

ジュリスト BOOKS

JURIST BOOKS

Professional

債権法改正と 実務上の課題

PRACTICAL ISSUES ON THE REFORM OF
THE LAW OF OBLIGATION

道垣内弘人・中井康之 編著



有斐閣

多数当事者の債権債務関係

松本恒雄	深山雅也
MATSUMOTO Tsuneco	MIYAMA Masaya

設例 ABCは、Xに対して360万円の連帯債務を負っている。Aは、XがAから60万円の支払を受けることができれば残額を免除すると述べたので、Xに60万円を支払った。

- ☞ Xは、BCに対して、300万円を請求できるか。
- ☞ Bが300万円のうち180万円をXに支払ったとき、Bは、AとCにいくら求償できるか。
- ☞ Bが、Xに300万円を支払った場合はどうか。Bは、AとCにいくら求償できるか。Aが、その求償に応じて60万円以上をBに支払ったとき、AはXに60万円の返還を求めることができるか。
- ☞ Xは、Aが60万円を支払えば、残額60万円の負担を完全に免除してよいと考える場合に、どうすればよいか。BとCに対しても、免除の意思表示が必要か。Aが、和解条項を作る場合の留意点。

I. 多数当事者間の債権債務の概念整理

深山 今回のテーマは「多数当事者の債権債務関係」ということで、連帯債務の免除に関する設例を設定していただいています。松本恒雄さんと検討を進めてまいります。設例の検討に入る前に、新しい民法において、多数当事者の債権債務関係について、どのような整理や改正がなされたかを振り返っていきましょう。

まず、多数当事者間の債権債務関係の概念自体が整理されたと言えようか

と思います。債務関係に関して言えば、債務の目的がその性質上可分である場合を分割債務とし、債務の目的がその性質上不可分である場合を不可分債務と定義づけた上で、債務の目的がその性質上可分である場合において法令の規定又は当事者の意思表示により連帯して負担する債務について、これを連帯債務と定義づけました。不可分債務と連帯債務の限界点は必ずしも明確ではなかったところを、このように整理したことになるかと思いますが、この整理について、松本さんはどのように評価されておりますか。

松本 今おっしゃったとおり、非常にすっきりしたと思っています。というのも、改正前は当事者の意思表示による不可分債務というものが認められており、連帯債務と選択が可能でした。これは不可分債務と連帯債務とで、債務者の1人について生じた事由が他の債務者に及ぼす影響にかなり違いがあることから、債権者として不可分債務にしたいというニーズがあって、それが認められていたわけです。それが今回整理されて、すっきりしたということですね。

もう1つは、性質上可分債務なのだけれども、反対給付との関係で不可分債務になるというものが従来認められていました。すなわち、友人と共同で1個の建物を賃借するような場合の賃料の支払債務については、賃貸人の目的物を貸すという債務が不可分債務なのだから、その反対給付である賃料債務も不可分債務になるという説明がされていたわけです。しかし、今回の改正で、賃料債務のほうは単純な連帯債務と位置づけて、特段問題はなくなりました。このように、法律を勉強する者として覚えなければならないことが減ったということがあります。

深山 次に、多数当事者間の債権関係についても、債務関係と平行な形で整理されたと言えようかと思います。すなわち、債権の目的がその性質上可分である場合を分割債権、債権の目的がその性質上不可分である場合を不可分債権とし、その上で債権の目的がその性質上可分である場合において、法令の規定又は当事者の意思表示により連帯して有する債権を連帯債権と定義づけたわけです。この連帯債権という概念は、もちろん講学上は存在したわけですが、民法上明文化されたことが注目される所です。連帯債権の規定の新設について、松本さんはどのように評価されておりますか。

松本 連帯債権が概念的にはあったはずなのですが、改正前の民法には条文

としてはなかったのを今回の改正で条文として立てて、概念上きれいに整理しました。ただし、連帯債務は実務的なニーズがあり、意思表示による連帯債務は非常に多いわけですが、連帯債務と同じような意味で、連帯債権にするという実務的なニーズがあるのか。法律上の規定に基づいて、連帯債権になるという例はいくつか挙げられていますが、それを除くと本当のニーズがあるのかどうか、私にはわかりません。

その上で、連帯債務の裏返しの、連帯債務と非常に近い定義がされたわけですが、ただし、その効果、影響関係の点で、条文がたくさん並んでおり、連帯債務と共通の部分が多いのですが、いくつか違うところがあります。他の連帯債権者への影響が、相対的効力か絶対的効力かというところで、とりわけ免除について、改正法 433 条は、連帯債務の免除と随分違う結果になっています。改正法 433 条は、言ってみれば改正前の連帯債務の免除に関する 437 条と同じような作りになっていて、持分的な絶対的効力が及ぶということになっています。2 人の連帯債権者がいて、1 人が債務者に対して免除をすると債務総額は半分になる、もう 1 人の連帯債権者に半額支払えばよいということなのですが、連帯債務の場合は、改正法により、債権者が連帯債務者の 1 人に対して免除をしても債務総額は縮減しないということになりました。

なぜ連帯債権者の 1 人による免除については持分的絶対効が認められたのか、その辺の議論があまりされていない感じがして、よくわからないのです。連帯債務の場合は担保としての意味が強いから、担保権の効力を弱めるような効果はなるべく少なくしたほうがよい、当事者の意思もそうだろうということで、相対的効力事由にされたのですが、連帯債権にはそのような要請がありません。

求償の循環となるような無駄なことはやめようということが、改正前の 437 条の絶対効の理由の 1 つとされていたのですが、今回の連帯債権の規定の新設にあたって、求償の循環を避けるために絶対効なのだという考え方が、そのまま残ったという感じです。しかし、連帯債権者の 1 人として債務者に対して免除をする場合に、「私は請求しないけれども、他の債権者はどうかかわからない」というのが本当のところではないかという気もするのです。「私に支払う必要はないけれども」というぐらいで。そうだとすると、連帯

債務の場合と同じような考え方がとられてもよかったのかなという気がしますが、そもそも連帯債権に大したニーズがないのであれば、どちらでもよいというか、民法で規定された効果を避けたければ別段の意思表示をして、相対的効力しかない免除にすればよいので、形式的にデフォルト・ルールがどちらかというだけの話かなと思います。

深山 連帯債権にしる連帯債務にしる、1 人の債権者ないし債務者に生じた事由が、どのような効果を他の債権者ないし債務者にもたらすかということについては、後ほど触れたいと思います。デフォルト・ルールとして、どちらの効果を定めるかという点は、おそらく当該債権者ないし債務者の通常の意味がどの辺にあるかということから規律を考えた結果、連帯債務と連帯債権では違う形になったのかなという気がしております。ただ、松本さんがおっしゃるように、連帯債権のほうは、そもそもどういうニーズに基づいて連帯債権をあえて作ろうとするのかということ自体が、確かに私もイメージが湧かないので、実務的にデフォルト・ルールの違いがどのような意味を持ってくるのか、今後のこの規定の使われ方を見守っていきたいと思っております。

ところで、連帯債務については、従来より、講学上、真正連帯債務と不真正連帯債務があると観念されていて、法制審の議論でも、不真正連帯債務について明文化すべきではないかという議論があったわけですが、結論としては、不真正連帯債務についての明文化は見送られました。それが何を意味するのかということもあるのですが、この不真正連帯債務について、松本さんはどのようにお考えでしょうか。

松本 元々ドイツではこうだ、フランスではこうだという議論がありますが、それは別として、日本民法の改正前の連帯債務では、連帯債務者の 1 人に生じた事由が他の連帯債務者に影響するという、絶対効が認められる場合がかなり多かった。しかし、それは共同不法行為者の損害賠償債務等の場合に、不適切ではないかという実際的な判断から、絶対効が少ないタイプの連帯債務を考えるべきだとされ、それを不真正連帯債務と呼んでいたという感じがします。

それが今回の改正で絶対効が生じる場合が大幅に減少した結果として、このような場合をあえて本来の連帯債務とは別の不真正連帯債務であると言わ

なければならない必要性が少なくなった。したがって、不真正連帯債務という概念を使わなければならない実際上のニーズはかなり減ったと思います。

ただ、1つ残っている論点があります。今回の改正で明文化されましたが、通常の連帯債務の場合は、自己の負担部分を超えない弁済を連帯債務者の1人が行ったときであっても、他の連帯債務者に対して求償が可能だということになりました（改正法442条1項）。これが判例、多数説だったわけです。他方で共同不法行為による不真正連帯債務の場合、負担部分は過失割合で算定されることが多いと言われていますが、自己の負担部分を超える弁済をしたときに、その超える部分についてのみ求償できるというのが判例（最判平成3・10・25民集45巻7号1173頁）です。今回の改正によって連帯債務と不真正連帯債務の差がほとんどなくなったということで、この点も含めてなくなったのか。すなわち共同不法行為の場合でも、共同不法行為者の1人が自己の負担部分を超えない範囲で、少しでも弁済したら、負担割合に応じて求償できるのかどうか、この点は今回の改正法についての解説を読んでも、説が分かれているところで（肯定説として潮見佳男『新債権総論Ⅱ』〔信人社、2017年〕603頁、否定説として平野裕之『債権総論』〔日本評論社、2017年〕232頁）、判例が今後どういう判断をするかということになると思います。

深山 確かに絶対的効力事由を絞り込んだことによって、区別するほどの差がなくなったということは1つの説明としてあると思うのです。ただ、やはり不真正連帯債務が発生する場面としては、典型的には不法行為の場面になるわけです。そこでもケース・バイ・ケースだとは思いますが、契約上の債権債務と違って、共同不法行為による連帯債務者間には、必ずしも一定の人間関係があるとは限らない。全く偶然に共同の不法行為関係が生じたもので、それまで関わりがないような場合もあるので、そういうことも解釈をする上では影響してくるのではないかという気がしているところです。いずれにしても、ここはまだ解釈論として残っているところだと思いますので、注目していきたいと思っています。

II. 連帯債務者の1人に生じた事由の効力の見直し

深山 概念整理は以上のとおりだと思うのですが、その上で、既に話が及んでいるように、今回の改正では、連帯債務についていわゆる絶対的効力事由

として従来6つの事由を定めていたところを、3つの事由に絞り込んだと言えようかと思います。具体的には、従来、絶対的効力事由とされていた事由のうち、履行請求と免除と時効完成については、新しい法律では相対的効力事由ということになりました。それぞれ個別に色々検討した結果、最終的にこの3つは相対的効力事由となり、その他の3つ、すなわち更改、相殺、混同は、なお絶対的効力事由として残ったという形に整理されたわけです。全体としてでも結構ですし、個別の事由ごとにでも結構なのですが、このような整理がなされたことについて、松本さんはどのようにお考えでしょうか。
松本 先ほどの繰り返しになりますが、改正前には、絶対的効力事由が多すぎて、特に合意によって連帯債務を発生させたというような場合の当事者の狙い、とりわけ債権者の狙いを妨げる結果になっていた。それをなるべく少なくしたということで、これは従来、学説が指摘していたことですから、適切な方向だと思います。

深山 設例でも取り上げている免除が相対的効力事由になったことについては、免除をする債権者の意思は、当該連帯債務者に対しては免除するものの、他の連帯債務者に対する免除までは行う意思を含まないのが通常である。にもかかわらず、法律の効果として、免除を受けた連帯債務者の負担部分について絶対効を認めることは、債権者の通常の意味と異なるのではないかということが指摘されて、その不合理性を解消したということかと思います。そのような理解でよろしいでしょうか。

松本 そのとおりです。ただ、免除については、改正前からいくつかのタイプがあるようで、改正前の民法がデフォルト・ルールとして定めていた負担部分について絶対的効力が及ぶというものは別に、相対的効力しか及ばないという形の免除も認められていたわけです。さらに、負担部分だけではなくて、全債務額の免除といいたいでしょうか、連帯債務者の1人への免除の効果は全額について、他の連帯債務者にも及ぶという、非常に広い絶対的効力の及ぶ免除も判例は認めていたわけなのです。それらの中で、負担部分についてのみ絶対的効力を及ぼすというものが民法に定められていた。改正前の民法の下においても、免除をする債権者がそういう意思であれば、今回改正された民法の内容の免除も認められていたわけで、改正によってそちらのほうをデフォルト・ルールとして条文化したということになるかと思います。

改正前の負担部分のみに絶対的効力のある免除の場合には、連帯債務者の1人に対して一部免除をして、その連帯債務者が残りの債務を弁済したという場合に、他の連帯債務者の債務額がどれくらい縮減して、残部を弁済した連帯債務者は他の連帯債務者にどれだけ求償できるのかについて、かなり複雑な論争がありました(中田裕康『債権総論〔第3版〕』[岩波書店, 2013年] 453頁以下の整理によると、比例説、免除額減少説、負担部分基準説)。それが、改正によってデフォルト・ルールとしては相対的効力しかない免除となった結果として、そのような議論をしなくてよくなったという点は、連帯債務を勉強する側としては楽になったと思います。ただ、今回の改正法も一種の任意規定ですから、負担部分については絶対的効力が及ぶという免除も、認められるのだと思うのです。そうすると、そういう免除をした場合の効果はどうなるのだという議論は、従来の議論を継承する状態で行われることになるのではないかと思います。

深山 私もそう思うのですが、最後に松本さんがおっしゃったところは、改正法441条の本文が免除を含めて相対的効力の原則を定めているものの、債権者及び他の連帯債務者の1人が別段の意思表示をしたときは、他の連帯債務者に対する効力はその意思に従うという、ただし書が付いていますので、デフォルト・ルールは単純な相対的効力だとしても、このただし書を使って、実務上、別段の意思表示として、別の効力の発生させ方を合意することはあるのだと思うのです。そうすると、松本さんがおっしゃるように、従来の議論が同じように今後も問題になるのだらうという気がしています。今後の実務でどのように使われてくるのか、デフォルト・ルールが逆転したことを受けて、元に戻そうという形で使われるのか、あるいは全く別の形で使われるのか、その辺はどのようにご想像されますか。

松本 その前に1つ注意しなければならないのは、免除の意思表示をする債権者と免除の意思表示を受ける連帯債務者以外の他の連帯債務者との間で、一定の意思表示、すなわち合意をすればというのが改正法441条ただし書で、これはそのとおりだと思うのです。ところが、こういう合意がなくても、免除をする債権者の意思として、別の効果を生じさせるつもりであれば、そういう効果が発生するということが、従来認められていたのです。改正前の民法では負担部分型の絶対的効力がデフォルト・ルールとされていたのですが、

それ以外のタイプの免除も判例が認めていたわけなので、この点を裏返せば、負担部分型の絶対的効力をもった免除も債権者の一方的な意思表示の形によってできるのではないかと。

負担部分型の絶対効という意思で、債権者が連帯債務者の1人に対して免除をした場合、他の連帯債務者にも影響が及ぶと明記している教科書もあります(平野・前掲238頁)。さらに、負担部分のみではなくて、絶対効のある全額免除について、連帯債務者の1人に対する意思表示で他の連帯債務者についても認めた最高裁平成10年9月10日判決(民集52巻6号1494頁)という、共同不法行為に関するちょっと難しい判例がありますが、これは今回の改正でも影響を受けないと書いている教科書もあります(潮見・前掲597頁)。

債権者と免除を受ける連帯債務者の中で、他の連帯債務者についても免除する旨の合意を、当該他の連帯債務者を第三者とする第三者のための契約として行うということも可能です。ただし、この場合、第三者のためにする契約であれば、第三者の受益の意思表示が必要かという論点が別途出てきます(必要説として淡路剛久『債権総論』[有斐閣, 2002年] 626頁、不要説として平野裕之『コア・テキスト民法IV〔第2版〕』[新世社, 2017年] 275頁)。連帯債務者相互間には免除に関する意思表示の受領代理権があるのかという論点もあります。

そういう意味で改正法のデフォルト・ルールの破り方としては、いくつかあるのではないかと思います。

深山 ご指摘のとおり、改正法441条ただし書は他の連帯債務者との合意を規定しているのですが、免除を受ける当該連帯債務者と債権者との間の合意や、単独行為として債権者が免除すると言ったときの意味合いが問題となります。絶対的な全額免除や負担部分免除があれば、相対的な免除もあるという点は従来と変わらないのでしょうか。おそらく実務的には単独行為でできるとは言っても、免除の合意をすることが多いと思うのです。というのは、全額免除するのであればともかく、いくらか払ったら残りは免除するという一部免除のほうが実務的には極めて多いのです。そうすると、合意中の「残りを免除する」の意味合いが、色々なバリエーションがあるという形で問題になってくるのだらうと思います。この点については、設例にも関係するの

で、後ほどコメントいただければと思います。

Ⅲ. 連帯債務者間の求償関係

深山 連帯債務者間の求償関係についても、規定が整理されたと思います。連帯債務者の1人が弁済等の行為を行った場合に、他の連帯債務者に求償権を行使するとき、自己の負担部分を超えなければ求償できないのか、自己の負担部分を超えなくても他の連帯債務者に対して求償できるのかということについて、法制審でも両説の説明があって、種々議論して、結論としては従来判例や多数説と同様、自己の負担部分を超えることを要しないという形で明文化されました。

そのほうが実務的な感覚からしても公平感があるという気がして、私も負担部分を超えることを要しないという考え方を述べました。最終的に全て求償して帳尻を合わせれば同じことですし、あるいは求償の循環を回避するという観点からすれば、負担部分を超えて初めて求償させるというほうが手間が少ないという面もあるのですが、実際にはきれいに求償関係が精算されるとは限らなくて、最後まで払わない人とか、払いたくても払えない人とかがありますので、自己の負担部分を超える、超えないにかかわらず、その都度、公平な精算をしておくほうがいいと私も考えたのですが、この整理について松本さんのご意見はどうだったのでしょうか。

松本 おっしゃったとおりで、最後には他の連帯債務者のみんなが負担部分を支払ってくれるのであれば、どの時点で求償するかはあまり関係がないのでしょうかけれども、途中で払えなくなるという無資力のリスクのことを考えると、支払ってもらえる時に支払ってもらうというニーズは確かにあると思いますから、これでよいと思います。

深山 求償権の範囲についても明文化されて、求償の範囲は負担額ではなく負担割合に応じるという趣旨が明文化されました。これも古くからの判例に従ったものと思われそうですが、従前あまり異論のないところを明文化したという評価でよろしいのでしょうか。

松本 従来から連帯債務者間の公平を確保するためだと言われていたことです。

深山 もう1点、明文化された点として、他の連帯債務者が免除を受けた連

帯債務者に対して求償権を行使することができるが、改正法445条で規定されました。これについては連帯債務者間の公平ということからして、ある意味、当然と言えば当然という気もするのですが、これが明文化されたことについて、松本さんはどのようにお考えでしょうか。

松本 免除に関する改正前のデフォルト・ルールが絶対効だったのが、改正により相対効に変わりましたが、相対効となればこのようになるのは当然のことだと思うのです。絶対効の場合には、連帯債務の免除を受けた債務者の負担部分は少なくとも消滅するという考え方に立っていた。その負担部分の額だけ、他の連帯債務者についても債務額が縮減するという整理をしていたわけですから、免除を受けた債務者の負担部分については、他の債務者を含めて、全員の債務額がその分縮減することになります。したがって、他の連帯債務者はその部分については弁済を拒めます。そうすると、免除を受けた連帯債務者に対しての求償というのはいりえないというロジックになってくるわけです。そうではなくて、今回の改正によって、免除を受けた連帯債務者は債権者からは請求されないというだけになり、他の連帯債務者には影響がないわけです。そうすると他の連帯債務者が全額弁済した場合に、負担割合に応じて求償できるのは当然のことだということになります。

深山 他方、免除を受けた連帯債務者が他の連帯債務者から求償権を行使された場合に、その求償に応じると、一方で債権者からは免除を受けたにもかかわらず、その後、更に出捐をするということになるわけですが、その場合に求償に応じた額を債権者に対して請求できるかということについては、これは求償できないということについて、特に明文化はされませんでした。この点については、確かに債権者は免除をしているものの、債権者が受け取った金額が不当利得という関係にはならない以上、求償できないことは当然のことなので、あえて明文化するまでもないという説明がなされております。この明文化されなかった部分については、どうお考えでしょうか。

松本 これも先ほど申し上げたのと同じことだと思います。従来は負担部分型の絶対効だったのが、改正により相対効になったので、債権者としては他の連帯債務者との関係では全額請求できるという前提があるから、今おっしゃったとおり、そもそも不当利得にはならないということです。したがって、念のための明文の規定をわざわざ作らなくてもよいという整理になったのだ

ろうと思います。

深山 免除に関する改正点として、もう1つ削除された規定があります。それは連帯債務者の1人に対する連帯の免除がなされた場合の規定です。連帯の免除には絶対的な連帯の免除と相対的な連帯の免除があると講学上は説明されていますが、相対的な連帯の免除がなされた場合において、他の連帯債務者の中に弁済する資力を持たない無資力者がいたときに、債権者は連帯の免除を受けた者が負担すべき部分を負担するという現行法445条が削除されました。この規定の削除については、どのようにお考えでしょうか。

松本 債権者が連帯債務者の1人について連帯の免除をする場合、連帯の免除を受けた連帯債務者の債務は、相対的な連帯の免除の意思であれば、負担部分のみに縮減するという事は疑いがない。しかし、それ以上に、他の連帯債務者の中に無資力者が生じた場合には、本来であれば連帯の免除を受けた連帯債務者が負担しなければならなかった部分を債権者自らが負担するという意思まではないのが普通でしょう。多くの場合に債権者の意思に反するような内容をデフォルト・ルールとして置くのはおかしいのではないかといいことで、削除されたのだらうと思います。

これとの関係で、今回、連帯債務の免除が相対的効力になったことによって、相対的な連帯の免除と言われていたものと、連帯債務の免除の違いがほとんどなくなったのではないかと思います。すなわち、相対的な連帯の免除というのは、連帯の免除を受けた連帯債務者の1人について、負担部分だけ債権者に支払えばよくて、それ以外はもう支払わなくてよいという意味の債務の免除でもあるわけです。そうすると、これは連帯債務者の1人に対して負担部分だけ支払えば、それ以外は免除するという、負担部分以外の債務の一部免除の意思表示をしたというのと同じになるわけです。このような免除の意思表示は、他の連帯債務者には影響しないわけですから、相対的な連帯の免除との違いがなくなってくると思います。

深山 確におっしゃるとおりですね。明文の規定がなくなっても、今後も連帯の免除というのがなくなるわけではないだらうと思います。ただ、それを「連帯の免除」とあえて呼ぶ意味がどれほどあるのか。その人の負担部分の額を払えば、その余は免除しますという一部免除の1つということなので、あえてそれを「連帯の免除」と言う必要性はないのかもしれないですね。い

ずれにせよ、この規定がなくなったことによって、連帯債務者の中に償還する資力のない人がいた場合の処理は、改正法444条の規定に従って、求償者との資力のある連帯債務者の中で、各人の負担部分に応じて分割して負担するということになると思います。以上が連帯債務の免除に関連した法整備として整理できると思います。

IV. 設例の検討

深山 今までの話も踏まえ、設例の検討に移りたいと思います。この設例ではA、B、Cという3人の連帯債務者が債権者Xに対し、360万円の連帯債務を負っているという状況で、XはAから60万円の支払を受けることができれば残額を免除するという意思表示をし、それに従って、AはXに対して60万円支払ったという設例となっております。

このような状況の下、1つ目の設問として、この場合にXはBやCに対して残額の300万円を請求できるかということが問われています。私の理解を申し上げますと、Aが支払った60万円については、この弁済には絶対的効力があるので、B、Cとの関係でもXの持っている債権は300万円に減縮する。他方、免除自体は先ほどご説明いただいているように、相対的効力事由とされたので、Aに対する残額300万円の免除の効力はBやCには及ばない。したがって、債権者XはB、Cに対しては残り300万円全額を請求できるということでしょう。

松本 そのとおりになります。

深山 次に、Bが300万円のうち180万円をXに支払ったときに、BがAやCに対していくら求償できるかが設問として問われております。この点については、弁済者は免責を受けるために支出した財産のうち、各人の負担部分に応じた額の求償権を有することになりますので、この設例で180万円を弁済したBは、AやCに対して弁済額のうちA、C各自の負担部分である3分の1に相当する60万円を求償することができると思います。なお、Aは残額300万円について免除を受けているわけですが、他の連帯債務者は免除を受けた連帯債務者に対しても求償できることは、先ほど確認しているとおりですので、BはAに対しても求償権を行使することができます。

ただし、他方でAは自ら60万円を弁済しており、弁済等によって共同の免責を得たときには、免責を得た額が自己の負担部分を超えるかどうかにかかわらず、各自の負担部分に応じた額の求償権を有するという規律があります。ですからAは自分が支払った60万円のうちB、C各自の負担部分3分の1に相当する20万円を求償できることとなります。そうすると、BからAに対する求償権とAからBに対する求償権とが、20万円の限度で相殺されることになって、結局BはAに対しては40万円の限度で求償できる、というように整理できるのではないかと考えました。

松本 そのとおりです。

深山 3番目の設問は、BがXに300万円支払った場合はどうか。BはAとCにいくら求償できるかということが問われています。300万円を弁済したBは、AやCに対して弁済額のうち、各自の負担部分3分の1に相当する100万円を、それぞれ求償することができます。もっとも先ほどと同様に、Aは60万円を弁済しているので、60万円のうち各自の負担部分3分の1に相当する20万円を、BやCに対して求償することができ、その結果、20万円の部分はA、B間で相殺されて、Aに対しては80万円の限度で求償することができるにとどまることになろうかと思えます。

松本 2つ目の設例と全く同じで、300万円のうちの180万円をBが支払おうが、残額300万円を全部支払おうが、同じロジックになると思えます。

深山 AがBの求償に応じてBに80万円を弁済したときに、AはXに対して支払済みの60万円の返還を請求できるかについても問われていますが、この点は先ほど確認したとおり、Xについて不当利得は成立せず、返還請求できないということになろうかと思えます。

さて、4番目の設問は、実務的にも重要で悩ましい問題であり、慎重に考えるべきところだと思います。この設問は、Aが60万円を支払えば、Xは残額60万円のAの負担を完全に免除してもよいと考えている場合で、この場合にそれを実現するには、どのようにすればいいかということです。BとCに対しても免除の意思表示が必要か、あるいはAの立場から考えて和解条項を作る場合に、どのような点に留意すべきかということが問われています。

実務的にこういう場面は、ままあると思えます。Xとしてはとりあえず

Aから60万円を確実に払わせたいし、Aも60万円で自分の責任が果たされるのであれば、それには応じたいという場合です。まず、Xが60万円だけ回収できればいいと考えているのであれば、残りの300万円の免除をAに対してはもとより、BやCとの関係でも免除するという意思を表明すれば、単純に60万円払うだけで債権債務関係が全て精算されます。しかし、そうするとXとしては60万円しか回収できないことになってしまうので、そういう意思を持つことは少ないだろうと思います。Aからは60万円けれども、BやCからも更に回収したいと考えるのが、通常の債権者の意思だろうと思いますので、それを前提に考えますと、それでもAが60万円の負担で済むようにするためには、債権者としてはBやCとの関係でも、何らかの免除をする必要が生じると思えます。

ただ、BやCから更に一定額を回収したときに、その点についてAに求償されないためにはどうしたらよいかと考えますと、1つの手段としては、Aに対して60万円払えば、残りの300万円を免除すると意思表示し、更にBやCに対して残り300万円のうち60万円ずつ払えば、B、Cに対しても残額は免除するというを意思表示すれば、各自60万円支払うことにより全ての精算が済むわけです。ただし、トータルでも180万円の回収にとどまることとなります。

そうではなく、トータルで360万円全額回収したいと考えているとしたら、結局、単に免除するというだけでなく、BやCがAに対して有する求償権を何らかの形で放棄させないと、そういうことにはならないのではないかと思います。放棄のさせ方としては、XとBあるいはXとCとの間で、BやCがAに対して取得することとなる求償権を放棄するような合意を結ぶ。これは、第三者のためにする契約のような形になると思うのですが、Aを受益者とする求償権放棄の合意をする。あるいは、Aも巻き込んで四者の合意でB、CはAに対しては求償権を行使しないという合意をする。そのようなことをすれば、可能だと思いますし、逆に言うと、そのような求償権の放棄の合意を絡ませないと難しいのではないかと考えたのですが、ほかに何かよい方法があるのでしょうか。

松本 これはかなり難しい問題だと思うのです。まずAとの関係では、60万円だけ支払ってくれれば、それ以上XはAに請求しないし、他の連帯債

務者からも求償されないようにしてあげたいというニーズがあって、その上で債権者としてB、Cからトータルいくら回収したいのかというところで、まず違いが出てくるのではないかと思います。本来のB、Cの負担部分の和である240万円は回収したいという場合と、Aは60万円でもいいけれども、B、Cからは300万円回収したいという場合では、全く違ったアプローチをしなくてはならないのではないかと。すなわち、債権者が連帯債務者内部の負担割合にまで一方的に手を突っ込むことはできないはずなので、Aからは60万円、B、Cからは300万円という形で、当初どおりトータル360万円回収したいというのであればX、A、B、Cの四者の間で、この債権債務関係を組み替えるという合意をするしかないのではないかと思います。

他方でB、Cには240万円支払ってほしいけれども、Aからは120万円のところで60万円でもいい、Xは総額300万円で満足するという趣旨である場合にも、四者間でそういう合意をすることは当然できるでしょう。しかし四者間の合意にしなくても、今おっしゃったような、B、Cに対してはそれぞれ120万円ずつ支払えば、後は免除するという意思表示をして支払ってもらった上で、Aに対する求償権は放棄するという合意をXとB、Cとの間でする。Aの受益の意思表示は必要になるかもしれないのですが、これであれば四者間契約でなくてもよいということになるだろうと思います。

あとは、一部弁済の上で負担部分絶対効がある免除をすることが考えられます。Aに対しては60万円を支払えば残額の300万円の負担を免れさせたい場合、Aの弁済で60万円の絶対効プラスAの残債務300万円の免除で負担部分絶対効として60万円、合わせて120万円についての絶対効がB、Cにも及ぶということになります。この場合、Xが300万円の一部免除の意思表示を先にすると、既に述べたように、学説上ややこしい問題が生じます。

深山 一部弁済を受ける際に現行法のような負担部分絶対効のある免除の意思表示をすることは、もちろんできると思うのです。60万円支払えば残りの60万円をAに対して免除し、あなたの負担部分120万円についてはあなただけでなく、ほかのBやCにも効力を生じさせましょうということにすると、Xは、BやCに対して240万円の債権を持つことになるわけです。そこで、XがBに対して「あなたは240万円を払ってください」と言って、

Bがそれを支払うと、今度はBが「その3分の1の80万円をAに支払ってもらいましょう」ということになって、そこで求償が発生してしまうと思うのです。すると結局、Aは60万円で責任を免れたと書いていても、残りの240万円を払ったBから80万円を求償されてしまうのではないですか。

松本 その点は、改正前の絶対効のある免除の場合に、そういう求償権が発生したのかという問題に還元されるのではないかと思います。例えば、100万円の連帯債務を甲、乙2人で負担していて、債権者が甲に対して債務を全部免除した場合に、甲の負担部分については乙についても免除の効果が及びますから、甲の債務額はゼロになり、乙の債務額は50万円になります。乙が債権者に50万円を支払った場合に、甲に25万円を求償できたかということ、それを認める学説は、調べた限りではなかったのです。おそらく絶対効が認められる場合に、そういう結論にはならないと思うのです。

深山 絶対効の意味合いが文字どおり絶対的なもので、それ以上には求償を発生させないという趣旨であればそうなのでしょうね。しかし、論理的には、1つの解釈として、なお求償関係が発生するという考え方もあるのかなという気がするのです。そういう説はほとんど聞かれないし、それが確定的な解釈だということであれば、現行法のような絶対的効力を有する免除でもいけるのかなという気がします。

松本 私は連帯債務の専門家でないのでこの論点を詰め切ってはいませんが、絶対効というのが、免除を受けた連帯債務者の負担部分については他の連帯債務者の債務額が縮減するということの前提として、免除を受けた連帯債務者の負担部分がなくなるということだとすると、それは内部関係における求償のところでも同じことになって、そもそも負担部分のない連帯債務者に対しては求償できないということになるのだらうと思います。

深山 免除を受けた人が、それで負担部分がなくなったと考えられれば、まさに負担部分がないわけですから、ほかからの求償もないと思うのですが、そう考えてよいかどうか。というのは、先ほど松本さんもおっしゃったように、債権者が勝手に債務者間の負担部分を変えられるかについて、そこまでの権限はないと思うのです。この設例で言えば、XとAの何らかの合意だけではBやCの権利を剝奪することはできないので、Aの負担部分をゼロにするということは、4人が揃わないとできないことなのかなという感じがし

たのです。

松本 債務の総額を変えないで負担割合を変えるというのはおっしゃるとおりだと思うのですが、古い『注釈民法』で椿寿夫先生が、債務の免除を受けた債務者自身へも負担部分の限度で、内部関係にも及ぶ免責の利益を与えるとするときには、免除された債務者をめぐる償還請求問題は考えずに済むという趣旨のことを述べられているのです（西村信雄編『注釈民法(11)』〔有斐閣、1965年〕94頁）。この叙述の前提には、免除を受けた負担部分については求償できないということがあるようです。ですから、改正前の教科書にその点を正面から議論しているものがないのでしょうか。

もっとも、一部免除の場合には今の問題と似たような論点が出てくるので、改正前の教科書でも議論されています。中田教授の『債権総論〔第3版〕』では、例えば1000万円の連帯債務を丙丁2人が負担していて、負担部分が均等である場合に、一部免除をしたときに、どうなるかということをも3つの学説ごとに整理しているのです（中田・前掲453頁以下）。

では、全部免除したらどうなるのかということが、一部免除の場合の議論の前提として書かれています。もし債権者が連帯債務者丙に全額免除したら、丙の債務額1000万円及び負担部分500万円は、いずれもゼロとなると書かれているのです。そして、他の連帯債務者丁は、丙の負担部分500万円について債務を免れると。ということは、免除を受けた連帯債務者の負担部分をゼロにするということが免除の意思表示の効果だとされているようなのです。これがおそらく一般的な考え方ではないかと思うのです。

深山 そうすると、先ほど出てきた連帯の免除に近い話かなという気がしました。全額免除にしろ、あるいは一部払って残りの免除にしろ、連帯債務関係から離脱させて分割債務者にして、そこだけで精算してしまう。こういう連帯の免除的なものと理解すれば、そちらに求償が行くことはないのでしょうかね。

松本 連帯の免除の場合に気をつけなければならないのは、相対的な連帯の免除をされなかった側の2人B、Cは、本説例で言えば360万円からAが弁済した60万円を引いた300万円についての連帯債務を負担していることになりまますから、そのまま「300万円支払え」と言われれば支払わなければならない。そうするとAに対する求償問題が起こってきます。したが

って、相対的な連帯の免除だけでは不十分なのです。そこでB、Cにも影響が及ぶような意思表示、例えば、B、Cにも影響の及ぶ免除の一方的意思表示とか、Aとの間での第三者のためにする免除契約とか、色々あるのでしょうけれども、もう工夫しないとAへの求償は止められません。

それからもう1点。この設例では、Aが60万円支払ってくれば、Xからはこれ以上支払えとは言わないし、B、Cからの求償も受けなくてよいようにしてあげようということですが、無資力者がいる場合の手当でも考えておかないといけません。他の連帯債務者のB、Cに資力があるのであれば、今までの議論でした手当てをしておけば、Aは60万円を支払うだけで済むのでしようけれども、例えば、Bが240万円を全額支払った上でCに求償しようとしたところ、Cが無資力だったという場合、改正前でも改正後でも、BはAに対して求償できますよね（現行法444条本文、改正法444条1項）。そうすると、そのような場合も含めてAに求償しないとか、そのような場合にはXが債権者として負担するというような合意をもう1つしておかないと、Aが60万円の支払だけで終わるという保障はないですね。

深山 そうですね。無資力者がいた場合のAの責任も免除するとしたら、実質的にはXがかぶることになるわけですが、そこまでしないと確かに安心できないということなのでしょうね。

Aが60万円支払って残り60万円の免除を受けた後にBやCから求償されたときには、その部分はXに対して求償できないというのが原則ですが、その場合にあってXが求償に応じることを合意しておけば、万が一のときには今の無資力の場合も含めて、そのときはAの負担はXにかぶってもらおうという約束を取り付けておけば安心ですかね。

松本 Xとの間でいざというときのXによる補填の約束が取れるのであれば、あまり難しいことをする必要はないでしょう。相対的効力しかない免除であっても、求償された場合はXが負担するというのであれば、当初の狙いは実現できると思います。

深山 改めて今の議論を踏まえますと、Xの立場からすると、Aから60万円だけ支払ってもらって、ほかからも一定程度回収したいけれども、Aにはそれ以上の負担をさせないという和解をするときに、どうしたらよいかというのはなかなか悩ましいし、Aとの間だけでは難しい面があります。何

らかの形で和解にBやCも取り込んでいく必要があるのだらうと思います。逆にAの立場からしても、AがBやCから求償されたら、その部分はXが償還に応じるという合意がなされれば別でしょうけれども、それが無い限り、いくらXと約束をしても、それだけでは安心できないでしょうね。

A, B, Cが揃って行動できる連帯債務者間の人的関係がある場合はよいのですが、必ずしもそうとは限らない。A, B, Cは同じ債務者側ではあるけれども、お互いに求償し合う関係にあるという意味では、一定の利害の対立もあるし、単純に人間関係としても、必ずしもうまくいっている場合ばかりとは限らない。A, B, Cの足並みが揃わない場合とか、BやCのうち1人が行方不明とか、なかなか連絡が取れないということになると、この設例のような場面でXとAとの間で色々合意をしても、完全にAを免責させるのは難しいという気がいたしました。

松本 先ほどの議論の繰り返しになりますが、Xとしては360万円全額回収したいけれども、Aは60万円の支払だけでよいという措置は、四者の合意がなくなかなか難しいでしょう。しかし、そうではなくて360万円回収できなくてもよい。B, Cからの240万円とAからの60万円の総額300万円でもよいとか、あるいはもっと少ない180万円でもよいということであれば、別に四者の合意がなくても、何とかできる手段は与えられているのではないかと思います。

深山 Xの立場で、あまり欲張らずに手堅いところでAから確実に60万円を回収するためには、回収総額は、300万円なり180万円で譲歩することなのでしょうかね。

松本 負担部分の絶対的効力が認められた場合の一部免除の学説の錯綜ぶりには注意を払う必要がありますが、360万円全額の回収にこだわらなければ、Aの負担を60万円だけにとどめておくという手立ては、いくつか考えられるのではないかと思います。

深山 実務的には、連帯債務者よりも、連帯保証人の場合が多いと思いますが、主債務者からなかなか回収できなくて「連帯保証人さん、払ってください」と請求しても、連帯保証人もさほど資力があるわけではないというときに、「一部でもいいから払ってください」という場面は、まああるわけです。そのときに、「これだけ払えば私の責任は免れるんですね」と言って支払っ

た後に、内部の求償問題が出てくると非常にもめることになります。そもそも一部弁済・一部免除の合意に錯誤があったということなども議論になります。そういう問題にも発展しかねないので、今までも悩ましいなと思ってはいたのですが、ここの部分は新しい法律になっても、本質的にはあまり変わらない部分として残るのでしょうか。

松本 今の例は連帯保証人が複数の場合ですか。

深山 そうです。1人であれば負担部分がゼロですからよいのですが、連帯保証人が2人、3人いると、その中での内部負担の問題が出てきますよね。

松本 求償されないと思ったから一部弁済に応じたというような主張が、錯誤の主張として通るのかどうかというような問題もありますね。実務にフォーカスすれば、今後まだまだ多くの論点が生じてくるでしょう。

深山 債務免除と債務者間の求償関係という悩ましい実務上の問題に踏み込んで、有意義な議論をさせていただきありがとうございました。

[2017年12月19日収録]

債権譲渡制限特約

山野目章夫

YAMANDOME Akio

深山雅也

MIYAMA Masaya

井上 聡

INOUE Satoshi

設例 債権譲渡制限特約付債権による，資金調達は活性化するか。

- ☞ 債権者が，譲渡制限特約に違反して債権を譲渡した場合，債権譲受人は，誰に対して，どのような請求ができるか。
- ☞ 債権者が，譲渡制限特約に違反して債権を譲渡した場合，
 - ① 債務者は，契約違反を理由に譲渡人たる債権者との取引基本契約を解除できるか。譲渡人たる債権者と債務者との間で，譲渡制限特約に違反して譲渡した場合は取引基本契約を解除できる旨の合意をしていた場合はどうか。
 - ② 債務者は，契約違反を理由に譲渡人たる債権者に対して損害賠償請求できるか。譲渡人たる債権者と債務者との間で，譲渡制限特約に違反して譲渡した場合は違約金として〇〇円を支払う旨の合意をしていた場合はどうか。
- ☞ 債権者が，譲渡制限特約に違反して債権を譲渡した後に，譲渡人たる債権者に破産手続開始の申立がなされ，その後に，債務者が譲渡人に対して弁済した場合，債権譲受人は，譲渡人の破産管財人に弁済金の引渡しを請求できるか。破産手続開始決定前の弁済と破産手続開始決定後の弁済とで結論は異なるか。
- ☞ 金融機関が譲渡禁止特約付債権を担保として譲り受けて貸付けを実行した場合，金融機関は，譲渡人に債務者との契約に違反させる行為を促したことになる，金融機関としてのコンプライアンス（法令遵守義務）に反しないか。

I. 従前の規律・実務上の問題点

深山 今回のテーマは「債権譲渡制限特約」です。債権譲渡制限特約付債権をめぐる問題について山野目章夫さん、井上聡さんと意見交換をさせていただきたいと思います。意見交換にあたり、「債権譲渡制限特約付債権による資金調達に活性化するか」というテーマの下にいくつか設例が設けられておりますが、設例の検討に入る前に、少し従前の規律や今回の改正の内容について振り返ってみたいと思います。今回の改正において、債権譲渡制限特約の効力について見直しがなされました。すなわち、従前は、債権譲渡制限特約は、当事者間においてはもとより、第三者との関係においても絶対的な効力が認められており、特約違反の債権譲渡は第三者との関係においても無効と解されていたわけです。その点について、特約の効力を相対的な効力にとどまるものと見直し、特約違反の債権譲渡は有効であることが明記されました。

まず、従前の条文の解釈について山野目さんにお伺いしたいのですが、従前の条文はどのように理解されていたのでしょうか。

山野目 現行法の466条は、文理を整理して述べますと、いわゆる債権譲渡禁止特約がされている場合において、債権を「譲り渡すことができない」と定めていたこととなります。一般に民事の法制において、「何々することができない」の文言は、その効果を否定する趣旨に理解されます。事態の性質に即して、例外の解釈がされる場合もあり、まさしくこの債権譲渡の場面にについても異なる理解を示す学説がありますが、多くは債権譲渡の処分的効果そのものが否定されるという趣旨に理解してまいりました。

深山 今回の債権譲渡制限特約の効力の見直しは、債権担保による資金調達の促進を目的とするものと説明されておりますが、従前の規律において、あるいは従前の解釈においては、債権担保による資金調達というのは、どのような問題や支障があったのか、その中でどのような工夫がなされていたのかということについて、井上さんいかがでしょうか。

井上 譲渡禁止特約は強い債務者の要求で付されることが多いですから、譲渡禁止特約付債権は、一般に、債務者の信用力が高い債権です。典型的には、大企業に商品を納入することによって納入業者が取得する売掛債権などが挙

げられます。多くの場合、債権者にとって是非とも担保として利用したい財産です。

しかし、通常、そのような債権を担保に取るときは、貸付人側からすると、譲渡禁止特約が付いているかどうかを確認し、特約が付いていれば担保としては評価せず、貸付けを差し控えることが一般的です。なぜなら、譲渡禁止特約が付いていることがわかりますと、悪意と評価されて、現行法の下では有効な担保を取得できないからです。したがって、この手の債権は、価値の高い債権であるにもかかわらず、担保として利用されることが少なかったように思います。

そのため、実務上は、借入人が有する譲渡禁止特約付債権の回収について、貸付人・借入人・第三債務者の合意によって強い振込指定、あるいは代理受領といったアレンジをしたり、最近では、譲渡禁止特約付債権について自己信託を設定して、その受益権を担保に入れたりといった形で、実質的な排他的優先権を確保し、資金調達に利用している例があるように思います。

II. 改正法の概要

深山 今回の改正においては、特約違反の債権譲渡を有効とした上で、特約について悪意又は重過失の譲受人に対しては、債務者は債務の履行を拒絶することができ、また譲渡人への弁済等を対抗できるということになりました。その趣旨について、山野目さんにお伺いしたいのですが、ここで言う「対抗できる」という意味合いは、どのように理解したらよろしいのですか。

山野目 ご指摘の法文にある「対抗することができる」は、いわゆる対抗問題のようなことが主題になっているものではなく、その事由がもたらす効果を前提とする法律関係を主張することができるということであり、事由が弁済であるときは、債権消滅の効果を主張することができます。この局面において、譲受人が債権消滅の効果を否定することができないということになると、他に債権消滅の効力を争う者は考えられませんから、結局、債権は、弁済により消滅したということになるものではないでしょうか。

深山 また、譲受人からの履行請求に対して債務者が履行しない場合に、譲受人が相当の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、その催告期間内に履行がなされないときには、債務者は、譲受人からの履行請求

を拒絶できず、また譲渡人に対する弁済等を譲受人に対抗できなくなるという規律が設けられました。この規律の趣旨は、山野目さん、どのように理解したらよろしいのでしょうか。

山野目 債権譲渡制限特約というものが、一体何のためにするものであるかという債権譲渡制限特約の趣旨は、引き続き債務者が、当初の債権者に弁済することができる利益の保護ということであり、そのチャンスは、催告という仕方では債務者に提供されました。せっかく与えられたそのチャンスを活かすということでないならば、債権譲渡が有効であるという基本的な法律状態に帰り、譲受人の権利行使を認めなければならないということでありましょう。

深山 井上さんも同じようなご理解ということではよろしいですか。

井上 はい、改正法は、現行法における債権譲渡禁止特約の効力が債務者の利益保護のために必要な限度を大きく超えている、過剰であるという価値判断に立って、特約の効力を債務者の利益保護のために必要十分な範囲にとどめようとして到達したルールだと理解しております、ここはその表れと言えるのではないかと思います。

深山 また、譲渡制限特約が付された金銭債権が譲渡されたときには、債務者は、その債権額の金銭を履行地の供託所に供託できるという規律も設けられました。この供託の規律については、山野目さん、どのように理解したらよろしいですか。

山野目 債権譲渡を考える際の基本的な心構えとして、債務者を不安定な状態に置いてはならないということがあります。譲受人に、悪意又は重大な過失があるかどうかは、債務者からしてみれば存じ上げない事項であり、その判断を誤ると弁済の効力が認められないという展開は迷惑であります。この厄介な法律関係から離脱する途が開かれています。供託しなければならぬものではなく、「供託することができる」とされていることも注視しておきたいと考えます。債権者を確知することができないというのではなく、従来になかった新しい供託原因が登場したことを法務局の供託実務などに周知する施行準備が要請されます。

深山 井上さん、この点について何かコメントはございますか。

井上 基本的には同じ理解です。ただ、「不安定」の意味の問題かもしれま

せんが、債務者は譲受人に弁済すればよいと考えれば、必ずしも不安定な状態に置かれているわけではないとも言えます。強いて言えば、「譲渡人に弁済してもよいかどうかは不安だ」とは言えますので、この権利供託は、「知らない人に弁済したくない」という債務者の利益を保護するものではないかと思えます。

深山 いわゆる債権者不確知を供託原因とする供託とは違うタイプの供託原因を認めたということだろうと思えます。

さらに、新しい規律として、譲渡人について破産手続が開始されたときは、譲渡につき対抗要件を具備した譲受人たる債権者は、債務者に対し供託請求できるとの規律も、改正法 466 条の 3 として設けられました。この規律については、山野目さん、いかが理解したらよろしいのでしょうか。

山野目 イメージを比喩的に述べますと、譲渡人の経済活動が順調である限り、債務者が譲渡人に弁済するお金は、譲渡人が手許にとどめる理由がありませんから、譲渡人から譲受人に渡され、そのような仕方では幸福なお金の循環を想像することができます。譲渡人の事業が不成功ということに帰するならば、このお金の回廊が遮断されます。そこで譲受人から請求を受けた債務者は、こちらは供託をするかしないかの選択ではなく、これをしなければなりません。その供託がされた場合の還付請求権は譲受人に帰属します。「倒産五法の改革」という言葉が叫ばれた頃を懐かしく思い起こしますが、倒産手続は破産に限りません。そのことを睨みながら、多くの場面において、破産について規定を置くというものが、民法の一般的な立法態度であります。ここで話題にしている問題につきましても、再建型の倒産手続において、どのような扱いになるかということは、引き続き論議されてよいことだと思います。

深山 この点について、井上さんは、いかがお考えでしょうか。

井上 債権譲渡が有効で第三者対抗要件を備えたものであるならば、譲渡人が倒産しても、譲受人は債権を独り占めすることができます。しかし、倒産直前の回収により譲渡人の手元に滞留している金銭については、いわゆるコミングル・リスクにさらされることとなります。この義務供託の制度は、そのリスクが破産手続開始後の回収金に拡大することを防ぐ効果があるように思えます。破産手続開始後の回収金に係る譲受人の引渡請求権は財団債権に

なると考えられますが、破産手続においては、財団債権であっても財団不足によって全額弁済されないことがしばしばあるということに鑑みると、この義務供託には大きな意義があると思います。

一方で、破産手続以外の倒産手続においては、手続開始後の回収金に係る譲受人の引渡請求権は共益債権になると考えられますが、破産手続における財団債権と比べますと、共益債権が全額弁済されないことは稀です。ですので、この義務供託が適用される場面を破産手続に限定したことについて、その評価は議論になりうるところですが、その実務上の影響は限定的であると思います。

深山 お2人が指摘された再建型の手続との関係について、少し確認したいのですが、山野目さんのご発言は、一般的に民法の規定の在り方として、破産手続について規定を置くときは、必ずしも破産手続に限定する趣旨ではなくて、再建型の倒産手続にも類推適用する余地が解釈としては残るということを含意されておっしゃったのでしょうか。

山野目 類推解釈する可能性ということが、今後の論義の積み重ねの中で、はなから否定されているという性質の議論ではなくて、開かれた議論を皆さんにさせていただくということがよいのではないかという観点から申し上げました。

私個人として、なるべく類推解釈をすべきであるという考え方を推すというつもりで申し上げたものではありません。理由を1つ2つ挙げますと、再建型の倒産手続の場合には、倒産手続が開始された債務者の経済活動が続いているという局面の大きな性質上の違いがありますし、加えて、今、井上さんからご指摘があったように、財団債権と共益債権は法的な性質を共通にする部分が大きくありますが、倒産実務上の実態においては異なる様相も呈していますから、その点も考慮しなければならぬと考えているところです。

Ⅲ. 設例の検討——譲渡制限特約違反の法的効果

深山 債権譲渡制限特約に関する改正法の規律について、この後ご検討していただく設例に関連する部分を中心に確認してきたわけですが、今までのお話も踏まえて、設例の検討に入りたいと思います。

1. 譲受人の請求権

深山 1つ目の論点は、債権者が譲渡制限特約に違反して債権譲渡を行った場合に、債権の譲受人が、誰に対して、どういう請求ができるかという問題ですが、まず、私の理解を申し上げます。

特約の存在について、善意無重過失の譲受人は、譲渡について対抗要件を具備すれば、債務者に対して履行が請求できる。これに対して、特約の存在について、悪意もしくは重過失の譲受人は、譲渡につき対抗要件を具備して債務者に対して履行請求したとしても拒絶されてしまうことがある。ただ、債務者が履行を拒絶した場合には、債務者に対し、相当の期間を定めて譲渡人に対して履行するよう催告することができ、その催告期間内に債務者が履行しないときには、債務者に対して改めて履行請求できる。そして、債務者が履行を拒絶した場合に、譲受人が譲渡人に対して何か請求できるかという点については、譲渡人との間でその場合に何か特約、例えば、譲渡人が債権額相当額の損害金を支払うという特約などですが、そのような特約があれば格別ですが、そうでなければ、特段の請求はできない。なお、譲渡人が破産手続開始決定を受けた場合には、譲渡につき対抗要件を具備した譲受人たる債権者は、債務者に対して供託の請求ができる。以上のように新しい規律に従って整理できようかと思いますが、このような理解、整理で、よろしいでしょうか。

山野目 このあたりは、やや複雑になっていて、理解に慣れていないと、将来、例えば択一式の試験などで出題されたときに、なかなか難儀であるかもしれせん。ただいまの整理は「正しいものはどれか」と尋ねられたと仮定しますと、「全てが正しい」とお見受けしました。譲渡人と譲受人の関係は、ご指摘の特約のことも含め、契約関係に即して解決されるということでしょうね。

2. 譲渡制限特約違反と解除

深山 では2つ目の論点に進みます。まず、2つ目の論点の前段ですが、これは、譲渡制限特約に違反して債権譲渡がなされた場合と解除権との関係を問うものです。

まず、譲渡制限特約に違反して譲渡がなされたときには、取引基本契約を

解除できるという明文の合意があるような場合を考えてみますと、これは、いわゆる約定解除事由を定めた合意ということになるかと思えます。この場合には、特約の有効性を否定するような特段の事情がなければ、約定解除事由に該当することになり解除できるというのが原則であろうと考えます。

このような約定解除事由の特約がない場合には、法定解除の可否の問題になるわけですが、譲渡制限特約違反が、「その契約及び取引上の社会通念に照らして軽微であるとき」という例外的な場合に当てはまらない限りは解除ができるということになるかと思えます。この点については、個々の契約の趣旨なり、特約の趣旨を踏まえて、個別に判断すべきだろうと思えますが、基本的には、今申し上げたような理解をしております。この点について、山野目さんは、いかがお考えでしょうか。

山野目 法定解除についておっしゃった後段は、そのとおりであり、特に付け加えることはありません。解除事由が特約で定められた場合、つまり、約定解除事由の効果をしきりに考えてみたいと感じます。

話を抽象化すれば、ある財産権があつて、その主体と誰かとの間において、その財産権の行使や処分について合意をすると、それが有効であり、定められた方法と異なる行使や処分を財産権の主体がすると、契約違反に当たるとして、契約を解除することができるということになります。

この帰結が認められてよいか、3層の議論があることでしょう。第1に、財産権の秩序の公序性を強調する立場です。財産権の主体は、その財産権を随意に処分することができるということではなければならない、同人を永久に縛ることはできないという前提が市民社会になければならない。1789年にフランスの人権宣言が市民に保障した財産権とはそのようなものであると考えられます。買戻しの特約で不動産の使用を実質的に制限しようとしても10年が限度であるという規律は、ここに源流を見出すことができます。もっとも、処分などを制約する特約に全く取引上の正当な需要がないかという点、そうでもないでしょう。2012年には、その当のフランスにおいて、ある財団が他人に土地を譲渡する際、財団が存続し、「詩人たちの集う家」などとして土地を用いる限り、これを所有者は受け容れなければならないとする1932年に作成された公署証書の契約条項を破棄院が有効とし、人々を驚かせました（破棄院第3民事部2012年10月31日判決）。財産権というもの、

その主体にどこまでの処分のフリーハンドを保障するかは、近代法の永遠の問いであるかもしれません。

第2に、財産権一般という大なたをかざすところまでしなくても、債権譲渡取引の自由度を確保するという今般改正の趣旨に照らし、その意義を実質的に損なう特約は許されないというアプローチもあります。つまり、債権譲渡制限特約に関連する民法の規定の趣旨に公序性を認める発想です。そこから考えると、約定解除権を行使することに正当な取引上の需要がない場合には、その約定解除事由の特約は無効であるというように、特約の制限解釈が行われることになるでしょう。

第3に、約定解除事由の特約を公序違反として効力を問うということせず、契約自由の原則を素朴に考え、この特約を一応は有効とし、ただし、取引上の正当な需要がないのにされる解除権の行使は、権利の濫用に当たるという考え方があります。穏当な解釈論はこのあたりであるかもしれません。けれども、なぜ濫用であるかを問うならば、その理論的基盤には、第1や第2の観点が含まれており、やはり、それらの考察を引き続き深めることが期待されます。

深山 井上さんは、この辺りいかがお考えでしょうか。

井上 個別の事案ごとに考察するという点においては同じ理解ですが、形式論理上の意味ではなく実質的な意味において、原則と例外のニュアンスがやや異なるような気がいたします。

私は、譲渡制限特約違反を明示して解除事由を約定している場合以外の場合については、個別の事案において軽微な違反でないと評価すべき特段の事情がない限り、むしろ、法定解除事由にも約定解除事由にも当たらないことが多いのではないかと考えております。

また、譲渡制限特約違反を明示して解除事由を約定している場合には、形式的には約定解除事由に該当すると解さざるをえないわけですが、強い債務者と弱い債権者という図式が成り立つ、むしろ典型的な場合においては、個別の事案において、軽微な違反にとどまらぬと評価すべき特段の事情がなければ、解除権の行使が権利の濫用とされることは、むしろ少なくないのではないかと思います。

また、このような解除事由が定型約款に定められている場合には、対象と

なる定型取引において譲渡制限特約違反が典型的に軽微な違反にとどまらないと評価されるような特殊な事情がない限りは、そのような解除条項が不当なものとして評価されることが多いのではないかと思います。

深山 特約違反を解除事由にするという、約定解除事由の定めがある場合に、原則として解除ができるか解するのかわかりませんが、むしろ、原則は解除できないと解するのかわかりませんが、少し井上さんと考え方が違うという印象を受けたのですが、もちろん、色々なケースがあるので、常にこうだと申し上げるつもりはないです。山野目さんが言及された権利濫用として解除権の行使が制約されるということについても、もちろん、理屈の上でそういうことがありうることは十分理解をしますが、実務的な感覚としては、権利濫用の抗弁が通ることは、自分自身の経験のみならず、判例等を見てもあまり見受けられないわけですが、権利濫用の抗弁の主張がなされることは少なからずあるわけですが、それを容認した裁判例というのは極めて少ないだろうと思います。

理屈の整理としては、おっしゃるように権利濫用で制約するということがありうるのですが、実務的に多くの場合そうなるかと言うと、私はそうでもないという気がするのですが、いかがですか。

井上 様々な場面で解除の有効性が争われ、権利濫用の抗弁が主張された事案のうち、その主張が判決で認められた例は確かに少ないかもしれませんが、何ら相手方に不利益を及ぼしていない形式的な契約条項違反のみで継続的契約が解除されて解除の効力が争われた事案に限れば、契約の解除が認められなかった例は、しばしばあるのではないかと感じております。この改正が施行された後、譲渡制限特約付債権が果たしてどのように譲渡され、それについて解除の有効性がどのように争われることになるのかよくわかりませんが、私が希望するように、そういった債権が担保等として利用されていく状況になれば、むしろ継続的契約の解除の法理その他何らかの法理を用いて解除の効力が否定されることが一般的になるのではないかと考えております。そこは確かに時間的経過に伴う状況の変化も含めて、見方が分かれるところはあるかもしれません。

3. 譲渡制限特約違反と損害賠償

深山 2つ目の論点の後段の点、すなわち、譲渡制限特約違反の債権譲渡と、

損害賠償の関係に移りたいと思います。解除権との関係とも、やや関連ないし共通する側面もあろうかと思います。この点についても私の意見を先に申し上げますと、債権者と債務者との間で、譲渡制限特約に違反して譲渡した場合には、違約金として〇〇円を支払うという特段の合意をしていた場合には、その違約金の合意が何らかの理由で有効性を否定されるような特段の事情があれば別ですが、そうでなければ、約定どおりの違約金の請求ができるのではないかと考えております。

そのような違約金の合意がないような場合、これは債務不履行一般の議論ということに帰着するわけです。特約上の義務がある以上、それに違反すれば債務不履行にはなろうかと思います。特約違反との因果関係のある損害というのは、なかなか観念しにくいのかなという気もします。すなわち、因果関係のある損害が主張、立証できれば、債務不履行に基づく損害賠償請求の余地はあると思うのですが、現実的には、そのような損害を認定できる場合というのは少ないような気がします。

ただ、例えば金融機関から、借入債務者の保有する債権について譲渡担保の設定要請を強く受けて、その要請に応じなければ倒産してしまうという倒産の危機に瀕した状態で、やむなく押し切られるような形で譲渡担保の要請に応じた場合を考えてみますと、それは債務不履行だとしても、いわゆる免責事由が認められるということもありうるかという気もします。以上のとおり、原則としては債務不履行の問題にはなりうるというのが私の理解ですが、この点について、山野目さんはいかがお考えですか。

山野目 大筋で整理していただいたとおりであると考えますとともに、違約金の定めを無制約に効力を認めてよいかという問題は、約定解除事由についての先ほどと同様な考察が要請される側面が大きいものではないかと感じます。やはり、こここのところでも違約金を請求することができるほうが原則でしょうか。それとも、例外的に違約金を請求することができる場合がありうるということでしょうかという、一度見た風景が繰り返されるような予感があります。

信義則や権利濫用といったような、一般条項のみに、いわば裸の仕方では頼る限りは、約定解除権のところについて深山さんがおっしゃったように、なかなか信義則や権利濫用の法理を使って、違約金などの特約の効果を例外的

に否定することは実務的にハードルが高いかもしれません。しかしながら、今般の債権譲渡制限特約によって、債権の譲渡可能性、流通可能性を高めようとしたのですという、法の趣旨を、いわば補助的に、常に考慮の要素として忘れてはいけませんよということを念押ししながら、それをもって一般条項の使用に実質的な意味を与える仕方での解釈態度をしていけば、また違った解決の在り方が出てくるかもしれません。

深山 この債務不履行なり、違約金の問題について、井上さんはどのようにお考えですか。

井上 ここでも、理論的な意味での原則というより、むしろ解釈のアプローチとして、実際にはどう解釈できる場合が多いかという観点で申し上げますと、譲渡制限特約違反に基づく損害が現に発生していると認められるけれども、その金額評価が困難であるような場合で、かつ、定められた違約金が不当に高額であるとまでは言えないような場合には、違約金条項には合理性があって、その効力をそのまま認めてよいのではないかと思います。そのような場合は稀だと感じます。違約金条項の有効性に関して一般に議論されているのと同じように、あるいはそれとは別に、譲渡制限特約違反に基づく損害が発生しているとはおよそ認められない場合、私はそういう場合が実際には多いのではないかと思うのですが、そういう場合には、違約金条項の効力は及ばないと解すべきではないかと考えています。

このような違約金条項は、一般に、損害の金額評価が難しい場合には、当事者が予め合意した金額を払う旨定めることに合理性があると思われるのですが、何の損害も発生しないことがむしろ見込まれる場合に、あえて違約金条項を定めることに合理性はなく、しばしば力関係に基づいて結ばれることが多いことから、その効力が否定あるいは制限される場合が多いのではないかと考えます。例えば、違約金の額が過大である場合と同視されるおそれがあるのではないかと考えています。

これについても、違約金条項が契約約款に定められている場合には、債権譲渡によって典型的に定型取引において債務者に損害が生じうるような特段の取引事情がない限りは、そういった違約金条項が不当条項と評価されることが多いのではないかと思います。

深山 違約金を〇〇円支払えという定めがなされることというのは、実務的

にはそう珍しくないわけですが、その趣旨というのは、ケース・バイ・ケースだろうと思っております。1つは、420条の定める「損害賠償額の予定」として定められていると理解される場合であり、これは井上さんからご指摘のあったように、損害の評価ないし立証が困難である場合を救済する意味合いがあると思います。他方、そうではなくて、文字どおり、違約に対する制裁金として〇〇円支払えという類いのものもあるのだろうと思います。

損害賠償額の予定については、今回の改正で、裁判所が増減できないという条文が削除されましたが、それは不当に高額だったときには、裁判所が後で是正をすることがあって然るべきだという価値判断だと思います。ここは、損害賠償額の予定の場合と、いわゆる違約金の場合とで、違う解釈ないし当てはめになるということでしょうか。

井上 違約罰としての違約金条項が、債権譲渡制限特約違反について、どういう場合に正当化されるのかにかかると思います。改正法は、当事者が譲渡を禁じたところで、譲渡を有効とした上で、債務者に迷惑がかからないように手当てをしたものと考えます。だとすれば、そもそも、そういう手当て付きの譲渡が違約なのかということかもしれません。つまり、譲渡した上で、譲受人が直接取り立てに行けば、違約罰の対象となる契約違反に該当するのかもしれませんが、実際には、譲受人が、ずかずかと債務者のところに行ったりせずに、従前と全く同様の回収方法を継続して、債務者にとって何の不都合もない態様で回収が継続されている場合にも、改正法の下で、違約罰条項の効力がなお及ぶと解釈するののかについては疑問があって、限定解釈することも十分ありうるのではないかと感じます。もちろん、個別の取引事情により、違約罰を定めることに合理性があって、改正法の定めを守っても譲渡されては迷惑なのだ、非常に困るのだという事情があれば、違約罰条項も有効になると思います。

4. 譲渡人の破産手続開始決定

深山 では、3つ目の論点に移りたいと思います。これは譲渡制限特約に違反して債権を譲渡した後に、譲渡人が破産手続開始の申立を受けたという場面の問題です。この場面において、債務者が譲渡人に対して弁済をしたときに、譲受人は管財人に対して弁済金の引渡しを請求できるかを問うものです。

まず、破産手続開始決定前に弁済がなされた場合について、私の考えを申し述べます。この場合、破産手続開始決定によって、その弁済金は破産財団を構成する財産ということになりますが、そもそもその弁済は債権者ではなくなった譲渡人に対してなされたものであるため、弁済としての効力は認められないと考えるのが原則だろうと思います。もっとも、債務者が債権譲渡の事実自体を知らないような場合であって、そのことについて過失もないような場合には、その弁済は受領権者としての外観を有する者に対する弁済として、478条によって有効な弁済になるだろうと解されます。そして、有効な弁済によって、債権は消滅することになると考えられます。

そうすると、債権を失ってしまった譲受人としては、譲渡人に対して不当利得返還請求権を取得することになり、その権利は破産手続開始決定によって破産債権になると理解できます。また、債務者が債権譲渡の事実について、悪意もしくは有過失の場合には、原則どおり弁済は無効になるので、債権は消滅しないわけですが、その場合、譲受人は債務者に対して履行請求することができますので、それゆえ譲渡人に対して不当利得返還請求権を持つことはないだろうと考えられます。もっとも譲受人が特約について悪意もしくは重過失の場合であれば、債務者は譲渡人への弁済を譲受人に対抗することができますから、その場合には譲受人は債務者に対して履行請求できないこととなります。このとき、先ほど確認しましたように、対抗できるということの意味を有効な弁済になると理解してよいということであれば、これによって債権は消滅しますので、債権を失ってしまった譲受人は、譲渡人に対して不当利得返還請求権を取得することになり、破産手続開始後は破産債権者として手続参加できると、このように整理しました。山野目さん、この整理、理解でよろしいでしょうか。

山野目 債務者対抗要件が具備される前に譲渡人に対してした弁済は、特段の事情がない限り有効であり、また債務者対抗要件が具備された場合においても、譲受人が悪意又は重大な過失があるときに同人からの催告の期間が経過する前に譲渡人に対してした弁済は、やはり有効であると考えます。これらの場合において、譲受人は譲渡人に対して不当利得返還請求権を取得し、それが破産債権になるということでしょう。実務上、実際には保全管理命令が発せられる場合もあるかもしれませんが、その場合においても、保全管理命

令が発せられたことを知らないで、債務者が譲渡人に対してした弁済は同じ扱いになるものではないかと考えます。

深山 井上さんは、この場面について、どのようにお考えでしょうか。

井上 深山さんが整理してくださった場合分けの順序に従って分析すれば、ご説明いただいたとおりになると思うのですが、冒頭にも申し上げましたように、譲渡制限特約が付いているかどうかを確認した上で担保に取ったり譲り受けたりすることが金融取引においては通常ですので、その場合に絞って考察するのがわかりやすいように思います。そう考えると、実際上は、債務者から譲渡人への弁済は有効であり、債務が消滅することになりますので、その結果、債権を失った譲受人は、不当利得返還請求権を譲渡人に対して取得することになると思います。

破産手続に先立って、譲渡人と譲受人との間で債権回収に関する委任契約が締結されていた場合には、その契約関係が継続するか否かによって、譲受人の回収金引渡請求権の性質に関する分析が変わってくることもありえますが、何らかの形で、引渡請求権が譲受人に成立することにはなると思います。また、保全管理人に弁済され、保全管理人がその職務の一環として回収事務を行う場合には、譲受人が取得する債権が財団債権になると考えられます。**深山** 最後にご説明いただいた保全管理人への弁済がなされると財団債権になるという部分について確認をしたいのですが、これは不当利得返還請求権が財団債権になるという趣旨なのでしょう。あるいは、取立委任を目的とする契約があるから、それを承継するという意味で契約上の債権が財団債権になるということなのでしょう。

井上 不当利得返還請求権という性格づけの場合は、破産手続開始後に生じたものが財団債権となるわけですので、破産手続開始申立後開始前の弁済金については、不当利得返還請求権としてではなく、保全管理人の権限に基づいてした行為によって生じた請求権として財団債権になると考えるのではないかと思います。

深山 これは破産法の解釈の問題かもしれないのですが、保全管理人がその権限に基づいて行った行為は財団債権になるという条文があったかと思いません。弁済を受けるという受け身の行為が、これも保全管理人の権限に基づいて行った行為に含まれるのだとすると、破産法の148条4項でカバーできる

という解釈もあるのかなと思って聞いていたのです。しかし、単に弁済金を受け取るだけでは、保全管理人の権限に基づく行為とまでは言えないのではないのでしょうか。

井上 そこについてですが、私は言えるのではないかと思います。実際上は、破産手続ではなく再建型の倒産手続において問題になることが多いのですが、手続開始申立時の保全命令は、弁済禁止の範囲を申立前の回収金に限定しており、申立後の回収金については、弁済禁止の保全処分から外して、実際にも払出しが行われています。ということは、少なくとも再建型の倒産手続においては、従前どおり取引先から回収金を受け取って、これを譲受人に渡すといったことが、保全管理人の業務と評価されていると考えております（民再120条4項、会更128条1項）。ですので、破産においても、仮に事業譲渡等を予定するなどして、保全管理人が選任されて、取引先との関係を継続することが想定されているような場合には、受け身の弁済受領行為であっても、保全管理人の権限に基づく行為と評価し、回収金を優先的に払い出してもよいと考えた次第です。

深山 それでは、次に破産手続開始決定後に弁済がなされた場合について考えてみたいと思います。この場合も、やはり破産管財人に対する弁済が有効かどうかということがポイントになると思うのですが、先ほど申し上げましたように、債務者が債権譲渡の事実自体を知らず、そのことについて無過失であるようなとき、あるいは譲受人が特約について悪意もしくは重過失であるというときには、弁済が有効になると考えられますので、その場合には債権を失った譲受人は、譲渡人の破産財団に対して不当利得返還請求権を取得することになり、その不当利得返還請求権は財団債権と考えられると思います。逆に、それ以外のときには、債権者でなくなった譲渡人に対してなされた弁済は無効ということになり、他方でその場合には譲受人は債務者に対して履行請求ができますので、破産管財人に対しては不当利得返還請求権を主張できないというように理解いたしました。山野目さん、この点はこれでよろしいでしょうか。

山野目 債務者対抗要件が具備される前に譲渡人に対してした弁済は、特段の事情がない限り有効であり、また債務者対抗要件が具備された場合において、譲受人が悪意又は重大な過失があるときに同人からの供託の請求を受け

る前に譲渡人に対してした弁済は、やはり有効であると考えます。これらの場合において、譲受人は譲渡人に対し不当利得返還請求権を取得し、それが財団債権になると考えます。

深山 井上さんは、この点どのようにお考えでしょうか。

井上 先ほど申し上げたように、譲受人が悪意、少なくとも重過失であることを実務的には想定しますと、破産手続開始後の弁済金については、深山さんのご説明のとおり譲受人の請求権が財団債権になると考えます。

5. 金融機関のコンプライアンス

深山 それでは、4つ目の論点に進みたいと思います。ここでは、金融機関が譲渡禁止特約付債権を担保として譲り受けて貸付けを実行した場合に、金融機関は、債務者に譲渡人との契約に違反させる行為をした、あるいはそれを促したという意味において、コンプライアンス違反ということが問題になるのではないかとということが問われております。

コンプライアンス違反、あるいは法令遵守義務違反が認められるかどうかという点は、個別具体的な事案に即して判断されるべき問題だろうと思いますが、一律に違反になるとも、ならないとも言い難いとは思いますが、特約違反の譲渡を有効にするという今回の立法の趣旨を踏まえるならば、少なくとも直ちにコンプライアンス違反になるということにはならないのだろうと思います。しかし、特約違反の効果について、先ほども話題となりましたように、約定解除事由と定められている場合であったり、一定の違約金条項が定められているというような場合を想定すると、それにもかかわらず債権譲渡担保の提供を求めるという場合には、コンプライアンスが問題になる場面もあるように思います。

さらに言えば、先ほども言及しましたが、債務者の窮境状態につけ込むような形で債権譲渡担保の提供を求めたというような場合を考えますと、そのような場合には金融機関としてのコンプライアンス違反が問題になりうるのではないかと考えるところです。コンプライアンスの問題について、山野目さん、いかがお考えでしょうか。

山野目 金融機関が法令遵守義務違反に問われる場面は、金融機関が不正に法令に違反する行為をした場合であり、まず善意で重大な過失なく譲渡制限

特約のある債権を担保としたとしても、法令遵守義務違反にはなりません。本日、井上さんが繰り返し強調なさっていたように、このような場合はほとんど考えられないかもしれませんが、理論的にまずそのことは確認されてよいことです。

加えて、井上さんのお話で、こちらのほうが多いというご指摘をいただいているところですが、譲渡制限特約があることを知り、又は重大な過失により知らないで担保とする場合であっても、まずは譲渡人（担保設定者）に弁済をし、然る後に譲渡人がそれを原資として譲受人に返済をするという順路がおびやかされるものではありませんから、普通は害される債務者の利益が考えられず、したがって、金融機関に問われるべき法令遵守義務違反は通常は考えにくいと感じます。

深山 井上さんはコンプライアンスについて、どうお考えでしょうか。

井上 ここでも一応、議論の前提として、金融機関は譲渡制限特約について悪意であることを前提としたいと思います。個々の事案によるわけではありませんが、譲渡制限特約違反が軽微な契約違反にとどまらなると評価すべき特段の事情があって、かつ、金融機関がそのような特段の事情を知り又は知りうべき場合のような、かなり例外的な場合を除くと、金融機関がコンプライアンス違反に問われることは考えにくいと思います。

企業価値防衛の観点から、「コンプライアンス」の意味内容に法令のみならず社会規範の遵守等も含めるという立場に立ちますと、譲渡制限特約違反に基づく損害が発生しているとは、およそ認められない場合に、なお継続的契約を解除したり、違約金を求めたりするような債務者の行為こそ、取引上の優越的地位の濫用又はそれに準ずる行為として、むしろコンプライアンス上の問題があると評価されるのではないかと思います。

深山 先ほど申し上げたように、これは一律にというよりは、事案に応じて考えるべきだと思うわけですが、金融機関と、ひと口に言っても、銀行を想定するのと、いわゆる貸金業者等を想定するのとでは、かなり様相が違うような気がいたします。そういう意味で言うと、今回の立法の趣旨は、銀行などの金融機関が正常な取引の中で資金調達に関わる場面を想定しての立法だろうと理解をしております。しかし、法律ができれば、そのような想定場面よりも、もう少し幅広く規律が適用されることになります。金融機関以外の

債権者にも、もちろん適用されますし、金融機関の中でも様々な業種・業態の金融機関が含まれるということを考えると、コンプライアンスの問題1つを取っても、あるいは、解除とか債務不履行の問題もそうかもしれませんが、これらの問題は、個々の事案や契約によって結論は異なってくるような気がいたしております。

井上 債務者の窮境につけ込むという点ですが、これも貸付人の行為にどのように光を当てるかによって、随分見え方が変わってくるのではないかと思います。窮境にある債務者こそが、ほかに目ぼしい財産を持たない場合が多く、事業再生のために資金を調達したいときに、銀行としては譲渡制限特約付債権を担保に取ることができれば資金を貸すことができるけれども、この債務者に無担保で貸すことは、もはやできないという判断は、ごく普通にありうるところで、それを債務者に伝えることが窮境につけ込むことになるかと評価されると、あるいはそれがコンプライアンス上の問題になるということになると、債務者にとってこの手の資金調達手段が必要なきに限り、金融機関を萎縮させることになりかねないような気もします。むしろ、この特約が保護しようとしている債務者の利益がおよそ害されないような場合には、たとえ借入希望者に対して金融機関が譲渡制限特約付債権の担保拋出を求めても、一般的にコンプライアンス上の問題はないと言ふべきではないかと、私としては思っているところです。

深山 なるほど。確かに窮境であるということだけで問題視するというのは、ちょっと妥当でなかったと思います。同じく窮境の場面を想定するとしても、例えば窮境の状態ではあるものの、何とか事業継続を図るために、最後に残された財産である債権を担保に入れて資金調達を図る場面は、確かに想定できるし、それは誰にとっても必ずしも悪いことではないのでしょうか。けれども、そうではなくて、例えば既に貸付けがなされていて、いわば追加担保のような形で債務者の保有する債権を担保に提供させる場合とか、あるいは大した金額の融資がなされないにもかかわらず、わずかな資金提供と引き替えに、額面の大きな債権を担保に取ってしまう場合とか、あるいは既存の債務への代物弁済のような形で債権譲渡を受けてしまう場合とか、色々な場面を想定すると、場合によっては、それはやりすぎだろうとか、それは他の債権者との関係でまずいだろうという場面があるということ、実務的な感覚と

してイメージして申し上げました。もちろん、偏頗な弁済であれば、否認権行使などの別の規律で是正するという余地もあるのでしょうかけれども、債権譲渡自体を問題にする余地もあるのかなと思って申し上げた次第です。

山野目 金融機関のコンプライアンスの問題について、どう問題に取り組むかという論点の扱いかとして、この3人が語り合っていることは、基本的な方向は異なっていないというか、対立はないようにも感じますが、よく聴いていると、深山さんのご発言に、しばしば「事例によって異なることでしょいうが」というフレーズが出てきて、それを強調しておられるところは、そこを注目しておかなければなりません。反面、井上さんのお話の中の「一般的には」、ここも「一般的には」をゴシックか傍点にしてもいいくらいですが、コンプライアンス違反にはなりにくいでしょうとおっしゃっている。これらの点に係るお2人の間には、いささか見過ごすことのできない差違があるものであって、これから債権譲渡取引を改正法の趣旨に照らして活性化していくためには、金融機関の立場から見たときに、安んじて債権譲渡取引ないし債権譲渡担保取引、この取引空間に入ってきてもらうという環境作りが必要であろうと感じます。そのことを意識しつつも、深山さんは一種、実務的に手堅くおっしゃろうとしたし、井上さんは、しかし、そこを更に考え込もうとしたというお話のように伺いまして、大変興味深い意見交換がされたものではないかとお見受けします。

IV. おわりに——譲渡制限特約付債権による資金調達を活性化するか

深山 今までの話のまとめのようなことになるかもしれませんが、本日の全体のテーマである、今回の改正によって、譲渡制限特約付債権による資金調達は活性化するだろうかということについて、それぞれお考えをお聞きしたいと思います。

先に私の意見ないし印象を申し上げますと、従前の規律と比較すれば、やはり債権譲渡担保による資金調達が活性化する余地はあるのだらうと思います。しかしながら、特約違反の効果の定め方如何によっては、そのことによって債権の流動化の阻害要因になるという場面も想定できるように思います。元々譲渡制限特約というものは、社会的あるいは経済的な力関係において強い債務者によって利用されることが多いと言われておりますが、そうである

ならば、強い債務者としては今回の規律の変更を踏まえた特約違反の効果契約の中で定めるであろうと予想されます。そうなりますと、立法趣旨に沿うような目覚ましい資金調達の活性化というところまでは期待できないのではないかと、というのが私の印象です。山野目さんはいかがでしょう。

山野目 全くご指摘のとおりであり、強い債務者の欲求による特約の効力をどこまで押さえることができるかに、これからは大きく依存していると痛感します。2004年の臨時国会は、債権譲渡取引の活性化による企業の資金調達の推進と個人保証の弊害の除去という2つの課題に取り組んだものですが、いずれにも課題が残されていました。いわば宿題が残されていたこれら2つの課題は、2017年の債権関係規定の見直しにおいて、どこまで進展が達成されたでしょうか（山野目章夫「2004年臨時国会の2つの宿題と今般の債権法改正」日弁連法務研究財団ニューズレター JLF NEWS 67号〔2017年〕10頁）。私が見るところ、どちらも法制上、さらなる半歩の前進があり（個人保証については、「保証」〔NO. 08〕を参照）、しかし依然、解釈運用上の課題や遺された立法課題があり、途半ばというところであると見ます。

深山 井上さん、いかがでしょう。

井上 この債権譲渡制限特約の目的は支払先の固定であるにもかかわらず、譲渡をとにかく禁止しよう、無効にしようという契約上の定めを、取引社会が過剰であると感じるようになっていけば、私は譲渡制限特約付債権を譲渡することに対する実務上のハードルは低くなっていくのではないかと感じております。そのような一般取引慣行を確立することができれば、譲渡制限特約付債権を徐々に資金調達に利用できるようになるのではないかと期待しているところです。その過程では、既に申し上げたような解除に関する解釈、あるいは違約金請求のような債務者からのリアクションに関する解釈とともに、コンプライアンスに関する認識、あるいはそれに関連して金融当局による検査・監督の姿勢も重要になると思います。

深山 今回の譲渡制限特約の規律というのは、債権譲渡担保を利用した資金調達の活性化を図るという、かなり政策的な目的、意図を明文化した改正点だらうと思います。それは社会の一定のニーズがあって実現したことだと思いますので、そういう方向で進むというのは、当然、期待もされているでしょうし、そうなることがあるだらうと思います。そうなったときに、従前

の解釈も、おのずと社会なり取引慣行の変化に応じて変わってくるのかなと想像します。解除の有効性にしろ、違約金条項の有効性にしろ、その解釈は、取り巻く社会経済情勢によって影響を受けるということも少なからずあると思います。今後、そのあたりの解釈は社会の動きと連動して変化していくものと想像しております。

他方でちょっと懸念するのは、先ほど申し上げましたように、1つの規律は色々な場面で適用され、特に今回の譲渡制限特約の規律は、金銭債権に必ずしも限られておらず、およそ債権一般の規律ということになっている点です。立法に関与した人が想定したり、目指していた資金調達の場合とは全然違う場面にも適用されることを考えると、やや想定外の副作用のようなものが出ていかんなどということも少し懸念をしているところです。山野目さん、この規律の社会全体に及ぼす影響については、どのようなお考えかをお聞かせいただければと思います。

山野目 ご指摘のとおり、通常金銭債権に限定した規律ではなくて、債権譲渡についての普遍性を持った規律ですから、おっしゃったような予想外の帰結が生じることへの対応ということも勉強していかなければなりません。本日は、金融機関が債権を担保に取るような場面を、中心的な想定に置いて議論してきましたが、ご指摘のように、そうではない側面への注意も要ることでありましょう。通常金融債権とは異なる扱いだから考えなければいけませんね、ということが、法制上、明示されているものが預貯金の債権の譲渡であって、そこは法制上の手当がされていますが、おっしゃられたように債権譲渡の世界は広いですから、引き続き視野を大きく取って各方面での研究がされなければならないものではないかと感じます。

深山 井上さん、何かありますか。

井上 私も、全く山野目さんのおっしゃるとおりで、主として想定されている場面とは異なる場面、あるいは主として想定されている場面であっても、債務者、あるいは取引の実態に応じて、異なる結論が導かれるべき場合はあると思います。この特約の趣旨はあくまでも債務者の保護にあり、今回の改正の趣旨は、債務者の保護に必要な限度に限定して、それ以上の過剰な効力を削ぎ落とそうという観点で捉えればよいのではないかと思いますので、事案によっては、取引実態、その他、場合に応じて債務者の保護の観点から、

譲渡制限特約の効力をしっかり認めていくような解釈をすべき場合もあるのではないかと感じました。

深山 譲渡制限特約をめぐる様々な場面を念頭に、今後の実務で予想される問題について、色々なご意見をいただき、大変充実した議論をさせていただいたと思います。どうもありがとうございました。

[2018年4月16日収録]

定型約款		
山本敬三 YAMAMOTO Keizo	深山雅也 MIYAMA Masaya	山本健司 YAMAMOTO Kenji
設問	定型約款規制による具体的影響	
<ul style="list-style-type: none"> ☞ 定型約款の不当条項規制と公序良俗違反又は信義則違反との関係。 ☞ 不当条項規制は、不意打ち条項に及ぶか。 ☞ 定型約款の内容の表示義務を怠った場合の効果（合意前の不履行と合意後の不履行の違い）。 ☞ 定型約款に含まれない約款の存在とそれら約款に対して定型約款規制は及ぶか。 		

I. はじめに

深山 今回は、改正法において新たな明文規定が設けられた「定型約款」について、山本敬三さん、山本健司さんと意見交換をさせていただきます。「定型約款規制による具体的な影響」というテーマのもとに、4つの設問が用意されていますが、設問の検討に入る前に、約款をめぐる従前の議論について確認しておきたいと思います。

II. 従前の議論の確認

深山 まず、約款の定義や、約款の拘束力についての法的根拠など、約款に関して従前どのような議論がなされていたのかについて、山本敬三さん、ご説明いただけますか。

山本（敬） 約款については、戦前から議論があったところでして、初期の

頃は、約款が拘束力を持つ根拠をどのように説明するかという拘束力の根拠論が議論の中心でした。そこでは、約款に法規性を認める見解や特殊な制度として説明する見解のほか、約款によることが商慣習になっているとする見解が有力に主張されました。

その後、1960年代から70年代にかけて、約款に関する問題を私的自治や意思自治の観点から批判的に検討する見解が有力に主張されるようになりました。その結果、特に80年代以降は、約款に拘束力が認められる根拠を「約款による」という合意に求める見解が多数を占めるようになりました。

このような動きとともに、議論の力点は、約款が契約の内容になるための要件と内容規制に移っていくことになりました。

約款が契約の内容になるための要件について、特に問題視されたのは、戦前の判例（大判大正4・12・24民録21輯2182頁）が採用した意思推定説です。それによると、当事者双方が約款によらない意思を表示せずに契約をしたときは、契約時に約款内容を知らなかったとしても、反証のない限り、その約款による意思を持って契約したものと推定されます。しかし、契約時に約款の内容を知る機会がない場合にまで、約款が契約の内容になることを認めるのは、契約の拘束力に関する一般原則と相容れません。そこで、「約款による」という合意が認められるためには、約款の開示など、約款の内容を知ろうとすれば知ることができる機会が与えられている必要があるという見解が有力に主張されました。

ただ、そのようにして約款が契約の内容になったとしても、個々の条項について合意がされたわけではありません。そこで、当初は、不当な条項についてまで契約の内容にすることは合意されていないとして、そのような条項の効力を否定するという考え方が有力に主張されました。しかし、その後、そのような「隠れた内容規制」ではなく、不当な条項はその内容が不当であることを理由に効力を否定すべきであるとして、信義則に反して顧客に不当な不利益を与える条項は端的に無効とすべきであるという考え方が一般的になりました。

以上が約款に関するこれまでの議論の流れですが、そこで対象となる約款は、当初は、保険約款や運送約款のような不特定多数を相手にした画一的・定型的な取引で使用されるものが主として念頭に置かれていました。しかし、

その後は、約款に拘束力が認められる要件と特別な内容規制の整備を図るという観点から、対象となる約款も、一方当事者があらかじめ作成した契約条項群を広く指すものとして捉えられるようになったということができます。

深山 次に、改正法において設けられた定型約款の明文規定の内容について、設問に関係する部分につき確認しておきたいと思います。

Ⅲ. 改正法の概要の確認

1. 定型約款の定義

深山 定型約款の定義については、改正法 548 条の 2 第 1 項において、「ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引であって、その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なもの」を「定型取引」と定義した上で、「定型取引において、契約の内容とすることを目的としてその特定の者により準備された条項の総体」を「定型約款」と定義したわけですが、法制審議会において、どのような議論がなされたのか、その経緯について、山本敬三さん、ご説明願います。

山本（敬） 法制審の部会審議で出発点とされたのは、「約款」を規制の対象として、これを「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された契約条項の総体」として定義するという考え方です。これは、先ほどご紹介した現在の学説の理解に対応しています。

しかし、このような考え方に対しては、事業者間取引で使われる契約書のひな形と就業規則が含まれるおそれがあり、適当ではないという批判が強く出されました。その結果、この両者が規制の対象から外れるようにするために、約款をどのように定義するかが議論の中心を占めることになりました。

定義の絞り込み方については、最初は、対象となる契約条項群を限定することが試みられましたが、中間試案以降は、約款が使われる取引を限定することによって対応することが検討されました。具体的には、定型的な取引とそうでない取引を区別して、規制の対象を定型的な取引に限定し、定型でない取引は規制の対象としない。先ほどの契約書のひな形が使われる事業者間取引や就業規則が使われる労働契約は、定型的な取引に当たらないので、規制の対象から外れるという説明です。改正法 548 条の 2 第 1 項の「定型取引」への限定は、このような考慮によるものです。

規制の対象については、経済界から、最終段階に至るまで、事業者間取引を除外すべきであるという意見が強く主張され続けていましたが、最終的には、このような意見は採用されませんでした。改正法 548 条の 2 第 1 項の定義をみても、そのような限定は直接的にはみてとれません。ただ、事業者間取引のうち、取引先との取引の多くは、「定型取引」、つまり「不特定多数の者を相手方として行う取引」であって「その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なもの」には当たらないとしますと、その当否は別として、定型約款の規制から外れるものが多くなるということになりそうです。

深山 この点について、山本健司さんは、どのように理解ないし評価されていますか。

山本（健） 「定型約款」の定義に関しては、ユーザーの立場から見て、具体的な該当性の判断が悩ましいと感じております。特に「定型取引」の範囲、具体的には「内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的な」取引という要件の解釈や具体的なあてはめが難しいと感じております。

法務省の『一問一答』（246 頁）では、鉄道の旅客運送取引における運送約款、宅配便契約における運送約款、電気供給契約における電気供給約款、普通預金規定、保険取引における保険約款等が、「定型約款」の具体例として例示されております。確かにこれらは不特定多数との画一性の高い取引とそこにおける契約条項群である点において、定型取引、定型約款の典型例と言えると思います。

また、法制審における議論経緯から、労働契約における就業規則と、事業者間取引において修正がありうることを前提に呈示される契約書案（契約書のひな形）は、「定型約款」に該当しないという点は理解しやすいところです。

これらに加えて、法務省の『一問一答』（246 頁）では、建物賃貸借契約書のひな形について、個人が管理する小規模な賃貸用建物について、ひな形を利用して賃貸借契約を締結しているといった場合におけるそのひな形は定型約款には該当しないとされる一方、複数の大規模な住宅用建物を建設した大手の不動産会社が、同一の契約書のひな形を使って、多数に上る各居室の賃

貸借契約を締結しているといった事情がある場合には、そのひな形は定型約款に該当しうるとされています。また、国会審議では、政府参考人から、実際の取引実態によるという留保付きで、銀行取引約定書は定型約款に該当せず、住宅ローン契約書は定型約款に該当すると考えるとの答弁がなされています（第192回国会衆議院法務委員会議録15号19頁）。しかし、このあたりになってくると、定型取引、定型約款の該当性判断はかなり難しいように思います。

定型約款の該当性判断の問題は、山本敬三さんもお整理くださったように、問題となっている契約条項群が用いられている取引が客観的な画一性を有する「定型取引」に該当するかどうかをまず考察する必要があると思われるのですが、これまでに公開されている文献を見ますと、要件の解釈や具体的なあてはめが難しいとされているものが少なくありませんし、私自身もそのように感じております。改正法が施行されるまでに十分な議論と共通認識が必要であると思います。

この機会に、山本敬三さんにご質問をさせていただきたいのですが、例えば、ある事業者のある事業活動において、99%の取引は不特定多数の顧客との画一的な取引で、そこでは事業者の用意した契約条項群が画一的に使用されている、残る1%の取引は極めて強い交渉力を持った一部の顧客との取引で、そこでは同じ契約条項群が個別交渉のたたき台として顧客に呈示され、一部に修正を付加する等の合意のもとに使用されているという事案を考えた場合、99%の顧客との取引は定型取引で、そこで使用されている契約条項群は定型約款である一方、1%の一部顧客との取引は定型取引ではない個別取引で、そこで使用されている契約条項群も定型約款に当たらないと考えられるようにも思われます。その点、いかがお考えでしょうか。

山本（敬） 山本健司さんのご質問は、改正法が「定型取引」に当たるかどうかを適用範囲を画する要件に設定したことから出てきた問題です。問題は、不特定多数の者を相手に展開している取引において、個別合意がされる場合が一定程度あるときに、そのためにそもそも「定型取引」でなくなるのか、それとも、全体としては「定型取引」だけれども、その個別合意がされた者との取引は、「定型取引」には当たらないのか、改正法548条の2第1項の要件に即して言いますと、事業者が当該相手方とした合意が「定型取引合

意」に当たらない、あるいは、「定型取引合意」は行われているけれども、個別合意がされた限りで、その個別合意が優先することになるのかということだと思えます。

規定の仕組みに従って言えば、そのような顧客がいることによって「不特定多数の者を相手方として行う取引」から外れるかということ、そうではないでしょう。問題はやはり、そのような顧客がいることによって「その内容の全部又は一部が画一的であることが双方にとって合理的なもの」と言えなくなるかどうかです。

この要件が設定されたのは、契約内容の全部又は一部を画一的にすることによって、不特定多数の者に対して一定の商品やサービスを一定の対価で提供するという取引が成り立つ、そのような取引を対象とする必要があると考えたためでしょう。実際の判断は、それぞれの取引の実情によって違ってくると言わざるをえないと思いますが、全体としてそのような評価が可能な取引かどうか重要であって、特定の顧客がいることによってそのような評価ができなくなるかどうか分かれ目になるのだらうと思いますが、いかがでしょうか。

深山 個別合意がなされることがあるからといって、直ちに定型取引でなくなるというわけではないのでしょうか。

2. 定型約款の組入要件

深山 次に、定型約款の組入要件については、改正法548条の2第1項に「定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき」又は「定型約款準備者があらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していたとき」に約款を構成する個別条項について「合意をしたものとみなす」との規律が定められましたが、法制審において、どのような議論がなされたのか、その経緯について、山本敬三さん、ご説明願います。

山本（敬） 組入要件に関しては、中間試案の段階までは、約款が契約の内容になるためには、①約款を用いることの合意のほか、②契約締結時までに、相手方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するという考え方が提案されていました。①は、いわゆる組入合意に相当するもので、②は手続要件として位置づけることができ

ます。これは、先ほどご紹介した現在の学説における多数の考え方に概ね対応しています。

それに対して、中間試案以降では、まず、②の要件要件、つまり相手方が定型約款の内容を知ることができる機会は、原則として、組入要件から切り離されることになりました。

さらに、①の組入合意要件については、最終的に、改正法 548 条の 2 第 1 項 1 号で、「定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき」として明文化されましたが、それだけでなく、2 号で、定型約款準備者が「あらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していたとき」が追加されました。これを組入表示と呼ぶことにしますと、この組入表示については、最初は、「相手方が異議を述べないで」契約を締結したことが要件とされてきました。しかし、異議が述べられた場合は、契約が成立することは実際上ありえないと考えられることから、「異議を述べないで」という部分は無意味なことを規定しているとして、最終的に、この部分は削除されることになりました。

さらに、組入合意であれ、組入表示であれ、定型約款が契約の内容になるためには、先ほどの定型取引を行うことの合意、つまり定型取引合意が必要とされることになりました。

なお、組入要件については、旅客運送をはじめとした一定の公共的な取引に関しては、表示すら難しいことを考慮して特則を定める必要があることが留保されていまして、最終的に、整備法（平成 29 年法律第 45 号）で、鉄道営業法等の 8 つの法律について、「表示していた」という部分を「表示し、又は公表していた」とすることとされています。

部会審議の経緯は以上のとおりですが、特に組入表示について、それだけでなぜ契約の内容となるのかという問題が、国会審議の場で指摘されました。それに対して、法務省の立案担当者からは、これは、黙示の合意があると言いうる局面を想定した規定であるという説明がされました。つまり、あらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していた場合において、当事者が実際にその定型取引をしたのであれば、通常は定型約款を契約の内容とする旨の黙示の合意があったということが出来る。しかし、黙示の合意の認定は必ずしも容易でないこともあるので、定型約款を利用した取引

の安定を図るという観点から、このような規定を置くこととしたというわけです。さらに、このような趣旨からすると、「表示」とは、取引を実際に行おうとする際に、相手方に対して定型約款を契約の内容とする旨が個別に表示されていると評価できるものでなければならない。例えば、ホームページなどで一般的にその旨を公表するだけでは足りない。インターネットを介した取引などであれば、契約締結画面までの間に画面上で認識可能な状態に置くことが必要であるという説明がされています。この説明は、法務省の『一問一答』（250 頁）にも記載されています。

深山 この点について、山本健司さんの理解ないし評価はどうか。

山本（健） 約款内容の認識可能性は組入要件として規定した方が望ましかったと思います。

もっとも、改正法下においても、定型約款準備者は約款内容に関する相手方の認識可能性を無視してもよいということにはならないと思います。

まず、定型約款準備者には、定型約款の重要な事項について、業法上の説明義務や、民法の信義則に基づく説明義務があります。この点は国会における審議でも確認されているところです（第 192 回国会衆議院法務委員会議録 11 号 14 頁）。

また、改正法 548 条の 2 第 2 項の規定には不意打ち条項は契約内容にならないという法規範も含まれていると解されておりますので（第 192 回国会衆議院法務委員会議録 11 号 15 頁）、もし定型約款準備者が約款内容の認識可能性を無視した場合には、相手方から不意打ち条項として法的効力を争われるリスクがあります。

それらの点を考慮すれば、改正法下における定型約款準備者の実務的な対応としては、相手方と定型約款に基づいて定型取引をする旨の合意ないし表示をする際に、定型約款の具体的な条項内容も認識可能な状況にしておくこと、具体的には、定型約款の内容を見られる場所や Web サイトを併せ知らせておくことを、むしろ原則的な対応方針としておくことが無難であると考えられます。

なお、約款の事前開示に関しては、法制審における民法改正論議が終了した後、内閣府消費者委員会の消費者契約法専門調査会において、消費者契約法に規定することが検討されました。この専門調査会では最終的に継続検討

事項となりましたが、平成30年6月8日に成立した消費者契約法の一部を改正する法律（平成30年法律第54号）には、参議院の委員会採決の際に「消費者が消費者契約締結前に契約条項を認識できるよう、事業者における約款等の契約条件の事前開示の在り方について、消費者委員会の答申書において喫緊の課題として付言されていたことを踏まえた検討を行うこと」という附帯決議が付されておりますので、ご紹介させていただきます。

3. 定型約款の組入除外要件

深山 定型約款の組入除外要件として、改正法548条の2第2項において、「相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして第1条第2項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方向的に害すると認められる」条項については、「合意をしなかったものとみなす」との規律が定められました。法制審において、どのような議論がなされたのか、山本敬三さん、ご説明願います。

山本（敬） 定型約款の組入除外要件については、部会審議の最後の段階に至るまで、先ほどの組入要件を満たして約款が契約内容になった上で、不当条項を無効とするという形で段階的に構成されてきました。これは、先ほどご紹介した現在の学説における多数の考え方に対応しています。さらに、不意打ち条項も、不当条項規制とは区別して、組入要件を補完する例外ルールとして検討されてきました。

それに対して、部会審議の最終段階になって、組入要件と不当条項規制をいわば合体させるような構成が提案され、それが改正法548条の2となりました。それによると、まず、先ほどの組入要件を満たしたときは、「定型約款……の個別の条項についても合意をしたものとみなす」とされました。その結果、不当条項規制は、個別の条項について合意をしたものとみなされない場合として位置づけられることになりました。そうすると、不意打ち条項も同様であって、いずれも、その条項についてまで合意したとみなすことができるかどうかという問題として一元的に捉えられることとなります。このような組入要件と内容規制を統合して捉えるという構成は、現在の学説からは異論が強いところです。

組入除外要件の中身については、最終的に、「相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項」とした上で、考慮事由として、「その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念」を挙げ、判断基準として、「第1条第2項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方向的に害する」を挙げるという形に落ち着きました。

このうち、考慮事由として「定型取引の態様」が挙げられたのは、契約の内容を具体的に認識しなくとも定型約款の個別の条項について合意をしたものとみなされるという定型約款の特殊性を考慮するためだとされています。不意打ち的な要素もこれによって考慮されると説明されています。「その実情」、「取引上の社会通念」が挙げられたのは、信義則に反するかどうかを判断するにあたっては、当該条項そのものだけでなく、取引全体に関わる事情を取引通念に照らして広く考慮するためだとされていました。

判断基準として信義則が加えられたのは、条項の内容面における不当性だけでなく、相手方が当該条項の存在を明確に認識していないことを加味した上で不当性を広めに判断するという現在の裁判実務の運用を阻害しないようにするために、「最も包括性・抽象性の高い指導理念を示した条項である信義則によることとするのが適切である」（「部会資料86-2」3頁）と説明されています。

結果として、消費者契約法10条が挙げる基準とかなり重なってきますが、両者は、適用範囲を異にするだけでなく、その判断において重視すべき考慮要素も異なり、導かれる結論に違いが生ずることもありうると説明されています。

深山 この点について、山本健司さんの理解ないし評価は、どうですか。

山本（健） 不意打ち条項規制と不当条項規制は、本来別個の法制度であるはずですし、要件・効果の明確化という観点からも、中間試案のように別々の条文として規定した方が望ましかったと思います。

しかし、厳しい意見の対立があった中で、約款取引の手續の適正化と契約内容の適正化を図りうる明文の法規範ができたことには大きな意義があると思います。今後はこの規定を解釈・運用で充実した内容にしていくことが重要な課題であると思います。

この点、改正法548条の2第2項は、本来的に異なる2つの制度が1つの

条文にされており、かつ、抽象的な条文であることから、法文だけを見ても具体的な内容や判断基準がわかりにくい規定となっています。最終的には裁判例の蓄積を待つ必要があるのですが、実務対応は待ったなしですので、改正法が施行されるまでに、この規定が実務で使いやすいものとなるよう、この規定の適用が問題となりうる種々の紛争事例における具体的な主張・立証の内容・方法、判断基準等に関する議論を深める必要があると思います。

なお、不当条項規制に関しては、法制審における民法改正論議が終了した後、内閣府消費者委員会の消費者契約法専門調査会において、消費者契約法における不当条項リストの追加が議論され、一部が立法化されております。

具体的には、平成28年5月25日に成立し、平成29年6月3日から施行の平成28年改正法において、事業者が債務不履行等がある場合の消費者の法定解除権を排除する契約条項を無効とする規定（消費契約8条の2）が、新たな不当条項リストとして追加されております。また、消費者の不作为をもって意思表示をしたものとみなす条項で消費者契約法10条の後段要件を満たす契約条項は無効である旨が確認されております。

さらに、平成30年6月8日に成立し、令和元年6月15日から施行の平成30年改正法において、消費者の後見等の開始のみを理由に事業者の解除権を肯定する条項を無効とする規定（消費契約8条の3）と、事業者が自らの損害賠償責任等の存否を自ら決められる条項を無効とする規定（消費契約8条・8条の2）が、新たな不当条項リストとして追加されておりますので、ご紹介させていただきます。

4. 定型約款の内容の表示義務

深山 定型約款の内容の表示義務について、改正法548条の3第1項において、「定型取引合意の前又は定型取引合意の後相当の期間内に相手方から請求があった場合には、遅滞なく、相当な方法でその定型約款の内容を表示しなければならない」との規律が設けられましたが、法制審において、どのような議論がなされたのか、山本敬三さん、ご説明願います。

山本（敬） 定型約款の内容の表示義務については、中間試案以降になって、原則として、組入要件から切り離し、行為規制として定め、違反したときの効果を明示しないこととされました。

これは、実際には、相手方は約款の内容をあえてみようとしなない場合がほとんどであって、自ら合理的な行動をとってまで約款の内容をみようとするのはさらにまれであるという認識に基づきます。このような事情を考慮すると、約款の開示は、それによって相手方が現実的に認識する可能性が乏しく、相手方保護の観点からも必ずしも大きな効果を期待できないと考えられたわけです。

ただ、相手方が、自分が締結しようとし、又は締結した契約の内容を確認することができるようにすることは必要なので、相手方の請求があった場合には、定型約款準備者はその内容を示さなければならないこととしたと説明されています。

当初は、このような行為規制を定めることに限定されていたのですが、少なくとも悪質な事案に対応する必要があることが指摘されて、最終的には、改正法548条の3第2項として、定型約款準備者が定型取引合意の前において第1項の請求を拒んだときは、一時的な通信障害が発生した場合その他正当な事由がある場合を除いて、定型約款の組入れは認められないこととされました。

以上のような規定の問題点として、相手方から請求されない限り、定型約款の内容を相手方に示す必要はないと誤解される可能性があることが指摘されています。現代の市場社会の公正なルールとして、当事者に自己責任を求める前提として、少なくとも自己責任を引き受ける上で重要となる事柄については事前にわかるようにしておくことが要請されていることと相容れないということもできます。特に、消費者には、事前の開示請求を要求することはできないので、対応が必要であるということも指摘されています。この点について、消費者契約法の改正に関してさらに議論があったことは、先ほど山本健司さんが紹介してくださったとおりです。

このほか、開示請求をして、そこに問題のある条項があることがわかったとしても、既に定型取引合意をしているときは、その契約から離脱する術が用意されていないということも、問題として指摘されているところでは。

深山 この点について、山本健司さんの理解ないし評価は、どうですか。

山本（健） 前述のとおり、約款内容の認識可能性を組入要件として規定した方が望ましかったとは思いますが、表示義務違反の効果として一定の組入

否定が規定されたことは有意義であると思います。

また、相談現場では「事業者が約款の開示に応じてくれない」といった相談案件も存在します。表示義務の明文化は、そのような相談事例の早期解決につながりうる点でも有益であると思います。

なお、表示請求によって問題のある約款条項の存在が判明した場合、実務上は、当該契約の締結経緯や契約内容に鑑みて、説明義務違反、不意打ち条項などの主張の可否を検討することになろうかと思えます。

深山 改正法 548 条の 4 の各項に定められた定型約款の変更の要件も非常に重要な規律ですが、設問とは直接関係しないので割愛することとし、設問の検討に入りたいと思います。

IV. 設問の検討

1. 定型約款の不当条項規制と公序良俗違反又は信義則違反との関係

深山 1 つ目の設問の「定型約款の不当条項規制と公序良俗違反又は信義則違反との関係」について、まず私の意見ないし理解を述べさせていただきます。

先ほど、山本敬三さんからご説明いただきましたように、法制審の議論の過程においては、不当条項を規制する規律を独自の規律として明文化することが目指されていましたが、最終的に定められた不当条項規制は、定型約款の個別条項につき合意したものとみなされるための要件の例外則として、「相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項」であって、信義則に反して「相手方の利益を一方向的に害すると認められるもの」は「合意をしなかったものとみなす」という形で明文化されました。

このように「合意をしなかったものとみなす」という規制は、当該条項については合意の成立自体を否定するものであり、合意したことを前提として、その効力を無効とする公序良俗違反の規律とは、法律効果の構造を異にするものと言えます。また、信義則違反についても、合意の存在を前提とした上で合意に基づく効力を主張することを許さないという規律であることから、定型約款の不当条項規制とは、法律効果の構造を異にするものと言えます。

したがって、不当条項規制の適用される条項については、もはや公序良俗違反や信義則違反を問題とする余地はなく、他方、不当条項規制の適用され

ない条項については、理屈の上では公序良俗違反や信義則違反を問題とする余地があるということになろうかと思えます。

この点について、山本敬三さん、いかがでしょうか。

山本（敬） 問題は、改正法 548 条の 2 第 1 項の「個別の条項についても合意をしたものとみなす」、第 2 項の「合意をしなかったものとみなす」の意味をどう理解するかということだと思います。

まず、前提として、第 1 項の「合意をしたものとみなす」については、大きく分けて、2 通りの理解がありうると思えます。

1 つは、文字どおり、合意の存在を擬制するという理解です。これによると、個別の条項について合意があったものとされるわけですから、反証を許さないということになります。

もう 1 つは、これは、個別の条項が契約の内容になったということの意味するだけであるという理解です。「契約の内容になった」ということは、他に無効となる事由等がない限り、契約として「効力を生じる」ということです。「合意をしたものとみなす」というのも、そのような意味にすぎないと理解するわけです。

次に、改正法 548 条の 2 第 2 項の「合意をしなかったものとみなす」の意味についても、2 通りの理解がありうると考えられます。

1 つは、当該条項について合意が存在しなかったものと擬制するという理解です。これによると、当該条項についておよそ合意がなかったものとされるわけですから、その条項を援用することが信義に反するという主張はもちろん、その条項を無効とすることも観念できないと理解する余地が出てきます。深山さんが指摘された可能性は、このような理解を前提にしているとみることができそうです。

もう 1 つは、当該条項は契約の内容として効力を生じないということの意味するだけであるという理解です。先ほどの第 1 項の 2 つ目の理解に従って、第 2 項も、契約として「効力を生じない」ということ以上の意味を持たないと理解するわけです。これによると、他に無効となる事由があるときは、「効力が生じない」事由が複数存在する場合にすぎないのだから、他の無効となる事由、例えば公序良俗違反を選択して援用することも認められる。また、無効を主張せず、その条項を援用することが信義に反すると主張するこ

とも、否定する理由はない。そう理解することになるでしょう。

ただ、いずれにしても、改正法 548 条の 2 第 2 項は、公序良俗と比べると「ハードルが低い」ということは、国会審議の場でも立案担当者が明言しているところですし（第 193 回国会参議院法務委員会会議録 14 号 11 頁）、信義則はこの規定の中に判断基準として取り込まれているわけですから、あえて公序良俗違反や信義則による援用制限を持ち出す必要は、例外的な場合を除いてないのではないかと思います。

深山 消費者契約法 10 条との適用関係も問題となろうかと思いますが、その点も含め、山本健司さんは、どのようにお考えですか。

山本（健） 改正法 548 条の 2 第 2 項に基づく主張が可能である場合には、例外的な場合を除き、あえて公序良俗違反や信義則による援用制限を持ち出す必要はないのではないかとこの点は、私も同意見です。

改正法 548 条の 2 第 2 項の「合意をしなかったものとみなす」の意味については、山本敬三さんが整理してくださったように、2 つの考え方がありうると思います。

しかし、元々本条が本来的に無効を効果とする不当条項規制と組入除外を効果とする不意打ち条項規制を 1 本化した規定であることを踏まえれば、その効果については、不当条項規制と不意打ち条項規制の双方の性格に適合しうる点で、後者の「当該条項は契約の内容として効力を生じないということの意味するだけである」という考え方で理解した方が合理的ではないかと思えます。

また、実際上も、前者の「当該条項について合意が存在しなかったものと擬制する」という考え方に立てば、存在しない条項を無効とすることは観念できないことから、この規定に該当する不当条項には消費者契約法上の不当条項規制が及ばなくなるのではないかと、そうすると、例えば適格消費者団体が消費者契約法上の不当条項に該当することを理由として約款条項の差止めを求めた団体訴訟において、被告の事業者が「そもそも改正法 548 条の 2 第 2 項の要件を満たす不当条項であるから、消費者契約法に基づく差止請求はできない」といった反論をすることが可能になるのではないかとといった新たな問題が生じうるように思えます。しかし、上記のような反論を認める必要性も、相当性も無いように思われます。このような点で前者の考え方には具

体的な弊害もあるように思われます。

このような観点から、改正法 548 条の 2 第 2 項の「合意をしなかったものとみなす」の意味について、私は後者の「当該条項は契約の内容として効力を生じないということの意味するだけである」という考え方で理解すべきであると考えます。

なお、国会の法案審議の際、政府参考人は、改正法 548 条の 2 第 2 項と消費者契約法 10 条の両規定を消費者は選択的に主張可能と回答しています（第 193 回国会参議院法務委員会会議録 13 号 34 頁）。また、上記両規定の関係について、平成 27 年 3 月 6 日に開催された内閣府消費者委員会消費者契約法専門調査会における法務省民事法制管理官の回答は「消費者契約法 10 条に該当するという主張に対して、それはそもそも契約内容となっていないという形で、その主張を否定する関係にはならないと理解しております」というものでした（消費者委員会消費者契約法専門調査会第 6 回議事録 7 頁）。これらの回答も後者の考え方を前提としているように思われます。

深山 改正法 548 条の 2 第 2 項の「合意をしなかったものとみなす」の意味については、第 1 項の「合意をしたものとみなす」と整合的に理解する必要がありますが、いずれの「みなす」も、反証を許さない法律上の擬制と解すべきではないとの点は私も同意見です。

2. 不当条項規制は、不意打ち条項に及ぶか

深山 次に、2 つ目の設問の「不当条項規制は、不意打ち条項に及ぶか」について、まず私の意見を述べた上で、お 2 人のご意見を伺いたいと思います。

そもそも、不意打ち条項規制は、条項の内容が不当であることではなく、条項が含まれていること自体が相手方にとって合理的に予測しがたいことに着目した規律であり、条項の内容が不当であることに着目した不当条項規制とは、その本質を異にするものです。先ほどご説明いただいたとおり、法制審における議論においても、当初は、不意打ち条項規制と不当条項規制とは別個の規律として明文化することが検討されていました。そして、その効果についても、不意打ち条項は合意自体からの排除、不当条項は無効な合意というように、異なる規律として提案されていました。

しかし、最終的に定められた不当条項規制は、不意打ち条項規制と、いわ

ば1本化されて、「合意をしなかったものとみなす」という形で規律されましたので、不意打ち条項についても、不当条項規制を定めた組入除外要件の適否の問題として判断されることになります。そして、相手方にとって予測しがたい条項が置かれている場合には、信義則に反すると評価される蓋然性が高いでしょうから、そのような意味合いにおいて、不当条項規制は不意打ち条項に及ぶものと言えると考えます。

山本（敬） 改正法548条の2第2項の組入除外要件と不意打ち条項の関係と立案の経緯については、先ほども少しご紹介したところですが、両者の関係については、厳密にいうと、2通りの理解の可能性があります。

1つは、組入除外要件の中に不意打ち条項の規制が取り込まれたという理解です。部会審議でも、立案担当者は、この規定によって、組入除外要件と不意打ち条項規制を「一本化」することとしたという説明をしています（「部会資料83-2」39頁）。不当な内容の条項についてまで合意したとみなすことができないとすれば、不意打ち条項も同様であり、この両者は、その条項についてまで合意したとみなすことができるかどうかという問題に集約することができるかと理解するのでしょうか。深山さんが示された可能性も、このような理解によるとみることができそうです。

もう1つは、組入除外要件の中に不意打ち条項規制がそのまま取り込まれたわけではなく、条項内容の不当性ととともに、その条項の「不意打ち的要素」もあわせて考慮することとされたという理解です。国会審議の場では、不意打ち条項と改正法548条の2第2項との関係について、立案担当者は、定型取引の特質に鑑みれば、「相手方である顧客にとって客観的に見て予測し難い条項が置かれている場合において、その条項が相手方に多大な負担を課すものであるとき」は、「相手方において内容を知り得るようにする措置を定型約款準備者が講じておかない限り、これは信義則に反することとなる蓋然性が高い」。このような定型約款を利用した取引の特質が考慮されることを表すために、考慮事由として「定型取引の態様」を明記していると説明しています（第193回国会参議院法務委員会会議録12号23頁）。同じことは、法務省の「一問一答」（253頁）でも指摘されていますが、そこではさらに、「信義則に反する不当な条項であるかを判断するに当たっては、不意打ち的要素が一つの重要な判断要素となるが、不意打ち的な条項であるからという

理由で直ちに信義則に反する不当な条項とされるのではなく、内容的な不当性ととの総合考慮が予定されている」（254頁注1）と明記されています。これが、立案担当者の理解だとみてよいでしょう。

ただ、このような理解を前提にすると、2つの事柄が検討課題になると考えられます。

1つは、内容の不当性にかかわらず、純粹の不意打ち条項はどうなると考えるべきかです。改正法548条の2第2項に直接該当しないとしても、このような条項は、組入合意又は組入表示、これは立案担当者によると、黙示の組入合意がある場合を意味しますが、そうした明示又は黙示の組入合意によってカバーされているとは考えられません。そうすると、このような純粹の不意打ち条項は、やはり契約の内容にならないということが、不文法、あるいは改正法548条の2第2項の趣旨の理解によっては、その類推によって基礎づけられるのではないかと考えられます。そうすると、深山さんが示された可能性と結論において重なることとなります。

もう1つは、改正法548条の2第2項の趣旨、ないしそこでの信義則の内容をどのように理解するかという問題です。

定型約款や消費者契約等に関する不当条項規制で信義則が判断基準とされる場合、そこで求められる信義則の要請とは、突きつめれば、「自分の利益のみを考えて、相手方の利益を配慮しないような態度は許されない」というものだと考えられます。これによると、正当な理由もなく、双方の利益の間に不均衡をきたす条項が信義則に反しその効力を否定されることとなります。

これに対して、「不意打ち的要素」が信義則違反の判断要素とされる場合は、前提となる信義則の要請が違っていると考えられます。それは、突きつめれば、「相手方と契約をするためには、相手方がその内容を明確に予測できるようにしなければならない」というものだと考えられます。これは、「透明性の原則」と重なるもので、そのような趣旨が改正法548条の2第2項に含まれていると考えられます。これによると、先ほどの純粹の不意打ち条項についても、改正法548条の2第2項を少なくとも類推する余地があると考えられることになりそうです。

山本（健） 改正法548条の2第2項は、法制審における議論経緯からも、不意打ち条項規制と不当条項規制が1本化された条文と理解すべきものと思

われますが、1本化の意味合いや、1本化された後の具体的な判断基準や主張・立証の在り方に関しては、考え方が分かれうると思います。

本条の理解に関しては、1本化される前に議論されていたような不意打ち条項規制と不当条項規制という2つの制度が抽象度の高い1つの条文に統合された規定である、1つの条文で2つの意味を持ち、2つの局面に使える規定になったと理解すべきではないかと思えます。この点については、国会における法案審議の際も、「不意打ちであっても不当でなければいいとか、不当であっても不意打ちでなければいいとか、そういうことではなくて、両方、この条文で対応していくんだ」という点に関する議員の確認や、「いわゆる不当条項と不意打ち条項、いずれも含むものでございます」という政府参考人の答弁もなされていたところであると思えます（第192回国会衆議院法務委員会議録11号15頁）。また、実際上も、手続的に問題のある不意打ち条項で、現実に相手方に予期せぬ不利益を与えている契約条項について、さらに不当条項性を肯定できなければ信義則違反とは評価できない、当該契約条項の効力を否定できないというのは、結論として不合理であるように思えます。そのような観点から、改正法548条の2第2項については、不意打ち条項規制と不当条項規制のいずれか一方の趣旨に抵触すれば信義則違反として契約条項の効力が否定される条文と理解すべきであると思えます。その点、本条項の適用に際しては、典型的な不意打ち条項事案と不当条項事案において、信義則違反の判断基準や重視されるべき考慮要素を分けて考える必要があるように思えます。そして、そのような基本的な理解に立った上で、本来的に異なる2つの制度が1つの条文に1本化されたことによって「合わせ技1本」的な信義則違反の主張にも条文上の基礎ができたと理解すべきではないだろうかと思えます。

深山 1つの条文の中に盛り込まれたとしても、不意打ち条項規制と不当条項規制とがそれぞれ独立の規制類型として機能すべきであり、さらに「合わせ技1本」という第3の規制類型を認めるべきであるとの山本健司さんのご意見に、全く賛成いたします。「結果的に」であれ、第3の規制類型を容認する基礎ができたと解釈できるならば、この条文に積極的な評価を与えることができると思えます。

3. 定型約款の内容の表示義務を怠った場合の効果

（合意前の不履行と合意後の不履行の違い）

深山 次に、3つ目の設問の「定型約款の内容の表示義務を怠った場合の効果（合意前の不履行と合意後の不履行の違い）」について、まず私の意見を述べた上で、お2人のご意見を伺います。

まず、定型取引合意前に内容の表示請求があった場合に表示を怠ったときについては、一時的な通信障害が発生した場合など正当な理由がある場合を除き、合意擬制が働かないことが明文で規定されています（民548条の3第2項）。

これに対し、定型取引合意後相当の期間内に内容の表示請求があった場合に表示を怠ったときについては、明文規定は設けられていません。そこで、解釈の問題となりますが、表示を怠ったことに起因する損害が発生すれば、相手方は損害賠償請求をなすうるものと解されます。もっとも、損害の範囲については、既に定型取引合意自体は成立していることを前提として、事後的な表示の懈怠と因果関係のある損害として発生したものに限定されるものと思われる。

また、因果関係のある損害の発生が認められるとしても、事前に表示を求めることなく定型取引合意を成立させている以上、事案によっては、相手方の過失の有無も問題となりうるように思われます。

他方、事後的な表示義務は、定型取引にかかる契約における付随的義務であると解されますが、軽微な義務違反と評価されることも少なくないと想定されます。そうすると、事案にもよりますが、定型取引後の表示義務違反を理由に定型取引にかかる契約自体を解除することは、原則的にはできないものと解されるのではないのでしょうか。

山本（敬） 定型取引合意後にこのような拒絶がされた場合について、法務省の「一問一答」(256頁注4)でも、この場合は、定型約款準備者は約款の内容の表示をすべき債務を負うから、その強制的な履行を請求することができるほか、その債務の不履行により生じた損害の賠償を請求することが可能であるとしています。もっとも、そこで認められる損害賠償の内容については、特に明記していません。

賠償範囲については、一般原則、つまり改正法416条によると考えられま

すので、表示義務の不履行から通常生ずべき損害、又は予見すべき特別の事情によって生じた損害が賠償されることになります。深山さんが事後的な表示義務の懈怠と因果関係のある損害とおっしゃるのは、このようなものというところでしょう。一般論としては、そのとおりだと思います。

この場合の表示義務とは、定型約款の内容を知る機会を与える義務です。で、相手方がその定型約款の内容を知っていれば回避できたはずの損害が賠償されるべき損害ということになるはず。例えば、相手方が権利を行使する期間や契約不適合を通知すべき期間が短く設定されていたために、それを知らずに徒過してしまったというような場合は、その権利を行使していれば得られたであろう利益の賠償が認められるということになるでしょう。

この場合に、事前に定型約款の内容の表示を求めることなく定型取引合意をしていたことをもって相手方の「過失」とみてよいかどうかは、議論の余地があるところでしょう。改正法548条の3第1項が、相手方から請求があったときに遅滞なく相当な方法でその定型約款の内容を示さなければならないとしたのは、その限りで相手方に定型約款の内容を知る権利を保障するためだと説明されています（第193回国会参議院法務委員会会議録13号32頁以下）。この規定の趣旨からしますと、相手方には、事前に定型約款の内容の表示を求める義務があるとして、それを怠ったことを相手方の「過失」とみること、かなり飛躍があります。ここでは、定型約款準備者が、事前に定型約款の内容を知る機会を相手方に与えていなかったことが前提なのですから、そのような定型約款準備者が、相手方が事前に表示を求めていけばよかったのだと主張することは許されないのではないかと思います。

最後に、定型約款準備者が事後的な表示義務の履行を怠った場合について、国会審議の場では、立案担当者は、改正法541条による解除も可能になることがありうると説明していました（第193回国会参議院法務委員会会議録13号32頁）。しかし、法務省の「一問一答」では、解除については言及していません。これは、深山さんが指摘されるように、表示義務の違反は「軽微」な不履行に当たるので、解除は原則として認められないという理解に立つことになったのかもしれない。

ただ、定型取引合意の後、相当の期間内に定型約款の内容を示すよう請求したのに、それを示さない場合に、本当にそれが「軽微」な不履行にすぎな

いかどうかは、疑問の余地も残ります。契約の内容がわからなければ、自分がどのような債務を履行しなければならないか、相手方の履行が契約に適合したものかどうかといったことを判断しようがないわけですから、そのまま契約に拘束され続けることは危険でしょう。むしろ、原則として、解除を認めてもよいという考え方もありうるところですが、いかがでしょうか。

山本（健） 山本敬三さんのご意見に異論ありません。最後の点については、事案によっては解除が認められて然るべき場合もあるように思いますので、一律に軽微な不履行と位置づけるべきではないと思います。

深山 その点は、個別条項の内容如何によって結論が変わるということかもしれせん。

4. 定型約款に含まれない約款の存在とそれら約款に対して

定型約款規制は及ぶか

深山 次に、4つ目の設問の「定型約款に含まれない約款の存在とそれら約款に対して定型約款規制は及ぶか」について、まず私の意見を述べた上で、お2人のご意見を伺います。

先ほどご説明いただいたように、定型約款の定義は、従来「約款」について議論されてきた定義よりも限定的であると言えることから、定型約款に該当しない約款も存在することになります。そして、改正法が「定型約款」という新たな概念について定義規定をおいて規制を設けた以上、定型約款に該当しない約款については、定型約款規制は、少なくとも直接適用はされないとと言えるのではないかと思います。

しかしながら、定型約款に該当しない約款の効力を解釈するにあたっては、定型約款規制が参照されることは十分にありうるし、場合によっては類推適用される場面もあると思われます。例えば、定型約款の変更の要件などは、定型約款に該当しない約款の変更の効力を解釈する際にも参照ないし類推適用されて然るべきであると考えます。

山本（敬） ご意見の前提として、改正法が規制の対象を「定型約款」に限定した趣旨と、そこでいう「定型約款」の範囲をどのように捉えるかという問題があるように思います。「定型約款」の範囲について特に問題となるのは、「定型取引」の射程、特に「その内容の全部又は一部が画一的であるこ

とがその双方にとって合理的なもの」という限定をどのように捉えるかということですが。

改正法の規定の内容について批判的な立場からは、そのような規定が適用される「定型約款」の範囲は狭く捉えるべきだと主張されることになります。例えば、公共的な性格を持つサービスや独占的なサービスなどに関する取引で使われる約款、あるいは、法によって既に一般的な開示義務が定められ、内容の正当性が業法規制等によって担保されている特殊な業法上の約款に限られるという見解などが主張されています。

このように「定型約款」の範囲を狭く捉えるという考え方につながる理解は、立案担当者の説明にもみてとることができます。特に国会審議に移ってから後、定型約款に関する規制を定めることの正当化について、立案担当者は、客観的にみて画一性が高い取引であることなどから、相手方も約款の具体的な内容を認識しようとはしないのが通常であるという特質があることを強調するようになりました（第193回国会参議院法務委員会会議録12号22頁）。このような説明からすると、先ほどの学説ほどではないとしても、「定型約款」に当たるのは、不特定多数の者を相手とし、かつ客観的にみて画一性が高い取引で用いられる、したがって相手方もその具体的な内容を認識しようとはしないのが通常であると言えるような約款に限られるとみる可能性があります。

それに対して、この要件が元々意図していたのは、事業者間取引で使われるひな型や労働契約における就業規則に相当するものを規制の対象に含めないということだったという点を重視すると、それらに含まれない約款は広く「定型約款」に当たると考える余地もあります。立案担当者も、国会審議以降、法務省の『一問一答』（240頁）においても、定型約款に関する規律は、「約款を用いた取引の法的安定性を確保する」ためのものであり、それによって「適切な解決の枠組みが示され、紛争の未然防止にも役立つ」ものであることを強調するようになってきました。これによると、「定型約款」の範囲を広く捉えることが適当だということになりそうです。

ただ、そのような立場でも、これまで約款に当たると考えられてきたものの全てが「定型約款」に含まれるわけではないということは、部会審議の過程でも何度も確認されていました。つまり、「定型約款」に当たらない約款

が存在するという事は、前提とされていたわけです。問題は、そのような約款についてどのような規律が妥当するかです。

先ほどのように、定型約款に関する規律によって「適切な解決の枠組み」が示されているという考え方によりますと、定型約款に含まれない約款についても、特別な事情がない限り、定型約款に関する規定の類推適用を広く認めてよいということになりそうです。深山さんが示された可能性も、そのようなものと捉えてよいかもしれません。

それに対して、定型約款に関する規律の趣旨を狭く捉えて、「定型約款」の範囲を限定するという考え方からは、定型約款に含まれない約款については、定型約款に関する規律の趣旨が当てはまらないわけですから、定型約款に関する規定は類推適用されないということになると考えられます。ただ、実際にそのように主張する学説でも、定型約款に関する規定のうち、改正法548条の2第2項の合意擬制の除外に関する規定は類推を認めてよいという見解も主張されています。

では、定型約款に含まれない約款について、それ以外はどのような規律が妥当するかという点については、学説では、従来の「約款法理」が妥当すると理解されていると思います。もちろん、そこでいう「約款法理」の具体的な内容については、完全に一致をみていないかもしれませんが、少なくとも組入要件に関しては、組入合意と約款の事前開示が原則として必要になると考えられます。

この点について、法務省の『一問一答』（248頁）では、「基本的には、民法の意思表示や契約に関する一般的な規定が適用される」とされています。ただ、民法の意思表示や契約に関する一般的な規定がそのまま適用されるとしますと、約款の内容についても意思表示の合致が必要になってしまいそうです。しかし、『一問一答』の説明も、そのようなことを想定しているわけではないでしょう。そうすると、学説の理解とそう違いはないと考えられます。

山本（健） 「定型約款に含まれない約款」については、約款に関するこれまでの考え方や運用が今後も妥当と思われるので、実務的には、組入に関しては意思推定説的な考え方での対応、不当条項や不意打ち条項に関しては信義則、公序良俗、契約の合理的解釈といった手法での対応、約款変更には

関しては相手方の承諾やその擬制といった対応を継続することになるかと思えます。

もっとも、改正法に定型約款の規定ができたことで、その規定内容による影響を受ける場面も出てくるように思えます。

例えば、改正法 548 条の 2 第 1 項が定める約款による旨の包括的な合意や表示に関する考え方は、「定型約款に含まれない約款」についても組入要件の下限ないし必要条件としての役割を果たすようになっていくのではないかと、それすら認められない場合に組入れを認めてよいのかといった形で意味を持つようになっていくのではないかと思います。

また、改正法 548 条の 2 第 2 項に内包される不当条項規制及び不意打ち条項規制という考え方は、「定型約款に含まれない約款」について信義則、公序良俗、契約の合理的解釈などといった手法によって約款取引の適正化や契約内容の適正化が図られる場面において、その判断の在り方に影響を与えていくであろうと思えます。

さらに、改正法 548 条の 4 が定める約款変更の実体要件と手続要件も、約款の変更要件の下限ないし必要条件としての役割を果たすようになっていくのではないかと、それすら認められない場合に約款変更を認めてよいのかといった形で意味を持つようになっていくのではないかと思います。なお、改正法 548 条の 4 の変更規定は、約款の中でも特に相手方が不特定多数で取引内容の画一性の要請が強い定型取引で使用される定型約款の変更手続であること、個別承諾の取得の困難さ、取引内容の画一性確保の高度の必要性等といった基礎事情を特に考慮した規定と思われるので、少なくともそのような基礎事情が当てはまらない場合には「定型約款に含まれない約款」に改正法 548 条の 4 の類推適用を認めるのは適切でないように思えます。

深山 定型約款規制がどのような場合に類推適用されるのかという点については、今後の議論が注目されるところです。

5. 定型約款規制による具体的影響

深山 最後に、「定型約款規制による具体的影響」という今回のテーマ全般について、私の意見を述べた上で、お 2 人のご意見を伺います。

既にご説明いただいたところですが、約款規制の明文化をめぐることは、法

制審の議論の中でも最も激しい意見対立が見られたところでありました。その意見対立は、明文化に消極意見を強く主張する経済界を代表する委員と他の委員幹事全員とが対峙するというような対立構造でしたが、全員一致の要綱案の作成を目指すという法制審の慣例に従うならば、約款に関する明文規定の実現は、最後まで危ぶまれる状況であったと言えます。そのような議論状況の中で最終的に明文化された定型約款の規制は、多分に妥協の産物であるとの面も否めませんが、とはいえ、民法典の中に明文化されたことの意義は大きいと考えられ、定型約款を用いた取引についての法的な予測可能性を高める効果を発揮する点において、取引社会に及ぼす影響も少なからずあるものと思われまます。

定型約款が作成される際に、定型約款規制を踏まえた検討がなされるなど、約款使用者の行為規範としての機能を有するとともに、定型約款を用いた定型取引をめぐる紛争が生じた際には、裁判規範として機能することとなり、裁判に至る以前の交渉段階においても、そうした裁判規範を意識した解決が図られることになるものと予想されます。

山本（敬） 定型約款に関する規定の内容については、私も含めて、学説では批判的な意見が少なくありませんが、それでも、民法に定型約款に関する規定が明文化されたことの意味とその影響は、おっしゃるとおり大きいと考えられます。特に重要と考えられるポイントとして、少なくとも次の 4 つを挙げることができそうです。

第 1 に、定型取引をする者は、定型約款を契約の内容とする旨の合意をするか、少なくとも、あらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示しておく必要があることになりました。組入表示に関しては、一般的に公表するだけでなく、相手方に個別に表示する必要があるとされています。その場合は、抽象的に「約款によります」というのではなく、どの約款かということ特定する必要があるでしょう。これは、約款を用いた取引の仕方について見直しを迫るものだとすることができます。

第 2 に、定型取引をする者は、少なくとも相手方から請求があれば、遅滞なく、相当な方法で定型約款の内容を示すことができるよう、準備しておく必要があります。事前の請求の場合は、遅滞なく示さないと、定型約款が契約の内容になりませんので、この準備を怠るわけにはいきません。定型約

款の開示に関する体制を見直す必要が出てくると考えられます。

第3に、定型約款の条項について、改正法548条の2第2項に掲げる考慮事由に照らして、信義則に反して相手方の利益を一方的に害していないかどうかを、あらためてチェックする必要があります。消費者契約に関しては、従来からも消費者契約法8条から10条に反していないかどうかをチェックする必要がありましたが、民法の改正によって、事業者間取引に使われる定型約款についても、チェックが必要になったということができます。これは、約款の適正化を進めるという観点からは、大きな意味と影響があると考えられます。

第4に、定型約款の変更について、特に不利益変更をするときは、改正法548条の4第1項2号に定める事情に照らして合理性があるかどうかをチェックする必要があります。また、同条2項・3項に従って、定型約款を変更するときには、適切な方法による周知も求められます。これまでは、変更条項において、後は一方的に変更するというようなことが行われていた可能性があります。今後は、この規定に従わなければならないという点も、規定の内容の当否については異論の余地があるとしても、これまでの実情に照らすとやはり大きな意味と影響があると考えられます。

山本（健） 山本敬三さんのご指摘はいずれもそのとおりであると思います。

加えて、実務法曹の1人としては、定型約款に関する明文の民事ルールができたことにより、相談現場、交渉事案、クレーム案件等において、これまでよりも紛争やクレームを早期に終結できる案件が出てくるのではないかと期待しています。

また、できあがった法規範の趣旨を踏まえ、その内容が充実したものとなるような解釈や実務運用を行っていく必要があろうと思っております。特に改正法548条の2第2項のみなし合意除外規定と改正法548条の4の約款変更の実体要件は今後の実務運用が非常に重要であると思います。

V. おわりに

深山 定型約款をめぐる規律に関しては、今後様々な解釈問題が生じることだと思いますし、立法的課題も残されているように思いますが、何か付言していただくことはありますか。

山本（敬） 改正法の内容についての立法論的な問題点は、私自身、既に別のところで述べていますので、ここでは繰り返しません。ただ、1点、改正法を前提とした上での将来に向けての立法課題について、指摘させていただきたいと思います。

改正法548条の2第2項には、組入除外規定が定められていますが、先ほども検討しましたように、これは、実質的には不当条項規制に相当するものです。ただ、特に定型約款のように不特定多数の者を相手にした定型取引で使われるものについては、個々の相手方が個別訴訟でこの規定を援用して拘束力から免れる道を開くだけで十分とは言えません。むしろ、条項の使用を差し止める可能性を認める方が、実効的な規制を実現することができるというてよいでしょう。

実際、国会審議でも、立案担当者は、「立法論として、定型約款の無効を主張することによって効力を他に及ぼす」、「団体訴訟のようなものであるとか、あるいは一種の代表訴訟的なものであるとか、そういったものの検討は十分考えられる」と述べています（第193回国会参議院法務委員会会議録14号12頁）。

もちろん、民法の定型約款の規律は、消費者契約だけを対象とするものではありませんので、消費者契約法のような適格消費者団体による差止訴訟を認めるだけではなく、他の事業者等による差止訴訟のようなものも視野に入れて検討しなければならないでしょう。考えなければならないことはかなりありそうなところですが、このような立法課題があることは忘れないようにしておく必要があると思います。

深山 定型約款に関する新たな規律について、充実した意見交換をさせていただきました。誠にありがとうございました。

[2018年7月31日収録]

債権法改正と実務上の課題

Practical issues on the reform of
the law of obligation

2019年11月10日 初版第1刷発行

編著者 道垣内弘人・中井康之

発行者 江草貞治

発行所 株式会社 有斐閣

〒101-0051 東京都千代田区

神田神保町 2-17

電話 03-3264-1314 (編集)

03-3265-6811 (営業)

<http://www.yuhikaku.co.jp/>

デザイン キタダデザイン

印刷 株式会社暁印刷

製本 大口製本印刷株式会社

©2019, DOGAUCHI Hiroto,

NAKAI Yasuyuki. Printed in Japan

落丁・乱丁本はお取り替えいたします。

ISBN 978-4-641-13815-5



本書の無断複写(コピー)は、著作権法上での例外を除き、禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に、(一社)出版者著作権管理機構(電話 03-5244-5088, FAX03-5244-5089, e-mail:info@jcopy.or.jp)の許諾を得てください。



YUHIKAKU