

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(二・完)

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, 中京法学第53巻第3・4号  
合併号)

第四章 債務引受と第三者のためにする契約との関係(以下, 本号)

第五章 結びに代えて

## 第四章 債務引受と第三者のためにする契約との関係

### 一 序

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例はどのように解するのか。既に言及した通り(第三章), 債務者型の併存的債務引受は第三者のためにする契約の性質を備え, 新旧債務者間の履行の引受けが第三者のためにする契約を経由して併存的債務引受が成立すると解されており学説もそれを支持する。<sup>(63)</sup>本章では債務引受と第三者のために

---

(63) 野澤・前掲注(11)58頁, 四宮・前掲注(12)38頁, 椿・前掲注(12)55頁, 我妻・前掲注(15)573頁参照。

する契約との関係についての判例法理を改めて整理する。

## 二 免責的債務引受

免責的債務引受と第三者のためにする契約との関係について言及する判例はほとんど存在しない。わずかに債権者型契約についての【1】大判昭和8年9月26日新聞3618号7頁と債務者型契約についての【2】東京控判大正元年12月24日新聞870号7頁を挙げることができる。

### 1 債権者型契約

【1】判決は、旧債務者Yの債権者Xに対する債務を免責的にAが引受ける旨の契約をA X間で締結したが、Xが本件引受契約はYを第三者とする第三者のためにする契約であるところ、Yによる受益の意思表示を欠くためYは債務を免責されていないと主張した事案である<sup>(64)</sup>。

大審院は「免責的債務引受契約ハ第三者（ここでは引受人。なお（）内は筆者による。）カ從來ノ債務者ヲシテ其債務關係ヨリ免脱セシメ自ラ之ニ代テ債務者トナルコトヲ債権者ト約スル契約ニシテ當事者ノ一方（前記第三者）カ第三者（前記從來ノ債務者）ニ對シ或給付ヲ爲スヘキコトヲ相手方ト約定スルモノニハ非サルカ故ニ之ヲ以テ民法第五百三十七條所定ノ第三者ノ爲ニスル契約ナリト爲スヘカラサルハ明ナリ」と判示し、Xの上告を棄却した。第三者のためにする契約においては第三者が給付を受けるところであるが、免責的債務引受における旧債務者の免責は給付には該当しないためである。

### 2 債務者型契約

【2】判決は、Aの経営する銀行の営業を合資会社Yが譲り受けたところ、Aの債権者XがYに対して履行の請求などを求めた事案である<sup>(65)</sup>。

---

(64) 四宮・前掲注(12)8頁参照。

(65) 四宮・前掲注(12)46頁参照。

大審院は「營業全部の譲渡ありたる場合に於ては譲受人は譲渡人の負擔したる債務をも引受くべき商慣習あることを認むるを得べく其商慣習法の趣旨は(中略)營業の譲受人は營業の開始をなしなるときは債務者に對して直接に債務を負い従て債權者は之に對して債務の履行を請求することを得るも營業の譲渡人たる舊債務者に對しても債權者は依然權利を失ひたるにあらずして同一内容の給付を譲受人に對して請求するを得べきものとするにあり即ち營業の譲受人が所謂債務の添加的引受けをなしたるものとするにありと解するを相當とす」(下線は筆者による)と、營業譲渡によってAのXに対する債務の引受けが併存的債務引受として生じ、第三者のためにする契約に該当すると判断した。その過程で、「第三者の爲にする契約には第三者と當事者間に新なる債權關係を成立せしむることを要」し、「債務の移轉的引受に在りては債權者は舊債務者に對する權利を新債務者に對して有するに過ぎざるを以て第三者の爲めに新なる債權關係を成立せしめたるものと云ふことを得ざ」として、免責的債務引受が第三者のためにする契約には該当しない旨を明らかにした。

### 三 併存的債務引受

債權者型の併存的債務引受それ自体は判例も承認しているところであるが、第三者のためにする契約であるかについては問題とならない。債務者型の併存的債務引受が第三者のためにする契約の成立によって認められることは判例法理として確立していることは既に言及したが(例えば、前掲大判大正6年11月1日など。第三章二2(2)参照。),もう少し詳しく見ることとする。

#### 1 第三者のためにする契約の成立の否定期

##### (1) 明治期の事案

債務者型の併存的債務引受と第三者のためにする契約との関係について言及する事例として把握されている中で最も古い事案として【3】大

判明治37年4月20日民録10輯473頁を挙げることができる。

【3】判決は、原債務者Aと引受人Y間でのYがAのXに対する債務をAに代わって弁済すべき旨の契約に基づき、債権者XがYに対して強制執行を行ったが、第三者のためにする契約による債務引受の成否が争われた事案である。<sup>(66)</sup>原審は、引受人Yが原債務者Aの負担する債務をAに代わって弁済する旨の契約は、第三者に対して給付をなすことを約束したのではないと判断して債務の引受けの成立を否定し、XのYに対する強制執行を不当と判断した。<sup>(67)</sup>Xは、第三者のためにする契約に関する民法537条の給付の目的は債務の引受けも含み、受益の意思表示も行っているとして、Yに対する給付請求権を取得していることを理由に上告した。

大審院は以下の理由に基づきXの上告を棄却した。「民法第五百三十七條ハ契約ニ依リ當事者ノ一方カ第三者ニ對シテ或給付ヲ爲スヘキコトヲ約シタル場合ノ規定ニシテ其第三者ハ債務者ニ對シテ直接ニ契約ノ目的タル給付ヲ請求スル權利即チ債權ヲ取得スルニ至ルモノナレハ第三者カ給付ヲ受クヘキ債權關係ハ當事者トノ間ニ於テ未タ曾テ存在セサル所タラサル可カラス」(下線は筆者による)と、第三者が受けるべき給付はその第三者と契約当事者間で既に存在するようなものであってはならないと示し、既存の債務の弁済を引き受ける行為は第三者のためにする契約にはあたらないとしてXのYに対する請求を退けた。<sup>(68)</sup>

【4】大判明治42年2月17日民録15輯111頁も【3】判決と同様に第三

---

(66) 四宮・前掲注(12)39-40頁参照。

(67) 四宮・前掲注(12)39-40頁参照。

(68) 四宮・前掲注(12)40頁参照。余談ではあるが【3】判決が債務引受の成立を承認しない一方で「若シ其債權關係ニシテ已ニ存在セルモノナランニハ債權者ト新債務者トノ間ニ債務者ノ交替ニ因ル更改契約ノ成立スルコトアルモ該條ヲ適用スヘキ第三者ニ對シテ或給付ヲ爲スヘキコトヲ約シタル場合ニ該當セサルモノトス」として、債務引受を承認すべきではないとする時代背景を反映し、債務者の交替による更改が成立する余地があると言及している。

者のためにする契約の成立を否定する。【4】判決は原債務者Aの債権者Xに対する債務の承継負担がAと引受人Y間で合意され、XはYに対して受益の意思表示を行い債務の履行を求めたところ、債務の引受けの成否が争われた事案である。原審が第三者のためにする契約の成立を認め<sup>(69)</sup>たが、Yは債務の承継に関する契約は民法第537条の第三者のためにする契約に該当しないとして上告した<sup>(70)</sup>。

大審院は次のように判断した。「契約ハ其當事者ヲ拘束スルニ止マリ第三者ニ其効カヲ及ボササルヲ原則トスルヲ以テ民法第五百三十七條ノ如キ特別ノ規定アルニ非サレハ契約ノ當事者ニ非サル第三者カ其契約ニ基キ直接ニ履行ヲ請求スルコトヲ得サルモノト謂ワサルヲ得ス民法第五百三十七條ノ規定ハ第三者ノ受クヘキ給付カ其第三者ト契約當事者トノ間ニ契約前既ニ存シタル債權ニ基ク場合ヲ包含セサルコトハ本院判例(明治三十七年(オ)第三十四號事件同年四月二十日判決)ノ示スカ如クナルヲ以テ契約當事者ノ一方カ第三者ニ對シ既ニ負擔シタル債務ヲ相手方ニ引受ケシムヘキコトヲ約シタルカ如キ場合ハ同條ノ規定ニ該當セス」として【3】判決の判断枠組みを踏襲した。

## (2) 大正期の事案

大正時代に移り、【5】大審院大正4年7月16日民録21輯1227頁では、当事者すなわち原債務者と引受人に「債権者に給付を受ける権利を取得させる意思」があるかが問題とされた。

【5】判決は以下のような事案である。原債務者Aは債権者Xの土地を借りて建物を建て、Yのために抵当権を設定した。Yが抵当権を実行する際に、A Y間の契約により建物はYが引き取り、AのXに対する債務(延滞地代)を競売代金の一部に計算してYがXに支払う旨が定められた。Xは受益の意思表示したが、第三者のためにする契約の成否

(69) 四宮・前掲注(12)40-41頁参照。

(70) 四宮・前掲注(12)40-41頁参照。

が争われた。<sup>(71)</sup> 原審は「控訴人カ右契約ニ於テ被控訴人ニ對シ直接ニ債權ヲ取得セシムヘキ意思ヲ有シタリトノ事實明カナラサルカ故ニ右契約ハ之ヲ單純ナル債務履行ノ引受ト認ムルヲ相當トス」とし、第三者のためにする契約の成立を否定したため、Xが上告した。

大審院は以下の理由に基づき上告を棄却した。「民法第五百三十七條ハ當事者ノ一方カ第三者ニ對シ或給付ヲ爲スヘキコトヲ相手方ト契約シタル其本旨カ第三者ヲシテ其給付ヲ受クル權利ヲ取得セシムル意思ニ出テタル場合ヲ規定シタルモノト解スルヲ當然トス故ニ契約當事者ニ全ク此意思ナクシテ單ニ其一方カ相手方ノ第三者ニ對スル債務ヲ辨済スヘキコトヲ約シタル場合ノ如キハ唯其相手方ノ爲メニ契約シタルニ過キシテ第三者ノ爲メニスル契約ヲ爲シタルモノニ非サルヲ以テ同法條ノ規定ヲ適用スヘキ限りニ在ラス」(下線は筆者による)と、第三者のためにする契約が成立するためには当事者に、「債權者に給付を受ける権利を取得させる意思」を要し、この意思を欠くときは相手方のための契約に過ぎないと示した。その結果、「斯ノ如キ場合ニ於テハ契約當事者ノ一方ハ相手方ノ爲メニ其第三者ニ對スル債務ヲ辨済スヘキ義務ヲ負擔スルニ至ルヘシト雖モ其契約ハ第三者ヲシテ權利ヲ取得セシムルコトヲ目的トシタルモノニ非サルヲ以テ第三者ノ爲メニ其効カラ生スヘキ理由ナク從テ第三者カ契約ノ利益享受ノ意思ヲ表示スルモノニ因リテ其第三者カ右當事者ノ一方ニ對シ直接ニ給付ヲ請求スルノ權利ヲ取得スルコトヲ得サルモノトス」とし、YはAのXに対する債務を弁済するに過ぎず、XはYに対する債權を取得することはできなかつたこととなる。

## 2 第三者のためにする契約の成立の承認へ

### (1) 第三者のためにする契約の成立を承認する事案

第三者のためにする契約の成立は否定されてきたが、第三者のために

---

(71) 四宮・前掲注(12)41頁参照。

する契約の成立を承認する事例が見られるようになった。

【6】大判大正6年11月1日判決民録第23輯1715頁である。【6】判決については前章で既に紹介しているが、判旨を改めて紹介する。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對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ケ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）」とし、前掲【3】【4】判決などの明治期の判例理論に基づき債権者の請求を排斥した原判決の判例理論を破棄し、【5】判決と同様に契約当事者に第三者である債権者に権利を取得させる意思がある場合には第三者のためにする契約が成立すると示した。<sup>(72)</sup>

続いて【7】大判昭和9年12月10日大審院裁判例8巻民286頁を挙げる  
ことができる。

【7】判決の事案は次の通りである。原債務者Aから引受人Yが建物および土地賃借権を買い受けるに際して、Yがその代金の一部である1400円をAに対して弁済しない代わりに、Aの債権者Xに対する債務をYがXに弁済することをAに約束し「Xニ對シテハ地上權其ノ他ニ付キ拙者引受ケ毫モ御迷惑相掛ケ申間敷」旨を記した念証を差入れた場合において、契約当事者であるAとYにXに債権を取得させる意思が有るか<sup>(73)</sup>  
どうか争われた。

大審院は「其ノ趣旨ヨリ見ルトキハYトAハ此ノ契約ニ依リYニ於テ支拂ヲ保留シタル1400圓ヲ以テ直接ニXノAニ對スル債権ノ支拂ニ充ツルコトトシ1400圓ノ支拂ニ關スル權利關係ヲYトX間に移シ依テ以テ

(72) 四宮・前掲注(12)39頁参照。

(73) 四宮・前掲注(12)42頁参照。

AトY間ノ代金支拂計算ヲ全然済方ト爲シタルコトヲ窺フニ足ルモノニシテAヲシテ代金ノ支拂關係より脱退セシメントスル約旨 (下線は筆者による) ハYヲシテXニ對シ右金圓ヲ支拂フベキ義務ヲ直接ニ負擔セシムルコトニ依リテ最モ適當ナル解決ヲ見ルヘキモノナルヲ以テ, 前記文言ニ依ル契約ハ他ニ狀別ノ事情ナキ限り之ヲ以テYガXニ對シ如上債務ヲ負擔スルコトヲAト諾約シタルモノト解スルヲ相當トス (下線は筆者による)」と, 原債務者と引受人間で債務者を債権関係から脱退させる旨の合意があるときは, 特段の事情のない限りで債権者 (第三者) に直接債権を取得させる意思を推定すべきと示した。

【8】大判昭和10年10月19日新聞3909号18頁が第三者のためにする契約の成立を認定した。引受人Yが, 原債務者Aの債権者Xに対する債務の弁済を引き受けた事案である。<sup>(74)</sup>大審院は「契約当事者ノ一方カ第三者ニ對スル相手方ノ債務ノ履行ヲ引受ケ支拂ヲ爲スコトヲ約シタル場合ニ於テモ其ノ當事者ノ意思カ第三者ヲシテ權利ヲ取得セシムルニ在ルトキハ第三者ノ利益ノ爲メニスル契約ノ成立ヲ認めヘキモノトス (大正六年 (オ) 第三百八十七號同年十一月一日言渡當院判決參照) 本件ニ於テ原審ハ訴外AトYトノ間ニ於テXヲシテ權利ヲ取得セシムル意思ヲ以テYカXニ對スルAノ判示債務ノ履行ヲ引受ケ支拂ヲ爲スヘキ旨ヲ約シタル趣旨ヲ判示シタルモノナルコト判文上之ヲ諒知スルニ難カラスシテ該契約ハ第三者ノ利益ノ爲メニスル契約ニ該當スルカ故ニXノ受益ノ意思表示ニ依リ同人ハYニ對シ直接ニ右履行請求權ヲ取得シタルモノト云ハサルヘカサル」と示し, 【6】判決を踏襲して上告を棄却した。第三者に直接権利を取得させる意思で履行の引受けをしたものとして第三者のためにする契約の成立を認定した初めての判決として【8】判決は意義を有する。

---

(74) 詳細は, 四宮・前掲注 (12) 42頁を参照されたい。



### 3 履行の引受けと併存的債務引受との関係

#### (1) 履行の引受けと第三者のためにする契約との関係に関する事案

原債務者と引受人間で原債務者の債権者に対する債務を引受人が弁済する旨を契約したにとどまる場合には履行の引受けが成立するのか。第三者のためにする契約が成立するためには「当事者に債権者に権利を取得させる意思を要する」と示した【5】判決においても、第三者のためにする契約が成立しない場合には、相手方のためにした契約に過ぎないとして契約当事者間の合意は契約当事者間でのみ効力を生じると指摘されていたところ、両者の関係について明確に言及する判例が現れた。

【9】大判大正8年11月25日民録25輯2186頁と【10】大判昭和11年1月28日新聞3956号11頁である。

【9】判決は原債務者Aの債権者Xに対する債務が営業譲渡によってY銀行に引受けられたのが争われた事案である。<sup>(75)</sup>大審院は以下の理由に基づきXの上告を棄却した。「按スルニ契約ニ依リ当事者ノ一方カ相手方ノ債務ヲ其債権者ニ辨済スヘキ義務ヲ負担スルハ所謂辨済ノ引受ニ過キスシテ債務ノ引受ヲ以テ論ス可ラス何トナレハ辨済ノ引受ト債務ノ引受トハ各別箇ノ法律行爲ニ屬シ前者ハ引受者ヲシテ既存ノ債務關係外ニ立ツ第三者ノ地位ニ於テ債務者ノ債務ヲ辨済スルノ義務ヲ負ハシムルニ反シ後々ハ引受者ヲシテ既存ノ債務關係ニ入ラシメ其債務者トシテ辨済義務ヲ負ハシムレハナリ原判決カAトY銀行トノ間ニ成立シタルヤモ知レスト云フ所ノ契約即チY銀行カAノ営業上ノ債務ヲ辨済スヘキ旨ノ契約ハ之ヲ純然タル内部契約ナリト云ヘルニ見レハ債権者ニ對シ直接ノ辨済義務ヲ負ハサル合意ノ下ニ爲シタル辨済引受契約ナリト解スヘキヲ以テ之ヲ民法第五百三十七條ノ規定スル第三者ノ爲メニスル契約ト同視スルヲ得サルノミナラス其點ハ之ヲ孰レニ決スルモ辨済ノ引受タル範圍ヲ出テスシテ債務ノ引受ヲ以テ論ス可ラスルハ一ナレハ債務ノ引受ヲ以

(75) 四宮・前掲注(12)66頁参照。

テ請求ノ原因ト爲ス本訴ニ於テハ如上契約ノ存否ヲ断定スルヲ必要トセサルノミナラス原判決力其成立ヲ認め得ヘキカノ如ク説示シ一面ニ於テ債務ノ引受ヲ否定シタルハ理由ニ齟齬アルモノト謂フ可ラス」として、弁済の引受けについて、引受人が既存の債務関係外に立つ第三者として債務の弁済義務を負うと定義付けたうえで引受人と原債務者間の内部契約であると捉え、債務者の地位において債務の弁済義務を負う債務の引受けと区別する (下線は全て筆者による)。

【10】判決も「契約当事者カ第三者ヲシテ權利ヲ取得セシムル意思ナクシテ單ニ其ノ一方カ相手方ノ第三者ニ對スル債務ノ履行ヲ爲スヘキコトヲ約シタルニ止ルトキ (所謂履行ノ引受) ハ其ノ契約ノ効力ハ當事者間ノミニ發生シ第三者ニ効力ヲ及ホスヘキモノニ非サル (下線は筆者による) カ故ニ第三者カ受益ノ意思表示ヲ爲スモ之ニ因リテ第三者ハ當事者ノ一方ニ對シ直接ニ給付ヲ請求スル權利ヲ取得スルモノニ非ス」と、当事者間に第三者に権利を取得させる意思を伴わず、債務の履行を行うことを約束したに過ぎない場合を履行の引受けと称して、第三者のためにする契約と区別する。

さらに【11】大判昭和11年7月4日民集第15巻1304頁と【12】大判昭和14年12月23日新聞4521号7頁が債務引受と第三者のためにする契約の関係についてさらに説示する。

【11】判決は「按スルニ履行ノ引受トハ引受人ニ於テ債務者ノ爲メ其ノ負擔スル債務ノ履行ヲ爲スコトヲ約スル引受人及債務者間ノ契約ニ過キシテ該契約ニ因リ第三者タル債權者カ直接引受人ニ對シ之カ履行ノ請求權ヲ取得スルモノニ非ス而シテ民法第五百三十七條第一項所定ノ所謂第三者ノ爲メニスル契約ニ於テハ當該契約ニ因リ第三者ヲシテ直接諾約者ニ對シ給付ノ請求權ヲ取得セシムルモノナルカ故ニ契約當事者間ニ於テ特ニ第三者タル債權者ヲシテ直接引受人ニ對シ履行ノ請求權ヲ取得セシムルコトヲ約シタル場合 (所謂重疊的債務引受ノ効力ヲ生スル場合) (下線は筆者による) ニ非サル限り之ヲ以テ第三者ノ爲メニスル契約ナ

リト論斷スルヲ得サルモノトス(大正六年(オ)第三八七號事件同年十一月一日言渡判決參照)」と示して、原審を破棄した。

【12】判決は「既存債務ノ履行ヲ引受ケ第三者(當該債務ノ債權者)ニ對シ債務ノ内容タル給付ヲ爲スヘキコトヲ約スル場合ニ於テモ當事者ノ意思カ右第三者ヲシテ引受人ニ對シ直接ニ給付ヲ請求スル權利ヲ取得セシムルニ在ルトキハ所謂第三者ノ爲ニスル契約成立スヘキモ這八固ヨリ一般ニ生スヘキ所ニアラス故ニ履行引受契約ニ於テ第三者タル債權者カ權利ヲ取得シタリトノ事實ハ反證ナキ限り之ヲ否定スルヲ相當トス即チ引受契約ノ目的其ノ他諸般ノ事情ニ稽ヘ且取引觀念ニ照シ別段ノ理由アラハ格別漫然如上事實ヲ推定スルカ如キハ其ノ不可ナルヤ言フ俟タス」と示した。【11】および【12】判決は、「原則として履行の引受けが生ずる」と判断している<sup>(76)</sup>。

#### 四 第三者のためにする契約による併存的債務引受の承認後の法状況

##### 1 事業譲渡(営業譲渡)

債務者型の併存的債務引受については主に事業譲渡において問題となる。事業譲渡に伴い、とりわけ既発生の債務が譲受会社に承継されるかが重要であり、本稿とも関連する問題である。第三者のためにする契約との関係について言及する裁判例として前掲【2】判決を改めて挙げる。裁判所は「營業全部の譲渡ありたる場合に於ては譲受人は譲渡人の負擔したる債務をも引受くべき商慣習あることを認むるを得べく其商慣習法の趣旨は(中略)營業の譲受人は營業の開始をなしなるときは債務者に対して直接に債務を負い従て債權者は之に對して債務の履行を請求することを得るも營業の譲渡人たる舊債務者に對しても債權者は依然權利を失ひたるにあらずして同一内容の給付を譲受人に對して請求するを得べきものとするにあり即ち營業の譲受人が所謂債務の添加的引受

(76) 野澤・前掲注(11)60頁,四宮・前掲注(12)45頁參照。

けをなしたるものとするにありと解するのを相当とす (下線は筆者による)」と、営業全部の譲渡の場合には併存的債務引受がなされる商慣習を認め、新旧債務者に併存的債務意思があることを推定した。「其引受は引受人即ち営業譲受人のなしたる営業開始により效力を生じ必ずしも債権者の同意を要せざるものなるを以て若し債権者が舊債務者に対する権利を失ふものとせば往々不利益なる地位に陥ることなきにあらざるのみならず債務者が債権者の承諾なくして処分するは債務の性質に反すればなり故に営業譲渡契約は当事者が特に反対の意思表示をなさざるときは右の商慣習法の適用を受くる者」と、債権者の承諾を不要としている。さらに、裁判所はこのような商慣習法がないとしても「債務の添加的引受け契約は同時に債権者たる第三者のためにする契約なりと言ふことを得べし」(下線は筆者による) と、併存的債務引受は第三者のためにする契約であると述べている。その理由として、「第三者の爲にする契約には第三者と当事者間に新たなる債権関係を成立せしむることを要」し、「債務の移轉的引受けに在りては債権者は舊債務者に対する権利を新債務者に對して有するに過ぎざるを以て第三者の爲に新なる債権関係を成立せしめたるものと言ふことを得ざれども債務の添加的引受は同一債務の移轉ある者にあらずして舊債務と相並びて同一内容を有する新たなる一債務を成立せしむるものなり...かかる債務者の増加は給付の義務を増加しその履行を確實ならしむるものなり」とした (なお、債権者は控訴の提起によって受益の意思表示をしたと認められた)。しかし、前掲【9】判決が同種の事案において併存的債務引受の成立を否定し、履行の引受けを認めた原審の判断を支持したため、【2】判決は否定されたことになる。

その後最判昭和29年10月7日民集第8巻第10号1795頁が、営業譲渡の事案で債権者との関係において併存的債務引受の意思が推定されると判断した<sup>(77)</sup>。なお、この最判昭和29年判決は商法学者の批判を浴び、その<sup>(78)</sup>後個別に債務引受の有無を認定すべきとする判例 (例えば最判昭和43年

11月7日判時543号79頁など)<sup>(79)</sup>も現れるなどして、営業譲渡と債務引受の関係については複雑に展開した(この点に関する議論については置くことにする)。

このような状況において、営業譲渡による債務引受を第三者のためにする契約と解する【13】東京高判昭和50年8月7日判時798号86頁が現れた。【13】判決は、Y社がA社の債務整理のために設立された新会社であり、A社から営業と商号を無償で譲り受け(A社は称号を変更して存続するも何ら営業を行っていない)たところ、A社の債権者であるXらがY社に対して債務の履行を求めた事案である。裁判所は、「Y社は商法26条1項によりA社の営業によって生じた債務についてはY社もその責に任ずべきことは明らかである」と示したうえで、「一般に、ある会社がその債務整理の目的で新会社を設立し、新会社はその営業を無償で譲受け、その営業利益で旧会社の債務を弁済しようとする場合の営業譲渡は、旧会社の積極財産、企業組織、老舗を組成する事実関係などの譲渡はもとより旧会社の債務の一切を含み、新会社は旧会社と重疊的に

(77) Xが電鉄会社Yに対し、亡Aが電車に乗車する際にプラットフォームから転落して死亡した事故について、Xが同区間の営業を譲り受けた訴外会社Bの使用人の過失を主張し損害賠償を求めて提訴した事案の原告審。Yの使用人に過失があったことを認め、「今般弊社は六月一日を期し品川線湘南線の地方鉄道軌道行並びに沿線バス事業をB会社より譲受けY会社として新発足致すことになりました」との新聞広告を商法28条の広告にあたるとして、債務引受を認定して請求を一部認容した原判決を支持し、原告を棄却した事例。

(78) 大森忠夫「判批」民商32巻3号301-307(1955年)、竹内昭夫「判批」法協98巻3号488-494頁(1981年)、野澤・前掲注(11)83頁参照。

(79) 「会社の販売部門が分離独立してあらたな会社が設立された場合において、従来右販売部門と取引していたものが旧会社に預託していた信認金名義の担保を新会社が尊重してあらたに担保を徴求することなく右相手方と取引を継続する等判示の如き事情のもとにおいては、新会社は右信認金の返還債務を引受承継したものと解するのが相当である。」と新会社が旧会社の取引上の債務を承継したと認めた事例。

その債務を引受けたものというべきである。」と判示し、A社のXに対する債務をY社が引き受けたものということが出来ると示した。また、営業譲渡による債務引受は第三者のためにする契約部分をも含むと解されるところ、XはY社が設立されて間もなく、A社及びY社に対し、営業譲渡したことを理由に、本件貸金の連帯支払を求めていることが認められるから、Xはこれによって本件貸金債務を重畳的に引受ける旨約定したことにつき、その受益の意思表示をしたと評価する。【13】判決は、営業譲渡による債務引受を第三者のためにする契約と解し、併存的債務引受が成立することを再確認した点で意義を有する。この事案のように旧会社を引き継ぐ目的で形式的に営業譲渡がなされたときは両社を同一人物と評価することができる。無償での譲渡であることも考えると、A社には債権者の引き当てとなる対価は残されていないため、A社が債務を負うことは不都合であり、Y社が当然にA社の債務を負担する余地も認められるとして結論において判決を支持する見解もみられる。<sup>(80)</sup>

## 2 過払金返還債務の承継

債務引受と第三者のためにする契約との関係の問題が過払金返還債務の承継の可否を論じる中で再浮上した。過払金返還債務の承継問題は多くの裁判例で争われた。<sup>(81)</sup>最高裁判例もいくつかあるが、【14】最判平成

---

(80) 松岡誠之助「判批」ジュリ662号118頁(1978年)、野澤・前掲注(11)88頁参照。

(81) 拙稿・前掲注(6)参照。なお、過払金返還請求訴訟についての文献として、次のものがある。澤野芳夫「過払金返還請求訴訟における実務的問題」判タ1338号15頁(2011年)、「特集：過払金返還請求訴訟の現状と課題」判タ1306号5頁(2009年)、後藤勇「貸金業の規制等に関する法律についての最近の最高裁判例」判タ1216号27頁、中村也寸志「貸金業の規制等に関する法律についての最近の最高裁判例」判タ1306号8頁(2009年)、柏森正雄「過払金返還請求訴訟事件における過払金返還債務の承継」市民と法69号(140頁)・70号54頁(2011)、遠藤研一郎「営業譲渡、債務譲渡に伴う債務承継に伴う一考察」『財産法の新動向』(信山社、2012年)395頁。

23年9月30日裁判集民事237号655頁・判時2131号57頁が過払金返還債務の承継を現実に認め、第三者のためにする契約である債務引受を認めた。

【14】判決は、貸金業者A社の貸金業が事業再編に伴いY社に移行するに際してA社の顧客Xに対する貸金債権がいわゆる切替えの方法を用いて行われたところ、A社のXに対する過払金返還債務がY社に移行するかどうか争われた事案である。最高裁判所は以下の理由に基づき、切替契約による債務引受を認め、破棄差戻しとした。すなわち「Yは、消費者金融子会社の再編を目的として、Yの完全子会社Aの貸金業を廃止し、これをYに移行、集約するために本件業務提携契約を締結したのであって、上記の貸金業の移行、集約を実現し、円滑に進めるために、本件債務引受条項において、YがAの顧客に対する過払金等返還債務を併存的に引き受けることが、また、本件周知条項において、Aの顧客である切替顧客に対し、当該切替顧客とAとの間の債権債務に関する紛争については、単に紛争の申出窓口になるにとどまらず、その処理についてもYが全て引き受けることとし、その旨を周知することが、それぞれ定められたものと解される（下線は筆者による）。Yは、Aの顧客であったXに対し、本件切替契約がYのグループ会社の再編に伴うものであることや、紛争等の窓口が今後Yになることなどが記載された本件申込書を示して、Yとの間で本件切替契約を締結することを勧誘しているのであるから、Yの意図は別にして、上記勧誘に当たって表示されたYの意思としては、これを合理的に解釈すれば、Xが上記勧誘に応じた場合には、Yが、XとAとの間で生じた債権を全て承継し、債務を全て引き受けることをその内容とするものとみるのが相当である（下線は筆者による）。そして、Xは上記の意思を表示したYの勧誘に応じ、本件申込書に署名してYに差し入れているのであるから、Xもまた、Aとの間で生じた債権債務をYが全てそのまま承継し、又は引き受けることを前提に、上記勧誘に応じ、本件切替契約を締結したものと解するのが合理的である。」と示した。その上で「XとYとは、本件切替契約の締結に当たり、

Yが、Xとの関係において、本件取引1に係る債権を承継するにとどまらず、債務についても全て引き受ける旨を合意したと解するのが相当であり、この債務には、過払金等返還債務も含まれていると解される。したがって、Xが上記合意をしたことにより、論旨が指摘するような第三者のためにする契約の性質を有する本件債務引受条項について受益の意思表示もされていると解することができる。」と過払金返還債務の引受けを第三者のためにする契約による債務引受として認めた。

【14】判決は最高裁判所として正面から併存的債務引受を承認した事案であるだけでなく、第三者のためにする契約を有することを明言した点で意義を有する。

【14】判決は、Y社からXに対してなされた表示から、「Y社にA社の債務を引き受ける意思が存在すること」を合理的解釈の手法をとって導き出した。更にいえば外観責任を負わせたものとも解することができる。そのプロセスは次の通りであり、まずY社から顧客Xらに対して「Aの顧客に対する過払金等返還債務を併存的に引き受けること」、「Aの顧客である切替顧客に対し、紛争の申出窓口になるにとどまらず、その処理についてもYが全て引き受けること」旨を記載した本件申込書を示して、Yとの間で本件切替契約を締結することを勧誘している。引受人Yによる(A・Y間で成立した債務引受につき)Xに対するアプローチを申込みとし、Xの合意(承諾)を第三者のためにする契約の性質を有する本件債務引受条項についての受益の意思表示と構成した。このように解することで債務引受の成立を認めた。

さらに、【15】最判平成24年6月29日裁判集民事241号1頁・判時2160号20頁が、【14】判決と同様の事情のもと、債権譲渡に伴い過払金返還債務が新しい事業者<sub>に</sub>承継されるかどうか<sub>が</sub>争われた。【15】判決は「本件債権譲渡基本契約中の本件債務引受条項は、譲渡債権に係るAの顧客を第三者とする第三者のためにする契約の性質を有するところ、本件変更契約の締結時まで、Xは、Yに対し、本件譲渡に係る通知に従



い弁済をした以外には、第1取引に係る約定残債権につき特段の行為をしておらず、上記弁済をしたことをもって、本件債務引受条項に係る受益の意思表示をしたものとみる余地はない。そうすると、本件債務引受条項は、Xが受益の意思表示をする前にその効力を失ったこととなり、Yが本件債務引受条項に基づき上記過払金等返還債務を引き受けたということとはできない。」と、第三者のためにする契約とする債務引受として承認した点で意義を有する一方で、XのYに対する債務の弁済は受益の意思表示ではないとして、債務引受契約の成立を否定した。消費貸借契約上の債権譲渡が行われるも、その債権に関する既発生の過払金返還債務は承継されないことになる。さらに【15】判決は【14】判決との関係についても明らかにしており、「(【14】判決において) Yが、本件業務提携契約を前提としてその完全子会社の顧客に対しYとの間で金銭消費貸借取引に係る基本契約を締結することを勧誘するに当たって、顧客と上記完全子会社との間に生じた債権を全て承継し、債務を全て引受け旨の意思表示をしたもの(下線は筆者による)と解するのが合理的であり、顧客も上記の債権債務をYにおいて全てそのまま承継し、又は引き受けることを前提に、上記勧誘に応ずる旨の意思表示をしたものと解される場合につき判断したものであるとし、Xの意思を考慮することなくAとYとの間で本件譲渡がされたにすぎない本件とは事案を異にすることが明らかである(下線は筆者による)。」と、両判決を区別している。両判決の相違点は、債権者Xの意思表示(=受益の意思表示)の有無よりも、引受人であるY社からXへのアプローチの有無にある。そのアプローチとは、「A Y間の過払金返還債務の引受けの合意」すなわち、「当事者である原債務者と引受人が債権者に権利を取得させる意思のあること」を引受人から債権者に対して知らせることを意味する。従って、【15】判決は、当事者の債権者に権利を取得させる意思が引受人に表示されていない事案と解することができる(私見であるが【14】【15】判決は論理構成の点で整合性が維持されていることになるが、とりわけ【15】

判決の結論に違和感を覚える次第である)。

## 五 裁判例の整理

### 1 免責的債務引受と第三者のためにする契約との関係

債権者型の免責的債務引受と第三者のためにする契約との関係について直接に判示する判決は【1】判決であり、第三者のためにする契約ではないと判断する。旧債務者の免責は給付請求権の取得にはあたらないためである。また、債務者型契約に属する【2】判決も同様である。第三者である債権者が引受人に対する債権を取得するが他方で旧債務者に対する債権を失うため、債権者は新たな給付を請求する権利を取得しているとはいえないためである。

免責的債務引受は第三者のためにする契約ではないと結論付けることができる。

### 2 併存的債務引受と第三者のためにする契約との関係

#### (1) 第三者のためにする契約による併存的債務引受の承認

判例は古くから、第三者が受けるべき給付とはその第三者と契約当事者間で既に存在するようなものであってはならないとの理由に基づき債務の引受けは第三者のためにする契約には該当しないと判断していた【3】【4】判決<sup>(83)</sup>。

---

(82) 四宮・前掲注(12)7頁、椿・前掲注(12)55頁参照。

(83) 【4】判決ではさらに、「債権者カ其他人ニ對シテ直接ニ債務ノ履行ヲ請求スルニハ債権者モ亦契約一般ノ規定ニ從ヒ右契約ノ當事者ニ加入シタル事蹟ナカルヘカラス即チ債務引受契約ノ趣旨ニ依リ其當事者カ債権者ニ對シテ債務引受ノ意思ヲ表示シ債権者カ之ヲ承諾シタル場合ニ非サレハ債権者ハ其他人ニ對シテ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」と債務引受それ自体について言及しているが、当事者(引受人及び原債務者)から債権者への債務引受についての申込みの意思表示と債権者から契約当事者への承諾の意思表示を要するとし、債務引受と第三者のためにする契約を区別するのみならず、ドイツ民法における「申込

大正期に移り、「当事者の意思」の問題に移行する。【5】判決は、第三者のためにする契約が成立するためには「当事者」に「債権者に給付を受ける権利を取得させる意思」を要することを示した。このような大審院の考えは一過性の見解ではなく以後の判例もこれを踏襲する。なお【5】判決は第三者のためにする契約の成立要件を示すのみならず、当事者が債権者に給付を受ける権利を取得させる意思を欠く場合についても言及し、原債務者と引受人の内部関係に止まり、単に相手方のための契約に過ぎないと示唆する。【6】判決も、明治期の判例理論を改め、引受人が原債務者の債務の履行を引き受ける場合において、当事者に第三者である債権者をして権利を取得させる意思があるときは第三者のためにする契約が成立すると判断し、その意思の探求が必要であると示した。なお、【7】判決では第三者に直接債権を取得させる意思の存在が推定された。また、【8】判決が【6】判決に基づき、契約当事者に第三者である債権者に直接権利を取得させる意思があることを認め、第三者のためにする契約の成立を現実に認定した。

これらの判例の蓄積によって、「契約当事者に債権者に権利を取得する意思の存在」を要件として第三者のためにする契約による併存的債務引受を肯定する判例理論が確立した。<sup>(84)</sup>なお、我妻博士により、契約当事者の債権者に権利を取得させる意思が債権者に表示されているかが問題であって、それを実際に認定できるのかは困難であると重要な指摘がなされている。<sup>(85)</sup>

## (2) 履行の引受けとの関係

債務者型契約によって引受人が原債務者の債務を履行する旨を合意し

---

説」の考え方を反映しつつ、債務引受の契約当事者に債権者は必須であるとの立場を表明していると解される。

(84) 四宮・前掲注(12)39頁、我妻・前掲注(15)573頁参照。

(85) 我妻・前掲注(15)573頁参照。

た場合に原債務者と引受人間の契約が「履行の引受け」と「併存的引受契約」のいずれに該当すべきか。判例は、第三者のためにする契約と区別する姿勢を見せており (【9】判決), 【10】判決が「契約当事者カ第三者ヲシテ權利ヲ取得セシムル意思ナクシテ單ニ其ノ一方カ相手方ノ第三者ニ對スル債務ノ履行ヲ爲スヘキコトヲ約シタルニ止ルトキ」を履行の引受けとし、他方で【11】判決が「契約当事者間ニ於テ特ニ第三者タル債權者ヲシテ直接引受人ニ對シ履行ノ請求權ヲ取得セシムルコトヲ約シタル場合」に重疊的債務引受の効力を生ずるとしている。第三者のためにする契約であることが明確でない限り、履行の引受けが生ずる。すなわち、原債務者と引受人の契約を内部関係と捉え、履行の引受けが生じるにすぎないと解される。<sup>(86)</sup>

### (3) 事業譲渡 (営業譲渡) との関係

大審院が債務引受と第三者のためにする契約との関係に関する判例法理を確立したのち一旦議論は収束した。その後, 【13】判決が営業譲渡において行われる債務引受を第三者のためにする契約と解し、併存的債務引受の成立を認めた。【13】判決は営業の全部を移転したことなども含め, 【2】判決と共通するものと考えられよう。なお、末川博博士は、営業譲渡に伴う債務引受を認める。<sup>(87)</sup> 営業譲渡とともに譲渡会社の資産に含まれる債務が引受けられる場合には、譲受会社が直接に債務を負担することが経済上の利害関係を有し、引受人にも直接に債務を負担させたほうが得策である場合には、併存的債務引受を伴うと解する。<sup>(88)</sup> その叙述において末川博士は、債務者型の営業譲渡における併存的債務引受と第三者のためにする契約の関係について扱う【2】判決について言及し、

---

(86) 鳩山秀夫『民法研究第三卷 (債権総論)』(岩波書店, 1926年) 367頁, 末川博「併存的債務引受」『続民法論集』(評論社, 1962年) 247頁以下。

(87) 末川博「併存的債務引受」論叢第4巻第3号37-38頁参照。

(88) 末川・前掲注 (87) 37-38頁参照。

ご自身の見解に沿った事案であると指摘している。<sup>(89)</sup>

#### (4) 過払金返還債務の承継問題と債権者による受益の意思表示

【13】判決後、しばらくの時を経て、債務引受と第三者のためにする契約との関係につき過払金返還債務の承継の可否を論じる過程で再浮上した。過払金返還債務の承継に関する最も重要な判例として【14】【15】判決があり、【14】判決が、貸金業者の事業再編に伴う切替契約において行われる債務引受が第三者のためにする契約である併存的債務引受であることを最高裁判所としてはじめて認めた。さらに、第三者のためにする契約による債務引受が成立するためには、契約当事者の債権者に権利を取得させる意思を引受人に表示することが必要となる。

判例が「契約当事者に債権者に権利を取得させる意思が存在すること」を要件とすることなどからも、契約当事者すなわち原債務者と引受人の意思及び意思の解釈が重要視されている。他方で、債権者の受益の意思表示についてはさほど重要視されていない模様であった。判例は、債権者による権利行使があれば受益の意思表示として足りると解しており、受益の意思表示をめぐる争われる事案は見当たらない。しかし、【14】判決は貸金債権の切替契約及びそれに伴う債務引受の(勧誘を受けての)承諾を受益の意思表示と評価する一方で、【15】判決は、契約当事者から(とりわけ引受人から)債権者への貸金債権の譲渡契約及びそれに伴う債務引受の勧誘の不存在を理由に、受益の意思表示が存在しないと判断した。すでに契約当事者の債権者に権利を取得させる意思の推定を行う事案(【7】判決)などがあるものの、【15】判決ではそのような契約当事者の意思が債権者に対して表示されているとの推定が及ばなかったことになる。契約当事者の意思が債権者に対して表示されたことの認定が困難であることを我妻博士が既に指摘しており(本章五2(1))、【15】

(89) 末川・前掲注(87)39頁参照。

(90) 野澤・前掲注(11)59頁参照。

判決においてそれが現実のものとなった。

第三者のためにする契約による債務引受が成立するためには、契約当事者による「債権者に権利を取得させる意思の表示」を受けて、債権者が受益の意思表示を行うことを必要とする。

## 第五章 結びに代えて

本稿では、第三章において債務引受の契約当事者について、第四章において債務引受と第三者のためにする契約との関係について整理を試みた。以下では、債務者型の併存的債務引受の要件について若干の整理を試みる。

債務者型の併存的債務引受においては、契約当事者である原債務者と引受人の合意が成立要件となる。第三者のためにする契約によって行われるところ、履行の引受けと区別するためにも、契約当事者の債権者に権利を取得させる意思の存在が要件となる(【5】判決参照)。さらに、【14】【15】判決の判断枠組みを併せ考えると、契約当事者から債権者へ意思表示を行うこと(債権者に権利を取得させる意思の)も契約の成立に不可欠となろう。債権者の意思表示については受益の意思表示として必要であり併存的債務引受の効力発生要件となる。

表1では債務引受の特質等の比較を、表2では免責的債務引受の当事者及び要件についてまとめている。表3では併存的債務引受の当事者及び要件を整理しており、新たに明らかになった点についても提示している。

最後に、誤解を恐れず疑問点を指摘する。まず、債権者の受益の意思表示への理解である。【14】【15】判決は、債権者が、原債務者と引受人間で債務引受が行われることを認識したうえで受益の意思表示を行う必要があると考えている。そうすると、債権者のそのような意思表示は契約における申込みに対する当事者としての承諾と解する余地があるのではないか。さらにいえば、債務者型契約それ自体を債権者型契約として

再構成することができないだろうか。<sup>(91)</sup>

次に、営業譲渡に関する【13】判決や事業再編に関する【14】【15】判決に接し、債権者が債務引受を明確に拒絶するなど特段の事情のない限り、当事者には既存の債務の引受けを成立させる意思が存在すると思われる余地はないのだろうか。新事業者（譲受会社）が旧事業者（譲渡会社）を引継ぎ、同一人物と評価され、旧事業者（譲渡会社）がもはや機能していない場合には債権者の引き当てとなる対価は残されていないと考える方が自然であり、そのような場合にまで旧事業者（譲渡会社）が債務を負うことは不都合であり、新事業者（譲受会社）が当然に債務を負担するともよいのではないか。

判例は、契約当事者の債権者に権利を取得させる意思を積極的に解釈する傾向にある（【7】【8】判決）。【14】判決にいたっては債務引受条項の撤回後も、表示された意思の解釈によってA社とY社間で債務を引き受ける意思の存在を認めている。しかし、【15】判決は、債権者への表示を欠くため、受益の意思表示が行われていないと判断している（債権者であれば債務引受が行われたと解するであろう）。そうであるならば、債務引受の意思（債権者に権利を取得させる意思）を債権者へ表示する点についても合理的解釈によって認定してもよいのではないだろうか。

以上の点を踏まえ、債務引受につき要件面を中心に今後も研究を遂行し、債務引受の法的性質の再検討を行いたい。

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。

---

(91) 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(2003年)では、債務引受契約の取消しの事案を中心に引受人の抗弁権の援用について論じ、債務者型契約を債権者型契約として再構成する可能性について示唆した。

表 1 免責的債務引受と併存的債務引受の特質、役割、効果の比較

	[特質・役割]	[効果]
免責的債務引受	特定承継, 処分行為	引受人の債務負担, 旧債務者の免責 (第472条第 1 項)
併存的債務引受	人的担保, 義務負担行為	連帯債務関係 (第470条第 1 項)

出所: 著者作成。

表 2 免責的債務引受の当事者及び要件

	債権者型契約 (債権者と引受人間の契約)	債務者型契約 (旧債務者と引受人間の契約)
成立要件	債権者・引受人の意思表示 (第472条第 2 項前段)	旧債務者・引受人の意思表示 (第472条第 3 項)
効力発生要件	債権者の旧債務者に対する通知 (第472条第 2 項後段)	債権者の意思表示: 承諾 (第472条第 3 項)

旧債務者の意思表示は不要

出所: 著者作成。

表 3 併存的債務引受の当事者及び要件

	債権者型契約 (債権者と引受人間の契約)	債務者型契約 (原債務者と引受人間の契約)
成立要件	債権者・引受人の意思表示 (第470条第 2 項)	a) 原債務者・引受人の意思表示 (第470条第 3 項前段) b) 原債務者・引受人の債権者に権利を取得させる意思 (欠く場合は履行の引受け) c) 債権者への b) の意思表示
効力発生要件	不要	債権者の引受人に対する承諾 (第470条第 3 項後段) 受益の意思表示に相当

第三者のためにする契約 (第470条第 4 項) と規定されている。

この 2 点が本稿において新たに明らかになった点である。

出所: 著者作成。