

論 説

免責的債務引受と担保及び 保証の関係について

濱 崎 智 江

目次

- I 序
- II 免責的債務引受の概観及びBGB418条1項の規定の内容
- III BGB418条1項の類推適用
- IV ドイツ法の総括と日本法への手がかかり

I 序

免責的債務引受契約とは、最も狭い意味では、引受人と従来 of 債務者、又は引受人と債権者との契約によって、債務をその同一性を保ちつつ引受人に移転させる契約をいう⁽¹⁾。我が国の民法典にはそれに関する規定は置かれていないが、判例及び学説による解釈を通じて議論が展開され、現在では、併存的債務引受とともに免責的債務引受は、条文にない法律制度として一般に承認されている⁽²⁾。

しかし、併存的債務引受と比較して免責的債務引受はわが国においてはその制度利用がまだ少ないため、それ独自についての研究は必ずしも活発なものではない。むしろ、「契約上の地位の移転」についての議論

の中で合わせて取り上げられることが多い。債権の移転(債権譲渡)⁽³⁾と比して、債務が単独でしかも免責的に移転する局面は経済取引においてそう頻繁にあるわけではないからであろう。

もっとも、営業譲渡の中で、その一要素である債務が移転する場面などでは、債務引受が独自に行われ⁽⁴⁾、さらに、金融における人的担保として行われる債務引受においても単独での債務の移転が問題となる。そのような場合、契約上の地位移転論よりもむしろ免責的債務引受について検討しておく必要があるといえる。

その上で、我が国における免責的債務引受論に関する議論を概観すると、その効果論を中心として、なおいくつかの論点があることが明らかとなる。⁽⁵⁾ その一つとして、免責的債務引受に伴って、従前債務に付着していた担保及び保証はいかなる運命をたどることになるのかという法律問題の検討を挙げることができる。

そもそも、我が国の民法典に債務引受の条文が置かれていない経緯は以下のように解されている。まず、ボワソナード草案に依拠し1890年に公布された旧民法典が、債権の移転である債権譲渡の規定(財産編347条)を置くものの、債務の移転である債務引受の規定を置かなかつた。その代わりに、債務者の交替による更改(財産編496~498条)の規定を置いた。⁽⁶⁾ 債務の移転に関し、免責的債務引受ではなく債務者の交替による更改に関する規定が置かれた理由として、次のように理解されている。すなわち、「独逸民法ノ如キハ債権譲渡ト債務引受トノミヲ認メテ更改ヲ認メス然レトモ当事者ノ意思ハ大ニ同シカラサルモノアリ更改ニ有リテハ当事者ハ前債務ヲ消滅セシメテ更ニ新ナル債務ヲ生セシメンコトヲ欲シ債権譲渡及ヒ債務引受ニ有リテハ従来ノ債務ヲ其儘ニシテ譲受ケ又ハ引キ受クルモノナルカ故ニ其ノ効力ニ至リテモ亦全ク異ナラサルコトヲ得ス」として更改制度と債権譲渡及び債務引受とは効力の点において違いがあると指摘された。⁽⁷⁾ 梅謙次朗博士によれば、更改においては「前債務ノ性質及ヒ之ニ付随セル権利義務皆悉ク消滅スルヲ本則トシ唯例外ト

シテ第五百十八條(旧民法典財産編五百三条)ヲ設ケタニ過キス⁽⁸⁾」, 更改においては債権に付随する権利義務は, 原則は消滅するものとし, 例外的に存続するものとした。

なお, 債務引受及び債権譲渡においては, 「従来ノ債務ノ性質及ヒ之ニ付随セル権利義務変更ヲ受ケルコトナク全ク従来ノ儘ニテ譲受人, 引受人ニ移転スヘシ」として債権に付随する担保はそのまま存続するとされた。但し, 最終的には「債務引受ハ甚タ頻繁ナラス」, 「当事者が契約ニ依リテ定マルヘキモノトスルモ支障ナク又弊害ヲ憂ウヘキモノモナキ」との理由から債権譲渡及び債務譲渡における担保との関係についての明文の規定の同種の規定を置く必要がないと結論付けられた。なお, 債権譲渡自体は現行民法に規定が置かれるが, 債務引受は, 制度自体を否定するものではないが条文にない制度として取り扱っても支障はないものと位置づけられるようになった⁽⁹⁾。

他方, 債務者の交替と債務に設定されている担保及び保証との関係については, 「我カ民法ハ, 更改ノ場合ニ, 原則トシテ担保権カ消滅スル」が, 上のように旧民法典財産編五百三条(現行民法五百十八條)が置かれ, 「当事者ノ意思ヲ以テ, 質, 抵当ヲ新債務ニ移スコトヲ許シテ居」り, 質権及び抵当権は原則消滅するが, 例外的に当事者の意思表示があれば更改後も新債務に移転することが可能であるとしている。なお, 担保及び保証が継続する場合には, 保証人などの担保提供者が新債務についても更に保証人として義務を負担することになる。すなわち, 第五百十八條(旧民法典財産編五百三条)は, 「更改ノ当事者ハ多クハ更改ニ因リテ同一ノ利益ヲ得ント欲シタルモノナリ然ルニ旧債務ノ質及ヒ抵当は更改に因リテ必ス消滅スヘキモノトセハ新債務ハ旧債務ト同一ノ利益ヲ与ヘサルコトトナリ大ニ当事者ノ希望に副ワサルモノアルヘシ」との理由から, 「實際ノ便宜ヲ考ヘ」た上で置かれている⁽¹⁰⁾。このように, 更改と債権譲渡及び債務引受とでは, その効果面を中心に異なる制度であるとの認識が得られる一方で, 債務引受は認めないものの, 現行民法

518条の規定を置き当事者の合意さえあれば更改後も担保を存続させることが可能となった。このような状況の背景として次のような点を指摘することができる。

すなわち、契約関係において債務が移転するという状況に対しては、更改と債務引受は制度としては確かに形式面においては異なる制度ではあるが、効果面において実質的には差異はない。ただ、利用頻度が少ないであろうとの予測から明文化されなかったに過ぎず、起草段階では債務者の交替による更改制度に関する規定による対応で充分であるとの強調がなされていた。

その後、わが国においてはドイツ民法典(以下、BGB)に規定を有するドイツの債務引受制度の紹介が活発に行われ、我が国では、債務の移転という現象は、債務者の交替による更改がなされたのではなく、債務引受がなされていると認識されるようになり、わが国における判例も債務引受という法制度を承認するようになった。⁽¹¹⁾

このように学説及び判例が確固たる制度として債務引受を承認するに伴い、債務の移転が、その債務を担保する質権、抵当権及び保証にいかなる影響を与えるのかとの点についても検討を必要とされた。この点については更改ではなく債務引受の領域で検討すべきであるとして、担保提供者がどのように債務引受に関与しているのかを基準に、担保及び保証が債務引受後も存続するものであるのか、消滅するものであるのかとの解釈がなされてきた。

旧債務者、債権者、引受人及び保証人の関係する四面関係が成立する保証については、保証人は旧債務者とのなんらかの人的な信頼関係に基づき債権者との間で保証契約を締結する。しかし、保証人が新たな債務者のためになおも保証人として契約関係に拘束される必要はない。そこで、免責的債務引受により、保証人の同意がない限り保証債務は消滅する。⁽¹²⁾次に、法定担保物権(留置権及び先取特権)は、当事者の意思決定に基づき設定されたのではなく、債権の保全を目的として法律上当然に

成立するのであるから、これらの法定担保物権により担保されている債務が引き受けられたとしても、当然に存続する扱いとなる⁽¹³⁾。最後に、質権及び抵当権という約定担保物権は、担保目的物の提供者が物上保証人である四面関係においては、保証の場合と同様、物上保証人の同意がない限り消滅する⁽¹⁴⁾。旧債務者自身が担保を設定した場合は、担保は存続する⁽¹⁵⁾。

その一方で、取引関係の発展及び多様化に伴い、債務の担保を目的とする担保及び保証手段が上述のような質権、抵当権及び保証に限定されず、それ以外の担保及び保証の形態が考えられるようになった。

したがって、引受人が債務を免責的に引き受けるにあたり、債務引受の対象となる債務に、ここで挙げたもの以外の担保及び保証が設定されている状況を想定することができる。そのような状況を含めて、債務引受契約によって、引受債務に設定されている担保が引受後は消滅するのか、あるいはなおも存続することになるのか、さらに担保提供者が債務引受について同意する場合には担保は存続するとされるが同意とはいかなる性質を持つのかなど、免責的債務引受と担保との関係につき全体として明確にさせたいと考える。

ところで、BGBはその418条1項において、免責的債務引受と引受債務に設定されている担保及び保証の処遇につき規定している。同項は、旧債務者、債権者、引受人、および第四の人物である保証人あるいは物上保証人が関与している四面関係を前提として、以下のような内容を定める。すなわち、保証人又は物上保証人が債務引受に同意しない場合は、保証または担保は消滅する。不動産抵当権は抵当権の放棄があったと扱われる。その結果ドイツ法固有の不動産担保制度に従って、所有者土地債務に姿を変え担保提供者である土地所有者にそれが留保されることになる⁽¹⁶⁾。

なお、ドイツの学説及び判例は、BGB418条1項を、同規定にない新しい担保及び保証の類型に対して、類推適用することを承認している。

こうした背景より、本稿では、債務引受と担保及び保証との関係、担保提供者の同意の概要について、さらにはBGB418条1項の規定にない担保手段への類推適用が認められている場面及びその事情を明らかにすることで日本の解釈論の参考に供することとしたい。

本稿でドイツ法における債務引受制度を参照する趣旨は、以下の点にある。第一に、ドイツ法では債務引受と担保及び保証との関係につき明文の規定が置かれており、民法典の制定以来、判例のみならず学説における解釈論に蓄積があり参考となるべき内容が多い点である。第二に、我が国の債務引受についての法解釈は全体としてドイツ法の解釈を継受してきたものであるからである。そこで、我が国における免責的債務引受と担保及び保証との関係を検討するに際しても、このドイツ法の規範及びその解釈論を紹介し、我が国での解釈論を展開する上での基礎としたい。

本稿では、まずドイツにおける免責的債務引受の概観及びBGB418条1項の規定の内容(Ⅱ)、さらにはBGB418条1項が類推適用される事例(Ⅲ)について紹介する。次に、ドイツ法の総括を行いつつ、我が国の判例の状況を確認した上でこの問題についての解釈につき参考となる点を提示することとする(Ⅳ)。

Ⅱ 免責的債務引受の概観及びBGB418条1項の規定の内容

一 債務引受の方法

BGB414条以下において規定される債務引受により、引受人の新債務者としての地位が開始し、同時に旧債務者は免責されることになる。なお、債務引受は、債務の同一性を保持したままでの、債務関係の消極面に関する特定承継(Sondernachfolge)⁽¹⁷⁾である。

なお、債務引受には二つの方法がある。一つはBGB414条の引受人と債権者との間の契約である⁽¹⁸⁾。契約には直接関与しない旧債務者の債務引受への意思は推定されるため、旧債務者の合意は不可欠ではない⁽¹⁹⁾。

実務において頻繁に行われているのはもう一つのBGB415条の旧債務者と引受人との間の債務引受⁽²⁰⁾である。旧債務者と引受人との間で債務引受の合意が行われ、同条1項第2文による債権者の追認が債務引受の効力発生要件である。二つの債務引受の相違点は、債務引受契約の効力発生時点である。つまり、BGB414条の債務引受では、債権者と引受人間の契約によって直ちに効力が生ずる。しかし、後者のBGB415条の債務引受では、旧債務者と引受人の間で行われた合意は、債権者の追認⁽²¹⁾によってその効力を生ずる。

このように、債務引受には二方法あり、本稿では両者の区別を容易にするために、以下の名称を用いる。BGB414条の債務引受を「債権者型契約」と、BGB415条の債務引受を「債務者型契約」とする。両者の区別を特に要しないときは、単に債務引受契約と記す。

二 BGB418条1項の立法過程における理解

1 序

現行BGBの中で免責的債務引受と引受債務に設定されている担保及び保証の関係を規律する規定はBGB418条1項のみである。BGB418条1項は次のような規定である。すなわち、債権のために設定された保証及び質権は、債務引受によって消滅する。債権のために抵当権及び船舶抵当権が存在するときは、債権者が抵当権又は船舶抵当権を放棄した場合と同様の効力を生ずる。本条は、保証人又は債務引受の当時において目的物を所有する者が債務引受に同意したときは適用しない⁽²²⁾。以下、BGB418条1項が起草された状況を概観する。

2 第一草案

BGB第一草案の起草並びに審議を担当する機関である第一委員会では、Kübelによって起草された部分草案第4条を審議⁽²³⁾し、次の点が受け入れられ第一草案が完成した⁽²⁴⁾。

まず、債務引受は、債務という契約関係における消極面の特定承継であり、債務はその同一性を維持したまま引き受けられることによって承継される。そのため、債務を強化するための付随的権利(Nebenrecht)は引受前と変わりなく存続する⁽²⁵⁾。

但し、単なる優先権(Vorzugsrecht)は、抵当権のように債権者のために法が強制的な効力を伴って定めている債権者の順位(Rangordnung)を定める諸規定とは相容れないと。それ故、債権の強化に寄与する付随的権利は、単なる優先権を除き、債務引受後も存続すると定められた。

さらに保証人は、通常旧債務者との信頼関係や旧債務者の支払能力に基づき保証責任を負担する。そこで、債務引受によって債務者が交替した後も保証責任が存続するとすれば、その保証責任は従前に保証人が負担してきた責任とは全く異なるものになる可能性が生ずる。そのため、債務者の変更は、保証を終局させる事由に該当する。したがって、保証義務は原則消滅する。しかし、債務者を特定せずに保証を行うときは保証を消滅させる必要はなく存続すると解された。これと同じ理由から、第三者、すなわち、物上保証人によって設定された質権(Pfandrecht)についても同様のことが妥当し、質権がもっぱら旧債務者が債権者に対して負担する債務を担保するために設定された場合を除き、存続する。このような理由から、誰が債務者であるのかを認識せずに設定された保証及び質権は存続する⁽²⁶⁾。

なお、以上の点は債務引受の当事者(債権者、旧債務者及び引受人)以外の者が担保を提供している場合であり、四面関係が想定されている。したがって、質権が設定されている場合には、質権の目的物を旧債務者が所有している場合にまで質権が消滅する根拠を見出すことはないとの理由から、質権は、債務引受の時点で質権の設定されている目的物が旧債務者に法的に帰属する場合は存続すべきであるとの点が受け入れられた⁽²⁷⁾。以上の点が認められ、第一草案317条(現行BGB418条1項)が作

成された⁽²⁸⁾。

3 第二草案

第二草案の起草並びに審議を担当する機関である第二委員会においても、債務引受によって、債務に設定されていた質権あるいは保証は消滅するという原則は維持された。しかし、質権及び抵当権においても、引受人あるいは旧債務者が目的物の所有者である場面も考えられうることから、担保提供者は債務引受の契約当事者でない者に限定する必要はなく、質権設定者が債務引受の契約当事者であれ誰であれ、債務引受契約が締結された時点において、保証人及び質権の目的物の所有者が債務引受に同意することによって質権及び保証が存続することが認められた⁽³⁰⁾。また、条文の文言の中には受け入れられなかったものの、仮登記(Vor-merkung)にも上記と同様の考え方が適用可能であることが決定されていた⁽³¹⁾。さらに、意思表示によって設定された約定保証及び約定質権にのみを対象としている点が確認され⁽³²⁾、法定保証と法定質権については、債務引受後も消滅することなく存続することが決定された。このような審議を経て、BGB418条1項が明文化された。

三 規定の目的

債務引受では三当事者(債権者、旧債務者及び引受人)が契約に関与する。しかし、これらの三当事者以外に、いわゆる担保提供者である保証人あるいは物上保証人が第四の人物として契約に関与する場合がある。BGB418条1項1文と2文は、意思表示によって設定された担保として、保証、質権、抵当権及び船舶抵当権を挙げ、これらの担保及び保証は債務引受後には、原則消滅あるいは放棄と同様の効力が生ずると規定している。そのため、BGB418条1項1文と2文の規定は担保提供者の保護を目的とする規定であると解される⁽³³⁾。

前述の如く債務引受契約とは債務の同一性を保持したままでの債務関

係の消極面の特定承継という性質を有する⁽³⁴⁾。債務引受を債務の同一性を維持しながらの債権関係の消極面の特定承継という観点からすれば、引受債務に設定されている担保及び保証は、契約の要素として、債務引受後も存続させることが可能と考えることもできる。

しかし、担保提供者は通常、旧債務者の人格及び支払能力を考慮して、旧債務者による弁済又はたとえ保証債務を履行したとしても主たる債務者による求償が行われることを信頼している⁽³⁵⁾。そのため債務引受後も、引受人のために担保提供者として担保を提供していかねばならないとすれば、引受人との信頼関係及び支払能力如何によっては、担保提供者はその予期に反し旧債務者のための担保提供者でいるときよりも不利益を被る可能性が生ずる。そこでBGB418条1項は、そのような担保提供者を保護するために、債務引受によって、引受債務に設定されている担保及び保証は原則消滅し(BGB418条1項1文)、抵当権は放棄と同様の効力を生ずる(BGB418条1項2文)と定める。他方、担保提供者が債務引受に同意しているときは担保及び保証は存続する(3文)ところであり、同3文は債権者保護を目的とする規定である⁽³⁶⁾。以下、債務引受と担保及び保証との関係について規定するBGB418条1項の法律効果を紹介する。

四 BGB418条1項の法律効果

1 保証及び質権の消滅(BGB418条1項1文)

債権を保全するために設定された保証及び質権は、債務引受によって消滅する(BGB418条1項1文)。保証人あるいは物上保証人といった担保提供者に対して、債務引受後も旧債務者よりも支払能力の劣る可能性のある新債務者のために引き続き責任を負担するよう当然に求めることはできないことがその理由として挙げられている。

担保提供者は、特定の債務者のために担保を提供する。債務引受後も担保提供者として契約関係に引き続き拘束される意思を担保提供者がた

とえ有するとしても、そのような担保提供者の意思を債権者が知ることはできない。⁽³⁷⁾ 債務者の交替は、担保提供者が担保供与時に示された条件の変更であるとも言える。⁽³⁸⁾ したがって、担保提供者の同意を欠くまま締結された債務引受により、すでに設定されている保証及び質権は消滅する。⁽³⁹⁾ BGB418条1項1文は債権（言いかえれば引受債務）に付随する権利の自動的な移転を、担保提供者のために阻止するものである。⁽⁴⁰⁾ なお質権の場合、質権者の占有権は質権の消滅に伴い失われるため（BGB985条）、⁽⁴¹⁾ 質権の目的物であった動産は、所有権者に返還されることになる。⁽⁴²⁾

2 抵当権の放棄（BGB418条1項2文）

債権を保全するために設定された抵当権は、債務引受により、債権者が抵当権を放棄した場合と同様の効力を生じる（BGB418条1項2文）。その結果抵当権は所有者土地債務（Eigentumergrundschuld）として、土地所有権者に帰属する（1168条1項）。⁽⁴³⁾ なお、土地債務とはドイツ固有の不動産担保制度であり、被担保債権の存在を前提とせずに不動産から一定の金銭の支払を請求することのできる権利である。

所有者土地債務が発生するのは、もし仮に抵当権が設定されているときに、債務引受により抵当権が消滅するとすれば後順位抵当権者の順位が自動的に上昇することになる。そこで何の根拠なく（後順位者の）地位が改善されることを防ぐためである。⁽⁴⁴⁾ また複数の不動産に抵当権が設定されている場合（BGB1132条：共同抵当）も同様であり抵当権の放棄により、所有者土地債務が生ずる。⁽⁴⁵⁾ 共同抵当において土地所有者が債務引受に同意しない場合には、土地の所有権者に共同土地債務として帰属する。⁽⁴⁶⁾ 他方、船舶抵当権は消滅する。これは、船舶抵当権については、土地債務に該当するような法制度を用意していないためである。⁽⁴⁷⁾

抵当権は放棄と同様の効力を生ずることにより、担保提供者はその物的な責任から解放されることになる。余談となるがそのような点を前提とすると、担保が存続しない伴わない債務引受に対しては、する債権者

の同意が得られない場合も考え得るところであり、債務引受そのものが成立しない可能性が生ずる。

3 担保提供者の同意 (BGB418条 1 項 3 文)

(1) 同意

債権に設定されていた担保及び保証は、債務引受契約の成立によって、原則消滅する。しかしながら、BGB418条 1 項 3 文に規定されるように、保証人あるいは債務引受がなされる時点における担保物の所有者である担保提供者が債務引受に同意する場合、担保及び保証は存続することになる。⁽⁴⁸⁾ BGB418条 1 項 1 文及び 2 文は、担保提供者を保護する目的で、担保及び保証の存続を否定するが、担保提供者が債務者の交替に同意する以上は、担保提供者を保護する理由はもはや消滅する。したがって以後は引き続き、保証人あるいは担保提供者は、引受人が負担する債務を担保するために、担保及び保証は存続することになる。なお、同意は、⁽⁴⁹⁾ 黙示でもよいとされる。

BGB418条 1 項 3 文の同意は、⁽⁵⁰⁾ 準法律行為ではなく法律行為である。また、BGB183条の意味における Einwilligung すなわち事前の同意であると解する。⁽⁵¹⁾ 一方、担保提供者による債務引受の同意を事後の同意すなわち追認と解することも可能であろう。債権者の利益保護の観点からすれば、担保提供者の同意を伴うことにより担保あるいは保証は引受前と同様に存続することになることから、BGB418条 1 項 3 文が債権者を保護する側面も債権者あわせもつ。担保提供者の同意を得られる時点が債務引受の前か後によって担保の存続の可否が区別され、同意が債務引受契約の成立前に行われるものと限定するような明確な理由はないであろう。⁽⁵²⁾ しかし、BGB418条 1 項 3 文を債権者保護規定と解そうとも、一般的には担保提供者の同意は事前すなわち債務引受契約の締結前になされるべきものと解すべきである。⁽⁵³⁾ つまり、債務引受契約が行われる局面においては、債権者は担保権者であり、債務引受により担保提供者との

利害関係に少なからず影響が及ぶことになり⁽⁵⁴⁾、その点については、認識しなければならないところである。したがって、債権者は、債務引受契約が行われる前の段階において、債務者が交替することにつき担保提供者の同意を前もって確保しておくべきである。担保提供者の同意を伴わずに成立した債務引受を、その成立後に担保提供者が同意する場合には、担保提供者の事後の同意により、新たに再設定することが可能である⁽⁵⁵⁾。

なお、先に触れたが、Friederlich は、担保提供者の同意は準法律行為であると述べる。つまり、意思表示とは、そもそも法律行為の不可欠な要素として法律関係の発生、変更及び内容の変更など一定の法律効果の発生に向けられている。ところが、担保提供者は、債務引受契約の当事者が行う債務引受契約について同意をしているのが、その同意は自己が関与する従前の担保を存続するかどうかに向けられるべきであって担保提供者の同意の有無にかかわらず債務引受契約が成立することになる。担保提供者の同意は、債務引受契約を発生させてないため、厳密には法律行為とはいえない、と指摘する⁽⁵⁶⁾。その一方で、債務引受とは、債務の同一性を維持したままでの債務関係の消極面に関する特定承継であることを考慮し、担保提供者の同意が得られた上での債務引受契約の場合には担保及び保証が存続するが、同意を得られないままで行われる債務引受契約では担保及び保証は存続しないことになるので、債務引受契約自体は成立するが担保及び保証が消滅するという点においては、債務の同一性は維持されず、単なる内容変更が生ずると考える余地もある⁽⁵⁷⁾。Friederlich は、担保提供者の同意を準法律行為としながらも法律行為に適用される諸規定は準法律行為にも類推適用されるという一般の見解（通説・判例）に従い⁽⁵⁸⁾、結論においては、担保提供者の同意が法律行為であれ準法律行為であれ違いはないと結論づけている。そのため、詐欺、強迫及び錯誤などの取消事由が存在するときは担保提供者はその同意を取り消すことも、撤回することもできる⁽⁵⁹⁾。

(2) 同意の相手方

担保提供者の同意は、意思表示の相手方への到達 (Zugang) によって効力を生ずる (BGB130条1項1文)⁽⁶⁰⁾。ここでいう担保提供者による同意の相手方とは、債権者及び引受人である。すなわち、BGB418条1項が基本的に念頭においているのは、担保提供者が債務引受の当事者ではない第四の人物であるという点であり、債務引受契約の効力が第三者の同意を必要とする際には第三者の同意は契約当事者双方に対してなすべきであると規定するBGB182条を用いて、担保提供者は債務引受契約の当事者である債権者と引受人に対して行うべきであるとされる⁽⁶¹⁾。BGB414条の債権者型契約における契約当事者が債権者と引受人であるときは、担保提供者は同意を債権者と引受人に対してすればよい。旧債務者に対して同意を行っても、担保が存続しないことになる。なお、BGB415条の債務者型契約においては若干問題が残る。すなわち、通説とされる処分説においては、旧債務者と引受人との合意がBGB185条の「非権利者による処分」すなわち、非権利者である旧債務者の処分であると考えられ、旧債務者または引受人からの通知に対する債権者による追認が、BGB185条における「権利者による処分」と構成され、この債権者による追認が債務者型契約の効力発生要件とされている。この処分説に立てば、債務者型契約の契約当事者は旧債務者と引受人であると考えられるため、担保提供者が債務引受契約の当事者ではないがゆえに債務引受契約の当事者に対して同意をなすとすれば、その相手方には少なくとも旧債務者も含まれることとなる。ところが、債務者型契約の構造については、有力説である申込説によれば次のように理解される。すなわち、旧債務者と引受人との間で合意が成立し、債権者に対してなされる通知が「債権者型契約の申込」となる。さらに、この通知に対する債権者の追認が「債権者型契約の承諾」と構成される。この通知と追認が債権者型契約の申込と承諾として再構成され、申込説に立つと、債務者型契約の契約当事者は、引受人と債権者となる。したがって、担保提供者によ

る同意の相手方につき、債権者型契約と債務者型契約の間で整合性を維持することが可能とされる⁽⁶²⁾。担保提供者による同意の撤回も可能である⁽⁶³⁾(BGB183条1文)。

五 担保提供者の関与

1 担保提供者による同意

BGB418条1項に基き債務引受契約に伴い、債権に設定されている質権及び保証は消滅し(同項1文)、抵当権は放棄と同様の効力を生ずる。(同項2文)。しかしBGB418条1項3文により、担保提供者の同意が得られる場合にはこれらの担保と保証は債務引受後も存続する。このようなBGB418条1項の規定は、例外を除き担保提供者と旧債務者とが別人であり、債権者と引受人が関与する四面関係を念頭におかれる⁽⁶⁴⁾。なお、旧債務者が自己の土地に抵当権を設定した場合、または、引受人が担保目的物の所有者であるときなども考えることもできる。この場合は、担保提供者と債務引受契約の当事者が同一人物となり、担保提供者の債務引受への同意の存在が推定される⁽⁶⁵⁾。

2 保証の場合

債権が保証債務によって担保される場合には、おおむね四面関係が存在する。保証人は旧債務者の債務を保証するのであり、担保提供者である保証人が旧債務者と同一人物であることはない⁽⁶⁶⁾。

もっとも、保証人が主たる債務を引き受けるときは、担保提供者と引受人が同一人物であり、引受人でもある保証人、旧債務者及び債権者という三面関係が生ずる。このような三面関係では、保証人である担保提供者は引受人として債務引受契約に関与しており、担保提供者としての債務引受への黙示の同意の存在が推定されるとの説がある。それによれば、引受人と債権者との間で成立した保証債務は消滅せず、存続することになる⁽⁶⁷⁾。一部の学説によれば、債務引受契約の締結により、保証人は

従来の保証債務を負担したままで同時に、同一人物でありながら引受人としても、従前は旧債務者が債権者に対して負担していた主たる債務を引き受けることになってしまう。すなわち保証債務と(引受の対象となる)主たる債務とは、発生及び内容の面において異なる別個の債務であり、担保提供者である保証人が引受人となろうとも、両者は別個のものとして法的に分離されて帰属するかたちで、債務引受契約後も保証契約は存続するとされる⁽⁶⁸⁾。

3 質権及び抵当権の場合

質権及び抵当権が設定されている場合にも、原則は旧債務者、引受人及び債権者以外の第四の人物として担保を提供者が関与するような四面関係が存在する。債務引受契約により質権の消滅(同項1文)、あるいは抵当権につき放棄と同様の効力が生ずる(同項2文)。

以下の場合には、担保提供者であると同時に債務引受契約の当事者として同一人物であることから、BGB418条1項3文の同意が存在すると推定され、質権及び抵当権は、債務引受後も存続する。

まず、旧債務者の債権者に対する債務を被担保債務として質権あるいは抵当権を設定している担保提供者が、今後は引受人として債務を引き受ける場合が考えられる。この場合は、保証の場合と同様に、引受人は、担保提供者としての地位も帰するうえで債務引受契約を締結することになり、同項3文の同意が存在するものと推定される⁽⁶⁹⁾。債務引受契約以前は旧債務者の債権者に対する債務を保全するために設定された質権あるいは抵当権は、引受人が担保提供者と同一人物であることにより推定される黙示の同意によって債務引受後も存続する。したがって債務引受後は新たな債務者として引受人が負担する自分の債務の担保として自らの所有物を担保として提供することになる⁽⁷⁰⁾。

次に、旧債務者が自己の所有する物に質権あるいは抵当権を設定する場合に、引受人が債務を引き受ける場合も考えることができる。旧債務

者が設定した質権あるいは抵当権は、債務が引受人に引き受けられたとしても何ら影響を受けずに存続する。⁽⁷¹⁾債務者型契約においては、旧債務者は同時に担保提供者としての地位に立っており、上述のような処分説に立とうとも申込説に立とうとも、債務引受に同意している点は明確であり、BGB418条1項3文の担保提供者による同意が存在すると推定される。⁽⁷²⁾

なお、債権者型契約は引受人と債権者間の契約である。旧債務者（であると同時に担保提供者でもある）自身が契約当事者としては直接には関与していない。⁽⁷³⁾しかし、旧債務者の了知なくして行われる債務引受はおよそありえず、さらには新旧債務者の間には、債務引受につき少なからずなんらかの原因関係というものが存在し、旧債務者の意思が一致する点は推定される。⁽⁷⁴⁾ひいては、担保提供者としての同意の存在が推定されることになる。そのため、旧債務者は、債務引受それ自体によっては従来の債務者としての地位からは解放されるが、物的な責任からは解放されることなく引受人の負担する債務につき担保を提供する。

III BGB418条1項の類推適用

一 序

BGB418条1項は、その条文に質権、保証、抵当権及び船舶抵当権を挙げている。ドイツの判例及び学説では、BGB418条1項の規定に挙げられていない担保あるいは保証手段へのBGB418条1項の類推適用の可否を中心に議論されていると言っても過言ではない。例えば、法定担保、仮登記、担保のための土地債務及び譲渡担保などが挙げられる。取引社会の発展に応じて生じた担保及び保証が設定されている債務が引き受けられる局面も考えられるため、そのような条文にない担保及び保証が債務引受によってどのような影響を受けるのかにつき検討を要する。ところで、BGB418条1項が条文に挙げている担保及び保証は、被担保債権の発生及び消滅に左右されるという付従性を有する担保であるという特

徴を有する。なお、ドイツの担保及び保証の中には、被担保債権の発生及び消滅に左右されずに存続するという付従性を有しない担保もある。例えば、担保のための土地債務、譲渡担保及び債権譲渡担保が付従性を有しない担保であるといわれる。ドイツの判例及び学説は、これらの担保及び保証手段につき付従性の有無に関して重要視することなく、BGB 418条1項の類推適用を論じている。

そこで以下では、BGB418条1項の規定が法定担保と担保のための土地債務に類推適用される状況につき紹介する。

二 法定保証及び法定質権への類推適用

1 法定保証及び法定質権との関係

法定担保、すなわち法定質権及び法定保証についてはBGB及びその他の特別法によって定められる⁽⁷⁵⁾。

民法が定める法定質権については、次のものが代表例である。すなわち、BGB562条が使用賃貸人の質権を、BGB592条が用益賃貸人の質権を、BGB647条が請負人の質権を、BGB704条が旅館主の質権を規定している⁽⁷⁶⁾。

なお、BGB418条1項1文の法定担保への類推適用の可否を検討する場面においては、民法566条が定めるものにほぼ限定されて検討されている。従来の使用賃貸人が自己の所有する賃貸地を第三者に譲渡するときは、譲受人はその所有権の存在する間は、旧使用賃貸人と従前の賃借人との間で既に生じていた権利及び義務を全て承継し(BGB566条1項)、その譲受人が賃借人に対する義務を履行しないときは、旧使用賃貸人は、本来譲受人が賠償すべき損害を負担することになる(BGB566条2項)⁽⁷⁷⁾。言い換えると、賃貸地が譲渡され、新賃貸人(土地の譲受人である第三者)と賃借人との間で賃貸借関係が生じ、旧賃貸人は賃貸借関係より離脱する。しかし、新たな賃貸借契約において新賃貸人が賃借人に対して何らかの金銭給付義務を負うものの、土地の取得者である新賃貸人が無

資力であるようなとき、あるいは賃借人が不利益を強いられることのないように、旧賃貸人である土地の譲渡人は保証に類似した責任を課される。なおこの他に、BGB1251条2項2文においても、質権者が交替する場合において、新質権者が従来の質権設定者に対して負担すべき義務を、旧質権者が法律上負担する、というものが規定される⁽⁷⁸⁾。

2 BGB418条1項1文の類推適用

BGB418条1項1文は、「設定された保証及び質権」(bestellt Bürgschaft und Pfandrecht), すなわち、当事者の合意に基づき設定された約定保証及び質権が債務引受契約によって消滅する旨が明文化されている。したがって、BGB418条1項1文の文言を素直に解すれば、債務引受契約によって消滅するものは、法律行為によって設定された保証あるいは質権という、いわゆる約定担保に限定される。そうすると、規定の反対解釈により法律上当然に成立する法定保証及び法定質権にはBGB418条1項1文は適用されないことになる⁽⁷⁹⁾。このようにBGB418条1項1文の規定をその文言通りに解すると、法定質権あるいは法定保証へのBGB418条1項1文の規定の適用は否定され、債務引受後も法定担保は消滅せずに存続するものと理解されてきた⁽⁸⁰⁾。しかしその一方で、近時では法定担保へも、BGB418条1項1文の規定の類推適用を肯定するものもある。前述のBGB566条では、賃貸人の地位の移転という契約上の地位の移転に伴い、旧賃貸人に法定保証義務が成立する場合である。ここで債務引受がどのように行われるかであるが、新賃貸人と賃借人との間に生ずる何らかの債務を引受人が免責的債務引受によって引き受けることになる。このような場合において当該引受人が支払能力の劣る者であれば、そのように支払能力の低い者のための保証人として責任し続けるとすれば、保証人である旧賃貸人にとって酷な状況が生じることになる⁽⁸¹⁾。そこで、法定保証がすでに成立している状況下で債務引受が行われるという状況と、BGB418条1項1文が適用される状況が同一の状況で

ある限り(法律上成立している担保を負担する者が誰の債務のために責任を負担するのかを自由に選択しうる限りにおいて), 法定保証及び法定質権へもBGB418条1項1文の規定の類推適用が認められるべきであると主張される⁽⁸²⁾。法定質権についてもBGB418条1項1文の規定が類推適用されると理解されており, 近時ではこの見解が学説において支持されているように見受けられる⁽⁸³⁾。

ドイツ法における通説的見解によると, BGB418条1項1文の類推適用が問題となるとは, 債務が引き受けされた後も, 法律上担保を負担する担保提供者としてなおも義務を負担する場合が念頭におかれている。このように, 担保提供者である保証人として法定担保が成立した後に, 当該債務につき債務引受がなされる場合において, (法律上の)担保義務を負う者が引受人の支払能力を考慮するなどして, 支払能力の低いであろう引受人であれば担保提供者としての地位を辞するなど, 誰のための債務につき担保提供者でいるのかを選択できるときは, 担保提供者として債務引受に同意しない限り, 法定保証義務などの法定担保は債務引受によって消滅する。

三 担保のための土地債務への類推適用

1 序

ドイツ法では, 被担保債権を前提としていない, いわゆる付従性を有しない担保が存在する。その代表例に, BGB1191条以下で規定される土地債務(Grundschild)が挙げられる。

土地債務とは, 次のように説明される。すなわち, 抵当権はある特定の債権を担保するために債務者または第三者が不動産に設定するのであるが, 土地債務は特定の債権の存在を前提とせずに設定し, 土地から一定の金額の支払を請求することができる点に特色を有する不動産担保権であり, 抵当権に関する規定が準用される。また, 担保のための土地債務(Sicherungsgrundschild)も存在する。土地債務は抵当権のよう

に債権の存在を前提としていないにも関わらず、当事者の合意により特定の債権の担保のために、抵当権と同様に土地債務を設定することができる⁽⁸⁴⁾。このようなものを「担保のための土地債務」という。

2 BGB418条1項の類推適用

担保のための土地債務は、ある特定の債権を保全するために設定されているという共通点から、抵当権と同様の機能を果たしている。そのためBGB418条1項との関係においては、土地債務によって担保される被担保債権と土地債務との付従性の有無は重要な点ではない⁽⁸⁵⁾。

この担保のための土地債務を設定するに必要とされる担保契約は、土地の所有権者（金銭債権の債務者である場合もあればそうでない場合もある）と土地債務債権者となる者との間で締結される⁽⁸⁶⁾。この者の担保契約に基づき、土地所有者は土地債務設定義務を負う。この合意をいわゆる、設定合意（Stellabrede）という。設定合意によって、特定の債権を担保する目的が基礎付けられ⁽⁸⁷⁾、どの債務の担保のために土地債務を設定するのかが確定する。担保のための土地債務へのBGB418条1項の類推適用は学説において概ね承認されている。ただし土地債務のもつ特徴を考慮し、次のように指摘する学説もある。すなわち、BGB418条1項の規定が土地債務にも類推適用されるためには、土地の所有権者と土地債務権利者との間の担保合意に基づき、土地債務権利者である債権者が債務者に対して有する債権を担保するために土地債務設定しており、その当該債務が債務引受契約の対象とされていなくてはならない⁽⁸⁸⁾ということである。

ところが、担保合意に基づく土地債務と債権との結びつきが後発的に解消されてしまう場合がある。土地債務は被担保債権の存在を前提としていないので、ある債務者に対する債権と土地債務とを切り離す形で、被担保債権だけを第三者に債権譲渡する場合、あるいは土地債務だけを譲渡する場合、さらには土地の所有者が土地だけを第三者に譲渡する場

合が考えられる。債権譲渡、土地債務の譲渡、土地の譲渡がなされると、当該土地債務はBGB418条1項における、元来、土地所有権者と債権者の担保合意により、「債権者に対する旧債務者の債務を担保するために設定された土地債務である」という担保の目的を失い、土地債務へBGB 418条1項の類推適用は否定される⁽⁸⁹⁾。

3 判例及び学説

担保のための土地債務が旧債務者の負担する債務を保全するために設定されている場合にBGB418条1項が類推適用されることによって生ずる法律効果について述べる。具体的には、土地債務固有の問題として、土地債務返還請求権 (Rückübertragungsanspruch) についての考察である。

土地債務返還請求権とは、土地所有権者に生ずる権利である。債権者と土地所有者との間の担保を設定させる合意が初めから存在していない場合または後発的に消滅したときは、法律上の根拠なく土地債務が設定されていることになる。それ故に土地所有権者は不当利得返還請求権 (BGB812条) を有することになり、土地の所有者は選択に応じて、そのときの土地債務所有者 (Grundschuldinhaber) に対して、土地債務返還請求権を行使することが出来る⁽⁹⁰⁾。これと同様に、被担保債権が契約の解除などの原因で不成立であるときは、不当利得ではなく契約法上の権利として、土地所有権者は、解除に基づく土地債務返還請求権 (BGB 346条1項, 326条) や信義則上の土地債務返還請求権などを行使することができる⁽⁹¹⁾。このような返還請求権は、法的根拠は統一されていないが、概ね不当利得請求権と同種のもと考えられている。さらに土地債務返還請求権は、債権者と土地所有権者との間の担保合意によって土地所有権者の下に発生しており、その返還請求権は被担保債権の弁済などの停止条件 (aufschiebend Bedingung) の成就によって効力を発生すると理解されている⁽⁹²⁾。担保のための土地債務とこのような土地債務返還請求

権者との関連において、BGB418条1項3文の同意(Einwilligung)を行う者は、担保提供者であるのかが問題となる。

(1) 判例の見解

判例は、BGB418条1項2文の規定を担保のための土地債務への類推適用を肯定する。以下において担保のための土地債務へのBGB418条1項2文の類推適用を肯定した1966年判決と、1966年判決によって学説で議論が生じた問題、すなわち、土地債務によって保全される債務の引受においてBGB418条1項2文の適用が回避されるためには土地の所有者の同意(1項3文)の同意を必要とし、土地債務返還請求権を譲渡された者の同意は不要と判断した1991年判決を紹介する。

① ドイツ通常裁判所(BGH) 1966年2月3日判決⁽⁹³⁾

BGH1966年2月3日判決は、次のような事案である。土地共有者二名のうちの一名が申し立てた事案であるが、事実関係が複雑でありBGB418条1項2文と関連する点を中心に紹介する。

Y(Mの妻)と訴外Mが本件土地を共同所有していた。本件土地には、Mの負担する複数の債務を担保する目的で抵当権と土地債務が設定されていた。Mは、Xに土地持分権を譲渡した。被担保債務を売買代金に組み入れる方法によってXは、Mの債務を引き受けた(MX間の債務引受につき債権者は追認しており、債務者型契約が成立している)。その後、その土地の競売がなされ、競売価格から被担保債権に充当する費用等を控除した金額がXとYの土地の共有持分に応じて配当された。これに対してXは、土地の共有についても争ったうえで、本件土地は全てX所有の土地であり、所有権者ではないYには配当金を受け取る権利はないと主張し、Yが受け取った配当金の引渡しを求めた。

第一審裁判所はXの請求を認容したが、控訴裁判所及び連邦通常裁判所はXの請求を棄却した。抵当権や土地債務によって担保されている債

務すなわちXM間において行われた債務引受の対象となる債務の債務者はMであり、Yは担保が設定されている土地の持分権者であると認定した。債務引受の当事者はX(引受人)とM(旧債務者)であり、それを債権者が追認していることから、債務者型契約の契約当事者はXとMと追認をした債権者である。Yは債務者型契約の当事者ではない。通常裁判所は、Yは債務引受に関与しておらず、担保提供者としての同意もしていないと認定し、BGB418条1項2文に基づき債権者が抵当権を放棄したる場合と同様の効力を生ずる、と判断した。

BGB418条1項2文は債務者との信頼関係及び債務者の支払能力を信頼して抵当権を設定している者を保護する規定であり、その同意のないときは、抵当権設定者はその責任から免れる規定であり、当該規定は、抵当権ではなく土地債務が設定されているときでもこれと同様の状況にあるといえる。したがって、土地債務を自らの不動産に設定している者は、引受人という見知らぬ新たな債務者のために土地債務をもってして責任を負担する必要はないという点において、両者は同一の利益状況にあるといえる。このためBGB418条1項2文が類推適用される、と。さらに競売によって得られた金銭はYの土地の持分権の割合に応じて配当されるべきであると判断された。

② ドイツ通常裁判所(BGH) 1991年10月1日判決⁽⁹⁴⁾

BGH1991年10月1日判決は次のような事案である。X銀行がY銀行に対して、事前に譲渡されている土地債務返還請求権に基づき土地債務の譲渡を求めた事案である。Yは土地債務の所有者であり、本件土地債務は、H氏がY銀行に対して負担する債務を担保するためにH氏の土地に設定された。その後、1984年4月、H氏はXに対する債務を保全すべく本件土地債務の返還請求権をXに譲渡した。さらに、しばらくしてA婦人が本件土地債務という負担付という形でH氏所有の本件土地を取得すると同時に、H氏のYに対する債務を本件土地の売買代金に組み入

れる方法で引き受けた。債権者YはHの債務をA婦人が引き受けることにつき追認した。なお、債務引受にはXの関与はない。そこでXは、本件土地債務は、HY間の担保合意に基づき設定され、なおかつH氏のYに対する債務を担保するものであったところ、H氏のY銀行に対する債務をA婦人が引き受けたことにより、XがH氏から譲渡されていた土地債務返還請求権の効力を発生させる条件に該当すると主張し、その結果としてXの土地債務返還請求権を行使する時期(履行期)が到来していると主張した。さらにXは、H氏のYに対する債務は債権者Yの追認を伴う形でAによって引受けがなされているが、BGB418条1項3文の同意を行うべき者は土地債務返還請求権者であるXであり、そのXの同意を伴わない以上は、本件土地債務はAによる債務引受後もなお、AY間の(引受け後の)債務を従前と同様に担保していることにはならない、とも主張した。このような背景から、X銀行はY銀行に対して土地債務の引き渡しを求めた(下級審であるラント裁判所の見解は不明である)。

控訴裁判所は、土地債務返還請求権者ではなく土地債務という負担を伴う土地の所有権者H氏が債務引受に同意している以上、本件土地債務は引受後の債務をも担保するという点、BGB418条1項2文は適用されず引受後の債務を土地債務が担保しつづけることになることを示し、Xの請求を棄却した。Xが上告。通常裁判所は控訴裁判所の見解を支持し、Xの請求を棄却した。

連邦通常裁判所は、BGB418条1項2文は担保提供者である抵当権設定者を保護する規定であり、その同意のない限り、抵当権設定者としての責任から免れる旨を規定する。仮に設定されているのが抵当権ではなく土地債務であるときでもこれと同様の状況にあるといえる。したがって、土地債務を自らの土地に設定している者は(見知らぬ)債務者のために土地債務をもってして責任を負担する必要はないという点において、抵当権設定者と土地債務設定者とでは同一の利益状況に置かれているといえる、と示した。このような場合には、土地債務の付従性の有無は副

次的な問題にすぎない。さらに、土地債務返還請求権を譲渡したところで、BGB418条1項3文の同意をする者が土地所有者であることに変わりはない。こうした理由から債務引受への同意を行う者は土地債務返還請求権者ではないことが確認された。

BGB418条1項2文は、不動産担保権を設定した不動産所有権者が債務引受によって信頼関係の構築されていない引受人のために担保を提供し続けるというリスクの負担から解放することを目的とする担保提供者を保護する規定である。そのようなリスクを負担している土地所有権者の利害は土地債務返還請求権者の利益とは比較にならないほど大きいところである。土地所有権者は、自己の土地をもってして被担保債務のために責任を負担するのに対し、土地債務返還請求権者は物的責任及び人的責任も負っていないどころか、権利者であり、BGB418条1項3文において予定している担保提供者には該当しない。この点からも、土地債務返還請求権者がBGB418条1項2文に基づき保護される必要はない。

(2) 学説

ここで紹介した二つの判決は、担保のための土地債務へのBGB418条1項2文の類推適用を肯定したものである。

1966年判決の評釈を担当した Scholz は、土地債務によって債務が保全される場合にBGB418条1項2文に基づき、土地債務返還請求権者の地位が侵害されるべきではないと主張する。⁽⁹⁵⁾

Scholz は、担保のための土地債務の被担保債権が弁済されたときは、その弁済によって土地債務返還を請求できる地位に立つ者は土地所有権者であるとしながらも、土地債務は信託性 (Fiduziartität) という性質を有しており土地所有権者が本来は有する土地債務返還請求権を第三者に譲渡することができるとする。⁽⁹⁶⁾ このように土地債務の信託性という性質から土地債務返還請求権は譲渡可能である以上、債務引受が行われる時点において担保のための土地債務が設定されている土地所有権者と

その土地債務返還請求権者と異なる人物であるという事態が考えられる。しかし信託性があるが故に、債務引受が行われる時点で土地所有者と土地債務返還請求権者とが別人の場合が生じる。ひとつは不動産所有者が土地債務を他人に譲渡する場合であり、もうひとつは不動産を他人に譲渡しても土地債務返還請求権のみを保有する場合である。さらに、仮にBGB418条1項2文を担保のための土地債務へ類推適用が可能であるとすると、BGB1168条1項(の類推適用)により、債権者が土地債務を放棄することになり、土地債務という不動産担保権が所有者土地債務として土地所有者に帰属することになる⁽⁹⁷⁾。そのような場合において、土地債務返還請求権を譲り受けた者がいる場合には、土地債務返還請求権者がその返還請求権を行使することになるだろうが、もしその返還が実現されないとすれば土地債務返還請求権者はその行使が実質的に不可能である。そこでScholzは、このように抵当権の放棄と同様の効力を発生すると定めるBGB418条1項2文の規定を土地債務にも適用可能であると判断したBGH1966年2月3日判決の結論は、土地債務返還請求権者に不利益をもたらすと述べる⁽⁹⁸⁾。

1980年代には、債務引受、債権譲渡、契約引受に関する研究を行ったNörrが次のような観点からBGB418条1項2文の所有者土地債務への類推適用を肯定する。まずBGB418条1項2文によれば、担保提供者の同意を伴わない債務引受により、債権者が抵当権を放棄した場合と同様の効力を生じ、土地所有者に所有者土地債務が発生することになる。このように、BGB418条1項2文の規定は、債務引受によって担保が存続するかしないかという意味において画一的な規定であると指摘する⁽⁹⁹⁾。他方、被担保債権を前提とせずに設定及び存続が可能である土地債務は、その機能の面において柔軟性を有する不動産担保権であるとも述べる。それ故、BGB418条1項2文につき、単純に担保のための土地債務へ類推適用を認めることは困難な点があるという。Scholzは信託性という表現を用いたが、Nörrは、土地所有者が土地債務返還請求権を譲渡

することは「土地債務の柔軟性」のあらわれであるという。⁽¹⁰⁰⁾ 確かに、BGB418条1項2文が担保のための土地債務にも類推適用されると、土地債務を設定した土地所有権者は引受後の債務に対する責任から解放されることになる。Nörrによれば、債務引受により土地債務返還請求権の効力が生ずることになるという。すなわち、既に述べたことであるが、債権者と土地所有権者との間で、債権者と(旧)債務者との間の債務を担保するべく土地債務を設定する際の担保合意の時点において土地所有権者に土地債務返還請求権が帰属し、被担保債権の弁済などの停止条件の成就などの条件の成就によってその効力が生ずることとなる。債務者の交替である債務引受は土地債務返還請求権の効力を発生させる条件に該当し、土地債務返還請求権の履行期が到来することになる。土地所有権者が自己の下に土地債務返還請求権を留めておく場合には何も問題ないが、第三者に譲渡しているときは返還請求権を譲受人が行使することができることとなる。⁽¹⁰¹⁾ 二つの判決により、学説も判例を支持しBGB418条1項2文の土地債務への類推適用を肯定するようになった。⁽¹⁰²⁾

(3) BGB418条1項3文の同意を行う者

上記のようにBGB418条1項2文の適用を認めるか認めないか以外に、誰が同意(3文)を行うのかについても、土地債務返還請求権者であるのかそれとも土地所有権者であるのかについて見解が分かれる。

① 土地債務返還請求権者

Scholzは、そもそもBGB418条1項2文を担保のための土地債務への類推適用それ自体を否定する。そのため、BGB418条1項3文の同意を誰が行うのか、との点は問題とならない。しかし、土地債務返還請求権者の利益を優先すべきであるとの立場に立ち、類推適用が可能であるとすればという仮定の下で、BGB418条1項3文の同意を行う者は土地債務返還請求権を有する者(同請求権を有する土地所有権者、土地債務返

還請求権を譲り受けた者) であると述べる。⁽¹⁰³⁾

② 土地所有権者

担保のための土地債務への類推適用を肯定する Nörr は、土地債務返還請求権が第三者に譲渡されている場合でも、BGB418条1項3文の同意は、土地所有権者が行うべきであると主張する。⁽¹⁰⁴⁾

さらにBGH1991年判決の評釈を担当した Weber は土地所有権者がBGB418条1項3文の同意を行う者であると判断したBGH1991年判決を支持した上で、この判決のように旧債務者が同時に土地所有権者である状況を念頭に置き、次のような見解を述べる。⁽¹⁰⁵⁾ Weber は土地債務返還請求権とは債権者と土地所有権者間の担保合意によって成立する権利であり、被担保債権の弁済等によって効力を生ずるものであるとする。

さらに、土地所有権者であると同時に債務者である者が債務の引受人に対して土地を譲渡すると同時に引受人が、従来の債務者が負担していた土地債務と被担保債務を売買代金に組み入れて引き受ける場合は、従来の債務者でもあった土地所有権者が有していた土地債務返還請求権はその効力を失う。旧所有権者であると同時に旧債務者でもある者に生じていた(あるいはその者を起点として第三者に譲渡された)条件付き土地債務返還請求権は消滅すると述べる。⁽¹⁰⁶⁾ 他方、引受人である新しい土地所有権者の下で新たな土地債務返還請求権が生ずる。つまり土地債務が設定されていると土地の移転を伴う債務引受によって、土地債務返還請求権が債務の引受人に移転するという。したがって、従来の土地債務返還請求権が消滅するため、返還請求権者による同意は一切問題にならず、土地債務が債務引受後も債務を従前と変わりなく存続するためには旧所有権者であると同時に旧債務者であった者の同意が必要となるという。⁽¹⁰⁷⁾ このようなケースでは、担保提供者と旧債務者すなわち債務引受契約の当事者は同一人物であり担保提供者の債務引受への同意は推定されることになる。

他方、Weberによる以上の見解はBGH1991年判決におけるように債務引受の時点において「旧所有者と旧債務者」と「新所有者と債務の引受人」がそれぞれ同一人物である場合である。しかし、旧債務者と土地所有者が別人物の場合もある。例えば、初めから債務者以外の人物が物上保証人として担保を提供している場合などである。また、旧債務者が自分の土地に担保を設定しており、事後的に債務だけが引受人によって引き受けられ、土地所有者がなおも従前のままであるという場合も考えられる。こうした場合には、土地の所有者が債務引受後も引受人のために自分の土地を担保提供するのかどうかということになる。旧債務者が担保提供者であるときはその同意は推定されようが、物上保証人である場合には、担保の存続の可否が問題となり、やはり土地所有者の同意だけが考慮されること⁽¹⁰⁸⁾になるろう。

(4) 小括

判例及び学説は、BGB418条1項2文の担保のための土地債務への類推適用を概ね承認しているようである。その結果、債務引受契約により、旧債務者の債権者に対する債務を担保するために設定されている担保のための土地債務は、所有者土地債務として土地所有者に帰属することになる。BGB418条1項2文が類推適用される結果、BGB418条1項3文の同意を行う者が誰であるのかが問題になるが、土地所有者が行うことになる。この点に関しては場面を分けて考える必要がある。まず、1991年判決のように債務者から債務を引き受けると同時に土地を取得するなど債務引受契約の当事者が土地の所有者であるときは、債務引受の時点における土地の所有者(=担保提供者)の同意が必要とされる。なお債務引受契約の当事者である点から担保提供者としての同意は推定され、担保のための土地債務は引受後も当然に存続し、引受人の債務を担保することになる。次に、担保提供者が旧債務者などの債務引受契約の当事者ではない場合には、このような担保提供者の同意の有無によって、

担保提供者としてなおも責任を負担するのか、あるいはその責任から解放されるのかが決定される。このような場合において、担保提供者の同意を伴わないときは、土地所有者に所有者土地債務が発生することになるが、一土地債務返還請求権が第三者に譲渡されておりなおかつ土地所有権者との間でなんらかの合意が締結されていればであるが一、土地所有権者に発生した所有者土地債務の返還を、土地所有権者に対して請求することができるという可能性が残ることになる。

IV ドイツ法の総括と日本法への手がかかり

一 ドイツ法の総括

1 BGB418条1項について

ドイツ法では、担保及び保証が設定されている債務が引き受けられる場合において、BGB418条1項が適用される結果、質権と保証は消滅し(同項1文)、抵当権と船舶抵当権は担保権者による放棄と同様の効力を生ずる(同項2文)。なお、担保提供者の債務引受への同意が存在するときは、これらの担保物権と保証は存続し(同項3文)、引受後の債務を担保しつづける。

2 BGB418条1項3文の同意について

BGB418条1項は、基本的には債権者、旧債務者、引受人及び担保提供者が登場する四面関係が念頭に置かれた規定である。担保提供者は、旧債務者の資力や人間を信頼し担保を提供するが、担保提供者にとって資力面などで信頼関係のない(あるいは見ず知らずの)新たな債務者のためになおも担保を提供し続ける事態から担保提供者を解放するために、BGB418条は存在意義を有する。一方で、担保提供者が債務引受契約の当事者を兼ねた上で債務引受契約を締結するときは、担保提供者としての同意の存在が推定される。担保提供者の同意は、事後の同意である追認ではなく、事前の同意である。さらに、担保提供者による同意の相手

方は、四面関係においては、債権者と引受人であり、同意の内容については抽象的であるが、「債務引受」がなされることへの同意である。ただし、担保を存続させるかについての意思も含まれると解する方が素直であろう。

3 BGB418条1項の規定にない担保権への類推適用

BGB418条1項の解釈をめぐる判例及び学説では、BGB418条1項の規定に列挙されていない担保及び保証手段への同規定の類推適用が承認されている。BGB418条1項についての学説の体系書などを見ると、類推適用が可能かどうかを中心に言及されていると言っても過言ではない。

まず、法定担保及び保証が成立している場合では、担保提供者が債務者を自由に選択できる状況にあるときは、BGB418条1項が類推適用されると学説における理解が確立している。そのような場合に担保提供者が債務引受に同意する場合は、法定担保及び保証も存続することになる。

さらに、担保のための土地債務についてもBGB418条1項2文の類推適用が認められている。ドイツ固有の不動産担保権である土地債務はBGB418条1項で挙げられる質権、保証及び抵当権等の、被担保債権との付従性を有する担保及び保証とは異なり、(被担保債権との)付従性を有しない担保である。しかし、判例並びに学説は、付従性の有無は重要な問題ではないと理解している。このような理解がなされ担保の目的物が特定の債務を保全し債務引受の時点において旧債務者の債務を担保している状態を維持している場合、土地債務の非付従性は問題にならないとしてBGB418条1項2文の類推適用が認められている。前掲BGH1991年判決は、その判決理由においてBGB418条1項は譲渡担保にも類推適用が可能であると示している。ドイツ法ではここで挙げたもの以外にも、仮登記、動産譲渡担保、債権譲渡担保など様々な担保手段が承認されているが、いずれの担保及び保証手段にもBGB418条1項の類推適用が認

められている。

二 我が国の判例の状況

1 はじめに

我が国における免責的債務引受に関する議論は、ドイツ法の解釈論に依拠し発展してきた。すでに紹介したように、債務引受の法構造、当事者の問題、抗弁権に関する問題等、ドイツ法の議論を中心に発展している。したがって、担保提供者の同意に関する理解及び債務引受と債務に設定されている担保及び保証との関係についても、ドイツ法における考え方に示唆を求めることが可能と思われる。

そこで、以下において、我が国の判例において債務引受と担保及び保証との関係について判断した判例を紹介する。その上で、免責的債務引受と担保及び保証との関係に関するドイツ法の解釈論からの示唆を受け、点を明らかにする。

2 我が国の判例

我が国の判例を見ると、わずかながら、免責的債務引受と担保及び保証との関係が問題となった判例が存在する。

①大審院大正11年3月1日第3民事部判決(民集1巻80頁)

(事案)

債務者Aは、債権者Yに対して金銭債務を負担しており、当該債務につきXが保証債務を負担していた。本件は、保証人Xが主債務者Aとともに共同訴訟人として債権者Yに対して強制執行異議の訴えを提起した事案である。主債務者であるAは、引受人Bとの間で締結した脱退的債務引受契約により債務を免れ、同時に保証人Xも保証債務を免れたと主張した。これに対し、Yは保証債務については債権者であるYが免責の承諾を与えない限り、債務の脱退的引受によって消滅することはないと抗弁した。原判決は、まず、債務の脱退的引受契約の成立を認めた上で、

債務の引受契約が成立したときは、保証債務は債権者の承諾を俟たずとも消滅すると判断した。Yが上告。

(判旨)

上告棄却。

「債務ノ脱退的引受ハ舊債務者ノ負擔シタル債務ヲ新債務者ニ移轉セシムルモノニシテ債務ノ同一性ヲ害スルモノニ非サルヲ以テ其ノ債務ノ擔タル保証債務モ亦依然存續スルモノノ如シ」「保証人ハ債務者其ノ人ヲ信用シテ保証債務ヲ負擔シタルモノニシテ特定ノ債務者以外ノ者ノ為ニ保証債務ヲ負擔スルノ意思ヲ有セサルヲ通常トスルヲモッテ舊債務者ノ保証人カ引受ニ同意シ又ハ新債務者即チ引受人ノ為ニ保証人トナルヘキコトヲ承諾シタルコトノ立證カアリタル場合ノ外ハ保証債務ハ債務ノ脱退的引受ノ成立ニ因リテ消滅スルモノト解スルヲ相當トス」

②最二小判昭和37年7月20日判決(民集16卷8号1605頁)

(事案) Xは、金融業を営む会社であり、劇場建築の注文者であるY1との間で100万円を金額とする手形割引契約を締結し、Y1はXより100万円を受け取った。そのとき、Y2が物上保証人として、右債務を担保する目的でY2所有の不動産に極度額100万円の根抵当権⁽¹⁰⁹⁾を設定し、他方、劇場建築請負人である訴外Aが連帯保証人となった。

本件は、XがY1及びY2に対して、右根抵当権の登記事項を、「債権極度額金百万」を「元金極度額金百万円」と訂正する更正登記手続を求めて訴えを提起した。被告は、Y1及び訴外Aとの間の建築請負契約は頓挫し、AのY1に対する請負代金は債務免除し、Y1のXに対する手形割引に基づく金銭債務についても訴外Aが免責的に引き受けることとなった。そのため、免責的債務引受の効果として、根抵当権は消滅する、と主張した。

原審は、物上保証人となったY2は免責的債務引受に一切関知しておらず、引受契約時に従前の保証・根抵当をいかに取り扱うかにつき話合

もなかったので本件根抵当権は債務と共に移転することはなく引受契約の効力発生とともに消滅する，としてXの控訴を退けた。Xが上告。

(判旨) 上告棄却。

「第三者が債務者の債務につき根抵当権を設定したところ，右債務につき免責的債務引受が行われたときは，右根抵当権は，設定者の同意がない限り，債務引受をした債務者のための根抵当権とならないと解すべきであつて，債務引受をした債務者がもとの債務者の連帯保証人であつたからといって右の結論に影響を及ぼすものではない。」として，Xの上告を棄却した。

③最二小判昭和46年3月18日判決(判時623号71頁)

(事案)

Yは，訴外A会社の代表であつた。A社がXに対して負担する金銭債務につき，Yが連帯保証人になるとともに，右債務の担保のためにY所有のA社の株式に質権を設定し，金銭債務の不履行においてはXに帰属するとの流質契約が締結された。右金銭債務につき，債務が弁済なされなかったため，Xが株主権確認訴訟を提起した。

原審は，A社が金銭債務の弁済をしなかったものの，その後B社とXとの間で免責的債務引受が成立したとの事実を認定し，その結果，質権は消滅する，と示し，Xの請求を棄却した。Xが上告。

(判旨) 上告棄却。

「債務引受契約が債権者と引受人間の契約によって成立したときは，第三者の設定した質権は特段の事情のないかぎり消滅して引受人に移転することがなく，しかも，本件において原審の確定するところによれば，本件株式は債権者である上告会社の意思によって右債務引受に伴って新たに供与された担保の目的から除外されたというのであるから，右債務引受契約の成立以後，本件株式は，質権その他の担保権の目的たること

の拘束から解放されたものというべきであ」と示し、Xの上告を棄却した。

三 日本法への示唆

1 免責的債務引受と担保及び保証の関係

(1) 担保提供者による同意の持つ意義

我が国における、債務に設定された担保及び保証と免責的債務引受との関係については次のように理解されている。まず、保証については学説及び判例（前掲・大審院大正11年3月1日第3民事部判決）では消滅し、存続するためには保証人の同意を要するとしている。物上保証人が設定した約定担保物権についても保証の事案と同じであると考えられている。このような同意とは、一つは債務引受が行われ、債務者が交替するという点について了知することであり、引受後は引受人が債権者に対して負担する債務についても担保を存続させる事につき承諾することであろう。明示の同意であれ、黙示の同意であれ、これらの点を相手方に対して意思表示をなすことが必要とされよう。

(2) 担保提供者による同意の相手方

担保提供者の同意が、引受人と債権者の間の債権につきなおも従前と同様に担保を存続させるための要件であることを鑑みると、担保提供者は、引受人と債権者に対して同意を行うことを要するものと解される。

(3) 担保提供者による同意の性質

担保提供者の行う同意は、事後（すなわち債務引受成立後）の追認ではなく、事前の同意であることを要する。担保及び保証は、原則は債務引受によって消滅し、引受後の債務は無担保あるいは無保証の債務となる。担保提供者の同意を伴わないとなると、担保及び保証は消滅することになり担保提供者は債務に対する責任から解放されることになるが、

一方において債権者の利害が問題となる。債権者にとっては、担保及び保証の有無は重大な関心事項であり、債権者は担保及び保証の設定されていない債権の債権者になることを受けいれるのであれば債務引受契約を締結するであろう。また、無担保及び無保証になることを受けいれることができないのであれば、そもそも債務引受契約を締結することはないであろう。

債務引受契約が行われる時点において担保提供者の同意を伴わないときは、担保及び保証は消滅するが、債務の引受後に担保提供者が同意を行った場合、事後の同意である追認と担保の存続の可否が問題となる。この場合には、一旦担保あるいは保証は消滅しているので、新たな担保及び保証が設定されたものと解するのが相当であろう。確かに、同一人物が担保提供者として債務引受後も債権につき担保及び保証を行うところであるため、実質的には一旦消滅した担保及び保証が復活したと解することができる。しかし、例えば抵当権が設定されているときなどは、後順位抵当権者との関係が問題となり、一旦抵当権が消滅すればその順位が上昇するので、消滅したはずの担保が同一の地位で復活するとするといわずらに権利関係に混乱をきたすことになる。したがって、担保提供者が追認という形で同意を行った場合には、債権者と引受人の債権に対して新たに担保の設定及び保証を行うものとするべきであろう。

2 免責的債務引受と担保が問題となる局面

(1) 四面関係

免責的債務引受に伴って、従前、債務に付着していた担保及び保証がいかなる影響を受けることになるのかという問題の検討を要する局面としては、まず旧債務者、債権者、引受人及び担保提供者の四名が関与する場面を挙げることができる。ここでいう担保提供者とは保証人あるいは物上保証人である。このような状況下で、債務者の債権者に対する債務が引受人によって引き受けられる場合には、債務引受の対象となる債

務に設定されている保証または担保物権が消滅するのか、あるいは存続するのかが問題となる局面である。現在我が国においては、ドイツ法における理解と同様に、担保提供者の同意が存在すればそれらの保証または担保物権は、引受後の債務を担保すべく存在し、担保提供者の同意が存在しない場合には消滅するとの一般的な理解がなされている。

(2) 三面関係

ドイツの学説では、担保提供者が債務引受の当事者である場合があると指摘されている。例えば、一つは保証人が主たる債務を引き受ける場合であるが、保証人がこのような形で債務を引き受けること自体が希であろうし、債権者がそのような形の債務引受をすることはおよそ考え難い。ただし、主たる債務者(旧債務者)は、主たる債務から解放されるだけでなく、保証人に対する求償義務からも解放されるというメリットもあろう。

もう一つは旧債務者が自己の所有する財産に担保物権を設定している場合である。このように旧債務者が自己の所有する財産に担保物権を設定する場合の解決としてはさらに大きくわけて二つに分けて考えることができよう。旧債務者が自分の所有する不動産に抵当権を設定しており、担保目的物である旧債務者の不動産が第三取得者に譲渡される際の、被担保債権の処理が問題となる場面である。一つは、旧債務者(抵当権設定者)と第三取得者間の合意により、売買代金のうち担保された債権額を債権者に支払い、残額を旧債務者である譲渡人に支払う、という処理である。もう一つは第三取得者が、抵当権という負担付の不動産を取得するという方法であり、被担保債権につき債務引受を行い、第三取得者が旧債務者に対しては、被担保債権額を控除した金額を代価として支払う形での処理である。

このような場合において、ドイツ法では、「担保提供者が債務引受の当事者をも兼ねている以上、債務引受の当事者として債務引受に合意す

る以上は、BGB418条1項3文の担保提供者としての同意がなされていると推定される結果、担保は存続するとの指摘がなされている。

確かに、担保提供者としての同意は形式的には推定されようが、このような三面関係が問題となる場面では、債務引受契約の当事者であり担保を提供していた者の同意が存在するか否かの問題ではなく、むしろ、当該三名の合意が存在するからこそそのような処理がなされたと考える方が望ましいのではないかと思われる。すなわち、保証人が主たる債務を引き受ける場合では、保証人が債務引受の当事者として債務引受に同意したとしても、主たる債務が保証人によって担保されている状態から保証人であった者は以後は単独で債務を負担する状態に変化するのであり、実質的には保証人なしの債権と言える。三名の協議の結果が優先される以上は、ここでは担保提供者の同意を基準に保証が存続するか否かは問題にならないと思われる。

さらに、旧債務者が自己の所有する不動産に抵当権を設定している場合において、第三取得者が債務を引き受ける場合についても同様のことがあてはまるのではないかと思われる。第三取得者が、売買代金のうち債権者に対して担保された債権額を支払い、残額を旧債務者に支払うことも、抵当権付不動産を買い受け被担保債権額を控除した額を代価として旧債務者に支払うことも、第三取得者による免責的債務引受が行われていることには変わりはない。しかし前者の場合では、抵当権であれば代価弁済により消滅し、(それ以外の担保であれば付従性により消滅する)担保物権の付従性により抵当権は消滅することになり、抵当権が存続するか否かはもはや問題になる余地がない。さらに、後者では債務の引受人となる第三取得者の積極的な意思関与の下で、抵当権が、従前は旧債務者の債務を担保していたが今後は第三取得者による引受後は、引受後の債務をなおも担保し続けることが合意されていることなる(むしろ、担保の処理を伴わずに免責的債務引受の合意がなされると自体を考え難い)。そもそも担保提供者の同意が担保存続要件とされた理由が、

担保提供者が何の信頼関係もない引受人のためになお担保を提供し続ける状態から解放されるためであることを斟酌すると、これらの状況下では、「担保提供者の同意の有無」を問題とすることに困難を覚える。

3 法定担保及び非典型担保と免責的債務引受の関係

我が国における免責的債務引受と担保及び保証の関係を論ずるにおいては、判例及び学説では、約定担保物権（抵当権と質権）及び保証との関係が取り上げられている。一方で、我が国の典型担保には、留置権と先取特権という法定担保物権が存在し、さらには取引関係の発展及び多様化に伴い、債務の担保を目的とする担保及び保証手段が質権、抵当権及び保証に限定されず、譲渡担保、所有権留保、仮登記担保などといった非典型担保という手段も用いられるようになってきている。今後はこれらの担保手段と免責的債務引受の関係についても問題となる。

まず、法定担保物権である留置権と先取特権については、日本法では、これらは特定の債権を保全するために法律が特別に認めた担保物権であるから、たとえ債務の引き受けがなされたとしても法定担保物権はなおも存続すると理解されている⁽¹¹⁰⁾。その一方でドイツ法では、法定担保物権及び法定保証義務が成立しているときであっても、債務引受によって消滅する場合があると通説によって理解されている。すなわち、ドイツにおいて議論の対象とされているのは賃借地が譲渡され、新賃貸人（土地の取得者）と従来の賃借人との間で賃貸借関係が生じ、旧賃貸人は賃貸借関係より離脱するが、新賃貸人が賃借人に対して何らかの金銭給付義務を負うものの、土地の取得者である新賃貸人が無資力であるようなとき、あるいは賃借人が不利益を強いられることのないように、旧賃貸人である土地の譲渡人に保証に類似した責任を課されるものである。かような保証義務は確かに法定保証義務ではあるが、我が国における法定担保が特定の債権を保全するという目的とは異なると思われるので、法定担保と免責的債務引受との関係を検討する曲面が異なる。従って、我が

国において法定担保物権が成立している債権関係につき、免責的債務引受がなされても、通説と同様にその制度趣旨からも、先取特権と留置権はなおも存続するものと受け止めるべきである。このように解さなければ、特定の債権の債権者を保護するという趣旨が債務引受によって阻害されてしまうので望ましいとはいえない。

次に、非典型担保と免責的債務引受との関係についてであるが、ドイツ法においては、判例及び学説において共に、BGB418条1項は、その規定にない担保手段についても類推適用されるものとして承認されている。どのような形の担保手段であれ、当該債務を担保している場合には債務引受によって担保が存続するか否かを検討する必要があるが、条文には抵当権、質権と保証が挙げられているが、これらと規定にない担保とで異なる取り扱いをする理由は見あたらない。我が国において免責的債務引受と担保の関係について検討するにおいても、抵当権、質権及び保証が主たる対象であるが、非典型担保が設定されている場合であっても、両者を等しく取り扱うべきであろう。

本稿は、日本法における免責的債務引受と担保との関係について検討するための基礎的作業としてドイツにおける解釈論の紹介にとどまるものである。我が国における債務引受に関する判例はもとより、担保との関係について示す判例は数少ないところであるが、今後は、我が国における免責的債務引受と担保との関係につき、各担保の性質を鑑み、さらに具体的な内容に踏み込んだ検討を行うことが、自分に課せられた必須の課題であると考えている。

- (1) 我妻栄『新訂債権総論(民法講義IV)』565頁以下(岩波書店・1964年)、椿寿夫『注釈民法(11)債権(2)』[西村信雄編](有斐閣・1965年)、林良平(安永正昭補訂)=石田喜久夫=高木多喜男『債権総論・第三版』535頁(青林書院・1966年)。
- (2) 梅謙次郎「債権債務の承継を論ず」『法政大学創立30周年記念論文集』(法政大学・1909年)、石坂音四郎「債務引受論」『民法研究第二巻』(有斐

閣書房・大正2年), 四宮和夫「債務引受」『総合判例研究叢書民法14・昭和35年』, 椿寿夫「判例債務引受法」『民法研究II』(第一法規・1983年)。

- (3) 近時において, 契約当事者の地位移転論として, 野澤正充「契約当事者の地位の再構成(一)～(三・完)」立教法学39号1号, 40号118頁, 41号1頁(1994年～1995年), ドイツ法における免責的債務引受の概念の生成から議論の展開を分析し, 免責的債務引受と併存的債務引受との接合を論じた, 遠藤研一郎「免責的債務引受に関する一考察(一)(二・完)ードイツ Schuldübernahme の生成・発展を素材としてー」新法108巻1, 2号(2001年)
- (4) 林(安永補訂)=石田=高木・前掲(注1)536頁によれば, 債務引受は実際には, 営業譲渡が典型例であると説明される。
- (5) その一つとして, 免責的債務引受における引受人の抗弁権ードイツ法の議論を中心にー」六甲台論集・法学政治学篇第49巻2号(2002年)131頁以下を参照。
- (6) 旧民法財産編[496条] ①債務者ノ交替ニ因ル更改ハ或ハ旧債務者ヨリ新債務者ニ為セル囑託ニ因リ或ハ旧債務者ノ承諾ナクシテ新債務者ノ随意ノ干涉ニ因リテ行ハル。②囑託ニハ完全ノモノ有リ不完全ノモノ有リ。③第三者ノ随意ノ干涉ハ下ニ記載スル如ク除約又ハホ補約ヲ成ス。[第497条] ①債権者カ明ラカニ第一ノ債務者ヲ免スルノ意思表示シタルトキニ非サレハ囑託ハ完全ニナラスシテ更改ハ行ハレス。此ノ意思ノ無キトキハ囑託ハ不完全ニシテ債権者ハ第一第二ノ債務者ヲ連帯ニテ訴追スルコトヲ得。②第三者ノ随意干涉ノ場合ニ於テ債権者カ旧債務者ヲ免シタルトキハ除約ニ因ル更改行ハル。之ニ反セル場合ニ於テハ単一ノ補約成リテ債権者ハ債務ノ全部ニ付キ第二ノ債務者ヲ得。然レトモ此債務者ハ連帯ノ義務ニ任セス。[498条] 完全囑託及ヒ解除ノ場合ニ於テ新債務者カ債務ヲ弁済スルコトヲ得サルトキハ債務者ハ囑託又ハ除約ノ当時ニ於テ新債務者ノ既ニ無資力タリシコトヲシラサルニ非サレハ旧債務者ニ対シテ担保ノ求償権ヲ有セス。但特別ノ合意ヲ以テ此ノ担保ヲ伸縮スルコトヲ得。
- (7) 梅謙次郎『民法要義卷三債権編』(有斐閣・1984年)366頁, 梅謙次郎「債権債務の承継を論ず」『法政大学創立30周年記念論文集』55頁以下(法政大学, 1909年)。梅博士によれば, (債務の引受に際して保証, 質, 抵当の如き担保は消滅するものとし, ただ保証人, 質, 抵当の目的物の所有者が承諾したる場合にのみ, これらの担保が新債務者の債務をも担保すると規定する) ドイツ民法と比較して, 原則, 債務引受と更改との間に著しい差異はない, と指摘している。野澤正充前掲書(注3)39号18頁において, 債務引受と更改を比較すると, 「実質的に検討すると, それに關与する当

事者及び経済効果の点で、今日わが民法学が認めている債務制度にほぼ匹敵するものであった」と評価している。

- (8) 旧民法財産編 [503条] ①旧債権ノ物上担保ハ新債権ニ移ラズ。但シ債権者之ヲ留保スルトキハミヲ此限ニ在ラズ②此留保ハ共同債務者、保証人又ハ第三所持者ノ手ニ存スル担保負担ノ財産ニモ之ヲ行フコトヲ得③此留保ニ付テハ更改ノ相手方ノ承諾ノミヲ必要トス④右ノ場合ニ於テ財産ハ旧債務ノ限度ヲ超エテ担保を負担セス
- (9) 梅謙次郎・前掲(注7)『民法要義卷三債権編』366頁
- (10) 梅謙次郎・前掲(注7)『民法要義卷三債権編』366頁
- (11) 椿寿夫『民法研究Ⅱ』47頁以下(第一法規・1983年)
- (12) 我妻栄・前掲(注1)571頁
- (13) 於保不二雄『債権総論(新版)』342頁(有斐閣・昭和47年), 石坂音四郎『日本民法(第三編債権)』1345頁(有斐閣), 近藤英吉=柚木馨『注釈日本民法中巻』467頁(巖松堂)
- (14) 林(安永補訂)=石田=高木編・前掲(注1)536ページによれば, 通説として位置付けられる。最判昭和37年7月20日民集16巻8号1605号も同旨。
- (15) 林(安永補訂)=石田=高木編・前掲(注1)536ページによれば, 通説として位置付けられる。最判昭和37年7月20日民集16巻8号1605号も同旨。ただ, 債務者自身が設定した担保物権は存続するとの見解の根拠は様々で, (1) 債務の同一性にその根拠を求める説(石田文次郎『債権総論』昭和22年・232頁, 林信雄・民商9巻2号237頁), (2) 債務者自身が債務引受の契約当事者であるときは存続(高島平蔵『民法演習Ⅲ』155頁), 引受人と債権者間の債務引受契約においては消滅し, 旧債務者と引受人との間で成立する債務引受契約においては存続(於保・前掲(注13)310頁)するということに, 旧債務者が積極的に債務引受に関与するときは, 意思解釈上担保は存続すべきであると解される(近藤=柚木・前掲(注13)は, 物上保証人であった者が債務を引き受けるときは, 反対の意思がない限り, 担保物権は存続するものとされる)。
- (16) BGB418条1項の和訳は, 椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』(日本評論社・1988年)に従った。
- (17) Nörr/Scheyhing/Pöggeler., Sukzessionen 2., teilweise vollig neubearbeitete Auflage., 1999, S.222. (Nörr), Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band1, AT., 14. Aufl., 1987, S.602.
- (18) BGB414条の和訳については, 椿寿夫・右近健男編前掲書に従った。BGB414条[債権者と引受人の契約]第三者は債権者との契約により, 旧債務者に代わって債務を引き受けることができる。

- (19) Münchener Kommentar zum BGB., Schuldrecht, AT., 4. Aufl., München, 2001, Möschel § 414 Rn. 6; 通説では, 第三者による権利の拒絶を定める BGB333条を類推適用することにより旧債務者に債務引受についての拒絶権が認められている; Larenz, a. a. O., S. 603. BGB333条の和訳は椿寿夫・右近健男編前掲書を参考にした。BGB333条 [第三者による権利の拒絶] 第三者が契約に基づき取得した権利を拒絶したときは, その権利は取得しなかったものとみなす。
- (20) BGB415条の和訳については椿寿夫・右近健男編前掲書に従った。BGB 415条 [債務者と引受人との契約; 債権者の追認] (第一項) 第三者が債務者と債務引受の同意をしたときは, その効力は債権者の追認によって生ずる。追認は, 第三者が債権者に債務引受を通知した後にすることができる。当事者は追認があるまでは, 契約を変更し, 又は破棄することができる。(第二項) 追認の拒絶があったときは, 債務引受をしなかったものとみなす。債務者又は第三者が, 債権者に対し, 期間を定めて追認の意思表示を催告したときは, 追認は, その期間内においてのみすることができる; 追認の意思表示がないときは, 追認を拒絶したものとみなす。(第三項) 債権者が追認をしない間は, 疑わしいときは, 引受人は適時に債権者を満足させる義務を債権者に対して負う。債権者が追認を拒絶したときも, 同様である。
- (21) 債務引受についての法律構成の詳細については, 拙稿前掲(注5)参照。なお, BGB416条に基づく債務引受契約も, BGB415条の債務引受契約に属する。BGB416条の和訳については, 椿寿夫・右近健男編前掲書に従った。BGB416条 [抵当債務の引受] (第一項) 不動産の取得者が譲渡人との契約によってその不動産につき抵当権が存在している譲渡人の債務を引き受けている場合においては, 譲渡人が債務引受を債権者に通知したときにのみ, 債権者は債務引受追認することができる。通知が到達してから6ヶ月が経過した場合において, 債権者が追認をあらかじめ譲渡人に対して拒絶していないときは追認があったものとみなす; 第415条2項2文の規定は適用しない。(第二項) 譲渡人の通知は, 取得者を所有者として土地登記簿へ登記した後でなければ, することができない。通知は書面によって行い, かつ, 債権者6ヶ月以内に拒絶の意思表示をしないときは引受人が旧債務者に代わる, 旨を表示しなければならない。(第三項) 譲渡人は, 取得者の請求によって, 債権者に債務引受の通知をしなければならない。追認又はその拒絶が確定したときは, 譲渡人は取得者に対して直ちに通知しなければならない。
- (22) なお, BGB418条2項は以下の通りである。BGB418条2項: 破産の場

合につき債権と結合した優先権は、破産において引受人の財産について主張することはできない。

- (23) Philipp von Kübel, Redaktorenvorlage für den ersten BGB-Entwurf, in:Wernar Schubert ,die Vorlagen der Redaktoren für erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhaeltnisse, Teil 1 (allgemeiner Teil) (1980), S.983 (2)。なお, 部分草案第四条は以下の通りである。【部分草案第四条】債務の引受時点で債務と結びついた優先権及び付随的権利は, 専ら旧債務者の人格によることが要求されるものでないかぎり, 存続する。第三者自身が債務の保証を行いまたは抵当権を設定する場合, 疑わしい場合にはこれを認める。
- (24) Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gezetzbuch für das Deutsche Reiche,von Mugdan,Bund II S.81.
- (25) Mugdan II.,a.a.O.,S.81.
- (26) Mugdan II.,a.a.O.,S.81.
- (27) Mugdan II.,a.a.O.,S.81.
- (28) 【第一草案317条】(第一項)債務引受の時点において, 債権を強化するために債権と結びつく付随的権利は存続する。第三者による債権のための保証又は質権設定による権利は, 存続しない, 但し, 旧債務者の人格を考慮せず保証したる場合又は質権を設定したる場合, 又は, 質権の対象が債務引受の時点において旧債務者に法律上帰属する場合はこの限りではない。(第二項)債務引受の時点において債権と結びつく単なる優先権は, 消滅する。
- (29) Mugdan II.,a.a.O.,S.598ff.
- (30) Mugdan II.,a.a.O.S.599ff: 例えば債務引受の時点で質権の目的物が債務者に属する場合, 債権者型契約においては質権が存続する点は不当ではないのか, 質権を引受人が設定した場合, 質権設定者が債務引受時点で所有権者ではない場合にも, 質権は存続するのか等である。
- (31) Mugdan II.,a.a.O.S.599ff.
- (32) Mugdan II.,a.a.O.S.599ff.
- (33) Friederlich, Die Stellung des Sicherungsgebers bei der privaten Schuldübernahme nach § 418Abs.1.BGB.,1996,S.63.,Nörr/Scheyhing/Pöggeler.,a.a.O.,S.250.,Münchener/Möschel§418Rn/.,Staudingers Kommentar zum Bürgerlicher Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetzurd Nebengesetzen Buch 2:Recht der Schuldverhaltuisse ; Neubearbeitung 2005: Berlin (Rieble 担当) § 418.Rn.1

- (34) 本稿Ⅱ一参照。
- (35) BGB774条(法律上の債権移転)の和訳は右近健男編『注釈ドイツ契約法』(三省堂・1995年)に従った。BGB774条1項1文は以下の通りである。主たる債務者に対する債権者の債権は、保証人が債権者を満足させる限度で保証人に移転する。
- (36) Friederlich., a.a.O., S.91f; Münchener/Möschel § 418Rn.6
- (37) Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungs- und Nebengesetzen: Zweite buch: Recht der Schuldverhältnisse; 12. Auflage: Berlin 1992 (Kaduk 担当) § 418Rn.3;
- (38) Staudingers/Kaduk § 418Rn.3
- (39) Staudingers/Kaduk § 418Rn.4., Larenz. a.a.O., S.607
Palandt Bürgerliches Gesetzbuch 64., Neuarbeitete Auflage München 2005 (Heinrichs 担当) Rn.1.
- (40) Staudingers/Kaduk § 418Rn.4; Enneccerus/Lehmann; Recht des Schuldverhältnisse; 15. Bearbeitung; Tübingen, 1958, § 85 III
- (41) Friederlich., a.a.O., S.65., BGB985条の和訳については、柚木馨「現代外国法典双書(3) 独逸民法 [Ⅲ] 物権法」(有斐閣・1955年)に従った。BGB985条(返還請求権): 所有権者は占有者に対して物の返還を請求することを得。
- (42) Friederlich., a.a.O., S.65
- (43) BGB1168条の和訳は柚木馨前掲書を参考にした。BGB1168条(抵当権の放棄): (第一項) 債権者が抵当権を放棄したときは所有者がこれを取得する。(第二項) 放棄は不動産登記所又は所有者に対して表示し、かつ、不動産登記簿にこれを登記することを要する。
- (44) Münchener/Möschel § 418Rn.3., RGRK/Weber Rn.3., Palandt/Heinrichs § 418Rn.1.
- (45) Staudingers/Kaduk § 418Rn.14; BGB1132条の和訳は柚木馨前掲書を参考にした。BGB1132条(共同抵当)(第一項) 同一の債権のために数個の土地に一個の抵当権が設定したときは、各土地は全債権につきその責めに任ず。債権者は各土地より自由に債権の全部又は一部の弁済を求むることを得。(第二項) 債権者は債権額を各個の土地に割り付け、各土地はその割付額に於いてのみ其の責を負うべきことを定めることを得。此の割付については、第875、876及び878条が準用される。
- (46) Münchener/Möschel § 418Rn.6
- (47) Münchener/Möschel § 418Rn.3., Sörgel Kommentar zum BGB., Schuldrecht., 12. Aufl., 1990, § 418Rn.3 によれば船舶所有者は他の特別法により

順位を保全される可能性がある。

- (48) 厳密には担保設定者ではなく担保目的物の所有者の同意が必要であるとする。
- (49) Münchener/Möschel § 418Rn3.,Nörr/Scheyhing/Pöggeler.,a.a.O.,S.249.,Sörgel/Zeiss § 418Rn.3
- (50) Friederlich.,a.a.O.,S96.
- (51) Münchener/Möschel § 418Rn.7・8.,Larenz,a.a.O.,S.607.,RGRK/Weber § 418Rn.10.,Sörgel/Zeiss § 418Rn.4 同意は債権者型契約の締結又は債務者型契約の追認時点までに要する。BGB183条の和訳については、柚木馨前掲書に従った。BGB183条(同意の撤回)：事前の同意は、同意の原因たる法律関係より別段の結果を生ぜざる限り、法律行為を締結するまでは之を撤回することを得。撤回は、一方又は相手方に対して之を表示することができる。
- (52) Friederlich.,a.a.O.,S105ff.
- (53) Friederlich.,a.a.O.,S106.
- (54) Friederlich.,a.a.O.,S104.
- (55) Münchener/Möschel § 418Rn.8.,RGRK/Weber § 418Rn.8
- (56) Friederlich.,a.a.O.,S.96.
- (57) Friederlich.,a.a.O.,S.97.
- (58) Friederlich は3文の同意を準法律行為であるとして法律行為に関する規定の類推適用を主張する。なお、学説(Medicus AT Rn.198.,Larenz.,a.a.O.,§ 26)及び判例(BGHZ47,352;NYW1989,1792)によれば、関係当事者の利害関係に反しない限り、意思表示に関する規定は、準法律行為へも類推適用可能である。
- (59) Friederlich.,a.a.O., S.100
- (60) Friederlich.,a.a.O., S.98; BGB130条の規定は柚木馨前掲書を参考にした。BGB130条(第一項)隔地者に対する意思表示は、その通知の相手方に到達したる時より、その効力を生ずる。意思表示の到達する前またはこれと同時に撤回の通知が到達したる時は、意思表示はその効力を生じない。担保提供者は、BGB182条1項の意味における第三者であるからであるとの指摘も見られる(Staudinger/Kaduk Rn21.,Friederlich.,a.a.O., S.98)。
- (61) Friederlich.,a.a.O.,S.98.,BGB182条の和訳は柚木馨前掲書を参考にした。BGB182条(第1項)契約又は相手方を要する法律行為の効力が第三者の同意にかからしめられるときは、同意及びその拒絶は一方の当事者及び相手方当事者のいずれに対しても行うことができる。
- (62) 拙稿・前掲(注5)

- (63) Staudingers/Rieble § 418Rn.18., によれば, 「債務引受」が成立するまでは, と留保される。Friederlich., a.a.O., S.100.
- (64) Friederlich.,a.a.O., S.109.
- (65) Münchener/Möschel § 418Rn.7.,Nörr/Scheyhing/Pöggeler.,a.a.O.,S.249.,RGRK/Weber § 418Rn.9.,Sörgel/Zeiss § 418Rn.4 では, 同様にBGB 416条の抵当債務引受でも, 同意は推定されると指摘される。
- (66) Friederlich.,a.a.O.,109.
- (67) Friederlich.,a.a.O.,110.
- (68) Friederlich.,a.a.O.,110.
- (69) Friederlich.,a.a.O.,S111ff.
- (70) Friederlich.,a.a.O.,S111ff.
- (71) Staudingers/Rieble § 418.Rn.23,Erman/Westermann § 418Rn.1,Friederlich.,a.a.O.,112.
- (72) Friederlich.,a.a.O.,S,113.
- (73) 旧債務者の関与がないときは, 3文の同意の推定が否定されたとの見解もある(Plank's Kommentar zum BGB Berlin 1914.(Siber 担当) § 418)。
- (74) 前掲(注19)
- (75) Baur/Stürner Sachenrecht 16.,Auflage.,1992.,S.671ff.など
- (76) Friederlich.,a.a.O.,S.124.
- (77) BGB566条の和訳は, 右近建男編前掲書を参考にした。BGB566条〔譲渡は使用賃貸借を破らず〕(第一項) 使用賃貸人が賃貸地を使用賃借人に委ねた後第三者に譲渡したときは, 譲受人は, その所有権の存在する間使用賃貸人に代わって使用賃貸借関係から生ずる権利を有し, 義務を負う。(第二項) 譲受人が義務を履行しないときは, 使用賃貸人は, 譲受人が賠償すべき損害について, 先訴の抗弁を放棄した保証人と同様の責めに任ずる。使用賃借人が使用賃貸人の通知によって所有権の移転を知った場合において, 法律の定める最初の期限に向けて使用賃貸借関係を告知しないときは, その責めを免れる。
- (78) BGB1251条の和訳は, 柚木馨前掲書を参考にした。BGB1251条(第一項) 新質権者は旧質権者より質物の引渡を請求することを得。(第二項) 新質権者は, 質物の占有を取得すると共に, 質権設定者に対する質権と結合せる義務につき旧質権者に代わるものとす。新質権者が其の義務を成功せざるときは, 新質権者が賠償すべき損害につき旧債権者は先訴の抗弁権を放棄したる保証人と同一の責めに任ず。債権が法律規定に因りて新質権者に移転したるか又は法律上の義務に基づきて新質権者に譲渡されたるときは, 旧質権者の責任は生ずることはない。Larenz.,a.a.O.,S.609.

- (79) Freiderlich.,a.a.O.,S.118.
- (80) Palandt/Heinrichs418Rn1.,Nörr/Scheyhing/Pöggeler.,a.a.O.,S.249.
- (81) Staudinger/Kaduk § 418Rn9.,Friederlich.,a.a.O.,S.123
- (82) Münchener/Möschel § 418Rn.2
- (83) Larenz.,a.a.O.,S.609.,Staudinger/Kaduk § 418Rn10.,Plank (Siber) § 418.Bem4
- (84) Freiderlich.,a.a.O.,S.173.,Baur/Stürner.,a.a.O.,S.515ff. では, 制限的物権 (Beschränktes dingliches Recht) であると説明される。
- (85) BGH WM 1966.,S577.,BGHZ115,241=NYW1992.,S.110.,JZ.,1992,S.582
- (86) Friederlich,a.a.O.,S.176.
- (87) Friederlich,a.a.O.,S.176.
- (88) Friederlich,a.a.O.,S.176.
- (89) Friederlich.,a.a.O.,176ff.「旧債務者のために設定された担保」という属性を失うことになってしまう例として,(1) 債権者(担保権者)が土地債務をその換価時期(Verwertungsreife)の到来前に,一通常は担保合意に反する合意であるが物権法上は可能である—(Baur/Stürner § 45 III 1b,c),被担保債権と切り離して第三者に譲渡又は(債権者が)自己の債務の担保としてセットする場合,(2) 債権者が自己の信用を保全するために又は債権の売買によって債権譲渡を行い,土地債務それ自体は債権者の手元に置く場合,などである(Friederlich.,a.a.O.,S.176.)。
- (90) BGHZ108,237,242f.,NJW1985,800
- (91) Baur/Stürner.,a.a.O.,S.519f.
- (92) Baur/Stürner.,a.a.O.,S.519f.
- (93) BGH WM.,1966.,S.577f.
- (94) BGH NJW.,1992.,S.110f.
- (95) Scholz.,NJW.,1966.,S.1739.
- (96) Scholz.,a.a.O.,S.1740.
- (97) Scholz.,a.a.O.,S.1740.
- (98) Scholz.,a.a.O.,S.1740.
- (99) Nörr/Scheyhing.,Sukzessionen.,1983.,S.312f.
- (100) Nörr/Scheyhing.,a.a.O.,S.312f.
- (101) Nörr/Scheyhing.,a.a.O.,S.312f.
- (102) Nörr/Scheyhing.,a.a.O.,S.312f.,Palandt/Heinrichs § 418Rn.1.,Sörgel/Zeiss § 418Rn.1.,RGRK/Weber § Rn.5.,Erman/Westermann § 418Rn.3.,Münchener/Möschel § 418Rn.5.
- (103) Scholz.,a.a.O.,S.1740.

268 (50) 免責的債務引受と担保及び保証の関係について(濱崎)

- (104) Nörr/Scheyhing., a.a.O., S.312f.
- (105) Weber, JZ 1992., S.584.
- (106) Weber, a.a.O., S.584.
- (107) Weber, a.a.O., S.584.
- (108) Weber, a.a.O., S.584.
- (109) 現行の根抵当に関する規定を見ると, 民法398条の7第2項により, 「元本の確定前に債務の引受けがあったときは, 根抵当権者は引受人の債務についてその根抵当権を行使することができない」と規定される。根抵当の性質として引受債務は担保されないこととなっている(林(安永補訂) = 石田 = 高木前掲(注1) 541頁)。
- (110) 於保・前掲(注13) 342頁, 奥田昌道『債権総論(増補版)』474頁(悠々社・2004年)