

【論 説】

# 私法規律の構造 4

## —— 改正契約債権法の基本的規律構造 (13) ——

伊 藤 進

### 目 次

はじめに

第一 「契約自由の原則」ルールと「契約の内容」及び「契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念」ルールの関係

I 改正契約債権法の契約規律の基本原則ルール

II 中間試案における契約の解釈準則としての「契約の趣旨」ルール

III 中間試案における「契約の趣旨」ルールの多用と改正民法での「契約の内容」ルール及び「取引上の社会通念」ルールへの置き換え (以上、89 卷 4・5 号、89 卷 6 号、90 卷 1 号、90 卷 2・3 号)

IV 改正契約債権法規律における「取引上の社会通念」ルール及び「契約の内容」ルールの規律構造上の位置づけ (以上 90 卷 6 号)

第二 改正契約債権法における債権債務次元の規律構造

一 債権債務次元規律への「契約その他の債権発生原因及び取引上の社会通念」ルール導入の意義

二 債権総則次元規律の契約規律化 (以上、91 卷 2・3 合併号)

第三 改正契約債権法における多角当事者規律

一 序

二 代理規律と多角 (以上、92 卷 2・3 合併号)

三 保証規律と多角 (以上、92 卷 6 号)

四 多数当事者の債権及び債務規律と多角 (以上、93 卷 6 号)

五 債権・債務及び契約上の地位の移転規律と多角

1 序

2 債権の移転規律 (以上、94 卷 1 号、94 卷 2・3 合併号、95 卷 1 号)

3 債務の引受規律

## 五 債権・債務及び契約上の地位の移転規律と多角

### 3 債務の引受規律

#### (1) 債務引受の規律構造

「債務引受」については、改正民法は第三編第一章第五節債務の引受けで新設規律した。これは、第四節債権の譲渡において、形式的には「債権」自体の「譲渡」に係わる規律として規定されたのと同様に、「債務」自体の「引受」に係わる規律として規定されている。そして、第五節債務の引受けには、第一款で併存的債務引受と第二款で免責的債務引受とを包括して規律している。併存的債務引受が免責的債務引受よりも先に規定されているのも注目される。併存的債務引受規律、免責的債務引受規律共に、要件規律よりも効果規律が先行して規律されている。改正民法 470 条及び 472 条の柱書きが「要件及び効果」として一般的な論理順序に従っているのとは、異なる順序によっているのは何故かの疑問が残る。

(i) 債務引受の規律構造についての改正経緯 ①部会資料 38 では、本文第 1 パラグラフで「併存的債務引受と免責的債務引受について、それぞれの要件・効果を定める規定を設けるものとしてはどうか。」と新設規律を提案し、本文第 2 パラグラフで「両者の関係については、併存的債務引受を債務引受の原則的な形態とした上で、これに免除の意思表示が付加されたものを免責的債務引受として、規定を整理するものとしてはどうか。」と新設規律を提案している。部会資料 38 の補足説明では、本文第 1 パラグラフの新設規律について、「債務引受については、明文の規定がないものの、これが可能であることには判例・学説とも異論はなく、実務上も重要な機能を果たしていると指摘されている。」また、「債務引受には、債務者と引受人とが併存して債務を負う併存的債務引受と、債務者が免責され引受人のみが債務を負う免責的債務引受があることが認められている。この両者は要件・効果を異にするので、規定を設ける場合には、併存的債務引受と免責的債務引受のそれぞれについて、要件・効果を規定することが考えられる。」と説明している<sup>(1)</sup>。本文第 2 パラグラフの新設規律について、「併存的債務引受と免責的債務引受との関係について、従来は、免責的債務引受が債務引受の原則的な形態であり、併存的債務引受はその変形に当たるものとして捉える見解が有力に主張されてきた。これに対して、近時、併存的債務引受を債務引受の原則的な形態として、併存的債務

引受に免除の意思表示が付加されたものを免責的債務引受と捉える見解も有力に主張されている。」「このように、併存的債務引受を債務引受の原則的な形態として、これに免除の意思表示が付加されたものを免責的債務引受と捉えることによって、債務引受全体の構造をより分かりやすく理解することができる」と説明している<sup>(2)</sup>。そして、併存的債務引受と免責的債務引受の関係についていずれを原則的な形態と考えるかという問題は、当事者の意思が不明確な場合にいずれと解釈するかという問題と密接に関連するものであり、「債務引受をした当事者の意思が、併存的債務引受であるか免責的債務引受であるかが明らかでない場合には、併存的債務引受と解釈すべきであるという有力な見解」<sup>(3)</sup>、と適合することになる。なお、「免責的債務引受を併存的債務引受に免除の意思表示が付加されたものと捉える見解に対しては、債務の免除があったのであれば、免除の効果が引受人にも及ぶことになり（民法437条）、免責的債務引受をした趣旨に反するのではないかという指摘がされてきたが、この指摘については、別途規定（連帯債務における免除の絶対的効力規定の削除）を設けることによって対応することが提案されている」と説明している<sup>(4)</sup>。

②部会資料55及び58では、「取り上げなかった論点」として、部会資料38第1、1「債務引受に関する規定」の後段を挙げている。すなわち、債務引受の規律構造として、併存的債務引受と免責的債務引受の関係につき併存的債務引受を原則とし、併存的債務引受に「免除」がプラスされた場合を免責的債務引受とみる規律構造及び併存的債務引受であるか免責的債務引受であるかが明らかでない場合には併存的債務引受と解釈するとの規律構造の提案を、今後は取り上げないものとするとしている。

③中間試案の補足意見<sup>(5)</sup>では、「債務引受については、明文の規定がないものの、これが可能であることには判例・学説とも異論はなく、実務上も重要な機能を果たしていると指摘されている。また、債務引受には、債務者と引受人とが併存して債務を負う併存的債務引受と、債務者が免責され引受人のみが債務を負う免責的債務引受があることが認められている。この両者は要件・効果を異にするので、併存的債務引受と免責的債務引受のそれぞれについて、要件・効果を規定するものである。」と説明している。部会資料38での提案のような併存的債務引受と免責的債務引受との構造的関係については言及していない。

(ii) 債務引受の規律構造についての改正経緯における規律構造 債務引受の新設規律にあたって、その規律の基本的構造は、引受人による「債務」自体の負担として規律している。これは、債権譲渡では、改正前民法の規律構造を維持して「『債権』の譲渡」として規律したのと同様である。ただ、債権譲渡規律では、その改正経緯では、実質的には「債権移転取引」規律的観点からの議論がみられた。これに対して、債務引受の改正経緯では「債務移転取引」規律的観点に立っての部会資料での規律提案は殆どみられない。

併存的債務引受規律(第一款)と免責的債務引受規律(第二款)とを併存的に規律されているのは、両者は同種の規律として規律提案されたことによるものといえる。ただ、両者の関係について、部会資料 38 本文第 2 パラグラフでの「併存的債務引受を原則とし、併存的債務引受到『免除』がプラスされた場合を免責的債務引受とみる規律構造」と解するとの提案を、部会資料 55 及び 58 では「取り上げなかった論点」とした。このように部会資料 38 本文第 2 パラグラフを取り上げないことにしたのは、第 46 回会議で、部会資料 38 本文第 2 パラグラフの提案を支持する見解もみられたが<sup>(6)</sup>、弁護士の実感として免責的債務引受と併存的債務引受の実態は違うので、併存的債務引受プラス免責の構成には疑問<sup>(7)</sup>、併存的債務引受プラス免責の構成は複雑<sup>(8)</sup>、併存的債務引受プラス免責の構成には違和感<sup>(9)</sup>、免責的債務引受は併存的債務引受とは独立した一つの類型<sup>(10)</sup> など部会資料 38 本文第 2 パラグラフの提案に反対する見解が多く出されたこと、第 2 分科会第 4 回会議でも、連続して捉えられない別種<sup>(11)</sup>、部会提案の構成に違和感<sup>(12)</sup> などの見解が出されたことによるものと推察される。このことから、「第 5 節債務の引受け」として併存的債務引受と免責的債務引受を規律しているが、今後の解釈適用においては、両者は異なる類型として規律構成することが必要である。第一款併存的債務引受、第二款免責的債務引受として併存的債務引受が先行して規律されているが、改正前民法時において併存的債務引受を原則型とみて、当事者の意思が不明確でいずれか判断しないときは併存的債務引受と解する有力学説は維持されていないといえる。

併存的債務引受と免責的債務引受とは異なる類型であるとする、両者をそれぞれどのように規律構成するのが妥当かが問題となる。この点、改正民法では、効果について両者共に「引受人は債務者が債権者に対して負担している債務と同一の内

容の債務を負担」を共通項とし、併存的債務引受では「債務者と連帯して」負担する（改正民法470条1項）のに対して、免責的債務引受では「債務者は自己の債務を免れる」（改正民法472条1項）という違いを規律するだけである。これは、前述したように部会資料38本文第2パラグラフの提案に対して、免責的債務引受は併存的債務引受とは独立した類型であるとして反対した見解を考慮した規律とはいえない。もっとも、このような立場からは、それぞれをどのように規律するかについては提案されていない。ただ、中井委員が、免責的債務引受について、「債務者と引受人との間で債務を移転するという合意をし、債権者が承諾する構成が単純である」と提案している<sup>(13)</sup>のが注目される。これは、免責的債務引受を債務移転取引として規律するのと同趣旨の規律提案といえる。フランス民法典改正オルドナンス（2016年2月16日オルドナンス第131号）で契約の章のなかで「負債の譲渡」を債権債務を対象とする取引として規律<sup>(14)</sup>した。ユニドロワ国際商事契約原則第9.2.1条で「債務は・・移転する」として規律している<sup>(15)</sup>のと同様の規律構成といえる。実務的には免責的債務引受に類似する債務者の交替による更改、三面更改<sup>(16)</sup>や第三者弁済等の規律との関係を考慮しながら、免責的債務引受を債務移転取引として規律するのが適切といえる<sup>(17)</sup>。また、併存的債務引受についての規律提案はみられない。ただ、併存的債務引受については、部会資料38第1・2・(3)で「保証の規定を準用する旨の規定を設けるものとしてはどうか」と検討提案していたことから、これに類似する機能を持つ損害補償契約<sup>(18)</sup>や連帯債務規律をも考慮して、保証債務規律と同様に保証取引規律の一類型として規律構成するのが適切であったといえる。

債務引受の規律にあたって、改正民法470条、472条の柱書きは（要件及び効果）としながら、条文では1項で効果、2項以降で要件の順で規律している。部会資料38では要件、効果の順で規律提案されていたが、部会資料55以降は効果、要件の順で規律提案されている。改正民法は、部会資料55以降の規律構成を取り上げたものである。しかし、このような規律構成を採用したことについての説明は、部会資料にはみられない。第46回会議での免責的債務引受は併存的債務引受プラス免責の構成には違和感があり、併存的債務引受と免責的債務引受とは別個の類型として規律すべきであるとの意見を考量した結果、「効果」の違いを、まず規律することによって両者は別個のタイプの規律であることを示唆するものと解されない

だろうか。

注

- (1) 部会資料 38 1 頁。
- (2) 部会資料 38 2 頁。
- (3) 部会資料 38 2 頁。
- (4) 部会資料 38 2 頁。
- (5) 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 年・商事法務）267 頁。
- (6) 道垣内幹事、潮見幹事、内田委員（法制審議会民法（債権関係）部会第 46 回会議事録 18 頁、22 頁、26 頁）等。
- (7) 岡委員（法制審議会民法（債権関係）部会第 46 回会議事録 10 頁）。
- (8) 中井委員（法制審議会民法（債権関係）部会第 46 回会議事録 16 頁）。
- (9) 岡委員（法制審議会民法（債権関係）部会第 46 回会議事録 21 頁）。
- (10) 深山幹事（法制審議会民法（債権関係）部会第 46 回会議事録 25 頁）。
- (11) 三上委員（法制審議会民法（債権関係）部会第 2 分科会第 4 回会議事録 42 頁）。
- (12) 中井委員（法制審議会民法（債権関係）部会第 2 分科会第 4 回会議事録 43 頁）。
- (13) 中井委員（法制審議会民法（債権関係）部会第 46 回会議事録 16 頁）。
- (14) 拙稿・私法規律の構造 4—改正契約債権法の基本的規律構造<sup>10</sup> 94 頁注 2 参照。
- (15) 部会資料 38 33 頁。
- (16) 中井委員は、「三面更改も一つの仕組み」と指摘されている（法制審議会民法（債権関係）部会第 2 分科会第 4 回会議事録 43 頁）。
- (17) ただ、道垣内幹事は、債務「移転」という規律構造は「かなり難しい」（法制審議会民法（債権関係）部会第 2 分科会第 4 回会議事録 43 頁）と指摘しているが、何が難しいのかは言及していない。
- (18) 損害担保契約の保証類似性については、三上委員が、併存的債務に保証債務を準用する旨の規定を置くか否かの議論に際し、損害補償契約によって脱法することができるので類推規定を置くのは中途半端と指摘している（法制審議会民法（債権関係）部会第 46 回会議事録 13 頁、14 頁）。

(2) 併存的債務引受

(イ) 併存的債務引受の引受人の負担規律

改正民法 470 条 1 項は、併存的債務引受の効果として、引受人は債務者と連帯して、債務者の債務と同一の内容の債務を負担すると規律している。引受人が後発的に連帯債務者になるという意味だろうか。

(i) 併存的債務引受の引受人の負担規律の改正経緯 ①部会資料 38 では「第 1 2 (2)ア 引受人は、併存的債務引受の合意がされた時点で債務者が負担していた債務と同一内容の債務を、債務者と連帯して負うものとする旨の規定を設けるという

考え方があり得るが、どのように考えるか。」と検討提案している。部会資料38の補足説明<sup>(1)</sup>では、「併存的債務引受の効果として、引受人が、債務者が負担していた債務と同一内容の債務を負担することについては、異論はないと思われる。」他方、「併存的債務引受によって引受人が負担する債務と債務者が従前から負担している債務との関係・・・については、議論があるため、具体的な規定の在り方が問題となる。」「併存的債務引受によって引受人が負担する債務と債務者が従前から負担している債務との関係について、判例<sup>(2)</sup>は、連帯債務になると判断している。」しかし、「学説上は、併存的債務引受により債務者と引受人が負担する債務が連帯債務になるとすると、絶対的効力事由が広く認められることになり、債務を負う者の数が増加することについての債権者の期待に反する結果になるとして、原則として不真正連帯債務になるという見解が有力に主張されている。」「不真正連帯債務は、弁済のように債権を満足させる事由以外については、相対的効力しか認められず、民法434条から439条までの規定が適用されない点で、連帯債務と異なると言われている。併存的債務引受は、通常、債務が確実に履行されることを期待して行われることからすると、このような学説の問題意識を踏まえて、規定を設けることが望ましいと思われる。」ところで、「今般の見直しに当たって、連帯債務については、絶対的効力事由を限定する方向で見直すことが提案されている。また、これと関連する論点であるが、連帯保証についても、連帯保証人に対する履行の請求を絶対的効力事由とするかどうか議論されている。そこで、本文アでは、上記学説の問題意識を踏まえ、連帯債務の絶対的効力事由が現在よりも限定されることを前提として、併存的債務引受によって引受人が負担する債務と債務者が従前から負担している債務との関係について、連帯債務とすることを提案している。」

なお、「引受人が負担する債務の内容は、合意の時点で債務者が債権者に対して負う債務と同一内容のものとなる。引受人が負担する債務と債務者が負担する債務が別個独立のものであるから、引受後に一方の債務内容が変更されても、原則として、他方に影響を及ぼさないのは当然である。本文アでは、このことを明らかにする規定を設けることを併せて提案している。」と説明している。

②部会資料55では「第5 1(1)併存的債務引受の引受人は、債務者と連帯して、債務者が債権者に対して負担する債務と同一の債務を負担するものとする。」としている。部会資料38第1 2 (2)アでは、「同一の債務」—「連帯」と規律提案し

ていたのを「連帯」—「同一の債務」と変更しているが、同旨の規律提案といえる。部会資料 55 の概要<sup>(3)</sup>では、「効果については引受人が、債務者と連帯して債務を負担するものとしている（本文(1)）。判例<sup>(4)</sup>は特段の事情のない限り連帯債務になるとしているが、連帯債務者の一人に生じた事由については原則として相対的効力事由とする方向での改正が検討されており、原則と例外が入れ替わることとなる。」と説明するのみである。なお、併存的債務引受の規律構成として、部会資料 38 では(1)要件、(2)効果の順で提案されていたが、部会資料 55 以降では(1)併存的債務引受の効果規律、(2)(3)成立要件規律、(4)引受人の抗弁規律の順で提案されている。改正民法では、この規律構成を取り上げたものといえる。ただ、(1)併存的債務引受の効果規律が(2)(3)成立要件規律より先に規律されたことについては部会資料では説明されていない。

③部会資料 58 では「第 20 1(1) 併存的債務引受の引受人は、債務者と連帯して、債務者が債権者に対して負担する債務と同一の債務を負担するものとする。」と提案している。この規律構造は部会資料 55 第 5 1(1)と同様である。部会資料 58 の概要<sup>(5)</sup>では「他方、その効果については引受人が、債務者と連帯して債務を負担するものとしている（本文(1)）。判例<sup>(6)</sup>は特段の事情のない限り連帯債務になるとしているが、連帯債務者の一人に生じた事由については原則として相対的効力事由とする方向での改正が検討されており、原則と例外が入れ替わることとなる。」と説明している。

④中間試案では「第 20 1(1) 併存的債務引受の引受人は、債務者と連帯して、債務者が債権者に対して負担する債務と同一の債務を負担するものとする。」と規律提案している。中間試案の補足説明<sup>(7)</sup>では「本文(1)は、引受人が負担する債務と債務者が負担する債務との関係が、連帯債務になるとしている。判例<sup>(8)</sup>は両者の関係について、特段の事情のない限り連帯債務になるとしている。しかし、学説上は、併存的債務引受により債務者と引受人が負担する債務が連帯債務になるとすると、絶対的効力事由が広く認められることになり、債務を負う者の数が増加することについての債権者の期待に反する結果になるとして、原則として不真正連帯債務になるという見解が有力に主張されている。不真正連帯債務は、弁済のように債権を満足させる事由以外については、相対的効力しか認められず、民法 434 条から 439 条までの規定が適用されない点で、連帯債務と異なると言われているこ



とに基づく問題意識である。もっとも、この点について、この中間試案では、連帯債務者の一人に生じた事由については原則として相対的効力事由とする方向での改正が検討されており、かつ、連帯債務とは異なるカテゴリーとしての不真正連帯債務に関する規定を設けないこととされている。本文(1)は、上記学説の問題意識を踏まえ、連帯債務の絶対的効力事由が現在よりも限定されることを前提として、併存的債務引受によって引受人が負担する債務と債務者が従前から負担している債務との関係を、連帯債務とするものであり、判例の考え方を採用するものではないことに留意する必要がある。」と説明されている。

(ii) 併存的債務引受の引受人の負担規律の改正経緯における規律構造 併存的債務引受の引受人は、債務者と連帯して、債務者の債務と同一内容の債務を負担すると規律している。この併存的債務引受人の負担規律については、改正経緯での異論はみられない。ただ、部会資料38では、「同一内容の債務」を「連帯」して負担すると提案していたのを、部会資料55以降では「連帯」して「同一内容の債務」を負担するとしている。規律構造としては、引受人は債務者の負担するX債務と「同一内容」のY債務を負担し、X債務とY債務が連帯するという意味なのか、或いは引受人は債務者の負担するX債務を負担し、債務者の負担するX債務と引受人の負担するX債務が連帯するという意味なのか明らかでない。併存的債務引受の保証的要素に注目するときは前者と解するのが妥当である。また、債務者の負担する債務と引受人の負担する債務の関係についての規律経緯をみると、民法改正前の学説では「不真正連帯債務」或いは「不可分債務」と解する見解が有力に提案されていたが、部会資料38以降は最判昭和41年判例<sup>(9)</sup>を引き合いに出して「連帯債務」と規律することを提案していた。ただ、中間試案では「最判昭和41年判例の考え方を採用するものではないことに留意する必要がある」と説明している。最判昭和41年判例に基づく立法化でないことを意味するものといえる。民法改正前に、多数の学説が「連帯債務」と解することに反対してきたのは、債務者の一人に生じた事由の「絶対的効力」の生ずる範囲が多く妥当でないことに対しても、改正民法では「不真正連帯債務」の立法化を見送ると共に、連帯債務の絶対的効力事由を大幅に縮小したことから、実質的には多数学説に対応した改正であることを強調するものと思われる。それとも、改正民法470条1項が「引受人は、債務者と連帯して」と規律していることから、併存的債務引受取引によって生ずる効

力の問題は、「連帯債務」となるか否かの「債権・債務」レベルの関係の問題ではなく、「契約」レベルの主体間の「連帯」の問題であるとの判断に基づくと解すべきであろうか。また、債務者の債務と引受人の債務の関係を「連帯」と規律するに当たって、債務者と引受人との「内部関係＝原因関係」との関係については、部会資料<sup>(10)</sup>では言及されていない。このことから、併存的債務引受の引受人の負担規律の解釈において、「内部関係＝原因関係」の如何にかかわらず「連帯債務」規律に基づくということになるのかどうかの疑問が残る。さらには、併存的債務引受は保証に類似する機能があることから、「内部関係＝原因関係」を考慮すると「保証債務」規律に基づくのが妥当と考えられる場合でも、「連帯債務」規律によらなければならないのかどうかである。例えば、債務者の債務が時効消滅する場合に、保証規律では引受人の債務も消滅するが、連帯債務規律では相対的効力事由とされていることから引受人の債務は消滅しないことになる。求償関係についても、保証規律では委託を受けた場合と委託を受けていない場合とで異なることになるが、連帯債務規律による場合は差異がないことになるなどを考慮することなく、「連帯債務」規律に基づくことになるのかどうかなどの疑問が残る。さらには、併存的債務引受では、「債務者の債務」が先行し、その後に引受人が同一の内容の債務を負担することから「債務者の債務」と「引受人の債務」とが付従的ではないが類する関係にあると解する余地がある。このようなことからすると、併存的債務引受を「連帯保証債務」に類するものと解し得る余地がある。特に、併存的債務引受の保証的機能にも注目すると、「連帯債務」規律ではなく引受人の負担する債務は債務者の負担する債務に付従するものではないが「連帯保証債務」規律が適用されると解するのが適切である。

## 注

- (1) 部会資料 38 5 頁。
- (2) 最判昭和 41 年 12 月 20 日民集 20 巻 10 号 2139 頁。伊藤進監修・長坂純＝川地宏行編・改正民法〔債権法〕における判例理論の射程（2020 年・第一法規）421 頁以下（遠藤研一郎）参照。
- (3) 部会資料 55 29 頁。
- (4) 前掲最判昭和 41 年 12 月 20 日。
- (5) 部会資料 58 101 頁。
- (6) 前掲最判昭和 41 年 12 月 20 日。
- (7) 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 年・商事法務）

267 頁。

- (8) 前掲最判昭和 41 年 12 月 20 日。
- (9) 前掲最判昭和 41 年 12 月 20 日。
- (10) 法制審議会民法（債権関係）部会第 46 回会議では、高須幹事が「原因行為を認識した上での債務引受制度の在り方を考えるべきである」と発言し、山野日幹事も、このことを強調している（第 46 回会議議事録 10 頁）。

（ロ）併存的債務引受の成立要件

併存的債務引受の成立要件の規律に当っては、債務者・引受人・債権者の多角関係に注目することが必要である。まず、債務者・引受人・債権者の三者の合意により成立することには異論はない。債務者・引受人の合意、あるいは債権者・引受人の合意の二者間の合意により併存的債務引受の成立を認められるかどうか、認められる場合の要件が問題になる。改正民法 470 条の 2 項から 4 項は、このような二者間での合意により併存的債務引受の成立が認められる場合の要件を規律している。①改正民法 470 条 2 項は併存的債務引受は債権者と引受人間の契約によるのを原則としている。この場合は、債務者の同意や承諾などを要しない。②同条 3 項は債務者と引受人間の契約によることもできるが、債権者の承諾の時に効力が生ずるとし、同条 4 項で、この場合は第三者のためにする契約規律に従うとしている。

（い）併存的債務引受の成立要件規律の改正経緯 ①部会資料 38 では「第 1 2(1) ア 併存的債務引受は、①債務者と引受人との合意や、②債権者と引受人との合意によって、することができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。イ ①債務者と引受人との合意によって併存的債務引受をする場合の要件として、債権者の承諾を要するか否かについては、第三者のためにする契約（民法 537 条）の要件に従うものとしてはどうか。また、②債権者と引受人との合意によって併存的債務引受をする場合の要件については、債務者の意思に反しないことを不要とするものとしてはどうか。」と検討提案している。部会資料 38 の補足説明<sup>(1)</sup> では、併存的債務引受は、「債権者、債務者及び引受人の合意がある場合」だけでなく、「①債務者と引受人との合意、」又は「②債権者と引受人との合意」の「いずれかによっても成立し得ることについて、特に異論は見られない。」として、併存的債務引受の要件として 3 類型があるとしている。そのなかで、「本文アでは、上記①又は②によって併存的債務引受をすることができる旨の規定を設けることを提案している。」「①債

務者と引受人との合意によって成立する併存的債務引受は、第三者のためにする契約（民法 537 条）であると考えられている。このため、債務者と引受人との合意がある場合に、現行法の下で債権者の引受人に対する権利が発生するためには、債権者の受益の意思表示が必要であるとされている（民法 537 条。）「しかし、第三者のためにする契約のうち、受益者に諾約者に対する債権を取得させるもの（債権取得型）については、第三者の受益の意思表示を不要とする考え方が提案されている。仮にこのような考え方が採用された場合に、債務者と引受人との合意により成立する併存的債務引受についてのみ規律を異にする理由は、特に見当たらない。」そこで、「本文イは、債務者と引受人との合意によって成立する併存的債務引受が、第三者のためにする契約に当たり、その要件に従うことを明確にした上で、債権者の受益の意思表示の要否については、第三者のためにする契約に関する検討結果に委ねることを提案している。」「②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については、債務者の意思に反する場合でも認められるかという点が問題となる。この点について、判例<sup>(2)</sup>は、債務者の意思に反する保証が認められるところ、併存的債務引受は、債権の履行を確保するという点において、保証と同様の機能を有することから、債務者の意思に反する併存的債務引受も認められるとしている。そこで、本文イでは、債務者の意思に反する場合であっても、債権者と引受人との合意によって併存的債務引受をすることが可能である旨の規定を設けることを提案している。」と説明している。

②部会資料 55 では「第 5 1(2) 併存的債務引受は、引受人が上記(1)の債務を負担する旨を債権者に対して約することによってするものとする。(3) 上記(2)のほか、併存的債務引受は、引受人が上記(1)の債務を負担する旨を債務者に対して約することによってすることもできるものとする。この場合において、債権者の権利は、債権者が引受人に対して承諾の意思を表示した時に発生するものとする。」と規律提案している。部会資料 55 の概要<sup>(3)</sup>では、「その成立要件としては、債権者、債務者及び引受人の三者間の合意は必要ではなく、債権者と引受人との合意（本文(2)）か、債務者と引受人との合意（本文(3)）のいずれかがあればよいという一般的な理解を明文化している。」と説明している。

③部会資料 58 では「第 20 1(2) 併存的債務引受は、引受人と債権者との間で、引受人が上記(1)の債務を負担する旨を合意することによってするものとする。(3)

上記(2)のほか、併存的債務引受は、引受人と債務者との間で、引受人が上記(1)の債務を負担する旨を合意することによってすることもできるものとする。この場合において、債権者の権利は、債権者が引受人に対して承諾をした時に発生するものとする。部会資料58の概要<sup>(4)</sup>では「その成立要件としては、債権者、債務者及び引受人の三者間の合意は必要ではなく、債権者と引受人との合意（本文(2)）か、債務者と引受人との合意（本文(3)）のいずれかがあればよいという一般的な理解を明文化している。」として部会資料55の概要と同様の説明をしている。

④中間試案では「第20(2) 併存的債務引受は、引受人と債権者との間で、引受人が上記(1)の債務を負担する旨を合意することによってするものとする。(3) 上記(2)のほか、併存的債務引受は、引受人と債務者との間で、引受人が上記(1)の債務を負担する旨を合意することによってすることもできるものとする。この場合において、債権者の権利は、債権者が引受人に対して承諾をした時に発生するものとする。」と規律提案している。中間試案の補足説明<sup>(5)</sup>では「本文(2)は、債権者と引受人との合意によって併存的債務引受が成立することを認めるものであるが、これについては、債務者の意思に反する場合でも認められるかという点が問題となる。この点について、判例<sup>(6)</sup>は、債務者の意思に反する保証が認められるところ、併存的債務引受は、債権の履行を確保するという点において、保証と同様の機能を有することから、債務者の意思に反する併存的債務引受も認められるとしており、本文(2)は、これを踏襲するものである。」と説明している。

⑤部会資料84—1では「第21 1イ併存的債務引受は、債権者と引受人となる者との契約によってすることができる。ウ併存的債務引受は、債務者と引受人となる者との契約によってもすることができる。この場合において、併存的債務引受は、債権者が引受人となる者に対して承諾をした時に、その効力を生ずる。」と、要綱案の原案として提案している<sup>(7)</sup>。

(ii) 併存的債務引受の成立要件規律の改正経緯における規律構造 併存的債務引受の成立要件規律の改正経緯では、債務者・債権者・引受人の三者の合意による場合以外に、債務者・引受人或いは債権者・引受人の二者間合意に基づいて成立する場合のあることを前提として、その要件を検討している。まず、その規律構成についてみると、部会資料38は、債務者と引受人の二者間合意に基づく場合につき規律（第1 2(1)イ②）し、その後に債権者・引受人の二者間合意に基づいて成立

する場合を規律（第 1 2(1)イ②）している。これに対して部会資料 55 以降は債権者・引受人の二者間合意に基づいて成立する場合の規律の後に、債務者と引受人の二者間合意に基づく場合の規律が提案されている。そして、改正民法 470 条では債権者・引受人の二者間契約に基づく場合を原則（2 項）とし、債務者と引受人の二者間契約「によっても」できると規律している。何故、このような規律構成を採用したかである。併存的債務引受に關係する債務者・債権者・引受人のうち、引受人が債務者の債務と同一の債務を連帯して負担することについて最も利害關係にあるのは債務者より債権者であるとの法的判断に基づき、債権者と引受人間の合意（契約）が行なわれれば債務者の関与を必要とすることなく成立するのを原則とするのが適正規律であるとの考えによるものといえる。そして、例外的に、債務者と引受人との合意（契約）によることを認める場合も、最も利害關係のある債権者の引受人に対する承諾の時に効力が生ずると規律するのが適正規律であると考えたものといえる。これは、併存的債務引受に關係する債務者・債権者・引受人を債務者・引受人或いは債権者・引受人の二当事者關係規律の組合せの観点に立つのではなく、債務者・債権者・引受人を多角当事者關係として捉えて、適正規律を判断する規律構成に依拠したものといえる。そして、債権者と引受人間の契約にもとづく成立要件については、部会資料 38 第 1 2(1)イ②以降、債務者の同意・承諾或いは債務者への通知又は債務者の意思に反するか否かなど債務者の関与を必要としないと規律している。併存的債務引受は取引機能的には保証取引に近似し、保証では判例<sup>(8)</sup>は債権者と保証人の契約により債務者の意思に反する場合でも認められると判示していることを理由としている。しかし、保証規律と併存的債務引受規律とは取引機能的には近似する規律であっても、その規律構造の差異に留意すべきである。保証規律では債権者と保証人との合意により保証人が独自の保証債務を負担することによって主債務者の債務を担保する人的担保であるのに対して、併存的債務引受規律は引受人が債務者の債務と同一の債務を負担することによる人的担保であることからすると、債務者の関与、少なくとも債務者への通知を要件とすべきではなかったかと思われる。とくに、民法改正後の解釈として、引受人の債務者に対する求償の範囲について、債務者が全く関与していない場合、連帯債務者間の求償規律によるのか、委託を受けない保証人の債務者に対する求償規律によるのかの問題が残るように思われる。

債務者と引受人間の契約による場合の成立については、債権者の承諾を要件としている。この場合は、引受人が第三者（債権者）のためにする契約をしたものと解し、第三者のためにする契約規律に従い、第三者（債権者）の受益の意思表示により効力が生ずると規律構成するものようである。そうだとすると、第三者のためにする契約のうち、受益者に諾約者に対する債権を取得させるもの（債権取得型）については、第三者の受益の意思表示を不要とする考え方が提案<sup>(9)</sup>されていたことを考慮すると、債務者と引受人間で債権者の承諾を不要とする旨を合意することによって債権者の受益の意思表示（承諾）なくして成立すると解釈する余地があるのではないかと思われる。

また、併存的債務引受は、取引機能としては保証取引に近似する場合が多いと考えられる。部会資料でも、保証規律を参考にしたたり、類推規定を設けるべきか否かについての提案も行なわれている。そして、成立要件の規律構成において、債権者と引受人間の合意（契約）による成立を原則としているのは、保証取引では主債務者の同意がなくても債権者と保証人との保証契約により成立するとしているのと軌を一にしている。この意味では、債権者と引受人間の合意（契約）によるときは、併存的債務引受が保証契約かの契約解釈が重要となる。ただ、併存的債務引受では例外的に債務者と引受人の合意（契約）により成立するとしている点が保証の成立要件規律とは異なる。

#### 注

- (1) 部会資料38 3頁、4頁。
- (2) 大判大正15年3月25日民集5巻219頁。
- (3) 部会資料55 29頁。
- (4) 部会資料58 101頁。
- (5) 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年・商事法務）267頁、268頁。
- (6) 大判大正15年3月25日民集5巻219頁。
- (7) 部会資料84—1 36頁。
- (8) 前掲大判大正15年3月25日。
- (9) 部会資料42では「1 受益の意思の表示を不要とする類型の創設等(1) 第三者のためにする契約における受益者の権利の発生の要件については、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。[甲案] 受益者が負担なしに権利を取得する場合には、受益者の権利の発生のために受益の意思の表示を必要としない旨の規定を設けるものとする。」と検討提案している。これに対して、部会資料42の説明では「これに対し、第19回会議における意見やパブリック・コメントの手续に寄せられた意見には、受益者の権利の発生

のために受益の意思表示を必要としないものとする、反社会的勢力が関係する債権等を押し付けられることになったり、権利の取得時期が不明確となって時効管理や会計処理等に支障が生ずることになったりしかねないとして、受益者が負担なしに権利を取得する場合であっても受益の意思表示を必要とするべきであるとするものもあった。」と説明している(部会資料 42 5 頁)。

#### (ハ) 併存的債務引受における引受人の抗弁規律

改正民法 471 条 1 項は、引受人は、その効力が生じた時に債務者が主張することができた抗弁をもって債権者に対抗できると規律している。ただ、債務者の債権者に対する相殺の抗弁については、規律していない。

(イ) 併存的債務引受における引受人の抗弁規律の改正経緯 ①部会資料 38 では「第 1 2 (2)イ第 1 パラグラフ前半で、「引受人は、債務引受の効果が発生した時点で、その引き受けた債権について債務者が有していた抗弁を債権者に対抗することができる・・旨の規定を設けるものとしてはどうか。」と規律提案している。第 1 2(2)イ第 2 パラグラフでは「債務者が債権者に対して有する反対債権をもって、引受人が相殺を主張することの可否については、民法 436 条 2 項の見直しの結果を踏まえて検討するものとしてはどうか。」と検討提案している。部会資料 38 の補足説明<sup>(1)</sup>では、「引受人は、債務者が負担している債務と同一内容の債務を負担することになるため、併存的債務引受の効果として、債務者が引受けの時点で有する抗弁事由を引受人は主張することができると考えられている。」と説明している。相殺権については<sup>(2)</sup>「併存的債務引受の効果として、債務者が債権者に対して有する反対債権をもって、引受人が相殺を主張することができないという点を挙げる立法提案がある(参考資料 1 [検討委員会試案]・225 頁)が、これに対して、この点を併存的債務引受の効果として明示しない立法提案も存在する(参考資料 2 [研究会試案]・169 頁)。この点については、仮に併存的債務引受によって引受人が負担する債務と債務者が従前から負担している債務との関係を連帯債務と考えるのであれば、民法 436 条 2 項及びその見直しの検討結果との関係に留意する必要があると思われる。すなわち、同項を削除するのであれば、引受人による相殺の主張もまた認めるべきではないので、その点を確認するための規定を設けることが検討課題となる。他方、同項を基本的に維持するのであれば、併存的債務引受が成立する場合にも引受人による相殺の主張を認めることは妨げられないと思われる。以



上のように、相殺の抗弁の主張の可否については、民法436条2項（注・相殺できるから債務の履行を拒むに改正）の検討結果との整合性に留意して検討すべきであると考えられるため、本文イ第2パラグラフでは、その検討結果を踏まえて見直すことを提案している。」と説明している。

②部会資料55では「第5 1(4)引受人は、併存的債務引受による自己の債務について、その負担をした時に債務者が有する抗弁（相殺の抗弁を除く。）をもって、債権者に対抗することができるものとする。」として、部会資料38第1 2 (2)イ第1パラグラフ前半と同旨の提案をしている。部会資料55の概要<sup>(3)</sup>では「併存的債務引受がされた場合に、引受人は、債務を負担した時に債務者が有する抗弁をもって債権者に対抗することができるとする一般的な理解を明文化するものである。」「債務者の有する相殺の抗弁については、引受人が他人の債権を処分することはできないため、これを除外している。」と説明している。

③部会資料58では「第20 1(4)引受人は、併存的債務引受による自己の債務について、その負担をした時に債務者が有する抗弁をもって、債権者に対抗することができるものとする。」と提案している。部会資料38及び55のように「相殺の抗弁」についてはふれていない。部会資料58の概要<sup>(4)</sup>では「併存的債務引受がされた場合に、引受人は、債務を負担した時に債務者が有する抗弁をもって債権者に対抗することができるとする一般的な理解を明文化するものである。」と説明している。なお、相殺の抗弁については提案されていなかったが、「引受人は他人の債権を処分することはできないため、債務者の有する相殺権を行使することはできず、連帯債務の規律に従うことになる。」と説明している。

④中間試案では「第20(4)引受人は、併存的債務引受による自己の債務について、その負担をした時に債務者が有する抗弁をもって、債権者に対抗することができるものとする。」と規律提案されている。中間試案の補足説明<sup>(5)</sup>では「引受人は、債務者が負担している債務と同一内容の債務を負担することになるため、併存的債務引受の効果として、債務者が引受けの時点で有する抗弁事由を引受人は主張することができると考えられている。」「本文(4)は、このうち前者（注・抗弁事由）についての規定を設けるものであり、後者（注・解除権や取消権）については規定を設けなくても当然のことであるという理解に基づき、規定を設けないこととしている。」「引受人は他人の債権を処分することはできないため、債務者の有する相殺権を行

使することはできず、債務者の負担する債務と引受人の負担する債務との関係を連帯債務とすることに伴い、連帯債務の規律に従うことになる。」と説明している。

⑤部会資料 83—2 では「第 21 ア 引受人は、併存的債務引受により負担する自己の債務について、その効力が生じた時に債務者が主張することができる抗弁をもって債権者に対抗することができる。」と規律提案をしている。部会資料 83—2 の説明<sup>(6)</sup>では、相殺の抗弁について「従前の案のウの規定を設けることについては、民法 436 条 2 項と規定が重複しているという問題があった。そこで、この要綱仮案(案)では、これを削除することとしたが、実質的な規律内容を変更する趣旨ではない。」と説明している。

⑥部会資料 88—2 では「1(2)ア 引受人は、併存的債務引受により負担した自己の債務について、その効力が生じた時に債務者が主張することができた抗弁をもって債権者に対抗することができる。」と規律提案している。

(ii) 併存的債務引受における引受人の抗弁規律の改正経緯における規律構造 併存的債務引受における引受人の抗弁規律については、引受人の債務負担を債務者の債務と「連帯」関係を連帯債務とみる立場に立つときは連帯債務者の一人に生じた事由を絶対効とみるか、相対効とみるかの規律と関係づけて、或いは連帯保証とみる立場に立つときは主債務者に生じた事由を保証人が主張できるか否かの規律と関係づけて検討する必要がある。そこで、前者の立場に立つときは、更改、相殺、混同以外は相対的効力として規律(改正民法 441 条)している。そこで、免責的債務引受において、引受人は債務者が主張することができた抗弁を債権者に対抗できるとして特則を設けた根拠が問題になる。改正経緯では、併存的債務引受の引受人は、債務者の債務と「同一内容の債務」を負担するからだと説明している。しかし、連帯債務でも連帯債務者は相互に「同一内容の債務」を負担しているのから、相対的効力を原則としていることから、適切な根拠づけといえるか疑問である。後者の立場に立つときは、保証人は主たる債務者が主張できる抗弁を主張できると規律(改正民法 457 条 2 項)していることから、併存的債務引受の引受人については注意的に規律したものと解される。なお、改正経緯においては「同一内容の債務」を負担することを根拠としているが、この根拠づけは、債務者の「債務」自体に係わる債権者に対する抗弁を「同一内容の債務」を負担する引受人にも認められるとするものであると解すると連帯保証的な考えに近似するものと解される。併存的債務引受に

おける引受人が債務者が債権者に対して有する相殺の抗弁を主張できるかについては、部会資料58では、引受人は他人の債権を処分することはできないため、債務者の有する相殺権を行使することはできないとしている<sup>(7)</sup>。その後の改正経緯では、併存的債務引受の規律の中には、相殺の抗弁規律を設けないと提案し、引受人は債務者と連帯していることから連帯債務規律に委ねると提案されている。その結果、改正民法では、連帯債務者の一人による相殺規律によることになり、相殺権が行使された場合は、債権は、全ての連帯債務者の利益のために消滅することになる（同法439条1項）。相殺を援用しない間は、改正前民法では「負担部分について・・・相殺を援用できる」と規律していたが、改正民法では債権者に対して債務の履行を拒むことができる（同法439条2項）と改正している。しかし、改正経緯では連帯債務規律によることについては異論はなかったものの、相殺の抗弁が併存的債務引受規律のなかに規律されなかったことから、併存的債務引受の経済的機能としては保証に類似する人的担保としての要素をもっていることから、保証債務規律によることも許容される余地がある。この場合は、改正前民法457条2項が「相殺をもって債権者に対抗できる」と規律していたのを、改正民法457条3項で「債権者に対して債務の履行を拒むことができる」と改正した規律によることになる。しかし、いずれにしても、引受人は債務者との関係規律では他人の権利を処分することになるので債務者が債権者に対して有する相殺の抗弁を行使できないが、債権者との関係規律では債務の履行を拒むことができるとの規律構造によっていることが注目される。

#### 注

- (1) 部会資料38 5頁。
- (2) 部会資料38 6頁。
- (3) 部会資料55 29頁。
- (4) 部会資料58 101頁。
- (5) 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年・商事法務）267頁。
- (6) 部会資料83—2 26頁。
- (7) 部会資料58 101頁。

#### （二）併存的債務引受における引受人の取消権又は解除権規律

改正民法471条2項は、引受人は債務者が取消権又は解除権の行使によって債

務を免れるべき限度において、債務の履行を拒むことができると規律している。

(i) 併存的債務引受における引受人の取消権又は解除権の改正経緯 ①部会資料 38 では、第 1 2(2)イ第 1 パラグラフで、「・ ・当該債権の発生原因となった契約の当事者であることに基づく解除権、取消権その他の権利を行使することはできない旨の規定を設けるものとしてはどうか。」と規律提案している。部会資料 38 の補足説明<sup>(1)</sup> では、取消権又は解除権については「契約当事者としての地位にある者が行使できる権利については、引受人は行使することができないと考えられている。判例<sup>(2)</sup> も、契約上の地位の譲渡の事案においてであるが、その趣旨を述べている。そこで、本文イ第 1 パラグラフでは、この点についての規定を設けることを提案している。

②中間試案の補足説明<sup>(3)</sup> では「解除権や取消権のように、契約当事者としての地位にある者が行使できる権利については、引受人は行使することができないと考えられている。判例<sup>(4)</sup> も、契約上の地位の譲渡の事案においてであるが、その趣旨を述べている」と説明している。

③部会資料 88—2 では「第 21 イ 債務者が債権者に対して取消権又は解除権を有するときは、引受人は、これらの権利の行使によって債務者がその債務の履行を免れる限度で、債権者に対して債務の履行を拒むことができる。」と規律提案している。

(ii) 併存的債務引受の引受人の取消権又は解除権規律の改正経緯における規律構造 引受人は、その負担する債務の発生原因を取消又は解除できるかは問題である。債務者の債権者に対して有する、これらの取消権又は解除権の行使が認められると、その負担する債務が遡及的に消滅し、引受人は債務の負担を免れることができる。部会資料 38 では、第 1 2(2)イ第 1 パラグラフで、「解除権、取消権その他の権利を行使することはできない旨の規定を設けるものとしてはどうか。」と提案していた。その理由としては、部会資料 38 や中間試案では、引受人は債務者の債務と同一の債務を負担するもので、契約当事者としての地位にある者が行使できる取消権、解除権は行使できないとするものであった<sup>(5)</sup>。判例<sup>(6)</sup> も、同趣旨を述べているとしている。規律構造的には、従来、債権・債務の発生原因である契約レベルの規律と、その契約の内容(目的)を実現するための機構である債権・債務レベルの規律を区別してきた観点に立ってみると適切な指摘といえる。しかし、引受人が、このような契約

レベルの取消権、解除権を行使できるかどうかの問題は、債権・債務レベルで相殺の抗弁を主張できるかどうかの問題とは、引受人が債務の負担を免れることができるかどうかの点では、実質的に異なるものではないといえる。そのため、相殺の抗弁については、前述のように連帯債務規律によるにせよ、保証債務規律を類推適用するにせよ「引受人は履行を拒むことができる」と規律したのと同様に、改正民法471条2項も「引受人は履行を拒むことができる」と規律したものと推察される。ただ、相殺の抗弁は債権・債務レベルの規律内において「履行の拒絶」の規律を設けたのに対して、取消権、解除権の可否は契約レベルの規律の問題であるのを「履行の拒絶」という債権・債務レベルの規律に落とし込んで規律しているのは注目される。このような規律構造は、保証債務規律における保証人の取消権、解除権の行使を否定する代わりに「履行の拒絶」として規律した（改正民法457条3項）ことにもみられる。このような規律構造の導入は、改正契約債権法では、債権・債務レベルの規律について「契約及び債権発生原因又は社会的妥当性に照らして」判断するルールが導入された（改正民法400条、412条の2など）ことと関連すると考えてよいのだろうか。

注

- (1) 部会資料38 5頁。
- (2) 大判大正14年12月15日民集4巻710頁。
- (3) 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年・商事法務）267頁。
- (4) 前掲大判大正14年12月15日。
- (5) 部会資料38 5頁。
- (6) 前掲大判大正14年12月15日。

（ホ）併存的債務引受における引受人の求償権規律

改正民法には、併存的債務引受における引受人の求償権規律は設けられていない。

（i）併存的債務引受における引受人の求償権規律の改正経緯 ①部会資料38では、「第1 2(2)ウ 併存的債務引受の引受人の求償権に関する規定については、設けないものとしてはどうか。」と提案している。部会資料38の補足説明<sup>(1)</sup>では、「第7回会議においては、併存的債務引受の債務者が債務を履行した場合における求償権の有無についての規定を設けることを検討すべきであるという意見があっ

た。しかし、仮に併存的債務引受によって引受人が負担する債務と債務者が従前から負担している債務との関係を連帯債務と考えるのであれば、連帯債務に関する求償権の規定（民法 442 条から 444 条まで）が適用されると考えられ、規律は明確である。また、立法論として、この点に関する特別の規定を設けるべきであるとの考え方は特に見当たらない。なお、この点について、保証に関する求償権の規定（同法 459 条から 465 条まで）との整合性を図る必要があるとの意見があるが、多様な類型があり得る併存的債務引受の全てについて保証の規定との整合性を図ることは適切ではなく、「保証の規定が準用されるべき場合に限って、保証との整合性を図れば十分であると思われる。以上により、本文ウでは、求償権に関しては連帯債務の規定に委ねることを前提として、独自の規定を設けないことを提案するものである。」と説明している。

（ii）併存的債務引受における引受人の求償権規律の改正経緯における規律構造改正民法では併存的債務引受の引受人の求償権の規律は設けていない。そこで、併存的債務引受における引受人の求償権規律に当っては、併存的債務引受では「引受人は債務者と連帯して」（改正民法 470 条 1 項）債務を負担することから、債務者と引受人の債務は連帯債務の関係にあると解して連帯債務に関する求償権の規律（改正民法 442 条から 444 条まで）が適用されると考えられる一方、併存的債務引受は保証と同様の機能を有することから保証債務に関する求償権の規律（改正民法 459 条から 460 条）によることも考えられる。部会資料 38 では、前者の考えによるのが当然としている。しかし、併存的債務引受の成立要件として、保証契約の成立の場合を考慮して、債権者と引受人との契約によるだけで成立し、債務者の同意、承諾を要しないとしている（改正民法 470 条 2 項）。これは、委託を受けない保証の場合と近似することから、債権者と引受人との契約による併存的債務引受の場合は、委託を受けない保証人の求償権規律（改正民法 462 条）が適用され、「債務者が利益を受けた限度」の求償と解する余地もある。また、第 46 回会議で、高須幹事が原因関係について認識した上で債務引受制度の在り方というものを考えたほうがよいと指摘されている<sup>(2)</sup>。このように、引受人が併存的債務引受を行なうに際しての引受人と債務者間の原因関係も考慮することも必要である。

注

(1) 部会資料 38 6 頁。

(2) 高須幹事、山野目幹事（法制審議会民法（債権関係）部会第 46 回会議議事録 10 頁）。同旨、中井委員（法制審議会民法（債権関係）部会第 2 分科会第 4 回会議議事録 47 頁）。

（ハ）併存的債務引受への保証規定の準用規律

改正民法では、併存的債務引受への保証規定の準用については、規律していない。改正委員間で、準用規律を設けることについて一致をみなかったことから、解釈に委ねられたものと解される。

（イ）併存的債務引受への保証規定の準用規律の改正経緯 ①部会資料 38 では「第 1 2、(3)併存的債務引受と保証との関係に関する規定を設けることの要否については、一定の種類の併存的債務引受について、保証の規定を準用する旨の規定を設けるものとしてはどうか。」と提案している。部会資料 38 の補足説明<sup>(1)</sup>では、「保証の規定を準用する併存的債務引受の種類として、具体的には、併存的債務引受の主たる目的が、債務者の負う債務を保証する目的のものとするアプローチを採用して規定を設けることを提案している。」「問題は、どのような種類の併存的債務引受について保証の規定を準用するかであり、その具体的な要件については、過度に保証の規定が準用される範囲が拡大しないように留意しつつ、慎重に検討する必要がある。」「本文では、契約の目的が債務者の負う債務を保証するものである併存的債務引受について、保証の規定を準用するという考え方を提案している。もっとも、併存的債務引受の場合には、實際上、債務者の負う債務を保証する目的を有するケースが多いと思われることから、保証を主たる目的とするものに限定することを併せて提案している。」これに対して、「第 13 回会議においては、契約の目的によって保証の規定の準用の有無を決するという考え方は、基準として不明確であると批判する意見があった。確かにそのような問題はあり得るが、本文の考え方は、保証に関する規制の潜脱を防止するためには、それもやむを得ないとするものである。」なお、「保証の規定を準用するとしても、準用される規定の範囲を明らかにすべきであるとの指摘がある。現行法の規定では、民法 446 条 2 項などが想定されるが、この点については、説明義務を始めとする保証の規定の見直しの検討結果を踏まえて、検討する必要がある。」と説明している。

②部会資料 55 では「第 5 1（注）以上に付け加えて、併存的債務引受のうち、

①引受人が債務者の負う債務を保証することを主たる目的とする場合、②債務者が引受人の負う債務を保証することを主たる目的とする場合について、保証の規定のうち、保証人の保護に関わるもの（民法 446 条 2 項等）を準用するという考え方がある。」と検討提案している。部会資料 55 の概要<sup>(2)</sup>では「本文（注）の考え方については、更なる検討課題がある。」「第 1 は、保証に関する規定の整備の在り方との関係である。すなわち、保証引受契約についての規定を設けない場合には、本文 (3) 「引受人と債務者の合意に、債権者が承諾」によって成立する合意について、契約の成立形態が違うという理由だけで、保証と性質決定されることを免れ得るおそれがあるとの指摘がある。また、保証という性質決定を免れたものについて、保証の規定を準用するとしても、保証引受契約についての規定を設けないのであれば、例えば、契約締結時の説明義務については、本文 (3) によって成立する併存的債務引受に準用することができる規定が存在しないという問題が生ずる。このように、保証引受契約についての規定を設けないのであれば、本文（注）の規定を設けたとしても、本文 (3) によって成立する併存的債務引受について、保証人保護の規定の適用の潜脱を防ぐという目的を十分に達することができないおそれがある。」「第 2 に、規定を設ける場合の要件の在り方である。ここでは、「引受人が債務者の負う債務（又は債務者が引受人の負う債務）を保証することを主たる目的とする場合」という考え方を取り上げているが、この考え方に対してはどのような場合が射程に入るのか不明確であるとの批判がある。引受人が債務者との関係でわずかに内部負担をすることによって保証の規定の適用を免れることを防止する点に（注）の提案の意義があるということに異論はないと思われるが、今後は、想定する規定の適用範囲について一定の共通理解を形成することができるか、その適用範囲を表す要件を適切に設定することが可能かという点が検討課題となる。」と説明している。

③部会資料 58 では「第 20 1（注）以上に付け加えて、併存的債務引受のうち、①引受人が債務者の負う債務を保証することを主たる目的とする場合、②債務者が引受人の負う債務を保証することを主たる目的とする場合について、保証の規定のうち、保証人の保護に関わるもの（民法 446 条 2 項等）を準用するという考え方がある。」と提案している。部会資料 58 の概要<sup>(3)</sup>では「併存的債務引受のうち、①引受人が債務者の負う債務を保証することを主たる目的とする場合と、②債務者が引受人の負う債務を保証することを主たる目的とする場合について、保証の規定の



うち、保証人の保護に関わるもの（民法446条2項等）を準用するという考え方があり、これを（注）で取り上げた。」と説明している。

④中間試案では「第20（注）以上に付け加えて、併存的債務引受のうち、①引受人が債務者の負う債務を保証することを主たる目的とする場合、②債務者が引受人の負う債務を保証することを主たる目的とする場合について、保証の規定のうち、保証人の保護に関わるもの（民法446条2項等）を準用する旨の規定を設けるという考え方がある。」と注記している。中間試案の補足説明<sup>(4)</sup>では「併存的債務引受と保証との区別は、契約の解釈によって決せられるところ、当事者の意思としては明らかに併存的債務引受を採用していると言えるが、その実質が保証と異ならないという場合があり得る。」「保証の規定の潜脱を防止するためには、推定規定を設けることでは足りず、併存的債務引受の一定の類型に保証の規定を準用することが必要となるとの指摘がある。このような指摘を踏まえて、本文(1)から(4)までに付け加えて、併存的債務引受のうち、①引受人が債務者の負う債務を保証することを主たる目的とする場合と、②債務者が引受人の負う債務を保証することを主たる目的とする場合について、保証の規定のうち、保証人の保護に関わるもの（民法446条2項等）を準用するという考え方があり、これを（注）で取り上げた。」「もっとも、（注）のような規定を設ける場合には、特に要件の在り方が今後の課題となる。ここでは、「引受人が債務者の負う債務（又は債務者が引受人の負う債務）を保証することを主たる目的とする場合」という考え方を取り上げているが、この考え方に対してはどのような場合が射程に入るのか不明確であるとの批判のほか、この要件に該当するものは基本的に保証と認定されるはずであるから、保証の規定の潜脱を防止するために規定を設けるという趣旨と整合しないとの批判がある。引受人が債務者との関係でわずかに内部負担をすることによって保証の規定の適用を免れることを防止する必要があるということに異論はないと思われるが、これに対応するための規定を設けることができるか否かについては、規定の適用範囲について一定の共通理解を形成することができるか、その適用範囲を表す要件を適切に設定することが可能かという点が検討課題となるものと考えられる。」と説明している。

（ii）併存的債務引受への保証規定の準用規律の改正経緯における規律構造 部会資料38第1 2、(3)では、「一定の類型の併存的債務引受について、保証の規定を準用する旨の規定を設けるものとしてはどうか。」と提案されていた。そこで、

第 46 回会議での検討を経て第 2 分科会第 4 回会議の検討に付された。そこでは、保証との関係を意識すべきであり、併存的債務引受は保証目的と推定するという規定を置く考え方がある<sup>(5)</sup>とか、連帯債務を基本としつつ、ある分は保証の基準をオーバーラップして受けるという構造—どれが準用の対象になるのか<sup>(6)</sup>、準用するときに、あらかじめ準用する範囲を制限しなければならないということにはならない—準用する対象となる併存的債務引受の範囲は広めにとっておく必要がある<sup>(7)</sup>など準用規律を設けるのに積極的見解、これに対して、慎重な配慮が必要—属性を基準とする<sup>(8)</sup>、法人あるいは事業者を外した事業者でない個人<sup>(9)</sup>の準用に限定的にする考え方、保証と債務引受はそれぞれ使う場面が異なる—損失保証の場合も同様—わざわざ違う法形式である債務引受のところに、脱法的として、保証を準用するという条文をいれるのは変ではないか<sup>(10)</sup>などの類推規律を設けることについて反対する考え方に分かれていた。このためか、部会資料 55 以降は保証規律の類推適用の提案は注記に止まっている。

ただ、前述したように併存的債務引受人の負担を「附従性のない連帯保証」と解する場合は、保証規律の類推適用を規律する必要のないことはいうまでもない。「連帯債務」と解する立場に立って観るときは、「保証目的と推定」する旨の規律を設けるとすると、沖野の指摘するように「連帯債務」規律と「保証債務」規律がオーバーラップすることになり、「連帯債務」とみることと抵触しかねない。「連帯債務」と「保証債務」の両規律を、どのようにオーバーラップして適用するのかという困難な問題も生ずる。限定的類推適用の考え方や類推適用反対の考え方は、「保証債務」自体の類推適用の適否を問題としているのではなく、保証債務規律の中の「保証人の保護」規律についての類推適用の適否ではないかと推察される。そうだとすると、併存的債務引受と保証とは機能的には異なるところはないと言えることから、「保証人の保護」規律の類推については、積極的に肯認すべきではなかったかと思われる。改正民法は併存的債務引受への保証債務規律の類推適用については規律していないが、保証債務規律の中の「保証人の保護」規律については解釈によって類推適用することになる。

#### 注

(1) 部会資料 38 6 頁、7 頁。

(2) 部会資料 55 30 頁。

- (3) 部会資料 58 102 頁。
- (4) 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 年・商事法務）267 頁。
- (5) 山野目幹事、高須幹事（法制審議会民法（債権関係）部会第 46 回会議議事録 14 頁、30 頁）。
- (6) 沖野幹事（法制審議会民法（債権関係）部会第 46 回会議議事録 34 頁）。
- (7) 堂垣内幹事（法制審議会民法（債権関係）部会第 46 回会議議事録 33 頁）。
- (8) 中井委員（法制審議会民法（債権関係）部会第 46 回会議議事録 32 頁）。
- (9) 中井委員（法制審議会民法（債権関係）部会第 46 回会議議事録 14 頁）。
- (10) 三上委員（法制審議会民法（債権関係）部会第 46 回会議議事録 34 頁）。

### (3) 免責的債務引受

#### (イ) 免責的債務引受の基本的効果規律

改正民法 472 条 1 項は、免責的債務引受の基本的効果として、引受人は債務者の債務と同一の債務を負担し、一方で、債務者は自己の債務を免れると規律している。免責的債務引受の基本的効果の規律として妥当な規律である。ただ、このような免責的債務引受の基本的効果を根拠づける規律構成が問題である。

(i) 免責的債務引受の基本的効果規律の改正経緯 ①部会資料 38 では、「第 1・3・2・ア 免責的債務引受について前記(1)アの構成を採ることを前提として、債務者の債務の消滅という免責的債務引受の効果が生ずる時期については、規定を設けないものとしてはどうか。」と提案し、引受人の負担規律については成立要件の内容（第 1・3・1・ア）として規律し、債務者が債務を免れる時期についての規律を提案しているだけである。そこで、部会資料 38 の補足説明<sup>(1)</sup>では「①免責的債務引受の効力発生時期について、債権者と引受人との間で免責的債務引受の合意がされた場合には、合意の時点で生ずると従来解されてきた。他方、債務者と引受人との間で免責的債務引受の合意がされた場合には、債権者の承認が必要であり、その承認があったときには、債務者と引受人との間の合意の時点に遡って免責的債務引受の効力を生ずるという見解が有力に主張されてきた。その法律構成としては、民法 116 条を類推適用するものなどが主張されているが、債権者の承認が免責的債務引受の要件とされているにもかかわらず、その効力が遡及的に発生するという構成は、分かりやすいとは言い難い。この点については、前記(1)アにおいて免責的債務引受を併存的債務引受に免除が付加されたものと捉える構成を採

用すると、免除の意思表示の時に債務者の免責という効果が発生することは明らかである。このように、効力発生時期と要件との関係を明快に説明できるようになることが、免責的債務引受と併存的債務引受との関係を前記 1 本文第 2 パラグラフ (2) のように整理することの意義の一つであると言える。そこで、本文アは、前記 (1) アにおいてこのような構成を採用することを前提として、効力発生時期に関する規定を設けないことを提案している。」としている。

②部会資料 55 では、「第 5・2・(1) 免責的債務引受においては、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債務を引き受け、債務者は自己の債務を免れるものとする。」と提案している。部会資料 55 の概要<sup>(2)</sup> では「本文(1)は、免責的債務引受においては、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債務を引き受け、債務者は自己の債務を免れるという免責的債務引受の基本的な効果についての規定を設けるものである。」と説明するのみである。

③部会資料 68 では「第 20・2(1) 免責的債務引受においては、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債務を引き受け、債務者は自己の債務を免れるものとする。」として、部会資料 55 と同一の規律提案をしている。部会資料 68 の概要<sup>(3)</sup> では「本文(1)は、免責的債務引受においては、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債務を引き受け、債務者は自己の債務を免れるという免責的債務引受の基本的な効果についての規定を設けるものである。」として、部会資料 55 の概要と全く同じ説明をしている。

④中間試案では「第 20・2(1) 免責的債務引受においては、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債務を引き受け、債務者は自己の債務を免れるものとする。」と部会資料 55 以降の提案と同一の提案を取り上げている。中間試案の概要<sup>(4)</sup> でも「本文(1)は、免責的債務引受においては、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債務を引き受け、債務者は自己の債務を免れるという免責的債務引受の基本的な効果についての規定を設けるものである。」として、部会資料 55 以降の説明を繰り返している。

⑤部会資料 (84—1) 要綱案原案では、「第 21 2 免責的債務引受の成立 (1) 債権者と引受人との契約による免責的債務引受 債権者と引受人との契約による免責的債務引受の成立について、次のような規律を設けるものとする。ア 免責的債務引受の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

担し、債務者は自己の債務を免れる。」として、免責的債務引受の基本的効果については、成立規律と一体的に規律提案している。そこでの免責的債務引受の基本的効果規律の内容は、部会資料55の提案と同様である。

（ii）免責的債務引受の基本的効果規律の改正経緯における規律構造 部会資料38では、免責的債務引受の基本的効果については直接規律提案していない。ただ、債務者の債務の消滅の時期についての規律の必要でないことのみを提案している。これは、免責的債務引受は併存的債務引受と免除の意思表示が合体したものであるとの考え方を前提としたことによる。しかし、改正経緯では免責的債務引受と併存的債務引受とは異なる類型<sup>(5)</sup>であるとの考え方が改正委員の多数であったことから、部会資料55及び部会資料58では、併存的債務引受を原則とし、併存的債務引受に「免除」がプラスされた場合を免責的債務引受とみる規律構造の提案を「取り上げなかった論点」とした。そこで、このことを前提として、部会資料55では、免責的債務引受の基本的効果として「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債務を引き受け、債務者は自己の債務を免れるものとする。」と提案している。部会資料68や中間試案では、この提案を維持している。その後、部会資料84—1では「引受人は・・同一の債務を『引き受け』」と提案していたのを、「引受人は・・同一の債務を『負担し』」と規律提案している。しかし、免責的債務引受のこのような基本的効果を根拠づける規律構成については、部会資料では明らかにされていない。第66回会議では、深山幹事は、免責的債務引受の場合は債権者と引受人との間の「免責的に引き受ける」という合意だけで要件が完結するのではなく、債務者に対して免責するという債権者の意思表示を加えるべきであると構成している。この見解は、債権者と引受人の二当事者間規律での「免責的に引き受ける」合意（契約）の他に、債権者と債務者の二当事者間規律での「債務者に対する免責」が必要であり、これらの規律が結合するものと規律構成する必要があるとするものである。しかし、部会資料84—1において、免責的債務引受の基本的効果について、このような二当事者間規律が結合したものとみる規律構成によっていると解するのが適切であるかは疑問である。また、引受人が「債務者と同一の債務を引き受け」という構成では、併存的債務引受の場合と同様の構成であり、免責的債務引受は併存的債務引受とは異なる類型であるとしての規律に反する構成ということになる。そこで、部会資料84—1の基本的効果規律についてみると、「引

受人は・・同一の債務を『負担し』』としていることから、必ずしも「引き受け」構成をとる必要はないことになる。ただ、この場合でも、部会資料 84—1 は「引受人が同一の債務を負担」＋「債務者が債務を免れる」としていることから、「引受人が同一の債務を負担」についての債権者或いは債務者と引受人の二当事者間合意と「債務者が債務を免れる」ための債権者と債務者の二当事者間規律が結合したものとして規律構成しているかの残影はみられる。ただ、部会資料 84—1 では、部会資料 55、部会資料 58、中間試案の基本的規律構造の「引受人が、同一の債務を引受け」＋「債権者が、債務を免除」から脱して、「引受人は同一の債務を負担」＋「債務者は債務を免れる」と規律構成している点が注目される。つまり、「引受人が、同一の債務を引受け」＋「債権者が、債務を免除」構成で、「引受人が債務者の負担する X 債務を引受け」＋「債務者が X 債務を免れる」のか、「引受人が債務者の負担する債務と同一内容の Y 債務を引受け」＋「債務者が X 債務を免れる」のかは明らかでない。引受人が新たに債務を引き受けることから後者と解し得る余地もある。引受人は同一の内容の「債務を負担」＋債務者は自己の「債務を免れる」構成の場合も、両方の構成は可能であるが、引受人が債務者の負担する X 債務を負担することによって債務者が X 債務を免れると構成するのが素直である。これはまさに、債務者の負担する X 債務の引受人への移転契約から生ずる帰結と解し得るからである。中井委員が、「債権者と引受人との間で・・、つまり債務を移転する合意ができればそれで足りる。」<sup>(6)</sup>と述べられているのが注目される。

この「債務の移転」構成については、改正委員の一人である道垣内幹事が「免責的債務引受に関しては、債務が移転するんだという議論がされた時期があるのだと思います。しかし、債務の移転というのはかなり難しい話で、債権が譲渡できるのだから債務も移転できるのだなどという議論をする人がいますが、それは雑だとか言いようがない議論であって、財産権である債権が移転されるというのは、根本的に違う話だろうと思います。」として、熾烈に否定されている<sup>(7)</sup>。このことから、改正民法では「債務の移転」構成を議論する余地のないもとして免責的債務引受が新設規律された。しかし、免責的債務引受の要件を規律提案した部会資料 84—1 は、「債務の移転」構成を採っているユニドロワ国際商事契約原則第 9、2、1、同契約原則第 9、2、3 条 (a) (b) と構造的に近似している。そして、部会資料 84—1 の規律提案を「債務移転」と規律構成することによって、免責的債務引受は併

存的債務引受とは異なる類型であるとしての規律にも適合することになる。

注

- (1) 部会資料 38 113 頁。
- (2) 部会資料 55 32 頁。
- (3) 部会資料 68 101 頁。
- (4) 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 年・商事法務）269 頁。
- (5) 本稿 4 頁参照。
- (6) 法制審議会民法（債権関係）部会第 46 回会議事録 17 頁。
- (7) 法制審議会民法（債権関係）部会第 2 分科会第 4 回会議事録 43 頁。

（ロ）免責的債務引受の成立要件規律

改正民法 472 条 2 項は債権者と引受人間での免責的債務引受の成立要件を規律する。この場合は、債権者と引受人との免責的債務引受契約によりすることができ、債権者が債務者に免責的債務引受契約をした旨を通知した時に効力が生ずると規律している。ただ、成立と効力発生を分離していると解するのか、債権者の債務者への通知の時に成立し、かつ効力が生ずると解するのか明らかでない。また、債権者の債務者への通知のみで効力が生じ、債務者の承諾を要件としていない。さらに、債務者の同意、承諾を要件としない規律構成の私法規律での論理的位置づけが問題となる。

改正民法 472 条 3 項は債務者と引受人間でもできると規律している。この場合は、債務者と引受人とが免責的債務引受契約をし、債権者が引受人に対して承諾することによってできると規律している。債務者と引受人とが免責的債務引受契約の時に成立するのではなく、債権者の承諾の時に成立すると解するのか明らかでない。

なお、改正民法 472 条 2 項で債権者と引受人間であることができると規律し、改正民法 472 条 3 項で債務者と引受人間によってもできると規律しているのは、免責的債務引受は、債権者と引受人間であるのが原則であり、債務者と引受人であるのは例外とする規律構成であると解してよいのか。

改正民法では規律していないが、債権者と債務者間の免責的債務引受の成立が認められるのが問題となる。とくに、債権者と債務者間で引受人を特定して免責的債務引受契約が行なわれた後に、当該引受人の承諾を得た場合には、その時に免責

的債務引受の効力が生ずると解することができないのかどうかである。

(i) 免責的債務引受の成立要件規律の改正経緯 ①部会資料 38 では、第 1・3(1)「ア 免責的債務引受の要件については、併存的債務引受の要件に加えて、免除の意思表示があり、これについて引受人が併存的債務引受の合意の相手方に対して承諾したことを要する旨の規定を設けるものとしてはどうか。イ 併存的債務引受の合意に先立って、併存的債務引受の成立を条件とする免除の意思表示がされた場合であっても、債務者と引受人との間の併存的債務引受の合意と、免除についての引受人の承諾の事実を債務者が債権者に通知することによって、免責的債務引受が成立する旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。」と提案している。部会資料 38 の補足説明<sup>(1)</sup>では、「1 免責的債務引受は、債権者、債務者と引受人の三者間の合意がある場合だけでなく、二者間の合意がある場合でも成立すると考えられており、具体的には、①債務者と引受人との間の合意、又は②債権者と引受人との間の合意のいずれかがあれば成立するとされている。」「このうち、①については、免責的債務引受の場合には、債権者にとって不利益が生じ得るため、債権者が承認することによって初めて有効となるという点に異論は見られない。もっとも、債権者の承認が得られなかった場合における債務者と引受人との合意の効力の帰すうについては、併存的債務引受としての効力が認められるという見解が有力であるが、これに対しては合意の効力を生じないという見解も主張されている。」「他方、②については、債務者の意思に反しないことが要件として必要であるかという点に関して、見解が対立している。判例<sup>(2)</sup>は、第三者の弁済(民法 474 条)や債務者の交替による更改(同法 514 条)と同様に、債務者の意思に反する免責的債務引受は認められないとしているが、これに対して、債権者による債務免除があったと考えれば、現行法の下では債務者の意思を問題とする必要はないとして、債務者の意思に反する場合であっても免責的債務引受をすることができるという見解が有力に主張されている。免責的債務引受の要件に関する規定を設ける場合には、以上のような見解の対立を立法的に解決することが検討課題となる。」「2 以上のような免責的債務引受の要件に関する不透明さについては、前記 1 の本文第 2 パラグラフのとおり、免責的債務引受を併存的債務引受に免除の意思表示が付加されたものとして捉える見解を採用することによって、明快に説明することが可能となるという指摘がある。すなわち、免責的債務引受に関する債権者の承認が



ない場合の引受人と債務者との合意の効力については、引受人と債務者との間では併存的債務引受の合意があるため、その効力が生じているが、債権者に債務を免除する意思がないために、免責的債務引受の効果が認められないということになる。また、債務者の意思に反しないことが免責的債務引受の要件として必要であるかという点については、免除を単独の意思表示としている民法519条の要件の見直しの検討結果に従って、決せられるべき問題となる。具体的な立法提案としても、免責的債務引受を併存的債務引受に免除の意思表示が付加されたものとして捉えた上で、その要件・効果に関する規定を整備する考え方が提示されている。」「なお、免責的債務引受の要件としての債務の免除によって引受人は債務者に対して求償できなくなるという効果が生ずるという考え方を前提として、免除の意思表示がされることについての引受人の承諾を要件とすることが併せて提案されている。これは、免除の意思表示によって債務者に対する求償ができなくなるという効果が生ずるにもかかわらず、引受人の関与なく免責的債務引受が成立すると、引受人に不測の不利益が生ずるおそれがあるとして、免除の意思表示についての引受人の関与を要件とすることを提案するものである。このように、要件については、免責的債務引受の効果とも関連して検討する必要があるものと思われる。本文アでは、以上のような考え方に従い、免責的債務引受の要件に関する規定を設けることを提案している。」「3 免責的債務引受を併存的債務引受に免除が付加されたものという考え方を採用する立法提案は、併存的債務引受の合意の成立を条件とする免除の意思表示が併存的債務引受の合意に先立ってされたときにも、免責的債務引受の成立を認めるべきであるという考え方を併せて提示している。免除の意思表示と併存的債務引受の合意の順序が入れ替わった場合に、免責的債務引受の成立を認めない理由がないと考えられるからである。もっとも、債務引受の合意の成立を条件とする免除の意思表示がされた後に、債務者と引受人との間の合意によって併存的債務引受の合意が成立する場合には、債権者は債務者の交替の時期を知る機会が確保されないおそれがある。そこで、この場合には、債務者が債権者に対して、併存的債務引受の合意と免除についての引受人の承諾の事実を通知することを、免責的債務引受の成立の要件とすることが、併せて提案されている。本文イでは、この考え方を採用することを提案している。」と説明している。

②部会資料55では「第5・2(2) 免責的債務引受は、引受人が上記(1)の債務を

引き受ける旨を債権者に対して約し、債権者が債務者に対して免責の意思表示をすることによってするものとする。(3) 上記(2)のほか、免責的債務引受は、引受人が上記(1)の債務を引き受ける旨を債務者に対して約し、債権者がこれを承諾することによってすることもできるものとする。この場合においては、債権者が承諾をした時に、債権者の引受人に対する権利が発生し、債務者は自己の債務を免れるものとする。」と規律提案している。部会資料 55 の概要<sup>(3)</sup>では「本文(2)と(3)は、免責的債務引受の要件について規定するものである。免責的債務引受は、債権者、債務者及び引受人の三者間の合意は必要ではなく、債権者と引受人との合意か、債務者と引受人との合意のいずれかがあれば成立することが認められている。」「しかし、債権者と引受人との合意のみによって免責的債務引受が成立することを認めると、債務者が自らの関与しないところで契約関係から離脱することになり不当であると指摘されている。本文(2)は、この指摘を踏まえて、債権者と引受人との合意に加えて、債権者の債務者に対する免責の意思表示を要件としている。」「本文(3)は、債務者と引受人との合意によって免責的債務引受が成立することを認めるものである。もっとも、債権者の関与なく債務者が交替することを認めると、債権者の利益を害するため、この場合には、債権者の債務者に対する承諾がなければ免責的債務引受の効力を生じないとされている。本文(3)は、基本的にこのような一般的な理解を明文化するものであるが、承諾の効力発生時期を遡及させる必要性は乏しいと考えられることから、承諾の時点で免責的債務引受が成立するとしている。」と説明している。

③部会資料 58 では「第 20・2(2) 免責的債務引受は、引受人が上記(1)の債務を引き受けるとともに債権者が債務者の債務を免責する旨を引受人と債権者との間で合意し、債権者が債務者に対して免責の意思表示をすることによってするものとする。この場合においては、債権者が免責の意思表示をした時に、債権者の引受人に対する権利が発生し、債務者は自己の債務を免れるものとする。(3) 上記(2)の場合において、債務者に損害が生じたときは、債権者は、その損害を賠償しなければならないものとする。(4) 上記(2)のほか、免責的債務引受は、引受人が上記(1)の債務を引き受けるとともに債務者が自己の債務を免れる旨を引受人と債務者との間で合意し、債権者が引受人に対してこれを承諾することによってすることもできるものとする。この場合においては、債権者が承諾をした時に、債権者の引受人

に対する権利が発生し、債務者は自己の債務を免れるものとする。」と提案している。部会資料58の概要<sup>(4)</sup>では、「本文(2)と(4)は、免責的債務引受の要件について規定するものである。免責的債務引受は、債権者、債務者及び引受人の三者間の合意は必要ではなく、債権者と引受人との合意か、債務者と引受人との合意のいずれかがあれば成立することが認められている。」「しかし、債権者と引受人との合意のみによって免責的債務引受が成立することを認めると、債務者が自らの関与しないところで契約関係から離脱することになり不当であると指摘されている。本文(2)は、この指摘を踏まえて、債権者と引受人との合意に加えて、債権者の債務者に対する免責の意思表示を要件とするとともに、本文(3)では、免除の規律と平仄を合わせて、免責的債務引受によって債務者に生じた損害を債権者が賠償しなければならないこととしている。」「本文(4)は、債務者と引受人との合意によって免責的債務引受が成立することを認めるものである。もっとも、債権者の関与なく債務者が交替することを認めると、債権者の利益を害するため、この場合には、債権者の債務者に対する承諾がなければ免責的債務引受の効力を生じないとされている。本文(4)は、基本的にこのような一般的な理解を明文化するものであるが、承諾の効力発生時期を遡及させる必要性は乏しいと考えられることから、承諾の時点で免責的債務引受が成立するとしている。」と説明している。

④中間試案では「第20・2(2)免責的債務引受は、引受人が上記(1)の債務を引き受けるとともに債権者が債務者の債務を免責する旨を引受人と債権者との間で合意し、債権者が債務者に対して免責の意思表示をすることによってするものとする。この場合においては、債権者が免責の意思表示をした時に、債権者の引受人に対する権利が発生し、債務者は自己の債務を免れるものとする。(3)上記(2)の場合において、債務者に損害が生じたときは、債権者は、その損害を賠償しなければならないものとする。(4)上記(2)のほか、免責的債務引受は、引受人が上記(1)の債務を引き受けるとともに債務者が自己の債務を免れる旨を引受人と債務者との間で合意し、債権者が引受人に対してこれを承諾することによってすることもできるものとする。この場合においては、債権者が承諾をした時に、債権者の引受人に対する権利が発生し、債務者は自己の債務を免れるものとする。」と規律提案している。中間試案の補足説明<sup>(5)</sup>では「1免責的債務引受は、債権者、債務者及び引受人の三者間の合意は必要ではなく、債権者と引受人との合意か、債務者と引受人

との合意のいずれかがあれば成立することが認められている。」「本文(2)は、このうち、債権者と引受人との合意のみによって、免責的債務引受が成立することを明らかにするものである。ところで、債権者と引受人との合意のみによって成立する免責的債務引受について、債務者の意思に反しないことが要件として必要であるかという点に関して、見解が対立している。判例<sup>(6)</sup>は、第三者の弁済(民法474条)や債務者の交替による更改(同法514条)と同様に、債務者の意思に反する免責的債務引受は認められないとしているが、これに対して、債権者による債務免除があったと考えれば、現行法の下では債務者の意思を問題とする必要はないとして、債務者の意思に反する場合であっても免責的債務引受をすることができるという見解が有力に主張されている。」「また、上記の論点の対立と関連して、そもそも、債務者の関与なく免責的債務引受が成立することを認めてよいのかという点も問題となる。すなわち、債務者の意思に反する場合であっても免責的債務引受をすることができるという見解を採用としても、債務者が一切関与しないまま、免責的債務引受が成立し、債権債務関係から離脱することを認めるのは、債務者に予期しない効果が発生することになり不当であるとの指摘の他、債務の免除についても債務者に対する意思表示を必要とされていることと整合しないとの指摘がある。」「以上の問題意識を踏まえて、本文(2)では、債権者の債務者に対する免責の意思表示を要件とし、これによって、債務者の知らないうちに債務者が免責される効果が生じないようにするとともに、本文(3)では、免除の規律との整合性を考慮し、免責的債務引受によって債務者に生じた損害を債権者が賠償しなければならないこととしている。」「2 本文(4)は、債務者と引受人との合意によって免責的債務引受が成立することを認めるものである。もっとも、債権者の関与なく債務者が交替することを認めると、債権者の利益を害するため、この場合には、債権者の承諾がなければ免責的債務引受の効力を生じないとされている。本文(4)は、基本的にこのような一般的な理解を明文化するものである。なお、従来は、この債権者の承諾があったときには、債務者と引受人との間の合意の時点に遡って免責的債務引受の効力が生ずるという見解が有力に主張されてきた。その法律構成としては、民法116条を類推適用するものなどが主張されているが、債権者の承諾が免責的債務引受の要件とされているにもかかわらず、その効力が遡及的に発生するという構成は、分かりやすいとは言い難い上、そもそも承諾の効力発生時期を遡及させる必要性は乏

しいと考えられる。そこで、本文(4)では、承諾の時点で免責的債務引受が成立するとしている。」と説明している。

⑤部会資料84—1は「第21・2(1)債権者と引受人との契約による免責的債務引受の成立について、次のような規律を設けるものとする。ア 免責的債務引受の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し、債務者は自己の債務を免れる。イ免責的債務引受は、債権者と引受人となる者との契約によってすることができる。この場合において、免責的債務引受は、債権者が債務者に対してその契約をした旨を通知した時に、その効力を生ずる。(2)債務者と引受人との契約による免責的債務引受 債務者と引受人との契約による免責的債務引受の成立について、次のような規律を設けるものとする。免責的債務引受は、債務者と引受人となる者が契約をし、債権者が引受人となる者に対して承諾をすることによってもすることができる。」と要綱原案として提案している。改正民法472条2項、3項は、この提案を取り上げている。ただ、概要などの説明は行なわれていない。

(ii) 免責的債務引受の成立要件規律の改正経緯における規律構造 免責的債務引受の成立要件の規律構造の改正経緯をみると、部会資料38では、免責的債務引受を併存的債務引受に免除が付加されたものという考え方を採用する立法提案に立って、債権者・債務者・引受人の3者の合意による場合に限らず、引受人と債務者間の二者間合意及び引受人と債権者の二者間合意による場合、それぞれの成立要件規律が提案していた。しかし、第46回会議の議論を経て、免責的債務引受は併存的債務引受とは別種のものであるとする考え方によるものとされ、その前提とする考え方は取り上げられないことになった。ただ、その後の部会資料では、免責的債務引受は、債権者・債務者・引受人の3者の合意による場合に限らず、引受人と債務者間の二者間合意及び引受人と債権者の二者間合意による場合にも成立するとの規律提案は、その後も取り上げられて、その要件について提案されている。しかし、何故、二者間合意で、成立するののかについては、部会資料38以降、二者間「合意があれば成立することが認められている」と説明するだけである。これは、民法改正前における判例、学説によるものとするものである。しかし、その法理論的根拠が十分に検討されていたとはいえない。

債権者と引受人間の二者間合意の場合の成立要件について、免責的債務引受の基

本的効果を「引受人が債務を引き受け・債務者は債務を免れる」と規律提案していた時点で、部会資料 55 では「引受人が債権者に債務の引き受けを約し+債権者が債務者に債務免除の意思表示をする」とし、部会資料 58 及び中間資料では「債権者と引受人で同一内容の債務の引受・債務の免除の合意+債権者が債務者に債務免責の意思表示」としている。債務者の関与については、免責的債務引受の要件の検討用補助資料<sup>(7)</sup>で「債権者と引受人との間の合意のみによって免責的債務引受が成立するという考え方の当否について、どのように考えるか。ここでは、具体的には、①債務者の意思に反する場合に免責的債務引受が成立することの当否と②免責的債務引受の成立の要件として、債務者に対する意思表示又は債務者の同意（承諾）を必要とすることの当否を検討する必要がある。」と問題提起している。これを受けて、第 2 分科会第 4 回会議で審議され、民法（債権関係）部会第 46 回会議でも審議されている。内田委員は「元の債務者に対して一定の意思表示をすることとするか、あるいは承諾をとるかという選択肢があるがある。いずれかが必要である」<sup>(8)</sup>、中井委員は「債務者に対する債権をどう処理するかの問題が残るが、債務者に対する意思表示で足りる構成に賛成」<sup>(9)</sup>などの意見がみられる程度である。そこで、部会資料 55、部会資料 58 及び中間資料についてみると、債権者・引受人二当事者間合意と債権者・債務者二当事者間での免除の意思表示が結合して成立し「引受人が債務を引き受け・債務者は債務を免れる」効果が生ずると構成することが考えられる。そして、民法改正前における判例、学説でも、このような二当事者間関係の結合構成を前提として、二当事者間合意による設立を認めてきたのではないと思われる。しかし、このような改正論議における債権者と引受人の二者間合意+債務者の債権者からの「通知」関与によって免責的債務引受が成立とする規律は、二当事者間規律の結合構成では根拠づけることができない。債権者と引受人の二当事者間規律では合意（契約）により引受人の債務の負担効果及び債務者が債務を免れる効果が生ずるが、債権者と債務者の二者間では「通知」という事実行為があるだけで「効果意思」に基づく効果は生じていない。このような両者が結合したものと規律構成しても、債務者が債務を免れる効果が生ずることにはならないからである。

その後、併存的債務引受の基本的効果を「引受人が同一内容の債務を負担・債務者は債務を免れる」と規律提案していた時点で、部会資料 84—1 では「債権者と

引受人の契約+債権者の債務者への契約の通知」と提案している。ただ、部会資料84—1では「債権者と引受人の契約」の内容は明からではない。仮に「引受人が同一内容の債務を負担・債務者は債務を免れる」旨の契約であったとしても、債権者の債務者への契約の通知だけで債務者の効果意思関与なしに債務者との関係でも「引受人が同一内容の債務を負担・債務者は債務を免れる」の効果を認めることができるとの法的論拠づけが必要ではないかと思われる。とくに、債務者の意思に反する場合であっても、その効果が認められるとする根拠づけが必要である。それは、債務者の利益になり、損失にはならないという利害関係による根拠づけは理解できるとしても、私法の規律原則とは齟齬しないことについて法的に論拠づけることが必要である。また、前述したように部会資料84—1の債権者と引受人との「契約」が債務移転を内容とする契約と解する立場に立っても、債権者の債務者に対する「契約」の通知だけで、債務者の意思的関与なく、さらには債務者の意思に反する場合でも成立すると規律することが私法の規律原則とは齟齬しないことについて法的に論拠づけることが必要である。

債務者と引受人間の二者間合意の場合の成立要件については、併存的債務引受の基本的効果を「引受人が債務を引き受け・債務者は債務を免れる」と規律提案していた時点で、部会資料55では「引受人が債務者に債務の引き受けを約し+債権者が承諾」とし、部会資料58及び中間試案では「引受人と債務者で、引受人の債務の引き受け・債務者が自己の債務を免れることを約し+債権者が承諾」としている。第46回会議では、債務者と引受人の二者間合意の場合の債権者の関与については、債権者が合意<sup>(10)</sup>、債権者の同意<sup>(11)</sup>、債権者による免除、免責<sup>(12)</sup>、債権者の承諾<sup>(13)</sup>など、さまざまな態様が主張されている。いずれも債権者の意思表示関与を必要とする点では共通している。そこで、中井委員が、債務者と引受人二者間合意の場合について「債務の移転構成をして、債務者と引受人との間で債務を移転するという合意、これが基本にあれば、債権者がそれについて承諾することによって、免責的債務引受が成立するとみるのが、単純ではないか」<sup>(14)</sup>と述べている。そして、部会資料では、債務者と引受人の二者間合意+債権者の「承諾」関与によって免責的債務引受が成立とする規律構成が維持されてきた。ただ、このような規律構成は、二当事者間規律の結合構成では根拠づけることができない。債務者と引受人の二当事者間規律では合意（契約）により引受人の債務の負担効果或いは

債務の負担及び債務者が債務を免れる効果が生ずるが、債権者と引受人の二者間では債権者の引受人に対して「承諾」という意思関与があるだけで「効果意思」に基づく効果は生じていない。このような両者が結合したものと規律構成しても、債務者が債務を免れる効果が生ずることにはならないからである。その後、併存的債務引受の基本的効果を「引受人が同一内容の債務を負担・債務者は債務を免れる」と規律提案していた時点で、部会資料 84—1 では「引受人と債務者で契約+債権者の引受人への承諾」としている。部会資料 84—1 の引受人と債務者の「契約」内容が明らかでない。かりに「引受人が債務の債務負担・債務者が債務を免れる」を内容とする契約であったとしても、債権者が、その「契約」を承諾するという意思的関与だけで効果意思関与がないのに「債務者が債務を免れる」効果が生ずると解することができないからである。ましてや、前述したように、部会資料 84—1 の引受人と債務者の「契約」内容を「債務移転」であると解する立場に立つときも、債権者の承諾という意思的関与のみで「債務移転」の効果が生ずるとの規律構成が私法の規律原則とは齟齬しないことを法的に論拠づけることが必要である。

なお、改正経緯では、債務者と引受人の二者間の場合に、債権者の承諾を得られなかったときの効力について議論されている。内田委員は、引受人は自分が払うという確定的意思をもって合意をしているのであるから、債権者が承諾しない場合でも債務引受という効果は残ると主張されている<sup>(15)</sup>。この見解は、債権者の承諾関与がない場合には、債務者と引受人の二者当事者規律の効力は残ると規律構成するものである。この規律構成は、二者当事者規律の結合とみる規律構成の残影と解される。これに対して、中井委員は債務者にとって、そのように解するのが妥当か<sup>(16)</sup>と反論し、岡委員は併存的債務引受の効果が残ると言われると違和感を覚える<sup>(17)</sup>と主張されている。これらの見解は、債権者、債務者、引受人の多角関係の観点に立って、債務者・引受人間に合意があっても、債権者の承諾のない場合は、何らの効果も生じないと規律構成するのが適正規律であるとの考えによるものといえる。

#### 注

(1) 部会資料 38 8 頁以下。

(2) 大判大正 10 年 5 月 9 日民録 27 輯 899 頁。伊藤進監修・長坂純＝川地宏行編・改正民法〔債権法〕における判例法理の射程（2020 年・第一法規）428 頁（遠藤研一郎）参照。



- (3) 部会資料 55 32 頁。
- (4) 部会資料 58 102 頁。
- (5) 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 年・商事法務）270 頁、271 頁。
- (6) 前掲大判大正 10 年 5 月 9 日。
- (7) 民法（債権関係）部会分科会資料 5。
- (8) 法制審議会民法（債権関係）部会第 46 回会議事録 45 頁。
- (9) 法制審議会民法（債権関係）部会第 46 回会議事録 46 頁。
- (10) 深山幹事（法制審議会民法（債権関係）部会第 46 回会議事録 20 頁）。
- (11) 中井委員、内田委員（法制審議会民法（債権関係）部会第 46 回会議事録 44 頁、46 頁）。
- (12) 潮見幹事、三上委員（法制審議会民法（債権関係）部会第 46 回会議事録 44 頁、45 頁）。
- (13) 中井委員、内田委員（法制審議会民法（債権関係）部会第 46 回会議事録 16 頁、45 頁）。
- (14) 法制審議会民法（債権関係）部会第 46 回会議事録 16 頁。
- (15) 法制審議会民法（債権関係）部会第 46 回会議事録 45 頁、46 頁。
- (16) 法制審議会民法（債権関係）部会第 46 回会議事録 46 頁。
- (17) 法制審議会民法（債権関係）部会第 46 回会議事録 21 頁。

（ハ）免責的債務引受における引受人の抗弁権規律

改正民法 472 条の 2 第 1 項で、引受人は、負担した債務について、債務者が主張できた抗弁を債権者に対抗できると規律している。なお、相殺については、解釈に委ねられている。引受人に債務者の相殺権の行使を認めるためには、引受人は債務者の債権者に対して有する債権を自動債権とすること、すなわち他人の債権の行使を認めることになり、肯認できないと解される。

（i）免責的債務引受における引受人の抗弁権規律の改正経緯 ①部会資料 38 では「第 1 2(2)エ 免責的債務引受がされた場合において、引受人が主張することのできる抗弁等に関しては、免責的債務引受について前記(1)アの構成を採ることを前提として、以下のような規定を設けるものとしてはどうか。① 債務負担の効果が発生した時点で、引き受けた債権について債務者が有していた抗弁を債権者に対抗することができること ③ 債務者が債権者に対して有する反対債権をもって、相殺を主張することができないこと」と提案している。部会資料 38 の補足説明<sup>(1)</sup>では、「債務者が従前から負担している債務について債務者が有していた抗弁の引受人による主張の可否については、免責的債務引受によって、引受人は、債務者が負担していた債務と同一内容の債務を負担することになるから、債務者が債務を負担したときに有する抗弁事由を引受人は主張することができると考えられてい

る。」「また、免責的債務引受の場合には、債務者が債権者に対して有する反対債権をもって、引受人が相殺を主張することができないという点に異論は見られない。本文工は、以上の点を明らかにする規定を設けることを提案するものである。」と説明している。

② 部会資料 55 では「第 5 3(2) 引受人は、免責的債務引受による自己の債務について、その引受けをした時に債務者が有していた抗弁（相殺の抗弁を除く。）をもって、債権者に対抗することができるものとする。」と提案している。部会資料 55 の概要<sup>(2)</sup>では「併存的債務引受と同様の趣旨である」と説明している。

③ 部会資料 58 「第 20 3(2)」では、部会資料 55 と同様の提案及び説明をしている<sup>(3)</sup>。

④ 中間試案では「第 20 3(2) 引受人は、免責的債務引受により引き受けた自己の債務について、その引受けをした時に債務者が有していた抗弁をもって、債権者に対抗することができるものとする。」と提案している。中間試案の補足説明<sup>(4)</sup>では「本文(2)は、併存的債務引受について・・・と同様の趣旨である。なお、・・・債務者が債権者に対して有する相殺権を行使することができないことを前提としている点も、併存的債務引受と同じである。」と説明している。

⑤ 部会資料 83—2 「第 21 3(2)」、84—1 「第 21 3(2)」、88—2 「第 21 3(2)」では、「引受人は、免責的債務引受により負担した自己の債務について、その効力が生じた時に債務者が主張することができた抗弁をもって債権者に対抗することができる。」と規律提案している。中間試案までの「引き受けた自己の債務」を「負担した自己の債務」に修正している。免責的債務引受の基本的効果を「引受人が同一の債務を負担し・債務者が債務を免れる」に修正したことに対応するものである。

(ii) 免責的債務引受における引受人の抗弁権規律の改正経緯における規律構造  
免責的債務引受における引受人の抗弁権規律については、部会資料 38 では、「引受人が同一内容の債務を負担することになる」ことを根拠として、引受人による債権者に対する抗弁の主張を認めると提案している。部会資料 55 では、併存的債務引受における引受人の抗弁の場合と同様と説明している。そこで、併存的債務引受規律の場合についてみると、部会資料 55 及び部会資料 58 では「抗弁できるとする一般的理解を明文化するものである」と説明する<sup>(5)</sup>のみである。その後、中間試案では、部会資料 38 と同様に「引受人が同一内容の債務を負担」を根拠とし、一

般的理解も同様の根拠に基づいているかのような説明をしている(6)。しかし、部会資料55以降は、免責的債務引受の基本的効果を「引受人が同一の債務を引き受け」と規律している。これは、債務者の負担しているX債務自体を引き受けることと解される。このことから「引受人が同一内容の債務を負担」を根拠とすることは、やや齟齬がある。その後、部会資料83—2「第21 3(2)」、84—1「第21 3(2)」、88—2「第21 3(2)」では、「引受人が・・同一の内容の債務を負担」するとその免責的債務引受の基本効果に対応して、「負担した自己の債務について・・抗弁を債権者に対抗できる」と修正提案している。しかし、「引受人が同一内容の債務を負担」の内容を、引受人が債務者の負担しているX債務と内容の同一のY債務を負担する意味と解することを前提とするときは、「引受人が同一内容の債務を負担」を根拠とすることができるかは疑問である。債務者の負担しているX債務自体の存否に係わる抗弁を、債務内容だけが同一のY債務を負担した引受人が主張できると規律することができるかの疑問が残る。これに対して「引受人が同一内容の債務を負担」の内容を引受人が債務者の負担しているX債務自体を負担する意味と解することを前提とするときは、X債務自体に係わる抗弁については、X債務を負担した引受人も抗弁できると規律することは論理的に可能といえる。ただ、このような債務者と引受人の二当事者間での根拠づけのみではなく、免責的債務引受のような債権者、債務者、引受人の多角当事者が関与する規律では多角観点からみて適正規律といえるかの根拠付けも必要ではないかと思われる。

債務者が債権者に対して有していた相殺の抗弁を引受人が債権者に主張できるかについては、改正経緯においては、部会資料38以降、否定している。引受人に相殺の抗弁を認めるときは、債務者の債権者に対する債権を自働債権とすることになる。このように引受人に他人の債権を自働債権として行使させる相当の事由はないからであるとしている。債務者と引受人の二当事者間規律としては妥当な根拠といえる。しかし、併存的債務引受でも、同様の理由で、引受人による債権者に対する相殺の抗弁の主張を否定していた。しかし、併存的債務引受の場合は、引受人の債務と債務者の債務とを連帯債務規律によると解する場合は改正民法439条が適用され、連帯保証規律によると解する場合は改正民法457条3項が適用されて、実質的に引受人に相殺の抗弁の主張が認められるのと同様の帰結に至ることになる。この帰結は、多角の観点に立っての帰結といえる。そうだとすると、免責的

債務引受の場合も、多角の観点から、引受人の債権者に対する履行の拒絶が認められると解釈する余地があるように考えられる。しかし、相殺は、債務者が債権者に対して負担する債務を債務者の債権者に対して有する債権によって消滅させるのが公平であるとの観点から法定された抗弁である。このような債務者と債権者の公平を図るための抗弁を、債務者から引受人への債務の移転に伴って移転すると規律することは、多角の観点に立っても適正規律とはいえない。

注

- (1) 部会資料 38 13 頁。
- (2) 部会資料 55 32 頁。
- (3) 部会資料 58 102 頁。
- (4) 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 年・商事法務）272 頁。
- (5) 部会資料 55 31 頁。
- (6) 商事法務編・前掲書 267 頁。

（二）免責的債務引受における引受人の取消権・解除権規律

改正民法 472 条の 2 第 2 項で、引受人は、これらの権利の行使によって債務者がその債務を免れることができる限度において、債務者の履行を拒むことができると規律している。引受人が、債務者の有する取消権・解除権を行使するのと同様の効果が生ずる旨の規律構成を採っているのが注目される。

（i）免責的債務引受における引受人の取消権・解除権規律の改正経緯 ①部会資料 38 では「第 1 2(2)エ② 引き受けた債権の発生原因となった契約の当事者であることに基づく解除権、取消権その他の権利は行使できないこと」と規律することを提案している。部会資料 38 の補足説明<sup>(1)</sup>では、「解除権や取消権のように、契約当事者としての地位にある者が行使できる権利については、引受人は行使することができないと考えられている。」と説明している。

②中間試案では、補足説明<sup>(2)</sup>で、「解除権や取消権のように、契約当事者としての地位にある者が行使できる権利について、引受人は行使することができない・・・ことを前提としている点も、併存的債務引受と同じである。」と説明している。

③部会資料 83—2 では「第 21 3(3) 債務者が債権者に対して取消権又は解除権を有するときは、引受人は、免責的債務引受がなければこれらの権利の行使によっ

て債務者がその債務を免れることができた限度において、債権者に対して債務の履行を拒むことができる。」と提案している。しかし、このように規律構成することについては、何ら説明していない。

④部会資料 84—1、⑤部会資料 88—2 では、部会資料 83—1 と同様の提案をしている。

(ii) 免責的債務引受における引受人の取消権・解除権規律の改正経緯における規律構造 部会資料 38 や中間試案は債務者の債権者に対する取消権・解除権は契約当事者としての地位に基づく権利であるとして、引受人による行使を否定すると規律提案していた。その後、部会資料 83—2 以降は、引受人は、債務者がこれらの権利を行為することによって債務を免れる限度で、債務者の履行を拒むことができると改正提案している。これは、部会資料 38 や中間試案の「契約当事者としての地位に基づく権利であるとして否定する」契約レベルでの規律根拠づけは維持しながら、債権債務関係レベルでの「引受人の履行拒絶」の規律に転換して、実質的には引受人に取消権・解除権を認めたのと同様の効果規律をしているものといえる。このような規律構造は、契約レベルでは二当事者間規律を前提としているのに対して、債権債務関係レベルでも二当事者間規律を前提として理論的に説明できるかは疑問である。しかし、免責的債務引受取引では債権者・債務者・引受人の三者が関与することから多角の観点に立つと、債権債務関係レベルでの規律において引受人に履行の拒絶を認めるのが適正規律であるとの判断によるものとして、論理的に説明することが可能となる。

注

(1) 部会資料 38 13 頁。

(2) 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 年・商事法務）272 頁。

（明治大学名誉教授）