

第3章 債務引受の明文化の意義と課題

中 田 裕 康

1 はじめに

(1) 検討の対象

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

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

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

(2) 改正民法に至る経緯

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

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

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

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

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

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

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

(3) 合意による債務の移転の制約

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

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

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

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

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

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

(6) 奥田昌道『債権総論〔増補版〕』(1992) 467頁以下参照。

2 債務引受に関する改正民法の内容

(1) 併存的債務引受

① 要件

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

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

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

② 効果

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

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

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

(9) 部会資料67A、第3、1(説明)3。

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

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

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

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

（2）免責的債務引受

① 要件

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

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

(10) 我妻・前掲注(5) 577頁など。

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

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

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

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

(12) 中田裕康『債権総論〔第3版〕』（2013）580頁以下。

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

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

(15) 部会資料67A、第3、2（説明）2（1）参照。

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

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

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

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

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

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

② 効果

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

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

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

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

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

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

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

(24) 中田・前掲注（12）581 頁参照。

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

③ 特徴

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

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

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

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

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

(28) 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解債権法改正の基本方針Ⅲ』（2009）316頁〔以下「基本方針Ⅲ」として引用する〕。

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

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

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

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

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

3 外国法及び国際的契約原則

(1) 概観

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

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

き）。

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

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

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

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

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

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

谷部茂]、法務省民事局参事官室（参与室）編・前掲注（2）99 頁以下。

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

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

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

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

（2） フランスの例

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4 検 討

(1) 外国法及び国際的契約法原則からみた改正民法の特徴

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(48) 石坂・前掲注(3) 364頁以下。

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

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

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

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

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

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

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

(51) 樋口範雄『アメリカ契約法〔第2版〕』（2008）338頁以下。

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

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

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

(2) 「債務譲渡」という見方の示唆と課題

① 譲渡の自由

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

② 債務の消滅を伴わない移転

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

③ 取引の対象としての債務

他方で、債務譲渡という概念には、検討すべき課題もある⁽⁵⁸⁾。

第1に、取引の客体となる「財産」の概念の検討を要する。債務は、経済的価値が

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

(56) 潮見・概要172頁（債務消滅を前提）。

(57) 沖野・講義243頁（債務消滅を前提）。

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

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

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

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

(3) 改正民法の債務引受観に伴う個別的問題

① 特約の効力

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

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

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

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

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

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

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

② 消滅時効の効果

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

(63) 部会資料67A、第1、2(5)。

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

③ 債務引受と保証債務との関係

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

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

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

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

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

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

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

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

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

（４）改正民法の解釈論

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

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

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

(70) 訴訟物の承継に関する民事訴訟法学上の議論に立ち入るものではない。