慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	企業再編と債権譲渡・債務引受・契約譲渡
Sub Title	La cession de créance, la cession de dette et la cession de contrat-sous l'angle du "M&A"
Author	池田, 真朗(Ikeda, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2014
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.87, No.9 (2014. 9) ,p.89- 108
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	特集 企業再編の現代的課題 : 日中民商法比較の観点から
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20140928-0089

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

特集　企業再編の現代的課題――日中民商法比較の観点から

企業再編と債権譲渡・債務引受・契約譲渡

池田　真朗

一　はじめに
二　検討のための参照事案
三　（論点1）事業の譲渡か債権・債務の譲渡か
　(1)　問題の所在
　(2)　国際的な立法状況
四　（論点2）事業の譲渡か契約の譲渡（契約上の地位の譲渡）か
五　（論点3）債務引受（免責的・併存的）の成立要件
六　（論点4）債務者・引受人でする併存的債務引受の場合に、債権者の受益の意思表示を必要とするか
七　終わりに――日本の債権法改正作業と法制審議会の現在の案

一　はじめに

本報告は、会社再編や事業承継のもたらす現代的な問題を、民法の観点から考察しようとするものであるが、それと同時に、債務引受と契約譲渡という、現行の民法典でいえば、中国民法（正確にいえば、契約法に当たる合同法）に条文があって日本民法にない分野を問題にしようとするものである。

この分野は、世界の民法典を見ても日本が現在最も後れている部分であり、[1] 他方中国では条文が存在し、学説の蓄積も進んでいるだけでなく、関係する最高人民法院の「法釈」（拘束力のある公権的解釈）も存在するという、先進性が認められる部分である。

したがって報告者としては、本シンポジウムの機会に、中国の民商法学界を代表する先生方からのご教示も得て、日本で現在進行中の民法（債権関係）の改正作業に対する有益な参考資料を作成したいと考えている。

二　検討のための参照事案

本報告の問題意識を理解していただくために、ひとつの最近の最高裁判所判決を参照事案として紹介したい。最二小判平成二四年六月二九日判時二一六〇号二〇頁・判タ一三七八号八六頁・金判一四〇〇号三三頁・金法一九五八号八四頁である。これは、貸金業者Yが、完全子会社Aの事業を承継し、Aが業務を停止したケースで、Aが顧客Xに対して負っていた、過払返済金の返還債務がYに承継されるか否かが争われた事案で、最高裁が過払金返還債務の承継を否定したものである。[2]

日本ではこういう事案が債権譲渡と債務引受に分解されて検討される。このケースでは、最高裁は、債権はす

べて譲渡され、債務もいったんYに併存的に引き受けられたことを認めるのだが、ただそのYA間の併存的債務引受が後に撤回されている。日本では債務者Aと引受人Yの間で合意した併存的債務引受は「第三者のためにする契約」と解され、債権者（このケースでは過払金返還請求権者のX）との間で有効になるには、債権者の受益の意思表示が必要とされているので、YA間の併存的債務引受の合意が有効な間にXが受益の意思表示をしなかったという理由で、併存的債務引受の成立を否定し、Xの過払金返還請求を否定したというものである（しかしXはその間にYの指示に従って、使用するカードをYのものに変え、弁済先をYに変えたりしているという事実が認められている）。

この事案の背景には、日本では、かつて貸金業法上有効であった高い利率の金銭消費貸借が、判例によって否定され、法律も改正されるに及んで、払いすぎた返済金の返還を求める訴訟（多くはいわゆる消費者金融の事例）が全国的に多発しており、その返還債務のために経営が苦しくなった貸金会社を親会社が吸収合併して子会社を廃業させるという会社再編が多数みられるという事実がある。しかし報告者は、この判決の結論を、企業再編を利用した債務免脱の要素を肯定する不適当なものと批判するのであるが、このような事案が中国においてはどのように扱われるかを比較して検討してみたい。以下に同判決の概要を掲げる。

【参照判例】
最高裁（二小）平成二四年六月二九日判決（上告棄却）
平二四（受）五三九号、不当利得返還請求事件
判時二一六〇号二〇頁・判タ一三七八号八六頁・金判一四〇〇号三三頁・金法一九五八号八四頁
（参考）最二小判平成二三年九月三〇日判時二一二三一号五七頁・金法一九四九号八七頁

（判決のポイント）

本判決は、貸金業法にいわゆる「みなし弁済」が否定されて以降急増した、過払金返還請求訴訟に係るもので、返還請求事案の増加に伴って経営的に苦しくなった貸金業者が企業再編を進めたケースで、子会社たる貸金業者が親会社に貸金債権を全部譲渡した際に親会社が過払金返還債務まで引き受けたかどうかが争われたものである。同種の事案についてすでに複数の最高裁判決があり、債権譲渡のみを認めて過払金債務の承継を否定した判決（最三小判平二三・三・二二判時二一一八号三四頁・金法一九二七号一三六頁等）と、債務引受の存在までも認めた最二小判平二三・九・三〇判時二一三一号五七頁・金法一九四九号八七頁とがあったところ、本判決は、右平二三・九・三〇判決と同一業者の事案で、一定の事実関係の相違を理由に債務引受の存在を否定し、返還請求を退けた。本判決をもって最高裁の判断がひととおり整理されたという見方もあるが、残された重要な問題も指摘しうる。

（事実）

貸金業者Yは、自己の消費者金融子会社の再編を目的として、平成一九年六月一八日に、完全子会社Aと基本合意書を交わし、Aの貸金債権をYに移行し、Aの貸金業を廃止することとした。そこでYは同日Aと業務提携契約を締結し、Aの顧客のうちYへの債権移行を勧誘する顧客はYAの協議で定めることとし、希望する顧客との間ではYが金銭消費貸借取引にかかる基本契約（この内容の詳細は本件判決文からは判然としないが、同一業者の前掲最判平二三・九・三〇のいう「切替契約」と同様なものと思われる）を締結することなどを定めた。しかし本件では上告人たる顧客XとYとの間に上記基本契約（切替契約）は締結されていない（その理由は、一審・二審の判決書でも明らかではない）。

平成一九年一〇月一六日、YはAとの間で、上記基本契約を締結していない顧客（Xを含む）にかかる貸付債権を譲り受ける合意をした（「本件債権譲渡基本契約」とよぶ）。本件債権譲渡基本契約においては、Aが譲渡債権に係る顧客に対して負担する利息返還債務、同債務に附帯して発生する経過利息の支払債務その他Aが顧客に対して負担する一切の債務につき、Yが併存的に引き受ける旨（併存的債務引受条項）が約されていた。しかし、同契約には、譲渡債権に係るAの貸主としての地位自体をYに移転する旨またはAの負担する過払金等返還債務が当然にYに承継される旨を定

めた条項はなかった。そしてすべての資産をYに譲渡したAは、同年一二月一日に貸金業を廃業している。

AおよびYは、Xを含めた顧客に、「債権譲渡通知書兼譲受通知書」と題した書面を送り、「現在お手持ちのAのカードは使えなくなるのでYのカードをご利用下さい」「Aにおける譲渡日までの取引に係る紛争等の窓口は、Yとなります」と連絡し、これを見たXは、平成一九年一一月六日以降、Yへの弁済を続け、平成二〇年一一月二日には、Yとの間で新たに金銭消費貸借契約を締結し、以降Yとの間で借り入れと弁済を繰り返した。

一方YとAは、平成二〇年一二月一五日に至り、AY間の本件債権譲渡基本契約にあった併存的債務引受条項を、「過払金等返還債務につき、Aのみが負担し、Yは譲渡債権に係る顧客に対し何らの債務及び責任を負わない」旨の契約によって変更している。

以上の事実の元に、XがYに対してXA間の金銭消費貸借取引において生じた過払金の返還を請求したのが本件である。一審・二審ともXの請求を棄却し（二審ではXYの新たな消費貸借契約によって生じた過払い分のみの請求を認容）、Xより上告。

［判旨］（以下は、判決文を掲載誌の要約を参考にまとめたものである）

貸金業者Yの完全子会社である貸金業者Aが、Yとの間の債権譲渡基本契約に基づき、Aの顧客Xとの間の基本契約に基づく継続的な金銭消費貸借取引に係る債権をYに譲渡した場合において、上記債権譲渡基本契約が、Yの国内の消費者金融子会社の再編を目的として、Aの貸金債権をYに移行し、その貸金業を廃止するために行われたもので、同契約にはAが顧客に対して負担する過払金返還債務をYが併存的に引き受ける旨の条項があったとしても、以下の判示の事情のもとでは、Yは、AのXに対する過払金返還債務を承継したとはいえない。

（1）上記債権譲渡基本契約には、個別の債権譲渡によりAの契約上の地位がYに移転する旨またはAの負担する過払金返還債務が当然にYに承継される旨を定めた条項はない。

（2）Xは、上記債権譲渡に係る通知を受けてから上記の併存的債務引受に係る条項が効力を失うまでの間に、Yに対し、弁済をしただけであって、上記条項に係る受益の意思表示とみる余地のある行為をしていない。

三　（論点1）事業の譲渡か債権・債務の譲渡か

(1)　問題の所在

本件では、子会社Aは全資産をYに譲渡して廃業している。判決はそれを債権譲渡と債務引受に分けて論じているが、これはまさに事業全体の譲渡ではないのか。そうであれば、まずは事業譲渡として本件は判断の対象となるべきである。しかるに日本では、事業譲渡に関する民法の規定はなく、会社法に存在するだけなのであるが、会社法においても、譲渡される事業の概念については多様な見解があり、一部の学者は、本来の事業譲渡は、債権も債務も一切が承継されるもので、加えて従業員の承継がメルクマールとなるとするが、[3] 多数の実務においては、事業譲渡として何を譲渡するかは結局私的自治として当事者が自由に決められるのであって、一部の事業だけ、あるいは一部の債権だけなどという決め方もできるとしているようである（なお、日本でも従来は営業譲渡という表現が用いられてきたが、現行の日本会社法においては事業譲渡という用語に改められている。ただしその意味に変化はないとされている）。[4]

しかしこの点中国では、たとえば最高人民法院の「規定」（法釈二〇〇三年一号）二四条[5]が適用になるとすれば、全債権を譲り受けて債務を引き受けないことはそもそも許されず、Yは当然に敗訴する（Xの過払金返還請求が認められる）ということになりそうである。該当部分を摘示すれば以下のとおりである。

> 最高人民法院の「規定」（法釈二〇〇三年一号）
> 二四条　企业售出后、买受人将所购企业资产纳入本企业或者将所购企业变更为所属分支机构的、所购企业的债务、由买受人承担。但买卖双方另有约定、并经债权人认可的除外。

【訳】事業の全部譲渡後、譲受会社が譲渡会社の資産を自己の所有とし、又は譲渡会社を自己管轄の分支機構とする場合、譲渡会社の債務は譲受会社が引き受けるものとする。但し、譲渡契約の両当事者間において別段の約定があり、債権者の同意を得ている場合はこの限りでない。

先にも触れたように、現在の日本では、特段の制限規定がないので、すべて当事者の意思自治の問題として、債権・債務の一部だけを、またたとえば債権だけを譲り受けることもでき、ただそれが公序良俗違反（民法九〇条）となれば無効となるという解釈論が一般とされている。しかしそれは、事業譲渡などの場合、譲渡人と譲受人の専横を許し、契約の相手方に不利益を与えることにならないであろうか。もちろん日本には、最高裁判所が中国の最高人民法院の「法釈」のような法的拘束力のある判断を示す制度はないが、私見ではこの法釈二〇〇三年一号二四条のような規定があったほうが良い場合があると考えている。中国側には、中国でのこの法釈二〇〇三年一号二四条の評価をお聞きしたい（後掲【質疑応答】質問1・質問2参照）。

(2) 国際的な立法状況

事業譲渡に際して、譲渡企業の事業債務が譲受企業に移転するか否か、すなわち譲渡会社の事業によって生じた債務の履行責任が両企業間においてどのように分配されるべきかという点につき、世界各国の立法状況はおおむね以下の三つの類型に分けることができるといえよう。(6)

①事業債務移転否定説

事業譲渡に際して、当事者間において特約がある場合を除いて、事業債務は事業に伴って移転しない。譲渡会社たる債務者は債権者との債権債務関係から離脱せず、依然として事業債務の履行責任を負い続けるため、債権

者は譲受会社に対して債務の履行を求めることはできない。この立場に代表されるのは主としてフランスであるとされるが、我が国の従来の事業譲渡（旧営業譲渡）に関する通説的見解や、平成二三年・二四年の一連の過払金返還請求訴訟における最高裁の立場[7]も、基本的にこの考え方に近いように思われる。

②事業債務移転肯定説

事業債務は事業の重要な構成部分であり、事業譲渡契約の当事者間において特約がない限り、譲渡会社の事業によって生じた債務は当然に事業に付随して移転する。なお、こうした考え方のもとで譲渡会社が債権者との債権債務関係から離脱するべきか否かという観点から、譲渡会社は債権債務関係から離脱することなく、すなわち譲受会社と併存的債務引受を構成するという立場を採る代表的な立法例として、スイス債務法一八一条やイタリア民法二五六〇条、台湾民法三〇五条、マカオ商法一一三条等の規定がある。

これらに対し、譲渡会社の事業につき全部譲渡がなされた場合には、譲渡会社の存続の有無にかかわらず、譲受会社が債務の履行責任を負う（譲渡会社が存続するとすればおそらく免責的債務引受の形になるか、それとも併存的債務引受たることを妨げないとするか）と構成するのが、本稿で紹介した中国最高人民法院の公布した「規定」の立場である。

なおこの点で報告者からひとつ具体的に言を加えておけば、中国も日本も、債務引受については当事者意思を重視してはいるものの、先に紹介した中国最高人民法院の「規定」の考え方は、原則としてすべて債務も承継され、ただ当事者の合意があればその債務だけ不承継になるという、いわば「全体からの引き算」の論理であり、我が国最高裁の判例の考え方[8]は、債務は原則不承継で、当事者の明示の合意があればその債務だけ承継されるという、「ゼロからの足し算」の論理なのである。相手方債権者の保護からいえば、中国のやり方のほうがより適切であるのは言うまでもないし、そもそも「債務は原則不承継」という考え方から出発することの正当性、合理

性はどこにあるのかと、報告者は強い疑問を持つところである（なお後掲【質疑応答】質問3参照）。

③条件付事業債務移転説

譲受会社が譲渡会社の商号を継続して使用している場合には、事業譲渡前に発生していた債務を弁済する責任を負う。但し、譲受会社が譲渡会社の債務を弁済する責任を負わない旨の登記をした場合、または事業譲渡後直ちに譲受会社および譲渡人が直ちに共同で第三者に対してその旨を通知した場合において譲受人は債務の履行責任を負わない。また、譲受会社が譲渡会社の商号を継続して使用していなかった場合でも、譲渡会社の事業によって生じた債務を引き受ける旨の広告をしたときは、譲渡会社の債権者は、その譲渡会社に対して債務の履行を求めることができる。この立場に代表される立法として、ドイツ商法二六条、韓国商法四二条ないし四五条、および我が国の会社法二二条、二三条の規定がある。

四　（論点2）事業の譲渡か契約の譲渡（契約上の地位の譲渡）か

つぎに、前掲参照事案は、会社単位でいえば当該会社の事業の譲渡であると同時に、譲渡会社の有する個々の契約について言うならば、契約譲渡（契約上の地位の譲渡）に当たるのではないのか。

この点、日本では契約譲渡論は、条文がないこともあって学説の議論もまだ活発とは言えず、本判決では、当事者主義の問題もあるのではあろうが、契約譲渡の議論は全く捨象され、債権譲渡の問題と債務引受の問題に切り分けられている（しかし高等裁判所段階では、一時このような事案を契約譲渡の考え方で処理していたことがある）[9]。

日本では、条文がないため、契約譲渡の成立要件ひとつにしても、定解があるわけではない。もし、事業譲渡の場合には当該事業に含まれる個別契約も当然承継されるとすれば、事業譲渡が契約譲渡を包含することになる。

しかし、事業譲渡と契約譲渡は別概念であるという考え方も少なくとも現在の日本では成り立ちうる。あえて本件の最高裁判所の論理をそのような契約譲渡論にからめていえば、ＡＸ間の金銭消費貸借契約をＡＹ間のそれに切り替える契約まですれば、契約譲渡があったということになりうるが、ＡがＹの指示によってカードや支払先をＹに変えても、基本の金銭消費貸借契約が切り替えられていなければ、契約譲渡ではないということになろうか（もちろん現行の最高裁判例ではそこまでもいかない――つまり条文がない契約譲渡概念は判決中に持ち出さない――と思われるが）。ただこの論理とそれに基づく事案解決の結論が適切なものかどうか、報告者には大きな疑念が残る。

五　（論点３）債務引受（免責的・併存的）の成立要件

日本にはまだ債務引受の条文がないため、その成立要件も公に定義されたものはない。ただ、これまでの判例・多数説の見解によれば、債務引受は①免責的債務引受と②併存的債務引受に分かれ、単に債務者と引受人の間の内部的な履行の約束にとどまるものは③履行引受と呼ばれる。そして、①と②のいずれも、三者契約ですれば当然有効に成立するが、①の免責的債務引受は、債務者の資力の変更が債権者には大きな影響を及ぼすため、成立には債権者の同意（当然意思表示である）が必須となる。②の併存的債務引受の場合は、ⓐ引受人と債権者の間の合意でも債務者の関与なしにできる、ⓑ債務者と引受人の間の合意の場合は、債権者にとって、債務者側の資力が弱まる懸念はないのであるが、これを第三者のためにする契約（民法五三七条）と見て、第三者たる債権者に効力を及ぼすには、債権者の受益の意思表示を必要とする（受益の意思表示があれば有効に成立する）、と考えてきた。日本ではこの、債務者引受人間での併存的債務引受の合意を第三者のためにする契約と構成すること

にはこれまであまり多く疑問が提示されていなかったのであるが、この点中国ではどうであろうか（後掲【質疑応答】質問4参照）。

なお、フランス民法は、債務引受の条文を持たないが、それと類似の機能を果たす「指図」délégation の規定を持っている。しかしこの概念についても、ボワソナード旧民法までは導入されていたが、一八九八年公布の現在の民法典では採用されていない。[10] したがって現行の日本民法典には、いわば世界でも最も大きな空白領域がある、ということになるのである。

六　（論点4）債務者・引受人でする併存的債務引受の場合に、債権者の受益の意思表示を必要とするか

上に述べたように、日本の判例・多数説では、債務者引受人間での併存的債務引受の合意は、いわゆる第三者のための契約（民法五三七条）となり、第三者たる債権者に効力を及ぼすには債権者の受益の意思表示を必要とする。そして参照判例では、この意思表示を厳格に解釈し、切替契約をしたのであれば受益の意思表示ありとなるが（参照事案中に掲げた最二小判平成二三年九月三〇日判時二一三一号五七頁・金法一九四九号八七頁）、弁済では（ドイツ流法律行為論では準法律行為であって意思表示ではない）意思表示と認められないとしたのである。

そもそも第三者のための契約として受益の意思表示を要求しなければ、あるいはそうしても受益の意思表示の解釈を柔軟にすれば、参照判例ではXの過払金返還請求は認められたはずなのである。

この点、日本でも以前から、受益の意思表示を不要とする有力学説は存在する。元最高裁判所判事である奥田昌道博士は、「従来の債務者の責任財産はそのままであって、これに新たに引受人の責任財産が加わることに

よって担保力の強化を伴うだけであって債権者に何ら不利益をあたえるものでないから、この点からの債権者の承諾は不要である」とし、「債権者の承諾を要するとすれば、それは移転性制限に対する解除の意味での承諾であって、金銭債務のように債務の性質上の移転制限のない債務においては、設定的（併存的）債務引受について債権者の承諾を必要とすべき理由を見出しがたい。」といい、第三者のためにする契約構成にも、「通説が第三者のための契約構成に依拠して債権者の承諾（受益の意思表示）を必要とするのは、およそ債務においては債権と異なり、その主体（債務者）の意思による移転は債権者の承諾なき限り不可能である（債務を処分することになるから）という考え方によるものではないか」と批判を加えている。(11)

そしてこの点、前掲の法釈二〇〇三年一号に関する論文の共同執筆者である金安妮氏の調査によれば、「併存的債務引受」の場合には、中国では債権者の同意を要しないとする考え方が学説の多数であるようにみえる。(12) この点についても、中国側にその通りかどうか確認したいが、その通りであるとすれば、奥田説でも中国の多数説でも、本件のXは勝訴できたはずなのである（後掲【質疑応答】質問5参照）。

七　終わりに——日本の債権法改正作業と法制審議会の現在の案

ここで、現在進行中の法制審議会の民法（債権関係）部会での審議の状況にふれておこう。(13) 債務引受については、二〇一三年九月一七日に法制審議会部会で審議された「要綱案たたき台(2)」では、以下のような規定が提案されている。

債務引受【部会資料67Ａ　要綱案たたき台(2)より】

第3　債務引受

1　併存的債務引受

(1)　併存的債務引受の引受人は、債務者と連帯して、債務者が債権者に対して負担する債務と同一の内容の債務を負担するものとする。

(2)　併存的債務引受は、引受人と債権者との間で引受人が上記(1)の債務を負担する旨の合意をすることによってするものとする。

(3)　上記(2)のほか、併存的債務引受は、引受人と債務者との間で引受人が上記(1)の債務を負担する旨の合意をすることによってもすることができるものとする。この場合において、引受人は、債権者が引受人に対して承諾の意思表示をした時にその債務を負担するものとする。

(4)　上記(3)の合意によってする併存的債務引受は、この1の規律のほか、第三者のためにする契約の規律（後記第5参照）に従うものとする。

(5)　引受人は、併存的債務引受により負担する自己の債務について、その効力を生じた時に債務者が有する抗弁をもって、債権者に対抗することができるものとする。

(6)　債務者が債権者に対して相殺権、取消権又は解除権を有するときは、引受人は、債権者に対して債務の履行を拒むことができるものとする。この場合において、債務者が相殺権を有するときに引受人が債務の履行を拒むことができるのは、債務者の負担部分に限られるものとする。

2　免責的債務引受

(1)　免責的債務引受によって、引受人は債務者が債権者に対して負担する債務と同一の債務を負担し、債務者は自己の債務を免れるものとする。

(2)　免責的債務引受は、引受人が上記(1)の債務を負担するとともに債務者がその債務を免れる旨を引受人と債権者との間で合意することによってするものとする。この場合においては、債権者又は引受人がその合意があった旨を債

務者に対して通知をした時に、引受人が債権者に対して債務を負担し、債務者は自己の債務を免れるものとする。

(3) 上記(2)の合意によってする免責的債務引受によって債務者に損害が生じたときは、債権者は、その損害を賠償しなければならないものとする。

(4) 上記(2)のほか、免責的債務引受は、引受人が上記(1)の債務を負担するとともに債務者が自己の債務を免れる旨を引受人と債務者との間で合意し、債権者が引受人に対してこれを承諾することによってもすることができるものとする。この場合においては、債権者が承諾をした時に、引受人が債権者に対して債務を負担し、債務者は自己の債務を免れるものとする。

3 免責的債務引受による引受けの効果

(1) 前記2(1)により債務を負担した引受人は、その債務を履行した場合であっても、債務者に対して求償することができないものとする。

(2) 引受人は、免責的債務引受により負担した自己の債務について、その効力を生じた時に債務者が有していた抗弁をもって、債権者に対抗することができるものとする。

(3) 債務者が債権者に対して取消権又は解除権を有するときは、引受人は、債権者に対して債務の履行を拒むことができるものとする。

4 免責的債務引受による担保権等の移転

(1) 前記2(1)により消滅する債務を担保する担保権及び保証がある場合には、債権者は、これらを引受人が負担する債務を担保するものとして移すことができるものとする。

(2) 上記(1)の担保の移転は、免責的債務引受と同時に引受人に対してする意思表示によってしなければならないものとする。

(3) 上記(1)の担保権を供している者が引受人以外のものである場合には、その者の承諾を得なければならないものとする。

(4)　保証人が上記(1)により引受人が負担する債務を履行する責任を負うためには、保証人が、その責任を負う旨の承諾をすることを要するものとする。

(5)　上記(4)の承諾は、書面でしなければならないものとする。

(6)　上記(4)の承諾がその内容を記録した電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。）によってされたときは、その承諾は、書面によってされたものとみなして、上記(5)を適用するものとする。

ここで詳細に論じる時間はないが、この1と2を見ると、併存的債務引受を原則型として規定し、免責的債務引受はそれに免除の合意を加えるという構成が採用されており、法律構成的には「加入＋免除」という形で、「債務移転」の形を取らないように見える。まずこの点がそれで良いかどうかはなお議論が残ると思われる。また、本報告で問題とした債務者と引受人間で合意した併存的債務引受については、第三者のためにする契約と構成し、債権者の受益の意思表示を必要とすることを明確に示したものになっている。そうすると、本日の参照事案の判決の問題点は、そのまま残ることになる。

契約譲渡については、二〇一四年二月四日に法制審議会部会で議論された最新の「要綱案たたき台(8)」によれば、「契約上の地位の移転」として、非常に簡単に、以下のような提案がされている。

第2　契約上の地位の移転

次のような規律を新たに設けるものとする。

契約の当事者の一方が第三者との間で契約上の地位を譲渡する旨の合意をした場合において、その契約の相手方が当該譲渡を承諾したときは、契約上の地位は、当該第三者に移転する。

今回の法制審議会部会では、契約譲渡の議論は非常に貧しく、不十分であるが、とりあえず、こういう基本的な規定のみは置かれることになりそうである（一時は規定の新設自体が危ぶまれる状況にあった）。本格的な議論は今後の課題となろう。

以上の諸点から、本報告のテーマについては、日本は「条文化」の先進国である中国に今後も学ぶところが多いと考えるものである。本報告が、日中の民法債権法の共同研究の新たな端緒を開くものとなれば幸いである。

（1）報告者はすでに、この観点から、債務引受と契約譲渡について、民法（債権関係）改正作業において最も重視されるべき部分であると強調した論考を明らかにしている。池田真朗「債権譲渡から債務引受・契約譲渡へ」森征一＝池田真朗編『私権の創設とその展開　内池慶四郎先生追悼論文集』（慶應義塾大学出版会、二〇一三年）一二七頁以下、とりわけ一二七～一二九頁。なお池田真朗『民法はおもしろい』（講談社、二〇一二年）とりわけ一七四頁以下も参照。

（2）本件については、報告者の評釈として池田真朗「貸金業者Yの完全子会社Aが、顧客Xとの継続的消費貸借取引上の債権をYに譲渡した場合に、AのXに対する過払金返還債務のYへの承継が否定された事例」私法判例リマークス四七号（二〇一三年）四六頁以下がある。

（3）この考え方については、神作裕之東京大学教授からご教示を得た。

（4）我が国における事業譲渡の概念については、本シンポジウムにおける菅原貴与志教授の報告「事業譲渡をめぐる実務問題―債権者保護を中心に―」を参照。

（5）本法釈を日本に紹介したものとして、池田真朗＝金安妮「企業再編と事業譲渡・債務引受に関する中国最高人民法院の「規定」（法釈二〇〇三年一号）―わが国の詐害的会社分割や過払金返還請求訴訟への示唆として―」商事法務二〇〇三号（二〇一三年）一四頁以下参照（同法釈の訳はすべて金安妮による）。

(6)　この点の「国際比較」という角度からの分析に関しては、我が国よりも中国のほうが研究が進んでいるように思われる。以下は前掲注(5)論文の共同執筆者である金安妮氏が胡伟「论营业转让中债权人保护的法律规制」南阳师范学院学报第九卷第一期（二〇一〇年）一～五頁、蔡永民＝张完连「营业转让制度初探」江南大学学报人文社会科学版第六卷第四期（二〇〇七年）二七～三九頁を主として参照してまとめたものであり、すでに前掲注(5)一八～一九頁に紹介している。当該箇所のコメント部分については池田真朗が付しているが、調査・紹介に関しては金氏の業績であることを明記しておく。

(7)　本文前掲の最三小判平二三・三・二二裁判集民二三六号二二五頁・判時二一一八号三四頁、最二小判平二三・九・三〇裁判集民二三七号六五五頁・判時二一三一号五七頁、最二小判平二四・六・二九裁判集民二四一号一頁・判時二一六〇号二〇頁。これらについても、池田・前掲(2)四六頁以下参照。

(8)　この表現は、報告者が池田＝金・前掲注(5)一九頁で用いたものである。

(9)　東京高判平一八・五・一七消費者法ニュース六九号九七頁、大阪高判平一八・八・二九消費者法ニュース六九号九二頁等。私見では、最高裁で否定された形になっているこれらの「契約の包括譲渡」という考え方での処理が、再評価されるべきと考えている。池田・前掲(2)四九頁参照。

(10)　池田・前掲注(1)「債権譲渡から債務引受・契約譲渡へ」一七〇頁以下参照。

(11)　奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社、一九九二年）四七六頁。他に遠藤研一郎「債務引受のための対抗要件制度の導入可能性」法学新報一一七号九＝一〇号（二〇一一年）一九頁もこの場合の債権者の承諾は観念通知でよいという（池田・前掲注(1)「債権譲渡から債務引受・契約譲渡へ」一八五頁注(48)参照）。なお、潮見佳男『プラクティス民法 債権総論〔第四版〕』（信山社、二〇一二年）五二九頁も、奥田説に同調するように債権者による受益の意思表示不要説をとっているが、法制審議会民法（債権関係）部会委員である潮見教授が、後掲の受益の意思表示を必要と明示する要綱案に対してどのような発言をされているのかは調べがついていない。

(12)　その趣旨の学説として、石涛锋＝尹晓健「债务承担若干法律问题研究及风险防范」河北金融第八期（二〇〇七）六四～六五頁、张文青「并存债务承担的理论与实践研究」东南大学学报哲学社会科学版第一一卷增刊（二〇〇九）九二～九五頁、岳业鹏「中国法语境下的并存债务承担制度」北京科学技術大学学報社会学版第二七巻第一期（二〇一一）

六一～六八頁、戴红兵＝陈发桂「債务承担新探」广西政法管理干部学院学报第一六巻第四期（二〇〇一）七～九頁が挙げられるが、これももっぱら金氏の調査によるものである。池田＝金・前掲注(5)二一頁注(27)参照。

(13) 法制審議会の民法（債権関係）部会では、本報告を行った二〇一四年二月の時点では、二〇一四年七月に予定された要綱案仮案公表に向けての審議が行われている段階である。

【質疑応答】

本報告にあたっては、事前に、報告内に示したいくつかの質問事項を、清華大学側に送付しておいた。当日報告後の質疑応答において、参加された中国側の先生方から得た回答の概要を下記に掲げる。

質問 1　本報告で取り上げる中国最高人民法院の「規定」（法釈二〇〇三年一号）の中国での評価、ことにその二四条の評価を伺いたい。

王保樹清華大学教授や李建伟中国政法大学民商経済法学院教授の説明

①この法釈の規定は、国有の中小企業の売却による債務の免脱に対処するためのものであった。②それゆえ、国有企業の私法化も進んだ現在では、その役割を終えつつあるとも言える。③したがって、この規定が一般の民間企業の合併や事業承継に使えるものかどうかは定かではない。④しかし、そもそもこの規定の基本的な発想は、「財産にともなって債務が移転する」という原則にある。その意味では、民間企業に対しても使えておかしくないと言える（④は李教授からシンポジウム後に得たコメントである）。

質問 2　譲渡会社の事業につき全部譲渡がなされた場合には、譲渡会社の存続の有無にかかわらず、譲受会社が債務の履行責任を負うのが上記法釈の規定するところだが、その場合に、譲渡会社も存続するとすれば、それは免責的債務引受になるのか、それとも併存的債務引受になるのか、原則的には免責的債務引受になるのだが併存的債務引受となることを妨げないと考えるのか。

王保樹教授の回答

（専門外なので確認が必要との留保をつけられつつ）併存的債務引受となるべきではないか。

質問3　事業譲渡と契約譲渡（契約上の地位の譲渡）の関係だが、上記法釈の考え方に立てば、事業譲渡の場合、当該事業に含まれる個別契約も当然に承継される（事業譲渡が個々の契約譲渡を包含する）と考えてよいか。

王保樹教授の回答

事業譲渡の場合には、債権部分の移転だけならそうみとめてよいが、債務部分については債権者の承諾がいるであろうとのことであった（質問の趣旨は、債権債務をひっくるめての契約譲渡と見ることはできないかということであったが、回答の基本は、事業譲渡の場合にはやはり譲渡の対象事業を特定しなければならないのであって、債務移転を含む場合は債権者の承諾を得る必要があるということと考えられる）。

質問4　債務者と引受人の間で併存的債務引受の合意をした場合、日本ではこれを第三者のためにする契約と構成して、債権者の受益の意思表示がないと債権者との関係で有効に成立しないとされているが、この第三者のためにする契約にするという考え方は中国では採用されているか、あるいはどう評価されているか。

王保樹教授および李建伟教授の回答

中国では、とくに第三者のためにする契約構成は取らない。

質問5　我々が調べた範囲では、中国では、債務者と引受人で合意した併存的債務引受においては、それが債権者との関係で有効になるために債権者の受益の意思表示を必要としない（債権者の承諾を不要とする）とするのが多数の見解と思われるが、それはまちがいないか。

李建伟教授の回答

そもそも受益の意思表示という構成はとらないが、債権者の承諾は不要とする考え方が一般である（結果として金氏の調査の通り）との回答を得た。李教授の説明では、その理由は、①併存的債務引受の場合、債権者に不利益を与えない、②債権者が後で受け取る際に拒否することは考えにくい、ということから、事前の同意はいらないという説明で

あった。【補注】この点については、奥田昌道教授から、債権者の承諾を不要とした場合、次の段階として、債務者引受人間での併存的債務引受の合意がどの段階で両者に拘束力を与えるか（つまり、撤回の合意がいつまで可能か）という問題点を詰める必要があるとのご教示を得た。とりあえず私見では、それは債権者の認識のあった段階からで、その認識については客観的に証明できればよく、立証しやすいのは債権者からその認識を示す観念通知がある場合であろうが、それに相当する行動があったことが証明できればよいと考えている。池田・前掲注(1)「債権譲渡から債務引受・契約譲渡へ」一六九頁も参照。

【追記】

本稿は、二〇一四年三月のシンポジウム報告終了段階で得た情報によって記述されている。その後掲載誌（法学研究八七巻九号）刊行までに公表されるであろう、法制審議会民法（債権関係）部会の要綱仮案についての情報や、それに関係する諸学者の論考等については言及されていないことをお断りしておく。