

ドイツ法における 併存的債務引受概念に関する一考察 ——BGB成立期の学説を中心に——

Eine Überlegung über den Begriff der kumulativen
Schuldübernahme im deutschen Recht

大橋 エミ

OHASHI Emi

- I はじめに
- II BGB成立前
 - 1. 普通法上のInterzession
 - 2. Interzessionに基づく債務の種類
- III BGB成立後
 - 1. 連帯債務としての併存的債務引受
 - 2. 保証としての併存的債務引受
 - 3. 広い意味としての併存的債務引受
 - 4. 小括
- IV おわりに

I はじめに

(1) わが国における債務引受概念は、20世紀初頭にドイツ法から継受され¹、2017年の民法の一部を改正する法律(平成29年法律第44号)により明文化されるに至った。民法470条以下は、併存的債務引受及び免責的債務引受を並列して規定し、両債務引受を共通して債務負担の設定と構成する。そして、前者の場合には引受人は債務者と連帯して責任を負い、後者の場合には債務者が

1 野澤正充『契約譲渡の研究』(弘文堂、2002年) 35頁参照。

自己の債務から免れることになるとし、併存的債務引受を原則形態とみたうえで、この債務負担の設定に債権者による同意（免責の意思表示）が加われば、当該併存的債務引受が免責的債務引受として評価されると説明する²。このように、現行民法は、両債務引受を債務負担の設定という共通の土台を有するものとし、そのうえで、引受人が単独あるいは債務者とともに債務を負担するかどうかを基軸として、両者を区別する。

これに対して、母法であるドイツ法に目を向けると、ドイツ民法典（以下、BGBとする。）は、債務の特定承継を意味する免責的債務引受のみをBGB414条以下に規定し、一般的には同概念と対を成すとされる併存的債務引受は、条文上の概念としては位置づけられていない。

（2）本稿の検討課題との関係に必要な限りにおいて、現在のドイツ法における併存的債務引受概念の基本的理解を確認する。

上記で示したように、BGB414条以下は免責的債務引受のみを規定し、条文上の債務引受概念は、債務の特定承継による債務者の交替を意味する。もっとも、債務は、引受人が従前の債務者と並んで既存の債権債務関係に加わる方法によっても、引き受けることができる³。現在のドイツ法は、契約自由の原則に基づき、このような方法による債務の引受けを併存的債務引受と理解し、免責的債務引受と対を成す概念として説明している⁴。

併存的債務引受では、引受人は、自己の債務として、債権者に対して新たに債務を負うことになるため、引受人の行為は義務づけ行為（Verpflichtungsgeschäft）である⁵。したがって、処分行為（Verfügungsgeschäft）である免責的債務引受のよ

2 潮見佳男『新債権総論Ⅱ』（信山社、2017年）496頁、野澤正充「債務の引受け」山田誠一編『新注積民法(10)債権(3)』（有斐閣、2024年）107頁及び123頁。

3 Dirke Looschelders, in : Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, 2022, § 427, S. 711 f., Rn. 14; Susanne Heinemeyer, in : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3, Schuldrecht-AT II, 10. Aufl., 2025, § 414, S. 1688, Rn. 12.

4 Dieter Medicus/Stephan Lorenz, Schuldrecht I, AT, 22., neu bearbeitete Aufl., 2021, S. 412, § 67, Rn. 5.

5 Staudinger/Volker Rieble, a. a. O. (Fn. 3), § 414, S. 333, Rn. 31; Münchener/Heinemeyer, a. a. O. (Fn. 3), § 414, S. 1689, Rn. 14.

うに、併存的債務引受によって従前の債務者が自己の債務から解放されることはない。

また、併存的債務引受の主たる目的は、債権者に担保を提供することにある⁶。そのため、概念上の区別は明確であっても、実際の取引においては、併存的債務引受と同様の担保的機能を有する他の法制度、とりわけBGB765条の保証との関係が問題となる。両者の概念上の相違は、引受人が、義務づけ行為によって当該債務を自己の債務 (eigene Schuld) として負担するのに対し、保証人は、他人の債務 (fremde Schuld) すなわち主債務者の債務のために二次的に債務を負担する点にある。このように、併存的債務引受が成立するためには、引受人は、既存の債権債務関係との間に、当該債務を負担することについて直接かつ固有の利益を有している必要がある。併存的債務引受は書面を不要とすることから、このような概念上の区別は重要とされている⁷。

併存的債務引受の方法については、免責的債務引受の場合と同様に、三面契約による場合はもとより、債権者と引受人との契約又は債務者と引受人との契約によってもすることができる。後者の方法は、BGB328条の第三者のための契約であると解されている⁸。

最後に、併存的債務引受の効果として、債務者と引受人は、一般的にはBGB421条以下の連帯債務の関係に立つとされている⁹。引受人の債務は、その成立においてのみ付従性を有し、その後は、同425条1項に基づき、独立して存することになる。併存的債務引受に基づいて引受人が負担する債務について

6 Staudinger/Rieble, a. a. O. (Fn. 3), § 414, S. 333, Fn. 31; Münchener/Heinemeyer, a. a. O. (Fn. 3), § 414, S. 1688, Rn. 12.

7 Vgl. Jan Schürnbrand, Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorität, 2003, S. 26.

8 Knut Wolfgang Nörr/Robert Scheyhing, Die Schuldübernahme, in: Joachim Gernhuber (Hrsg.), Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen, Bd. 2, Knut Wolfgang Nörr/Robert Scheyhing/Wolfgang Pöggeler, Sukzession, 2., teilweise völlig neubearbeitete Aufl., § 29 III, S. 261; Schürnbrand, a. a. O. (Fn. 7), S. 21.

9 Scheyhing/Nörr, a. a. O. (Fn. 8), § 29 III, S. 264; Wolfhard Kohte, Die Stellung des Schuldbeitritts zwischen Bürgschaft und Schuldübernahme, in: JZ, 21/1990, S. 998; Staudinger/Looschelders, a. a. O. (Fn. 3), § 427, S. 712, Rn. 15; Münchener/Heinemeyer, a. a. O. (Fn. 3), § 414, S. 1692, Fn. 21.

は、次のような比喩によって説明される¹⁰。すなわち、併存的債務引受とは、「第三者〔筆者註：債権者〕にとって、最初の債務の写しを意味する。複写された時点では、原本と複写物の内容は、それぞれ別の用紙に印刷されてはいるものの、完全に同一である。しかし、複写後は、それぞれの用紙は別々に手を加えることができる」ようになる。

(3) 以上のように、現在のドイツ法では、併存的債務引受は、引受人が連帯して債務者とともに債務を負担するもの（義務づけ行為）であるのに対し、免責的債務引受は、債務者が負担する当該債務の移転（債務の特定承継かつ処分行為）による債務者の交替であると説明される。別言すれば、ドイツ法は、共通の土台を基礎として両債務引受を説明するのではなく、その法的構成及び効果の両面において区別して説明する。ここには、わが国の民法における債務引受という法制度全体の理解との間に、理論構造上の相違がみられる。

本稿は、この理論構造上の違いを探る1つの手がかりとして、20世紀初頭におけるドイツでの併存的債務引受の議論状況に立ち入る。ドイツ法では、BGBに債務引受が明文化されたことにより、免責的債務引受は法概念として確立されるに至った。このようなドイツ法の歴史からしても、免責的債務引受概念が確立したその時期に、条文上の概念ではない併存的債務引受がどのように理解されていたのかを明らかにする必要があるからである。併存的債務引受の歴史的検討に関する比較的近年の先行研究が、保証と併存的債務引受の解釈論上の基準を論じるのに対し¹¹、本稿は、このような議論が展開される以前のドイツ法における併存的債務引受概念を考察することで、債務引受という法制度の出発点を確認しようとするものである。

10 Stephan Madaus, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit. Die Zulässigkeit von Analogien zum Recht der Schuldübernahme und der Bürgschaft, 2001, S. 8, Fn. 14.

11 遠藤研一郎「併存的債務引受の法的位置づけに関する一側面——SchuldbeitrittとBürgschaftの峻別論の歴史的背景を手がかりに——」法学新報第110巻（2003年）1-2号115頁以下。

II BGB成立前

上述したように、ドイツ法上の併存的債務引受概念は、契約により、引受人が連帯債務者として既存の債務に加わり、従前の債務者とともに債権者に対して債務を負担する場合をいう。このような連帯債務を生じる他人の債務の引受けは、BGB成立以前の普通法においても認められ、法体系としてはInterzessionの1つとして位置づけられていた。

たしかに、他人の債務を引き受けることを内容とする様々な法律行為の上位概念であるInterzessionは、1900年のBGBに引き継がれた概念ではない¹²。しかし、併存的債務引受に関する当時の議論をより俯瞰的に考察するためには、普通法上のInterzession¹³について一瞥を加える必要がある¹⁴。

12 Bernhard Windscheid/Theodor Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 8. Aufl., 1900, § 488, S. 1067; Hermann Zürndorfer, Die Interzession nach dem heutigen Privatrechte, insbesondere die Form der kumulativen Schuldübernahme, 1907, S. 7.

この点、BGBの理由書では、保証が広義にはInterzessionに属するとしつつも、「Interzessionに関する規定を法典上に設ける必要はない。このような規定は、Interzessionに関する具体的な指示が必要な場合にのみ、求められる。特に、女性によるInterzessionが特別に制限されているのであれば、Interzessionを定める前提が存することになろう。もっとも、法が発展し、女性のInterzessionが認められた現在において、このところは当てはまらない」と説明されている。Vgl. Motive 657, in: Benno Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, Neudruck der Ausgabe Berlin 1899, 1979, S. 367.

なお、Hans-Peter Haferkamp, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. 3, Schuldrecht: Besonderer Teil, 2. Teilband, §§ 657-853, 2013, §§ 765-778, S. 2260, Rn. 19によれば、BGB1822条10文は、家庭裁判所の追認が必要な後見人の行為として、「他人の債務の引受け(Übernahme einer fremden Verbindlichkeit)、とりわけ保証」を定めており、この限りにおいて、伝統的なInterzession概念は、BGBにおいて完全に失われたわけではないと読み取ることができる。

13 当時の普通法上の学説では、Interzessionは、単に、教義学上の整理概念として重要視されていただけではない。当時の女性は、Interzessionに属する行為を行うことが禁止されていたため、Interzession概念の整理及び分類は、実務上においても重要であったとされている。Vgl. Georg Prager, Lehrbuch des gesammten Privatrechtes in geschichtlicher, dogmatischer und wirtschaftlicher Beziehung mit Rücksicht auf die einschlägigen Materien des öffentlichen Rechtes, Bd. 2, Obligationen-Recht mit einem Anhang über Wechsel-, Gewerbe-, Handels- und See-, Urheber-Recht, 1889, § 45, S. 199.

14 Vgl. Carl Herz, Beitrag zur Lehre von der Schuldübernahme, 1901, S. 23; Christian Rainer Schlicht, Die kumulative Schuldübernahme in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und in der zeitgenössischen Literatur, 2004, S. 19.

1. 普通法上のInterzession

Interzessionとは、他人の債務の引受け (Übernahme fremder Schuld)¹⁵であり、他人とともに、あるいは他人の代わりに当該他人の債務を引き受ける様々な法律行為を含む概念である¹⁶。もっとも、このようなInterzessionは、債務の特定承継又は処分行為を意味しない。したがって、引受人は、他の債務者のところで生じた債権債務関係に基づく債務内容の履行を義務づけられるにとどまる。

このようなInterzessionの本質について、Herzは、次のように説明する¹⁷。すなわち、「債務 (Obligation) は、当事者が自己の目的を達成するための道具として使われる。当事者は、その目的のために、法関係に加わることになる。したがって、当該目的は、カウサ (causa) であり、当該契約における実体上の債務負担原因である。Interzessionに基づく債務の本質は、そのカウサが、引受人と債権者との固有の関係 (eigene Beziehung) にではなく、第三者〔筆者註：最初の債務者〕と債権者との債権債務関係に存することにある。……引受人は、他人の行った約束に基づいて債務を負うのであり、自己のために (in rem suam) 債務を負うわけではない。このように、Interzessionは、債務の創設 (Begründung einer Verbindlichkeit) であり、その法的原因を他の債務に求めるものである。他人の債務の引受け行為によって新たな内容の債務が発生するのではなく、すでに法力的の及んでいるところ (juristischer Macht-

15 19世紀後半の多くの文献では、Interzessionを他人の債務の引受け (Übernahme fremder Schuld) と説明している。これに対して、一部の文献は、他人の債務への参加 (Eintritt in eine fremde Schuld) と説明するが、両者は同様の意味として用いられている。他人の債務への参加と説明するものとして、例えば、Prager, a. a. O. (Fn. 13), § 45, S. 199を参照。Interzessionに関するドイツにおける近時の詳細な研究として、Stephan Wagner, *Interzession naher Angehöriger: Eine Untersuchung in historischer und vergleichender Perspektive*, 2018による教授資格取得論文がある。

16 普通法上のInterzessionについては、主として、Christian Friedlich Koch, *Das Recht der Forderungen nach Gemeinem und nach Preußischem Rechte, mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen, historisch-dogmatisch dargestellt*, 2. vermehrte und neu bearbeitete Aufl., Bd. 3, 1859, § 366, S. 1024; H. Hasenbalg, *Die Bürgschaft des gemeinen Rechts*, 1870, § 7, S. 74 ff.; Ludwig Arndts von Arnesberg/L. Pfaff/F. Hofmann, *Lehrbuch des Pandekten*, 11. Aufl., 1883, § 359, S. 672; Prager, a. a. O. (Fn. 13), S. 199を参照した。

17 Herz, a. a. O. (Fn. 14), S. 23 f.

kreis) に、新たな主体 (neues Subjekt) を従わせるだけである。新たに発生した債務は、経済的観点からみれば、債権者に財産の増加をもたらすものではない。新債務者は、最初の債務者が債権者に対して負っていた債務内容を履行すればよいだけだからである」と述べる。

以上より、Interzessionが成立するためには、第一に、引受人が、既存の債務に加わる必要がある。そのためには、当該債務が有効に成立¹⁸していることが前提となる¹⁹。引受人は、Interzessionによって債務者となり、他人の債務を自己のものとして引き受けることになる²⁰。したがって、第三者弁済は、ここには含まれないことになる²¹。その他、他人又は企業の危険を引き受ける場合には、独立した固有の債務が創設されることになり²²、それは、「他人の債務」に加わることを意味しない。そのため、保険契約もまた、Interzessionには含まれない²³。なお、Interzessionでは、既存の債務を引受人が引き受けることになるため、引受人は、当該債務に基づくあらゆる抗弁を債権者に対して対抗することができる²⁴。

第二に、引受人が引き受ける債務は、「他人」の債務である必要がある。敷衍すれば、引受人が引き受ける債務は、形式においてのみならず、経済的かつ実質的にも他人の債務である必要がある。例えば、XがYに対して売買契約に基づく債務を負い、ZがXに対して賃貸借契約に基づく同額の債務を負っていたとする。この場合に、ZがYに対して、自己のXに対する債務及びXのYに対する債務からの解放を目的として、当該自己の債務を弁済する旨を約束したとしても、それは、Zが形式的に他人の債務を引き受けたことになるにすぎな

18 Koch, a. a. O. (Fn. 16), § 366, S. 1025によれば、債務者の債務が将来債務の場合でも、有効なInterzessionが成立する。この場合、Interzessionは、債務者の債務が発生した段階で、効力を生じることになる。

19 Koch, a. a. O. (Fn. 16), § 366, S. 1024; Georg Friedrich Puchta/Th. Schirmer, Pandekten, 12. Aufl., 1877, § 403, S. 579; Herz, a. a. O. (Fn. 14), S. 24.

20 Koch, a. a. O. (Fn. 16), § 366, S. 1026.

21 Puchta, a. a. O. (Fn. 19), § 403, S. 579.

22 Prager, a. a. O. (Fn. 13), § 45, S. 199.

23 Koch, a. a. O. (Fn. 16), § 366, S. 1026; Karl Adolph von Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 3, 7. vermehrte und verbesserte Aufl., 1869, § 577, Anm., S. 130.

24 Koch, a. a. O. (Fn. 16), § 366, S. 1024.

い。そのような行為は、Interzessionではないということになる²⁵。

第三に、Interzessionは、主として担保目的で行われる²⁶。そのため、引受人が自己のために (in rem suam) 行った契約は、Interzessionではない²⁷。このことから、Interzessionは、債権者と引受人との契約による必要があるとされている²⁸。最初の債務者と引受人との契約によるInterzessionが認められない理由として、両者の合意は、最初の債務者を援助する趣旨で行われているに過ぎないからであるとの指摘がなされている²⁹。このように、Interzessionに整理されるためには、当該行為が契約によって行われる必要があるため、相続による他人の債務の引受けもまた、Interzessionではないということになる³⁰。

2. Interzessionに基づく債務の種類

上記のように、Interzessionは、他人の債務を契約によって引き受ける様々な法律行為の上位概念として位置づけられているが、それらは、Interzessionに基づく債務 (Interzessionsschuld) と既存の主債務 (Hauptschuld) との関係によって、通常は以下の2つに整理される³¹。

第一に、引受人が、最初の債務者に代わって債権債務関係に加わることになる免責的な他人の債務の引受け (privative Interzession) である。この場合、引受人は、単独の債務者として、債権者に対して債務を負担することになる。例えば、除約 (Expromission) がここに含まれる。

第二に、引受人が、最初の債務者とともに、債権者に対して債務を負担

25 Zürndorfer, a. a. O. (Fn. 12), S. 14 f.

26 Heinrich Dernburg, Pandekten, Bd. 2, Obligationenrecht, 3. verbesserte Aufl., 1892, (以下、Pandekten IIで引用する。) § 83, S. 223.

27 Hasenbalg, a. a. O. (Fn. 16), § 7, S. 76.

28 Vangerow, a. a. O. (Fn. 23), § 577, Anm., S. 128 und 130. なお、引受人と債務者との間で行われる契約については、それがInterzessionに含まれるかどうかの議論があった。このように、Interzession概念は、ローマ法の時代から認められていたものの、その具体的な内容については、時代と共に不明瞭になってきていた。Vgl. HKK zum BGB/Haferkamp, a. a. O. (Fn. 12), §§ 765-778, S. 2260, Fn. 87.

29 Zürndorfer, a. a. O. (Fn. 12), S. 15.

30 Vangerow, a. a. O. (Fn. 23), § 577, Anm., S. 130.

31 Vangerow, a. a. O. (Fn. 23), § 577, Anm., S. 131 f.; Arndts, a. a. O. (Fn. 16), § 359, S. 672; Prager, a. a. O. (Fn. 13), § 45, S. 200; Dernburg, Pandekten II, a. a. O. (Fn. 26), § 83, S. 222.

することになる併存的な他人の債務の引受け (kumulative Interzession) である。ここでは、債権者は、二人の債務者を有することになる。このような Interzession は、さらに2つに分類される³²。1つが、新債務者である引受人が二次的にのみ債務を負う場合 (kumulative akzessorische Interzession) であり、引受人は、主債務者が債務を履行しない場合にのみ責任を負う。ここには、保証や他人のための担保権の設定が整理される。もう1つが、引受人が一次的に債務を負う場合である (kumulative prinzipale Interzession)。ここでは、引受人は、連帯債務者 (Gesamtschuldner) として責任を負うことになる。前者の場合、併存的な他人の債務の引受け (kumulative Interzession) は、担保の付与という意味に限定されるのに対し、後者の場合、それは、主債務の増加を意味することになる。

以上のように、普通法上の学説では、最初の債務者が引き続き債務を負担するかどうかを基準として免責的な他人の債務の引受けと併存的な他人の債務の引受けとを分け、後者はさらに、引受人の債務負担の強弱によって、担保的責任を負う場合と主位的責任を負う場合とに分けられていた。

ところで、すでに述べたように、Interzession それ自体は、BGB に引き継がれた概念ではない。しかし、そこに包摂されていた概念のいくつかは、個別の法制度として、BGB に定められている。例えば、BGB421条は連帯債務について、同765条は保証について規定している。Interzession に属する概念が、BGB の成立後はそれぞれの法制度として展開されている点を顧慮するならば、上記のような学説における一般的な分類方法から離れて、Interzession を、物的な Interzession と人的な Interzession とに整理し直すこともまた、債務引受の構造を理解するうえでは有益であると考えられる³³。このような方法で Interzession を分類した場合、前者には担保権の設定が、後者には更改、保証、そして債務引受などが属することになる。そのうえで、人的な Interzession はさらに、免

32 Vangerow, a. a. O. (Fn. 23), § 577, Anm., S. 132; Prager, a. a. O. (Fn. 13), § 45, S. 200.

33 末川博「併存的債務引受」『続民法論集』(評論社、1962年)168頁以下参照。初出は、「併存的債務引受(二)」法学論叢第3巻(1920年)第5号25頁以下。

責的なものと併存的なものに分けることができる。次章で確認するBGB成立期の議論との関係でいえば、当時の学説における議論は、人的かつ併存的なInterzessionに含まれる個々の法制度と併存的債務引受の関係をどのように説明するのか、という問題として捉えることもできるであろう。

Ⅲ BGB成立後

併存的債務引受と一般的には対を成すとされる免責的債務引受は、BGB414条以下に規定されたことにより、債務の特定承継を内容とする新たな法制度として確立された。これに対して、併存的債務引受は、BGBが成立したのちに、ようやく、主として学説において本格的な議論が展開されるに至った³⁴。

以下では、BGB成立後のドイツ法における併存的債務引受の理解を確認するために、当時の学説上の議論を検討する。

1. 連帯債務としての併存的債務引受

1-1. 法的構成に関する議論

今日における併存的債務引受の理解と同様に、他人の債務を連帯債務として引き受けることを「併存的債務引受」と説明する見解は、BGB成立以前にもみられた。比較的早い段階でこのような理解を示していたのが、Regelsbergerである。彼は、実生活において債務引受（Schuldübernahme）と表記されるものには様々な法的性質を有する行為が含まれ、それらは契約当事者の意思に基づいて、債務の特定承継、並列的な債務の負担、あるいは単なる債務の解放の3つに整理されるという³⁵。そのうえで、Regelsbergerは、以下のような法的事象

34 ドイツ法上の併存的債務引受概念は、まず、Wilhelm Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt, 1908及びHans Reichel, Die Schuldmitübernahme (Kumulative Schuldübernahme), 1909の両大著によってその全体が整理され、その後、1930年頃になってようやく、今日の意味における説明概念として確立したと評価されている。Vgl. Schlicht, a. a. O. (Fn. 14), S. 46.

35 Ferdinand Regelsberger, Das Bayerische Hypothekenrecht, 2. Abteilung, in: Viktor von Meibom (Hrsg.), Deutsches Hypothekenrecht, Bd. 3, 1877, (以下、Hypothekenrechtで引用する。) § 92, S. 456; ders. Die Uebertragung von Forderung und Schuld, in: W. Endemann (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Bd. 2, 1882, (以下、HGBで引用する。) § 257, S. 532 ff.

が、併存的債務引受（kumulative又はaccessorische Schuldübernahme）という表記のもとで把握されるべき内容であると述べる³⁶。すなわち、「引受人が、債務者として従前の債務者と並んで債権者に対して債務を負い、……このような合意によって、債権者が、従前の債務者を失うことなく新しい債務者を得ることになる」場合である。また、Regelsbergerは、引受人が、連帯債務者として従前の債務者ととも当該債務を自己の債務として負担することを理由にあげて³⁷、併存的債務引受が保証とは異なることを明確に指摘している³⁸。

その後、BGB成立後の多くの学説では、引受人が連帯債務者として他人の債務に加わることを、「併存的債務引受」と説明するようになる³⁹。こうした連帯債務の生じる契約を併存的債務引受の内容として説明する論者は、その説明過程において、保証との相違を明確にしていた。すなわち、併存的債務引受

36 Regelsberger, Hypothekenrecht, a. a. O. (Fn. 35), § 92, S. 457 f.

37 Regelsberger, HGB, a. a. O. (Fn. 35), § 257, S. 533.

38 Regelsberger, Hypothekenrecht, a. a. O. (Fn. 35), § 92, S. 458; ders., HGB, a. a. O. (Fn. 35), § 257, S. 533.

39 Rudolf Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, 1897, S. 206 f.; Konrad Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Bd. 1, Die Allgemeinen Lehren und das Recht der Forderungen, 1898, § 159, S. 573 f.; Anton Krettner, Die Schuldübernahme nach dem bürgerlichen Gesetzbuche vom 18. August 1896 mit Berücksichtigung des gegenwärtig geltenden Rechtes und der bisherigen Rechtsentwicklung, 1899, S. 14 und 29; Friedrich Schollmeyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 18. August 1896 nebst dem Einführungsgesetze, Bd. 2, Recht des Schuldverhältnisse, 1. Hälfte, 1900, vor § 414, S. 395 f.; Carl Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, 1902, § 202, S. 350; Eduard Goldmann/L. Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt, Bd. 1, Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl., 1903, § 122, S. 450, Fn. 4; Friedlich Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Einleitung—Allgemeiner Theil—Recht der Schuldverhältnisse, Bd. 1, 9. Aufl., § 153, S. 884, Fn. 3; Heinrich Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens, 4. Aufl., 1. Abteilung, 1905, (以下、Schuldverhältnisseで引用する。) § 155, S. 402 f.; Westerkamp, a. a. O. (Fn. 34), S. 36 ff.; Pierr Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche, Lehrbuch zur Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Nebengesetze, Bd. 1, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, 4. neubearbeitete Aufl., 1. Hälfte, Allgemeiner Theil und Schuldrecht (nebst Handels- und Wechselrecht), 1908, S. 323 f.; Reichel, a. a. O. (Fn. 34), S. 1 ff.; Ludwig Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 2. Abteilung, Recht der Schuldverhältnisse und Register, 4. und 5. Aufl., 1910, S. 223 f.

と保証は、担保という共通の目的⁴⁰をもって行われるものである。しかし、保証の場合には他人の債務のための責任を負うことになるのに対し、連帯債務を生じる併存的債務引受では、引受人は、当該債務を自己の債務として (als eigene) 引き受けることになる⁴¹。したがって、併存的債務引受が、経済的には保証と同様の機能を果たすとしても、当該併存的債務引受到に保証の書面方式が適用されることはないと主張する⁴²。

以上の理解によれば、債務の付従性という観点から、併存的債務引受と保証は、法概念としては明確に異なるものとして説明されることになる。なお、実際の取引においては、従前の債務者とともに引受人が債務を負担する旨の合意がなされた場合、当該行為の解釈にあたっては、併存的債務引受又は保証の2つの選択肢が存することになる。

1-2. 方式に関する議論

(1) 上記の議論からも明らかなように、19世紀後半の普通法においても、契約による連帯債務の成立は認められていた⁴³。また、当時は、併存的債務引受と同様の担保的機能を有する保証が成立するためには、書面は不要とされていた⁴⁴。その後、BGB766条が保証契約に書面を必要としたことを契機として、保証あるいはその他の書面規定が、明文規定を有しない併存的債務引受にも適用されるのかといった議論が展開されることになった⁴⁵。以下では、BGB成立

40 Cosack, a. a. O. (Fn. 39), § 159, S. 573; Dernburg, Schuldverhältnisse, a. a. O. (Fn. 39), § 155, S. 402.

41 Schollmeyer, a. a. O. (Fn. 39), vor § 414, S. 396; Goldmann/Lilienthal, a. a. O. (Fn. 39), § 122, S. 450, Fn. 4; Dernburg, Schuldverhältnisse, a. a. O. (Fn. 39), § 155, S. 402; Enneccerus, a. a. O. (Fn. 39), S. 223.

42 Cosack, a. a. O. (Fn. 39), § 159, S. 573; Siméon, a. a. O. (Fn. 39), S. 324; Enneccerus, a. a. O. (Fn. 39), S. 224.

43 Carl Georg von Wächter, Pandekten, Bd. 2, Besonderer Theil, 1881, § 177, S. 306 ff.; Arndts, a. a. O. (Fn. 16), § 213, S. 389; Dernburg, Pandekten II, a. a. O. (Fn. 26), § 71, S. 188 ff.; Windscheid, a. a. O. (Fn. 12), § 297, S. 196 ff.

44 Dernburg, Pandekten II, a. a. O. (Fn. 26), § 78, S. 208 f.; Windscheid, a. a. O. (Fn. 12), § 476, S. 1012.

45 Vgl. Schlicht, a. a. O. (Fn. 14), S. 63.

期に限定して、書面規定の適用に関する議論を確認する⁴⁶。

(2) Birkenbihlは、1902年のライヒ裁判所の判決⁴⁷の批評において、保証や連帯保証とも異なる法概念として併存的債務引受を説明したうえで、当該債務引受をBGB780条⁴⁸の無因的債務約束 (abstraktes Schuldversprechen) に包摂することによって書面の必要性を主張する⁴⁹。すなわち、「債務者〔筆者註：引受人〕は、債権者に対して、法的に認めることができない債務原因に基づいて給付の約束をする。そこには、売買、賃貸借または委任といった、第三者〔筆者註：引受人〕に対する債権者の請求 (Anspruch) を正当化するものは何もない。引受人は、債務を引き受けることについて何らかの原因 (Grund) を有しているはずであるが、当該原因は、通常、引受人と債権者との間ではなく、引受人と従前の債務者との間に存するであろう。そして、債務引受の場合には、当該約束の原因が、有因の法律行為 (kausales Rechtsgeschäft) のように契約の一部となることはなく、したがって、併存的債務引受がカウサに左右さ

46 併存的債務引受及び保証を個別の概念として説明したうえで両者の経済的機能の類似性に着目し、保証規定の併存的債務引受への類推適用に関する議論は、BGB成立後から1930年頃までの判例を中心に展開された。本稿は、免責的債務引受がBGB上の概念として明文化されたこととの対比において、BGB成立期における併存的債務引受に関する学説上の理解を明らかにすることを目的としている。そのため、BGB成立後に本格的に展開されることになる保証規定の類推適用については、別稿に譲ることにする。

47 ライヒ裁判所の1902年3月20日判決 (RGZ 51, 120) の事案の概要は、次のようなものであった。Yの息子Aは、Xに対して売買代金債務を負っていたが、行方不明になった。このことが公になることを避けたかったYは、Xに対して、クリスマス前後の2回に分けてAの未払代金債務の全額を自らが支払う旨を口頭で約束した。そこで、Xは、当該口頭の約束に基づき、Yに対して弁済を求めた。ライヒ裁判所は、XY間の口頭約束を「併存的債務引受」と説明して保証とは異なることを認める一方で、当該併存的債務引受が実質的には限りなく連帯保証と類似することを理由として、このような併存的債務引受には書面が必要であるとし、最終的にはXY間の合意を無効とする判断を示した。

48 BGB成立当時の780条は、次の通りである。

【約束が義務の独立の根拠となるべき (債務約束) 方式で給付が約束される契約が有効であるためには、別段の方式が定められていない限り、約束を書面で行うことを要する。】

原則として、BGBでは、債務契約は有因である。これに対して、債務約束は無因契約であり、約束者は、独立して給付義務を負うことになる。例えば、「私はあなたに100支払う」といった内容の合意が債務約束にあたるが、金銭の支払いを内容とする合意に限定されるわけではない。Vgl. Paul Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1899, vor. § 780, S. 507 f und § 780, S. 508.

49 Ferdinand Birkenbihl, Bedarf die sogenannte kumulative Schuldübernahme der Schriftform?, in : Das Recht, 1903, S. 286 f.

れることもない」と説明する。続けて彼は、債務引受によって、「引受人の債権者に対する債務は、『独立して基礎づけられる』(selbständig begründet)〔筆者註：債権者と債務者との間のカウサから切り離して、引受人の債権者に対する債務が創設される〕⁵⁰ことになる」という。

以上のように、Birkenbihlは、併存的債務引受が無因契約であるからこそ、当該無因契約により引き受けられた債権債務関係がBGB780条の無因的債務約束でなければならないと主張して、同条に定める書面方式を併存的債務引受の場合にも求める立場であるとされる⁵¹。

(3) Hellbachもまた、1902年のライヒ裁判所判決の批評において、非常に簡単な説明によって、併存的債務引受が債務約束であると説明する⁵²。すなわち、併存的債務引受 (sog. kumulative Schuldübernahme) は、BGB414条の債務引受でもなければ、引受人は、「債務者の債務を履行する義務を負うのであり、当該債務を保証する義務を負うわけではない」ため、保証でもないと述べたうえで、併存的債務引受が債務約束 (Schuldversprechen) であるという。そして、併存的債務引受の「約束では、独立して義務を創設する必要がある、当該義務は、BGB414条のような債務者の解放という反対給付に依存していない」ため、同780条に基づく書面が必要であるという。

さらに、Hellbachは、上記の批評において、従前の債務者が弁済能力を有している等の事情が認められる場合には、併存的債務引受はBGB780条の債務約束ではなく、贈与約束 (Schenkungsversprechen) であるとし、この場合には同518条に基づく書面が必要であるという⁵³。

以上のように、Hellbachも、併存的債務引受と保証は別の法概念であることを前提として、従前の債務者に弁済能力がある等の特別の事情が認められる場合には、併存的債務引受がBGB518条の贈与約束であり、それ以外の場合

50 Vgl. Hans Zimmermann, Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme, 1911, S. 40.

51 Vgl. Albert David, Kann die kumulative Schuldübernahme als ein abstraktes Schuldversprechen oder als ein Schenkungsversprechen angesehen werden?, in : Das Recht, 1903, S. 356.

52 Hellbach, Die sogenannte kumulative Schuldübernahme, in : Das Recht, 1903, S. 335.

53 Hellbach, a. a. O. (Fn. 52), S. 335.

には、同780条の債務約束であるとの見解に立つ。そして、いずれの場合にせよ、併存的債務引受は書面による必要があると結論づけている。

(3) その他、一般的には、併存的債務引受 (kumulative Schuldübernahme) には書面は不要であり、実際の取引においてはその可能性は限りなく低いと断りつつも、BGB780条の書面を求めることができる場合もあるとする見解がみられる⁵⁴。すなわち、「他人の債務は、債権者〔筆者註：前後の文脈からして、正しくは「引受人」であると思われる。〕が、特定の他人の債務の発生を条件として、無因的債務約束をすることによっても引き受けることができる。このような無因的債務約束が有効に成立するためには、BGB780条の方式が必要である」という。ただし、このような説明をするDavidによれば、通常、債務引受においては当該既存の他人の債務を引き受けることになるため、ほとんどの併存的債務引受は債務約束の事例には当てはまらないという⁵⁵。

1-3. 免責的債務引受との関係

さらに、当時の議論では、保証と区別し、連帯債務を生じる契約として併存的債務引受を説明しながらも、kumulative Schuldübernahmeという表記が不適切であるとの主張も積極的に展開された。例えば、Schollmeyerは、BGB上の専門用語であるSchuldübernahmeは、契約による債務の特定承継を意味するため、承継を伴わない併存的債務引受は、「連帯債務者としての債務への加入」(Eintritt in eine Schuld als Mitschuldner) と表記すべきであるという⁵⁶。その他、Westerkampもまた、Schuldübernahmeは債務者の交替であり、BGB414条以下の免責的債務引受に対してのみ用いられる専門用語であるため、債務者の交替が生じない場合にまで当該表記を用いることは、様々な誤解が生じる原因になるという。そして、引受人が債務者と連帯して債務を引き受ける行為に

54 David, a. a. O. (Fn. 51), S. 356.

55 David, a. a. O. (Fn. 51), S. 356.

56 Schollmeyer, a. a. O. (Fn. 39), vor. § 414, S. 395. Cosack, a. a. O. (Fn. 39), § 159, S. 573もまた、併存的債務引受をEintritt in fremde Schuldと表記している。

については、Schuldbeitrittと表記すべきであるという⁵⁷。

以上の併存的債務引受の表記に関する説明は、免責的債務引受が処分行為であるのに対し、併存的債務引受は義務づけ行為であるとの理解を前提としたものであることが伺える。すなわち、債務者と引受人との間の免責的債務引受では、債務者の当該債務が引受人へと移転（承継）することによって、債務者は交替する。また、債務者の支払い能力との関係では、債権者にとっては誰が債務者となるのかは重要である。したがって、このような契約当事者による処分が有効であるためには、権利者である債権者が当該処分を追認する必要がある⁵⁸。これに対して、債務者と引受人との間の併存的債務引受では、債務者が自己の債務から離脱することはなく、引受人は、債務者と連帯して債権者に対して独立した債務を負うことになる。ここでは、債務者は交替しないため、契約当事者による処分行為を観念することはできない。したがって、債権者の追認は不要であり、債権者に利益となる併存的債務引受は、第三者のための契約に関する規定に従うことになる⁵⁹。

2. 保証としての併存的債務引受

(1) 併存的債務引受を独立の概念として説明する上述の見解とは異なり、BGB成立後の学説では、併存的債務引受を保証又は連帯保証と同一視する見解も見られた。

まず、Blumeは、債務の特定承継を意味する免責的債務引受のみがBGB414条以下の債務引受の章で規定されていることを確認する。そのうえで、新債務者が既存の債権債務関係に加わることを意味する債務引受（Schuldübernahme）という専門用語は、併存的債務引受も含めて理解することができるという⁶⁰。その次に、彼は、BGB773条1項が連帯保証について規定している

57 Westerkamp, a. a. O. (Fn. 34), S. 17 f.

58 Vgl. Schollmeyer, a. a. O. (Fn. 39), § 415, S. 398; Cosack, a. a. O. (Fn. 39), § 116, S. 375.

59 Vgl. Schollmeyer, a. a. O. (Fn. 39), vor. § 414, S. 396; Cosack, a. a. O. (Fn. 39), § 116, S. 377.

60 Wilhelm von Blume, Beiträge zur Auslegung des deutschen B.G.B., Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 39, 1898, (以下、BGBで引用する。)S. 390 f.

ことを指摘し、まさに当該規定が、BGB上の併存的債務引受 (bestärkende Schuldübernahme)⁶¹であると説明する⁶²。Blumeによれば、併存的債務引受は「その実質的な目的が保証にあることから、保証の一類型としてのみ認めることができる」ということになる。より具体的には、引受人は、併存的債務引受により、連帯保証人 (Selbstschuldner) として、従前の債務を保証することになるという⁶³。

(2) Bendixもまた、BGBの成立によって債務者の交替を意味する免責的債務引受が認められるに至ったとの説明に続いて、「債権者と第三者との契約により、当該第三者が、債務者に代わって債務を負担するのではなく、併存的に (kumulativ) 連帯債務者 (Solidarschuldner) として債務者と並んで債務を負う場合、当該行為は、BGB773条の連帯保証 (selbstschuldnerische Bürgschaft) としてのみ評価することができる」と述べる⁶⁴。このように、Bendixは、併存的債務引受は連帯保証であるからこそ、当該併存的債務引受には書面が必要であると結論づけている⁶⁵。

(3) その他、v. Tuhrは、Hellwigの論文⁶⁶の批評において、保証とは異なる

61 Blumeは、併存的債務引受 (kumulative Schuldübernahme) の表記について、bestärkende Schuldübernahmeとすることが適切であるという。Vgl. Blume, BGB, a. a. O. (Fn. 60), S. 391. また、Wilhelm von Blume, Novation, Delegation und Schuldübertragung, 1895, S. 40によれば、bestärkende Schuldübertragung (Schuldübernahme)は、kumulativeのドイツ語表記である。なお、ドイツ語表記のbestärkendeを最初に用いたのは、Blumeだとされている。Vgl. Richard Heil, Die Lehre von der Schuldübernahme unter besonderer Berücksichtigung des Successionsbegriffes, 1903, S. 4, F. 10.

62 Blume, BGB, a. a. O. (Fn. 60), S. 426.

63 Blume, BGB, a. a. O. (Fn. 60), S. 428.

64 Berthold Bendix, Das Deutsche Privatrecht auf Grund des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, 1899, § 39, S. 330; ders., Das Deutsche Bürgerliche Recht auf Grund des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches systematisch dargestellt, Bd. 1, Einleitung. Allgemeiner Teil. Recht der Schuldverhältnisse, 2. umgearbeitete und vermehrte Aufl., 1904, (以下、BGB I で引用する。) § 41, S. 393.

65 Bendix, BGB I, a. a. O. (Fn. 64), § 41, S. 393.

66 Konrad Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte nach deutschem Reichsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Handelsgesetzbuchs, 1899, Neudruck, 1968. なお、Hellwigは、同論文の176頁において、免責的債務引受だけでなく、併存的債務引受 (kumulative又はakzessorische Schuldübernahme) も債務の特定承継であると説明する。すなわち、「BGBは、もっぱら、債務引受によって従前の債務がなくなる場合を規定している。もっとも、契約当事者が、引き続き債務者が債務を負い続けることを意図していた

ものとして併存的債務引受を説明することに消極的な意見を展開している。まず、Hellwigの主張を簡潔に述べるとするならば、彼は、保証は他人の債務への加入であり、併存的債務引受（kumulative又はakzessorische Schuldübernahme）は、これまで他人のものであった債務に、それ以後、引受人が自己の債務として加わることでありと説明して両者を区別する⁶⁷。そのうえで、彼は、引受人がどのような意思に基づいて債務を負担しているのかを基準に、両者の区別を論じる⁶⁸。

このように、付従性の有無を基準に独立した概念としての併存的債務引受を説明するHellwigに対して、v. Tuhrは、そのような法律上の区別が、真に当事者の意思に相応しいといえるのか疑問を呈している⁶⁹。すなわち、「AがXに対して、Bの債務を保証すると伝えた場合、果たしてAは、Bの債務を他人の債務とみなすのか（保証）、それとも、以後は自己の債務とみなすのだろうか（併存的債務引受）？ Aが法曹でなければ、Aは、この質問に対して、以下のように答えるであろう。当該債務は、今までは自身にとっては他人の債務であったが、これからは自らが当該債務を支払わなければならないため、以後は自己の債務である。……あるいは、次のように考えることもできる。Aは、Bが当該債務を履行することが通常の期待された解決方法であると考えなのか、または、A自らが当該債務を履行しなければならないと考えるのか。……A及びBはともに債権者に対して責任を負っているため、債権者にとっては、A又はBのどちらによる支払が意図されていたのかは重要ではない。さて、債権者との

場合はどうであろうか?……このような債務引受の方法もまた、当然に有効である。……いったん、特定承継が法律上認められたのであれば、第三者が、既存の債権債務関係から生じ、引受け後もそこに在り続ける債務を引き継ぐという方法によって、当該既存の債権債務関係に加わることは可能である。したがって、特定承継が、従前の債務者の解放と結びついていなければならない理由はどこにもない」という。

67 Hellwig, a. a. O. (Fn. 66), S. 177.

68 Hellwig, a. a. O. (Fn. 66), S. 177.

69 Andreas von Tuhr, Zur Literatur des bürgerlichen Rechts. Besprechung zu Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 43, 1902, S. 559 f. その他、ders., Die neue Literatur zum Bürgerlichen Gesetzbuch, in: DJZ, 1900, No. 16, S. 349においても、v. Tuhrは、保証とは異なる概念として併存的債務引受を説明することに慎重な立場を示している。

取引から、Aが保証人なのか債務引受人なのかをどのようにして確かめればよいのか? それ以上に、保証人には先訴の抗弁 (Einrede der Vorausklage) が認められ、さらに〔筆者註：有効な保証債務が成立するためには〕書面による必要があるという点の方が、重要である。検索の抗弁 (exceptio excussionis) を主張された債権者は、両債務者〔筆者註：A及びB〕の内部関係に立ち入って、Aが、自己のものとして当該債務を引き受け、A自らが支払うべき債務としてみなしていたことを立証することが許されるのであろうか。これまでは、自己のための (in rem suam) 保証も認められていたではないか。以上のような理由から、そもそも、書面を必要とする保証とは別に、書面の不要な併存的債務引受 (kumulative Schuldübernahme) をBGBの枠内において認める余地があるのか、疑問を感じざるを得ない」と述べる。

以上のように、v. Tuhrは、解釈論との関係において契約当事者の意思に依拠し、保証とは異なる法概念として併存的債務引受を説明することには否定的な考えを示していたといえる。

3. 広い意味としての併存的債務引受

(1) 上述した2つの見解は、併存的債務引受を既存の法制度に結び付けて説明するものであった。これに対して、以下で考察する見解は、より一般的な用語として「併存的債務引受」を用いるものである。

Heilは、併存的債務引受 (kumulative Schuldübernahme) がBGB上の概念ではないことを説明したうえで、当該債務引受到に適用すべき条文について、次のように議論を展開する⁷⁰。すなわち、「免責的債務引受の規定を併存的債務引受到に類推適用する余地は全くない。BGB上の同規定は、旧債務者が離脱し、当該旧債務者の代わりに新債務者が加わる事例に適用されるものであり、旧債務者が債権債務関係 (Obligation) にとどまり、新債務者が当該関係にさらに加わる場合には適用されないからである。それゆえ、併存的債務引受到には、他の規定が適用されなければならない。……併存的債務引受は、その経済的な目

70 Heil, a. a. O. (Fn. 61), S. 110 f.

的に従って、保証 (gewöhnliche Bürgschaft)、連帯保証 (selbstschuldnerische Bürgschaft) あるいは連帯債務 (Gesamtschuld) として理解することができる。契約当事者が、保証を意図して併存的債務引受を行っていれば、BGB765条から同777条までが適用されることになる。この場合、引受人は、自己の債務 (eigene Schuld) のためではなく、他人すなわち従前の債務者のために責任を負うことになる。引受人は、旧債務に基づいて責任を負うわけではない。引受人は、保証契約に基づいて責任を負うことになる。引受人の当該債務は、厳密な付従的性質を有する。そのため、旧債務者の債務が成立すれば、引受人の債務も成立し、前者が成立しなければ後者も成立しない。旧債務者の債務に存する不確定要素 (債務の制限や拡大) は、そのまま引受人の債務にも連動する。加えて、債務を引き受ける旨の意思表示は、書面方式を要する。旧債務者が債権者に対して主張できた全ての抗弁は、引受人もまた、債権者に対抗することができる。また、引受人は、債権者に対する自己に固有の債権を対抗することもできる。……引受人は、検索の利益 (beneficium exussionis) を有する」という。

以上のように、Heilは、併存的債務引受が保証である場合を検討し、それに続いて、併存的債務引受がBGB773条1項の連帯保証を意味する場合もあると説明する⁷¹。

最後に、Heilは、併存的債務引受が連帯債務 (Gesamtschuld) を生じる契約を指す場合もあると述べる⁷²。この場合、「引受人は、他人の債務のためではなく、自己の債務のために責任を負うことになる。引受人は、債権者との契約に基づいて責任を負うことになる。もっとも、いったん引受人と債権者との契約が締結されれば、引受人は、旧債務者が負担するのと同じの債務に基づいて責任を負うことになる。引受人は、まさに、旧債務者と並んで、当該旧債務に加わったのである。普通法学における支配的見解は、このような事後的な契約による連帯債務の成立をすでに認めていた。連帯債務の場合、引受人の債務は、

71 Heil, a. a. O. (Fn. 61), S. 112. Heilは、当該箇所において、連帯保証における引受人には先訴の抗弁が認められない点以外は、保証と連帯保証は同様に扱われると説明する。

72 Heil, a. a. O. (Fn. 61), S. 112 f.

旧債務者の債務にそれほど依存していない。両債務は、〔筆者註：保証債務と比較して〕その存在において、より依存性が低い。契約当事者が併存的債務引受によって保証を意図していた場合とは異なり、連帯債務が意図されていた場合、引受人の債務が、旧債務の不確定要素に左右されることはそれほど多くない」という。

上記のように、Heilは、契約当事者が併存的債務引受の合意をした場合、それが保証、連帯保証あるいは連帯債務である可能性のあることを説明⁷³したうえで、ある行為が「併存的債務引受」という表記のもとで合意された場合に、当該行為を具体的にどの類型にあてはめるべきかという問題について、次のように述べる⁷⁴。すなわち、「〔筆者註：『併存的債務引受』(kumulative Schuldübernahme)〕という表記が取引において頻繁に用いられることを心配する必要はない。一般の人は、kumulative Schuldübernahmeという表記を全く認知していないうえ、法曹は、そもそもそのような書き方をしない。それは、kumulative Schuldübernahmeの意味する内容やその意図が、そもそも不明確だからである。それでもなお、kumulative Schuldübernahmeという表記が用いられた場合には、当該併存的債務引受を行った契約当事者の意図から、保証、連帯保証、あるいは連帯債務の成立を見出す必要がある」と説明する。

また、Heilは、併存的債務引受を1つの法制度に対する説明概念として捉えることができるかどうかについて、「併存的債務引受の性質については見解が分かれており、一方で、連帯債務関係が成立するという主張もあれば、他方で、保証や連帯保証が成立するという主張もある。……併存的債務引受(kumulative Schuldübernahme)を1つの法制度として抽象的に断定することはできない。事案ごとに、併存的債務引受の中身は変わるのである。そのため、個々の事例に応じて当事者の意思に基づいて判断しなければならない」と述べている⁷⁵。

(2) Matthiaßもまた、併存的債務引受(kumulative又はbestärkende

73 なお、Heil, a. a. O. (Fn. 61), S. 112, Fn. 234によれば、損害担保契約(Garantievertrag)が併存的債務引受に含まれることはない。

74 Heil, a. a. O. (Fn. 61), S. 114.

75 Heil, a. a. O. (Fn. 61), S. 119.

Schuldübernahme)とは、引受人が、債権者との契約により、連帯債務者 (Gesamtschuldner) 又は保証人 (Bürge) として、旧債務者とともに債務を負担する債務引受であると説明する⁷⁶。

(3) さらに、Windscheidも、併存的債務引受 (bestärkende Schuldübernahme) とは、「引受人が、従前の債務者とともに債権者に対して債務を負う場合に成立し、このような行為には、保証として債務を引き受ける場合、あるいは連帯債務者として引き受ける場合、または旧債務者とともに連帯債務者として債務を引き受ける場合が含まれる」と説明し、当事者の意思が明確でない場合には、連帯債務とみなすのが適切であるという⁷⁷。

4. 小括

BGBが成立した1900年頃のドイツ法では、併存的債務引受という法概念について、統一的な説明は見られなかった。より具体的には、併存的債務引受を保証又は連帯保証と同一に扱う見解、連帯債務者としての他人の債務の引受けとみる見解、さらには、他人の債務を引き受ける場合を広く指して、より一般的な意味として併存的債務引受を説明する見解が主張されていた。さらに、併存的債務引受を固有の法概念と説明する見解においても、債務約束や贈与約束に関するBGB上の規定を適用することで、併存的債務引受に書面を求める見解もみられた。

以上の議論に含まれる問題意識を俯瞰的にみれば、当時の学説は、どのような法制度を「併存的債務引受」という表記のもとで説明すべきか、ということに焦点を当てた議論を展開しているに過ぎなかったといえる。視点を変えていえば、これらの議論は、BGB成立期の免責的債務引受における議論のような新たな法現象の確立に向けられていたのではなく、説明のための概念を構築するためのものであったといえる。

76 Bernhard Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, Bd. 1, Die allgemeinen Lehren und das Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl., 1900, § 101, S. 462.

77 Windscheid, a. a. O. (Fn. 12), § 338, S. 375.

IV おわりに

本稿は、免責的債務引受を基礎としながら体系化されるに至ったドイツ法上の債務引受概念の理論構造を明らかにするために、BGB成立期における併存的債務引受に関する学説上の議論を検討した。

現在のドイツ法における併存的債務引受は、一般的には、引受人が、連帯債務者として、従前の債務者ととともに既存の債権債務関係に加わることを意味する概念であると理解されている。しかし、このような理解は、BGBが成立した当時のドイツ法において、未だ通説的なものとはなっていなかった。当時の学説では、併存的債務引受を、引受人が連帯債務者として他人の債務を引き受ける契約であると説明する見解が比較的多く見られた一方で、保証あるいは連帯保証と同一視する見解や、広く一般に、他人の債務を引き受けることを意味する場合を指すものであるとする見解がみられる等、統一的な理解は示されていなかった。

さらに、併存的債務引受に関する当時の議論は、債務の特定承継を認めることをその到達点とする免責的債務引受の場合とは異なり、新たな法現象を確立するためのものではなかった。換言すれば、BGB成立期の学説では、もっぱら、既存のどの法制度を「併存的債務引受」という表記によって説明するのか、という点が議論の中心であった。視点を変えたとするならば、当時の議論は、すでに普通法上のInterzession概念のもとで認められていた各法制度を、併存的債務引受という説明概念との関係においてどのように位置づけるのかという問題として捉えることも可能である。

本稿で示した問題関心との関係でいえば、BGB成立期の併存的債務引受概念の議論には、2つの問題が内在しているといえる。第一に、免責的債務引受との関係についてである。まず、確認すべきこととして、免責的債務引受及び併存的債務引受は、債務者が交替して引受人が単独で、あるいは引受人が従前の債務者と連帯して債権者に対して債務を負担するのか、という効果の面において区別されていた。しかし、より重要なのは、BGB成立期にはすでに、このような効果の違いが、両債務引受の法的構成にも結びついていた点である。

敷衍すれば、BGB上の概念である免責的債務引受は、債務者の当該債務が引受人へと特定承継されることによる債務者の交替であり、このような債務の移転（承継）は、処分行為として位置づけられていた⁷⁸。これに対して、本稿で検討した併存的債務引受は、様々な説明がBGB成立期に展開されてはいたものの、その基礎には、免責的債務引受の法的構成とは区別して、併存的債務引受が義務づけ行為であるとの理解があったといえる。この点は、処分行為あるいは義務づけ行為という理解がドイツ法に固有のものであるとはいえ、債務引受という法制度の議論の出発点であるBGB成立期にはすでに、支配的見解が、両債務引受の法的構成を区別していたことを示すものである。

第二に、BGB成立期の学説では、併存的債務引受を、引受人が連帯債務者として他人の債務を引き受けるものと説明する見解が多く見られたものの、その他にも様々な説明されていた。このことを顧慮すれば、併存的債務引受に関する当時の議論は、新たな法概念を確立させることに向けられていたのではなく、説明概念としての性格を有するにとどまるものであったといえる。

わが国における改正民法の審議過程での議論においてもみられたように⁷⁹、ドイツにおいては、併存的債務引受の具体的な内容についての支配的見解が成立して以降も、保証と併存的債務引受の関係について、多くの判例及び学説上の議論が蓄積されている。債務引受全体の理論構造をより広い視野でもって理解するためには、両者の関係に関する解釈論についても考察が求められ、この点は、今後の課題である。

【付記】 本研究は、公益財団法人 全国銀行学術研究振興財団の助成を受けたものである。

78 免責的債務引受の生成史については、拙稿「19世紀ドイツ法における債務引受概念の生成（1）（2）（3・完）——契約当事者の意思と法制度の関係を中心に——」法学雑誌第67巻1-2号（2020年）37頁以下、同3号（2021年）188頁以下、同4号373頁以下を参照。

79 法制審議会民法（債権関係）部会第77回会議（平成25年9月17日開催）部会資料67A、34頁以下参照。