

平成23年8月1日

法務省民事局参事官室 御中

一般社団法人 流動化・証券化協議会
民法改正ワーキング・グループ
座長 片岡義広

「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に対する意見

(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

記

目次

第1	はじめに.....	3
第2	将来債権譲渡.....	4
1.	公序良俗の観点からの将来債権譲渡の効力の限界.....	5
2.	譲渡人の地位の変動に伴う将来債権譲渡の効力の限界.....	7
3.	担保価値維持義務に関する判例の射程.....	9
第3	債権の譲渡禁止特約.....	11
1.	譲渡禁止特約の効力.....	14
2.	将来債権の譲渡後に当該債権の発生原因となる契約が締結され譲渡禁止特約が付された場合の規律.....	15
第4	債権譲渡等の対抗要件.....	16
1.	特例法上の登記制度を更に利用しやすいものとするための方策.....	19
2.	債権譲渡の第三者対抗要件の登記一元化.....	20

3. 債務者をインフォメーション・センターとはしない新たな対抗要件.....	22
4. 差押えの取扱い.....	23
5. 契約上の地位の移転と債権譲渡の第三者対抗要件.....	24
6. 債権譲渡の第三者対抗要件としての事前承諾の有効性.....	25
第5 債務者の抗弁.....	27
1. 意思表示による抗弁放棄の制度への変更.....	27
2. 振替社債等と抗弁の切断.....	35
第6 契約上の地位の移転.....	36
1. 契約上の地位の移転の効力要件としての事前承諾.....	36
第7 保証.....	42
1. 元本確定前の根保証債務の履行請求と随伴性.....	44
2. 保証引受契約の肯否.....	47
3. 保証引受契約における債権者の権利の発生時期等.....	47
4. 保証引受契約に基づく抗弁.....	49
5. 保証人保護規定の適用範囲.....	50
第8 不実表示.....	51
1. 事業者間契約に不実表示の規律を適用することの是非.....	53
2. 取消可能性を制限する合意の効力について.....	56
3. 不利益事実の不告知.....	62

凡例

- 以下、原則として、法制審議会民法（債権関係）部会（以下「部会」といい、部会の部会資料を「部会資料」という。）の部会第 26 回会議において決定された「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」（以下「中間論点整理」という。）の検討事項に沿って検討を行う。中間論点整理が引用されている箇所における冒頭の「**第 1 3**」等の番号は中間論点整理の検討事項の番号である。
- 【】の記載は、民法（債権法）改正検討委員会（委員長鎌田薫。以下「検討委員会」という。）の「債権法改正の基本方針」（以下「基本方針」という。）の改正に係る「提案」の番号である。

第1 はじめに

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

中間的論点整理は、中間試案の取りまとめに際して議論すべき論点の範囲を明らかにすると共に、その論点についての法制審議会民法（債権関係）部会の議論の到達点を明らかにするものであるとされており、民法（債権法）改正における重要性は極めて高いと思われることから、流動化・証券化に及ぼす実務的影響の観点から、これに対する当協議会の意見を述べるものである。

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

また、当ワーキング・グループの中でも、本意見書にかかる論点については様々な意見が存在し、本意見書はその最大公約数的なところを集約したものである性質上、個々の意見については、当ワーキング・グループのメンバーそれぞれの立場において本意見書と異なる意見を有するものも存在することを申し述べる。とくに、当ワーキング・グループの顧問の先生方については、当ワーキング・グループの議論を充実かつ多様なものとする観点から御参加いただいたものであり、本意見書の取りまとめにはそれら顧問の先生方は関与されていないことをおことわりする。

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

第2 将来債権譲渡

「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」

第13 債権譲渡

4 将来債権譲渡

(1) 将来債権の譲渡が認められる旨の規定の要否

将来発生すべき債権（以下「将来債権」という。）の譲渡の有効性に関しては、その効力の限界に関する議論があること（後記(2)(3)参照）に留意しつつ、判例法理を踏まえて、将来債権の譲渡が原則として有効であることや、債権譲渡の対抗要件の方法により第三者対抗要件を具備することができることについて、明文の規定を設けるものとしてはどうか。

【部会資料9-2第1, 5(1) [31頁]】

(2) 公序良俗の観点からの将来債権譲渡の効力の限界

公序良俗の観点から将来債権の譲渡の効力が認められない場合に関して、より具体的な基準を設けるかどうかについては、実務的な予測可能性を高める観点から賛成する意見があったが、他方で、債権者による過剰担保の取得に対する対処という担保物権法制の問題と関連するため、今般の見直しの範囲との関係で慎重に検討すべきであるとの意見があった。また、仮に規定を設けるのであれば、譲渡人の事業活動の継続の可否や譲渡人の一般債権者を害するかどうかという点が問題となるとの意見があった。これらの意見に留意しつつ、公序良俗の観点からの将来債権譲渡の効力の限界の基準に関する規律の要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第1, 5(1)（関連論点） [32頁]】

(3) 譲渡人の地位の変動に伴う将来債権譲渡の効力の限界

将来債権の譲渡の後に譲渡人の地位に変動があった場合に、その将来債権譲渡の効力が及ぶ範囲に関しては、なお見解が対立している状況にあることを踏まえ、立法により、その範囲を明確にする規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。具体的には、将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者に対して、将来債権の譲渡を対抗することができる旨の規定を設けるべきであるとの考え方が示されていることから、このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

上記の一般的な規定を設けるか否かにかかわらず、不動産の賃料債権の譲渡後に賃貸人が不動産を譲渡した場合における当該不動産から発生する賃料債権の帰属に関する問題には、不動産取引に特有の問題が含まれているため、この問題に特有の規定を設けるかどうかについて、検討してはどうか。

【部会資料9-2第1, 5(2) [32頁]】

1. 公序良俗の観点からの将来債権譲渡の効力の限界

<意見>

公序良俗の観点からの将来債権の譲渡の効力の限界に関しては、基本的に公序良俗の一般的な規定・過剰担保の取得に対する一般的な対処に委ねれば足り、仮に民法に特段の規定を設けるとしても、最判平成11年1月29日の枠組みを明文化するにとどめるべきである。より具体的な基準を設けるかどうかという問題や、譲渡人に倒産手続が開始された場合における特則を設けるかどうかという問題を検討するに際しては、十分かつ慎重な検討がなされるべきである。

より具体的な基準や譲渡人に倒産手続が開始された場合における特則を設ける場合には、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¹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。

<理由>

- 1 中間論点整理では、公序良俗の観点からの将来債権譲渡の効力の限界の基準に関する規律の要否について更に検討してはどうかとされている。
- 2 この点について、より具体的な基準として、例えば、部会第7回会議では、譲渡対象債権の発生期間に一定の制限を設けることなどが議論されている。しかし、このような具体的な基準が設けられた場合、当該基準を満たすような条件で将来債権の譲渡を行ったとしても、一般的な公序良俗の観点からその効力が認められないこととなる可能性は否定されない（部会第7回会議議事録 46 頁・道垣内幹事発言参照）。そうだとすれば、具体的な基準を設けても、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限定することとなるのみであって、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する実務的な予測可能性が高まるものではないと思われる。
- 3 また、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

¹ 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・ベースト・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の手法として、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ベニュー債（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。

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して、倒産法において将来債権譲渡の効力を制限する特則を設けるべきであるという改正提案もなされている。具体的には、「将来債権の譲渡は、倒産手続開始後において、当該債権を発生させるための費用を不当に負担する場合、その他債権者一般の利益を不当に害するものと認められる場合には、その効力の全部又は一部を及ぼすことはできない。」旨の規定を設けることを提案するもの（小林信明「将来債権譲渡に関する法制」『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）140頁）や、「倒産手続開始後に取得した財産にも担保権が及ぶ約定がある場合、原則として担保の効力は及ぶが、裁判所が審理して衡平の観点から除外することもできる。裁判所は、開始後に倒産者がかけた費用額等（原材料を製品に加工した費用、販売費用等）を考慮して、開始後に取得された財産の一部を担保に服さないものとして財団に帰属させることができる。」旨の規定を設けることを提案するもの（岡正晶「民法（債権法）改正の課題 実務家からの情報発信—企業間取引を中心に」法律のひろば 62 巻 10号 43頁）などがある。

しかし、このような規定が設けられた場合、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される場合についても、短期的な回収の極大化より、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。

4 したがって、公序良俗の観点からの将来債権の譲渡の効力の限界に関しては、基本的に公序良俗の一般的な規定・過剰担保の取得に対する一般的な対処に委ねれば足り、仮に民法に特段の規定を設けるとしても、最判平成 11 年 1 月 29 日の枠組みを明文化するにとどめるべきである。より具体的な基準を設けるかどうかという問題や、譲渡人に倒産手続が開始された場合における特則を設けるかどうかという問題を検討するに際しては、十分かつ慎重な検討がなされるべきである。

5 また、より具体的な基準や譲渡人に倒産手続が開始された場合における特則を設ける場合には、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の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。²

2. 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>

将来債権譲渡の効力の限界について、将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者に対して将来債権の譲渡を対抗することができる旨の規定を民法に定める必要があるかについては疑問のありうるところであるが、仮にそのような規定を民法に定める場合には、将来債権譲渡の効力の限界に関する事項のうち倒産法の領域に委ねるべき事項を明確にし、当該事項は倒産法の領域に委ねることを明確にすべきである。

具体的には、将来債権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

² 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することができると思われる。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。

等の下で発生する債権の帰属という問題についての規律を民法において規定する趣旨ではないことを明確にすべきである。

実質的に見ても、管財人等が譲渡人の契約上の地位を承継した者に当たるか否かという論点の結論が、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適切でないと考える。

<理由>

- 1 中間論点整理では、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、その将来債権譲渡の効力が及ぶ範囲（以下「将来債権譲渡の効力の限界」という。）に関しては、立法によりこれを明確にする規定を設けるかどうかについて更に検討してはどうかとされ、具体的には、将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者に対して将来債権の譲渡を対抗することができる旨の規定を設けるべきであるとの考え方の当否について更に検討してはどうかとされている。そして、部会第7回会議では、将来債権譲渡の効力の限界が問題となる具体的な事例として、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が挙げられ、議論がされている。

中間論点整理において示されている上記の考え方は、基本方針【3.1.4.02】<2>の提案であり、検討委員会の提案要旨では、同提案の趣旨の一つとして、将来債権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問題を、管財人が『同提案要旨に定義する「第三者」に当たるか否か』という形で議論することができるようにしようとするものである、と述べられている。

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

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

実質的に見ても、管財人等が（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、あるいは、譲渡人の契約上の地位を承継した者に当たるか否かという論点の結論が、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

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。³

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

- 3 したがって、将来債権譲渡の効力の限界について、将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者に対して将来債権の譲渡を対抗することができる旨の規定を民法に定める必要があるかについては疑問のありうるところであるが、仮にそのような規定を民法に定める場合には、上記問題についての議論は倒産法の領域に委ね、この問題についての規律を民法において規定する趣旨ではないことを明確にすべきである。

3. 担保価値維持義務に関する判例の射程

<意見>

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

<理由>

³ かかるアプローチにより、たとえば、管財人等が（対抗問題ではなく）実体問題における「第三者」に該当し、管財人等の下で締結された取引から発生する債権には将来債権譲渡の効力が及ばないとする解釈（部会資料 9-2 第 1,5 (2)（補足説明）2(3) [35 頁] の H 説参照）がされることになった場合、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、賃料債権のように継続的な契約に基づき債権が発生し続ける債権を将来債権も含めて譲渡し証券化するケースにおいては、債権譲渡人の倒産手続開始後においても倒産手続開始前に締結した債権発生の原因となる契約が存続し続ける可能性が少なくないことから、当該証券化取引に基づき発行された ABS はデフォルトせず、倒産手続の中でも存続する可能性がある。その結果、賃料債権証券化のような証券化対象債権が継続的な契約に基づき発生する債権であるものについては、場合によっては、債権譲渡人の事業からのキャッシュフローの流出が大きく、再建型倒産手続遂行の見地から制約すべき証券化取引まで存続されてしまうという問題が生じうる。

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

例えば、一定の事業から発生する将来債権 5 年分を債権譲受人に譲渡した 1 年後に、譲渡人が譲渡対象債権に係る原因関係である事業を当該債権譲受人以外の第三者（事業譲受人）に譲渡した場合を想定すると、仮に譲渡人が将来債権の原因関係維持義務を負うことなく、事業譲受人に対する上記将来債権譲渡に基づく負担のない事業譲渡を行えるとしたら、譲渡人は既に債権譲受人に対し対価を取得して譲渡した 2 年目～5 年目に発生する将来債権の現在価値を含めた金額で当該事業の譲渡（売却）を行えることになり、債権譲受人の犠牲において（2 年目～5 年目に発生する将来債権の現在価値分だけ）二重の利得を取得することとなり、極めて不公平な結果が生じてしまうからである。
- 3 そこで、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して評価できる範囲において、原因関係を維持する義務（譲渡し対抗要件まで備えた「譲受人の」将来債権について、それを毀滅するのと同視できるような行為をとらない義務）が認められるべきと考える。
- 4 なお、将来債権の譲渡後に当該債権の発生原因となる契約が締結され譲渡禁止特約が付された場合（下記第 3、2）、当該譲渡禁止特約は、かかる譲渡人の原因関係維持義務に違反するものと考えられるべきである（部会第 7 回会議議事録 47 頁・三上委員発言参照）。
- 5 そして、かかる譲渡人の原因関係維持義務は、譲渡人が倒産した場合の管財人等にも承継されるべきである。倒産法上の議論にはなるが、かかる義務の違反は、将来債権の譲受人から見れば、取戻権（民事再生法 52 条等）又は別除権（民事再生法 53 条等）等の侵害と評価され、管財人等によるかかる義務の違反が行われた結果、再生債務者財産や更生会社財産（以下、「再生債務者財産等」という。）が上記の「二重取り」をする結果となった場合、たとえば、法律上の原因なく、債権譲受人の損失において、再生債務者財産等が利益を受けたと言えることから、債権譲受人は再生債務者財産等

に対し不当利得返還請求権（共益債権になる。民事再生法 119 条 6 号、会社更生法 127 条 6 号）を行使することができると考えられる。

但し、将来債権の譲渡人は正当な理由があれば原因関係維持義務に拘束されないと解されるべきであり、例えば管財人等については、再建型倒産手続の円滑な遂行という観点からかかる正当な理由はある程度広く解されることになると思われる。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、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。⁴

第 3 譲渡禁止特約

「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」

第 13 債権譲渡

1 譲渡禁止特約（民法第 466 条）

(1) 譲渡禁止特約の効力

譲渡禁止特約の効力については、学説上、「物権的」な効力を有するものであり、譲渡禁止特約に違反する債権譲渡が無効であるとする考え方（物権的効力説）が有力である。判例は、この物権的効力説を前提としつつ、必要に応じてこれを修正していると評価されている。この譲渡禁止特約は、債務者にとって、譲渡に伴う事務の煩雑化の回避、過誤払の危険の回避及び相殺の期待の確保という実務上の必要性があると指摘されているが、他方で、今日では、強い立場の債務者が必ずしも合理的な必要性がないのに利用している場合もあるとの指摘や、譲渡禁止特約の存在が資金調達目的で行われる債権譲渡取引の障害となっているとの指摘もされている。

以上のような指摘を踏まえて、譲渡禁止特約の効力の見直しの要否について検討する必要があるが、譲渡禁止特約の存在について譲受人が「悪意」（後記(2)ア参照）である場合には、特約を譲受人に対抗することができるという現行法の基本的な枠組みは、維持することとしてはどうか。その上で、譲渡禁止特約を対抗できるときのその効力については、特約に反する債権譲渡が無効になるという考え方（以下「絶対的効力案」という。）と、譲渡禁止特約は原則として特約の当事者間で効力を有するにとどまり、債権

⁴ 脚注 2 において検討した見解は、管財人等が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のであれば、管財人等が原因関係維持義務に拘束されることを承認するものであり、将来債権を発生させるための費用の負担という問題がなければ管財人等が原因関係維持義務に拘束されるという点で、本意見と軌を一にする発想に基づくものであると評価し得ると思われる。ただし、上記見解は、脚注 2 においても述べたように、取引時における予測可能性を確保できるかという点で、なお慎重な検討が必要である。

譲渡は有効であるが、債務者は「悪意」の譲受人に対して特約の抗弁を主張できるとする考え方（以下「相対的効力案」という。）があることを踏まえ、更に検討してはどうか。

また、譲渡禁止特約の効力に関連する以下の各論点についても、更に検討してはどうか。

- ① 譲渡禁止特約の存在に関する譲受人の善意、悪意等の主観的要件は、譲受人と債務者のいずれが主張・立証責任を負うものとするべきかについて、更に検討してはどうか。
- ② 譲渡禁止特約の効力についてどのような考え方を採るかにかかわらず、譲渡禁止特約の存在が、資金調達目的で行われる債権譲渡取引の障害となり得るという問題を解消する観点から、債権の流動性の確保が特に要請される一定の種類の債権につき、譲渡禁止特約を常に対抗できないこととするべきかどうかについて、特定の取引類型のみに適用される例外を民法で規定する趣旨であるなら適切ではないとの意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、預金債権のように譲渡禁止特約を対抗することを認める必要性が高い種類の債権に、引き続き譲渡禁止特約に強い効力を認めるべきかどうかについても、特定の取引類型のみに適用される例外を民法で規定することについて上記の意見があることに留意しつつ、検討してはどうか。

- ③ 将来債権の譲渡をめぐる法律関係の明確性を高める観点から、将来債権の譲渡後に、当該債権の発生原因となる契約が締結され譲渡禁止特約が付された場合に、将来債権の譲受人に対して譲渡禁止特約を対抗することの可否を、立法により明確にするべきかどうかについて、譲渡禁止特約によって保護される債務者の利益にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第1, 2(1) [2頁], 同(関連論点) 1から同(関連論点) 3まで [5頁]】

(2) 譲渡禁止特約を譲受人に対抗できない事由

ア 譲受人に重過失がある場合

判例は、譲受人が譲渡禁止特約の存在について悪意の場合だけでなく、存在を知らないことについて重過失がある場合にも、譲渡禁止特約を譲受人に対抗することができるとしていることから、譲渡禁止特約の効力についてどのような考え方を採るかにかかわらず、上記の判例法理を条文上明らかにすべきであるという考え方がある。このような考え方の当否について、資金調達の促進の観点から、重過失がある場合に譲渡禁止特約を譲受人に対抗することができることに反対する意見があることにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第1, 2(2)ア [7頁]】

イ 債務者の承諾があった場合

譲渡禁止特約の効力についてどのような考え方を採るかにかかわらず、債務者が譲渡を承諾することにより譲渡禁止特約を譲受人に対抗することができなくなる旨の明文規定を設けるものとしてはどうか。

【部会資料9-2第1, 2(2)イ [8頁]】

ウ 譲渡人について倒産手続の開始決定があった場合

譲渡人につき倒産手続の開始決定があった場合において、譲渡禁止特約の効力について相対的効力案（前記(1)参照）を採るとしたときは、管財人等が開始決定前に譲渡されていた債権の回収をしても、財団債権や共益債権として譲受人に引き渡さなければならず、管財人等の債権回収のインセンティブが働かなくなるおそれがあるという問題がある。このような問題意識を踏まえて、譲渡人について倒産手続の開始決定があったとき（倒産手続開始決定時に譲受人が第三者対抗要件を具備しているときに限る。）は、債務者は譲渡禁止特約を譲受人に対抗することができないという規定を設けるべきであるという考え方が示されている。このような考え方に対しては、債務者は譲渡人について倒産手続開始決定がされたことを適時に知ることが容易ではないという指摘や、債務者が譲渡人に対する抗弁権を譲受人に対抗できる範囲を検討すべきであるという指摘がある。そこで、このような指摘に留意しつつ、仮に相対的効力案を採用した場合に、上記のような考え方を採用することの当否について、更に検討してはどうか。

また、上記の考え方を採用する場合には、①譲渡人の倒産手続の開始決定後に譲渡禁止特約付債権を譲り受け、第三者対抗要件を具備した譲受人に対して、債務者が譲渡禁止特約を対抗することの可否について、検討してはどうか。さらに、②譲渡禁止特約の存在について悪意の譲受人に対して譲渡がされた後、譲渡人の債権者が譲渡禁止特約付債権を差し押さえた場合も、複数の債権者が債権を奪い合う局面である点で、倒産手続が開始された場面と共通することから、譲渡禁止特約の効力について上記の考え方が適用されるべきであるという考え方がある。このような考え方を採用することの当否についても、検討してはどうか。

【部会資料9-2第1, 2(2)ウ [8頁]】

エ 債務者の債務不履行の場合

譲渡禁止特約の効力について仮に相対的効力案（前記(1)参照）を採用した場合には、譲受人は債務者に対して直接請求することができず、他方、譲渡人（又はその管財人等）は譲渡した債権を回収しても不当利得返還請求に基づき譲受人に引き渡さなければならないこととなるため、譲渡人につき倒産手続の開始決定があったとき（上記ウ）に限らず、一般に、譲渡人に債権回収のインセンティブが働かない状況が生ずるのではないかという指摘がある。このような問題意識への対応として、譲渡人又は譲受人が、債務者に対して（相当期間を定めて）譲渡人への履行を催告したにもかかわらず、債務者が履行しないとき（ただし、履行をしないことが違法でないときを除く。）には、債務者は譲受人に譲渡禁止特約を対抗することができないとする考え方が示されている。このよ

うな考え方の当否について、検討してはどうか。

(3) 譲渡禁止特約付債権の差押え・転付命令による債権の移転

譲渡禁止特約付きの債権であっても、差押債権者の善意・悪意を問わず、差押え・転付命令による債権の移転が認められるという判例法理について、これを条文上も明確にしてはどうか。

【部会資料9-2第1, 2(3) [9頁]】

1. 譲渡禁止特約の効力

<意見>

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

<理由>

- 1 クレジットの高い債務者に対する債権ほど、譲渡禁止特約が付されていることが多く、その点からも譲渡禁止特約付債権の流動化取引を行うことができれば、有力な資金調達手段になりうる。
- 2 この点について、中間論点整理は、譲渡禁止特約を対抗できるときのその効力について、絶対的効力案と相対的効力案があることを踏まえ更に検討してはどうかとし、かつ、譲渡禁止特約付債権の譲渡について第三者対抗要件が具備された場合で譲渡人について倒産手続の開始決定があったときには、債務者は譲渡禁止特約の効力を譲受人に対抗できないという考え方を採用することの当否についても更に検討してはどうかとすることで、債権譲渡を促進する立場に対し一定の配慮が示されている。

しかし、譲渡人が譲渡禁止特約付債権を第三者に譲渡（信託譲渡）し、当該譲渡後も譲渡人がサービサーとして債権回収や債務者との折衝を行うという通常の債権の流動化取引を想定した場合、この種の取引における通常のサービサー解任事由である、債権差押え、倒産手続開始申立て、サービシング契約の重大な違反といった事由が発生しても、中間論点整理において示されている上記の考え方によれば、これらは「倒産手続の開始決定」ではないため、債務者は依然として譲渡禁止特約の効力を譲受人に対抗できる。そのため、この場合、譲受人はサービサーを解任して、バックアップ・

サービサーに当該債権を回収させることも、自らこれを回収することもできず、既にサービシング契約の重大な違反等の問題を発生させている譲渡人を依然としてサービサーとして債権回収等の任務にあたらせなければならないため、なお譲渡禁止特約付債権の流動化の実現は極めて難しい。

- 3 そこで、資金調達手段の多様化のため、譲渡禁止特約付債権の流動化を促す観点からは、譲渡禁止特約に反する譲渡を当事者間のみならず（債務者に対する権利行使要件を具備すれば）原則として債務者にも対抗できることとしつつ、譲渡禁止特約により確保しようとした債務者側の利益にも一定の配慮を行うことにより、バランスのとれた解決を図るというアプローチの方が適切であると考えられる。
- 4 譲渡禁止特約により確保しようとした債務者側の利益への配慮としては、具体的には、①債務者の相殺の利益の確保、②過誤払いの危険の回避、③譲渡に伴う事務の煩雑化の回避、といった譲渡禁止特約の目的を可及的に実現するため、①譲受人は債務者の譲渡人に対する相殺等の抗弁（債務者に対する権利行使要件具備後に発生する抗弁を含む）の対抗を受けるものとし、かつ、②譲渡禁止特約付債権については、債権の準占有者に対する弁済に係る規律にもかかわらず、債権譲渡がなされたことにつき善意でさえあれば、譲渡人になした弁済が有効となることとし、かつ、③銀行に対する預金債権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、特則として譲渡禁止特約付債権の譲渡は現行法どおりに無効とする旨の規律とすることが考えられる。
- 5 また、譲渡禁止特約債権の流動化を可能にする観点からは、譲渡禁止特約に反する譲渡を債務者にも対抗できるとすることのみならず、同特約の当事者間での債権的効力も否定することをも含めて検討すべきように思われる。このような規定を置いている立法例として、米国統一商法典（Uniform Commercial Code）9-406条(d)がある。仮に民法に一般原則として定めることが難しいとすれば、何らかの形で適用範囲を限定した上で当事者間の効力を否定する、あるいは、その旨を特別法という形で立法すること等が考えられる。この点については、今後の議論の進展に対応し、検討の上、更なる提言を行う可能性がある。
- 6 なお、債権法に関する問題ではないが、譲渡禁止特約付債権の流動化を促す観点から、上記改正に伴い、譲渡禁止特約の付されている債権であっても、その譲渡に伴って、譲渡人が譲受人に対し、債務者の情報（個人情報を含む。）を当該債権の管理に必要な範囲において提供することは、明示的に債務者の同意がなかった場合でも、個人情報保護法及び（譲渡人が金融機関である場合）金融機関が負担する守秘義務に抵触しないことを明らかにすべきである。

2. 将来債権の譲渡後に当該債権の発生原因となる契約が締結され譲渡禁止特約が付され

た場合の規律

<意見>

将来債権譲渡がなされ、当該債権譲渡について債務者による承諾がなされた後においては、当該債権の発生原因となる契約において譲渡禁止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禁止特約を対抗することができないことを民法に規定すべきである。また、当該債権譲渡について債務者による承諾がなされておらず、将来債権の譲受人が債務者から譲渡禁止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こととすべきである。

<理由>

- 1 中間論点整理では、将来債権の譲渡後に当該債権の発生原因となる契約が締結され譲渡禁止特約が付された場合に、将来債権の譲受人に対して譲渡禁止特約を対抗することの可否を、立法により明確化すべきかどうかについて、更に検討してはどうかとされている。

現行法上、上記場合における債権の譲渡につき効力が生じるかについては、諸説あるものの、一切効力が否定されるというのでは債権の譲受人の利益をあまりに害する。

そして、上記第2「3. 担保価値維持義務に関する判例の射程」において述べたとおり、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、上記場合においては、譲渡禁止特約はかかる譲渡人の義務に違反するものと考えられるべきであるし、また、現行法上、既発生譲渡禁止特約付債権であっても、譲渡人がそれを隠して譲受人に売却すれば、善意無重過失の譲受人が譲渡禁止特約付債権を取得することができることとの対比等から、上記場合においても一定の範囲では譲渡の効力が認められるべきである。

- 2 そこで、将来債権譲渡がなされ、当該債権譲渡について債務者による承諾がなされた後においては、当該債権の発生原因となる契約において譲渡禁止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禁止特約を対抗することができないことを民法に規定すべきである。また、当該債権譲渡について債務者による承諾がなされておらず、将来債権の譲受人が債務者から譲渡禁止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こととすべきである。

第4 債権譲渡の対抗要件

「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」

第13 債権譲渡

2 債権譲渡の対抗要件（民法第467条）

(1) 総論及び第三者対抗要件の見直し

債権譲渡の対抗要件制度については、債務者が債権譲渡通知や承諾の有無について回答しなければ制度が機能せず、また、競合する債権譲渡の優劣について債務者に困難な判断を強いるものであるために、債務者に過大な不利益を負わせていることのほか、確定日付が限定的な機能しか果たしていないこと等の民法上の対抗要件制度の問題点が指摘されている。また、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「特例法」という。）と民法による対抗要件制度が並存していることによる煩雑さ等の問題点も指摘されている。これらの問題点の指摘を踏まえて、債権譲渡の対抗要件制度を見直すべきかどうかについて、更に検討してはどうか。

債権譲渡の対抗要件制度を見直す場合には、基本的な見直しの方向について、具体的に以下のような案が示されていることを踏まえ、更に検討してはどうか。その際、A案については、その趣旨を評価する意見がある一方で、現在の特例法上の登記制度には問題点も指摘されており、これに一元化することには問題があるとの指摘があることから、まずは、特例法上の登記制度を更に利用しやすいものとするための方策について検討した上で、その検討結果をも踏まえつつ、更に検討してはどうか。

【A案】登記制度を利用することができる範囲を拡張する（例えば、個人も利用可能とする。）とともに、その範囲において債権譲渡の第三者対抗要件を登記に一元化する案

【B案】債務者をインフォメーション・センターとはしない新たな対抗要件制度（例えば、現行民法上の確定日付のある通知又は承諾に代えて、確定日付のある譲渡契約書を債権譲渡の第三者対抗要件とする制度）を設けるという案

【C案】現在の二元的な対抗要件制度を基本的に維持した上で、必要な修正を試みるという案

【部会資料9-2第1, 3(1) [10頁],

同（関連論点）1から同（関連論点）3まで [13頁から18頁まで]】

(2) 債務者対抗要件（権利行使要件）の見直し

債権譲渡の当事者である譲渡人及び譲受人が、債務者との関係では引き続き譲渡人に対して弁済させることを意図して、あえて債務者に対して債権譲渡の通知をしない（債務者対抗要件を具備しない）場合があるが、債務者が債権譲渡の承諾をすることにより、譲渡人及び譲受人の意図に反して、譲受人に対して弁済する事態が生じ得るという問題があると指摘されている。このような問題に対応するために、債権譲渡の対抗要件制度について第三者対抗要件と債務者対抗要件を分離することを前提として、債務者対抗要件を通知に限った上で、債務者に対する通知がない限り、債務者は譲渡人に対して

弁済しなければならないとする明文の規定を設けるべきであるとの考え方が示されている。

これに対して、債務者対抗要件という概念は、本来、それが具備されなくても、債務者の側から債権譲渡の事実を認めて譲受人に対して弁済することができることを意味するものであるとの指摘があった。他方で、現行法の理解としても、債務者が譲受人に弁済できると解されているのは、承諾という債務者対抗要件があるからであって、債務者対抗要件とは無関係に債務者が弁済の相手を選択できるという結論は導けないという考え方もあり得るとの指摘があった。また、承諾によって、債務者対抗要件の具備と同時に抗弁の切断の効果が得られることから、実務上承諾に利便性が認められているとの指摘があった。

以上の指摘等に留意しつつ、債務者対抗要件（債務者に対する権利行使要件）を通知に限った上で、債務者に対する通知がない限り、債務者は譲渡人に対して弁済しなければならないとする明文の規定を設けることの当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第1, 3(2) [21頁], 同(3) (関連論点) 1 [26頁]】

(3) 対抗要件概念の整理

民法第467条が定めている債権譲渡の対抗要件のうち、債務者との関係での対抗要件を権利行使要件と呼び、債務者以外の第三者との関係での対抗要件と文言上も区別して、同条の第1項と第2項との関係を明確にするかどうかについて、上記(2)の検討結果に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第1, 3(2) (関連論点) 1 [23頁]】

(4) 債務者保護のための規定の明確化等

ア 債務者保護のための規定の明確化

債権譲渡は、債務者の関与なく行われるため、債務者に一定の不利益が及ぶことは避けがたい面があり、それゆえ、できる限り債務者の不利益が少なくなるように配慮する必要があるという観点から、債権譲渡が競合した場合に債務者が誰に弁済すべきかという行為準則を整理し、これを条文中明瞭にする方向で、更に検討してはどうか。

また、供託原因を拡張することにより、債務者が供託により免責される場合を広く認めるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第1, 3(3) [24頁]】

イ 譲受人間の関係

複数の譲受人が第三者対抗要件を同時に具備した場合や、譲受人がいずれも債務者対抗要件を具備しているが第三者対抗要件を具備していない場合において、ある譲受人が債権全額の弁済を受領したときは、ほかの譲受

人によるその受領額の分配請求の可否が問題となり得るが、現在の判例・学説上、この点は明らかではない。そこで、これを立法により解決するために、分配請求を可能とする旨の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第1, 3(3) (関連論点) 2 [27頁]】

ウ 債権差押えとの競合の場合の規律の必要性

債権譲渡と債権差押えが競合した場合における優劣について、判例は、確定日付のある譲渡通知が債務者に到達した日時又は確定日付のある債務者の承諾の日時と差押命令の第三債務者への送達日時の先後によって決すべきであるとし、債権譲渡の対抗要件具備と差押命令の送達の時が同時又は先後不明の場合には、複数の債権譲渡が競合した場合と同様の結論を採っている。このような判例法理を条文上明確にするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第1, 3(3) (関連論点) 3 [27頁]】

1. 特例法上の登記制度を更に利用しやすいものとするための方策

<意見>

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

<理由>

- 1 部会第7回会議において挙げられた点のほか、現行の債権譲渡登記制度には後述する様々な問題が存在し、今回の改正を機にこれらの点の改善を図るべきである。
- 2 第一に、先行する登記の有無の確認を容易にし、いわゆる二重譲渡・二重登記事案の発生を可及的に防止するため、譲渡人が申請した場合に限るなど、一定の制限をかけたうえで、当該譲渡人が行った債権譲渡で債権譲渡登記ファイルに現存しているものすべてを証明する内容の証明書（以下「全部事項証明書」という。）を交付する制度の導入が検討されるべきである。
- 3 検討委員会では、登記事項概要証明書の廃止も検討の俎上に上っていたようであるが、現在の債権譲渡登記制度を前提とすると、登記事項概要証明書は、ある譲渡人に関するすべての登記を知り得る資料であることから、登記事項概要証明書を廃止すると、詐害的な意図をもった譲渡人が対象債権に係る登記事項証明書を隠蔽した場合に、譲受人となろうとする者がそれを確認する術を失ってしまうおそれがあり、登記事項概要証明書を廃止する場合には、上記2に記載した「全部事項証明書」を交付する制

度を整備する必要がある。

- 4 将来債権の譲渡人が、当該将来債権譲渡につき登記が具備された後で、当該譲渡した将来債権の原因関係である事業を第三者に譲渡した場合で当該事業譲受人が債権譲渡人の債権譲渡契約上の地位を承継し、当該事業譲受人の下で発生した債権についても上記将来債権譲渡の効力が及ぶ場合を想定すると、現行の債権譲渡登記制度の下では、当該事業譲受人を譲渡人とする債権譲渡の登記事項概要証明書を取得しても、上記将来債権譲渡の存在を認識することはできない。

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

そこで、この点を解決するための制度的な手当てが必要である。

2. 債権譲渡の第三者対抗要件の登記一元化

<意見>

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

<理由>

- 1 中間論点整理では、債権譲渡の対抗要件制度を見直す場合には、基本的な見直しの方向について、特例法上の登記制度を更に利用しやすいものとするための方策についての検討結果、及び、登記制度を利用することができる範囲を拡張する（例えば、個人も利用可能とする。）とともに、その範囲において債権譲渡の第三者対抗要件を登記に一元化する案（A案）等を踏まえ更に検討してはどうかとされている。なお、A案を採るとした場合、少なくとも現在の債権譲渡登記制度を利用することができる債権譲渡（法人がする金銭債権の債権譲渡）は、第三者対抗要件が登記に一元化されることになると思われる。
- 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することができるという点で一定のメリットは存在する。

しかし、そもそも現在の債権譲渡登記制度には以下のような問題が存在する。

- ① 現在の債権譲渡登記制度において、いわゆる二重譲渡・二重登記事案が発生して

いるところ、その原因として、膨大な量の債権譲渡登記がされている場合には、登記事項証明書 of 交付に時間がかかることがあり、また、下記②の事情ともあいまって、譲渡対象債権の照合に相応の時間を要することから、かかるタイムラグの間に二重登記のリスクが生じ得る。

- ② 現在の債権譲渡登記制度において、債権の特定方法は様々であり、対象債権の同一性の確認につきある程度難易度の高い作業となっている。
- ③ 内容証明郵便や確定日付取得と比べて、債権の数によってはむしろコストダウンになる場合もあり得るとはいえ、現在の債権譲渡登記制度における登録免許税のコスト及び登記申請のための手続的負担は大きい。とりわけ、後述するように、同一の債務者に対し多数の債権者が有する債権の譲渡を一括して登記する際のコスト及び負担は、債務者による承諾に確定日付を得る場合と比べて大きなものである。
- ④ 現在の債権譲渡登記制度において、同順位の質権設定登記ができず、また、根質権としての設定登記ができないといった不備が存在する。

3 そこで、登記一元化を検討するにあたっては、まず、これらの問題に十分に配慮された制度・システムを構築すべきである。具体的には、以下のような手当てが望まれ、このような手当てを行うことが可能かどうかという観点から十分かつ慎重な検討がなされるべきである。

①については、譲渡人の承諾がある場合には、当該譲渡人についての登記の受付を特定の譲受人のために一定の期間停止するような制度を設けることや先行登記の有無の確認に要する時間の短縮を可能とする制度設計が望まれる。

②については、対象債権を特定する記載の定式化を工夫することにより、より同一性の判断を容易にし、あるいは更に進んで形式的な照合、検索システムによる検索を可能にすることはできないか等を検討すべきである。

③については、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については、同順位の質権設定登記や根質権としての設定登記を可能とする制度とすべきである。

4 特に、債権譲渡の第三者対抗要件のみを登記に一元化する場合、債務者の承諾に確定日付を付することにより、ある契約に基づくすべての債権（債権譲渡登記制度を利用することができるものと利用することができないものの双方を含む）の譲渡についての第三者対抗要件、債務者対抗要件、異議なき承諾、契約上の地位の移転についての承諾、そして、場合によっては当該契約に基づくすべての債務の承継についての同意も、一つの書面で一括して得ることができる現状の制度の利便性が損なわれるという問題点が存在する。このため、登記一元化の是非を検討するに際しては、かかる利便性にも十分に配慮された制度・システムの構築が可能か否かという点も含めて十分

かつ慎重な検討が必要であると考え、登記一元化と上記現状の制度の利便性の維持を両立させることは必ずしも容易でないように思われる。

3. 債務者をインフォメーション・センターとはしない新たな対抗要件

<意見>

債務者の承諾に確定日付を付することにより、ある契約に基づく金銭債権及び非金銭債権双方を含む全ての債権の譲渡についての対抗要件を具備できる現状の制度の利便性が損なわれることがないように、債務者をインフォメーション・センターとはしない新たな対抗要件を検討するに際しては、十分かつ慎重な検討がなされるべきである。

<理由>

1 中間論点整理では、債権譲渡の対抗要件制度を見直す場合には、基本的な見直しの方向について、債務者をインフォメーション・センターとはしない新たな対抗要件制度（例えば、現行民法上の確定日付のある通知又は承諾に代えて、確定日付のある譲渡契約書を債権譲渡の第三者対抗要件とする制度）を設けるという案（B案）等を踏まえ更に検討してはどうかとされている。B案は、債権譲渡の第三者対抗要件を新たな対抗要件制度に一元化する場合に問題となるほか、A案を採るとした場合にも、債権譲渡登記制度を利用することができない債権譲渡について補完的に問題となる可能性があると考えられる。この点、中間論点整理において示されている上記の具体的な制度は、【3.1.4.04】<2>の提案であるが、同提案には以下のような問題が存在する（なお、上記の具体的な提案が【3.1.4.04】<2>のように非金銭債権の譲渡に限定した提案であるか否かは明らかでないが、全ての債権の譲渡に関する第三者対抗要件を新たな対抗要件制度に一元化する提案であるとすれば、③及び④の問題は存在しないこととなるが、①の問題が極めて大きく、実務上到底考えられない。）。とりわけ、③に関し、債務者の承諾に確定日付を付することにより、ある契約に基づく金銭債権及び非金銭債権双方を含む全ての債権の譲渡についての対抗要件を具備できる現状の制度の利便性が損なわれることがないように、非金銭債権の譲渡に係る対抗要件のあるべき姿を検討するに際しては、十分かつ慎重な検討がなされるべきであり、かかる点に照らせば、非金銭債権の譲渡に係る第三者対抗要件については、金銭債権の譲渡に係る第三者対抗要件と揃えたものとすべきである。

① 債務者に代わる公示機関が提示されておらず、非金銭債権の譲渡については、一切の公示なく第三者対抗要件を具備できることとなってしまう。

② 第三者対抗要件を債権譲渡契約書への確定日付の取得としたことに伴い、厳重な債務者対抗要件（権利行使要件）が確定日付ある債権譲渡契約書の写しの債務者への交付による通知とされているが、本来、債務者に債権譲渡契約の内容を開示する必要はないはずである。また、譲渡人及び譲受人の間で合意された債権譲渡の条件・

内容について、むしろ債務者に知られたくないという事情が存することも往々にしてありうる。また、これらの情報が、債務者を通じて、第三者に漏洩するリスクも懸念される。そうであるにもかかわらず、このような方法を強制することは、譲渡人及び譲受人にとって、実務上過剰な負担となり、下記③と相まって、債権譲渡の円滑な実施を妨げる要因にもなりうる。

③ 【3.1.4.04】<2>は、その提案要旨によれば、非金銭債権については、一般にそれほど頻繁に譲渡の対象とされることがないという認識に基づき行われた提案とのことであるが、譲渡される債権が純粹に金銭債権のみといえるかどうかの判断は困難であることが少なからず想定されうるし、金銭債権の譲渡に伴い、消費貸借契約等債権の発生原因となった契約上の条項に基づく諸権利（かかる諸権利には不作為請求権や報告書類等の交付請求権などの非金銭債権が含まれうると思う。）の一切も一体として譲渡される場合も少なくない。このような非金銭債権の譲渡を伴う金銭債権の譲渡につき、金銭債権の譲渡に係る対抗要件の具備に加えて、譲渡価格等が記載された債権譲渡契約書の写しの交付を行うことは、実務上到底考えられない。

④ 信託受益権のように、金銭債権か非金銭債権か明確に分類できない債権が存在するため、いずれの譲渡に係る第三者対抗要件を具備すべきかについて実務上の混乱が発生する。

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

3 また、中間論点整理におけるA案を採るとした場合には、【3.1.4.04】のように金銭債権か非金銭債権か否かに応じて異なる対抗要件が求められるとは限らず、債権譲渡登記制度を利用することができるか否かに応じて異なる対抗要件が求められることになるが、債権譲渡登記制度を利用することができない債権について譲渡契約書への確定日付の取得をもって第三者対抗要件とするのであれば、上記1において述べたような問題が存在することは異ならない。現時点においてはB案を採用する具体的な改正提案としては【3.1.4.04】<2>以外のものは見当たらないと思われるが、いずれにせよ、債務者をインフォメーション・センターとはしない新たな対抗要件を検討するに際しては、十分かつ慎重な検討がなされるべきであり、この点については、今後の議論の進展に対応し、検討の上、更なる提言を行う可能性がある。

4. 差押えの取扱い

<意見>

（上記のとおり現行の債権譲渡登記制度の問題点の克服や、通知・承諾制度から得られ

る利便性の維持が前提であるが、仮に) 債権譲渡の第三者対抗要件につき登記一元化を行う場合、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。

<理由>

1 中間論点整理では、債権譲渡と債権差押えが競合した場合における優劣に関する判例法理を条文上明確にするかどうかについて更に検討してはどうかとされているが、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、また、部会第7回会議等においても、この点については特に議論されていないと思われる。この点に関する具体的な改正提案としては基本方針【3.1.4.07】があり、同提案においては、金銭債権譲渡の第三者対抗要件につき登記一元化を行うことを前提とした上で、債権の差押えに関する登記は行わないとの提案がなされているが、登記一元化を行うにもかかわらず、登記により差押えの有無を確認できない制度となれば、金銭債権譲渡について公示機能を充実させた意義が少なからず没却される。

また、【3.1.4.07】(2) について、検討委員会は、債権差押えをしたとしても債権回収に成功するかどうか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して解説しているが(『詳解・債権法改正の基本方針Ⅲ－契約および債権一般(2)』(検討委員会編、商事法務)307頁)、不動産の競売開始決定に際して行われる嘱託登記の費用は差押債権者が負担していることとの均衡からすれば、差押えの登記をしないこととする決定的な要因とはならないと思われる。

2 よって、(上記のとおり現行の債権譲渡登記制度の問題点の克服や、通知・承諾制度から得られる利便性の維持が前提であるが、仮に) 債権譲渡の第三者対抗要件につき登記一元化を行う場合、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。

5. 契約上の地位の移転と債権譲渡の第三者対抗要件

<意見>

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

<理由>

- 1 上記「3. 債務者をインフォメーション・センターとはしない新たな対抗要件」1③と共通する問題であるが、金銭債権の譲渡については、例えば、シンジケートローン債権の譲渡は、契約上の地位の移転を伴うのが通常であるとの見方もある。また、開発型の不動産流動化や、船舶を用いた資金調達案件等において、建物や船舶に係る請負契約の注文者たる地位の移転とともに非金銭債権である目的物の引渡請求権が譲渡されることもある。
- 2 中間論点整理では、債権譲渡の対抗要件制度を見直す場合には、基本的な見直しの方向について、A案、B案及びC案を踏まえ更に検討してはどうかとされており、また、契約上の地位の移転に契約の相手方の承諾を必要としない場合の要件についてどのように規定するか、及び契約上の地位の移転の対抗要件の制度を創設するかどうかについて、更に検討してはどうかとされている。債権譲渡の第三者対抗要件についてA案及びB案（具体的には【3.1.4.04】）を採ることを前提とすれば、債権譲渡登記制度を利用することができる債権の譲渡に債権譲渡登記制度を利用することができない債権の譲渡及び契約の相手方の承諾を必要とする契約上の地位の移転を伴う場合には、これらにつき有効かつ第三者対抗要件の具備されたものとするためには、i) 契約上の地位の移転（及び債務引受け）の有効要件としての相手方の承諾、ii) 債権譲渡登記制度を利用することができる債権の譲渡の第三者対抗要件としての登記、iii) 債権譲渡登記制度を利用することができない債権の譲渡の第三者対抗要件としての契約書への確定日付の取得（さらに、契約上の地位の移転の対抗要件制度が創設される場合には、iv) 当該対抗要件の具備）という手続を履践する必要性が生じ、現在に比べて取引の当事者の負担が増加するほか、地位譲渡の先後及びこれに伴う債権譲渡の対抗要件の具備の先後によって、債権譲渡登記制度を利用することができる債権、債権譲渡登記制度を利用することができない債権及び債権以外の契約上の地位がそれぞれ異なる者に帰属してしまう可能性がある。
- 3 このような観点から、債権譲渡に係る対抗要件のあるべき姿を検討するに際しては、契約上の地位の移転の要件及び対抗要件制度についても考慮した上で、現行の制度の利便性が損なわれないよう、十分かつ慎重な検討がなされるべきである。

6. 債権譲渡の第三者対抗要件としての事前承諾の有効性

<意見>

債権譲渡の第三者対抗要件である債務者の承諾について、事前の承諾を有効と解すべき場合について明確にすべきである。

<理由>

- 1 現行法上は、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）の有効性には議論があり得るところである。他方、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、承諾の効力を否定すべきことには必ずしもならず、事前承諾でも有効となる場合があると考えられ、現に、そのような議論もなされてきたところである⁵。

2 もっとも、いかなる場合であれば、事前承諾の有効性を肯定することができるかという基準を示した裁判例は未だ存在せず、どの範囲で事前承諾の有効性が肯定されるか不明確な状態にある。（中間論点整理では論点として取り上げられていないが）いかなる場合に事前承諾を第三者対抗要件として有効と解することができるか（それを条文上明確化することができるか）についても、論点として明示的に取り上げるべきである。

3 なお、上記1のとおり、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、少なくとも、債務者が譲渡を認識し、これを第三者に公示できる程度の事実を認識できるのであれば（すなわち、債務者が、譲渡がいつ生じるかを（確定的に）認識でき、（改めて譲渡の事実を確認せずとも）譲渡対象債権及び譲受人並びに譲渡の事実を特定できるのであれば）、事前承諾も第三者対抗要件として有効と解してよいと考えられる⁶。

さらに、実務的には、債権譲渡の効力発生と資金の提供は同時履行としたいが、対抗要件具備については技術的な事項となるため、事前に具備を確認したい、というニーズが存在しており、どのような場合に事前承諾が有効と認められ、どのような場合に無効であるのか、債権法改正に際し、更に議論がされることが望ましいと考えられる。例えば、流動化取引との関係では、信託受益権の譲渡に際し、信託受益権譲渡契約は事前に締結し、但し、譲渡の効力発生日は資金決済がなされる日（クロージング日）とし、かつ、かかる譲渡の効力発生については、クロージング日までに、対抗要件具備に関する受託者の承諾が得られていること等、一定の停止条件が付されることがある。かかる状況下、最高裁平成13年11月27日民集55巻5号1090頁^{7/8}を念頭に、受託者の確定日付ある承諾はクロージング日に取得する、という取扱いがとられることも多い。しかしな

⁵ 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附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）

⁶ 例えば、債権譲渡型のクレジットカード取引では、①加盟店の会員に対する代金債権をカード会社が譲り受け、②カード会社は加盟店に対して前記①の債権譲渡の対価として代金相当額を支払い、③カード会社は会員に対して前記①の債権譲渡により譲り受けた代金債権を行使することが予定されているところ、クレジットカードの会員規約には、上記①の債権譲渡について会員があらかじめ承諾する旨の文言が記載されているのが通常である。かかる事例においては、会員は、加盟店でクレジットカードを使用した場合に生ずる加盟店の自己に対する代金債権がクレジットカード会社に譲渡されることについて第三者に公示できる程度に確定的に認識しているということができ、会員の会員規約による上記①の債権譲渡に対する事前承諾は有効と解してよいと考える。

⁷ 厳密には、信託受益権の譲渡の対抗要件は信託法第94条で定められており、信託法の問題ではあるが、信託法第94条は民法第467条を参考に制定されており、また、旧信託法下では旧信託法に信託受益権の譲渡の対抗要件に関する条文が置かれていなかったため、民法第467条の対抗要件制度が適用されているとの議論を行っていた。そのため、民法第467条の定める対抗要件としての承諾に関して事前承諾の有効性を肯定することは、信託受益権の譲渡の対抗要件としての承諾に関する解釈論ないし立法論にも影響を及ぼすことになるため、流動化・証券化の文脈で実務上問題になることが多い信託受益権の譲渡の例を取り上げている。

⁸ 債権譲渡予約に対する確定日付ある承諾について、未だ予約に過ぎない以上債務者に譲渡事実の認識がないことを理由に第三者対抗要件としての効力が否定された事例。

がら、実務的には、停止条件は付されているものの原則としてクロージング日に譲渡がなされることが想定されており、かつ、受託者としても譲渡がなされたか否か認識可能な状況であるが、その場合でも事前承諾として無効になるのか、或いは停止条件付譲渡の場合と解除条件付譲渡で差異があるのか等、明確にすべき論点が残っている。

第5 債務者の抗弁

民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理

第13 債権譲渡

3 異議をとどめない承諾（民法第468条）には、単に譲渡がされたことの認識の通知をすることにより抗弁の切断という重大な効果が認められる根拠が必ずしも明確ではなく、また、債務者にとって予期しない効果が生ずるおそれがあるなどの問題があることから、この制度を廃止する方向で、更に検討してはどうか。

この制度を廃止する場合には、抗弁の切断は、基本的に抗弁を放棄するという意思表示の一般的な規律に従うことになるため、これに対する特則の要否を含めて、どのように規律の明確化を図るかが問題となる。この点について、譲受人が抗弁の存在について悪意の場合にも抗弁が切断されることになるため、特に包括的に抗弁を放棄する旨の意思表示により債務者が不利益を受けるおそれがあるとの指摘に留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、その場合における特則として、債務者が一方的に不利益を被ることを防止する観点から、例えば、書面によらない抗弁の放棄の意思表示を無効とする旨の規定の要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第1, 4[27頁], 同(関連論点)[29頁]】

1. 意思表示による抗弁放棄の制度への変更

<意見>

仮に、今回の債権法改正により、異議なき承諾の制度を廃止し、意思表示による制度による改正をすることにする場合でも、包括的な抗弁切断効を維持するため、対象となる債権を特定⁹した上で、抗弁放棄の意思表示をしたときは、譲渡人に対抗することができた事由（債務者が個別の事由を特定して抗弁放棄の意思表示をしたときは当該事由に限る。）¹⁰があっても、これをもって譲受人に対抗することができないという方向で改正すべきである。

また、かかる改正に際しては、譲受人の主観的要件は追加すべきではない。

なお、異議なき承諾の制度を廃止する場合、従前、認められてきた意思表示による包括

⁹ 債権の特定に言及したのは、異議なき承諾の制度においては、「前条の承諾」、すなわち、対抗要件としての承諾で対象となる債権を特定していることを反映したものである。特定の程度については、債権譲渡の有効性を肯定できる程度の特定性があれば足りると考える（債権譲渡が有効となる範囲と、抗弁放棄が認められる範囲とを一致させる必要があるため）。

¹⁰ 括弧書は、包括的な抗弁放棄も可能であることを明確にする趣旨である。

的抗弁放棄が認められることが前提であり、従前のかかる解釈に影響・限定を加えるような改正を行う場合には、異議なき承諾を廃止すべきではない。

<理由>

第1 観念の通知について

1 中間論点整理では、異議なき承諾の制度を廃止する方向で検討を進めることが提案されている。異議なき承諾の制度は、観念の通知に過ぎないと一般に解釈される対抗要件としての承諾（民法第467条の承諾）に、抗弁切断の効果までを持たせるものであるため、第三債務者が抗弁の放棄を意図せずに承諾をしたにとどまる（単に、債権譲渡があったという事実を認識した旨を譲渡人又は譲受人に対して通知したにとどまる）場合であっても、積極的に抗弁を留保する旨の意思表示を別途行わなければ、包括的な抗弁切断の効果が生じてしまう。観念の通知に過ぎない承諾に抗弁切断という重い効果を持たせることのできる理論的な根拠は、必ずしも明確ではなく、学説上の争いもあるところであり、その合理性についての行為の性質の側面からの問題意識は理解できるところである。

2 しかし、仮に、異議なき承諾の制度を抗弁放棄の意思表示によって規律する制度としたとしても、包括的な抗弁放棄の有効性が認められることが前提であり、かかる意思表示に特段の特則を設ける必要はないと考えられる（下記第2ないし第4参照）。また、現民法第468条第1項そのものを削除することには反対であり、現民法第468条第1項そのものを削除するのではなく、観念の通知としての承諾ではなく、意思表示により抗弁の放棄を行う制度へと変更するにとどめ、かつ、包括的な抗弁放棄・個別的な抗弁放棄のいずれも可能であることを明確にすべきである。

まず、現民法下においても、異議なき承諾の制度によらず、第三債務者が自らの意思表示により包括的に又は個別的に抗弁を放棄することは、当然可能であると考えられるが、現民法下では異議なき承諾の制度が存在するが故に、意思表示による抗弁放棄の明文の規定は存在しなかった。国民に分かりやすい民法という観点からは、異議なき承諾の制度を廃止する場合、意思表示による抗弁放棄が可能なことを民法上明確にするべきである。

3 したがって、現行民法第468条第1項を改正することになったとしても、包括的な抗弁切断効を発生させることを明確化するため、意見記載の方向で改正すべきである。

4 なお、異議なき承諾の制度を廃止する場合、このように、従前、認められてきた意思表示による包括的抗弁放棄が認められることが前提であり、従前のかかる解釈に影響・限定を加えるような改正を行う場合には、異議なき承諾を廃止すべきではない

第2 譲受人の主観的要件について

- 1 中間論点整理では、「譲受人が抗弁の存在について悪意の場合にも抗弁が切断されることになるため、特に包括的に抗弁を放棄する旨の意思表示により債務者が不利益を受けるおそれがあるとの指摘に留意しつつ、更に検討してはどうか」との問題提起がなされている。部会における議論では、異議なき承諾の制度を廃止し、意思表示の一般的な規律に従うこととする場合、かえって抗弁放棄が認められる範囲が広がってしまい、第三債務者の保護が十分ではないとの意見も出されているところである。
- 2 しかしながら、現民法下においても、第三債務者が異議なき承諾によらず、意思表示により自らの抗弁を放棄することは当然、可能であり、その場合には、かかる抗弁放棄が第三債務者の意思表示によるものである以上、譲受人の主観的要件は問題とならないものと考えられる。そのため、現民法第468条第1項を改正し、抗弁放棄の制度を異議なき承諾の制度から意思表示による制度に変更する場合、抗弁切断の要件として第三債務者の意思表示に加え、譲受人の主観的要件を設けることは、現民法における以上に第三債務者を保護する法制へと変更することを意味するが、債権譲渡時の抗弁放棄の場面でだけ第三債務者保護を（現民法より）厚くする必要性は見当たらない。

また、現民法第468条第1項においては、異議なき承諾について譲受人の主観的要件は明記されていない。現行法上、異議なき承諾により抗弁が切断されるための要件として、譲受人の主観的要件を要するとするのは、最判昭和42年10月27日民集21巻8号2161頁をはじめとする判例法理によるものであるが、判例は、異議なき承諾に抗弁切断効が認められる根拠について「債権譲受人の利益を保護し、一般債権取引の安全を保証するため法律が附与した法律上の効果」であるとした上で、譲受人の主観的要件が必要であると述べている。かかる判例の立場は、異議なき承諾の法的性質について、意思表示ではなく観念の通知であることを前提とした上で、意思表示ではない単なる観念の通知により包括的な抗弁切断の効果が生じることの法的根拠を説明するための理論として、「債権譲受人の利益を保護し、一般債権取引の安全を保証するため法律が附与した法律上の効果」と説明し、かかる特別な法律上の効果を得るためには、譲受人は善意でなければならないと議論していると考えられる¹¹（なお、学説上は公信力説が有力であり、意思表示ではない単なる観念の通知により包括的な抗弁切断の効果が生じることの根拠を公信力に求めるが故に、譲受人の善意（ないし善意無過失）という条文にない主観的要件を追加している。）。したがって抗弁放棄の意思表示によって抗弁切断が可能であることを明確化する場合、抗弁切断効の発生根拠は債務者の意思表示そのものである以上、譲受人の主観的要件は、当然、論理的に不要となるはずである。

- 3 なお、第三債務者保護の観点から、譲受人が悪意の場合は、抗弁切断の効果を否定

¹¹ 池田真朗『債権譲渡の研究（増補二版）』（弘文堂）346頁

すべきであるという議論も考えられるところではあるが、個別の抗弁を特定して第三債務者が抗弁放棄の意思表示を行った場合に、譲受人が当該抗弁の存在を認識していたからといって、抗弁放棄の意思表示が効力を生じないとするのは如何にも不合理である¹²。たとえば、譲受人と第三債務者が、第三債務者の譲渡人に対する反対債権の存在を十分に認識しつつ、譲受人に譲渡された債権との相殺については、第三債務者はこれを主張しないという趣旨で、第三債務者が譲受人に対して、当該相殺の抗弁の放棄の意思表示をした場合に、その効果を（譲受人が悪意であるという理由で）否定するのは、あまりにも第三債務者保護に偏った議論ではないかと思われる。意思表示自体に瑕疵がある場合には、錯誤その他の意思表示一般の有効性に関する制度の適用で解決すべきであって、意思表示自体に瑕疵がないにもかかわらず、意思表示の受領者の主観によって意思表示の効力を否定することは、理論的ではないばかりか、当事者間の均衡を失し、また、第三債務者にとっても、自らの意思表示の効力が譲受人という第三者の主観によって左右される点で不安定となり、必ずしも第三債務者の保護に資するわけではない。

4 結局のところ、この問題は、異議なき承諾の制度を廃止し、意思表示の規律に従うこととする場合に、抗弁放棄の意思表示についてだけ特則を設ける必要があるかという問題であるが、（第三債務者の保護を主張する見解は第三債務者の利益を抽象的に主張する意見が多く）錯誤等の意思表示の瑕疵に関する制度による保護では不十分なのか、具体的にどのような場面で錯誤等の意思表示の瑕疵に関する制度を超えて、抗弁放棄の意思表示のみを特別に保護する必要があるのかという具体的な議論が不足しているように思われる。

5 以上の次第であり、現民法第 468 条第 1 項を改正し、抗弁切断の制度を意思表示による制度に変更するにあたっては、譲受人の主観的要件を追加すべきではない。

第3 包括的抗弁放棄の可否について—上記第1の補足—

1 上記第1のとおり、民法第 468 条第 1 項を削除するのではなく、同項第一文を一部修正するととどめるべきであると考え、特に包括的抗弁放棄の可否の点について、以下補足する。

中間論点整理において論点として取り上げられている点は、抗弁切断効果の発生要件を、観念の通知とするか、意思表示とするかという点だけであり、抗弁切断の効果として、包括的な抗弁切断効が認められるか否かという点については、論点として取り上げられていない。

この点、中間論点整理で「これに対する特則の要否を含めて」、「特に包括的に抗弁を放棄する旨の意思表示により債務者が不利益を受けるおそれがあるとの指摘に留意

¹² 理論的にも、抗弁切断効を抗弁放棄の意思表示によると考える場合は、譲受人の善意・悪意は問題とならないはずである。たとえば、西村信雄編『注釈民法（11）債権（2）』（有斐閣）392頁では、「債務承認説や抗弁放棄説では譲受人の善意・悪意は問題にならない」とされている。

し」とあることから、意思表示とした場合に包括的抗弁放棄を制限する特則を置く必要性があるか念のため述べる。

まず、現民法第 468 条第 1 項では異議なき承諾に包括的抗弁放棄という効果が生じるが、現民法の問題点は、上記第 1 の 1 で述べたとおり、あくまで観念の通知に過ぎない対抗要件としての承諾に抗弁切断の効果までも乗せてしまっている点にある。意思表示により、包括的な抗弁切断効を発生させること自体については、現状、特段異論はないものと思われる¹³。

現民法第 468 条第 1 項を改正し、抗弁放棄の制度を異議なき承諾の制度から意思表示による制度に変更する場合、意思表示である以上、理論的には、当然、個別的抗弁放棄も包括的抗弁放棄も認められることになる。

- 2 この点、抗弁放棄の要件を、観念の通知から、意思表示へと変更した場合、結果として、包括的抗弁放棄が認められ、かつ、譲受人が悪意であっても抗弁放棄の効果が認められること（上記第 2 参照）から、現民法よりも第三債務者の保護に反するのではないか、よって悪意者排除としない場合、包括的抗弁放棄を認めない特則を置くべきである、という主張も考えられないではない。しかし、上記第 1、第 2 でも述べたとおり、現民法においても、このような意思表示による包括的抗弁放棄は認められている（譲受人が悪意の場合でも）と考えられ、意思表示による抗弁放棄の制度へと変更することが、現民法に比べて、特段、第三債務者の保護に反するという訳ではないと考える。
- 3 また、政策的な議論として包括的抗弁放棄を認めるか否かは、個別の抗弁放棄では列挙しきれないリスク、第三債務者も譲受人も譲渡承諾時点では認識できていない抗弁が存在するリスクがある場合、そのようなリスクは第三債務者か譲受人かいずれが負担することが妥当か、という議論になるものと思われる。この点、本来的には、抗弁の有無については債権債務の当事者である第三債務者がより知悉している事情であり、譲受人は単に新たに債権を譲り受ける者になるに過ぎず、契約書以外の事情については調査のしようのないことも多い（例えば、契約締結後に、債務者が債権者から口頭での支払猶与を得ていた場合、当該債務者が債権譲受人に対して、当該抗弁を伝えるべきであろう。）。仮に一定の場合において、弱い立場の第三債務者を保護する必要性がある場合があるとしても、通常の意味表示の議論を超えて一般的に第三債務者を保護すべき必要があるのか、包括的抗弁を認めないとするとあらゆる抗弁を列挙して特定することを要求され、債権の流通性を害することになるが、一般的にそのような手間を要求するのか等、慎重に議論する必要性があるように思われる。
- 4 いずれにせよ、仮に、包括的な抗弁切断効という効果論についても改正を要すると

¹³ たとえば、池田真朗「3 民法 467 条・民法 468 条」『民法点の百年Ⅲ』（広中俊雄ほか編、有斐閣）150 頁では、「四六八条一項の、債務者が異議をとどめない承諾ですべての抗弁を喪失するという規定は、異議をとどめない承諾を新債務の承認とか抗弁の放棄の意思表示とみれば当然のことであるが、債権譲渡の譲渡の事実を認識しただけでそうなるというのであれば、いささか異例の規定となる。」とされている。

の見解があるとするれば、効果論として包括的な抗弁切断効を認めるべきかという点についても、要件論としての意思表示による制度に変更するかどうかという点とは別の論点として明示した上で、部会における議論を行い、また、広く国民の意見を問う機会を設けるべきである。

第4 抗弁放棄の意思表示を要式行為とする点について

- 1 中間論点整理では「特則として、債務者が一方的に不利益を被ることを防止する観点から、例えば、書面によらない抗弁の放棄の意思表示を無効とする旨の規定の要否について、更に検討してはどうか。」との問題提起がなされている。
- 2 検討事項 192 頁では、「抗弁の切断は、債務者にとって自己の利益を一方的に喪失するものであることから、それをもたらす抗弁の放棄の意思表示は、書面による必要があるものとするべきであるという改正提言がされている（参考資料 1[検討委員会試案]・223 頁）。この点については、現行民法上、要式行為とされているものは、数は少ないが、保証を慎重ならしめるために、保証契約は書面でしなければその効力を生じないとされている（民法第 466 条第 2 項参照）ことが例として挙げられている。」と説明されている。
- 3 もっとも、例えば、債務免除は、債権者が自己の利益を一方的に喪失するものであるが、要式性は求められていないことからすると、抗弁放棄についてのみ、特則を設けて要式性を求める必要性は乏しいように思われる。保証契約においては、保証人は、新たな債務を負担するのに対し、抗弁放棄の意思表示は、もともと負担していた債務についての抗弁を放棄するのみに過ぎず、債務者の負担について、保証契約と同視できる程度のものかという点についても疑問が残る。
- 4 そのため、抗弁放棄の意思表示を要式行為化することについては、積極的に反対するものではないものの、実務においては、既に現在でも「異議なく承諾する」旨明記した（その意味で、抗弁を放棄する旨の意思が表示されていると評価することも可能ではある）書面により抗弁切断の効果をj得ているのは一般的ではないかと思われ、要式行為化することが第三債務者の保護に本当につながるのかという点も含め、慎重に議論を進めて頂くことをお願いしたい。

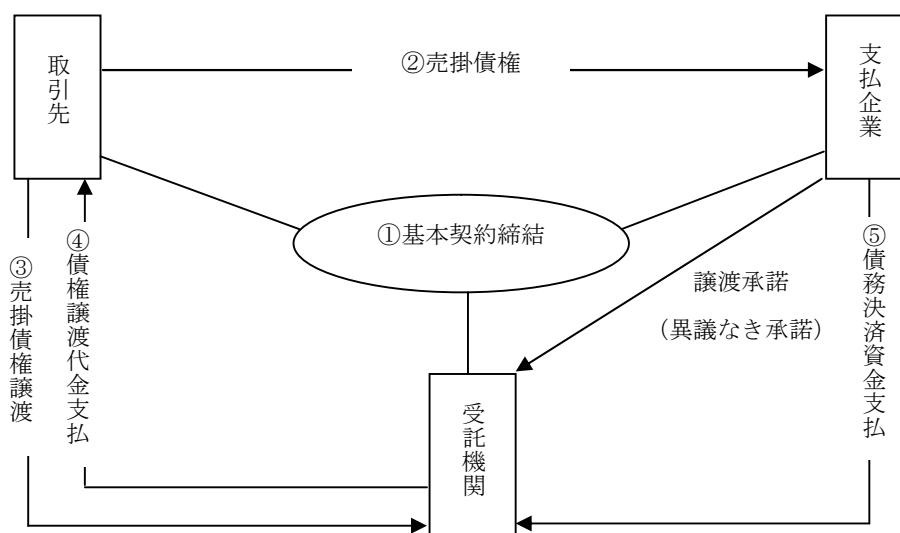
第5 参考情報－異議なき承諾の活用例－

- 1 異議なき承諾による抗弁切断効は、現在、金融実務において、幅広く利用がされており、その中には異議なき承諾による包括的な抗弁切断の効果が仕組み上必要不可欠となっている取引があるため、現民法第 468 条第 1 項の改正を検討するにあたっては、かかる実務への影響も考慮に入れて議論を進めて頂きたい。以下、簡単に説明する。
- 2 まず、一括決済（下記図表参照）の実務においては、決済システムの安定性を確保するため、納入企業（債権者）と支払企業（第三債務者）との間の取引関係から生じ

る抗弁を全て遮断し、一括決済による決済金額を明確化するため、異議なき承諾による包括的な抗弁切断の効果が仕組み上必要不可欠な要素となっている。一括決済においては、債務者である支払企業の一括決済の便宜のために、抗弁切断効が有効活用されており、異議なき承諾が第三債務者の便宜のために使用されていると理解することができる。

- 3 また、中小企業が大企業に対して債権を有している場合に、かかる貸倒れリスクの少ない債権を流動化して、中小企業が有利な資金調達を達成するために、異議なき承諾が利用される例がある。この場合にも、債権の安定的な流動化のためには、包括的な抗弁切断がされることが必要不可欠であり、抗弁切断が包括的にされることに疑義が生じる場合には、中小企業が有する優良債権の流動化が滞る可能性がある。

一括決済の基本的な仕組み例



民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理

第14 証券的債権に関する規定

2 有価証券に関する規定の要否（民法第469条から第473条まで）

有価証券とは区別される意味での証券的債権に関する独自の規定を置かない方向で規定の整理をする場合（前記1参照）には、民法第470条から第473条までが実際に有価証券との関係で機能しているという見解があることを踏まえ、これらを有価証券に関する規定として改める方向で、更に検討してはどうか。その上で、有価証券に関する通則的な規定が民法と商法に分散して置かれることによる規定の分かりにくさを解消することが検討課題となるところ、学校法人債、医療法人債や受益証券発行信託のように、商事証券として整理できない証券が発行されるようになっていくという現状等を踏まえて、有価証券に関する通則的な規定群を一本化した上でこれを民法に置くという考え方が示されている。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第2, 2[39頁]】

3 有価証券に関する通則的な規定の内容

仮に有価証券に関する通則的な規定群を民法に置くこととする場合（前記2参照）における具体的な規定の内容として、まず、有価証券の定義規定を設けるかどうかの問題となる。この点については、有価証券が、経済活動の慣行の中で生成し変化していくものであること、現在の法制度上も、有価証券に関する一般的な定義規定が置かれていないこと等を踏まえ、定義規定は設けないものとする方向で、更に検討してはどうか。

また、有価証券を指図証券と持参人払証券とに分類した上で、規定を整理することとし、具体的には、①有価証券に関する通則的な規定の適用対象となる有価証券の範囲（記名証券に関する規定の要否を含む。）に関する規定、②有価証券の譲渡の要件に関する規定、③有価証券の善意取得に関する規定（裏書が連続している証券の占有者に形式的資格が認められることの意義の明確化、善意取得が認められる範囲、裏書の連続の有無に関する判断基準を含む。）、④有価証券の債務者の抗弁の切断に関する規定（抗弁の切断のための譲受人の主観的要件を含む。）、⑤有価証券の債務の履行に関する規定（指図証券の債務者の注意義務の内容、持参人払証券の債務者の注意義務の内容、支払免責が認められるための主観的要件を含む。）、⑥有価証券の紛失時の処理に関する規定（記名証券に公示催告手続を認める必要性、公示催告手続の対象となる有価証券の範囲を含む。）に関する規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第2, 3(1)から(6)まで、それらの（関連論点）[42頁から54頁まで]】

2. 振替社債等と抗弁の切断

(本1.については、債権法改正に直接関係する事項ではないものの密接に関連する特別法に関する要望である。)

<意見>

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

<理由>

- 1 中間論点整理では、有価証券とは区別される意味での証券的債権に関する独自の規定を置かない方向で規定の整理をする場合には、民法第470条から第473条までが実際に有価証券との関係で機能しているという見解があることを踏まえ、これらを有価証券に関する規定として改める方向で検討されている。そして、有価証券の債務者の抗弁の切断に関する規定については、①証書に記載した事項及び②証書の性質から当然に生ずる結果以外の抗弁を善意の譲受人に対して主張することができないという現行民法第472条の考え方を維持すべきであるという考え方が提示されており、また、抗弁の切断のための譲受人の主観的要件については、手形法等の規定とその解釈を受け継いだ規定を設けるべきであるという考え方が提示されている。
- 2 しかし、振替社債等は券面が発行されないため、(本来ペーパーレス化してその流通性を高めることを目指したはずであるのに)有価証券に該当せず(現行法上も、指図証券、持参人払証券のいずれにも該当しないと解される)、振替社債等には上記の特則は適用されず、社債、株式等の振替に関する法律に1に記載されたような抗弁切断の特則がないことから、振替社債等の譲受人は、債務者が抗弁を放棄しない限りは、抗弁を対抗される可能性がある。
- 3 この点、振替社債等をはじめとする、流通性を高めるために代替可能なものとして構成された金銭債権について、これらの証券と同様の流通の安全が保護されるべきであるのは論を待たない。
- 4 よって、民法又は特別法においてこの点の手当てがされるべきであるが、まずは、社債、株式等の振替に関する法律に基づく振替社債等のうち、金銭債権としての性質を有するものについては、上記1と同様の規律、すなわち、所持人が債務者を害することを知って振替社債等を取得した場合を除き、①振替社債等に記載又は記録した事項及び②振替社債等の性質から当然に生じる結果を除き、振替社債等の所持人に対して人的抗弁を対抗できないとする規定を同法に設けることが早急に検討されるべきである。

第6 契約上の地位の移転

民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理

第16 契約上の地位の移転（譲渡）

1 総論（契約上の地位の移転（譲渡）に関する規定の要否）

民法には契約上の地位の移転（譲渡）に関する規定が設けられていないが、これが可能であることについては、判例・学説上、異論がないと言われていることから、その要件・効果等を明確にするために明文の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第4, 1 [67頁]】

2 契約上の地位の移転の要件

契約上の地位の移転は、譲渡人、譲受人及び契約の相手方の三者間の合意がある場合だけではなく、譲渡人及び譲受人の合意がある場合にも認められ得るが、後者の場合には、原則として契約の相手方の承諾が必要とされている。しかし、例外的に契約の相手方の承諾を必要としない場合があることから、契約の相手方の承諾を必要としない場合の要件を具体的にどのように規定するかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第4, 2 [70頁]】

1. 契約上の地位の移転の効力要件としての事前承諾¹⁴

<意見>

今回の債権法改正において、契約上の地位の移転の効力要件に関する条文を設けるに際しては、契約の性質上、相手方の承諾無く契約上の地位（又は契約上の各条項の効力）を移転することが可能な類型の検討に加え、効力要件のうちの一つである契約の相手方の承諾について、事前の承諾¹⁵¹⁶も認められることを明確にすべきである。

<理由>

第1 議論の必要性

中間論点整理では、契約上の地位の移転の要件を明確にするために明文の規定を設けるか否かが議論の対象とされている。ところが、公開されている部会の議事録によると、契約上の地位の移転の要件と考えられている契約の相手方の承諾について、これが事前承諾で足りるか、又は、事後承諾であることを要するかについての議論はこれまでになされておらず、中間論点整理でも取り上げられていない。そのため、この点について、

¹⁵ なお、ここでは契約上の地位の移転の「効力要件」としての事前承諾を意見の対象とする。債権譲渡の「対抗要件」としての事前承諾の有効性については、上記[第4の6]で別途意見を述べる。

¹⁶ 譲渡対象となる契約に事前承諾の条項を設けることも含まれるが、当該条項において譲渡手続（事前又は事後の契約相手方への通知など）が定められた場合は、事前承諾に停止条件が付されたものと理解する。

十分な議論が行われる必要がある。

第2 効力発生要件としての事前承諾の有効性

この点についての現行法上の議論は大要下記1ないし4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事前承諾の有効性を否定する理由は乏しい。

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

- 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¹⁷。
- 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¹⁸、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¹⁹。
- 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^{20/21/22}。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

¹⁷ 我妻栄『新訂 債権総論』(岩波書店) 580頁。

¹⁸ 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。

¹⁹ 我妻・前掲(注9) 581頁。また、傍論であるが、最判昭和30年9月29日民集9巻10号1472頁。

²⁰ 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。

²¹ 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。

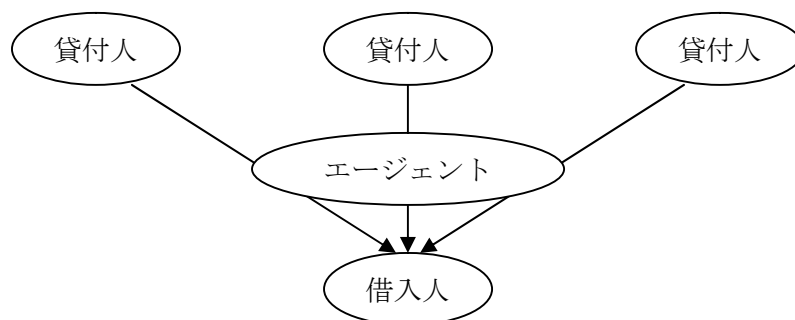
²² 債権譲渡の第三者対抗要件としての承諾に関しては、事前承諾の有効性について議論がなされており(金融法委員会

場合には債権者の承諾が必要であるが²³、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²⁴。

- 4 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、事前承諾の有効性を認めてよいと考えられる²⁵。

第3 参考情報—事前承諾が用いられている場面の例—

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

「債権譲渡の第三者対抗要件としての確定日附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)、一定の参考になると考えられる。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うるのに対し、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と評価しやすくと考えられることから、事前承諾の効力を否定すべき必要性は低いと考えることができる。なお、債権譲渡の債務者対抗要件としての承諾に関しては、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・前掲(注9)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(ただし、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)。

²³ 我妻・前掲(注9)568頁。

²⁴ 我妻・前掲(注9)569頁。

²⁵ もっとも、事前承諾にも、例えば、契約上の地位の移転の対象となる契約において契約相手方が移転先や移転の時期を何ら特定せずに包括的になされる承諾から、契約上の地位の移転の直前の時点で移転先を特定した形で個別になされる承諾まで、様々な態様のものがあると考えられ、一律に事前承諾の有効性を認めることには問題があるとの考え方もあるだろう(事前承諾の債務者対抗要件や第三者対抗要件としての効力については、一定の場合に限って有効とする見解がある。道垣内・前掲(注14)18頁参照)。しかしながら、この点は、立法としては、契約上の地位の移転として求められる債務者の承諾として事前承諾も有効であることを一般的に認めた上で、個々の事案において、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で足りると思われる。

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

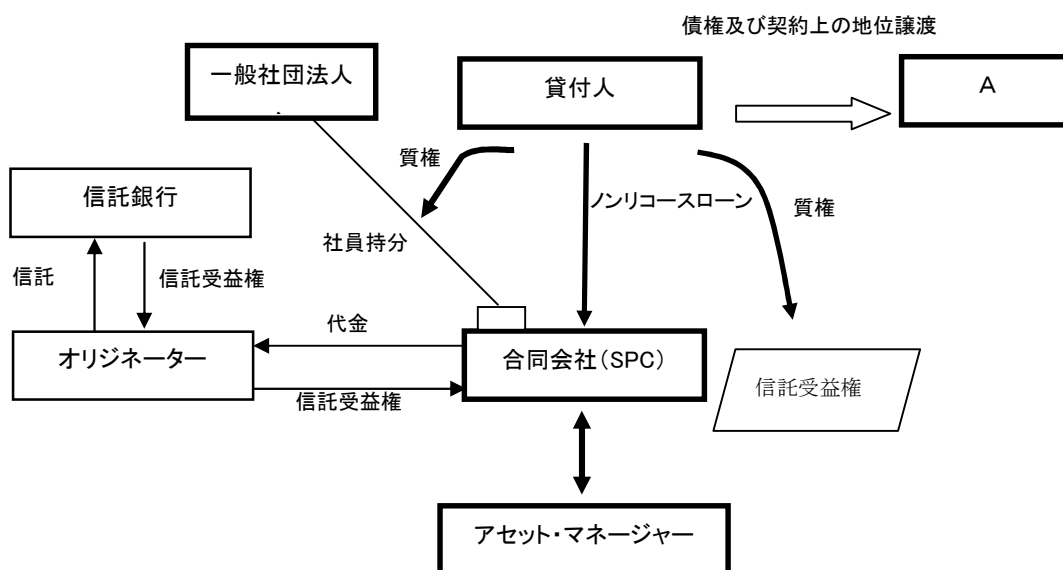
- ③ 借入人の責任財産限定条項など、借入人の抗弁を構成する条項
- ④ 貸付人の表明保証条項、倒産申立権放棄特約、守秘義務条項など、貸付人の債務・責任の内容を構成する条項
- ⑤ 貸付人間関係を規律する条項（意思結集のための条項など）やエージェントと貸付人の関係を規律する条項

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、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シンジケートローンの仕組みを維持する上で不可欠である。また、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ことに加えて、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。

そこで、シンジケートローン契約上において、各貸付人がその有する貸付債権を譲渡する場合には、(i) 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、(ii) かかる譲渡につき、借入人は予め承諾することを明記することが行われている。

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。

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²⁶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²⁷

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²⁸、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、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

²⁶ 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。

²⁷ 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。

²⁸ 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。

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順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。

第7 保証

民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理

第12 保証債務

1 保証債務の成立

（1）主債務者と保証人との間の契約による保証債務の成立

債権者と保証人との間の契約（保証契約）のほか、主債務者と保証人との間の契約（保証引受契約）によっても、保証債務が成立することを認めるものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 2（1）[42頁]】

（2）保証契約締結の際における保証人保護の方策

保証は、不動産等の物的担保の対象となる財産を持たない債務者が自己の信用を補う手段として、実務上重要な意義を有しているが、他方で、個人の保証人が想定外の多額の保証債務の履行を求められ、生活の破綻に追い込まれるような事例が後を絶たないこともあって、より一層の保証人保護の拡充を求める意見がある。このような事情を踏まえ、保証契約締結の際における保証人保護を拡充する観点から、保証契約締結の際に、債権者に対して、保証人がその知識や経験に照らして保証の意味を理解するのに十分な説明をすることを義務付けたり、主債務者の資力に関する情報を保証人に提供することを義務付けたりするなどの方策を採用するかどうかについて、保証に限られない一般的な説明義務や情報提供義務（後記第23, 2）との関係や、主債務者の信用情報に関する債権者の守秘義務などにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、より具体的な提案として、一定額を超える保証契約の締結には保証人に対して説明した内容を公正証書に残すことや、保証契約書における一定の重要部分について保証人による手書きを要求すること、過大な保証の禁止を導入すること、事業者である債権者が上記の説明義務等に違反した場合において保証人が個人であるときは、保証人に取消権を与えることなどの方策が示されていることから、これらの方策の当否についても、検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 2（2）[44頁]】

（3）保証契約締結後の保証人保護の在り方

保証契約締結後の保証人保護を拡充する観点から、債権者に対して主債務者の返済状況を保証人に通知する義務を負わせたり、分割払の約定がある主債務について期限の利益を喪失させる場合には保証人にも期限の利益を維持する機会を与えたりするなどの方策を採用するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 2（2）（関連論点）[46頁]】

3 保証人の抗弁等

(1) 保証人固有の抗弁-催告・検索の抗弁

イ 適時執行義務

民法第455条は、催告の抗弁又は検索の抗弁を行使された債権者が催告又は執行をすることを怠ったために主債務者から全部の弁済を得られなかった場合には、保証人は、債権者が直ちに催告又は執行をすれば弁済を得ることができた限度において、その義務を免れることを規定する。この規定について、その趣旨を拡張して、債権者が主債務者の財産に対して適時に執行をすることを怠ったために主債務者からの弁済額が減少した場合一般に適用される規定に改めるかどうか、更に検討してはどうか。

また、仮に適時執行義務に関する規定を設ける場合には、これが連帯保証にも適用されるものとするかどうかについても、検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 4(1)イ[48頁]】

7 根保証

(1) 規定の適用範囲の拡大

根保証に関しては、平成16年の民法改正により、主たる債務の範囲に金銭の貸渡し又は手形の割引を受けることによって負担する債務(貸金等債務)が含まれるもの(貸金等根保証契約)を対象を限定しつつ、保証人が予想を超える過大な責任を負わないようにするための規定が新設された(同法第465条の2から第465条の5まで)が、保証人保護を拡充する観点から、主たる債務の範囲に貸金等債務が含まれない根保証にまで、平成16年改正で新設された規定の適用範囲を広げるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 8[65頁]】

(2) 根保証に関する規律の明確化

根保証に関して、いわゆる特別解約権を明文化するかどうかについて、更に検討してはどうか。また、根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求が認められるかどうかや、元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合に保証債務が随伴するかどうかなどについて、検討してはどうか。

このほか、身元保証に関する法律の見直しについても、根保証に関する規定の見直しと併せて、検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 8[65頁]】

8 その他

(1) 主債務の種別等による保証契約の制限

主債務者が消費者である場合における個人の保証や、主債務者が事業者である場合における経営者以外の第三者の保証などを対象として、その保証契約を無効とすべきであるとする提案については、実務上有用なものまで過剰に規制することとな

るおそれや、無効とすべき保証契約の範囲を適切に画することができるかどうかなどの観点に留意しつつ、検討してはどうか。

1. 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、根抵当権と同様、随伴性を否定する旨の明文の規定を設けるとともに、根保証について、法定の元本確定事由として、根抵当権と同様、債権者の元本確定請求を明文で規定するべきである。

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 中間論点整理では、根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求が認められるかどうかや、元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合に保証債務が随伴するかどうかなどについて、検討してはどうかとされている。
- 2 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、結論は明確ではない。履行請求を否定する見解は、根保証を根抵当権に近づけて考え、元本が確定するまでは具体的な保証債務は発生せず、確定前の履行請求はできないとする²⁹。これに対し、履行請求を肯定する見解は、根保証は根抵当権とは根本的に異なる根担保であると理解し、根保証は単なる個別保証の束にすぎず、元本確定前でも具体的な保証債務が随時発生し、履行請求ができるとする³⁰。

また、根保証の随伴性の論点についても、履行請求の論点と同様、根保証の本質論を背景として、履行請求を肯定する見解³¹・否定する見解³²が存在し、その結論は明確ではない。

²⁹ 我妻・前掲(注9)475頁、松本恒雄「根保証の内容と効力」加藤一郎ほか編『担保法大系第5巻』(金融財政事情研究会)242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』8頁(ただし極度額の定めのない根保証の場合)、椿寿夫「保証における法人保証・法人根保証の役割—出発点と経緯の概要—」『法人保証・法人根保証の法理』(椿寿夫ほか編、商事法務)31頁。

³⁰ 西村信雄『継続的保証の研究』(有斐閣)81頁、山野目章夫「根保証の元本確定前における保証人に対する履行請求の可否」金法1745号11頁。

³¹ 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回会議事録)。

³² 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」判タ1214号70頁、能見・前掲(注25)1頁、椿・前掲(注25)28頁。

履行請求の論点は、根保証付債権の譲渡、証券化、バルクセールの事例において、債権の信用力評価に影響し得ると思われ、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、結局保証が付いていないものとして評価せざるを得ず、取引にネガティブな影響が生じ得ると思われる。また、随伴性の論点は、貸金業法の規制に関して問題となる場合もある。すなわち、根保証付貸金債権を譲渡する場合には、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るケースが考えられるのである。

以上より、いずれの論点についても、(最終的に肯定・否定いずれの立場が採られるにせよ)立法により取扱いが明確化されている必要性は高いと考える。

その上で、以下では、各論点について、いずれの立場で立法することが妥当であるかに関し、当協議会の意見を申し上げる。

- 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であるが、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³³。また、根保証の意味するところが、一定の取引を特定した上で、極度額の範囲で当該取引から発生する一切の債権を保証するということであると考えるとすれば、履行請求の文脈においては、当該債権一切が被保証債権とされているのであり、履行請求にあたって改めて対象となる被保証債権を特定すべきとする理由には乏しいと思われる。そこで、元本確定前の根保証債務の履行請求を認めることが妥当である。

ただし、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可能性があり、これは当事者の通常の意味に反し、保証人の保護に欠けるとと思われる(換言すれば、対象となる被保証債権が一定の取引から生じるものすべてとされているにとどまり、極度額を超えて保証債務を履行することを内容とするものではないと思われる)。そこで、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

³³ 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)。

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旨の仕組みとすべきである³⁴。

- 4 次に、随伴性に関してであるが、上記3のとおり、履行請求の文脈においては、対象となる被保証債権が一定の取引から生じるものすべてとされているにとどまり、元本確定がなされるまでは履行請求できないという趣旨ではないという理由で履行請求が可能と考えられるものの、被保証債権を個別の債権に特定せずにかかる履行請求を肯定できるのは、債権者と保証人という当事者が固定されているからであると考えられる。これに対し、根保証債務の随伴性の問題は、被保証債権のうちの一部が第三者に譲渡された場合に、根保証という法律関係（一定の取引から生じる債権については、極度額の範囲ですべて保証するという関係）がどのような取扱いを受けるかという問題であり、問題とされる場面が大きく異なる。要するところ、履行請求の問題は債権者と保証人の二者間において、元本確定（被保証債権の具体的な特定）を履行請求の要件としないと根抵当権における担保実行手続のような支障が生じるかという問題であるのに対し、随伴性の問題は譲渡人、譲受人及び保証人という三者間において、元本確定（被保証債権の具体的な特定）を随伴性の要件としないと、三者間の法律関係を適切に処理できないかという問題である。そして、元本確定（被保証債権の具体的な特定）前の随伴性を肯定すれば、元本確定前に一部の被保証債権が譲渡された場合に、譲渡人と譲受人とがいかなる範囲で保証債務の履行を求めることができるかという点が徒に複雑になるという問題が生じる（根保証人の負う責任の範囲が不明確となりやすく、法律関係の複雑化が生じるとの指摘もなされているところであるが³⁵、根保証人保護の観点からもかかる指摘は無視できない。）。かかる債権譲渡後も継続的な取引関係に基づき被保証債権が発生することから、譲渡人と譲受人がいかなる割合で保証債務の履行を請求することができるかを一義的に決定することは難しく、法律関係が徒に複雑になることは否めない。そのため、元本確定前の根保証債務の随伴性を否定することが妥当である。

ただし、元本確定（被保証債権の具体的な特定）がなされれば、仮に被保証債権のうちの一部が譲渡されたとしても、根保証の対象となる（保証される）被保証債権の範囲が具体的に特定されていることから、大きな問題は生じず、また、実務上、根保証付債権を保証が付されたまま移転する可能性を残しておくことも合理性を有するため、法定の元本確定事由として、根抵当権と同様、債権者の元本確定請求を明文で規定すべきである。

なお、履行請求を肯定しつつ、随伴性を否定するのは理論的に一貫していないのではないかとの指摘が考えられるが、根保証と根抵当をパラレルに理解する必要はない

³⁴ 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。

³⁵ 上甲斐二「根保証に関する平成16年改正と残された実務的問題点」法律時報増刊『民法改正を考える』237頁、シンポジウム記録「債権法改正と金融取引」金融法研究26号28～33頁（中原利明）、長谷川・前掲（注30）176頁。

との立場を前提とすれば（すなわち、履行請求の問題と随伴性の問題とは場面が異なる上、元本確定（被保証債権の具体的な特定）前の履行請求や担保権実行を認めるかの問題においては、上記2で述べたとおり、根保証と根抵当とでは問題状況が異なるため）、理論的に矛盾はないように思われる³⁶。

- 5 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。

2. 保証引受契約の肯否

<意見>

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ことを認めることに賛成である。

<理由>

- 1 保証の意義に関し、中間論点整理では、債権者と保証人との間の契約（保証契約）のほか、主債務者と保証人との間の契約（保証引受契約）によっても、保証債務が成立することを認めるものとするかどうかについて、更に検討してはどうかとされている。
- 2 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）。

したがって、保証引受契約によって保証債務が成立することを認めることには賛成である。

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

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

³⁶岡本雅弘「根保証の元本の確定」金法1783号5頁、佐藤正謙=村上祐亮「企業取引実務から見た民法（債権法）改正の論点 第5回 保証」NBL925号104頁注(33)、シンポジウム記録「債権法改正と金融取引」金融法研究26号89頁（中原利明）。

にすべきである。

<理由>

1 中間論点整理では、保証引受契約を認める場合における債権者の権利の発生時期等の具体的な規律について提案は特になされていないが、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)ところ、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・保証付電子記録債権にかかる取引の安全を促進する観点からは、保証社債・保証付電子記録債権について、債務者と保証人の間に保証引受契約が存在する場合、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する提案として、基本方針【3.1.7.01】<3>は、保証引受契約に基づく保証にかかる債権者の権利は、原則として債権者が保証人に対して同意の意思表示を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しており、かかる例外規定を設ける理由として、保証社債・保証付電子記録債権については、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り、電子記録債権記録簿に保証の旨が記載されたりした時点で、すでに保証の効力が発生し、債務者や保証人は、債権者の権利を消滅・変更できないとするのが妥当であると説明している。かかる規律によれば、保証社債・保証付電子記録債権について、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と考えられるため、かかる規律を設けることに賛成である。

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、保証社債等に関する取引の安全を確保する観点から、保証引受契約に基づく保証にかかる債権者の権利が発生した後は、債務者又は保証人は、これを変更し、または、消滅させることができないとすることには基本的に賛成である。

しかし、善意取得によって保証社債または保証付電子記録債権が取得された場合を想定すると、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、旧債権者のもとでの保証債権が一旦消滅し善意取得者の下で新たな保証債権が発生すると見ることができるため）、保証社債・保証付電子記録債権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、保証社債および保証付電子記録債権の法的安定性を高める観点から、保証債権の随伴性に関する規定を新たに設け、保証の対象となる主債権の移転に伴い保証債権も移転すること、保証の対象となる主債権が善意取得されたような場合も善意取得者を債権者として保証債権が発生することを規定するか、あるいは、保証引受契約については、一旦債権者の権利が発生した時点以降は（保証債権の承継移転が生じない場合であっても）、主たる債務が残存する限り、主たる債務の債権者の同意なしに、撤回・変更をすることができないことを規定すべきである。

4. 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なるべく限定的にすべきである。

<理由>

- 1 中間論点整理では、保証引受契約を認める場合に、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という論点に関して、特に提案はなされていないが、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 手形法や電子記録債権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。

5. 保証人保護規定の適用範囲

<意見>

中間論点整理において議論されている保証人保護の規制については、適用対象から保証人が法人である場合及び経営者保証の場合を除くべきである。

また、保証人保護の規制について、債権者側に過大な負担となり、結果として与信そのものが過度に萎縮する事態とならないように慎重かつ十分な議論がなされるべきである。

<理由>

- 1 中間論点整理では、保証人保護規制として、①保証契約締結時の説明義務及び説明義務違反の場合の取消し等、②債権者に対する主債務者の返済状況の通知義務、保証人に主たる債務の期限の利益を維持する機会を与えるための方策、③債権者の適時執行義務、④連帯保証制度の在り方、⑤貸金等根保証債務の規定の適用範囲の拡大、特別解約権の明文化、⑥個人保証制度の廃止等が議論の対象とされているところ、これらの規定については、主に個人保証を念頭に置いて議論がなされているようにも思われる。
- 2 平成16年の貸金等根保証債務の制度が創設された際にも、法人保証は原則として適用除外とされている。これは、同制度が、包括根保証の問題として指摘されていた個人の生活の破綻防止を目的としていた一方で、法人保証については、情義によるので

はなく、保証人において経済合理性にかなった判断をすることが期待できると考えられたことによる。また、衆議院法務委員会における附帯決議（平成16年11月19日）においても、個人の保証人の保護が念頭に置かれており、今回の改正において、法人保証について、保証人保護規定を法人保証に適用する必要性は高くないと考えられる。

また、個人保証についても、消費者信用における個人保証と経営者保証では保証人保護の必要性が大きく異なり、保証人保護規定を経営者保証に適用する必要性は高くないと考えられる。

したがって、今回の改正で検討されている保証人保護規定は、法人が保証人である場合及び経営者保証の場合には適用除外となることを明確化すべきである。

- 3 個人保証付債権の証券化や譲渡の場面において、保証人保護規定が適用される場合には、譲受人側としては、譲受時において、保証契約締結時に説明義務が履行されているか、締結後の通知義務が履行されているかといった点を確認し、あるいは譲渡人に表明保証させることが必要となることが考えられるほか、証券化・譲渡後においても、譲渡人（あるいはサービサー）側で通知義務、適時執行義務を適切に履行するための態勢整備、事務負担が生じることが考えられ、一定の負担増は避けられないと思われる。個人保証人の保護が今回の改正の重要な課題であることは論を俟たないところではあるが、保証人保護方策の適用が債権者側に過大な負担となり、結果として与信そのものが過度に萎縮する事態とならないような制度設計がなされることが必要であり、そのために慎重かつ十分な議論がなされるべきである。

第8 不実表示

「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」

第30 意思表示

5 意思表示に関する規定の拡充

詐欺、強迫など、民法上表意者が意思表示を取り消すことができるとされている場合のほかにも、表意者を保護するため意思表示の取消しを認めるべき場合があるかどうかについて、更に検討してはどうか。

例えば、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。また、表意者の相手方が表意者にとって有利な事実を告げながら、これと表裏一体の関係にある不利益な事実を告げなかったために表意者がそのような事実が存在しないと誤認し、誤認に基づいて意思表示をした場合（誤った事実を告知されたことに基づいて意思表示をした場合と併せて不実表示と呼ぶ考え方がある。）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もある。これらの考え方に対しては、濫用のおそれを指摘する指摘や、表意者が事業者であって相手方が消費者である場合にこのような規

律を適用するのは適当ではないとの指摘、相手方に過失がない場合にも取消しを認めるのであれば相手方の保護に欠けるとの指摘などもあるが、これらの指摘も踏まえ、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料12-2第3, 6(1) [52頁], (2) [56頁]】

<意見>

不実表示にかかる規律を民法に規定することは不要である。仮に民法に規定するとしても、適用対象を消費者契約における消費者の意思表示の取消に限定すべきである。

不実表示の規律について、仮に、事業者が表意者である場合にも適用することとする場合でも、少なくとも事業者が表意者である限りは、表意者の取消を制限する旨の合意の効力が認められることを明文化すべきである。

また、いわゆる黙示（不作為）の不実表示についても、適用対象を消費者契約における消費者の意思表示の取消に限定すべきであり、仮に、事業者が表意者である場合にも適用することとする場合でも、不利益事実を故意に告げなかった場合に限定されるべきである。

<理由>

- 1 現行消費者契約法第4条の規定内容を超えて、不実表示にかかる規律を事業者間契約にも適用のあるものとするのは、現行法における民法・消費者契約法により実現されている表意者の自己責任原則と保護法理とのバランスを崩し取引実務の混乱を惹起することとなりかねず、また、不実表示の規律を事業者間契約に適用する必要性を基礎付ける社会的事実も定かでない。

そこで、不実表示の規律を民法に規定することは不要であり、不実表示にかかる規律を民法の中で規定するとしても、適用対象を消費者契約における消費者の意思表示の取消に限定すべきである。

- 2 仮に、事業者が表意者である場合にも不実表示の規律を適用することとする場合でも、交渉による取引条件の設計の一環として情報収集・判断のリスク分担のあり方を当事者が合意により定めることを禁止する理由は見出し難いので、少なくとも事業者が表意者である限りは、表意者の取消を制限する旨の合意の効力が認められることを明文化すべきである（そうでなければ、上記1のとおり、不実表示の規律について、事業者が表意者である場合にはそもそも適用すべきでないと考える。）。

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

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

<補足>

1. 事業者間契約に不実表示の規律を適用することの是非

意思表示の瑕疵・欠缺に関する規律としては、現行法上、民法上の錯誤無効（民法第95条）や詐欺取消（民法第96条）等によって規律され、これを前提として事業者間の取引が行われる一方で、これらの間隙を埋めるように消費者契約法上の不実告知、断定的判断の提供（消費者契約法第4条第1項第2号）又は不利益事実の不告知（消費者契約法第4条第2項）の規律が設けられ、消費者保護に配慮がなされるというバランスの上に成り立っている。

事業者間契約に適用のある現行民法上の規定についていえば、詐欺取消には相手方に故意の欺罔行為があったことの立証を要する。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³⁷、事実錯誤は原則として取消原因たる錯誤にあらず、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見解も有力に主張されている³⁸。また、錯誤無効の主張には表意者の無重過失も要件とされている。これに対し、不実表示の規律においては、詐欺における故意要件や錯誤における契約内容化要件・無重過失要件が規定されることは想定されておらず、むしろこれらの要件を不要とすることにより契約の取消の範囲を拡大することが不実表示の規律を導入することの眼目であると見られる³⁹。

上記の要件立てによる現行民法下の錯誤・詐欺の規律が、事業者間契約におけるリスク配分のバランスとして適切な結果をもたらしているか否かは、取引実務の実際に照らして実証的に検討する他はない。この点について、部会の議論においては、実務家委員からはむしろ改正の必要がなく不実表示の規律の導入には反対する旨の意見が相次いでおり⁴⁰、現行民法下の錯誤・詐欺の規律が不適切な結果を生じさせ

³⁷ 民法（債権法）改正検討委員会編『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。）105頁。

³⁸ 石田喜久夫編『現代民法講義 1 民法総則』（法律文化社）153頁（磯村保執筆部分）、高森八四郎『法律行為論の研究』（関西大学出版部）239頁以下等（いわゆる錯誤外構成説）。

³⁹ 詳解 I・133頁、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）31頁参照。ただし、錯誤の要件として、相手方が引き起こした錯誤について表意者の無重過失を要件としない場合には（中間論点整理第30、3(3)③、基本方針【1.5.13<3><ウ>】参照）、重過失要件の有無は不実表示と錯誤との要件の差異にはならないこととなる。

⁴⁰ 法制審議会民法（債権関係）部会第10回会議議事録（以下「第10回議事録」という。）42頁（岡本発言、木村発言）、52頁（岡発言）。ただし、深山幹事は「要件はやはりかなり絞られるべき」とした上で、不実表示の規律の導入自体には反対しない（第10回議事録48頁）。

ている旨の指摘は、(消費者に準ずるような)小企業・零細企業の保護の必要性を指摘するもの⁴¹以外には見られない。仮に小企業・零細企業の保護が欠けるということであれば、中小零細事業者を現行消費者契約上の不実告知規定を対象とするよう消費者の定義を修正することによる対応も考えられるところであり、小企業・零細企業の保護の必要性が、事業者の属性を問わず一律に不実表示の規律の対象とすべきとする立論の根拠とはならない。そうすると、依然として、不実表示の規律を事業者間契約に適用する必要性が現在の取引社会においてどれほど存在するかは疑問であるといわざるを得ない⁴²。

また、不実表示の規律を事業者間契約にも適用すべきとする根拠について、「相手方の不実表示があった場合に表意者に事実誤認の危険があるのは消費者のみならず事業者にあっても同様であり、事実と異なる認識を前提に行った意思決定は不適当なものとならざるを得ないから消費者同様事業者も保護の必要がある。かつ、相手方は不実表示を行った以上表意者から意思表示を取り消されてもやむを得ない」旨の説明が存する⁴³。しかし、たとえ事業者についても万全の意思決定環境が欠ける場合があるという指摘が可能であるとしても、その場合に、意思表示の前提として行われる情報の収集・分析は原則として各当事者の責任において行われるべきであるという自己責任の原則を覆して契約の取消を認める程の強度の法規制が正当化されるか否かは、相手方の表示した事実を信じ当該事実内容の契約内容化を行わないまま契約を締結した表意者を、故意なく不実表示を行った相手方との関係でどの程度まで保護すべきかに関する実質的考慮によって決せられる問題である。この点、相手方の故意なき不実表示による意思表示が現行民法・判例上の規律の下でどのように扱われているかを考えると、まず、相手方の不実表示が詐欺の故意(二重の故意)に基づいていない場合には、表意者の意思表示は詐欺取消の対象とはならない。問題は錯誤無効の可能性であり、学説上、相手方によって惹起された動機の錯誤の事案では錯誤無効が認められやすいという指摘が一部に存する⁴⁴。確かに、善意で

⁴¹ 第10回議事録46頁(岡田発言)。また、それに続く議論では、「不実告知や不利益事実の不告知について、消費者契約であるという限定を設けないで、これを一般的に規定する(中略)実際上の必要性があるのかという御指摘も頂いたところであります」と再度同様の問題意識を受ける発言があるものの、「事業者間契約の領域におきましても、岡田委員から御指摘があったように零細な事業者のことを考えますと、情報の格差がある場合が存在します」と述べる以上には、事業者間契約への適用の必要性について言及がない。第10回議事録50頁(山野目発言)。

⁴² 金融法委員会「債権法改正に関する論点整理(不実表示)」(2010年7月14日)以下参照。

⁴³ 詳解I・128頁。不実表示の規律の導入の是非の問題は、「情報収集だとか、あるいは自己決定基盤の形成のプロセスに相手方が介入してきたときに、そのときに相手方の介入の不当性を捉えて、どのような対処をするのか」の問題であるとした上で、「事業者・消費者の取引と、事業者・事業者の取引とで自己決定自体がないというような評価がされる場面において質的に違いがあるのかと言われた場合に、この質的な違いはない」とする、第10回議事録47頁(潮見発言)も参照。

⁴⁴ 信託主義的錯誤論の立場から、判例上、相手方の「欺罔的行為」の有無が錯誤無効を認めるか否かの判断にとって重要なファクターの一つとなっていると分析するものとして、小林一俊『錯誤法の研究』(酒井書店)221頁、345頁。部会における以下の指摘も参照。「相手方も自ら誤った事実を表示して、正にそれ

不実表示を行った者は通常当該事実について相手方と共通の錯誤に陥っているとすると、共通錯誤に関して無重過失要件が不要とする学説によれば、その限りで錯誤無効の要件は軽減されるということはいえよう⁴⁵。しかし、それを超えて、相手方の言明により表意者の錯誤が惹起された場合に、およそ相手方の善意・悪意を問うことなく、契約内容化要件が一律に充足される（あるいは契約内容化要件充足の有無を問わない）として錯誤無効の主張が当然に認められるという規律が確立した判例法理にまでなっているとはいい難いのではないか⁴⁶。そう考えると、現行法・判例が錯誤の契約内容化要件を設けているのは、相手方の行った故意によらない事実表示を轻信し当該事実内容の契約内容化を怠った表意者は事実認識の誤りに関する自己責任を負うべきである（自己責任の原則を覆し契約取消を認めるまでの要保護性に欠ける）という実質的衡量に基づいており、ただ消費者契約においては情報力・交渉力の構造的格差という別途の正当化根拠に基づいて契約の取消を認めている⁴⁷、と見ることができるのではなかろうか。そうであるとする、この実質的衡量点を変更しようとするのであれば、「相手方は不実の表示を行った以上（それが故意によるものであるか否かを問わず）表意者からその意思表示を取り消されてもやむを得

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ょうと考えるわけです」（第10回議事録49頁（山本敬三発言））。

⁴⁵ 中間論点整理第30、3(3)②は、共通錯誤について表意者の無重過失を要件としないことを検討項目とする。

⁴⁶ 小林・前掲（注44）343頁も、「わが国の判例において相手方の容態に基づく錯誤で無効の認められたか認められ得ることを示唆した事例は、すべて相手方の欺罔的表示ないし不当な黙秘による場合に関しており、詐欺に相当するか、少なくとも相手方において錯誤を認識可能であったケースである。」としており、善意不実表示により惹起された錯誤による意思表示が全て錯誤無効の要件を満たすとは考えていないようにも見受けられる。「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」（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。ただし同文献は立法論として不実表示の規律の導入を支持する。）の指摘が、一般的な理解ではないかと思われるのである。なお、東京高判昭和56年10月27日判時1023号56頁の事案（目的物件の賃借人の立退は買主側の費用負担で行うことを内容とする土地建物売買契約の締結に際し、売主が述べた立退料の要支払額と現実に要する金額とが著しく異なる場合において、買主が立退料の金額に関する錯誤を理由に無効を主張した事案）に関して、控訴審判決は売主の不実表示が悪意である旨の事実認定を前提に錯誤無効を認めているのに対し、一審判決は売主の不実表示が善意である旨の事実認定を前提に錯誤無効を認めていないとする小林一俊「判批」金融商事判例653号46頁も参照。

⁴⁷ 消費者契約法第4条第1項第1号の不実告知を含む消費者契約法の規律は、悪徳商法による消費者被害が社会問題化したことを背景に、事業者・消費者間の情報力・交渉力の構造的な格差を埋める趣旨で定められたものであった。内閣府国民生活局消費者企画課編『逐条解説 消費者契約法〔新版〕』（商事法務）59頁以下、91頁以下、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編『コンメンタール消費者契約法』（商事法務研究会）11頁以下、44頁以下。

ない」とするのみでは結論を述べているに過ぎず、より実質的な根拠が示される必要があるように思われる⁴⁸。

そのような実質的な根拠があるとは思われないので、不実表示にかかる規律を民法に規定することは不要であり、不実表示にかかる規律を民法の中で規定するとしても、適用対象を消費者契約における消費者の意思表示の取消に限定すべきであると考えられる。

2. 取消可能性を制限する合意の効力について

(1) 問題の所在一特に表明保証条項との関係において

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⁴⁹。実務的な問題意識の所在を改めて確認するため、本ペーパー別紙に、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

⁴⁸ 「消費者契約法ができるときの事情を考えれば、これはやはり1条にあるように情報格差が非常に大きいということが当然の前提で、(中略)やはり情報力の格差というのが根源にあるから、そういう規定が正当化されるということだったんですね。(中略)これを一般法化するということの可否が問題となっているのですが、本日はそういう一般法化をしていい場合が確かに世の中にはあることは間違いないだろうから、あとは要件でどう絞っていくかという議論が多々あったのですが、要件論に入る前に、なぜこういう規定を一般法化するか。そこの理論的に根源のところの説明がまだ十分でないように感じた次第でございます。それが具体的に、岡委員が御指摘のような事業者間取引でどうかと、消費者が事業者に対して行う取引でどうかと、そういうあたりの議論につながってくるのだらうと思うので、なぜやはりこういう規定を一般法化するかということの理論的な根拠の説明をもう少し深める必要があるのかなというのが、今日のところの感想でございます。」第10回議事録53頁(山下発言)。

⁴⁹ 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。

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⁵⁰。

(2) 不実告知ルールの要件論

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⁵¹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、事実かどうかわ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。

⁵⁰ 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実性は補償責任・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のであろうか（詳解Ⅰ・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。

⁵¹ 民法（債権法）改正検討委員会シンポジウム・前掲（注39）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。

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⁵²、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⁵³、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 不実告知事項の重要性

第2の見解⁵⁴は、企業間のようなプロ同士の取引では、通常は、相手方の事実表示と併せて自分で収集した情報を考慮して契約をするかどうかを決めるから相手方の事実表示は表意者の意思表示をするか否かの判断に通常影響を及ぼすべき重要事項といえず不実告知の要件を満たさない、したがって事業者間契約では不実告知のルール適用の余地は小さいという。

確かに、表明保証違反が不実告知事項の重要性の要件を満たさないことも多いと思われるが、しかし、この見解は相手方の表示以外の情報源からの情報収集可能性を前提とするところ、実務上、対象会社等に関する情報が売主に偏在することも多いことなどを考慮した場合には、この説明がM&A取引等に常に当てはまるかは必ずしもはっきりしないように思われる。また、別紙設例にあるような、補償上限を上回るような損害に結びつく表明保証違反のケースなどを想定すると、問題とされる事柄の客観的重要性が高いことを否定することは難しいように思われ、これらのケースでも不実告知事項の重要性要件の充足が否定されると考えてよいのかどうか、

⁵² 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なると、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筆者の知る限り全く見られない。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。

⁵³ 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）。

⁵⁴ 内田貴『債権法の新時代—「債権法改正の基本方針」の概要—』（商事法務）53頁、第10回議事録54頁（内田発言）。

疑問の余地が残る。

③ 因果関係

第3の見解⁵⁵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、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⁵⁶、「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に関する議論

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いう考え方⁵⁷や、

⁵⁵ 潮見佳男「表明保証と債権法改正論」銀行法務719号23頁。

⁵⁶ 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で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。

⁵⁷ 「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

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⁵⁸。

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⁵⁹。

さらに、わが国における意思の瑕疵・欠缺に関する規定に関しては、既に、錯誤については、契約内容化要件を通じて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が示されており⁶⁰、このような考え方によれば、「意思の瑕疵・欠缺に関する規定の適用による意思表示の無効・取消リスクを当事者の一方に分配する当事者の合意」の有効性を、ア・プリアリに否定しなければならない理由は、日本法においても見出し難いように思われる。

なお、「米国では **Misrepresentation** の法理と表明保証の実務が共存している、そうであれば日本においても **Misrepresentation** の法理をモデルに不実告知の規律を導入したとしても表明保証の実務はこれと共存できるはずではないか」旨を述べて、米国における **Misrepresentation** の法理（**Misrepresentation** を契約取消原因とする）の存在との関係を問う指摘がある⁶¹。しかし、米国においては **Misrepresentation** の法理による取消を制限する特約の有効性が一定の範囲で認められていることに留意を要する。すなわち、**ABRY Partners L.P., et al. v. F&W Acquisition LLC, et al.**, 891 A.2d 1032 (Del. Ch. 2006) は、**freedom of contract** と **public policy** の調整を問題とした上で、契約の当事者が **sophisticated party** であること及び

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 39）94 頁（山本敬三発言）。

⁵⁸ 山本・前掲（注 51）43 頁。

⁵⁹ 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 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、当職らの知る限り存しない。

⁶⁰ 民法（債権法）改正検討委員会シンポジウム・前掲（注 39）94 頁（山本敬三発言）。

⁶¹ 第 10 回議事録 54 頁（内田発言）。

misrepresentation が intentional でないことすなわち fraud でないことを要件として、不実表示による rescission を制限し救済手段を indemnification に限定する特約を有効としている⁶²。米国の表明保証実務が Misrepresentation の法理と共存しているのはこのことにもよると見られ、米国の Misrepresentation の法理をモデルに不実告知の規律を導入するという場合には、この点も含めて参照する必要がある。

しかし、通常、意思の瑕疵・欠缺に関する規定の適用を制限する合意の効力に関する議論が少ないこともあり⁶³、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。

(4) 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依然として考え方が分かれ、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いないように思われる。

そうであれば、不実告知の規律を一般ルール化するとしても、事業者間契約など不実告知の相手方が事業者である場合には当事者が特約で取消可能性を制限できることをあわせて明文化する立法を行うか⁶⁴、そうでなければ不実告知の規律の一般ルール化自体を見送るべきである。

なお、ドイツの債務法改正においては、立法関係者と実務家との間のコミュニケーション不足からか、ドイツにおける英米型の契約実務を根底から覆しかねない立法がされ、直ちに再改正を余儀なくされるという「騒動」⁶⁵があったようである。債務法改正当時（再改正前）のドイツの実務家の中には、改正債務法の適用を避け

⁶² その他、青山大樹、宇田川法也「企業取引実務から見た民法（債権法）改正の論点 第1回 不実表示等と表明保証」NBL919号の脚注25、26の文献を参照。

⁶³ 不実告知取消のルールの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。

⁶⁴ 故意に不実表示がなされた場合については、不実表示者に詐欺にも準ずるような悪性が存すると見て、取消可能性を制限する合意の効力を否定することが考えられよう。山本・前掲（注51）43頁も、不実表示に基づく取消権を事前に放棄する特約は有効である旨を述べる箇所、「詐欺・強迫による取消権を事前に放棄する合意は、公序良俗に反すると考えられるとしても、錯誤・不実表示による取消権を事前に放棄する合意は、公序良俗に反するとまではいえないだろう。」と述べる。

⁶⁵ 渡邊拓「ドイツ債権法改正によって惹起された企業買収実務における法的不安定性の除去のための民法典改正について」横浜国際経済法学14巻1号53頁。他に、渡邊拓「帰責事由としての性質保証と損害担保—ドイツ債務法改正における損害担保責任の導入とその企業買収実務に与える影響を参考にして—」静岡大学法政研究8巻3・4号143頁をも参照。

のために、M&A等の契約は全てドイツ法以外の外国法を準拠法とする合意をすべきと提案する者さえあったという⁶⁶。「国際的プレゼンスの向上」が標榜されることのある今回の債権法改正が、「日本法からの逃避」につながるような結果とならないよう、慎重に検討する必要があるように思われる。

3. 不利益事実の不告知

中間論点整理では、作為による不実表示と並んで、「表意者の相手方が表意者にとって有利な事実を告げながら、これと表裏一体の関係にある不利益な事実を告げなかったために表意者がそのような事実が存在しないと誤認し、誤認に基づいて意思表示をした場合」を意思表示の取消原因とする考え方について言及されている。

かかる規律を事業者間契約にも及ぼすべき社会的必要性があるかは不明である。むしろ、事業者間契約においては、情報の収集・分析は原則として各当事者の責任において行われるべきものであり、不利益事実の不告知の規律を通じて一方当事者の他方に対する情報提供を強制する必要はないようにも思われる。したがって、いわゆる黙示（不作為）の不実表示についても、適用対象を消費者契約における消費者の意思表示の取消に限定すべきである⁶⁷。

なお、中間論点整理第 23、2 においては、「契約締結過程における説明義務・情報提供義務」の規律も提案されているが、そこで想定される説明義務・情報提供義務の適用される範囲と、不利益事実の不告知の規律の前提となる告知義務の認められる範囲との関係は中間整理においては明示的には整理されておらず、「説明義務・情報提供義務違反の効果については、損害賠償のほか相手方が契約を解消することができるかどうか問題になり得るが、この点については意思表示に関する規定（特に後記 30、4 及び 5）との関係などにも留意する必要がある。」とされているに過ぎない。この点、中間論点整理第 23、2 では、「説明義務・情報提供義務に関する規

⁶⁶ Stephan K Grauke and Gerhard Schmidt “Practical Experience Concerning the New BGB Rules in M&A Transactions” (October 2002, American Lawyer)

⁶⁷ 不利益事実の不告知が意思表示の取消原因とされる場合の問題点として、表明保証条項との関係で次のようなことも指摘し得る。すなわち、表明保証条項が置かれる場合に、当事者は、明示的に表明保証の対象とした事項以外の事項についてまで言外に表明保証する意図であるとは必ずしもいえない。むしろ、特に対等事業者間の取引においては、交渉により表明保証の対象を厳格に限定することも多い。そうであるにもかかわらず、明示的に表明保証していない事項についてまで広く「表明保証事項と表裏一体をなす不利益事実」と捉えて、その不告知を取消原因に含むとすれば、当事者が意図しない範囲にまで取消原因が拡大する懸念が生じるようにも思われる。とりわけ、表明保証との関係において「利益事実（としての明示的な表明保証事項）と表裏一体をなす不利益事実」の範囲は不明確であることが多いと思われ、ある一定の表明保証を積極的に行う都度、それに関連する不利益事実が存しないかを吟味して、そのおそれがある不利益事実をも積極的に開示しなければ取消のリスクを排除できないこととなれば、それが事業者間取引の実態と合致するか疑問の余地がある。

定を設ける場合の規定内容を検討するに当たっては、説明義務等の対象となる事項、説明義務等の存否を判断するために考慮すべき事情(契約の内容や当事者の属性等)などが問題になると考えられる」とされており、「当事者の属性」に言及している点で、事業者間取引であることが説明義務・情報提供義務の存在を否定し、或いは、その内容を一定程度制限する方向で考慮される要素となり得ることが示唆されているが、事業者間契約について一律にこの規律の適用を否定する前提には立っていないように見受けられる⁶⁸。しかし、不利益事実の不告知は、それが取消原因とされた場合には契約の取消という重大な効果と結びつくことになるから(損害賠償が過失相殺による中間的処理になじむのに対し、契約の取消にあつては契約全体の巻き戻しが行われることになるから、この点でより大きな効果に結びつけられることになると言える⁶⁹)、仮に事業者間契約が説明義務・情報提供義務違反を理由とする損害賠償義務を課する規律の対象になる余地が認められるとしても、そのことから直ちに、事業者間契約を不利益事実の不告知を原因とする取消の規律の対象に含むべきということにはならない。

また、消費者契約法第4条第2項は不利益事実の不告知が取消原因となる要件として不告知者の故意⁷⁰を要求しているのに対して、中間論点整理では故意要件に関する言及が存しない。

この点、第一に、消費者契約法第4条第2項は、消費者契約法の立法に際し、事業者に対し契約取消リスクを過大に負わせることを回避する必要があるとの議論を受けて、故意要件を明定するに至ったものである⁷¹。対消費者との関係でさえ故意要件が必要との結論に至ったことを踏まえるならば、仮に不利益事実の不告知を事業者間契約の取消原因とするとしても、事業者間契約に適用される際に故意要件を不要とするのであれば、その必要性に関して相応の理由付けが必要となるはずであるが、そのような社会的必要性があるとは思われない。

また、第二に、消費者契約であるか否かに関わらず情報提供義務・説明義務違反(＝不作為型)による取消一般について故意要件を不要とすることについてコンセンサスが得られるかどうかに関しては、(沈黙による詐欺との関係ではあるが)「現

⁶⁸ 確かに、現行法下における解釈論としても、説明義務・情報提供義務を理由とする損害賠償義務を認める規律について、事業者間契約に適用されることは比較的稀ではあるものの、事業者間契約であることの一事をもって一律に同規律の適用がないものとは解されていないように思われる。例えば、名古屋高判平成23年4月14日金法1921号22頁等。

⁶⁹ 前掲(注42)(金融法委員会)5頁参照。

⁷⁰ 立案担当者の解説によれば、ここにいう「故意」とは、「当該事実が当該消費者の不利益となるものであることを知っており、かつ、当該消費者が当該事実を認識していないことを知っながら、あえて」の意味と解する(内閣府国民生活局消費者企画課・前掲(注47)105頁)。

⁷¹ 潮見佳男「比較法の視点から見た『消費者契約法』」民商法雑誌123巻4・5号181頁。

時点では、そのようなコンセンサスがまだ得られていないのではないか」⁷²との指摘が存するところであり、むしろ、詐欺における故意要件が「行為態様の誠実さという信義則の要請と取引安全や当事者の自己責任等の諸原理の要請との調和を図るものである、という見解に従えば、故意の要件を緩和することには慎重な態度をとるべきことになる」⁷³とする有力な指摘がなされている。かかる問題意識は、不利益事実の不告知ないし不作為型の不実表示による取消との関係でも（特に事業者間取引を念頭に置いた場合には）同様に妥当すると言うべきである。

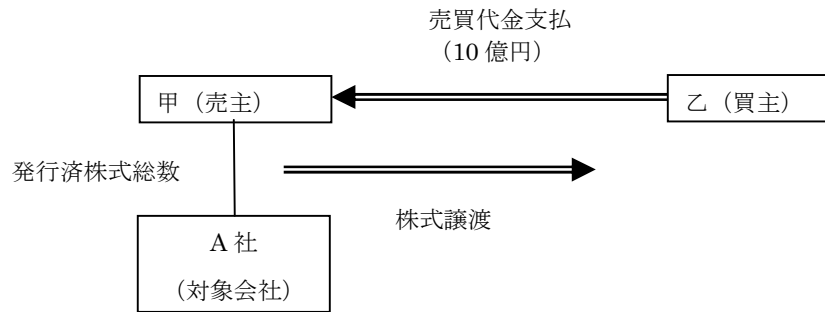
以上から、仮に、事業者が表意者である場合にも適用することとする場合でも、不利益事実を故意に告げなかった場合に限定されるべきである。

以上

⁷² 詳解 I・143 頁。

⁷³ 森田宏樹 『合意の瑕疵』の構造とその拡張理論(2)』 NBL483 号 60 頁。

【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。この契約に不実告知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告知に該当するとして、契約取消を主張することが考えられる。もし不実告知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、不実告知の規律は、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、不実告知と表明保証の関係に関する論点である。

以上