費者契約法第 10 条の性質を創設的な規定であると理解することには無理があるのではないか。

⁷⁴ 前掲注 71。

⁷⁵ このような方向性を示唆するものとして、「仮に信義則を基準にするとしても、信義則から著しくという表現がいいかどうかは分かりませんが、少なくとも消費者契約法とは異なる形で、中井委員がおっしゃるように公序良俗と消費者契約法の間になるような規制の方向が、一番説明がつくのではないかと思います。」とする、第 51 回議事録 23 頁（山本発言）。

エ 当該約款の変更の内容が相手方に不利益なものである場合にあっては、その不利益の程度に応じて適切な措置が講じられていること。

このうち、エの要件については、具体的にいかなる「措置」が「適切な措置」に該当するかが十分に明確でない。この点について、補足説明においては、「その具体的な内容は、今後の検討課題であるが、『適切な措置』の一例としては、約款の変更に異議がある相手方に対して、違約金、手数料その他の不利益を課されることなく、契約から離脱（解除）することを認めることなどが考えられる。」とされているが、常に違約金、手数料その他の不利益を課すことなく契約からの離脱（解除）を認めなければ約款の変更を認めないとするのが合理的であるとも思われず、エの要件は事案により当てはまらないか著しく緩和して解釈されざるを得ないことになると思われる⁷⁶。

不相当な約款変更が行われることの歯止めを設けなければならないとの中間試案の問題意識は理解可能であるものの、約款の変更により約款使用の相手方に生ずる不利益が約款変更の必要性に照らして相当の範囲にとどまらないような場合、上記ウの要件を満たさないことにより約款の変更が認められないとして不相当な約款変更への歯止めとすることも可能なのであるから、第30、4(1)エの要件は不要とすることが検討されるべきである。この点を含め、約款の変更の要件については、実務の実情に照らした要件とすべきである。

以上

⁷⁶ たとえばごく一例を挙げれば、ホテルの大会議場の予約に関する契約において、約款で30日前以降のキャンセルにはキャンセル料（予約金の没収）を課していたところ、その後、いわゆる暴排条例の制定ないし改正に対応した約款変更を行い、契約者が反社会的勢力に該当する場合にはホテルが契約者に対し一定の合理的範囲内の損害賠償を請求することができるものとする約款変更を行ったところ、ある契約者が自らが反社会的勢力に該当することを理由に当該契約を解除し、予約金の返還を求めたような場合、「違約金、手数料その他の不利益を課すことなく契約からの離脱（解除）を認めなければ約款の変更を認めない」との規律を適用することは不都合であるとの指摘が合理的になされ得るであろう。このような事例において、「適切な措置」として求められる内容が何であるかを検討すると、エの要件は事案により当てはまらないか著しく緩和して解釈されざるを得ないことは否定しがたいであろう。