

主 文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人の負担とする。

理 由

上告代理人水田謙一、同江島晴夫の上告理由第一（一）について。

原判決は、訴外株式会社Dが被控訴人（被上告人）B 1の控訴会社（上告人）に対する債務を免責的に引受ける旨の判示契約の成立に関し、債権者である控訴会社代表者Aが当初よりこれに関与して株式会社Dおよび被控訴人B 1と折衝を行い、最後に株式会社Dと被控訴人B 1間において合意の成立した判示内容の債務引受の約定につき株式会社Dと被控訴人B 1の求めに応じこれを承認した旨を判示したものであつて、右判示事実によれば、本件債務引受契約は、控訴会社、被控訴人B 1、株式会社Dの三者間の合意により締結されたものというべきである。所論は、控訴会社が右債務引受契約の当事者とならなかつたことを前提として原判決の違法を云為するものであつて、所論は前提を欠くから採用できない。

同第一（二）について。

第三者が債務者の債務につき根抵当権を設定したところ、右債務につき免責的債務引受が行われたときは、右根抵当権は、設定者の同意がない限り、債務引受をした債務者のための根抵当権とならないと解すべきであつて、債務引受をした債務者がもとの債務者の連帯保証人であつたからといつて右の結論に影響を及ぼすものではない。所論は、以上と異なる独自の見解によつて原判決を非難するものであつて、採用できない。

同第二について。

原判決は、訴外株式会社Dが控訴会社に対する被控訴人B 1の債務につき免責的債務引受契約をなすに際し、従前の保証および根抵当をいかに取扱うかについて何

らの話合もなかつたのであるが、債権者である控訴会社の代表者Aが単に法律の誤解により、右免責的債務引受が成立しても、被控訴人（被上告人）B 2 所有の不動産上に設定せられた本件根抵当権は当然に引続き存続するものと考えていたのにすぎない旨の事実を確定したものであつて、右確定事実によれば、控訴会社代表者の前示錯誤は、表示せられない動機の錯誤にすぎないから、これをもつて控訴会社の判示債務引受契約の承諾は、要素の錯誤として無効となるものではなく、所論引用の判例は本件に適切でない。原判決に所論の法令違反或いは理由不備の違法がなく、論旨は採用できない。

よつて、民訴四〇一条、九五条、八九条に従い、裁判官全員の一致で、主文のとおり判決する。

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官	池	田	克
裁判官	河	村	大 助
裁判官	奥	野	健 一
裁判官	山	田	作 之 助