

民法（債権関係）の改正に関する論点の検討(10)

目次

|    |                                  |    |
|----|----------------------------------|----|
| 第1 | 債務引受                             | 1  |
| 1  | 債務引受に関する規定                       | 1  |
| 2  | 併存的債務引受                          | 3  |
|    | (1) 併存的債務引受の要件                   | 3  |
|    | (2) 併存的債務引受の効果                   | 4  |
|    | (3) 併存的債務引受と保証との関係               | 6  |
| 3  | 免責的債務引受                          | 8  |
|    | (1) 免責的債務引受の要件                   | 8  |
|    | (2) 免責的債務引受の効果                   | 10 |
| 4  | その他の債務引受に関連する論点                  | 14 |
|    | (1) 将来債務引受                       | 14 |
|    | (2) 履行引受                         | 14 |
|    | (3) 債務引受と両立しない関係にある第三者との法律関係の明確化 | 15 |
| 第2 | 契約上の地位の移転                        | 16 |
| 1  | 契約上の地位の移転に関する規定                  | 16 |
| 2  | 契約上の地位の移転の要件                     | 18 |
| 3  | 契約上の地位の移転の効果                     | 21 |
|    | (1) 契約上の地位の移転の効力発生時期             | 21 |
|    | (2) 契約上の地位の移転に伴う既発生 of 債権債務の移転   | 21 |
|    | (3) 契約上の地位の移転に伴う担保の移転            | 22 |
|    | (4) 契約上の地位の移転による譲渡人の免責           | 23 |
| 4  | 対抗要件制度                           | 25 |
| 別紙 | 比較法資料                            | 1  |
|    | 〔ドイツ民法〕                          | 1  |
|    | 〔フランス民法〕                         | 2  |
|    | 〔フランス民法改正草案（カタラ草案）〕              | 3  |
|    | 〔フランス民法改正草案（司法省草案2008年版）〕        | 3  |
|    | 〔フランス民法改正草案（司法省草案2009年版）〕        | 4  |
|    | 〔ユニドロワ国際商事契約原則〕                  | 4  |
|    | 〔ヨーロッパ契約法原則〕                     | 5  |

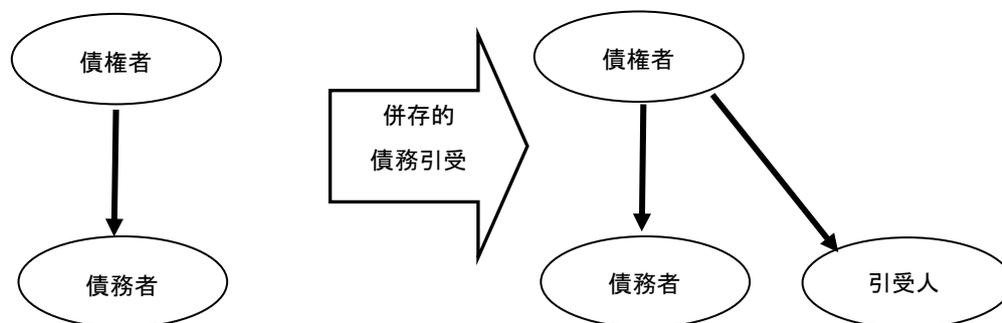
※ 本資料の比較法部分は、以下の翻訳・調査による。

- ヨーロッパ契約法原則  
オーレ・ランドーほか編, 潮見佳男ほか監訳『ヨーロッパ契約法原則Ⅲ』(法律文化社, 2008年)
- ユニドロフ国際商事契約原則 2010  
<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-japanese.pdf> (内田貴=曾野裕夫=森下哲朗訳)
- ドイツ民法・フランス民法・フランス民法改正草案 (カタラ草案, 司法省草案2008年版, 司法省草案2009年版)  
石川博康 東京大学社会科学研究所准教授・法務省民事局参事官室調査員, 石田京子 早稲田大学法務研究科助教・法務省民事局参事官室調査員, 大澤彩 法政大学法学部准教授・法務省民事局参事官室調査員, 角田美穂子 一橋大学大学院法学研究科准教授・法務省民事局参事官室調査員, 幡野弘樹 立教大学法学部准教授・前法務省民事局参事官室調査員

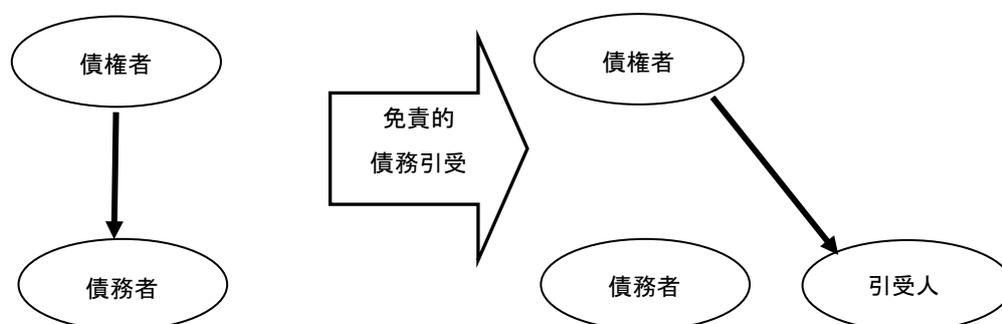
また、「立法例」という際には、上記モデル法も含むものとする。

## 第1 債務引受

### 【併存的債務引受】



### 【免責的債務引受】



## 1 債務引受に関する規定

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。

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。

○ 中間的な論点整理第15, 1「総論（債務引受に関する規定の要否）」[54頁（126頁）]

民法には債務引受に関する規定が設けられていないが、これが可能であることについては特段の異論が見られず、実務上もその重要性が認識されていることから、債務引受が可能であることを確認し、その要件・効果を明らかにするために、明文の規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第3, 1 [55頁]】

(比較法)

- ・ユニドロワ国際商事契約原則第9.2.1条, 第9.2.3条, 第9.2.5条
- ・ヨーロッパ契約法原則第12:101条

(補足説明)

- 1 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。

そこで、本文第1パラグラフでは、併存的債務引受と免責的債務引受を区別して、それぞれの要件・効果を定める規定を新たに設けることを提案している。

- 2 ところで、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。

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上記の問題は、当事者の意思が不明確な場合にいずれと解釈すべきかという問題と密接に関連するものである。この点については、免責的債務引受には、債務者の免責だけでなく既存の担保の消滅という過大な効果が伴うこと（後記3(2)本文ウ参照）などを理由に、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見解が有力である。この見解が支持されていることからすると、併存的債務引受を債務引受の原則的な形態と捉えることが、債務引受の当事者の意思に合致していると考えられる。また、債務者の意思に反する免責的債務引受が認められるかという点については見解が対立しているところ、免責的債務引受が併存的債務引受に免除の意思表示が加わったものとするのであれば、免除を単独の意思表示とする現行法の下では、これが認められることは明らかであるので、免責的債務引受の要件が明確になるとの指摘もある。

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ため、本文第2パラグラフでは、このような見解に基づいて規定を整理することを提案している。なお、免除については、これを合意と構成して規定を見直すべきであるという考え方が示されていることに留意する必要がある（中間的な論点整理第20、1 [72頁(170頁)]）。

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（民法第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、別途規定を設けることによって対応することが提案されている（後記3(2)本文イ）。

## 2 併存的債務引受

### (1) 併存的債務引受の要件

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（民法第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。

○ 中間的な論点整理第15, 2(1)「併存的債務引受の要件」[54頁(127頁)]

併存的債務引受の要件については、必ずしも債権者、債務者及び引受人の三者間の合意を必要とせず、①債務者及び引受人の合意がある場合（ただし、債権者の承諾の要否が問題となる。）と、②債権者及び引受人の合意がある場合には、併存的債務引受をすることができるものとする方向で、更に検討してはどうか。

①の場合における債権者の承諾の要否については、第三者のためにする契約における受益の意思表示の見直し（後記第26, 1）や併存的債務引受の効果（どのような事由を絶対的効力事由とするか）（後記(2)）とも関連することに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第3, 2(1) [57頁]】

（補足説明）

- 1 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。そこで、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。
- 2 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（民法第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（民法第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（部会資料19-2第6, 2 [58頁]、中間的な論点整理第26, 1 [83頁(201頁)]）。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（大判大正15年3月25日民集5巻219頁）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。

## (2) 併存的債務引受の効果

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るが、どのように考えるか。

イ 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が、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。

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、民法第436条第2項の見直し（部会資料36 [17頁]）の結果を踏まえて検討するものとしてはどうか。

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。

○ 中間的な論点整理第15, 2(2)「併存的債務引受の効果」[55頁(128頁)]

併存的債務引受の効果については、①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が、連帯債務となることと、②債務者が有する抗弁を引受人が債権者に対して主張することができることを規定する方向で、連帯債務における絶対的効力事由の見直し（前記第11, 1(2)）との関係に留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、併存的債務引受がされた場合における求償権の有無について、第三者による弁済や保証における求償権の有無との関連に留意しつつ、検討してはどうか。

【部会資料9-2第3, 2(2) [59頁]】

(比較法)

・ユニドロワ国際商事契約原則第9.2.7条, 第9.2.8条

(補足説明)

- 1 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、①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や、②債務者が有する抗弁を引受人が主張できる範囲については、議論があるため、具体的な規定の在り方が問題となる。
- 2 ①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（最判昭和41年12月20日民集20巻10号2139頁）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、民法第434条から第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(部会資料36第1, 1(2)ウ[7頁])。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(部会資料36第2, 6[64頁])。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。もっとも、仮に連帯債務についての絶対的効力事由が限定されないのであれば、この点について、連帯債務とは異なるカテゴリー(不真正連帯債務)を設けることの要否を検討する必要があると思われる。この点については、多数当事者の債権及び債務に関する検討結果を踏まえて、さらに検討するものとしてはどうか。

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。

- 3 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。しかし、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（大判大正14年12月15日民集4巻710頁）。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。

なお、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、民法第436条第2項及びその見直しの検討結果（部会資料36第1, 1(2)ウ(カ)〔17頁〕）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、民法第436条第2項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。

- 4 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（民法第442条から第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（同法第459条から第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、後記(3)のように保証の規定が準用されるべき場合に限り、保証との整合性を図れば十分であると思われる。以上より、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。

### (3) 併存的債務引受と保証との関係

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。

保証の規定を準用する併存的債務引受の類型として、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考

え方があり得るが、どのように考えるか。

○ 中間的な論点整理第15, 2(3) [55頁(128頁)]

併存的債務引受と保証との関係については、併存的債務引受が保証人保護のための規定の潜脱に利用されることを防止するために規定を設ける方向で、具体的な規定の内容について、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第3, 2(2)(関連論点)[60頁]】

(補足説明)

- 1 併存的債務引受は、債務者の債務の履行を確保するためのものであるという点で保証と共通の機能を有していると言われている。もっとも、保証には、契約を書面で締結しなければならない(民法第446条第2項)という書面要件等の保証人保護の規定が設けられているが、併存的債務引受についてはこれらの保証人保護の規定が適用されないという違いがある。このため、保証における保証人保護の規定の適用を免れる意図で、併存的債務引受が利用される事態が生ずるのではないかとの懸念が示されている。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ことになるため、当事者が明確に併存的債務引受を意図していた場合には、保証の規定の適用を容易に免れることができるのである。また、当事者の意思が明確でない場合における保証と併存的債務引受との区別は困難であるとの指摘もある。
- 2 上記の問題意識に対応するために、二つの異なるアプローチからの立法提案が示されている。一つは、併存的債務引受の契約の趣旨が補充的に債務を負うものであった場合には、引受人が保証人となったものと推定する旨の規定を置くべきとするものである(参考資料2 [研究会試案]・169頁)。これは、保証と併存的債務引受との区別の基準によっても、いずれに該当するか確定できない場合の推定規定を設けることにより、基準が不明確であるという問題を克服しようとするものであると思われる。もう一つは、併存的債務引受の契約の目的が債務者の債務を保証するものであるときは、保証の規定を準用する旨の規定を置くとするものである(参考資料1 [検討委員会試案]・225頁)。これは、保証と併存的債務引受との区別の基準に従って判断した結果、併存的債務引受と判断されたものであっても、一定の類型のものについては、保証の規定を準用しようとするものである。

この点については、後者のアプローチを採用する方が、引受人の保護に資すると考えられる。すなわち、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る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思われる。そこで、本文では、併存的債務引受のうち、一定の類型について保証の規定を準用するア

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場合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。

- 4 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、民法第446条第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。

### 3 免責的債務引受

#### (1) 免責的債務引受の要件

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。

○ 中間的な論点整理第15, 3(1)「免責的債務引受の要件」[55頁(129頁)]

免責的債務引受の要件については、必ずしも債権者、債務者及び引受人の三者間の合意を必要とせず、①債務者及び引受人の合意がある場合（債権者が承認した場合に限る。）と、②債権者及び引受人の合意がある場合（ただし、債務者の意思に反しないことの要否が問題となる。）には、免責的債務引受をすることができるものとする方向で、更に検討してはどうか。

②の場合における債務者の意思に反しないことの要否については、免責的債務引受の法的性質を併存的債務引受に債権者による免除の意思表示が付加されたものと見るかどうかと関連することや、第三者による弁済（後記第17, 2(2)）や免除（後記第20, 1）等の利益を受ける者の意思の尊重の要否が問題となる民法上

の制度間の整合性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第3, 3(1) [61頁]】

(比較法)

- ・ドイツ民法第414条, 第415条, 第416条
- ・ユニドロワ国際商事契約原則第9.2.1条, 第9.2.3条, 第9.2.4条, 第9.2.5条
- ・ヨーロッパ契約法原則第12:101条

(補足説明)

- 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（大判大正10年5月9日民録27輯899頁）は、第三者の弁済（民法第474条）や債務者の交替による更改（同法第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第519条の要件の見直し（中間的な論点整理第20, 1 [72頁 (170頁)]）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（参考資料1 [検討委員会試案]・225頁，参考資料2 [研究会試案]・169頁）。

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（その詳細は後記(2)本文イ参照）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。

## (2) 免責的債務引受の効果

- 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。
- イ 免責的債務引受における前記(1)アの免除については、民法第437条が適用されず、引受人には免除の効力が及ばないこととなり、かつ、引受人は債務者に対して求償することができなくな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。
- ウ 免責的債務引受の当事者は、従前の債務者の債務に設定されていた担保を、引受人が負担する債務を担保するものに移転させることができるが、その担保が引受人以外の一定の者が設定したものである場合には、設定者

の承諾を得なければならない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。

上記の考え方において、設定者の承諾を得なければならない担保の範囲については、免責的債務引受の当事者となり得る者以外の第三者が設定したもののほか、債務者が設定したものを含むか否かについて、以下のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 債務者が設定したものを含むものとする。

【乙案】 債務者が設定したものを含まないものとする。

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
- 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
- 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

○ 中間的な論点整理第15, 3(2)「免責的債務引受の効果」[55頁(130頁)]

免責的債務引受の効果については、①原債務に設定されている担保が引受人の債務を担保するものとして移転するか、それとも消滅するか、②債権者の承認を要する場合における債務引受の効力発生時期、③債務者の有する抗弁事由の引受人による主張の可否に関して、それぞれどのような内容の規定を設けるべきかについて、更に検討してはどうか。

また、引受人の債務者に対する求償権の有無に関する規定の要否について、検討してはどうか。

【部会資料9-2第3, 3(2) [64頁]】

(比較法)

- ・ドイツ民法第417条, 第418条
- ・ユニドロワ国際商事契約原則第9.2.7条, 第9.2.8条
- ・ヨーロッパ契約法原則第12:102条

(補足説明)

- 1 免責的債務引受の効果に関しては、①免責的債務引受の効力発生時期、②免責的債務引受がされた場合における引受人の求償権の有無、③債務者が従前から負担している債務に設定された担保の帰すう、④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が問題となるので、この点を明確にする規定を設けることが検討課題となる。

- 2 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、民法第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。

- 3 ②免責的債務引受がされた場合における引受人の求償権の有無について、第13回会議では、当事者間に合意がない場合の任意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。

この点について、併存的債務引受の合意によって債務者と引受人が連帯債務者となり（前記2(2)ア参照）、そのうち債務者についてのみ免除の意思表示がされることによって免責的債務引受が成立するという構成（前記(1)ア参照）を前提とすると、求償関係についても連帯債務に関する規定が適用されることになるため、形式的には民法第437条も適用されることとなる。しかし、同条が適用されると、債務者の負担部分について引受人にも免除の効力が生ずることとなるが、これは免責的債務引受をした趣旨に反するのが通常である。そこで、免責的債務引受における免除については、同条の規定が適用されない旨の特則を設ける必要があり、かつ、引受人の承諾を要件とした上で（前記(1)イ参照）、この免除によって引受人は債務者に対して求償することができなくなる旨の規定を設ける必要がある（参考資料1 [検討委員会試案]・226頁）。本文イは、このことを提案するものである。

これに対しては、免責的債務引受によって、債務者と引受人との間の求償関係まで免責するのは適当ではないという批判があり得るが、あくまでも任意規定の提案であるから、求償関係に関する当事者間の合意がない場合の規律として何が標準的かという観点から検討することが必要であると思われる。

- 4 ③債務者が従前から負担している債務に設定された担保の帰すうについては、担保設定者が債務者であるか、債務者以外の第三者であるかによって、帰結が異なり得る。

このうち、債務者以外の第三者が担保設定者である場合には、判例（最判昭和46年3月18日判時623号71頁）は、担保設定者の承諾がない限り担保が

移転しないとしており、この点について特に異論は見られない。

他方、債務者が担保設定者である場合における担保の帰すうについては、様々な見解が対立している。具体的には、引受人の債務を担保するものとして存続するという見解、消滅するという見解のほか、債務者と引受人の合意による債務引受の場合には引受人の債務を担保するものとして存続し、債権者と引受人の合意による債務引受の場合には消滅するという見解が主張されている。この点に関する具体的な立法提案も、担保の移転の要件として、債務者の承諾を不要とするもの（参考資料1 [検討委員会試案]・226頁）と、債務者の承諾を必要とするもの（参考資料2 [研究会試案]・170頁）の双方が示されているところである。そこで、本文ウ第2パラグラフでは、甲案として債務者の承諾を必要とする考え方を、乙案として債務者の承諾を不要とする考え方をそれぞれ提案している。免責的債務引受の成立に債務者の意思的関与が必要な制度となっているのであれば、この問題についての債務者の承諾は不要としてよいように思われるので、債務者の意思に反する免責的債務引受を認めるかという問題（免除を単独の意思表示としている民法第519条の要件の見直し（中間的な論点整理第20, 1 [72頁（170頁）]）の問題）との関係にも留意する必要がある。

なお、債務者が設定した担保の移転に債務者の承諾を必要とする考え方の中には、債務者が担保を設定していた財産権を引受人が譲り受けたときには、担保は当然に存続する旨の規定を設けることを提案するものがある（野澤正充『契約当事者の地位の移転』の立法論的考察(1) 立教法務研究第1号・25頁）。この場合には担保の存続を認めても不都合がないということを理由とするものであるが、このように詳細な場合分けをすることの是非、財産権の譲受けが債務引受と同時になければならないのか、債務引受後の財産権の譲受けにも適用されるのかなどの問題について、更なる検討の必要性があるように思われる。

なお、本文ウは、保証については、当然に消滅することを前提として、規定を設けないことを提案するものである。保証以外の担保については、後順位担保権者などとの関係で、担保が債務引受前のまま移転することを確認する規定を設けることが必要であるが、保証の場合には、このような要請がなく、債務引受後に必要に応じて、改めて保証人との間で保証契約を締結することが望ましいという判断に基づくものである。

- 5 ④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が、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。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。

本文エは、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。

#### 4 その他の債務引受に関連する論点

##### (1) 将来債務引受

将来債務の債務引受については、規定を設けないものとしてはどうか。

○ 中間的な論点整理第15, 4(1)「将来債務引受に関する規定の要否」[56頁(139頁)]

将来債務の債務引受が有効であることやその要件に関する明文の規定を設けるかどうかについて、検討してはどうか。

(補足説明)

債務引受は、既発生 of 債務のみならず、将来発生すべき債務についても可能であることについては異論がなく、実務でも重要な役割を果たしているとの指摘がある。この点については、第13回会議において、将来債務引受が可能であることを明らかにする明文の規定を設けるべきであるとの意見があったことから、検討課題とされたものである。

将来債務引受に関する規定を設ける場合には、将来債務引受の要件と、将来債務引受の効力に関する限界の有無が問題になる。

将来債務引受の要件について、第13回会議において、他の債務と区別することができる程度 of 特定性があればよく、引受けの対象となる債務が特定されている限り、債権者が特定されていない債務や債務者が特定されていない債務についても債務引受が可能であることを明記すべきであるという意見があった。この意見は、一つの考え方として参考になると思われるが、債務者を特定しないで行われる将来債務の併存的債務引受のように、引受人が引受当時に予想できないようなリスクを負担するおそれがあるものであっても認められるかということについては慎重に検討しなければならないと思われる。しかし、現段階では、この点について議論が深まっているとは言い難い。

また、将来債務引受が無制限に認められると、引受人が過剰な債務を負担させられる事態があり得ることを踏まえると、要件の問題とは別に、将来債権譲渡とは異なる観点からの効力の限界が認められるべきではないかと思われる。しかし、この点についても現状では議論が十分であるとは言えない。

以上のような状況を踏まえると、具体的な規定を設けるためには更なる議論の集積を待つ必要があるように思われるため、本文では、将来債務引受に関する規定を設けることを見送ることを提案している。

##### (2) 履行引受

履行引受に関する規定の要否については、債務者と第三者との間で履行引受の合意をすることができ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。

○ 中間的な論点整理第15, 4(2)「履行引受に関する規定の要否」[56頁(131頁)]

履行引受に関する明文の規定を設けるべきであるという考え方の当否について、その実務的な利用状況にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第1, 5(1)(関連論点)[56頁]】

(補足説明)

債務引受と隣接するが異なる概念として、履行引受の合意が可能であることは既に認められている。履行引受が債務引受と異なる点としては、①債務者と引受人との合意のみによって成立し、債権者の関与が不要である点や、②債権者が引受人に対して、直接、債務の履行を請求することができないという点が挙げられている。そこで、債務引受とは別に履行引受についての規定を設けることの当否が検討課題となる。

この点についての規定を設ける場合には、その具体的な内容が問題となるが、引受人が債務者に代わって債務者の債務を履行することについて、債務者と第三者との間で合意することができるということを規定するにとどまると思われる。すなわち、このような規定が設けられることにより、この合意の効力が債権者に対して及ばず、債権者が引受人に対して履行を請求できないことも当然に導かれる。本文は、このような規定を設けることを提案するものである。

もっとも、本文で提案する規定は、弁済をしようとする第三者と債務者との間で単に第三者弁済の契約をすることができるという当然のことを規定しているだけである。また、この合意によって債務者の意思に反して第三者弁済する地位(民法第474条第2項参照)を取得するわけではないことにも留意する必要がある。以上を考慮すると、この規定を置くことが必ずしも有用とは言えないという批判もあり得る。第13回会議では、履行引受が実務で用いられていることは認めつつも、このような規定まで設ける必要はないという意見があった。

### (3) 債務引受と両立しない関係にある第三者との法律関係の明確化

債務引受と両立しない関係にある第三者との法律関係を定める規定は、設けないものとしてはどうか。

○ 中間的な論点整理第15, 4(3)「債務引受と両立しない関係にある第三者との法律関係の明確化のための規定の要否」[56頁(132頁)]

債務引受と両立しない関係にある第三者との法律関係を明確にする規定の要否について、具体的にどのような場面が問題となり得るのか検討する必要があるとの指摘があり、これに対して、①将来発生する債務について差押えがされた場合にお

ける差押えと免責的債務引受との関係や、②債権が譲渡された後に、当該債権について譲渡人との間の合意により債務引受がされ、その後債権譲渡について第三者対抗要件が具備された場合における、債権譲渡と債務引受との関係等が問題になり得るとの意見があったことを踏まえつつ、検討してはどうか。

(補足説明)

債務引受の当事者である債権者、債務者及び引受人と、差押債権者等の当事者以外の第三者との関係が問題となる場面が生じ得るということが指摘されている。第13回会議では、具体例として、①将来発生する債務について、免責的債務引受がされた後に当該債務が差し押さえられた場合の、差押えと免責的債務引受との関係が必ずしも明らかではないことや(部会資料10-2[74頁]参照)、②債権が譲渡された後に、当該債権について債権の譲渡人と引受人との間で免責的債務引受がされ、その後、債権譲渡について第三者対抗要件が具備された上で(債務者対抗要件は債務者に対してのみ具備されたことが前提)、引受人が譲渡人に対して弁済した場合に、債務者が当該弁済の効力を債権の譲受人に主張することができるか明確ではないという点が挙げられた。その上で、この問題を明確にするための規定を設けるべきであるという意見があった。

上記のような意見の背景には、併存的債務引受の方法による一括決済システムが利用される場面などでは、実際に上記のような問題が生じ得るという問題意識がある。しかし、上記の①②のような問題についてどのような結論が妥当であるかという点や、その結論を導く理論構成について、参考となる判例は見当たらず、これまで十分に議論が深まっているとは言い難い。また、この点については、具体的な立法提案も示されていない。

以上を踏まえ、本文では、この点については規定を設けることを見送り、解釈に委ねることを提案している。

## 第2 契約上の地位の移転

### 1 契約上の地位の移転に関する規定

契約上の地位の移転に関する規定を設けるものとしてはどうか。

○ 中間的な論点整理第16, 1「総論(契約上の地位の移転(譲渡)に関する規定の要否)」[56頁(132頁)]

民法には契約上の地位の移転(譲渡)に関する規定が設けられていないが、これが可能であることについては、判例・学説上、異論がないと言われていることから、その要件・効果等を明確にするために明文の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第4, 1[67頁]】

(比較法)

- ・フランス民法改正草案(カタラ草案)第1165の4条, 第1165の5条
- ・フランス民法改正草案(司法省草案)第148条
- ・ユニドロワ国際商事契約原則第9.3.1条
- ・ヨーロッパ契約法原則第12:201条

(補足説明)

- 1 契約当事者の一方(譲渡人)と第三者(譲受人)との間の合意によって, 当該契約当事者の契約上の地位を移転させることができることについては, 民法に規定はないものの, 現在ではほとんど異論なく認められていると言われている。このような合意には, 個々の債権債務のみならず, 解除権等の形成権も第三者に移転させることができるという機能が認められており, 特に賃貸借契約などの継続的契約において, 当事者の一方の変更にもかかわらず, 将来に向かって契約の効力を存続させることができる有用な法技術として, 実務上広く用いられている。そこで, 民法にこの法技術についての明文の規定を設けることが検討課題となる。

なお, この法技術の呼称については, 契約上の地位の移転, 契約上の地位の譲渡, 契約譲渡又は契約引受などとするものがあり, 必ずしも統一されているわけではない。呼称の違いは, この法技術の構造等に関する理解の違いを反映するところもあると思われるが, ここでは差し当たり, 契約上の地位の移転という呼称を用いることとする。

- 2 契約上の地位の移転に関する規定を設けることについては, 積極的に支持する意見がある一方で, 契約の相手方の承諾が不要となる契約類型を具体的に規定するのではなく, 規定を設ける意義が乏しいとする意見がある。しかし, 契約上の地位の移転が現在の実務で果たしている役割の重要性を踏まえると, ある程度は抽象的な規定にとどまらざるを得ないとしても, 全てを解釈に委ねるべきではなく, 可能な限り法文化することにより, 債権譲渡・債務引受とは別に契約上の地位そのものを移転させることができることを明らかにすることには, 十分に意義があると思われる。また, 民法に置かれた規定を足がかりとして, 破産法等の特別法に特則が置かれることも考えられるという指摘もある。

以上のような考慮を踏まえ, 本文では, 契約上の地位の移転についての規定を設けることを提案している。

- 3 契約上の地位の移転についての規定を設ける場合の方針として, 契約上の地位又はそれを含む財産の特定承継による契約上の地位の移転だけを規定の対象とし, 会社分割や合併のような包括承継に伴う契約上の地位の移転を対象としないことについては, 異論が少ないと思われる。その上で, 民法に設ける一般規定の適用範囲については, 特定の財産の譲渡に伴い契約上の地位が移転する場合と, 契約上の地位の移転の合意のみに基づいて契約上の地位が移転する場合とを区別した上で, 後者のみを一般規定の適用対象とし, 前者については個別の法領域の規定に委ねるべきであるという考え方が提示されている(前掲野澤論文・26頁)。この考え方は, 特定

の財産の譲渡に伴う契約上の地位の移転の例として、事業譲渡や不動産の譲渡に伴う契約上の地位の移転を挙げた上で、要件（契約の相手方の承諾の要否）、効果（譲渡人の契約からの離脱の可否）及び対抗要件の在り方などが、それ以外の合意による契約上の地位の移転とは異なるために、両者を区別して規定を設けるべきであるとする。そして、特定の財産の譲渡に伴う契約上の地位の移転については、通常、個別の法領域に特別の規定が置かれているので、それに委ねることとして、一般規定としては、それ以外の合意による契約上の地位の移転についてのみ規定を設けることを提案するものである。

この考え方は、契約上の地位の移転についての分析の視点として重要なものを提示していると言えるが、特定の財産の譲渡に伴う契約上の地位の移転というカテゴリーを類型化することについて疑問が呈されていることに留意する必要がある。例えば、第13回会議では、損害保険契約の目的物の譲渡に伴って、相手方である保険会社の承諾なく契約上の地位が目的物の譲受人に移転するとしていた旧商法第650条の規定について、実務では目的物の所有権の移転に伴い保険契約が終了するという認識が一般的であり、契約実務でも地位の移転には保険会社の承諾を必要とする旨の約定がされていたことを理由として、保険法の制定時に同規定が削除されたという経緯の指摘があった。これは、保険目的物の移転に伴う保険契約上の地位の移転については、不動産の譲渡に伴う賃貸借契約の帰すうについての判例等の考え方とは異なる考え方が採られていることを示していると言える。また、上記の考え方は、特定の財産の譲渡に伴う契約上の地位の移転の例として、事業譲渡に伴う労働契約の地位の移転を挙げて、この場合に労働者の承諾が不要であるとするが、この点については、労働者保護の観点から、労働契約上の地位の移転には労働者の承諾が必要であるという見解が一般的であるという意見も述べられた。このように、上記の考え方が、特定の財産の譲渡に伴う契約上の地位の移転を独立の類型として観念できることを示すために挙げている例について、統一的な要件・効果で規律することができないと指摘されていることからすると、これを類型化する考え方の当否について更なる検証が必要であるように思われ、現段階で立法論として採用することは困難であると言わざるを得ない。

以上を踏まえて、特定の財産の譲渡に伴う契約上の地位の移転とそれ以外の契約上の地位の移転とを区別し、後者のみを一般規定の適用範囲とするという考え方は採用しないことを前提として各論点についての検討を進めることとする。

## 2 契約上の地位の移転の要件

ア 契約上の地位の移転の要件については、契約当事者の一方（以下「譲渡人」という。）が第三者（以下「譲受人」という。）との間で契約上の地位を譲渡する旨の合意をし、その合意を契約の相手方が承諾することを要するのが原則である旨の規定を設けるものとしてはどうか。また、その例外として、譲渡の対象とされる契約の性質によって、契約の相手方の承諾を要しない場合がある旨の規定を設けるものとしてはどうか。

イ 契約の相手方が契約上の地位の移転を事前に承諾した場合における契約上の地位の移転の要件として、契約上の地位の移転の合意があったことについての譲渡人による契約の相手方に対する通知又は契約の相手方による了知の表示が必要である旨の規定を設けるべきであるという考え方があり得るが、どのように考えるか。

○ 中間的な論点整理第16, 2「契約上の地位の移転の要件」[56頁(133頁)]

契約上の地位の移転は、譲渡人、譲受人及び契約の相手方の三者間の合意がある場合だけではなく、譲渡人及び譲受人の合意がある場合にも認められ得るが、後者の場合には、原則として契約の相手方の承諾が必要とされている。しかし、例外的に契約の相手方の承諾を必要としない場合があることから、契約の相手方の承諾を必要としない場合の要件を具体的にどのように規定するかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第4, 2 [70頁]】

(比較法)

- ・フランス民法改正草案(カタラ草案)第1165の4条, 第1165の5条
- ・フランス民法改正草案(司法省草案)第148条
- ・ユニドロワ国際商事契約原則第9.3.3条, 第9.3.4条
- ・ヨーロッパ契約法原則第12:201条

(補足説明)

- 1 契約上の地位の移転の要件としては、譲渡人、譲受人及び契約の相手方の三者間の合意は必ずしも必要ではなく、譲渡人及び譲受人の合意に加えて、契約の相手方の承諾があればよいと考えられている。ここで契約の相手方の承諾が必要とされるのは、契約上の地位の移転が債務引受の要素を伴うことなどを理由とするものである。なお、ここでの契約の相手方の意思表示を表す用語として、「承諾」のほか「同意」(大判大正14年12月15日民集4巻710頁)を用いるものもある。この用語の選択の在り方は、契約の相手方の意思表示にどのような意味を持たせるかという点と関連すると思われるが、ここでは当面、「承諾」という用語を用いることで統一する。
- 2 もっとも、譲渡人と譲受人との間の合意に加えて、常に契約の相手方の承諾が要件として必要とされるわけではない。例えば、賃貸不動産が譲渡された場合における賃貸人の地位について、判例は、賃借人の承諾は不要であるとしており(最判昭和46年4月23日民集25巻3号388頁)、学説もこの結論を支持している。また、動産の賃貸人が、その動産を賃貸借契約上の地位とともに譲渡する場合にも、学説上、賃貸借契約上の地位の移転についての賃借人の承諾は不要であるという見解が示されている。

そこで、規定を設けるに当たっては、契約の相手方の承諾が例外的に不要となる場合についての具体的な規定の在り方が問題となる。

この点については、契約の性質上、相手方の承諾を要しないときは、譲渡人と譲受人の合意のみにより、譲受人は譲渡人の契約上の地位を承継する旨の規定を設けるべきであるとする具体的な立法提案が示されている（参考資料1 [検討委員会試案]・227頁）。これは、例外的に契約の相手方の承諾が不要とされる場合があることを条文上確認した上で、具体的にどのような場合に契約の相手方の承諾が不要となるかという点については、「契約の性質」の解釈に委ねるものである。

第13回会議では、上記の立法提案のような抽象的な規定しか設けられないのであれば、規定を設ける意義が乏しいという意見があった。しかし、民法には、契約や債権の「性質」によって例外が認められることだけを定める規定は複数存在する（民法第466条第1項ただし書、同法第474条第1項ただし書、第505条ただし書等）が、これらの規定が抽象的であって、問題であるという指摘は特に見当たらない。また、契約の相手方の承諾が不要である場合について、上記の立法提案よりも具体的な要件を設定することは困難であると思われ、実際、現在のところ、具体的な提案も特に示されていない。承諾が不要である場合が明らかではないという懸念については、必要に応じて、個別に、契約の相手方の承諾を不要とすることを明示する規定を設けること（中間的な論点整理第45、3(2)(3) [135頁、136頁(331頁、333頁)] 参照) などにより、規律の明確化を図ることを検討すべきである。以上の考慮に基づき、本文アは、契約上の地位の移転には原則として契約の相手方の承諾が必要であることと、契約の性質上、例外的に契約の相手方の承諾が不要となる場合がある旨の規定を設けることを提案するものである。

- 3 契約上の地位の移転における契約の相手方の承諾は、譲渡人と譲受人との間の合意の後にされる必要はなく、合意の前にされることでもよいという考え方を前提として、合意の前に契約の相手方が承諾した場合の契約上の地位の移転の要件として、契約上の地位の移転の合意があったことについての譲渡人による契約の相手方に対する通知又は契約の相手方による了知の表示が必要である旨の規定を設けるべきであるという考え方が示されている。これは、免責的債務引受について、事前に免除の意思表示があった場合の免責的債務引受の合意の効力を認める規定を設けるべきであるという考え方（前記第1、3(1)本文イ）と同様の問題意識に基づくものであると思われる。契約の相手方が事前に承諾した場合にも、契約上の地位の移転が可能であることを明確にすることが実務上望ましい旨の指摘があることを踏まえると、このような規定を設けることは有益であると考えられる。なお、ユニドロワ国際商事契約原則には、事前の承諾があった場合についての規定が設けられている（第9.3.4条）。

本文イでは、この規定を設けることを提案している。

### 3 契約上の地位の移転の効果

#### (1) 契約上の地位の移転の効力発生時期

契約上の地位の移転の効力発生時期について、契約上の地位の移転の合意後に契約の相手方の承諾がされた場合には、承諾の時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。また、前記2イの考え方を採用するのであれば、契約上の地位の移転の合意の前に契約の相手方の承諾がされた場合には、契約上の地位の移転の合意をしたことを譲渡人が契約の相手方に通知した時又は契約の相手方が移転の合意を了知した旨の表示をした時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。

(比較法)

・ユニドロワ国際商事契約原則第9. 3. 4条

(補足説明)

譲渡人と譲受人との合意によって契約上の地位が移転する場合には、原則として契約の相手方の承諾が必要であるが、その効力の発生時期については、承諾が事後的にされた場合は、承諾の時であるという見解が一般的である。他方、承諾が事前にされた場合については、これまで必ずしも明示的に議論がされてきたわけではないように思われるが、立法提案の中には、契約の相手方の事前の承諾によって契約上の地位の移転が可能である旨の規定を設けることを前提として（前記2本文イ参照）、その場合の効力発生時期について、契約上の地位の移転の合意があったことについての譲渡人による契約の相手方に対する通知又は契約の相手方による了知の表示があった時とする考え方が示されている（参考資料2 [研究会試案]・170頁、前掲野澤論文・26頁）。この考え方には、契約の相手方が、契約上の地位の移転について事前に承諾をしたものの、知らないうちに、契約上の地位が譲受人の下に移転するという事態が生ずることを防止し得るという意義があると考えられる。

本文は、この考え方を採用して、効力発生時期に関する規定を設けることを提案するものである。

#### (2) 契約上の地位の移転に伴う既発生 of 債権債務の移転

契約上の地位の移転に伴う既発生 of 債権債務の移転の有無に関する規定の要否について、以下のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 当事者間の合意がない限り、既発生 of 債権債務は移転しない旨の規定を設けるものとする。

【乙案】 規定を設けないものとする。

○ 中間的な論点整理第16, 3「契約上の地位の移転の効果等」[57頁(13

4頁]

契約上の地位の移転により、契約当事者の一方の地位が包括的に承継されることから、当該契約に基づく債権債務のほか、解除権、取消権等の形成権も譲受人に移転することになるが、契約上の地位の移転についての規定を設ける場合には、このほかの効果等として、①既発生の債権債務も譲受人に移転するか、②譲渡人の債務についての担保を、順位を維持しつつ移転させる方法、③契約上の地位の移転によって譲渡人が当然に免責されるか否かという点に関する規定の要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第4, 3 [72頁], 同(関連論点) [73頁]】

(補足説明)

契約上の地位の移転に伴い、当該契約に基づき将来発生する債権債務が移転することには特に異論が見られないものの、既発生 of 債権債務が当然に譲受人に移転するかという点については、必ずしも明らかでない。学説上は、既発生 of 債権債務は移転しないという見解のほか、契約解釈の問題であり一律には定まらないという見解などが主張されている。

この点について、第13回会議において、契約上の地位の移転に伴い移転の対象となる債権債務の範囲については、実務上、明示的な合意によって決められるのが通常であると指摘した上で、当事者間に合意がない場合には、移転しないと考えるべきであるという意見があった。具体的な立法提案にも、契約上の地位の移転に伴い既発生 of 債権債務が移転しないのが原則であることを明らかにすることを提案するものがある(前掲野澤論文・28頁)。これらを踏まえて、本文の甲案では、既発生 of 債権債務は移転しない旨の任意規定を設けることを提案している。

これに対して、継続的契約の契約上の地位の移転については、移転の対象が将来発生する債権債務に限られることが多いが、継続的契約以外の契約上の地位の移転では既発生 of 債権債務を移転させることが少なくないという指摘がある。例えば、コミットメントライン契約ではない金銭消費貸借契約においては、債権譲渡の譲受人に契約条項を承継させるために契約上の地位の移転が用いられることが多いため、契約上の地位とともに既発生 of 債権債務が移転するのが通常であると言われている。このように、契約上の地位の移転については、移転の対象となる契約の種類や、契約上の地位の移転の利用目的によって標準的な譲渡契約の内容が異なり得るとして、契約上の地位の移転一般に妥当する任意規定を設けることは困難であるという意見がある。このような意見を踏まえて、本文の乙案は、既発生 of 債権債務の移転の有無に関する規定を設けず、解釈に委ねることを提案している。

### (3) 契約上の地位の移転に伴う担保の移転

譲渡人が契約の相手方に対して負う債務に設定された担保の移転の有無について、免責的債務引受における債務者が従前から負担している債務に設定

された担保の移転に関する規定と同内容の規定(前記第1, 3(2)本文ウ参照)を設けるといふ考え方があり得るが、どのように考えるか。

○ 中間的な論点整理第16, 3「契約上の地位の移転の効果等」[57頁(134頁)]

契約上の地位の移転により、契約当事者の一方の地位が包括的に承継されることから、当該契約に基づく債権債務のほか、解除権、取消権等の形成権も譲受人に移転することになるが、契約上の地位の移転についての規定を設ける場合には、このほかの効果等として、①既発生の債権債務も譲受人に移転するか、②譲渡人の債務についての担保を、順位を維持しつつ移転させる方法、③契約上の地位の移転によって譲渡人が当然に免責されるか否かという点に関する規定の要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第4, 3[72頁], 同(関連論点)[73頁]】

(比較法)

・ユニドロワ国際商事契約原則第9. 3. 7条

(補足説明)

契約上の地位に基づき譲渡人が負担する債務のために担保が設定されていた場合には、当該契約上の地位が移転しても当該担保は当然には移転しないと考えられる。しかし、この点については、契約上の地位の移転が当事者の交替にもかかわらず契約関係を継続させるための制度であることから、地位の移転後の譲受人の債務のためにも、従前と同順位の担保が承継されることが望ましいという指摘がある。

このような問題意識から、免責的債務引受の場合の債務者が従前から負担している債務の担保の移転に関する規律(前記第1, 3(2)本文ウ参照)を参照しつつ、契約上の地位の移転に伴う担保の移転に関する規定を設けるべきであるという考え方が提示されている(参考資料1[検討委員会試案]・228頁, 参考資料2[研究会試案]・170頁)。本文では、この点についての規定を設けることを提案しているが、具体的な規律の在り方は、免責的債務引受の場合の債務者が従前から負担している債務の担保の移転についての規律と併せて検討する必要がある。

#### (4) 契約上の地位の移転による譲渡人の免責

契約上の地位の移転による譲渡人の免責の可否に関する規定の要否について、以下のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 契約上の地位の移転の合意がされた場合に、契約の相手方が譲渡人を免責しなければ、譲渡人と譲受人は、契約の相手方に対して、連帯して債務を弁済する責任を負う旨の規定を設けるものとする。

【乙案】 契約上の地位の移転の合意がされ、契約の相手方が移転について

承諾した場合には、譲渡人は免責される旨の規定を設けるものとする。

○ 中間的な論点整理第16, 3「契約上の地位の移転の効果等」[57頁(134頁)]

契約上の地位の移転により、契約当事者の一方の地位が包括的に承継されることから、当該契約に基づく債権債務のほか、解除権、取消権等の形成権も譲受人に移転することになるが、契約上の地位の移転についての規定を設ける場合には、このほかの効果等として、①既発生 of 債権債務も譲受人に移転するか、②譲渡人の債務についての担保を、順位を維持しつつ移転させる方法、③契約上の地位の移転によって譲渡人が当然に免責されるか否かという点に関する規定の要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第4, 3 [72頁], 同(関連論点) [73頁]】

(比較法)

- ・フランス民法改正草案(カタラ草案)第1165の5条
- ・ユニドロワ国際商事契約原則第9. 3. 5条
- ・ヨーロッパ契約法原則第12:201条

(補足説明)

契約上の地位が移転された場合に、譲渡人が当然に免責されるか否かについては、争いがある。この争いは、契約上の地位の移転の構造に関する理解の違いに起因するものである。

この点については、契約上の地位の移転とは、これによって譲渡人が当然に免責されるということを含意するものではなく、譲渡人と譲受人とが併存的に契約上の責任を負うこともあり得るという理解に基づき、契約上の地位の移転の要件として、契約の相手方の承諾とは別に、譲渡人を免責する旨の相手方の意思表示が必要であり、免責の意思表示がされない場合には、譲渡人と譲受人が併存的に責任を負うとする見解がある。この見解も、実際上は、譲渡人と譲受人との間の合意の後に契約上の地位の移転についての相手方の承諾がされる場合には、免責の意思表示もあつたと解されるのが通常であるとするのであるが、例えば、契約上の地位の移転の要件としての承諾が不要である場合には、別途、契約の相手方による免責の意思表示の有無が問題となり得るとする。本文の甲案は、このような見解を採用し、契約上の地位の移転の合意がされた場合に、契約の譲渡人が免責されるためには、相手方の免責の意思表示が必要である旨の規定を設けることを提案するものである。

他方、契約上の地位の移転とは、契約上の地位が同一性を保ったまま譲受人に移転することを表す概念であるという理解を前提として、譲渡人の下に債務が残るということを契約上の地位の移転の効果として理解するのは困難であるという指摘がある。すなわち、契約上の地位の移転の合意があつた場合に、譲渡人が譲受人と連帯して責任を負うのであれば、それは、契約上の地位の移転の効果ではなく、新た

な債務引受や保証契約の効果であるというものである。このような指摘を踏まえ、本文の乙案では、契約上の地位の移転に伴って、譲渡人は免責されるのが原則である旨の規定を設けることを提案している。もっとも、上記の通り、契約上の地位の移転という概念に、当然に譲渡人の免責が含意されているという理解を前提とすると、わざわざこの点について規定を設けて明らかにする必要はないという考え方もあり得るところであり、立法提案の中にはこの考え方を採用するものがある。

#### 4 対抗要件制度

契約上の地位の移転一般に関する対抗要件制度は、設けないものとしてはどうか。

○中間的な論点整理第16, 4「対抗要件制度」[57頁(134頁)]

契約上の地位の移転の対抗要件制度については、その制度を創設する必要性を指摘する意見がある一方で、これを疑問視する意見があるほか、契約上の地位の移転一般について、二重譲渡の優劣を対抗要件具備の先後によって決することの可否や、多様な契約類型に対応可能な対抗要件制度を具体的に構想することの可否が問題となるとの指摘がある。そこで、これらの意見に留意しつつ、対抗要件制度を創設するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第4, 4 [74頁]】

(補足説明)

- 1 契約上の地位の移転がされた場合に、当該地位の移転についての対抗要件を具備しなければ、当該地位の移転という効果を第三者に対抗することができないかという点については、学説上争いがある。また、判例は、契約上の地位の移転における対抗要件の要否について、移転の対象となっている契約の種類によって異なる判断をしていると指摘されている。具体的には、①ゴルフ会員権の譲渡について、譲渡人が確定日付のある証書により相手方に通知し、又は相手方が確定日付のある証書により承諾することが必要であるとしたもの(最判平成8年7月12日民集50巻7号1918頁)、②貸借権(転貸人の地位)の譲渡について、転借人に対する通知又は転借人の承諾が必要であるとしたもの(最判昭和51年6月21日判時835号67頁)、③賃貸人の地位の移転について、登記を経由しなければ、賃貸人たる地位を主張することができないとし(最判昭和49年3月19日民集28巻2号325頁等)、登記を具備している場合には、賃貸人たる地位の移転について、賃借人に通知する必要はないとしたもの(最判昭和33年9月18日民集12巻13号2040頁)などが、例として挙げられている(詳細は部会資料9-2[74頁参照])。

このように判例・学説が不明確である状況を踏まえて、立法論として、契約上の地位の移転一般に関する対抗要件制度の創設を検討すべきであるという意見がある。第13回会議でも、このような対抗要件制度を創設することに賛成する意見があった。

2 契約上の地位の移転一般についての対抗要件制度の創設を検討するに当たっては、①契約上の地位の移転が競合し、対抗要件具備の先後によってその優劣を決すべき場面や、②契約上の地位の移転の対抗要件と個別財産の物権変動・債権譲渡の対抗要件との関係が問題となる場面のほか、③具体的な対抗要件制度の在り方が、検討課題になると思われる。

①については、契約上の地位の移転の対抗要件を創設すべきであるという立場からは、契約上の地位の移転が競合する場合一般について、対抗要件具備の先後によってその優劣を決する必要があるという意見があるが、これに対しては、契約上の地位には、対抗関係で処理することに適する財産権に近いものもあれば、契約当事者間の人的結び付きが強いために、対抗関係で処理することになじまないものも多いという指摘がある。契約上の地位の移転が、特に継続的契約について、当事者の交替にかかわらず将来に向けて契約関係を継続するために利用されることが多いという指摘を踏まえると、契約当事者間の人的結び付きが強い契約における地位の移転については、契約の相手方の意思を尊重する観点から、契約の相手方の承諾の先後によって優劣を決することができる制度とすることが望ましいという意見がある。また、例えば、不特定物を継続的に売買する契約の契約上の地位が複数の譲受人に譲渡された場合に、契約の相手方が全ての譲渡について承諾したときには、複数の譲受人がいずれも契約上の地位を取得することがあり得るとの指摘もあり、この場合も、対抗要件具備の先後によって優劣関係を決するという処理に適さないと言える。

②については、契約上の地位の移転一般に対抗要件制度を創設すべきであるという立場からは、契約上の地位の移転の対抗要件と個別の債権譲渡の対抗要件の具備の先後によって、その優劣を決すべきであるという見解が示されている。しかし、債権譲渡の譲受人と契約上の地位の譲受人の関係に関する考え方如何によっては、両者の関係は必ずしも対抗要件具備の先後によって決せられることにはならない（部会資料37第1、4(3)[56頁]参照）。また、例えば、貸付債権と、当該貸付債権を発生させる金銭消費貸借契約上の地位が、別々の譲受人に譲渡され、債権の譲受人と契約上の地位の譲受人がそれぞれの対抗要件を具備した場合には、通常、債権の帰属が争われているのだから、債権譲渡の対抗要件具備の先後によって優劣を決するのが簡明であるという意見がある。

③については、契約上の地位の移転には、賃貸借契約上の地位の移転、ゴルフ会員権の譲渡、事業譲渡に伴う契約上の地位の移転など、様々な類型があり、それぞれの類型に応じて考慮要素が異なるため、契約上の地位の移転の一般規定としての対抗要件として有意なものを創設することができるかという問題がある。この点について、契約上の地位の移転を特定の財産の譲渡に伴い移転するものと、契約上の地位の移転の合意によって移転するものに分類した上で、契約上の地位の移転の合意による移転については、民法第467条に準じて対抗要件を具備することを要するものとし、他方、特定の財産の承継に伴う移転については、当該財産の移転に関する第三者対抗要件の具備を要するとするか、又は規定を設けない（解釈に委ねる）

といった考え方が、それぞれ提示されている。しかし、前記1（補足説明）3のとおり、ここでは上記のような分類に基づき立法する立場を採用しないことを前提としているため、この考え方を採用することは困難である。また、現在のところ、この他に具体的な立法提案は示されていない。

以上の①から③までにに関する検討結果を踏まえると、契約上の地位の移転一般についての対抗要件制度を創設することは困難であるように思われる。そこで、本文では、対抗要件制度を創設しないことを提案することとした。

- 3 なお、契約上の地位の移転一般についての対抗要件制度を創設しないという考え方は、個別の契約類型について契約上の地位の移転の対抗要件を観念することを妨げるものではない。例えば、不動産の賃貸借契約上の賃貸人の地位の移転について、賃貸人が不動産の登記を具備しなければ、賃借人に対して地位の移転を対抗できないというルール<sup>136</sup>の明文化が検討対象とされている（中間的な論点整理第45、4(3) [136頁（333頁）]）が、この問題を契約上の地位の移転に関する対抗要件の問題として捉える見解も主張されている。このほかにも、契約上の地位の移転が競合することが想定され、対抗関係で処理することが適切な契約類型があれば、別途、対抗要件の在り方を検討すべきであると思われる。

## 〔ドイツ民法〕

## (債務引受)

ドイツ民法 (BGB) は、債務引受に関する規定を第 4 1 4 条から第 4 1 8 条までにおいて定めているが、これらは免責的債務引受に関する規定であり、併存的債務引受に関する規定は置かれていない。もっとも、契約自由の原則 (第 3 1 1 条第 1 項) に従って、合意によって併存的債務引受を行うことは問題なく認められている。

併存的債務引受については、①債権者と引受人の間の合意によって行う方法 (第 4 1 4 条と同様の方法) と、②旧債務者と引受人の間で第三者のためにする契約を締結することによって行う方法とがある。併存的債務引受に際しては、債権者は利益を受けるだけであるため、免責的債務引受に関する第 4 1 5 条 (後掲) とは異なり、債権者の協力は必要とされていない (Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl. 2006, S. 367)。

## (契約上の地位の移転)

ドイツ民法 (BGB) は、賃貸人の地位の移転 (581 条) などに関する特別の規定を除き、契約譲渡に関する一般的規律を置いていないが、一般的な法律行為として、契約譲渡の効力は判例上認められている (BGHZ 95, 88)。

契約譲渡は、二当事者だけで行うことはできず、第三の当事者の関与が必要であるが、三面契約で行わなければならないわけではなく、二当事者の契約に対して第三の当事者が同意を与える方法によっても行うことができるとされている (Dieter Medicus, Schuldrecht I: Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2005, S. 284)。

## 第 4 1 4 条 (債権者と引受人の間の契約)

第三者は、債権者との契約により、旧債務者に代わって債務を引き受けることができる。

## 第 4 1 5 条 (債務者と引受人の間の契約)

- (1) 債務引受が第三者と債務者との間で合意されたときは、その効力は、債権者の追認によって生ずる。追認は、債務者または第三者が債権者に対し債務引受について通知した後に、することができる。追認が行われるまでは、当事者は、契約を変更しまたは破棄することができる。
- (2) 追認が拒絶されたときは、債務引受は行われなかったものと見なす。債務者または第三者が債権者に対し期間を定めて追認の意思表示の催告をしたときは、追認の意思表示は、その期間が経過するまでの間に限りすることができる。追認の意思表示が行われなときは、追認は拒絶されたものと見なす。
- (3) 債権者が追認するまでの間は、当事者の意思が明らかでないときは、引受人は、債権者に適時に満足させる義務を、債権者に対して負う。債権者が追認を拒

絶したときも同様である。

#### 第416条（抵当債務の引受）

- (1) 不動産の取得者が譲渡人との契約によってその不動産に設定されている抵当権により担保された譲渡人の債務を引き受けたときは、譲渡人が債務引受について債権者に対し通知をした場合に限り、債権者は債務引受を追認することができる。通知の受領から6か月が経過したときは、債権者が譲渡人に対し債務引受を予め拒絶していない限り、追認がなされたものと見なす。第415条第2項第2文の規定は、適用しない。
- (2) 譲渡人による通知は、取得者が所有者として土地登記簿に登記された後でなければすることができない。通知は書面によって行われなければならない。また債権者が6か月以内に拒絶の意思表示をしない場合には引受人が旧債務者に代わる旨の記載を含まなければならない。
- (3) 譲渡人は、取得者の請求に基づいて、債権者に対し債務引受について通知しなければならない。追認の付与または拒絶が確定したときは、譲渡人は、直ちに取得者に対して通知しなければならない。

#### 第417条（引受人の抗弁）

- (1) 引受人は、債権者と旧債務者の間の法律関係から生じる抗弁を、債権者に対し対抗することができる。引受人は、旧債務者の有する債権を相殺に供することはできない。
- (2) 引受人は、債務引受の基礎となる引受人と旧債務者の間の法律関係から、債権者に対する抗弁を引き出すことができない。

#### 第418条（担保権及び優先権の消滅）

- (1) 債務引受により、債権のために設定された保証及び質権は消滅する。債権のために抵当権または船舶抵当権が存在するときは、債権者が抵当権または船舶抵当権を放棄した場合と同様となる。この規定は、保証人または債務引受の時点で担保目的物を所有する者が債務引受に同意したときは、適用しない。
- (2) 破産手続が開始した場合に債権に認められる優先権は、引受人の財産に関する破産手続においては主張することができない。

### 〔フランス民法〕

#### （債務引受）

フランスでは、債務引受に関する規定は民法典上存在しておらず、また近時の改正草案でも規定化は見送られている。

学説上も、債務引受の有効性については争いがある。肯定説は、旧債務者に対する債務免除を伴う完全引受と、債務免除を伴わない不完全引受という2つの態様において、債務の引受を認めている。否定説は、債務はそのコースと切り離して存在し得ないことや、債務の非譲渡性などを理由として挙げている。判例上も、債務の完全引受を認めたものは存在していない。その上で、否定説は、弁済者の指定、指図、債務者の交代による更改によって、債務引受に類似した効果を導くことは可能

であるとする。

(契約上の地位の移転)

フランスでも、契約譲渡に関する民法上の一般規定は存在しない。また、旧債務者に対する債務免除を伴う債務引受（いわゆる完全引受）を認めるかどうかについては学説上争いがあり、契約から離脱する当事者に対する債務免除を伴う契約譲渡を認めることについては否定する見解もなお少なくないが、そのような債務免除の効果を伴わない契約譲渡については、判例・学説ともにその有効性を一般的に承認している。

契約譲渡の法的性質およびその構成についても学説上様々な見解が主張され、古くは、債権譲渡と指図による債務の承継等に分解され得る個々の行為が結び付いたものとして理解されていた。これに対し、現在では、契約における当事者の地位の譲渡（cession de la qualité de contractant）として契約譲渡を特徴付け、単に債権・債務に関し移転の効果を生じるだけではなく、形成権等の契約当事者の地位と結び付いた諸権利をも移転させるものとして理解している（cf. Laurent Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, 1984）。

判例では、三当事者の合意による契約譲渡が認められており（Cass. com. 9 juin 1998, Bull. civ. IV, n° 155）、相手方の承諾（当初の契約において承諾を得ておくことも認められる）がある場合には譲渡人と譲受人の合意によって契約譲渡を行うこともできるとする（Cass. com. 6 mai 1997, Bull. civ. IV, n° 117）。また、契約譲渡に伴う債権の移転に関しては、債権譲渡の方式（1690 条）を具備する必要があるとされる（Cass. com. 7 juill. 1993, Bull. civ. III, n° 111）。

〔フランス民法改正草案（カタラ草案）〕

第 1 1 6 5 の 4 条

契約当事者は、相手方の明示または黙示の承諾なくして、契約当事者の地位に関し第三者に対して生存者間での譲渡を行うことはできない。

第 1 1 6 5 の 5 条

法律によって規定されているときは、この原則に対する例外をなす。

その場合を除き、会社の合併または分割および財産の一部出資のような、不可分一体となる取引操作に必要な要素をその契約が構成するときは、契約当事者の交代が行われる。

当事者の承諾なしに譲渡がなされたときは、反対の合意がない限り、その当事者は合理的な予告期間の後に契約から離脱する権利を有する。

〔フランス民法改正草案（司法省草案 2 0 0 8 年版）〕

第 1 4 8 条

契約当事者は、法律が認めている場合を除き、相手方の明示または黙示の承諾

なくして、契約当事者の地位に関し第三者に対して生存者間での譲渡を行うことはできない。

### 〔フランス民法改正草案（司法省草案2009年版）〕

#### 第116条

- (1) 契約当事者は、相手方の明示または黙示の承諾なくして、契約当事者の地位に関し第三者に対して生前譲渡を行うことができない。
- (2) 契約の譲渡は、譲渡の対象となる契約における他方当事者が明示的にこれを宣言した場合にのみ、譲渡人たる契約当事者を解放する。

### 〔ユニドロワ国際商事契約原則〕

#### 第9.2.1条（移転の態様）

金銭の支払またはその他の給付をすべき債務は、以下の各号のいずれかによって、ある者（「原債務者」）から他の者（「新債務者」）に移転することができる。

- (a) 第9.2.3条に従ってされた原債務者と新債務者の間の合意
- (b) 新債務者が債務を引き受ける旨の債権者と新債務者の間の合意

#### 第9.2.3条（移転に対する債権者の同意要件）

原債務者と新債務者の間の合意による債務の移転には、債権者の同意を要する。

#### 第9.2.4条（債権者の事前同意）

- (1) 債権者はその同意を事前に与えることができる。
- (2) 債権者が事前に同意を与えていたときは、債務の移転は、移転の通知が債権者に対してされた時、または債権者がこれを承認した時に効力を生ずる。

#### 第9.2.5条（原債務者の免責）

- (1) 債権者は原債務者を免責することができる。
- (2) 債権者は、新債務者が適切な履行をしない場合のために、原債務者を債務者として留めることもできる。
- (3) 前2項の場合を除き、原債務者と新債務者は連帯して債務を負う。

#### 第9.2.7条（抗弁と相殺権）

- (1) 新債務者は、債権者に対して、旧債務者が債権者に対して主張することができた全ての抗弁を主張することができる。
- (2) 新債務者は、原債務者が債権者に対して行使しえた相殺権を債権者に対して行使することができない。

#### 第9.2.8条（移転した債務にかかわる権利）

- (1) 債権者は、移転した債務に関し、支払またはその他の給付についての契約上のすべての権利を新債務者に対して主張することができる。
- (2) 原債務者が第9.2.5条(1)項によって免責される場合には、債務の履行のために新債務者以外の者によって提供されていた担保も消滅する。ただし、担保提供者が債権者のために担保を維持することに合意したときはこの限りではない。
- (3) 原債務者の免責は、債務の履行のために原債務者によって債権者に対して提供

されていた担保にも及ぶ。ただし、その担保が原債務者と新債務者の間の取引の一部として移転された財産に設定されているときはこの限りではない。

#### 第9.3.1条（定義）

「契約の譲渡」とは、ある者（「譲渡人」）から他の者（「譲受人」）に対する別の者（「相手方」）との契約から生ずる譲渡人の権利義務の合意による移転をいう。

#### 第9.3.3条（相手方の同意要件）

契約の譲渡には、相手方の同意を要する。

#### 第9.3.4条（相手方の事前同意）

- (1) 相手方はその同意を事前に与えることができる。
- (2) 相手方が事前に同意を与えていたときは、契約の譲渡は、譲渡の通知が相手方に対してされた時、または相手方がこれを承認した時に効力を生ずる。

#### 第9.3.5条（譲渡人の免責）

- (1) 相手方は譲渡人を免責することができる。
- (2) 相手方は、譲受人が適切な履行をしない場合のために、譲渡人を債務者として留めることもできる。
- (3) 前2項の場合を除き、譲渡人と譲受人は連帯して債務を負う。

#### 第9.3.6条（抗弁と相殺権）

- (1) 契約の譲渡が権利の譲渡を含む限りにおいて、第9.1.13条を準用する。
- (2) 契約の譲渡が債務の移転を含む限りにおいて、第9.2.7条を準用する。

#### 第9.3.7条（契約とともに移転する権利）

- (1) 契約の譲渡が権利の譲渡を含む限りにおいて、第9.1.14条を準用する。
- (2) 契約の譲渡が債務の移転を含む限りにおいて、第9.2.8条を準用する。

### 〔ヨーロッパ契約法原則〕

#### 第12:101条 債務者の交替

- (1) 第三者は、債権者と債務者との同意に基づいて、旧債務者を免責するものとして、旧債務者と交替することができる。
- (2) 債権者は、将来において交替が行われることを事前に同意することができる。  
この交替の効果は、新債務者と旧債務者間の合意に基づく新債務者からの通知が債権者になされたときに生じる。

#### 第12:102条 交替の抗弁と担保に関する効果（注：本条の訳については、内田貴 法務省参与により一部修正）

- (1) 新債務者は、債権者に対して、新債務者と旧債務者との間の関係から生じた権利や抗弁を援用することはできない。
- (2) 旧債務者の免責は、債務の履行に関して債権者に付与された旧債務者の担保にも及ぶ。但し、担保が、旧債務者と新債務者の間の取引の一部として新債務者に移転された財産を対象とするものであるときはこの限りでない
- (3) 旧債務者の免責によって、債務の履行に関して新債務者以外の者から付与された担保も、この者が債権者のために担保を供し続けることに同意しないかぎり、

解放される。

- (4) 新債務者は、債権者に対して、旧債務者が債権者に対し援用することができた抗弁のすべてを援用することができる。

#### 第12：201条 契約の譲渡

- (1) 契約当事者の一方は、第三者との間で、この第三者が契約の他方当事者と交替することを合意することができる。この場合、交替の効果は、他方当事者の同意の結果として、当初の当事者が免責される場合にのみ生じる。
- (2) 契約当事者としての第三者の交替が、履行請求権（債権）の譲渡を伴うかぎりにおいては、第11章の規定が適用される。また、債務が譲渡されるかぎりにおいては、本章第1節の規定が適用される。