

財産引受に関する比較法的考察*

江 島 広 人**

- I はじめに
- II 日本法
- III ドイツ法
- IV オーストリア法とスイス法（新たな展開）
- V 各国の比較と日本法への示唆

I はじめに

1 問題の所在と研究の意義

事例1

X銀行は、高齢者であるAに対して、賃貸用共同住宅建設資金7,000万円を長期で貸付け（アパートローン）、このアパートローンで建てたアパートとその敷地（以下アパート）に抵当権を設定した。数年後、Aが死亡した。第一順位の法定相続人は、子Bと子Cであった。遺産分割協議によってアパートはBが相続することになった。

相続開始によってアパートの帰属はBとCの共有となる。金銭債務であるアパートローンは、可分債務（民法427条）であるから法定相続分にしたがって当然分割される¹⁾。その後、遺産分割協議によってアパートの帰属をBと決めても、アパートローンは分割されたままである²⁾。アパートローンを融資した際には、アパートの帰属と債務の帰属は一致していたが（A）、相続開始後に遺産分割協議によりアパートの帰属が相続人の一人（B）になっても、債務はBとCに分割

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第8巻第3号2009年11月 ISSN 1347 - 0388

※ 2007年1月に一橋大学に提出した同名の修士論文に加除・修正を施したものである。

※※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

1) 民法899条。大決昭和5年12月4日民集9巻1118頁。最判昭和34年6月19日民集13巻6号757頁。

されたままであり、アパートの帰属と債務の帰属が一致しなくなる。

しかも、各相続人が相続した債務は、連帯債務関係にない別個の債務である。したがって、債権者は、相続人数の別個独立した融資取引が発生したものとして取り扱うべきことになる。しかし、もともと一つの債権であったものを、別個の債権として管理することは複雑となり、不都合を生ずる³⁾場合がある。

そこで、金融実務では債務を1人の相続人に帰属させる努力をすることになる。この処理に債務引受が使われる⁴⁾。

具体的に言うと、X銀行とB・CとでBを債務者とする免責的債務引受契約を締結する。Cは債務を免れる者として、債務引受がCの意思に反しないことを示すために契約に加わる。事例は相続人が2人なので、Cの協力を得るのは困難ではないかもしれないが、相続人が多数になると、遺産分割の後でまた債務引受契約を結ぶことに協力しない相続人が現われることが多い。その場合にはXとBとで重疊的債務引受契約を締結することになる。

しかし、このような処理は、相続という偶然の事象にもかかわらず債権者が債権管理のために努力をしなければならない。

次に、もう一つの事例をみてみよう。

-
- 2) 相続債務とは反対に相続債権でもおなじような事象がある。アパートの賃料債権も可分債権なので相続と同時に法定相続分に分割される。最高裁平成17年9月8日の判決（民集59巻7号1913頁）は「遺産は、相続人が数人あるときは、相続開始から遺産分割までの間、共同相続人の共有に属するものであるから、この間に遺産である賃貸不動産を使用管理した結果生じる金銭債権たる賃料債権は、遺産とは別個の財産というべきであって、各共同相続人がその相続分に応じて分割単独債権として確定的に取得するものと解するのが相当である。遺産分割は、相続開始の時にさかのぼってその効力を生ずるものであるが、各共同相続人がその相続分に応じて分割単独債権として確定的に取得した上記賃料債権の帰属は、後にされた遺産分割の影響を受けないものというべきである。」と判示した。近年、アパート所有者はアパートの家賃の管理を管理会社に任せてある場合がある。相続が発生すると管理会社は賃借人から集金した家賃を、法定相続分にしながら相続人に支払うところまでできている。アパートをローンで建てた場合は、ローンに関心のない相続人からの返済が遅延する場合もある。
 - 3) 泉久雄「相続法に残されたもの（その二）」山嶋正男先生、五十嵐清先生、藪重雄先生古稀記念『民法学と比較法学の諸相Ⅰ』（1996年・信山社）168頁。
 - 4) 瀬戸裕典「相続手続における免責的債務引受と重疊的債務引受」金融法務事情1782号（2006年）21頁。

事例2

Y1は、劇場を建築経営することを計画し、その建築請負工事をA会社（以下A）に請け負わせた。しかし、Y1には資金がないため、Aの代表者であるBの仲介で、X会社（以下X）から手形割引名義で融資を受けた。その際に、Y2が自己の所有する不動産に根抵当権を設定した（Y2は、根抵当権設定登記の委任状をXの代表者であるCに交付したが、登記はされなかった）。また、Y1の父、Aおよびその代表者Bが、Y1のために連帯保証人となった。その後Y1は、上記債務の弁済が困難になり、Aに劇場の所有権とその経営権を譲渡するとともに、Xに対する債務をも免責的に引き受けてもらうことにした。そして、Y1とBがこの債務引受契約書をXに示して承認を求めたところ、Cがこれを承認した。しかるに、物上保証人Y2は、この債務引受契約に全く関与せず、また、上記引受契約においては従前の保証及び根抵当権の取扱いにつき話し合いもなかった。そのため、Cは本件根抵当権が引き続き存続するものと考え、上記のY2から交付された委任状を使ってY2の不動産につきXを債務者とする根抵当権設定登記をした。そして、Xが上記設定登記の極度額更正請求をしたのに対して、Y側は、Y1の債務もY2の物上保証も消滅したと抗弁し、かつその旨の確認を求める反訴を提起した。

この事例は、最判昭和37年7月20日民集16巻8号1605頁⁵⁾の事実である。この事件で第一審・第二審は、ともにXの請求を棄却した。そこでXは、①債務引受契約においては必ず債権者を当事者にしなければならないこと、および、②本件物上保証人Y2は、債務者Y1と連帯保証人（Y1の父、A、B）という一つのグループを信頼して（債務者だけでなく連帯保証人の信用に依存して）担保を提供したのであって、連帯保証人であるAが債務引受をしても新たな第三者が現われたのではないから、物上担保は消滅しない旨を主張して上告した。これに対

5) 「本件は、根抵当立法前の旧根抵当権に関する事例であり、現在は民法398条の7第2項によって、元本確定前に引き受けられた債務は、根抵当権で担保されないことになっている。これにより、本判決の先例価値は、普通抵当権において妥当する。」椿寿夫「判批」ジュリスト増刊号・担保法の判例（1994年）103頁。

して最高裁は次の理由で上告を棄却した。

①について、「原判決は、訴外AがY1のXに対する債務を免責的に引き受ける旨の判示契約の成立に関し、債権者であるXの代表Cが当初よりこれに関与してAおよびY1と折衝を行い、最後にAとY1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AとY1の求めに応じこれを承認した旨を判示したものであって、右判示事実によれば、本件債務引受は、X、Y1、A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」。

②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なわれたときは、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って、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ったからといって右の結論に影響を及ぼすものではない」。

ここでは特に論旨②について見てみよう。論旨②は、「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なわれたときは、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」とする。抵当権設定者は、主債務者の信用に依存して担保を提供するものであるから、その意思を無視して新債務者のために抵当権の存続を強制するわけにはいかない。旧債務者と新債務者との間の信用の程度に差異がありうる以上、免責的債務引受が行われると、抵当権設定者に事実上の不利益を増大する恐れがあるからである。したがって、抵当権設定者がその債務引受に同意し、新債務者のためにも担保を提供することを承諾した場合のほかは、抵当権は免責的債務引受の成立により消滅するものと解されている⁶⁾。

本件の場合、債権者X会社は金融業を営んでおり、Xの代表者が免責的債務引受における担保の運命を知らなかったとはいえず⁷⁾、妥当な結論と思う。

しかし、一般的に免責的債務引受の場合に、すべて担保が外れるかは疑問であ

6) 坂井芳雄「免責的債務引受と担保の消滅」金融法務事情319号(1962年)10頁。

7) 「銀行実務では、債権者たる銀行と債務者、引受人の三者(さらに保証人や担保提供者がいればそれらの者の同意を得て)で行うのが通例である。」関沢正彦「債務引受と担保」金融法務事情1174号(1987年)45頁。

る。債務者個人の信用ではなく、アパートや事業の信用に基づいて担保提供している場合があるからである。

事例1や事例2のような状況のもとで注目されるのがドイツ法系の立法で認められている財産引受 (Vermögensübernahme) である。財産引受は、贈与や売買といった契約により他人の財産を引き受けた者がいるとき、その他人 (財産を譲渡した者) の債権者自身は、その契約に関与することなしに、財産を引き受けた者にも、その他人 (財産を譲渡した者) に対する請求権を行使できる制度である。詳しい説明は後に譲るとしてここでは簡単な具体例で財産引受を確認しておこうと思う。

「SとAが久しぶりに再会したところ、SはAに商売上の失敗から、自宅を残して全財産を失っており、まだGに対する債務60,000ユーロ (支払い期限が10日後) を負っていた。Sは自宅を100,000ユーロで売却して債務を返済し、残りで生活を立て直したいと考えている。しかし、現在Aは40,000ユーロしか持ち合わせがないが、7日後には60,000ユーロ入ってくる予定がある。そこでAはSの唯一の財産である自宅を債務額60,000ユーロを控除して買い取った。他方、債権者Gは、10日後にSがGに負っている債務60,000ユーロの支払いをAに請求した。」⁸⁾

上述の例では、債権者であるGは、Sの財産である自宅をAが譲り受けたことによって、Sが負っている債務60,000ユーロの支払いを請求できる結果となる。

この例のとおり財産引受による処理が債務引受による処理と異なる点は、財産引受では債権者Gが、債務者Sの自宅の譲渡契約 (AとSとの譲渡契約) に何ら関わらないということである。

財産引受は、財産が移転された場合に、その財産が引当てとなっている債務の変動に関する規定である。財産引受は債務引受の一つであるが、単純な債務の移転だけを対象とするものではない。また、債務引受による担保の帰趨についての制度というわけでもない。

8) Hans Eisemann, Die Haftung aus Vermögensübernahme -Bundesrepublik, Frankreich, England, Schweiz und Österreich-, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 176 Band Heft 6 (1976) S. 487の冒頭の例を参考にした。

ここで注意しなければならないのが財産である。財産引受における財産(Vermögen)とは全積極財産である。個々の財産ではない。しかし、現在存在する全部の財産である必要はなく、引き受けられた財産が個々の財産であっても、譲渡人の全体財産の本質的なものであれば十分であると解されている。

では、事例1と事例2に財産引受を適用するとどうなるか。事例1において、アパートが全体財産の本質的なものと仮定して遺産分割協議によるCのアパートの持分をBに移転することに財産引受を適用できれば、債権者X銀行は、Bに債務全額の支払いを請求できることになる。また事例2においも劇場が全体財産の本質的なものと仮定して、劇場を譲渡によりAに移転したことに財産引受を適用できれば妥当な結論を得ることができると考える。財産引受は、財産の移転にもなって債務が法律によって移転する。法律によって債務が移転する場合は、担保は存続すると解されるからである。

このように事例1、事例2とも債務者側の都合で財産と債務が移転するにもかかわらず、債務引受に関する解釈論による処理では、債権者側が財産引受人や債務者、担保提供者と協力して債務引受契約、担保提供の意思の確認などによって債権保全を図らなくてはならない。これは債権者にとって不便であり、不利である。そこに財産引受を適用することによってより妥当な債権管理が図れると思う。ここに財産引受を研究する意義があるものと考ええる。

さらに、わが国では民法(債権法)改正の議論が行なわれており、債務引受や契約譲渡の条文化も視野に入れられている⁹⁾。この議論の中でも、債務引受と担保の関係は重要なテーマである。その際にも財産の移転にもなって、その財産が引当てとなっている債務はどうなるかという視点からの検討は必要と考える。ここにも財産引受を研究する意義があると思う¹⁰⁾。

9) 椿寿夫「債務引受と契約譲渡の関係をどのように考えるか」椿寿夫・新美育文・平野裕之・河野玄逸編『民法改正を考える(法律時報増刊)』(2008年)252頁、民法(債権法)改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』別冊NBL126号(2009年)224頁以下。

10) 財産引受は、債権者保護制度の一つでもある。債権者取消権や否認権を考える際にも参考となる。特にドイツでは財産引受による債権回収は執行忍容判決で行なわれていたので、債権者取消権や否認権の議論に資するものと考えるが、本稿では深くは立ち入らない。

2 研究の目的と方法

本稿は、財産引受についての基本を明らかにし、日本法への導入（立法）の可能性を探ることを目的とする。

わが国の民法には財産引受の規定はない。財産引受は、ドイツでは1998年12月31日に廃止されるまで民法に規定されていた¹¹⁾。オーストリア民法、スイス債務法には財産引受は現在も存続している（以下ドイツ民法をBGB、オーストリア民法をABGBと表す。なお、スイスは、人に関する規定、親族法、相続法、物権法がスイス民法典（Schweizerisches Zivilgesetzbuch）に規定され、債権に関しては、スイス民法典第5編として債務法（Obligationenrecht）が規定されている。この債務法をスイス債務法と呼んでいる。スイス債務法の条文の番号は第1条から始まる形式をとっているが、スイス債務法はスイス民法典の一部をなしている。以下、人に関する規定、親族法、相続法、物権法をZGB、債務法をORと表し、ZGBとORを含めてスイス民法と呼ぶ）。

財産引受といっても、3国の制度内容は異なること、財産引受が日本法にはないことから比較法による考察を行なうことが有益と考えた。

そこで、研究方法としては、日本において財産引受がどのように理解されていたかを確認したうえで、ドイツ法、スイス法、オーストリア法を比較する。各国の比較では、歴史的発展過程によらずに、ドイツ法、オーストリア法、スイス法の順に検討する。ドイツ法は上述のとおりすでに廃止されているので、財産引受の生成・発展・消滅の過程を辿ることができ、財産引受の制度の消滅理由、問題点が明らかになると考え、最初に取り上げることにした。そして、現在も財産引受が存続しているオーストリア法とスイス法を財産引受の新たな展開として捉えて同一の章で概観することにした。最後に各国の制度を比較・検討し財産引受の基本を明らかにし、財産引受を日本法へ導入できるか、その可能性を探りたい。

II 日本法

わが国の民法はフランス民法の影響を受け、債務の移転に関して、債務者の交

11) Palandt/Heinrichs (2004), S. 604.

替による更改が規定されている（民法514条）のみで、債務引受についての規定は置かなかった¹²⁾。したがって債務引受の一種である財産引受も規定がない。

しかし、主にBGBに規定された債務引受（BGB414条～旧419条）の影響を受けて学説・判例によって早くから免責的債務引受、重畳的債務引受が認められた。債務引受の概念は昭和46年の法改正により現行民法典でも承認されている（民法398条の7第2項）¹³⁾。本章では、主に学説によってどのように債務引受が形成されてきたかを概観し、その中で財産引受はどのように理解されていたかを概観する。財産引受自体の判例はないので、債務引受に関係する判例について取り上げる。債務引受の学説¹⁴⁾・判例¹⁵⁾の沿革についてはすでにすぐれた研究がでている。ここでは諸先達の業績に負うところが大きいことをあらかじめお断りしておく。

1 債務引受の沿革と学説の展開

(1) 債務引受導入前

(ア) 更改による債務者の交替について

ボアソナード草案に基づいて作られた旧民法典（1890〔明治23〕年公布）は、債権の移転を定める債権譲渡（旧民法財産編347条）の規定を置いたが、債務の移転を定める債務引受についての規定はなかった。債務の移転については、債務者の交替による更改（旧民法財産編496条～498条）の規定を置いた。

ボアソナードの母国であるフランスの民法典Code Civil（1804年）には債務引受がなく、更改が規定されていたこと、ドイツの債務引受が日本に紹介された時期（ドイツ民法典公布（1896年）の直前である1890年ないし1898年）は、ボア

12) 淡路剛久『債権総論』（2002年・有斐閣）498頁。

13) 中田裕康『債権総論』（2008年・岩波書店）541頁。

14) 債務引受の学説史については、野澤正充『契約譲渡の研究』（2002年・弘文堂）が契約上の地位を含め詳細に分析している。また、遠藤研一郎「免責的債務引受に関する一考察(一)—ドイツSchuldübernahmeの生成・発展を素材にして—」法学新報108巻1号（2001年）は債務引受のみに焦点を絞って概観している。

15) 債務引受の判例研究については、四宮和夫「債務引受」『総合判例研究叢書14』（1960年・有斐閣）や、野澤正充『債務引受・契約上の地位の移転』叢書民法総合判例研究（2001年・一粒社）が詳細な研究を行っている。

ソナードが来日¹⁶⁾して20年後頃のことであり、旧民法の草案を起草する際にボアソナードは債務引受を知らずに更改および指図を詳細に規定したのも無理のない状況だった。このことが、債務者の交替に関して債務引受ではなく、更改を定めた経緯であると解されている¹⁷⁾。

更に、旧民法典の債務者の交替による更改は、規定が簡略化され、現行民法典では第514条のみとなった。

現行民法典の起草者梅謙次郎博士は、債務者が変更すれば債権の同一性が失われるとして、「純粋ノ法理カラ言ヘバ債務ノ引受ハ出来ヌ筈ノモノデアル」として、債務引受を明確に否定し¹⁸⁾、債務者の交替は更改（民法514条）によって認めれば足りるとしていた。

(イ) 更改による債務者の交替と担保

このように我が国の民法典には債務引受が明文化されることはなく、したがって「抵当権が設定されている不動産の移転にともなった債務引受」や債務引受の一種である「財産引受」も当然規定されることはなかった。では更改による債務者の交替と担保はどのように考えられていたのであろうか。ここでは、旧民法財産編503条を見てみよう。

第1項「旧債権ノ物上担保ハ新債権ニ移ラス。但債権者之ヲ留保スルトキハ此限ニ在ラス」

第2項「此ノ留保ハ共同債務者保証人又ハ第三取得者ノ手ニ存スル担保負担ノ財産ニモ之ヲ行ウコト得」

第3項「此ノ留保ニ付テハ更改ノ相手方ノ承諾ノミヲ必要トス。右ノ場合ニ於テ財産ハ旧債務限度ヲ超エテ担保ヲ負担セス」

この規定によると更改が行われても、旧債務者が提供した担保だけでなく、共同債務者、保証人又は第三所持者が提供した担保も、これらの者の承諾を必要とせず担保は存続することになる。

16) 1873（明治6）年～1895（明治28）年日本に滞在。

17) 野澤・前注15)4頁。

18) 梅謙次郎「債権債務ノ承継ヲ論ス」『法政大學創立三十周年記念論文集』（1909年・法政大学）55頁。

その理由を井上博士は「共同債務者及ヒ保証人ハ更改ニ因テ義務ヲ免ルルヲ以テ既ニ利益スルモノナレハ其手ニ存スル財産ノ負担タル担保ノ消滅セサルモ更改ノ為メ損害ヲ受ケタリト謂ウヲ得ス又第三所持者ハ更改ノ後其手ニ存スル財産ノ負担タル担保ノ依然存在シテ消滅セサルモ其更改前ノ地位ニ比シテ毫モ負担ノ重キヲ加ヘサルヲ以テ損害ヲ受ケタリト謂ウヲ得ス是レ比等ノ者ノ留保ニ付キ承諾ヲ得ルヲ必要トセサル所似ナラン」と説明している¹⁹⁾。

旧民法制定時は、債務が更改されても旧債務者の担保は存続し、さらに旧債務者以外の者が提供した担保も存続した。現在は、後述のとおり更改がなされると第三者が提供した担保は同意がない限り消滅するから（民法518条）、現在よりも債権者のために責任財産の保護が厚く図られていたといえる²⁰⁾。

しかし、この規定は現行の規定に変更されることになる。その理由を梅博士は第74回法典調査会議（1895（明治28）年4月2日）の515条の審議で次のように説明している。「…債務者ノ変更ニ至ツテハ私ガ甲ト云フ友人カラ頼マレテ其甲ト云フモノハ友人デアルカラ夫レヲ担保トシテ不動産ナリ何ニナリ出シテ置イタノガ今度甲ト云フ者ガ義務ヲ免レテ仕舞ツテ乙ト云フ丸デ見ズ知ラズノ者ガ債務者ニ為ツタ其人ノ為ニ私ノ財産ヲ担保ニシテ置カナケレバナラヌト云フコトニナルト大變ニ初メノ当事者ノ意思ニ違ウト云フコトニ為リマスカラ夫レデ此ノ場合ニ於テハ是非トモ物上保証人ノ承諾ガナケレバナラヌト云フコトニシテ置カズト為ルマイト思ツテ夫デ如斯但書ヲ加ヘタノデアリマス」と²¹⁾。

こうして現行民法518条では「更改の当事者は、更改前の債務の目的の限度において、その債務の担保として設定された質権又は抵当権を更改後の債務に移すことができる。ただし、第三者がこれを設定した場合には、その承諾を得なければ

19) 井上正一『民法〔明治23年〕正義財産編第貳部巻之貳』（日本立法資料全集別巻56）（1995年・信山社）225頁。

20) 野澤・前注14）13頁。野澤教授は同書11頁から12頁の検討を踏まえて「旧民法典の更改について、実質的に検討すると、それに関与する当事者および経済的機能の点で、今日わが民法が認めている債務引受の制度にはほぼ匹敵するものであったと解される。」と評価している。旧民法典の更改について、更改と物上保証人による担保提供の関係も含めて評価すれば、現在の債務引受制度より債権者に対する保護が図られていたともいえる。

21) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録三』（日本近代立法資料叢書3）（1984年・商事法務研究会）620頁。

ばならない」と変更された。

この提案が賛成され現行の規定となった。現行の規定は、更改の当事者は提供した担保を更改後の債務の担保にできる。但し、第三者が担保提供した場合は、第三者は旧債務のために担保を設定したのであるから、これを新債務に移すためには、第三者の承諾を要する。担保が債務者の交替による更改の場合には、旧債務者は更改契約の当事者ではないから、旧債務者の設定した担保を移すためには、その承諾を必要とする²²⁾と、解されている。これは現在の免責的債務引受が行なわれた場合の担保の考え方と一致するものである。

梅博士は民法518条について「更改ニ於テモ当事者ノ特約アル場合ニ限り旧債務ヨリ新債務ニ移スコトヲ得セシムルヲ便利ト認メ之ヲ許セリ」²³⁾と述べている。そして梅博士は、ドイツ民法の債務引受とわが民法の債務者の交替による更改を比較検討し、両者の間には「著シキ差異ハナイ」と解していた²⁴⁾。

更改と担保の関係と債務引受と担保の関係をみれば、両者はあまり相違はなくなった。梅博士が、上述のとおり債務引受は必要でなく、債務者の交替は更改によって認めれば足りると考えていたことは理解できることである。

しかし、旧民法の更改と担保の関係は、現在の更改と担保、債務引受と担保の関係とは異なった制度であり、興味深いものである。財産引受のように債務を担保する財産の移転にともなって債務も移転するという制度ではないが、債務の担保となった責任財産と債務とを一致させる制度を旧民法に認めることができるからである。

更改と担保の関係は、責任財産の移転と債務の関係を研究するには重要なことであるが、ここではこれ以上立ち入らない。

(2) 債務引受の導入から完成へ

更改は、新債務と旧債務とは同一性がないことから旧債務の担保権や抗弁権は消滅するのが原則である。これは債権者にとって著しく不利であることから、債

22) 磯村哲編『注釈民法12債権(3)債権の消滅』〔石田喜久夫〕(1979年・有斐閣)498頁。

23) 梅謙次郎『民法〔明治29年債権〕第一章総則完(法政大学明治39年度第1学年講義録)』(日本立法資料全集別巻20)(1996年・信山社)554頁。

24) 梅・前注18)56頁。

務の同一性を失わずに債務者の変更をもたらす債務引受を判例・学説は早くから承認してきた²⁵⁾。

現行民法制定後ドイツ民法学の研究が盛んになる中、ドイツ民法典（1900年公布）はBGB414条からBGB419条に「債務引受」制度を規定した。石坂博士はこのドイツの債務引受制度を日本に体系的に導入した²⁶⁾。

石坂博士は免責的債務引受に関して1912年に「債務引受論」を発表し、重疊的債務引受に関して1914年に「重疊的債務引受論」を発表した。石坂博士は「契約に基づく債務引受」を免責的債務引受と重疊的債務引受に分類し、免責的債務引受の定義を「債務ノ同一ヲ保チ単ニ債務者ヲ変更スルヲ云ウ」とする²⁷⁾。そして石坂博士は、相続によって債務が移転することは債務の移転可能性の現われであるとし、債務引受の可能性を認め、実際取引上の必要性、および免責的債務引受を否定する根拠がないことから更改と区別して免責的債務引受を肯定した²⁸⁾。

また、石坂博士は、重疊的債務引受を「他人ノ債務ト相並ヒテ之ト同一ノ債務ヲ負担スル」ものと定義し、「既存ノ債務ト同一ノ債務カ新タニ発生シ従来ノ債務者ノ外ニ新ナル債務者ヲ加フル」点で免責的債務引受と異なるものとする²⁹⁾。そして両債務引受の性質について、免責的債務引受を特定承継とする一方で、重疊的債務引受は新たに引受人が債務を負担することであるとしている。債務引受の要件では、債務者・引受人間の免責的債務引受を認め得ないのに対し³⁰⁾、重疊的債務引受は第三者のためにする契約（民法537条）を媒介にしてこれを肯定する³¹⁾。さらに重疊的債務引受の効果論では、重疊的債務引受の引受債務者と旧債務者の両債務者に連帯債務が生ずると解説している³²⁾。

さらに、石坂博士は、「債務引受論」の最終節で債務は契約により移転するの

25) 野澤・前注15)5頁。

26) 野澤・前注15)27頁。

27) 石坂音四郎「債務引受論」『改纂民法研究＝下巻』（1920年・有斐閣書房）368頁（初出「債務引受論」法学協会雑誌3巻4号1頁以下、5号76頁以下、6号44頁以下（1912年））。

28) 石坂・前注27)378頁。

29) 石坂音四郎「重疊的債務引受論」『改纂民法研究＝下巻』（1920年・有斐閣書房）423頁（初出「重疊的債務引受論」法律記事24巻1号・2号（1914年））。

30) 石坂・前注27)387頁以下。

31) 石坂・前注29)429頁。

32) 石坂・前注29)424頁。

みならず、相続のように法律によって当事者の意思に関わりなく移転する場合があるとし、この場合は、「単純ニ債務ノミ移転スル」のではなく、必ず債務が「財産又ハ権利ニ伴フテ移転ス」とし、財産引受について紹介している。そして、石坂博士は、債務が契約によって移転するのではなく法律の規定に基づき必然的に移転する（財産ニ伴フテ当然ニ移転スル）という「觀念ヲ認ムルコトヲ得ルトキハ従来ノ難問ハ容易ニ解決セラルヘシ」と述べ、財産引受を高く評価している。さらに当時のドイツやスイスの立法例を挙げ、「近世ノ学説及ヒ立法ハ財産ノ移転ニ伴フテ債務カ必然的ニ移転スヘキコトヲ認メルノ傾向ヲ有ス」と解説する。そして、財産移転に伴う債務引受は「免責的」ではなく、「併存的ナルコトヲ要ス」と述べ「従来ノ債務者ハ債権者カ之ヲ免除スル場合ノ外ハ財産ノ譲受人ト相併ヒテ債務ヲ負担スルモノトナスコト」が必要であり、上述の諸外国の立法は「譲渡人ト譲受人トカ連帯シテ債務ヲ負担」していると論じている。最後に、「我国ニ於テハ一般債務引受ニ関スル規定ヲ欲クト共ニ財産移転ニ伴ウ債務移転ニ関シテモ亦規定スル所ナシ然レトモ上述スルカ如ク取引上ノ必要ヨリ論スレハ法律ノ規定ヲ必要トスルハ明ラカナリ特ニ其一場合タル営業ノ譲渡ニ伴ウ債務移転ハ頻繁ニ生スル所ニシテ我国法ニ其規定ナキハ大ナル不備ト云ハサルヘカラス」と財産引受を創設すべきことを訴えている³³⁾。

さらに、「重疊的債務引受論」³⁴⁾でも同様に論文の最後に「我国法ハ財産移転ニ伴フ債務移転ニ関シ規定ヲ欲ク然レトモ實際取引上ノ必要ヨリ論スレハ法律ノ規定ヲ必要トスル明ラカナリ」と述べて財産引受の一般規定の創設を訴えている。

上記の石坂論文の後、鳩山博士の他、仁井田博士、磯谷博士³⁵⁾も債務引受を論じ、石坂説の債務引受が通説となっていった。鳩山博士も財産引受という言葉は使っていないが、抵当不動産の譲渡と営業譲渡について触れている。鳩山博士は、債務引受について規定がないのは欠点の一つだが、営業上の財産や抵当不動産譲

33) 石坂・前注27)415頁～420頁。

34) 石坂・前注29)430頁～432頁。

35) 鳩山秀夫『増訂日本債権法（総論）』（1925年・岩波書店）385頁、仁井田益太郎「債務引受」法学新法25巻6号（1915年）1頁、磯谷幸次郎『債権法総論＝総論下巻』（1920年・巖松堂書店）404頁。

渡の際にその財産とともに債務も移転する等の債務引受によって生ずる諸種の問題は、判例と学説によって解決していると考えていた³⁶⁾。

そして、末川博士が「併存的債務引受」(大正9年)を発表し、まだ解明されていなかった併存的債務引受に関する根拠、性質、効力、法律上の取扱いについて詳細に検討し、ここにわが国の債務引受論はほぼ完成した³⁷⁾。

末川博士は、「一般的に債務負担に関する実質的利害関係が既存の債務者から第三者に移転するかまたは第三者に分割せられたと見られるべき経済的状況の存在する場合、ことに債務の影に潜む責任—債務と理論上区別して履行に対する担保という意味においての責任—の物体たる債務者の総財産または特定財産が生前行為によって債務者から第三者に移転せられ、そのために債権者が満足を受け得る資源(Fonds)が従来の債務者を離れて第三者に移った場合に、法律上当然に従来の債務者と第三者とが併存的に債務を負担するに至るべきむねを定めることは、債権者保護という立場からするも、債務者と如上の利害関係を引き受けた第三者との間の実質的な公平を期するという見地からするも、実際取引上の要求によく適合するであろう。」と説明し、そしてこのような「一般的規定を設けるとすれば、財産の意義を明確にし、引受人の債務の発生時期、その範囲およびその存続期間を定め、かつかかる規定が強行法規たることを示さなければならない。」³⁸⁾と述べている。末川博士も石坂博士と同様に財産とともに債務が移転する一般規定の創設を訴えていると解することができる。

(3) 債務引受から契約上の地位の移転へ

昭和初期には我妻博士が、債務者と引受人との債務引受契約に債権者が同意を与える形態の免責的債務引受について、「債務引受において債権者の地位を考慮すべきは、ただ責任(債務者の一般財産)の変換によって経済上の不利益を蒙らしめないようにするという点だけである。然らば、その意思に対しては効力の発生要件たる地位を与えれば必要にして充分なものであろう」³⁹⁾と主張し、石坂説

36) 鳩山・前注35)381頁～382頁。

37) 野澤・前注15)41頁。

38) 末川博「併存的債務引受」『民法論集 続』(1962年・評論社)253～256頁(初出、法学論叢3巻4号、5号、6号、4巻3号、5号(いずれも1920年))。

39) 我妻栄『債権総論(民法講義Ⅳ)』(1940年・岩波書店)396頁。

と異なり、債権者の同意を条件とし、あるいは、債権者による追認ととらえて債務者と引受人との契約による免責的債務引受を可能とする考えが有力となった。

昭和中期になると、債務者と引受人との債務引受契約の要件をさらに緩和する方向での見解が打ち出された。於保教授が、免責的債務引受と並んで「設定的債務引受」なる概念を導入した。於保教授は、BGB416条・419条、OR181条・182条や、わが国の旧商法26条・28条が、引受人または譲渡人の特別責任を主たる債務者の責任と併存的に認めていることに着眼し、「このように、譲渡人と譲受人との間の契約のみによる併存的債務引受契約の効力を認めるならば、契約上の地位の譲渡や財産・営業・企業の譲渡が容易に行なわれるのみでなく、これが現在取引の実情に最もよく適する」とし、「このような関係は、債務についても設定的譲渡の法理を適用するならば、理論上も十分に説明しうる」と主張した⁴⁰⁾。

また、四宮教授も売買契約上の地位・賃貸人の地位・譲渡担保の担保権者の地位の移転や営業譲渡による契約上の地位の移転に関する諸判例から、「一律に、そのなかからとくに債務の引受を抽出しそれについての債権者の有無を問うことがかならずしも適当でないこと、債権者側の意思を考慮する程度は移転される法律関係の実体によって区別すべきであること」が示されていることを検証し、これを踏まえて「債務者の地位が所有権その他のものと結合または企業に包含されるためにその移転が債権者になんら不利とならない事情のあるときは承認を軽視すべきものとし、あるいはさらに進んで、そのような場合には、承認を不要とし、または、拒絶を権利濫用と解したり承認を容易に認定したりする」ことが「今後の判例を導くにふさわしい理論」と述べている⁴¹⁾。

また、神田教授は契約譲渡に関するドイツの議論を紹介する中で、契約相手方（債権者）の承諾という要件を緩和する方策として、黙示の同意を認めること、譲渡人を免責させない留保つきの同意を認めること、を示している⁴²⁾。

さらに椿教授は、「債権者の同意・承諾が効力要件として厳存する限り…結果は、取引の需要ないし保護に背を向けることが少なくない」とし、債務者と引受

40) 於保不二雄『債権総論〔新版〕法律学全集20』(1972年・有斐閣) 338頁。

41) 四宮・前注15)88頁。

42) 神田博司「契約譲渡論(一)、(二)」法学新報68巻(1961年)6号20頁、7号26頁。

人との債務引受契約に債権者の承諾を要することに消極的な見解を示し、債権者の承諾が必要とされるのは、「債権者の地位が、債務者の変更に伴って生ずる無資力の危険にさらされるのを防止することに求められるべきであり、かつそれにつき」と解し、「取引の安全を阻害せず、しかも同時に債権者の安全をもはかろうとすれば」、契約上の地位の譲渡に債権者が承諾しない場合「債務については、譲渡人と譲受人を併存的債務引受人にし、譲渡通知で、債権者に対する対抗力を与えてよい、とする解釈の方が妥当ではなからうか」としている。また、椿教授は両債務引受の要件の接近を指摘し、さらに、契約上の地位の移転の議論においても『『契約上の地位』の中には、その流通性をもっと強化すべき場合が含まれているはずであり、また、一般的にいて、民事取引における人的要素の退潮は、主体の個性にしたがった固定性よりも、投資回収ないし利潤追求な需要・必要性に対し、十分その機能を発揮できるだけの、新たな法的手段ごとに契約譲渡人が離脱しない形態の可能性が検討されるべきだとし、「債権関係・契約関係の包括的移転を促進すべき需要があるならば、原契約相手方（＝債権者）の承認を一々要求しては、とうていその需要に応じえないが、さりとて彼の同意なしで譲渡できるとするのは彼の地位を不安にするから、承認がないけれども譲渡したい旨の意思を認め得るときには、併存的債務引受ないし原債務者の非免責とする一方で、原契約相手方（＝債権者）の同意ないし承認を不要とみる解釈」を可能と論じている⁴³⁾。

(4) 現在

債務引受に関する議論は、債務関係の包括的移転等に対する取引実務の要請から、債務の移転を促進する方向で一致している。そして、債務者と引受人との契約において、「債権者の承諾」という要件を不要とし、その代わりに両債務者の債務を「併存的債務引受」とすることによって債権者の保護を図ろうとしている点も一致している⁴⁴⁾。

例えば、奥田教授は、債務の性質上移転制限が存しない場合、「譲渡人の併存的責任を残す」ことを前提に、譲渡人と譲受人の合意のみによる契約引受の成立

43) 西村信雄編『注釈民法(11)=債権(2)』〔椿寿夫〕(1965年・有斐閣)476頁。

44) 遠藤・前注14)99頁。

およびその有効性を承認している⁴⁵⁾。また、潮見教授も債務者と引受人との間の契約で債務が有効に移転することを肯定するものの、「債権者の承諾がなければ債務者は免責されず、引受人と並んで債務者の地位にとどまりつづける（ゆえに併存的債務引受）と構成することができる」としている⁴⁶⁾。

上記の債務者と引受人との債務引受契約の要件を緩和する議論は契約上の地位の移転に関して論じられているものが多く、債務引受の議論は契約上の地位の移転に関する議論に焦点が移ってきている面があるが、最近、契約上の地位の移転は債務引受とは異なる独自の機能があるという見解も出てきている。

野澤教授は「契約当事者の地位の移転の制度も、債権債務を含む『契約当事者の地位』の特定承継を認めるため、法理論的には、債権譲渡および免責的債務引受の延長線上に位置づけられよう。しかし、機能的には、契約当事者の地位の移転が、他の制度にはない独自の役割を果たしていることを指摘することができる。すなわち、契約当事者の地位の移転は、民法の諸制度の中で唯一、契約当事者が交替しても契約関係の存続を可能にする制度である。より正確には、継続的契約において当事者の一方が何らかの事情（営業譲渡や債務超過、あるいは賃貸不動産の譲渡など）によりその契約を維持しえなくなった場合に、従前の契約関係を維持しつつ、当事者の交替を認めるものである。したがって、契約当事者の地位の移転は、継続的契約における安定性を維持する（経済的機能）ために、契約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（法的機能）にあると解される。そうだとすれば、契約当事者の地位の移転は、債権譲渡および免責的債務引受の延長線上には位置づけられない、独自の機能を果たす制度であるといえよう」と論じている⁴⁷⁾。

また、このような契約上の地位の移転に議論が移る中で、「債務引受」は契約上の地位の移転の構成要素であることから、再度「債務引受」の根本的な構造を検討することが重要だとし、債務引受の構造を明らかにしようという試みがなされている。遠藤教授は「設定的債務引受」に理解を示すとともに、「特に『契約

45) 奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（1997年・悠々社）481頁。

46) 潮見佳男『債権総論Ⅱ〔第二版〕』（2001年・信山社）593頁。

47) 野澤・前注15)257頁。

上の地位の移転』という形を中心に様々な態様のものが想定される。(略)市場における債務の流通性、債務の人的色彩度合い、債務の履行可能性が減退しないような事情等を考慮せずに債務引受の要件として一律に『債権者の承諾』を要求する場合、その流通性が阻害されるおそれがあり、さらには取引市場全体の効率的な資源配分を阻害する要因となるのではないだろうか」とし、「契約上の地位の移転がおこなわれる場合には、その構成要素である債権債務の内容によって債権者の承諾が必要かどうかを考えないとならない」としている。「契約の性質により債権者保護措置を考えるべきだ」としており、さらに、「債務引受の出発点を併存的債務引受とすることが有益ではなからうか」と解する。すなわち、「原債務者または引受人から債権者へ引受契約の通知が行なわれことのみによって併存的債務引受が成立し、新たに、原債務者が債務関係から離脱するための要件として『債権者の承諾（これは契約の性質に応じて、別の要件に置き換える場合も考えられる）』を位置づけるべきではないだろうか」と提案している⁴⁸⁾。

このように一方で、重疊的債務引受の活用により債務の移転を促進する方向にすすんでいるが、他方で、重疊的債務引受の実体は保証または連帯債務に解消されるものでしかないのではないかとの疑問が投げかけられ、重疊的債務引受の意味を再考すべきとする考え方も出てきている⁴⁹⁾。

(5) 債務引受と担保

引き受けられた債務についての担保の存続については次のように理解されている。

法定担保物権が存続することは問題ない。第三者提供の担保（保証・物上保証）は、担保設定が原債務者と担保提供者間の個人的信頼関係を基礎としている以上、担保提供者の同意なしには移転しない⁵⁰⁾。又、債務者自身が設定した担保物権については、存続説と消滅説さらに、契約当事者によって区別する説（引受契約が原債務者と引受人との間で行われた場合は存続し、債権者と引受人との間で

48) 遠藤研一郎「免責的債務引受に関する一考察(二・完)」法学新報108巻2号(2001年)149頁以下。

49) 加藤雅信『新民法体系Ⅲ 債権総論』(2005年・有斐閣)343頁。

50) 潮見佳男『債権総論Ⅱ〔第2版〕』(2001年・信山社)595頁。

行われた場合は消滅する)に分かれている⁵¹⁾。存続説は、債務の帰属者、責任財産の変更によって設定者(原債務者)が不利益を受けるおそれはないため存続するとする。消滅説は、債権者と引受人との契約で免責の債務引受がなされた場合には、原債務者を参加させずに契約したことのリスクは債権者が負担すべきであるから原債務者設定の約定担保といえども消滅する場合があるとする。債務引受と担保の関係についてはあまり進展が見られなかったが、最近、濱崎准教授がBGB418条の分析検討を行なっており⁵²⁾、債務引受と担保の関係についても議論が深まっている。

2 財産引受

上述の沿革の中から日本での財産引受は、財産引受を立法すべきとした立法論、意思解釈によって財産引受を認める見解に分けられると考える。以下、各見解の要件・効果を整理してみる。

(1) 立法論(石坂博士、末川博士)

(ア) 意義

(a) 目的

財産引受制度の目的について石坂博士は、「債務者ノ財産ハ債権者ノ担保」であり、「債権終局ノ目的ハ債務者ノ財産ニ依リテ満足ヲ得ル」ところにある。もし、「債務者カ財産ノミヲ他人ニ譲渡スルトキハ債権者ハ其満足」を受けられなくなってしまう。したがって、「債権者ヲ保護スルカ為メ」には「財産ノ譲受人」に「譲渡人ノ債務」に対して責任を負わせる必要があるとする⁵³⁾。一方、末川博士は「債権者保護」と「債務者と…略…利害関係を引き受けた第三者との間の実質的な公平」をあげている⁵⁴⁾。財産引受は、債権者を保護するだけでなく、取引関係の公平を図る制度であると考えていた。

51) 中田・前注13)546頁。

52) 濱崎智江「免責の債務引受と担保及び保証の関係について」中京法学41巻3・4合併号(2007年)1頁以下。

53) 石坂・前注29)431頁～432頁。

54) 末川・前注38)256頁。

(b) 債務の移転の性質

債務は契約により移転するのみならず、相続のように法律によって当事者の意思に関わりなく移転する場合があるとし、財産引受もその一つだとしている⁵⁵⁾。財産引受の法規は強制法規であると解している⁵⁶⁾。

(c) 債務の引受形態

債務が財産の移転に伴って必然的に移転する場合、「之カ為ニ直チニ譲渡人ヲシテ其債務ヲ免レシムルモノトナスヲ得ス」とする。なぜなら「法律ハ従来ノ債務者ニ代フルニ他人ヲ以テスヘキコトヲ債権者ニ強フルコト」はできないからである。したがって、財産移転に伴う債務引受は「免責的」ではなく、「併存的ナルコトヲ要ス」としている。「従来ノ債務者ハ債権者カ之ヲ免除スル場合ノ外ハ財産ノ譲受人ト相併ヒテ債務ヲ負担スルモノトナスコト」が必要であり、ドイツ、スイス、ハンガリーの立法は「譲渡人ト譲受人トカ連帯シテ債務ヲ負担」している⁵⁷⁾と論じている。

(i) 要件

(a) 当事者

末川博士は、「一般的に債務負担に関する実質的利害関係が既存の債務者から第三者に移転するかまたは第三者に分割せられたと見られるべき経済的状況の存在する場合、ことに債務の影に潜む責任—債務と理論上区別して履行に対する担保という意味においての責任—の物体たる債務者の総財産または特定財産が生前行為によって債務者から第三者に移転せられ、そのために債権者が満足を受け得る資源 (Fonds) が従来の債務者を離れて第三者に移った場合」⁵⁸⁾を財産引受ととらえている。

石坂博士は、債務は財産の負担として財産の所在に付随するものだから、「財産ノ譲受人ハ譲渡人ノ債務ヲ負担スルモノトナス」⁵⁹⁾とし、財産の移転についての財産譲渡人と譲受人を当事者と考えていた。

55) 石坂・前注27)415頁～419頁。

56) 末川・前注38)253頁～256頁。

57) 石坂・前注29)431頁。

58) 末川・前注38)256頁。

59) 石坂・前注29)430頁～432頁。

(b) 財産

末川博士は、財産の意義を明確にしなければならないとしていた⁶⁰⁾。末川博士の論文によれば「財産」は、特定の財産であり、債権者が満足を受け得る資源(Fonds)である。

(c) 財産引受によって引き受けられる債務

引受人の債務の発生時期、その範囲及び存続期間を定める必要があると考えていた⁶¹⁾。

(ウ) 効果

(a) 財産譲渡人の責任

債務が財産の移転に伴って必然的に移転する場合、「従来ノ債務者ハ債権者カ之ヲ免除スル場合ノ外ハ財産ノ譲受人ト相併ヒテ債務ヲ負担スルモノトナスコト」が必要であるとする⁶²⁾。ドイツやスイスといった諸外国の立法は「譲渡人ト譲受人トカ連帯シテ債務ヲ負担」していると論じている⁶³⁾。

さらに、「債権ノ実質的効力」は債務者自身にあるのではなく「債務者ノ財産」に対するものというべきである。だから、「債務ト財産トヲ連結シ財産ノ移転ニ伴フテ債務モ亦移転スル」ものなのであるとし、そして、「債務ハ財産ノ負担トシテ財産ノ所在ニ付随スルモノ」であり「財産ノ譲受人ハ譲渡人ノ債務ヲ負担」しなければならないと述べている⁶⁴⁾。

(b) 財産譲受人の責任

債務を引き受けた譲受人については、「強制的ニ債務ヲ負担スル」ので「譲受人ニ損害ヲ被ラシムルヘカラス」とし、従来の立法が譲受人を保護する方法として二つの方法を挙げている。一つは、「譲受人ヲシテ其譲受ケタル財産ノ額ヲ限度」とする方法であり、「限定承認ト同一ノ責任」である。もう一つは、「譲受人カ責任ヲ負フ期間ヲ短縮スル」方法であり、「短期ノ時効又ハ除斥期間ヲ認メテ譲受人ヲシテ速ニ其債務ヲ免レルコト」ができる。これら二つの方法により

60) 末川・前注38)256頁。

61) 末川・前注38)256頁。

62) 石坂・前注29)419頁。

63) 石坂・前注29)419頁。

64) 石坂・前注29)419頁。

「公平ニ譲受人ヲモ保護スルコト」ができるとしている⁶⁵⁾。

(2) 一般的な意思解釈によって財産引受を認める見解（我妻博士、於保博士）

(ア) 意義

(a) 目的

我妻博士は、「経済活動の実態は債務の移転だけではなく、債務を含んだ財産や営業の移転が行われている。このことを踏まえて「多くの債権と債務を含み、更に他の施設や華客関係（得意先との関係等の取引関係）などを結合した一つの企業（財産）の移転を認める必要がある。」としている⁶⁶⁾。

又、於保博士も、「担保物件の譲渡に際しては、譲受人が同時に被担保債権をも引き受ける必要が多い。契約から生ずる債権・債務は合して法律上の地位を構成し、売主の代金請求権・買主の目的物引渡請求権に分解してではなく、売主の目的物引渡義務・買主の代金支払義務と合した売主の地位・買主の地位として一括して移転する必要ないし便宜も多大である。ことに、特別財産・営業・企業などのように、種々の権利と義務、法律関係のみでなく事実関係をも包括する包括的法律関係を一括して移転する必要はもはや無視しえない状況に達している。」としている⁶⁷⁾。

我妻博士、於保博士とも債権債務と財産（企業）が結び付いて一括して移転することを認めることは、経済の実態から便利であり、必要であるとしている。債権者の保護が図られることは当然として、債権債務と財産（企業）が結び付いて一括して移転するというものを促進することが目的になっていると考えられる。

(b) 債務の移転の性質

我妻博士、於保博士とも解釈によって特別財産・営業・企業などのように、種々の権利と義務、法律関係のみでなく事実関係をも包括する包括的法律関係を一括して移転するという一般論を確立しようとするので、債務は契約によって移転すると考えられる。

65) 石坂・前注29)420頁。

66) 我妻栄『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（1964年・有斐閣）511頁。

67) 於保・前注40)332頁。

(c) 債務の引受形態

我妻博士は、従来の債務者をそのままにして、引受人があたかも連帯債務者か連帯保証人のような立場に加わるだけなら引受人と債務者とで契約が行われても債権者を強くするだけなので問題ない、と解する⁶⁸⁾。しかし、免責的債務引受の場合は、債権者が具体的に了承すれば別だが、そうでない限りは—債権の担保力の弱くならないことを保障しなければならないとしている⁶⁹⁾。

又、於保博士は、譲渡人と譲受人といずれを主たる債務者とするか、両者を連帯的とするかは、立法技術的には差異があるが、譲渡人と譲受人との間の契約のみをもって、前主と後主との併存的債務関係の成立を承認しているものと解して妨げあるまい。このように、債務者と引受人との間の契約のみによる併存的債務引受の効力を認めるならば、契約上の地位の譲渡や財産・営業・企業の譲渡が容易に行われるのみでなく、これが現在取引の実状に最もよく適するものといわざるをえない。そして、このような関係は、債務についても設定的譲渡の法理を適用するならば、理論上も十分に説明しうるところである⁷⁰⁾、と述べている。於保博士は併存的債務引受を、債権者を保護するための新たな担保設定ととらえ債務者と引受人間の契約による重疊的債務引受が認められるとする。

(イ) 要件

(a) 財産譲渡人（旧債務者）と財産譲受人（新債務者）による債務引受

我妻博士は、重疊的債務引受であれば問題ないが、免責的債務引受であれば特に債権者を除外して引受人と債務者とで契約ができるかが問題だとする。この点については、最小限度において債権者が了承することを条件にしなければならないが、その了承は、抽象的概括的に、しかも、ある場合には、了承したものと推定されるようになるとしている⁷¹⁾。上述のとおり於保博士は、債務者と引受人との間の契約のみによる併存的債務引受の効力を認めるならば、契約上の地位の譲渡や財産・営業・企業の譲渡が容易に行われるのみでなく、これが現在取引の実

68) 我妻・前注66)513頁。

69) 我妻・前注66)514頁。

70) 於保・前注40)340頁。

71) 我妻・前注66)513頁。

状に最もよく適するものといわざるをえない⁷²⁾、と述べており、財産譲渡人と財産引受人による重畳的債務引受を認めている。

(b) 債権者の同意

我妻博士は、重畳的債務引受ならば債権者の同意は必要ないが、免責的債務引受になる場合は債権者の同意を必要と考え「然し、債権に十分な担保物権がついている場合に、その目的物を譲り受けるとともに債務を引き受ける場合には、この懸念は少なくなるだろう。また、債務者の営業施設や権利の全部を譲り受ける場合にも、同様なことがいえるであろう。もっとも、かような場合にも、債権者の意思を全然無視することはできないであろう。然し、その意思は、抽象的・概括的に推測され、その立場は次第に軽視されるようになる。」⁷³⁾としており、債権者保護が図られる度合いによって、債権者の意思の重要性が異なることを述べている。

一方、於保博士は、「重畳的債務引受と解するので、債権者の同意は必要としない。」としている。

(ウ) 効果

譲渡人の負担していた個々の債務について、譲渡人は全く免責されるかどうかについて、我妻博士は、「財産または営業の譲渡人は、2年間（現在3年間）譲渡人と連帯して責任を負う」（OR 181条）を適切な規定であると評価し、「民法の解釈としては、契約上の地位の譲渡の際に生じていた債務については、原則として、併存的債務引受の関係を生ずるものとし、債権者が譲渡人の債務を免責した場合にはじめて譲受人だけの責任となる、というべきであろう（免責が黙示におこなわれることも稀ではあるまい）⁷⁴⁾。」と考えた⁷⁵⁾。

72) 於保・前注40)338頁。

73) 我妻・前注66)514頁。また、我妻・前注39)393頁は「そこに、企業財産の一体性とその中に含まれる債務のいわば物化の傾向（人的色彩の止揚）がみられ、債務引受の最も近代的な現象が現れるのである。」と述べ、さらに、我妻栄『新訂民法総則』（1965年・岩波書店）206頁以下にも同様な趣旨の記載がある。

74) 我妻・前注66)581頁。

75) 財産引受によって免責的債務引受がある余地があるとする見解として、平井宣雄『民法概論Ⅲ（債権総論）第二版』（1992年・良書普及会）158頁を参照。

3 判例

財産引受は財産の譲渡人（債務者）が引受人に財産を移転した場合、債権者は財産引受人にも請求権を実行できる制度である。債務引受の形態としては、債務者（財産の譲渡人）と引受人の重疊的債務引受が参考になる。ここでは債務者（財産の譲渡人）と引受人による重疊的債務引受と重疊的債務引受の効果についての判例を取り上げる。

(1) 債務者と引受人による重疊的債務引受契約

債務者と引受人とによる重疊的債務引受契約は、債権者をして引受人に対する債権を取得させる効果をもつ契約であるから、債務者と引受人とが債権者を第三者とする「第三者のためにする契約」（民法537条1項）をなすことにより、有効に認めることができる⁷⁶⁾。判例も、かつてはこれを否定していた（大判明治37年4月20日民事判決録10輯473頁・大判明治42年2月17日民事判決録15輯111頁）が、以下の判例〔1〕〔2〕を通して認められ、今日では確立した準則となったといえよう⁷⁷⁾。ただし、実際に重疊的債務引受であるためには債務者と引受人の履行引受契約において、その契約が債権者に直接の権利を取得させる趣旨であるか否かの認定にかかっており、さらに、第三者のための契約であるためには、重疊的債務引受であることが明確であることを必要としている（判例〔3〕⁷⁸⁾）。

〔1〕大判大正6年11月1日大審院民事判決録23輯1715頁

〔事実〕 事案は不明。

〔判旨〕 破棄差戻し

「第三者給付ノ契約ハ契約当事者カ契約ノ目的タル給付ノ上ニ第三者ヲシテ一定ノ権利ヲ取得セシムル目的ニ於テ当事者ノ一方カ相手方ニ対シ第三者ニ給付スヘキコトヲ約スルニ因リ成立スルモノナルカ故ニ必スシモ要約者ト第三者トノ間ニ給付ノ債務関係ナク新ナル独立ノ給付ヲ約シタル場合ニ限ルコトナク既存ノ債

76) 我妻・前注66)573頁。

77) 野澤・前注15)58頁。

78) 椿教授は「原債務者と引受人によるものには、判例・学説にやや消極的な立場が残されている。」と述べている（椿・前注9)254頁）。

務ノ履行ヲ引受支払イヲナスコトヲ約スル場合ニ於イテモ当事者ノ意思カ前掲ノ如ク第三者ヲシテ権利ヲ取得セシムルニアルトキハ第三者ノ為メニスル契約ハ成立スルコトヲ得ルモノトス」

[2] 大判昭和10年10月19日法律新聞3909号18頁

〔事実〕 YがAからその所有する貴金属を代金342円で買い受けるにあたり、Yは、上記代金債務とAがYに対して負担していた借金債務とを相殺するとともに、AがXに対して負担していた100円の債務の弁済を引き受けた。そのためXが受益の意思表示をして、Yに対し、右債務の弁済を求めて訴えを提起した。原審は、A Y間の第三者（X）のためにする契約を認めて、Xの請求を認容した。これに対してYは、右契約が履行引受契約であり、第三者のためにする契約であると速断することはできないとして上告した。

〔判旨〕 上告棄却

「契約当事者ノ一方カ第三者ニ対スル相手方ノ債務ノ履行ヲ引受ケ支払ヲ為スコトヲ約シタル場合ニ於テモ其ノ当事者ノ意思カ第三者ヲシテ権利ヲ取得セシムルニ在ルトキハ第三者ノ利益ノ為メニスル契約ノ成立ヲ認メ得ヘキモノトス（大正六年(オ)第三百八十七号同年十一月一日言渡当院判決参照)」

[3] 大判昭和11年7月4日大審院民事判例集15巻1304頁

〔事実〕 Y（被告、控訴人、上告人）はAからその所有する田地を譲り受け、その代りAがX（原告、被控訴人、被上告人）に対して負担する債務の履行を引き受けた。そして、Xは、上記引受を第三者のためにする契約であると解し、Yに対して訴えを提起して、その訴えが受益の意思表示にあたと主張した。原審は、A Y間の履行の引受が当然に債権者であるXのためにする契約になるとして、Xの請求を認容した。そこでYは、第三者のためにする契約が認められるためには、債権者に権利を取得させる意思が当事者にあったか否か探求しなければならない、と主張した。

〔判旨〕 破棄差戻し

「履行ノ引受トハ引受人ニ於テ債務者ノ為メ其ノ負担スル債務ノ履行ヲ為スコ

トヲ約スル引受人及債務者間ノ契約ニ過キスシテ該契約ニ因リ第三者タル債権者カ直接引受人ニ対シ之カ履行ノ請求権ヲ取得スルモノニ非ス而シテ民法第五百三十七条第一項所定ノ所謂第三者ノ為メニスル契約ニ於テハ当該契約ニ因リ第三者ヲシテ直接諾約者ニ対シ給付ノ請求権ヲ取得セシムルモノナルカ故ニ契約当事者間ニ於テ特ニ第三者タル債権者ヲシテ直接引受人ニ対シ履行ノ請求権ヲ取得セシムルコトヲ約シタル場合（所謂重疊的債務引受ノ効力ヲ生スル場合）ニ非サル限り之ヲ以テ第三者ノ為メニスル契約ナリト論断スルヲ得サルモノトス（大正六年（オ）第三八七号事件同年十一月一日言渡判決参照）故ニ本件引受契約カ第三者ノ為メニスル契約ニ該当スルヤ否ヤハ契約当事者カ第三者タル債権者ヲシテ直接引受人ニ対シ給付請求権ヲ取得セシムル意思ノ下ニ之ヲ締結シタルモノナルヤ否ヤヲ審究シタル上之ヲ決セサルヘカラサルモノトス」

(2) 重疊的債務引受の効果

(ア) 抗弁権・担保権

重疊的債務引受がなされると、引受人は債権者に対して債務者と同一内容の債務を負担し、かつ、債務者も債務を免れることなく従前の債務関係が存続する。この場合の引受人の債務は、債務者と同一のものであるため、免責的債務引受におけると同じく、債務者の抗弁権もすべて引受人が主張することができる⁷⁹⁾。

担保については、免責的債務引受と違い、従前の債務関係がそのまま存続するため、担保には何ら影響がない⁸⁰⁾。

(イ) 重疊的債務引受と元の債務の関係

重疊的債務引受と元の債務の関係について判例は、民法432条以下の連帯債務関係が成立すると解している〔4〕⁸¹⁾。

重疊的債務引受を連帯債務と解するとの時効の絶対効（民法439条）や免除の絶対効（民法437条）の問題が生ずる。これについては、時効の絶対的効力に関する民法439条の適用を肯定した大審院判例があり〔4〕、最高裁もこれに従っている〔5〕。

79) 我妻・前注66)577頁。

80) 椿・前注43)471頁。

[4] 大判昭和14年8月24日法律新聞4467号9頁

〔事実〕AのX（原告、控訴人、上诉人）に対する債務をY（被告、被控訴人、被上诉人）が引受けた。Aが債務を弁済しないため、XがYに対して訴えを提起した。これに対してYは、Aの債務は消滅時効が完成しているとして時効の抗弁を提出した。

〔判旨〕 上告棄却

「重疊的債務引受アリタルトキハ爾後債務者ト引受人トハ連帯債務ヲ負担スルモノト解スヘキモノナルカ故ニ（昭和十一年（オ）第四四号同年四月一五日第三民事部判決）民法第四三九条ニ依リ債務者ノ為ニ時効カ完成シタルトキハ、其ノ債務者ノ負担部分ニ付テハ引受人モ亦其義務ヲ免レルニ至ルヘク…本件債務ニ付テハ債務者Aニ全部ノ負担部分存スルコト明ナルヲ以テ…Aノ債務ニ付テ大正一三年七月一日以降時効中断ノ事由存セル限り、該債務者ハ爾後十年ノ経過ニ因リ昭和九年六月三十日消滅時効完成シ、之カ効力ハ当然Yノ引受債務ノ前面ニ波及シテ同債務ヲ消滅ニ導クモノナル」

[5] 最判昭和41年12月20日最高裁判所民事判例集20巻10号2139頁

〔事実〕Aは、Y1（被告、被控訴人、上诉人）会社の代表取締役の一人として、鉄鉱石の買付に必要な資金をX1およびX2（原告、控訴人、被上诉人）から借り入れた。ところが、AとY1会社の社長であるY2（被告、被控訴人、上诉人）の確執により、Aは代表取締役を解任され、その旨の登記がなされた。X1、X2は、Y1会社に右資金の弁済を求めると同時に、Y2がY1の債務につき連帯保証をしたとしてその弁済を求めた。第一審は、X1、X2のY1に対する債権が商事債権であり、5年の経過によってすでに時効消滅していること、および、Y2が連帯保証をしていた事実が認められないことを理由に、X1らの請求を棄却

- 81) 債務者が引受人に対して引受債務の履行を請求した場合に、引受人は原債務者（引受人と共に被告になっていることもある）とともに連帯債務を負担するとするものの、引受人が弁済義務を負うことは当然のことであることから、連帯債務を生ずるかどうかは結論に影響を与えていない判例がある。「大判昭和10年8月10日新聞3882号17頁、大判昭和11年4月15日大審院民事判例集15巻781頁、大判昭和12年3月18日判決全集4輯6号6頁、大判昭和15年6月26日判決全集7輯23号11頁」がある。野村豊弘「重疊的債務引受」民法判例百選Ⅱ債権〔第5版〕（2001年）79頁。

した。そこでX1らは、Y2がY1会社の債務について連帯保証をした事実が認められないとしても、右債務につきY1会社と重疊的に債務引受をしたとの主張を追加して、控訴した。原審は、X1らのY1に対する債権は時効により消滅しているが、Y2がY1の債務につきY1とともに支払義務を負担した事実が認められ、この債務の消滅時効は完成していないとして、X1らのY2に対する請求を容認した。Y2が上告。その上告理由は、かりにY2の重疊的債務引受が認められるとすれば、Y1との間に連帯債務関係を生じるとするのが大審院判例であり、Y1の債務が時効消滅した場合には、時効の絶対的効力に関する民法439条により、Y2もその債務を免れると解すべきである、というものであった。

〔判旨〕破棄差戻し

「原審が確定したところによると、X1に対する原債務者Y1会社の本件貸金債務につき、Y2は昭和二九年八月三十一日X1との間で重疊的債務引受の合意をしたところ、右原債務者の貸金債務は弁済期の翌日たる昭和二七年一月一日より起算して五年の時効完成により昭和三一年一二月三十一日の経過とともに消滅したというのである。

重疊的債務引受がなされた場合には、反対に解すべき特段の事情のないかぎり、原債務者と引受人との関係について連帯債務関係が生ずるものと解するのを相当とする。本件について、原判決が右債務引受の経緯として認定判示するところによれば、Y2は本件貸金債務の原債務者Y1会社の解散後、同会社の清算人からその清算事務の一環として同会社所有不動産等を売却処分する権限を与えられてその衝に当たっていたところ、その頃被上告人のX1代理人Bは右会社の清算人に対し本件貸金の履行を求めていたが、その債務存在の承認さえ得られなかつたので、右会社の前社長であり事実上清算事務の一部を担当していたY2に対しその責を負うべきことを要求した結果、Y2において個人として右会社の債務につき重疊的債務引受をすることになったというのであるから、これによって連帯債務関係が生じない特段の事情があるとは解されず、したがって、右原債務者の債務の時効消滅の効果は、民法四三九条の適用上、右原債務者の負担部分について債務引受人にも及ぶものと解するのを相当とする。」

重疊的債務引受が常に連帯債務を生ぜしめると、債務者が増加したことによる債権者の通常の期待に反するおそれがある。例えば、債務者について消滅時効が完成すると、民法439条の適用によって引受人の債務も債務者の負担部分につき消滅し、債権者は不測の損害を蒙ることになる⁸²⁾。

そこで学説は判例に反対し、債務者と引受人との間に主観的共同関係のある場合（重疊的債務引受が債務者と引受人との契約でなされた場合や債務者と引受人との間に履行の引受がある場合）には連帯債務が生ずるが、かかる関係がない場合（債務者の委託を受けないで債権者と引受人との契約によって債務引受が行われた場合）には、絶対的効力事由の規定が適用されない不真正連帯債務関係が成立している、と解している⁸³⁾。

下級審判例の中にはかかる学説に沿った判例がある（東京高判昭和53年2月28日判例タイムズ369号179頁）。

4 小括

債務引受は、学説・判例の集積によって形成されてきたことは周知の通りである。財産引受の観点から学説を見れば、特に石坂博士の「免責的債務引受論」と「重疊的債務引受論」の二つの論文が重要である。この二つの論文は、「債務引受を扱ったわが国で最初の本格的論文である。とりわけ、その可否さえ十分に解明されていなかった免責的債務引受について、詳細な要件・効果論を展開して理論を完成し、重疊的債務引受についても論点を明確にすることによって、その後の議論の方向づけ、理論の完成に大きく貢献した」⁸⁴⁾と免責的債務引受・重疊的債務引受を導入した点が評価されてきたが、それだけではなく財産引受の創設を訴えた論文とも言えるのではないだろうか。石坂博士は、物の移動と結び付いている債務引受の方が一般的な現象であることを踏まえた免責的債務引受論と重疊的債務引受論を展開し、その上で物の移動とともに債務が移転するには法律により

82) 淡路剛久「判批」法学協会雑誌84巻12号（1967年）1738頁。

83) 末川・前注38)257頁以下。

84) 大窪誠「石坂音四郎『債務引受論』『重疊的債務引受論』」加藤雅信代表『民法学説百年史』（1999年・三省堂）390頁。

債務が移転し重疊的債務引受の効果を生じさせる財産引受の創設が必要であると、と考えていたと史料する。

その後、債務引受の要件緩和の議論が進展する中で、契約から生じる個々の債権・債務のみならず、契約当事者たる地位全体を含めて包括的に移転させることを目的とする契約引受（契約上の地位の譲渡・移転）⁸⁵⁾に議論が発展した。契約引受（契約上の地位の譲渡・移転）については立法論も提示されている⁸⁶⁾一方で、他方では債務引受の構造を探求し、取引の推進には併存的債務引受が有用であるとし、その解明を試みる方向での議論もされている⁸⁷⁾。

このような議論の中で、重疊的債務引受における債務者と引受人とによる契約や重疊的債務引受の効果、債権者の保護などに財産引受の考え方が取り入れられてきた面もあるが、財産引受自体が議論されることはなかった。

また、債務引受に関する議論の最近の傾向として契約引受（契約上の地位の譲渡・移転）に議論がすすんでいるが、契約引受（契約上の地位の譲渡・移転）は、契約（とくに双務契約）の当事者たる地位（たとえば、買主の地位、賃貸人の地位）を契約により承継すること、または、それを目的とする契約を対象としている。しかし、債務引受が実効性を発揮するのは、主として金銭債務の引受においてである⁸⁸⁾。

しかも、我妻博士が「債務は、経済的にはマイナスであるから、それだけを切り離しては経済的価値がない。……乙が特定の目的財産ないしは企業（営業）を丙に譲渡しようとするときは、その中に含まれる債務は、全体として評価に当たってマイナスと計算されれば充分であるから、独立の存在をもたないことになる。従って、その債務の引受は、目的財産ないしは企業の譲渡という立場から一括して考察されなければならない⁸⁹⁾」と指摘しているように多くの場合、債務の移転それ自身に意義があるわけではなく、しかも、債務引受が行われた際に、担

85) 奥田・前注45)480頁。

86) 池田真朗「契約当事者の地位の移転」池田真朗・吉村良一・松本恒雄・高橋眞『マルチラテラル民法』（2002年・有斐閣）275頁。

87) 遠藤・前注48)149頁。

88) 奥田・前注45)468頁。

89) 我妻・前注66)566頁。

保権はどうかと言う形で論じるのではなく、「財産の移転にともなって債務はどうか」という視点からの検討が必要である。このような視点から財産引受を紹介する意義があると考ええる。

Ⅲ ドイツ法

1 ドイツ民法 (BGB) の制定

ドイツでは15世紀中葉からローマ法の継受が始まった⁹⁰⁾。当時のドイツのライヒ権力の弱さ、強力なライヒ司法と豊かな影響力をもったライヒ法曹身分の欠如はドイツにおけるローマ法の継受に道を拓いた⁹¹⁾。17世紀になると啓蒙主義の影響が法学にも及んだ。啓蒙主義が生み出したものは、なによりもまず法典編纂の理念だった⁹²⁾。法典編纂の理念は18世紀になってバイエルン・マキシミリアン民法典 (Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis 1756年)、プロイセン諸国家のための一般ラント法 (Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten 1794年) を成立させた。この一般ラント法はドイツ民法典施行に至るまで適用されていた⁹³⁾。

18世紀から19世紀にかけて人間理性に基づく啓蒙主義は後退し、ドイツ法学界では、Savignyを中心に、法は歴史的に生成するという歴史法学派を形成した。1814年にハイデルベルグ大学の教授ThibautとSavignyとの間で統一民法典は望ましいか否かという論争が起こり、Thibautは「ドイツのための一般民法の必要性について」の中で統一ドイツ民法典を作ることを主張し、Savignyは「立法および法学のための現代の使命について」という反論を書き、統一民法典施行のための時期はまだ到来していないとした⁹⁴⁾。当時のドイツはドイツ諸侯が分裂しており統一民法典が編纂できる状況ではなかった。

その後歴史法学派からローマの法的素材の教養学的・体系的取扱いだけしかそ

90) ツバイゲルト／ケッツ (大木雅夫訳)『比較法概論・原論上』(1974年・東京大学出版会) 252頁。

91) 大木訳・前注90)255頁。

92) 大木訳・前注90)257頁。

93) 大木訳・前注90)260頁。

94) 大木訳・前注90)263頁。

の任務と考えないようなパンデクテン学が現われ、法の適用は、単なる「技術的な」過程に下落した。しかし、実際の取引では、債権が債務者の協力なしに譲渡されることや、債務引受⁹⁵⁾、第三者のためにする契約が締結できることを要求していたのである⁹⁶⁾。

19世紀中葉になると、ドイツ私法の法典化による統一の傾向が、最初の萌芽として現われた。1848年の手形条例と1861年の普通ドイツ商法典である。一般民法の分野においても統一事業が始まった。1865年に債権法草案（ドレスデン草案Dresdner Entwurf）が作成され、1871年のビスマルク帝国の創設後には、裁判所構成法、民事訴訟法および破産法の統一が開始された⁹⁷⁾。当初憲法は、ライヒの立法権を債権法、商法および手形法に限定していた。1873年にライヒの管轄権は民法全体に拡張され、ドイツ民法典編纂事業のスタートの合図が与えられた⁹⁸⁾。

1874年には、まず第一委員会が草案の作成を委任された。委員会は11名の委員からなり、その中の裁判官のGottlieb Planckおよび当時の最も名声の高いパンデクテン学者のBernhard Windscheidが指導的役割を果たした。この委員会は、経済界やその他の社会的グループの代表者たちと何ら接触することもなく、孤高を持して作業を続け、1887年に第一草案並びに「理由書」を公表した⁹⁹⁾。批判は、嵐のように巻き起こった。パンデクテン学の概念的抽象に形式と具体性や明瞭性を欠く、民衆には理解できない法曹用語、極度に複雑化された準用技術に批判が向けられた。特にOtto von Gierkeは、この草案がドイツ民族のなかに生き続けている多くのゲルマン起源の法的伝統を見落とし、伝統的な社会的、家族的および道義的絆や忠誠関係を解消し、しかもこれを、魂のない極端に個人主義的な態度によって代えてしまったと非難した¹⁰⁰⁾。

1890年に召集された第二委員会には、若干の非法律家（銀行頭取、高級宮林官、

95) 遠藤・前注14)114頁。

96) 大木訳・前注90)265頁。

97) 大木訳・前注90)267頁。

98) 大木訳・前注90)268頁。

99) 大木訳・前注90)268頁。

100) 大木訳・前注90)268頁。

経済学教授各1名と騎士農場所有者3名)が加えられた。委員会の活動は一層広範に公開して行なわれた¹⁰¹⁾。それにもかかわらず、第二委員会は大体においてただ用語上の修正を行い、その他の点では、第一草案の氷のように冷ややかな個人主義に僅か「数滴の社会的精油」(Tropfen sozialen Öls)を混和したにとどまった¹⁰²⁾。第二草案は1895年に上呈され、若干の修正を経て立法手続きを通過し、1886年夏に、ライヒ議会によって採択された。施行日は、皇帝の個人的希望により1900年1月1日と定められた¹⁰³⁾。

2 財産引受

古くローマ法において債務者変更は、そもそも「債権債務関係は、特定の権利主体によってのみ同一のものと確認しうるものである」との純理論的テーゼから、債権者の変更と同様、観念しえないものと理解していた。すなわち法の鎖(juris vinculum)的思想を背景に、債務関係の同一性を維持したままで債務引受が行われることは、債権譲渡と同様に不可能であるとされ、債務者の変更は、旧債務関係の消滅と同時に同様の内容の新債務を発生させる「更改(Novation)」によってのみ為しうるものとされていた¹⁰⁴⁾。しかし、前節にもあるように19世紀前半にはドイツでは実際の取引上債務引受ができるよう要求があった。特に不動産取引に関する解釈において、人的債務が不動産上の物的責任に附従するものと解される傾向も見られた。また、一部のラント法では、抵当付不動産の譲渡の際に、譲渡契約当事者は原則的に、売買代金の減額をしたうえで抵当債務を存続させるとの合意がなされ、不動産譲渡者が不動産価格を減額したことによって、既に譲渡者が弁済したと同じ経済効果がもたらされるとみなし、譲渡者はいかなる債務からも解放されることを示す立法がなされている。また、19世紀の「債務引受」に関するライヒ裁判所の判決をみると、抵当債務の引受の事例の他、財産引受、営業譲渡の事例が含まれていたことが確認できる¹⁰⁵⁾。このような流れ

101) 大木訳・前注90)269頁。

102) 大木訳・前注90)269頁。

103) 大木訳・前注90)269頁。

104) 遠藤・前注14)114頁。

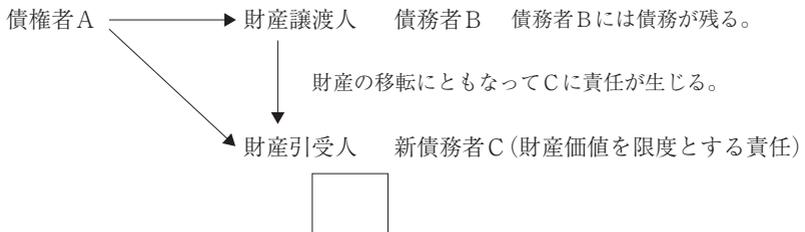
105) 遠藤・前注14)122頁。

を受けてBGBに債務引受が取り入れられ、債務引受の中に財産引受が規定されている。

(1) 財産引受の要件

BGB旧419条（1998年12月31日廃止）¹⁰⁶⁾（以下BGB419条と表わす）

- ①ある者が契約によって他人の財産を引き受けたときは、その他人の債権者は、旧債務者の責任の存続にかかわらず、契約締結の時からこの当時に存在する請求権を財産引受人に対しても主張することができる。
- ②財産引受人の責任は、現存する引受財産と契約から生ずる請求権を限度とする。財産引受人の責任の制限を主張する場合、相続人の責任に関する第1990条及び1991条の規定を準用する。
- ③財産引受人の責任は、引受人と旧債務者との合意によって排除し、又は制限することができない。



(ア) 契約による引受

BGB419条第1項に規定されているとおり財産引受は、財産を移転するという契約が締結されなければならない¹⁰⁷⁾。したがって、財産の取得が強制競売や、破産手続きによる場合、相続や合併のような包括承継によって財産が移転されてもBGB419条は適用されない¹⁰⁸⁾。また、ここで要求されている契約は財産を移

106) 邦語訳については〔椿寿夫・右近建男編『ドイツ債権法総論』〔右近建男〕（1988年・日本評論社）378頁〕を参照した。

107) 契約の解除も含まれるとしている（Peter Schlechtriem, Schuldrecht allgemeiner Teil (1994), S. 308.）。

108) Schlechtriem (1994), a. a. O. (Fn. 107), S. 309.

転する契約であり、債務を引き受ける契約ではない。

(イ) 全体財産の移転

財産 (Vermögen) とは人的な債務を考慮することのない全積極財産である。個々の財産ではない。しかし、現在存在する全部の財産である必要はなく、引き受けられた財産が個々の財産であっても、譲渡人の全体財産の本質的なものであれば十分である。条文でも「すべての (ganze)」とは規定されていない。すべての財産と規定してしまうと、本質的な財産を移転した場合に、BGB419条を適用できなくなるからである。この点はBGB編纂時にも問題になっていた。

全体財産ではないが、本質的な財産にBGB419条が適用されると、譲渡人の本質的な財産を取得した者は、全体財産の引受ではないにもかかわらずBGB419条の責任を負うことになる。この問題に対して判例は、引受人が本質的に全財産であることを知っている場合に限って責任を負うとした¹⁰⁹⁾。つまり、住んでいる家を取得したように、売主 (財産譲渡人・債務者) の積極財産すべてを形成しているような個別の財産を取得した場合には、財産引受人は本質的に全体財産が問題になっていることを推測できるとした¹¹⁰⁾。

財産が、複数の契約により漸次移転する場合、時間的に接近しており、物的にも関係がある場合、そして、財産引受人が個々の契約によって財産譲渡人の財産全体が移転することになることを知っている場合には、BGB419条が適用される¹¹¹⁾。

実際に財産全体が売却されることはない。したがって、価値のない物は全体の財産には含まれない¹¹²⁾。また、差押えできないものは財産ではない。差押えできないものは債権者にとって追求ができないからである。財産を移転させる法律行為が、有償であるか、無償であるかは関係ない。引受けた財産に対する反対給付を財産引受人が譲渡人に渡してもBGB419条は適用される。例えば、財産の売買代金を支払っても財産引受人は、債権者から責任を追及されると解されている。帝国裁判所は、反対給付を債務者の新たな財産であると解していた¹¹³⁾。財

109) いわゆる主観説によって引受人の責任を緩和した (Walter Wilburg, Abschied von § 419 BGB, Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag (1973), S. 661.)。

110) BGHZ 55, 105, 107.

111) Schlechtriem (1994), a. a. O. (Fn. 107), S. 309.

112) 着ているものまでは移転できない。

産引受人が相当な対価を払っていてもBGB419条の責任が生じるところに、財産引受人の二重の責任という問題が生じる。

(2) 財産引受の効果

(ア) 財産引受人の責任

上記の要件が満たされると、法律上の債務加入（重疊的債務引受）の効果を生じる。譲渡人は引き続き債務を負っている。元の債務者（譲渡人）と並んで財産取得者は連帯債務者となる（BGB421条）。もっとも、債権者が引受人の責任を明示して、または黙示に放棄することは可能である¹¹⁴⁾。ここで注意しなければならないのは、連帯債務といっても、財産引受人の連帯債務の内容は、次の責任の制限にあるように財産の価値に制限される責任ということである。

また、BGB419条第1項「契約締結の時からこの当時に存在する請求権を」と規定されているので財産引受人は（売買のような債権法上の）契約の締結をしたときに成立している債務のみに責任を負うことになる。この文言は次の二つの意味がある。

一つは、物権契約と債権契約とに分離される場合には、財産引受人は、財産の移転までに成立している債務についても責任を負わなくてはならないということである¹¹⁵⁾。なぜなら、財産引受人の責任は、差押え可能な物が剥奪されるということに基づいているからである。したがって、財産が移転（差押可能な物が剥奪）されるまでに成立した債務も財産引受人の責任に含まれるのである。不動産の譲渡における引受人の責任の基準は、物権変動の登記申請が基準となる¹¹⁶⁾。

もう一つは、譲渡後に譲渡人に生ずる請求権について財産引受人は責めを負わないということである。譲渡後に譲渡人に生ずる請求権に対して譲渡財産は引当となっていないからである¹¹⁷⁾。このことは条文の文言からも明らかである。

財産引受人は、債務の包括承継者ではなく、共同債務者である。しかし、譲渡人の債務の時効期間は財産引受人の債務にも適用される。

113) 右近・前注106)381頁。

114) 右近・前注106)382頁。

115) 右近・前注106)382頁。

116) 右近・前注106)382頁。

117) 右近・前注106)382頁。

引受人は譲渡人に属するすべての抗弁権を主張することができる。引受によって消滅時効は中断しない¹¹⁸⁾。

(イ) 責任の制限¹¹⁹⁾

BGB 419条第2項第1文「引受人の責任は、現存する引受財産と契約から生ずる請求権¹²⁰⁾を限度とする」によって、引受人は引き受けた財産から生じる請求権によってのみ責任を負う。

同条同項第2文は「引受人の制限を主張する場合、相続人の責任に関する第1990条及び1991条の規定¹²¹⁾を準用する。」と規定し、引受人の責任について相続における限定承認の規定を準用している。この準用によって財産引受人の責任は、引受財産自体に制限される (cum viribus)。引受人の財産に応じた責任 (pro viribus) ではない。つまり、責任が追及される限度は引き受けた財産の価値に限られ、引受人のももとの財産にまで追及されることはない。財産に応じた責

118) 右近・前注106)382頁。

119) Schlechtriem (1994), a. a. O. (Fn. 107), S. 311.

120) 契約から生ずる請求権とは、債権法上の引受契約の履行を求める請求権である。つまり、譲渡人に対する引受人の請求権であり、物権行為がいまだ行なわれていない場合、引受人が債権者のために物権行為を履行する責任である。財産に含まれる債権とも異なる(右近・前注106)383頁)。

121) BGB 1990条相続財産不足の抗弁

「①財産管理の命令若しくは遺産破産の開始を、費用に相当する遺産がないために行うことができない場合、又はこの理由によって遺産管理若しくは破産手続を廃止する場合は、相続人は、遺産が十分でない限度で遺産債権者に満足を与えることを拒絶することができる。相続人は、この場合には、強制執行による債権者の満足のために、遺産を引渡す義務を負う。

②債権者が相続開始後、強制執行若しくは仮差押えの執行により質権若しくは抵当権を取得し、又は仮処分により仮登記を取得したときは、相続人の権利は、消滅しない。」

BGB 1991条

「①相続人が第1990条により取得する権利を行使するときは、相続人の責任及び費用償還については、第1978条及び1979条の規定を適用する。

②相続開始の結果、権利と義務又は権利と負担の混同により消滅した法律関係は、債権者と相続人の関係においては、消滅しなかったものとみなす。

③債権者に満足を与えることを相続人に命じる確定判決は、他の債権者に対しては、満足を与えたのと同一の効力を有する。

④相続人は、遺留分権、遺贈及び負担に基づく債務を、破産の際の弁済と同様に弁済しなければならない。」

(太田武男・佐藤義彦編『注釈ドイツ相続法』[坂本オロフソン優子] (1989年・三省堂) 238頁～239頁)

任の場合は、引き受けた人の財産にまで追及されることを意味する。

財産引受人が唯一つの不動産を500マルクで債務者（財産譲渡人）より購入した。その不動産の価値は600マルクだった。債権者の債権は700マルクの場合、財産引受人は600マルクの責任がある。また、不動産の価格が400マルクになってしまった場合に財産引受人は、400マルクの責任を負えば足りる。

(ウ) 強行法規

BGB419条第3項は「引受人の責任は、引受人と旧債務者との合意によって排除し、又は制限することができない。」と規定する。したがって、財産引受人の責任は財産引受の基礎になっている契約の中の特約によって排除できないし、制限することもできない。

(エ) 財産譲渡人と財産引受人との内部の関係

財産引受人の責任は特約によって排除できないし、制限することもできない。しかし、財産譲渡人と財産引受人のどちらが最終的に債権に対して負担するのかを財産譲渡人と財産引受人とで調整することは自由である。

3 債務引受の中の財産引受の位置づけ

以下では、債務引受の規定¹²²⁾において、契約当事者と引受契約の形態、債務の移転と担保、財産の関係について比較検討し、債務引受の中での財産引受の位置づけを検討する。

(1) 当事者と引受契約

債務引受の規定の当事者と債務引受契約の種類に分類すると次のようになる。

	BGB414	BGB415	BGB416	BGB419
当事者	債権者と債務者	債務者と債務の引受人	抵当権付不動産の所有者（債務者）とその取得者（債務の引受人）	財産の譲渡人（債務者）と財産譲受人
債務引受契約の種類	免責的債務引受	免責的債務引受	抵当債務を引き受ける免責的債務引受契約	財産を移転する契約のみで債務に関する契約はない。

BGBは債権者と引受人との契約 (BGB414条)、債務者と引受人との契約 (BGB415条)、抵当債務の引受契約 (BGB416条)、財産を移転する契約 (BGB419条)により債務が変動することが規定されている。債権者と引受人との契約による変動は、債権者と引受人による債務引受契約によって債務が引受人に移転する。債務者と引受人との契約による変動は、債務者と引受人との債務引受契約によって債務が引受人に移転する。抵当債務の引受契約 (BGB416条)による変動は、不動産の所有者 (債務者)とその不動産の取得者 (引受人)との間の債務引受契約によって債務が不動産の取得者 (引受人)に移転する¹²³⁾。これらの条文が規定

122) BGB414条

「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することができる。」

BGB415条

「①第三者が債務者と債務引受の合意をしたときは、その効力は、債権者の追認によって生ずる。追認は、債務者又は第三者が債権者に債務引受を通知した後に、することができる。当事者は、追認があるまでは、契約を変更し、又は廃棄することができる。

②追認の拒絶があったときは、債務引受をしなかったものとみなす。債務者又は第三者が、債権者に対し、期間を定めて追認の意思表示を催告したときは、追認は、その期間内においてのみすることができる。追認の意思表示がないときは、追認を拒絶したものとみなす。

③債権者が追認をしない間は、疑わしいときは、引受人は、適時に債権者を満足させる義務を債務者に対して負う。債権者が追認を拒絶したときも、同様である。」

BGB416条

「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つき抵当権が存在している譲渡人の債務を引き受けた場合においては、譲渡人が債務引受を債権者に通知したときのみ、債権者は、債務引受を追認することができる。通知が到達してから6カ月が経過した場合において、債権者が追認をあらかじめ譲渡人に対して拒絶していないときは、追認があったものとみなす；第415条第2項第2文の規定は、適用しない。譲渡人の通知は、取得者を所有者として土地登記簿に登記した後でなければ、することができない。通知は書面によって行い、かつ、債権者が6カ月以内に拒絶の意思表示をしないときは引受人が旧債務者に代わる旨を表示しなければならない。

②譲渡人は、取得者の請求によって、債権者に債務引受を通知しなければならない。追認又はその拒絶が確定したときは、譲渡人は、取得者に対して直ちに通知しなければならない。」

BGB418条

「債権のために設定された保証及び質権は、債務引受によって消滅する。債権のために抵当権又は船舶抵当権が存在するときは、債権者が抵当権又は船舶抵当権を放棄したときと同一の効力を生ずる。本条は、保証人又は債務引受人の当時において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。」

(条文の邦訳は右近・前注106)368頁～379頁)

する債務の変動の構造をみると債務引受契約によって債務が移転するようになっている。

これに対して財産引受の債務の変動は、積極財産が契約によってすべて引き受けられた場合には、債務引受契約を必要とせず、債務者に対する債権を債権者は財産の引受人に対しても請求できるとしている。債務は債務者の下にあるが、債権者は財産の引受人にも債務者に対する請求権を実行できる構造になっている。

このような財産引受の構造を考えると、財産引受 (BGB419条) は債務引受の中に規定されていても、BGB414、415、416条の債務引受とその位置づけは異なるものと考えられる。BGB414、415、416条の規定は債務の移転に関する規定であるのに対して、BGB419条の財産引受の場合は、債務の移転に関する規定ではない。BGB419条は、財産が移転された場合の債務の変動について、債務者の下に債務があるが、財産引受人にも責任があることを規定しているといえる。

(2) 債務の移転と担保との関係

債務の移転と担保との関係についてはBGB418条とBGB416条が規定している。BGB414条とBGB415条によって債務が移転した際の担保の取扱いの基本はBGB418条に規定されている。BGB416条は、BGB415条の引受形態の中で抵当債務付き担保の譲渡があった場合の特則である¹²⁴⁾。実際の債務引受が、抵当権付不動産の売買において行なわれることから、このような取引を推進するために債権者の同意が、黙示のものでもかまわないという立場をとっている。これに対してBGB419条 (財産引受) は、財産が譲渡された際には、債務に関して債権者の同意は必要なく、財産の引受人の同意も必要とせず、財産の引受人にその財産の価値による責任を負わせている。

(3) 債務と財産との関係

BGB414、415条から、BGBでは一般的に債務と責任財産は別々に理解されていると考える。しかし、財産が移転する際にはその財産とともに債務も移転する現象も認めている。BGB419条財産引受は、債権者が財産の取得者に直接、人的に責任を追及できるようにしている。また、BGB416条 (抵当権付債務引受) は、

123) Staudinger/-Rieble (2005), S. 345. (BGB415条) の修正された形としている。

124) Palandt/Heinrichs (2004), a. a. O. (Fn. 11), S. 603.

抵当権の付いている責任財産が移転する際には、債務者と財産の所有者が分離しないようにするため、債権者の同意を得やすくしている（6ヶ月間の沈黙）。抵当権付債務引受は、物の移転という事象の中に債務者と引受人との債務引受を見出し、抵当債権者の沈黙を債権者の同意と見做すことによって、債権者が財産の取得者に直接的に人的に責任を追及できるようにしている。

このようにドイツでは、物の移転ともなつて債務も移転することを認め、債権者の保護を図っている。

次に財産引受がどのように生まれ、発展し、消滅したかをたどることによってその問題点を考察する。

4 BGB419条の沿革

(1) 第一草案319条と草案理由書

財産引受は第一草案では319条に規定されていた¹²⁵⁾。

①ある人が契約によって他人の現在ある財産の全てを引き受けたときは、その他人の債権者に対し契約締結時の時より起算し、その締結当時現存する債務について責任を負担する。但し、積極的資産の価値以上の責任は負わないし、旧債務者の責任継続に関係がない。積極財産が引受人に引き渡される前に、引受人の過失なく価値が減少した場合、引受人は現存する価値以上の責任を負わない。

②第1項に規定されている責任を除去し、又は、制限する合意は無効である。

③単に財産の一部のみを引受たる場合には、第1項、第2項の規定を準用する。

(ア) 立法趣旨

BGB第一草案作成当時ドイツでは、現にある財産のすべて、あるいはその財産の一部をある人が所有者との契約によって取得した場合、債権者はその財産の取得者に対して直接的な権利を有しないと一般に解されていた¹²⁶⁾。これはロー

125) Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, von Mugdan, Band II (1899) S. XXVI.

126) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (1888), S. 151.

マ法の見解と同様であった。しかし、当時のドイツ国内の領邦では、他人の財産を契約によって取得した場合、ある種の契約に限って、債権者にその財産の取得者に対する直接的な権利を認めようという試みがなされていた¹²⁷⁾。

一方、判例・学説上、財産の取得者は債権者に直接的に人的に責任があるかどうか、論争になっていた¹²⁸⁾。

第一草案草稿当時には、債権者は、引き受けた財産から債務を支払うよう財産の取得者に対して直接訴えることができるよう解釈されるようになり、実際の裁判でもこの見解が適用されるようになっていた¹²⁹⁾。

財産の取得者は債権者に直接的に人的に責任があるという解釈は、当時の実際の取引に対応していた。第一草案理由書（以下草案理由書）は、当時の取引の実態が財産引受を規定した根拠である、と述べている¹³⁰⁾。

(イ) 包括承継による責任

第一草案319条は、現存する財産全部 (ganze gegenwärtige Vermögen) あるいはその財産の一部 (ein Bruchteil) を他人に移転するあらゆる契約¹³¹⁾に基づき、その他人の財産の引受人は、譲渡人の責任が継続するかどうかにかかわらず、譲渡人の債権者に対して契約締結前に存在する債務について、財産の価値を超えない限度で、直接的に人的に責任がある、と規定した¹³²⁾。

草案理由書が、債務を引き受けるとはいわずに「責任がある」としているところが興味深い。当時、ドイツ語圏法学会では、ローマ法を手がかりにドイツの現代的な民法整備を行なおうとするローマニステン（ローマ主義者）たちと、ドイツ固有のゲルマン的な法文化・伝統を大切にしようとするゲルマニステン（ゲルマン主義者）たちが論争を繰り返していた。

ローマ法の伝統では、債務（ラテン語でObligatio）は完全に履行されるべき

127) Motive I, a. a. O. (Fn. 126), S. 151.

128) 遠藤・前注14)124頁、126頁～127頁。

129) Motive I, a. a. O. (Fn. 126), S. 151.

130) Motive I, a. a. O. (Fn. 126), S. 151.

131) 「相続財産の契約による引受（草案の488条以下）」は草案488条が適用され、草案319条は適用されない。

132) Motive I, a. a. O. (Fn. 126), S. 151.

もので、責任を当然に伴っていた。これに対してドイツ固有のゲルマン法は、債務と責任は別々に存在することができ、債務とは履行すべき義務をいい、責任とはその履行に対する担保と考えた。19世紀末葉以降のゲルマニステンの歴史的研究は、ゲルマン法において、債務者側の給付当為（Leistensollen）と債権者側の受領当為（Bekommensollen）とから成る債務（Schuld）と債務不履行の際の債権者の擱取力（Zugriffsmacht）に服する意味における責任（Haftung）が制度的に分離されていることを見出した¹³³⁾。

多くのゲルマニステンはこのような分離を債権関係の普遍的・論理的必然的要素とみなし、近代法においても債権関係の理解のための不可欠の理論構成として把握した。そして、「債務と責任」は、次の領域で議論が展開された。第一に、ローマ法＝普通法から承継された訴権なき債務としての「自然債務」および「責任なき債務」が法上の債務か否か、またその効果はどうか、さらに両者の関係の問題、第二に「債務なき責任」をみとめるか否かの問題（人的物的担保の構成）、第三に物的有限責任・契約による責任の制限・排除の問題、第四に債務引受の構成の問題である¹³⁴⁾。

草案理由書は、「財産の価値を超えない限度で」と述べていることから、第二の「債務なき責任」と第三の物的有限責任を述べたものであろう。「債務なき責任」は、物上保証人や抵当不動産の第三取得者の責任である。自己の特定の財産をもって他人の債務について責任を負う状態にあるが、自らが債務を負うわけではない¹³⁵⁾。財産の譲受人は、その財産をもって責任を負う状態を示していると

133) 磯村哲「債務と責任」谷口知平・加藤一郎編『民法演習Ⅲ（債権総論）』2頁。

134) この問題に末川博士はつぎのように解説している。「債務の移転が可能であることを認める債務承継説（Sukzessionstheorie）が定説として考えられているときに、Strohalがゲルマン法上の債務および責任に関する見解をもとに債務承継説に反対したことによって議論された問題である。Strohalは、債務者の財産を物体とする責任と人的責任とがぴったりと一致するものでなければ完全な債務ではないとし、債務が債務者の責任財産と離れたら債務の同一性はなくなり、同一性をもった債務は移転できないと考えた。したがって、債務引受契約を処分契約ではなくて債務の負担を目的とする契約と解し、債務行為説（Verpflichtungstheorie）を採った。この契約は新債務を発生せしめるものであってその新債務の内容に従って決せられるにすぎず、この意味において債務は引受けられることができる。しかし、けっして移転せられることはできないと、考えた。」（末川・前注38）175頁以下）。

135) 中田・前注13）66頁。

いえる。また、物的有限責任の代表的なものは相続における限定承認である。限定承認がされると、相続人は、債務は相続するが相続財産の限度において責任を負う。このような財産の価値までしか責任が及ばないことを想定して「責任がある」と規定したと考えられる。

また、草案理由書は、財産を移転する原因となる契約を贈与契約や扶養契約等に制限することには根拠がないとしている¹³⁶⁾。つまり、立法者は、財産を根拠とする債務がある場合に、何らかの任意の契約で財産の移転が行なわれれば、財産引受人には責任があるのが一般であると考えていたと推測できる。

そして財産引受人に責任が生じる根拠について草案理由書は、積極財産は単に特別承継によって移転するが、消極財産は、生存者間の一種の包括承継によって移転するとし、この包括承継によって移転した消極財産に対する責任は、法律に基づき財産を移転する契約に直接的に結び付くことによって生じるものであると説明している¹³⁷⁾。

つまり、消極財産（債務）は財産の移転によってあたかも相続のように包括的に引受人に承継される。積極財産とともに消極財産は包括承継される。そして、法律によって積極財産とともに承継された消極財産に対する責任は任意の契約をした者に法律によって負わせるという構造になっている。積極財産とともに消極財産は承継されるが、その消極財産に対する責任は、財産移転を内容とする任意の契約によって財産を取得した場合に責任を生じるとしている。強制競売や破産手続きによって財産を取得した場合、あるいは、相続や合併のような包括承継によって財産を取得しても第一草案319条の責任は生じない¹³⁸⁾。

注意すべきことは、消極財産は積極財産とともに移転するということであり、消極財産が法律で移転するというのではないことである。そして移転された消極財産に対する責任は単に所有者ではなく、契約によって取得した者に限るよう法律が定めたとしていることである。

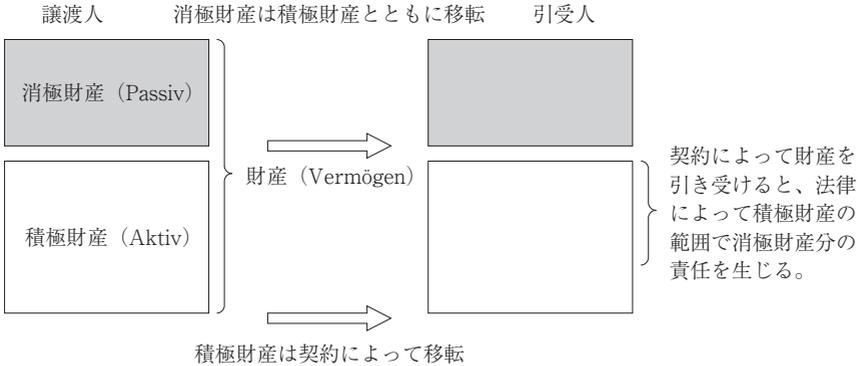
このことは、財産全体の引受の際に、取得者が債務を引き受けることは、当時

136) Motive I, a. a. O. (Fn. 126), S. 151.

137) Motive I, a. a. O. (Fn. 126), S. 151.

138) ドイツでは相続債務は相続人との間で連帯債務となる。BGB 2058条。

のドイツ法学説に支配的な「義務は財産の一部であり、その譲渡をする際には完全なものとして引き受けなければならない」という見解に立てば、必然的な結果である¹³⁹⁾。ただし、単に所有者ではなく契約によって取得した所有者に限定している。



(ウ) 引受人の保護

(a) 取引前の引受人の熟慮

草案理由書によれば、この規定は、債務を補うのに十分な財産がある場合を規定しているので、引受人は引き受けた財産以上の危険を負う心配はないとしている¹⁴⁰⁾。財産を移転するための契約を締結する際に、引受人は財産の引渡あるいは債務を支払うために必要なことを引渡義務者に対して請求する権利があり、引受人が契約を締結するかどうか十分に考慮することができる。したがって、引受人は、責任を負うとしても思いがけない危険を負うことにはならない、としている。

しかし、契約前に熟慮できるとしても、贈与によって財産を取得する人は、財産の譲渡人に対して債務を控除した残りの財産だけを請求することを草案は承認していない¹⁴¹⁾。このことについて草案理由書は、財産引受人は積極財産を取得し、

139) 遠藤・前注14)26頁。

140) Motive I, a. a. O. (Fn. 126), S. 151.

141) Motive I, a. a. O. (Fn. 126), S. 152.

その積極財産の処分によって債務を弁済しようというのは当事者の意思であると説明している¹⁴²⁾。

(b) 積極財産の範囲の責任

草案理由書は、財産引受人の責任は、引き受けた財産の価値に制限されるとしている。また、財産引受人へ財産を引き渡す前に引受人の過失なくして失われた価値についても責任はない¹⁴³⁾。財産が偶然に減少した損失を引受人に負わせることは不当だからである。引受人は引き渡される前の損失については責任がないと債権者に対して抗弁することができる¹⁴⁴⁾と説明している。

さらに草案理由書は、取得者に資産による支払い義務を負わせ、無限責任という法的効果とを結び付けることは正当ではないだろう¹⁴⁵⁾とし、責任は引受財産を限度とすると説明している。この点は第二委員会でも議論になった。

(c) 債権者の保護

第一草案319条第2項は、当事者の合意によりこの規定を排除できない、としている。この点について草案理由書は、この責任はそもそも当事者の合意によって除外できないし、あるいは、制限されることはない¹⁴⁶⁾と述べ、このことは、財産の引受人に財産の範囲内の責任を負わせる為に、絶対に必要であると強調している¹⁴⁶⁾。任意にこの規定を除外し、引受人に責任を負わせないようにしては債権者の保護が図られないからである。

(2) 第二委員会での議論と第二草案362条

(a) 全財産について

まず、第一草案319条第1項にある「財産の」(Vermögen)前にある「全体」(ganze)という文言を削除すべきであるとの提案がなされた¹⁴⁷⁾。委員会は、「この規定は、財産引受が分割して譲渡される場合にも適用されなければならない。分割譲渡の場合、譲渡人は個々の財産を自分自身のために手元に残しておく。そ

142) Motive I, a. a. O. (Fn. 126), S. 152.

143) Motive I, a. a. O. (Fn. 126), S. 152.

144) Motive I, a. a. O. (Fn. 126), S. 152.

145) Motive I, a. a. O. (Fn. 126), S. 152.

146) Motive I, a. a. O. (Fn. 126), S. 152.

147) Mugdan, Band II, a. a. O. (Fn. 125), S. 601 (Protokolle S. 861).

うすると全体財産が引受人に移転していないのでこの条文を適用できず、債権者は引受人に責任を追及できない。第一草案319条を全体財産だけに適用しようという考えは、簡単に悪用され得る」という意見だった¹⁴⁸⁾。つまり、「全体」をつけると債権者の保護が図れないと考えていた。このような理由からBGB419条には「全体」という文言は規定されなかった。

(イ)「財産に応じた責任 (pro viribus)」か「財産による責任 (cum viribus)」か委員の責任に対する見解の相違により、財産引受人の「財産に応じた責任」か、あるいは引き受けた「財産による責任」かについて議論された¹⁴⁹⁾。財産引受人の「財産に応じた責任」は、財産引受人がもともと持っている財産にまで譲渡人の債務について責任が及ぶということである。これに対して引き受けた「財産による責任」は、引き受けた財産によって譲渡人の債務について責任を負えばよい。引き受けた「財産による責任」に制限すべきだとの立場からは、引受人の「財産に応じた責任」は目的に合わないし、不当でもあるとの主張がなされた¹⁵⁰⁾。

積極財産の移転には消極財産が伴うという観念をとる以上、「財産に応じた責任」は目的に合わないのは当然の結果である。債務者には債務が結び付いており、財産には債務に対する責任がある。この財産を取得した場合、その財産には債務ではなく責任しかない。債務が財産の価値を超えても、その財産は財産の価値までしか責任を負えない。財産と結び付いている責任がその財産の価値を超えて財産引受人に責任が及ばないのは当然である。財産引受人は財産を取得したからである。この議論は相続法の限定承認が、「相続した財産による責任」となったことを受け、相続における限定承認の責任を準用することで決着した。

財産引受人が唯一つの不動産を500マルクで債務者より購入した。その不動産の価値は600マルクだった。債権者の債権は700マルクの場合、財産引受人には

148) Mugdan, Band II, a. a. O. (Fn. 125), S. 601 (Protokolle S. 862).

149) Mugdan, Band II, a. a. O. (Fn. 125), S. 601 (Protokolle S. 862).

150) 「財産に応じた責任」は不当でもあるというのはここでは手続き上のことを言っている。引受人の財産にも責任がおよぶということは、責任が譲り受けた財産の価値より大きい場合には手続的に、債権者に連絡してきた順番に払うか、債権額の割合によって払うかがわからないとし、順番に払うのは不当であり、割合によって払うなら倒産法の規定の適用を受けなければならないとしている (Mugdan, Band II, a. a. O. (Fn. 125), S. 601 (Protokolle S. 862).)。

600マルクの責任がある。また、不動産の価格が400マルクになってしまった場合には、400マルクの責任を負えば足りる。財産自体が責任を含んでおり、財産引受人はその責任を含んだ財産を取得する。財産引受人はその財産によって責任を果たすにすぎない。

引き受けた「財産による責任」は、債務は荷 (eine Last) として財産と結びついており、それ故、財産とともに財産引受人に移転するという当時の自然の考え方に沿っている¹⁵¹⁾。

5 学説・判例の展開

(1) 導入時

学説は、BGBに財産引受 (BGB419条) が規定されたことを歓迎した。債権者は、債務者の財産から弁済を得なくてはならないという必要性が規定を根拠づけた¹⁵²⁾。つまり、信用は債務者ではなく財産に対して与えられたからである¹⁵³⁾。

Oertmannは、「この規定はその意味で発展を完璧に遂げた」と述べ、Reichelは立法論として (de legeferenda) 「個々の物の譲渡にも拡大すること」を提案している¹⁵⁴⁾。これらの反応は、この規定の制定について歓迎されていたことを示している。さらに、Bergernrothは「BGB419条は、歴史的となった、根本的で、普遍妥当な思考過程が記されている現行法の支柱の一つである。それらの思考過程と考えは全体の法秩序に特色を与えており、それゆえ司法でもそれらの思考過程は引き受けられ、適用されねばならない。そうでなければ法秩序の全体的構造は不安定となるだろう。」と熱狂を示していた¹⁵⁵⁾。

(2) 適用範囲の拡大

その後の通説と判例は、新しい規範を承認するだけでなく、現実促進を図り、適用範囲を確定し、拡大することに努力した。

例えば、全財産を移転することを要求せず、むしろ、移転された財産が実際の

151) Mugdan, Band II, a. a. O. (Fn. 125), S. 601 (Protokolle S. 863).

152) Soergel/Zeiss (1990), S. 1876 ff.

153) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 661.

154) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 661.

155) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 661.

ところ本質的にみて譲渡人の全財産を意味していれば十分であるとした¹⁵⁶⁾。

また、債権者の保護される範囲も広げられた。契約の締結の際にはまだ請求権を持っていなかったが、財産の引受が実行される前には請求権を持っていた債権者は、BGB419条によって保護されるようになった。この点については、裁判実務においても連邦裁判所 (BGH) は帝国裁判所 (RG) の実務を踏襲し、財産の引受人は債務者にもたらされた反対給付を省みることなく責任を負うとしている¹⁵⁷⁾。

(3) 適用制限

その後、BGB419条の責任を緩和する考え (適用を制限する) が台頭してきた。まず、判例は、主体的緩和 (subjective Milderung) を認めた。つまり、個々の物の取得者は、譲渡人の全財産のほとんどであることを知っていた場合にだけ責任が生じるとした。この判例は特に、「引き受ける財産がすべての財産であることを知らなければ、取得した物が十分な担保かどうかかわからずに取得者がリスクを負うだろう。すべての財産であることを知らないのに債務者の債務に対して責任を負うリスクに対して十分な根拠がない」というLarenzの見解によって正当化された。

学説では、財産を取得する際に対価を払った場合に関して、財産を手に入れたものが負担した対価を考慮する意見が繰り返し主張されてきた。この意見は何十年も聞き入れられなかった。しかし、時代が新しくなりこの動きは強くなっていった。この点に関してLarenzは、取得者が負担した対価を軽視することは、例えばこれまでの財産の価値よりも現金が債権者の差押えによって簡単に回収できる場合には、意味があると考えた。しかし、取得者が負担した対価を軽視することはほとんどの場合正当ではないとした。

さらにPaulusとKoziolは、BGB419条の取得者の責任は財産の贈与の場合だけに限るとした。そしてKoziolは、債務者に対し差押えが出来なくなった債権者の危険を、財産を有償で手に入れた財産引受人がどうして負わなければならないか、その理由がはっきりしていないとも述べている¹⁵⁸⁾。

156) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 662.

157) BGHZ 33, 126.

158) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 663.

続いてSchrickerは、財産引受人の責任を財産の価値と支払った対価との間の価値の差に制限した。これについてWilburgは、「最も新しい融通性のある解決をした」と評価している¹⁵⁹⁾。さらにWilburgは、「財産の価値より低い価格で財産を手に入れた引受人に、財産の価値と支払った対価の差額について責任を負わせることは、債権者保護に適っている」としている¹⁶⁰⁾。

Wilburgはこれら制限説に対して、「BGB419条をそのまま適用すると容認できない結果を招くという正しい感覚を表している」と評価しながらも、「これらの提案では、私見によればBGB419条は不完全な助けにしかならないだろう。BGB419条は根本において不適当な規定である。この規定は無償の財産引受に制限する際すら正当性を説明できない」と制限説を批判し、BGB419条そのものの廃止を提案した¹⁶¹⁾。

(4) 廃止論 Walter Wilburgの見解

(ア) BGB419条の財産の概念について

Wilburgは、BGB419条の決定的な欠陥は、全財産を取得した場合に、債権者取消権の要件を考慮することなく責任を根拠づけるところにある。しかし、全財産の引受がこのような特別な規定であるとみられていることは騙しであると批判する。なぜなら、全財産の引受がこのような特別な規定であるとみられていることは、一方では、全体財産は特別に大きく、そして売買は特別に深刻なものであると感じていることであり、他方では、積極財産は債務を魔法のように引きつけるという財産概念の神秘性に基づいているからである¹⁶²⁾と説明している。

Wilburgは、草案理由書にあった「債務は荷 (eine Last) として財産と結びついており、それ故、財産とともに引受人に移転するという自然の考え方 (der natürliche Gedanke)」¹⁶³⁾を積極財産が債務を魔法のように引きつけるという神秘性を持った財産と呼んで批判し、積極財産の移転とともに債務は移転しないと考えている。

159) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 663.

160) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 663.

161) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 671.

162) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 663.

163) Mugdan, Band II, a. a. O. (Fn. 125), S. 601 (Protokolle S. 863).

そしてWilburgは、財産とは個々の財産の総体以外の何ものでもないと理解し、債権者取消権から切り離された財産取得者が特別な責任を負う根拠は、全財産が引き受けられたという並外れた危険性にしかないだろうと解し、このような責任は「決して一般的には存在しない」としている¹⁶⁴⁾。

Wilburgは、個々の財産の総体を財産としており、その財産が移転しても債務は債務者にあると考える。そして財産引受人は通常、債権者取消権上の責任を負うが、全財産が移転される場合は、債権者取消権は適用されず、BGB419条が適用される。ここでBGB419条により財産引受人が責任を負う根拠を、債権者の債権を担保する財産が財産引受人に移転してしまったことにより、債務者から回収できない危険性があることに求めている。

そして、全体財産が移転するからといって特別な意味がないことを次のように述べる。すなわち、小さな全財産を売却した者や売却どころか贈与した者でも、自分の債務を収入から払える者は、債権者を危険にしない。これに対して莫大な財産があって、その半分を譲渡した者は、彼が多重債務の場合、残りの財産があっても債権者に対して多大な損害を与える危険が相当程度高まると分析する¹⁶⁵⁾。Wilburgは、譲渡した財産の大きさや無償か有償かは、債権者が債務者から回収できないという危険の増加とは結び付かないと考えた。

Wilburgはこの点について「ある人が財産の全部を、あるいは、その財産の一部だけを売却するのが問題なのではなく、いかに債務が多いか、あるいは、債務の支払が疑わしいかが問題になる。この際、当然財産が大きくなることも考慮されなければならない。」¹⁶⁶⁾と述べている。

(イ) 個々の財産の譲渡について

WilburgはBGB419条について、数えきれない争点と不明確さをもっていると指摘し、この争点となっている問題と不明確さは本当の存在理由がないことと関係があると述べる。

例えば、個別財産か全財産かは曖昧であるとする。本質的財産 (das wesentliche

164) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 664.

165) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 664.

166) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 664.

Vermögen)あるいはほとんど全部の財産 (das so gut wie ganze Vermögen)とはどのくらいの資産を指すのか、あるいは、個々の財産を売却した場合に、いつ全財産といえるのかについて、裁判をしなければならない。しかも、その裁判は根拠なしに判決しなければならないと説明する¹⁶⁷⁾。

そして、「ほとんど」の財産とは、「全」財産とまったく同じであり、「ほとんど」と限定したことによって責任が生じる根拠とはならない。個々の財産を引き受けた際に、全財産を引き受けたという財産引受人の認識を要求しようとする場合に、大変疑わしい判断基準であると批判する¹⁶⁸⁾。

(ウ) 無償贈与について

Wilburgは無償贈与に限定して規定が適用される場合について、BGB419条に対する不満は、大幅に和らげられたものの、この解決は完全に満足するものではなかっただろうとしている。財産の無償の引受けに対しては贈与の取消しで十分であるとしている¹⁶⁹⁾。

(エ) 二重の責任について

通説では、土地の買主が、その土地が売主の本質的な財産であることを知っており、さらに買主が支払った代金が売主のところにあり、そこから債権者が弁済を受けられる場合でさえ、土地の買主は売主の債務に対して責任があるとする。この点についてWilburgは、通説に従うと驚くべきことに土地の買主は、債権者に対して倍の責任を負うことになると指摘し¹⁷⁰⁾、債務者に現存する対価を無視することは不当であるとする¹⁷¹⁾。

そして、BGB419条によれば債権者は、財産が譲渡されたことによる損害に対して保護されるだけでなく、財産を取得した者の負担によって豊かになるとして、この状態は破産外債権者取消権法8条 (Gesetz betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens vom 21. Juli 1879) による場合に似ていると分析する¹⁷²⁾。すなわち、破産外債権者取消

167) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 669.

168) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 669.

169) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 668.

170) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 664.

171) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 665.

権法8条は、債権者取消権の相手方（財産を取得した者）に反対給付を引き合いに出すこと（債務者に対価を払っているという抗弁）を禁じている。Jaegerによれば、この結果は、「がまんできない、あらゆる正常な感情と対立する非情（unerträgliche, jedem gesunden Rechtsempfinden widerstreitende Härte）」と称され、債権者に不利益がない場合にはこの結果は拒否される¹⁷³⁾、と説明している。

そして、BGB419条は財産引受人に悪意がなくても責任を負うために、債務者に現存する対価を無視するという不正は、財産引受人が債権者を害する意思という要件なしに責任を負うため破産外債権者取消権法の場合より重いといえる。

(オ) 取得者の認識についての批判

財産引受人によって支払われた対価が債務者によって隠匿されるか、失われてしまっても財産の財産引受人が善意の場合には、責任を負う根拠はないとする¹⁷⁴⁾。

ここでWilburgは、取得者が知っているか、知らなければならなかったという内容は、債務者の損害の意図ではなく、財産の移転が単に債権者を害することであると¹⁷⁵⁾。債務者は考えていなかった、あるいは、無知から行動し、財産を移転して債権者を害することも可能であると指摘する。つまり、債務者が考えていなかった、あるいは、無知から行動し、財産を移転して債権者を害することにつながる場合、悪意の取得者は免責されないとする。しかし、取得者が知らなければならなかったことで責任があるといえるかについては、特に慎重な配慮を要すると述べている¹⁷⁶⁾。

Wilburgは、BGB419条の問題を解決するには過失を段階に分けて、結果も微妙なニュアンスをつけるのがもっともよい方法だろうと述べている。これはもちろん破産外債権者取消権法の強力な見直しを意味することになるだろうとしてい

172) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 665. 破産外債権者取消権法（1879年）は1994年に改正された。Gesetz betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen außerhalb des Insolvenzverfahrens vom 5. Oktober 1994（倒産外債権者取消権法）旧法の8条は現行法の12条となった。

173) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 664.

174) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 665.

175) Koziolの見解に基づいている（Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 665.）。

176) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 665.

る¹⁷⁷⁾。

(カ) 結論

以上の考察を踏まえてWilburgは、BGB419条について廃止を主張する¹⁷⁸⁾。

Wilburgは、解釈や補充によって抜け道をつくることが問題を解決に導くかどうかは疑わしい、と考える。

まずWilburgは、財産引受人が担保と同等な満足を与える反対給付をもたらす場合には、BGB419条の適用を目的論によって適用を除外することは問題ないとする。しかし、連邦裁判所はこれに関して決定をくだしていない。これは、反対給付が売却された財産と同等に安全で、満足できるかどうかという判断がむずかしいことからきている¹⁷⁹⁾、と説明している。

次に、贈与の場合をとりあげ、BGB419条の適用を、目的論的解釈によって贈与だけに限ることができるかどうかは難しいとしている。立法者は「ある種の契約 (gewisse Verträge)」に制限することを望まなかった¹⁸⁰⁾。確かに立法者の意思だけでは、適用範囲を制限することに反対することができないだろう。しかし、文言の解釈ではBGB419条の適用を贈与に限ることで解決はできないとWilburgは考える。実際の裁判を見ると贈与の場合に限ることはないからである¹⁸¹⁾。財産を有償で移転した事件において、実際には財産を(有償で)譲渡したのではなく、あらゆる財産物の交換 (ein Austausch aller Vermögensgüter) であるにすぎないという見解に対して、連邦裁判所は「反対給付は新しい財産である」とした。

Wilburgはこの問題の真髄は、法律の目的と利益衡量であると考ええる。財産の売却によって信用の基礎が減少することに対していつも債権者を保護しなければならないことを認めれば、債権者取消権のような債権者を害する場合にのみ適用しようと考えることと矛盾を生じると分析する¹⁸²⁾。

そこから、BGB419条を現実的に贈与にだけ適用するという判決が得られる見

177) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 665.

178) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 669.

179) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 669.

180) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 670., Motive I, a. a. O. (Fn. 126), S. 151.

181) Sorgel/Zeiss (1990), a. a. O. (Fn. 152), S. 1884.

182) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 670.

込みがあるかは疑わしいとした¹⁸³⁾。

いずれにせよ、WilburgはBGB419条を完全に遠ざけることが解決として正しいだろうと主張し¹⁸⁴⁾、解釈や補充だけではBGB419条を完全に遠ざけることはできないと考えた。

そして、通常規定を廃止する場合、体系上の調和が要求されるが、BGB419条は、問題なく取り除かれるから、この点で好運であるとする。BGB419条は、BGB419条が入ったように、再び簡単に取り除くことができる体の異物 (ein Fremdkörper) である¹⁸⁵⁾と指摘する。

Wilburgは、債権者取消権が今日の形で満足することは決してなく、早急に検討される必要があるとするが、その検討が、財産引受を特別な任意規定に分離することには反対する¹⁸⁶⁾。

そして最後に、BGB419条は、法政策的な面だけを持ち、法体系を壊す規定であるので、削除されるべきであると結論する¹⁸⁷⁾。

(5) 存続論 Hans Eisemann の見解

Eisemannは、BGB419条を廃止するのではなく、無償の契約に基づく財産移転についてのみ適用すべきであると主張する。以下、Eisemannの見解を紹介する。

(ア) 二重の責任について

Eisemannは破産外債権者取消権法を、「誠実な第三者が有償で手に入れた対象物を以前の占有者の債務のために責任法的に巻き込まれた物から取り出すことである。」と述べるが、「一方で破産外債権者取消権法は、無償の取得者に常に責任を負わせるようになっている。」と説明する。この破産外債権者取消権法の「無償の取得者に常に責任を負わせる」ことを、信用資源 (Kreditfonds) 全体が移転したという観点からのみ修正して財産引受にも適用すべきである¹⁸⁸⁾、と主張

183) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 670.

184) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 670.

185) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 670.

186) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 671.

187) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 671.

188) Eisemann (1976), a. a. O. (Fn. 8), S. 514.

する。

EisemannもWilburgと同様に、積極財産と消極財産が含まれているものを財産とみるのではなく、あくまでも信用の根拠となった(消極財産を含んでいない)財産を前提としている。これを信用の資源とっている。信用の資源全部が移転する場合にBGB419条を適用しようとした。

(イ) 客観的要件について

そしてEisemannは、BGB419条の責任に関する客体の要件を次のように考える。

全額有償で財産を引き受けた場合には、債権者は損害を受けないから財産引受人に責任を負わせるのは正しくない、とし、債務者の財産を無償で引き受けた場合は、常に財産引受人が責任を負う、と解している。また、価値より低い価格で引き受けた場合は、この規定の目的は責任の基となるものの維持であるので、市場価格と対価の差について責任を負う必要がある、としている¹⁸⁹⁾。

Eisemannは、BGB419条の目的を責任の基となるものの維持であるとして、基本的には財産と債務は同一の者に帰属するが、財産だけが無償で、あるいは市場価格より安く移転する場合があります、その場合には財産引受人に責任が及ぶと解している。

(ウ) 主観的要件について

Eisemannは、破産外債権者取消権法で要求される債務者の債権者を害する意思は、BGB419条ではなくてもよい、と考える。そこで、価値以下での全体財産の転売(転譲渡)を考えると、転売はすでに債権者の利益を損なうことが明らかである。そこから債務者に債権者を害する意思は必要がなくなり、財産引受人の主観的判断基準の変更が必要になる。そうすると財産の引受人は債務者が債権者を害する意思を知っているのではなく、ただ債務者の負債を知っていることだけが問題になる。債務を負っているのだから、債務者の下で差押え財産の減少によって債権者が害されることは素人でも理解される¹⁹⁰⁾、とする。

この点はWilburgが、債務者が考えていなかった、あるいは、無知から行動し

189) Eisemann (1976), a. a. O. (Fn. 8), S. 515.

190) Eisemann (1976), a. a. O. (Fn. 8), S. 515.

たことが、債権者を害することにつながる場合、そのことについて悪意の取得者は免責されないとする¹⁹¹⁾、という考えと同じである。Eisemannは、Wilburgが「債務者の行動から債権者を害することを知っている場合」というところを「債務者の負債を知っていること」と表現している。

さらにEisemannは、BGB419条の主体に関する要件を契約の相手方の債務について過失による不知の場合にも拡大することは、一方で債権者にとって訴訟法上の軽減となり、正当化される。引受人が全体の財産を引き受けることは、債権者にしてみればその財産の中にある責任の根拠が不意に取り上げられることを意味し、そこから債権者は特別な保護に値する、と考える。他方で、BGB419条は個々の財産の取得において、その取得が全体財産といえる大きな価値が関わる場合によく介入する¹⁹²⁾、と考える。それ故、財産を引き受けた者は、破産外債権者取消権法における取得者よりも、第三者との利益の対立に注意しなければならない。この場合にはむしろ引受人にも責任があるべきである¹⁹³⁾、と主張する。

(エ) 解決策

Eisemannは、BGB419条に関する判例と学説について次のように評価する。判例・学説は、BGB419条を全体として失敗した規定と解し、この規定の適用を個々の対象物の移転にも拡大し、さらに、条文の文言からは導くのはむずかしいにもかかわらず、主体の判断基準も修正されなければならなかったことを甘受してきた、と。

そしてEisemannは、財産引受という概念を修正することを提案する。Eisemannは、概念を修正することによる財産引受の特殊化が、簡単に条文の文言から生じないといって諦めることはない。立法者は有償の問題を見なかったし、解決しなかった¹⁹⁴⁾、と述べる。

BGB419条の現状についてEisemannは、我々は新しい概念をつくるという計画にそぐわない次のような不完全性の前に立っている、と分析する。個々の物の

191) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 665.

192) Eisemann (1976), a. a. O. (Fn. 8), S. 515.

193) Eisemann (1976), a. a. O. (Fn. 8), S. 515.

194) Eisemann (1976), a. a. O. (Fn. 8), S. 516.

引受にまでこの規定の適用を拡大したことは、基準に新しい隙間を作ることになったし、また、主体の側の修正がないと、財産引受からの責任と債権者取消権とが体系上の不都合な対立を生じる、と。これらすべてのことは、我々の「あらゆる方法論的な集積を持ち込む」十分な機会であるとする¹⁹⁵⁾。

そこでEisemannは、BGB419条の意義から考えると財産を全額有償で取得した者は責任がなく、譲渡人の債務について善意で財産の価値以下で財産を取得した者も責任を負わなくてよいと解した。しかし、このような場合が財産引受だとすると、BGB419条の文言と一致しない。文言はEisemannの財産引受の意義よりも広い財産引受となっているからである。財産引受が、財産を全額有償で取得した者は責任がなく、譲渡人の債務について善意で財産の価値以下で財産を取得した者も責任を負わなくてよいものとする為には、BGB419条の適用範囲を制限しなければならないし、その適用範囲の制限は、財産取得者の責任に基づいて実現される目的に帰着されなければならない、とする。そして、この問題の解決は、財産引受という概念と破産外債権者取消権法の基本的考え方を論理的に繋げることによって解決し、この方法は、BGB419条が体系的にかないながら債権者取消権への適応を可能にする、としている¹⁹⁶⁾。

このようなEisemannが提案する財産引受は、無償の財産引受か、あるいは、譲渡人の債務を知っているか、又は過失により知らない中での完全な有償ではない財産引受である¹⁹⁷⁾。

(オ) Eisemannの結論

Eisemannは財産引受が契約当事者の債務に対して取得者が責任を負うかどうか、そしていつから負うのかは、ドイツの財産引受の概念からはわからない。BGB419条の目的と利害の評価から理解できるとする。そしてEisemannは、法律上のこの規定の体系的に間違った位置は債務引受の教条的な観点を過度に強調し、債権者保護の法政策的な観点を無視することになると指摘する。つまり、有償での財産引受において不公平な結果を生ずることになり、この不公平な結果で

195) Eisemann (1976), a. a. O. (Fn. 8), S. 516.

196) Eisemann (1976), a. a. O. (Fn. 8), S. 516.

197) Eisemann (1976), a. a. O. (Fn. 8), S. 516.

ある責任の二重化によってBGB419条は目的を外れてしまうと説明する¹⁹⁸⁾。

財産引受は、一般に債権者保護規定の一つと考えられていたが、債権者取消権との関係については関心が低かった。このことについてEisemannは、次のように説明する。

BGB419条の目的は、他の債権者保護の規則との関係から規定される。ドイツでは破産外債権者取消権法は民法の周囲の部外者として作られた。財産引受から生じる責任は民法の一つの領域（契約による債務引受）に「こっそりと入れられ（ingeschmuggelt）」¹⁹⁹⁾た。二つの制度の連携はこれにより広範囲に亘って人の目につかないままとなった。外国に目をやると再びこの二つの近い親類関係が明らかになる。この二つとも債務者の財産が法律的责任で「巻き込まれる」と書いている²⁰⁰⁾、と。

そして最後に、Eisemannは、BGB419条を次のように解することによってBGB419条が債権者保護の体系に組み込まれるとしている。すなわち、「無償で財産を取得した者は、常に責任がある。対価を完全に支払って財産を引き受けたものは責任が全くない。財産を市場価格以下で取得した者は、契約の相手方（譲渡人）の債務を知っていたか、知らなくてはならなかった場合に市場価格と対価の差額について責任を負う。

このことは構造上BGB419条の目的論的削減によって達成することができる。つまり、財産の責任に基づく引受とは、無償の移転を意味するか、あるいは、債務者の債務について知っているか、過失で不知である場合に、完全な有償でない引受を意味する。このようにすればこの本来的にうまくいっていない規定は継ぎ目なく債権者保護の体系の中に組み込まれる。そうすれば、BGB419条はもはや、『進入したときのように再び簡単にとりのぞかれなければならなかったであろう』『異物（Fremdkörper）』ではない²⁰¹⁾。

198) Eisemann (1976), a. a. O. (Fn. 8), S. 517.

199) Wilburg (1973), a. a. O. (Fn. 109), S. 668.

200) Eisemann (1976), a. a. O. (Fn. 8), S. 517.

201) Eisemann (1976), a. a. O. (Fn. 8), S. 517.

6 BGB419条の廃止

BGB419条は1999年1月1日に倒産法の改正によって廃止された。

BGB419条は制定当初には全財産の引受に適用されていたが、判例により適用範囲が拡大され個別の財産にも適用されるようになった。このことはBGB419条の適用範囲を不明確にしてしまった。債権者保護を図るにはBGB419条に依るよりも倒産法に依って行なったほうが公平である、というのが廃止の理由である²⁰²⁾。

ここではドイツ倒産法の公開討論草案 (Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts Diskussionsentwurf Bundesministerium der Justiz 以下草案) をもとに廃止の経緯を確認する。

(1) BGB419条による責任の根拠の変化

倒産法の導入によって民法の一部が改正され、これにともなってBGB419条も廃止された²⁰³⁾。

草案は、財産の移転と債務の関係について、債務は財産の一部であり、その財産が移転された場合は債務も一緒に移転するという考えは、ドイツでは一般に認められていると説明する²⁰⁴⁾。この考えは立法当時から現在も変わっていないと考える²⁰⁵⁾²⁰⁶⁾。

このような財産概念のもとBGB419条は、信用を与えた基礎になった債務者の財産を、債務者が契約によって第三者に譲渡した場合に、その財産を債権者が追及できることを目的としている²⁰⁷⁾。つまり、BGB419条は、債権者保護の領域における規定であるとしている。

草案はBGB編纂当時の立法者が、農家で財産を担保にに入れる契約が行なわれていた事情や相続財産の売却による財産の移転、あるいは、財産の贈与という現象を見ており、この事情を反映して立法者はこれらの取引における責任の方法を

202) Schlechtriem (1994), a. a. O. (Fn. 107), S. 308.

203) Diskussionsentwurf Bundesministerium der Justiz Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts Band II Ergänzungen (1989), S. B49.

204) Diskussionsentwurf Band II (1989), a. a. O. (Fn. 203), S. B52.

205) Staudinger/-Noack (2005), S. 432., Staudinger -Rieble (2005), a. a. O. (Fn. 123), S. 345.

206) Staudinger/Olshausen (2004), §§ 2339-2385, S. 512.

207) Diskussionsentwurf Band II (1989), a. a. O. (Fn. 203), S. B52.

一般化した、と説明する。そして、この規定が責任の方法として一般化した理由は、このような責任規定をある種の契約に制限する根拠がなかったからであると、BGB第一草案理由書を引用する²⁰⁸⁾。

さらに草案は、当時の農家で財産を担保に入れる事情や相続財産の売却による財産の移転、あるいは、財産の贈与が行われている際の財産は、たいていの場合は債務を担保するのに十分であるとしている。このことから立法者は、この規定の今日の問題、特に、裁判所が後に拡大した適用範囲を、ほとんど考慮できなかったと説明している²⁰⁹⁾。

草案はこのような当時の事情に対して現在の事情は違っていることを指摘する。つまり、今日、一般に普及しているローンは、主として個人の労働力や就業能力、個人の就業活動に基づいており、現存する財産に基づいていない。このような場合は、通例、最初から債務の担保には十分ではないのである²¹⁰⁾。このように信用の根拠となるものが財産から、個人の就業能力にもとづく支払い能力に変わってきていることから、BGB419条は今日、実際に合わなくなっていると分析している。

(2) 有償の財産引受

次に草案は債権者保護が債権者にとっては過大評価であり、財産引受者にとっては不当な結果を導くことを指摘する。つまり、財産引受人の責任の程度が有償分だけ増えるので、BGB419条によって債権者は、財産引受人の費用を贈り物として受け取ることになる。自ら信用を供与されていない引受人が財産引受により倒産リスクを負うことになる²¹¹⁾。

また、草案は、この規定の本質的な適用領域は、有償の事業の移転と不動産(Grundstück)の譲渡であるとし、まさしくこの領域において悪影響を及ぼすとする²¹²⁾。

すなわち、この規定は新しく企業を引き受ける企業への移転による裁判外の自

208) Motive I, a. a. O. (Fn. 126), S. 151.

209) Diskussionsentwurf Band II (1989), a. a. O. (Fn. 203), S. B52.

210) Diskussionsentwurf Band II (1989), a. a. O. (Fn. 203), S. B52.

211) Diskussionsentwurf Band II (1989), a. a. O. (Fn. 203), S. B53.

212) Diskussionsentwurf Band II (1989), a. a. O. (Fn. 203), S. B53.

由な再生を阻害する。企業は株式会社においても、その他の会社においても、この規定の意味における全体財産である。財産の引受人の利害関係者達は引受人の責任のリスクについて恐れて後ずさりする。経済的に意味がある再生は失敗することになる。なぜなら、常に時間と費用のかかる交渉になってしまうからである²¹³⁾。

不動産の自由な売買も不当に阻害される。困窮に陥っている不動産所有者の、不動産を自由に譲渡する可能性を遮断するからである²¹⁴⁾。

(3) 比較法

最後に草案は、比較法による検討を行い、BGB419条は、ドイツ法独特のものである、とする。つまり、フランス法とアングロサクソンの法圏にとっては財産の責任はまったく関係のないものである。スイス法、オーストリア法はそのような責任が確かにあるが、これらの国ではBGBより本質的に強力に制限されているからである²¹⁵⁾。

以上を踏まえて草案は、BGB419条は加えられることなく廃止される、と結論する。この法案が提案した倒産手続き内の債権者取消権と倒産手続き外の債権者取消権の強化によってBGB419条による過大な債権者保護はまったく不要であり、債権者保護と取引上の利益は債権者取消権によって個々の場合に応じた調整がなされるべきであるとしている²¹⁶⁾。

7 小括

BGB419条は、債務者が自らの財産を契約によって第三者に移転した場合、債権者に、譲渡財産を差押えの目的物の対象として認め、財産譲受人に併存的な債務履行責任を負わせたものであり、従来までに特に、有償の営業譲渡ならびに不動産の譲渡の範囲で適用があった。しかし、この事例群に本規定を適用することについては、不公正であるとの見解があったことは上述の通りである。それは、

213) Diskussionsentwurf Band II (1989), a. a. O. (Fn. 203), S. B53.

214) Diskussionsentwurf Band II (1989), a. a. O. (Fn. 203), S. B53.

215) Diskussionsentwurf Band II (1989), a. a. O. (Fn. 203), S. B53.

216) Diskussionsentwurf Band II (1989), a. a. O. (Fn. 203), S. B54.

債権者の責任財産は、財産引受が行なわれることによって、対価の分だけ増加している一方、財産引受人が財産引受以後、原債務者に信用を与えていないにもかかわらず原債務者の倒産リスクを負うこととなってしまうことは、引受人に不当な不利益を及ぼす結果となるからである。

今回の法改正によるBGB419条の廃止は、窮地に陥っている不動産取得者に、自由な譲渡の可能性を与えるものとして評価されている。なお、債権者保護については、破産外債権者取消権法における債権者取消権を適性に付与することによっておこなわれることが期待されている²¹⁷⁾。

このようにBGB419条は廃止されてしまったが、物の移転にともなって債務が移転する考えが否定されているわけではない。ドイツでは相続財産の売買(BGB2371条、2382条)や抵当権付き不動産の譲渡(BGB416条)について、物に関係する債務が、物の移転にともなって移転する考えに基づき、現在もBGBの中に存続している。スイス、オーストリアでは財産引受自体が存続している。次章以下は、オーストリアとスイスの財産引受を概観し、ドイツとの違いから何が財産引受として残されたかを考察し、日本法への示唆を検討したい。

IV オーストリア法とスイス法（新たな展開）

1 オーストリアの財産引受

(1) オーストリア民法（ABGB）の制定

1753年女帝Maria Theresiaは、ある委員会に民法典の準備を委任した。1766年にこの委員会が作成した草案（テレージア法典）をオーストリア枢密院に提出し、審議された。しかし、草案は、あまりにも膨大であり、教科書的であり、ローマ法の知識がないと使いこなせないとの批判を受けた。女帝は、1772年にこの書き直しを命じた。

最初に着手されたのは人法であった。1500カ条から300カ条足らずに圧縮され、皇帝Joseph II世によって、1787年に「ヨーゼフ法典」として施行された。テレージア法典の他の部分の改訂は、Leopold II世のもとで1790年ようやく再開された。

217) 遠藤・前注14)134頁。

1796年に「一般民法典草案」が提出された。これを「原草案 (Urentwurf)」と呼んでいる。この原草案はローマ法から完全に離脱し、はじめて広汎に理性法の学説と要請を顧慮して作成された²¹⁸⁾。

この原草案は、併合されてオーストリア王国の最も新しい承継国となった西ガリーチェン²¹⁹⁾に試験的に施行され、その後、東ガリーチェンでも施行された(1798年1月1日)。この東西ガリーチェン施行された法典を通称「西ガリーチェン民法典」と呼んでいる。1797年に新設された委員会は、この「西ガリーチェン民法典」に改定作業を行ない、オーストリア民法典草案の最終稿を作成した²²⁰⁾。こうして18世紀から19世紀の転換期にヨーロッパで施行された大法典の一つであるオーストリア一般民法典 (ABGB) は1811年に施行された。

ABGBは、市民的権利の平等、私的な法律関係の国家的監督からの解放および経済的取引の自由、という啓蒙主義的根本思想から成っている。

注目すべき点は、ABGBが1502カ条しか含まず、したがってCode CivilやBGBよりも著しく短いことである²²¹⁾。

外国に対する影響力という点では、ABGBは、Code Civilに匹敵するものではありえなかった。その理由は、ABGBは復古主義的の志向をもった帝国の法典であり、この帝国は、メッテルニッヒのもとで何十年間も過去の諸勢力と同盟していたのみならず、更に多民族国家としてその直後から既に内部崩壊の絶えざる危険によって脅かされざるをえなかったことに基づくものである、と考えられている²²²⁾。

(2) オーストリアの財産引受

ABGB 1409条

- ①ある人が財産あるいは事業を引き受けた場合、譲渡人の継続する責任とは関係なく、その者が財産あるいは事業に結びついている債務を知っているか、あるいは、知らなくてはならなかった場合には、その者は債権者に直

218) 大木訳・前注90)295頁。

219) H・シュロツサー／大木雅夫(訳)『近世私法史要論』(1993年・有信堂)115頁。

220) Ursula Floßmann/Österreichische Privatrechtsgeschichte (1992), S. 15.

221) 大木訳・前注90)302頁。

222) 大木訳・前注90)308頁。

接的に責任を負う。しかし、その者が引き受けた財産あるいは事業の価値に相当する額をすでに清算した場合に限り責任を免れる。

②債権者に不利になる売主と引受人との間の矛盾する合意は、債権者に対して無効である。

(ア) 意義

ABGB 1409条は、債務者が全財産を譲渡した場合に、債務者だけでなく、債務者の財産を引き受けた者も債務者の責任を引き受けるという規定である。債務者の人的な責任の確保もまさにこの財産に基づいているという考えを根拠としている²²³⁾。

財産または事業が移転された場合、だれが財産や事業と結び付いた債務に対して責任があるかについて、オーストリアでは次のように考える。

債権者は財産または事業に対して所有者または事業者に信用を与えた。今、財産または事業の移転により、責任と財産が二つに分かれることになる。そこでまず、譲渡人に信用を供与したから、譲渡人は引き続き責任を負う。そして財産引受人も一緒に責任を負う。なぜなら、信用を供した根拠の財産または事業がいまや財産引受人に属しているからである。

積極財産を引き受けたものは、積極財産と結び付いた消極財産も引き受けると考えられている²²⁴⁾。

ABGB 1409条の目的は、債務者の（全体）財産移転によってこれまでの責任の根拠である財産が他の人に移転されることを防ぐことである²²⁵⁾。

(イ) 要件

財産又は事業が法律行為上実際に引き受けられなければならない。そして、財産引受人はその際、現存する債務を「知っていた」か、あるいは「知らなければならなかった」ことが必要である。

(a) 事業

事業とは通説によれば、独立した組織的な収益を獲得できる場所（機会）であ

223) Rummel/Ertl (2002), S. 223.

224) Franz Gschnitzer, Österreichisches Schuldrecht Allgemeiner Teil (1986), S. 194.

225) Rummel/Ertl (2002), a. a. O. (Fn. 223), S. 223.

る。その場所（機会）は例えば商取引の営業やその他の営業だけでなく、学校、療養所、事務所などが含まれる。判例によれば農家も事業である²²⁶⁾。

(b) 財産

財産とは基本的には財産全部であり、個々のものではない²²⁷⁾。但し、一般的な商取引の観点によれば具体的な個々の財産であっても本質的に譲渡人の財産や権利の総体であれば財産である。最高裁判所（OHG）は、財産が移転される際に引受人が、その移転される財産が、譲渡人の本質的に唯一の財産であることを知っているか、知らなければならなかった場合には、金銭的に価値のある個々の財産にも ABGB 1409 条を適用した。この場合、立証責任は債権者にある²²⁸⁾。家は財産である²²⁹⁾。

(c) 財産または事業の移転

財産または事業は、譲渡等の法律行為により所有権が移転することが必要である。それゆえ、賃貸借、果実の享受、信託は ABGB 1409 条による適用がない²³⁰⁾。

強制執行手続き、破産手続き、調停手続き等による引受は、ABGB 1409 条 a が適用され ABGB 1409 条第 1 項と第 2 項による責任はない²³¹⁾。

債務者の債務の引当てとなっている財産が、引受人に引き受けられた場合に、財産または事業の移転があると解する。例えば、不動産であれば、登記した場合に移転があったとみる²³²⁾。

(d) 財産または事業の引受人の認識と証明責任

財産または事業の引き受けにおいて、財産引受人には譲渡人の債務について知っていたか、知らなければならなかったという要件が必要である²³³⁾。

売主の親族が財産引受人の場合、正当な取引か疑わしいので、一般の取引の場合より厳しく解されている。証明責任は通常は債権者にあるが、親族による財産

226) Gschnitzer (1986), a. a. O. (Fn. 224), S. 194.

227) Gschnitzer (1986), a. a. O. (Fn. 224), S. 194.

228) Gschnitzer (1986), a. a. O. (Fn. 224), S. 194.

229) Gschnitzer (1986), a. a. O. (Fn. 224), S. 194.

230) Gschnitzer (1986), a. a. O. (Fn. 224), S. 196.

231) Gschnitzer (1986), a. a. O. (Fn. 224), S. 197.

232) Gschnitzer (1986), a. a. O. (Fn. 224), S. 195.

233) Gschnitzer (1986), a. a. O. (Fn. 224), S. 195.

または事業の引受の場合は、親族に証明責任がある²³⁴⁾。

(ウ) 効果

(a) 法律による債務加入

財産引受人は法律によって債務加入することにより、譲渡人と共に責任を負う。譲渡人は期間的に制限なく引き続き責任を負う²³⁵⁾。

(b) 責任

財産引受人は財産または事業の移転の際に帰属している債務について責任がある。財産または事業の移転の際に帰属している債務を取得者は移転の際に知っていたか、または、知らなければならなかった債務である²³⁶⁾。判例によれば上記に加えて、軽過失でも十分としたものがある²³⁷⁾。

(c) 責任の限度

責任は引き受けた事業と財産に制限されない²³⁸⁾。つまり、引き受けた財産や事業から責任を果たせない場合には、財産引受人がもともと持っている財産から支払わなくてはならない。引き受けた財産や事業による責任 (cum viribus) ではなく、引受人の財産に応じた責任 (pro viribus) だからである。

オーストリアでは引受けた財産の客観的価値 (消極財産を除く) までは責任を負う²³⁹⁾と説明される。この意味は次のとおりである。Sの不動産の価値が100,000ユーロだった。債務は60,000ユーロあった。AはSの不動産を債務を控除した40,000ユーロで買い取った。その後不動産が値下がりし、50,000ユーロになってしまった。この場合100,000ユーロが客観的価値になる。Aは不動産を売却しても50,000ユーロしかならないので、60,000ユーロの債務については、自分の財産から10,000ユーロ持ち出すことになる。

ドイツの場合は、引受けた財産による責任 (cum viribus) であり、実際に処

234) Gschnitzer (1986), a. a. O. (Fn. 224), S. 196.

235) Gschnitzerは「HGB26条は、期間を5年としているので、HGBのほうがいい規定である。」としている (Gschnitzer (1986), a. a. O. (Fn. 224), S. 195.)。

236) Gschnitzer (1986), a. a. O. (Fn. 224), S. 195.

237) Gschnitzer (1986), a. a. O. (Fn. 224), S. 195.

238) Gschnitzer (1986), a. a. O. (Fn. 224), S. 195.

239) Gschnitzer (1986), a. a. O. (Fn. 224), S. 195

分した時の価値までの責任を負う。上記の例では財産引受人は、50,000ユーロの支払義務しかなく、自分の財産から10,000ユーロを持ち出す必要はない。

(d) 譲渡人と引受人との間の合意

譲渡人と財産引受人の取り決めは内部関係の調整に該当するのみである。取り決めがなければ引受人が責任を負う。債権者に不利な取り決めがあっても債権者には効果は及ばない²⁴⁰⁾。

この規定が強行法規にもかかわらず債権者はその権利を放棄できる。あるいは、和解もできる。さらにまた財産引受人と譲渡人は内部の関係について、財産引受人だけに債務を引き受けさせることもできる²⁴¹⁾。

引受人は元々の債務の後継者ではなく、ただこれまでの、債権者に直接的に責任のある債務者と並んで債務を引き受けるのである。ABGB 1409条は、債務の包括承継に該当しない²⁴²⁾。

2 スイスの財産引受

(1) スイス民法の制定

スイスにおいては、ローマ法の包括的継受は起こらなかった。18世紀末にいたるまで、大体においては、通俗的で、しかもスイスの各地における古い法慣習に基礎をおき、選挙で選ばれた素人裁判官によって適用される法が維持されていた²⁴³⁾。

フランス革命とともに、啓蒙主義の法典編纂の理念は、スイスにおいても確固たる地位を占めた。1798年にフランス軍によって占領された後、フランスの介添えによって生まれた極めて短命のスイス統一国家「単一にして分割しえないヘルヴェーチャ共和国」(Eine und Unteilbare Helvetische Republik)は、統一私法を創造しようとすらし決意していた。ナポレオンが打倒された後に、スイスは、再び相対的に独立した諸カントンの穏やかな連邦として組織されたが、私法を法

240) Gschnitzer (1986), a. a. O. (Fn. 224), S. 196.

241) Rummel/Ertl (2002), a. a. O. (Fn. 223), S. 224.

242) Rummel/Ertl (2002), a. a. O. (Fn. 223), S. 225.

243) 大木訳・前注90)312頁。

典として編纂しようという啓蒙主義の理念は保持され、19世紀の推移とともに、ほとんどすべてのカントンが次々に独自の民法典を制定するという結果をもたらした²⁴⁴⁾。

19世紀後半になると経済的諸関係が人の移動を活発化させ、次第にスイス連邦内の法的統一性に対する要求がますます顕著に現われてきた²⁴⁵⁾。1874年の憲法改正によって、連邦は、「商業と動産取引に関連するすべての法律関係（商法と手形法を含む債務法）に関する」立法権と、さらに人の行為能力、著作権法、徴収手続きおよび破産法に立法権が与えられた。民法の他のすべての領域についての立法権は、すでに1872年に憲法草案が要求していたのであるが、その後も依然として連邦には与えられなかった²⁴⁶⁾。

1874年の憲法改正に基づいて、民事上の婚姻の締結と離婚を規制する1874年の戸籍・婚姻法ならびに「1881年の債務法に関する連邦法」(Bundesgesetz über das Obligationenrecht von 1881) が採択され、1883年1月1日に施行された。

1881年の債務法は—1911年／1937年の改正債務法と同様に—一般債務法と特別債務法に関する規定を含み、動産物権を扱い、商法と有価証券法の全体を規定した。したがって一般民法のなかに商法的事項をとり入れることによって、スイスもまた、特別の商法典には反対し、したがってまた「単一法典」(Code unique) に賛成する決断を下した。この法典は、チューリヒ私法典、フランスのCode Civil、オーストリアの一般民法典1861年のドイツ普通商法典および1865年の「ドレスデン草案」を参考にした²⁴⁷⁾。この債務法の創造と施行は、その他の私法統一への道における重要な第一歩を意味した²⁴⁸⁾。

民法の領域で、債務法以外の部分はまだ統一が進んでいなかった。1884年にスイス法律家協会 (Schweizerischer Juristenverein) は、法統一を準備するために、「民衆の法生活を仲介しながら調和的全体に達するように」すべての現行カントン民法体系の比較法的叙述を提案した。この任務を法律家協会の会長だった

244) 大木訳・前注90)312頁。

245) 大木訳・前注90)312頁。

246) 大木訳・前注219)175頁。

247) 大木訳・前注219)175頁。

248) 大木訳・前注219)176頁。

Eugen Huber (1849-1893) が引き受け、その成果を4巻の著書『スイス私法の体系と歴史』(System und Gesichte des Schweizerischen Privatrechts, 1886-1893)の中で叙述した。その後Huberは、連邦司法省より人事法、家族法、相続法および物権法に関する民法典の種々の部分草案の仕上げが委ねられた²⁴⁹⁾。

1898年に連邦憲法の改正によって、連邦に私法立法の全体に関する管轄権が移譲された。Huber が完成した全草案は、1900年に公開の討議に付せられ、専門委員会の意見が聴取され、最後に議会に提出された(1904年)²⁵⁰⁾。1907年12月10日にスイス連邦議会は、この草案をスイス民法典(Schweizerisches Zivilgesetzbuch, ZGB)として採択し、ZGBは1912年1月1日より施行された²⁵¹⁾。したがって、ZGBは人事法と家族法(第1編—第2編)、相続法(第3編)および物権法(第4編)ならびに10カ条からなる序編から成る法典である²⁵²⁾。

一方、すでに連邦法として施行されている1881年の債務法については、1893年にHuberによって特別法としてこのまま存続させるのか、それともZGBの中に組み込むのか、あるいはZGBに適合させるために改正するのかの問題が提起されていた²⁵³⁾。各界からも債務法をZGBに統合すべきであるという意見が相次ぎ、1901年に連邦司法・警察省は債務法の適合と改正の問題を検討するための専門委員会を設置し、1904年に委員会が開催された。この際にHuberは、債務法を民法の中に編入することを前提とし、債務法をZGBの最終(第5編)と編纂する草案を作成し、委員会の討議に付された。債務引受(債務引受の一種である財産引受も含む)が草案の中に取り入れられたのは1904年のこの草案からである²⁵⁴⁾。この委員会によって作成された「債務法および施行法の添付によるスイス民法典草案の補充に関する法案」が連邦内閣によって1905年3月3日付の報告書と共に連邦議会に提出された。この草案は、完全に改正された債務法をZGB

249) 大木訳・前注219)176頁。

250) 大木訳・前注90)314頁。

251) 大木訳・前注219)176頁。

252) 大木訳・前注219)177頁。

253) 大木訳・前注219)177頁。

254) 司法省調査部『オーゼンベルガー、シェーネンベルガー共編スイス債務法』1939年司法資料261号2頁。

の中に組み込むことを提案していたが、この提案は承認されなかった。それに続く全州議会と国民議会の審議では、ZGBの立法が終わるまで債務法の改正作業は延期すべしとの意見が通った²⁵⁵⁾。その後で初めて専門委員会が調整作業を行なうべきとした²⁵⁶⁾。

スイス連邦議会によってスイス民法典(Schweizerisches Zivilgesetzbuch, ZGB)が1907年12月10日に採択され、ZGBに対する国民投票期限が、1908年3月末を以って利用されずに経過した後、1908年3月19日に連邦司法・警察省によって設置された拡大専門委員会の草案を、連邦内閣は、1909年6月1日に報告書と共に連邦議会に提出した²⁵⁷⁾。

草案の内容は、債務法の第1節から第23節の部分（一般契約法、不法行為法、不当利得法、個別的契約類型の法）はZGBに編入し、第24節から第33節（債務法の商法的規定）の部分は特別法として存続させるというものだったが、連邦議会は、全債務法をZGBの第5編として編入するが、第1節から第23節までしか改訂とZGBへの調整を行わず、第24節から第33節は、従来通り株式法、団体法および手形法とともに除外され、時間的理由から後日の改訂に留保することにし、「債務法改正第1節ないし第23節に関する連邦法」(Bundesgesetz betreffend die revidierten Titel 1-23 des Obligationenrechts) 草案は、1911年3月30日の連邦議会において、全会一致で可決され、1912年1月1日にZGBと同時にこれを補充するものとして（第5編債務法）として施行された²⁵⁸⁾。5編であるが、条文の番号は第1条から始まる。

債務法第24節から第33節までの延期された改訂は、1911年にあらためてHuberに委ねられた。Huberの死（1923年）後、改訂作業はArthur Hoffmann（1857-1927年）に引継がれた。Hoffmannは「スイス債務法第24節ないし第33節の改訂に関する連邦法」の書き直した草案を提出し、専門委員会（1924年／1925年）における審議、全州議会による連邦議会草案（1928年）としての議論（1931年-

255) 渡邊拓「スイス債務法における性質保証責任論の系譜」法政研究6巻1号（2001年）88頁。

256) 大木訳・前注219)177頁。

257) 司法省調査部・前注254)2頁。

258) 渡邊・前注255)88頁。

1934年)ののちに、編纂委員会が確定した最終案は、1936年12月18日に採択された。それは、1937年7月1日に連邦法として施行された²⁵⁹⁾。

1881年の債務法を改訂し、ZGBと調整した二つの法律、すなわち1911年と1937年の連邦法が、今日では「スイス債務法」(Schweizerisches Obligationenrecht, OR)と引用されている²⁶⁰⁾。

スイス民法の特徴は、通俗的かつ明瞭な用語で書かれていること、総則を持たないこと、規定が概括的規定であることが挙げられる²⁶¹⁾。当時、ドイツではBGBを直ちに廃止してこのスイスの法典を導入しようという声すら聞かれた²⁶²⁾。そして「ヨーロッパ民法典の計画が着手されるような、希望的にみてもはや遠い将来のこととも思われない日が到来した場合には、その方向は、確かにZGBの立法的様式を目指して—BGBのそれを目指してではなしに—とられうるであろう」といわれるほど評価の高い法典である²⁶³⁾。

このようにスイス民法典は内容的に優秀なため、イタリアやギリシャにおいて新たな民法典を創造する場合や、あるいは現行法を改正する場合に、多くの個別問題についてなされたスイスの経験をほとんどの立法者は利用したといわれている。しかし、スイス民法典の全面的継受は、トルコにおいてしか起こらなかった。1922年にトルコの共和国宣言がなされた後に、このスイスの法典は(債務法を含めて)ほとんど無修正のまま1926年に新トルコ民法典として施行された²⁶⁴⁾。

(2) 財産引受の要件と効果

スイスの債務引受は債務法 (OR) 175～183条に規定され、財産引受は181条にある。

OR181条²⁶⁵⁾「財産の引受又は営業の引受」

①積極的財産と消極的財産をともなって財産と営業を引き受けたものは、引

259) 大木訳・前注219)178頁。

260) 大木訳・前注219)178頁。

261) 大木訳・前注90)318頁。

262) 大木訳・前注90)316頁。

263) 大木訳・前注90)326頁。

264) 大木訳・前注90)327頁。

265) Honsell/Tschäni (2007), S. 837. 邦語訳については司法省調査部・前注254)77頁。

受人から債権者に引受を通知するか、公の紙面で公示した場合には、その財産と結び付いた債務にただちに責任を負い、それ以上の責任は負わない。

- ②けれども旧債務者は新しい債務者と共に連帯して3年間責任を負う。その期間の開始は、期限が到来した債権については通知または告知をしてから、将来期限が到来する債権については期限が到来した時から起算する。
- ③その他の点においては、この債務引受は個々の債務の引受と同じ効力を有す。
- ④財産または登記されている商事会社、共同組合、協会、財団、個人企業の営業の引受は、2003年10月3日発行の合併法（Fusionsgesetzes vom 3. Oktober 2003.）の規定に従う。

(ア) 意義

条文の標題は、「V. 財産の引受又は営業の引受（Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes）」と標記されている。この標題から財産引受が、相続のような積極財産と消極財産の全体的な承継（包括承継）を規定しているように見える。しかし、OR181条は、財産又は営業を引き受けた場合、財産又は営業の引受人（以下財産引受人）から債権者に引受を通知するか、公の紙面で公示した場合には財産引受人が債務を負い、財産又は営業の譲渡人（以下財産譲渡人）も3年間引続き責任を負う。さらにその3年間が経過すると財産譲渡人は責任がなくなり、財産引受人一人が債務を負う免責的債務引受の効果を生じる。OR181条は、このような特別なやり方で債務が変動することを規定したものである²⁶⁶⁾。

また、OR181条は、財産や取引で形成される積極財産の移転について規定したのではなく、財産や取引で形成される積極財産が移転した際の消極財産（債務）の変動を規定していると解されている²⁶⁷⁾。

この規定は、財産又は営業が移転した場合に、債務の移転を簡単に、効率的に

266) Honsell/Tschäni (1992), a. a. O. (Fn. 265), S. 838.

267) OR181条は、個人間の取引というよりも実際には企業の売買や企業の分割や他の企業への組織の変更において適用されることが多かったようである。但し、企業の株を買うことによってその企業を引受ける場合は、OR181条は適用されない。株式の売買は企業の引受ではないからである（Honsell/Tschäni, (1992), a. a. O. (Fn. 265), S. 837）。

できることを目的としている²⁶⁸⁾、と説明されている。しかし、債務の効率的な移転を図るとともに債権者の権利を守るためにOR181条は、債権者のために3年間はこれまでの債務者（財産譲渡人）に責任を負わせ、同時に財産引受人を新しい債務者とし、債権者が直接に財産引受人に請求できるようにしている。財産引受人への請求は、財産譲渡人（これまでの債務者）に信用を与えた根拠である財産又は営業の積極財産を財産引受人（新債務者）が保有していることに基づいている²⁶⁹⁾。

(イ) 要件

OR181条を適用するには二つの要件が必要である。一つは積極財産と消極財産をともなった財産又は営業の引受であることであり、もう一つは債権者への引受の通知、あるいは公の紙面による公示である²⁷⁰⁾。

(a) 財産あるいは営業の移転

財産引受人は、全財産あるいは全営業を引き受ける必要はない。しかし、全財産あるいは全営業の移転でない場合には、その移転する財産又は営業は組織的に一体である（*einen organische in sich geschlossen Teil des Vermögens oder Geschäftes*²⁷¹⁾）ことが必要である。営業の積極財産の全てが移転されない場合でも、OR181条は適用される。

この規定の財産（積極財産）の移転については、包括承継ではなく特別承継の原則が適用される。具体的に言えば、不動産の移転は登記簿に登録されることであり、動産の移転は引受人への引渡が要件となる²⁷²⁾。

また、OR181条は、財産引受人は債務者と債務引受について合意することが必要である。この場合OR175条による債務者（財産譲渡人）と財産引受人との間の引受契約（内部的引受契約）が問題となる。内部的引受契約の要式は、原則自由である²⁷³⁾。

268) Honsell/Tschäni (1992), a. a. O. (Fn. 266), S. 838.

269) Honsell/Tschäni (1992), a. a. O. (Fn. 266), S. 838.

270) Honsell/Tschäni (2007), a. a. O. (Fn. 265), S. 916.

271) Honsell/Tschäni (2007), a. a. O. (Fn. 265), S. 916.

272) Honsell/Tschäni (1992), a. a. O. (Fn. 265), S. 837.

273) Honsell/Tschäni (2007), a. a. O. (Fn. 265), S. 917.

財産引受人が債務を引受けなかった場合は、OR181条の要件が欠け、OR181条は適用されない。財産引受人が債務を引き受けなかったことにより、債権者が損害を受けた場合には、債務者（財産譲渡人）と財産引受人との債務を引き受ける合意があっても、債権者は財産引受人に対して責任を追及するのではなく、可能な限り、「債務取立と破産に関する連邦法（BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889以下SchKG）」285条以下によって債権者取消権の行使を優先することになる。債権者による債務者（財産譲渡人）と財産引受人との債務を引き受ける合意に基づく財産引受人への責任の追及は、SchKG285条の行使を留保すれば許容される²⁷⁴⁾。

(b) 債権者への通知又は公示

財産又は営業を引き受けたことを財産引受人から債権者へ知らせる方法は、通知か公の紙面による公示である。財産引受人から発せられる債権者への通知は、債権者が受け取る必要はない。また通知の要式も要求されていない²⁷⁵⁾。

債権者が大勢いることを想定して、債権者に知らせる方法は、実務上スイスの官報（Schweizerischen Handelsamtsblatt）によって行なわれるのが一般である²⁷⁶⁾。この官報による公示は、財産または営業が財産引受人のもとに移転したと説明されていれば十分である²⁷⁷⁾。債務の移転を特別に記載する必要はない。公示は官報が発行された時点に、あるいは回覧が到着した時点に効力が発生する²⁷⁸⁾。このように官報により財産または営業が移転したことを債権者に知らせるだけでよいとしている。

OR181条による債務引受はOR176条に従った外部引受契約（die externe Schuldübernahme 免責的債務引受）とは違う債務引受なので、債権者の同意は必要ないと考えられている²⁷⁹⁾。したがって、財産または営業が移転したことを知るために債権者が通知を受け取ることは要件となっていない²⁸⁰⁾。個々の債権

274) Honsell/Tschäni (2007), a. a. O. (Fn. 265), S. 917. BGE II 291.

275) Honsell/Tschäni (2007), a. a. O. (Fn. 265), S. 917.

276) Honsell/Tschäni (2007), a. a. O. (Fn. 265), S. 917.

277) Honsell/Tschäni (2007), a. a. O. (Fn. 265), S. 917.

278) Honsell/Tschäni (2007), a. a. O. (Fn. 265), S. 917.

279) Honsell/Tschäni (2007), a. a. O. (Fn. 265), S. 917.

者との特別な免責的債務引受契約をOR181条は要求していないのである。

財産引受人が全債務を引き受ける場合には、債務に関する債権者への通知は必要ない。なぜなら、全債務は財産引受人が引き受けたと見做されるからである。例えば、貸借対照表にしたがって資産と負債をともに引き受けるということを通知によって債権者に知らせた場合、引き受けられた財産の貸借対照表の中で確かに負債が除外されていても全部の負債が引き受けられたと見做される。財産引受人が負債財産の一部だけを引き受ける場合には、債権者への通知の中に明確に記載されていなければならない²⁸¹⁾。

(ウ) 効果

OR181条の上述の諸要件が満たされる限り、財産や営業と結び付いた債務は法律によって財産引受人に移転する²⁸²⁾。つまり債務者と財産引受人との債務引受の合意では、債務は財産引受人に移転しない。要件が満たされた場合に法律によって債務者（財産譲渡人）から財産引受人に債務が移転するという構成になっている。そして、債務の移転に対して財産や営業を形成する積極財産の移転は別に考えなくてはならない。積極財産は、積極財産の移転を規定する法律の要件を充足することによって移転する²⁸³⁾。

(a) 移転する債務

債務引受によって引き受けられた財産または営業と結び付いたすべての債務が含まれる。条件付の債務も時効の債務も含まれる²⁸⁴⁾。

(b) 財産譲渡人の責任と財産引受人の債務

OR181条第2項にしたがって旧債務者（財産譲渡人）は新債務者（財産引受人）とともに3年間責任を負う。財産引受人は債務者として債務を負う。3年間の期間の始期は支払期限のきた債権については通知したとき、公示の場合は官報が発行された時点、あるいは回覧が到着した時点である。後日、支払期限が到来する債権においては支払期限の到来が3年間の期間の始期である²⁸⁵⁾。

280) Honsell/Tschäni (2007), a. a. O. (Fn. 265), S. 917.

281) Honsell/Tschäni (2007), a. a. O. (Fn. 265), S. 917.

282) Honsell/Tschäni (2007), a. a. O. (Fn. 265), S. 917.

283) Honsell/Tschäni (2007), a. a. O. (Fn. 265), S. 917.

284) Honsell/Tschäni (2007), a. a. O. (Fn. 265), S. 916.

第2項にある3年間の期間が進行した場合に債権者は、債務者である財産引受人のみに請求できる。

(c) OR181条の効果を生じさせない方法

この条文の諸要件を満たすとき、法律に基づき上記の法律的效果を生ずる。しかし、次の方法により上記の法律的效果を生じさせないことができる。

①財産譲渡人（債務者）と財産引受人は債権者への引受の通知あるいは官報による公示をしないことによって法的効果を避けることができる。この場合、財産譲渡人（債務者）と財産引受人は内部的な債務引受に制限される²⁸⁵⁾。

②財産譲渡人と財産引受人は個々の債権者とOR176条以下の意味における免責的（外部的な）債務引受契約を締結することができる。この場合は、財産引受人が債務を負い、財産譲渡人には3年間引き続き責任を負うという効果は生じず、譲渡人（債務者）は債務を免れる。

③財産を引受けた旨の債権者への通知あるいは公の紙面への公示をしても、当事者は個々の債権者と条文とは異なる効果を生じる合意を結ぶことができる。例えば、譲渡人（債務者）は条文にある3年の期間を経過する前に免責されることになるという合意も有効である²⁸⁷⁾。

3 小括

オーストリア法・スイス法とドイツ法の間で最も異なる点は、二重の責任を負う危険性があるか、という点である。財産引受人の責任の限度について、ドイツ法は、債務の存在を知っているかいないかに拘わらず、責任を負う。したがって、財産引受人は引受けた財産の価値を限度として二重の責任を負う危険性がある。これに対して、オーストリア法は、知っていたか、知らなければならなかった債務について責任があり、スイス法は、内部的債務引受契約によって移転した債務について責任がある。オーストリア法、スイス法とも認識できる債務について責任を負うので、二重の責任が回避できる。この点にオーストリア法、スイス法の

285) Honsell/Tschäni (2007), a. a. O. (Fn. 265), S. 918.

286) Honsell/Tschäni (2007), a. a. O. (Fn. 265), S. 918.

287) Honsell/Tschäni (2007), a. a. O. (Fn. 265), S. 918.

財産引受が残っている理由があると考ええる。

V 各国の比較と日本法への示唆

1 ドイツ法、オーストリア法、スイス法の比較

Ⅲでドイツ法の財産引受の特徴と生成から消滅を概観し、その問題点を明らかにした。Ⅳでは、財産引受の新たな展開としてオーストリア法とスイス法の財産引受を概観してきた。以下では「財産概念と債務の引受形態の比較」「重疊的債務引受の構造」「債権者の保護」「財産引受人の責任と保護」「二重の責任について」「債務者（財産譲渡人）の責任と保護」という観点から各国の制度を比較し、検討する。

(1) 財産概念と債務の引受形態の比較

いずれの国の財産引受も民法上債務引受の中に規定されている。しかし、いずれの財産引受も財産と債務の移転の構成は同じではない。

ドイツ法の財産引受は、ドイツ特有の財産概念から特徴的な制度になっている。財産にはプラスの積極財産とマイナスの消極財産があり、財産が移転するということは積極財産だけでなく消極財産も移転することを意味する。しかし、財産を引き受けた者は財産を引き受けたことによって消極財産を引き受けるわけではない。消極財産に対する責任と財産引受人を結び付けるのは法律である。財産を移転する契約を締結した者に法律によって責任（Haftung）が負わされる。

これに対して、オーストリア法は、基本的には財産は積極財産だけと解する。そして財産とは信用を得る基礎である。財産を根拠に信用を得た場合、この債務を財産と結び付いた債務といい、財産を信用の基礎となった財産と呼んでいる。財産と債務が結び付いているといっても財産と債務と一緒に移転するわけではなく、ここでは財産を基に信用を与えたという意味で債務と財産が結び付いているといっているのである²⁸⁸⁾。財産と密接に係る債務といえる。財産が移転する場合、信用の基礎となった積極財産が財産引受人に移転し、財産と結び付いた債務は債務者（財産譲渡人）に留まることになる。このように財産が移転すると

288) Gschnitzer (1986), a. a. O. (Fn. 224), S. 194.

信用の基礎となった財産と債務が分離する。この場合、財産引受人は信用の基礎となった財産を取得していることから、法律によって債務加入し、債権者に直接債務を負う。譲渡人（債務者）に信用を与えたのだから譲渡人も引き続き債権者に債務を負う²⁸⁹⁾。

スイス法は、財産は積極財産と消極財産（債務）とで構成されているが、積極財産と消極財産（債務）は別々に移転する。すなわち、不動産や動産は契約によって移転し、不動産は登記されたとき、動産は引渡によって移転が完了する。したがって、積極財産が移転しただけでは債務についての義務が財産引受人に生じない。まず、消極財産の移転は債務者（財産譲渡人）と財産引受人との債務を引き受けるという内部契約（interner Vertrag）によって債務者と財産引受人間で債務が移転する。これだけでは、債務者（財産譲渡人）と財産引受人の間だけで債務が移転しているだけで債権者に対する債務を負担していない。債務者（財産譲渡人）か、財産引受人から債権者に財産が財産引受人に引き受けられたとの通知をするか官報に掲載した場合に、財産引受人に債務が移転し、元の債務者（財産譲渡人）は3年間引き続き責任を負うという効果が生じる²⁹⁰⁾。3年経過後は元の債務者（財産譲渡人）には責任がなくなり、財産引受人が免責的債務引受をしたことになる。このようにスイス法では積極財産と債務は別々に移転する。そしてドイツ法とはちがって財産引受人には債務が移転し、財産引受人が新しい債務者となる。元の債務者である財産譲渡人には、債務はなく、責任だけが残る。法律による債務の移転も、元の債務者（財産譲渡人）と財産引受人間による債務引受によって移転していることを追認するような意味であり、元の債務者（財産譲渡人）には債務がないので、法律によって元の債務者（財産譲渡人）と責任が結び付けられていると解される。

以上のように財産に対する考え方が各国で異なることから、債務の移転又は責任が生じる構成が異なっている。

(2) 重畳的債務引受の構造

財産引受を通して比較法的に重畳的債務引受をみると、それぞれ異なった重畳

289) Gschnitzer (1986), a. a. O. (Fn. 224), S. 194.

290) Honsell/Tschäni (2007), a. a. O. (Fn. 265), S. 918.

的債務引受であることがわかる。ドイツ法は財産引受が行われると重疊的債務引受の効果によって財産引受人は責任を負うとなっている。この責任を負うとは、責任の限度が引き受けた財産に限られるという意味である。

オーストリア法は財産引受が行われると重疊的債務引受の効果によって、財産引受人は債務を知っていたか、知らなければならなかった場合に債務に加入し、債務者（財産譲渡人）と連帯債務になる。

スイス法は債務者（財産譲渡人）と財産引受人の契約によって内部的に債務が移転する。そして財産を引受けたことを債権者に通知するか、官報に掲載することによって元の債務者（財産譲渡人）が重疊的に責任を負う。その後3年が経過すると元の債務者（財産譲渡人）の責任は消滅し、財産引受人だけが債務を負う。この財産引受人だけが債務を負うというところで免責的債務引受が行われたと説明されている。したがって、財産引受が行われた時点で重疊的に債務引受されたと説明されるが、その内容は、財産引受人に債務は移転し、元の債務者には責任が残るというものである。この責任という意味は、財産引受人の債務とまったく同一の債務ではないという意味である。なぜなら、債務者（財産譲渡人）の責任は、3年後に消滅し、しかし、財産引受人の債務には影響しないという責任である。

このようにドイツ法、スイス法、オーストリア法の財産と債務の引受形態の相違から、重疊的債務引受の形態が一つではないことが理解できる²⁹¹⁾。

(3) 債権者の保護

支払能力のある債務者（財産譲渡人）から支払能力のない財産引受人に財産が移転しても、ドイツ法は、旧債務者が引き続き債務を負うことによって債権者保護が図られている。

オーストリア法は、財産引受人が債務加入によって債務者と連帯債務を負うことによって債権者が保護されている。

スイス法は、財産引受の通知と債務者（財産譲渡人）が財産引受人とともに3年間連帯して責任を負うことによって保護される。

スイス法では財産の引受人が新たな債務者と位置づけられる。オーストリア法では財産引受人は連帯債務者となる。ドイツ法は、財産引受人は「責任を負う」となっており債務そのものを引き受けているわけではない。このことは次の財産

引受人の責任と保護に関係してくる。

(4) 財産引受人の責任と保護

財産引受人の責任は「財産に応じた責任 (pro viribus)」か「財産による責任 (cum viribus)」に分かれる。財産引受人の「財産に応じた責任 (pro viribus)」は、財産引受人がもともと持っている財産にまで譲渡人の債務について責任が及ぶということである。これに対して引き受けた「財産による責任 (cum viribus)」は、財産引受人が引き受けた財産によって譲渡人の債務について責任を負えばよい。

ドイツ法は、積極財産に伴って消極財産も移転する。消極財産の移転は積極財産とともに移転するので、財産の引受人は、その消極財産を認識しているか、認識していないかに拘わらず責任を負う構造になっている。これについて「財産に応じた責任 (pro viribus)」を負わせては酷だろうということが立法過程で議論された。財産とともに全債務が移転する現象は、相続に似た現象から限定承認の

291) 日本では、重疊的債務引受について、引受人Cが原債務者Bとともに、同一内容の債務を負う契約と定義されている。Bはこれによって免責されることなく、債権者Aは、原債務者と引受人の両者に対して債権を有することになる。引受人の債務には保証のような附従性はなく、債権者は原債務者・引受人のいずれにも請求するという意味では、連帯債務(連帯保証)により近い。ただし、債権者・引受人間の契約によるパターンの場合には、連帯債務(連帯保証)において前提とされる主観的結合関係が、原債務者・引受人に存在しないと考えられるので、その場合はいわゆる不真正連帯債務と解されている(通説)(末川・前注38)260頁以下、池田・前注86)254頁。)

しかし、ドイツ法、スイス法、オーストリア法の財産引受に現れる重疊的債務引受は日本の重疊的債務引受に厳密には該当しない。ドイツ、オーストリアはいずれも同一債務を引受けているわけではない。ドイツでは財産引受人に責任を生じる。オーストリアでは財産引受人は債務に加入して連帯債務者になる。スイスでは、財産引受人に債務が移転し、元の債務者には責任が残る。スイスでは債務者は連帯債務というよりは連帯保証人の地位に近いものと解することができる(「(保証債務は)現行法上は保証人みずからも債務を負うが、責任を負うことだけに存在意義がある。」我妻・前注66)75頁)。

日本でも重疊的債務引受を取引の形態によって各種の重疊的債務引受と解することは可能と考える。加藤教授は、債権者・債務者・引受人による三面契約の重疊的債務引受を「保証契約(ないし保証契約類似)または連帯債務の合意」となるとし、債権者・引受人間の重疊的債務引受は「委託を受けない保証契約(ないし保証類似の契約)」となるとしている(加藤・前注49)342頁以下)。

また、判例には、原債務者の意思に反する重疊的債務引受を有効と構成するために、重疊的債務引受と保証の類似性を挙げて、債務者の意思に反する保証が可能であるとす民法426条2項を重疊的債務引受に類推適用した判例がある(大正15年3月25日民集5巻219頁)。

考え方を取り入れ、引き受けた財産を限度に責任を負わせる「財産による責任 (cum viribus)」が適用されることになった。これにより財産引受人は、財産の価値の範囲内で責任を負えば足り、引受人の保護が図られているといえる。

オーストリア法は、「財産に応じた責任 (pro viribus)」が適用される。オーストリア法は財産が移転する場合、財産引受人は信用の基礎となった財産を取得していることから、法律によって債務加入し、債権者に直接義務を負う。譲渡人(債務者)に信用を与えたのだから譲渡人も引き続き債権者に責任を負う²⁹²⁾と解されている。そして財産引受人の責任は、財産を引き受ける際に「知っていた」か「知らなければならなかった」債務についてのみ責任があると規定されている。したがって、財産の引受人は「知っていた」か「知らなければならなかった」債務について全額支払う義務が生じるので、引き受けた財産以上に債務があれば、自分の財産によって支払わなければならない。但し、その支払うべき債務は「知っていた」か「知らなければならなかった」債務に限定される。ここに引受人の保護が図られている。

スイス法では、債務が財産の負担として移転するのではなく、債務を引き受ける合意によって移転する。債務者(財産譲渡人)と財産引受人とで債務引受についての合意があり、債務者(財産譲渡人)と財産引受人との間で債務の全額を支払うことが合意されているので、引き受けた財産以上に債務があれば、引受人が元々所有する財産をもってしても債務を支払わなければならない²⁹³⁾。すなわち「財産に応じた責任 (pro viribus)」があると言える。したがって、財産引受人の責任に対する引受人の保護は「債務者と引受人との合意」によって図られていることになる。

このように、財産引受人の責任と保護も、財産の概念と債務の移転の考え方によって異なっているのがわかる。

(5) 二重の責任について

スイス法では債務を引き受ける合意がある。したがって、財産を引き受ける際

292) Gschnitzer (1986), a. a. O. (Fn. 224), S. 194.

293) Norbert Meier, Die Vermögensübernahme nach französischem, englischem, schweizerischem und österreichischem Recht, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (1985), S. 65.

に財産引受人は債務についても考慮し、あらかじめ債務の額だけ減額して財産を有償で譲り受けるのが一般的であると考えられる。また、オーストリア法は、「知っていたか」「知らなければならなかった」債務について責任を負う。財産引受に際して財産引受人は債務を「知って」いれば、やはり債務の額だけ減額して取引するのが一般的である。オーストリア法では財産引受人が思わぬ損害を被ることはないだろう。親族間のような親密な場合には、証明責任を財産引受人である親族に転換していることも妥当である。財産引受は親族間で行なわれることが多いからである。二重の責任を生じる可能性は低い。しかし、「知らなければならなかった」債務である以上、知らないで財産を有償で引き受けてしまえば引受人が二重の責任を負うことになる。

ドイツ法は、財産引受人が債務を知っているか、否かに拘わらず、責任を生じる。ドイツでも債務があることを知っていれば、債務の分だけ減額して取引する。問題は債務の一部しか知らなかった場合や債務があることを知らなかった場合である。この場合は二重の責任を負う可能性がある。このように二重の責任については、スイス法が引受人を一番保護していると言える。オーストリア法は、ドイツ法に比べれば納得でき、許容できる仕組みである²⁹⁴⁾。

(6) 債務者（財産譲渡人）の責任と保護

ドイツ法、オーストリア法、スイス法とも財産引受が行われると債務者（財産譲渡人）は、引き続き債務ないしは責任を負う。ドイツ法とオーストリア法は、期間に制限がない。そして、債権者が債務者（財産譲渡人）の債務を放棄することが可能であり、特にドイツでは債権者の黙示の放棄も認めている。債権者からの放棄によって、財産のない債務者（財産譲渡人）が債務から解放される。ここに債務者（財産譲渡人）保護が図られているといえる。

スイス法は、債務者（財産譲渡人）の責任は3年に制限される。3年経過後は債務者（財産譲渡人）の責任はなくなり、免責的債務引受となり財産引受人のみが債務を引き受ける。スイス法はドイツ法やオーストリア法よりも財産を持たない債務者（財産譲渡人）の保護が図られているといえる。

294) Eisemann (1976), a. a. O. (Fn. 8), S. 501.

2 比較のまとめ

以上3国の財産引受の比較をまとめると、ドイツ法は、財産に対する独特な考え方から、引受人の責任が財産の価値に制限され、二重の責任を負う可能性も高い。これでは取引の安全が懸念される。オーストリアの財産引受は、財産引受人の「知っていた」か、「知らなければならなかった」債務を引き受けるので二重の責任に問われる可能性はドイツよりは低い。しかし、「知っていた」か、「知らなければならなかった」債務というのは明確ではない。スイスの財産引受の場合、債務者と財産引受人との間で債務を引受ける契約（内部契約）をするので二重の責任が起こる可能性は一番低い。

さらにスイスの財産引受は、債務者（財産譲渡人）か財産引受人から債権者に財産引受人が財産を引き受けた通知をするか官報に掲載すると、法律によって財産引受人に債務が移転し、債務者は3年間引き続き責任を負うという効果が生じる²⁹⁵⁾。3年経過後は債務者の責任はなくなる。債権保全が十分でなければこの期間の内に債権保全を強化すればよい。また、債権保全上、債務者（財産譲渡人）を必要としなければ3年経過後は財産引受人（新債務者）のみの負担とすればよい。

このようにスイス法は債権者保護、債務者保護、引受人保護がバランスよく実現される制度であると考えられる。

3 日本法への示唆

財産引受は、石坂博士や末川博士、我妻博士等によって紹介されてきた。しかし、紹介された内容は、債務者と引受人との免責的債務引受契約について、債権者の同意があれば可能とした学説、さらに債権者の同意を不要とする債務者と引受人との契約による重疊的債務引受の考え方や、重疊的債務引受による債権者保護等、債務の流通の促進を図る視点として断片的なものにとどまっていた。

本稿もかならずしも財産引受について網羅しているわけではないが、いままでに紹介されてこなかった財産概念と債務の移転ないしは責任の発生や二重の責任

295) Honsell/Tschäni (2007), a. a. O. (Fn. 265), S. 918.

について明らかにし、3国のなかではスイス法が優れていることが確認できたと考える。

財産引受の研究はまだ不十分ではあるが最後に、スイス法を財産引受のモデルとして本稿の冒頭であげた事例に適用して、財産引受の有用性を考え、わが国への財産引受の立法の可能性を考えてみたい。財産引受を日本に導入し、定着できるかは、日本にその下地があるかどうかの検討も必要であるが、この点については立ち入りえない。

(1) 事例への適用

事例1にスイスの財産引受の考え方を適用するとどうなるか？アパート（財産）を遺産分割に協議によりBが引き受ける。BとCとでアパートローンを引き受ける合意が必要だが、遺産分割協議に債務をBが引き継ぐと書かれてなくても、アパートを引き受ける中に債務の合意があったと解することが可能であろう。Cが債務を負ったまま財産の移転に協力することは考えられないからであり、そのようにしても債務者が不利になることはない。そして、スイスの財産引受を参考にすると、財産引受人Bから財産を引き受けた通知をすれば、法律によって財産引受人Bに債務が移転し、債務者Cは3年間引き続き責任を負うという効果が生じる。債権者であるXとしては、通常、債務者Cを免責してもかまわないので（債権管理上その方が都合もよい）、3年経過後はB単独の債務となる。債権保全上不安があれば3年間の内に債権保全処置をとればよい。

確かに、相続財産と債務の処理については、ドイツ、オーストリア、スイスの3国と日本とで制度が違い、単純に適用することはできないだろう。これらの国では金銭債務は当然分割されないため、日本のように相続財産と債務が分離する事象は起こらず、財産引受は活用されていないからである。相続財産と債務の処理について財産引受を適用できるかを検討するには、ドイツ、オーストリア、スイスの相続制度と日本の相続制度の機能について考察する必要がある。この点は別稿で検討したいが、ここでは次のように考えて事例1に財産引受を適用してみた。

まず、ドイツ法、オーストリア法、スイス法には、相続財産が売却されるときには、債務について財産の引受人も責任を負う「相続財産の売買（Erbschaftskauf）」

(BGB2371条～2385条)、(ABGB1278条～1283条)、(ZGB639条)という制度がある。

「相続財産の売買」は、相続人に帰属した相続財産を売却した場合、相続債務についても、相続財産の譲受人は、相続財産を売却した相続人とともに相続債権者に対して責任を負うという制度である²⁹⁶⁾。相続財産の売買という制度は、物的債務者と人的債務者とが相続財産の譲渡によって矛盾しないようにしている。

相続財産の取引の場面でも財産と債務ないしは責任を一致させようという制度が確立していることを考えると、相続の場面でも財産と債務ないし責任は一致していることが前提であると考えられる。

また、事例1でのべたように日本では金銭債務が可分債務(民法899条)であることから、相続が開始されると法定相続人に当然分割される(大決昭和5年12月4日民集9巻1118頁。最判昭和34年6月19日民集13巻6号757頁)。そして金融実務では、その後に引続きローンを返済する相続人にその他の相続人の債務を引き受けさせ、債務者を一人にする。ここまでの処理を相続債務の処理と言っている。しかし、相続は当然分割された時点で終わっており、その後一人の相続人が他の相続人の債務を引き受けるという処理は、相続債務ではない一般的な債務の処理と考えることも可能である。

このように考えると事例1のような相続債務の処理に財産引受を活用することは許容できるのではないだろうか。

次に事例2について、劇場の収益に基づいて信用を与え、劇場が全財産と仮定してスイス法の財産引受の考え方を適用してみよう。

Y1は劇場建設のためにXから借りた債務の弁済ができなくなり、A会社に劇場の所有権とその経営権を譲渡するとともに、X会社に対する債務をも免責的に引き受けてもらうことにした。Y1とA会社は契約によって財産を移転している。同時に、債務についてはY1とA会社との間でAが引き受ける合意がある。ここにスイス法の財産引受で云う債務についての内部契約によって引受が行われたと解することができる。

296) ドイツ法上の「相続財産の売買」についての邦語の解説は、現代外国法典叢書神戸大学外国法研究会編『独逸民法V』〔近藤英吉〕(1955年・有斐閣)451頁以下を参照。

次に事実によれば、Y1とB（A会社の代表者）はこの免責的債務引受契約をXに示して承認を求め、X（代表者C）はこれを承認した。スイス法の財産引受では、財産をAが引受けた旨の通知を債務者Y1またはAからXにすれば、Aが債務者となり、財産の譲渡人Y1も3年間責任を負う。Y1とAとの債務引受契約は、事実によれば免責的債務引受となっているので、3年経過後はY1を免責してもかまわないものとする。

問題は、Y2の物上保証とBの連帯保証である。判例のように免責的債務引受と担保の理論を適用すれば、Y2、Bの同意がなければ、物上保証と連帯保証は消滅する。スイス法をモデルとした財産引受を適用すれば、債務は法律によって移転するのでこれらの担保は存続する。

このように、財産に対して信用を与えた場合は、財産引受を適用した方が妥当な結論を得ることができると考える。

(2) 財産引受の導入（立法論）

スイス、オーストリアの民法典には現在も財産引受が規定されている。ドイツでは財産引受は廃止されたものの、特定物や財産が移転しても人的債務者と物的債務者が一致する制度（「抵当権が設定されている不動産の移転にともなった債務引受、BGB416条」と、「相続財産の売買BGB2371～2385条」）が規定されている。そして、これら二つの制度は、オーストリア、スイスでも規定されている（「抵当権が設定されている不動産の移転にともなった債務引受、ABGB1408条、OR183条、ZGB832条～834条」と「相続財産の売買、ABGB1278条～1283条、ZGB639条」）。

「抵当権が設定されている不動産の移転にともなった債務引受」は、抵当権の設定された不動産が譲渡された場合に、不動産の取得者に抵当権の被担保債権（債務）を引き受けさせ、不動産の譲渡人（債務者）が改めて責任を負わないようにし、物的債務者と人的債務者とが不動産の譲渡によって矛盾しないようにする制度である²⁹⁷⁾。債権者の黙示の同意といった追認の擬制によって不動産の譲渡人（債務者）と不動産の取得者（引受人）との債務引受の成立を容易にしてい

297) ドイツ法上の「抵当権が設定されている不動産の移転にともなった債務引受」について邦語の解説は、右近・前注106)372頁を参照。

る。ドイツを例にあげれば、不動産の譲渡人（債務者）からの債務引受をしたとの「通知が到達してから6カ月が経過した場合において、債権者が追認をあらかじめ譲渡人に対して拒絶していないときは、追認があったものとみなす。」と規定している（BGB416条第2文）。

また、「相続財産の売買」は、上述したように相続人に帰属した相続財産を売却した場合、相続債務についても相続財産の譲受人は、相続財産を売却した相続人とともに相続債権者に責任を負うという制度である。

このような特定物や財産が移転しても人的債務者と物的債務者を一致させる制度がヨーロッパを代表する民法典にあることを考えると、日本でも財産引受を立法できる余地があると思う。

例えば、上記のアパートローンの相続債務と相続財産であるアパートの関係（事例1）や、劇場建設と債務引受の事例（事例2）は、財産引受を日本に導入する余地があることを示唆するものとする。

確かに、人的債務者と物的債務者が分離しても、現在の債務引受と担保の議論によって一致させることは可能である。しかし、アパートローンの相続債務と相続財産であるアパートの関係（事例1）や、劇場建設と債務引受の事例（事例2）のように財産に対して信用を与えた事案には、財産引受を立法化し、これを適用した方が、解釈論より妥当な結論を得ることができると考える。

どちらの事例も債務者側の都合で財産と債務が移転するにもかかわらず、債務引受の解釈論による処理では債権者側が財産引受人や債務者、担保提供者と協力して債務引受契約、担保提供の意思の確認などによって債権保全を図らなくてはならない。財産引受であれば、債権者が債務者に協力する場面はない。債務者あるいは引受人からの財産の移転の通知があれば、財産に関する債務は保全が図られるのである。財産引受は、債務と財産の移転を促進するだけでなく、責任財産が移転しても契約を継続しながら債権保全が図れる制度である。ここに財産引受の導入を検討する意義があると思う。

4 今後の課題

本稿ではドイツ法、スイス法、オーストリア法の財産引受を比較することに

よって財産引受の基本的な部分を考察した。特に、財産に対する考え方と債務の移転形態、債務者・財産引受人の責任などについて明らかにできたと考える。そして、3国の比較によってスイスの財産引受が優れていることを確認し、スイスの財産引受を日本における事例に適用してその有用性を検討した。

しかしながら、スイスの財産引受が優れているにしても単純に日本に導入することはできない。財産引受が日本に受け入れられる素地があるのか、特に、相続財産と相続債務の処理に財産引受を適用するには、相続制度に関する検討が必要である。この点が課題である。

また、財産引受の判例、財産引受に関連する制度である「抵当権が設定されている不動産の移転にともなった債務引受 (Übernahme einer Hypothekenschuld)」(BGB416条)、(ABGB1408条)、(OR183条、ZGB832条～834条)と「相続財産の売買 (Erbschafts Kauf)」(BGB2371～2385条)、(ABGB1278条～1283条)、(ZGB639条)を検討し、財産引受の理解を深めるとともに、日本で活用できるかを考えて行きたい。