

民法（債権関係）改正に伴う 金融実務における法的課題（その2）

2019年3月

金 融 法 務 研 究 会

は し が き

本報告書は、金融法務研究会第2分科会における平成28年度の研究の内容を取りまとめたものである。

金融法務研究会は、平成2年10月の発足以来、最初のテーマとして、各国の銀行取引約款の検討を取りあげ、その成果を平成8年2月に「各国銀行取引約款の検討—そのⅠ・各種約款の内容と解説」として、また平成11年3月に、「各国銀行取引約款の比較—各国銀行取引約款の検討 そのⅡ」として発表した。平成11年1月以降は、金融法務研究会を第1分科会と第2分科会とに分けて研究を続けている。

第2分科会で取り上げたテーマは、巻末の報告書一覧のとおりであるが、平成28年度は「民法（債権関係）改正に伴う金融実務における法的課題（その2）」をテーマとして取りあげ、その研究成果を本報告書に取りまとめた。

本報告書においては、第1章で「錯誤（表明保証を中心に）」（山下純司担当）、第2章で「詐害行為取消権に関する改正をめぐるいくつかの問題点」（松下淳一担当）、第3章で「債務引受の明文化の意義と課題」（中田裕康担当）、第4章で「定型約款に関する規定（548条の2、および、548条の3に限る）について」（山田誠一担当）、第5章で「改正後民法における約款の変更について」（沖野真已担当）を取りあげている。

このうち第1章においては、平成29年改正民法（以下「改正民法」という。）下の新たな民法95条について、表明保証違反の場面での錯誤規定の適用の有無を中心に検討する。第2章においては、改正民法により変更等される詐害行為取消権に関する課題（被保全債権の要件、内部者の悪意・通謀的害意・支払不能の推定規定の不存在等）について検討する。第3章においては、改正民法において新設された債務引受について、外国法や国際的契約原則を概観したうえで、その特徴等を検討する。第4章においては、改正民法において新設された定型約款に関する規定のうち、合意に係るみなし規定（548条の2）・定型約款の表示義務（548条の3）について検討する。第5章においては、定型約款の変更に係る規定（548条の4）の解釈問題を検討したうえで、普通預金規定を中心にこれまでの約款の変更例を取りあげ、改正民法下での変更可否について考察する。

本報告書が銀行実務家をはじめ、各方面の方々のお役に立つことができれば幸いである。

なお、本研究会には、銀行の法務分野から実務を担当する方にオブザーバーとしてご参加いただいている。また、事務局を全国銀行協会業務部にお願いしている。

最後に、同分科会においては、平成30年度には「民法（相続関係）改正に伴う銀行実務への影響」をテーマとして取りあげ、研究を続けている。

平成31年3月
金融法務研究会座長
岩原 紳 作

目 次

第1章 錯誤（表明保証を中心に）（山下純司） ……………	1
1 はじめに……………	1
2 平成29年改正と錯誤……………	2
(1) 動機の錯誤（基礎事情錯誤・事実錯誤）の明文化……………	2
(2) 平成28年最判の示した判例法理……………	5
3 表明保証と錯誤……………	9
(1) 問題の整理……………	9
(2) 新たな民法95条の下での表明保証の扱い……………	11
4 おわりに ～不実表示との関係……………	16
第2章 詐害行為取消権に関する改正をめぐるいくつかの問題点（松下淳一） …	18
1 「前の原因に基づいて生じた」（424条3項）の解釈について……………	18
(1) 倒産債権の定義における「前の原因」との対比……………	18
(2) 各論的検討……………	21
2 内部者の悪意・通謀的害意の推定規定の不存在について（424条の2 第3号、424条の3第1項2号・2項2号）……………	22
3 支払不能の推定規定の不存在について（424条の3第1項1号）……………	23
4 担保の供与等の取消しにおける「無資力要件」の要否について（424 条の3第1項1号）……………	25
5 転得者に対する詐害行為取消請求における受益者の主観的要件の証明 責任について（424条の5柱書）……………	26
6 同一の行為に対する複数の債権者からの詐害行為取消請求訴訟の取扱 いについて（425条）……………	27
第3章 債務引受の明文化の意義と課題（中田裕康） ……………	28
1 はじめに……………	28
(1) 検討の対象……………	28
(2) 改正民法に至る経緯……………	28
(3) 合意による債務の移転の制約……………	30

2	債務引受に関する改正民法の内容	31
(1)	併存的債務引受	31
(2)	免責的債務引受	32
3	外国法及び国際的契約原則	36
(1)	概観	36
(2)	フランスの例	38
4	検討	41
(1)	外国法及び国際的契約法原則からみた改正民法の特徴	41
(2)	「債務譲渡」という見方の示唆と課題	44
(3)	改正民法の債務引受観に伴う個別的問題	45
(4)	改正民法の解釈論	48
第4章	定型約款に関する規定（548条の2、および、548条の3に限る）	
	について（山田誠一）	49
1	はじめに	49
(1)	検討対象	49
(2)	検討の方法	51
2	定型約款の合意（548条の2）	52
(1)	どのようなとき、何について、「合意をしたものとみなす」か（1項）	52
(2)	どのようなとき、何について「合意をしなかったものとみなす」か（2項）	55
3	定型約款の内容の表示（548条の3）	56
(1)	どのようなとき、何を、示さなければならないか（1項本文）	56
(2)	どのようなとき、1項本文の効果が阻却されるか（1項ただし書）	57
(3)	どのようなとき、548条の2の規定は、適用しないか（2項）	57
(4)	定型取引合意の後の表示請求を拒絶した場合について	59
第5章	改正後民法における約款の変更について（沖野眞巳）	60
1	はじめに	60
2	定型約款の変更に関する規定の内容	60
(1)	548条の4の規定	60
(2)	定型約款の変更という概念——定型約款の概念、変更の概念	61
(3)	要件	64

(4) 効果	72
(5) 548 条の 4 以外のルートでの変更	73
3 従来の「約款の変更」	74
(1) 具体例の分析	74
(2) 暴力団排除条項の追加に関する裁判例	77
(3) 548 条の 4 の規定下での暴力団排除条項の追加	79

第1章 錯誤（表明保証を中心に）

山下純司

1 はじめに

平成29年の民法改正によって、錯誤に関する民法95条の条文は大きく書き換えられた。旧条文が、「意思表示は、法律行為の要素に錯誤があったときは、無効とする。ただし、表意者に重大な過失があったときは、表意者は、自らその無効を主張することができない。」という簡単な条文であったのに対して、改正後の新たな条文は、第4項まである長い条文になった。

もっとも、この改正によって、錯誤についての考え方が大きく変わるわけではない。立法担当官の説明によれば、新条文は、判例の立場を再確認した規定と、学説においてほとんど異論が見られない点を条文化した規定とで構成されていることが分かる⁽¹⁾。このため、新たな条文を理解する際にも、旧条文の下での判例法理が参考になる。

本稿では、そうした理解を前提に、表明保証違反の場面での錯誤規定の適用の有無という問題を中心に検討する。この問題は、法制審議会でも取り上げられており、学者と実務家の双方からいくつかの見解が主張されている。ただ、その多くは改正審議の過程で書かれたものであり、成立した新たな条文の解釈として主張されたものではない。このため、新たな条文との関係で、この問題をきちんと位置づけた上で、表明保証の合意が錯誤規定の適用を排除する根拠とその範囲を、再確認する作業には意味があると思われる。

そこで、本稿では2において、平成29年改正によって成立した新たな民法95条が、いわゆる「動機の錯誤」について、どのような立場を採用しているのか、旧条文についての判例の立場を踏まえて検討する。とくに、平成28年の1月と12月に下された、信用保証協会の錯誤に関する2つの判決は、動機の錯誤に関する判例法理の到達点として重要と考えられるだけでなく、それが金融取引にかかわる点でも、本稿のテーマを考えるにあたって重要な意味を持つと考える。続く3において、平成29年改正後の新たな民法95条において、表明保証がなされた取引についてどのような形で錯誤が問題となるか、そして、それぞれの場合にどのような理由により、民法95

(1) 筒井健夫・村松秀樹編著『一問一答 民法（債権関係）改正』（商事法務・2018年）19-21頁。

条による取消しが排除されるのか（あるいは、されないのか）について検討する。

2 平成29年改正と錯誤

(1) 動機の錯誤（基礎事情錯誤・事実錯誤）の明文化

① 二元的錯誤構成の維持

平成29年改正による新たな民法95条の第1項は、次のような規定である。

民法95条1項 意思表示は、次に掲げる錯誤に基づくものであって、その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるときは、取り消すことができる。

- 一 意思表示に対応する意思を欠く錯誤
- 二 表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤

この条文は、判例・通説とされる二元説と呼ばれる錯誤理解を前提にしたものである。すなわち、旧条文は、錯誤により意思表示の効力が否定される場合の要件を「法律行為の要素に錯誤があったとき」という単一の要件で規定したことから、有力な学説として、錯誤の要件を一元的に統一して理解しようとする考え方があった（いわゆる一元説）。しかし、判例は一貫して、錯誤の中には、意思の欠缺をもたらす錯誤（講学上、「表示錯誤」と呼ばれる。）と、動機の錯誤があり、2つの錯誤では意思表示の効力否定要件が異なるという立場を採用してきた。新たな条文は、この論争に終止符を打つべく、条文の中に、錯誤に2つの類型があることを明らかにしている。

このような経緯から、本条1項2号にいう「表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤」とは、従来「動機の錯誤」と呼ばれてきたものに対応することが分かる。改正審議の過程からも、そのことは容易に確認できる。にもかかわらず、なぜこのような分かりにくい表現がされているのかというと、「動機の錯誤」という表現は、学問上はかなりあいまいな概念だからである。例えば、民法の教科書では、ドルとポンドを同じ通貨だと勘違いして、1万ドルの契約を締結する意思で、1万ポンドの契約書にサインをしたという例があげられる。これは、「内容の錯誤」といって、意思の欠缺がある表示錯誤の一例とされる。しかし、「ドルとポンドが同じ通貨だ」という認識は、1万ポンドの契約書にサインをする際の動機ともいえそうであり、これは「動機の錯誤」のようにも見える。判例が二元説を堅持してきたにもかかわらず、学問上、一元説が有力に主張されてきた理由としては、意思

の欠缺が生じる表示錯誤と、動機の錯誤は、その線引きがあいまいで区別が難しいという点があった。

そこで、新たな条文は、「動機の錯誤」という表現をやめて、別の定義の仕方を採用することにした。中間試案では、「目的物の性質、状態その他の意思表示の前提となる事項」の錯誤といった表現も使われたが、紆余曲折あった末、「表意者が法律行為の基礎とした事情」という表現に落ち着いた。ポイントは、表意者が事実の認識を誤ったことを「錯誤」と捉えた点である⁽²⁾。

このため、2号の錯誤を「基礎事情錯誤」あるいは「事実錯誤」と呼ぶ教科書もある。しかし本稿では、慣れ親しんだ「動機の錯誤」という表現を用いることにする。

② 動機が法律行為の基礎とされていることの表示

新たな民法95条2項は、動機の錯誤が意思表示の取消原因となる要件について、次のように規定している。

民法95条2項 前項第2号の規定による意思表示の取消しは、その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたときに限り、することができる。

これは、旧95条の下における動機の錯誤の判例法理の条文化を試みたものである。もっとも法制審議会では、判例法理の理解自体から意見の一致を見ることがなく、動機の錯誤について、どのように意思表示の効力否定要件を規定するかについては、議論が紛糾した。最終的に、上記のような規定に落ち着いたものの、これは要件の詳細な内容を解釈に委ねるため、意図的にあいまいな表現を用いたことがうかがわれる⁽³⁾。

具体的には、「その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたとき」という要件は、受動態を用いることで、「表示」の主体がわからないようになっている。このため、この条文は、取引動機が交渉過程の中で表意者によって「表示されていた」ことを要求するようにも読めるし、取引動機が法律行為の中に「表示されていた」（すなわち法律行為の内容として合意されていた）ことを要求するようにも読める。このような表現をとることで、審議会内部での議論の対立に決着をみないま

(2) 従来の理解では、意思の欠缺をもたらす錯誤は、動機の錯誤ではない。これに対して、新たな民法95条の下での2つの錯誤は、まったく別の基準で意思表示の効力を否定するものなので、2つの要件を同時に満たすこともある。このため、ある錯誤が、意思の欠缺をもたらす錯誤か、動機の錯誤に過ぎないのかという線引きで悩む必要はなくなったことになる。

(3) 筒井・村松前掲注(1)23頁注。

ま、条文を成立させたのである。

このように、改正された民法95条2項の読み方については、かならずしも決め手がないのが現状である。

③ 黙示の動機の表示

もともと、平成29年改正前に蓄積した判例法理と、平成29年改正の議論の経緯からは、動機の錯誤について学説上ほぼ異論なく認められ共通認識となっている部分も存在する。

まず、ある動機（法律行為の基礎とされた事情）が、両当事者の暗黙の前提となっているような場合には、その事情が法律行為の基礎とされていることが黙示的に表示されていると評価されることがあるという点である。最高裁第1小法廷平成元年9月14日判決（判時1336号93頁。以下「平成元年最判」と呼ぶ。）は、離婚に伴い夫が妻に財産を給付する財産分与契約について、双方とも、財産給付に伴う税金は妻に課されると誤解していたというケースで、最高裁は、「動機が黙示的に表示されているときであっても、これが法律行為の内容となることを妨げるものではない」と述べたうえで、このケースでは夫には課税されないことが黙示的に表示されていたとして、意思表示の効力を否定した。

この判決のように、判例は動機の表示を問題としているように見えても、しばしば、実際に表示をしていない動機でも考慮の対象に含める。このことからすると、新たな民法95条2項の「表示されていた」という文言も、動機が黙示的に表示されていた場合を含む柔軟な概念であると思われる。

④ 保証の主債務の内容についての錯誤（平成14年最判）

最高裁第1小法廷平成14年7月11日判決（判時1805号56頁。以下「平成14年最判」と呼ぶ。）は、商品購入代金の立替払契約から生ずる立替金支払債務について連帯保証をしたところ、実はその立替払契約は商品購入を伴わない空クレジット契約であり、連帯保証人はそれを知らなかったというケースである。

最高裁は、「保証契約は、特定の主債務を保証する契約であるから、主債務がいかなるものであるかは、保証契約の重要な内容である。そして、主債務が、商品を購入する者がその代金の立替払を依頼してその立替金を分割して支払う立替払契約上の債務である場合には、商品の売買契約の成立が立替払契約の前提となるから、商品売買契約の成否は、原則として、保証契約の重要な内容であると解するのが相当である」と述べて、連帯保証人の意思表示は法律行為の要素に錯誤があったと認めた。

このケースでの連帯保証人は、主債務者のために連帯保証契約を締結するという意思はあり、かつその主債務が、クレジット会社との間で金融の便宜を得るものであるという認識もある。しかし、最高裁は、「主たる債務が実体のある正規のクレジット契約によるものである場合と、空クレジットを利用することによって不正常的な形で金融の便宜を得るものである場合とで、主債務者の信用に實際上差があることは否定できず、保証人にとって、主債務がどちらの態様のものであるかにより、その負うべきリスクが異なってくるはずであり、看過し得ない重要な相違がある」と指摘して、錯誤無効を認めている。

この判決は、見ようによっては動機の錯誤のケースのように見えるのに、動機が表示されたかどうかという点に言及せずに、錯誤が「保証契約の重要な内容」に関するものかを基準に錯誤に主張を認めた点が注目された。このように、錯誤が当該法律行為類型の重要な内容に及ぶ場合には、動機が表示がそもそも問題とされないことがある点も、改正前から指摘されていた点である。

(2) 平成28年最判の示した判例法理

① 平成28年の2つの最高裁判決

最高裁第3小法廷平成28年1月12日判決（民集70巻1号1頁。以下「平成28年最判①」と呼ぶ。）、及び同第1小法廷平成28年12月19日判決（判時2327号21頁。以下「平成28年最判②」と呼ぶ。）は、上記の民法改正審議が終了し、要綱案が公表された後に、最高裁として動機の錯誤についての判例法理を、今までよりも明確に整理した点が注目される。2つの最高裁判決で示された錯誤についての理解は、平成29年改正施行後も、十分に参考になるものと思われる。

平成28年最判①の事案は次のようなものである。金融機関Xは、C社から融資の申込みを受け、3回にわたり、Cとの間で金銭消費貸借契約を締結し、合計8,000万円を貸し付けた。その際、Xは、Y信用保証協会との間で、事前の基本契約に基づき、各貸付けにより生じるCのXに対する債務について、Yが連帯保証する旨の契約を締結した。ところが、その後Cは、暴力団員が経営する会社であることが判明した。Cは本件各貸付けについて期限の利益を喪失し、XがYに対し、本件各保証契約に基づき保証債務の履行を請求したところ、Yは、主債務者が反社会的勢力であることを知らずに締結した本件各保証契約は、要素の錯誤により無効であると主張した。なお、基本契約には、Xが「保証契約に違反したとき」は、YはXに対する保証債務の履行につき、その全部又は一部の責めを免れるものとする旨が定められていたが、保証契約締結後に主債務者が反社会的勢力であることが判明した場合の取扱

いについての定めは置かれていなかった。

平成 28 年最判②の事案も、同じく金融機関と信用保証協会の間で締結された保証契約についての、信用保証協会の錯誤が問題となっている。この事例における信用保証協会 X は、主債務者 A から信用保証の委託を受けて、やはり事前の基本契約に基づき、金融機関 Y との間で保証契約を締結した。その信用保証は一定の業種に属する事業を行う中小企業者しか利用できないところ、X は、A が牛乳の小売業を営む有限会社であるという前提で保証契約を締結したのだが、実は保証契約締結前に A はその事業を譲渡していた。そこで X は、A が一定の業種に属する事業を有する中小企業者の実体を有するものではなかったことを知らなかったことから、保証契約の意思表示は法律行為の要素に錯誤があったものとして無効になるとして、不当利得に基づき、Y に代位弁済金の返還を求めた。なお、こちらの基本契約でも、Y が「保証契約に違反したとき」は、X は Y に対する保証債務の全部又は一部の責めを免れるものとする旨が定められていたが、保証契約締結後に主債務者が中小企業者の実体を有しないことが判明した場合等の取扱いについての定めは置かれていなかった。

② 共通する判旨

平成 28 年最判①では、「主債務者が反社会的勢力でない」と誤信した点、平成 28 年最判②では、「主債務者が信用保証の対象となるべき（一定の業種に属する）中小企業者でない」と誤信をした点についての、信用保証協会の錯誤が問題になっている。最高裁は、これはいずれも動機の錯誤であるとしている。

その上で最高裁は、2つの判決で、動機の錯誤に関する全く同じ以下のような一般論を展開する。

「意思表示における動機の錯誤が法律行為の要素に錯誤があるものとしてその無効を来すためには、その動機が相手方に表示されて法律行為の内容となり、もし錯誤がなかったならば表意者がその意思表示をしなかったであろうと認められる場合であることを要する。そして、動機は、たとえそれが表示されても、当事者の意思解釈上、それが法律行為の内容とされたものと認められない限り、表意者の意思表示に要素の錯誤はないと解するのが相当である」。

そして、2つの判決は、「主債務者が反社会的勢力でない」、「主債務者が信用保証の対象となるべき（一定の業種に属する）中小企業者でない」という信用保証協会の動機は、たとえ表示されていたとしても、当事者の意思解釈上、保証契約の内容になっていたとは認められないとして、保証契約の意思表示に要素の錯誤はないとする。この部分の詳しい判旨については、後で検討する。

そのうえで、最高裁は、2つのいずれの判決でも、基本契約の免責条項に言及する。すなわち、金融機関は、信用保証に関する基本契約に基づき、個々の保証契約を締結して融資を実行するのに先立ち、主債務者が反社会的勢力であるか否か、主債務者が中小企業者の実体を有する者であるか否かといった点の調査義務を負っており、金融機関がこの調査義務に違反した結果として保証契約が締結された場合には、免責条項の「保証契約に違反したとき」に該当して信用保証協会は保証債務の履行義務を免れることがあるとする。

③ 法律行為内容化の基準（平成28年最判①）

平成28年の2つの最高裁判決では、共に、当事者の意思表示上、動機が法律行為の内容とされたものと認められなければ、動機の錯誤が意思表示の無効を導かないとする。そこで重要になるのが、動機が法律行為の内容とされたかどうかの基準である。

平成28年最判①では、「主債務者が反社会的勢力でない」という動機が、保証契約の内容となっていないとする理由を、次のように述べている。

「保証契約は、主債務者がその債務を履行しない場合に保証人が保証債務を履行することを内容とするものであり、主債務者が誰であるかは同契約の内容である保証債務の一要素となるものであるが、主債務者が反社会的勢力でないことはその主債務者に関する事情の一つであって、これが当然に同契約の内容となっているということとはできない。そして、Xは融資を、Yは信用保証を行うことをそれぞれ業とする法人であるから、主債務者が反社会的勢力であることが事後的に判明する場合は生じ得ることを想定でき、その場合にYが保証債務を履行しないこととするのであれば、その旨をあらかじめ定めるなどの対応を採ることも可能であった。それにもかかわらず、本件基本契約及び本件各保証契約等にその場合の取扱いについての定めが置かれていないことからすると、主債務者が反社会的勢力でないということについては、この点に誤認があったことが事後的に判明した場合に本件各保証契約の効力を否定することまでをX及びYの双方が前提としていたとはいえない。」

ここでは、「主債務者が反社会的勢力でない」ことは、主債務者に関する事情の一つに過ぎないから、これが当然に保証契約の内容になっているとはいえないという前提で、金融機関と信用保証協会は、その専門性から、主債務者が反社会的勢力であることが事後的に判明する場合は生じ得ることを想定して対応をとることができたはずだという点が重視されている。

④ 法律行為内容化の基準（平成 28 年最判②）

平成 28 年最判②では、「主債務者が信用保証の対象となるべき（一定の業種に属する）中小企業者でない」という動機が、保証契約の内容となっていないことを、次のように説明する。

「本件についてこれをみると、本件保証契約の締結前に、本件会社が事業譲渡によって本件制度の対象となる中小企業者の実体を有しないこととなっていたことが判明していた場合には、これが締結されることはなかったと考えられる。しかし、金融機関が相当と認められる調査をしても、主債務者が中小企業者の実体を有しないことが事後的に判明する場合が生じ得ることは避けられないところ、このような場合に信用保証契約を一律に無効とすれば、金融機関は、中小企業者への融資を躊躇し、信用力が必ずしも十分でない中小企業者等の信用力を補完してその金融の円滑化を図るとい信用保証協会の目的に反する事態を生じかねない。そして、Yは融資を、Xは信用保証を行うことをそれぞれ業とする法人であるから、主債務者が中小企業者の実体を有しないことが事後的に判明する場合が生じ得ることを想定でき、その場合にXが保証債務を履行しないこととするのであれば、その旨をあらかじめ定めるなどの対応を採ることも可能であったにもかかわらず、本件基本契約及び本件保証契約等にその場合の取扱いについての定めは置かれていない。これらのことからすれば、主債務者が中小企業者の実体を有するという点については、この点に誤認があったことが事後的に判明した場合に本件保証契約の効力を否定することまでをY及びXの双方が前提としていたとはいえないというべきである。このことは、主債務者が本件制度の対象となる事業を行う者でないことが事後的に判明した場合においても異なる。」

ここでは、「主債務者が信用保証の対象となるべき（一定の業種に属する）中小企業者でない」ことが事後的に判明した場合に信用保証契約を一律に無効にすることは、信用保証協会の目的に反する事態を生じかねないという点から、このことが当然には保証契約の内容になっていないという前提を導いた上で、金融機関と信用保証協会は、その専門性から、主債務者が中小企業者の実体を有しないことが事後的に判明する場合が生じ得ることを想定して対応をとることができたはずだという点が重視されている。

3 表明保証と錯誤

(1) 問題の整理

① 表明保証と錯誤

表明保証とは、ある取引において、一方当事者が相手方に対して、一定の事項の一定の時点における真実性、正確性を表明し、その事項の真実でないことや、正確でないことが判明した場合には、損失補償を行うなどの事後的な対応を定めておくような契約条項を指している⁽⁴⁾。表明保証の機能としては、①契約締結前に当事者による情報開示を促進し、デューデリジェンスを補充する機能と、②当事者の合意通りに取引から生ずるリスクを分配する機能があるといわれる⁽⁵⁾。

ここで問題になるのは、ある取引において、ある事項についての表明保証がされたが、後にその事項の真実性・正確性が否定され、表明保証違反が判明したという場合である。このとき、取引当事者の一方が、表明保証合意に従った解決を拒絶し、その事項についての真実性・正確性について、錯誤に陥っていたと主張して、取引の合意の有効性を否定するのが許されるのかという点である。

このような錯誤の主張は、表明保証をされた側からも、表明保証をした側からも、なされる可能性がある。表明保証をされた側は、表明保証の合意に定められた損失補償を受けるよりも、取引を取り消した方が有利な場合がある。また表明保証をした側は、表明保証合意を取り消すことによって、ある事項についての真実性・正確性について責任を負うことを拒絶することが考えられる。こうした主張がされた場合に、ど

(4) たとえば、シンジケートローンにおける借入人の表明保証の具体例として、井上聡弁護士は、①自身が適法に設立され、有効に存在している株式会社であること、②自身によるその契約の締結及び履行が、自身の定款の目的の範囲内であること、③自身によるその契約の締結および履行について法令及び定款その他の社内規則上必要な手続きを完了していること、④自身によるその契約の締結及び履行が、法令、定款その他の社内規則、司法もしくは行政当局の裁判、審判、命令等または第三者との契約に違反しないこと、⑤自身を代表してその契約を調印する個人が、法令及び定款その他の社内規則に基づきその権限を授与されていること、⑥その契約が適法、有効かつ拘束力のある自身の債務を構成し、その条項に従って自身に対し強制執行することが可能であること、⑦自身によるその契約の締結及び履行に重大な悪影響を及ぼしうる訴訟その他の手続が開始されておらず、開始されるおそれもないこと、⑧自らが債務超過ないし支払い不能の状態になく、かつ、破産、民事再生、会社更生、特別清算その他の倒産手続の開始要件を充足していないこと、⑨自身が暴力団関係者等でないこと、⑩貸付人に提出した自身の財務関係書類が一般に公平妥当と認められている会計基準に照らして正確であり、重大な潜在債務又は後発事象がないこと、⑪自身に期限の利益喪失自由が発生していないこと、を挙げている（井上聡「金融取引における表明保証」金融法務事情1975号46頁（2013年））。

(5) 井上・前掲注(4)47頁。

のように考えるべきかについて、まだ定説がないのが現状である。

② 法制審議会での議論（不実表示との関係）

表明保証の問題は、民法改正審議の中では、不実表示との関係で問題とされた。

中間試案では、動機の錯誤について、「目的物の性質、状態その他の意思表示の前提となる事項に錯誤がある」場合について、「表意者の錯誤が、相手方が事実と異なることを表示したために生じたものであるとき」は意思表示の取消しが認められるとしていた。そこで、表明保証をされた側が、表明保証という行為自体をとらえて、「相手方が事実と異なることを表示した」と主張して、契約締結の意思表示を取り消すことができるのかが問題になったのである。ここでは、表明保証をされた側が、表明保証の合意の中で定められた損失補償などの対応に満足せずに、取引の効力を否定する場面が問題とされている。

この問題について、法制審議会では当初、不実表示による意思表示の取消しに関する規定を任意法規とする案が実務家から提案された。しかし、学者の側からは、民法総則の意思表示に関する規定が強行規定であることは明らかであるとして、これに反対する意見が相次いだ。

最終的には、不実表示の規定化自体が見送られたので、この議論は決着をみていないが、意思表示に関する錯誤・詐欺などの規定が強行規定であることは学説上異論をみないので、不実表示の規定を任意規定化する提案は、理論的には難がある。そうすると、表明保証違反が不実表示にならない理由は、別の観点から説明する必要がある。

③ 表明保証違反が不実表示にならない理由

表明保証された事項について、真実に反する、あるいは正確でないことが後に判明した場合に、表明保証をされた側が、不実表示を理由として取消しを主張することを排除するための解釈論として、従来次のような解釈が提案されている。

第1は、不実表示とは事実と異なることを表示したことであって、「そこで表示していることが真実である」ということを含意しているのに対して、表明保証のように「真実かどうかかわからないけれども表示する」というのは、不実表示とはいえないという理由で、意思表示の取消しを否定する解釈論である。

第2は、事実に関する認識の誤りに関するリスクを契約両当事者が合意により転嫁することは可能であるという前提で、表明保証とは、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の両当事者の合意であるととらえるものであ

る⁽⁶⁾。

第3は、不実表示による意思表示の取消しに関する規定そのものとは強行法規であるが、発生した取消権を放棄することは自由であるという前提で、表明保証条項は取消権の事前放棄特約とみる解釈論である⁽⁷⁾。

第4に、表明保証は表明された事情が真実でなかったとしても契約を維持するという約定があるのだから、不実表示と表意者の意思決定との間に因果関係がないという説明がある⁽⁸⁾。

④ 不実表示の立法化の断念

結局、法制審議会では、不実表示の明文化が取引を不安定にするという実務サイドの懸念が解消されず、これを独立した規定とする改正自体が見送られ、不実表示の問題は、全て新たな民法95条の解釈問題にゆだねられることになった。したがって、表明保証された事項について、その真実でないこと、正確でないことが後から判明した場合の解決は、「表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤」の要件のなかで解決されることになった。このため、表明保証と不実表示の関係について提案された解釈は、ただちには役立たなくなった。

もっとも、以上のような議論の経緯と、解釈論の展開からすれば、表明保証をされた事項について、その真実でないこと、正確でないことが後から判明した場合に、そのことを理由に民法95条で意思表示の取消しを主張させるのは、妥当でない場合が多いと一般に考えられていることは明らかである。そうすると問題は、そのような取消権の制限が新たな条文のどのような読み方により実現できるのか、また取消しを認められる例外的な場合はあるのかという点である。この点を次に検討する。

(2) 新たな民法95条の下での表明保証の扱い

① 問題を考えるための仮想事例

新たな民法95条の下での表明保証について考えるにあたって、平成28年最判の事例に引き付けた、次のような事案を想定する。Aという金融機関が、Bに対して貸し付けを行うにあたり、信用保証協会Cに信用保証を依頼した。Aは、Cとの保証契

(6) 第1、第2の解釈は、民法（債権法）改正検討委員会編『シンポジウム「債権法改正の基本方針」』（別冊NBL127号）94頁の山本敬三教授の発言。

(7) 山本敬三「契約規制の法理と民法の現代化（1）」民商法雑誌141号72頁以下。もっとも、取消権の事後的放棄である追認については民法上規定があるが、事前放棄については規定がなく、このような特約の有効性がどこまで認められるかは解釈にゆだねられる。

(8) 潮見佳男「表明保証と債権法改正」銀行法務21・719号23頁。

約を締結するにあたって、借主が、①適法に成立した株式会社であって、②その信用保証の対象となるべき一定の業種を行っており、かつ③反社会的勢力ではない、という点を表明保証をした。また、この表明保証合意には、Aの表明保証違反が判明した場合には、保証契約の効力は維持したまま、Cに生じた損失をAが補償することが定められていたとする。

このような仮想事例のもとで、【事例1】 Bが、株式会社として適法に成立していない場合、【事例2】 Bが信用保証の対象となる事業者としての実体を失っている場合、【事例3】 B会社が反社会的勢力であることが判明した場合の3つの場合を考えてみる。

② 事例1（主債務者が株式会社でない場合）

まず【事例1】について、AC間に表明保証がない前提で考える。

【事例1】とは、Aが貸付けを行ったBが、株式会社として適法に成立していなかった場合である。このとき、Aが誰に貸し付けたことになるのかが問題になるが、ここではBの代表（B'とする）が、個人として借入れを行ったとみることにする。そうすると、Cは、Bを主債務者とする信用保証をするつもりで、B'を主債務者とする信用保証をしたことになる。平成28年最判①によると、「主債務者が誰であるか」は、保証契約の重要な一要素であるから、主債務者が株式会社BであるというCの動機は、法律行為の内容となっていることになる。

したがって【事例1】について、AC間に表明保証がないとすれば、Cは、主債務者を株式会社Bであると誤認した点についての動機の錯誤を理由に、保証契約の取消しを主張できる可能性がある。平成28年最判①によれば、動機の錯誤は、当事者の意思解釈上その動機が法律行為の内容になっていると認められれば、旧95条であれば法律行為の要素に錯誤があることになるのであり、新たな95条の下では、「表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤」について、「その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要」であり、かつ「その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていた」ものとなると考えられるからである。

では、【事例1】についてAC間に表明保証があることが、どのように影響をするだろうか。ここでは、Aが表明保証の存在を根拠に、Cは保証契約を錯誤により取り消せないと主張することが考えられる。Cが取消しをできないとすれば、CはAに対して保証債務を履行しなければならない⁽⁹⁾。

(9) もちろん、Aは表明保証違反を犯していることになるから、Cに損失補償をしなければなら

このような A の主張が認められるかについては、平成 14 年最判が参考になると思われる。

平成 14 年最判では、保証契約の主債務の原因関係が空クレジット契約であるのか、実体のあるクレジット契約であるのかどうかは、「原則として」保証契約の内容になるとする。その理由は、この点は保証人が負うリスクに、大きな差を生じさせるからである。逆にいうと、保証人が主債務の原因関係について空クレジット契約である可能性を認識しつつ保証契約を締結した場合など、保証人の負うリスクが想定内のものであれば、主債務の原因関係が法律行為の内容にならず、保証人の錯誤主張は認められないことを、この判決は示唆している。

【事例 1】の場合に当てはめると、C が、B が株式会社でない可能性を認識しつつその負うべきリスクを考慮して保証契約を締結している場合は、C の錯誤の主張は制限される。A が C に対して「主債務者が適法に成立した株式会社である」という表明保証をして、その違反がある場合には損失補償により解決することを表明し、これを C が受け入れたという事実は、C が上記の可能性を認識しつつ、リスクを考慮して保証契約を締結したものと評価される可能性が高い⁽¹⁰⁾。

③ 事例 2（主債務者の事業実体がない場合）

a 表明保証を受けた側の錯誤

次に、【事例 2】について、同じように、表明保証がない前提でまず考える。

平成 28 年最判②によれば、主債務者が信用保証の対象となる事業者としての実体を失っていることについての保証人の錯誤は、動機の錯誤であるから、意思表示の解釈上、その動機が保証契約の内容となっているのでなければ、錯誤による意思表示の効力否定という効果は生じない。

【事例 2】は、C は B が特定の事業を行っていることを前提に信用保証を行ったが、実際には、C の保証契約締結時点で、B が信用保証の対象となる事業者としての実体を失っている場合である。したがって、B が信用保証の対象となる事業者としての実体を有しているという動機が、A C 間の信用保証契約の内容になっていることが、C の錯誤の主張を認める要件となる。信用保証契約の持つ社会的機能や A と C の専門性も考慮すると、C の錯誤の主張が認められる場合というのは、この動機に誤認

ないが、この場合の損失の額は、C が A に対して履行しなければならない保証債務の価額と、C が B' に対して取得する求償権の価額の差額になることが考えられ、A が本文のような主張することは無意味とはいえない。

(10) 【事例 1】の場合のように、C が A から損失補償を受けられるため引き受けるリスクに限定がかかっていることは、このような評価を後押しすることになろう。

があったことが事後的に判明した場合を想定し、この点に誤認があった場合には信用保証契約の効力を否定することまでを、A及びCの双方が前提としている場合でなければならない。

では、AがCに対して、Bが特定の事業を行っていることの表明保証がある場合には、この状況に変化が生じるか。仮想事例のように、Aの表明保証違反についてCは損失補償が受けられることを合意しているだけでは、Cの錯誤の主張が認められないという状況に変化はないと考えられる。なぜなら、A及びCは、この点に誤認があった場合に信用保証契約の効力を否定することまでも、前提にしていたとはいえないからである。

問題は、Aの表明保証違反が判明した場合には、Cは解除権を行使できるとする合意等がある場合である。この場合には、誤認があった場合には信用保証契約の効力を否定することを、A及びCが前提としていたと言えるようにも思われ、そうすると、Cが解除権を行使するのではなく、錯誤を主張して保証契約を取り消そうとした場合に認められるかという問題が別に生じるからである。

しかし、おそらくこのようなCの主張も認められないのではないと思われる。

平成28年最判①②に共通する判旨として、金融機関に調査義務違反がある場合には信用保証協会は基本契約上の免責条項を援用して、保証債務を免れる可能性を指摘する部分がある。【事例2】に沿っていえば、ここでの免責条項は、「主債務者が信用保証の対象となる特定の事業を行う事業者ではない」ことが事後的に判明した場合に、金融機関の調査義務違反という一定の条件の下で、信用保証協会が保証契約の全部又は一部を解除して契約上の責任を免れるという機能を果たしている。しかし、平成28年最判②からは、この免責条項の存在が、信用保証協会の錯誤の主張を認めるかどうかの判断に影響した形跡はうかがえない。

このことからすると最高裁は、【事例2】の場合に、「Bが信用保証の対象となる特定の事業を行う事業者ではない」ことが事後的に判明した場合に、Aの表明保証違反という一定の条件の下で、Cが保証契約の全部又は一部を解除して契約上の責任を免れるという合意が存在していることを、Cの錯誤の主張を認めるかどうかの判断の際に考慮しないのではないと思われる。平成28年最判②は基本契約上の免責条項であり、【事例2】は保証契約の際に締結される表明保証合意であるから、同列に論じられないという考え方もあるかもしれないが、重要なのは、Bが特定の事業を行う事業者として実体を失っていることが判明した場合に、保証契約の効力を失わせることをA及びCの双方が前提として保証契約を締結したかという点であり、この点では、平成28年最判と【事例2】に大きな違いはない。

したがって、【事例2】の場合には、表明保証違反を理由にCが錯誤の主張をすることは難しい。もっとも、Aが表明保証違反について悪意で、Cとの保証契約を締結するために表明保証を行ったような場合は、別の話であろう。この場合には、Aは詐欺によりCの意思表示をさせたことになるから、民法96条1項により、Cは意思表示を取り消すことができる。

b 表明保証をした側の錯誤

【事例2】の場合、表明保証をしたAの側が、Cに対して表明保証違反責任を負わないため、表明保証合意だけを切り離して、錯誤によって取り消すという主張をすることも考えられる。もっとも、このような主張が認められることは、通常はありえないであろう。このようなAの主張が認められるためには、A及びCが表明保証合意をする際に、Bが特定の事業を行う事業者としての実体を失っていることが判明した場合に、表明保証合意の効力を失わせることを前提としていることが求められるはずであり、表明保証合意の性質上、そのようなことはあり得ないからである。

④ 事例3（主債務者が反社会的勢力である場合）

【事例3】は、Aが貸付けを行ったのは、株式会社Bであるが、Bは実は反社会的勢力であったという場合である。平28年最判によれば、「主債務者が反社会的勢力でないことはその主債務者に関する事情の一つであって、これが当然に同契約の内容となっているということはできない」のであるから、AC間の信用保証契約は、Cの錯誤によって当然に効力が否定されるものではない。したがって、Cは保証債務を履行しなければならないのが原則となる。

したがって、表明保証がある場合について、主債務者が反社会的勢力であることが事後的に判明した場合については、【事例2】と同様に考えていけばよいことになる。もっとも【事例2】と【事例3】では、次の点に違いがある。

取引当事者及び利害関係人が反社会的勢力でないことの表明保証は、表明保証を求めた側が、デューデリジェンスの一環として規制法その他の観点からなすべき確認をしたと評価されやすくなることを期待して行われるものであり、通常の表明保証に期待される情報開示機能やリスク分配機能とは、やや異なる機能があると指摘されている⁽¹¹⁾。つまり、【事例3】のようなケースで、CがAに対して、Bが反社会的勢力でないことについての表明保証を求めるのは、Bが反社会的勢力であるという情報をAに開示させたり、Bが反社会的勢力であることが事後的に判明した場合にAに損失

(11) 井上・前掲注(4)49頁。

の補償を求めたりする意図からではなく、反社会勢力との関係を断ち信用供与を一切行わないという政府指針を順守するために、Aが金融機関としての調査義務を尽くしたかを確認する意味合いが強い。

そうするとCがAに対して、Bが反社会的勢力であることを実際に見抜けるかどうかは別として、Aがそのためになすべきことを一切していないという事態は、Cが想定していないと考えられ、そのような事情が事後的に判明した場合には、保証契約の効力が失われてもやむを得ないことはAC双方の前提になっているように思われる。したがってAが調査義務を一切果たしていないといった特殊な事情が判明した場合には、Cの錯誤主張が認められる余地がある。

もっとも、Aが金融機関として求められる調査義務の程度は、それほど高くないとされており⁽¹²⁾、Aが調査義務を一切果たしていないと評価される事態としては、たとえばAが、Bは反社会的勢力であることを知っていた場合や、知らなかったとしても自社の反社会的勢力に関するデータベースを参照するなどの当然に期待される措置を全く行っていなかったような場合でないかと思われる。

4 おわりに ～不実表示との関係

本稿はあくまでも仮想事例に基づいた限定的な検討にとどまるが、表明保証された事情が、はじめから法律行為の内容になっている場合となっていない場合を分けて、表明保証がされたことが錯誤の主張に影響するかを検討した。検討結果をまとめると、ある事情についての真実性や正確性について表明保証がされた場合において、その事情が真実でないこと、正確でないことが事後的に判明した場合に、民法95条の錯誤の主張が認められる余地はほとんどないことが分かる。それぞれの場合に錯誤による取消しが認められない理由は、他の表明保証にも応用がきくものとする。

検討の結果は、表明保証の合意をすることで、民法95条の適用を排除するというものではない。民法95条1項2号の「表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤」の解釈として、その要件である、「その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたとき」とは、その事情が法律行為の内容になることを意味するという前提で、表明保証があることは、法律行為の内容化に影響しないということを確認したものである。不実表示の規定の立法化が断念された

(12) 東京高判平成28年4月28日金商1493号22頁、同平成28年5月26日金商1495号15頁などは、金融機関が信義則上負う調査義務についてであるが、金融機関の義務違反を否定している。

結果、表明保証と錯誤の問題は、表明保証が動機の法律行為の内容化に影響をあたえるかという問題に移行したのである。

ただし、不実表示について考えることが、完全に意味を失ったわけではない。表意者の錯誤が相手方の不実の表示によって引き起こされた場合には、法律行為の内容化とは別に、「その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたとき」に当たるという解釈も考えられるからである。しかしそれは「表明保証が不実表示に当たるか」という形で論じられる問題ではない。そうではなくて、相手方の行為態様が、どのような場合に錯誤リスクの転嫁を引き起こすのかという観点から考察されるべき問題である。そうした観点からは、表明保証をしたことが、錯誤リスクの転嫁を引き起こすものと考えられる可能性は低い。このため、表明保証があることで、本来なら認められるべきではない錯誤による取消しが認められやすくなるといったことは考えにくいと思われる。

第2章 詐害行為取消権に関する改正をめぐるいくつかの問題点

松 下 淳 一

(以下、条文番号の前に法律名のないものは、民法（改正があった部分については改正法）の条文である。)

1 「前の原因に基づいて生じた」（424条3項）の解釈について

(1) 倒産債権の定義における「前の原因」との対比

424条3項は、被保全債権の要件を、詐害行為の「前の原因」に基づいて生じた債権と定める。判例（最判昭和33年2月21日民集12巻2号341頁等）は、一般的に、被保全債権は債務者の当該行為以前に発生していることが必要と解されているが、新法においては、当該行為以前に被保全債権が発生していなくても原因さえ生じていればよいことになる⁽¹⁾。部会資料73A⁽²⁾の39頁によれば、破産債権の定義（破2条5項）の表現を参考にしたとのことである。債権としてどの程度「成熟・完成」していれば、債務者の財産処分に取消という形で介入でき、その結果である責任財産の増殖という効果を楽しむことができるか、という観点からは、424条3項の「前の原因」と破産債権の定義における「前の原因」とは共通していると言うことができる。

しかし他方、上記部会資料が指摘するように、「破産法上の否認権についても、破産管財人が否認権を行使したことによって利益を楽しむのは、破産債権者すなわち「破産手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の請求権」（破産法第2条第5項）を有する者であり、否認の対象となる行為の前に発生した債権を有する者である必要はない」という違いがある。もっとも、この点は、破産の包括執行としての性格（債権者毎に配当率を変えるのは煩瑣である）から生ずるのであって、両者の違いを尖鋭化するものではないという見方も可能である。

両者の広狭が問題となるところ、以下のような理由から、424条3項の「前の原因」は破産債権の定義における「前の原因」よりも狭いものと解釈すべきではないかと考える。

(1) 筒井健夫・村松秀樹編著『一問一答民法（債権関係）改正』（商事法務、2018年）101頁。

(2) <http://www.moj.go.jp/content/000118685.pdf>（最終アクセス日2018年4月8日）。本稿において「部会資料」とは、法制審議会民法（債権関係）部会資料をいう。

ある財産上の請求権が、破産手続開始後の原因に基づいて生じたとされ、かつ財団債権とするだけの実質的な公益性を観念できない場合には、その請求権は破産者が破産手続開始後に取得する財産（新得財産）を引き当てることになる。破産者が法人の場合には、そのような新得財産は原則として存せず、また破産により法人は原則として解散するから、当該請求権は債務者も引当財産もない請求権となり、この場合には問題は生じない。他方、破産者が個人の場合には、新得財産を引き当てることになり、破産者が免責を得ていたとしても、当該請求権は破産債権ではないので免責の効力は及ばないことになる。このような事態は、債務者の経済生活の再生にとって望ましくないので、ある請求権が生じた原因が破産手続開始前である可能性を増やすべく、破産債権の定義における「原因」は広めに解釈する（即ち免責の対象を広くする）という力学が働く。

再生債権・更生債権についても同様の力学が存する（以下、再生債権で説明するが、更生債権であっても同じ）。すなわち、ある財産上の請求権が、再生手続開始後の原因に基づいて生じたとされ、かつ公益債権とするだけの実質的な公益性を観念できない場合には、その請求権は開始後債権（民再 123 条 1 項）となる。開始後債権は、再生計画が定める弁済期間が満了するまでは弁済を受けられないが（時期的劣後）、再生債権とは異なって再生計画による権利変更を受けないために（民再 154 条 1 項）、弁済期間満了後は全額で権利行使をすることができ（民再 123 条 2 項）、このことは再生債務者の事業又は経済生活の再生の妨げとなりうる⁽³⁾。このような事態をなるべく生じさせないためには、再生債権の定義における「原因」（民再 84 条 1 項）を広く解釈して、ある請求権が生じた原因が再生手続開始前であるとする可能性を拡げる考え方に傾く。

上記のような考え方に基づくと思われる判例の一つとして、民事訴訟の当事者の一方について更生手続開始の決定がされた場合に、他方がその一方に対して有すべき訴訟費用の請求権が更生債権に該当する、と判示した最判平成 25 年 11 月 13 日（民集 67 卷 8 号 1483 頁）を挙げることができる。この判決は、以下のように判示する。

訴訟の当事者は、訴訟が完結したときは、その当事者に生じた訴訟費用につき、民訴法に規定する手続に従って、相手方当事者に請求をすることができる（民訴法第 1 編第 4 章第 1 節）。このように、訴訟の当事者に生じた訴訟費用については、民訴法に規定する要件及び手続に従って相手方当事者に対する請求権が発生するものとされている以上、その具体的な内容が更生手続開始後に当該訴訟

(3) 特に、再生手続において営業・事業譲渡がされる場合には、弁済期間がごく短いために、再生手続の開始からあまり時間をおかず開始後債権の弁済期が到来することになる。

が完結してから確定されることになるとしても、更生手続開始前にその訴訟費用が生じていれば、当該請求権の発生の基礎となる事実関係はその更生手続開始前に発生しているといえることができる。そうすると、当該請求権は、「更生手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の請求権」（会社更生法2条8項）に当たるものというべきである。

したがって、更生債権に関する訴訟が更生手続開始前に係属した場合において、当該訴訟が会社更生法156条又は158条の規定により受継されることなく終了したときは、当該訴訟に係る訴訟費用請求権は、更生債権に当たると解するのが相当である。

訴訟費用の最終的な負担者は、終局判決において本案の勝敗が決まってはじめて決まるのであるから（民訴61条）、訴訟係属中に訴訟費用が発生していても、費用の負担を命ずる裁判があるまでは、当事者が支出した費用について当事者は期待的利益を有するに過ぎず、費用の裁判があってはじめて条件付の権利となる（その裁判の確定により無条件の権利となる）、という理解⁽⁴⁾が有力であるにもかかわらず、上記裁判は、費用の裁判がされる前であっても、発生するかどうか不確定である訴訟費用償還請求権を更生債権であると判示している⁽⁵⁾。

他方で、詐害行為取消については、「原因」を、倒産債権の要件における「原因」よりも狭く解して、ある債権がある行為の後の「原因」に基づいて生じたとされたとしても、当該債権がより「成熟・完成」した時点で債務者の財産を引き当てることとなり、その時点以降の債務者の財産処分行為で債権者を害するものを取り消せる、とすれば足りると思われる。換言すれば、債務者の責任財産を引き当てるだけの要件は、取消という形で債務者財産に介入できる要件よりも広くあるべきである、ということである。そうだとすれば、424条3項の「前の原因」は、倒産債権の要件としての「前の原因」よりは狭く解釈すべきである、ということになる⁽⁶⁾。

(4) 秋山他『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ〔第2版〕』（日本評論社、2006年）14頁。なお、兼子一原著＝松浦馨他著『条解民事訴訟法〔第2版〕』（弘文堂、2011年）307頁は、負担の裁判前であっても訴訟費用償還請求権は将来の請求権であって、これについて破産債権の届出や仮差押えをすることができる、とする。

(5) 菊池絵里・最判解民事篇平成25年度455頁は、更生手続開始前に訴訟が係属し、訴訟費用が生じているのであれば、訴訟費用請求権は、訴訟費用負担の裁判等がされる前であっても、確実な発生の基礎を有するものとしてその主たる発生原因が存在しているといえる、と述べる。

(6) 破産債権の要件である「破産手続開始前の原因」（破2条5項）を広く解釈するとしても、最後配当に関する除斥期間内に行使できる状態に至らなければ、最後配当を受けることはない（破198条2項）。他方で、再生債権（更生債権についても同じ）の要件である「再生手続開始前の原因」（民再84条1項）を広く解釈すると、再生計画による権利変更の態様次第

(2) 各論的検討

① 424条3項にいう「前の原因」を認めてよいと思われるもの

上述((1))の検討を前提とすると、倒産債権として認められている請求権であっても、当然には取消対象行為の「前の原因」に基づいて生じた債権(424条3項)とは言えないことになる。倒産債権として認められている請求権のうち、取消対象行為の「前の原因」に基づいて生じた債権(424条3項)と言えるものとして、以下のような例を挙げることができる。

第1に、ファイナンス・リースにおけるリース料債権については、最判平成7年4月14日(民集49巻4号1063頁)が、「いわゆるフルペイアウト方式によるファイナンス・リース契約において、リース物件の引渡しを受けたユーザーにつき会社更生手続の開始決定があったときは、未払のリース料債権はその全額が更生債権となり、」[右リース契約においては、リース料債務は契約の成立と同時にその全額について発生し、リース料の支払が毎月一定額によることと約定されていても、それはユーザーに対して期限の利益を与えるものにすぎず、]と判示している。この判示の考え方によれば、リース料債権はリース契約の時点で発生し、期限の利益が付されているに過ぎないので⁽⁷⁾、ファイナンス・リース契約締結→弁済期の到来したリース料は弁済→詐害行為という事案であっても、詐害行為の前に将来のリース料債権が生じる「原因」があるということになる。

第2に、無委託保証に基づく求償権については、最判平成24年5月28日(民集66巻7号3123頁)が、「無委託保証人が弁済をすれば、法律の規定に従って求償権が発生する以上、保証人の弁済が破産手続開始後にされても、保証契約が主たる債務者の破産手続開始前に締結されていれば、当該求償権の発生の基礎となる保証関係は、その破産手続開始前に発生しているということが出来るから、当該求償権は、「破産手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の請求権」(破産法2条5項)に当たるものというべきである。」と判示している⁽⁸⁾。この考え方によれば、無委託保証契約→詐害行為→保証債務履行という事案であっても、詐害行為の前に求償権が生じる「原因」があるということになる。

では、再生計画上の弁済期間(原則として最長10年、民再155条3項)内に権利行使できる状態に至れば、再生計画による弁済を受ける可能性があることになる。

- (7) 履行期が未到来の債権も詐害行為取消権の被保全債権となりうる、と理解されている(大判大正9年12月27日民録26巻2096頁)。
- (8) 他方で、無委託保証人の事後求償権はそもそも破産債権ではないので、無委託保証人は事後求償権を自動債権とする相殺は許されない、という指摘もされている。東島敏明『『破産債権』『将来の請求権』概念についての民事実体法からのアプローチ(上)(下)』銀法772号22頁、773号30頁。

② 424条3項にいう「前の原因」とは言い難いと思われるもの

他方で、倒産債権であるとされながら、取消対象行為の「前の原因」に基づいて生じた債権（424条3項）とは言い難いものもある。

第1に、本案及び訴訟費用の裁判の前の訴訟費用償還に係る権利（最判平成25年11月13日（民集67巻8号1483頁）参照）は、未だ具体的には発生しておらず、また金額も未確定であり、債務者の財産に対する取消という介入を正当化するに足る利益は存しないと思われることから、そのような訴訟費用償還に係る権利を被保全権利として債務者がした詐害行為を取り消せる、という解釈論は、債権者について保護に値する利益が乏しく、とり難いように思われる。

第2に、以下に述べる態様で発生した仮執行により受けた損害の賠償請求権である。最判平成25年7月18日（判時2201号48頁、判タ1394号133頁）の事案は、Xが第1審判決に付された仮執行宣言にもとづいて仮執行、Yは控訴とともに民訴法260条2項の裁判を求める申立てをした、その後Xについて破産手続開始の決定がされた、というものである。

上記判決は、「民訴法260条2項の裁判を求める申立ての相手方が破産手続開始の決定を受けた場合、上記申立てに係る請求権は、破産者に対し破産手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の請求権であって、財団債権に該当しない。したがって、上記申立てに係る請求権は、破産債権であるというべきである。」と判示した。仮執行（と民訴法260条2項の申立て）が破産手続開始前にあれば、本案の裁判の変更が破産手続開始後であっても、民訴法260条2項に係る損害賠償請求権は破産債権となる、仮執行が「主たる発生原因」であって、本案の裁判の変更は停止条件、という理解である。

しかし、仮執行の後、かつ本案の裁判がまだされていない段階では、本案の裁判の帰趨が未定である以上、本案の裁判が変更されたら発生するであろう損害賠償請求権を被保全債権として、債務者の行為を取り消すという形で債務者財産に介入する利益は未だ法的な保護に値しないのではないか。

2 内部者の悪意・通謀的害意の推定規定の不存在について （424条の2第3号、424条の3第1項2号・2項2号）

破産法においては、相当対価処分行為の否認において破産者の隠匿等の処分の意思についての受益者の悪意の証明責任は破産管財人が負担するところ（破161条1項3号）、受益者が破産者の内部者である場合には悪意が推定される旨の規定が設けられ

ている（破 161 条 2 項各号）。この規定は、偏頗行為否認における受益者の支払不能等についての悪意の推定にも用いられている（破 162 条 2 項 1 号）。

以上に対して、上記否認対象行為に対応する行為の取消しを定める 424 条の 2 第 3 号、424 条の 3 第 1 項 2 号・2 項 2 号においては、内部者の悪意あるいは通謀的害意を推定する規定は設けられていない。部会資料 73A の 42 頁は、424 条の 2 第 3 号の悪意の推定規定を設けない理由として、「民法上の他の制度との関係における規律の密度や詳細さのバランス等を考慮し、明文の規定を設けることは見送ることとした。実務上は、同項の類推適用や事実上の推定等によって対応が図られることを想定している。」と説明し、同資料の 46 頁は 424 条の 3 第 1 項 2 号・2 項 2 号について同様の説明をする。

類推適用という解釈論をするくらいであれば明文の規定を設ける方が明確でよいのではないかという立法論的な指摘が可能である。また（類推適用をしないとして）事実上の推定は、証明責任の分担には影響しないから、実務上どの程度の頻度で生ずるかとはともかく、主観的要件の存否が不明の場合には民法と破産法とで勝敗が変わってくる。さらに、詐害行為取消訴訟の係属中に債務者について破産手続開始の決定がされた場合に、係属中の詐害行為取消訴訟が破産管財人によって受継された場合には（破 45 条 1 項・2 項）、（詐害行為取消から否認への訴えの変更がされるのと同時に）主観的要件についての証明責任は（原告側ではなく）受益者が負担することになり、さらに偏頗行為否認の場合には主観的要件の内容が通謀的害意から支払不能等についての悪意に変わることに留意が必要である。

3 支払不能の推定規定の不存在について（424条の3第1項1号）

偏頗行為の取消しに関する 424 の 3 条において「支払不能」概念が用いられているところ、破産法と異なり、支払停止による推定規定（破 162 条 3 項）が設けられていない。部会資料 73A の 46 頁は、424 条の 3 第 1 項 2 号・2 項 2 号における通謀的害意の推定規定を置かない理由と同じ理由を挙げる⁽⁹⁾。

この規律について、「偏頗行為の取消しのハードルは相当高まった（より利用しにくくなった）」「偏頗行為否認における支払不能の推定規定は、殆どの案件において用いられる重要な推定規定である（支払不能は債務者の客観的財産状況を示すものであり、これを外部の者が直接立証することは想定されない）。この意味において、内部

(9) 本文 2 第 2 段落参照。

者の悪意推定とは必要性・重要性が大きく異なると思われる」、「特に、詐害行為取消の場合、債権者は管財人と異なり債務者の財産状況を把握できる立場になく、債務者が支払不能となっている事実を立証するハードルは管財人対比上がっている」との指摘がありうる。この指摘はもっともではあるが、以下の2点になお留意が必要である。

第1に、上記の指摘において「支払停止」として想定されているのは手形の不渡処分ではないかと推察される。確かに、従来は手形の不渡処分（特に2回目）を以て支払停止ありとして、支払不能を推定するという場面が、特に破産手続開始の決定をする際に頻繁に見られた。しかし、近時、手形の利用枚数が減少するのに伴って、手形の不渡処分の件数も減少し、手形の不渡処分を前提として支払不能を推定するという場面も減少している。ある論者は、手形不渡という生の事実さえあれば一義明確に支払停止を示し、特段の法的評価を必要としないという点で、例外的に便利な事実であったところ、手形不渡を伴わない企業倒産が常態化している現在では、手形不渡の減少に伴って、支払停止による支払不能の推定機能が活用される場面も減少している、と述べている⁽¹⁰⁾。要するに、支払不能の立証が困難になるように思われるのは、手形の利用枚数、そして不渡処分が減少しているからであって、支払停止に基づく推定規定がないからではないと考える。

第2に、「支払停止」については破産法にも定義規定がないところ、一般には、支払不能の旨を明示的に又は黙示的に外部に表示する債務者の行為であると理解されている⁽¹¹⁾。支払停止が支払不能を推定するという規律を正当化するのは、自分の財産状態について最もよく知っている債務者自身が、自身の支払不能について外部にまで表示している以上は、客観的にも支払不能である蓋然性が高い、という経験則である。法律上の推定には、前提事実があれば推定される事実が存在する蓋然性が高いとはいえないものもあるところ⁽¹²⁾、支払停止による支払不能の推定は、上述のように高度の蓋然性に基づく経験則によるものであるから、法律上の推定規定がなくても、事実上の推定は相当程度機能すると考えてよいように思われる。したがって、破産法とは異なり、改正法に法律上の推定規定がなくても、支払停止の立証により支払不能が事実上推定されることとなろう。ただし、支払停止の立証そのものが、手形利用の減少と

(10) 清水祐介「支払不能と支払停止をめぐる考察」岡正晶他監修・植村京子他著『倒産法の最新論点ソリューション』（弘文堂、2013年）185頁。

(11) 最判昭和60年2月14日（判時1149号159頁）、伊藤眞『破産法・民事再生法〔第4版〕』（有斐閣、2018年）117頁。支払不能の表示である以上、弁済期の到来した債務を弁済できないことを表示する必要がある。

(12) 例えば、同時死亡の推定（民32条の2）である。

ともに以前よりは難しくなっているのは、上述のとおりである⁽¹³⁾。

4 担保の供与等の取消しにおける「無資力要件」の要否について（424条の3第1項1号）

破産法は、詐害行為否認の規定（破160条1項柱書）において、否認の対象から「担保の供与又は債務の消滅に関する行為を除く。」旨を明示しており、他方で偏頗行為否認の規定（破162条1項柱書）では、否認の対象を「既存の債務についてされた担保の供与又は債務の消滅に関する行為」に限定していることから、詐害行為否認と偏頗行為否認とは別個独立の否認類型であることが明示されている。

改正法は、特定の債権者に対する担保の供与等の取消について、424条の3第1項は、同項各号の要件のいずれにも該当する場合に「詐害行為取消請求」をすることができるとしており、「詐害行為取消請求」は424条3項により、同条1項の「債務者が債権者を害することを知ってした行為の取消」の請求であると定義されていることから、424条の3に基づいて担保の供与や弁済等を取り消す場合に、424条が定める要件も必要である、具体的には424条による取消の要件と解されている「無資力要件」も必要である、という解釈論をするのが文言上は素直であるようにも思われる。換言すれば、「既存の債務についての担保の供与又は債務の消滅に関する行為」（424条の3第1項柱書）は、「債権者を害する行為」（424条1項）の一部であって、前者と後者とは別個独立なのではない、ということになりそうである。

確かに、上述のように破産法におけるような詐害行為と偏頗行為との切り分けの明示の文言はなく、また424条の3では通謀的害意が主観的要件とされていることから、責任財産の絶対的減少行為と特定の債権者に対する弁済や担保の供与行為との関係について、民法は破産法とはパラレルではないという考え方もありうる。しかし、取消の実質的な根拠が、424条では責任財産の絶対的減少であるのに対して、424条の3では債権者間の不平等であって両者は区別すべきであること、破産法において偏頗行為否認の要件に関する議論に債務超過という概念はおおよそ登場しないことから、両者は民法においても別個独立のものであると解すべきではなかろうか。条文上も、424条は「債権者を害する」という表現を用いているのに対して、424条の3第1項2号（2項2号も同じ）は「『他の』債権者を害する」という表現を用いていることか

(13) 例えば、事業再生ADRにおける一時停止の要請通知が支払停止に該当するかが議論されている。これを肯定する見解は、支払停止は評価概念であることを前提とする。伊藤・前掲118頁注78。

ら、詐害行為と偏頗行為とは改正法上も区別されていると考えるべきであろう。

以上のように考えれば、424条の3に基づいて弁済等を取り消す場合には、債務者の財産状態として支払不能を立証すれば足り、それに加えて「無資力」を立証する必要はないことになる。

5 転得者に対する詐害行為取消請求における受益者の主観的要件の証明責任について（424条の5柱書）

破産法（債権法改正以前のもの）170条1項1号は、「転得者が転得の当時、それぞれその前者に対する否認の原因のあることを知っていたとき」に転得者に対する否認権の行使を認めており、「否認の原因」として受益者の主観的要件も含まれるという理解が一般的であることから、受益者の悪意についての転得者の悪意（いわゆる二重の悪意）が転得者否認の要件と理解されている。二重の悪意の証明が必要であることについては、立法論的には、過剰な規律であるとして批判が多かった⁽¹⁴⁾。さらに、受益者に対する詐害行為否認においては受益者についての主観的要件の証明責任は受益者が負担するところ（破160条1項1号）、転得者否認の場合に、破産管財人が二重の悪意の証明責任を負担するのか、転得者が二重の悪意の反対事実の証明責任を負担するのかについて、学説上は争いがあった⁽¹⁵⁾。

改正法は、転得者に対する詐害行為取消請求について明文の規定を設けて（424条の5）、転得者の「債務者がした行為が債権者を害すること」についての悪意を主観的要件として定め、二重の悪意の証明は不要とした。整備法で、破産法170条1項1号についても同様の改正がされた。

もっとも、転得者に対する詐害行為取消請求において受益者についての主観的要件の証明責任を債権者と転得者のいずれが負担するのかという上述の問題はそのまま残っている。換言すれば、「受益者に対して詐害行為取消請求をすることができる場合」（424条の5柱書）の解釈として、転得者に対して詐害行為取消請求をする債権者は、424条1項本文の要件さえ証明すれば足りるのか、それとも同項但書の要件事実の反対事実まで証明する必要があるのか、という問題である⁽¹⁶⁾。

(14) 山本和彦他著『倒産法概説〔第2版補訂版〕』（弘文堂、2015年）314頁（沖野真己）。

(15) 前者を説くものとして、兼子一監修＝三ヶ月章他著『条解会社更生法・中』（弘文堂、1973年）201頁、後者を説くものとして、伊藤真『破産法・民事再生法〔第3版〕』（有斐閣、2014年）564頁注319。

(16) 整備法による改正後の破170条1項柱書においては、「否認の原因があるとき」の解釈として、破産管財人が破160条1項1号本文の要件さえ立証すれば足りるのか、同号但書所定の

「受益者に対して詐害行為取消請求をすることができる場合」（424条の5柱書）の解釈として、債権者があらゆる抗弁の不存在まで立証しなければならないとすると立証負担が過剰となること、また受益者に対する詐害行為取消権の場合と比して債権者の立証負担が重くなるのは均衡を失することから、転得者に対して詐害行為取消請求をする債権者は、424条1項本文の要件さえ証明すれば足りると解する。

6 同一の行為に対する複数の債権者からの詐害行為取消請求訴訟の取扱いについて（425条）

425条は、「詐害行為取消請求を認容する確定判決は、債務者及びその全ての債権者に対してもその効力を有する。」と定める。請求認容の場合にのみ判決効が債務者及び他のすべての債権者に拡張されるのである（片面的拡張）⁽¹⁷⁾。このことから、債務者の同一の行為について複数の債権者が詐害行為取消請求訴訟を提起する場合には、審理の重複と判決効の矛盾抵触を防ぐために、複数の訴訟は類似必要的共同訴訟の関係に立つことになる。したがって、ある債権者が詐害行為取消請求訴訟を提起した後他の債権者が同一の行為について取消を請求する場合には、先行する訴訟に共同訴訟参加（民訴52条）する必要がある、別訴が提起された場合には、弁論及び裁判は併合してしなければならない（会社837条参照）。各取消債権者は自己への支払等を請求する旨の請求の趣旨を掲げているところ（424条の9）、弁論を併合して類似必要的共同訴訟となった場合に、請求の趣旨を一本化する必要はないと思われる。複数の債権者が提起する債権者代位訴訟が併合された場合に、それぞれの債権者が自己への引渡を求めることができるのと同じであるからである。

事実の反対事実まで証明責任を負うのか、という問題である。

- (17) したがって、被告とされた受益者は、勝訴しても（請求棄却判決を得ても）、その判決の効力は他の債権者には及ばないことから、別の債権者から同一の行為について詐害行為取消請求訴訟を提起されることがありうる。

第3章 債務引受の明文化の意義と課題

中 田 裕 康

1 はじめに

(1) 検討の対象

2017年に改正された民法の債権総則に、「第5節 債務の引受け」が新設された。従来からある「第4節 債権の譲渡」に続くものである。本章では、新たな債務引受制度の意義と課題を検討する。

債権債務が同一性をもったまま合意によって第三者に移転する取引のうち、債権者が交替するものが債権譲渡、債務者が変わるものが債務引受である。債務引受には、債務者が追加される併存的債務引受と、債務者が交替する免責的債務引受がある。

債務引受の例としては、子の借金を親が肩代わりする場合、抵当権の設定された不動産の譲渡の際に譲受人が被担保債務を引き受ける場合、共同相続において被相続人の事業を承継する相続人が他の相続人の相続債務（債務は法定相続分に応じて分割承継される）を引き受ける場合、事業譲渡の際に譲受会社が譲渡会社の債務を引き受ける場合、企業間の一括決済方式において併存的債務方式が用いられる場合⁽¹⁾などがある。

(2) 改正民法に至る経緯

債務引受について、近代法以降の状況を概観すると次の通りである⁽²⁾。フランス民

* 本章は、2017年2月22日に開催された金融法務研究会第2分科会及び2018年1月23日に開催された改正民法研究会（早稲田大学）における報告に基づくものである。両研究会の出席者から多くのご教示を頂いたことにお礼を申し上げます。また、2018年9月30日に慶應義塾大学で開催された日仏合同シンポジウム「La réforme du droit des contrats : étude nippo-française」における片山直也教授の報告「La reprise de dette et la cession de contrat」とAnne Etienney-de Sainte Marie教授の報告「La cession de contrat et la reprise de dette」及びその準備会（同年8月4日）における片山教授の報告からも多くのご教示を頂いた。記して感謝申し上げます。

- (1) 金融法務委員会「債権法改正に関する論点整理（上）」NBL964号（2011）31頁、平田重敏「債務引受契約を利用した金融機関の実務的取扱い」金法1999号（2014）58頁。
- (2) 諸国の法制につき、金安妮「債務引受および契約譲渡における立法の国際的比較」法学政治学論究101号（2014）291頁、法務省民事局参事官室（参与室）編『民法（債権関係）改正に関する比較法資料』別冊NBL146号（2014）99頁以下。

法（1804年）では、債権譲渡は売買の章の末尾に「債権及びその他の無体の権利の移転」として姿を現していたが、債務引受の規定はなかった。その後、19世紀後半のドイツにおいて、取引界の需要を背景に、債権を債権者と債務者の間の法鎖とみる理解を克服し、債権譲渡だけでなく、債務引受をも認める普通法学説や諸ラントの立法草案が現れ、ドイツ民法（1896年公布）は、債権譲渡を中心とする債権の移転に関する規定に続いて、債務引受（免責的債務引受）についても規定を置いた⁽³⁾。日本では、債権譲渡については、旧民法（1890年公布）で若干の規定があり、現行民法の原始規定（1896年公布）では、まとまった規定があるが、いずれも債務引受の規定はない⁽⁴⁾。しかし、日本の学説・判例は、ドイツ民法を参照しつつ、債務引受の検討を進めた⁽⁵⁾。制定法でも、1938年の商法全面改正の際、営業の譲受人が債務引受の広告をした場合の規定が新設され（商法28条。現会社法23条1項の前身）、1971年の民法改正で根抵当の規定が新設される際、随伴性を否定する規定の中で債務の引受けにも言及された（民法398条の7第2項）。しかし、その内容は規定されておらず、引き続き、学説・判例に解明が委ねられた。

一方、外国法や国際的契約原則では、債務引受に相当する制度について規定されることが一般化した。1942年に改正されたイタリア民法、2003年のヨーロッパ契約法原則第3部（PECL III）、2004年に改正されたユニドロワ国際商事契約原則（UNIDROIT PRINCIPLES 2004）、2009年に最終版が公表されたヨーロッパ私法の原則、定義、モデル準則——共通参照枠草案（DCFR）、2016年に改正されたフランス民法がそうである。これらは、いずれも契約譲渡の規定も置いている。

このような状況のもと、改正民法は、債務引受に関する節を新たに設け、6か条の規定を置いた（470条～472条の4）。

-
- (3) 石坂音四郎「債務引受論」同『改纂民法研究下巻』（1920）364頁〔初出1912〕及び同「重疊的債務引受論」同書421頁〔初出1914〕は、日本におけるその本格的研究の嚆矢である。特に前者は、ドイツにおいて、債務引受が1853年のデルブリュック（Delbrück）の著書（後掲注（46））に始まる普通法学説の議論と諸ラント草案を経て、ドイツ民法で規定されるまでの経緯を詳細に検討する。その後の展開も含め、包括的に検討するものとして、遠藤研一郎「免責的債務引受に関する一考察」法学新報108巻1号89頁・2号99頁（2001）。
- (4) 旧民法財産編333条5項・347条。米倉明『債権譲渡』（1976）21頁以下、池田真朗『債権譲渡の研究』（1993）10頁以下〔初出1977〕参照。旧民法（財産編496条～498条の債務者の交替による更改の規定が充実している）から現行民法に至る経緯につき、遠藤・前掲注（3）1号91頁以下、野澤正充『契約譲渡の研究』（2002）10頁以下。
- (5) 我妻栄『新訂債権総論』（1964）509頁以下、四宮和夫「債務の引受」四宮和夫＝西村信雄『総合判例研究叢書 民法（14）』（1960）5頁以下、野澤正充『債務引受・契約上の地位の移転』（2001）。

(3) 合意による債務の移転の制約

合意による債務の移転は、合意による債権の移転より、民法典に現れるのが遅れた。このことには、いくつかの理由が考えられる⁽⁶⁾。

第1に、債務者の資力の面からの制約がある。特に金銭債権においては債務者の資力が重要だから、債権者の交替が債務者を害する可能性よりも、債務者の交替が債権者を害する可能性が大きい。

第2に、債務の移転可能性の面からの制約がある。これには2つある。1つは、給付の代替性である。なす債務は、非代替的であることが少なくない(執筆する債務など)。しかし、そのような債務であっても、債権者が受領することは、代替的であることが多い。つまり、債務者の交替には制約があっても、債権者の交替はより自由であることがある。もう1つは、当事者の人的要素である。代替的給付であってもなお当事者間の人的要素を考慮すべき場合は、債務者についての方が債権者についてよりも、やはり多いだろう(自動車で人を運送する債務など)。

第3に、取引の実態の相違がある。財産権の一種である債権を移転する取引は広くみられるが、債務の移転は限られた、それぞれ個性の強い場面においてされる、やや特殊な取引である。後者の一般的な規律の必要性は、前者より小さい。

これらのことから、債務の移転に関する制定法による規律は遅れた。しかし、特に金銭債務を引き受ける取引の重要性が増加するにつれ、その規律の明確化が求められるようになる。そこで、改正民法は、「債権の譲渡」に加え、「債務の引受け」と「契約上の地位の移転」についての規定を新設し、社会の需要に応えようとする。その意味で、近年の外国法や国際的契約原則の流れに沿うものである。もっとも、日本民法と同時期に改正されたフランス民法では、「債権譲渡」に加えて「債務譲渡」と「契約譲渡」の規定が新設された。「債務の引受け」と「債務譲渡」は単なる表現の違いなのか、それとも何か発想の違いがあるのか、仮にあるとすると、後者の発想から示唆を得られることはないのか、という関心が生まれる。

本章では、まず、改正民法の内容を検討し、その特徴を指摘した後(2)、外国法や国際的契約原則を一瞥し(3)、若干の考察を試みる(4)。その際、債権者をA、原債務者をB、新債務者(引受人、第三者)をCと表記する。日本民法については、改正されていない条文も含め、原則として改正後の条数のみで示すことにし、特に改正前の規定(現行法)を表すときは、「現〇〇条」と表すことにする。

(6) 奥田昌道『債権総論〔増補版〕』(1992)467頁以下参照。

2 債務引受に関する改正民法の内容

(1) 併存的債務引受

① 要件

改正民法は、まず併存的債務引受の意義と効果を定める(470条1項)。併存的債務引受が債権者A・原債務者B・引受人Cの全員の合意でできること、AとBの2者の合意ではできないことは、当然であって規定がない。2つの方法について規定がある。

第1は、債権者Aと引受人Cの契約による方法である(470条2項)。ここでの問題は、原債務者Bが自らの関与しないところで利益を押し付けられることだが、併存的債務引受の機能は保証に近いところ、保証については、本人の意思に反してでも第三者がすることが可能であるので(462条2項参照)、併存的債務引受も、Bの意思に反していても、ACの契約でできると解されている⁽⁷⁾。改正民法もこのような考え方に立っている⁽⁸⁾。

第2は、債務者Bと引受人Cの契約による方法である(470条3項・4項)。併存的債務引受があると債務者が1人増えるわけだから、債権者Aにとっては基本的には利益になる(連帯債務の絶対効との関係は後述する)。そこで、これはBC間の第三者のためにする契約であるとみて、Aの受益の意思表示があれば、効力が生じると考えることができる。改正民法はこれを明文化している(470条3項後段。537条3項参照)⁽⁹⁾。

② 効果

併存的債務引受が成立すると、引受人Cは債務者Bと連帯して債務を負担する(470条1項)。現行法のもとの判例は、併存的債務引受の場合、BとCの債務は、連帯債務となるという(最判昭41・12・20民集20巻10号2139頁)。その結果、連帯債務についての現434条ないし現439条の規定が適用され、広く絶対的効力が及ぶことになる。たとえば、B又はCの一方について時効が完成すると、その負担部分において、他方にも効果が及ぶことになる(上記最判はそのような事例)。この帰結

(7) 大判大15・3・25民集5巻219頁、我妻・前掲注(5)573頁など通説。反対、石坂・前掲注(3)425頁以下。

(8) 商事法務編『民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明』(2013)266頁以下〔以下「中間試案説明」という〕、法制審議会民法(債権関係)部会資料〔以下「部会資料」という〕67A、第3、1(説明)2。

(9) 部会資料67A、第3、1(説明)3。

は、債権者にとって不利益であり、その意思にも反することが多い。学説では、古くは、BとCが連帯債務を負うという見解が一般的だったが、その後、1人について生じた事由の他への影響（影響関係）については相対的効力に留めるべきだという見解が有力になっていた⁽¹⁰⁾。

改正民法は、このような学説の考え方を反映している。すなわち、BとCは連帯債務を負うが、連帯債務制度が改正され、影響関係がより相対的なものとなった（438条～441条）。したがって、B又はCについて時効が完成しても、他方には影響しない。

改正民法は、このほか、引受人の抗弁等についても規定を置いている（471条）。

併存的債務引受は、保証と機能が似ているので、保証人保護に関する規律を潜脱するために用いられる恐れがある。保証契約は書面によることが必要であるし（446条2項）、改正民法では更に保証人保護が強化されている（465条の2以下・465条の6以下）。もっとも、潜脱防止の規定を置くとすると、併存的債務引受以外においても手当てしなくてはならないなどの問題がある。そこで、保証人保護について特別の規定は設けないが、脱法行為とみるべき場合は、法形式いかんにかかわらず、その契約を保証と法性決定する、あるいは、保証の規定を類推適用するなどの方法で対応することが提唱されている⁽¹¹⁾。

（2） 免責的債務引受

① 要件

改正民法は、次に免責的債務引受の意義と効果を定める（472条）。これも債権者A・原債務者B・引受人Cの全員の合意でできること、AとBの2者の合意ではできないことは、当然であって規定がない。2つの方法について規定がある。

第1は、債権者Aと引受人Cとの契約による方法である（472条2項前段）。ここでは、原債務者Bが意思に反して利益を押し付けられる度合が併存的債務引受よりも大きい。現行法のもとで、債務者の意思に反する場合、債権者と引受人との合意だ

(10) 我妻・前掲注(5) 577頁など。

(11) 日本銀行金融研究所『「金融取引の多様化を巡る法律問題研究会」報告書——金融規制の適用範囲のあり方』(2016) 57頁以下、大村敦志『新基本民法4債権編』(2016) 203頁、潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』(2017) 165頁〔以下「潮見・概要」として引用する〕、中田裕康＝大村敦志＝道垣内弘人＝沖野眞巳『講義債権法改正』(2017) 237頁以下〔沖野。以下「沖野・講義」として引用する〕、潮見佳男①『新債権総論Ⅱ』(2017) 498頁以下、同②『プラクティス債権総論〔第5版〕』(2018) 530頁。具体的な判定基準を示すものとして、井上聡「債務引受」金法2034号(2016) 40頁。

けでは免責的債務引受が成立するか否かについては、見解が分かれている⁽¹²⁾。債務者の意思に反しないことを要する（反するときは免責的債務引受が成立しない）という見解は、第三者弁済（現474条2項）や、更改（現514条）に揃えるべきだと考える⁽¹³⁾。債務者の意思に反してでもできるという見解は、債務免除（519条）とのバランス、ACの合意による併存的債務引受とAのBに対する債務免除とを組み合わせればBの意思にかかわらず同じ状態を作り出せるので、ここでBの意思を問題とするのは無意味であること⁽¹⁴⁾、必要説をとると、AとCがBの意思を知り得ない場合に、免責的債務引受が有効に成立するか否かが明らかにならず、取引の障害となること⁽¹⁵⁾などを論拠とする。

改正民法は、後者の見解を採り、債務者の意思にかかわらずできることとした⁽¹⁶⁾。そのうえで、効力発生時期について、債権者Aと引受人Cの間で免責的債務引受契約が成立したことをAが債務者Bに通知することによって、その効力が生じるとした（472条2項後段）。AC間の契約で免責的債務引受の効力が発生し、あとはそれをA又はCがBに通知すればよいという考え方もあるが、Bの立場も考慮し、こうなった⁽¹⁷⁾。

第2の方法は、債務者Bと引受人Cの契約による方法である（472条3項）。古い学説では、BCの合意では免責的債務引受はできず、そのような合意をしても無効だというものもあったが⁽¹⁸⁾、現在の通説は、BC間の免責的債務引受も、後にAの承諾を受ければ契約の時点に遡って当初から有効なものとなるという⁽¹⁹⁾。法律構成は様々であるが、無権代理行為の追認（116条）に準じて考えるという見解が有力である。もっとも、この見解に対しては、BC間の合意の成立から債権者Aの承諾までの間に第三者が登場した場合など法律関係が不明確になるという問題が指摘されている。他

(12) 中田裕康『債権総論〔第3版〕』（2013）580頁以下。

(13) 判例（大判大10・5・9民録27輯899頁）であり、かつての通説（我妻・前掲注（5）567頁など）である。

(14) 以上につき、椿寿夫『注釈民法（11）』（1965）452頁以下など。

(15) 部会資料67A、第3、2（説明）2（1）参照。

(16) 中間試案説明269頁、部会資料67A、第3、2（説明）2。改正民法では、第三者弁済及び更改においても、債務者の意思の尊重が後退している（474条2項但書・514条1項）ことにつき、沖野・講義241頁以下。

(17) 中間試案説明269頁、部会資料67A、第3、2（説明）3、部会資料80-1、第5、2（2）。

(18) 石坂・前掲注（3）386頁～402頁（同論文が免責的債務引受を対象とすることにつき、同369頁）。

(19) 我妻・前掲注（5）568頁など。判例では、最判昭30・9・29民集9巻10号1472頁が、債務を含む契約上の地位の譲渡人（原債務者）と譲受人との譲渡について、債権者の承諾がなければ、債権者に対して効力を生じないという（効力発生時期は明言していない）。

方、債務引受の効力を合意の時点にまで遡及させる必要性は乏しいという指摘もある。

そこで、改正民法は、債権者 A の承諾があれば、その時に効力が生じるという単純な規律にした⁽²⁰⁾。BC 間の合意について A が承諾しない場合、BC 間に併存的債務引受でもよいという合意があり、それについてであれば A の承諾（470 条 3 項・4 項）はあると認められるときは、併存的債務引受として有効となる余地がある⁽²¹⁾。そのような A の承諾もない場合、BC 間の契約の解釈により、履行引受としての効力を認めうることもある⁽²²⁾。

② 効果

債務者 B が債権者 A に対して主張できる抗弁は、B の債務がそのまま引受人 C に移転するので、C に引き継がれることになる（472 条の 2 第 1 項）。B の取消権・解除権については、C は履行拒絶権をもつ（同条 2 項）。

引受人 C は、債務者 B に対し、求償権を取得しない（472 条の 3）。B は、免責的債務引受によって、債権債務関係から完全に解放されると期待すると考えられるので、この期待を保護しようとするものである⁽²³⁾。

免責的債務引受では、B の債務に付けられていた担保や保証が問題となる。現行法のもとでは、免責的債務引受によって第三者に影響を及ぼすことはできないので、B の債務についての保証人や物上保証人の責任は、その同意のない限り、消滅することで一致しているが、債務者の提供した担保の帰趨については、見解が分かれている⁽²⁴⁾。改正民法は、債権者 A が単独の意思表示で B の債務について設定されている担保権を C の債務に移すことができるとした（472 条の 4 第 1 項本文・2 項）。ただ

(20) 中間試案説明 269 頁以下、部会資料 67A、第 3、2（説明）3（2）。

(21) 大村・前掲注（11）202 頁。BC 間で B の免責こそが重要であるときは、A の承諾を停止条件とする免責的債務引受の合意であることもある（冒頭の注に記載した研究会〔早稲田大学〕での磯村保教授の指摘）。

(22) 我妻・前掲注（5）572 頁。ドイツ民法 415 条 3 項参照（椿寿夫＝右近健男編『ドイツ債権法総論』（1988）372 頁〔鳥谷部茂〕・384 頁〔右近〕）。

(23) 中間試案説明 270 頁、部会資料 67A、第 3、3（説明）3。したがって、事務管理や不当利得と構成しても、求償権は認められない。ただし、債務者 B と引受人 C が別途、引受けの対価を支払う合意をすることは妨げられない。また、BC 間に委任契約があるときは、委任事務処理費用の償還請求（649 条・650 条）も可能であろう（潮見・概要 170 頁、沖野・講義 243 頁以下）。求償権は、免責的債務引受自体では発生せず、別の合意によってのみ発生するという構造である。

(24) 中田・前掲注（12）581 頁参照。

し、物上保証人や保証人については、その承諾を得る必要がある（同条1項但書⁽²⁵⁾・3項～5項）。

③ 特徴

以上が従来の改正民法の概要である。ここには、相互に関連する次の2つの特徴が認められる。第1は、併存的債務引受を債務引受の原型とみることである（併存的債務引受原型観）。第2は、債権者と引受人との合意による成立を原型とすることである（債権者引受人合意原型観）。

併存的債務引受原型観は、第1に、形式的なことではあるが、改正民法が、まず併存的債務引受を規定し、次に免責的債務引受を規定することに現れている。従来の教科書・体系書等では、まず免責的債務引受の説明をし、次に併存的債務引受の説明をするものが多かった⁽²⁶⁾。狭義の、あるいは、本来の意味の債務引受とは免責的債務引受であるといわれ⁽²⁷⁾、わが国では免責的債務引受を原型としていたと評されることもある⁽²⁸⁾。これは、わが国の債務引受論が免責的債務引受のみを規定するドイツ民法を参照しつつ形成されたことの影響によるものかもしれない。しかし、近年では、併存的債務引受、免責的債務引受の順に説明する教科書等も増えていた⁽²⁹⁾。改正民法が異例だというわけではない。第2に、従来の学説においても、債務引受が併存的か免責的かは当事者の意思解釈の問題だが、免責的債務引受は債権者にとって大きな変動をもたらすものだから、不明確なときは、併存的債務引受と解すべきだという見解が多い⁽³⁰⁾。第3に、原債務者の意思にかかわらず免責的債務引受ができることについて、

(25) 472条の4第1項但書の「設定した」は、「供している」と解すべきことにつき、潮見・概要171頁、沖野・講義244頁以下。

(26) 我妻・前掲注(5)565頁以下、椿・前掲注(14)426頁以下、奥田・前掲注(6)469頁以下、前田達明『口述債権総論〔第3版〕』（1993）424頁以下、林良平ほか『債権総論〔第3版〕』（1996）536頁以下〔高木多喜男〕、鈴木禄弥『債権法講義〔4訂版〕』（2001）525頁以下、大村敦志『基本民法Ⅲ債権総論・担保物権』（2005）138頁以下、加藤雅信『新民法体系Ⅲ債権総論』（2005）337頁以下、近江幸治『民法講義Ⅳ債権総論〔第3版補訂〕』（2009）293頁以下、川井健『民法概論3債権総論〔第2版補訂版〕』（2009）275頁以下など。

(27) たとえば、椿・前掲注(14)427頁、鈴木・前掲注(26)525頁。

(28) 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Ⅲ』（2009）316頁〔以下「基本方針Ⅲ」として引用する〕。

(29) 星野英一『民法概論Ⅲ（債権総論）〔補訂版〕』（1981）225頁以下、角紀代恵『債権総論』（2008）116頁以下、潮見佳男『プラクティス民法債権総論〔第4版〕』（2012）528頁以下、中田・前掲注(12)578頁以下など。基本方針Ⅲ316頁参照。

(30) 椿・前掲注(14)464頁。奥田・前掲注(6)477頁（債権者・引受人の合意につき）、我妻・前掲注(5)574頁～575頁（債務者・引受人の合意につき）、平井宜雄『債権総論〔第2版〕』158頁（三者間の合意、債務者・引受人の合意、債権者・引受人の合意のそれぞれにつ

免責的債務引受は併存的債務引受に債務免除を組み合わせたものと変わらないからだとして説明される（(2) ①参照）。第1点は、形式的ともいえることだが、第2点と第3点は、実質において、従来から、併存的債務引受原型観が広まっていたことを表している。

債権者引受人合意原型観は、第1に、やはり形式的なことだが、改正民法が、債権者と引受人の契約による場合をまず規定したうえ（470条2項・472条2項）、債務者と引受人となる者との契約（及び債権者の承諾）に「よっても」することができることと規定する（470条3項・472条3項）ことに現れている。第2に、従来から、併存的債務引受によって原債務者に利益を押し付けることができることの説明として、併存的債務引受と保証との機能の類似性が挙げられていた。保証は債権者と保証人との契約によってされるので、併存的債務引受も債権者と引受人との合意でされるというのが、自然に感じられることになる。第3に、従来の学説では、債務引受については、ドイツ法の影響のもとに、免責的債務引受をまず検討し、それが債権者と引受人の契約でできることは当然だとしたうえで、原債務者と引受人の合意によってもできるかどうかを検討するという発想があった。他方、併存的債務引受は、債権者と引受人の間で、契約自由の原則によってすることができるとしたうえで、原債務者と引受人の間でも、第三者のためにする契約としてできるといわれる⁽³¹⁾。いずれについても、債権者と引受人の合意が基本となる。このような従来からの多数の理解を基礎として、改正民法は、債権者引受人合意原型観をとったものと考えられる。

以上の通り、改正民法における債務引受は、債権者と引受人との合意によって成立する併存的債務引受を原型としているとみることができる。

3 外国法及び国際的契約原則

(1) 概観

このような債務引受観は、自明なものではない。外国法と国際的契約原則を一瞥しよう。

1896年に公布されたドイツ民法（1900年施行）は、「第2編 債務関係法」に「第5章 債務引受（Schuldübernahme）」の章を設け、規定を置いた（同414条～419条）⁽³²⁾。これは免責的債務引受に関する規定である。免責的債務引受は、債権者と第

き）。

(31) 石坂・前掲注(3) 380頁以下。我妻・前掲注(5) 567頁以下。

(32) 石坂・前掲注(3)、遠藤・前掲注(3)、椿＝右近・前掲注(22) 367頁以下〔右近健男・鳥

三者（引受人）との契約によりされるが（同 414 条）、債務者と第三者（引受人）との契約及び債権者の追認によっても効力を生じるとする（同 415 条）。抵当債務の引受け、引受人の抗弁、担保権及び優先権の消滅について規定する（同 416 条～ 418 条）⁽³³⁾。ここでは、債権者と引受人との合意による免責的債務引受が原型となる。もっとも、併存的債務引受は、契約自由の原則により、それとは別に可能なものであると考えられている。

1942 年に改正されたイタリア民法は、「第 4 編 債権債務関係」の「第 1 章 債権債務関係一般」に「第 6 節 委託、参加及び債務引受 (accollo)」の節を設けた（同 1268 条～1276 条）⁽³⁴⁾。債務引受（同 1273 条～1276 条）については、債務者と第三者の債務引受の合意に債権者が加わったときは、以後、その合意を撤回できなくなること、債権者が明確に原債務者を免責したなどの場合以外は、債務者と第三者は連帯して債務を負担することが定められる。ここでは、債務者と第三者の合意が基本となっていることが注目される。

2003 年の PECL III は、債務者の交替 (substitution of new debtor) の規定を置く (arts.12 : 101 and 102)。第三者は、債務者及び債権者の同意により、原債務者を免責する効果をもつものとして、原債務者と交替することを引き受けることができると規定する。新債務者の追加については規定を置かない。ドイツ民法に近い構成である。

2004 年に改正されたユニドロワ国際商事契約原則は、債務の移転 (transfer of obligations, フランス語版では cession des dettes) の規定を置く (arts.9.2.1 ~ 9.2.8. 1994 年の原始規定にはない。2010 年版では 2004 年版の規定が維持されている)。移転の態様は、原債務者と新債務者の合意、又は、債権者と新債務者の合意による (art.9.2.1)。債権者は、原債務者を免責すること、又は、補充的な債務者として留め置くことができるが、それ以外の場合は、原債務者と新債務者は連帯して債務を負う (art.9.2.5)。ここでは、原債務者と新債務者との合意が最初に掲げられており、いずれの方式による場合も、債権者の選択により、原債務者の責任の免除、軽減、又は、維持が決まるという構成が採られている。

谷部茂]、法務省民事局参事官室（参与室）編・前掲注（2）99 頁以下。

(33) 419 条（財産引受）は 1999 年に廃止された。江島広人「財産引受に関する比較法的考察」一橋法学 8 巻 3 号（2009）985 頁、同「財産引受と債務の相続に関する比較法的研究」一橋法学 11 巻 1 号（2012）257 頁参照。

(34) イタリア民法は、Ole Lando et al. (ed.), Principles of European Contract Law, Part III, 2003, p.129, Susanna Beltramo, The Italian Civil Code and Complementary Legislation, 2012, p.276 及び風間鶴寿『全訳イタリア民法典〔追補版〕』（1977）202 頁以下による。

2009年のDCFRは、債務者の交替及び追加（substitution and addition of debtors）の節を置き、9か条の規定を置く（Ⅲ.5：201～209）。①新債務者の完全な交替、②新債務者の不完全な交替（原債務者が補充的責任を負う）、③新債務者の追加の3種類があるとする（Ⅲ.5：202）。①は、第三者が債権者及び原債務者の同意により引き受ける方法、②は、第三者が債権者及び原債務者と合意する方法、③は、第三者が債務者と合意する方法によりなされる（Ⅲ.5：204, 206, 208）。

2016年に改正されたフランス民法は、新たに債務譲渡の規定を設けた。これについては、項を改め、少し詳しく観察したい。

（2） フランスの例

1804年のフランス民法には、合意により債務を同一性を保ったまま移転することに関する規定はなかったが、19世紀末にドイツの普通法学説及び民法草案の影響のもと、これを認める学説が登場した⁽³⁵⁾。その最初のものであるサレイユの論文が「債務譲渡」の呼称を与え⁽³⁶⁾、以後、この言葉が定着した。その後、個別的な法律により、財産の譲渡に付随する債務の譲渡が認められることはあったが、一般的に三者の合意のみで債務を移転することの可否については、学説の対立があった⁽³⁷⁾。他方、実務では、更改、指図、第三者のためにする契約等の方法により、債務の移転を実現していた。

フランス民法の債権法改正は、2004年の民法制定200周年を機に本格化した⁽³⁸⁾が、その準備段階では、当初、債務譲渡の規定は予定されていなかった⁽³⁸⁾。しかし、2013年に公表されたテレ草案において債務譲渡の立法提案がされ⁽³⁹⁾、これを受けて2015

(35) Raymond Saleilles, De la cession de dettes, Annales de droit commercial français, étranger et international, 1890, doct. p.1; Eugène Gaudemet, Étude sur le transport de dettes à titre particulier, Arthur Rousseau, th. Dijon, 1898. フランスにおける債務譲渡論の概観として、François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, Droit civil, Les obligations, 11^e éd., Dalloz, 2013, p.1352 et s., 野澤・前掲注(4) 121頁以下(19世紀末から20世紀後半まで)。

(36) Saleilles, op.cit., n.35, p.2.

(37) F. Terré et al., op.cit., n.35, p.1357, n.5. 消極説には、債務はその原因(コース)から切り離せないというもの、三者間の合意による債務譲渡は債務者の交替による更改に他ならないというもの、債務は財産(パトリモニウス)を構成するものではないというものがある。

(38) カタラ草案(Pierre Catala, Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, Doc. fr., 2006)も、2011年5月9日の司法省草案(Projet de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats)も、債権譲渡、代位、更改、指図の規律をまとめた形で提示するが(前者では des opérations sur créances の節で、後者では係争中の権利の買戻しも含めて le transport de l'obligation の節で)、債務譲渡に関する規定はない。

(39) François Terré (sous la dir. de), Pour une réforme du régime général des obligations, Dalloz, 2013, p.128 et s. テレ草案の債務譲渡を含む移転的取引の部分執筆した Lionel

年2月25日に公表されたオルドナンス草案で債務譲渡の規定案が置かれ、パブリックコメントを経て、草案が修正されたうえ、2016年2月10日のオルドナンス(Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations)による民法改正に取り入れられた。

このオルドナンスにより改正されたフランス民法(同年10月1日施行。2018年4月20日の批准法律により一部改正〔同年10月1日施行〕⁽⁴⁰⁾は、民法典の「第3編 所有権取得の諸態様」を再編成し、その「第4章 債権債務関係の一般制度」に「第2節 債権債務の取引 (Les opérations sur obligations)」という節を新設し、そこに「第1款 債権譲渡 (La cession de créance)」「第2款 債務譲渡 (La cession de dette)」「第3款 更改 (La novation)」「第4款 指図 (La délégation)」の4種の制度を設けた⁽⁴¹⁾。債務譲渡については、債務者は、債権者の同意を得て、その債務を譲渡することができること(1327条1項)、債務譲渡は書面によりされるのでなければ、無効であること(同条2項)、債権者が明示的に同意したときは原債務者は将来に向かって免責されるが、そうでなければ原債務者は債務の弁済につき連帯して義務を負うこと(1327-2条)が定められた。このほか、譲渡の債権者への対抗及び債権者による援用(1327-1条)、債権者に対する抗弁の対抗(1328条)、担保の帰趨(1328-1条)についての規定がある。新設の理由としては、多数の外国の立法が認め、フランスの判例も認めるこの取引の実務家にとっての重要性があげられている⁽⁴²⁾。

Andreuは、債務者の変更を表題とする博士論文(Du changement de débiteur, Dalloz, th., 2010)の著者であり、同論文が債務譲渡の規定の新設に寄与したようである。

(40) 改正の経緯と概要につき、中田裕康「2016年フランス民法(債権法)改正」日仏法学29号(2017)97頁。翻訳として、荻野奈緒ほか「フランス債務法改正オルドナンス(2016年2月10日のオルドナンス第131号)による民法典の改正」同志社法学69巻1号(2017)279頁。民法典制定以来の改正史につき、馬場圭太「フランス民法典改正史——民法典の危機と再生」安永正昭=鎌田薫=能見善久監修『債権法改正と民法学I 総論・総則』(2018)259頁。このオルドナンスの内容は、その批准法律(Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations)において、いくつかの点で修正された。債務譲渡に関しても若干の修正がある。以下の叙述は、修正後のものである。

(41) このほか、「第3章 債権債務関係の発生原因」「第1小章 契約」「第4節 契約の効力」に、「第4款 契約譲渡 (La cession de contrat)」の規定がある。この改正については、中原太郎「移転的取引操作——債権譲渡、債務引受、弁済による代位」論究ジュリスト22号(2017)208頁。

(42) Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 février 2016の債務譲渡に関する説明部分。

テレ草案（141条・142条）及び2015年のオールドナンス草案（1338条）は、債務者が債権者の同意なく債務を譲渡しようものとし、債権者の承認は原債務者の免責の要件としてのみ位置づけられていた⁽⁴³⁾。2016年のオールドナンスは、譲渡自体についても債権者の同意を要件とし、更に、免責についての同意も要するとする。つまり、テレ草案及びオールドナンス草案は、原債務者・新債務者合意原型観を徹底したものであったが、オールドナンスは、譲渡自体にも債権者の同意を求めることにより、これを緩和している⁽⁴⁴⁾。しかしなお、原債務者と新債務者との合意が基本となっているといえよう⁽⁴⁵⁾。

(43) 免責がない場合、テレ草案では、譲渡人は譲受人に求償できると規定され（142条）、オールドナンス草案では、原債務者は担保義務者（garant）となると規定される（1338条）。テレ草案は、債権者による譲渡の援用及び譲渡人・譲受人による譲渡の撤回についても規定する（143条）。テレ草案は、債務譲渡を、ある人が負っている債務をそれを負担することを承諾する他の人に移転することを可能にするものと説明する（129頁）。

(44) その評価は分かれる。François Terré, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, p.79 は、規定の新設を支持する。Olivier Deshayes, Thomas Genicot, Yves-Marie Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Commentaire article par article, LexisNexis, 2016, p.655 et s. は、オールドナンスは、債務者の交替をもたらす三者間契約のモデルと、原債務者と新債務者の二者間契約で債権者の解放によって原債務者が免責されるというモデルの混合だと評する。Philippe Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, LexisNexis, 2016, p.61 et s. は、当事者間の効力、三者間の効力、原債務者の免責の3段階を区別しようとし、オールドナンスの制約的姿勢を批判する（Philippe Simler, *Cession de dette, cession de contrat*, in Valerio Forti et Lionel Andreu (sous la dir. de), *Le nouveau régime général des obligations*, Dalloz, 2016, p.99, p.108 も、債権者の承諾を効力要件とすることを批判する）。Gaël Chantepie, Mathias Latina, *La réforme du droit des obligations*, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016, p.750 et s., mêmes auteurs, *Le nouveau droit des obligations*, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2018, p.794 et s. は改正法の不明瞭さを批判する。Nicolas Dissaux, Christophe Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil, Dalloz, 2016, p.191 は、原債務者が免責されない場合、債務が「譲渡」されたといえるのかと疑問を投じる。Alain Bénabent et Laurent Aynès, *Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général*, D.2016 n° 8, p.434, p.437 は、cession という語には、債権譲渡との対称性があるが、内容は対称的ではないので、むしろ債務引受（reprise de dette）と呼ぶ方がよいと指摘する。なお、ドイツの債務引受（Schuldübernahme）は reprise de dette と訳される（Gwendoline Lardeux et al., *Code civil allemand*, Dalloz, 2010）。ドイツ法との比較につき、Mathias Lehmann, *La reprise de dette: une perspective allemande* in Reiner Schulze, Guillaume Wicker, Gerald Mäscher, Denis Mazeaud (sous la dir. de), *La réforme du droit des obligations en France*, Société de législation comparée, 2015, p.223; Valérie Lasserre, *La cession de dette consacrée par le code civil à la lumière du droit allemand*, D.2016 n°27, p.1578.

(45) サレイユは、①フランス民法の更改は置換更改（novation-substitution）であって、譲渡更改（novation-transport）でないと指摘して、後者に代わる制度を構想し、②債権譲渡と対称

4 検 討

(1) 外国法及び国際的契約法原則からみた改正民法の特徴

どの規律も、債務の移転について、債権者 A・原債務者 B・新債務者（引受人）C の意思的関与が必要であること、B の免責の有無が問題となることは同じである。債務の移転の効力発生又は対抗可能の時期、C が A に対抗しうる抗弁、債務についての担保の帰趨が問題となることも共通している。

併存的債務引受と免責的債務引受のいずれを原型とするかは、免責的債務引受の規律のみを置く例（ドイツ民法、PECL III）でも、併存的債務引受が合意によってできることは前提となっているし、併存的債務引受を原型とするとしても、原債務者の免責には債権者の同意が必要とされるので、実際上は、それほど大きな違いではない。もっとも、近年の外国法や国際的契約法原則においては、新債務者が原債務者の保証人として位置づけられることはなく、あくまでも新債務者が債務を負担するのであり、そのうえで原債務者の責任がどうなるのか（連帯債務者として残るのか、補充的責任を負うのか、完全に免責されるのか）が関心事である（ユニドロワ、DCFR、フランス改正民法を参照）。つまり、日本法の特徴は、新債務者を保証人のように見るという発想に見出すことができる。

債権者引受人合意原型観は、一般的であるとはいえない。フランス民法では、債務譲渡は債務者と第三者の合意及びこれに対する債権者の同意によって生じるのであり、債権者と第三者の合意によるのではない。債務を「引き受けた」者が保証人ようになるのではなく、債務を「譲渡された」者が新債務者となることを前提として、原債務者が免責されない場合の処遇を考える（オールドナンス草案では担保義務者、オールドナンスでは連帯債務者となる）。

わが国では、債権者と引受人の合意による免責的債務引受を出発点とするドイツ法学説の影響と、併存的債務引受に保証と近づけて説明する学説とによって、債権者引受人合意原型観が形成され、これが改正民法に反映されたのではないと思われる。このような債権者引受人合意原型観は、債務を引き受ける第三者の意思と、債務者の

的なものとして債務譲渡を位置づけ、③債務引受を債務者と引受人との契約による債務の移転と捉えるドイツのデルブリュックの著書に着想を得ており（後掲注（49）参照）、④債務譲渡の有用性の例として、営業財産の売買を挙げる（R. Saleilles, *op.cit.*, n.35, p.2 et s.）。いずれも、サレイユの発想が「原債務者・新債務者間の債務の譲渡」であることを表すものである。現代においても、債務譲渡を、債権者の同意なく、原債務者と新債務者との合意でされるものだとする理解が有力であるが（F. Terré et al., *op.cit.*, n.35, p.1353）、その影響が伺われる。オールドナンスも、この基本的理解を維持していると考えられる。実際、債権者と新債務者となろうとする者との合意による債務譲渡の規定はない。

交替によって不利益を被る恐れのある債権者の意思が最重要であり、そのうえで原債務者の意思及び利益を考慮するという思考構造を基本としているといえよう。

振り返ると、債務引受を最初に本格的に論じたドイツのデルブリュックは、取引実務を考慮しつつ、消極財産である債務を債務者と引受人との契約のみで移転することが債務引受であり、原債務者も債務を負い続けるが、債権者の行為によって免責されると論じたという⁽⁴⁶⁾。しかし、これは当時の学説の批判を受けた⁽⁴⁷⁾。石坂博士も、その「債務引受論」で、デルブリュック説を「根本ニ於テ誤謬ヲ含ム」と批判し、とりわけ債務引受を債務者と引受人の契約でできるということの「非ナルハ特ニ説明ヲ俟タシテ明カナリ」と断じた⁽⁴⁸⁾。他方、フランスのサレイユは、その「債務譲渡論」で、デルブリュック説を高く評価し、自らの着想は同人に由来するものであり、既に自著でその説の要旨を示したと述べる⁽⁴⁹⁾。日仏でこの問題を最初に論じた石坂とサレイユのこの対蹠的態度及びそれぞれが両国に残した影響の検証は、今後の興味深い検討課題であろう。

もともと、日本においても、債務譲渡に親和的な発想が唱えられることは、少なかつた。於保博士は、原債務者Bと新債務者Cの「設定的債務引受」による併存的債務引受の効力を認め、これによって契約上の地位の譲渡などが容易に行われると述べた。奥田博士は、於保説を引用しつつ、BC間で約される併存的債務引受は、債務の譲渡として捉えることができると指摘した⁽⁵⁰⁾。

近年では、英米法学者である樋口教授は、日本の債務引受は、発想の起点が第三者(引受人)にあり、その実質的考慮は債権者の利益の保護にあるため、債務の移転が

(46) Berthold Delbrück, Die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Rechte, 1853 [未見]。石坂・前掲注(3) 364頁以下、遠藤・前掲注(3) 125頁以下による。

(47) 石坂・前掲注(3) 365頁以下、遠藤・前掲注(3) 1号125頁以下。

(48) 石坂・前掲注(3) 364頁以下。

(49) R. Saleilles, op.cit., n.35, p.3, n.2. 自著とは、Raymond Saleilles, Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil allemand, Librairie Cotillon, 1890, p.68 et s. (後の版である Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand, 3e éd., LGDJ, 1914, p.71 et s. も同様) である。

(50) 於保不二雄『債権総論〔新版〕』(1972) 338頁は、原債務者と引受人との「設定的債務引受」を認める。奥田・前掲注(6) 476頁以下は、併存的債務引受において、債権者・引受人間の契約でされるものの実質は担保であり、本来の債務引受ではなく、債務者・引受人間の契約でされるものが「債務の移転ないし承継」であると評価する。なお、遠藤・前掲注(3) 2号144頁以下も、原債務者と引受人との間の併存的債務引受が出発点であるという(ドイツにおける原債務者・引受人間の合意による債務引受についての処分説(通説)と申込説を紹介したうえ[2号102頁]、処分説からの解放の可能性を説く)。併存的債務引受と免責的債務引受の関係についての「異質論」と「同質論」につき、潮見・前掲注(11) ①495頁以下参照。

自由であるという発想が生じえないが、アメリカ法では、債務の移転が問題である以上、債務者を中心に考え、原則は債務の移転が自由であると考え（そのうえで、債権譲渡とは異なる考慮をする）と指摘する⁽⁵¹⁾。

今回の民法の改正についての法制審議会民法（債権関係）部会（以下「部会」という）の審議が始まる前の研究者の立法提案でも、原債務者Bと第三者Cの合意による債務引受を債権者AとCの合意による債務引受よりも先に掲げるものが複数あった⁽⁵²⁾。

また、部会が2013年に決定した「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」に対する批判として、併存的債務引受を原型とし、免責的債務引受はそれに債権者の債務免除を加えたものであるという構成は、債務の移転という発想をとらず、契約譲渡とのつながりを断つものであるというものがあつた⁽⁵³⁾。この批判の眼目は、債務移転という発想との相違の指摘にあると理解することができるだろう。

こうしてみると、債務の移転に関する諸構成は、①債権者と引受人の合意による「債務引受」と、②原債務者と新債務者の合意による「債務譲渡」を両端にする線上において、第三の当事者（①では債務者、②では債権者）の意思をどのように、また、どの程度、考慮するかによって異なるものとして、配置することができるだろう。改正日本民法は①を重視しつつも、（免責的債務引受でなく）併存的債務引受を原型とするという捻じれがある。改正フランス民法は、②を重視しつつも、徹底することを控えた。いずれも、上記の線上の1つの選択だと見ることができる。その相違は、前述した概念形成の歴史的経緯、その概念を制約する他の法概念の存否、主として想定する債務移転の類型、競合する他の法制度との関係⁽⁵⁴⁾などによるのであろう。

以下では、改正民法を相対的に理解するために、「債務譲渡」という見方から得られる示唆とその課題を考えてみたい。

(51) 樋口範雄『アメリカ契約法〔第2版〕』（2008）338頁以下。

(52) 池田真朗「契約当事者論」山本敬三ほか『債権法改正の課題と方向』別冊NBL51号（1998）147頁・175頁、基本方針Ⅲ314頁以下（後者は、BC間の債務引受の合意はAにCに対する債権を取得させる第三者のためにする契約であつて、判例法理〔大判大6・11・1民録23輯1715頁など〕を明文化するものだと説明し、また、「債務引受」という構成を維持するという、現実の立法化を目指した手堅いものであり、BのCに対する債務の譲渡というものではない）。これに対し、民法改正研究会（代表・加藤雅信）編『民法改正 国民・法曹・学界有志案』法律時報増刊（2009）169頁以下は、債務引受は債権者引受人間の合意のみによってなされ、併存的債務引受人は連帯債務者又は保証人となり、原債務者と第三者の合意は履行引受を生じさせるといふ、債権者引受人合意原型観を徹底させたものである。

(53) 池田真朗「債務引受と契約譲渡」金法1999号（2014）34頁・44頁。

(54) フランス法における指図や更改など他の制度の機能との関係につき、冒頭の注に記載したシンポジウムにおける片山教授とエティエネ教授の報告からご教示を頂いた。

(2) 「債務譲渡」という見方の示唆と課題

① 譲渡の自由

債務引受から債務譲渡へと見方を変えることは、視点を債権者と第三者から原債務者と第三者に移すことを意味する。債務の移転が自由であるということを出発点にしたうえ、生じうる不都合を解決するという発想をとることにより、たとえば、将来債務の譲渡⁽⁵⁵⁾についても、より柔軟に考えることが可能になるし、債権譲渡・債務譲渡・契約譲渡を統一的に考えることが可能になる。

② 債務の消滅を伴わない移転

債務引受の概念は、免責的債務引受にせよ、併存的債務引受と債務免除の結合にせよ、債権者と原債務者との間の債権債務は消滅するという考え方に親しむ。これに対し、債務譲渡は、債権譲渡と同様、債権債務は消滅せずに、新債務者に移転するという考え方に結びつきやすい。このことは、免責的債務引受の効果（472条1項にいう「債務者は自己の債務を免れる」）の理解、免責的債務引受における担保の移転に関する規律（472条の4第2項）⁽⁵⁶⁾、相殺権に関する規定の不存在の説明の仕方⁽⁵⁷⁾に影響を及ぼしうる。このように、債務譲渡という見方は、債務の消滅を伴わない移転という観点からの検討を可能にする。それはまた、債務者の交替による更改（514条）との違いと機能分担の検討にも資するであろう。

③ 取引の対象としての債務

他方で、債務譲渡という概念には、検討すべき課題もある⁽⁵⁸⁾。

第1に、取引の客体となる「財産」の概念の検討を要する。債務は、経済的価値が

(55) 金融法委員会「債権法改正に関する論点整理（下）」NBL965号（2011）54頁、井上・前掲注（11）48頁。井上論文は、債権譲渡制限特約との関係（併存的債務引受と弁済による代位の方法）、債権譲渡と債務引受の組み合わせ、将来債務の引受けについて検討する（45頁以下）。ここには、債権譲渡と債務引受をパラレルに考えようとする発想がうかがわれる。その発想は、つき進めると、「債務譲渡」論に至るのではないか。そうすると、後記③の問題点を検討する必要があるだろう。

(56) 潮見・概要172頁（債務消滅を前提）。

(57) 沖野・講義243頁（債務消滅を前提）。

(58) フランスでは、債務譲渡の理論的問題が議論されてきた（前掲注（37）及び中原・前掲注（41）211頁参照）。以下の問題は、この議論にも関わるものである。

マイナスである財産の最も純粹なものであるという見方がある⁽⁵⁹⁾。「負の財産」⁽⁶⁰⁾には多様なものがあるが(汚染除去費用の方が高い汚染された土地、産業廃棄物、永続的治療が必要なペットなど)、それは取引の対象となるのか、また、放棄はできるのか、できないとするとそれはなぜかなど、具体的な問題がある。更に根本的には、「負の財産」という統一的な観念を構築できるのか、所有権の対象となるもの(汚染土地など)と、そうでないもの(金銭債務等)とをひとまとめにできるのかという問題がある。

第2に、債務の譲渡という取引はどのような法的性質をもつのかの解明が課題となる。債権譲渡は債権の売買(569条参照)などと構成できるが、債務譲渡は「負の財産」の売買なのか(代金は何か)、売買でないとするどどのように法性決定すべきかである。

第3に、債務譲渡の発想が実際に重要な意味をもつのは、債務の譲渡が資産(不動産、債権等)と組み合わせられ、「束」として取引される場合であるが、そこでは、具体的取引において、何が譲渡されたのか(「束」として譲渡されたものの範囲)の確定が大きな問題となる。証券化されていれば、それにより外延の画定が可能だが、そうでない場合が問題である。単純な債権の譲渡においてさえ、契約条項のどこまで引き継がれるのかという問題がある⁽⁶¹⁾。今後、譲渡の客体の単位・範囲・分割可能性についての検討が、債権譲渡・債務譲渡・契約譲渡のそれぞれにおいて課題となるだろう⁽⁶²⁾。

(3) 改正民法の債務引受観に伴う個別的問題

① 特約の効力

改正民法が債権者引受人合意原型観をとることとの関係で、債務引受に関する特約が問題となることがありうる。2点、検討する。

(59) Rémy Libchaber, La propriété dans tous ses états (2017年2月17日、東京大学における講演)、David Chilstein, Les biens à valeur vénale négative, RTDciv. 2016, n° 4, pp.663, 685 et s. 本論文につき、吉田克己教授からご教示を頂いた。お礼を申し上げる。

(60) 吉田克己「財の多様化と民法学の課題」吉田克己=片山直也編『財の多様化と民法学』(2014)2頁・20頁は、「負財」と呼ぶ。吉田克己「土地所有権の放棄は可能か」土地総合研究25巻2号98頁(2017)参照。なお、平井宜雄『法政策学〔第2版〕』(1995)51頁は、「負財(bads, disgoods)」をより広く、死、刑罰、嫌忌施設など負の効用を与えるものという意味で用いる。

(61) 金融法委員会「ローン債権の譲渡に伴う契約条項の移転」金法1707号(2004)79頁。

(62) 契約譲渡において、譲渡の客体は何かを検討したものとして、オルトラーニ・アンドレア「イタリアと日本における契約譲渡——比較法的検討」(2016年提出東京大学博士論文)。

第1は、472条2項後段の「通知」に関する特約である。債権者Aと引受人となる者Cとの契約による免責的債務引受は、Aが原債務者Bに通知した時に効力を生じる。そこで、AB間で、将来、Aが免責的債務引受をした場合に、通知を不要とする（ABの現在の契約をもってBが通知を受けたものとみなす）という特約をすることの可否が問題となる。同項は、「その契約をした旨を通知した時」と規定しているので、少なくとも、文言上は、難しそうである。これを認めると、B（又はその相続人）が知らない間に、その債務を免れていることになり、法律関係が不安定になるという問題もある。この通知を債権者又は引受人がすべきか、債権者がすべきかについて検討された経緯も含めて、この通知が必要とされる趣旨を更に検討する必要があるだろう。

第2は、履行の請求に関する特約である。併存的債務引受によって連帯債務関係が生じるが、連帯債務における一債務者に生じた事由の他の債務者への影響の相対的効力が一般化された（441条）。そのため、履行の請求に絶対効をもたせるための合意のあり方が問題となる。部会では、「合意が必要な当事者は、その事由が効力を有するかどうか問題となる他の連帯債務者と債権者とする」と説明されており⁽⁶³⁾、441条但書もそう解されるであろう。そうすると、債権者A、原債務者B、引受人Cの間の併存的債務引受において、履行請求に絶対効を付与するためには、Aは、BとCのそれぞれとの間で合意をしておく必要があるだろう（Bに対する請求がCに及び、Cに対する請求がBに及ぶため）。その合意の後、CからDに更に債務引受があった場合も同様である。Aが当初、Bとの間で包括的な絶対効の特約をしていた場合、CについてはBの関与があるからその同意の効力を認める余地があるとしても（消費者契約法などの制約は別論）、Dについてまで当然に同意の効力が認められるかどうかは、疑問がある。この点は、連帯債務一般において、特約をした連帯債務者と特約後に加わった連帯債務者との関係に類似することになる。

② 消滅時効の効果

債権者引受人合意原型観をとることに伴い、消滅時効の効果が問題となることがある。AC間の契約による併存的債務引受（470条2項）がされた後、Bについて消滅時効が完成したが、Cについては完成していない段階で、CがAに弁済した場合、BはCの求償に応じる必要があるか。BがCの存在を知らず、債権者Aに対する弁済の証拠を廃棄していたときなどに問題が生じる。改正民法は、連帯債務について、時効の完成を相対効とし（現439条の削除）、更に、時効未完了の連帯債務者Cは、弁

(63) 部会資料67A、第1、2(5)。

済した後、時効が完成していた他の連帯債務者Bに求償することが可能とされる(445条・442条)。連帯債務の場合、片面的連帯論によって解決することなどが考えられるが⁽⁶⁴⁾、このような解決は、併存的債務引受においても妥当すると考えられるのではないか。

③ 債務引受と保証債務との関係

改正民法は、併存的債務引受人と保証人との機能の類似性を考慮している(2(1)①参照)。しかし、それぞれの債務に関する規定は異なる。債務引受人は、「債務者が債権者に対して負担する債務と同一の内容の債務を負担する」(470条1項・472条1項)。保証人は、「主たる債務者がその債務を履行しないときに、その履行をする責任を負う」(446条1項)。両者の債務の内容は同じであろうか。たとえば、金銭債務の場合、引受人の負う債務が同額の金銭債務であることは条文の文言からも明らかであるが、保証人の債務もそうなのか、それとも「担保する給付」⁽⁶⁵⁾などそれとは区別されるものなのか⁽⁶⁶⁾。これは、従来からある問題だが、併存的債務引受人と保証人との類似性を考慮しつつ、上記の相違が表明されたことから、より鮮明になったものである。保証債務の内容の再検討が促されることになろう。

これに関連して、訴訟法上の議論について、一言する。債務者に対する訴訟の口頭弁論終結後にその債務を保証した者、又は、債務を引き受けた者にその訴訟の確定判決の既判力が及ぶか、という問題がある。保証人又は引受人が民事訴訟法115条1項3号の「口頭弁論終結後の承継人」にあたるかどうかである⁽⁶⁷⁾。議論に際して、債務引受に関する実体法の理解に言及されることがある。ある見解は「併存的債務引受は保証の実質をもつ」と述べ⁽⁶⁸⁾、他の見解は「免責的債務引受けの場合には、債務はその同一性を失わずに旧債務者から引受人に移転するのに対して、併存的債務引受けの場合には、引受人は、原債務と同一内容の新債務を、債務者と連帯して負担する」という⁽⁶⁹⁾。現行法のもとでの民法学説については評価が分かれうるだろうが、改正民法

(64) 部会資料67A、第1、2(4)、同80-1、同83-2第17、2(説明)、法制審議会民法(債権関係)部会第96回議事録23頁～24頁(中田・脇村発言)。基本方針Ⅲ397頁参照。

(65) 於保・前掲注(50)25頁以下・255頁、金山直樹『現代における契約と給付』(2013)185頁以下。

(66) 積極的に区別するものとして、平野裕之『債権総論』(2017)251頁以下・336頁。

(67) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法〔上〕〔第2版補訂版〕』(2013)696頁。

(68) 三木浩一「判決効の相対性」法学セミナー541号(2000)22頁。三木浩一＝山本和彦編『ロースクール民事訴訟法〔第4版〕』(2014)373頁以下参照。

(69) 伊藤眞『民事訴訟法〔第6版〕』(2018)567頁以下(椿・前掲注(14)458頁・471頁、奥田・前掲注(6)476頁を引用する)。

のもとでは、より慎重な吟味が求められよう。前者は、併存的債務引受と保証の機能的類似性を重視するものだが、上述の債務内容の異同の検討が必要となるだろう。後者は、通説に異を唱えた於保博士と奥田博士の先進的な見解に依拠するものであるが、改正民法では、併存的債務引受と免責的債務引受を通じて、引受人は「債務者が債権者に対して負担する債務と同一の内容の債務を負担」する（470条1項・472条1項）のであり、区別をすることはより困難になっているように思われる⁽⁷⁰⁾。

（４）改正民法の解釈論

債務の引受けであれ、譲渡であれ、具体的に検討すべき事項は、変わるわけではない。債権者・原債務者・新債務者のそれぞれの意思と利益の尊重、債務の移転の効力発生時期、原債務者の責任の残存の有無・態様、抗弁の対抗、担保・保証の帰趨などである。債務譲渡構成が先進的であり、債務引受構成が遅れたものであるということにはならない。いずれも、（１）で述べた線上の選択と考えることができるし、債務譲渡には、（２）③で指摘したような検討課題がある。改正民法がわが国の判例・学説に依拠しつつ明文化したことは、「分かりやすさ」に資するものでもある。

しかし、改正民法の構成に過度に拘束され、債権者引受人合意原型観にとらわれることは、今後の取引の発展可能性を抑制し、国外における異なる発想を理解するうえで障害となる恐れがある。たとえば、併存的債務引受を保証と同視し、免責的債務引受と区別することを強調することは、保証人保護の規律を債務引受人に及ぼすという文脈では意味があるが、それを一般化することには硬直化をもたらす恐れがある。解釈の具体的な指針としては、470条3項及び472条3項の「よっても」の「も」を重視すべきではなく、「債権者と引受人となる者との契約」及び「債務者と引受人となる者との契約」は、単純に並列しているものであり、前者が原則というわけではない、と考えるべきである。

このような見方をとることによって、債務の移転に関する実務的要請に柔軟に対応できるとともに、その理論的問題の検討に資することになると考える。

(70) 訴訟物の承継に関する民事訴訟法学上の議論に立ち入るものではない。

第4章 定型約款に関する規定（548条の2、および、548条の3に限る）について

山田 誠 一

1 はじめに

(1) 検討対象

民法の一部を改正する法律（平成29年法律第44号）によって改正された民法（以下、「改正法」という）中の定型約款に関する規定は、3か条ある。本報告では、そのうち、以下の2か条を扱う。定型約款の合意に関するもの（548条の2）と、定型約款の内容の表示に関するもの（548条の3）である。

第五款 定型約款

（定型約款の合意）

第548条の2 定型取引（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いう。以下同じ。）を行うことの合意（次条において「定型取引合意」という。）をした者は、次に掲げる場合には、定型約款（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いう。以下同じ。）の個別の条項についても合意をしたものとみなす。

- 一 定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき。
- 二 定型約款を準備した者（以下「定型約款準備者」という。）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。

2 前項の規定にかかわらず、同項の条項のうち、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的に害すると認められるものについては、合意をしなかったものとみなす。

(定型約款の内容の表示)

第 548 条の 3 定型取引を行い、又は行おうとする定型約款準備者は、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示さなければならない。ただし、定型約款準備者が既に相手方に対して定型約款を記載した書面を交付し、又はこれを記録した電磁的記録を提供していたときは、この限りでない。

2 定型約款準備者が定型取引合意の前において前項の請求を拒んだときは、前条の規定は、適用しない。ただし、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は、この限りでない。

また、民法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律（平成 29 年法律第 45 号。以下、「整備法」という）は、鉄道営業法（明治 33 年法律第 65 号）⁽¹⁾、軌道法（大正 10 年法律第 76 号）、海上運送法（昭和 24 年法律第 187 号）、道路運送法（昭和 26 年法律第 183 号）、航空法（昭和 27 年法律第 231 号）、道路整備特別措置法（昭和 31 年法律第 7 号）、および、電気通信事業法（昭和 59 年法律第 86 号）のそれぞれの一部を改正する旨を定めた⁽²⁾。

- (1) 整備法による改正後の鉄道営業法 18 条ノ 2 は、「鉄道ニ依ル旅客ノ運送ニ係ル取引ニ関スル民法（明治 29 年法律第 89 号）第 548 条の 2 第 1 項ノ規定ノ適用ニ付テハ同項第 2 号中「表示していた」トアルハ「表示し、又は公表していた」トス」との定めをしている。整備法による改正後の軌道法 27 条ノ 2（路面電車、モノレール等による旅客運送取引）、海上運送法 32 条の 2（フェリー等による旅客運送取引）、航空法 134 条の 3（飛行機による旅客運送取引）、道路運送法 87 条（乗合バス等による旅客運送取引）、道路整備特別措置法 55 条の 2（高速道路等の通行に係る取引）、および、電気通信事業法 167 条の 2（電気通信役務の提供に係る取引）も同様の定めをしている。
- (2) この点については、「鉄道の乗車契約や高速道路の通行契約等においては実際上定型約款が準備されていることが通例であるが、都心の駅等で IC カードを使って鉄道の自動改札を通過する場合や、ETC を利用して高速道路を通行する場合を念頭に置くと、その都度、定型約款による旨の表示を適切にすることは実際上容易ではないし、事前に合意しておくことも困難な場合がある。他方で、これらの取引については、容易かつ迅速にその利用契約の成立を認める公共的な必要性も高いといえる。そこで、整備法においては、…あらかじめその定型約款を契約内容とする旨を公表すれば足りる旨の特則が設けられている」と説明されている（村松秀樹＝松尾博憲『定型約款の実務 Q&A』（2018 年）12-13 頁。筒井健夫＝村松秀樹編著『一問一答民法（債権関係）改正』（2018 年）250 頁も、同じ趣旨のことを述べている）。また、中田裕康『契約法』（2017 年）38 頁は、この点について、「運送、道路の通行・利用、電気通信事業関係の取引については、特則がある。これらの取引については、②の表示〔定型約款を準備した者があらかじめその定型約款を契約内容とする旨を相手方に表示すること〕すら困難であるが、取引自体の公共性が高く、厳格に表示を要求することなく定型約款の内容を契約内容とすることは、かえって利用者の利益にも資すると考えられるため、新 548 条の 2〔改正法 548 条の 2〕第 1 項 2 号の「表示していたとき」は、「表示し、又は公表

(2) 検討の方法

改正法中の定型約款に関する規定が、どのような効果を与えるものであるかを見ると、以下の通りである。

548条の2第1項は、「合意をしたものとみなす」という効果を与えていて、同条2項は、「合意をしなかったものとみなす」という効果を与えている。そこで、同条1項については、どのようなとき、何について、合意したものとみなすのかを明らかにし、同条2項については、どのようなとき、何について、合意をしなかったものとみなすのかを明らかにする。

続けて、548条の3第1項は、本文で、「示さなければならない」という効果を与え、ただし書で、「この限りでない」と定めて、本文の効果（「示さなければならない」）を阻却している。そこで、同条同項については、どのような場合に、誰が、どのように、何を示さなければならないのかを明らかにし（本文）、あわせて、どのような場合に、本文にもとづいて与えられる「示さなければならない」という効果が阻却されるのか（ただし書）を明らかにする。なお、同条2項は、本文で、「前条の規定は、適用しない」と定め、前条（548条の2）の規定の効果（合意をしたものとみなす⁽³⁾）を阻却し、ただし書で、「この限りでない」と定めて、本文の効果（合意したものとみなすことを阻却すること）を阻却している。そこで、548条の3第2項については、どのような場合に、548条の2にもとづいて与えられる「合意をしたものとみなす」、または、「合意をしなかったものとみなす」という効果が阻却されるのか（本文）を明らかにし、あわせて、どのような場合に、本文にもとづいて与えられる効果が阻却されるのか（ただし書）を明らかにする。

そこで、以下では、まず、「定型約款の合意」に関する規律（548条の2）について検討し、その後で、「定型約款の内容の表示」に関する規律（548条の3）について検討することとする⁽⁴⁾。

していた」とされる…。つまり、事前の公表で足りる」とする。

- (3) 548条の3第2項本文が定める「前条の規定」は、548条の2であり、同条には1項および2項があるため、548条の3第2項本文により、適用しないとされるのは、文言上、548条の2第1項および2項と考えられる。しかし、同条2項は、「合意をしたものとみなす」旨を定めている同条1項が適用される場合に意味を有するものであるため（「前項の規定にかかわらず、…ものについては、合意をしなかったものとみなす」ものであるから）、ここでは、548条の3第2項本文により適用しないとされるものとしては、548条の2第1項のみをとりあげることとする。
- (4) なお、改正法の立案過程における「民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）」（平成25年3月 法務省民事局参事官室）においては、「第30 約款」において、「1 約款の定義」、「2 約款の組入要件の内容」、「3 不意打ち条項」、「4 約款の変更」および「5 不当条項規制」が取り上げられた（商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間

2 定型約款の合意（548条の2）

（1） どのようなとき、何について、「合意をしたものとみなす」か（1項）

548条の2第1項は、定型取引を行うことの合意をした者が、定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき（1号。以下、[場合1]とする）、または、定型取引を行うことの合意をした者が、定型約款を準備した者（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（2号。以下、[場合2]とする）、「定型約款の個別条項」についても合意をしたものとみなすと定めている。この定めにより、まず、[場合1]については、定型取引を行うことの合意をし、定型約款を契約の内容とする旨の合意をした場合、定型約款の個別条項について合意をしていなくても、定型約款の個別条項についても合意をしたものとみなし、当事者は、定型約款の個別条項にしたがい権利を有し、義務を負うことになる⁽⁵⁾。また、[場合2]については、定型取引を行うことの合意をし、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場合⁽⁶⁾、定型約款の個別条項について合意をしていなくても、さらに、定型約款を契約の内容とする旨の合意（[場合1]を参照）をしていなくても、定型約款の個別条項についても合意をしたものとみなし、当事者は、定型約款の個別条項にしたがい権利を有し、義務を負うことになる⁽⁷⁾。

試案（概要付き）』（別冊 NBL/No.143）128-132頁）。

- (5) 中田・前掲注(2) 38頁は、[場合1]について、「包括的な合意があり、通常の契約の成立を認めることができることさえある状況である」とする。また、村松＝松尾・前掲注(2) 22-23頁は、「新法[改正法]においては、定型約款を利用して契約を成立させるためには、…定型約款を契約の内容とする旨の合意をしていた…場合において、契約の当事者において定型取引を行う旨の合意がされたことを要するとし、この要件を満たす場合には、定型約款に記載された個別の条項の内容について相手方が認識してい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す旨の規定を新設しています」とする（筒井＝村松・前掲注(2) 241頁も、同じ趣旨のことを述べている）。
- (6) 定型約款を契約の内容とする旨の表示について、「ここでの「表示」とは、取引を実際に行おうとする際に、顧客である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示されていると評価ができるものでなければならない。定型約款準備者のホームページなどにおいて一般的にその旨を公表するだけでは足りず、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」と説明されている（筒井＝村松・前掲注(2) 250頁。村松＝松尾・前掲注(2) 70頁も、同じ趣旨のことを述べている）。なお、表示される対象について、村松＝松尾・前掲注(2) 71頁は、「定型約款の内容ではなく、飽くまでも、ある取引にある約款が使用されて契約の内容になることが表示されていれば足りる」とする。
- (7) 中田・前掲注(2) 38頁は、[場合2]について、「重要である」とし、「[「定型約款を契約内容とする旨の表示」が、定型取引合意に先立って（「あらかじめ」）なされなければならない

そこで、定型取引とは何かが問題となる。定型取引とは、「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いう」（548条の2第1項柱書き）。「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」とは、ある取引主体が取引の相手方の個性を重視せずに多数の取引を行うような場面を抽出するための要件である⁽⁸⁾。具体的には、「企業が複数の労働者と締結する労働契約は、相手方の能力や人格等の個性を重視して行われる取引であるため、「不特定多数の者を相手方として行う取引」には該当しない」と考えられている⁽⁹⁾。他方で、預金取引⁽¹⁰⁾、住宅ローン取引⁽¹¹⁾、および、保険取引⁽¹²⁾は、不特定多数の者を相手方とする取引に当たると考えられている。取引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

（ここに契約内容化への合意の契機がある）」とする。村松＝松尾・前掲注（2）22-23頁は、「新法〔改正法〕においては、定型約款を利用して契約を成立させるためには、…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…場合において、契約の当事者において定型取引を行う旨の合意がされたことを要するとし、この要件を満たす場合には、定型約款に記載された個別の条項の内容について相手方が認識してい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す旨の規定を新設しています」とする（筒井＝村松・前掲注（2）241頁も、同じ趣旨のことを述べている）。

- (8) 筒井＝村松・前掲注（2）243頁（村松＝松尾・前掲注（2）28頁も同じ趣旨のことを述べている）。
- (9) 筒井＝村松・前掲注（2）243頁（村松＝松尾・前掲注（2）28頁、61頁も同じ趣旨のことを述べている）。また、労働契約について、中田・前掲注（2）37頁は、「「不特定多数の者を相手方として行う取引」という要件により、労働契約（相手方の個性に着目して締結される）の契約書ひな型等は除外される」とする。
- (10) 預金取引について、村松＝松尾・前掲注（2）51頁は、「預金取引においては、反社会的勢力に該当する者との間で契約を締結しないといった条項があることを除けば、契約締結の可否やその条件について顧客によって違いが生ずることは想定されないため、不特定多数の者を相手方とする取引に当たると考えられます」とする。
- (11) 住宅ローン取引について、村松＝松尾・前掲注（2）54頁は、「住宅ローン取引においては、貸付額が個別の顧客の収入や購入対象の不動産の価値によって異なりますが、その判断が相手方の資質等の個性に着目して行われるわけではなく、一定のモデルに従って機械的に行われているという取引実態にあるといえます。このことを前提とすれば、住宅ローン取引は、不特定多数の者を相手方として行う取引に該当すると考えられます」とし、「融資金額や利率が顧客ごとに異なっていても、定型取引該当性が否定されない」する。
- (12) 保険取引について、村松＝松尾・前掲注（2）55頁は、「保険取引は、基本的には、相手方の個性に着目することなく、契約締結の可否やその条件を決するものであるため、不特定多数の者を相手方として行う取引であるといえます」とする。なお、ここでは、生命保険取引においては、顧客の病歴等によって、契約締結の可否等が決まるが、その判断は、一定の基準に従って機械的に行われるものであり、また、損害保険取引においては、自動車保険であれば、契約者の年齢や事故歴を踏まえて保険内容等が決められるが、この判断も画一的に行われるものであり、いずれも個性に着目して行われる取引ではないと説明されている（村松＝松尾・前掲注（2）56-57頁）。

のとは、「定型約款を利用しようとする定型約款準備者だけでなくその相手方（顧客）にとっても取引の内容が画一的であることが合理的であると客観的に評価できる場合に限られることを表すものである」⁽¹³⁾。具体的には、預金取引については、「多数の預金者との間の契約内容を画一化することによって円滑迅速な預入れ・払戻しを実現することが可能となっており、また、預入れ・払戻しのためのコストを低減することができるという利益を預金者も享受している」ため「定型取引の要件を充足する」とされ⁽¹⁴⁾、住宅ローン取引については、「画一的な契約管理によって、利率や手数料等の取引コストが低減する等の利益を顧客が享受している場合には、取引の内容の全部又は一部が画一的であることが当事者双方にとって合理的なものである」とされ⁽¹⁵⁾、また、保険取引については、「大数の法則や収支相等の原則に基づいて成り立っており、その主要な契約内容が画一的でなければ商品として成立しないという性質を有しているため、取引内容の全部又は一部が画一的であることが当事者双方にとって合理的なものである」とされている⁽¹⁶⁾。

次に、定型約款とは何かが問題となる。定型約款とは、「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〔不特定多数の者を相手方として行う取引をする者〕により準備された条項の総体をいう」（548条の2第1項柱書き）⁽¹⁷⁾。「当事者の一方が契約内容を補充する目的で、事前に作成していた定型的な契約条項を対象とすることを示すものである」⁽¹⁸⁾。具体的には、預金規定（普通預金や定期預金の預金規定、および、当座勘定規定）⁽¹⁹⁾、住宅ローン取引の契約書ひな型⁽²⁰⁾、および、保

(13) 筒井＝村松・前掲注(2)243頁。「約款を利用して画一的な契約内容を定める客観的な必要性が乏しい取引において、事業者がいわゆる約款を作成していたとしても、「(取引)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」であるとはいえないので、定型約款には該当しない」（筒井＝村松・前掲注(2)245頁）。

(14) 村松＝松尾・前掲注(2)51頁。

(15) 村松＝松尾・前掲注(2)54頁。

(16) 村松＝松尾・前掲注(2)55頁。

(17) 筒井＝村松・前掲注(2)245頁は、「新法〔改正法〕は、代金などの給付内容を定めた条項も定型約款に該当し得るという考え方を前提としている」とする。

(18) 筒井＝村松・前掲注(2)244頁。

(19) 村松＝松尾・前掲注(2)51頁。中田・前掲注(2)37頁は、定型約款から、「預金規定…は、事業者間取引であっても除外されないだろう」とする。潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』（2017年）226頁は、預金規定は、「〔定型約款〕の定義に該当するであろう」とする。また、債権法研究会編『詳説改正債権法』（2017年）403-404頁〔浅田隆〕も、預金規定は、定型約款であるとする。

(20) 村松＝松尾・前掲注(2)54頁。債権法研究会・前掲注(19)406頁〔浅田〕は、「住宅ローン契約書に関しては、金額やライフイベントにおける重要性にもかんがみ、契約条件など相応の説明や審査を実施するのが通常である。よって、このような商品や審査・契約締結実態がある場合は、…〔定型約款〕には該当しないであろう」とする。

険約款⁽²¹⁾は、定型約款に該当する。

(2) どのようなとき、何について、「合意をしなかったものとみなす」か(2項)

548条の2第2項は、前項(同条1項)の規定にかかわらず、同項の条項(「定型約款の個別の条項」)のうち、「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的に害すると認められるものについては、合意をしなかったものとみなす」と定めている。「不当条項及び相手方に不意打ちとなる条項を排除するための規定である」⁽²²⁾。「定型約款の個別の条項が信義則に反すると認められるか否かについては、その考慮事由が法定されており、「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」総合的に判断される」⁽²³⁾。具体的には、「相手方に対して過大な違約罰を定める条項、定型約款準備者の故意又は重過失による損害賠償責任を免責する旨の条項など、その条項の内容自体に強い不当性が認められるものや、売買契約において本来の目的となっていた商品に加えて想定外の別の商品の購入を義務付ける不当な抱合せ販売条項など、その条項の存在自体を相手方が想定し難く、その説明などもされていないために不当な不意打ち的要素があるものなどが想定される。なお、不当性の判断に当たっては、個別具体的な相手方ごとに諸事情が考慮されるため、特定の相手方との関係でのみ合意をしなかったものとみなされることもあり得る」と説明されている⁽²⁴⁾。

(21) 村松＝松尾・前掲注(2)55頁。潮見・前掲注(19)226頁は、生命保険約款、および、損害保険約款は、「「定型約款」の定義に該当するであろう」とする。

(22) 中田・前掲注(2)39頁。また、村松＝松尾・前掲注(2)91頁は、「定型約款についての不当条項規制においては、①当該条項の内容面での不当性と、②当該条項を相手方(顧客)が認識・予測困難であったという不当性(不意打ち的要素)の両面が考慮されることになりま

す」とする。

(23) 筒井＝村松・前掲注(2)253頁。さらに、筒井＝村松・前掲注(2)253-254頁は、考慮事由である「定型取引の態様」について、「信義則に反する不当な条項であるか否かの判断に当たっては、定型取引の一般的な特質[客観的に見て画一性が高い取引であるといえることなどから、相手方である顧客においても約款の具体的な内容を認識しようとまではしないのが通常であるという特質]を考慮すべきことを明らかにし、かつ、その観点から不当性の審査が行われるようにするため、「定型取引の態様」を考慮事由として明記している」とし、同じく「定型取引の実情」については、「例えば、保険取引や電気供給取引といった定型約款が利用されている個別の取引類型における実情を具体的に見たときに、その条項を設ける必要性や相当性が低く、一般にそのような条項を設ける例も多くないことなどは、信義則違反と判断する一要素として考慮されることになる」とする(村松＝松尾・前掲注(2)96-97頁も同じ趣旨のことを述べている)。

(24) 筒井＝村松・前掲注(2)252頁(村松＝松尾・前掲注(2)91頁も同じ趣旨のことを述べている)。

なお、548条の2第2項（定型約款に関する規定）と消費者契約法10条との関係は、次のようなものである。まず、定型約款に関する規定は、消費者と事業者との間の消費者契約に適用対象を限定しないため、「事業者間の取引であっても、新法〔改正法〕第548条の2〔第2項〕は、適用され得るもの」である⁽²⁵⁾。「信義則違反の有無の判断についても、新法〔改正法〕においては、顧客である相手方が約款の個別の条項の内容を認識しないまま取引が行われるという定型取引の特質が重視されることになるのに対し、消費者契約法第10条においては、消費者と事業者との間に交渉力や情報等の格差があることを踏まえて判断される点において、主たる考慮要素に違いがある…。…導かれる結論に違いが生ずることがあり得る」⁽²⁶⁾。

3 定型約款の内容の表示（548条の3）

（1） どのようなとき、何を、示さなければならないか（1項本文）

548条の3第1項本文は、定型取引を行い、又は行おうとする定型約款準備者は、定型取引の合意の前、相手方から請求があった場合（〔場合3〕）には、遅滞なく、相当な方法で定型約款の内容を示さなければならないと、または、定型取引の合意の後相当の期間内に⁽²⁷⁾、相手方から請求があった場合（〔場合4〕）には、遅滞なく、相当な方法

(25) 村松＝松尾・前掲注(2)105頁。

(26) 村松＝松尾・前掲注(2)105-106頁。中田・前掲注(2)39-40頁も、548条の2第2項と消費者契約法10条について、両者は、「判断構造が異なる」、「趣旨も異なる」としたうえで、「具体的な帰結が異なることもありうる」とする。他方で、村松＝松尾・前掲注(2)106頁は、「ある特定の契約条項について、新法〔改正法〕第548条の2第2項と消費者契約法第10条の両方の要件に該当する際には、当事者は両者を選択的に主張することが可能であり、また、裁判所としてもこれを選択的に採用することが可能である」とする。

(27) 「相当の期間内」については、村松＝松尾・前掲注(2)113頁が、「定型取引合意の後、いつまでも定型約款の内容を示さなければならないとすると、定型約款準備者に過度の負担を課すおそれがあるため、この請求〔相手方からの請求〕は定型取引合意の後「相当の期間」内にされる必要があるとしています」とし、そのうえで、「この「相当の期間」の具体的な意義は、個別の事案の具体的な状況に応じて判断されることとなります。とはいえ、定型約款の内容を知る必要があるのは、約款を利用した取引に係る権利義務について紛争が生ずるケースですから、一般的な消滅時効期間を踏まえても最終の取引時から5年程度は顧客からの表示請求に対応する必要があるものと考えられます」とする。

(28) 「相当な方法」については、村松＝松尾・前掲注(2)110頁が、「〔相当な方法〕としては、…、定型約款を印刷した冊子を郵便等で送付するといった方法や、その電子データを電子メール等で送付する方法などが考えられます。また、定型約款を印刷した冊子などを顧客の面前で示すことなども当然にこれに該当します。…このような事業者〔顧客への情報提供の目的で、事業者が使用している定型約款を自社のホームページに掲載している事業者〕が、…定型約款の表示の請求を受けた場合には、ホームページのURLを伝えるなどすることも、「相当な方法」に該当します」とする。

で⁽²⁸⁾ 定型約款の内容を示さなければならないと定めている⁽²⁹⁾。ここで求められているのは、「定型約款の内容自体の表示」であり⁽³⁰⁾、548条の2第1項2号が定める「定型約款を契約の内容とする旨の表示」(2(1)参照)とは、別のものである。「これは、定型取引の当事者に定型約款の内容を知る権利を保障する必要があることから、定型約款準備者による定型約款の内容の表示義務を定めているものであるが、取引の前だけでなく、取引後にも表示義務を認めている」⁽³¹⁾ ものである⁽³²⁾。

(2) どのようなとき、1項本文の効果が阻却されるか(1項ただし書)

548条の3第1項ただし書は、定型約款準備者が、既に相手方に対して、定型約款を記載した書面を交付し、または、定型約款を記録した電磁的記録を提供している⁽³³⁾ 場合は、同条同項本文の効果は、阻却される(「この限りでない」と定めている。この場合、「相手方の表示請求があっても、これに応ずる必要はない」⁽³⁴⁾。

(3) どのようなとき、548条の2の規定は、適用しないか(2項)

548条の3第2項本文は、定型約款準備者が定型取引合意の前において、同条1項の請求(相手方からの定型約款の内容の表示請求)を拒んだときは、前条(548条の2)の規定は適用しないと定めている⁽³⁵⁾。548条の2第1項の効果は、「定型約款の個

(29) 村松＝松尾・前掲注(2)109頁は、「ここでは、定型約款準備者に定型約款の内容の表示に関する民法上の義務が発生する根拠が定められているものです」とする。

(30) 中田・前掲注(2)38頁。

(31) 筒井＝村松・前掲注(2)255頁(村松＝松尾・前掲注(2)108頁も同じ趣旨のことを述べている)。

(32) 定型約款の内容を表示するために必要な費用が問題となるが、村松＝松尾・前掲注(2)115頁は、「顧客からの請求に応じて定型約款の内容を表示する法律上の義務を定型約款準備者は負っていることからすれば、その費用は基本的に定型約款準備者が負担すべきです(新法[改正法]第485条本文参照)」とする。

(33) 筒井＝村松・前掲注(2)256頁は、「電磁的記録によって提供したと評価することができるためには、顧客が電磁的記録中のデータを管理し、自由にその内容を確認することが可能な態様で行われる必要がある」とする(村松＝松尾・前掲注(2)112頁も同じ趣旨のことを述べている)。

(34) 筒井＝村松・前掲注(2)255頁(村松＝松尾・前掲注(2)108頁も同じ趣旨のことを述べている)。「定型約款準備者の負担が過大になることを防ぐため」である(筒井＝村松・前掲注(2)255頁(村松＝松尾・前掲注(2)108頁も同じ趣旨のことを述べている)。

(35) 債権法研究会・前掲注(19)425頁〔浅田〕は、「実務上は、本条文[548条の3第1項]に基づく開示請求が実際にあった場合に、業法上の説明書類とは別に、定型約款を適時に開示する体制を構築しておく必要がある。さらに、事前開示請求権拒絶を理由とした契約無効の主張を防止するために、一定の場合には開示事実を挙証できるよう管理態勢も整備しておくことも検討に値しよう」とする。

別条項についても合意をしたものとみなす」である（2（1）参照）ため、定型約款準備者が定型取引合意の前において、相手方からの定型約款の内容の表示請求を拒んだとき⁽³⁶⁾は、定型約款の個別条項について合意をしたものとはみなされないことになる⁽³⁷⁾。「取引を開始する前に相手方から定型約款の表示請求がされていたにもかかわらず、定型約款準備者がこれを拒絶していた場合には、仮にその後取引が行われたとしても、定型約款の個別の条項について合意をしたものとみなすという法的効果（新法〔改正法〕第548条の2第1項）を付与することは適切ではない」⁽³⁸⁾からである⁽³⁹⁾。

548条の3第2項ただし書は、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は、同条同項本文の効果は、阻却される（「この限りでない」と定めている。この場合、相手方からの定型約款の内容の表示請求を拒んでも、548条の2の規定は適用される⁽⁴⁰⁾。「一時的な通信障害が発生した」について、具体的には、「通信障害が発生していたため、適時に定型約款の内容を表示することができなかったが、そのまま定型取引が行われたケースなどが想定されています」と説明されている⁽⁴¹⁾。

(36) 「拒んだとき」については、筒井＝村松・前掲注（2）256頁は、「拒絶」した場合は、定型約款準備者が明示的に定型約款の開示を拒んだ場合のみならず、開示の請求を受けたにもかかわらず、相当期間を経過しても何の回答もしていない場合のように、拒絶の意思を明示していなくとも、定型約款準備者の対応状況から拒絶していると評価することができる場合も含むものである」とする（村松＝松尾・前掲注（2）120頁も同じ趣旨のことを述べている）。

(37) 中田・前掲注（2）39頁は、「みなし合意の規定は適用されない」とする。

(38) 筒井＝村松・前掲注（2）255頁（村松＝松尾・前掲注（2）109頁も同じ趣旨のことを述べている）。

(39) さらに、村松＝松尾・前掲注（2）119頁は、「特に取引を行う前には、取引を行うか否かの判断に当たって、契約の内容とみなされる定型約款の内容を知ることが重要であることに鑑み、定型約款準備者が〔表示〕義務を履行しなかったために内容を知る機会が失われた以上、定型約款準備者に対して一定のサンクションを課すこととしたものです。そして、定型約款の個別の条項について合意があったものとみなされないことになる結果、契約の重要な部分が失われることから、その契約は全体として無効となると解されます」としたうえで、「この規定〔548条の3第2項〕は、顧客である相手方の保護のための規定であるため、契約の不成立を主張することができる者は基本的に相手方に限定されるものと解されます」とする。

(40) 村松＝松尾・前掲注（2）122頁は、「そのこと〔拒絶〕について正当な事由があるのであれば、〔改正法548条の2第1項の規定によって〕合意があったものとみなされます」とする。

(41) 村松＝松尾・前掲注（2）122頁（さらに、「停電等を理由とした一般的な通信障害のほか、自社のホームページを利用した定型約款の表示を想定していたが、実際には、そのホームページに一時的な障害が発生していたといったケースも、事情によっては「正当な事由」に該当し得ると考えられます」とする）。

(4) 定型取引合意の後の表示請求を拒絶した場合について

548条の3第2項は、定型取引合意の前に、相手方から定型約款の内容の表示請求があった場合について、定めるものである（(3)参照）。3（1）において述べた[場合3]についてである。548条の3第2項は、定型取引合意の後相当の期間内に、相手方から定型約款の内容の表示請求があった場合、すなわち、3（1）において述べた[場合4]については、触れていない。そこで、定型約款準備者が定型取引合意の後相当の期間内に、相手方からの定型約款の内容の表示請求を拒んだ場合、どのような効果が生ずるかが問題となる。

立案担当者は、「定型約款準備者が、取引後に定型約款の内容の表示を請求されたにもかかわらず、これを正当な事由もないのに拒絶していた場合については、特別の規定を設けていないが、この場合にも、定型約款準備者は約款の内容を表示すべき債務を負うから、相手方は定型約款準備者に対し、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（新法〔改正法〕第415条）」との考え方を示している⁽⁴²⁾。これに対しては、「正当な理由なく拒絶をしたときは、信義則上、約款の内容たる条項の援用が否定されると解しうる」との意見がある⁽⁴³⁾。さらに、「債務不履行による解除の可否は、不履行の軽微性の評価によることとなるが（新〔改正法〕541条但書）、少なくとも消費者契約においては、軽微とはいえないと評価する余地があろう…」との指摘がされている⁽⁴⁴⁾。

(42) 筒井＝村松・前掲注(2)256頁（村松＝松尾・前掲注(2)118頁も同じ趣旨のことを述べている）。さらに、村松＝松尾・前掲注(2)119頁は、「取引を開始した後に定型約款の内容の表示を拒絶したとしても、このような効果〔改正法548条の2第1項の規定による合意の擬制の効果が付与されないこと〕は発生しません」とする。

(43) 中田・前掲注(2)39頁。また、沖野眞已「約款の採用要件について―「定型約款」に関する規律の検討」『日本民法学の新たな時代』（2015年）579頁は、「改正法案〔改正法と同じ〕においては、契約締結前の開示拒絶については548条の2の適用排除という効果を定めるのに対して、契約締結後の開示拒絶については効果は明定されていない。契約締結後については、548条の2の適用が排除されることはないこと、義務違反に対する損害賠償請求は可能であることは部会〔法制審議会民法（債権関係）部会〕において言及されているが、損害賠償請求については損害の立証が困難であって実効性に疑問がある。正当な事由のない「拒絶」の場合には、信義則上、約款内容たる契約条項の援用が否定されるという効果もありえよう」と述べている。

(44) 中田・前掲注(2)39頁。

第5章 改正後民法における約款の変更について

沖野眞巳

1 はじめに

2017年改正後の民法は、「定型約款」の規定を新設している。その特徴の1つが、「定型約款の変更」についての規定（548条の4）が設けられたことである。改正後民法548条の4（以下、特に断らない限り、2017年改正後の民法の条文については、法律名を省略する。）の規定については、定型約款準備者による定型約款の内容の一方的変更を認めるものであって、そもそもそのような一方的変更を肯定する規定を設ける要否や当否について、議論がある⁽¹⁾。本稿では、そのような同条の規定の要否および当否には立ち入らず、改正後民法の定型約款の変更に関する規定につき、そのいくつかの解釈問題を検討しつつ、内容を確認したうえで、普通預金規定を中心にこれまでの約款の変更の例をとりあげて、改正後の規定の下での変更の可否について、考察する。

2 定型約款の変更に関する規定の内容

(1) 548条の4の規定

548条の4は、次のとおり規定している。

(定型約款の変更)

第548条の4 定型約款準備者は、次に掲げる場合には、定型約款の変更をすることにより、変更後の定型約款の条項について合意があったものとみなし、個別に相手方と合意をすることなく契約の内容を変更することができる。

- 一 定型約款の変更が、相手方の一般の利益に適合するとき。
- 二 定型約款の変更が、契約をした目的に反せず、かつ、変更の必要性、変更後の内容の相当性、この条の規定により定型約款の変更をすることがある旨の定めのある

(1) 石川博康「契約改訂規範としての定型約款変更法理の特質とその理論的定位置」現代消費者法39号（2018年）30頁および同所掲の文献を参照。

無及びその内容その他の変更に係る事情に照らして合理的なものであるとき。

2 定型約款準備者は、前項の規定による定型約款の変更をするときは、その効力発生時期を定め、かつ、定型約款を変更する旨及び変更後の定型約款の内容並びにその効力発生時期をインターネットの利用その他の適切な方法により周知しなければならない。

3 第1項第2号の規定による定型約款の変更は、前項の効力発生時期が到来するまでに同項の規定による周知をしなければ、その効力を生じない。

4 第548条の2第2項の規定は、第1項の規定による定型約款の変更については、適用しない。

(2) 定型約款の変更という概念——定型約款の概念、変更の概念

548条の4が定める定型約款の変更の要件および効果を確認する前に、前提とも言える「定型約款」の「変更」という概念について、若干の留意点を指摘しておきたい。

a 「定型約款の変更」の概念

「定型約款の変更」の概念に関して、一言断っておきたい。従来、「約款の変更」とは約款準備者による一方的な変更を言うものであったが、「約款の変更」が論じられている局面には、少なくとも2つの異なる局面が存在していた。

ひとつは、約款準備者が、これから用いる約款について、従前の約款の内容を一部変更する場合である。特に、認可や届出を要する約款について、そのような認可や届出を経ることなく、認可や届出を経ていた約款の一部の内容を変更し、そのように変更された約款を新たに契約において用いた場合に、当該約款が契約内容として効力を持ち得るかが論じられた⁽²⁾。これに対し、もうひとつは、既契約において用いられている約款の内容を変更し、それにより既契約の内容（法律関係）を変更するという局面である。たとえば変更条項が設けられている場合に当該変更条項に基づく変更の可否は、局面としてはこの2つめの局面の問題である。また、そのような変更条項がない場合になお、既契約において約款の変更を行う場合もある。ときに「遡及的変更」といった表現が用いられることもある。

実務的には、特に、定型約款の起草に当たる立場からは、約款の変更という作業は、むしろ前者を念頭に、今後の新契約のための約款を準備するという観点から、既存の約款に修正・変更の必要があるかどうかという観点から語られることが少なくな

(2) その点が問題となった例として、最判昭和45年12月24日民集24巻13号2187頁参照。

いように思われる。そして、約款、特に定型約款は、不特定多数の相手方との個々の契約においてそれらの契約を通じて画一的な法律関係とすることを企図したものであるから、その必要性等に応じて、既契約においても新たな法律関係を画一的に及ぼすべきであると考えられる場合には、既契約への「遡及的」適用が語られるものと理解される。

定型約款の変更に関する548条の4の規定が規律するのは、もちろん、第2の局面である。すなわち、個別契約の当事者間において、個々の合意がされたと扱われ、契約内容となっている条項について、事後的に一方当事者（定型約款準備者）が内容変更を行うという場合を前提に、その要件と効果について規律するのが同条である。

b 変更の場面における「定型約款」

定型約款の変更の規律は、従前に議論の蓄積がない中で、設けられたものであり、その規律内容は、一般の契約法に対して特殊性を有することはもちろん、約款の一般法理とも相当に異質であることが指摘されている。そのような異質な規律の正当化は、定型約款であることに求めることとなり、そのため、定型約款の概念を変更の規律との関係でどうとらえるかが、理論的にも、また適用範囲を画するうえで実際上も、重要になる。

定型約款一般の定義（548条の2第1項柱書）との関係で、それがそのまま変更の規律における定型約款の概念に平行移動するのか、それとも、定型約款一般の定義に対して、変更の規律を正当化するものが括り出されるというようにさらなる絞りこみが548条の4の「定型約款」の概念については行われるのか、解釈の余地がある。

少なくとも、前記aの后者の局面、すなわち、既存の契約の内容の変更を問題にする以上、変更の規律の対象となる「定型約款」は、変更が問題となる時点においては、契約締結時のいわゆる組入れの場合の概念とは異なり、相手方は不特定ではなく、特定していることになる。契約締結時のいわゆる組入が問題となる段階における定型約款該当性が、変更時にも要求されるということではないことになる。したがってまた、不特定性ゆえの問題や正当化根拠は、変更の局面では妥当しない。さらに、多数性についても、契約締結時には多数が想定されていたが、変更時には多数性を欠いている場合も考え得る。

以上の点を548条の4にいう「定型約款」の概念として考慮するのか、それとも、一般契約法から本来的な規律であるはずの個別合意をとることや、さらには、合意や意思に基礎を置いた約款法理ならばそこからの要請ともなりうる、個別通知をすること（それを通じた消極的同意をとりつけること）も、いずれも困難であるといった事

情が、同条1項2号の必要性や合理性の判断の中で勘案されることになるのか、さらには、両者が併用されるのかも、1個の問題である⁽³⁾。しかし、そもそも、変更の段階では、既契約として特定しているのだから、多数ではあっても不特定ではありえないことを考えると、定型約款に該当するかどうかは、契約締結時を基準として判断されるのであり、変更時を基準とするものではないと解するべきだろう。したがって、変更時を基準としたときには、相手方が特定・少数となっている場合であり、それだけをみると定型約款該当性をみたさない場合であっても、そのことは、相手方との個別の合意をとることの困難さが減じられているという点に着目して、判断がされることになる。すなわち、1号型であればなお要件を充足しうる。2号型については、合理性の判断の中で（その他の事情のひとつとして）その点が勘案されることになろう（後記c参照）。

c 「変更」一般の概念

締結時の契約内容からの「変更」には、たとえば、パック旅行において一定のランクの宿泊施設（ホテル）が約束され、Aホテルへの宿泊となっていたが、出発前や出発後に、急遽、同ランクのBホテルに変更となるといったように、給付の内容が変更されるような場合がある。あるいは、また、契約締結時には、契約内容として、具体的な数値は決まっておらず、それが決定されるための基準（例えば市場の指標）や方法（例えば、特定の第三者による決定）のみが定められており、それに従って内容が具体化する場合がある。また、契約締結時には、数値が決まっているが、予めその数値が変わることが予定されその基準が定められている場合（例えばスライド条項）もある。これらは、548条の4が想定する定型約款の変更ではない。

ホテルの変更は、給付の変更ではあるが、定型取引において、契約の内容とすることを目的として特定の者によって準備された条項（548条の2第1項柱書かつこ書参照）を変更するものでも、また、新しい条項を契約条項とするという性格でもないからである。また、契約締結時には数値（等）が決まっておらず、決定のための指標や手順のみが決まっている場合は、契約の変更ではなく、契約で定められた内容の具体化である。さらに、当然のスライド条項による数値（等）の変動は、当該スライド条項を実現しているのであって、契約条項の変更とは言えないと考えられる。

(3) 筒井健夫・村松秀樹編著『一問一答民法（債権関係）改正』（商事法務、2018）（以下、「一問一答」という。）260頁は、必要性の判断において、個別の同意を得ることが困難である事情が考慮されるとしている。変更の必要性とは、定型約款をなす契約条項の変更や定型約款を構成すべき新たな契約条項の挿入の必要性だけではなく、548条の4の定型約款の変更という定型約款準備者による一方的な変更を必要とする事情を含むことになる。

以上を言いかえれば、548条の4が定めるのは、あくまで、定型約款の変更であり、それは、定型約款を構成している契約条項の変更または定型約款を構成すべき新たな条項の挿入を対象とするものと言うことができる。

したがって、例えば、普通預金の利率の変更などは、定型約款の変更の問題では、そもそもないことになろう。

(3) 要件

a 概要

548条の4が定める定型約款の変更、すなわち、定型約款準備者が、相手方との個別の合意をすることなく、契約の内容を変更することができるための、要件は、次のとおりである。

①定型約款（548条の2第1項柱書参照）であること

②-1 定型約款の変更が相手方の一般の利益に適合すること（548条の4第1項1号）

または

②-2 定型約款の変更が契約目的に反しないこと、かつ、合理的なものであること（同項2号）

③効力発生時期を定め、かつ、周知をすること（同条2項）

④ ②-2による場合には効力発生時期が到来するまでに周知をすること（同条3項）

①は、548条の4の正当化根拠としてきわめて重要な意義を有するが、定型約款の概念自体に関わるものであるので、ここでは措く（なお、前記(2)b参照）。また、銀行が行う取引が、そもそも、定型取引に該当し、そこで用いられる契約条項の総体が定型約款に該当するかが問題となりうるが⁽⁴⁾、その点も、問題となりうることの指摘にとどめる。

定型約款の変更という以外の要件をみると、実体的要件（①②③）と手続的要件（③④）がある。

実体的要件は、2種に分かれる。第1は、「相手方の一般の利益に適合すること」である（相手方に有利な変更の場合である。以下、「1号型」という）。第2は、それ

(4) 詳細は、浅田隆「定型約款——銀行取引を念頭に——（その1）」金融法務事情2050号(2016)28頁を参照。

以外の場合が想定されており、契約目的に反せず、合理的である場合である（相手方に不利となりうる変更の場合である。以下、「2号型」という）。また、両者に共通して、定型約款の変更のためには、効力発生時期を定める必要がある。

手続的要件は、周知措置をとることであり、また、実的要件の第2（②-2）による場合には、当該周知措置は、効力発生時期の到来前に行わなければ、効力を生じない。

以下では、それぞれにつき、その意味を確認していく。

b 1号型——相手方の一般の利益への適合性

1号型にいう、「相手方」とは、548条の4第1項柱書に「個別に相手方と合意をすること」という表現にみられるように、個々の定型取引合意の相手方を指す。なお、定型約款の概念とも関係して、ここでの相手方は、変更時の相手方であるのか、変更された約款による取引が想定されるこれからの（不特定多数）を含んでのものであるのかが問題となりうるが、変更という局面であり、「変更」が主語である以上、既存の当該約款を用いた定型取引合意をしている、変更時の相手方一般を指すと解すべきであろう。

次に相手方の「一般の利益」とは、特定の相手方の利益というのではなく、およそ一般的に、個々の相手方すべてを通じて、利益となる場合を示している（類似の表現に、たとえば、破産法における「破産債権者の一般の利益」への適合（担保権消滅許可請求に関する破産186条1項等）、などがある）。ひとことで言えば、相手方に有利な変更である。相手方の中に不利となる者と有利となる者があるが、全般的に見れば有利となる者が大半であるというような場合は、「相手方の一般の利益に適合する」とはいえず、そのときは2号型によるべきことになる⁽⁵⁾。

相手方の一般の利益に適合するかどうか、すなわち、相手方にとって有利な変更であるかどうかは、客観的・類型的に、契約上の権利義務の内容に照らして判断される

(5) 浅田隆「定型約款——銀行取引を念頭に——（その2）」金融法務事情2055号（2016）58頁は、多数の相手方の利益になるもの一部の相手方の不利益になるときは、後者の一部の者に対しては、548条の4第1項2号の要件に該当しない限り、変更の効果は及ばないとする。この記述が、利益となる多数の相手方との関係では、1号型によることができるという意味であるとすると、同条の解釈としては相当ではなからう。そのような場合には、およそ1号型に該当しないからである。

これに対し、1号型の場合には、従来は、定型約款準備者が、その権利を放棄するなどによって対応することも可能であると解されていたところであり（例えば、保険契約において、免責範囲を縮小する場合など）、権利の放棄や不行使という構成になじむものについては、個別対応が可能であるから、それを通じて上記の記述を実現しうるようになる。

のであり、個別の相手方の事情によって左右されない。たとえば、契約上の権利義務として有利になる場合であっても、個別の相手方において、当該契約の外の他の事情とあわさった場合、望ましくない結果となる場合もありえないではなからうが、そのような事情はこの判断においては考慮されない。すなわち、契約上の法律関係の画一性は変更の場面でも基礎をなしており、したがって、具体的な顧客によっては是としない場合もあろうが、顧客において、具体的に、利益の放棄や条項を援用しないこともできると考えられることからすると、具体的な顧客が肯定しないということは考慮に入れられないと考えられる。

1号型の場合には、効力発生時期を定める必要があり、また、周知措置をとる必要があるのは2号型と共通であるが、周知措置が効力発生時期の到来までに行われなかったとしても、それによって変更の効力は否定されない。548条の4第3項の反対解釈による。そこからさらに、(1) 周知措置がとられなかったとしても所定の効力発生時期から効力が発生するのか、(2) 事前にとられなかったとしても後にとられれば効力発生時期から効力が発生するのか(さらには周知措置は相手方に知らせるためであるから、相手方が知っているなら足りると解することもできる)、(3) 事前にとられなかったとしても後にとられればその時から(効力発生時期を定めなおすなどの必要はなく)効力が発生するのか、複数の解釈の余地がある。

1号類型が、相手方に有利な変更であることからすると、周知措置がとられていなかったことをもって相手方の援用を拒むのは合理的とは思われない。そのことからすると、(1)の解釈でよいのではないだろうか。(条項の援用が相手方の不利益になるようなものは、1号類型に該当しないと解されるし、また、相手方としては条項を援用しないこともできる。)すなわち、周知措置がとられなかったとき、あるいは効力発生時期に間に合わなかった、あるいは不十分であったというときの効果は、定型約款準備者が(個別合意擬制を)相手方に主張できない(対抗できない。相手方からは主張可能)というものと解するべきではないだろうか。

また、1号型について、第3項のような規定が置かれていないのは、効力を否定するという効果とは結びつけられていないという意味であって、周知措置は、本来、効力発生時期の到来までになされるべきものであることは、1号型の場合も同様であると考えられる(上記のとおり、当該契約の外の事情によっては望まない相手方もありうる)ところであり、相手方が対応して行動をとりうるようにするためには、効力発生前の周知措置が求められよう⁽⁶⁾。

(6) 周知措置は、本来は、効力発生前の取られるべきものであるから、548条の4第3項の規定が1号型を対象としていないことの意義は、周知措置を取ったが、適切な方法とは判断され

c 2号型——特に合理性について

(a) 2号型の変更

1号型に対し、2号型は、1号型との対比において、相手方の一般の利益に適合するとは言えない場合である。すなわち、変更後の内容と従前を比較した場合に、相手方に不利益を課す、あるいは有利な面もあるが不利な面もあるような変更については、2号の要件を充足する必要がある。すなわち、この場合には、そのような変更が——変更後の内容が、ではなく、変更が、である——、契約目的に反しないことと、合理的であることが要求される。そして、変更が合理的であるかどうかの判断においては、変更の必要性、変更後の内容の相当性、変更条項の有無、その他の変更に係る事情が考慮される。

法制審議会民法（債権関係）部会では、中心的給付にかかる条項の扱いや、個別合意条項の扱い、それが変更の対象となるのかどうか論じられ、必ずしも排除されない旨の説明が事務局よりされていた。しかし、条文上は、定型約款の変更であり、定型約款は、定型取引において、契約の内容とすることを目的として定型約款準備者により準備された条項の総体であるから、その総体をなさないようなもの（の変更）は除外されると解される。また、特定の条項の追加の場合も、追加によって他の条項とともに総体を形成するものであることが、条文上の要請といえよう。定型約款と画一性との結びつきは、条文の文言上は不明瞭な点があるが、画一的法律関係を定めるものが定型約款と理解されるのではないだろうか。

(b) 契約目的に反しないこと

契約目的については、民法にすでにある概念であり、改正に係る規定においても他でもみられる概念である。もっとも、その内実は明瞭ではない。一般には、一方当事者のみではなく、双方当事者を問題としての契約目的といわれる。すなわち、契約の目的とは、一般に、契約の一方の当事者が有する目的ではなく、両当事者の共通の目的を言うものとされ、この点は、定型約款の変更の場面においても変わりはない⁽⁷⁾。

法制審民法（債権関係）部会の審議において、（定型）約款の変更に関してこの概念を導入することにつき、その概念の不透明さが指摘された。その際に、「具体的な個々の契約の相手方の契約をした目的に着目するのではなくて、抽象的、一般的な契約相手方を想定している」のか、「当該契約の本質的要素の大部分が、契約相手方に著しく変わってしまうほどの重大な変更が想定されているのか」という質問があり、「相手方の主観的な目的というもののみでこれを判断するわけではなく、「客観的に

なかったなどの場合に、変更の効力の発生が阻害される事態を防止する点にあらう。

(7) 一問一答 259 頁（両当事者で共有された当該契約の目的を意味するとする）参照。

この契約の目的はどのようなものであるのか」が判断されるという説明が事務局からされている⁽⁸⁾。

預金契約の場合に、契約目的が何かは、客観的に判断されるとすれば、生活口座であるかといった各顧客の利用目的ではなく、余剰金銭の預入れ・保管、第三者との間の資金決済のための器や手段の提供ということになるのではないか。個々の利用の目的は各人によって異なるが、そのような多様な利用のできる口座サービスの提供が契約目的であるということになるのではなからうか。

(c) 合理性の判断要素

合理性は、「その他の変更に係る事情に照らして」判断される。考慮要素として示されている変更の必要性、変更後の内容の相当性、変更条項（この条の規定により定型約款の変更をすることがある旨の条項）の有無と内容が、並列されている。そのような規定ぶりにもかかわらず、定型約款準備者が相手方の個別の同意を要せず、一方的に変更をなしうることを認めるという性質に照らして、変更の必要性と変更後の内容の相当性は、その充足が必須の事情と考えられる。これに対し、変更条項については有無とあるように、有ることもあれば無いこともあり、その存在自体は必須ではない（ただし、その有無を考慮することは当然であると言えなくはない。しかし、変更条項を置かなかつたこと自体は、少なくとも、それが一般的とは言えない現状に照らすと、当然に考慮される——おそらくは変更に消極的な方向で——とは言えないだろう）。

(d) 変更の必要性

変更の必要性は、前記のとおり、必須であろう。法制度の改正や、社会的な要請等はこれに該当する。

(e) 変更後の内容の相当性

変更後の内容自体の有効性の判断であり、当該条項の目的の正当性およびそのための内容の相当性によって判断される。

548条の2第2項の基準もまた、ここで取り込まれる。

個々の相手方の個別事情がどこまで取り入れられるかの問題は548条の2第2項についても存在するが、同条項については、たとえばどのような説明を受けたかなどの事情が影響を及ぼしうると考えられ、個別事情も勘案されよう。それに対し、変更後

(8) 森田修「約款規制：制度の基本構造を中心に（その4）」法学教室435号93頁（2016）。「ここには、許容される約款変更について内容的限界を画する固有の概念として用意されている「契約をした目的」は、①主観的要素と客観的要素を併せ持つものであること、②相手方に重大な一方的不利益をもたらす本質的要素の変更のように厳格なハードルを越えなくても「契約をした目的」に反することがあり得ることが示されている」とする。

の内容の相当性自体は、客観的にその内容自体をもって判断されるのではないか。あえて個別の事情を考慮すべき場合があるとすれば、それはむしろその他の事情の判断によるのではないだろうか。

(f) 変更条項の有無と内容

変更条項の存在自体は、定型約款の変更の要件ではない。約款を準備する主体の側に一方的な変更権を包括的に与える条項は、当該一方の当事者に契約内容の拘束力からの自由な解放を認める実質をもつものでむしろ不当条項の代表とも言えるものであり、それにもかかわらず、変更条項の有無が考慮要素とされるのは、548条の4の「規定により定型約款の変更をすることがある旨の定め」の有無と規定されているように、変更条項といっても、考慮されるのは、あくまで、548条の4の規定に即した変更を定めるものである。また、いずれにせよ、548条の4の規定に即するのであれば、変更条項を置く意義が問われうが、変更条項が定型約款中に置かれることによって、あらかじめどのような範囲の変更があるか、どのような手続によるか、それを是としない顧客（相手方）にどのような手段が用意されるか等の詳細を定めることで、変更の内容と手続について当該定型取引に特有の事項をあらかじめ特定することや、そのような変更がありうることを予告・警告する機能があると考えられる。また、例えば、周知措置についての詳細を定めるなど、548条の4に即した変更のあり方のさらなる具体化を図る意味も認められる^{(9) (10)}。

(9) 548条の4は、「この条の規定により定型約款を変更することがある旨」としているから、変更条項としては、ただ変更がありうると定めるではこれに該当しないと解されるのではないか（このような包括的・無限定に変更権限を与えるだけの条項であればそもそも不当条項であろう）。また、「民法548条の4の規定により変更することがあります」という定めがあるだけでは、確かに予告・警告機能はあるかもしれないが、それ以上の意味はなく、考慮要素としてもたいして重みをもたないように思われる。むしろ、変更条項として意義があるのは、548条の4には書かれていない、上記の細目を特定する条項ではないだろうか。

(10) 試みにインターネットに公開されている預金関係の規定をみると、次のような例がある。

1-1. SMBCダイレクト

<http://www.smbc.co.jp/kojin/direct/kitei1.html>

46. 規定の変更等

(1) 本利用規定の各条項および期間その他の条件は、金融情勢その他諸般の状況の変化その他相当の事由があると認められる場合には、店頭表示、当行ホームページへの掲載、その他相当の方法で公表することにより、変更できるものとします。

(2) 前記46.(1)の変更は、公表の際に定める1か月以上の相当な期間を経過した日から適用されるものとします

1-2. 普通預金利用規定

<http://www.smbc.co.jp/kojin/sougou/ippan/pdf/futsu.pdf>

15【規定の変更等】

(g) その他の変更に係る事情

その他の変更に係る事情については、その他（関係する）一切の事情と言い換えてもよいであろう。当該条項が効力を有することによって、個々具体的に生じうる顧客の不利益や、それを回避するための代替措置などが、含まれる。特に、契約内容の拘束力からの解放を定型約款準備者の一方的な判断・決定によってなしうることになるだけに、変更の必要性や内容の相当性はもちろんとし、個別の相手方の同意を不要

(1) この預金規定の各条項および前記11(4)にもとづく期間・金額その他の条件は、金融情勢その他諸般の状況の変化その他相当の事由があると認められる場合には、店頭表示その他相当の方法で公表することにより、変更できるものとします。

(2) 前記(1)の変更は、公表の際に定める1か月以上の相当な期間を経過した日から適用されるものとします。

1-3. 総合口座取引規定

<http://www.smbc.co.jp/kojin/sougou/ippan/pdf/sougou.pdf>

19【この規定の変更等】

(1) この規定の各条項は、金融情勢その他諸般の状況の変化その他相当の事由があると認められる場合には、店頭表示その他相当の方法で公表することにより、変更できるものとします。

(2) 前記(1)の変更は、公表の際に定める1か月以上の相当な期間が経過した日から適用されるものとします。

1-4. パソコンバンク Web21 利用規定

http://www.smbc.co.jp/hojin/eb/web21/pdf/20140804web21_kitei.pdf

10. 規定の変更等

当行は本規定の変更が必要であると判断した場合には、契約者に変更内容の通知を行うことにより、本規定の内容を変更することができるものとします。契約者は、通知された内容に同意しない場合には、通知の際に定める、1週間以上の当行が相当と認める期間内にその旨を当行に通知するものとします。当行がこの変更に同意しない旨の通知を受領しない場合には、変更に同意があったものとみなします。また、変更に同意しない旨の通知があった場合には、当行は事前に通知することなく本利用契約を解約することができるものとします。

1-5. カードローン規定

<http://www.smbc.co.jp/kojin/loan/cardloan/pdf/kitei.pdf>

第26条（本規定等の変更）

(1) 本規定の各条項および本取引に係る諸条件は、金融情勢その他諸般の状況の変化その他相当の事由があると認められる場合には、店頭表示その他相当の方法で公表することにより、変更できるものとします。ただし、契約極度額の増減額等、諸条件の変更に関し他の条項において通知・公表等の有無・方法が定められている場合、その条項に従うものとします。

(2) 前項の変更は、公表の際に定める1か月以上の相当な期間を経過した日から適用されるものとします。

とすることを正当化できる事情が必要であり⁽¹¹⁾、それは、「その他の変更に係る事情」の中で考慮されることになる。

個別同意を不要とすることを正当化する事情という観点からみると、具体的には、①個別同意をとることが不能または困難である⁽¹²⁾、②公益の観点から要請されるもので、個別同意の意義が小さい、あるいは乏しい（極限においては、仮に相手方が反対であっても、変更後の内容によることが正当化されるなど）、③反対である相手方には代替措置が用意されている（何ら不利益なく契約から解放される途が用意されている、具体的には、任意解除権が付与されているなど）、といった事情が考えられる。

③に関して、2号型の場合には、（有利な面もあるかもしれないが）相手方に不利益となる変更であるため、それに同意できない相手方にどのような別の手段が与えられているかが重要である。それは、変更後の内容であることもあるが、変更に同意しないときは解除ができるなどの、変更に伴う「救済的」措置（適切な保護措置といえようか）が設けられたり、あるいは、あらかじめそのような解除権が用意されており、代替取引が容易な市場があるなどの事情が、その他の変更に係る事情として勘案されることになろう。一般的には、無理由の解除や⁽¹³⁾、それとともに、同様の取引の容易性あるいはその時期の解除による不利益の填補などがいまって必要となろう。ただし、契約類型によっては、解除（exit可能性）だけでは、十分な保護措置にならないものもある点にも留意する必要がある（たとえば、生命保険契約の場合には保険サービスが受けられなくなることもある）。

d 周知措置

周知については、周知事項は、定型約款の変更をする旨、変更後の内容、効力発生時期であり、方法は——当然ながら——適切な方法である必要がある。適切な方法がどのようなものかは、取引の性質や相手方の属性などによっても異なる。周知の方法としては、インターネットの利用が掲げられているが、インターネットの利用を想定しない取引においてはそれが適切な周知措置とはいえない。想定される顧客の範囲や

(11) 潮見佳男「批判」（後記3、(2)、2、②福岡地判の評釈）金融法務事情2049号（2016）75頁参照。

(12) 前記のとおり、立案担当者の見解は、個別同意をとることの困難は、変更の必要性に関して考慮されるというものである（前掲注(3)参照）。

(13) 局面は異なるが、経過措置に関して、施行日前に締結された契約についても定型約款の規定が適用されるが、相手方が反対の意思表示を所定の期間内にすれば、適用されないことが定められ、さらに、それが、契約や法律の規定による解除権等の現実の行使により契約関係から離脱可能な場合は反対の意思表示をすることができないとされていることも（附則33条）、注目される。

取引の性格により、何が適切な周知方法かは変わってくるだろう⁽¹⁴⁾。変更条項を定型約款中に設ける意義の1つには、周知方法の周知もありうることは前記のとおりである（前記c参照）。

相手方への個別の通知は要求されていない⁽¹⁵⁾。契約締結段階の組入れにおいては、定型約款の存在とそれを契約内容とすることが相手方に認識可能となっている必要がある（548条の2第1項参照）のに対し、そこまでの保障が、定型約款の変更の段階では、最低限の要請として設けられてはいない。このことは、548条の4の規定によって許容される定型約款の変更とは、どの範囲のものかを、——個別の通知と異議を述べない（ないしは契約から離脱しない）ことによる消極的同意という構成によらずに、周知措置のみで、変更を可能とするのはどのような定型約款であり、どのような変更なのかという形で——限界づけることともなる⁽¹⁶⁾。

周知措置は、変更の効力発生時期が到来するまでにする必要が、一般にはあると解されるが、それまでに周知措置がとられなかったとき、2号型の変更については、効力が生じない。個別の相手方によっては、認識している、あるいは認識し得た場合もあるが、認識した、あるいは認識しえた相手方については効力が生じるといった例外は定められていない。周知措置——548条の4第2項をみたす適切な方法によるものでなければならない——が、期限内（効力発生時期到来まで）に取られなかったとき、変更を実現するために定型約款準備者がするべき対応は、再度、効力発生時期を定めて、周知措置をとる、というものとなる。548条の4第3項の効果は、およそ変更が効力を生じないというものであって、周知措置がとられた時に効力発生時がずれるというわけではないからである。

（4） 効果

548条の4による定型約款の変更の効果は、次のとおりである。

①定型約款準備者が個別に相手方と合意することなく定型約款の変更ができ、当該変更の効力が認められる（548条の4第1項柱書参照）。

②変更後の定型約款の条項について合意があったものとみなされる（同項柱書）。

(14) 約款の変更は伴わずにサービス追加として行われたとみられるものに、通帳機械払いの導入がある。その際の周知措置は、店舗に掲示というものであったようである。来店が当然に期待されるわけではない場合に、果たしてこれで足りるのか、といった問題があろう。

(15) 周知措置は、既存の契約者への変更を知らせる措置であること、多数ではあっても既存の契約者は特定していることからすれば、個別の通知が排除されるわけではなく、それが適切であることもあるのではないか。

(16) 石川・前掲注(1)39頁、参照。

548条の2第1項も参照)。

③ ②についてさらに個別合意がなかったものとみなされることはない(548条の4第4項による548条の2第2項の適用排除)

このうち、②は、定型約款についての規律が、それを構成する個別の条項について、合意があったと擬制していることと対応するものである(548条の2第1項柱書参照)。また、③については、548条の2第2項の要件に該当する場合には、548条の4第1項各号の要件を満たさない。したがって、548条の4第4項のような明文の規定を置くまでもなく、548条の2第2項は適用されないから548条の4第4項は、確認規定である。548条の2第2項に該当するような内容の変更が許容されることを示すものではない⁽¹⁷⁾。

なお、定型約款中に変更条項があり、それが不当条項であるとして、548条の2第2項によって排除される場合は——消費者契約法10条等によって効力が否定される場合と同様——当該変更条項に効力が認められないのは、言うまでもない。

(5) 548条の4以外のルートでの変更

548条の4は、定型約款準備者が、定型約款の変更を、個別に相手方と同意をすることなく、できるルートを用意するものである。したがって、要件をみたさない場合には、個別の合意による変更が必要となる(このとき、定型約款のねらいである画一的な法律関係の達成との緊張関係の問題が生じる。是としない相手方には離脱の選択肢を提示してなお画一的法律関係を達成するか、あるいは、2種類の法律関係の併存によって画一性を限定するか、であり、それは、定型約款準備者が、契約管理として判断・選択することになる)。

合意の取付けの仕方や程度については、定型約款であるという特質の考慮の要否や範囲が問題となろう。

なお、変更条項が存し、それが有効な変更条項であるときに、548条の4の規定は満たさないが、当該変更条項に基づいて変更をするという余地があるのかが問題となるが、548条の4の要件充足性において、変更条項の有無が考慮要素の1つとされていることからすると、548条の4の要件よりも緩やかな要件で変更を可能とする条項は、そもそも、不当条項であるという疑義を免れないし、548条の4とは別に、変更条項による「定型約款の変更」というのは考えられないことになるのではないか。

(17) 一問一答 262頁。

3 従来の「約款の変更」

(1) 具体例の分析

a 山田論文

全国銀行協会が作成する各種規定のひな型を題材として、銀行取引（預金規定、カード規定、貸金庫規定）における約款の変更の具体的なケースの検討を行うものに、山田論文がある⁽¹⁸⁾。同論文は、これまでの約款の変更の具体例として、次のものをあげている⁽¹⁹⁾。

山田論文にリストアップされている約款の変更の例は次のとおりである。

- ①普通預金規定における預金保険事故発生時における預金者の相殺規定の追加
- ②普通預金規定における法令違反・公序良俗違反の利用（そのおそれ）の場合の口座の停止・強制解約規定の追加
- ③カード規定における偽造変造カードによる払戻し（改定）
- ④普通預金規定における盗難通帳、インターネットバンキングによる預金不正払戻しに関する補償追加
- ⑤普通預金規定、貸金庫規定における暴力団排除条項の追加

そして、山田論文は、それぞれの具体的なケースを分析し、結論としては、口座の強制解約（②）については、法令違反や「おそれ」の解釈などをめぐって、そのまま効力が認められるかについては疑義がなくはないとしつつも、暴力団排除条項（⑤）を除いては、いずれも有効であろうと論じている。

b 548条の4の規定下での扱い

山田論文に掲げられた従来の約款の変更の具体例（前記a）について、屋上屋を架すきらいはあるが、548条の2の規定のもとで、どのような扱いとなるのかを、再度確認しよう。

(18) 山田誠一「具体的ケースを素材とした約款変更の検討」金融法務研究会『金融取引における約款等をめぐる法的諸問題』（金融法務研究会報告書（26）、2015）63頁。また、銀行による取引に限らず、約款の変更に関する従来の学説および裁判例につき、野村豊弘「約款の変更（総論）」金融法務研究会・同報告書48頁、51頁以下参照。

(19) このほか、関連する他の具体例として、和議法が廃止され民事再生法が制定されたことに伴う、銀行取引約定書における期限の利益喪失条項の変更（なお、銀行取引約定書については定型約款該当性も問題となる）、カード規定における、キャッシュカードをデビットカードとして利用することを可能にすることに伴う変更が、言及されている（山田・前掲注（18）75頁）。

(a) 1号型の変更 (①、③、④)

相殺権（顧客の一方的意思表示による相殺）の追加（①）は、当該規定における相殺権の行使だけを取り出すならば、書面による行使を要求している点や、充当に関して預金者（相殺者）の充当指定の範囲を限定している点において、民法の規定に比べて顧客・預金者に不利な内容を含んでいる。しかし、そもそもが、民法では相殺権が認められないときになお預金者からの相殺を可能とするものであって、顧客・預金者の利益となる改正であると評価できる⁽²⁰⁾。548条の4の規定のもとでは、相手方の一般の利益に適合する場合（1号型）と言えよう。

カード規定における偽造変造カードによる払戻し（③）、すなわち、偽造変造カードによる払戻しについては、改正前の条項、さらには民法478条の規定（準占有者に対する弁済。2017年改正後は受領者としての概観を有する者に対する弁済）による場合に比し、銀行が善意無過失であっても、預金者に重過失がないときは、弁済としての効力を有しないとして、有効な弁済となり、したがって、預金者が権利を失う範囲を制限するものであって（しかも、預金者の重過失の証明責任も銀行が負う）、顧客・預金者の権利を拡張するものと言え⁽²¹⁾、その点から1号型の変更と言える。また、改正後の条項の内容は、預金者保護法の適用による場合と同様の規律内容であるから、法改正を受けての1号型の変更という意味を持っている。

普通預金規定における盗難通帳、インターネットバンキングによる預金不正払戻しに関する補償追加（④）も、同様に、顧客・預金者に有利な変更（追加）である⁽²²⁾。すなわち、これらは、民法478条により有効な弁済となる場合および民法415条によって銀行が債務不履行責任を負わない場合、したがって、民法によれば、盗難通帳による払戻しインターネットバンキングによる不正な払戻しについて預金者が負担することになる場合にも、一定の範囲で預金者が補填請求権を有し、銀行が補填の負担を負うことを定めるものである。預金者保護法の規定の適用がない場面であり、しかも、補填範囲が手数料・利息をもカバーしている点において預金者保護法が適用される場合よりも補填範囲が広い。

したがって、これら（①、③、④）については、548条の4の要件のうち、実体的な要件をみたま（なお、（個人向けの）（普通）預金規定やカード規定が、定型約款に該当することは、疑問の余地がない）。548条の4のもとで効力が認められるためには、効力発生時期を定めることが必要である。また、直接効力を左右する帰結をもた

(20) 山田・前掲注 (18) 66頁。

(21) 山田・前掲注 (18) 70頁。

(22) 山田・前掲注 (18) 72頁。

らすものではないが、適切な方法による周知が（少なくとも行為規範として）問題となろう。

(b) 2号型の変更（②、⑤）

法令違反・公序良俗違反（その「おそれ」）の利用の場合の口座の停止・強制解約規定の新設（②）については、顧客・預金者に不利なものであって、契約目的に反せず、かつ、合理的なものであることという要件の充足性自体が問題となる。これらの規定における停止や強制解約を発動するための要件については、法令違反や「おそれ」の解釈について趣旨に即した制限的解釈によるならば、利用自体が公序良俗に反する利用がされているときや、その「おそれ」（それを基礎づける正当な理由）があるときに停止や強制解約の措置をとることは、「やむを得ない事由」があるときの停止や強制解約と解することができるから、改定前の条項のもとでも可能であったところを、場面を具体化して、透明性を高めたものと評することができる。そうであるならば、契約目的に反せず、かつ、合理性があると判断されるであろう。

一方、手続面では、解約通知について、到達いかんに関わらず、届出のあった氏名・住所に宛てて発信した時に解約がされたものとして扱う旨の発信主義がとられている点で、民法の到達主義に比し、顧客・預金者に不利な内容を定めている。当該口座が犯罪に利用されていることが判明した場合には直ちに解約の措置をとる必要があるという、迅速性の要請がその理由である⁽²³⁾。解約の前段階において、停止という措置による対応が可能であることや、「おそれ」の段階でも発動させうることを考えると、変更後の内容の相当性という点で疑義がなくはないが、「おそれ」はあったが現実にはそうではなかったことが後に判明した場合は、復活の措置が用意されるとすれば、事後措置との組み合わせによる補完・対応によって、相当性を満たしうるだろう。

従来の約款の変更の例のうち、最も問題となるのが、暴力団排除条項（⑤）である。山田論文では、普通預金契約の合意内容としてやむを得ない事由があるときは解約ができると解されること、また、普通預金契約が有しうる委任契約としての性質に着目するならば、顧客・預金者（委任者）が反社会的勢力であることが明らかになり、銀行（受任者）の顧客・預金者（委任者）に対する信頼関係が崩れた場合には、銀行（受任者）からの解約の根拠が強化されると考える余地があることが、指摘され、微妙な判断となりうることが示されている⁽²⁴⁾。そこで、この変更については項を改めて、見よう。

(23) 山田・前掲注（18）68頁。

(24) 山田・前掲注（18）74 - 75頁、76頁。

(2) 暴力団排除条項の追加に関する裁判例

預金契約締結後に、暴力団排除条項が加えられ、暴力団関係者であることが判明したことにより当該条項に基づいて預金契約が解除された場合に、同条項の効力が争われた裁判例が3件ある⁽²⁵⁾。

①福岡高判平成28年10月4日金法2052号90頁(②の控訴審)

②福岡地判平成28年3月4日金法2038号94頁(①の原審)

③東京地判平成28年5月18日金法2050号77頁

いずれも、約款の変更により追加された同条項の効力を認めている。

その論旨は、福岡高判(①)によると、次のとおりである。すなわち、当該暴力団排除条項は、反社会的勢力との関係遮断が特に強く求められる金融機関としての社会的責任を全うすべく、不当な資金獲得活動の温床となりかねない取引を根絶するために、反社会的勢力との取引を拒絶し、反社会的勢力の経済活動ないし資金獲得活動を制限し、これを社会から排除して、市民生活の安全と平穩の確保を図ることを目的とするものであり、反社会的勢力に属する預金契約者であることが判明した場合に、口座の犯罪利用が疑われるなどの不正利用の危険性等の追加事情を要せず、金融機関が当該預金者との取引を停止し、預金契約を解約することができる旨の規定である。このように理解したうえで、当該条項自体、また変更によること自体、そして、具体的事案における当該条項による解約自体を次の考慮からいずれも有効とする。(1) 当該条項自体の有効性に関して、当該条項の目的の正当性および手段たる強制解約の合理性ゆえに、当該条項が有効であること、また、(2) 約款の変更によることについて、(ア) 預金契約においては定型の取引約款により契約関係を規律する必要性が高く、必要に応じて合理的な範囲において変更されることが契約上当然に予定されていること、(イ) 既存の預金契約にも適用しなければ、その目的を達成するのは困難であり、本件条項の遡及適用による相手方・預金者の不利益は限定的で、かつ、預金者が暴力団等から脱退することで不利益を回避できることから、個別の合意なくとも既契約に変更の効力を及ぼすことができること、(3) 具体的な事情の下で当該条項に基づく解除が信義則違反ないし権利濫用となる余地はあるところ、当該口座について、当該預金者が社会生活を送るうえで不可欠な代替性のない生活口座であるといった事情があるときは権利濫用ないし信義則違反となる余地があるが、当該事案におい

(25) ③の東京地裁判決は確定しており、①の福岡高裁判決については上告・上告受理申立てがされていたが、不受理となっている(最決平成29年7月11日。鈴木仁史「反社対応に関する注目すべき最近の2つの最高裁決定——暴排条項の追加変更および犯罪歴の検索結果削除——」金融法務事情2071号(2017)6頁による)。

てはそのような事情は認められないこと、である。

東京地判も、暴力団排除条項の目的を同様に認定したうえ、変更によることについて、当該条項が金融機関の利益を目的とするものではなく、公益目的を有していることをあげている。また、反社会的勢力排除の要請が社会的に高まっており、既存の預金契約にも適用しなければ目的達成困難であること、当該条項の適用による不利益が限定的なものであることを掲げるとともに、当該条項の周知につとめていたことをも総合判断の考慮要素にあげていることや、多数の取引関係を画一的かつ合理的に処理するため、既契約についても追加変更以降は当該条項を適用することができるとして、大量取引の画一的処理（そしてもちろん合理的な処理）という点を、既往におよぼすことの基礎付けとして、打ち出しているといった点が、着目される。

また、東京地判は、暴力団排除条項の解釈として、一般市民としての生活に必要な取引のみに利用している場合には適用されないとの主張を排斥している。その際、預金口座が反社会的勢力の活動以外の目的で利用されていたとしても、転用が容易であることに照らすと、目的を達成するためには預金口座の利用目的にかかわらず、反社会的勢力との取引を断絶する必要性が高いこと、また、反社会的勢力に属する者が、預金口座等を利用できなくなり、事実上不利益をこうむるとしても、その不利益は、電気や水道等のいわゆるライフラインが使用できなくなるような場合に比べて大きいとは言えないことをあげ、当該条項に基づく解除により反社会的勢力に属する者の生活に必要な預金口座の利用が制約されるとしてもやむを得ないと述べている点は、福岡高判とはやや異なる判断を示しているように思われるところであり、注目される。（なお、東京地判は、あわせて、預金者は、自己の意思に基づき、反社会的勢力から離脱することによって、その不利益を回避できるため、不利益が限定的であると論じている。）

福岡地判は、変更の有効性（当該条項を既契約にも効力をもつものと認めること）について判断するに当たり、預金契約のように「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よって合理的であるような定型的な取引については、定型の取引約款によりその契約関係を規律する必要性が高いから、取引約款を社会の変化に応じて変更する必要が生じた場合には、合理的な範囲において変更されることも、契約上当然に予定されているということができ、既存の契約の相手方である既存顧客との個別の合意がない限り、その変更の効力が既存の契約に一切及ばないと解するのは相当でない」と判示している。この部分の表現（不特定多数の者を相手方とする大量取引で、当事者双方にとって画一的であることが合理的であるような定型的な取引といった定式）には、

2017年改正の議論の影響ないし先取りが見られる。そのような定型取引性、定型約款性ゆえに、必要な場合に合理的な範囲での変更が許容されるという筋道も、改正後の規定の線上にあり、改正の議論の影響をみてとることができる。

福岡地判（高裁もそれを引用）は、当該事案における周知措置として、その内容や効力発生時期を、自行のホームページへの掲載、店頭等におけるポスターの掲示やチラシの配布等の適切な方法により周知していることを認定したうえで、本件条項の事前周知の状況、本件条項の追加により既存の顧客が受ける不利益の程度、本件条項の内容の相当性等を総合考慮して、本件条項の追加が合理的な取引約款の変更にあたり、既存顧客との個別の合意なくとも、既存契約に変更の効力を及ぼすことができるとしている。周知措置についての言及もまた、改正の議論の影響をみてとることができよう。

これに対し、改正後民法548条の4と対比すると、契約の目的に反しないという点については、直接の言及がなく、他が改正後の規定のラインに沿っているだけに、目を引く。（推測すれば、預金契約における契約目的が何であるかは、一律に明確とはいいがたく、また、口座利用目的を問題とすると、暴力団排除条項がそれに反するといえるか、判断に揺らぎが生じるためかもしれない。）

（3） 548条の4の規定下での暴力団排除条項の追加

a 548条の4第1項の要件（実体的要件）

（a）2号型の変更

普通預金規定が定型約款に該当することは、疑問の余地がない。また、暴力団排除条項は、新しい条項の追加の場合であるが、追加によって他の条項とともに総体を形成するものであるから、定型約款の変更に該当する。そして、暴力団排除条項の追加は、そのような追加がされない場合に比して、暴力団関係者である預金者について、強制解約の範囲を広げるといった不利益を課すものとなる。暴力団関係者である預金者は、銀行の顧客・預金者のごく一部であって、大半の顧客・預金者には無関係とも言えるが、一部の属性の相手方について不利益を課すものである以上、相手方の一般の利益に適合する変更ではなく、2号型の変更ということになる。そのため、契約目的に反しないことと合理的であることという要件をみたます必要がある。

（b）契約目的に反しないこと

契約目的に関しては、契約をした目的がそのようなサービスの提供を受けることであるなら、暴力団排除条項の追加によって暴力団関係者にはサービス提供がされないとするもので、顧客の範囲を限定することになるが、そのような限定自体は、直ちに

契約目的に反する、あるいは契約目的と相容れないとは言えないのではないか。

一段具体化して、給与等の収入の入金や各種の生活上のサービスの決済のための口座であるとしても、そのような生活口座としての利用（のためのサービスの供給と受領）が契約をした目的であるとしても、暴力団排除条項の追加自体は、相手方一般をみて、客観的に判断するならば、契約目的に反しないと言えるのではないか。

このことは、当該口座の具体的な利用の有り様が全く考慮されないといまでいうものではない。この点は、その他の事情として考慮される余地がある。そもそも、生活口座としての利用の実際は、福岡高判と東京地判との間で評価が分かれている。また、それを扱う法律構成としても、条項の援用の当否（権利濫用、信義則）、条項の解釈に分かれ、結論としても、福岡高判はそのような事情があれば条項の援用が否定される含みを残すのに対し、東京地判はやむを得ないとしてその場合も援用は否定されないとの結論を導いている。これらの点の判断は、口座での決済を、いわゆるライフラインに準じるものとみるかどうか、また、暴力団から離脱すれば該当しなくなることをどう見るか・容易にできることと評価するのかどうか、によって変わってくるように思われる。

(c) 合理性

変更の必要性については、金融取引からの暴力団の排除は、公益的見地からの社会的要請である。その政策課題を達成するためには、今後の新たな契約におけるだけでなく、既往の契約からも暴力団関係者の預金の利用を排除することが、望ましいことは確かである。もっとも、この点については、預金者保護法の場合のような法律の手当てがあるわけではないことや、また、同様の要請は他の金融取引にも妥当しうるところ、たとえば、保険の場合は、既往の契約について変更をする対応はしておらず、それが不当な対応であるとは必ずしも評価されていないことなどをどう考えるかが問題となろう⁽²⁶⁾。

この点については、①預金契約は契約期間中に日常的に具体的なサービス提供や、あるいは個々の預入・入金毎に契約が締結されるという構成からすれば日常的に新たな契約の締結が行われるのに対し、保険契約はそうではないこと、②解約に伴う不利益について、預金契約の場合は解約に伴う払戻しが否定されるわけではなく、将来のサービス提供、預金口座の利用は否定されるものの、既存の部分については経済的損

(26) 保険契約につき、大野徹也「契約締結後の約款変更による暴排条項の導入および適用を認めた福岡高判平 28.10.4 の保険暴排実務に与える影響」金融法務事情 2060 号（2017）22 頁、23 頁 - 24 頁、吉田哲郎「生命保険会社における改正債権法への実務対応」金融法務事情 2088 号（2018）6 頁、7 - 8 頁参照。また、証券取引につき、鈴木正人「証券取引口座約款における暴排条項の遡及的適用と関連論点」金融法務事情 2060 号（2017）14 頁参照。

失がないのに対し、保険の場合はその後の保障が受けられなくなるのみならず支払済みの保険料の返還も受けられなくなるという経済的損失があることなどの違いが両者にはあることが、指摘されている⁽²⁷⁾。このほか継続性の点（保険契約は保険事故発生によって終了するが、預金契約は死亡によっても相続を経て継続することや、同内容の契約締結が保険契約の場合（特に生命保険や疾病等の保険の場合）にはむしろ締結できなくなる可能性が相当にありうるのに対し預金についてはそうではないこと（もっとも暴力団排除条項が遍く用いられている以上は、預金契約自体が締結できないことになる））なども、あげられよう。

(d) 変更後の内容の相当性

追加される暴力団排除条項は、新たな契約の場合の条項と同内容であり、その内容が相当であるとみとめられる以上は、変更後の内容もまた、相当であると判断されよう。

もっとも、2点の懸案がある。第1は、新たな契約の場合には相当とされる内容であっても、既契約においては、従来の立場の不利益な方向への変更であるから、変更として相当である範囲は、新規規約の場合に比し、制限されることにならないか、である。定型約款における画一的法律関係の要請との兼ね合いが、ここにもある。

第2は、生活口座の場合である。現代社会における預金口座の生活における重要性にかんがみ、一種のインフラであると考えらるなら、それを奪うことによる不便さをどう見るかが問題となる。電気・ガスほどではないことは確かであり、また、その不利益自体は、暴力団との関係を断つことで顧客・預金者の行動によって解消されるものではあるが⁽²⁸⁾、既に拘束の生じている法律関係の変動をもたらすのに、そこまでの便益を奪うことが許容されるのかは問題となろう。しかし、そもそも、社会生活に不可欠なインフラであっても新規契約の場合には強制解約等が許容されることや——新規契約でも、解釈上、そのような口座の解約はできないと考えるのであれば別段である——、変更時において、あるいはそれまでに、生活口座として利用されているとしても容易に他の目的に利用することが可能になる点をどうみるかも、考慮に入れる必要があろう⁽²⁹⁾。なお、これらの点は、変更後の内容の相当性ではなく、顧客が受ける不

(27) 大野・前掲注(26) 25頁。また、保険契約においては、一般条項に基づく重大事由解除の余地があることも指摘されている（大野・同26頁、吉田・前掲注(26) 8頁）。

(28) 潮見・前掲注(11) 77頁は、解約による生活面での支障を、顧客が受ける不利益の程度という因子のもとでの考量において重視すべきではないとする。

(29) その観点から、生活口座については除外するときは、生活口座として把握される範囲が問題となる。また、その後のモニタリングの必要を指摘するものもある。これらの点について、高橋恒夫「事例で学ぶ預金・窓口業務の対応ポイント・第10回・不正口座・暴力団排除条項」銀行法務21・832号(2018) 65頁。

利益の内容・程度という点で、その他の事情として考慮されうるものでもある。

(e) 変更条項

従来 of 具体例においては、変更条項は存在していない。

(f) その他の変更に係る事情

普通預金契約が、大量の相手方との間の契約であり、かつ日常的に何らかのアクションがありうるものであること、画一的法律関係が強く要請されるものであることからすると、個別に相手方と合意をするという対応は、期待することができないものと考えられる。

暴力団排除条項の追加による、それを是としない相手方への代替措置に関しては、そもそもが、強制解約を内容とするものであって、解約を望まない相手方にとって、契約からの離脱の保障は、代替措置とはならない。暴力団排除条項については、この点の難しさもある。解除による契約からの離脱の保障に関しては、解除による損害の填補なども、一般には、考えうるところであるが、預金契約の場合には、また、暴力団排除条項については、適切な方法ではなからう。

顧客保護という点は、当該口座が、社会生活において必要、さらには不可欠の生活口座であるとなればいっそう強まるが、しかし、顧客としては、社会的に要請される行動である、暴力団からの離脱という行為をとれば、解除の要件を満たさなくなる。そのように顧客の、かつ、社会的に要請される行為によって、不利益を回避できるものであることにかんがみれば、保護措置が別途用意されていないとしても、なお許容されうるといえないだろうか。

(g) 効力発生時期

効力発生時期は、定める必要がある。

b 周知措置（548条の4第2項・3項）

効力発生時期を定めること、その到来前に周知措置をとることが、2号型においては、変更が効力を発生するための要件の一つである。

前掲の福岡地判は、当該事案における周知措置として、その内容や効力発生時期を、自行のホームページへの掲載、店頭等におけるポスターの掲示やチラシの配布等の方法により周知している旨を言及し、適切な方法であると評価している。

金融法務研究会第2分科会の開催および検討事項

第72回（平成28年6月28日）

- ・ 民法（債権関係）改正に伴う金融実務における法的課題（その2）（事務局）
- ・ 個別分担テーマの選定およびフリー・ディスカッション

第73回（平成28年10月4日）

- ・ 詐害行為取消権に関する改正をめぐるいくつかの問題点（松下淳一委員）
- ・ 錯誤 —表明保証を中心に—（山下純司委員）

第74回（平成28年12月22日）

- ・ 民法改正案における定型約款の規律（548条の2、および、548条の3に限る）について（山田誠一主査）
- ・ 民法改正法案における約款の変更について（沖野眞巳委員）

第75回（平成29年2月22日）

- ・ 「債務引受」の明文化の意義（中田裕康委員）

○ 会合の回は、平成11年からの通番。

以 上

金融法務研究会委員

顧問	青山善充	東京大学名誉教授
運営委員 (座長)	岩原紳作	早稲田大学大学院法務研究科教授
運営委員 (第1分科会主査)	神田秀樹	学習院大学大学院法務研究科教授
運営委員 (第2分科会主査)	山田誠一	神戸大学大学院法学研究科教授
運営委員 (第1分科会幹事)	森下哲朗	上智大学法科大学院教授
運営委員 (第2分科会幹事)	沖野眞己	東京大学大学院法学政治学研究科教授
委員	中田裕康	早稲田大学大学院法務研究科教授
	神作裕之	東京大学大学院法学政治学研究科教授
	松下淳一	東京大学大学院法学政治学研究科教授
	山下純司	学習院大学法学部法学科教授
研究員	加藤貴仁	東京大学大学院法学政治学研究科教授
	加毛明	東京大学大学院法学政治学研究科准教授

(平成31年3月時点)

金融法務研究会第2分科会委員
(平成28年度)

座長	岩原紳作	早稲田大学大学院法務研究科教授
主査	山田誠一	神戸大学大学院法学研究科教授
委員	沖野眞巳	東京大学大学院法学政治学研究科教授
	中田裕康	東京大学大学院法学政治学研究科教授 (現 早稲田大学大学院法務研究科教授)
	山下純司	学習院大学法学部法学科教授
オブザーバー	浅田隆	三井住友銀行法務部長 (現 三井住友銀行監査役室長)
	長谷川卓	三井住友銀行法務部グループ長 (現 三井住友銀行コーポレート・アドバイザー本部 企画・開発グループ長)
	今出尚孝	三井住友銀行法務部訴訟グループ部長代理 (現 三井住友銀行総務部法務室室長代理)
	袴田佳	三井住友銀行経営企画部 全銀協会長行室推進役 (現 三井住友銀行総務部部長代理)
事務局	松本康幸	全国銀行協会業務部長 (現 同協会企画部長)

※本報告書のテーマ検討期間における検討メンバー。

金融法務研究会報告書一覧

発行年月	報 告 書 名	巻数
1996.2	各国銀行取引約款の検討－そのⅠ 各種約款の内容と解説－	(1)
1999.3	各国銀行取引約款の比較－各国銀行取引約款の検討 そのⅡ－	(2)

以下、第1分科会と第2分科会とに分けて研究を行う。

第1分科会

発行年月	報 告 書 名	巻数
2000.4	チェック・トランケーションにおける法律問題について	(3)
2002.4	金融機関のグループ化と守秘義務	(5)
2002.10	チェック・トランケーション導入にあたっての法的課題の再検証	(7)
2004.7	社債管理会社の法的問題	(9)
2005.9	電子マネー法制	(11)
2006.10	金融持株会社グループにおけるコーポレート・ガバナンス	(13)
2008.5	金融機関の情報利用と守秘義務をめぐる法的問題	(16)
2010.6	金融機関における利益相反の類型と対応のあり方	(17)
2012.9	金融取引における信用補完に係る現代的展開	(20)
2013.7	有価証券のペーパーレス化等に伴う担保権など金融取引にかかる法的諸問題	(22)
2013.12	金融規制の観点からみた銀行グループをめぐる法的課題	(23)
2014.9	金融商品の販売における金融機関の説明義務等	(24)
2016.3	金融グループにおける証券関連業務を巡る諸問題	(27)
2017.3	金融持株会社によるグループガバナンスの方向性および法規制上の論点の考察	(29)
2018.3	デリバティブ取引に係る諸問題と金融規制の在り方	(31)
2019.3	仮想通貨に関する私法上・監督法上の諸問題の検討	(33)

第2分科会

発行年月	報 告 書 名	巻数
2002.5	消費者との銀行取引における法律問題について	(4)
2002.4	金融取引における「利息」概念についての検討	(6)
2003.10	預金の帰属	(8)
2004.9	債権・動産等担保化の新局面	(10)
2005.9	最近の預金口座取引をめぐる諸問題	(12)
2006.10	担保法制をめぐる諸問題	(14)

2008.3	銀行取引をめぐる消費者保護の現代的展開	(15)
2010.6	動産・債権譲渡担保融資に関する諸課題の検討	(18)
2012.6	預金債権の消滅等に係る問題	(19)
2013.2	相殺および相殺的取引をめぐる金融法務上の現代的課題	(21)
2015.1	近時の預金等に係る取引を巡る諸問題	(25)
2015.12	金融取引における約款等をめぐる法的諸問題	(26)
2016.3	銀行取引と相続・資産承継を巡る諸問題	(28)
2017.3	金融商品・サービスの提供、IT技術の進展等による金融機関の責任範囲を巡る諸問題	(30)
2018.3	民法（債権関係）改正に伴う金融実務における法的課題	(32)
2019.3	民法（債権関係）改正に伴う金融実務における法的課題（その2）	(34)

金融法務研究会事務局

〒 100-0004 千代田区大手町 2 - 6 - 1

朝日生命大手町ビル

一般社団法人 全国銀行協会（業務部）

電話 03-6262-6700（代）

本報告書は研究会としてのもので、当協会としての
意見を表明したものではありません。