

「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」に対する意見

平成 25 年 6 月 17 日

金融法委員会有志^(注)

取りまとめ担当者	西村 あさひ 法律事務所	有吉 尚哉
同 上	長島・大野・常松法律事務所	井上 聡
同 上	森・濱田松本法律事務所	佐藤 正謙
同 上	T M I 総合法律事務所	行方 國雄
同 上	アンダーソン・毛利・友常法律事務所	森下 国彦
	西村 あさひ 法律事務所	小野 傑
	片岡 総合法律事務所	片岡 義広
	東京大学大学院法学政治学研究科	森田 宏樹
	外国法共同事業法律事務所リンクレーターズ	和仁 亮裕

これまで、金融法委員会では、債権法改正に関して、特に金融取引と密接に関わると思われる論点を個別に採り上げ、議論を重ねてきた。

今般、金融法委員会有志の取りまとめ担当者では、金融法委員会で個別に採り上げられた論点について、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」に対する意見として、別紙 1 から別紙 4 までのとおり取りまとめたので、提出する。

- ・ 第 3 意思表示に関する規定の拡充……………別紙 1
- ・ 第 18 債権譲渡……………別紙 2
- ・ 第 24 三面更改……………別紙 3
- ・ 第 30 約款、不当条項規制……………別紙 4

なお、別紙中、以下の略称を用いている。

「中間試案」：「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」

「補足説明」：「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」

「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」

以 上

^(注) 金融法委員会は、国際化・自由化の進展や技術革新等を背景に金融取引の生成発展の速度が高まっている中、わが国における法的不確実性を少しでも除去することを目的として金融取引について実務経験を有する弁護士及び金融取引に関する法律を専門とする研究者が自発的に設立した委員会である。本意見は、同委員会の弁護士委員有志によりドラフトされ、同委員会での議論・コメントを踏まえて、最終稿が作成されたものである（各有志が属する組織を代表する意見ではない）。

第3 意思表示に関する規定の拡充について

1. 意見の内容

中間試案第3.2(2)イについては、民法典に規定を設けるべきでないとする。

2. 意見の趣旨及び理由

(1) はじめに

当委員会では、債権法改正に関する論点のうち「意思表示に関する規定の拡充」として検討されている点につき、平成22年7月14日に「債権法に関する論点整理（不実表示）」（以下「平成22年公表資料」という。）として当時における検討結果を公表し、また、当委員会の有志が平成23年8月1日に中間論点整理に対する意見（以下「FLB有志意見」という。）を提出・公表した。そこで「不実表示」として議論の対象とされていたものには「事実と異なる表示」が広く含まれ、事実と異なる点について不実表示者の過失の有無を問わないなど、不実表示に至った表示者の事情にはさまざまなものがあり得るにもかかわらず、平成22年公表資料及びFLB有志意見の公表時点では、「表意者が重過失であっても不実表示に基づく取消しが認められる」というルールが提案されていた（平成22年公表資料の脚注18参照）。そのため、平成22年公表資料においては、不実表示者の犠牲の下に表意者を保護することを正当化し得ない場合にまで、表意者に意思表示の取消しを認める場合が生ずるのではないかとの懸念が示されていたところである。これに対し、中間試案では、不実表示を動機の錯誤の一類型として整理した結果として、相手方に不実表示があっても、表意者が重過失である場合の取消しは認められないものとされている。不実表示がなされるに至った相手方の事情にはさまざまなものが含まれ得ることに鑑みれば、中間試案における提案が、表意者に重過失がある場合にまで表意者に意思表示の取消しを認めるような、実務に関わる者から見れば表意者の保護に偏ったルールにならなかった点は評価すべきものとする（もともと、共通錯誤の論点と関連して、重過失要件がどの程度機能するかが疑問である点は、後記(3)参照）。

しかしながら、以下に述べるように、中間試案第3.2(2)イの内容は、平成22年公表資料及びFLB有志意見で示した懸念を払拭するものではなく、民法典にこのような規定を設けるべきではないとする。

(2) 表明保証実務に与える影響

平成 22 年公表資料及び FLB 有志意見において論じたとおり、企業間の契約実務において、M&A 取引や金融取引を中心に契約書に表明保証 (Representation and Warranties) 条項を置くことが日常化しているところ、中間試案第 3.2(2)イは、かかる実務に支障を生じさせる可能性がある。すなわち、企業間の契約実務では、契約当事者間の交渉過程で相手方に対して自己が必要と考える事項について表明保証すべき旨を求め、その結果、契約書において、一定の事実が、一定の時点 (例えば契約締結日現在) において、真実かつ正確であることを表明保証する旨が定められるとともに、表明保証事項が真実かつ正確でなかった場合の効果 (例えば、損害・損失の補償義務、前提条件 (Conditions Precedent) の不充足、期限の利益喪失事由、契約解除事由など) が定められることが日常的に見られる。このように当事者が表明保証の対象となる事項と表明保証違反の効果について合意しているにもかかわらず、当該合意をオーバーライドする形で意思表示 (法律行為) の取消しが認められるとすれば、実務に混乱が生じる。

例えば、会社間 (X 社及び Y 社) の合併契約において、一方当事者 (X 会社) が他方当事者 (Y 会社) に対して、他方当事者 (Y 会社) の財務内容や法的紛争の有無等について表明保証を求めつつ、表明保証違反が発覚した場合の効果としては合併契約の解除・合併無効を生じさせるのではなく、合併対価の調整によって処理することを想定していた場合であっても、中間試案第 3.2(2)イのような規律の下では、表明保証違反が生じた結果として、主観的因果性と客観的重要性が認められれば、合併契約の無効、さらには合併それ自体の無効という結果が生じるおそれ (名古屋地判平成 19 年 11 月 21 日金判 1294 号 60 頁は、合併契約の錯誤無効が合併の無効原因になり得るとしている。) がある。表明保証違反と現行民法第 95 条の関係については必ずしも明確でない点があるが、中間試案第 3.2(2)イのような規定を民法典に置いた場合は、少なくとも、現行民法に比べて、契約の取消し (その結果としての合併等の組織再編の無効) が生じるおそれが増すことになろう。

この点、部会資料 29 では、「いずれにせよ不実表示に関する規定を設けることが表明保証に関する実務に影響を与えるものではないとする点では異論はないと考えられる」とされているが (同 14 頁)、例えば、そこで挙げられている「事前放棄特約」構成については、否定的な考え方が多く¹、また、結論において、「異論はない」とまで断言できるのか疑問である。実際、部会の議事録²においてそのような発言は見当たらないように思われるし、意思表示の規定の拡充 (不実表示) に関して、表明保証実務

¹ 例えば、第 10 回議事録 57 頁 (道垣内発言) や山本敬三「民法改正と錯誤法の見直し—自立保障型規制とその現代化」法曹時報第 63 巻 10 号 (2011 年) 56 頁など。

² なお、中間試案のパブリックコメント期間開始時点において、多くの部会議事録が公開されておらず、未公開の議事録については確認できていない。

に対する影響という観点からの懸念がかねてより表明されているにもかかわらず、補足説明においては、何ら言及がなされていない。

(3) 過失なき不実表示の問題（いわゆる不利益事実の不告知と合わせて）

補足説明 21 頁によれば、中間試案第 3.2(2)イにいう「事実と異なることを表示した」には、いわゆる不利益事実の不告知が含まれるとのことである。同頁では、「住居の売買契約において、景観がよいことを強調し、一方で、すぐ隣に別の建物の建設計画があり、それが完成すれば現状の景観は維持できないことを告げない」事例が挙げられており、この場合は、「不利益事実が存在しないという表示」が存在し、「事実と異なることを表示した」に該当するという説明がなされているように見受けられる。景観がよいことを強調した者が「すぐ隣に別の建物の建設計画があり、それが完成すれば現状の景観は維持できないこと」を知っていれば、その場合は、詐欺取消しが認められることが多いであろうから、この事例において、中間試案第 3.2(2)イに独自の意義があるとすれば、景観がよいことを強調した者が「すぐ隣に別の建物の建設計画があり、それが完成すれば現状の景観は維持できないこと」を知らなかった場合である（知らなかったことについて過失が認められる場合も認められない場合³もあろう）。そして、中間試案第 3.2(2)イは、あらゆる取引に適用されるものであり⁴、当該事例は、景観がよいことを強調した者が消費者（あるいは自然人）であり、その相手方が事業者であるときにも、当該相手方（事業者）による錯誤取消しの主張を可能にさせるものである。

以上を合わせて考えると、中間試案第 3.2(2)イの規律の下では、消費者（自然人）が自らの保有建物を事業者売却する際、「すぐ隣に別の建物の建設計画があり、それが完成すれば現状の景観は維持できないこと」を知らずに、景観がよいことを強調した場合に、事業者による錯誤取消しの主張を認めることになるように思われる。

これに対しては、表意者の無重過失要件によって、事業者（表意者）による錯誤取消しの主張が常に認められるわけではないというのが補足説明の立場であるように見受けられる（補足説明 20 頁参照）。しかしながら、中間試案第 3.2(3)イでは、相手方と表意者が同一の錯誤に陥っていたときは、表意者に重過失があっても、錯誤取消しの主張が可能であるとされていることから、売主である消費者（自然人）と買主である事業者のいずれもが「すぐ隣に別の建物の建設計画があり、それが完成すれば現状の景観は維持できないこと」を知らなかった上記事例では、結局、買主である事業者に

³ 事実と異なることを表示した者の帰責事由を問わない点は、補足説明 22 頁参照。

⁴ 補足説明 20 頁は、中間試案第 3.2(2)イが「いわゆる弱者保護などの政策的な目的から導入が主張されているものではない」としている。このペーパーは、さらに進んで、中間試案第 3.2(2)イによって「弱者」の利益が不当に害されることにならないかを問題にしている。

重過失があっても錯誤取消しの主張が認められることになり、表意者の無重過失要件は機能しないように思われる⁵。

(4) 不実表示を動機の錯誤に取り込んで民法典で規律する根拠

中間試案第3.2(2)イのような規定を民法典に置くことの論拠として、補足説明はいくつかの点を挙げているが、いずれも説得力に欠けるように思われる。

① 判例法理の明文化といえるか

補足説明19頁は、部会資料29を引用する形で「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」と述べ、部会資料29の9頁では、最判平成16年7月8日判時1873号131頁（以下「平成16年最判」という。）及び東京高判平成19年12月13日判時1992号65頁（以下「平成19年東京高判」という。）がその根拠となるべき現実の裁判例として挙げられている。しかしながら、そのような判例の解釈には無理があるといわざるを得ないように思われる。

まず、平成16年最判は、審理を尽くさせるために原審に差し戻したものであり、錯誤無効を認めたものではない。また、平成16年最判は、詐欺による取消し又は錯誤による無効が認められないとした原審による判断を是認することができない理由としていくつものものを挙げているところ、その理由において、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」等の要件を満たさなくても錯誤無効が認められるべきである旨の一般的ルールを述べているわけではない。そのような理由のうちで、中間試案第3.2(2)イの内容に関係しているのは、「本件各売買契約につき、上告人博俊及び上告人さちにおいて、甲野からの働き掛けにより、本件各売買契約の相手

⁵ ここでは、補足説明の事例を利用して説明したが、平成22年公表資料22頁では、不動産賃貸借契約において賃借人が保証人の年収を誤って賃貸人に伝えた事例及び生命保険契約において保険契約者が自らの重病を自覚しないまま「現時点で病気は患っていない」旨を申告した事例を挙げている。実際、このような例は、枚挙にいとまがないであろう。なお、補足説明21頁によれば、代理人及び媒介受託者のように相手方と一定の関係が認められる者によって、事実と異なることが表示された場合も、相手方本人が事実と異なることを表示した場合と同様に扱われるべきとのことであるから、売主である消費者（自然人）が不動産業者に媒介を委託し（当該不動産業者は買主からも媒介を受けることが通常である。）、当該不動産業者が「すぐ隣に別の建物の建設計画があり、それが完成すれば現状の景観は維持できないこと」を知らずに、買主である事業者に対し、景観がよいことを強調した場合にも、錯誤取消しが認められることになる。そもそも「事実と異なることを表示した」場合には、その者に欺罔の故意その他の帰責性があるわけではない場合を含むにもかかわらず、これを第三者による詐欺と同列に扱ってよいのか疑問である。

方である被上告人らに対する上告人博俊及び上告人さちら一族の支配関係又は上告会社の株式の実質的な価値に関し錯誤に陥ったことを直ちに否定することはできない」

(判時 1873 号 135 頁からの引用) と述べる箇所のみであり、このような判示部分を以て、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」等の要件を満たさなくても錯誤無効が認められる旨の規範を導くことには飛躍があると考えられる。

次に、平成 19 年高判（企業実体のない会社の金融機関からの借入について、金融機関の依頼に基づき保証契約を締結した信用保証協会に錯誤があるとされた事例）であるが、たしかに、判決文においては、企業実体を有するという動機が表示されているか・法律行為の内容になっているか否かを正面から論じておらず、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」等の要件を満たさなくても錯誤無効が認められるという命題と判決文の文面それ自体が矛盾するわけではない。

しかしながら、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」等の要件を満たさなくても錯誤無効が認められるべきであるというような一般的ルールを平成 19 年高判が明示的に述べているわけではない。したがって、少なくとも、動機が表示されているか否か・法律行為の内容になっているか否かを正面から論じなかった理由がいかなる点にあるのかが判決文から明確であるわけではない。むしろ、過去 10 年程度の錯誤に関する裁判例とあわせて平成 19 年高判を読む限り、平成 19 年高判が、「動機が表示されているか否か」・「法律行為の内容になっているか否か」を判決文において論じなかったのは、単に平成 19 年高判の原審であるさいたま地判平成 19 年 6 月 6 日金法 1820 号 55 頁の判決文（ひいては当事者の主張とそれを踏まえた原審の争点整理）に沿った構成を採用した結果にすぎないと見る方が自然であるように思われる（債務者に企業実体がある点が動機として表示されている旨が両当事者にとって明らかであり、争点にならなかったために、原審及び平成 19 年高判が、動機の表示の有無や法律行為の内容になっているか否かを正面から検討しなかったにすぎない可能性がある。）。実際、平成 19 年高判及びその原審において、判決文に「動機（の錯誤）」という語は登場していない⁶。

⁶ 平成 19 年高判の判決文では、「動機（の錯誤）」という語が登場しないところ、判例検索ソフトである「判例秘書 INTERNET」で民法第 95 条に関する過去 10 年程度の裁判例を検索する限り、「動機」という文言が判決文に現れない場合は、「要素の錯誤」であるか否かを検討するのみで、表示の有無や法律行為の内容になっているか否かを検討しないのが通例である（例えば、東京地判平成 24 年 8 月 22 日金法 1964 号 119 頁、東京地判平成 23 年 5 月 12 日金判 1371 号 56 頁、東京地判平成 19 年 6 月 8 日判時 1997 号 84 頁など）。したがって、「動機（の錯誤）」という語が登場しない平成 19 年高判の判決文において、（動機の）表示の有無や（動機が）法律行為の内容になっているか否かを検討してい

以上のとおり、平成16年最判及び平成19年高判から、「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」という命題を導くことには異論があり得る。その一方で、「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、動機の表示や動機が法律行為の内容となっていないことなしに錯誤無効が認められる」という命題に反する裁判例が存在する。例えば、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「平成23年福岡高判」という。）及びその原審である那覇地裁平成23年2月8日金判1381号46頁は、平成19年高判と同じように、信用保証協会による保証契約について錯誤無効が問題になった事例であるが、平成23年福岡高判及びその原審は、信用保証協会の錯誤無効の主張を排斥している。平成23年福岡高判は、信用保証協会において「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」と述べるが、主債務者が創業者支援資金融資制度の対象であるか否かに係る錯誤は、主観的因果性と客観的重要性が認められるように思われることから、法律行為の内容となっていることが否定されたと見るのが自然であるように思われる⁷。また、東京高判平成24年5月24日金判1401号36頁は、債権者の誤った説明によって保証人が錯誤に陥った状態で保証契約を締結した事案であるが、「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、動機の表示や動機が法律行為の内容となっていないことなしに錯誤無効が認められる」という考え方に立つことなく、動機の表示があった事実を認定している（その上で、保証契約の錯誤無効を認めている。）⁸。

以上からすれば、中間試案第3.2(2)イが判例法理の明文化であるとは言い難いように思われる。

② 一般的ルールといえるか

ないことは特に異例というわけではなく、それらの点を検討していないことに特段深い意味があるわけではないように思われる。

⁷ 平成23年福岡高判について、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（特に24頁以下）参照。

⁸ その他にも、東京地判平成24年7月26日判時2162号86頁は、美術品の販売等を行う業者が事実と異なる表示をして陶磁器等を売却した事案であるが、陶磁器等の売買の錯誤無効という結論を導く上で、陶磁器等の内容についての動機の錯誤が黙示的に表示されていたことを要件と解している（判時2162号97頁参照）。また、東京地判平成15年2月21日判タ1175号229頁は、郵便局の外務職員が、客観的事実に反する説明を行って保険契約の勧誘を行ったものとして、保険契約の錯誤無効が認められた事案であるが、判決文では、これを動機の錯誤としたうえで、当該外務職員がかかる動機を「知っていたこと」を、錯誤無効が認められるための要件と解している（「被告の担当者の甲野は、原告の動機について知っていたものであるから、本件保険契約の申込の意思表示には欠缺があり、無効というべきである」（判タ1175号236頁からの引用・下線部引用者））。

補足説明 19 頁～20 頁は、中間試案第 3.2(2)イのような規律について、「相手方が事実と異なる表示をした場合も、表意者はそれを信じて誤認をする危険性が高く、表意者をその意思表示から解放する必要があること、相手方は自ら誤った事実を表示して表意者の錯誤を引き起こした以上、その意思表示の取消しという結果を受忍するのもやむを得ないことから、意思決定の基礎となる情報の誤りのリスクを相手方に転嫁することができるという考え方に基づくもの」と述べる。

かかる考え方にに基づき、（表意者に重過失がある場合を除いて⁹）表意者による錯誤取消しが認められているが、中間試案全体（及び現行民法）において「誤った事実を表示し、相手方がそれを信じた場合には、誤った事実を表示した者がその結果を受忍せよ」という考え方が貫かれているわけではない。

すなわち、中間試案第 4.8（及び民法第 109 条）は、本人が相手方に対して他人に代理権授与の表示を行い、その他人が表示された代理権の範囲内の行為をした場合において、本人に効果が帰属するための要件として相手方の善意無過失を求めている。一方で、相手方に不実の代理権授与を表示した本人であっても、相手方が善意無過失でない限り、不利益な結果（ここでは本人への効果不帰属）を甘受する必要がなく、他方で、表意者に事実と異なることを表示した者は、表意者に重過失がある場合を除いて、不利益な結果（ここでは意思表示あるいは法律行為の無効）を甘受する必要があるというのは¹⁰、結局、「誤った事実を表示した者はその結果を受忍せよ」という考え方を現実に一貫させることの無理を示しているように思われる。

実際、日本民法典と同じく錯誤・詐欺・強迫という意思表示の瑕疵に関するメニューを有するドイツ民法典の錯誤規定（BGB § 119）には、中間試案第 3.2(2)イのような文言は存在しないことが窺われる¹¹。

(5) まとめ

事実と異なる表示はもちろん望ましいことではなく、一定の法的効果が生じることに

⁹ 事実と異なることを表示した結果として錯誤が生じた場面において、表意者の無重過失要件がどの程度機能するかが疑問である点については、本文 2. (3) 参照。

¹⁰ 不実表示と不実の代理権授与表示との相違については、第 32 回会議事録 15 頁～16 頁（山本敬三発言）を参照。確かに、代理権授与表示の場合は、相手方が無権代理人に対する責任を追及するという手段が存在するが、不利益を受ける者（錯誤であれば、有効であったと思っていた法律行為が無効となる表意者の相手方、代理権授与であれば、本人に効果帰属と思っていた相手方）の立場から見ると、「誤った事実を表示した場合は、みずからその結果を受忍せよ」という考え方を一貫させるのであれば、むしろ相手方に重過失がない限り本人への効果帰属を認めた上で、本人が無権代理人に対する責任を追及する建て付けにすべきであろう。

¹¹ 部会資料 29 の末尾ではドイツ民法典の条文の一部が引用されているが、錯誤に関する § 119 は引用されていない。

は合理性がある。しかしながら、一口で「事実と異なることを相手方に表示する」と言っても、「不利益事実の不告知」のようにそもそも「事実と異なることを表示」したと言えるのか微妙な事例、「事実と異なることを表示」した点について過失が存在しない事例、表示された「事実と異なること」を信じたことについて表意者の側に過失がある事例など、実際の事案においては、「表示が事実と異なること」の他に、あるいはそれに関連して、考慮に値する要素（相手方や表意者の知識や属性などを含む。）が数多く存在するのであって、そのうちのいくつかの要素を考慮することなしに、取消しというドラスティックな効果をもたらすことが妥当な結論を導くようには思われない。平成22年公表資料で論じたとおり、説明が誤っていたこと・不十分であったことに起因する紛争において、誤った説明あるいは不十分な説明を受けた者の過失を認め、（事案によっては大幅な）過失相殺による喧嘩両成敗的な解決が多くの事例でとられていることに鑑みれば、取消しという効果ではなく、損害賠償及び過失相殺を通じた中間的処理を認める方が現実には妥当な結論が導かれるように思われる。

そして、上記(1)から(4)までにおいて検討したとおり、中間試案第3.2(2)イのような規定を民法典に置くことについて、実務上の弊害が大きいことに加え、その根拠が十分には示されていないことからすれば、中間試案第3.2(2)イのような規定を民法典に置くことには、反対せざるを得ない。

3. 参考資料

- 「債権法改正に関する論点整理（不実表示）」（平成22年7月14日、金融法委員会）
- 「『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理』に対するパブリックコメント」（平成23年8月1日、金融法委員会有志）

以 上

第18 債権譲渡について

1. 第18.1 債権の譲渡性とその制限について

(1) 意見の内容

- ① 債権を利用した資金調達の促進を目的として、現行民法の譲渡禁止特約の効力を改め、新たに譲渡制限特約に関する規定を設ける中間試案第18.1の考え方は、現在の規律と比較して譲受人の地位が強化されるため、債権の流動化取引を促進する可能性のある提案であると評価できる。譲渡が制限された債権を取引の対象とすることに伴う一定のリスクは残るものの、実務上このようなリスクが許容できると判断されれば、実際に譲渡が制限された債権を利用した流動化取引が活発化につながる可能性がある。
- ② 債務者の利益の保護という観点からは、中間試案第18.1(4)イ、ウ及びエの事由が生じた場合に債務者が譲渡制限特約を譲受人に対抗できないものとする、その範囲で債務者の保護は後退することになる。もっとも、中間試案の譲渡制限特約の規律を前提としても、現行民法の譲渡禁止特約によって保護されている債務者の利益のうち、①事務手続の煩雑化の回避、②過誤払いの回避及び③相殺期待の保護のいずれについても、原則として、合理的な範囲で債務者の保護は図られているといえる。そうであるとすれば、譲渡制限特約に関する中間試案の提案は、債権の流動化の促進という目的と債務者の利益保護の調和のとれた提案として、一定の評価をすることができる。
- ③ ただし、預金債権など、大量の取引相手に対して迅速な支払いを要する債権については、債権譲渡の有無を管理するコストが膨大となり、また、支払いの都度債権譲渡の有無を確認することとなると、迅速な支払いが困難になり取引相手（預金者）の利便性が失われるなど、実務上の弊害が極めて大きいことから、特別の取扱いがされることが望ましい。具体的には、少なくとも中間試案第18.1(4)ウ及びエの規定は適用しない旨の特則が設けられる必要がある。また、このような取扱いをすべき債権として、預金債権の他にどのようなものがあるか、検証が必要である。

(2) 意見の趣旨及び理由

①債権流動化の促進という観点

(ア) 譲渡当事者間で債権譲渡が有効となる点

現行民法の譲渡禁止特約は、債権の譲渡性を物権的に奪うものであり、譲渡禁止特約に違反した債権の譲渡は、債権譲渡の当事者間でも無効という理解が一般的である。中間試案では、債権の譲渡を制約する内容の特約（譲渡を禁止する内容の特約を含む。）は、弁済等の相手方を固定する効力を有するほか¹、債権譲渡自体の効力を妨げられないものとされており、譲渡人・譲受人間の譲渡は有効となる。

譲渡制限特約の効力として、債務者は、弁済等の相手方を譲渡人に固定化することができる。具体的には、相手方譲渡制限特約の存在について悪意（又は重過失）の譲受人に対して、①債務者は譲受人からの請求を拒絶することができ、また、②譲受人が権利行使要件を備えた場合であっても、譲渡人に対して弁済その他の債権消滅行為をし、譲受人に対抗することができる。

しかし、悪意（又は重過失）の譲受人への譲渡が無効とされる現行民法の規律と比較すると、当事者間での債権譲渡が有効とされるため、①譲渡に係る債権が譲受人の責任財産を構成し、第三者（譲渡人に対する債権者）が当該債権の差押えをしてきた場合に当該第三者に対して第三者異議の訴えを提起でき、仮に差押債権者が取立て等を行った場合には、差押債権者に不当利得の返還を請求できることや²、②第三者対抗要件で劣後する譲受人が弁済を受領した場合に、先に第三者対抗要件を具備した譲受人が劣後する譲受人に対して不当利得の返還を請求できるなど³、特約の対抗を受けない範囲で実体法上の債権者としての権限を行使でき、③また、中間試案第 18.1(4)イ、ウ及びエに定める債務者が譲受人に特約を対抗できない事由が生じた場合には、自ら債権者として債務者の履行の請求をできるなど、中間試案の譲渡制限特約の下では、従来の譲渡禁止特約の下よりも譲受人の地位が強化されており、かかる提案は債権の流動化に資する方向にあると評価できる。

さらに、譲渡制限特約の主張権者は債務者に限定されており⁴、かつ、譲渡制限特約の効

¹ 具体的には、後記の中間試案第 18.1(3)の内容となる。

² 現行民法の譲渡禁止特約では、悪意（重過失）の譲受人への債権譲渡は無効である一方で、差押債権者は譲渡禁止特約の対抗を受けないものとされている。また、悪意（重過失）の譲受人へ債権が譲渡され、第三者対抗要件・債務者対抗要件が具備された後に差押えが行われた場合について、先行する悪意（重過失）の譲受人への譲渡を承諾することは、民法 116 条の法意から許されないとしており（最判平成 9 年 6 月 5 日（民集 51 卷 5 号 2053 頁））、価値判断としても差押債権者を優先させるべきとの判断がされていると思われる。

³ 現行民法の譲渡禁止特約では、悪意（重過失）の譲受人への債権譲渡は無効である一方で、善意の譲受人は譲渡禁止特約の対抗を受けないことから、善意の譲受人への債権譲渡が有効とされる。この場合についても、先行する悪意（重過失）の譲受人への譲渡を承諾することは、民法 116 条の法意から許されないと解される（三村量一「判解」最高裁判例解説民事編平成 9 年度（中）670 頁）。また、対抗要件で劣後する悪意の譲受人があらわれた場合については、債務者はいずれの譲受人への譲渡を承諾して弁済してもよいものとされ（同・671 頁）、対抗要件ではなく債務者の選択によって譲受人間の優劣が定まると解されているが、譲渡制限特約の提案が採用された場合には、債務者の選択が対抗要件に優先する事態も生じなくなるから、この点からも、対抗要件で優先する譲受人の地位が強化されていると評価できる。

⁴ 最判平成 21 年 3 月 27 日（民集 63 卷 3 号 449 頁）では、譲渡人（特別清算人）が譲渡禁止特約に基づく

果として債権譲渡の効力が否定されるものでもないため、従来問題となっていたように、債権の帰属が争われる場面で債務者以外の者により特約による譲渡の無効が主張されるという事態も生じないことになる。これも取引の安全に資するものであり、債権の流動化取引を行いやすくする方向にある提案と評価できる。

(イ) 債権的効力の問題

なお、現在の譲渡禁止特約については、特約に違反して債権を譲渡した場合に、債権の発生原因である契約への違反が生じ、契約が解除される可能性があることも、問題点として指摘されていた。

この点、中間試案では、当事者間で債権の譲渡自体を禁止せずとも、債務者が譲渡制限特約の効力の限度で保護を受けることができ、また、仮に譲渡を禁止したとしても、譲受人との関係では譲渡制限特約の限度で保護を受けることができるに留まる⁵。このような制度の改正を受けて、そもそも当事者間で債権の譲渡それ自体を禁止する内容の合意を行わない実務慣行が生まれるのであれば、債権譲渡により債権の発生原因である契約への違反が生じるという問題の影響は小さくなることが期待できる⁶。

(ウ) 債権流動化実務上の懸念点

上記のとおり、現行民法の譲渡禁止特約に代えて、譲渡制限特約の規定が設けられた場合には、譲受人の地位は強化されるから、譲渡が制限された債権の流動化は促進され得る。もっとも、実際に譲渡制限特約の付された債権を目的とする取引が行われるか否かは、かかる債権を取引対象とすることによるリスクが、実務上許容できる程度に留まっているかによることになる。ここでは、真正譲渡を前提とするいわゆる債権流動化取引と、担保目的の取引の双方について検討する。

(i) 債権の流動化取引

譲渡の無効を主張することは許されないとされたが、譲渡の無効を主張する独自の利益を有する者による主張が許されるか否かをめぐっては、見解が分かれているところである。なお、下級審の裁判例において、東京地判平成24年10月4日（判タ1387号216頁）及び長崎地判平成24年8月27日（判タ1385号129頁）がいずれも譲渡人の差押債権者による譲渡無効の主張を認めるなど、債務者以外の利害関係者による譲渡無効の主張を認める例も散見される。

⁵ 中間試案第18.1(2)。

⁶ なお、補足説明237頁には、「当事者間で譲渡の禁止を合意した場合であっても、その効力は、本文(3)第2文の限度で認められることになる」との記載があるが、これは、あくまで債務者と譲受人の間の効力について言及したもので、債権の譲渡を禁止する旨の合意の当事者間での債権的効力が妨げられる旨の説明ではない。実務上も、例えば反社会的勢力への譲渡を禁止する場合など、債権の譲渡それ自体を制限することに合理性が認められる場合もあるから、債権の譲渡を禁止する内容の合意につき一律に契約自由の例外として無効とする扱いは望ましくなく、またそのような改正を必要とする立法事実もないといえる。

一般的な債権の流動化取引においては、債権の譲渡人がサービスとして回収事務を担当する例が多いが、譲渡対象となっている債権の差押え、サービスに対する倒産手続等の申立て、サービスの重大な契約違反といった事由がサービス解任事由とされ、これらの事由が発生した場合にはサービスが解任され、新たにバックアップ・サービスを選任した上で回収事務を担当させる建付けがとられるのが通例である。これは、①サービスに対する倒産手続が開始した場合に、サービスが譲受人に引き渡していない回収金についてのコミングルリスクを可及的に回避すること、②サービスがスキームを構成する契約に違反した場合に他に適切なサービスを選任することにより関係者の利益を保護すること等⁷を目的とするものである。

譲渡制限特約が付された債権については、サービス解任事由が生じてサービスから契約上の回収権限が剥奪され、バックアップ・サービスが選任された場合であっても、債務者は譲渡制限特約の効果としてサービスに弁済をすることができ、譲受人からの履行請求を拒絶することができる。そのため、サービス解任事由が発生した後も、債務者が譲渡制限特約を譲受人に対抗できなくなる事由が発生するまでの間は、サービスの解任及びバックアップ・サービスの選任という仕組みが機能しないことになる。

そのため、譲渡制限特約の付された債権については、一般的なサービス解任事由である「倒産手続開始の申立て」がされてから中間試案第 18.1(4)ウに定める「破産手続開始、再生手続開始又は更生手続開始の決定」があるまでの期間についてコミングルリスクが生じることになる。具体的には、契約上のアレンジメントにもかかわらず、この期間は債務者が譲受人への弁済を拒んで譲渡人であるサービスに弁済することができるが、かかる弁済による回収金が譲受人に引き渡される前にサービスにつき倒産手続開始の決定がされた場合には、当該金銭の引渡請求権が破産債権等となるため、全額を回収することができなくなるという問題が生じる（特に、サービスに対して弁済禁止の保全処分が発令された場合には、譲受人は契約に基づいてサービスから金銭の引渡しを受けることができなくなるから、問題はより深刻化する。）。

この問題に対応するためには、「破産手続開始、再生手続開始又は更生手続開始の申立て」を債務者が譲受人に譲渡制限特約を対抗できない事由とすることが考えられるが、倒産手続開始の決定に至らなかった場合の処理や、濫用的に債権者申立てが行われる懸念などを踏まえると、このような提案は現実的でないように思われる。

⁷ その他には、倒産手続の開始により、サービス業務が適切に行われなかったことによる混乱を回避することなどが挙げられる。

また、前記のとおり、サービスの不適切な業務遂行から生ずる関係者の不利益を回避するため、サービスによる重大な契約違反もサービス解任事由とされているが、サービスによる重大な契約違反があり、サービスが解任された場合であっても、債務者はサービスに弁済をすることができるから、関係者はサービスによる不適切な業務遂行という不利益を甘受せざるを得ないことになる⁸。

この問題に対応するためには、譲渡人・譲受人間の契約上の義務に譲渡人が違反した場合には、債務者が譲受人に譲渡制限特約を対抗できなくなるものとするのが考えられるが、何ゆえ譲渡人が契約違反をした場合に債務者が特約により保護される利益を奪われるのかを説明することが困難であり、かかる提案は現実的ではないように思われる。

以上を要すると、譲渡が制限されていない債権の流動化取引と比較して、譲渡が制限された債権の流動化取引には、①倒産手続開始の申立てがあった後、倒産手続開始の決定までの間にサービスが回収した金銭に関するコミングルリスク、及び②サービスが不適切な回収業務を行った場合（但し、履行期の到来した債権の回収を怠った場合を除く。）の不利益という問題がある。また、これらの問題に対応するために、債務者が譲受人に譲渡制限特約を対抗できない事由を、中間試案の提案以上に拡張することも現実的でないと考えられる。

もっとも、前記①及び②の問題が、実務上許容し得る（または運用によって対応し得る）ものであると評価されるのであれば、譲渡制限特約の付された債権の流動化取引も実際に行われ得るのであり、中間試案の内容は、譲渡が制限された債権の流動化取引を促進する可能性があるものとして、一定の評価をすることができる。

(ii) 担保取引

譲渡を制限された債権を目的とする担保取引が促進されるためには、担保権を実行すべき場合において、担保権者（譲受人）が担保目的とされている債権を直接取り立てることができる制度となることが望ましい。

中間試案の提案においては、被担保債務の不履行それ自体は、譲渡制限特約の効力を対抗できない場合とはされていないから、担保権を実行できる場合に常に直接の取立てが認められることにはならない。もっとも、担保権設定者について倒産手続が開始

⁸ もっとも、債務者が履行期の到来している債務の履行を怠り、サービスがそれを放置している場合には、譲受人は相当の期間を定めて催告をすることにより、債務者から譲渡制限特約を対抗されないことになるから（中間試案第 18.1(4)イ）、この場合には譲受人は債務者から自ら取り立て、又はバックアップ・サービスをして債権の回収をさせることができる。

した時（手続の開始を債務者が知った時）や、担保の目的とされている債権に差押えがあったときは、担保権者（譲受人）が直接取立てをすることができる。

このように、譲渡が制限された債権を目的とする担保取引についても、被担保債務の不履行があった時点で直ちに直接取立ての方法による回収が図れないという点において、譲渡が制限されていない債権を目的とする担保取引と比較してリスクがある点是否定し得ず、例えば、特定の巨額の譲渡制限特約付の債権のみを担保とする与信の促進に繋がるかは疑問の余地もある。しかしながら、譲渡人に倒産手続開始の決定があった場合等には直接取り立てることが可能であり⁹、少なくとも、信用補完の一環として債権担保を取得するような取引については、譲渡制限特約付の債権を対象とすることが容易となり、その活性化に資するといえる。

②債務者の利益保護の観点

前記のとおり、中間試案で提案されている譲渡制限特約の付された債権については、少なくとも現行民法の譲渡禁止特約が付された債権との比較においては、債権の流動化を促進する方向の提案と評価することができる。もっとも、かかる提案が金融実務上受け入れられるかは、譲渡禁止特約によって保護されてきた債務者の利益が十分に保護されているといえるかによる。

現行民法の譲渡禁止特約によって保護される債務者の利益は、①債権譲渡に伴う事務手続きの煩雑化の回避、②過誤払いの危険の回避、③相殺期待の保護の3点にあるとされているが、譲渡制限特約によっても、債務者は債権消滅行為の相手方を譲渡人に固定する利益が保護されているから、原則としてかかる債務者の利益は保護されているといえる。

もっとも、前記のとおり、中間試案第 18.1(4)イ、ウ及びエに定める事由が発生した場合には、債務者は譲受人に対して譲渡制限特約を対抗できないこととする提案がされており、この範囲では現行民法の規定よりも債務者の保護が後退することになる。そのため、このような限界も踏まえ、債務者の利益が十分に保護されているといえるかの検討が必要となる。

(ア) 事務手続煩雑化の回避・過誤払いの回避

事務手続煩雑化の回避及び過誤払いの回避、特に過誤払いの回避という観点からは、債

⁹ また、債権質権が設定されている場合には、被担保債務の不履行があったときに、譲受人が質権の目的となっている債権を差し押さえて自ら回収することも考えられる。

務者が特約の効力を対抗できない事由として定められている事項のうち、①債務者が履行を遅滞しており、かつ譲受人が相当の期間を定めた催告をした場合¹⁰については、債務者が譲渡人に弁済をする機会が確保されており、債務者の利益保護として十分なものであると評価できる。また、②譲渡人に倒産手続が開始した場合¹¹、及び③譲渡に係る債権が差押えられた場合¹²については、②の事由が生じた場合でも、債務者は、債務者が倒産手続の開始を知ったとき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できるとされているから¹³、債務者が倒産手続の存在を知るまでに行った弁済は譲受人に対抗できるし、③については、債務者は制度的に差押えの存在を把握することができるから、いずれも、原則として、債務者の保護は図られていると評価できる。

もっとも、金融実務上、銀行が負担する預金債務をはじめとして、大量の取引が存在し、かつその全てについて迅速な支払いが求められる種類の債務が存在するところ、このような種類の債務については、その全てについて債権譲渡の有無及び第三者対抗要件・権利行使要件の具備の有無を把握し、管理することの事務負担が極めて大きい。債務者が譲受人に譲渡制限特約の存在を対抗できない場合が生じることになると、債権者への適切な支払いのためには、大量な債権の全てについて債権譲渡の有無及び第三者対抗要件・権利行使要件の具備の有無を把握し、かつ譲受人に譲渡制限特約の存在を対抗できない事由の発生の有無を把握する必要が生じることになる。このような対応に要するコストが利用者に転嫁されたり、また、支払いに際して債権譲渡の有無を確認する手続がとられるために迅速な支払いが実現されないことになると、利用者の利便性を著しく損なうことになる。

このような問題への対応としては、前記のような性質を有する一定の種類の債権については、例外的な取扱いをすることが考えられるから、後記③において銀行の預金を例にとって検討する¹⁴。

(イ) 相殺

現行民法の譲渡禁止特約については、相殺の期待を保護する機能があるとされるが、そもそも譲渡禁止特約がなくとも、債務者は、譲受人が権利行使要件を備えるまでに取得した債権をもって相殺の抗弁を主張することが可能である。したがって、譲渡禁止特約

¹⁰ 中間試案第 18.1(4)イ。

¹¹ 中間試案第 18.1(4)ウ。

¹² 中間試案第 18.1(4)エ。

¹³ 中間試案第 18.1(4)本文括弧書き。

¹⁴ このような債務について特別の保護を与えることの妥当性は問題となり得るが、上記のように、事務負担の増大に伴う増加費用が一般の利用者に転嫁される事態が望ましくないことや、迅速な支払いを実現できないことに伴う利便性の喪失が社会的に望ましくないこと等がその理由となると考えられる。もっとも、具体的に特別の保護を与えるべき債権の抽出には困難もあると思われる。

によって保護されてきた相殺の期待とは、譲渡禁止特約の効果として譲渡の効力が否定されることにより、譲渡債権につき譲受人が権利行使要件を具備した後に譲渡人に対して取得した債権を自働債権とする相殺を確保することへの期待である¹⁵。

上記のとおり、譲渡債権について譲受人が権利行使要件を具備した後、債務者が譲渡制限特約を譲受人に対抗できない事由が発生するまでの間（倒産手続開始の決定については、債務者が倒産手続開始の決定により特約を対抗できなくなることを知った時までの間）に譲渡人に対して生じた事由は譲受人に対抗できるとされている¹⁶。また、債権譲渡と相殺の提案においては、反対債権が「権利行使要件の具備前に生じた原因に基づいて債務者が取得した債権」である場合には、相殺をもって譲受人に対抗できるものとされているから¹⁷、この2つの提案をあわせて読むと、債務者は、譲渡制限特約を譲受人に対抗できなくなる事由が発生する前（倒産手続開始の決定については、債務者が倒産手続開始の決定により特約を対抗できなくなることを知る前）に生じた原因に基づいて取得した債権については、当該債権を自働債権とする相殺を譲受人に対抗することができると考えられる。

すると、従来の譲渡禁止特約によって債務者に保障されていた相殺のうち、中間試案の譲渡制限特約の規律によって保護されなくなるものは、譲渡制限特約を譲受人に対抗できなくなる事由が発生した後（倒産手続開始の決定については、債務者が倒産手続開始の決定により特約を対抗できなくなることを知った後）に取得した債権であって、当該時点の「前に生じた原因に基づいて取得した」と評価されない債権を自働債権とする相殺に限定されることになる。

なお、「前に生じた原因」の範囲は今後の解釈に委ねられることになるが、破産法72条2項2号を参照した条文とすることによりその外縁を画する旨の説明がされていることからすると¹⁸、かかる理解を前提とすれば、相殺の合理的な期待を直接かつ具体的に基礎付ける程度の事由が発生していれば「前に生じた原因」に該当すると考えられる¹⁹。譲渡制限特約を譲受人に対抗できなくなる事由が発生する前（倒産手続開始の決定については、債務者が倒産手続開始の決定により特約を対抗できなくなることを知る前）に相殺に対する合理的な期待を生じさせる原因が存在していれば、具体的な債権の発生が当該

¹⁵ このような相殺への期待に基づいて、反対債権の存在を前提とした継続的に売掛債権を取得する取引を行ったり、コミットメントライン契約を締結して継続的な与信が行われる場合があるとされる。

¹⁶ 中間試案第18.1(4)。

¹⁷ 中間試案第18.3(2)。

¹⁸ 民法（債権関係）部会資料56第1.5。これは、直接的には支払いの差止めを受けた債権を受働債権とする相殺における「差押えの前に生じた原因に基づいて取得した債権」という要件について説明されたものであるが、「権利行使要件の具備前に生じた原因に基づいて債務者が取得した債権」についても同様の説明が妥当すると考えられる。

¹⁹ 伊藤眞ほか編「条解破産法」（弘文堂、2009年）528頁（但し、破産法71条2項2号に関する説明。）。

事由の発生後であっても、譲受人に対して相殺を対抗することができることになろう。そうであるとすれば、今後の解釈に委ねられる部分は大きいものの、少なくとも譲渡禁止特約の規律が廃止され、譲渡制限特約の規律が設けられることにより、債務者の相殺に対する期待が著しく損なわれるわけではないと評価することができると思われる²⁰。

(ウ) 小括

このように、中間試案の譲渡制限特約の提案内容によっても、原則として債務者の利益は合理的な範囲で保護されているとの評価が可能である。そうであるとすれば、上記のとおり、当該提案は債権の流動化に資する可能性があるものであるから、債権の流動化という目的と、債務者の利益保護の調和が図られた制度として、一定の評価をすることができる。

③ 預金債権等に係る特則の必要性

一般に、預金規定においては、預金債権の譲渡を禁止する内容の特約が付されている。これは、①預金債権を譲渡されると、多数の預金者を相手に取引している銀行としては新権利者の確認、新印鑑の届出等の事務手続きが煩雑となること、②銀行が預金者に貸付金を有している場合に、預金債権が譲渡されると貸付債権の回収に支障を来すこと、という理由に基づくものとされる²¹。特に事務手続きの点において、預金名義人以外の譲受人を権利者として扱う必要が生じると、払戻し等に依るたびに債権譲渡の権利行使要件が具備されているか否かを銀行の全拠点において即時に確認する必要が生じることになるが、かかる体制を構築することは実務上不可能であり、また、そのような体制を構築する必要が生じた場合には、事務コストの増加や支払事務の遅延により利用者の利便性が損なわれるとの指摘がされている²²。

²⁰ もっとも、注 15 記載の実務からすれば、例えばコミットメントライン契約の締結自体は「権利行使要件の具備前に生じた原因」とならず、当該契約に基づく具体的な個別貸付の実行（または個別貸付義務の発生）があってはじめて「権利行使要件具備前に生じた原因」に該当すると解釈されるのであれば、債務者が譲受人に譲渡制限特約を対抗できない事由が生じた後（倒産手続の開始については、債務者が倒産手続開始により特約を対抗できなくなることを知った後）にそれ以前に締結していた契約に従い債務者（貸付人）の側に貸付義務が発生することがあり得る。注 12 のとおり、現在は譲渡禁止特約によりこのような場合の相殺を確保することによってかかる実務が行われていることからすると、仮にこのような場合に相殺を譲受人に対抗できないとすると、このような与信取引の実行に悪影響を及ぼすおそれがある。もっとも、この点については、貸付実行の前提条件を適切に規定するなど、実務上の工夫によって対応が可能とも考えられる。

²¹ 松本貞夫「改訂銀行取引法概論」（経済法令研究会）162 頁。

²² 高山崇彦＝大野正文「銀行・事業会社のための債権法改正入門」（きんざい）186、187 頁〔浅田隆執筆部分〕参照。なお、定期預金債権は期限の定めのある債権であるが、実務上は要求払に応じている例が多く、かかる慣行を維持するためには、払戻しの際に債権譲渡の有無を確認する必要がない制度を維持する必要がある。また、実務上、期限の定めのある預金債権について、期限の定めのない預金債権と別途の管理体制を設けることは不可能である。このような点を考慮し、ここでは、定期預金等の銀行が期限の利益を有する預金債権についても、普通預金等の流動性預金に係る債権と同様の保護を与えるべきものとして

なお、現行民法の下でも、預金債権に付された譲渡禁止特約につき善意無重過失の譲受人があらわれた場合には、当該譲受人に対して有効に預金債権が譲渡されることとなる。しかしながら、最判昭和48年7月19日（民集27巻7号823頁）において、預金債権（普通預金、当座預金及び定期預金）について譲渡禁止特約が付されていることが「銀行取引につき経験のある者にとっては周知の事実」とされていることなどから、実務上は、預金債権の譲受人に重過失が認められないことは通常は考えられないものと理解され、その前提で体制が構築され、実務対応がされている²³。しかし、譲渡制限特約に関する規定が設けられた場合には、中間試案第18.1(4)イ、ウ及びエの事由が生じたときに、銀行は譲受人に譲渡制限特約を対抗できず、預金名義人以外の者を債権者として取扱う必要が生じることになり、かかる事態が生じることを踏まえると、銀行は、これらの事由の発生に備えて、全ての預金債権について譲渡の有無を記録・保管する必要が生じることになる。

なお、債務者が譲渡禁止特約を譲受人に対抗できなくなる事由のうち、中間試案第18.1(4)イの事由（債務者が履行遅滞に陥った後相当期間の催告を経た場合）については、少なくとも期限の定めのない普通預金については問題にならないと考えられる。すなわち、普通預金債務は期限の定めのない債務であるから、債権者からの請求がなければ債務者（銀行）は履行遅滞に陥らないところ、権利行使要件の具備後は、①譲渡人には実体法上債権が帰属しないため、債務者（銀行）に対して有効に履行の請求をすることができず、また、②債務者（銀行）は譲渡制限特約の効力として譲受人による履行の請求を拒むことができるから、債務者（銀行）は譲受人の請求によって履行遅滞に陥ることもないことから、債務者（銀行）は催告の前提となる履行遅滞に陥ることがないため、債務者（銀行）が譲渡制限特約を譲受人に対抗できなくなることはないと考えられるためである²⁴。

もっとも、中間試案第18.1(4)ウ及びエの内容に沿った規定が設けられた場合には、銀行は、これらの事由の発生に備えて、全ての預金債権について譲渡の有無を記録・保管する必要が生じることになる。かかる事態を回避するためには、少なくとも預金債権については、中間試案第18.1(4)ウ及びエの適用はないとする特則を設ける必要がある²⁵。なお、

議論している。

²³ 昭和48年判決の差戻審である東京高判昭和50年5月7日（金法758号36頁）では、預金債権に譲渡禁止特約が付されていることが公知の事実であることに加えて、譲受人が商人であることが重過失を認定する要素とされているとも解される内容となっている。そのため、昭和48年判決の存在を理由に、譲受人が個人である場合も含めて、常に譲受人に重過失が認められるとの理解には疑問の余地もある。もっとも、実務上は、本文記載の理解がされていると思われる。

²⁴ なお、期限の定めのある定期預金債権についても、①満期時に自動継続となる定期預金債権については、満期日の到来により債務者が履行遅滞となることはなく、②自動継続とならない定期預金については満期日において残額が普通預金口座に入金されるのが通例であると考えられるから、定期預金債権についても満期日の到来のみをもって債務者が履行遅滞となり、譲受人からの催告によって譲受人に譲渡制限特約が対抗できなくなる事態が生じることは通常は想定できないと考えられる。したがって、本文で普通預金債権について述べたところは、定期預金債権についても妥当するものと考えられる。

²⁵ また、譲渡制限特約の規定が設けられることになると、預金債権の譲渡は常に有効となり、譲渡に係る

かかる特則を民法に設けるべきか、民法以外の法律に設けるべきかについては、今後の検討を要する。

④ 結び

以上の検討を要すると、中間試案の提案に従った法改正がされた場合には、譲渡が制限された債権の譲受人の地位はより安定的なものとなり、債務者の利益の保護にも概ね欠けるところはないと解されるから、中間試案の提案は双方のバランスがとれた概ね望ましい内容のものであるといえる。譲渡を制限された債権の譲渡取引には、譲渡が制限されていない通常の債権と比較してリスクが存在することも否定できないが、かかるリスクが許容可能なものと評価されるのであれば、実際に譲渡を制限された債権の取引が活発化することになるといえる。

もっとも、預金債権をはじめとする大量・迅速な支払いが要求される種類の債権については、中間試案第 18.1(4)ウ及びエ（期限の定めのない債権については、これに加えて中間試案第 18.1(4)イ）の適用はないとする特則を設ける必要がある。預金債権の他に同様に債務者を保護すべき種類の債権の有無について、パブリックコメント手続を通じて議論が生じることが期待される。

2. 第 18.2 債権譲渡の対抗要件制度について

(1) 意見の内容

金銭債権の譲渡を中心とする債権譲渡の第三者対抗要件について、現行制度を維持すべきである（登記一元化については、債権譲渡登記制度の改善がなされない限り反対である。）。

従って、中間試案第 18.2(1)について、甲案及び乙案ともに反対であり、(注)の考え方に賛成する。

預金債権は譲受人の責任財産を構成することになる。そのため、譲渡制限特約が付された譲受人の一般債権者が当該債権を差し押さえた場合に、債務者が譲受人の差押債権者に対して譲渡制限特約を対抗できるか、という新たな問題も生じることになる。仮にこの場合に債務者が譲受人の差押債権者に譲渡制限特約を対抗できないとすると、かかる事態の発生に備えて譲渡の記録等を保管する必要性が生じることから、預金に関する特則の内容として、そもそも譲渡自体を無効とする現在の規律を維持する必要性が生じる可能性もある。

(2) 意見の趣旨及び理由

現行実務上、債務者の承諾を債権譲渡の対抗要件とすることにより、債務者に負担が生じるなどの問題は生じていない。この点、債務者が承諾の可否を選択できることにより、いずれの当事者を対抗力のある債権者と認めるか債務者が決定することができる状況が生じているが、このように債務者に一定の決定の自由の余地があることにより、債権譲渡取引の実務を円滑にしている面があると評価することもでき、債務者の承諾が得られない債権の譲受人も、譲渡人による債務者に対する通知又は債権譲渡登記の方法により対抗要件を具備することが可能となっているため、不都合が生じることはないといえる。

一方で、債権譲渡の対抗要件具備方法としての債務者の承諾には、債務者に対する通知又は債権譲渡登記では達成できない以下のような利点があることから、現行実務上、債務者の承諾を活用して対抗要件を具備する債権譲渡取引が存在する。これらの利点に関して債務者の承諾に代替するような仕組みを設けることなく、債務者の承諾を対抗要件から除外するのでは、債権譲渡の実務に多大な影響を及ぼす懸念があるため、これらの利点を達成するための債務者の承諾に代替する仕組みを別途設けるのでない限り、債務者の承諾を対抗要件として認める現行制度を維持すべきである。

- ・ 多数の債権者から特定の債務者に対する債権を譲り受ける場合（いわゆる一括ファクタリングの場合など）においては、債務者による承諾によって対抗要件を具備することが認められれば、債務者から承諾書を1通取得すれば足りる。これに対して、債務者に対する通知又は債権譲渡登記によれば、債務者毎に対抗要件を具備する必要があるため、債務者による承諾によって対抗要件を具備することと比べて、事務・コストの負担がかさんでしまう。
- ・ 実務上、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し、対抗要件としての承諾書を債権譲渡や決済と同時に交付する場合がある。これに対して、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、また、債権譲渡登記による場合も登記申請手続が必要となるため、同時履行性を確保することが物理的にできず、かつ、理論的には申請が却下される可能性もあり、債権譲渡から対抗要件の具備までにタイムラグが生じることがありうる。
- ・ 実務上、債権の原因関係となる契約を締結する時点において債務者から事前に承諾を取得し、（対抗要件としての効力について議論があるものの）対抗要件として取り扱う場合があるが、債権譲渡登記の場合は事前に登記をするこ

とはできない。

- ・ 譲渡禁止特約付の債権の譲渡の場面では、譲渡禁止特約の解除の意味での承諾と兼ねて債務者から承諾を取得することにより対抗要件を具備することがある。これに対して、譲渡禁止特約付の債権の譲渡について、債務者の承諾以外の方法で対抗要件を具備する場合には、債務者に対する通知又は債権譲渡登記と承諾の双方の手続を要することになってしまう。

なお、中間試案第 18.2(1)甲案（以下「甲案」という。）では、債権譲渡の対抗要件を登記制度に一元化することが提案されているが、以下のような点で、現行の債権譲渡登記制度のまま登記一元化としてしまうのでは、実務上著しく支障が生じ、かつ、メリットも乏しいと考えられる。

- ・ 指定法務局として東京法務局しか指定されていないため、利便性が低く、登記手続に時間を要することもある。
- ・ 複数の者が同順位の譲渡担保や質権を設定しようとする場合を想定した登記の方法が存在しない。また、普通質と根質を区別した質権設定登記ができない。さらに、質権設定登記を行った後に被担保債権が譲渡された場合の登記手続が明らかでない。
- ・ 登記事項概要証明書及び概要記録事項証明書については、誰でも交付を請求することが認められているが（動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律（以下「動産・債権譲渡特例法」という。）11条1項、13条1項）、個々の具体的な債権が譲渡されているか確認するためには登記事項証明書を確認する必要があり、登記事項証明書については一定の範囲の者しか交付を請求することが認められていない（動産・債権譲渡特例法11条2項）。そのため、例えば、債権を譲り受けたり、担保として取得しようとする者が、直接、登記事項証明書の交付を請求し、債権の譲渡の有無を確認することができない。
- ・ 制度上、登記事項証明書を参照することによって個々の債権について債権譲渡登記の有無を確認するにはあくまでも紙ベースでの照合が必要となる。そこで、譲渡の対象となる債権が多数となる場合（集合債権譲渡担保や債権の流動化の場合など）には、事実上、対象となる債権について債権譲渡登記が存在するか否かを確認することは膨大な時間と事務・コスト負担を伴うことになりうるし、これらの照合を行っている間に、対象となる債権が譲渡され、登記されてしまうリスクも存在する。
- ・ 外国の当事者間で日本法準拠の債権を譲渡する場合に、事務が煩雑となることが予想される。
- ・ 自然人が債権譲渡を行った場合に対応できない。なお、自然人を譲渡人とす

る債権譲渡登記制度を整備する場合には、同一性を確実に補足することが困難となるという問題や個人情報の保護の問題が生じうる。

- ・ 債権の差押えには登記を要しないということになると、債権譲渡登記の内容を確認して債権を譲り受けた者が、先行する差押権者に劣後する場面が生じることになる。

さらに、甲案のように金銭債権と非金銭債権とで債権譲渡の対抗要件を区別すると、以下のような問題が生じる可能性もある。

- ・ 金銭債権と非金銭債権を一体として譲渡することがあるが、このような場合に、金銭債権の譲渡と非金銭債権の譲渡のうち一方の対抗要件のみが優先し、他方が劣後するということが生じることになる。その結果、密接に関連する金銭債権と非金銭債権が分属する事態も生じることになり、そのようになった場合には著しく権利関係が不明確となることが予想される。なお、現行法の下でも債権譲渡登記を利用する場合には、同様の論点が生じることになるが、そのような懸念を回避しようとする場合には債務者に対する通知又は債務者の承諾によって対抗要件を具備するという方法をとることができる。
- ・ 借入人にコベナンツや報告義務が課せられている融資契約に基づく貸付債権が譲渡される場合など、金銭債権の譲渡に伴って原因となる契約の条項が移転すると評価することができるか、それとも、金銭債権とは独立した非金銭債権の譲渡が行われていると評価されるか明確とはいえない場合がある。このような場合において主たる金銭債権の譲渡に関する対抗要件とは別に、非金銭債権の譲渡の対抗要件まで必要となるかが論点となり、特に非金銭債権の譲渡の対抗要件が必要と判断された上で前述のように金銭債権の部分と非金銭債権の部分が分属するような事態が生じると権利関係が著しく不明確になってしまう。

以上を踏まえると、以下のような点について債権譲渡登記制度を改善しない限り、甲案は、かえって債権譲渡取引の阻害要因となってしまおうと言わざるを得ない。

- ・ 登記申請のためのアクセスの改善。
- ・ 多数の債権者から特定の債務者に対する債権を譲り受ける場合などの登記申請方法の改善。
- ・ 同順位の担保、根担保など多様な形式の担保目的で利用することを可能とするための登記制度の整備。
- ・ 決済と同時に債権譲渡の対抗力又は優先権を得ることのできるようにするた

めの仮登記制度などの制度の導入。

- ・ 外国の当事者や自然人が譲渡人・譲受人となる場合でも円滑かつ安定的に利用可能とすること。
- ・ 債権が差し押さえられた場合にも登記に反映される仕組みとすること。
- ・ 電子媒体で譲渡対象債権のリストの交付を認めることや、譲渡対象債権の検索システムを整備することなど、確認の対象となる債権が多数である場合に先行する債権譲渡登記がなされているか否かの確認を容易にするための制度の改善。
- ・ 金銭債権の譲渡と非金銭債権の譲渡との一体的な処理を可能とすること。

将来的には債権譲渡の対抗要件について登記一元化を目指すことの可能性を否定するものではないが、現時点においては現行制度を維持した上で、以上のような点について債権譲渡登記制度の改善を進めることにより、債権譲渡取引の利便性を高めるべきである。

3. 第 18.4 将来債権譲渡について

(1) 意見の内容

- ① 公序良俗の観点から将来債権譲渡の効力が認められない場合に関して具体的な基準を設けるか否かについて、中間試案では採り上げられていないが、合理的な範囲で将来債権譲渡の法的安定性・予見可能性を高めるために、「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、又は他の債権者に不当な不利益を与えるものであると見られるなどの特段の事情」（最判平成 11 年 1 月 29 日民集 53 卷 1 号 151 頁）がどのような場合に認められるのかを具体化することが望ましい。その方法としては、暴利行為に関する立法提案のような形で、上記特段の事情を構成する要素を列挙しつつ具体化する立法のほか（そのような立法が難しいとしても）、立法過程で意識的に具体例を挙げつつ議論を深めることが考えられる。
- ② 将来債権譲渡の譲渡人に倒産手続が開始した場合の法律関係については、原則として管財人の下で発生した債権にも将来債権譲渡の効力が及ぶと解すべきである（倒産手続（特に再建型倒産手続）の目的達成との関係では、別の制約原理を検討すべきである。）。また、かかる法律関係の検討と併せて、将来債権の譲渡人や当該譲渡人について倒産手続が開始した場合における管財人の義務（例えば、「正当な理由なしに当該将来債権の発生を阻害しない義務」の有無・内容等）についても、立法論・解釈論の形で議論が進められること

を期待する。将来債権譲渡の譲渡人に倒産手続が開始した場合の法律関係について、法制審議会民法（債権関係）部会（以下「部会」という。）の議論において倒産法上の議論に委ねるとされ、中間試案では採り上げられていないが、そのような位置づけであれば、速やかに倒産法の見直しに関する議論を開始し、立法的な手当てを行うべきである。

- ③ 将来債権譲渡に関する規律が妥当なものかを検討する前提として、将来債権譲渡に関する規律の対象となる「将来債権」の概念を整理すべきである。

(2) 意見の趣旨及び理由

- ① 公序良俗の観点から将来債権譲渡の効力が認められない場合について

将来発生すべき診療報酬債権を目的とする債権譲渡契約の効力について判断した最判平成 11 年 1 月 29 日民集 53 卷 1 号 151 頁は、「契約締結時における譲渡人の資産状況、右当時における譲渡人の営業等の推移に関する見込み、契約内容、契約が締結された経緯等を総合的に考慮し、将来の一定期間内に発生すべき債権を目的とする債権譲渡契約について、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、又は他の債権者に不当な不利益を与えるものと見られるなどの特段の事情の認められる場合には、右契約は公序良俗に反するなどとして、その効力の全部又は一部が否定されることがあるものというべきである」と判示しているが、かかる基準は極めて曖昧であり、また、将来債権譲渡一般に適用される規律であるのか、特定の種類の将来債権譲渡にのみ適用される規律であるのか明確でなく、実務上、将来債権を利用した取引に対する萎縮効果を生じさせている。

そこで、金銭債権を活用した取引の法的安定性を高める観点から、上記判例のいう「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、又は他の債権者に不当な不利益を与えるものと見られるなどの特段の事情」がどのような場合に認められるのか（そもそも将来債権譲渡一般に適用される規律であるのか、特定の種類の将来債権譲渡にのみ適用される規律であるのかとの点を含む。）、具体化されることが、実務的には期待される。具体化の方法としては、可能な限り明文の規定を立法することが望ましく、例えば、暴利行為に関する立法提案のような形で、上記特段の事情を構成する要素を列举しつつ具体化する立法が考えられるが、（そのような立法が難しいとしても）立法過程で意識的に具体例を挙げつつ議論を深めることが考えられる。

② 将来債権の譲渡人に倒産手続が開始した場合の法律関係について

将来債権譲渡の譲渡人が破産した場合について考えると、破産管財人の法的地位は、債権法改正に伴って破産法に特則が定められることにより特別の地位が与えられない限り、破産者又はその一般承継人と同視されることからすれば、将来債権譲渡の譲受人は、将来債権の譲渡人と同視される（譲渡契約における当事者の関係にある）破産管財人に対して、将来債権譲渡の効力を対抗できると解するのが整合的である。この点、将来債権の包括的な譲渡は、倒産手続（特に再建型倒産手続）の目的達成の障害となるおそれがあるが、将来債権が譲渡可能であり、その対抗要件を具備することができることを肯定する以上は、原則として管財人の下で発生した債権にも将来債権譲渡の効力が及ぶと解した上で、（平時にも倒産時にも妥当する、あるいは倒産時に特有の）別の制約原理を検討すべきである。

また、将来債権譲渡に関しては、敷金返還請求権が質権の目的とされた場合に質権設定者が担保価値維持義務を負うことを認めた判例（最判平成 18 年 12 月 21 日民集 60 卷 10 号 3964 頁）の考え方を参考に、将来債権を対価を得て売却した者は、原則として、「正当な理由なしに当該将来債権の発生を阻害しない義務」（原因関係維持義務）を負担するという見解が示されている。このように将来債権の譲渡人や当該譲渡人について倒産手続が開始した場合における管財人の義務について整理をすることも、将来債権譲渡の効力を明確化し、その法的安定性を高めることにつながることから、将来債権の譲渡人や当該譲渡人の管財人の義務について、立法論・解釈論の中で議論を進めることが期待される。

将来債権譲渡の譲渡人に倒産手続が開始した場合の法律関係については、部会において倒産法での議論に委ねるとされているところであるが、そのような位置づけであれば、倒産法の立法的な手当てを行うための検討を開始すべきである。

③ 「将来債権」の意義について

中間試案第 18.4(2)では、将来債権譲渡に関する規律を検討するに際し、「将来債権」を「将来発生する債権」と定義しているが、何をもって「発生」とするのかは明らかではないため、「将来債権」の外延が不分明である。この点、現行法の下でも、「将来債権」の用語について法令上の定義はなく、一義的な概念として用いられているわけではないが、将来債権譲渡に関する

規律を明文化するのであれば、その適用関係を明確にするために、併せて対象となる「将来債権」の概念を整理し、明文化すべきである。

例えば、(a)条件付債権、(b)期限付債権、(c)発生の基礎は存在するが未発生
の債権、(d)譲渡の時点ではその発生の基礎すら存在しない債権に分けて将来
債権に含まれるか否かを検討することも考えられるところ、将来債権の譲渡
人が倒産した場合や、将来債権譲渡の譲渡人が事業譲渡や組織再編を行った
場合の将来債権譲渡の効力（下記3）については、そもそも「将来債権」とし
て(a)乃至(d)のいずれを想定するかによって、結論の当否が異なることも考
えられる。

(c)及び(d)については一般的に将来債権とすることに異論はないと考えられ
るが、(a)及び(b)について一般的に将来債権とすることはこれまでの解釈論
と整合的か明確ではない。一つの考え方としては、債権の発生について条件
や期限の付されている債権は将来債権として取り扱い、既に発生しているも
のの期限が到来していなかったり、条件が成就していないために行使するこ
とが認められない債権は将来債権とは捉えないという整理が考えられるが、
この点を法文上明確にしてはどうか。

4. 第 18.4(4) 将来債権譲渡の譲渡人の地位の変動 譲渡人の事業譲渡・組織再編について

(1) 意見の内容

- ① 中間試案第 18.4(4)では、将来債権譲渡の譲渡人の地位が変動した場合に関し
て、将来債権の譲受人は、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取得することができないものとする一方、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、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ものとするのが提案されて
いる。かかる提案は、一定の事業に関する将来債権の譲渡がなされた後に譲
渡人が当該事業を譲渡した場合や会社分割を行った場合において、事業譲渡
や会社分割が行われた後に発生した債権を、将来債権の譲受人と事業の譲受
人のいずれが取得することになるのかという論点についての一定の解釈基準
を明示するものであり評価できるが、より具体的な指針を示すことも検討さ
れるべきである。
- ② 将来債権譲渡の後に、譲渡人又は債務者の合併や会社分割があった場合の権
利関係の処理、すなわち、(a)A社のS社に対する将来債権がB社に譲渡され、
一方で、C社のS社に対する将来債権がD社に譲渡された後に、A社とC社が
合併をした場合、合併後の存続会社がS社に対して取得する債権をどのよう
に取り扱うか、あるいは、(b)A社のS社に対する将来債権がB社に譲渡され、

一方で、A社のT社に対する将来債権がC社に譲渡された後に、S社とT社が合併をした場合、合併後の存続会社に対してA社が取得する債権をどのように取り扱うかという問題についても、明文で規律を定めることを検討すべきである。

(2) 意見の趣旨及び理由

① 将来債権譲渡と事業譲渡の競合

一定の事業に関する将来債権譲渡の後に譲渡人が当該事業を譲渡した場合において、事業譲渡の後に発生した債権に関して、将来債権の譲受人と事業の譲受人のいずれが債権者となるかが問題となる。この点、現行法下での取扱いが明確ではなく、事業を譲り受けた者は、過去になされた将来債権譲渡の効力をあえて引き受けない限り、その事業から発生する債権を取得することができるという見解が一般的との指摘もあるが、将来債権譲渡の類型に分けて考察する必要がある（例えば、特定の取引先との間の継続的取引に基づく将来債権が包括譲渡されている場合には、事業譲渡によって当該継続的取引契約上の地位も移転されることから、債権譲渡済みの契約上の地位のみが移転するという構成の余地があるとの見解もある。）。

中間試案では、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、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ことが提案されており、上記の論点についての一定の解釈基準を明示するものであり、債権譲渡取引の予見可能性を高めるものとして評価できる。もっとも、将来債権譲渡の対象となっていた継続的取引に係る基本契約上の地位が移転した場合の取扱いなど不明確な点も残っており、より具体的な指針を示すことも検討されるべきである。

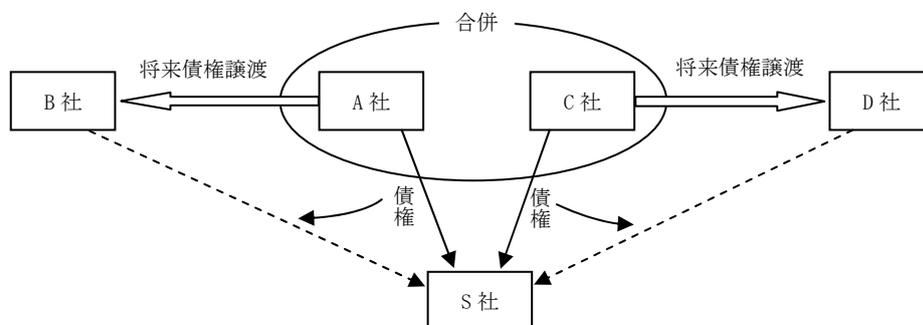
また、一定の事業に関する将来債権譲渡の後に譲渡人が当該事業を含め会社分割を行った場合についても、同様である。

② 譲渡人及び債務者の合併・会社分割

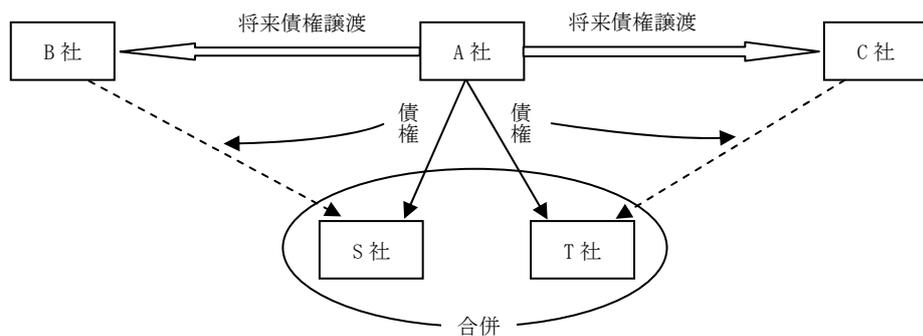
現行法の下では、将来債権譲渡の後に譲渡人又は債務者の合併や会社分割が行われた場合の権利関係の処理が論点となる。具体的には、①A社のS社に対する将来債権がB社に譲渡され、一方で、C社のS社に対する将来債権がD社に譲渡された後に、A社とC社が合併をした場合、合併後の存続会社がS社に対して取得する債権をどのように取り扱うか（図①）、あるいは、②A社のS社に対する将来債権がB社に譲渡され、一方で、A社のT社に対する将来債権

がC社に譲渡された後に、S社とT社が合併をした場合、合併後の存続会社に対してA社が取得する債権をどのように取り扱うか（図②）が問題となる。

図①



図②



この点、(a)民法 245 条の混和の規定を類推適用して一定の基準により各譲受人に按分して帰属させる見解と (b) (将来債権の譲渡人に前述の原因関係維持義務を認めることを前提に) 第三者対抗要件を先に備えた譲受人が債権を取得し、他方の譲受人は原因関係維持義務の履行不能に基づく損害賠償等の請求を認めることによって処理する見解が示されているが、いずれかの見解が理論的に正しいということはないと考えられる。また、(a)説については按分の基準としていかなる取引に適用しうる合理的な基準が設定できるか、難しい問題が残ることになり、一方で (b) 説については対抗要件の後れた譲受人が、自己のコントロールできない譲渡人又は債務者の合併等という事情により、その後が発生する将来債権を一切取得できなくなることは不合理であるといった問題点が指摘されており、いずれかの見解が結論として特別に優れているわけではないと考えられる。

もっとも、将来債権譲渡の予測可能性を高め、利用可能性を高める観点からは、政策的な割り切りによりこのような場合の処理を明文の規定によって定

めることが望ましいと考える。

5. その他

(1) 意見の内容

債権譲渡がなされた場合に、当該債権の原因となった契約のうちいかなる条項が債権に随伴して移転し、譲受人との関係でも適用されるのかという問題についても、解釈の基準を条文化することを含めて議論されたい。

(2) 意見の趣旨及び理由

部会では、債権譲渡がなされた場合に、当該債権の原因となった契約のうちいかなる条項が債権に随伴して移転し、譲受人との関係でも適用されるのかという問題について特段の議論は行われておらず、中間試案でも取り扱われていない。

しかしながら、ローン契約などの金融取引に関する契約においては、金銭給付を内容とする債権以外の権利や債権者に関連する多様な条項が定められることが少なくなく、債権譲渡がなされた場合に、いかなる条項が債権に随伴して移転し、譲受人との関係でも適用されるかが論点となっている。

かかる問題については、契約条項には多様な性質のものがあることから、網羅的に債権譲渡に随伴するか否かを法律に定めることは適切ではなく、解釈に委ねるのが妥当と考える。もっとも、現行法の下で現実に解釈論が課題となっている論点であることから、解釈の指針が示されることが望ましい。金融法委員会では、平成 16 年 3 月報告において、以下の 4 つのタイプの条項について以下のとおり整理したが²⁶、かかる検討も参考にされつつ、解釈の基準の条文化の可能性も含めて立法過程における議論がなされることを期待する。

① ローン債権及びローン債権に法律上随伴する権利の内容を構成する条項譲渡当事者間のローン債権譲渡の合意に従って、これらの権利は当然に移転し、ローン債権の譲渡に係る債務者対抗要件の具備により、ローン債権の譲受人は、借入人に対してこれらの権利を主張することができる。ただし、借入人は、(異議なき承諾の制度が維持された場合は) 異議なき承諾をしない限り、また、(異議なき承諾の制度が廃止された場合は) 抗弁を放棄する旨の意思表示を行わない限り、発生済みの抗弁を譲受人に対して主張できる。

② 貸付人のその他の権利・権限を定める条項

これらの条項に基づく行為請求権又はその違反があった場合の損害賠償請求

²⁶ なお、中間試案において異議なき承諾の制度の見直しが検討されていることを踏まえて修正を行っている。

権等は、原則として、ローン契約に基づく一切の権利・権限を移転する旨の譲渡当事者間の明示又は黙示の合意に従って移転し、ローン契約に基づく一切の権利・権限の譲渡に係る債務者対抗要件の具備により、ローン債権の譲受人は、借入人に対してこれらの権利・権限を主張することができる。ただし、借入人は、(異議なき承諾の制度が維持された場合は) 異議なき承諾をしない限り、また、(異議なき承諾の制度が廃止された場合は) 抗弁を放棄する旨の意思表示を行わない限り、発生済みの抗弁を譲受人に対して主張できる。

③ 借入人の抗弁を構成する条項

借入人の抗弁を構成するこれらの条項を移転しないこと(ローン債権の譲受人がこれらの条項に拘束されないこと)を借入人が承諾した場合、あるいは、(異議なき承諾の制度が廃止された場合は) かかる抗弁を放棄する旨の意思表示を行った場合を除き、ローン債権の譲渡に伴って当然に移転する。なお、(異議なき承諾の制度が維持される場合において) 借入人が異議を留めないでローン債権の譲渡を一般的に承諾しても、発生済の個別の抗弁と異なり、これらの条項の保護を失うことまでは容認していないと考えられるから、その承諾の合理的解釈として、これらの条項の移転は否定されないと解すべきである。

④ 貸付人の債務・責任の内容を構成する条項

原則として、ローン債権の譲渡と切り離して債務引受の一般原則を適用するのは妥当でなく、ローン契約当事者の合理的意思解釈によれば、ローン債権の譲受人資格をこれらの債務・責任を引き受ける者に限定する特約の存在を認めることができる。その場合、③の場合と同様に解することになる。また、守秘義務など条項の性質によっては、貸付人も、譲受人とともに、当該債務・責任を負い続けると解される場合がある。

以 上

第24 三面更改について

1. 意見の内容

中間試案第24.6の三面更改に関する規定（以下「本提案」という。）を設けるべきではない。

2. 意見の趣旨及び理由

(1) はじめに ～ 本提案が想定する取引の類型 ～

補足説明によれば、本提案は、「債権者の債務者に対する一つの債権を、給付の内容を変更しないまま、債権者の第三者に対する債権と第三者の債務者に対する債権とに置き換えるという実務的に行われている取引（例えば、集中決済機構を介在させた取引）（※注：波線は筆者によるもの）を、更改の概念によって説明することを可能とすることによって、取引の安定性を高めることを意図するものである」と説明される¹。

本提案自体には、（一つの債権を二つの債権に置き換えるという点以外に）その対象を特定の種類の取引に一義的に限定するような文言は含まれていない。しかし、他方で、上記波線部分の例示に加え、かかる債権の置換えを実現するための方策として、更改という法律構成によることにより、(i) AB間の債権をAX間の債権とXB間の債権に置き換えた後に、債務者であるX又はBの債務不履行があったとしても、債権の置換えの効力が覆ることを避けることができること、(ii) AX間の債権とXB間の債権の発生原因がAB間の債権の発生原因と同一ではないとする点や、(iii) AB間の債権の抗弁をAX間の債権とXB間の債権が承継しない点について、現在利用されている法律構成に比して容易に説明することができ、決済の安定性を一層確実なものとする旨が強調されていることからすると²、やはり、本提案の主たる対象としては、集中決済機構を中心に置く多数当事者間の債権債務を一括して決済する取引（以下「集中決済システム」という。）が念頭に置かれているように見受けられる^{3 4}。

¹ 補足説明317頁。

² 補足説明318頁。なお、確かに、更改という法律構成によることにより、これらの点がより自然かつ容易に説明することができるという面はあるが、他方、（現行の集中決済システムが採用する）その他の法律構成（詳しくは、後述参照）によった場合でも、当事者間の合意（特約）により同様の効果を導くことは可能と解され、また、かかる特約の効力に疑義が及ぶといった事情も特には見当たらないように思われる。もし、本提案が、現行の集中決済システムには法的な脆弱性が存するとの認識を前提としているのだとすると、かかる見方に対しては異論がある。

³ 中間論点整理において、多数の当事者間における債権債務の決済過程での、取引参加者間の債権の集中決済機関（CCP）を介在させた二つの債権への置換えを実現するための新たな法的概念の導入の可否について検討するものとされていたこと（中間論点整理第21）、民法（債権法）改正検討委員会「債権法改正の

それでは、本提案は、集中決済システムとの関係で十分な内容を備えたものとなっているか。特定の種類の取引との関係でのみ意味を持つような規律を民法で定めるべきかという問題は別途存し得るところだが、ここでは、その点はひとまず措いた上で、本提案の内容自体について吟味・検証してみる。

(2) 本提案の問題点①：競合する第三者との関係 ～ 第三者対抗要件の要否 ～

① 第三者対抗要件の規律の準用

本提案は、三面更改の「第三者対抗要件」として、債権者の交替による更改の「第三者対抗要件」の規律⁵を準用する旨をうたう。

この点につき、補足説明は、第三者対抗要件を具備しなくても第三者に対抗することができる⁶とすると、債権譲渡のルールと抵触し、債権譲渡の取引の安全を害するおそれがあるとの問題意識に対応しようとするものである、と述べる⁶。

② 現行の集中決済システムの法律構成

他方、現行の集中決済システムの多くが、債権の置換えを実現するための方策として、免責的債務引受の法律構成に従っているところ、これは、債権譲渡（又は債権者の交替による更改）構成によった場合に必要とされる第三者対抗要件具備に係る実務的な負担の重さへの懸念を一つの大きな理由としている⁷。同様に、いわゆる債権発生・消滅方式⁸において

基本方針」（平成21年3月）における「一人計算」の提案（【3.1.3.37】）等に鑑みれば、本文で示した理解は、おそらくそれ程外れていないものと解される。

⁴ なお、法制審議会・民法（債権関係）部会（以下「部会」という。）における従前の討議用資料（例えば、部会資料40（部会第48回会議（平成24年6月5日開催）で配布、第2分科会第4回会議（平成24年6月19日開催）で審議））では、三面更改について、集中決済システムに留まらず、クレジットカード取引・割賦取引などにも言及しながら、第三者が債権の決済に介在するという現実に広く行われている取引の法律構成として用いられることを想定しており、汎用性が高いものとするのが望ましい旨が述べられていたこともあったが、補足説明ではクレジットカード取引・割賦取引への言及はなく、ニュアンスが少し変わってきているようではある。実際、更改構成のメリットとして挙げられるところは、集中決済システムの場合には妥当し得るとしても、クレジットカード取引・割賦取引との関係では、むしろ不都合をきたすこと（特に抗弁切断効について顕著）は、法制審議会でも多くの論者が指摘した通りである。また、原債権の給付の内容を変更しないまま、二つの債権に置き換えるという要素は、そもそもクレジットカード取引・割賦取引には当てはまらない（加盟店・売主の顧客に対する債権と信販会社の顧客に対する債権の経済的条件・内容は異なるのが通常である）点にも留意が必要である。なお、オートローンにおける所有権留保に関する最判平成22年6月4日最高裁判所民事判例集64巻4号1107頁参照。

⁵ 法制審での従前の議論の段階では一旦廃止の方向が打ち出されていた「当事者の交替による更改」について、中間試案では、一転、同制度を存続させた上で、「債権者の交替による更改の第三者対抗要件を、債権譲渡の第三者対抗要件と整合的な制度に改めるものとする」（中間試案第24.2）ことが提案されている。

⁶ 補足説明319頁。

⁷ 補足説明もこの点に触れている（同318頁）。

⁸ 日本証券クリアリング機構（JSCC）におけるCDS取引及び金利スワップ取引の清算業務との関係で採用

も、(債権譲渡を伴うものでない以上) 第三者対抗要件具備は必要とされないという前提で対応がなされている。本提案は、法律構成が異なるとはいえ、かかる現行の実務における整理・対応と正反対の方向を目指すものである。

③ 更改構成において第三者対抗要件は必須か ～ 債権者の交替による更改に関する民法第 515 条の趣旨を踏まえつつ ～

この点、部会における従前の討議用資料では、三面更改という枠組みによりつつ、第三者対抗要件は特に要求しないという案(以下「原提案」という。)が示されていたこともあったが⁹、その後の部会での議論(批判)を踏まえて軌道修正がなされ、本提案に至ったものと認識される。

上述の通り、集中決済システムに係る実務上の観点からは、仮に三面更改というコンセプトを民法上導入する場合でも、原提案、即ち、第三者対抗要件は特に必要とされないという対応の方が望ましいことは言うまでもない。また、理論上も、更改は債務の消滅原因であることからすれば、これについて第三者対抗要件は必要とされないのが原則と解される¹⁰。しかし、原提案に対しては、上でも言及したように、更改は債務の消滅原因に過ぎない(よって、対抗問題にはならない)と割り切ることで良いのか、実体的に見れば、債権譲渡に近い側面もあるのだとすると、それに応じた対応が必要になりうるのではないか、との指摘が存した。

かかる指摘に対しては、債務の消滅を伴うケースにおいて、「実質的な債権の移転が生じており、よって、債権譲渡の規律に準じて考えるのが適当である」といった類の議論を始めると、同様の現象を伴う他の事例(例:債務引受、第三者による弁済、銀行振込等)との関係でも同じように考えるべきなのか、更改のみ取り上げてかかる議論を行うことは適切か、といった根本的な疑問がある。

また、債権者の交替による更改に関する民法第 515 条の規定の趣旨についても、同一の権利の帰趨を争う者同士の間での勝敗を決めるためのルールというよりは、事実の証明のための方策として、確定日付ある証書によることにしたというニュアンスの方が強いと理解される¹¹。その意味で、本提案が、三面更改の「第三者対抗要件」として、債権者の交替に

された法律構成である。

⁹ 部会資料 40 では、三面更改の合意について、AB 間の債権の譲受人や差押債権者等の第三者との関係で「第三者対抗要件を別途具備する必要がある」といった発想は特に示されていなかった(但し、差押債権者保護のために一定の手当てを行う必要があるとの認識は示されていた)。

¹⁰ 現行民法上、当事者の交替による更改のうち、債権者の交替による更改については、確定日付のある証書によってしなければ、第三者に対抗することができないとされる一方(同法第 515 条)、債務者の交替による更改については、そのような規律は設けられていない。仮に三面更改の概念を導入する場合でも、第三者との関係につき、当然に債権者の交替による更改に関する規律に準ずるべきと言えるかについては、後に述べる通り、議論の余地がある。

¹¹ 同条の起草趣旨については、「前の債権が消えればその債権の消滅について利害関係をもつ者のために詐欺などが行われてはいけなから、これらの者を保護するためにはやはり確定日付が必要である。」「これ(債権者の交替による更改の場合)は、新旧債権者と債務者の三人で契約を結ぶものであるから、(債

よる更改の「第三者対抗要件」の規律を準用すると記すのは、必ずしも適切ではない。このように、更改構成による場合でも、第三者対抗要件が必要という考えに当然に行き着く訳ではなく、むしろ対抗問題には当たらない（第三者対抗要件は必要とされない）と整理する方が合理的であると思料される¹²。

④ 三面更改アプローチの限界 ～ 二項対立的な枠組みとの衝突 ～

上記③の点を措くとしても、原提案及び本提案のいずれについても、債権譲渡（或いは、債権者の交替による更改）か債務引受（或いは、債務者の交替による更改）かによって、第三者との関係に係る規律を異にする現行法の建前の下（言ってみれば、二項対立とも言うべき状況がある中）で、「三面」更改という、敢えてその中間に行くような概念を持ち込んだところに問題があったように思われる¹³。

かかるアプローチによった結果、第三者との関係に係る公示の要否につき旗幟鮮明にせざるを得なくなり、一方からの指摘に 대응しようとすると、必ず他方からの批判に晒されるというジレンマに陥っているように見受けられる¹⁴。その意味で、この問題について、三面更改という切り口で臨もうとすると、どうしても限界が伴うように解される。

(3) 本提案の問題点②：対象債務の範囲 ～ 既発生の債務か、将来債務か ～

① 現実の取引実務との齟齬

本提案及びその補足説明では、三面更改について第三者対抗要件を求めたとしても、実務上それ程の負担にはならないと考えられているようである。中間試案に先立つ部会の討議用資料では、三面更改の合意が、将来にわたって生じる債務について予め結ばれるとの想

務者に）通知をすとか（債務者から）承諾を受けるとかというような必要はない。更改契約を確定日付のある証書にさえしておけばそれで済む。迂遠な債権譲渡の手續をここで利用するよりは、ただ確定日付のある証書を必要としておいた方が便利でありかつ穏やかである、と説明されている（前田達明・高橋眞監修『史料債権総則』747～748頁）。

¹² なお、民法上の一般的な規律として、三面更改の規定（第三者対抗要件に係る規律を含む。）の導入を図りつつ、集中決済システムにおいては、取引に係る日付の改竄等は制度上も困難であり、公示或いは（確定日付等による）事実の証明を要求しなくともそれ程不都合は生じないこと等に鑑み、例えば、特別法により、集中決済システムのために三面更改の合意を結ぶ場合には第三者対抗要件を不要とするという対応によることの合理性如何、といった議論がなされることもある。しかし、上述の通り、集中決済システム以外の場面で三面更改が広く用いられる状況というものが見えづらく、本提案もその主たる対象として集中決済システムを念頭に置いているように見受けられることからすると、このような二段階アプローチは、実際上あまり意味をなさないのではないかとと思われる。また、本文で述べた通り、本提案（特に更改構成によりながら、第三者対抗要件を必要とする点）の理論的な正当性には疑問が多いことからすると、これを民法上の一般的なルールとして導入することは困難であり、かつ、適切でもないと思われる。

¹³ 部会での議論の際に、道垣内幹事により指摘された点である（部会第2分科会第4回議事録・27頁）。

¹⁴ 原提案に対する法制審議会での批判的議論、本提案に対する多くの金融実務家による反応（本意見を含む）は、まさにこれに当たると言えよう。

定・理解に立ちつつ、第三者対抗要件のための措置は、当初の合意の段階で一時的に行えば足りる、と説明されていた¹⁵。同様に、補足説明も、「確定日付のある証書を第三者対抗要件とする場合には、集中決済機関を介在させた取引のように複数の三面更改が組み合わさって成立する取引については、全当事者で作成した一通の合意を証する書面に確定日付を付することによって、全ての三面更改について第三者対抗要件を具備することができることを想定している。」と述べている¹⁶。

しかし、この認識には問題がある。そもそも、集中決済システムに係る実務上、具体的な債務引受等の合意は、個別の取引に基づく債権（債務）発生の都度、所定の条件に従い成立するものとされており¹⁷、補足説明等が想定するような、将来債務を対象とする形では行われていないのである。本提案は、現実の取引実務から遊離した前提によっていると言わざるを得ない。

仮に、三面更改の概念を（本提案のように）第三者対抗要件が必要とされるという規律と共に導入し、集中決済システムにおける取引をこれに従い行うとした場合、現在の実務を前提とすると、個別の債権（債務）発生¹⁸の都度、対抗要件具備のための手続を経る必要を生じることになるが、そのような対応をなすことはおよそ現実的とは思われない。ことにCCPを用いたデリバティブ取引の清算業務では、非常に短い時間的インターバル（例えば米国では60秒以内）での債務の置換えが求められており、第三者対抗要件などという手順を要求するのは、全く非現実的であり、この種の実務における（世界的な）常識からも外れているとしか言いようがない。或いは、補足説明が想定するような、当初の段階で、個別の取引に基づき将来発生する予定の債権（債務）を対象とする三面更改の合意を結び、これに係る第三者対抗要件を備えるという方法によるとした場合、（後に述べる将来債権（債務）を対象とすることに伴う理論的な問題もさることながら）これを行うためには、現在の集中決済システムに係る業務方法書・約款等の根本的な変更・修正が必要となる。いずれの帰結も、既に安定的に運用されている現行実務に、（その法的安定性も含めて）甚大な影響が及ぶことを意味し、集中決済システムに係る関係当事者にとり看過できないものであるように思われる¹⁸。

② 将来債権（債務）を対象とすることに伴う理論上の問題 ～ 債務引受に関する議論

¹⁵ 部会資料 56（部会第 67 回会議（平成 25 年 1 月 22 日開催）で配布・審議）9 頁参照。

¹⁶ 補足説明 320 頁。

¹⁷ 各種の集中決済システムに係る現在の実務では、関連する業務方法書・約款等において、債務引受（或いは、債権発生・消滅）方式によることが規定されているものの、具体的な債務引受（或いは、当該債権の消滅と新債権の発生）に関する合意は、あくまでも個別の取引に基づく債権（債務）発生¹⁸の都度、業務方法書・約款等所定の条件に従い成立する、という構成によっている。

¹⁸ なお、集中決済システムにおける精算の対象となるのは金銭債権であるが、そもそも、金銭債権の譲渡に係る第三者対抗要件制度については、債権譲渡登記に一本化する旨の提案もなされている（中間試案第 18.2(1)甲案）。同案が採択された場合にもなお、債権譲渡の第三者対抗要件制度に準ずるということだとすると、確定日付ある証書という手法の代用というような訳には行かなくなるが、債権譲渡登記制度の下で、（実際には債権譲渡が行われる訳ではない）三面更改について具体的にどのような措置を講ずることができるのが、今一つ明確でないように思われる。

との対比 ～

また、本提案が内包する論点（将来債務を対象とすることの可否）は、本来、債務引受との関係でも同様に問題になり得るものである。然るに、債務引受との関係では、当該論点については、未だ議論が十分に行われているとは言えないとして、中間試案では取り上げられていない¹⁹。そうであるにもかかわらず、三面更改を素材として、実質的に同様の論点についての特定の見解を（本提案の重要な前提となすものとして）打ち出してしまうことが、債務引受を前提とした場合の議論へのアプローチの仕方と果たして整合しているのか、疑問が残る²⁰。

（4）本提案の問題点③：射程範囲

本提案は、三面更改の意義につき、「債権者、債務者及び第三者の間で、従前の債務を消滅させ、債権者の第三者に対する債権と、第三者の債務者に対する新たな債権とが成立する契約」である、とする。

同定義は、債権の置換えに関する合意のエッセンスを表したものではあるが、そうであるがゆえに、集中決済システムに係る取引を広く包摂するものとして解釈される（その結果、本提案における三面更改に関する規律が、幅広く適用される）可能性を伴うように見受けられる。

集中決済システムとは、その（表向きの）法律構成の如何にかかわらず、要するに、「債権者、債務者及び第三者の間で、従前の債務を消滅させ、債権者の第三者に対する債権と、第三者の債務者に対する新たな債権とに置き換える」ことを志向するものである。とりわけ債権発生・消滅方式は、かかる取引の本質・エッセンスをその法律構成に直截に反映しようとしたものと解されるが、それだけに、本提案の射程範囲に取り込まれる可能性が高いように思われる。

これに対し、（免責的）債務引受構成の場合は、AのXに対する債権はAのBに対する債権

¹⁹ 中間論点整理の段階では、「将来債務の債務引受が有効であることやその要件に関する明文の規定を設けるかどうかについて、検討してはどうか」とされていたが（同第15.4(1)）、中間試案では取り上げられていない。なお、部会資料38（部会第43回会議（平成24年3月27日開催）で配布、第46回会議（平成24年5月8日開催）で審議）14頁以下、部会資料55（部会第67回会議（平成25年1月15日開催）で配布・審議）（32頁）参照。

²⁰ 同様の問題は、競合する第三者との法律関係についても当てはまる。中間論点整理の段階では、「債務引受と両立しない関係にある第三者との法律関係を明確にする規定の要否について、具体的にどのような場面で問題となり得るのか検討する必要があるとの指摘があり、これに対して、①将来発生する債務について差押えがされた場合における差押えと免責的債務引受との関係や、②債権が譲渡された後に、当該債権について譲渡人との間の合意により債務引受がされ、その後債権譲渡について第三者対抗要件が具備された場合における、債権譲渡と債務引受との関係等が問題になり得るとの意見があったことを踏まえつつ、検討してはどうか。」とされていたが（同第15.4(3)）、中間試案では取り上げられていない。他方、三面更改に関しては、中間試案において、第三者対抗要件を要求する旨の提案を含むものとして本提案がなされていること、既に述べた通りである。

と同一性を保った債権であって「新たな」債権を成立させるものではないため、三面更改の規律が及ばないと解されると説明されることもあるが²¹、免責的債務引受の法的性質については諸説があり、理論上、確実にそのように区別できる保証はない²²。また、本提案の文言上、(どこまで意図的な表記かは不明であり、また、具体的な条文として提案されている訳ではないものについてどこまで拘るべきかという問題はあるが)「新た」に生ずるのは第三者(X)の債務者(B)に対する債権であって、債権者(A)の第三者(X)に対する債権とはされていない。(本提案によれば、三面更改の合意は「債権者の第三者に対する債権」と「第三者の債務者に対する新たな債権」とに置き換えるものとされている。)従って、債務引受構成についても、(免責的債務引受の法的性質に関する伝統的な考え方を前提とした場合でもなお)本提案における三面更改に関する規律が及ぶとされる可能性を払拭できないように見受けられる。

本提案は、かかる意味合いにおいても、現行の集中決済システムに係る実務を大きく揺るがす可能性を帯びている。

(5) まとめ

集中決済システムの法的安定性を高めようとする、本提案の意図自体は正当に評価すべきであろう²³。しかし、上述の通り、その提唱する方法論及び具体的な規律内容には問題が多く、かえって現行の集中決済システムに係る実務に対し重大な悪影響を及ぼす可能性がある。

従って、本提案を民法上の規律として導入することには反対である。

以上

²¹ (金融庁総務企画局企画課調査室長名による)「書面による意見陳述 第67回法制審民法(債権関係)部会」第1項参照。

²² 伝統的には、原債務が同一性を保ったまま引受人に承継されると説明されてきたが、最近の有力説は、引受人は併存的債務引受により債務を負担し、原債務は免除により消滅すると説明する。例えば、民法(債権法)改正検討委員会の基本方針【3.1.4.10】以下、遠藤研一郎「免責的債務引受に関する一考察(1)」新報108巻1号(2001)89頁、同「免責的債務引受に関する一考察(2・完)」新報108巻2号(2001)99頁等。

²³ 但し、必ずしも現行の集中決済システムの法的安定性に問題があると解されるものでないことは、先に述べた通りである。

第30 約款、不当条項規制について

1. 第30.1 約款の定義について

(1) 意見の内容

- ① 約款についての規制を設けること自体には賛成である。
- ② 「契約内容を画一的に定める」との定義には不確実性が残ることから、その具体的な解釈基準については、さらに検討が必要と思われる。

(2) 意見の趣旨及び理由

- ① いわゆる約款を利用した契約は現行実務において多く存在し、その効力は、一定程度の法的安定性を有していることから、約款規定を設けなくとも大きな不都合は生じないとも考えられる。もっとも、当事者の合意がない契約条項は拘束力を有しないのが民法の原則である以上、約款に関する基本的なルールを民法に設けることは、法的安定性をより強固なものとする点で意義があるものであり、この観点から約款規定を設けることについて、賛成する。ただし、約款の効力は、現行の実務で既に一定程度法的安定性を有していることに鑑みれば、約款の定義は、現行実務に沿う適切なものでなくてはならず、いたずらに現行実務を混乱させるものであってはならない。本提案は、約款を「多数の相手方との契約の締結を予定してあらかじめ準備される契約条項の総体であって、それらの契約の内容を画一的に定めることを目的として使用するもの」と定義している。かかる定義によれば、実務上、いわゆる約款とは考えられていない、「交渉による修正を前提とするひな形」は約款から排除されるものと思われ、この点においては実務の取り扱いと符合する。もっとも、下記②の点には留意が必要と考える。
- ② 「契約内容を画一的に定める」との定義には、不明確性が残り、以下の点について、その解釈が問題となりうる。
 - (ア) ISDAのMaster Agreementは、それ自体は契約内容を画一的に定めるものであるが、Master Agreementの実際の締結の場面においては、多くのケースで、当事者間においてScheduleの内容が交渉され、Master Agreementと併せて締結されることにより、Master Agreementの内容が実質的に変更ないし補足される。このような場合には、実質的な観点からはMaster Agreementは当事者間の契約内容を画一的に定めるものではなく、したがって約款にはあたらないと解すべきである。
 - (イ) 銀行取引約定書は、当該内容で銀行取引に係る契約を締結するか否か自体に

についての交渉ないし判断が行われることがあり¹、また締結する相手方によっては、規定された内容について交渉を経た上で内容が修正される場合もある²。このような交渉を経ることが予定されている場合、銀行取引約定書も約款にはあたらないと考えるべきである。

(ウ) 約款使用者が、同一書式を相手方（ないしそのグループ）によって交渉に応じるか否かを使い分けている場合、同書式は交渉を予定していない相手方に対しても、約款にはあたらないと解されるのか、明らかでない。例えば、同一書式ではあるが、個人が契約の相手方の場合には同書式の内容の変更について交渉の余地を与えず、他方、事業者が相手方の場合には交渉次第で内容変更に応じるという取り扱いをする場合、同書式は、一律に約款にはあたらないと解されるのであろうか。それとも、個人との関係では約款にあたりと解されるのであろうか。いずれにしても、交渉が予定されている以上、少なくとも事業者が相手方の場合には約款ではないものとして取り扱うべきであると考え。

2. 第 30.2 約款の組入要件の内容について

(1) 意見の内容

約款の組入要件として、常に約款の現実の提示があることまでは要求しないとした点において、評価できる。

(2) 意見の趣旨及び理由

約款の拘束力の根拠は究極的には当事者の意思にあることから、少なくとも当事者がその約款に拘束される意思を有していることが必要であると考えられる。本提案は「契約の当事者がその契約に約款を用いることを合意していること」を約款の組入要件の一つとし、(概要)で、かかる合意は明示的な合意である必要はないと説明する。黙示の合意が認定されるための要件は必ずしも明確ではないが、黙示の合意で足りるということであれば、取引コストの不必要な増加は回避されるので、上記要件について賛成である。相手方が約款の内容を知る機会をどの程度保障するかについては、相手方も約款を用いた取引によって効率的な取引ができること、及び、約款を契約内容にすることに同意していることから、相手方に一定の行動を要求することは合理的であり、これにより取引コストの不必要な増加は回避できるものとする。本提案は、「相手方

¹ 銀行取引約定書の内容は銀行によって多少異なるので、相手方（顧客）としては別の銀行を利用するという選択肢を有する。

² 「個別の内容を見てない場合であっても、約款には従ってもらわなければならないという場面に、約款の組入れとしての効果があるということを私は申し上げているわけで、個別の修正交渉を予定しないといっても、当該内容で契約をのむかのまないかという交渉はするわけですね。銀行取引約定書も別に100%全部、同じ内容でやっているわけではありません。相手方の立場が強いときには修正に応じることもあります。」法制審議会民法（債権関係）部会第50回議事録38頁、三上委員

が合理的な行動をと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」ことを要件としており、約款使用者が相手方に対して、常に約款の現実の提示をすることを要求するのではなく、相手方に合理的な行動を要求することで、取引コストの不必要な増加を回避し、取引の迅速性を確保することができるものであり、この点について評価できる。

3. 第 30.3 不意打ち条項について

(1) 意見の内容

- ① 不意打ち条項についての規定を設けることについては、反対はしない。
- ② 約款の組入要件は、相手方が約款内容を十分に認識していない場合にも契約の内容とすることをその趣旨とするものであるから、不意打ち条項については、かかる趣旨を没却しないよう、限定的に解釈・運用されるべきである。
- ③ 事業者間契約のように相手方が相応の知識及び経験を有する場合には、不意打ち条項の適用は相応に限定されたものとなることが想定されるべきである。

(2) 意見の趣旨及び理由

- ① 約款の組入要件は、約款を用いることについての合意は要求するが、約款中の個別具体的な条項についての認識や合意までを要求するものではないため、約款の組入要件を満たすことで約款が契約に組み入れられた場合、当事者の意思は、当該約款中に含まれていることが合理的に予測できない条項（不意打ち条項）についてまでは及ばない。不意打ち条項は、その内容の当否を問わず契約内容にならないとすることによって、公序良俗や信義則といった一般条項では救済できない場面での救済を可能とするとともに、約款の隠蔽効果を減殺するものであるから、不意打ち条項について独自に規定を設ける意義があると考ええる。
- ② 約款の組入要件は、相手方が約款内容を十分に認識しない場合が多いことを前提として、それでも契約内容となる場合を規定し、もって約款を使用した迅速な取引を実現させるものである。したがって、不意打ち条項の要件とされる「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」にあたるか否かは、上記の約款の組入要件を規定する趣旨を没却しないよう、限定的に解釈・運用されるべきである。
- ③ 本提案では、不意打ち条項に当たるかどうかの判断基準として、「相手方の知識及び経験」等が考慮されるとしている。事業者間契約のように相手方が相応の知識及び経験を有する場合には、不意打ち条項は相応に限定されたものとなることが想定されるべきである。

4. 第 30.4 約款の変更について

(1) 意見の内容

- ① 約款に独自に規定された変更手続について具体的に合意がなされていれば、原則として合意された規定に基づいて変更可能と解すべきである。
- ② 約款の変更について業法等の規制がある約款と本提案とが、どのような関係に立つか不明確である。
- ③ 本提案（1）イ. は、当該約款を使用した契約が「現に多数」あることを要求している。この「多数」とは、「複数」という程度の意味と解釈すべきである。
- ④ 約款の不利益変更をする場合、本提案（1）エ. は、「適切な措置」を要求しているが、「適切な措置」を常に要求することは適当でない。

(2) 意見の趣旨及び理由

- ① 実務では、約款に独自の変更手続を定めている場合が多々ある。本提案の変更手続は、約款に規定された変更手続とどのような関係に立つのかが必ずしも明らかでないが、約款における変更手続規定について（約款の組入要件によらずに）具体的に合意がなされていれば、当事者の合意が本提案に優先し、原則として合意された規定に基づいて変更可能と解すべきである。このように解さなければ、当事者の合意による柔軟な契約の締結が阻害され、実務に混乱をきたす。また、このように解したとしても、当該変更手続規定及び変更後の契約内容に関する相手方の保護については、信義則や権利濫用等の一般条項により図ることができることから、特段の弊害はないものと思われる。
- ② 本提案では、約款の変更について業法等の規制がある約款と本提案とが、どのような関係に立つか不明確である。例えば、投資信託約款の重大な内容の変更については、受益者による書面による決議が必要とされ（投資信託及び投資法人に関する法律第 17 条第 1 項）、約款を使用した契約の相手方である受益者が、受益権の口数に応じて議決権を有する（同条第 6 項）。同手続には、内容の合理性等、本提案に列挙された要件は要求されていないが、受益者に議決権を与えることで、約款変更の場面での受益者の保護を図っているものといえる。このように、業法等の規制において既に相手方保護に配慮した約款変更手続が規定されている場合には、さらに本提案による規制をかけるべきではない。
- ③ 本提案（1）イ. は、当該約款を使用した契約が現に「多数」あることを要件としているが、「多数」の意義は必ずしも明らかではない。相手方に行方不明者がいる等、全員から個別合意をとることが著しく困難な場合、契約が複数個であっても画一的に約款を変更する要請が高いのであるから、本提案（1）イ. の「多数」とは、「複数」という程度の意味と解釈すべきである。

- ④ 約款の不利益変更をする場合、本提案（１）エ．は「適切な措置」を要求しており、補足説明は、「適切な措置」の例として、約款の変更に異議がある相手方に対して、違約金等の不利益を課されることなく、契約から離脱することを認めることを挙げている。しかし、以下に述べるとおり、（ア）「適切な措置」を観念することが困難な場合があること、及び（イ）経済社会状況の変化及び技術革新等に対応した合理的な変更まで不合理に制限されてしまう可能性があることから、常に「適切な措置」を要求することは適当でないと考ええる。

（ア）「適切な措置」を観念することが困難な場合

例えば、長期の生命保険契約の不利益な約款変更に異議がある場合に、相手方が違約金なくして保険契約を解約できるとしたとしても、相手方には当該保険契約による保険カバーを失うというデメリットが生じ、「適切な措置」としての意味を有しない。かといって、「適切な措置」として、約款使用者が相手方に、解約金に上乗せして、一定程度の金額を支払う措置をとることを要求することは、約款使用者に過度の負担を強いることとなり、約款変更が過度に困難となる。

（イ）経済社会状況の変化等に対応した合理的な変更をしようとする場合

例えば、20年前の通信インフラを前提として1ヶ月の周知期間を約款に定めていた業者が、メールアドレスを登録している顧客について周知期間を1週間に短縮する約款変更、また、顧客から業者に対する連絡手段から電報やテレックスを削除する約款変更等は、不利益変更ではあるものの、代償措置が必要とされるべきものとは考えられない。

以上のとおり、常に「適切な措置」を要求することは、約款使用者による約款変更を過度に制約するものであり、適切ではないと考ええる。むしろ、約款変更の不利益の程度に応じた適切な措置が講じられたかは、本提案（１）ウにいう、約款変更の「必要性に照らして」、「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」であるか否かを判断する際の要素の一つとして考慮すれば足りると考える。

5. 第30.5 不当条項規制について

（１）意見の内容

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。

（２）意見の趣旨及び理由

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³、個別の約款条項に通常の契約と同レベルの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して、そのような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⁴。

しかし、そのような合意の希薄さに対応するための規制は、本来、不意打ち条項規制の規律の要否の形で問題とされるべきである⁵。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いると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

³ 「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）

⁴ 「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。

⁵ 「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公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）

契約内容規制としては消費者契約法⁶が既にあり、これに加えて約款条項に関する内容規制を新設することの主眼が事業者間契約に適用される内容規制を設ける点にあることを考えると、消費者契約法上の内容規制と比較して、より強度の内容規制を約款条項に適用することはバランスを欠くというべきである⁷。

この点、消費者契約第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⁸、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⁹。

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な

⁶ 消費者契約法第10条は、「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つて、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的に害するものは、無効とする。」と規定する。これと、中間試案の提案する不当条項規制の文言（「前記2（約款の組入要件の内容：筆者注）によって契約の内容となつた契約条項は、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つて、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。」）とを比較すると、相違点の一つは、中間試案には「民法第一条第二項に規定する基本原則に反して」の文言が用いられていない点である。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」の部分にあることも踏まえると（消費者庁企画課『逐条解説 消費者契約法（第2版）』222頁）、仮に中間試案の文言によって法改正が行われるとすれば、その内容規制は創設的な規定と解する解釈が採られる可能性も否定できない。

⁷ 「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。かといつて、消費者契約法をどうするの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感じがしています。」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）。

⁸ 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、以下のようについて。「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つ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るとした上で、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巻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巻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理解することには無理があるのではなからうか。

⁹ 消費者庁企画課『逐条解説 消費者契約法（第2版）』222頁。

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って考えるとしても、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¹⁰、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。

以 上

¹⁰ 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）。