

ドイツにおける準消費貸借と 債務関係（契約内容）変更の枠組み

渡 邊 力

- I はじめに
- II ドイツにおける準消費貸借の枠組み
- III ドイツにおける債務関係変更の枠組み
- IV ドイツ法の検討と日本法への示唆
- V 結びに代えて

I は じ め に

1 本稿の目的

本稿では、前稿「準消費貸借からみる契約内容の変更と新旧債務の関係」⁽¹⁾で示した日本の議論状況と問題意識を踏まえつつ、ドイツにおける準消費貸借と債務関係（契約内容）変更⁽²⁾に関する議論状況を分析し、検討を加える。これによって、準消費貸借の場面のみならず、契約内容の変更を含む債務関係変更にかかる一般的な判断枠組みについて、日本法への一定の示

(1) 渡邊力「準消費貸借からみる契約内容の変更と新旧債務の関係」法と政治67巻1号（2016年）105頁（以下、渡邊・前稿と称する）。

(2) 本稿で詳しく検討するように、ドイツでは、契約または法律によって成立した債務関係を当事者合意（契約）、法律・判決または当事者の一方的な法律行為によって変更する場面が想定されている。その意味で、当事者合意による契約内容の変更の場面を含みつつ、より広い射程を有する議論が展開されている。

唆を得ることを目的とする。

2 問題の所在と分析の視点

前稿では、準消費貸借（民法588条）に関する日本の判例および学説を検討することによって、とりわけ新旧債務の関係を中心に据えつつ、判断の枠組みを明確化した⁽³⁾。そこでは、i) 旧債務を消滅させて新債務を成立させる場合（狭義の準消費貸借）と、ii) 既存債務を維持する変更合意の場合（既存契約の枠内での合意による債務内容変更）があることを確認しつつ、そのいずれに該当するかは当事者の意思解釈によるべきことを指摘した。そして、i) の場合には、基本的に旧債務に付着した担保・抗弁などは消滅し、消滅時効期間は新債務基準で判断される一方で、ii) の場合には、担保・抗弁などは維持され、消滅時効期間は既存債務基準で判断されることを示した。これに加えて、日本の準消費貸借の場面で展開されてきた判断枠組みに関する議論は、後者ii) の場面が示すように、当事者による契約内容変更の合意を含みうる議論であることを示した。そこで、既存債務を消費貸借債務へと変更する準消費貸借の議論は、契約の両当事者がいったん成立した契約の内容を合意によって変更する場面へと一般化する可能性を含むことを指摘した。このことは、前稿で指摘したように、ドイツ民法典⁽⁴⁾（以下、BGBと略称する）における2002年の債務法現代化法（以下、ドイツ債務法改正と称する）の動向および従来の解釈論とも一致

(3) 準消費貸借に関する従来の日本の議論については、渡邊・前稿に譲る。

(4) ドイツ民法典の訳文については、国立国会図書館のホームページ (<http://www.ndl.go.jp/>) 上でも参照可能である。国立国会図書館調査及び立法考査局『基本情報シリーズ⑱ ドイツ民法Ⅰ（総則）』（2015年）<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/9214781> ならびに同『基本情報シリーズ⑳ ドイツ民法Ⅱ（債務関係法）』（2015年）<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/9422638> を適宜参照されたい。

するものである。⁽⁵⁾そこで本稿では、ドイツにおける準消費貸借の議論状況に加えて、より総合的な「債務関係変更」に関する一般枠組みを検討対象とする。これにより、ドイツにおける両場面の関係を明らかにしつつ、債務関係変更の一般枠組みを構築する意義について考察を加えることで、日本の議論への示唆を得たい。

ところで、従来の日本の議論においては、準消費貸借の場面で合意による債務関係（契約内容）の変更に関する萌芽的な議論が一部にみられたほか⁽⁶⁾は、一般的な議論はほとんど見当たらない。もっとも、この問題については、フランス法との精緻な比較研究の手法のもと、準消費貸借も含みつつ、とりわけ更改・和解・代物弁済を題材として、広く契約修正に関する一般的な問題を扱う先行業績が存在し、⁽⁷⁾当該議論の意義がすでに明確に主張されている。⁽⁸⁾本稿は、日本での準消費貸借の議論を出発点としつつ、ド

(5) 渡邊・前稿156頁の注(52)を参照。

(6) 古い学説の中には、準消費貸借の議論において、ドイツの学説を引き合いに出して「債務変更の契約」に触れるものがある。たとえば、石坂音四郎『改纂 民法研究 下巻』（有斐閣、3版、1923年）715頁、末弘巖太郎『債権各論』（有斐閣、7版、1922年）497頁参照。また、鳩山秀夫『日本債権法各論 下巻』（岩波書店、1924年）404頁、石田文次郎『債権各論講義』（弘文堂、1937年）73頁、三宅正男『契約法（各論）下巻』現代法律学全集9（青林書院、1988年）560頁ほかも参照。

(7) 森田修「合意による契約の修正(1)～(7・完)——契約改訂における意思自律——」法協128巻12号1頁（2011年）～130巻9号1頁（2013年）、同『契約規範の法学的構造』（商事法務、2016年）214～220頁、617～619頁参照。なお、合意による契約の修正に関連する日本の議論として、準消費貸借・更改・和解・代物弁済における同一性論を分析している（同「合意による契約の修正(1)」38～71頁に詳しい）。

(8) そこで、契約法学の歴史的展開を踏まえつつ、古典的な概念構成から新しい概念構成への転換期において、いかなる変化が「契約規範の形態原理」に生じつつあるかとの問題を設定しつつ、その問題へのアプローチの一視角として「契約の修正」という問題領域を位置づけ、その問題群の

イツ法との比較研究の視点から同問題に対するひとつのアプローチを試みるものである。⁽⁹⁾

3 本稿の検討対象と課題

結論を多少先取りすることにもなるが、本稿の具体的な検討対象と課題を示しておきたい。第一に、ドイツにおける準消費貸借の判断枠組みを分析、検討する（Ⅱ章）。かつてのドイツでは、消費貸借の項目内に準消費貸借の規定（BGB 旧607条2項）があり、⁽¹⁰⁾具体的な解釈論が展開されていた。しかし、ドイツ債務法改正によって同規定は削除された。そこで、この改正動向を把握したうえで、現在の準消費貸借の解釈論をみてゆく。

第二に、ドイツにおける債務関係変更の一般枠組みを分析、検討する（Ⅲ章）。この債務関係変更については、日本とは異なって、ドイツ民法典に明文の規定があり（BGB 311条1項）、⁽¹¹⁾契約原則の一環として明確な議

中から「合意による契約の修正」を抽出すべきという。そして、合意による契約修正がこれまで取り立てて日本で議論されてこなかった理由は、契約修正の自由も契約自由で解消されるとの理解に基づいて、その一般原理に委ねられてきたからであろうと指摘する。しかし、「契約修正の自由」には「契約自由」にはない制約が課せられているのではないかと疑問を呈されている。いずれも的確な問題提起である。

(9) 森田・前掲(7)「合意による契約の修正」は、契約原理との関係で時間的かつ空間的な広がりをもつものであり、かつ関連する事例群の全体を見渡しつつ、フランス法との精緻な比較研究の手法を採った研究である。これに対して本稿は、ドイツ債務法改正後の近時の議論を対象を限定したうえで、個別事例のひとつである準消費貸借の場面に題材を求めつつ、契約による債務関係の変更という一般枠組みの概略を考察するものである。この意味で、本稿はドイツ法との比較研究のスタートラインとして議論概況を素描しつつ、基礎的な考察を加えるものにすぎない。

(10) 右近健男編『注釈ドイツ契約法』（三省堂、1995年）359～361頁〔赤松秀岳〕参照。

論が展開されてきた。⁽¹²⁾そこで、従来の議論状況を客観的にまとめたい。

第三に、これらの検討結果を踏まえつつ、両場面の関係をみてゆきたい(IV章)。ドイツでは、本稿II章で検討するように、ドイツ債務法改正による準消費貸借規定の削除にもかかわらず、改正後も消費貸借の個所での個別議論が維持されている。その一方で、III章で検討するように、準消費貸借は債務関係変更(BGB 311条1項)の一場面とも位置づけられ、そこでも一定の言及がある。そこで、IV章では、まずは両場面の関係を明確にしたい。そのうえで、とりわけIII章での帰結を踏まえつつ、個別場面のみならず、債務関係変更に関する横断的な一般枠組みの構築にかかる意義を探りたい。これらドイツ法の検討結果をもとに、最後に日本法への一定の示唆を得る。

II ドイツにおける準消費貸借の枠組み

1 緒論

本章では、ドイツにおける準消費貸借の判断枠組みについて検討を加える。かつては、ドイツ民法典に準消費貸借に関する規定(BGB旧607条2項)があったが、債務法改正において同規定は削除された。そこで、改正経緯を簡単にまとめよう。現在の準消費貸借の議論を分析的に検討する。

(11) BGB 311条【法律行為または法律行為に類する行為による債務関係】

(1) 法律行為による債務関係の創設または債務関係の内容の変更には、法律に別段の定めがない限り、当事者間の契約を要する。(2)(3)は省略。

(12) BGB 311条1項は、債務法改正前の旧305条をそのまま引き継いでいる。旧法については、椿寿夫＝右近健男編『ドイツ債権法総論』(日本評論社、1988年)180～182頁〔今西康人〕参照。

2 債務法改正の経緯

ドイツでは、2002年の債務法改正前には、準消費貸借（Vereinbarungsdarlehen）はBGB旧607条2項において「金銭またはその他の代替物を別の原因から債務負担した者は、その金銭または物が消費貸借として債務負担されるべきことを債権者と合意することができる」と明文で規定されていた⁽¹³⁾。この旧規定について、旧法下では消費貸借は要物契約であるという古典的概念に捕らわれていたことに起因しており、準消費貸借の場面では金銭の授受が欠けることから要物契約の例外として明文規定が必要であったと説明される⁽¹⁴⁾。これに対して、現行法下では、準消費貸借は契約自由（BGB 311条1項）の枠内で適法であることに疑問はないことが確認されたため、旧規定は削除された⁽¹⁵⁾と説明される。つまり、現在では消費貸借は明確に諾成契約と把握されているため、その変更も契約原則に関するBGB 311条1項に基づいて行われれば足り、特別の規定は必要ないということである。もっとも、このように旧規定が削除されたとしても、それによって準消費貸借に関する従来の法状況は変わらないとされる⁽¹⁶⁾。

そこで、次に従来の準消費貸借の議論をまとめ、ドイツにおける準消費貸借の判断枠組みを明確に示したい。

(13) Vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd II/1, 13. Aufl. 1986, S. 301 f. m. w. N.

(14) Looschelders, SchuldR BT, 2. Aufl. 2008, S.107.

(15) Palandt/Putzo, “Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts”, 61. Aufl. 2002, § 488 Rn. 27; Schlechtriem, SchuldR BT, 6. Aufl. 2003, Rn. 203; Soergel/Seifert, 13. Aufl. 2014, § 488 Rn. 41; Medicus/Lorenz, SchuldR II BT, 17. Aufl. 2014, Rn. 573. Vgl. auch Soergel/Häuser, 12. Aufl. 1997, § 607 aF Rn. 255; Köndgen, WM 2001, S. 1641; Habersack, Bankrechtstag 2002, S. 6.

(16) Mülberr, WM 2002, S. 468; Reiff, Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), “Das Neue Schuldrecht – Ein Lehrbuch”, 2002, S. 288f.; Brox/Walker, SchuldR BT, 35. Aufl. 2011, S. 210.

3 判断枠組み

(1) 意義・根拠・適用領域

準消費貸借とは、契約当事者が、他の原因によって負担した金銭をそれ以降は消費貸借として債務負担されるべき旨を合意すること⁽¹⁷⁾をいう。前記の通り、かつて消費貸借は要物契約とみなされていたため、このような合意に基づく準消費貸借が成立するためには法の規律（BGB旧607条2項）が根拠として不可欠だと考えられていた。しかし、債務法改正によって消費貸借も諾成契約として規律されたため、消費貸借への内容変更も私的自治上の内容形成の自由（契約自由の一般原則、BGB311条1項）によって端的に規律されるにすぎないとされた。そのため、前記の改正経緯のみならず、準消費貸借の旧規定も不要として削除され、消費貸借の項目での規定はなくなった。もっとも、特別の規定がなくなったからといって狭義の準消費貸借という概念が不要となったわけではない⁽¹⁸⁾。改正前に比べて契約内容の変更に関する一般論（BGB311条1項）との関係が意識的に重視されつつも、従来と変わらず、消費貸借契約の枠内で一定の議論が展開されている⁽¹⁹⁾。

(17) MünchKomm/Berger, 7. Aufl. 2016, §488 Rn. 18; Medicus/Lorenz, SchuldR II BT, Rn. 573; Schlechtriem, SchuldR BT, Rn. 203; Brox/Walker, SchuldR BT, S. 209 f.

なお、かつては旧607条2項の規定に従って、準消費貸借の対象に金銭のみならず「その他の代替物」を含めるものもあった（Vgl. Lorenz, SchuldR Bd II/1, S. 301.）しかし、近時は金銭債務に限定した記述が一般的である。

(18) Vgl. Staudinger/Freitag, Neubearbeitung 2015, §488 Rn. 73.

(19) Vgl. Schlechtriem, SchuldR BT, Rn. 203; Medicus/Lorenz, SchuldR II BT, Rn. 573; Looschelders, SchuldR BT, S.107; Brox/Walker, SchuldR BT, S. 209 f.; Jauernig/Berger, 16. Aufl. 2015, §488 Rn. 6 ff.; MünchKomm/Berger, §488 Rn. 18 ff.; Soergel/Seifert, §488 Rn. 41 ff.; Staudinger/Freitag, §488 Rn.

この準消費貸借においては、基本的にいかなる金銭債務も当事者の合意によって消費貸借債務へと変更されうる⁽²⁰⁾。その典型場面として、たとえば売買契約に基づいて買主が代金債務を負う場合に、その金銭を売買代金としてではなく消費貸借として債務負担することを当事者間で合意する場合⁽²¹⁾があげられる。また、住宅ローン債務や保証債務を消費貸借債務に変更すること、離婚における増加額清算を消費貸借債務とすること、およびクレジットカード取引におけるクレジット会社のカード所持者に対する費用償還請求権を消費貸借債務とすることも一例として示されている⁽²²⁾。他方で、将来債務を準消費貸借上の債務とすることも可能とされる⁽²³⁾。

(2) 要件

準消費貸借の有効要件について、基本的には、いかなる金銭債務も、それが存在し、かつ貫徹可能であること、法律上の禁止規範に反していないこと、そして従来から消費貸借債務として債務を負担していないことをあげる見解がある⁽²⁴⁾。なお、当事者自治に基づいて、当事者は金銭給付とは異なる内容を有する債務を消費貸借債務によって代替させる合意も可能とする。

73 ff..

(20) Soergel/Seifert, § 488 Rn. 42; Staudinger/Freitag, § 488 Rn. 74; MünchKomm/Berger, § 488 Rn. 19; Jauernig/Berger, § 488 Rn. 6; Erman/Saenger, 13. Aufl. 2011, § 488 Rn. 21.

(21) Larenz, SchuldR Bd II/1, S. 301; Soergel/Häuser, § 607 aF Rn. 255; Looschelders, SchuldR BT, S. 107; Schlechtriem, SchuldR BT, Rn. 203; Medicus/Lorenz, SchuldR II BT, Rn. 573; Brox/Walker, SchuldR BT, S. 209.

(22) MünchKomm/Berger, § 488 Rn. 19.

(23) MünchKomm/Berger, § 488 Rn. 19; Soergel/Seifert, § 488 Rn. 45.

(24) MünchKomm/Berger, § 488 Rn. 19. Vgl. Soergel/Seifert, § 488 Rn. 45.

これに対して、準消費貸借の要件も、債務関係変更に関する BGB 311 条 1 項の範疇で一般的に考慮される要請から生じるという点を強調する見解がある⁽²⁵⁾。ただし、この見解も、借主に向けられた請求権が存在していること、そして法規に反しないことを要件としており、この点では上記見解と変わらない。また、債務原因は問わないことから、基本的には、すべての任意債務が消費貸借債務に変更されうとする⁽²⁶⁾。もっとも、BGB 311 条 1 項の意味での契約変更の場合には、変更後の契約と従来の契約とが本質的に対比されうするときのみ適法とされることから、金銭給付を対象としない請求権を消費貸借契約による請求権へと変更することは実際には顧慮されないとされる⁽²⁷⁾。このため、前述のように準消費貸借の意義を説明する際に対象を金銭債務に限定した記述が多いものと考えられる。以上からすると、準消費貸借の要件は上記見解と基本的には変わらないといえる。

他方で、要件の問題に関連し、契約の方式に言及するものがある⁽²⁸⁾。これについて、通常は消費貸借における方式に従う必要があるところ、消費貸借契約上の債務に関する合意が例外的に方式を要しない場合には、契約内容の変更にとっても方式は必要ないとされる。

(3) 効果

準消費貸借としての契約変更の効果は、変更された請求権に消費貸借契約に関する規律を適応することである⁽²⁹⁾。また、単純な変更契約 (BGB 311 条 1 項) は、本来の債務原因を維持することが原則とされるため、その

(25) Staudinger/Freitag, § 488 Rn. 74.

(26) Staudinger/Freitag, § 488 Rn. 74.

(27) Staudinger/Freitag, § 488 Rn. 74.

(28) Staudinger/Freitag, § 488 Rn. 74.

(29) Staudinger/Freitag, § 488 Rn. 74; MünchKomm/Berger, § 488 Rn. 21.
Vgl. Larenz, SchuldR Bd II/1, S. 301 f.; Brox/Walker, SchuldR BT, S. 209.

範疇に位置づけられる準消費貸借の場合も、従来の債務に付着していた担保権や抗弁権は消滅しないとされる⁽³⁰⁾。もっとも、当事者間で、従来の債務を消滅させ、新しい債務に交代させるという意味での更改の合意も可能とされる⁽³¹⁾。

そこで、当事者が準消費貸借の合意によってどのような法的効果を惹起しようとしたかが問題となるところ、法律行為の解釈によって確定されるべきものとされる。その際に、従来の債務（旧債務）の効力いかんといった視点から、次の3つの場面が一般的に提示されている⁽³²⁾。

(4) 新旧債務の関係に関する枠組み

1) 単純な債務変更

まずは、旧債務が維持されつつ、消費貸借に関する規律に服することが合意される場合があげられる。この場合には、単純に旧債務が維持されることから、旧債務に付着していた担保や抗弁も維持される。当事者が準消費貸借の合意をなす際には、この単純な債務変更の場面が原則とされる。なぜなら、債権者は既存担保を簡単には手放さないであろうし、債務者は理由なく抗弁などを喪失させようとはしないからである⁽³³⁾。そのため、当事者は準消費貸借の場合に通常は旧債務を維持する債務変更を意図していた

(30) Staudinger/Freitag, § 488 Rn. 74.

(31) Staudinger/Freitag, § 488 Rn. 75; MünchKomm/Berger, § 488 Rn. 22. Vgl. Larenz, SchuldR Bd II/1, S. 301 f..

(32) Jauernig/Berger, § 488 Rn. 7 ff.; Brox/Walker, SchuldR BT, S. 209; MünchKomm/Berger, § 488 Rn. 20 ff.; Soergel/Seifert, § 488 Rn. 43; Staudinger/Freitag, § 488 Rn. 74 f.; Erman/Saenger, § 488 Rn. 21 ff.. Vgl. Larenz, SchuldR Bd II/1, S. 301 f.; Brox/Walker, SchuldR BT, S. 209. m.w. N.

(33) Brox/Walker, SchuldR BT, S. 209.

とみるべきである。

2) 有因の債務改変（有因の更改）

次に、旧債務が新しい消費貸借債務に完全に置き換えられることによって、その旧債務が消滅する場合があります。この有因の更改が意図される場合には、旧債務が消滅するため、旧債務関係に基づく担保や抗弁も消滅する。この場合には、両当事者による明示的に認識可能な代替の意思が必要とされる⁽³⁴⁾。

3) 無因の債務改変（無因の更改、債務承認または債務約束）

最後に、当事者が旧債務の存在を考慮することなく消費貸借債務を根拠づける場合があります。この無因の債務改変（無因の更改、無因の債務承認または無因の債務約束）がなされる場合には、債務者の意思表示について BGB 780条【債務の約束】・781条【債務の承認】の要件（とくに書面方式）が必要となる⁽³⁵⁾。この場合に、旧債務の存在は要件とされないため、旧債務関係に基づく担保や抗弁は新債務の下では問題とならない。ただし、旧債務が存在しなかった場合には、新債務は BGB 812条【返還請求権】に基づいて不当利得返還請求権の対象となりうる。

4) 上記枠組みの判断基準

当事者間で準消費貸借の合意がなされた場合には、上記の通り、まず1) 単純な債務変更（BGB 311条1項）であると判断されるべきである⁽³⁶⁾。ただし、新旧債務間に根本的な相違が生じており、それによって単純な債務変

(34) Jauernig/Berger, § 488 Rn. 8.

(35) Jauernig/Berger, § 488 Rn. 9.

(36) Soergel/Seifert, § 488 Rn. 44; Staudinger/Freitag, § 488 Rn. 74f. m. w. N.

更と矛盾するか、または明示された当事者意思が明白に更改など債務改変を示している場合には、当事者の利害状況から得られる当事者の通常的意思に基づいて、2) 有因または3) 無因の債務改変と判断されるべきである⁽³⁷⁾。さらに、当事者が有因または無因の債務改変のいずれを意図したかという問題についても、当事者の意思および利害を考慮して解釈されるべきである。もしいずれか不明の場合には、まずは2) 有因の債務改変と判断されるべきである⁽³⁸⁾。なぜなら、3) 無因の債務改変は当事者の法的地位に大きな変更をもたらし、とりわけ債務者にとって重大な不利益をもたらすからである。

5) 証明責任

準消費貸借の合意がなされた場合に、上記3つの場面のいずれに該当するかについては、申立人に証明責任が負われ、旧債務の不存在に基づく無効性については債務者に証明責任が負わされる⁽³⁹⁾。

(5) 支払猶予との相違

準消費貸借の場面には、金銭債権の単なる支払猶予の場合は含まれないとされる⁽⁴⁰⁾。たしかに、準消費貸借の根拠と同じく、支払猶予の場合も相手に対する信用の承認が含まれている（BGB 506条【支払猶予、その他の資金調達援助】参照）。しかし、消費貸借の場合は債務者に純粋な資金利用権限を与えることに対して、支払猶予の場合には債務者に資力があるのに

(37) Soergel/Seifert, § 488 Rn. 44; Staudinger/Freitag, § 488 Rn. 75.

(38) Staudinger/Freitag, § 488 Rn. 75.

(39) Jauernig/Berger, § 488 Rn. 10.

(40) Larenz, SchuldR Bd II/1, S. 301 f.; Staudinger/Freitag, § 488 Rn. 76; MünchKomm/Berger, § 488 Rn. 18; Soergel/Seifert, § 488 Rn. 46; Jauernig/Berger, § 488 Rn. 6; aA Schlechtriem, SchuldR BT, Rn. 203.

それを保持させることは基本的に認められていない。したがって、準消費貸借も新債務に消費貸借の効力を与えることが意図されるため、支払猶予とは区別される。このように、債権の履行期限の単純な延期は支払猶予にすぎず、準消費貸借ではないとされる⁽⁴¹⁾。

4 小括

最後に、ドイツにおける準消費貸借の枠組みについて概略をまとめる。

(a) まず、前述の通り、準消費貸借とは、契約当事者が、他の原因によって負担した金銭をそれ以降は消費貸借として債務負担する旨を合意することをいう。かつては、消費貸借の要物契約性から、合意に基づく準消費貸借には法律上の根拠（BGB 旧607条2項）が必要とされたが、債務法改正によって消費貸借の諾成契約性が認められたため、旧規定も削除された。改正後は、準消費貸借による消費貸借への内容変更も私的自治の範疇にあり、端的に債務関係変更に関する契約自由の一般原則（BGB 311条1項）に従うにすぎないことが強調される。もっとも、特別の規定が削除されたとしても、準消費貸借の特徴を意識して、従来と同じく、消費貸借の枠内でも引き続き議論の必要性が認められている。

(b) 次に、準消費貸借の要件として、①金銭債務またはその他の任意債務が存在し、②それが貫徹可能であり、③法律上の禁止規範に反していないことが一般にあげられる。これに加えて、④従来から消費貸借債務として債務を負担していないことをあげる見解もある。また、⑤契約の方式に言及するものがある。なお、債務法改正の影響を受けて、債務関係変更の一般枠組みの範疇で一般に考慮される要請から、準消費貸借の要件を考えるべきことを強調する見解がある。ただし、前述の通り、その内容は大き

(41) Staudinger/Freitag, § 488 Rn. 76.

くは異なる。

(c) 準消費貸借の効果は、変更された請求権に消費貸借の規律を適用することである。そして、債務関係変更の一般枠組みにおいて、単純な内容変更は本来の債務原因を維持するものであって、従来債務に付された担保や抗弁も消滅しないことが指摘される。これに対して、従来債務関係を消滅させ、新しい債務に転換させるという更改の意味での当事者間の合意も可能とされる。この場合には、旧債務に付された担保や抗弁も消滅することになる。

(d) このように異なる法的効果が生じるところ、当事者がいかなる効果を惹起しようとしたかは、法律行為の解釈によって確定されるべきとされる。その際に、新旧債務の同一性という視点から3つの場面に分類されることが一般的である。それは、同一性が維持される1) 狭義の準消費貸借の場合と、維持されない2) 有因または3) 無因の更改などの場合である。まず、1) 従来債務が維持され、消費貸借に関する規律に服することが合意される場合には、債務の同一性が維持され、担保や抗弁も存続することになる。次に、2) 旧債務が新債務（消費貸借債務）に完全に置き換えられる場合には（有因の更改）、これによって旧債務は消滅し、担保や抗弁も消滅することになる。さらに3) 当事者が旧債務の存在を考慮せずに消費貸借債務を根拠づける場合には（無因の更改など）、方式が必要とされるとともに、旧債務の存在は要件とされず、旧債務に付された担保や抗弁も問題とならない。

(e) 以上の枠組みについて、準消費貸借の合意がなされたときは、原則として1)と判断されるべきである。ただし、例外的に、新旧債務に根本的な相違があり、単純な債務関係の変更（BGB 311条1項）と矛盾が生じるか、または当事者が更改など債務改変を明示していた場合には、当事者の利害状況から得られる通常の意味に基づいて、2) 有因の更改、または

3) 無因の更改と判断されるべきとされる。この3つの場面の判断につき、申立人に証明責任が負わされる。

以上のように、準消費貸借の判断枠組みについて、とりわけ債務法改正による旧規定の削除後は債務関係変更の一般枠組みが強調される傾向にある。そこで、次章では、ドイツにおける債務関係変更の一般枠組みを検討したい。

Ⅲ ドイツにおける債務関係変更の枠組み

1 緒論

ドイツでは、私的自治または契約自由の原則がBGB 311条（旧305条）で定められている。そして同条1項後段において、債務関係〔債務契約〕の変更〔修正〕についてもあわせて規律される。本章では、契約自由の一般原則には立ち入らず、債務関係変更の場面に限って、一般的な枠組みを検討する。そのうえで、準消費貸借の議論とあわせて、次章でドイツの議論状況をまとめつつ、日本法への示唆について一定の検討を加えたい。

2 債務関係変更の一般枠組み

(1) 意義・適用範囲

債務契約⁽⁴²⁾ (Schuldvertrag) または債務関係⁽⁴³⁾ (Schuldverhältniss) に関する内容の変更〔修正〕(Änderung) は、法律に別段の定めがない限り、契約の締結や解消と同じく、契約原則に関するBGB 311条1項に従う必要がある。つまり、契約原則が債務関係の変更にも基本的に適用されるため、別

(42) MünchKomm/Emmerich, 7. Aufl. 2016, §311 Rn. 11.

(43) Soergel/Gröschler, 13. Aufl. 2013, §311 Rn. 39; Staudinger/Feldmann/Löwisch, Neubearbeitung 2012, §311 Rn. 58; Erman/Kindl, 13. Aufl. 2011, §311 Rn. 3; Jauernig/Stadler, 16. Aufl. 2015, §311 Rn. 18.

段の定めがない限り、当事者は債務関係の内容を自由な観点で契約的に変更することができる。⁽⁴⁴⁾

このことは、契約上の債務関係だけでなく、法律上の債務関係の変更の場合にも当てはまる。⁽⁴⁵⁾ただし、強行法規についてはこの限りではなく、当事者によっても内容を自由に変更できるものではない。

以上に対して、当事者間の変更契約によるのではなく、法律または判決によって債務関係の変更が生じることがある。⁽⁴⁶⁾

他方で、当事者の一方的な法律行為によって債務関係の変更が生じることもある。⁽⁴⁷⁾ただし、それが可能なのは、当事者の一方が契約または法律によって一方的な変更権を容認されている場合に限られる。⁽⁴⁸⁾たとえば、当事者の一方による給付の確定の場面を規律する BGB 315条【一方による給付決定権】以下は、その前提として当事者の一方に給付確定の権利を付与する旨の合意（契約）を想定しているとされる。⁽⁴⁹⁾また、法律による一方的な変更が予定される場合として、たとえば選択権の行使（BGB 263条【選択権の行使、効力】）、種類債務の特定（BGB 243条【種類債務】2項）、期間確定（BGB 281条【履行されなかったか、または債務に従って履行され

(44) MünchKomm/Emmerich, § 311 Rn. 11; Erman/Kindl, § 311 Rn. 3.

(45) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 39.

(46) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 39; MünchKomm/Emmerich, § 311 Rn. 12.

(47) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 39; MünchKomm/Emmerich, § 311 Rn. 12; Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 59; Erman/Kindl, § 311 Rn. 7; Jauernig/Stadler, § 311 Rn. 18.

(48) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 39; MünchKomm/Emmerich, § 311 Rn. 12; Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 59; Erman/Kindl, § 311 Rn. 7; Jauernig/Stadler, § 311 Rn. 18.

(49) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 39. ただし、この場合は法の規定による一方的変更の場面と分類するものもある (Vgl. Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 59.)。

なかった給付に代わる損害賠償】、323条【給付が行われないこと、または給付が契約に従って行われないことによる解除】、または解約告知、解除ないし取消権などが指摘される。さらに、相手方に本質的な負担を与えない僅かな変更が問題となるにすぎない場合には、たとえば売却物の出荷方法に関する債権者の変更指示などは、信義則（BGB 242条【誠実および信義に従った給付】）に従って有効とされる⁽⁵⁰⁾。また、使用賃貸借（Mietvertrag）における賃料増額請求の場面でも、たとえば建物を現代化する要請が認められる場合に BGB 559条【現代化の措置後の賃料の増額】や 559b条【賃料増額の主張、増額の意味表示の効力】によって債務内容の一方的な変更が生じうる⁽⁵¹⁾。これに加えて、行為基礎の喪失の場合にも、BGB 313条【行為の基礎の障害】に基づいて判決によって一方的に債務内容が変更されうる⁽⁵²⁾。

契約上の権利の放棄も、内容変更を示すことがある⁽⁵³⁾。それゆえ、免除契約と債務不存在の承認の場合に示されるように（BGB 397条【免除契約、債務不存在の承認】）、この権利の放棄は、基本的に契約の締結を要する。ただし、放棄の意思表示に対する相手方の承諾は、BGB 151条【申込者に対する意思表示のない承諾】1文に従って、通常は黙示的になされたと思なされる⁽⁵⁴⁾。さらに、取消権者による取消権の放棄については、BGB 144条【取り消すことができる法律行為の追認】の範疇に含まれるため、一方的

(50) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 39; MünchKomm/Emmerich, § 311 Rn. 12; Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 60.

(51) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 39; Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 59.

(52) MünchKomm/Emmerich, § 311 Rn. 12.

(53) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 39; Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 61; Erman/Kindl, § 311 Rn. 8.

(54) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 39.

に放棄という意味での変更をなしうることになる。⁽⁵⁵⁾そして同条の類推適用によって、抗弁および形成権の一方的な放棄も認められている⁽⁵⁶⁾。ただし、法律行為の無効の抗弁を一方的に放棄することはできず、この場合には法律行為を再度実行しうるだけとされる⁽⁵⁷⁾。また、債務者は消滅時効期間の満了前でも消滅時効の抗弁を放棄することが認められる⁽⁵⁸⁾。もっとも、その際には、消滅時効の最長期間が30年を超えてはいけなるとされる（BGB 202条【消滅時効に関する合意の不許容】2項）。

(2) 変更の種類・内容

たとえば、給付の種類、程度または範囲が別異のものに指定されるなど、さしあたりすべての内容変更がここでの変更⁽⁵⁹⁾に該当する。また、内容変更は付随義務に関しても生じうる。ここでの内容変更の事例として、賃料の引き上げまたは引き下げ、金銭支払義務の猶予、消費貸借の条件変更、贈与への事後的な条件の付加などの合意の場面が指摘される⁽⁶⁰⁾。もっとも、内容変更は、契約全体ではなく、個別の要素についてのみ関連する⁽⁶¹⁾。また、たとえば準消費貸借の場合のように、給付の経済的な目的に関連する変更もありうる。この準消費貸借の事例では、金銭その他の代替物の給付に向

(55) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 39; Erman/Kindl, § 311 Rn. 8.

(56) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 39; Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 61; MünchKomm/Emmerich, § 311 Rn. 12.

(57) Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 62; MünchKomm/Emmerich, § 311 Rn. 12.

(58) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 39.

(59) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 40; MünchKomm/Emmerich, § 311 Rn. 11.
Vgl. Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 69; Jauernig/Stadler, § 311 Rn. 18.

(60) Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 69.

(61) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 40.

けられた任意の債務が消費貸借上の債務に変更されることになる。⁽⁶²⁾他方で、抗弁の放棄も変更⁽⁶³⁾に該当する。

債務関係の変更は、契約上の給付目的を拡張するか、または追加の権利および義務を受け入れることによって、すでに存在している契約を補充することを意味する。⁽⁶³⁾たとえば、住居に関する使用貸借を締結した後に事後的に車庫を追加で借りた場合には、基本的には、車庫の賃貸借契約は、独立の賃貸借契約ではなく、住居に関する賃貸借契約の構成部分になるとみられる。また、当事者によって事後的に内容の具体化が意図される場合、たとえば普通契約約款の条項が事後的に個別合意によって具体化されるべき場合には、権利・義務に関する具体化もまた契約の効力にとって必要な変更とみなされる。⁽⁶⁴⁾

他方で、期限の付された継続的債務関係の延長も基本的には債務関係の変更⁽⁶⁵⁾に該当する。継続的契約関係は、すでに表明された解約告知を合意によって終了させることにより延長されうる。もっとも、通説によれば、このような延長は、解約告知期間が満了していない間になされる必要があるとされる。⁽⁶⁶⁾かりに解約告知期間が満了して元の契約が終了した後で、さらに継続的債務関係が受容されるためには、新たな契約が締結される必要がある。⁽⁶⁷⁾その結果として、契約に際して方式や許可条件が必要とされる場合には、それらが新たに考慮されなければならない。これと同じく、有効に

(62) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 40.

(63) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 41.

(64) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 41.

(65) Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 71; Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 42.

(66) Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 71. Vgl. Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 42.

(67) Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 71.

解除権が行使された場合には、消滅した義務については契約によってのみ同一内容の義務として新たに根拠づけられると一般的に説明される⁽⁶⁸⁾。以上の通説的見解は、いったん消滅した義務は「代替が効かない」というドグマを基礎に置くところ、これは契約自由の原則に反すると批判する見解がある⁽⁶⁹⁾。この見解によれば、期間満了、解約告知または解除によって消滅した義務を遡及的に原状に復することは、BGB 311条1項に従って可能であるとされる。その結果、従来の債務関係に付随する担保も継続することになるし、契約の方式も新旧契約の外形的な区別によるのではなく、各事案での方式規定の意味と目的に従って決することが重要となるとされる。

次に、契約の変更が人の交代を意味する場合がある⁽⁷⁰⁾。このような変更契約は、既存の債務関係に直接影響を与えることから、任意の債務契約の範疇に属する。もっとも、これは債権譲渡（BGB 398条【譲渡】以下）および債務引受け（BGB 414条【債権者および引受人間の契約】以下）の規定によって特別に規律されている。また、譲渡禁止の解消もまた契約変更に該当する。ただし、詳しくみれば、個別の債権・債務の譲渡と総体的な債務関係の譲渡とは区別されるべきである⁽⁷¹⁾。債権譲渡では、債務関係が権利の所持者以外の点では変更されずに維持されるため、BGB 398条に従って債権の所持者性に関することのみを把握するにすぎない。そのため、新しい当事者が契約上の従来の地位に交代するか併存して参入する場合とは区別されるべきである⁽⁷²⁾。そして、BGB 311条1項によって契約全体が引き受

(68) BGHZ 20, 338, 340; Soergel/Hadding, 13. Aufl. 2012, §346 aF Rn. 2; Staudinger/Kaiser, Neubearbeitung 2012, §346 aF Rn. 302. Vgl. Soergel/Gröschler, §311 Rn. 42.

(69) Soergel/Gröschler, §311 Rn. 42.

(70) Soergel/Gröschler, §311 Rn. 43; MünchKomm/Emmerich, §311 Rn. 18; Staudinger/Feldmann/Löwisch, §311 Rn. 69.

(71) MünchKomm/Emmerich, §311 Rn. 18.

けられるためには、当事者全員の協力が必要となる。⁽⁷³⁾

さらに、公法上の利用関係が私法上の利用関係へと変更される場合も契約の変更⁽⁷⁴⁾に該当するとされる。

(3) 法的性質

債務内容の変更は、基本的には、その変更にかかる同一対象がすでに規律されており、かつ新しい準則に置き換わることが前提となる。⁽⁷⁵⁾そのため、債務内容の変更は、古い準則を廃止し、新しい準則を根拠づけることによって構成される。そして、その廃止される部分に関しては処分行為(Verfügung)を包含し、新しい部分の根拠づけに関しては義務負担を包含する。⁽⁷⁶⁾また、抗弁などの権利を放棄する場合⁽⁷⁷⁾には、単に処分行為の性質のみを有する。

もっとも実際には、変更契約が処分的要素と義務負担的要素のいずれも含むが、統一的な枠組みに言及しない場合がよくあるところ、これを全体的にみれば、債務関係に関する契約当事者の総合的な処分⁽⁷⁸⁾ということになるとされる。

(4) 方式および許可

変更が方式規定の意味および目的に応じて方式を必要とする内容と関連

(72) MünchKomm/Emmerich, § 311 Rn. 18.

(73) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 43.

(74) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 44.

(75) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 40; Erman/Kindl, § 311 Rn. 4.

(76) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 40. Vgl. Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 70.

(77) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 40.

(78) Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 70.

する場合には、変更契約は方式に従う必要がある。⁽⁷⁹⁾方式が必要とされることによって、追加負担または内容の加重を伴うにもかかわらず関係者の利益にはならない変更を制限しうる。方式を必要とするか否かは、たとえば保証の意思表示（BGB 766条【保証の意思表示の書面による方式】）や確定した契約期間の超過（BGB 550条【使用貸借契約の方式】）の場合のように、変更が特定の対象範囲に関連しているかどうかによって決せられ⁽⁸⁰⁾る。従来の契約が方式を必要としない場合であっても、方式の必要性が契約変更のために課されることがありうる。⁽⁸¹⁾他方で、売買契約を贈与契約へと変更する場合については、BGB 518条【贈与の約定の方式】1項に基づいて方式を必要とする見解⁽⁸²⁾がある。これに対して、この場合に方式は不要とみる見解⁽⁸³⁾もある。後者の見解によれば、これは贈与の約束（BGB 518条1項）を事後的に根拠づけようとする場面ではなく、売買代金債権を贈与の方法で免除することが問題となる場面であり、これによって出捐が直接付与されるからと説明される（BGB 516条【贈与の概念】1項）。

法律行為上で合意された方式については、変更契約の内容が方式合意の目的に包含される場合には、基本的には、変更契約のためにもその方式が必要となる。⁽⁸⁴⁾もっとも、契約自由の原則を根本的に自主規制することにならないように注意が必要である。それというのも、そもそも契約自由は個

(79) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 45; Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 65; MünchKomm/Emmerich, § 311 Rn. 13; Erman/Kindl, § 311 Rn. 6; Jauernig/Stadler, § 311 Rn. 18.

(80) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 45.

(81) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 45; Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 66; Erman/Kindl, § 311 Rn. 6.

(82) Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 66; Erman/Kindl, § 311 Rn. 6.

(83) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 45.

(84) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 45.

別の事案ごとに実施されるべきであるところ、合意による方式を拡張することによって個別の自由裁量が剥奪されかねないからである。それゆえ、合意された方式の変更契約への適用は制限的に解されるべきである。⁽⁸⁵⁾

変更契約が方式を必要としない限り、その変更契約は黙示に締結され⁽⁸⁶⁾る。たとえば、一方当事者が変更された条件を相手方に通知したことで、契約が両当事者間で継続される場合には、変更契約は黙示になされたといえる。

他方で、もとの債務関係を基礎づけるために官庁の許可が必要とされていた場合に、該当する契約上の構成要素を変更するに当たって許可の必要性が提示される限り、通常は、債務関係の変更のためにも許可が必要である。⁽⁸⁷⁾これに対して、変更が許可を必要とする部分を含んでいないのであれば、変更契約のために許可を得る必要はない。⁽⁸⁸⁾

(5) 変更の効果

変更が将来に向けて効力を有するのか、または遡及的に効力を有するのかが問題とされる。これについては、個別の場面で強行法規に反しない限り、当事者の自由裁量によるとみられている。⁽⁸⁹⁾そこで、当事者が個別の場面で意図したことが変更契約の解釈によって確定されるべきである。

(85) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 45.

(86) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 45; Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 67; Jauernig/Stadler, § 311 Rn. 18.

(87) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 46; Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 68; Erman/Kindl, § 311 Rn. 6.

(88) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 46.

(89) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 47; Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 69.

(6) 変更による債務の同一性の有無

1) 同一性の維持

変更契約によって債務関係の個々の内容は変更されるが、債務関係の同一性は維持される⁽⁹⁰⁾。それゆえ、変更されなかった部分はすべて効力を維持することになり、また、保証および担保権も基本的に引き続き存続することになる⁽⁹¹⁾。ただし、債務内容が加重される場合には、保証人、担保提供者または担保目的物の第三取得者が承諾するときに限って保証や担保権にも効力が及ぶことになる⁽⁹²⁾。

従来⁽⁹³⁾の債務関係と変更された債務関係との間に同一性があるということは、すべての義務が依然として従来⁽⁹⁴⁾の債務関係における義務であることを意味する。つまり、変更された内容もまた旧債務関係の中に組み込まれるということである⁽⁹⁴⁾。それゆえ、そもそも債務関係が存在していなければ、その際に効力を有さない変更契約によっても独立の義務は生じえない。さらに、債務関係の同一性が維持されるということは、結果として、旧債務関係が双務契約である場合には、双務関係内に存在する給付に関連する限り、変更された内容もまた双務契約に関する規律（BGB 320条【同時履行の抗弁】⁽⁹⁵⁾以下）に従うことになる。

他方で、債務者が変更された債務を履行しなかったとしても、従来の債

(90) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 48; Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 72; Erman/Kindl, § 311 Rn. 4; Jauernig/Stadler, § 311 Rn. 18.

(91) Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 72; Erman/Kindl, § 311 Rn. 4; Jauernig/Stadler, § 311 Rn. 18.

(92) Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 72.

(93) Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 73.

(94) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 48.

(95) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 48; Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 73.

務が復活することはない。⁽⁹⁶⁾この場合には、むしろ履行不能に関する BGB 275条【給付義務の排除】1項によって債務者は給付義務から解放される。また、同条2項または3項によって債務者に給付拒絶権が認められることがある。

2) 同一性が維持されない場面との関係

債務内容の単なる変更は債務の同一性を維持するものであって、旧債務に代えて完全に新しい債務関係を創設する債務更改 (Schuldersetzung) や更改 (Novation) とは区別される。⁽⁹⁷⁾この同一性が維持されるか否かという問題は、従来の債務関係に付着する担保権の存続の有無に実践的な意義が認められると同時に、旧契約に関する方式規定を引き継ぐかどうかという視点でも問題が生じる。⁽⁹⁸⁾

もっとも、両場面の区別が明確に定まるわけではない。このような債務内容の単なる変更によって同一性が維持されるのか、または更改によって同一性が維持されないのかという問題については、当事者の意思、契約構造の変更の経済的意義および取引観念が決定的とされる。⁽⁹⁹⁾変更契約か更改かいずれか不明の場合には、当事者は債務関係を単に変更しようとしたのであって、新しい債務関係に置き換えようとしたとみるべきではないとされる。⁽¹⁰⁰⁾その結果、従来の債務関係に付着する担保は保持されることにな

(96) Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 74.

(97) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 48; Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 75; Erman/Kindl, § 311 Rn. 10; Jauernig/Stadler, § 311 Rn. 20.

(98) Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 75.

(99) Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 75; Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 48.

(100) Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 78; Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 48; MünchKomm/Emmerich, § 311 Rn. 16; Erman/Kindl, § 311 Rn. 11.

⁽¹⁰¹⁾る。これとの関係で、代物弁済に関する BGB 364条【代物弁済の受領】2項が規定しているように、債務者が債権者の満足のために新たに無因債務を引き受けた場合には、疑わしいときは、更改（履行に代えた給付）ではなく、旧債権と並存した新債権の単なる成立（履行のための給付）とみなすべきであるとされる。⁽¹⁰²⁾

これに対して、当事者の意思、契約構造の変更の経済的意義、取引觀念などに照らして、従来の債務関係が本質的に改変される場合には、債務関係の単なる変更には当たらず、旧債務に付着した担保や抗弁は消滅することになる。⁽¹⁰³⁾ もっとも、たとえば使用貸借関係が使用貸借関係へと変更される場合や、委任関係が雇用関係に変更される場合のように、少なくとも一方当事者の給付が同一のものとして維持されている場合には、契約の類型が変更されるにもかかわらず、債務関係の同一性は持続し続ける。⁽¹⁰⁴⁾ 準消費貸借の場合のように、負担した給付目的物が同一性を維持している場合か、または給付目的物に変更されても契約目的が同一性を維持している場合には、通常は、債務関係の同一性が承認される。⁽¹⁰⁵⁾

以上に対して、同一性が生じえないのは、有因債務が無因債務に変更される場合である。⁽¹⁰⁶⁾ たとえば、売買代金債権が手形債権または無因の債務承認による債権に置き換えられる場合、売買契約が使用貸借契約に置き換

(101) Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 78.

(102) MünchKomm/Emmerich, § 311 Rn. 15; Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 48; Erman/Kindl, § 311 Rn. 11.

(103) MünchKomm/Emmerich, § 311 Rn. 16; Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 77; Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 48; Jauernig/Stadler, § 311 Rn. 20.

(104) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 48.

(105) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 48; Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 76.

(106) Soergel/Gröschler, § 311 Rn. 49.

えられる場合、または雇用関係が組合関係に変更される場合などがあげられる。

(7) 証明責任

債務関係に関する変更の内容と範囲は、それによって権利を導き出そうとする者が証明責任を負担するべきとされる。⁽¹⁰⁷⁾

3 小括

ドイツにおける債務関係変更の枠組みに関する近時の議論状況は、以上の通りである。本章の最後に、この一般枠組みの概略をまとめておきたい。

(a) まず、「債務関係変更」の意義と範囲についてまとめる。ドイツでは、債務関係変更の対象範囲に関して、概略的には次の3つの場面に分類されている。それは、①当事者の契約（合意）によって債務関係を変更する場合、②法律または判決によって債務関係が変更される場合、③当事者の一方的な法律行為によって債務関係の変更が生じる場合である。

その中でも、①の場面が債務関係変更に関する中心的な議論の対象とされている。この場合には、債務関係または債務契約に関する内容の変更は、法律に別段の定めがない限り、契約の締結や解消と同じく、契約原則を定めたBGB 311条1項に従う必要があるとされる。つまり、契約の一般原則が債務関係の変更にも基本的に適用されるということである。またこの変更の対象は、契約上の債務関係だけでなく、強硬法規に反しない限り、法律上の債務関係の変更にも当てはまる。これに対して、当事者の変更契約によらなくても、②法律または判決に従って債務関係が変更される場合

(107) Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rn. 79. Vgl. MünchKomm/Emmerich, § 311 Rn. 16.

がありうると指摘される。また、③一方的な法律行為による債務関係の変更の場合には、当事者が契約または法律によって一方的な変更権を容認されている例外的な場面に限られるとみられている。

(b) 次に、変更の種類と内容についてまとめる。たとえば給付の種類、程度または範囲の変更など、原則としてすべての内容変更がここでの変更
に該当する。これは主たる給付義務だけでなく、付随義務の変更も含まれる。ただし、内容の変更は契約全体に及んではならず、個別の要素についてのみの変更に限られる。

この内容変更が問題となる具体的な事案類型として、a 債務の目的を変更する場合、b 契約の内容補充の場合、c 期限の付された継続的債務関係の延長の場合、d 人の交代の場合、e 公法上から私法上への利用関係の変更の場合などが指摘されている。これらの場合は、基本的には債務関係の変更
に該当するとみなされている。ただし、上記の通り、c の場合には、表明された解約告知を解約告知期間の満了前に合意によって終了させる必要があり、その期間を超えれば、このような延長はできないと一般に理解されている。また、d については、主として債権譲渡および債務引受けに関する個別規定によって規律されているため、BGB 311条1項による債務
関係変更の一般枠組みは、契約上の地位の移転の場合に問題となるとされる。

(c) 法的性質については、変更にかかる同一対象がすでに規律され、これを新しい規律に置き換えることが前提とされるため、基本的には旧準則の廃止（処分行為）と新準則の根拠づけ（義務負担）によって法的に構成されるとみられる。もっとも、抗弁などの権利を放棄する場合には、単に処分行為の性質を有するにすぎないこともある。他方で、このように分析的に把握されず、全体的にみて、債務関係に関する契約当事者の総合的な
処分とされることもある。

(d) 契約の方式については、変更が方式規定の意味と目的に応じて方式を必要とする内容と関連している場合には、変更契約は方式に従う必要がある。これにより、追加負担または内容の加重を伴うにもかかわらず関係者の利益にはならない変更を制限できるとされる。もっとも、どのような場合に方式が必要とされるかは問題があり、前述の通り、いくつかの場面を想定しつつ議論がなされている。他方で、従来の債務関係に官庁の許可が必要とされていた場合に、該当する契約上の構成要素の変更にも許可の必要性が示される限り、通常は、債務関係の変更のためにも許可が必要とされる。ただし、変更が許可を必要とする部分を含まないならば、変更契約のために許可を得る必要はないとされる。

(e) 変更の効果として、将来に向けて効力を有するか、または遡及的に効力を有するかが問題となるところ、個別場面で強行法規に反しない限り、当事者の自由裁量にゆだねられるとされる。

(f) これに加えて、変更による債務の同一性の有無が問題とされる。まず、①変更契約による単なる債務関係の変更の場合には、債務の同一性が維持される。それゆえ、変更該当しない部分はすべて効力を維持し、また債務に付された保証や担保権も存続する。ただし、加重変更の場合には、保証人や担保提供者の同意を要する。また、旧債務関係が双務契約であれば、双務関係内に存在する給付に関連する限り、変更された内容も双務契約の規律に服することになる。他方で、債務者が変更された債務を履行しなかったとしても、従来の債務が復活することはなく、履行不能の規律によって処理される。

これに対して、②旧債務に代えて完全に新しい債務関係を創設する債務更改や更改の場合には、債務の同一性は維持されない。この場合、基本的には旧債務に付された保証や担保は維持されず、また旧契約に関する方式も引き継がれない。

以上の区別は、実際には明確に定まるわけではなく、当事者の意思、契約構造の変更の経済的意義および取引観念に応じて判断することが重要とされる。それでも契約変更か更改か不明の場合には、当事者は更改ではなく債務を単に変更しようとしたと判断すべきであり、その結果、担保も維持されるとみるべきである。なお、契約類型が変更されたとしても、少なくとも一方当事者の給付が同一のものとして維持されている場合には、債務関係の同一性は基本的には維持されたとみるべきである。

(g) 最後に、証明責任に関しては、債務関係に関する変更の内容と範囲について、権利を導こうとする者が負担すべきとされる。

IV ドイツ法の検討と日本法への示唆

1 緒論

ここまで、準消費貸借の個別枠組み（Ⅱ章）と債務関係変更の一般枠組み（Ⅲ章）についてドイツ法下の状況をまとめてきた。ドイツでは、いったん成立した債務関係が変更される場面を横断的に捉えたうえで、とりわけ契約原則との関係で合意による変更の場面を一般化して論じると同時に、その個別場面のひとつとして準消費貸借を位置づけつつ、消費貸借の個所で個別の議論を展開している⁽¹⁰⁸⁾。そこで本章では、債務関係の変更について一般枠組みを定立することの意義を探ったうえで、個別場面と位置づけられる準消費貸借の枠組みとの関係を整理したい⁽¹⁰⁹⁾。そして、これらドイツ法での帰結を踏まえることで、日本法への示唆を得たい。

(108) それぞれの議論状況は各章の小括でまとめた通りであり、ここで詳細は繰り返さない。

(109) 本稿では、債務関係変更に関する一般枠組みの内容については、Ⅲ章での近時のドイツ法の紹介にとどめ、具体的な日独間の比較検討には踏み込まない。

2 ドイツ法の検討

(1) 債務関係変更の一般枠組みの意義

ここまでみてきたように、ドイツでは、民法典中の「第3章・契約から生じる債務関係」の「第1節・第1款・創設」の項目に位置するBGB 311条において、当事者合意（契約）による債務関係の変更が規定される（同条1項後段）。そのため、合意による債務関係の変更（変更合意または変更契約）は、契約の締結や解消と同じく、契約の一般原則に従うことが明確に意識される。ただし、契約の締結や解消と完全に一致した解釈論が展開されるのではなく、それらとは区別された独自の場面としての解釈論が展開されている。このような合意による債務関係変更に関する独自の枠組み（問題領域）が定立される意義はどこにあるのだろうか。

そもそも当事者の合意によって新たな債務関係が形成される点では、契約の締結と同様であるため、基本的には私的自治や契約自由の原則といった契約の一般原則が適用される。もっとも、本稿Ⅲ章でまとめたように、債務関係変更の法的性質は、変更にかかる同一対象（債務関係）がすでに規律されていて、これを新しい規律（債務関係）に変更することが前提とされる。これに対して、通常の契約締結の場面では、既存の債務関係が存在しないところで、新しい債務関係の構築が目指されている。この点で、両場面は区別されるべきである。また、債務関係変更の場合には新しい債務関係が形成される点で、既存の債務関係を終了させることのみを目的とする契約解消の場面とも異なる。以上から、契約締結および解消の場合とは区別したうえで、既存の債務関係が存在し、それによって一定の制限が課せられる変更の場合を独自の領域として論じる意義が認められる。すなわち、契約原則との関係で変更合意の意義および法的性質を分析すること自体に意義があると同時に、それを踏まえて、とりわけ既存債務の存在が変更後の債務にいかなる影響を与えるかという点を意識的に検討すること

にも意義が認められる。たとえば、Ⅲ章でまとめた通り、旧債務（旧契約）にかかる方式または許可の変更合意への影響、また既存債務の担保や抗弁の持続性など、新旧債務の同一性の有無という形でこの問題が顕在化している。

他方で、広義の債務関係変更には種々の場面が想定されうるところ、それらを分析的にとらえる視点を提供することにも意義が認められる。たとえば、①当事者の合意による変更のみならず、②法律または判決による変更、③当事者の一方的な変更の場面が析出され、契約自由の原則との関係で、①の場面と②③の場面の区別が明確に意識されている。

以上のように、債務関係変更の場면을横断的に捉えて類型化することで、関連領域との異同を意識しつつ、とりわけ契約原則との関係で変更合意の意義・法的性質および要件・効果にかかる判断基準を明確化できる点に一般的な枠組み構築の意義がある。

（2）個別枠組みと一般枠組みとの関係

上記の一般枠組みの中で、さらに変更合意に関する個別事例が意識されるところ、両者の関係が問題となる。すなわち、変更枠組み内での個別分類に関する体系化の問題である。もっとも、本稿ですべての個別事例を分析する余裕はないため、本研究の出発点である準消費貸借の場면을題材にして、一般枠組みとの関係を考察したい。

前述の通り、債務関係変更の場面の中で、さらに①当事者の合意による変更、②法律または判決による変更、および③当事者の一方的な変更の場面が析出されることが一般的である。これに加えて、とりわけ①の場面を念頭において、具体的な事例を想定しつつ、変更の種類や内容によってさらに場面が細分化されている。たとえば、a 債務の目的を変更する場合、b 契約の内容補充の場合、c 期限の付された継続的債務関係の延長の場合、

d 人の交代の場合、e 公法上から私法上への利用関係の変更の場合などが指摘されている。そして準消費貸借については、①の当事者の合意による債務関係変更の一場面位置づけられつつ、さらに給付の経済的な目的に関連する変更の事例（a の場面）に該当するとみられている。

他方で、関連領域との異同および関係性の視点から、単純な債務関係の変更と完全な改変の事例との区分が一般的に問題視されている。とりわけ両場面の相違は、既存の債務関係が維持されるか否か（同一性の有無）にあるとされる。そして、実際には両場面のいずれに該当するか判断の難しい場合があるところ、当事者の意思、契約構造の変更の経済的意義および取引観念に従って確定されるべきであり、それが不明な場合には、単純な債務関係の変更の場合と判断すべきとされる。この問題との関連で、準消費貸借の事例に触れて、準消費貸借の場合のように、負担した給付目的物が同一性を維持している場合か、または給付目的物に変更されても契約目的が同一性を維持している場合には、通常は、債務関係の同一性が承認されると説明される。

以上の通り、ドイツでは、準消費貸借は当事者の合意による債務関係変更（変更合意）の一事例であり、原則として一般枠組み（本稿Ⅲ章）の中に位置づけられる一方で、その特殊個別性を反映させた各論的解釈論（Ⅱ章）が展開されている。ただし、Ⅱ章でみた通り、準消費貸借を明文で定めた旧規定が債務法改正によって削除されたことを受けて、債務関係変更の一般枠組みに従うことを強調する見解が増えている。そして、その影響によって、消費貸借の個所で個別枠組みとしての準消費貸借に関する説明が減少する傾向も一部にみられる。このような基本的な枠組みに対する理解は正しいとしても、実際のところ、債務関係変更の全体を扱う一般枠組みの中で準消費貸借に触れる説明は多くはないため、かりに消費貸借の個所での準消費貸借の個別議論が等閑視されることになれば、これまでに蓄

積されてきた個別議論の放棄につながる危険もあるといえよう。

3 日本法への若干の示唆

(1) 準消費貸借にかかる債権法改正の動向

日本では、準消費貸借は民法588条で「消費貸借によらないで金銭その他の物を給付する義務を負う者がある場合において、当事者がその物を消費貸借の目的とすることを約したときは、消費貸借は、これによって成立したものとみなす」と規定される。これは、消費貸借の要物性を緩和する目的とされ、先にみたドイツの旧法下（BGB旧607条2項）の議論と同様である。ただしドイツでは、消費貸借が明確に諾成契約と把握されたことから、ドイツ債務法改正によって同規定が削除され、契約の一般原則（BGB311条1項）によって規律されることが強調されている。ちなみに、今次の日本の民法（債権関係）改正にかかる議論でも、諾成的消費貸借の導入にともなって民法588条を削除すべきとの主張が議論の俎上にあがっていた⁽¹¹⁰⁾。しかし、最終法案では、「消費貸借によらないで」という文言が削除されたほかは、そのまま規定が維持されている⁽¹¹¹⁾。その理由について、債権法改正の基本方針の段階では、「消費貸借の要物性は緩和されたものの、そこでの借主の返す債務は、あくまで貸主からの目的物の引渡しが必要なということを前提としており、その点での疑義を避けるためにも、準消費貸借の規定を維持することが適当である」と説明されている⁽¹¹²⁾。さらに、最終法案の段階に至っては、書面による諾成的消費貸借契約の導

(110) 我妻栄『債権各論中巻一』（岩波書店、1957年）365頁ほか。

(111) 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Ⅳ——各種の契約(1)』（商事法務、2010年）385頁参照。

(112) 潮見佳男『民法（債権関係）改正法案の概要』（金融財政事情研究会、2015年）252頁参照。

(113) 前掲(111)『詳解・債権法改正の基本方針Ⅳ』385頁。

入のみならず、従来通りの要物的消費貸借契約も維持されたため、⁽¹¹⁴⁾従来と同様の準消費貸借の規定が意義を有すると考えられたとみることができる。

以上の点は、本稿におけるドイツ法との比較の視点からも賛同できる。なぜなら、ドイツでは債務関係変更の一般規定および解釈論が存在することによって準消費貸借の規定を削除しやすかったとみうる一方で、日本には同様の一般規定（一般枠組み）が存在しないため、準消費貸借の規定を削除するならば、その依拠すべき根拠ないし枠組みが極めて不明瞭となってしまうからである。次に述べる通り、日本でも一般枠組みの議論を重視すべきと考えるが、いまだそのための議論の熟していない現状では同規定の削除は時期尚早であって、従来の規定および解釈論が維持されるべきである。

（2）準消費貸借の枠組み

前述の通り、ドイツでは準消費貸借の規定が削除され、契約法の一般原則に従うことが強調されているとはいえ、これまで通り消費貸借の場面でも一定の解釈論が維持されている。そして準消費貸借の枠組みは、現在でも基本的には日独間で変わりはない。もっとも、相違点も存在するため、以下で若干の検討を加える。

1) 消費貸借債務を対象とする準消費貸借

日本では消費貸借を目的とする債務を対象とする準消費貸借も肯定することが判例・通説であり、この見解に従って、民法（債権関係）改正法案でも民法588条の「消費貸借によらないで」という文言が削除された。こ

(114) 民法（債権関係）改正法案587条および587条の2を参照（潮見・前掲(112)『民法（債権関係）改正法案の概要』250～252頁）。

れに対してドイツでは、先にみた通り、「従来から消費貸借として債務を負担していないこと」を要件とすることが一般的である。このことは、BGB 旧607条2項が「別の原因から債務負担した」と明記していたことに由来しており、同条を削除した後の議論でも、そのまま当該要件が維持されているといえる。このような日独間の相違はどこから来るのだろうか。ひとつには、日本では債務関係変更の一般的な枠組みの議論が存在しないし不明瞭であるため、同事例をあえて準消費貸借の場面に取り込んで判断する必要があったといえるかもしれない。ドイツでは、消費貸借債務から消費貸借債務への変更の事例を準消費貸借の枠内に入れなかったとしても、一般的な債務関係変更の枠組みが用意されているため、当該事例をその範疇に入れる余地がある⁽¹¹⁵⁾。日本でも、債務関係変更の一般枠組みを構築するのであれば、当該事例の振り分けを考える必要が生じるといえよう。

以上に加えて、日本では、複数の金銭消費貸借債務をひとつの消費貸借債務に統一化してまとめる場合を準消費貸借の一場面と理解している⁽¹¹⁶⁾。これに対して、ドイツでは同事例に関する明確な議論は見当たらない。ただし、そもそも消費貸借債務から消費貸借債務への変更を準消費貸借に含めないドイツの解釈論を前提にすれば、複数消費貸借債務をひとつの消費貸借債務に変更する当該場面も準消費貸借の場面には加えられないとみうる。さらには、当該場面を債務関係変更の一般枠組みにおける原則形態（単純な債務関係の変更）に位置づけることも難しいと考えられる。なぜならド

(115) もっとも、本稿でみた範囲では、ドイツの一般枠組みの議論の中でも同事例には触れられておらず、明確なところはわからない。

(116) 石田稔『民法V（契約法）』現代法律学講座13（青林書院，1982年）187頁，幾代通＝広中俊雄編『新版注釈民法（15）債権（6）』（有斐閣，増補版，1996年）20頁・24頁〔平田春二〕，潮見佳男『契約各論Ⅰ——総論・財産権移転型契約・信用供与型契約——』（信山社，2002年）306頁ほか参照。

ドイツでは、ひとつの債務内の構成要素の変更が債務関係の変更であるとみており、⁽¹¹⁷⁾ そもそも複数債務の統合化の場面は前提とされていないとみうからである。もっとも、複数の消費貸借債務をそれぞれ終了させて、ひとつの新しい消費貸借債務を創設する場面とみるならば、有因または無因の更改による債務改変の場合に位置づけることは可能かもしれない。このように捉えるならば、日本法でも、同事例を新旧債務の同一性を維持しない場合の一例と位置づけるときには、準消費貸借の場面に含めうると考えられる。いずれにしても、債務関係変更の一般枠組みの視点からの検討が有意義であるといえよう。

2) 準消費貸借と支払猶予

ドイツでは金銭債務の単なる支払猶予は準消費貸借ではないとされる。⁽¹¹⁸⁾ なぜなら、準消費貸借は経済的な目的として債務者に資本利用権を認めるものであることに対して、支払猶予は債務者にさらなる資本の利用権を肯定するものではないからである。日本でこの問題に触れるものは少ないが、期限の延期も準消費貸借の範疇と捉えるものが一部にみられる。⁽¹¹⁹⁾ これに対して、弁済期を延期する目的のためには、必ずしも準消費貸借の形をとる必要はなく、単に債務の弁済について期限を猶予することで足りると指摘するものもある。⁽¹²⁰⁾ ドイツ法の一般的な見解を踏まえるならば、日本においても、支払猶予の事例を準消費貸借と把握すべきか否かが明確化される必要があるといえよう。

(117) 本稿Ⅲ章を参照。

(118) 本稿Ⅱ章を参照。

(119) 加藤一郎『民法教室・債権編』（法令出版公社、1958年）66頁、三宅・前掲（6）560～561頁参照。

(120) 平田・前掲（116）20頁。

3) 新旧債務の関係

最後に、新旧債務関係の捉え方についても日独間で若干の相違がある。日本の議論状況を振り返ると、前稿で詳しく検討した通り、⁽¹²¹⁾ 初期の判例および学説では、準消費貸借によって常に旧債務は消滅し、新たな債務を負うとみていた（旧債務消滅・新債務成立説）。これは民法588条の形式的な適用場面を重視する立場とみうる〔適用場面限定重視アプローチ〕。もっとも、準消費貸借の範疇外では、同一性を維持する変更合意の存在自体は否定していないとみうる。⁽¹²²⁾ これに対して、その後の判例・学説は、民法588条の形式的な適用範囲には拘泥せず、準消費貸借の議論の対象として、①旧債務を消滅させて新債務を成立させる場合（同一性否定）と、②既存債務を維持する変更合意の場合（同一性維持）の両場面を含むことを明確に前提としている。そして、①の場合には、旧債務に付着した担保や抗弁などは消滅し、消滅時効期間は新債務基準で判断されることに対して、②の場合には、既存債務に付着した担保や抗弁などは基本的に維持され、消滅時効期間は既存債務基準で判断されることになる。この基本枠組みを前提としつつ、そのいずれに該当するか判断の基準が争われている。これについて、基本的には当事者の意思解釈によるとみる見解がかつては有力であった（当事者意思説）。さらに、この当事者意思説を前提としつつ、当事者の意思が不明の場合には、原則として新旧債務の同一性を否定する意思を推定する見解（原則同一性否定説）と、原則として新旧債務の同一性を維持する意思を推定する見解（原則同一性維持説）とに分かれている。これらの見解は、いずれも新旧債務の同一性の有無を判断基準として重視

(121) 渡邊・前稿124～147頁。

(122) このことは、本稿の冒頭でも触れた通り、当時の学説がすでにドイツ法における準消費貸借または債務関係変更に関する議論を参照していたことから理解できる（渡邊・前稿133頁も参照）。

する立場といえる〔同一性基準アプローチ〕。以上の見解に対して、同一性基準による一律的な判断を否定し、問題となる事項ごとに契約の趣旨を勘案して個別に判断すべきとみる見解（個別判断説・契約解釈説）が近時は有力である〔個別判断重視アプローチ〕。もっとも、個別判断の結果として個別事情ごとの実際の帰結には争いも存在している。

以上の日本の状況に対して、ドイツでは、一般的な債務関係変更枠組みとの関係で、準消費貸借の場面を3つに分けて検討することが一般的である。まず (a) 旧債務が維持される場合（同一性維持）、(b) 有因の更改によって旧債務が新しい消費貸借債務に完全に置き換えられる場合（有因の債務改変）、(c) 旧債務の存在を顧慮せずに消費貸借債務を根拠づける場合（無因の債務改変）である。そして、当事者間で準消費貸借の合意がなされた場合には、まずは (a) 旧債務の維持される単純な債務変更の場合であると判断されるべきとみる。なぜなら、債権者は既存担保を簡単には手放さず、また債務者は理由なく抗弁などを喪失させないとみうるから、とされる。その次に、新旧債務に根本的な相違が生じており、単純な債務変更と矛盾するか、または明示された当事者意思が明白に更改など債務改変を示している場合には、当事者の利害状況から得られる通常的意思に基づいて (b) 有因または (c) 無因の債務改変と判断されるべきとされる。さらに有因か無因かも当事者の意思解釈によるとしつつ、不明の場合には、まずは (b) 有因の債務改変とみるべきとされる。なぜなら、無因の債務改変は当事者の法的地位に大きな変更をもたらす、とりわけ債務者にとって重大な不利益をもたらすからとされる。このように、ドイツでは3つの場面に分けられることが一般的である。

この問題を比較法的にみると、日本とドイツともに、準消費貸借の対象場面を1) 同一性維持（単純な債務変更）の場合と、それ以外の2) 同一性否定（債務改変）の場合に分けていと捉えることが可能であり、この

点で大きな枠組みは同様といえる。ただし、ドイツでは、同一性否定の場合をさらに有因と無因の債務改変の場面に二分している点に相違があることがわかる。このようなドイツの細分化された議論が意義を有するならば、後述するように日本では、一般的な債務変更の議論が不足していること、さらに更改や準消費貸借などの旧債務消滅（債務改変）の議論に不十分な面があることを指摘しうるであろう。⁽¹²³⁾ もちろん議論の結果として細分化すべきでないとの結論が妥当とされるかもしれないが、そもそも議論すらしていないことには問題があるといえよう。⁽¹²⁴⁾

他方で、日本では、同一性維持の場面と否定の場面の判断基準に関する見解が前述の通りいくつかに分かれている。ドイツでは、本稿でみた通り、一般的な見解が定立されているといえる。このドイツの一般見解は、日本での同一性基準アプローチにおける原則同一性維持説と一致し、現在の日本の学説においても一定の支持を得ている。もっとも、前述の通り、現在の日本の一般的な見解は、個別判断アプローチを採用しており、同一性の有無によって一律に判断するという姿勢を批判している。この問題について、前稿では、法律行為または契約の解釈方法に関する近時の日本の議論を敷衍しつつ、当事者意思解釈の拠り所となるひな形の提示機能という視点から、同一性アプローチを妥当と考えた。⁽¹²⁵⁾ このような方向性は、債務

(123) 日本の議論でもこの点に一部触れるものがある。たとえば我妻・前掲(110)366頁によれば、準消費貸借は無因債務を負担するものではないから、基礎とされた債務が存在しなかったときは、準消費貸借も効力を生じないという。また、更改における有因・無因の問題について、磯村哲編『注釈民法(12) 債権(3)』（有斐閣、1970年）477～480頁〔石田喜久夫〕参照。

(124) 本稿で有因または無因の債務改変の問題に立ち入ることはできない。今後、債務関係変更の一般枠組みにおいて、個別場面としての更改との関係で検討する必要があると思われる。

(125) 渡邊・前稿149～152頁。

関係変更にかかる一般枠組みを意識しつつ、同一性の有無を判断基準に据えるドイツ法の議論とも一致するところがある⁽¹²⁶⁾。そこで、今後は比較法の視点からも、同一性アプローチの意義について、債務関係変更の一般枠組みとの関係を意識しつつ検証してみたい。

(3) 債務関係変更に関する一般枠組み

ドイツでは、これまでみてきた通り、債務関係変更に関する一般規定があり、その一般枠組みについても長らく解釈論が展開されてきた。そして、個別の準消費貸借の場面においても、上述の通り、債務関係変更の一般枠組みとの関係が明確に意識されてきた。これに対して日本では、準消費貸借の場面で一部は取り込まれているものの、近時に至るまでドイツのような一般的な議論は意識されてこなかった⁽¹²⁷⁾。それでは、ドイツにおける一般枠組みの議論が日本法に何らかの示唆を与えうるかどうかを最後に考えてみたい。

前述のように、ドイツにおける債務関係変更の一般枠組みを構築する意義については、次の点に集約できる。まず、ドイツ法の検討からすると、広義での債務関係の変更には種々の場面が想定されるところ、それらを分析的にとらえる視点を提供することに意義が認められる。たとえば、①当事者の合意による変更のみならず、②法律または判決による変更、③当事者の一方的な変更の場面が析出され、契約自由の原則との関係で、①の場面と②③の場面の区別が明確に意識されている。さらに、①当事者の合

(126) もとよりドイツ法の方向性と一致するから妥当ということではない。

同一性アプローチの優位性に関する考察については、渡邊・前掲149～152頁を参照。

(127) 冒頭で示した通り、近時は、フランス法との比較検討のうえで合意による契約修正の問題が論じられている（森田・前掲(7)「合意による契約の修正(1)～(7・完)」参照）。

意による変更の中にあっても、準消費貸借の場面のみならず、種々の事案類型が想定され、個別の解釈論が展開されている。本稿では他の個別場面について詳しく触れる余裕はないが、日本法でも同種の場面が想定されるところ、全体を見渡した一般枠組み構築の必要性が感じられる。⁽¹²⁸⁾

他方で、その中心に位置づけられる①合意による債務関係の変更（変更合意）の場面では、とりわけ契約に関する一般原則との関係を明確に意識した議論を展開することに意義が認められる。その際に、契約原則に一任するだけではなく、契約締結・解消の場合とは区別して、既存の債務関係が存在している場合であることを意識しつつ、それによって一定の制限が課せられる独自の領域として議論が展開されていることが重要である。すなわち、他の関連領域との比較のうえで変更合意の意義および法的性質を分析すること自体に意義があると同時に、それを踏まえて、とりわけ既存債務の存在が変更後の債務にいかなる影響を与えるかという問題を意識的に検討することにも意義が認められる。このことは日本法の下でも同様であり、まずは契約法の全体像の中に合意による債務関係変更の場면을明示的に位置づけつつ、契約自由の原則にゆだねるだけでは解決しない問題をも認識した議論を展開すべきである。⁽¹²⁹⁾

(128) 森田・前掲(7)「合意による契約の修正(1)～(7・完)」および『契約規範の法学的構造』617～619頁によれば、とりわけ更改・和解・代物弁済の場面がフランス法との比較の視点から具体的に検討されている（準消費貸借の検討は今後の重要課題とされる）。そのうえで、契約自由の制約原理という視点から「当初契約意思に対する当事者による介入」という問題点をあぶりだしつつ、とりわけ「契約のエコノミー」および「契約の法性決定」という考え方を媒介として「契約の同一性論」を再考する視座を得ることで、「合意による契約の修正」という問題を横断的に検討する必要性が指摘されている。

(129) 森田・前掲(7)「合意による契約の修正(1)」3頁および「合意による契約の修正(7・完)」2頁以下によれば、フランス法との比較のうえで、

以上のように、日本法においても、債務関係変更の場면을類型化することで、関連領域との異同を意識しつつ、とりわけ契約原則との関係で変更合意の意義・法的性質および要件・効果にかかる判断基準を明確化できる点に一般的な枠組み構築の意義が認められるといえよう。

V 結びに代えて

本稿では、ドイツにおける準消費貸借および債務関係（契約内容）変更の枠組みについて検討してきた。その結果、準消費貸借など個別の場面での解釈論の展開も必要である一方で、そのみならず契約原則との関係を意識した債務関係変更に関する一般枠組みの構築が重要であることが理解できた。このことは、日本においても基本的には同じく妥当する視点であると考えられる。実際のところ、前稿で検討したように、準消費貸借に関する日本の解釈論においても、旧債務消滅・新債務成立（同一性否定）の場面のみならず、単純な債務関係変更（既存債務の同一性維持）の場面も含めて議論が展開されてきた。このことは、債務関係変更の一般枠組みが契約原則に丸投げされるだけでは解釈論として不十分であって、日本においても契約原則との相違を踏まえた一般枠組みと個別議論の必要性が暗に意識されてきたことを意味しているといえるのではないだろうか。そうであるならば、準消費貸借の解釈論を詳しく検討することは、個別枠組みのみならず一般論の展開にとっても意味があると考えられる。

もっとも、本稿でのドイツ法の検討からも理解されるように、個別の場面は準消費貸借に限らないため、その他の種々の場면을具体的かつ精緻に検討することによって、一般枠組みの意義も帰納的に明確化されよう。すでに述べたように、ドイツ法の枠組みからすると、①契約原則との関係で

この点がすでに明確に指摘されている。

問題となる「当事者の合意による変更」の場合のみならず、②法律または判決による変更、③当事者の一方的な変更の場面が析出される。また、①の場面の中でも、a 債務の目的を変更する場合、b 契約の内容補充の場合、c 期限の付された継続的債務関係の延長の場合、d 人の交代の場合、e 公法上から私法上への利用関係の変更の場合などの事案類型が指摘されている。これに加えて、これらの一般枠組みを検討するにあたって、準消費貸借のみならず、更改・和解・代物弁済に関する従来の議論状況を検討する必要がある。他方で、本稿においては、変更の対象とされる債務関係の分析が不十分となった。これに関して、法律上の債務を対象とした変更合意の可能性、さらには変更対象としての債務と契約の関係についても検討を深める必要がある。今後は、ドイツ法との比較の視点に立ってこれらの個別場面を検討しつつ、債務関係（契約内容）変更の一般枠組みについて研究を進めたい。

Das Vereinbarungsdarlehen und die Änderung von Schuldverhältnissen in Deutschland

論

Tsutomu WATANABE

説

In Deutschland normierte BGB §607 Abs 2 aF als nach altem Recht unstreitig Fall eines konsensual zustande kommenden Darlehensvertrages das sog Vereinbarungsdarlehen. Eine Verpflichtung des Darlehensgebers, den Darlehensbetrag zur Verfügung zu stellen, muss hier also nicht mehr begründet werden. Sie ist auch nach geltendem Recht aufgrund der Vertragsfreiheit zweifellos zulässig. Wohl als Konsequenz hieraus ist BGB §607 Abs 2 aF ersatz- und kommentarlos weggefallen. An der Rechtslage hat allerdings sich hierdurch nichts geändert, weil sich die Zulässigkeit des Vereinbarungsdarlehens aus BGB §311 Abs 1 (bisher: BGB §305 aF) ergibt.

Übrigens bedarf die rechtsgeschäftliche Änderung des einmal begründeten vertraglichen oder gesetzlichen Schuldverhältnisses nach BGB §311 Abs 1 des Vertrages. Für die Änderung von Schuldverhältnissen gilt deshalb ebenfalls grundsätzlich das Vertragsprinzip.

Auf andere Weise von Deutschland gibt es im japanischen Recht das Vereinbarungsdarlehen (J-BGB §588), aber keine Bestimmung in Hinblick auf den Änderungsvertrag. Daher ist es eine wichtige Aufgabe, beide Bestimmungen und Diskussionen unter deutschem Recht auch im japanischen Kontext rechtsvergleichend zu untersuchen.