

論 説

債務引受と第三者のためにする 契約との関係について (一)

判例を中心に

濱 崎 智 江

第一章 序論

第二章 債務引受の認められる経緯および根拠

第三章 債務引受の契約当事者 (以上, 本号)

第四章 債務引受と第三者のためにする契約との関係

第五章 結びに代えて

第一章 序論

一 背景

債務引受は明文の規定こそなかったが、我が国では実務の需要に応える形で学説によってその有用性が承認され、主にドイツの法状況から示唆を受けながら、条文にない制度として展開した。近時では併存的債務引受につき担保としての意義が改めて明らかにされるのみならず、金融

(1) 遠藤研一郎「担保のための併存的債務引受(担保的債務加入)契約の有効性に関する一考察(上)」新報114巻7・8号(2008年)35-72頁、「同(下)」新報114巻9・10号(2008年)1-37頁。

取引における決済手段として活用するために対抗要件制度の導入についても研究されている。また、債権法改正に伴い債務引受が条文化されることになりさらなる活発な議論の対象とされている。⁽³⁾

筆者は、これまでに免責的債務引受の法構造に着目し、引受人の抗弁権の援用について論じた。⁽⁴⁾さらに、併存的債務引受における引受人の抗弁権の援用について論じ、免責的債務引受との横断的研究を試みた。⁽⁵⁾これらの背景を踏まえ、債務引受の金融市場における安定した利用を促進するためにその法的性質を改めて解明し、要件を再検討することで債務引受の再構成を試みたい。

この研究に取り組むきっかけは、平成23年から24年にかけての消費者金融の事業再編に伴う過払金返還債務の引受けの成否が争われた最高裁判例の対立現象である。すなわち、いずれも極めて類似する事実関係を

-
- (2) 池田真朗「債務引受と債権譲渡・差押の競合 一括決済方式における債権譲渡方式と併存的債務引受方式の比較を契機に」法研 77巻9号(2004年)1-44頁, 遠藤研一郎「債務引受のための対抗要件制度の導入可能性」新報117巻9・10号(2011年)1-32頁, 金融法委員会「債権法改正に関する論点整理(上) 債務引受と両立しない第三者との関係, 将来債務引受等について(一括支払システム, 集中決済システム, パラレル・デット等を念頭に置きながら)」NBL964号54-61頁など。
- (3) 柴崎暁「免責的債務引受・債務者交替による更改 「求償権を認めない」規定の考察」安永正昭=鎌田薫=能見善久監修『債権法改正と民法学 債権総論・契約(1)』(商事法務, 2018年)277-303頁, 堂園昇平「債務引受をめぐる現状の課題と今後の展望」金法1832号(2008年)8-16頁, 野澤正充「異議をとどめない承諾・債務の引受け(1) 免責的債務引受け」法セミ649号(2009年)104-109頁, 佐藤正謙=宇田川法也「多数当事者間における債権債務関係:保証, 併存的債務引受, 免責的債務引受等の横断的検討」金法1960号(2012年)34-43頁, 角紀代恵「債務引受:現代法との接続と乖離」金法1999号(2014年)68-74頁参照。
- (4) 拙稿「免責的債務引受における引受人の抗弁権 ドイツ法の議論を中心に」六甲台論集第49巻第2号(2002年)125-157頁参照。
- (5) 拙稿「併存的債務引受における引受人の抗弁権 債務者型契約を中心に」財産法の新動向・平井一雄先生喜寿記念(2012年)373-393頁参照。

前提とするにもかかわらず、第三者のためにする契約としての併存的債務引受の成立を肯定する最高裁平成23年9月判決と、債権者である過払金返還請求権者の意思的関与の不存在を理由に第三者のためにする契約としての併存的債務引受の成立を否定した最高裁平成24年6月判決が相次いで下されたことである。両判決の結論の相違は、債務引受の成立要件の整備と債務引受の法的性質の解明が必要であることを物語っており、非常に重要な問題を提起している⁽⁶⁾。

債務引受の成立要件に関する解釈が不十分であると契約当事者は債務者が免責されて債務が引受人に移転したのか、それとも債務が併存して引き受けられているのか、あるいはそもそも債務引受が成立していないのかを把握することができず、状況次第では債権者は自己の請求権を行使することができない事態が生じかねない。そうすると、債権回収が不確かなものとなる。その最終結果として、債権法改正によってようやく明文化された債務引受が、金融取引における資金調達手段または担保手段として有効な制度であるにもかかわらず活発に活用されない状況が容易に予測される。

二 研究の目的および対象

筆者は、債務引受が活発に利用されない原因を究明し、その改善策を提示することで債務引受の利用促進を目指している。そのためには債務引受の法的性質の解明が必要である。債務引受の法的性質を解明するために少なくとも次の二点に取り組む必要がある。

第一に、債務引受の成立要件の再構成である。これによって債務引受が安定した法制度として機能することができる。そのためには、とりわ

(6) 拙稿「過払金返還債務の引受について」中京法学第46巻第3・4号合併号(2013年)169-197頁参照、同「過払金返還債務の承継に関する最高裁判例の変遷」中京法学第51巻3・4号合併号(2017年)159-196頁・第52巻2・3号合併号(2018年)67-93頁参照。

け契約当事者が誰であり、契約当事者ではない者の意思的関与の要否とその法的性質について類型ごとに明らかにし、各当事者の利害に配慮を置いた要件を整備する必要がある。

第二に、債務引受の存在意義を明確にすることである。債務引受は免責的債務引受、併存的債務引受および履行の引受けの三つに分類されており、相互間の異同の分析が重要である。これにとどまらず、契約当事者の地位の移転や、とりわけ第三者のためにする契約などの近接する法制度との関係性を横断的に分析することで債務引受の特徴が浮き彫りになり、民法典における債務引受の存在意義を明らかにすることができる。その結果、取引実務において債務引受のさらなる積極的な活用を期待することができる。

そこで、これらの目的を達成するにあたり、その基礎作業として「債務引受と第三者のためにする契約との関連性の考察」から着手する。すでに言及したように、過払金返還債務の承継について論じた最高裁平成23年判決および平成24年判決は、それぞれ併存的債務引受が第三者のためにする契約であることを改めて確認した。債務引受と第三者のためにする契約との関係の解明はこれまでも取り組まれてきたが⁽⁷⁾、近時注目されている⁽⁸⁾。判例理論では原債務者と引受人間で締結される併存的債務引受契約は第三者のためにする契約の性質を有するとされるが、債権者の意思的関与が債務引受の成否に及ぼす影響について考える必要がある。

そこで、債務引受の認められる経緯および根拠（以下、第二章）およ

(7) 相原文雅「債務引受契約と第三者の為にする契約との異同」慶応法研第15巻第2号393-416頁（昭和11年）、第4号（昭和11年）993-997頁、木村常信「第三者のためにする契約と債務引受」産大法学第1巻第2号（昭和43年）1-21頁など。

(8) 角・前掲注(3)71-74頁、加賀山茂「第三者のためにする契約の機能 債務者のイニシアティブによる公平な三面関係の創設機能」『法律行為論の諸相と展開：高森八四郎先生古稀記念論文集（法律文化社、2013年）270-303頁参照。

び債務引受の要件としての契約当事者について、大審院判例を中心に裁判例を整理したうえで(以下、第三章)、債務引受と第三者のためにする契約との関係について判示した大審院判例を中心に法状況を整理し、最高裁平成23年判決および平成24年判決との関連性を分析する(以下、第四章)。

第二章 債務引受の認められる経緯および根拠

債務引受とは、債務の同一性を変更することなく債務を移転させることをいう。法律の規定によって債務が移転する場合もある。たとえば相続や会社の合併などによって移転するが通常は契約によって移転する。⁽⁹⁾

ローマ法においては法鎖の観念から同一の債権債務関係は同一の当事者間においてのみ存続すると考えられていたため債権譲渡も債務引受も認められなかった。近代立法では、法鎖の観念が薄れたため債権譲渡が一般に承認され、ドイツ民法(BGB)が債務引受に関する規定も置いた(BGB414条~419条)。フランス民法でも、債務引受の規定は存在しないが債務引受は理論上承認されており、アジア諸国においても債務引受の規定が置かれるようになった。⁽¹⁰⁾

我が国でもこれまでは債権譲渡の規定が置かれるだけで債務引受の規定は置かれなかった。しかし、十分な資力を有する者が債務を引き受ける(肩代わりする)ことは債権の回収の確実性を高める。ましてや従来の債務者が債権関係から離脱せず引受人と共に債務を負担するならばなおのことである。他方、事業譲渡や売買契約の中に債務引受が内包されうることもある。さらに、実社会では債権回収あるいは決済手段としても有用な制度として機能しうる。このような理由から債務の引受けが実務において必要とされた。

(9) 於保不二雄『債権総論[新版]』(有斐閣,昭和47年)330頁参照。

(10) 池田真朗「債務引受と契約譲渡 世界の立法動向と我が国の課題」金法1999号(2014年)35-36頁参照。

民法典の規定では、債務者の変更については債務者の交替による更改(民法514条)が置かれる。しかし、債務者の交替による更改では既存の債務が消滅し新たな債務が成立するため債務の同一性が失われる。そうすると、引受債務に関して援用可能な引受人の抗弁権も、設定されている担保および保証も消滅するため、当事者にとって望ましい状況とはいえない。⁽¹¹⁾このような背景からも債務の同一性を維持したままの承継を認める制度の需要が高まり、債務引受を承認する判例の緻密な分析を通じて制度化に向けた研究が行われた結果、債務引受は有用な法制度として発展した。⁽¹²⁾

我が国の判例が債務引受を承認する主な根拠として、法鎖観からの解放、契約自由の原則などを挙げることができる。債務引受の成立を正面から問題とした判決として、A(旧債務者)のX(債権者)に対する代金債務についてX(債権者)とY(引受人)間の債務引受契約が「債務ノ引受ケヲ認メタル規定存セサルカ故」にその有効性を争われた大判大正10年5月9日民録27輯899頁がある。大審院は「債務ノ引受ニ付テハ民法ニ何等ノ規定ナシト雖モ之ヲ禁止シタル規定アルコトナク又之ヲ無効ト爲スヘキ理由ナキヲ以テ契約自由ノ原則ニ照シテ之ヲ有効ナリト爲スベク(下線は筆者による)」として契約自由の原則を根拠に債務引受を認めた。下級審では、X(債権者)とY(引受人)間の債務引受が三面契約であることが要件であるとして成否が争われた東京控判明治45年

(11) 野澤正充『債務引受・契約上の地位の移転』叢書民法総合判例研究(一粒社, 2001年)4頁参照。

(12) 梅謙次郎「債権債務ノ承継ヲ論ス」法政大学創立三十周年記念論文集(法政大学, 1909年), 石坂音四郎「債務引受論」(有斐閣, 1913年)320-398頁, 法協30巻4号(1912年)1-20頁, 四宮和夫『債務の引受』総合判例研究叢書・民法(14)(有斐閣, 1960年), 椿寿夫「判例債務引受法」『民法研究』(第一法規, 1983年)43-101頁, 野澤・前掲注(11), 鳩山秀夫「我民法に於ける債務履行の引受を論ず」民法研究第三巻(岩波書店, 大正15年)337-375頁, 林信雄「債務の引受について」民商第9巻第2号(昭和14年)220-240頁など。

7月6日新聞816号20頁が「羅馬法に於ては債權關係は債權發生の當時に特定したる債權者債務者間に於てのみ生ずるものにして債權關係の主體即ち債權者又は債務者を變更するときは債權關係は其存在を失ふ者となし従て債務の移轉は勿論債權の移轉をも認めざりしが近世の法律は債權關係は必ずしも債權發生當時に特定したる債權者債務者間に於てのみ存在するを要せざる者となし其結果として法文上債權の移轉を認めたり(下線は筆者による)」と法鎖からの解放による債權の移轉を認め、「債權の移轉を認むるは債權關係の主體に變更あるも債權債務の同一を失はずとなしたるが爲にして換言すれば債權債務の主體を除き目的が同一なれば同一の債權關係ありとなしたる者なりと謂はざるを得ず...債權の移轉を認めたと同一の論法を以て債務の移轉し得べきをも認めざるべからず即ち債務者に變更あるも債務の同一を害することなきものと謂はざるを得ざるなり(下線は筆者による)」と、債權の移轉と同じ論法で債務の移轉を認めると示した。

判例は抵抗なく債務引受を承認し、債務引受をめぐる議論の核心は債務引受を承認するかどうかではなく、要件論としての契約当事者の意思的関与の問題に移行している。⁽¹³⁾ 債務引受では債務の移轉に対する経済的要請が債權譲渡と比較すると間接的かつ裏面的であり、移轉の要件は窮屈であるとの指摘もある。⁽¹⁴⁾ 債務引受の要件や理論構成を考えるにあたり、その目的、状況および内容を考慮する必要がある。

債務引受は講学上次の三類型に分類される。免責的(移轉的)債務引受、併存的(添加的、重疊的)債務引受および履行の引受けである。本稿の主題である、債務引受と第三者のためにする契約との関係につき第四章で紹介する前に、第三章で免責的債務引受と併存的債務引受それぞれの契約当事者につき大審院判例を中心に説明する。

(13) 椿・前掲注(12)48頁参照。

(14) 椿・前掲注(12)49頁参照。

第三章 債務引受の契約当事者

一 免責的債務引受

1 定義

免責的債務引受とは「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ザル (大判大正11年3月1日民集第1輯80頁)」とし、ある債務をその同一性を失うことなく従前の債務者 (旧債務者) から新たな債務者 (引受人) へ移転させることをいい、旧債務者の債務を引受人が肩代わりするため旧債務者は債務関係から離脱する。⁽¹⁵⁾

2 契約当事者

成立要件として、債務が有効に存在すること、債務の移転可能性、債務引受契約の有効性などを挙げることができるが、契約当事者が誰であるのかについても重要である。

引受人の利害の配慮ももちろん重要であるが、支払能力のない者が新しい債務者となると債権者は不利益を被るため免責的債務引受の成立に債権者の意思的関与は不可欠である。⁽¹⁶⁾

契約当事者の組み合わせとして以下の四つを挙げることができる。すなわち、(1) 旧債務者、債権者および引受人を契約当事者とする三面契約、(2) 債権者と引受人間の契約 (債権者型契約)、(3) 旧債務者と引受人間の契約 (債務者型契約)、(4) 債権者と旧債務者間の契約の四つである。しかし、(4) は理論上可能であるが現実性がない⁽¹⁷⁾、あるいは第三者に義務を負わせる契約を認めることはできないなどの理由により学説⁽¹⁸⁾

(15) 椿寿夫『注釈民法』[西村信雄編] (有斐閣、1960年) 427頁、林良平 (安永正昭補訂) = 石田喜久夫 = 高木多喜男『債権総論』(青林書店、第三版、1996年) 535頁、我妻栄『新訂債権総論 (民法講義)』(岩波書店、1966年) 565頁参照。

(16) 野澤・前掲注 (12) 12頁参照。

(17) 於保・前掲注 (9) 335頁参照。

でも承認されていない。

(1) 三面契約

三面契約による免責的債務引受は関係者全員の同意に基づくため、異論なく承認される。⁽¹⁹⁾ 三面契約は実際上ほとんど生じない。⁽²⁰⁾

下級審ではあるが「所謂債務引受トハ債務ノ同一性ヲ害スルコトナクシテ債務者ヲ變更スル契約ヲ指稱シ通常債権者ト引受人又ハ債権者と新舊債務者間ニノミ成立スルモノト解セラルルカ如シト雖債務者及引受人間ニ於テ引受契約ヲ爲シ後債権者ニ於テ之カ承諾ヲ爲スカ如キ場合ニ於テモ亦其ノ契約ノ効力ヲ認め債務引受契約トシテ有効ナルモノト解スヘキモノトス(下線は筆者による)」と、三面契約は債務引受の形態のひとつであると判示する事例がある(東京地判大正15年11月26日法律評論第16巻民法193頁)⁽²¹⁾。

(2) 債権者型契約

免責的債務引受は債権者と引受人間の契約によっても成立しうる。ただし、債権者が契約当事者として加わるのが当然であるとして三面契約の他にこの債権者型契約のみを認める見解も見られた。⁽²²⁾ 現在では、債権者の承諾を伴う債務者型契約も認める見解が通説とされる。⁽²³⁾

(18) 石坂・前掲注(12)340頁参照。

(19) 我妻・前掲注(15)567頁、椿・前掲注(15)449頁参照。

(20) 石坂・前掲注(12)341頁参照。

(21) この他にも、履行引受の事案であるが大判明42年2月17日民録15輯111頁は「債務引受契約ノ趣旨ニ依リ其當事者ガ債権者ニ対シテ債務引受ノ意思ヲ表示シ債権者力之ヲ承諾シタル場合ニ非サレハ、其他人ニ対シ直接ニ債務ノ履行ヲ請求スル權利ヲ有スルニ至ラサルモノト謂フ可シ」と示す。しかし、この判決は契約当事者(旧債務者と引受人)から債権者への申込みを要するというドイツ法由来の申込説に立つ過渡的な判例であり(椿・前掲注(15)449-450頁参照)、先例として無条件に踏襲することはできないが債権者の関与を要する事例として評価することができる。

判例も債権者型契約を認める。たとえば大判大正5年7月3日新聞1164号31頁は、X(債権者)とY(引受人)間で免責的債務引受契約が締結されるもA(旧債務者)が国外に移動しており、Yが債務引受は三面契約により成立するところ当該契約にはAが関与していないために債務引受契約が成立していないと争った事案である。大審院は「舊債務者の意思に反せざる限りは債権者は新債務者と債務引受契約を爲し旧債務者をして債務関係より離脱せしむることを得る(下線は筆者による)」と判示し、債権者型の免責的債務引受の成立を肯定する。この判例に引き続き、契約自由の原則を根拠として債務引受を承認した事例である前掲・大判大正10年5月9日も「其契約ハ債務者ノ利益ト爲ルモノナレハ必スシモ其同意ヲ經ルコトヲ要セス債務者ノ意思ニ反セサル限り債権者ト引受人トノ間ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノト解スルヲ相當トス(下線は筆者による)」と、旧債務者の同意がなくても債権者型の免責的債務引受が成立することを明言した。⁽²⁴⁾旧債務者が既存の債務関係から免責されることは旧債務者にとって利益となるため旧債務者は契約当事者として契約に関する必要はないと説明されており、学説も判例と同様に解する。⁽²⁵⁾

ただし、判例理論によると旧債務者の意思に反するときは債務引受の効力は生じない。債務者の意思に反することを認めない旨を定める第三者の弁済(民法474条2項)および債務者の交替による更改(民法514条

(22) 鳩山秀夫「日本債権法総論」(岩波書店, 1919年)324頁参照。石坂博士も同様に原則として債権者契約を認める(石坂・前掲注(12)343頁以下参照)。

(23) 我妻・前掲注(15)567頁, 於保・前掲注(9)335頁参照。

(24) これ以外に、免責的債務引受の成立に伴う担保権の消滅について争われた最判昭和46年3月18日判時623号71頁があり債権者型の免責的債務引受が成立することを前提として第三者の設定した質権が消滅することを認めている。

(25) 鳩山・前掲注(22)324頁, 我妻・前掲注(15)567頁, 四宮・前掲注(12)7頁参照。

ただし書き)についての規定を類推し、債務者の意思に反するときは債務引受も同様に解するのが妥当であると説明される。⁽²⁶⁾前掲・大判大10年5月9日も「其契約ハ債務者ノ意思ニ反セサル限り債権者ト引受人トノ間ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノト解スルヲ相当トス (下線は筆者による)」と、前掲の大判大正5年7月3日に続き旧債務者の意思に反しないことを要件として債権者型の免責的債務引受が有効に成立することを認めた。なお、「民法第514條ノ規定ノ精神ヨリ考フルトキハ債務引受ノ場合ニ在リテモ債務者ノ交替ニ依ル更改ノ場合ト同シク舊債務者ノ意思ニ反セサルコトヲ要スルモノト解スルヲ相当トス」と債務者の交替による更改の精神を根拠として明確に債務引受の要件とする事案(大阪地判大正14年9月28日法律評論第14巻上672頁)もある。

旧債務者の意思に反するか否かの基準時についても判例は言及する。大判昭和12年6月25日判決全集4輯12号9頁は、A(旧債務者)が債務引受契約締結時に何ら意思表示をせず契約成立後に反対の意思表示をしたため、Y(引受人)が免責的債務引受契約の効力を争った事案である。大審院は「免責的債務引受カ有効ニ成立スルカ爲ニハ債務者ノ意思ニ反セサルヲ以テ足り債務者の承諾ノ意思表示ヲ必要トセス」とし、債権者型契約では旧債務者の意思に反しないことで足り、旧債務者の意思表示を不要としたうえで「債務ノ引受カ債務者の意思ニ反シテ爲サレタルヤ否ヤハ引受當時ヲ標準トシテ之ヲ判断スヘク債務者カ其ノ後ニ於テ反対ノ意思ヲ有シタリトスルモ一度有効ニ成立シタル引受ノ効力ヲ妨ケサルヘキハ論ヲ俟タス (下線は筆者による)」とし、旧債務者の意思に反するか否かの判断基準時を契約締結時と示した。なお、大判昭和10年3月6日新聞3844号9頁は「第三者カ債務者ノ債務ニ付免責的債務引受ヲ爲スモ債務者ノ意思ニ反スルコトナキコト通常ナルヲ以テ」と、旧債務者の意思に反しない状態が通常であるとし「債務者ノ意思ニ反スルコトヲ

(26) 我妻・前掲注(15)567頁、四宮・前掲注(12)7頁参照。

主張スル者ハ其事實ヲ立證スヘキ責任アルモノト云ハサルヘカラス」と債務者の意思に反することを主張する者が立証責任を負うと示す。⁽²⁷⁾

この「旧債務者の意思に反しないこと」については疑問視する学説もある。たとえば末弘厳太郎博士によると、債務の免除（民法519条）を債権者の一方の意思によって行うことができると考えると、その趣旨から推し、債務者の意思に反することは不要と解しうる。⁽²⁸⁾さらに、債務者の道義心を害することになるが物質的には債務者は損害を被るわけではなく、旧債務者の意思という内部事情は債権者と引受人間の契約に影響を及ぼさないことが正当であると述べる。⁽²⁹⁾また、旧債務者の意思に反しないことが通常の状態であること、債務の免除および保証において債務者の意思に反してもなしうることなどの理由からも判例理論が批判された。⁽³⁰⁾

(3) 債務者型契約

旧債務者と引受人間の免責的債務引受については、債権者が契約当事者であることが当然の事理であるとの理由から否定する学説もみられた。⁽³¹⁾また、石坂博士によると、債務者型契約は債務引受の性質になじまないと説明されていた。すなわち、債務引受を第三者のためにする契約と構成しても、債権者による処分（債権処分説）と構成しても、あるいは引受人と債権者間での申込みと承諾によって債務引受が効力を発生する（申込説）と構成しても、債務引受契約の性質を説明できないとされる。⁽³²⁾

(27) この判決は、債権者が併存的債務引受を主張したが、裁判所は免責的債務引受を認定しており、当該者の主張しない事実を認定したとはいえないとしている点でも注目される。

(28) 末弘厳太郎『債権総論』（日本評論社、1937年）145-146頁参照。

(29) 末弘・前掲注（28）146頁、林・前掲注（12）233-234頁参照。

(30) 林・前掲注（12）233頁参照。

(31) 鳩山・前掲注（22）324頁参照。

(32) 石坂・前掲注（12）351頁以下参照。

その後、非権利者の処分行為に対する債権者の追認とする理論が導入され⁽³³⁾徐々に債務者型契約が承認された。現在では「実際上より見るも新旧債務者の債務引受を認めなければ債務引受を認める実効は甚だしく減殺されるであろう」、「契約上の地位や企業の譲渡において包含される債務の移転を輕易に認めるためにはこの理論を確認することが出発点である」と、当事者の意思にも適う点と実務の需要の観点から債務者型契約を認める見解が通説として承認⁽³⁴⁾されている。

判例は債務者型の免責的債務引受も認める。この類型の大審院判例は少なく、旧債務者と引受人間の債務引受が認められることを前提とする下級審裁判例が見られる⁽³⁵⁾。たとえば、前掲・東京地判大正15年11月26日はA(旧債務者)とY(引受人)間で債務引受がなされ、X(債権者)が承認したものの、履行の引受けが成立しているためXから請求を受けられないとYが主張した事案であるが、裁判所は「単り債権者引受人間ノ契約ニ因リテノミ可能ナルベキ必然ノ原則ナリ、等シク債務關係ノ当事者ノ意思ニ因リテモ亦其同一性ヲ害スルコトナク、移轉ヲ可能ナラシメ得ルモノト謂フヘク、彼是其取扱ヲ特ニ異ナラシムヘキ理由ナキヲ以テナリ、唯右契約ノ結果債務者其人ニ變更ヲ來シ債権者ノ利害ニ重大ナル關係ヲ及ボスヲ以テ、債権者ノ同意ナクシテハ其ノ効力ヲ發生セシムルコトヲ得ザルノミ。之ヲ實際上ノ見地ヨリスルモ、新舊債務者ガ先ツ債務引受ノ契約ヲ爲シ、後債権者ノ同意アリタル場合ト、債権者ガ當初ヨリ該契約ノ当事者トシテ之ニ關與シタル場合ト、当事者ノ利害ニ八何等ノ軒輊ナク、反テ当事者ノ意思ニ適シ又取引ノ需要ニ應ズルモノト謂フベキヲ以テ、斯ル契約ニ其効力ヲ認ムルコトハ毫モ社會見解上

(33) 近藤英吉 = 柚木馨『註釋日本民法中巻』(巖松堂, 昭和10年) 461頁参照。

(34) 我妻栄『債権総論』(岩波書店, 昭和15年) 267頁参照。

(35) 大阪控判明治41年10月5日評論213頁, 東京控判明治45年7月6日新聞816号20頁, 東京地判大正15年11月26日, 東京地判大正8年5月5日評論8民436頁, 東京地判昭和4年11月18日新報204号21頁など。

不當ナル點アルヲ見ス (下線等は筆者による)」と判示し、債務者型の免責的債務引受を認め、効力が発生するためには債権者の同意を要することを示している。大審院でこれを直接に認める事案は見当たらないが、大判大正14年12月15日民集4巻710頁が、「而シテ債務ノ引受ハ債務者ノ意思ニ反セサル限り債権者ト引受人トノ間ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナルヲ以テ叙上ノ場合ニ於テ第三者カ代金支拂債務ノ引受ヲ爲スニハ債権者タル賣主トノ間ニ之カ契約ヲ締結スルコトヲ必要トスルモノナルコト論ヲ俟タサル所ナリ」と示している。これを読む限りでは債権者の同意を与える方法による債務引受を否定していると理解することもできるが、当該事案における債務引受は旧債務者と引受人による契約であり、かかる契約に債権者の同意が加わらなければならないとする原審の判断を相当としていることから考えると、必ずしも債権者を引受契約の当事者とする⁽³⁶⁾ことに固執する趣旨ではなかったと解される。

他方、この形態の債務引受については契約上の地位の譲渡も関連しており、その代表例として最判昭和30年9月29日民集第9巻第10号1472頁があり、事案は次の通りである。A Y間でY所有の土地につき次のような契約が締結された。すなわち、Aが土地の埋立工事を実施し宅地として第三者に分譲し、その売却代金から坪あたり500円の割合の金をYに支払い、Yは所有権を第三者に移転するとするものである。その後、Aからこの契約に基づく一切の権利を譲り受けたXがYに契約の確認を求めた。最高裁判所は、「契約上の地位乃至権利義務一切の包括譲渡については、債権者の承諾なくしては同人等に対して効力を有しない旨を判示した」原判決は正当であると判断し、旧債務者と引受人間の契約に債権者が承諾⁽³⁷⁾を与える形態の債務引受を認めたと解される。

なお「債権者ニ対抗セントセバ」(大阪高判明治41年10月5日)と示

(36) 野澤・前掲注(11)24-25頁、四宮・前掲注(12)71頁参照。

(37) 四宮・前掲注(12)74頁、野澤・前掲注(11)25頁、椿・前掲注(15)454-455頁参照。

す裁判例もあるが、最高裁判所は「債権者の承諾なくしては効力を有しない」(前掲・最判昭和30年9月29日判決)と示し、債権者の承諾は新旧債務者間の債務引受の効力発生要件と解することができる。

学説では、債権者の承諾を(停止)条件とする見解⁽³⁸⁾、無権利者の処分に対する処分権者の追完とする見解⁽³⁹⁾などがあり理論構成は様々であるが、無権代理の追認と解する見解⁽⁴⁰⁾が通説⁽⁴¹⁾であると解されている。

二 併存的債務引受

1 概説

併存的債務引受とは、引受人が既存の債務関係に加入して、原債務者と相並んで同一内容の債務を負担する債務引受をいう⁽⁴²⁾。併存的債務引受は債務負担行為である。正式な意味での債務の引受けとはいえないが、広い意味では債務引受の一種である⁽⁴³⁾。併存的債務引受における両債務の関係については「重疊的債務引受がなされた場合には、反対に解すべき特段の事情がないかぎり、原債務者と引受人との関係について連帯債務関係が生ずるものと解するのを相当とする」と判示されている(最判昭和41年12月20日民集第20巻第10号2139頁⁽⁴⁴⁾)。債権者の立場からすると債権のための責任財産が増加するため併存的債務引受は保証債務や連帯債務と同様に人的担保の機能を果たす⁽⁴⁵⁾。

(38) 我妻・前掲注(15)568頁、松阪佐一『民法提要 債権総論』(有斐閣、第四版、1982年)216頁参照。

(39) 田島順『債権法』(弘文堂、1940頁)230頁参照。

(40) 柚木馨=高木多喜男『判例債権法総論』(有斐閣、1971年)390頁参照。

(41) 近藤=柚木・前掲注(33)461頁、野澤・前掲注(11)25頁、林良平[安永正昭補訂]=石田喜久夫=高木多喜男・前掲注(15)538頁参照。

(42) 我妻・前掲注(15)572-573頁参照。

(43) 我妻・前掲注(15)565頁参照。

(44) 大判昭和12年3月18日全集4輯6号6頁も同旨。

(45) 野澤・前掲注(11)10頁参照。原債務者と引受人が負うそれぞれの債務は相互に独立しており附従性や補充性が認められず、通説により絶対的効

併存的債務引受においても契約当事者が誰であるのかは重要な問題である。ただし、併存的債務引受を債権担保と考えると債権者に有利に働くため、契約当事者の要件については免責的債務引受ほど厳密に必要とはされないと考えられる。⁽⁴⁶⁾

併存的債務引受においても免責的債務引受と同様に契約当事者の四つの組み合わせを挙げることができるが、債権者と引受人間の契約（債権者型契約）と原債務者と引受人間の契約（債務者型契約）について取り扱う。

2 契約当事者

(1) 債権者型契約

債権者型の併存的債務引受は判例および学説で異論なく承認されている。⁽⁴⁷⁾たとえば大判昭和12年3月18日全集4輯6号6頁は、X（債権者）とA社（原債務者）の代表Y（引受人）間で併存的債務引受契約が締結されるも、Yが併存的債務引受には少なくとも原債務者と引受人間の契約を要することを理由にその成立を否定したため債務引受の成否が争われた事案である。大審院は「本来重疊的債務引受ハ債権者ト引受人トノ契約ニ因リテ其ノ効力ヲ生シ必スシモ原債務者力其ノ契約ノ當事者タルコトヲ要スルモノニ非ス（下線は筆者による）」と債権者型の併存的債務引受の成立を認め、Yの上告を棄却した。このように債権者型の併存的債務引受は判例法理によって確立している。併存的債務引受は引受人が債権者に対して新たに債務を負担する行為であって、原債務者の関与がなくても成立する。⁽⁴⁸⁾

力事由がないとすると、債務者の一人に生じた事由が他の債務者に影響を及ぼさないため強力な人的担保となる（野澤・前掲注（11）10頁）。

(46) 野澤・前掲注（11）56頁参照。

(47) 我妻・前掲注（15）573頁参照。

(48) 四宮・前掲注（12）36頁参照。

では、契約当事者ではない原債務者の意思に反する債務引受は認められるか。先例として大判大正15年3月25日民集第5巻219頁があり、事実関係は次の通りである。X(債権者)がA(原債務者)に商品を売り渡したところ運送人Y(引受人)が貨物引換証と引き換えることなくAに商品を引渡したためXがYを詰責すると、Aが支払をしない場合にはYが支払うと約束した。この売掛代金の支払をめぐり争いが生じたため訴訟が提起された。原審がXY間でAの債務につき「併存的債務引受カ成立シタリトスルモAノ意思ニ反スルモノナルニヨリ法律上無効ナリ」としてXの請求を棄却したためXが上告した。大審院は「所謂併存的若八重疊的債務引受トハ第三者カ債務關係ニ加入シテ更ニ債務者トナリ原債務者ト相竝ヒテ其ノ債務ヲ負擔スル行爲ヲ指稱スルモノニ外ナラス從テ併存的債務引受ハ實質的ニ債權ノ効力ヲ確保スル作用ヲ有スルモノニシテ叙上債權ノ効力ヲ確保スル作用ヲ有スルコトハ保證債務ト毫モ異ルコトナシ然ルリシテ保證ハ債務者ノ意思ニ反スルトキト雖爲シ得ヘキコトハ民法第四百六十二條第二項ノ規定ニヨリ明瞭ナルヲ以テ此ノ法律ノ精神ヨリ推シテ第三者ハ原債務者ノ意思ニ反スルトキト雖有效ニ併存的債務引受行爲ヲ爲シ得ヘキモノト解スルヲ相当(下線は筆者による)」とし、原審を破棄し、差し戻した。大審院は免責的債務引受とは異なり、民法462条2項の規定の精神を根拠として債務者の意思に反しても債権者型契約による併存的債務引受をなしうる旨を示している。なお、下級審で第三者弁済に関する民法474条2項ないしは債務者の交替による更改に関する民法514条を根拠に原債務者の意思に反する併存的債務引受を認めないと示す事例も一応は存在する(東京地判大正2年4月16日新聞865号23頁)。しかし、これらの制度では従来の債務者は免責される。一方、併存的債務引受では原債務者は免責されることなく引受人と相並んで債務を負担するため、第三者弁済や債務者の交替による更改よりも、保証の規定である民法第462条2項によって処理の方が民法に忠実な解釈であるとして学説も大審院判例を支持する⁽⁴⁹⁾。ただし、同種の問題に

において免責的債務引受では旧債務者の意思を無視しえないのに対して併存的債務引受では原債務者の意思を不要とすることができる点については整合性の点において議論の余地が残されている。⁽⁵⁰⁾

(2) 債務者型契約

原債務者と引受人間で引受人が原債務者の債務を弁済する契約を締結した場合、その契約の効力は当事者、すなわち原債務者と引受人間の内部関係に及ぶに過ぎず、いわゆる履行の引受けが存在するのみで債権者は引受人に対する債権を取得するわけではない (大判昭和11年1月28日新聞3956号11頁)⁽⁵¹⁾。なお履行の引受けとは、引受人が債権者に対して履行する義務を負わず、債務を債権者に対して履行する義務を債務者に対して負担することであり、引受人は第三者として債権者に対する弁済を行うにとどまる。⁽⁵²⁾

併存的債務引受は債権者が原債務者に対する債権を有したまま引受人に対する債権を取得する契約であり、債務者型の併存的債務引受の成立を認める可能性も残されていた。⁽⁵³⁾そのため、現在では原債務者と引受人間の契約によって債権者を第三者とする、第三者のためにする契約の締結としての併存的債務引受の成立が認められている。⁽⁵⁴⁾すなわち、債権者に (引受人に対する) 直接の履行請求権を取得させる旨の契約が締結されることで併存的債務引受となり、⁽⁵⁵⁾ 履行の引受けは併存的債務引受の先

(49) 四宮・前掲注 (12) 36-37頁, 我妻・前掲注 (15) 573頁, 大正15年判研第45巻第4号199頁参照。

(50) 四宮・前掲注 (12) 38頁参照。

(51) 四宮・前掲注 (12) 38頁参照, 野澤・前掲注 (11) 58頁参照。

(52) 四宮・前掲注 (12) 64頁参照。

(53) 四宮・前掲注 (12) 38頁参照。

(54) 我妻・前掲注 (15) 573頁, 四宮・前掲注 (12) 38頁, 野澤・前掲注 (11) 58頁参照。

(55) 野澤・前掲注 (11) 10頁参照。

行形態として機能する。⁽⁵⁶⁾

判例は長い年月を要してこの法理を確立した。⁽⁵⁷⁾これには重要な判例が二つあり、大判大正6年11月1日民録第23巻1715頁と大判昭和10年10月19日新聞3909号18頁である。債務引受と第三者のためにする契約との関係については第四章で詳しく取り扱うためここでは大判大正6年11月1日判決のみを紹介するに留める。同判決の事案の詳細は不明であるが、原判決が「右法條(民法第五百三十七條)ハ契約二因リ當事者ノ一方カ第三者ニ對シ或給付ヲ爲スヘキコトヲ約シタル場合ノ規定ニシテ第三者ハ之ニ依リ債務者ニ對シ直接ニ該契約ノ目的タル給付ヲ請求シ得ヘキ權利ヲ取得スルモノナレハ第三者カ給付ヲ受クヘキ債權關係ハ第三者ト契約當事者トノ間ニ於テ曾テ存在セサル場合タルコトヲ要シ契約當事者ノ一方カ既ニ第三者ニ對シ負擔シタル債務ヲ相手方ニ引受ケシムヘキコトヲ契約シタル場合ノ如キハ之ヲ包含セサルモノト解スルヲ相當トス(下線は筆者による)」と引受人が第三者である債権者に新しく給付をなすべき旨の契約を必要とし、既存の債務を引受ける旨の契約は第三者のためにする契約には該当しないと判断した。これに対して、X(債権者)が次の理由により上告した。すなわち「第三者ニ新ナル給付ヲ爲スヘキコトヲ約スル場合ハ勿論尚又契約當事者ノ一方カ相手方ニ對シ相手方カ第三者ニ支拂スヘキ債務ヲ相手方ノ爲メニ引受ケテ之ヲ第三者ニ辨済スルコトヲ契約スルトキモ同様第三者ノ爲メニスル契約トシテ有效ナルモノト謂ハサルヘカラス」と、既存の債務の引受けも第三者のためにする契約に該当すると主張したうえで「諾約者自ラカ債務者タルノ地位ニ立チテ辨済スヘキコトヲ約セルモノナレハ明カニ第三者ヲシテ給付ヲ受クル權利ヲ取得セシムルノ意思ヲ以テ其契約ヲ締結シタルモノニシテ即チ重疊的債務ノ引受ヲ約シテ自ラ連帶債務ヲ負擔スルニ至レルモノナレハナリ(下線は筆者による)」とし重疊的債務引受が成立している旨を

(56) 野澤・前掲注(11)10頁参照。

(57) 四宮・前掲注(12)38頁参照。

主張した。大審院は「第三者給付ノ契約ハ契約當事者力契約ノ目的タル給付ノ上ニ第三者ヲシテ一定ノ權利ヲ取得セシムル目的ニ於テ當事者ノ一方カ相手方ニ対シ第三者ニ給付スヘキコトヲ約スルニ因リ成立スルモノナルカ故ニ必スシモ要約者ト第三者トノ間ニ給付ノ債務關係ナク新ナル獨立ノ給付ヲ約シタル場合ニ限ルコトナク既存ノ債務ノ履行ヲ引受け支拂ヲナスコトヲ約スル場合ニ於テモ當事者ノ意思カ前掲ノ如ク第三者ヲシテ權利ヲ取得セシムルニアルトキハ第三者ノ爲メニスル契約ハ成立スルコトヲ得ルモノトス (下線は筆者による)」と当事者が第三者に権利取得をさせる意思を有するときは第三者のためにする契約が成立すると判示し、原判決を破棄した。この大判大正6年11月1日に続き、大判昭和10年10月19日が第三者のためにする契約を現実に認定した。このような法律構成による債務者型の併存的債務引受が判例によって承認されている。

学説も判例と同様に債務者型の併存的債務引受を第三者のためにする契約と解する。⁽⁵⁸⁾ 契約当事者ではない債権者の意思的関与のあり方が問題となる⁽⁵⁸⁾ところ、第三者のためにする契約では受益者による受益の意思表示(民法537条2項)を要するが、債権者による引受人に対する訴状送達でも足り(大判大正7年11月5日民録24巻2131頁)、債権者として権利を行使すればそれが受益の意思表示になると解される。⁽⁵⁹⁾

三 小括

1 当事者の意思表示および意思的関与の法的性質

(1) 免責的債務引受

債権者型契約では債権者と引受人の意思表示が成立要件となる。直接

(58) 我妻・前掲注(15) 573頁参照。

(59) 我妻・前掲注(15) 574頁、四宮・前掲注(12) 43頁、林良平[安永正昭補訂] = 石田喜久夫 = 高木多喜男・前掲注(15) 544頁、野澤・前掲注(11) 59頁参照。

の契約当事者ではない旧債務者の意思的関与については、判例理論では「旧債務者の意思に反しないこと」が、債権者型の免責的債務引受の有効要件と解される。⁽⁶⁰⁾

債務者型契約では旧債務者と引受人の意思表示が成立要件となる。直接の契約当事者ではない債権者の意思的関与は契約が成立するために重要であり、積極的に作用する。判例は、債権者の承諾を対抗要件のとみるもの（前掲・大阪高判明治41年10月5日）もあるが効力発生要件と解する（東京地判大正15年11月26日、前掲・最判昭和30年9月29日）。学説は条件または効力発生要件と捉える。⁽⁶¹⁾

（2）併存的債務引受

債権者型契約では債権者と引受人の意思表示が成立要件となる。判例理論では原債務者の意思に反しても有効に成立する。そのため、原債務者の意思は契約成立には不要である。⁽⁶²⁾

債務者型契約では原債務者と引受人の意思表示が債務引受の成立要件となる。判例は債務者型契約による併存的債務引受を第三者のためにする契約と位置づけるものの（前掲・大判大正6年11月1日および大判昭和10年10月19日）、債権者の意思的関与の法的性質については必ずしも明らかにされているとはいえない。

2 併存的債務引受における債権者の意思的関与について

免責的債務引受では債権者の承諾が債務者型契約の効力発生要件となるのに対し（判例、通説）、併存的債務引受では第三者のためにする契約における債権者による受益の意思表示が問題となり、債権者の権利行使がそれに該当することが明らかにされている。そのため、債務者型の

(60) 椿・前掲注(12) 82頁参照。

(61) 椿・前掲注(12) 84頁参照。

(62) 椿・前掲注(12) 82頁参照。

併存的債務引受における債権者の意思的関与の要否およびその法的性質の解明が必要である。さらに、債権者のいかなる具体的行為が意思的関与として契約成立に影響を及ぼすかにつき明らかにする必要がある。

本研究は2018年度中京大学内外研究員制度の支援を受けたものである。また、JSPS科研費JP19K01409の助成を受けたものである。