

財産引受と債務の相続に関する比較法的研究

— 財産引受に関する比較法的考察（その2） —

江 島 広 人^{*}

- I はじめに
- II 財産引受
- III 相続における可分債務の処理（外国法）
- IV 相続における可分債務の処理（日本法）
- V 日本法への示唆
- VI おわりに

I はじめに

1 問題の所在

事例1

X銀行は、高齢者であるAに対して、賃貸用共同住宅資金を長期で貸付け（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、評価額は1億円）に抵当権を設定した。数年後、Aが死亡した。アパートローンの残債務は6,000万円あり、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Cがアパートを相続することになった。

自宅購入のための住宅ローンの場合、債務者が死亡した際には団体信用保険によって債務は清算される。これに対してアパートローンの場合、高齢な契約者が多いことや、融資金額が高額であること等により団体信用生命保険が付保されていないケースが多い。このようなアパートローンで相続が開始されると、判例に

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第11巻第1号2012年3月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程修了（2011年3月法学博士取得）

よれば、可分債務である金銭債務は当然分割される¹⁾。

被相続人の負担していた金銭債務は共同相続人に帰属するところ、「債権債務の共同的帰属」については、債権総則中の「多数当事者の債権関係」に関する規定(民法427条以下)が特則となっている。したがって、共有一般の規定が排除され、この特則によって処理される。その結果、可分債務である金銭債務については、法律上当然に相続分にしたいが分割され、各相続人に帰属する²⁾。

したがって、事例1でBとCが遺産分割協議をしてアパートをCに帰属させても金銭債務は、当然分割されたままでアパートを取得していない相続人Bには1/2である3,000万円の債務は残ったままであり、アパートを取得した相続人Cの債務も1/2である3,000万円のままである³⁾。引当てとなっていたアパートの所有者と債務者が一致しなくなる。

しかも、相続人BとC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Xは、相続人数の別個の独立した融資取引が発生したの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、不都合を生じる場合がある⁴⁾。相続人は物件を相続したものが債務を引き継ぐと思っているのが通常である。住宅金融公庫の債務について物件を所有した者が債務承継したとする遺産分

1) 大決昭和5年12月4日民集第9巻1118頁。大判昭和16年5月6日新聞4706号25頁、最判昭和34年6月19日民集13巻6号757頁。

2) 潮見佳男『相続法第3版』(2010年・弘文堂)99頁。

3) 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。最高裁判決平成17年9月8日(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、法定相続分にしたいがって相続人に支払うところまでできています。アパートが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。

割の審判（大阪高裁決定昭和43年8月28日家裁月報20巻12号78頁）は、物件を相続した相続人が債務を引き継ぐという相続人間の意思を反映したものと考える。

事例1のような可分債務の相続について学説には、分割承継説と非分割承継説の対立がある。相続財産については共有説と合有説との争いが古くからあり、相続財産の性質をどちらに解するかによって、可分債務も分割承継説か非分割承継説に分かれていた。共有説では、遺産共有の個別財産上に相続人の持分権を認める。合有説は、遺産共有の各相続人には個別財産上に持分権を認めない。したがって、共有説は分割承継説、合有説は非分割承継説が結びついた。しかし、近年、共有説にたちつつも債権者保護の観点（分割されると、相続人全員から取立を要し煩雑化し、無資力の相続人の分は回収不能となる）から、分割に親しまない性質上不可分とみる説が多数説となっている⁵⁾。

金融実務はどうか。住宅ローンの返済についても承継者が決まるまでは、合有説に近い処理がなされている。毎月の返済は共同相続人全員が同意の基に支払っていると見ている。相続が開始されても契約は分割されず、債務残高の管理も分割することなく1つの契約として管理される。

しかし、ローンを承継する手続きにおいては、判例に従って相続人に当然分割された債務を一つにする処理が行われる。すなわち、債務を引き受ける相続人、債務を免れる相続人と債権者として免責的債務引受契約を締結することになる（重畳的債務引受も考えられるが、時効の絶対効（民法439条）や免除の絶対効（民

-
- 4) 佐伯聡「個人債務者が死亡したときの対応」金融法務事情1695号（2004年）23頁。泉久雄「相続法に残されたもの（その二）」山島正男先生、五十嵐清先生、藪重雄先生古希記念『民法学と比較法学の諸相Ⅰ』（1996年・信山社）168頁。「債権者のうける不利益とは、a債権が細分され債務者が多数になることにより、債権取立て等の手数が煩雑となること、b相続人およびその各自の債務の負担割合（法定相続分率）の確知が困難なこと、そしてとくに、c共同相続人中のある者が無資力であること——たとえ他の共同相続人が十分に豊かであっても——その負担債務部分は、焦げつきになること、がそれである。」鈴木録弥『相続法講義改訂版』（1996年・創文社）246頁。aについて付け加えれば、実際、金融機関が、相続開始後法定相続分の債務が相続人に相続されたとしてそれぞれの相続人（事例1ではBとC）の債務残高を管理するには大変なコストと手間が必要となる。
- 5) 島津一郎・松川正毅編『基本コンメンタール相続（第5版）』（副田隆重担当）（別冊法学セミナー193号）（2007年・日本評論社）44頁。

法437条)など債権管理に手間がかかり⁶⁾、アパートローンでは免責的債務引受が多いようである)。免責的債務引受契約は債務者の意思に反してはなしえないと解されている⁷⁾ので、債務を免れる債務者の承諾を得るのが原則である⁸⁾。しかし、実際に、債務を免れる相続人から債務引受について承諾を得ることは難しい⁹⁾。遺産分割協議で争った後に、債務引受の契約に協力する相続人は少ない。たとえ債務を免れるとしても、他の相続人に協力したくない相続人が多い。

相続の場合、相続人間に紛争が生ずる場合が多く、加えて債務の相続について一般の理解が必ずしも十分でないことから、金融機関としては、その対応に苦慮し、手続きが遅延してしまうことが少なくない¹⁰⁾。

確かに、時間と手間を考えず相続債務の処理をするだけであればこれまでの実務で行なわれている免責的債務引受、重量的債務引受、それに債務引受と担保の関係によって処理することに大きな問題はない。免責的債務引受において債務を

6) 瀬戸裕典「相続手続における免責的債務引受と重量的債務引受」金融法務事情1782号(2006年)21頁。

7) 近江幸治『民法講義Ⅳ』(1994年・成文堂)303頁。

8) 司法研修所編『遺産分割事件の処理をめぐる諸問題』(1999年・法曹会)255頁。

「債務については、遺産分割の前提となる共有又は準共有という法律関係が存在しないので、原則として、遺産分割の対象にならないというほかない。……遺産分割の対象になるのは、積極財産のみである。……しかし、住宅ローンなど、積極財産の分割に当たり考慮を要する消極財産であって、その負担者を定めることが相当と認められる場合がある。債権者の参加を得た上で、当事者全員の同意があれば、遺産分割と異なる同意の効果(債務の免責的引受)として、相続人の1人に負担させることも可能であろうか。」

9) 「本件借入についてはYおよびYの子を連帯保証人とし、土地、マンションには借入れのための抵当権が設定されていた。」「生前、被相続人所有地にマンションを建築し、建築借入金として負債を作り、相続時には路線価等によって対象の不動産の評価額を低くし、一方、負債との兼ね合いから相続税を低く抑えるということが通常行われている。本件の場合も、路線価が低く、相続税負担はなかった。Yはこれで相続税を免れ、ホッとしていた。そこでYは四億五〇〇〇万円の借入について銀行手続上、債務者AからYへの免責的債務引受契約を締結しようと思っていたところ、Xがこの免責的債務引受契約に押印しないというのである。何故、好き好んで二億円以上もの債務をYと同じ地位で引き受けようとするのか、Yはまったく理解できなかった。Xは放棄しなかった。金融機関も、すっかり困惑していた。」安部光彦「遺留分減殺権と相続債務との関係—平成二一年三月二四日最高裁判決までの裁判過程を通じての検討」『変貌する家族と現代家族法—有地亨先生追悼論文集—』(2009年・法律文化社)292頁、296頁。

10) 債務不履行の状態で相続が発生し、相続発生直後、相続手続きが完了しないうちに債務不履行が発生する事例も増えており、相続の絡んだ債権回収手続きも重要となっている。佐伯聡「個人債務者が死亡したときの対応」金融法務事情1695号(2004年)22頁。

免れる相続人からの同意が得られないといっても、金融機関が積極的に債務を免れる相続人に働きかけない面もある。融資と関係のない相続人と接触することによって金融機関が相続争いに巻きこまれるのを懸念して、相続人全員に接触することは少ないからである。

また、債務を引き受ける相続人と債権者だけで締結できる重疊的債務引受は、連帯債務になることからそれぞれの相続人の債権管理が難しいといわれている。しかし、手間をかければ困難なことではない。担保提供者からは時間をかけて債務引受の同意を得ることもかならず行っている。

しかし、当然分割された債務を免責的債務引受、重疊的債務引受、それに債務引受と担保の関係によって処理することは、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しなければならない。本来であれば、債権者の関与なく生じた事象なのだから、債権者が債権管理のために努力する必要はないはずである。

2 財産引受とは

このような事例1の状況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である。

財産引受とは、贈与や売買といった他人の財産を契約により引き受けた者がいるときに、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。財産引受はドイツ法系の民法に規定されているが、その要件効果は国によって異なっている。ここではドイツ法を例に説明しよう。

事例2

「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い、まだGに対する債務60,000ユーロ（支払い期限が10日後）を負っていることを語った。Sは自宅を100,000ユーロで売却して債務を返済し、残り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は債務額60,000ユーロを控除して、Sの唯一の財産である自宅を買い取った。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。』¹¹⁾

事例2では、Sの財産である自宅をAが譲り受けたことによって、債権者であるGは、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、次の点にある。債務引受では自宅の譲渡だけでは債務はAに移転せず、SとAの債務引受契約に債権者Gが同意することによってGがAに請求権を行使できるようになる。これに対して財産引受では、債権者Gは、債務者Sの自宅がAに譲渡されればAに請求権を行使できる。SからAの債務引受契約は必要ではない。

財産引受は、ある人の債務の引当てとなっている財産が他人に移転した場合に、債務も法律によって他人に帰属させる、あるいは責任を生じさせる制度である。つまり、財産引受は引当てとなっている財産の帰属と債務ないしは責任の帰属を一致させる機能がある。

このような有用性を持つ財産引受は事例1の相続債務の処理だけでなく以下の場合にも有用であると考えられる。

3 財産引受の有用性

(1) 営業の引受

例えば、BがCに自分の営業を譲渡した場合である。Bの営業の中には、AのBに対する甲債権が含まれている。Aの甲債権が、抵当権によって担保されていない場合には、Cの財産状態によっては、甲債権の弁済可能性に影響が生じる。Aの債権は、Bの営業や資産を評価して安全なものという前提で取得されている。しかし、Aの債権と、営業との間には先取特権を生じるほどの密接な関

11) Hans Eisemann, Die Haftung aus Vermögensübernahme—Bundesrepublik, Frankreich, England, Schweiz und Österreich—, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 176Band Heft6 (1976) S.487にある事例を参考にした。

係がないとすれば、営業がCに譲渡されてしまったときには、責任財産を失って、Aの債権のみが取り残される。財産引受は、営業が譲渡されると、Aの債権が、Cに対してもその責任を主張しうるとするものである¹²⁾。

具体的には、近年問題となっている貸金業者の過払金返還請求訴訟や、ゴルフ場の預託金返還請求訴訟にみられる営業譲渡における営業譲受人の責任をあげることができる。

過払金返還請求訴訟から見てみよう。たとえば、AがBから高利で借金をして、返済している途中で、BがCに債権を譲渡した。Aは返済を継続したが、過払いとなったという場合に、Aは、Bのもとで発生した過払金をCから回収できるかが問題となる。Aが不法な利息を支払う必要はなく、債権者に対する抗弁権が付着しているのはいうまでもないが、進んで返還請求もできるかが問題である。ここにも財産と債務の結合した一つの類型が存在する¹³⁾。

営業譲渡がなされた場合には、合併の場合と異なり、譲渡会社と譲受会社との合意によって、個別の債権債務が移転されることになる。したがって、過払金返還債務を承継するか否かは債務引受の問題になる¹⁴⁾。

この問題については、従来は、これを単なる債権譲渡ととらえ、債権譲渡法理で処理しようとする見解が存在した。すなわち、債権譲渡は、債権者の有する債権がその内容を変えることなく譲受人に移転することから、金銭消費貸借契約上の債権を譲渡すると、過払金返還債務が譲受人に移転する、との主張がなされていた¹⁵⁾。この見解は、債権の譲受人が債務者に対して支払請求をなす以上、それに伴う不利益（過払金返還債務）も譲受人が負うべきである、との信義則に基づく実質的判断があると考え¹⁶⁾。

また、もう一つの考えは、契約譲渡法理による処理である。すなわち、取引の

12) 小野秀誠・江島広人「債務と責任、隠れた担保と財産引受」国際商事法務37巻9号(2009年)1195頁。

13) 小野・江島・前注12)1195頁。

14) 野澤正充「営業譲渡・契約譲渡と過払金返還債務の引受」消費者法ニュースNo59(2004年)111頁。

15) 蔭山文夫「契約上の地位の譲渡・債権の譲渡と過払金の帰趨(営業譲受人の責任)」消費者法ニュース別冊(2007年)45頁以下。

16) 野澤・前注14)111頁。

実態を観察すると、営業譲渡が行われる場合には、単なる貸金債権の譲渡ではなく、債務をも含む、継続的な融資契約における当事者の地位の移転（契約譲渡）が行われているというものである¹⁷⁾。そしてこの契約譲渡の法理の効果が、「将来生ずる債権債務はもちろん、その契約からすでに生じた債権・債務が移転する」のかどうか一般に明確ではない。これを肯定する説と、契約譲渡の時を基準として、それ以前に発生していた債権債務は譲渡人に帰属し、それ以後の債権債務のみが譲受人に移転するという時的配分説がある。

財産引受は、財産を引き受けた者を相手として、譲渡人に対する請求権を行使できる制度であることから肯定説に立った制度であり、債権譲渡法理を制度化したものと言えよう。

次に、会社分割をみてみよう。会社分割は、会社を良い部分と悪い部分に分けて、良い部分を存続させようとする。例えば、アメリカのGMはgood companyとbad companyに分けて、生産性のある部分をgood companyに入れて、会社の債務や金融資産をbad companyに入れて再生を図った。この際に濫用的会社分割が問題になる。どこまで分割したら濫用的になるのが議論されている。

bad companyの債務をgood companyに責任を負わせる方法が3つ考えられる。まず商号を続用している場合には責任があるとしている。ゴルフ場の問題で判例は商号続用の適用を拡大（平成17年改正前商法26条1項、現会社法22条1項）してきている¹⁸⁾。続用ではない場合、否認権や詐害行為取消権でもってよい財産を取り戻すという方法がある。3つめは、会社分割しても全部が否認や詐害行為として取消すのがいいとは限らない。継続させた方がいい場合もある。この場合は、債務引受や法人格否認の論理を使ってgood companyに責任を追及する。

このような会社分割においても財産引受は参考になる。財産引受によればgood companyにもbad companyにも請求できる。又、ドイツとオーストリアにおいては商号の続用と財産引受は類似の制度¹⁹⁾として理解されており、財産

17) 野澤・前注14) 111頁。

18) 伊藤靖史「ゴルフ場経営会社の事業譲渡・会社分割と預託金返還請求」法学教室358号(2010年)100頁以下。

とは何かとか、営業とは何かが問題となっているからである。

日本では会社法に商号の続用が規定されたが、民法には財産引受が規定されなかった。これは商法がドイツ法を母法として立法されたのに対し、民法はフランス法を母法としたことによると考えられる。フランス法は債務引受の規定がなく、債務引受の一種である財産引受の規定もないからである。

(2) 財産分与

婚姻関係が破綻した場合の離婚の効果として、民法 768 条に財産分与請求権が規定されている。すなわち、「離婚した者の一方は、相手方に対して財産の分与を請求することができる。」(民法 768 条 1 項。同条は、協議離婚の規定であるが、民法 771 条で裁判離婚に準用されている)。なぜ離婚に際して、一方が他方に財産の給付を請求できるのだろうか。それは、婚姻継続中に取得した財産について妻は潜在的な持分を有するから(潜在的共有性論)、あるいは、夫婦がそれぞれの収入を出し合って購入したマイホームは、その出資額に応じた共有(合有)となる(組成的構成)から、と言われている。いずれの構成によっても離婚すると清算が必要になる。

民法も、家庭裁判所が財産分与をさせるべきかどうか並びに分与の額・方法を定めるときは、「当事者双方がその協力によって得た財産の額その他一切の事情を考慮」すべきことを規定している(民法 768 条 1 項)。ここから、財産分与とは、婚姻継続中に取得した財産につき、夫婦の一方の協力(通常は妻であり、内助の功等)を評価してなされる清算であることがわかる²⁰⁾。

したがって、財産分与は元夫婦間における財産の処分になり、債権者が何ら関与せず行われるものである。金融実務で財産分与が問題になるのは、マイホームと住宅ローンの帰属である。いろいろなケースがあるが、離婚協議により夫名義のマイホームが妻の名義に変わり、住宅ローンも妻が支払うことが決まった場合を考えてみよう。この場合マイホームの所有権の移転は契約上抵当物件の処分に

19) Franz Gschnitzer, Österreichisches Schuldrecht Allgemeiner Teil (1986) S.195., Jutta Redick Haftungs begründung und Schuldbefreiung bei §§ 415, 416 (1991)

20) 内田貴『民法Ⅳ(補訂版)親族・相続』(2004年・東京大学出版会)124頁。

該当し住宅ローンは期限の利益を失い、夫は一括返済しなければならない。しかし、妻に資力がある場合は、団体信用生命保険の加入を条件に妻に債務を引き受けてもらい、ローンを継続するという手続きをとる場合もある²¹⁾。しかし、債権者に関与なく財産が移転していることを考えると、債権者に債権保全の手間が生じるのは本来おかしいのではないだろうか。財産引受は、このような場合、夫と妻に請求権を行使できるわけである。

(3) 第三者の担保提供

事例3

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、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、右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、Xの代表者である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、右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、Y2の不動産につき根抵当権設定登記をした。そして、Xが右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²²⁾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

21) 妻が他の金融機関に借り換える場合の方が多いと思われる。これは、現在の契約の金利より新規の住宅ローンの金利が低いことに起因していると考えられる。金利が上昇し、現在契約している金利の方が低くなれば、債務引受を希望する者は増えてこよう。

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 Y2 は Y1 と連帯保証人という一つのグループを信頼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。ここでは②についてみてみよう。

②について最高裁は、「第三者 (Y2) 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 (X2) 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 (A) 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」と上告を棄却した。

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怖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²³⁾。

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る。債務者個人の信用ではなく、アパートとか事業の信用に基づいて担保提供している場合がある。この劇場の譲渡に財産引受を適用できれば、担保は存続することになる。

4 財産引受の有害性

財産引受は以上のような有用性を持つが、有害性も持っている。それは事例 2

22) 「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。

23) 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。

の場合に A が債務を認識せず、債務を控除せず買い取った場合である。この場合 A は不測の損害をこうむる可能性がある。これは G の債権について公示がされていないことによるものである。財産引受は、隠れた法定の担保となっているわけである。

隠れた担保の代表例は、一般先取特権および動産先取特権である。これらの先取特権は公示がない²⁴⁾。一般先取特権者は、その客体となる債務者の総財産の中の動産について一般債権者に優先するだけでなく、不動産についても、登記なしに一般債権者に優先する。また、特別先取特権である動産先取特権は、先取特権者がその目的物を占有するか否かにかかわらず、一般債権者に優先する²⁵⁾。

不動産の先取特権も隠れた担保となることがある。不動産先取特権には不動産保存費の先取特権、不動産の工事費の先取特権、不動産の売買代価の先取特権（民法 325 条）がある。このうち不動産の保存費の先取特権と不動産工事費の先取特権は、その登記をすることにより、既登記の抵当権に優先する（民法 339 条）。不動産保存費の先取特権、不動産の工事費の先取特権は登記が効力要件になっているので、不動産保存費の先取特権、不動産の工事費の先取特権を行使する場合には公示が必要である。しかし、不動産保存費の先取特権、不動産の工事費の先取特権が公示されると、すでに公示されていた抵当権者に優先することになる。不動産保存費の先取特権、不動産の工事費の先取特権は公示されるものの、公示される前には隠れた担保となっているといえよう。

このように先取特権は、隠れた担保として一般債権者や抵当権者に不測の損害を被らせる可能性を有している。

財産引受は、財産を譲り受けた者（事例 2 の A）に不測の損害を被らせる可能性がある。

24) 道垣内弘人「『オカルト的担保』ってなあに（その 1）」法学教室 341 号（2009 年）104 頁。先取特権制度の問題点について道垣内弘人『担保物権法〔第 3 版〕（現代民法Ⅲ）』（2008 年・有斐閣）43 頁。

25) 小林秀之・山本浩美『担保物権法・民事執行法〔新・論点シリーズ 5〕』（2008 年・弘文堂）39 頁。

5 本稿の目的と方法

財産引受に関する研究は、相続の可分債務の処理、過払金返還請求訴訟や会社分割によるゴルフ場の問題に関して有用性が高いと考えられるが、本稿では財産引受の規定と相続の規定についてドイツ法、オーストリア法、スイス法を比較し、特に財産引受が相続債務の処理（事例1）に適していることを明らかにし、相続債務の新たな処理に向けた立法論的考察を試みることを目的としている。

そこで本稿ではまず、ドイツ法、スイス法、オーストリア法の財産引受から論じることになるが、財産引受の基本についてはすでに検討している²⁶⁾ので、相続における財産と債務の関係と財産引受における財産と債務の関係を検討するのに必要な範囲で3国の財産引受についての概略を述べることにする。

次に、財産引受と同様に相続には、債権者の関与なく財産が移転した場合の債務の帰属を定めた規定がある。相続の場合には、被相続人の財産と債務が相続人に移転するという場面と、相続人に法定相続された財産と債務が遺産分割によって、また他の相続人に移転するという場面がある。どちらの場合も、相続財産の移転にともなって債務がどうなるかが3国とも定められている。そこでドイツ、オーストリア、スイスの相続法における債務の処理に関する規定を横断的に概観し、財産引受による効果との共通点があるかを探る。つまり、相続財産を取得した相続人（事例1のC）と財産引受における財産の引受人（事例2のA）の責任、相続財産における自分の持ち分を譲渡した相続人（事例1のB）と財産引受における財産の譲渡人（事例2のS）の責任を比較する。

各国の相続における債務の処理に関する規定の比較を踏まえて、日本の相続における可分債務の取扱いについて、判例、学説を検討し、日本の相続における可分債務の処理に財産引受による処理を適用できる素地があることを見出したい。学説は元々合有説と共有説の争いを基に不分割承継説と分割承継説が争われていた。現在は、共有対合有の論争はあまり意味がないとする考えが一般化してきている中、共有説にも不分割承継をとる考え方もでてきており、不分割承継説が多数説となっている。一方、判例は当然分割説を譲らない状況にある。各学説によ

26) 拙稿「財産引受に関する比較法的考察」一橋法学第8巻第3号（2009年）213頁以下。

る処理は、判例による処理と違いがあるのか、判例による処理は、どのような点に問題があるかを探ることにより、財産引受を導入する素地があることを示したい。

以上を踏まえて、事例1の問題を解決するには財産引受による処理が有用であることを明らかにし、財産引受の立法を検討する。

II 財産引受

1 財産引受の沿革

古くに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されていた。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²⁷⁾。

ローマ法とは反対に普通法は債務の契約による移転を認めていた。旧債務者は、新しい債務者によって替わることができた。債務がなくなることなく。つまり債務の同一性は失われなかった。このことは、もちろん財産引受人があっさりと譲渡人の債務に対して責任を持ったことを意味していなかった²⁸⁾。

しかし、19世紀前半のドイツの取引実務から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随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

27) 遠藤研一郎①「免責的債務引受に関する一考察(一)ードイツ Schuldübernahme の生成・発展を素材にしてー」法学新報108巻1号(2001年)114頁。

28) Stefan Tiedemann, Die Hafutung aus Vermögensübernahme im internationalen Recht (1995) S.5~6.

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²⁹⁾。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、抵当債務を引き受ける事例の他、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³⁰⁾。

つまり、19世紀の実務は、債務者から第三者へ財産が移転された場合、例えば財産の贈与、年金契約、先取りされた相続順位による財産の移転の際に、引受人の責任に対する必要性を認めていた。これらの契約の目的を達成するために債務の引受が契約の意思として仮定された。ただし、当ても散発的にすでに、引受人が債務を明示的にでなければ黙示的でもなく、それ故、財産を（客観的に）引受けた場合には、財産引受人は債権者自身に責任を負うことが代わりを務めた³¹⁾。

この流れを受けて19世紀の終わりにドイツ民法（1900年公布、以下BGB）に債務引受が取り入れられ、この債務引受の中に財産引受が規定された（BGB419条）。その約15年後にスイス債務法（以下OR）181条に財産引受が規定され、それから5年後にオーストリア民法（以下、ABGB）にも財産引受が設けられた（ABGB1409条）。

ABGBは1811年に制定されたものであり、本質的にはドイツとスイスよりも古いものである。しかし、今日の内容となったABGB1409条は、ABGBの制定からようやく約100年後の第3回改正（Die III. Teilnovelle vom 19. März 1916³²⁾）によって導入されたものである³³⁾³⁴⁾。そして、財産引受はフランス法には採用されなかった。フランス法は債務の引受を認めなかったので、債務引受の一つと考えられていた財産引受も規定されなかった³⁵⁾。

29) 遠藤・前注27) 114頁。

30) 遠藤・前注27) 122頁。

31) Tiedemann, a. a. O., S.5~6.

32) Kaiserliche Verordnung vom 19. März 1916 über die dritte Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch RGBl (Reichsgesetzblatt) 69/1916, Hans Müller Horn, Der Rechtsgedanke der Vermögensübernahme in der Rechtsentwicklung seit der Jahrhundertwende (1966) S.74.

33) Tiedemann, a. a. O., S.6.

2 財産引受の日本法への影響

債務の移転に関してわが国の民法は、フランス民法の影響を受けて更改のみを規定（民法514条債務者の交替による更改）し、債務引受を規定しなかった³⁶⁾。したがって債務引受の一種である財産引受についても規定されることはなかった。

このよう立法動向の中で、日本にも財産引受を導入しようと考えたのは、古くに石坂音四郎博士であった。

現行民法制定後ドイツ民法学の研究が盛んになる中、石坂博士は1912年に「債務引受論」を発表し、1914年に「重疊的債務引受論」を発表し、ドイツの債務引受制度を日本に体系的に導入した³⁷⁾。

34) ABGBに財産引受が規定された経緯について Rieder は次のように述べている「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。しかし、1811年のABGBには、まだ、財産や営業を譲渡した者の責任に対してその営業や財産を取得した者が責任を負うことを定めた規定（財産引受）はなかった。むしろ当時の財産を取得した者の責任は、履行の引受（ABGB1404条）、あるいは、債務引受（ABGB1405条）を根拠にしなけりなかつた。しかし、履行の引受、債務引受では、財産の譲渡あるいは営業の引受によって財産あるいは営業の譲渡人の債権者が簡単に害された。財産の譲受人は債務引受や履行の引受に同意する義務はないからである。世紀の変わり目の時代の精神は債権者保護の強化によって特徴づけられる。ABGBの立法者達もこの影響を受けた。立法者達は、第3回の改正法の中で財産取得者の責任の立法を目指して努力した。政府提出の法案191条において次の内容の規定が提案された。「財産あるいは営業を積極財産と消極財産をともなって引き受けた者は、債権者に直接責任を負う。引受が債権者に通知されるか、公示された場合にはただちに。元の債務者に対する債権を損なうことなく。」これに対して商工業者は以下のような意見を表明した。①元の会社が継続していても責任に影響があつてはならない。②この規定は強行規定であるべきである。③財産取得者の責任は、ハンガリーの財産引受の条文を模範とすべきである。つまり、財産取得者の責任は、取得者が知っていたか、知らなければならなかつた債務に限られるべきである。商工業者からのこのような強い批判にもかかわらず、上院決議253条は政府提案191条の規定を受け入れた。その際に司法委員会の報告において、①この法律案は本質的にOR181条と同じ立場である。②オーストリアの法律案による債権者保護はBGB419条よりは弱いものであることが明らかにされた。ABGB1409条の成立の段階になつてようやく立法者は商工業者の要求を理解し、今日の内容の規定となつた」Andreas Rieder, *Der Vermögens- und Unternehmensbegriff des § ABGB*, JBl, Jg.114, Heft9 (1992), S.564, S.565. このようなABGB1409条の歴史をみると、ABGB1409条は、債権者保護強化という時代の気運、BGB419条、OR181条、ハンガリー民法GArt57/1908といったオーストリア周辺国の財産引受の規定の影響を受けて誕生したといえる。

35) Tiedemann, a. a. O., S.5~6.

36) 淡路剛久『債権総論』（2002年・有斐閣）498頁。

この「債務引受論」³⁸⁾の中で石坂博士は、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、この場合は、「単純ニ債務ノミカ移転スル」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ベシ」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缺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提唱している。

さらに、「重疊的債務引受論」³⁹⁾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缺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主張している。

上記の石坂論文の後、鳩山博士⁴⁰⁾も債務引受を論じる中で、財産引受という

37) 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）27頁。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）388頁以下。

38) 石坂音四郎①「債務引受論」『改纂民法研究＝下巻』（1920年・有斐閣書房）364頁以下、（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））。

39) 石坂音四郎②「重疊的債務引受論」『改纂民法研究＝下巻』（1920年・有斐閣書房）421頁以下、（初出「重疊的債務引受論」法律記事24巻1号・2号（1914年））。

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⁴¹⁾。

その後、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重疊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するが⁴²⁾、この論文の中で末川博士も財産引受について論じている。

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の時期、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ぬ。」⁴³⁾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提唱していると解することができる。

その後、我妻博士、於保博士は、石坂博士や末川博士の立法論に対して解釈によって財産引受を確立しようと考えた。特に於保博士は、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

40) 鳩山秀夫『増訂日本債権法(総論)』(1925年・岩波書店)385頁。

41) 鳩山・前注40)381頁～382頁。

42) 野澤・前注37)41頁。

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

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⁴⁴⁾。

その後、債務引受の議論が契約上の地位の移転に発展して行く中で債務者と引受人との契約である債務者契約による重疊的債務引受契約の考え方や債権者の同意を不要とする考え方等に財産引受の考え方が取り入れられてきた面があるものの、財産引受自体が議論されることはなかった。

3 ドイツ、オーストリア、スイスの財産引受

(1) ドイツ法

BGB 旧 419 条 (1998 年 12 月 31 日廃止以下 BGB419 条)⁴⁵⁾

- 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) 要件

(a) 契約による引受

BGB419 条第 1 項のとおり財産引受が適用されるには、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⁴⁶⁾。したがって、財産の取得が強制競売や、

44) 於保不二雄『法律学全集 20 債権総論 [新版]』(1980 年・有斐閣) 338 頁。

45) 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。

破産手続きによる場合、包括承継による相続や合併の場合にはBGB419条は適用されない⁴⁷⁾。また、ここで要求されている契約は財産を移転する契約であり、債務を引き受ける契約ではない。

(b) 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、財産の本質的な部分が移転された場合に、BGB419条を適用できなくなるからである。

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⁴⁸⁾。

(イ) 効果

(a) 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 (重畳的債務引受) の効果が生じる。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)。但し、財産引受人の連帯債務の内容は、連帯債務といっても、次の責任の制限にあるように財産の価値に制限された責任である。

(b) 責任の制限⁴⁹⁾

BGB419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⁵⁰⁾を限度とする」によって、引受人は引き受けた財産と契約から生ずる請求権によってのみ責任を負う。

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

47) Schlechtriem, a. a. O., S.309.

48) Schlechtriem, a. a. O., S.309.

49) Schlechtriem, a. a. O., S.311.

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⁵¹⁾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、引受人のもと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50,000ユーロで債務者(財産譲渡人)より購入した。その不動産の価値は60,000ユーロだった。債権者の債権は70,000ユーロの場合、財産引受人は60,000ユーロの責任がある。また、不動産の価格が40,000ユーロになってしまった場合に財産引受人は、40,000ユーロの責任を負えば足りる。

(ウ) BGB419条の廃止

BGB419条は倒産法の改正(1999年1月1日施行)によって1998年12月31日に廃止された⁵²⁾。財産引受が廃止される背景には次のような要因があった。

(a) BGB419条による責任の根拠の変化

50) 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(椿・右近編〔右近建男〕・前注45)383頁)。

51) BGB1990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。」

BGB1991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じ効力を有する。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。」

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⁵³⁾。この考えは立法当時から現在も変わっていない⁵⁴⁾⁵⁵⁾。このような財産概念のもとBGB419条は、信用の基礎である財産を、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た⁵⁶⁾。BGB編纂当時の立法者は、農家において財産を担保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一般化した⁵⁷⁾。

さらに、当時の農家において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った。

このような当時の事情に対して今日、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。このように現状では通例、最初から債務の担保には十分ではないのである⁵⁸⁾。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た。ここに、BGB419条が今日、実際に合わなくなった事情がある。

(b) 財産引受人の負担

また、財産引受人に不当な結果をもたらした。つまり、債務者は引受人が支払った財産の対価を債務者に請求でき、さらに債権者は引受人が取得した財産から

(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)

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

53) Diskussionsentwurf Band II, a. a. O., S.B52.

54) Staudinger/Noack, (2005), a. a. O., S.432., Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz-und Nebengesetzen §§ 2339-2385 (2004), [Rieble] S.345.

55) Staudinger/Olshausen (2004), a. a. O., S.512.

56) Diskussionsentwurf Band II, a. a. O., S.B52.

57) Motive I, a. a. O., S.151.

58) Diskussionsentwurf Band II, a. a. O., S.B52.

も回収できる。債権者は、財産引受人の対価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った⁵⁹⁾。

(c) 事業の移転と不動産売買への影響

BGB419条は主に有償の事業の移転と不動産(Grundstück)の譲渡に適用されていたが、まさしくこの領域において悪影響を及ぼした⁶⁰⁾。

すなわち、この規定は新しく企業を引き受ける企業への事業の移転といった裁判外の自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。財産を引き受けようという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⁶¹⁾。

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⁶²⁾。

(d) 比較法的観点

比較法的にも BGB419条は、ドイツ法独特のものである。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、オーストリア法には財産引受が確かに規定されているが、これらの国では BGB より本質的に強力に制限されている⁶³⁾。

以上の要因から BGB419条は廃止された。倒産法草案は、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処理した方が公平である、と述べている⁶⁴⁾。

倒産法による否認権と破産外取消権法の強化によって BGB419条による債権

59) Diskussionsentwurf Band II, a. a. O., S.B53.

60) Diskussionsentwurf Band II, a. a. O., S.B53.

61) Diskussionsentwurf Band II, a. a. O., S.B53.

62) Diskussionsentwurf Band II, a. a. O., S.B53.

63) Diskussionsentwurf Band II, a. a. O., S.B53.

64) Schlechtriem, a. a. O., S.308.

者保護はまったく不要になり、債権者保護と取引上の利益は破産外取消権法によって個々の場合にに応じた調整がなされることになった⁶⁵⁾。

このようにBGB419条は廃止されてしまったが、物の移転に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、物に係る債務が物の移転にもなって移転する考えに基づき、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)の規定が、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。以下では、各国の財産引受を比較することによりドイツの財産引受からオーストリア、スイスの財産引受に何が残されたかを考察することによって、現在の財産引受の基本を明らかにしようと思う。

(2) スイス法

スイスの財産引受(OR181条)はスイス債務法(OR)175~183条の債務引受の中に規定されている。財産引受はOR181条にある。

OR181条⁶⁶⁾「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又は営業を引き受けたものは、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、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。

65) Diskussionsentwurf Band II, a. a. O., S.B54. ドイツ倒産法の改正については、吉野清三郎『ドイツ倒産法入門』(2007年・成文堂)、三上威彦『ドイツ倒産法の軌跡』(1995年・成文堂)、木川裕一郎『ドイツ倒産法研究序説』(1999年・成文堂)、山本弘「ドイツ連邦共和国における倒産法の試み」『三ヶ月章先生古希祝賀論文集(下)』(1991年・有斐閣)、田代雅彦「ドイツ連邦共和国における倒産実務の研究(上)(中)(下)」法律時報第52巻第1号~第3号(2000年)、倒産法改正後の破産外取消権法については下森定「債権者取消権制度をめぐる近時の動向(①ドイツ法)ードイツ債権者取消権法の改正(1994年法)」『遠藤光男元最高裁判所判事喜寿記念文集 第一篇論集編一実務法学における現代的諸問題一』(2007年・遠藤光男元最高裁判所判事喜寿記念文集編集委員会)を参照。

66) Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht I (1992) [Tschäni], S.837.

- 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

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う。併せて、財産又は営業の譲渡人（以下財産譲渡人）も3年間引き続き責任を負う。さらにその3年間が経過すると免責的債務引受の効果が生じ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。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⁶⁷⁾。

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⁶⁸⁾。

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、効率的にできることを目的としている⁶⁹⁾。この効率的とは、これまでの債務者（財産譲渡人）の責任が3年後免責されることを意味している。

しかし、この規定は債務の効率的な移転を図るとともに債権者の権利を守っている。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からである。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⁷⁰⁾。

67) Honsell/Tschäni (1992), a. a. O., S.838.

68) 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いようである。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., S.837）。

69) Honsell/Tschäni (1992), a. a. O., S.838.

つまり、この規定は、これまでの債務者（財産譲渡人）の免責を簡素化することが肝要であり、連帯責任による債権者保護を図りながら、実際に役立つ解決を図ろうとしている⁷¹⁾。

(イ) 要件

OR181条を適用するには2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⁷²⁾。

(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*⁷³⁾）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）の移転とは、不動産の移転であれば登記簿に登録されることであり、動産の移転であれば引受人への引渡である⁷⁴⁾。

また、OR181条は、財産引受人と債務者との債務引受の合意を必要としている（内部的引受契約）。内部的引受契約の要式は、原則自由である⁷⁵⁾。

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OR181条の責任を追及するのではなく、「債務取立と破産に関する連邦法（BG über Schuldbetreibung und Konkurs von 11 April 1889 以下 SchKG）」285条以下によって債権者取消権の行

70) Honsell/Tschäni (1992), a. a. O., S.838.

71) Peter Gauch, Eugen Spiring, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (1994) S.208.

72) Honsell/Tschäni (1992), a. a. O., S.839.

73) Honsell/Tschäni (1992), a. a. O., S.839.

74) Honsell/Tschäni (1992), a. a. O., S.837.

75) Honsell/Tschäni (1992), a. a. O., S.839.

使を優先することになる。SchKG285条の行使を留保すれば、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OR181条による責任の追及は、許容される⁷⁶⁾。

(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⁷⁷⁾。

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⁷⁸⁾。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⁷⁹⁾。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効力が発生する⁸⁰⁾。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⁸¹⁾。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⁸²⁾。

(ウ) 効果

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⁸³⁾。つまり債務者と財産引受人との債務引受の合意では、債務は債権者に移転しない。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

76) Honsell/Tschäni (1992), a. a. O., S.839.

77) Honsell/Tschäni (1992), a. a. O., S.839.

78) Honsell/Tschäni (1992), a. a. O., S.839.

79) Honsell/Tschäni (1992), a. a. O., S.839.

80) Honsell/Tschäni (1992), a. a. O., S.839.

81) Honsell/Tschäni (1992), a. a. O., S.839.

82) Honsell/Tschäni (1992), a. a. O., S.839.

83) Honsell/Tschäni (1992), a. a. O., S.840.

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⁸⁴⁾。

(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⁸⁵⁾。

(b) 財産譲渡人の責任と財産引受人の債務

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到来し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⁸⁶⁾。

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。

(3) オーストリア法

ABGB1409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債務者へ支払った場合に限り責任を免れる。
- ②但し、譲渡人の親族（破産法32条）が引受人である場合には、引受人が、譲渡の際に債務を知っていなかったし、知らなければならないこともなかったことを証明できない限り、引受人に義務が生ずる。
- ③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。

84) Honsell/Tschäni (1992), a. a. O., S.840.

85) Honsell/Tschäni (1992), a. a. O., S.838.

86) Honsell/Tschäni (1992), a. a. O., S.840.

(ア) 意義

ABGB1409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⁸⁷⁾。

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、オーストリア法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⁸⁸⁾。

ABGB1409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⁸⁹⁾。

(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) 事業と財産

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⁹⁰⁾。

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⁹¹⁾。しかし、

87) Peter Rummel, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch in zwei Bänden (2002), [Ertl], S.223.

88) Gschnitzer, a. a. O., S.194.

89) Rummel/Ertl, a. a. O., S.223.

90) Gschnitzer, a. a. O., S.194.

ABGB1409条の財産概念には特定財産も含まれる⁹²⁾。ABGB1409条は Vermögen (財産) の前に ein (一つの) を入れたこと、財産と事業を同列に置いたことによって明らかである⁹³⁾。事業は特定財産の主要な例として強調されているのである⁹⁴⁾。家は財産である⁹⁵⁾。

特定財産とはどのような財産か。判例や文献の中に特定財産の概念を、特別な贈与による実際に独立している財産の一部あるいは、経済的な財産の統一体を形成する財産の一部などと説明している⁹⁶⁾。

判例では次のような財産が問題となった。

- ①農場主が彼の館と農場を売却した場合には、最高裁判所は館と農場とも特定財産としての価値があるとした⁹⁷⁾。
- ②最高裁判所は別荘の買い取りにおいて、別荘は特定財産ではなく個々の物であるとした⁹⁸⁾一方、他方で、その土地が小さいものであれ、田舎にある土地を特定財産であるとしている⁹⁹⁾。
- ③取引の債務を弁済する為に区分された財産の権利も特定財産とみなされた¹⁰⁰⁾。この事例はトラックに対する共有持分の引受が問題となった事案である。

(b) 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、信託には ABGB1409条が適用されない¹⁰¹⁾。

強制執行手続き、破産手続き、調停手続き等による引受は、ABGB1409条第1

91) Gschnitzer, a. a. O., S.194.

92) Müller Horn, a. a. O., S.76.

93) Unternehmen (事業) の前にも ein があり、個々の財産、個々の事業が念頭に置かれている。

94) Müller-Horn, a. a. O., S.76.

95) Gschnitzer, a. a. O., S.194.

96) Müller-Horn, a. a. O., S.76.

97) OGH21 V. 1936 JBl. 1936 S.231.

98) OGH11. IV. 1936 SZ. X V I Nr.73.

99) OGH7. II. 1936 ZBl.1936Nr.180.

100) OGH26. VI. 1931 SZ. X III Nr.207.

101) Gschnitzer, a. a. O., S.196.

項と第2項による責任を負わない (ABGB1409条 a)¹⁰²⁾。

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¹⁰³⁾。

(c) 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¹⁰⁴⁾。

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い要件が親族に課せられている。証明責任は通常は債権者にあるが、親族による財産または事業の引受の場合は、親族に証明責任がある¹⁰⁵⁾。

(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¹⁰⁶⁾。

(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知っていたか、または、知らなければならなかったについて財産引受人は責任を負う¹⁰⁷⁾。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¹⁰⁸⁾。

(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¹⁰⁹⁾。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

102) Gschnitzer, a. a. O., S.197.

103) Gschnitzer, a. a. O., S.195.

104) Gschnitzer, a. a. O., S.195.

105) Gschnitzer, a. a. O., S.196.

106) 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, a. a. O., S.195.)

107) Gschnitzer, a. a. O., S.195.

108) Gschnitzer, a. a. O., S.195.

109) Gschnitzer, a. a. O., S.195.

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。

ドイツの場合は、引き受けた財産による責任 (cum viribus) であり、実際に処分した時の価値までの責任を負う。

4 各国の比較

以下では「財産概念と債務の引受形態」、「重畳的債務引受の構造」「債権者保護」、「引受人の責任と保護」「二重の責任」「債務者の責任と保護」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典の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。

オーストリア法は、基本的には財産は積極財産だけと解されている。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、この信用として与えられた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が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¹¹⁰⁾。財産と密接に関係する債務といえる。財産が移転する場合、信用の基礎と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

110) Gschnitzer, a. a. O., S.194.

すると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、債権者に直接責任を負う。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¹¹¹⁾。

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ふ内部契約（*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¹¹²⁾。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。

111) Gschnitzer, a. a. O., S.194.

112) Honsell/Tschäni (1992), a. a. O., S.840.

(2) 重疊的債務引受の構造

財産引受を通して比較法的に重疊的債務引受をみると、それぞれ異なった重疊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。

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。そして財産を引き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。

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。

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。

(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、ドイツ法とオーストリア法は、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。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。

また、スイス法では財産引受人が新たな債務者と位置づけられる。債権者は債

務者（財産譲渡人）に対する請求権を財産引受人に請求できる。オーストリア法では、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。

ドイツ法でも財産引受人は連帯債務者となる。したがって、債権者は債務者（財産譲渡人）に対する請求権を財産引受人に請求できる。引受財産によって全債権者を満足させようと財産引受人が判断するかぎり、債権者に自由に弁済すればよい。しかし、連帯債務といっても財産引受人の責任は引き受けた財産による責任に制限される（BGB419条2項）。財産引受人は、引受財産によって債権者を満足させることができないときは、BGB1990条第1項第1文を準用して弁済を拒絶できる。弁済を拒絶したときには、引受財産に対する強制執行を財産引受人は甘受しなければならない¹¹³⁾。債権者は財産引受人が引き受けた財産の限度で保護される。不足分は債務者に請求できる。ドイツ法では財産引受人は、財産引受によって債権者と債務者（財産譲渡人）との債権債務関係による債務そのものを引き受けているわけではなく、財産の限度までしか責任を負わないという責任を引き受けているといえる。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、というものである。

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

113) 椿・右近編〔右近健男〕・前注45) 383頁。

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。

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。この相違からスイスでは財産引受人には「財産に応じた責任 (pro viribus)」が適用されるといえる。この根拠は、債務者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ことにある。「財産に応じた責任 (pro viribus)」が適用されるということは、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払わなければならない。すなわち「財産に応じた責任 (pro viribus)」がある。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。

オーストリア法は、「財産に応じた責任 (pro viribus)」が適用される。オーストリア法で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¹¹⁴⁾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。

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。

114) Gschnitzer, a. a. O., S.194.

(5) 二重の責任について

スイス法に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、オーストリア法においては財産引受人は、「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¹¹⁵⁾。

(6) 債務者（財産譲渡人）の責任

ドイツ法、スイス法、オーストリア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）に対する債権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

115) Eisemann, a. a. O., S.501.

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。

5 小括

以上の検討から各国の財産引受の特徴が明らかになったと考える。ここでは各国の財産引受の特徴を踏まえてI-3、I-4で示した有用性と有害性に補足をしておこう。

(1) 財産引受の有用性

財産引受の利点は、債権者の関与がなく引当てとなっている財産が移転された場合、債権者は財産の引受人に支払いを請求できることである。債務引受が債務単独での引受より、引当てとなっている財産をともなった引受が多いことを考えると、財産をともなった債務引受に有用である。

また、スイス法のように財産の譲渡人に対する請求権が期間の経過で消滅し、以後は財産引受人に対する請求権が残るという財産引受は、財産譲渡人の保護と債権管理の簡素化につながる。この点にも利点がある。

さらに、法律による債務の引受になるので、第三者が提供した担保が外れるようなことはない。例えば事例3の事件（最判昭和37年7月20日民集16巻8号1605頁）のような場合には有益である。Y1は劇場と営業権をXに譲渡しているので、これを財産引受とみる。そうすると債務が法律によりXに移転するので、第三者Y2によって提供された担保は存続するからである。

(2) 有害性

財産引受は、引受人に不測の損害を被らせる可能性がある。この点についてみてみよう。

(ア) 財産と債務

財産引受において引受人に不測の損害が生じる可能性は、まず財産とは何かが明確ではないことから生じる。財産とは一般に全財産と解されるところ、全財産

という概念があいまいである。例えば、時計を買ったら、時計が全財産で、莫大な債務を負わされることになるのか等の問題がある。

ドイツ法の財産 (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。」とされる。

しかし、この点について Wilburg は「BGB419 条の財産は、個別財産か全財産かは曖昧である。本質的財産 (das wesentliche 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、その裁判は何が財産であるかを法律の根拠なしに判決しなければならない¹¹⁶⁾。」と述べている。

このようなドイツの財産概念の曖昧さに対して、オーストリア法とスイス法は特定財産を財産に含めている。オーストリアの財産引受人の責任は、信用を供した基となっている財産を取得したことを根拠としている。したがって、財産の引受人は信用を供された基となった積極財産と結び付いた消極財産を引き受けることになる。かつ、財産引受人は、財産を引受ける際に、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」ことが必要になる。このように個々の財産であっても信用を供与された基になっている財産であれば、引受人は債務を負うが、財産引受けの際に現存する債務を「知っていた」か「知らなければならなかった」場合に債務を負うわけである。

また、スイス法の財産も全財産である必要はない。財産といえるためには組織的に一体であることが必要である。スイスの財産引受は、積極財産と消極財産をともなって財産又は営業を引き受けた場合なので、積極財産は何かがはっきりしている。そしてその財産と結び付いた債務に対して財産引受人は責任を負うわけである。オーストリア法では債務を「知っていた」か、あるいは「知らなければならなかった」ことが必要であるが、スイス法ではもっと明確に債務者と財産引

116) Walter Wilburg, Abschied von § 419 BGB, Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag (1973) S.669.

受人との間で債務を引き受ける合意が必要である。

このように、財産は、ドイツ民法に財産引受が規定された頃は、範囲が明確でない全財産だったが、オーストリア法、スイス法では特定財産にも適用されることになり、どの財産が取引の対象になっているかは明確になっている。さらに、債務についても引受人が認識できるものに限られているのである。

(イ) 債権の公示（隠れた担保）

抵当権とは違って、財産引受においては、どの財産が債務を担保しているか公示されていない。ここにも時計一つを引受けたにもかかわらず、引受人に莫大な損害が生じる可能性がある。この問題は、財産引受が隠れた担保の機能をもっているところからくる問題である¹¹⁷⁾。

この点に関してドイツでは無償の財産の譲渡等に限って財産引受を適用し¹¹⁸⁾、隠れた担保の影響を少なくしようとする考えもあったが、廃止という道をたどることになった。

これに対して、オーストリア法では財産引受に際し、財産引受人が債務を「知っていたか」「知らなければならなかった」ことが必要であり、スイス法では財産の譲渡人と引受人との内部的な債務引受契約によって引受人が債務を認識することによって、不測の損害が発生することを防いでいる。

Ⅲ 相続における可分債務の処理（外国法）

本稿は、財産引受を日本法の可分債務の取扱いに適用できないかを検討するものであることから、次に財産引受がある（ドイツはあった）国の相続における債務の処理について概観する。

いずれの国も相続の財産の移転と債務の移転に関して財産引受を適用しているわけではない。相続における財産の移転と債務の処理について詳細な規定が設けられている。しかし、相続における財産の移転と債務の処理の規定も財産引受と同じように規定されているのではないかと推測される。なぜなら相続も財産引受

117) 小野・江島・前注12) 1194頁。

118) Eisemann, a. a. O., S.501.

と同じように債権者がなんら関与することなく債務の引当てとなっている財産が他人（相続人）に移転し、その債務の帰属が問題になるからである。もし、相続法に財産引受と同じような考え方と処理方法が規定されているとすれば、相続における可分債務の処理には（例えば事例1）財産引受が適しているといえるのではないだろうか。

1 ドイツ法

(1) ドイツ相続法の沿革

(ア) ドイツ相続法の立法過程

19世紀末ドイツ民法の編纂において第一草案は、実際上の不利益を多少犠牲にしても各相続人の権利を独立したものとして取扱うことが法律関係を明確かつ簡潔にするとの考慮から普通法のローマ法的構成を採用した。しかし、第一草案では、被相続人の死亡により生ずる債権者の危険即ち、債務者（相続人）が複数になることにより各相続人の持分までしか請求しえなくなり、加えて個々の遺産の処分や遺産に対する持分処分により遺産が分解されることによる遺産債権者側の不利益を甘受しなければならない。これをさけるために第二草案は一変してローマ法ではなくプロシア法を採ることにしたのである¹¹⁹⁾。換言すれば、始めは、各共同相続人個人の権利を強く認めるローマ式の考え方であったが、後に相続債権者を保護して、相続財産の一体性を保持しようとするプロシア式の考え方（合有制）に改められ、これがドイツ民法になったのである¹²⁰⁾。

(イ) ローマ法とゲルマン法

上記の通りドイツの相続法は、当初はローマ法の影響を受けた普通法を基に起草されたが、最終的にはゲルマン法的なプロイセン一般ラント法（ALR）を基に制定された。

では、ローマ主義とゲルマン主義とはどのような考えが根底にあるのかを見てみよう。

119) 松倉耕作「遺産債務に対する共同相続人の責任（1）」六甲台論集18巻1号（1971年）29頁。

120) 中川善之助・泉久雄『相続法〔新版〕』法律学全集24（1974年・有斐閣）195頁以下。

ローマ法における家は、家の構成員と家産である家自体が中心ではなく、家長(人)が中心の制度と考えられる。家長が家産を単独で所有する。そして家長が亡くなれば、亡くなった家長の息子達が各々家長となり、家長の権利(家産を単独で所有し、自由に処分できる権利)を承継するわけである。したがって、相続も財産の承継ではなく、被相続人(家長)を承継するとみるのである。そして相続した相続人はそれぞれ家長となる。ここから積極財産は、共同相続人間では共有となり、債務は家産の限度による責任ではなく、無限責任を負うのである¹²¹⁾。

ゲルマン法における家は、ローマ法とは反対に構成員と家産を含む家自身が中心になっている。家計共同体を維持する必要から家族構成員間には強固な人的結合関係が存在し、家長が亡くなっても息子達は家産を分割することなく家計を共同にした。家長がなくなっても、家長を承継するのではなく、家計の基になっている家産を承継したのである。ここに家産は合有という所有形態となるわけである。そして、家長を承継するのではなく、家産を承継したのであるから、亡くなった家長の相続人の責任も家産に限られることになる¹²²⁾。

このようにローマ主義とゲルマン主義は、当時の経済単位である家あるいは家長の性格によって、相続財産の所有形態と債務の承継が異なっていると考える。

ゲルマン主義の相続における物的有限責任は、財産引受にもみられる。ドイツ法の財産引受においては財産の引受人は引き受けた財産の価値までしか譲渡人の債務について責任を負わない。ドイツでは相続法と財産引受における財産と債務の考え方が一致していることが窺える。

(2) 相続人に責任が生じる根拠

BGBにおける相続責任の基本的構成は、まず、ある人が死亡すると、その人の財産(遺産)すべてはBGB1922条によって1人のあるいは複数の相続人に移転し¹²³⁾、そして、BGB1967条によって相続人は遺産の債務に対して責任を負う、

121) 来栖三郎「共同相続財産に就いて(一)～(四・完)」法学協会雑誌56巻2号(1938年)243頁以下①、3号(1938年)490頁以下②、5号(1938年)912頁以下③、6号(1938年)1150頁以下④に掲載。56巻2号(1938年)①(1938年)256頁。

122) 来栖①・前注121)274頁。

となっている。

両規定がこのように規定されていることから、遺産に起因する債務（BGB 1967 条 2 項を参照）に関する責任は、BGB1922 条から生じるのかどうか、あるいは、財産の負っている負担（財産の一部としてではない＝遺産に含まれない）として債務は BGB1967 条 1 項によってはじめて相続人に負わされるのかどうか、が争われていた¹²⁴⁾。

(ア) Endemann の見解

遺産債務を遺産の消極的要素とみることを強く主張する Endemann は「遺産は法律的単一体を形成している被相続人の財産である。そしてこの単一体の結合要素は財産の担い手である〔法的〕人格者ではなく、相続の客体である財産にみいだされねばならない。被相続人と相続人の間に人格の同一性を認めることは相続の本質と内容の否認、すなわち、財産の承継が行われ（主体の変更を意味する）、相続人が相続した権利を自己のものとして担うことをいんべいすることになるからである。主体は消滅するが、遺産は存続する。個人の財産の保存は現代共同社会の要請である。……法秩序の安定という要請は、たとえ財産の個々の主体が目下のところ存在していないとしても、その財産に対する侵害と消滅とを監視しなければならない。……そしてこのような財産の連続は、全ての権利がその担い手である主体と結び付いているということに基づくのではなく、権利が存立している経済的法律関係に根ざすのである。」と主張する。

そして、Endemann は相続人の責任について「被相続人の債務は遺産の取得を通して相続人の債務となる。かくして相続人は全ての遺産債務について人的に責任を負う。しかし、相続人の責任は原則として遺産額（Nachlaßbestand）範囲に限定される。ここに明らかに Sondervermögen としての遺産の独自性があらわれる」と主張する。そして「相続人の人的責任は、一応、相続人の総財産、遺産及び固有財産を拘束する。……しかし……相続人の責任〔の発生〕が遺産の取

123) Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 5 Neubearbeitung 2002 von Karl Heinz Gursky, Wolfgang Marotzke, Olaf Werner, Redaktor Gerhard Otte §§ 1967-2063 (2002) [Marotzke] S.8.

124) 泉久雄「遺産債務の性質」勝本正見先生還暦記念『現代私法の諸問題（上）』（1959年・斐閣）101頁。

得に媒介されるものである以上、相続人の責任も客観的にこの Sondervermögen に限定されるのが矛盾のない、正当なものと思われる。このことは弁済を請求する債権者の権利は増大されるべきではないし、縮小されるべきでもないという原則の反面にふさわしい。遺産債権者は、本来の債権者の財産が債権者の擱取力のもとに減少されずに用意されているとするならば、正に債権者に帰属すべきもの全てを支配することになるからである」と述べる¹²⁵⁾。

(イ) Binder の見解

これに対して Binder は、遺産債務を相続財産の負担であると主張した。この見解は、遺産債務について相続人が責任を負うのは、相続財産取得に相對應する法律上の独自の原則であり、遺産債務は相続財産（積極財産）の負担であるという立場に立つ。Binder はその理由として、第一に、ドイツ民法第一草案 2051 条 1 項の「被相続人の財産に属する権利及び被相続人の財産権的な義務は……法律により相続人に移転する」という規定が、現行 BGB1967 条 1 項に「相続人は遺産債務について責任を負う」という形に修正されて引き継がれたが、このような修正は、全体として相続人に移転する財産（BGB1922 条 1 項）は積極財産だけを意味して、消極財産を含まないこと、そして消極財産は相続財産の負担を形づくるものであって、相続財産の要素を構成するものではないという考えによるものであること、第二に、包括承継の原則は、ドイツ普通法によれば、統一的取得（*einheitlichen Erwerb*）を通しての権利承継であり、このような統一的権利承継を生ぜしめる要素は、*Succession* であって、相続の客体がその要素ではないから、BGB1922 条は被相続人の財産を構成している個々の要素を統一的 *causa* によって全体として相続人が取得することを意味するにすぎないと考えられる¹²⁶⁾、としている。

以上の前提に立って、Binder は、遺産と遺産債務を区別し遺産のみを相続による取得の客体と考え、遺産債務に対する相続人の責任を相続財産取得の間接的効果と考えた¹²⁷⁾。

125) 泉・前注 124) 104 頁。

126) 泉・前注 124) 105 頁。

127) 泉・前注 124) 101 頁。

Binder によれば、「相続人の責任は、遺産債務が遺産に含まれているということから発生する結果ではなく、遺産債務が遺産と並行して相続され、相続人は、相続財産の取得によって、彼がそれをもつて責任を負うことのできる財産を所有するにいたるということから生ずる結果である」と説明する¹²⁸⁾。

(ウ) Boehmer の見解

以上の両説に対して Boehmer は、相続債務を相続人の人的給付義務であると主張した。Boehmer は、債務の内容は、債務者の給付義務であるから遺産債務を相続財産の要素あるいは負担として示すことはできないという立場を固持する。彼は、BGB は「相続財産」あるいは「遺産」を単なる積極財産と見ていたとした上で、遺産債務の内容を債務者（被相続人）の全財産の無限責任と結び付いた人的給付義務と理解しなければならないとし、「私法上の債務は他律的命令もしくは自治的協定によって基礎づけられた規範であり、人間の行為に関する、人間の意思活動に関する、作為・不作為に関する尺度である。それ故、債務はいつも意思に依存しており、人間の行為の真の自由を拘束している」といい、近代法においては Obligation を保証するものは財産であり、この財産に対する支配としての「財産拘束」が Obligation の抽象的内容になったが、全ての人的給付義務においては、債務者の経済財に対する拘束は第二次的潜在的なものとして取扱われるにすぎないから、債務者の意思を拘束する「給付当為」を財産の要素として扱うことは不可能だといわねばならないと主張する。そして「相続によって被相続人の人的責任が承継者の権利領域に移り、以後相続人自身の人格拘束義務となり、したがって、その第二次的潜在的効果として、相続人の全財産が被相続人の債権者の擱取権に支配されるとするならば、それは、被相続人の財産が相続人に移転するにすぎない BGB1922 条の規定から由来するものではない。この規定は、被相続人の積極財産の責任が新たな財産支配者としての相続人の権利領域においても存続すること以外の何もでもないし、またそれ以外を意味するものではない。」それ故、相続人に人的給付義務を負わせるには、BGB1922 条の他に、そのことを明瞭にうたった特別の規定が必要である。そのような特別規定によって

128) 泉・前注 124) 105 頁。

のみ、これまで被相続人に課せられていた具体的債務規範が、はじめて、相続人の行為に関する規範となる。そして、BGB1967条がこのような規定であると説明する¹²⁹⁾。

(エ) Marotzke の見解

Marotzke は、この争点については、理論的に極めて興味深いが、実務的には意味はない¹³⁰⁾と述べる一方で、実務的に意味がないにしても Boehmer による「債務者（被相続人）の財産には責任が含まれているが、しかし、人的な債務は含まれていない。そして責任は財産と共に移転することができる」という主張は的確である、と述べている¹³¹⁾。

つまり、債権者と被相続人との債権債務関係から生じた被相続人の債務は相続財産には含まれない。しかし、相続財産には責任は含まれている。したがって相続財産が相続人に移転すれば責任も移転すると考えることは正しい認識であるとしている。

さらに Marotzke は続けて、「上記の議論が展開される中で、議論はさらに一歩進むことになる。約100年続いたBGB419条は1999年1月1日からなくなった。これにより立法者は、一人の財産をその人の債務から切り離せる可能性を認識した。しかし、このような分離は、BGB1922条に基づく「法律的な財産引受」が適用されれば、BGB1967条がはっきりと相続人の「責任」を規定していることによって阻止される¹³²⁾。」と説明する。

Marotzke は、BGB1922条はBGB419条と同じ「法律的な財産引受」であるとし、相続財産が相続人に移転すれば責任も相続人に移転することを正しい認識であると考えている。

(オ) 相続人に責任が生じる根拠のまとめ — 財産引受との関係

上記の議論は相続財産に被相続人の債務が含まれるか、含まれないか、が争われていた。

129) 泉・前注124) 106頁。

130) Staudinger/Marotzke (2002), a. a. O., S.8.

131) Staudinger/Marotzke (2002), a. a. O., S.8.

132) Staudinger/Marotzke, (2002), a. a. O., S.8.

しかし、いずれの見解にせよ、相続財産を取得することによって責任が生じることに違いはない。したがって、相続人の被相続人の債務に対する責任は財産引受による財産取得者の責任が生じる根拠（財産を取得した者は責任がある）と同一であることが窺える。ドイツでは相続開始時の相続財産と債務の移転について古くから議論されているが、財産の移転と債務の帰趨に関して財産引受を参考に議論されてきた面が認識される。相続によって財産が被相続人から相続人に移転した場合も、財産引受の移転の構造（財産を取得した者に責任が生じる）が適用されていると考える。Boehmer のいう「責任は財産と共に移転することができる」とは財産引受を述べていると考えられるのである。

以下では、相続開始から遺産分割後まで相続財産と債務はどのように処理されているかをみてみよう。

(3) 共同相続関係の状態

遺産分割前の共同相続関係にある間遺産は、共同相続人の合手的関係（Gesamthand）になる（BGB2032 条 1 項）。各相続人は、全体としての相続財産に有している自己の相続分を処分することはできる（BGB2033 条 1 項）が、個々の相続財産に対する物権的持分権を処分しえない（同条 2 項）。また、個々の財産を処分するには、共同相続人の同意を必要とする（BGB2040 条 1 項）。共同相続人のひとりが、その相続分を、共同相続人でない者に売ると、他の共同相続人は、それに対して先買権（Vorkaufsrecht）をもつ（BGB2034 条 1 項）。

通常ではない管理についてのみ共同相続人全員の同意が必要であるが、通常の管理は多数決による。各共同相続人は、通常の管理に協力する義務があり、必要な保存行為は各自が単独でなしうるし、またせねばならない¹³³⁾。

このように相続財産は、相続人の固有財産とはある程度法的独立性を有する総手的な特別財産として構成されている。この特別財産としての遺産に対して共同相続人が自由に処分できない仕組みと、遺産と固有財産との混同前の遺産分離が遺産債権者を保護する役割を果たしている¹³⁴⁾。

133) 山口純夫「西ドイツ相続法」比較法研究 32 号（1971 年）69 頁。

134) 松倉・前注 119) 29 頁。

(4) 共同相続人の責任

(ア) 概要

BGBは1967条から2017条において、単独相続人及び共同相続人に対する共通の相続責任を規定し、2058条から2063条において共同相続関係についての特有な責任を規定する。共同相続人は遺産債務（Nachlaßschuld）に対して連帯債務者（Gesamtschuldner）として債務を負うのか、若くは債務が可分債務（teilbaren Nachlaßschuld）の場合は、その相続分に相当する債務のみを負うのかどうか、という問題が生ずる。多数相続人（Erbenmehrheit）の場合においては、「遺産の共通債務」（gemeinschaftliche Nachlaßschuld）に対する責任を、承認・分割を一応の境として次のようにし規律している¹³⁵⁾。

(イ) 相続開始後承認までの責任

相続開始（Erbfall）後相続承認するまでの責任については別段それ程の問題はない。共同相続人は承認・放棄を各自独立して為せばよい——単独相続人の場合と同様に——。本来遺産に対して為されるべき請求権が、共同相続人に対して裁判上行使されることはない（BGB1958条）。言い換えれば、各相続人は全く責任を負わず、遺産のみが責任の対象となり、遺産債権者は遺産に対してのみ強制執行をなし得るに過ぎない。これに反して、相続人の債権者は遺産に対しては強制執行を為すことができないとされている（ZPO778条）。このような構成をとるのは、相続人は放棄（Ausschlag）により遡及的に相続人の地位を失い、相続の承認・放棄前の相続人の地位は極めて不確定であることが考慮されているからである。つまり、相続の承認・放棄前の相続人の地位は極めて不確定であることに鑑みて、遺産債権者及び相続人の債権者より為される相続人への請求は制限されているのである¹³⁶⁾。

(ウ) 承認後分割までの責任

分割に先立ち共同相続人に対して「遺産を以って」共通の遺産債務を弁済することを間接的に強制している（BGB2046条～2047条）。即ち、遺産債務の弁済が為されずに遺産分割を行っても分割の効果は対内的（共同相続人）にも対外的

135) 松倉・前注119) 31頁。

136) 松倉・前注119) 31頁。

(対第三者)にも有効である。遺産分割が行われた場合には各共同相続人は自己に帰属した遺産を自由に処分できることになり、それまで遺産を債権の引当てとしていた債権者の立場が不利になることから、遺産分割後は相続人の責任が加重され、債務全額について各相続人に無限の連帯債務としての責任が課せられている。したがって、共同相続人側とすればこの重い連帯債務を避けるためには、遺産分割前に遺産から遺産債務全部を完済することが必要である¹³⁷⁾。

相続人が相続承認すれば、既に弁済期に達している債務及び弁済期に達していない債務、債務の存在について争いのある債務等について、その必要額を留保することが必要である。この前提のもとに、遺産債務の概要(債権者及び債務額)が明らかでない場合には、予め各相続人は裁判上の公示催告手続(Aufgebotverfahren)によって債権者に対し債権の申出を促し、申出を為した債権者は保護されるが、債権の存在を申し出なかった債権者は遺産分割後残存する財産からの弁済しか受けられない不利益を受ける。

このように、一定の手続に従って催告手続を実行することにより、債権の存在を知るとともに、これによって共同相続人は、遺産分割による債務の分割部分について、各自の相続分に応じて弁済をなせばよいという利益を受けることになる¹³⁸⁾。

遺産分割前にも共同相続人は連帯債務者として規定されているが(BGB2058条1項)、責任の限度は物的(gegenständlich)無限責任ではなく、相続人に応じた限定的・分割的(bruchteilig)な責任である(BGB2059条2項)。従って、有限責任に至るべき権利を失っていない共同相続人は、遺産が充分である限り遺産に対する自己の持分についてのみ責任を負い、分割まではその固有財産からの弁済を拒絶しうる(弁済拒絶権)(BGB2059条1項)。換言すれば、連帯債務者として全額につき責任を負うのであるが遺産分割前に於いては、遺産に対する持分に限定せられた責任のほかは抗弁(Einrede)を主張しうるのである(有限・連帯)。なぜなら、遺産分割前の各共同相続人は総手的共同関係に立ち、個々の遺産を単独で処分しえないのであるから、遺産が全体として減少することはなく、

137) 松倉・前注119) 31頁。

138) 松倉・前注119) 32頁。

相続人側に固有財産をもってする弁済を拒絶する権限を認めても遺産債権者の立場が不利にはならないからである。それ故、遺産債権者は、相続人の固有財産に執行することはできず、ただ総遺産に対する各人の持分（相続分）を差押えることができるのみである（ZPO859条）。これを裏からいえば、各共同相続人が個々の遺産に対する処分権を有しないことの表れである。従って、個々の遺産に対しては、債権者が各人の持分（相続分）を差押えるという方法で執行することはできない¹³⁹⁾。

債権者がそれを欲するときは、共同相続人全員に対する債務名義を得ることを必要とし、それに基づいて未分割遺産への強制執行が可能である（BGB2059条2項、ZPO747条）（Gesamthandsklage）。分割までは共同相続人間に「総手的共同関係」（Gemeinschaft zur gesamten Hand）が存在し、一人の相続人に対する債務名義だけでは当該相続人その他の財産に対して強制執行が開始せられていた場合（ZPO859条）のほかは、遺産に対して執行することは許されない。しかし、後述の如き一定の原因により既に有限責任への可能性を失い無限責任に陥っている相続人は、当該債権者に対して彼の相続分に相当する分割部分（Bruchteils）まで固有財産を以って責任を負わねばならない（BGB2059条1項後段）。しかし、この相続人も遺産が分割されるまでは、なお相続分までの分割責任である（分割・無限責任）¹⁴⁰⁾。

この様に、未分割遺産の責任を認めることにより遺産債権者はよりよく保護せられているが、それにもかかわらず債権者を保護するにはこれをもって未だ充分とは言えない。けだし、未分割遺産は遺産債権者とは全く関係なく共同相続人の協議等によりいつでも分割されうるし、分割と共に遺産そのものなくなる運命にあるからである。そこでドイツ民法は分割後の遺産債権者の地位を一層強く保護しようとする¹⁴¹⁾。

(二) 分割後の責任

分割までは各相続人が単独で遺産を処分できないことにより遺産債権者の地位

139) 松倉・前注119) 33頁。

140) 松倉・前注119) 32頁。

141) 松倉・前注119) 33頁。

は比較的安全なものであった。ところが、分割が為されると債権の引当てとなっている、一体的な責任を負う客体たる遺産が分解されることになり、遺産債権者の地位は極めて不安定なものとなる。換言すれば、遺産分割により合有関係が解消せられ、分割と同時に遺産及び相続分は最早存在しなくなり、それまでの責任対象としての遺産が存在しなくなったのであるから、それに応じて遺産の合有責任もなくなり、相続分に基づく共同相続人の限定責任もなくなる。それ故に、分割後に於いては共同相続人の連帯責任は強化され、遺産債権者からの弁済請求に対してその固有財産をもっても弁済する必要があり、分割前のような弁済拒絶権は最早認められない(連帯・無限責任)。他面、連帯債務者として請求を受け、弁済を為した共同相続人は、その他の共同相続人に対してBGB426条に基づいて求償権を行使しうが(BGB2038条2項)、共同相続人中に無資力者がいる場合、その不利益は結局共同相続人側の負担に帰せられことになる。その意味でも、遺産分割を境にして保護の目は遺産債権者保護に傾いていく。

このように、共同相続人は未弁済の遺産債務全額につき原則として連帯・無限の責任を負わされるが、このような重い責任がいつまでも続いては共同相続人にとって酷である。そこで、一定の場合(BGB2060、2061条)には信義上過失ある債権者に対する責任を軽減し、分割後といえども、各相続人は相続分に応じた分割・限定的な責任を負えばよいとして遺産債権者の利益と調和が図られている¹⁴²⁾。

(オ) ドイツ相続法の構成——なぜ分割後も連帯責任か

遺産分割後各共同相続人は、遺産債務の全額について連帯責任を負う(2060条)¹⁴³⁾。しかし、原則的な責任の重さは異なる。分割前にあっては、相続人は遺産に対する自己の持分を限度とする限定責任を負えば足りる(BGB2058条1項1文)。しかし、分割後においては、相続人は責任が強化され、その全財産をもってする責任、すなわち無限責任を負うものとされる(異論がない)¹⁴⁴⁾。

分割後も連帯責任を認める理由は、分割という債権者の関与できない事実によ

142) 松倉・前注119) 34頁。

143) 山口・前注133) 69頁。

144) 太田・佐藤編〔松倉耕作〕前注51) 441頁。

り限定責任を認めては、個別執行に要する手続きの煩わしさや債権のこげつき（支払い不能）の危険を債権者が避けることができず、これを防ぐ趣旨である。他方、前述した責任の強化については、知れたる債権者を満足させることなく、またしかるべく債権者を探すことなく、遺産分割したときは、共同相続人の責任を重くすることは、別段不当ではないであろう、と評される。いいかえれば、①分割後の連帯責任の存続、②分割後の責任強化、との構成によって、債務事前清算（BGB2046条1項）を加えることが相当とみるわけである¹⁴⁵⁾。

例外として各共同相続人は、遺産債権者にその債権を6カ月以内に相続人または遺産裁判所に申し出るよう催告することができ、その債権の申立をしなかった債権者に対しては、相続人全員が、分割後、その相続分に応ずる分割責任を負えば足りる（2061条）¹⁴⁶⁾。

実際には「事前清算」すなわち分割前の債務の弁済は、さほど多いとはいえないといわれる¹⁴⁷⁾が、重要なことは、債務が連帯債務として存続することであり、それが条文上明記され、相続人一般に知られていることである。

(5) 相続法の規定の補完としての財産引受

以上がドイツ相続法における相続財産と債務の処理の概要であるが、相続において財産引受が適用されている事例がある。

(ア) 遺産分割後の除斥された債権者

原則的に遺産分割後も、BGB2060条、2061条1項第2文の要件を満たさない限り、相続人は連帯責任となる¹⁴⁸⁾。しかし、例外的にBGB2060条、2061条1項第2文の要件を満たすと、各相続人の相続分（観念的相続分）に相応する分割部分（Bruchteil）についてのみ責任を負えば足りる¹⁴⁹⁾。

事例4

145) 太田・佐藤編〔松倉耕作〕前注51) 441頁。

146) 山口・前注133) 69頁。

147) 太田・佐藤編〔松倉〕・前注51) 441頁。

148) Staudinger/Marotzke (2002), a. a. O., S.726.

149) 太田・佐藤編〔松倉〕・前注51) 441頁。

遺産が30,000ユーロ。共同相続人A、BとC。相続分は各々1/3であった。しかし、Cはすでに被相続人より財産を得ていたため、遺産分割において何も取得しなかった。AとBは、各々15,000ユーロ取得した。公示催告手続きによって除斥された債権者が12,000ユーロの債権があることを通知してきた。依然として相続分割に応じた請求ができるが、債権者は各相続人に4,000ユーロしか行使できない。つまり、債権者はAとBに各4,000ユーロ請求できるが、BGB1973条によって遺産の限度で責任を負うCには何も請求できない。遺産が請求された金額を十分払えるのに、債権者は4,000ユーロの損失を被ることになる¹⁵⁰⁾。

通説は、上記の結果に不満足ではあるが、これを受け入れるべきとする¹⁵¹⁾。これに対してStrohalは、他人の財産の引受(BGB419条、1088条、1388条、2382条)からくる責任の諸原則を、全遺産を取得した共同相続人の責任に類推適用しようとした¹⁵²⁾。つまり、除斥された債権者がBGB419条によって、Cに対する4,000ユーロをABCに請求できるようにしようと考えた。

そして、BGB419条が廃止されるまではBGB2382条、2385条よりもBGB419条を適用すべきであると主張していた¹⁵³⁾。

(イ) 相続人の相続分を譲渡した場合

ある人が共同相続人から遺産分割前に相続分を取得した場合、相続分を取得した人も公示催告の手続をすることができる。公示催告により除斥された債権者は、BGB2060条により、相続分を取得した者にその相続分に応じた責任のみを負う。この場合、相続分を譲渡した相続人は、相続分を取得した者と並んで除斥された債権者に責任を負う。

この場合の責任をMarotzkeは、「相続分の取得者の責任はBGB419条から生じる。連邦通常裁判所は、BGB419条を特別な財産の移転には適用されるべきで

150) Staudinger/Marotzke (2002), a. a. O., S.777.

151) Staudinger/Marotzke (2002), a. a. O., S.777.

152) Staudinger/Marotzke (2002), a. a. O., S.777.

153) Staudinger/Marotzke (2002), a. a. O., S.777.

はない¹⁵⁴⁾とされるが、相続分の譲渡においてBGB419条を適用することは、特別な財産の移転に適用されるべきではないということと矛盾しない。ここで問題となっている債務は、遺産の債務として、相続された財産(唯一の財産といつていい)と具体的に制限された責任と財産が緊密に結び付いているからである。連邦通常裁判所がBGB419条を特別財産には適用しないとされた際の特別財産と債務の結び付きよりも、相続分と遺産債務の結び付の方が本質的に緊密な関係がある。BGB419条を共同相続の相続分の移転に適用することは、連邦通常裁判所の判断と矛盾しない¹⁵⁵⁾。」と説明する。BGB419条が廃止された現在では、BGB 2382条、2385条の類推適用が考えられている¹⁵⁶⁾。

(6) 小括

ドイツ法では、相続開始から遺産分割後まで共同相続人は遺産債権者に対して連帯責任を負っている。しかも、遺産分割前は遺産に責任が限定できるが、限定承認しない限り、遺産分割後は無限責任を負い、責任が強化されている。しかも相続財産の売買、遺産分割後の相続財産の譲渡においても譲渡人と譲受人ともに連帯債務となるように規定されており、債権者保護が徹底的になされている。

しかし、これは①分割後の連帯責任の存続、②分割後の責任強化、との構成によって、債務事前清算(BGB2046条1項)を促し、財産と債務の帰属を決め、早く遺産分割を決着させることが立法的に意図されていると考えられる。

実際には「事前清算」すなわち分割前の債務の弁済は、さほど多いとはいえないといわれる¹⁵⁷⁾が、債務が連帯債務として存続し、それが条文条明記され、相続人一般に知られていることが重要である。

また、ドイツの相続法における財産と債務の関係は、財産には責任があり、財産を取得した相続人は責任があると考えられている。財産引受も財産には責任があり、財産を取得した人には責任があるという考えから作られた制度である。財

154) BGHZ27,257,261.

155) Staudinger/Marotzke (1995), a. a. O., S.724.

156) Staudinger/Marotzke (2002), a. a. O., S.777.

157) 太田・佐藤編〔松倉〕・前注51) 441頁。

産と責任に関する考え方は相続と財産引受とで共通性があると認識できる。

2 スイス法

(1) 概要¹⁵⁸⁾

スイス法は、BGBと同じゲルマン法系に属しており、遺産の共有関係については合有主義をとっている (ZBG602条、603条、639条)¹⁵⁹⁾。

遺産分割における債務引受はOR183条に規定されているが、OR183条は、ZBG639条を適用することを定めている¹⁶⁰⁾。

相続債務は財産と共に存続する。その財産はこれまで債務の引当てとなっていたものである。相続が開始されても引き続き債務と財産は結び付いている。これによって債務者の死によって債権者の利益が害されることを防いでいる。このような考えは、各信用供与の保障のために必要な前提である¹⁶¹⁾。

スイスは、遺産について合有をとり、債務についてはドイツ法と同じように財産と債務は結びついていると考えられている。

(2) 相続開始後遺産分割前

(ア) 概要

相続が開始されると遺産は合有となる (ZGB602条)。債務に関してはZGB603条1項において共同相続人の連帯責任が規定されている。ZGB603条1項に規定されている連帯責任の補完としてZGB560条2項に被相続人の債務は、相続人の

158) スイス相続法の構成。相続の開始は537条～550条、相続開始の効果として保全措置が551条～559条、相続財産の取得が560条～579条、公的財産目録が580条～592条、公的清算が593条～597条、相続回復請求権が598条～601条、遺産の分割として、分割前の共同が602条～606条、遺産分割の方法が607条～618条、持戻しが626条～632条、分割の終了と効力が634条と640条となっている。松倉耕作「スイス相続法の概要(1)」名城ロースクール・レビュー12号(2009年)143頁。

159) 中川・泉・前注120)199頁。

160) Basler Kommentar Obligationenrecht I 4.Auflage, Herausgeber Honsell, Vogt, Wiegand [Tschäni] (2007), S.919.

161) Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, auf Grund der 12. Auflage (2002) neu bearbeitet und ergänzt von Bernhard Schnyder, Jörg Schmid, Alexandra Rumo-Jungo [Tour, Schnyder, Rumo-Jungo] (2009) S.614.

人的責任になることが規定されている。

スイス法では相続人の債務に関する規律は、積極財産の共有関係を規律する合有の原則と相違する¹⁶²⁾。本来は合手的共有（合有）の本質から、遺産債務も合有（相続人全体）の債務であり、相続人は全員が共同して債権者に支払わなければならない。しかしZGBは、多くの州にある法に従い、債務の処理において合手的共有（合有）の原則とは違った取扱いを規定した。遺産債務に対して各相続人は単独でしかも彼の相続割合ではなく被相続人の全債務に対して責任を負わなくてはならない。共同相続人は遺産債務に対して人的にそして連帯して責任を負う¹⁶³⁾。

被相続人の債権者は、被相続人の死によって各相続人に請求しなければならないために、ZGB603条は、被相続人の債務に対する相続人の連帯責任を規定した。

これによって一方では、すべての相続人による連帯責任が可能となる。相続債権者は、従前同様1人の債務者に対して請求でき、分割されない請求権によって保護される。他方で、相続によって対象に応じた責任の基礎の拡張が行なわれる。債権者は相続財産だけでなく、相続人の個人的な財産をも処分できるからである。それ故、この結果において遺産の移転は、債権者にとって常に債権者の地位を強化する意味がある。

スイス法は、——ローマ法や普通法の割合的責任とは違って——相続を具体的な制限のない人的な、そして連帯の責任を原則とした。この責任の原則の基礎になっている立法者の意図は、債務関係の永続性を憂慮したことにある¹⁶⁴⁾。

(イ) ZGB603条の規定の目的

相続が開始されると相続人間には相続人共同関係が生じる。そして、相続人共同関係は合有の原則に支配される。しかし、被相続人の債務関係においては合有の原則は、はたらかない。債務についても合有の原則が支配すると被相続人の死によって被相続人の債権者は複数の相続人に対して請求しなければならない。こ

162) Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Herausgeber Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser [Peter C.Schaufelberger] (2006) S.721.

163) Tour, Schnyder, Rumo-Jungo (2009), a. a. O. S.750.

164) Stepfan Wolf, Grunfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft (2004) S.341.

の不都合を避けるために相続人の連帯責任が ZGB603 条に規定されている。この規定は、第三者に対する多数の相続人における外部関係の責任だけを規定している。相続人間の内部関係については ZGB640 条が規定する¹⁶⁵⁾。

(ウ) 連帯責任の効果

相続人の連帯責任の効果は、OR143 条以下に規定されている。これらの規定によれば各相続人は単独で遺産債務に対して責任を負う。しかも各相続人の相続割合ではなく、全債務についてである。それ故、遺産債権者はすべての相続人全員に同時に、あるいは順次に、あるいは任意の相続人に請求することができる。すべての債務が弁済されるまで、すべての相続人は責任が継続する (OR144 条)。

相続人の責任は、遺産に制限されない完全な責任である。つまり、被相続人の債務は、相続人の個人的な債務となる。債務の額が遺産の積極財産の価値を超えていても被相続人債務は相続人の個人的な債務となるのである。それ故、相続人は自分の固有財産による責任がある (ZGB639 条 1 項参照)。

この相続人の責任は、相続人が相続放棄することによって逃れることができる (ZGB566 条)。また、相続人が公の財産目録を作る方法をとれば、責任が制限される (ZGB580 以下)。相続人が公的な清算の方法 (遺産債権者からの請求も可能) をとれば、相続債務について責任を負わない (ZGB593 条以下)。

(3) 遺産分割後

(ア) 合有責任 (Gesamthafutug) の基礎の崩壊

遺産分割の完全な実行によって相続財産は解消する。共同相続人の共同の財産ではなくなり、これによってもはや合有責任の基礎はなくなる。その結果、共同財産からの債権者の満足の可能性がなくなる¹⁶⁶⁾。

しかし、債権者が、分割あるいは債務引受を同意しない限り、相続人に ZGB639 条第 1 項によって分割後も被相続人の債務に対して責任がある。それ故、共同相続人の連帯責任は、分割が成功しても存続する¹⁶⁷⁾。

165) Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch II [Peter C.Schaufelberger] (1998), S.721.

166) Wolf, a. a. O., S.343.

しかし、債権者が明示的あるいは黙示に分割に同意した場合には、連帯責任はなくなり、債務を引受けた相続人に免責的に債務が引き受けられたことになる。また639条第2項によって連帯責任は、分割後、あるいは請求権の支払期日から5年の経過によって終了し、遺産分割によって債務を引き受けた相続人に免責的に債務引受がなされたことになる¹⁶⁸⁾。

(イ) 遺産分割における債務の引受

遺産分割における債務の引受についてはOR183条に規定がある。OR183条によれば遺産分割における債務の引受は、特別な規定で行われると規定されている。そして、その特別な規定としてZGB639条が適用されるという仕組みになっている。

OR183条、ZGB639条、ZGB832条は、OR181条（財産引受）と核心において一致していると解されており¹⁶⁹⁾、遺産分割における債務に関する考え方や処理がOR181条（財産引受）と同じであるといえる。

つまり、財産引受では、財産譲受人が債務を引き受け、財産譲渡人も引き続き責任を負う。しかし、財産譲渡人は3年で免責され、以後財産譲受人が免責的債務引受をなしたことになるように、遺産分割によって財産を取得した相続人が債務を引き受け、他の相続人も5年間連帯責任を負う。5年後は財産を取得した相続人が免責的債務引受したように単独の債務となる。

このようにスイス法は、財産の移転により財産譲受人と財産譲渡人、相続財産を取得した者としなかった者の間で債務について重疊的債務引受の効果が生じ、財産を取得しなかった者は、時間の経過とともに免責され、以後、財産を取得した者が免責的に債務を引き受けるというように、OR181条（財産引受）とZGB639条（相続における第三者に対する責任）の効果がまったく同じといえる。

(4) 小括

スイス法は、BGBと同じゲルマン法系に属しており、遺産（積極財産）の共

167) Wolf, a. a. O., S.344.

168) Basler Kommentar/Rudolf Tschäni (2007), S.919.

169) Theo Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht 8.Auflage (1991) S.271.

有関係については合有主義である (ZBG602 条、603 条、639 条)¹⁷⁰⁾。相続債務は財産と共に存続する。その財産はこれまで債務の引当てとなっていたものだからである。相続が開始されても引き続き債務と財産は結び付いている。これによって債務者の死によって債権者の利益が害されることを防いでいる。スイス法はドイツ法と同じように、遺産について合有をとり、債務については財産と債務は結び付いていると考えられているといえる。

スイス法で特徴的なのは、財産の移転により財産譲受人と財産譲渡人、相続財産を取得した者としなかった者の間で債務について重畳の債務引受の効果が生じ、財産を取得しなかった者は、時間の経過とともに免責され、以後、財産を取得した者が免責的に債務を引き受けるという点である。OR181 条 (財産引受) と ZGB639 条 (相続における第三者に対する責任) の効果がまったく同じといえる。

3 オーストリア法

(1) ローマ法的かゲルマン法的か

相続法の規定の位置が広義の物権法に含まれることが ABGB の大きな構造上の特色のひとつである¹⁷¹⁾。ABGB は、遺産共有に関する合有的規定はなく、遺産共有を単純な共有関係とみており (ABGB825 条以下)、ローマ法の系統に分類されている¹⁷²⁾。しかし、ABGB は、ローマ法の系統に分類されるが、ゲルマン法の影響も受けている。

ABGB におけるゲルマン法の影響について Fenyves は、「相続法の条文の並び方から証明される。」とする¹⁷³⁾。つまり、「ABGB は、「死亡した者の権利と義務

170) 中川・泉・前注 120) 199 頁。

171) 松倉耕作「オーストリア相続法」名城ロースクール・レビュー第 9 号 (2008 年) 76 頁。

172) 中川・泉・前注 120) 199 頁。

173) 相続の規定は ABGB 第 2 部物権法の第 8 章以下に規定されている。第 8 章 相続権について (531 条以下)、第 9 章 終意意思の意思表示一般、とくに遺言について (522 条以下)、第 10 章 後位相続人 (604 条以下)、第 11 章 遺贈について (647 条以下)、第 12 章 終意意思の制限と取消について (695 条以下)、第 13 章 法定相続について (727 条以下)、第 14 章 遺留分と遺留分・相続分の算定について (762 条以下)、第 15 章 遺産の占有について (797 条)、第 28 章 夫婦財産契約について (1217 条)。松倉・前注 171) 76 頁。

の総括概念は、〔それが〕単なる人的な関係に基づく権利義務でないかぎり、遺産 (Verlassenschaft) または遺産 (Nachlass) と呼ぶ。』という遺産概念を定義した条文 (ABGB531 条) を相続に関する規定《相続権の章 (ABGB 第2部物権法第8章相続権)》の一番先頭に置いているからである¹⁷⁴⁾。』と説明する。

ここから、BGB や ZGB の当該諸規定の並び方とは対照的に ABGB は、相続人ではなく、遺族の財産、遺産を中心とみてみると Fenyves は解している。

そして Unger の「相続法において死は、精神世界を支配する力が全くないように、法の組織体に対しても力がない」という考えに対して「今日の相続関係がもはやこの考えにまったく沿うものではないにしても理解しうる。なぜなら、個人が死亡してしまっても、その人に一身専属的に随伴しない法律関係は継続するからである。つまり、これまでの財産の担い手が消えても、財産は財産の主人を超えて残るからである。」と Fenyves は説明している¹⁷⁵⁾。

Unger の考えは Weiß から次のように厳しく批判された。「遺産として遺された、もしくは、取得された財産に比べて法的担い手をないがしろにする。法的担い手をないがしろにすることは実利主義的そして同時に非歴史的である。なぜなら、相続法は人格が生き続けることを保全するための制度であるというローマ法的理解に基づいて、われわれの相続法は作られたからである。」¹⁷⁶⁾と。

しかし、Fenyves は、Weiß のこの非難は「正当ではない。」とする。つまり、「遺産と相続人との関係について ABGB の相続法は、必ずしもローマ的ではなく、ドイツ法的諸規範に従っている。その諸規範は、相続人ではなく、遺産を規範の考察の中心点に置いているからである。」と反論している¹⁷⁷⁾。

こように、ABGB 自体はローマ法の系統に属するが、相続法には財産を中心に考えるというゲルマン法の思考が入っているといえる。

174) Attila Fenyves, *Erbenhaftung und Dauerschuldverhältnis: Auflösbarkeit von Dauerschuldverhältnissen anlässlich des Todes einer Vertragspartei* (1982), S.23.

175) Fenyves, a. a. O., S.23.

176) Fenyves, a. a. O., S.23.

177) Fenyves, a. a. O., S.24.

(2) 財産引受の帰結としての相続の責任

(ア) Fenyves の考え

Fenyves は、相続法における相続人の責任は、財産引受の帰結としての責任であることを説明する。

Fenyves は、ABGB531 条における相続人への債権債務の根拠がドイツ法的伝統と一致するとする Zeiller の考えに注目する。Zeiller によれば、相続債務を「まだ生存している人の積極財産の負担や制限、あるいは積極財産と消極財産は、積極財産とともに分割できないように結び付けられて成立しているように、遺産と結び付いた債権債務関係も遺産の消極的部分とみなされる。」と説明する¹⁷⁸⁾。

ここから Fenyves は、「ABGB1409 (財産引受) の編纂はずっと後になってからであるのに、Zeiller は、相続人の債務の責任を被相続人による包括承継の結果としてではなく、財産引受の帰結と見なした。相続債務に関する相続人の責任の効果を生存している者同士の取引の効果と対等に扱った。」と Zeiller の考えを紹介する¹⁷⁹⁾。

さらに Fenyves は、「Zeiller の考察におけるドイツ法の端緒は、見逃せない。」としてドイツでの財産と債務の関係について次のように説明する。「古いドイツ法によれば相続人が被相続人の債務の責任を負ったのは、被相続人の権利の承継者だからというのではない。相続人は被相続人の財産、あるいは少なくとも被相続人の財産の一部を引き受けたからである。つまり、財産の取得によって財産の一部に張り付いている債権債務関係の責任を持ったからである。その際、債務はその財産に基づいている。その財産の経済的範囲の中で債務が成立する。しかも、もともと相続人の責任は、—— 少なくとも Sachsenspiegel 以降に —— 被相続人の財産の中に債務の為に相応するものがあった。そのような財産の中にある被相続人の債務に限られた。後になって相続人の責任は、拡大された。しかし、首尾一貫して引き受けた財産に限られた。」¹⁸⁰⁾

このようなドイツ法の財産と相続人の責任の関係から Fenyves は、ABGB に

178) Fenyves, a. a. O., S.24.

179) Fenyves, a. a. O., S.24.

180) Fenyves, a. a. O., S.25.

ある包括承継をローマ法的包括承継ではないと説明する。「ドイツ法の財産と相続人の責任の関係は、決して法制史的興味のある知識というだけではなく、極めて興味のある事実である。その事実は、次のことを示している。ABGB547条に起草者達が包括承継という概念を案として規定した際に、起草者達は、ローマ法的概念である包括承継を非常に限られたものとして理解していた。それ故この規定は極めて不幸に表現され、まさしく何十年もの学問的議論の尽きることのない源泉となった。ABGB547条との文脈で続いて読まれるべき ABGB549条は、はっきりと「遺産の責任となる負担」¹⁸¹⁾と言っている。ABGB549条の言葉の選択においてローマ法的包括承継でないことが現われている。ABGBの起草者達はローマ法的包括承継であることを示す証として ABGB548条を取り上げるが、ABGB548条も、ABGBの包括承継がローマ法的でないということに対して反論できるものではない。この条文は、どれくらい被相続人に課せられた罰金刑を相続人に移すかを明らかにしているにすぎない。この条文はこのことを超えて自律的な学説上の意味はないからである¹⁸²⁾。」

そして Fenyves は、次のように述べ ABGB の相続人の責任は、ドイツ法的な物的責任が認められるとする。「立法者は、相続人の債務の責任を紛れもなく被相続人による包括的な権利の承継の結果ではなく、必要な付属物として債権債務関係が張り付いている被相続人の積極財を取得する結果であると理解した。つまり立法者達は、相続人の責任は被相続人のそのような積極財産を引き受けた帰結と見なした。これによって遺産の強い物的責任の具体的な見解が認められるようになる¹⁸³⁾。」

(イ) Riedler の考え

Riedler も相続法の規定の中には財産引受が根底にあると考えていた。Riedler は、相続における財産の移転による責任は、——条件付きの相続人の承認か、無条件の承認によって異なるが—— ABGB801条以下による責任が認められる。ABGB801条以下の責任は ABGB1409条に対して特別法と見られる、と説明して

181) 松倉耕作訳『オーストリア家族法・相続法』（1993年・信山社）49頁。

182) Fenyves, a. a. O., S.26.

183) Fenyves, a. a. O., S.26.

いる。

Ridler は、相続人が財産を取得した場合、相続法による責任と財産引受による責任は異なることはない、と言う。なぜなら、すべての遺産債務は財産に属する債務だからであり、相続法による責任と財産引受による責任の相違は、財産引受の責任の方が相続法の責任より狭いという点だけである¹⁸⁴⁾、と説明している。

このようにオーストリアでは相続人の責任を、財産引受における財産譲受人の責任と同じように考えたことがわかる。Ridler が財産引受の責任の方が相続法の責任より狭いとしているのは、財産引受譲受人の責任は譲渡人の債務を知っていたか、知らなければならなかった場合に限られるからと考える。

(3) 遺産承継の態様

(ア) 概要

ABGB547 条によって、相続の承認により、遺産に関して被相続人を承継する(但し委付が必要)。第三者との関係では、被相続人と(承認した)相続人は、同一の人物と扱われる。そして承認前には、遺産は、死者によって所有されるごとく扱われる。

次に ABGB548 条によって、遺産債務は、相続人がこれを承継する。もともと、法律により課された罰金は、死者の生前に言い渡されていないかぎり、相続人に移行することはない、とされる。

ABGB547 条は包括承継の理念を定めているが、規定の文詞と異なり、相続人による遺産の取得(占有)がなされるのではなく、「遺産が裁判所に開示され、裁判所〔の手による〕遺産の委付、すなわち法的な占有〔を実現するための〕引渡」を必要とする(ABGB797 条)。

上記の引渡があるまでは、遺産(相続財産)は法人と扱われるものと解されている(通説・判例)¹⁸⁵⁾。

184) Andreas Riedler, Der Vermögens- und Unternehmensbegriff des § 1409 ABGB, JBI Jg. 114, Heft 10 (1992), S.626.

185) 松倉・前注 171) 95 頁。

(イ) 委付

オーストリアの遺産承継は裁判所による遺産の引渡に特色がある。つまり、相続財産は裁判所の決定に依る引渡に因って始めて相続人に帰属する（ABGB797条、819条）¹⁸⁶⁾。したがって相続の承認は、相続財産の引渡を要求する意思表示に他ならない。裁判所による遺産の引渡は、委付（Einantwortung）¹⁸⁷⁾と呼ばれる¹⁸⁸⁾。

(ウ) 遺産承継の過程

被相続人の死亡の前は、何人も相続権を取得しない。相続を得るだろうと期待した人は、期待権もない。すでに最終意思の処分によって指定された者も、相続権を保障されていない。なぜなら、最終意思の意思表示は常に変更が可能であり、最終意思の意思表示は被相続人に死亡の時点で効力が生じるからである。被相続人の死亡が「その他の有効要件」なのである。但し、相続契約が締結されている場合には、その契約に拘束される。

相続人による相続財産の取得は三段階によって獲得される。第一段階は相続の開始である。相続の開始は被相続人の死の時点である（所謂相続開始）。しかし、停止条件を定めた場合には、ようやく条件の成就によって始まる。相続人が有効に任命された場合には、相続財産は相続人に生じる。相続人は、被相続人の死亡時点でまだ生存し、相続能力があることが必要である。

指名された相続人は相続財産の占有において自分勝手に占有することは許されない。相続人は、裁判上の手続の中でまず相続財産を要求する。この手続の中で相続人は、相続財産を受け入れるかどうかを決定しなければならない。いわゆる相続の意思表示である。相続人が受け入れ、彼の相続権を所有すると明示すると、裁判所は、かれに遺産を受け入れるよう指示する（委付）¹⁸⁹⁾。

186) Helmut Koziol, Rudolf Welser, Grudriß des bürgerlichen Rechts Band II Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht (1996) S.402.

187) ABGB550条に委付（Einantwortung）を引渡という書かれている。

188) Koziol, Welser, a. a. O., S.402.

189) Koziol, Welser, a. a. O., S.286.

(4) 相続人の責任

(ア) 遺産の引渡（委付）前の責任

委付前は、相続の意思表示を考慮することなく遺産だけが責任を負う。一人の相続人でも、複数の相続人でもない。遺留分と遺贈の請求権も遺産を目的とする。委付によって相続人は、包括承継によって債務者となる。

相続人が保持している価値以上に責任を負うという危険を避けるために法律は相続人に条件付きの相続の意思表示ができる可能性を与えた (ABGB800 条)。財産目録による遺産の開始の可能性を („cum benefico inventarii“ 「財産目録の利益をもって」)。これによって責任は広く制限される („pro viribus hereditatis“ 「相続財産の価格の限度をもって」)。財産目録は、債権者会議と関連する¹⁹⁰⁾。

(イ) 遺産の引渡（委付）後の責任

委付 (ABGB819 条) により相続人の財産になるので、もはや相続人の債権者は相続人に請求することが可能となる。相続人が元々債務超過の場合には、遺産に対する債権者の権利が危険にさらされる。委付前には遺産によって債権者に十分な弁済ができたからである。このような悪い状況を回避するために債権者に遺産の分離制度が設けられている。

これに反して、相続人の債権者は、相続人が債務超過の遺産を無条件で受け入れることに抗弁できない。債務超過の遺産を受け入れることによる相続人の債権者の不利益は、債務者における通常の財産の悪化と同じである¹⁹¹⁾。

(5) 共同相続

複数の相続人は、一つの法的な共同関係を形成する。この法的共同関係は、委付前には相続権と関係があり、委付後は相続された権利と関係がある。相続人の相続分は相続人の相続割合による。共同体は法律に基づいており、共同体の相続人の意思に基づいてはいない。共同体は *Communio incidens* (財産共有関係) である。

共同体は相続人に ABGB1278 条にしたがって彼らの相続権を譲渡することを

190) Koziol, Welsch, a. a. O., S.405.

191) Koziol, Welsch, a. a. O., S.405.

妨げない。共同体には一般的に ABGB825 条以下が適用される。しかし、委付前には若干の特別規定が適用される¹⁹²⁾。

委付によって共同相続人は相続分の関係による有体の遺産の共有者になる。遺産債権は分割請求における可分可能性において分割される。不可分債権は、債権者の合手的関係が成立する¹⁹³⁾。

(6) 遺産分割

共同関係は、遺産分割によって解消する。遺産分割は各共同相続人によって委付前にも後にも要求できる。しかし、委付によって物権上の効力が生まれる。共同関係は、裁判上、あるいは裁判外で締結された遺産分割協議 (Erbteilungsübereinkommen) において意見の一致が要求される。一致が成立しない場合には、遺産分割の訴えによって廃止が強制される (AussStrG170 条)。これは、一般に分割まで延期される¹⁹⁴⁾。

指図が強行法規に抵触しないかぎり、被相続人の分割の指図は拘束力をもつ (ABGB709 条)¹⁹⁵⁾。

(7) 債務

財産目録が作成されない場合、各相続人は債権者に人的にそして無制限に責任を負う。内部関係は相続割合によって調整される結果、各共同相続人は、相続割合による債務を負担する¹⁹⁶⁾。

財産目録が作成された場合、債務が可分であれば、各相続人は人的に、しかし、相続分によってのみ責任を負う。相続人は相続分による債権者からの請求に対してのみ責任がある。この請求に対しての責任は、無制限ではなく、遺産の積極財産の価値までの責任である¹⁹⁷⁾。

192) Koziol, Welser, a. a. O., S.408.

193) Koziol, Welser, a. a. O., S.409.

194) Koziol, Welser, a. a. O., S.409.

195) Koziol, Welser, a. a. O., S.409.

196) Koziol, Welser, a. a. O., S.409.

197) Koziol, Welser, a. a. O., S.409.

不可分債務は財産目録が作られても連帯責任である。しかし、その連帯責任による責任は取得した財産の価値までの責任である。

(8) 相続開始から遺産分割後

(ア) 相続開始後遺産分割前

相続が開始されると遺産は(相続財産)法人となる(通説・判例)。ABGB 547条によって、相続の承認と委付により、遺産に関して被相続人を承継する。第三者との関係では、被相続人と(承認した)相続人は、同一の人物と扱われる。委付が為されるまでは相続の意思表示を考慮することなく遺産だけが責任を負う。

相続人が保持している価値以上に責任を負うという危険を相続人が避けるために、法律は相続人に財産目録を作成するという条件付きで相続の意思表示を行える可能性を与えた(ABGB800条)。財産目録を作成することによって責任は広く制限されることになる。

したがって、相続が開始された後、相続人は財産目録を作成する道を選び、相続を承認すると各相続人は債権者に全額の無限責任を負うが、委付までは遺産が責任を負う。遺産分割することなく法定相続分通りの相続を承認し、委付を受けると各相続人は債権者に全額の無限責任を負う。但し内部関係では相続割合による。

委付はABGB819条によって、正当な相続人が相続〔承認の〕意思表示を裁判所に対してなし、さらに同人により債務の履行がなされると、直ちに遺産は相続人に委付され、これにより引渡〔手続〕が終了することになる。

一方、相続が開始された後、相続人が財産目録を作成する道を選び、相続を承認すると債務は遺産だけが責任を負う。遺産分割するまではこの状態が続く¹⁹⁸⁾。

(イ) 遺産分割後

遺産分割後、相続財産の委付(ABGB819条)によって相続人は、相続財産を取得する。財産目録を作成せずに相続財産を取得した場合、債務についてはABGB820条によって各相続人は債権者に全額の無限責任を負う。但し内部関係

198) 松倉・前注171) 95頁、Koziol, Welser, a. a. O., S.409.

では相続割合による。

財産目録が作成された場合、ABGB821条によって債務が可分であれば、各相続人は人的に、しかし、相続分によってのみ責任を負う。相続人は相続分による債権者からの請求に対してのみ責任がある。この請求に対しての責任は、無制限ではなく、遺産の積極財産の価値までの責任である。

不可分債務は財産目録が作られても、相続人は連帯責任を負う。しかし、相続人の連帯責任は、取得した財産の価値までの責任である¹⁹⁹⁾。

(9) 小括

ABGBはローマ法の系統であるが、相続法はゲルマン法の影響を受けている。すなわち、包括承継でありながら債務については相続人という人を中心に考えるのではなく、財産を中心に考えられている。これは条文の規定の順序がそれを示している。そして、学説上も相続財産を引き受けた結果、相続人に責任が生じると考える学説があることを確認できる。相続債務の処理においてもゲルマン法の影響を受けていることがわかる。可分債務はローマ法的に当然分割されない。そして、財産目録を作成すれば可分債務は財産を取得した相続人に帰属し、責任は取得した財産の価値までである。さらに、不可分債務も財産目録を作成すれば取得した財産の価値までの責任を負えばよい。このように相続人の責任も相続財産を中心に考えられている面がある。

また、債務については財産目録を作成するかしないかで相続人の責任が異なってくる。この財産目録の作成に裁判所が関わる他、遺産の取得にも裁判所の委付が必要である。オーストリアは相続において裁判所の役割が大きい。

債務について財産目録を作成しなければ全額無限責任となり、財産目録を作成することによって責任が制限されることから、財産目録を作成することを法は相続人に促しているように思う。債権者を巻き込んで遺産分割を早期に終結させる方法が法に組み込まれていると考える。

財産目録を作成した場合の可分債務の帰属は、ある相続人が全財産を取得した

199) Koziol, Welsch, a. a. O., S.409.

場合には他の相続人は責任がなくなることになる。

4 各国の相続制度と財産引受の関係

ドイツ、オーストリア、スイス法のいずれも相続において債務ないしは責任は財産にともなって移転するという考え方が基本にあることが確認できたと考える。財産引受も債務ないしは責任が財産にともなって移転するという考えを基に成立した制度である。財産と債務ないしは責任の考え方に共通性があるならば、財産が移転した場合の債務の処理という法技術の面でも共通性があると考えられる。

以下では、財産引受と相続における財産と債務の移転について事例に適用して、具体的に検討を試みることにする。

事例 5²⁰⁰⁾

A は 25,000 ユーロを X 銀行から借り、自動車を買った。その後 A は死亡した。財産は車のみで評価額は 21,000 ユーロあり、ローンの残高は 20,000 ユーロだった。第一順位の法定相続人は、子 B と子 C であった。遺言書はなかった。遺産分割協議により車は C が相続することになった。

(1) ドイツ法

(ア) 相続開始後遺産分割前

相続が開始（遺産分割前）されると車は B・C の合有となる。債務に関して相続人 B・C は遺産債務に対して連帯して責任を負う（BGB2058 条）。したがって、X 銀行は B・C に 20,000 ユーロを請求できる。連帯して責任を負うといっても、原則的には、遺産に対する自己の持分を限度とする限定責任を負えば足りる（BGB2059 条 1 項 1 文²⁰¹⁾。

同様に財産引受（BGB419 条）を適用してみる。遺産分割前は、B・C が車を取得し、債務に対する責任も B・C が連帯して負う。責任の限度は車の価値まで

200) Josef Rieder, Der Kredit bei Tod des Darlehensnehmers, Sparkassenheft Nr.67, (1987) S.13 の例を修正して作成した。

201) 太田・佐藤編〔松倉〕・前注 51) 441 頁。

である。事例5は車の価値が債務を上回っているので問題ない。

相続財産が債務超過であれば、AとBは限定承認をする。財産引受の場合も、譲り受けた財産以上に債務があれば、BGB1990条（遺産が貧弱である場合の抗弁）、BGB1991条（相続人の責任）が準用される。

(イ) 遺産分割後

遺産分割によりCは車を取得し、債務もCが全額負担することにした。しかし、債権者であるX銀行に対してB・Cはともに連帯責任のままである。しかも責任は無限責任となる。Cは被相続人の債務全額の責任を負い、Bも債務全額の責任を負う（BGB2060条）。

遺産分割後の場合に財産引受を適用してみると次のようになる。B・Cの内部では車の持分と債務の負担割合は共に1/2ずつである。CがBの車の持分を取得するという遺産分割によって車はCの単独所有となる。Bの債務の負担部分もCに移転し、Cは20,000ユーロの責任を負う。BとCとは10,000ユーロの部分が連帯責任となる。

BGB2061条は全額を連帯責任と規定する。このように、財産を取得しなかった相続人Bの責任を重くしているのは、ドイツでは積極財産から債務を清算させることを促すという債務事前清算の強制（2046条1項）を目的としているからである。

(2) スイス法

(ア) 相続開始後遺産分割前

相続が開始されると（遺産分割前）、車はB・Cの合有となり、B・Cは20,000ユーロの債務を負う。B・Cは連帯責任となる（ZGB603条）。

遺産分割前の場合に財産引受を適用すると、B・Cは車を共有し、B・Cは20,000ユーロの債務を負う。そしてB・Cは連帯責任となる。

(イ) 遺産分割後

遺産分割後、車のBの持分がCへ移転され、Cの単独所有となる。ローンについてはB・Cは20,000ユーロの連帯責任のままだが、Bの責任は5年間で消滅し、以後はCが免責的に債務引受をした形となり、C単独の債務となる（ZGB

639条)。

遺産分割後に財産引受を適用すると次のようになる。車のBの持分をCに移転し、Cの単独所有となる。遺産分割協議の中にローンを引き受ける合意があると考えられる。したがって、ローンのBの内部的負担部分もCへ移転する(債務が移転する)。Cは20,000ユーロの債務を負う。Bの負担部分10,000ユーロについてはCと連帯責任となり、Bは引き続き責任を負う。但し、Bの責任は3年で消滅する。Bの責任が消滅した後は、Cが免責的債務引受をしたことになり、C単独の責任となる。

(3) オーストリア法

オーストリア法は、委付と相続の承認、財産目録の作成の有無によって手続と相続人の責任が異なっている。(ア)相続開始後遺産分割前は、財産目録の作成せずに相続を承認した場合を、(イ)財産目録を作成した場合を検討する。

(ア) 相続開始後遺産分割前

相続が開始され財産目録を作成せずに相続を承認すると、車はB・Cの共有となる。債務は、可分債務であっても財産目録を作成しない間は分割することは出来ず、不可分債務として取扱われる。したがって、ローンについて相続人B・Cは無限責任を負う(ABGB820条)。X銀行はBにもCにも20,000ユーロを請求できる。

相続が開始されたところに財産引受で考えると、車はB・Cの共有となる。車を買った資金であるローンをB・Cとも認識できたとして、B・Cとも20,000ユーロの債務を負う。B・Cは連帯責任となる。XはB・Cに20,000ユーロ請求できる。

(イ) 遺産分割後

財産目録を作成し遺産分割後、委付により車はCの所有になる。この場合X銀行はCに20,000ユーロ請求できる。Bには請求できない(ABGB821条)。

遺産分割後に財産引受を適用すると次のようになる。B・Cの内部では車の持分と債務の負担割合は共に1/2ずつである。CがBの車の持分を取得するという遺産分割によって車はCの単独所有となる。Bの債務の負担部分にCが債務

加入する。Cは20,000ユーロの債務を負う。BとCは20,000ユーロの部分が連帯責任となる。

5 小括

上記の比較によって次のことが認識できる。

- ①債権者の関与なしに引当てとなっている財産が移転した場合、債権者は財産の元の所有者だけでなく財産の引受人にも直接請求できるという財産引受の効果は、相続による財産と債務の移転にも見られる。すなわち、いずれの相続法も相続開始後（遺産分割前）、X銀行はB・Cに全額請求できる。但し、ドイツ法では相続法、財産引受とも、債務額が財産の価値より多い場合には、財産の価値までしか責任を負わない。
- ②遺産分割後の場合、ドイツとスイスの相続法は財産引受より債権者保護が強化されている。ドイツとスイスの相続法は債務全額をBとCの連帯責任としている。財産引受では内部的な負担部分が連帯責任となる。さらに、スイスではBが免責される期間を3年（財産引受）から5年にしている。オーストリアの相続法は、Bには請求できず、Cの単独債務となる。財産を取得した者が債務を負担するということが貫徹されている。
- ③ドイツとスイスの相続法における遺産分割後の債務処理の本質的な部分（債権者Xは財産を取得した者Cに請求でき、元の所有者Bにも請求できる）は、財産引受の処理と同一である。つまり法律による重疊的債務引受という法技術を使っている。

財産引受と相続法は債権者が関与することなく財産が移転した場合の債務の帰属を規律する制度である。その点に注目して、相続法における財産の移転と債務の帰属をみてきた。すると相続法には、財産にもなって債務が移転する、ないしは責任が生じるという考えがあること、相続法における債務の処理は、（オーストリア法を除いて）財産引受でみられる財産の移転にもなって債務が法律による重疊的債務引受によって移転するという法技術が使われていることがわかった。オーストリアの相続法は、重疊的債務引受になってはいないが、財産を取得

した者に責任を負わせることが徹底しているとみることができる。

以上から相続法に財産を取得した者に責任を負わせるという財産引受の考え方を取り入れ、法律による重畳の債務引受という法技術を活用することは、遺産分割における財産の移転と債務の処理に有効であることが明らかになったと考える。

では、相続財産の移転と相続債務の処理にいずれの国の財産引受が活用できるだろうか。ドイツ法は財産の概念が明確ではないこと、隠れた担保として引受人に損害が生じる可能性がある。これに対してスイス法とオーストリア法は財産の概念が明確であり、不測の損害が生じることが防がれている。したがって、この2国の財産引受が参考となろう。さらにスイス法は、財産引受人に債務が移転すると、債務者（財産譲渡人）は3年間引き続き責任を負が、3年経過後は債務者（財産譲渡人）の責任はなくなり、財産引受人だけが責任を負うという制度であり、債権保全の効率化の観点から優れていると考える。

そこで、次に日本法の相続における可分債務の処理について学説、判例を概観し財産引受を受け入れる素地があるかを検討することにしよう。

IV 相続法における可分債務の処理（日本法）

1 民法典の規定

(1) 旧民法の相続制度

ボアソーナード草案に基づいて作られた旧民法典（1890年〔明治23年〕10月7日公布、1893年〔明治26年〕1月1日施行）においては、相続は財産取得編の一部（第一三章）であるという構成をとっていた。当時の相続制度は、家督相続と遺産相続という二つの制度を持ち（旧民法286条）、両制度とも相続人が必ず一人だけになるように設計されていた（旧民法295条、313条、314条²⁰²⁾。したがって、可分債務も分割されるようなことはなかった。

202) 金子敬明「相続財産の重層性をめぐって（1）」法学協会雑誌118巻11号（2001年）1647頁。

(2) 現行民法（施行当時）の相続制度

現行民法典（1898年（明治31年6月）公布、1898年7月16日施行）の施行当時の規定（明治民法と表記）も家督相続と遺産相続という二本立てを維持したが、遺産相続については相続人が複数であることを許容し（明治民法994条）、明治民法「遺産相続ノ効力」の節の総則1002条に「遺産相続人数人アルトキハ相続財産ハ其共有ニ属ス」と規定され、明治民法1003条には「各共同相続人ハ其相続分ニ応シテ被相続人ノ権利義務ヲ承継ス」と規定された。

この明治民法1003条によって、相続人が複数いる場合に可分債務が分割されるのか、どうかの問題となった。

2 起草者の考え

明治民法1002条の規定について穂積陳重博士は、法典調査会において「相続財産ハ共有ニ属スト申シマシタ以上ハ総テ第二編ニ規定致シテアリマス所ノ共有ノ規則ハ総テ当リマスノハモウ言フヲ待タヌコトデアリマス」と説明している²⁰³。また、明治民法1003条の規定については、同条（草案1006条）の審議の際に、共同相続人は相続債権者との関係において相続債務をどのように負担するか、という点がもっぱら議論され、穂積陳重博士は、同条を「連帯ノ主義」ではなく、「分担ノ主義」を採用することを立法的に決断した条文であると説明している²⁰⁴。その理由を「連帯ノ主義ヲ取りマス主義ハ債権者ノ保護ハ余程厚イ訳デアリマス相続開始ノ為メニ債権者ノ手数カ多クナラナイ即チ共同相続人ノ内カライツレカラテモ其イツレニ対シテモ其債権ヲ主張スル事カ出来ル其全部ヲ主張スルコトカ出来ル甚タ是レハ債権者ノ保護ノ点カラ致シマスト便利デアリマス併シ乍ラ又共同相続人ノ方カラ見マスト殊ニ其相続人ノ多クアリマシタ場合ノ如キハ一人カ非常ノ負担ヲシナケレハナラヌ」と述べている。

起草者は、債権が分割されてしまうことによる債権者の不利益よりも、分割さ

203) 法典調査会『法典調査会民法議事速記録』（日本学術振興会版）（1935年・法務図書館）61巻116丁、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』（1984年・商事法務版）554頁。

204) 法典調査会（日本学術振興会）・前注203）61巻119丁、法務大臣官房司法法制調査部監修（商事法務版）・前注203）555頁。

れないとした場合の共同相続人における不利益の方を重視している。確かに、全額の請求を受けた共同の相続人の1人が、弁済後に他の相続人に求償することは可能であるが、相続人の中に無資力者がいた場合のリスクを負担することになる。このリスクを債権者に負担させようというのが起草者の考えであった²⁰⁵⁾。

3 可分債務に関する判例と学説

可分債務の相続について判例も立法者と同様に当然分割説をとっている。

(1) 可分債務の相続に関する判例

[1] 大決昭和5年12月4日民集9巻1118頁

[事実]

A銀行は訴外Bの振出、合名会社C銀行の引受にかかる為替手形を受取人の裏書交付により取得し、C銀行に手形金の支払いを訴求したが、同会社は完済する資力がなかった。そこで商法63条（当時、旧商法80条1項、現会社法580条）により、同会社の社員3名に対して右手形金の支払いを訴求して勝訴判決を得るとともに、仮執行宣言を得た。そこで執行にかかったところ、右社員の一人Dにつき相続が開始し、相続人3名（EFG）に対する執行文の付与を受け、その内の一人原告人Dに対して全額の執行がなされた。そこで執行の方法に対する異議がだされた。

[判旨] 取消差し戻し

「仍テ按スルニ遺産相続人数人アル場合ニ於テハ共同相続人ハ相続分ニ応シテ被相続人ノ権利義務ヲ承継スルモノニシテ其ノ相続分ハ別段ノ指定ナキトキハ平等ナレハ被相続人ノ金銭債務其ノ他可分債務ニ付テハ各自分担シ平等ノ割合ニ於テ債務ヲ負担スルモノニシテ連帯責任ヲ負ヒ又ハ不可分債務ヲ負フモノニ非サルコトハ民法第一千三百条第四百二十七条ノ規定ニ依リ明ナリ」

この判決は、連帯債務の相続のみならず、可分債務の相続についてもリーディ

205) 内田・前注20) 406頁。

ングケースとして、今後の判例の流れを決定づけた²⁰⁶⁾。同様の判例がある。

[2] 大判昭和16年5月6日新聞4706号25頁

[3] 最決昭和34年6月19日民集13巻6号757頁

判例には、成立した遺産分割の協議の内容や特別受益または寄与分の存在をすることは債権者にとって難しいので、法定相続分という比較的明らかな基準によって債務を各相続人に分続帰属させた方が、債権者の権利行使が容易になるというメリットがある。相続人にとっても、債務全部を承継する（不分割承継説）よりは、分割された範囲でのみ履行責任を負う方が、負担が少ないといえる。この反面、分割による担保力の低下は否めない²⁰⁷⁾。

(2) 学説

判例に対して学説では、債務者は債権者の同意なく債務の一部を免責される形で第三者に移転することはできない（免責的債務引受には債権者の同意が必要）という原則に反し、債権者が相続人のなかに無資力者がいた場合のリスクを負担する結果となって、不当である、とする批判が多い²⁰⁸⁾。

相続財産の性質については「共有」と解するか、「合有」と解するかに関して古くから争いがある。可分債務についての分割承継説か非分割承継説の争いも当初は相続財産の性質をどのように解するかによって可分債務も分割承継説か非分割承継説に分かれていた。即ち、共有説では、遺産共有の個別財産上に相続人の持分権を認め、合有説は、遺産共有の各相続人には個別財産上に持分権を認めない。したがって、共有説は分割承継説、合有説は非分割承継説が結び付いた。

「共有」か「合有」かに関する学説の争いは、戦後、民法909条但書「ただし、第三者の権利を害することはできない」の付加を受けて一時激化するに至った。

206) 右近健男「債務の相続」星野英一編『民法講座第7巻 親族・相続』（1984年・有斐閣）423頁。

207) 平林美紀「126 連帯債務の相続」松本恒雄・潮見佳男編『判例プラクティクス民法Ⅲ 親族・相続』（2010年・信山社出版）130頁。

208) 前田陽一・本山敦・浦野由紀子『民法Ⅵ 親族・相続（2010年・有斐閣）』〔前田陽一〕297頁。

しかし、この議論については、非分割承継説か分割承継説の対立を単純に共有説か合有説かの対立に解消できないことが指摘され²⁰⁹⁾、さらに品川博士の論文²¹⁰⁾により「二つの考え方ないし法律構成を対立的に捉えることの理論的実際の意義」に疑問が投げかけられた²¹¹⁾。このような見解から遺産の性質から可分債務を分割承継説か非分割承継説かを導くのではなく、債務者の死亡の結果生ずる不利益を債権者に帰すべきか、それとも債務者側に帰すべきかという考え方の違いが分割承継説をとるか、非分割承継説をとるかに大きく作用している²¹²⁾といえる。

このことは、近年、債権者保護の観点（分割されると、相続人全員から取立てを要し煩雑化し、無資力の相続人の分は回収不能となる）から共有説であっても、分割に親しまない性質上不可分とみる説が多数説となっている²¹³⁾ことから明らかである。

ここでは可分債務についての学説と遺産共有の構成をまとめ、事例1に各説を適用すると債権者はどのように請求するかを見てみよう。

(ア) 分割債務説

①分割債務説 A²¹⁴⁾

法律上当然に分割されるとする。民法起草者もこの分割主義を採用する意思であったことは上述のとおりである。

この説は、遺産の共同所有関係を民法物権編の共有と解しており、また同427条が多数当事者の債権関係の原則を分割債権関係としているため、債務の当然分割は共有説の必然的な結論とされている。(梅、仁井田、柳川、山中、甲斐、藪、

209) 藪重雄「債務の相続」中川善之助教授還暦記念家族法大系刊行委員会編「家族法大系 VI (相続 (1))」(1960年・有斐閣) 225頁。

210) 品川孝次「遺産『共有』の法律関係」判例タイムズ121号(1961年)3頁(同「遺産『共有』の法律関係」(1973年・判例タイムズ社)14頁。)、同「遺産『共有』の法律構成」北大法学論集11巻2号(1961年)178頁。

211) 金子敬明「相続財産の重層性をめぐって (1)」法学協会雑誌第118巻11号(2001年)1664頁。

212) 藪・前注209) 225頁。

213) 島津・松川編〔副田〕・前注5) 44頁。

214) 谷口知平・久貴忠彦「新版 注釈民法(27)相続(2)」〔右近健男〕(1999年・有斐閣) 16頁。

人見、松倉)

②分割債務説 B

遺産共有の構成は合有説をとる。可分債務については、原則として当然分割承継説をとりつつ、なお分割前の相続財産につき不可分の責任を肯定する。遺産の共同所有関係を合有としながら、債務について分割説をとる。但し、相続債務は本来相続財産を引当てとするものであるという理由から、相続債権者が相続財産の分割前には、相続財産を引当てとする不可分の責任を認めるものである。(近藤、石田、来栖)

遺産分割後は分割債務となる。

分割債務説 B によれば事例 1 において、相続が開始されるとアパートは B と C の合有となり、アパートローンは不可分の責任から、X 銀行は B、C それぞれに全額の支払いを請求できる。アパートが C のものとなった場合、アパートローンは分割債務となることから X 銀行は B、C それぞれ 3000 万円を請求できる。

(イ) 不分割債務説²¹⁵⁾

③合有的個人的債務説

遺産共有の構成は合有説をとる。可分債務については、分割前の相続財産を引当てとする合有的債務と並んで、各相続人の固有財産を引当てとする個人的債務の並存を認めるもの(我妻、立石、泉)である。

相続債務の引当てとなっている相続財産は共同相続人の合有に属するから、これに応ずる債務も各相続人に合有的に帰属するとみるべきであり、したがって、債権者は、全共同相続人を相手として履行を請求し、相続人に対して執行すべきであるが(もっとも債務の合有的帰属は不可分債務に類似するから、その規定を類推適用するときは、一人に対する全額の請求も可能と解される)、同時に、各共同相続人は、限定承認をしない以上は、その固有財産を引当てとして相続分にに応じて分割された数額の債務を負担しなければならないとする。

215) 藪・前注 209) 222 頁。不分割債務説の中の不可分債務説には、ここにあげた説の他に、連帯債務説、債務の共有関係を生ずるとする説があるが、「連帯債務説は法文の解釈上無理があると評されており、また債務の共有関係を生ずるとする説も、債権・債務の共有についてはまず第一次的に多数当事者の債務関係に関する規定(民 427 条)を適用すべきものとされることからみて難点があり、いずれも流布していない」藪・前注 209) 225 頁。

遺産の分割がすみ合有状態が終了した後は、可分債務も分割され各自の相続前から固有財産と分割によって取得した財産を引当てとする個人的債務のみが残るとされる。

事例1において、相続が開始されるとアパートはBとCの合有となり、アパートローンは合有的債務であり、X銀行はアパートからはB、Cそれぞれに全額請求できるが、B、C各人の固有財産からはそれぞれ3000万円の限度でしか取り立てることができない。遺産分割によってアパートがCのものとなれば、アパートローンについてX銀行はBとCにそれぞれ3000万円を請求できる。

④合有債務説

包括的な相続財産（財団）全体の上に合有的共同関係が成立するという考え方に立ち、遺産全体を引当てとする債務の合手的帰属を生ずると考える。

これによると、共同相続人は共同して全額債務を負担するが（したがって債権者は相続人全員に対し請求すべきものとされる）、その責任は合手的財産としての相続財産に限られることになる。遺産分割後の関係については、合手的共同債務を債務者の自由意思のみで個人的債務に分割することは許されないから不可分債務として残るとする。（川島）

事例1において、相続が開始されるとアパートはBとCの合有となり、アパートローンは相続財産の合有的共同関係から債務の合手的帰属が生ずるので、X銀行はB、C「全員」に対して全額請求する。アパートがCのものとなっても、アパートローンは不可分債務として残るので、アパートローンについてX銀行はBとCにそれぞれ全額を請求できる。

⑤不可分債務説A

共有説に立脚しつつ、相続債務については、債務者の死亡の結果生ずる債権者の不利益を考慮して、遺産債務は同428条にいう「債権ノ目的カ其性質上不可分ナル場合」と解すべきであるとする説（柚木）²¹⁶⁾や、相続財産を引当てとする第一次的責任を認めるのが便宜であるとした上で、債権者と相続人の利益を較量し、各共同相続人の直接的責任についても不可分債務説をより妥当とする説²¹⁷⁾（椿）

216) 藪・前注209) 221頁。

がある。

遺産分割後の関係について、債務（義務）の分割は債権者の同意なしにできないから、分割後も債務は依然として不可分債務でなくてはならないこと、相続財産を引当てとする不可分的責任を認めるとしても、分割後は一体としての相続財産なるものは存しなくなるのであるから、債権者の危険は依然として解消されないという考慮に基づいて、分割の前後を問わず不可分債務と解する。

事例1の適用は⑥不可分債務説Bを参照。

⑥不可分債務説B

遺産分割までは被相続人の権利義務は「一括して」相続人の共有に属し、同899条は各相続人の持分＝負担部分を定めたものにすぎないことを理由に、また遺産分割後も債権者の同意なく債務を処分することができないことを理由に、「被相続人の債務は遺産分割に拘わらず共同相続人に不可分的に——連帯債務にあらず——負担するとするものである」²¹⁸⁾。(末川、末弘)

不可分債務説A、Bとも事例1において、相続が開始されるとアパートはBとCの共有となる。アパートローンは不可分債務となることからX銀行はB、Cそれぞれに全額の支払いを請求できる。アパートがCのものとなった場合も、アパートローンは不可分債務としてX銀行はB、Cそれぞれ全額を請求できる。

⑦不可分債務説C

共有説に立脚しつつ、相続財産の負う全額債務と固有財産の負う相続人の不可分債務の並存を認める²¹⁹⁾。(鈴木)

遺産分割後も不可分債務となる。

事例1において相続が開始されると、アパートはBとCの共有となる。アパートローンについてX銀行は相続財産（アパート）の負う全額債務をB、Cそれぞれに請求できると同時に、B、Cに不可分債務として全額請求できる。遺産アパートがCのものとなった場合も、アパートローンは不可分債務としてX銀

217) 谷口・久貴編〔右近〕・前注214) 17頁。椿寿夫「多数当事者の債権関係」谷口知平＝加藤一郎編『民法演習Ⅲ』（1958年・有斐閣）107頁。

218) 末弘巖太郎・判例民事法大正11年度100事件429頁。

219) 鈴木・前注4) 175頁、213頁。

行はB、Cそれぞれ全額を請求できる。

(3) 小括

遺産分割前の債権者からの請求をみると、合有的債務説は全員に対して全額を請求でき、さらに、当然分割説Aを除くそれ以外の学説は相続人それぞれに全額請求できる。遺産分割後に債権者が財産を相続しなかった相続人に対しても債権を請求できることは判例、学説とも変わらない。但し、分割債務説A(判例)、B、合有的債務説は相続人に分割された支払額を請求できるのに対して、それ以外の学説は支払額全額をそれぞれの相続人に請求できるように構成されている。

しかし、判例学説とも遺産分割後に免責的債務引受や免除をしないと、債務者を財産を相続した相続人だけにすることはできない。また、財産を相続しなかった相続人からみれば、いつまでも債務者の地位にあることになる。

以下では可分債務処理に関していかに処理しているかを判例、裁判例をみてみよう。

4 判例、裁判例による可分債務の処理

(1) 住宅ローンを同一の者に帰属させた判例

[4] 大阪高決昭和43年8月28日判例タイムズ238号283頁。

土地家屋に抵当権を設定して住宅金融公庫からローンを受けており、分割返済を続けていたところ未払残額を残して被相続人が死亡した。

債務は法定相続分に応じて共同相続人が分割承継するものの、不動産を一相続人(Y)に帰属させることを相当とする事情があるとしてその相続人に不動産を相続させ、他の共同相続人の負担債務額も不動産を取得する相続人に引き受けさせた。

[判旨]

証拠(略)によると、被相続人が別紙家屋を建築する際、昭和28年10月住宅金融公庫Zから金57万円を、支払期日同46年7月25日、利息年5分5厘、元金につき均等割賦償還により、同29年1月から毎月2,700円宛返済する約定で借受けていたが、同34年4月死亡時に元金残額39万9,900円が未払になってお

り、その後、原告人 Y (妻) において右割賦償還金を支払っていることが認められる。

被相続人死亡時における右借受金残額は、同人の相続債務として、相続開始と同時に法定相続に応じて原告人 Y が 3 分 1、相手方 X が 3 分の 2 割合で分割承継し、右住宅金融公庫 Z に対する関係では右割合による債務の承継がなされたことになるのである。

しかしながら、本件においては、原審判説示の如く、右家屋その他の相続不動産を原告人 Y に帰属させるのを相当と解すべき事情（なお、右家屋および敷地に対し、右借受金のため抵当設定登記がなされていることも認められる）が存するから、右借受金残債務中相手方が承継した 26 万 6,600 円を原告人 Y に引受けさせることとし、右 26 万 6,600 円を本件分割に基づく原告人 Y の債務負担額から差引計算するのが相当であると考ええる。

遺産分割における債務について、遺産分割は被相続人の遺した積極財産・消極財産を対象として総合的な分割として行われることになり（民法 906 条）、通常の共有物に関する個別財産の分割と同一視できないとする見解も有力に主張されている。特に、被相続人が生前借財して建物を買入れたというような場合、その債務と建物が相互に経済的・有機的な関連性の存することから、両者を総合的に分割の対象とすべきであるとも言われている²²⁰⁾。そしてこの議論を発展させ、債務負担とそれによる購入という関連性がなくても、その建物によって相続債務が保全されるという関係にあるような場合でも同様に結論できるのではないとも言われている²²¹⁾。相続においては債務の引当てとなっている債務は一致すべきである考える筆者としては、遺産分割において財産と債務は総合的に考えられるべきと思っている。この決定はまさに総合的評価に基づく決定といえるであろう。しかし、この決定には原告人 Y の債務の引受を相続債権者の承諾なしに対抗しうるものなのかどうかという問題が残る。相手方 X らに公庫 Z が請求して

220) 藪・前注 209) 235 頁。

221) 伊藤進「預金債権・抵当権付債務と遺産分割」『民法論 上 [民法言論]』（1994 年・信山社出版）316 頁。

きた場合、相手方 X らは債務のないことを主張できるかは問題である²²²⁾。

これに類似する審判がある。

[5] 福島家裁審判昭和 37 年 4 月 20 日家裁月報 14 卷 10 号 170 頁。

次に借金により建てたアパートを遺言によって相続人の 1 人に相続させた場合の、遺留分の計算において債務をどのように考えるかを示した判例をあげよう。

(2) 遺言による積極財産の相続と債務についての判例

[6] 最判平成 21 年 3 月 24 日民集 63 卷 3 号 427 頁

上告棄却。

[事実]

A は、平成 15 年 7 月 23 日、A の有する財産全部を Y に相続させる旨の公正証書遺言（以下「本件遺言」という。）をした。本件遺言は、Y の相続分を全部と指定し、その遺産分割の方法の指定として遺産全部の権利を Y に移転する内容を定めたものである。

A は、同年 11 月 14 日に死亡した。同人の法定相続人は、子である X と Y である。A は、相続開始時において、第 1 審判決別紙物件目録記載の不動産を含む積極財産として 4 億 3231 万 7003 円、消極財産として 4 億 2483 万 2503 円の各財産を有していた。本件遺言により、遺産全部の権利が相続開始時に直ちに Y に承継された。

X は、Y に対し、平成 16 年 4 月 4 日、遺留分減殺請求権を行使する旨の意思表示をした。

Y は、同年 5 月 17 日、前記不動産につき、平成 15 年 11 月 14 日相続を原因として、A からの所有権移転登記を了した。

X は、A の消極財産のうち可分債務については法定相続分に応じて当然に分割され、その 2 分の 1 を X が負担することになるから、X の遺留分の侵害額の

222) 伊藤・前注 221) 316 頁。

算定においては、積極財産4億3231万7003円から消極財産4億2483万2503円を差し引いた748万4500円の4分の1である187万1125円に、相続債務の2分の1に相当する2億1241万6252円を加算しなければならず、この算定方法によると、上記侵害額は2億1428万7377円になるので、Xは、本件不動産につき4億3231万7003分の2億1428万7377の共有持分を有すると主張している。これに対し、Yは、本件遺言によりYが相続債務をすべて負担することになるから、Xの遺留分の侵害額の算定において遺留分の額に相続債務の額を加算することは許されず、上記侵害額は、積極財産から消極財産を差し引いた748万4500円の4分の1である187万1125円になると主張している²²³⁾。

〔判旨〕

相続人のうちの1人に対して財産全部を相続させる旨の遺言により相続分の全部が当該相続人に指定された場合、遺言の趣旨等から相続債務については当該相続人にすべてを相続させる意思のないことが明らかであるなどの特段の事情のない限り、当該相続人に相続債務もすべて相続させる旨の意思が表示されたものと解すべきであり、これにより、相続人間においては、当該相続人が指定相続分の割合に応じて相続債務をすべて承継することになると解するのが相当である。もっとも、上記遺言による相続債務についての相続分の指定は、相続債務の債権者(以下「相続債権者」という。)の関与なくされたものであるから、相続債権者に対してはその効力が及ばないものと解するのが相当であり、各相続人は、相続債権者から法定相続分に従った相続債務の履行を求められたときには、これに応じなければならず、指定相続分に応じて相続債務を承継したことを主張することはできないが、相続債権者の方から相続債務についての相続分の指定の効力を承認し、各相続人に対し、指定相続分に応じた相続債務の履行を請求することは妨げられないというべきである。

そして、遺留分の侵害額は、確定された遺留分算定の基礎となる財産額に民法

223) Xの計算：(4億3231万円-4億2483万円)×1/2×1/2+ (4億2483万円×1/2) ≒2億1428万円、Yの計算：(4億3231万円-4億2483万円)×1/2×1/2+ (0円) ≒187万円

1028条所定の遺留分の割合を乗じるなどして算定された遺留分の額から、遺留分権利者が相続によって得た財産の額を控除し、同人が負担すべき相続債務の額を加算して算定すべきものであり（最高裁平成5年（オ）第947号同8年11月26日第三小法廷判決・民集50巻10号2747頁参照）、その算定は、相続人間において、遺留分権利者の手元に最終的に取り戻すべき遺産の数額を算出するものというべきである。したがって、相続人のうちの1人に対して財産全部を相続させる旨の遺言がされ、当該相続人が相続債務もすべて承継したと解される場合、遺留分の侵害額の算定においては、遺留分権利者の法定相続分に応じた相続債務の額を遺留分の額に加算することは許されないものと解するのが相当である。遺留分権利者が相続債権者から相続債務について法定相続分に応じた履行を求められ、これに応じた場合も、履行した相続債務の額を遺留分の額に加算することはできず、相続債務をすべて承継した相続人に対して求償し得るにとどまるものというべきである。

本判決は、遺留分を算定する際に債務を加算するかしなないかが争われた事件であるが、金融機関に対する債務の考え方も示されており、注目される判決である。

本判決は、①財産全部を相続させる旨の遺言が、全部包括遺贈ではなく相続分の指定としての性質を有することを明示した最初の最上級審判決であり、②このような相続させる旨の遺言の性質決定を前提として、本判決は、相続させる旨の遺言により相続分の指定がなされた場合における相続債務の承継について、原則として共同相続人間では相続分の指定の効力が相続債務にも及ぶとしつつ、相続債権者に対してはその効力が及ばないとの立場を、最上級審として初めて示した判決である。さらに、③本判決は、相続人の1人に財産全部を相続させる旨の遺言がなされた場合において、遺留分侵害額の算定にあたり、被相続人が負っていた相続債務の法定相続分に相当する額を遺留分の額に加算すべきか否かについて正面から検討し、これを否定した最初の最上級審判決である²²⁴⁾。

ここでは②について検討する。②について、本判決は、相続分の指定が相続債

224) 西希代子「判批」民商雑誌142巻3号（2010年）318頁。

権者の関与なくなされたものであることを理由に、相続債権者はこれに拘束されることなく、各相続人に対して法定相続分に応じた債務の履行を請求することも、指定相続分に応じた債務の履行を請求することも可能であるとする。この解釈は一審から最高裁まで一貫している。

学説では、本判決と同様、法定相続分とは異なる指定相続分に応じた債務分割は、共同相続人間では効力を有するが、相続債権者がこれを承認しない場合には、これをもって相続債権者に対抗することはできないとする見解が通説的地位にある。本判決はこの学説に沿ったものと言える。この学説が理由としてあげるのは、相続債権者に不測の損害を被らせることがないよう被相続人の意思のみで相続債務の負担割合を変更することはできないこと、形式的画一性こそが相続法的承継秩序と取引の安全とを調和させる手段であること等である。この見解によれば、相続債権者が法定相続分に従って相続人の固有財産による相続債務の履行を求めた場合等は相続人間で求償等によって処理することになる²²⁵⁾。

金融実務は、法定相続分に応じた債務の分割を行う上記〔1〕から〔3〕の判例を踏まえて、遺言により特定の相続人が被相続人のほぼすべての財産を相続して、法定相続分に応じた債務分割が行われない場合には、その特定の相続人と債権者である金融機関との間で被相続人の債務のすべてについて重疊的債務引受または免責的債務引受契約が締結される。免責的債務引受は、債権者と引受人との間でなすことができるが、債務者（財産を取得しなかった相続人）の意思に反しないことが条件とされる（大判大正10年5月9日民録27輯899頁）。そこで実務では、財産取得しなかった相続人にも署名・捺印してもらう手続をとっている。しかし、この実務は財産を相続しない相続人の理解が得られず、手続が遅延することがある。例えば、財産を相続しなかった相続人は、財産を相続しなかったのだから当然債務も相続していないと考え、手続をすることにより免責されることを説明しても、その必要がないとして手続に協力しない場合や、財産を相続しなかったいやがらせで手続に協力しない場合が多く見受けられる。この判決の事案でもYや銀行が免責的債務引受契約を締結することを予定していたがでなかつ

225) 有地亨「遺産分割と債権、債務」家裁月報45巻9号（2003年）17頁。

た²²⁶⁾。

これに対して本判決によれば、本件 X のように特定の相続人による債務承継に反対する相続人がいる場合であっても、相続債権者の選択により、免責的債務引受と同様の効果を生じさせることが可能とも解されている²²⁷⁾。しかし、本判決は「遺言の趣旨等から相続債務については当該相続人にすべてを相続させる意思のないことが明らかであるなどの特段の事情のない限り、当該相続人に相続債務もすべて相続させる旨の意思が表示されたものと解すべきであり」として、被相続人の意思に特段の事情がないことを条件としている。また、一般に相続開始時に存在する相続債務が遺言時に存在したとは限らず、遺言者自身にも遺言作成時に遺言によって処分する「財産」の中に相続債務を含めるかどうか曖昧な例も多いという指摘もある²²⁸⁾。遺留分権利者が遺留分の相続財産に差押をしてきたような場合に、金融機関は、この遺言を免責的債務引受であるとは判断しないのではないかと考える²²⁹⁾。

金融機関が相続人の 1 人に対して財産全部を相続させる旨の遺言に免責的債務の効果を認めなければ、財産を取得しなかった相続人は、いつまでも免責されないままとなる。したがって、本判決は、財産を取得しなかった相続人の地位を不安定な状況に置くことになるかと考える。

また、X が相続債権者の請求に従って法定相続分に応じた債務を弁済して Y に求償した時、Y が無資力に陥っている可能性もあり、その危険を X が負担することになることが指摘されている²³⁰⁾。

226) 前注 9) 参照。

227) 西・前注 224) 318 頁。

228) 西・前注 224) 320 頁。

229) 当事件のローンは免責的債務引受ではなく、Y を契約者とするローンに借り換えが行われている。登記費用についていえば免責的債務引受の方が、抵当権の債務者変更登記の登録免許税は不動産 1 筆につき 1,000 円だが、新規の融資による抵当権設定の登録免許税は債権額の 1000 分の 4 である。Y は高い費用を払っても、免責的債務引受より借り換えの方にメリットがあると見たのだろう。

230) 金亮完「本件判批」速報判例解説(法学セミナー増刊号)5号(2009年)108頁、青竹美佳「本件判批」判例セレクト2009〔I〕(法学教室別冊付録)(2010年)23頁、本山敦「本件判批」法の支配156号(2010年)177頁、吉永一行「本件判批」法学セミナー661号(2010年)128頁。

(3) 財産を取得しなかった相続人の処理

次に、財産を相続しなかった相続人に分割された可分債務の処理に関する判例裁判例をみてみよう。

[7] 最判昭和59年4月27日民集38巻6号698頁。

[事実]

被相続人Aは、妻と離婚し、相続人である子Y1～Y3ともほとんど交流がなかったところ、Aは生前に1000万円の債務について連帯保証人となっていたことから、債権者Xから連帯保証債務の履行を求める訴訟を提起されたが、Xの請求を認容する第1審判決直後にAが死亡した。その1年ほど後、Yらは連帯保証債務の履行を命じる判決の送達を受けてはじめて債務の存在を知り、相続放棄を行ったのに対し、Xが熟慮期間の徒過を理由に相続放棄の無効を主張し、Yらに連帯保証債務の履行を請求した。第2審では請求を棄却した。Xが上告。

[判旨] 上告棄却。

熟慮期間は、原則として、「相続人が、相続開始の原因たる事実及びこれにより自己が法律上相続人となった事実を知った」時から起算すべきものであるが、前記「各事実を知った時から3か月以内に限定承認又は相続放棄しなかったのが、被相続人に相続財産が全く存在しないと信じたためであり、かつ、被相続人の生活歴、被相続人と相続人との間の交際状態やその他諸般の状況からみて当該相続人に対して相続財産の有無の調査を期待することが著しく困難な事情であって、相続人において右のように信ずるについて相当な理由が認められるときには」、例外的に「熟慮期間は相続人が相続財産の全部又は一部の存在を認識した時、又は通常これを認識しうべき時から起算すべき」である。

当判例は、債務の当為前分割を前提に、当然分割によって債務が相続されたことを知らなかった相続人を保護する判例といえる。

当判例以降の裁判例は、熟慮期間の起算点について例外を認める要件として示された①相続財産が全く存在しないと信じ、かつ②そのように信じるについて相当な理由の存在について、厳格に適用すべきかをめぐって判断が分かれている。とくに、通常被相続人にはなにがしかの財産があり、相続人はその一部にせよ知

っていることが多いから、①要件について「相続人がまったく存在しないと信じた場合」に限るかという点で、裁判例は分かれており、限定する裁判例（限定説）も存在する。これに対し、相続財産の一部の存在（とくに積極財産の存在）を知っていたとしても他の共同相続人が相続財産を取得することになっており、自己が相続すべき財産は存在しないと信じていた場合にも、相続債務の存在を知った後の相続放棄を有効とするものがある（非限定説）²³¹。

[8] 名古屋高決平成11年3月31日家裁月報第51巻9号64頁（原審・平成11年2月5日審判岐阜家庭裁判所・平11（家）15号）。

[事実]

相続人D（抗告人）の父A（以下「被相続人A」という。）が平成5年2月24日死亡し、その三男でかつ相続人であるDは、その当日右死亡の事実を知り、また当時遺産として不動産が存在することも知っていたが、自分は生前贈与を受けており、かつ被相続人Aの死亡後ではあるが共同相続人の間で、二男のCが跡を取り、被相続人Aの妻Bの面倒をみる旨の話し合いがなされたこともあって、自己が取得すべき相続財産はないものと考え、相続に関してはすべてCにまかせていたところ、その後5年以上経過した平成10年10月13日頃になって債権者株式会社甲から催告を受けた。Dはこの催告を受けて初めて被相続人Aが有限会社乙商店（代表者はC）のために多額の連帯保証をしていることを知ったと主張して、平成11年1月6日本件申述をしたが、原審は、Dは死亡の時点で、被相続人の不動産の存在を認識していたから、熟慮期間は右積極財産の一部の存在を知った被相続人死亡時点から起算すべきであり、本件申述は熟慮期間経過後の申立であるから不合法であるとしてこれを却下する旨の審判がなされた。これに対してDが即時抗告。

[判旨] 取消・差戻

相続人が被相続人の死亡時に、被相続人名義の遺産の存在を認識していたとしても、たとえば右遺産は他の相続人が相続する等のため、自己が相続取得すべき

231) 床屋文雄・犬伏由子編『現代相続法』〔吉田克己〕(2010年・有斐閣) 124頁。

遺産がないと信じ、かつそのように信じたとしても無理からぬ事情がある場合には、当該相続人において、被相続人名義であった遺産が相続の対象となる遺産であるとの認識がなかったもの、即ち、被相続人の積極財産及び消極財産について自己のために相続の開始があったことを知らなかったものと解するのが相当である。

当裁判例は、相続人が相続開始を知ってから5年以上たつて被相続人の債権者が相続人に請求してきた場合である。判例の当然分割には、このような弊害が生じる要素を持っている。当裁判例は、このような弊害から相続人を保護した判例と解することができると思う。

同様な判例は、〔9〕大阪高決昭和61年6月16日家裁月報第38巻第11号106頁、〔10〕仙台高決平成元年9月1日家裁月報第42巻1号108頁、〔11〕名古屋高決平成19年6月25日家裁月報60巻1号97頁がある。

〔12〕仙台高決平成7年4月26日家裁月報第48巻第3号58頁。

〔事実〕

被相続人A（以下「被相続人A」という。）は、平成4年11月9日に死亡し、Aには、妻のB（抗告人）、長女のC（抗告人）、長男のD（抗告人ではない）、二男のE（抗告人）がいる。

被相続人Aは、生前、B肩書住所地の土地及び建物と約1500坪の畑を所有し、Bと共に長男Dの経営していたオオトリ急送(株)の名義上の役員となっていたが、Bと同様に同社の経営には一切関与せず、また役員報酬等の支給も受けていなかった。被相続人AとBの生活は、畑の一部約2反を耕作し、二人（AB）の年金として年額約80万円に子供達からの生活費の援助によって維持されてきた。

オオトリ急送(株)は、会社の社員寮とするマンションを購入するため、平成元年3月29日、大山信用金庫から、1億1550万円を借り受け、同日被相続人Aは、長男Dと共にオオトリ急送(株)の同債務を連帯保証しているが、被相続人Aの同保証契約の手続は長男Dが行った。

被相続人Aの財産は、長男Dが、被相続人Aの生前、その借財を返済してそ

の生活の維持に貢献したといった事情があったため、被相続人 A の生前から、長男 D や妻 B、長女 C、二男 E ら間において、一切の財産を長男 D が取得することに合意していた。長男 D は、被相続人 A の死亡後、同趣旨に沿った手続を司法書士に依頼するよう B に指示した。

BCE らは、被相続人 A の死亡当時、被相続人 A には上記した不動産があるだけであり、債務は一切ないものと信じ、同不動産の一切も長男 D が取得することで合意していたこともあって、自らが相続すべきものは何もないものとして、平成 5 年 1 月ころ、司法書士から送付された「相続分不存在証明書」に署名押印し、これに印鑑証明書を添付して司法書士に返送した結果、同不動産について、被相続人 A から長男 D へと所有権の移転登記がなされた。

BCE らは、平成 6 年 7 月頃、大山信用金庫を原告とする、被相続人 A の上記連帯保証債務の相続人として、被告人 B は 5103 万 2879 円と内金 5007 万 3242 円に対する同年 1 月 13 日から完済まで年 14・5% の遅延損害金を、C 及び E は、いずれも 1701 万 0959 円と内金 1669 万 1080 円に対する同日から完済まで年 14・5% の遅延損害金を、それぞれ支払えとする訴状の送達を受け、被相続人には、同信用金庫に対する多額の保証債務があることを初めて知った。

被告人 (BCE) らは、代理人弁護士に委任し、平成 6 年 8 月 24 日、原審裁判所にいずれも相続放棄の申述をしたが、平成 7 年 3 月 14 日に「申述のいずれも却下する」との審判がなされたため、即時抗告した。

〔判旨〕 取消・認容

上記事実によれば、被告人 (BCE) らは、被相続人 A の死亡当時、少なくとも、被相続人 A 名義の不動産が存在していたことを認識していたものであるところ、被告人 (BCE) らの本件相続放棄の申述は、被相続人 A の死亡後 1 年 9 か月余りを経過した後のものであることは明らかである。

しかしながら、上記事実によれば、被告人 (BCE) らは、被相続人 A の生前から、被相続人名義の不動産の一切を長男 D が取得することで合意していたものであって、被相続人 A の死亡後も、当然にその合意のとおり長男 D に権利が移転するものと考え、自らが取得することとなる相続財産は存在しないものと考

えていたことがうかがえるのであって、「相続分不存在証明書」はその手続のために用いられたに過ぎないものというべきであるから、原告人（BCE）らにおいては、被相続人Aの死亡により、被相続人A名義であった不動産が相続の対象となる遺産であるとの認識はなかったもの、即ち、被相続人Aの積極財産及び消極財産について相続の開始があったことを知らなかったものと認めるのが相当である。

原告人（BCE）らは、大山信用金庫を原告とする上記事件の訴状の送達時をもって「自己のために相続があったことを知った時」と解するのが相当である（る）」

当裁判例は、〔7〕から〔11〕と同じように、当然分割による弊害から相続人を保護するものだが、この裁判例では、相続人は債務があることはわかっていたが、「相続分不存在証明書」によって債務は相続しないものと理解していた、というものである。相続人はプラスの資産を相続しなければ債務も相続しないと考えている。債務は当然分割されたままとは思っていないことが認識できる裁判例である。

5 小括（日本法のまとめ）

分割承継、非分割承継の対立は、関係者の実質的利益考量が重視された争いになっている。判例・分割承継説では、各相続人は相続分により分割された範囲で金銭債務を負担する（上記〔1〕大決昭和5年12月4日民集9巻1118頁）。しかし、分割承継説は債権者からすれば、相続人全員から取立てを要し煩雑化し、無資力の相続人の分は回収不能となるというリスクを負うことになる。一方、多数説は非分割承継であり、根拠は、合有論もあるが共有説に立ちつつ債権者保護の観点から、分割に親しまない性質上不可分とみる²³²⁾。多数説によれば、遺産分割前には相続人全員に対して各々全額請求できる。取立は簡単であり、無資力の相続人も回収できる。これに対して判例の立場は、債権者に不利益があるもの

232) 島津・松川編〔副田〕・前注5) 44頁。

の、相続人については、積極財産が相続分に従って分割帰属するのに対して消極財産も同様の形で帰属する点で、また、債権者については、相続によって債権が分割される代わりに相続人固有財産からも取り立てることができる点で、一定のバランスがとれていると評価することもできよう²³³⁾。

ところが、判例・分割承継説も非分割承継説も遺産分割により財産の帰属が決まっても、財産を相続しなかった相続人に債務が残り続けることは同じである。

したがって、事例1のように財産を取得した者(C)だけに債務を帰属させるには、判例・分割承継説をとっても非分割承継説をとっても、免責の債務引受や債務免除といった、債権者側からの手続が必要となる。

また、財産を相続しない相続人は債権者から突然請求されることも判例・分割承継説・非分割承継説いずれも同じである。この点について判例は、「自己のために相続のあった日」を遅らせて相続放棄を認めることによって保護しているのである。しかし、これでは法的安定が保たれない。

財産取得しなかった相続人の債務に関する〔8〕～〔12〕の裁判例をみると、いずれも財産を取得しなかった相続人は自分には債務はないと考えていることがわかる。一般には財産を相続したものが債務を相続し、財産を相続しなかった者は債務も相続しないと考えていると推論できる。

また、債権者側からも、財産を相続した者に何なら手続を要することなく債権を請求できれば十分である。財産を相続した相続人には、相続した財産と相続人の持っていた固有財産から回収できれば十分であり、財産を相続しなかった相続人の固有財産まで請求するのは債権者を過剰に保護することになるろう。

以上から、相続における可分債務の処理に、財産を取得した相続人に債権者がなんら手続をようすることなく債権を請求でき、財産が相続人に帰属後、一定期間の経過により財産を取得しなかった債務がなくなるという財産引受を導入する素地があると考えられるのである。

233) 前田・本山・浦野〔前田〕・前注208)298頁。

V 日本法への示唆

Iにおいて相続における可分債務の処理に財産引受が有用ではないかを提示し、IIにおいてドイツ、スイス、オーストリアの財産引受を概観し、比較することによって財産引受の基本を明らかにした。IIIにおいてドイツ、スイス、オーストリアの相続における可分債務の処理の規定の中に、財産引受の考え方や法技術が含まれていることを考察し、可分債務の処理に財産引受が適していることを示した。そしてIVにおいて、判例・学説を検討する中で、財産引受を日本法に導入する素地があることを明らかにした。

以上を踏まえてここでは、相続における可分債務の処理に適用する財産引受を立法する際にどのような規定になるかを検討し、最後に残された課題を確認することとしたい。

1 スイス法、オーストリア法の財産引受をモデルにした規定

(1) 規定する位置

立法する規定は、相続における可分債務の処理に関する規定なので財産引受を相続法の遺産分割の効果として規定してはどうかと考える。

(2) モデルとしてのスイス法とオーストリア法

IIIの5においてスイス法が債権管理上優れていることを確認した。スイス法は、移転する財産と債務が明確にでき、財産を譲渡する相続人の債務を一定期間後免責し、財産を引受けた相続人が免責的債務引受になるという制度だからである。日本における相続債務の処理の問題を解決するにはこのスイス法のどこが利用でき、どこが利用できないかを考えてみよう。

スイス法で一番有用な点は、2項「但し、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。」である。日本法の裁判例でみたように判例が債務の当然分割説を譲らないために相続財産を取得しない相続人に突然被相続人の債権者から請求が

くるわけである。

また、一般には財産を取得した人が債務を承継すると思っており、財産を取得しなかった相続人が債務を免れるために何か手続をしなくてはならないとは思っていない。この2項があれば判例の当然分割説による弊害を取り除くことが可能である。但し、2項の後半「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。」の将来期限が到来する債権についても、通知から起算する方がよいと考える。相続財産の帰属が決まった以上、期限未到来なものが長い間元の債務者に帰属するのは、旧債務者にとって酷だからである。

1項は、「積極的財産と消極的財産をともなって財産又は営業を引き受けたものは」となっている。相続人間でどれが財産でどれが債務かを決めて、相続人間の債務の引受が必要となる。この場合、遺産分割協議で債務を明記しないこともあることを考えると適用範囲が狭くなるのではないかと考える。したがって1項の前半は採用できない。

「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、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。」という後半の中で公の紙面で公示するというのは、遺産分割の結果を公に公示するシステムが日本にはないので採用できない、引受人からの通知は採用できると考える。そして「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。」という文言は、内容的に問題はないものの一項の前半を使わないので、この文も採用しない。

3項は債務引受との関係を規定した条項であり、日本には債務引受が規定されていないので採用する必要はないだろう。

では、財産を引受けた場合にどのような債務について引受人が責任を負うのかの規定を考えなければならない。次にモデルになるのは、ドイツ法が廃止されていることからオーストリア法を見てみよう。

ABGB1409条の中で「ある人が財産あるいは事業を引き受けた場合その者が財産あるいは事業に結び付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接的に責任を負う。」という部分が採用できると考える。なぜなら相続財産を引き受ける際に知っているか、知ら

なければならなかった債務について責任を負うのは引受人にとって納得がいくものであると考えるからである。

「譲渡人の継続する責任とは関係なく、」と「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支払った場合に限り責任を免れる。」は当然のことだと考えるからである。

また、相続法の分野に限るので、財産は相続財産に限られることになる。

以上を踏まえて条文を考えると次のようになる。

- ①共同相続人の相続財産を引き受けたものは、その者が相続財産に結び付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、引受人から債権者に引受を通知することにより、ただちに責任を負い、それ以上の責任は負わない。
- ②但し、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) 規定の運用

上記規定は相続開始時について規定しているわけではない。相続の開始によって共同相続人が取得した法定相続分の相続財産を遺産分割によって引き受けた者が、その相続財産と結びついている債務（法定相続分）を引き受ける規定である。

したがって、遺産分割前にはこの規定は適用されない。また、遺産分割後でも債権者に通知がなかった場合にも適用されない。遺産分割前や遺産分割後債権者に通知がなかった場合には、可分債務は当然分割されたままである。債権者は各相続人に法定相続分に応じて債権を請求することになる。

遺言によって全財産を1人の相続人に相続させた場合にも、財産を取得した相続人から債権者に通知があれば、この規定を準用しても問題はないと考える。

このように上記規定は、判例における可分債務の当然分割説を前提とした運用が可能である。当然分割説は法定相続分の債務についてしか相続人は責任を負わない利点があるが、この規定は判例法理の利点を生かした規定であると考えられる。

2 事例への適用

事例1に上記の案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Cがアパートを引き受けることになった。Cは抵当権の設定があることから債務を認識できる。協議が整いBとCはアパートの所有権の移転登記をする。Cは債権者X銀行にアパートを引受けた旨の通知を行う。債権者は通知を受け取ることにより、当然分割されていたBへの請求権を元々のCに対する請求と合わせてCに請求する。また、財産を引き受けた通知により法律によって財産引受人Cに重畳的に債務が引受けられることになるので、相続人Bは連帯責任を負う。債権者であるX銀行としては、通常、債務者B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C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Cへの追加担保請求、Cの家族への連帯保証などの債権保全処置をとればよい。Cも3年間は銀行から請求がある可能性は認識できる。

事例では相続財産としてアパート、債務としてアパートローンに限っているが、実際にアパートを相続する場合には、相続財産にはアパート賃借人への賃料債権も含まれるだろう。また、相続財産に結びついている債務には敷金、アパートを運営する水道光熱費、火災保険料なども含まれると考える。これらの債権債務はアパートの所有者に帰属することに不都合はないものとする。

VI おわりに

本稿ではドイツ法、スイス法、オーストリア法を比較することにより財産引受の基本を明らかにし、さらに相続法における債務の処理に関する規定を検討し、財産引受と相続法の規定の類似性を明らかにし、日本法における相続債務の処理に関する立法論的考察を行うという所期の目的は達成できたのではないかと考える。

次の課題は財産引受を冒頭に挙げた営業の引受や、財産分与といった分野へ適用できないかを検討することである。これらの分野への適用を考える際には、詐害行為取消権との関係を考察しなければならない。両制度とも債権者を保護する

ための制度であり、財産引受は詐害行為取消権を裏からみたものといえるからである²³⁴⁾。

例えば、AがBに対する債権を有し、Bがその債権の引当てとなっている財産をCに譲渡したとする。この場合、財産引受は、BとCとの財産の譲渡を有効とし、Aは、AのBに対する債権をCにもその責任を主張できるというものである。いわば財産が責任を呼び寄せるのである。他方、債権者BからCへの財産の譲渡を詐害行為取消権によってCに責任を追及するという方法もある。これは、責任が財産を呼び寄せる場合である。すなわちCへの譲渡の責任的無効であり、Cの所有する物が、そのままBの責任財産を構成するとする責任説の構成になる²³⁵⁾。

財産引受と詐害行為取消権はこのような関係にあるが、ドイツでは財産引受は廃止され、詐害行為取消権だけとなった。これに対してオーストリア、スイスでは財産引受と詐害行為取消権の両方が残っている。両国において財産引受と詐害行為取消がどのように補完し合っているのか、ドイツの詐害行為取消権は財産引受が廃止されたことによりどのように変わったかを検討することは、財産引受と詐害行為取消権の一層の理解につながり、財産引受を債権法の分野に適用するための考察にかかせない課題と考える。

以上を今後の課題として確認にし、さらなる検討を期するものである。

以上

234) 小野・江島・前注12) 1195頁。

235) 小野・江島・前注12) 1195頁。