

Title	債務引受および契約譲渡における立法の国際的比較： 日本民法典のあるべき姿を求めて
Sub Title	Comparative analysis on the legislation of debt assumption and re-assignment of contracts : in search of an ideal civil code of Japan
Author	金, 安妮(Kin, Anni)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2014
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.101, (2014. 6) ,p.291- 331
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20140615-0291

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.

債務引受および契約譲渡における立法の国際的比較

——日本民法典のあるべき姿を求めて——

金 安 妮

- 一 はじめに
- 二 債務引受および契約譲渡制度における世界の立法状況
 - (一) 債務引受・契約譲渡の両制度について明文規定を持つ国
 - (二) 債務引受制度についてのみ明文規定を持つ国
 - (三) 小 括
- 三 おわりに

一 はじめに

一八九六年に現行の日本民法典が公布されてから、一二〇年近くの月日が経とうとしている。この一二〇年という時の流れの中で、日本における社会および経済の情勢が大きな変化を遂げてきたことは、論を俟たないところである。

う。そして二〇一四年現在、法制審議会民法（債権関係）部会の主導の下で、こうした社会と経済の変化への対応を図り、国民一般に分かりやすい民法典の実現を目指して、二〇〇九年より債権関係を中心とした改正作業が進行しており、中間試案の提示（二〇一三年二月二六日）からパブリックコメントの募集（同年四月一六日から六月一七日まで）を経て、要綱案の作成に向けた審議が行われている。しかし、こうした一連の改正作業における「力点の置き方」について、池田真朗教授は以下のような警鐘を鳴らしている。² すなわち、日本民法典における喫緊の作業というのは、債務不履行における帰責事由の要否といったような多分に学理的な色彩が強い論点の審議よりも「現行の先進諸国の民法典のほとんどに規定があるのに日本民法が規定を持っていない、つまり客観的に見て日本民法典が世界の民法典と比べて後れをとっているところの補充」³ が優先されるべきなのではないか、というものである。

本稿は、このような「あるべきなのにない規定」⁴ として挙げられる「債務引受」と「契約譲渡」という二つの制度について、まず世界の民法典における立法状況を調査し、日本民法典が世界の民法典と比べて「客観的」に後れていることの実証を試みることで、両制度に改正作業の力点が置かれるべきことの必然性を見出そうとするものである。無論、諸外国の多くが明文規定を有しているという「外的要因」のみをもって、その必然性を主張するものではなく、日本国内においてもいわば「内的要因」として後述するような厳然たる立法事実が存在していることから、両制度の明文化に際してより緻密な議論と提案がなされなければならないのではないかと、と考えるものである。例えば、前掲の池田論文は一括決済方式やゴルフ会員権譲渡等を例に取り、両制度に関する立法事実の存在を論じているが、とりわけそこでも掲げられている貸金業者の企業再編に基づく「過払金返還請求訴訟」⁵ は、現代の日本社会における深刻な民事紛争の一つとなっている。平成一八年に下された一連の最高裁判決⁶ によって「みなし弁済規定」の適用が事実上否定されたことを受けて、多額の過払金返還債務を負うこととなった貸金業者は、圧迫された経営状況の改善を目指し、貸金債権の債権譲渡や事業譲渡といった手法を用いて企業再編を進めていくこととなった。その結果として

「貸金債権の譲受業者は、貸金債権の譲渡に伴い、譲渡業者が顧客に対して負担する過払金返還債務をも承継するか」という新たな類型の過払金返還請求訴訟が発生し、平成二三年以降、これに係る三つの最高裁判決⁷⁾が下された。判決に際して最高裁は一貫して譲渡当事者の意思を重視し、「譲渡人たる債務者の債務は、原則として譲受人たる引受人に承継されることはなく、債務者と引受人間において別段の合意がある場合（併存的債務引受を約していたときには、債権者が受益の意思表示をした場合）」のみ承継される」という論理を採用した。しかしながら、このような最高裁の論理というのは、結果として債務者（と引受人）による不当な債務免脱を認容してしまう可能性があり、正当性と合理性を欠くものであるように思われる。さらに、このたびの中間試案においても、こうした債務免脱の問題に対する解決策が打ち出されていないのみならず、債務者―引受人間の併存的債務引受についても従来の通説的見解を踏襲し、第三者のためにする契約を構成することを明記した上で、債権者による受益の意思表示を要求する旨の規定内容となっている。しかし、これでは前述した過払金返還請求訴訟関連の判例が有する問題点について、依然として適切な解決策を見出すことができないように思われる。したがって、本稿は「資産の移転に伴う債務の処遇」という問題についても、諸外国の民法典における規律の有無およびその方法という観点から分析を加え、比較法的示唆を得ることとしたい。そして、債権法改正における明文化の必要性にとどまらず、中間試案において提示された論理構成についても見直すきっかけをひとつ提示しようとするものである。

二 債務引受および契約譲渡制度における世界の立法状況

本章においては、債務引受および契約譲渡制度における世界の立法状況を一瞥し、両制度に関する国際的な趨勢を明らかにすることで、日本民法典が「客観的」に立ち後れていることの実証を試みることにしたい。これに加え、前

述した問題意識に基づいて「資産の移転に伴う債務の処遇」という問題に関する各国の民法典における規律についても分析を加えることよって比較法的示唆を得ようとするものである。なお、フランスとドイツにおける両制度の立法状況（および解釈論）については、これまでの先行研究⁽⁸⁾においてすでに明らかにされているため、本稿は、筆者の調査が及ぶ限りにおいて未だ邦訳がなされていないポルトガル・オランダ・オーストリア・ブラジルをはじめとする諸外国に焦点を当てることとしたい。

(一) 債務引受・契約譲渡の両制度について明文規定を持つ国

1 イタリア民法典

(1) イタリア民法典の概要⁽⁹⁾

一八六一年三月一七日、サルデーニヤ王ヴィットリオ・エマヌエーレ二世を国王とするイタリア王国が成立した。その約四年後の一八六五年六月二五日、新生イタリア王国において統一的に適用される民法典が制定され、翌年の一月一日より施行された。これが、いわゆる「一八六五年民法典」と呼ばれるものである（以下、一九四二年に成立した現行のイタリア新民法典との対比において、旧民法典と表記する）。この旧民法典は、国際私法に関する規定を含む序編を除いた「人、財・所有権およびその変動、物に関する所有権その他の権利の取得および譲渡の方法」の全三編・二一四七箇条から構成されていた⁽¹⁰⁾。しかしながら、二〇世紀に入ってから社会的・経済的变化によって、旧民法典は時代の要請にそぐわないものとなり、その改正を余儀なくされたため、イタリアは第一次世界大戦の終結後、民法典改正委員会を設置し、旧民法典の改正作業に着手した。そして一九三〇年代に入ると、一九三〇年九月二七日に第一編「人および家族」、一九三六年三月二三日に第三編「相続および贈与」、一九三六年八月一五日に第四編「債務および契約」、一九三七年八月一四日に第二編「物および物権」の草案がそれぞれ公表された。なお、現行の民法典におい

て、債務引受および契約譲渡に関する規定が置かれている第四編「債務および契約」の草案は、一九二八年二月に公表されていた「債務および契約法典のためのフランス・イタリア統一草案」を焼き直したものであった。⁽¹¹⁾これらの民法典草案は、議会と政府による修正を経て、最終的には序編に加えて、第一編「人および家族」(全一四章)、第二編「相続」(全五章)、第三編「所有権」(全九章)、第四編「債務」(全九章)、第五編「労働」(全二章)、第六編「権利の保護」(全五章)の全六編・五三章・二九六九箇条から構成されることとなった。⁽¹²⁾このような構成に改められた新民法典は、第五編に労働法に関する規定が盛り込まれているのみならず、第四編においても商法に関する規定が数多く含まれており、いわゆる「民商合一」という特色を有するものである。なお、新民法典は第二次世界大戦の最中であつた一九四二年四月二日に全体として施行されたが、これに先立って一九三九年七月一日には第一編が、一九四〇年四月二日には第二編が、一九四一年一月二八日には第三編がそれぞれ単独の法律としてすでに施行されてい

(2) 契約譲渡の規定⁽¹³⁾

イタリア民法典は、まず第四編「債務関係」二章「契約一般」八節「契約の譲渡」一四〇六条以下に契約譲渡の規定を置いている。一四〇六条は、契約譲渡の概念について「契約の当事者は、対価がなお履行されていない場合において、他方当事者の同意を経て、対価的給付および契約から生ずる法律関係について、自己に代わって第三者を交替させることができる」と定めた上で、当事者の一方(A、被譲渡人)においてあらかじめ相手方(B、譲渡人)における第三者(C、譲受人)との交替について同意していた場合、相手方(B)と第三者(C)との交替は「被譲渡人(A)が交替の通知を受け、または交替を承認した時から、被譲渡人(A)との関係において有効となる」ことを一四〇七条で規定している。また、一四〇八条以下においては、契約譲渡による被譲渡人―譲渡人間、被譲渡人―譲受人間、譲渡人―譲受人間の関係について、それぞれ以下のように規定している。

一四〇八条「譲渡人（B）は被譲渡人（A）との関係において交替が有効となったときから、被譲渡人（A）との債務関係から解放される。

ただし、被譲渡人（A）が譲渡人（B）を解放しない旨の表示をした場合には、譲受人（C）がその負担した債務関係を履行しないときは譲渡人（B）に対して提訴することができる。

前項に予想されている場合には、被譲渡人（A）は譲受人（C）の不履行が確実となった日から一五日以内に、譲受人（C）の不履行を譲渡人（B）に通知しなければならず、通知をしなかった場合には損害賠償の責任を負担しなければならない。」

一四〇九条「被譲渡人たる契約者（A）は、その契約から生ずる一切の抗弁を譲受人（C）に対抗することができるが、譲渡人（B）とのその他の関係に基づく抗弁は対抗し得ない。ただし、交替に同意した時にその旨の明らかな留保がなされていた場合は、この限りでない。」

一四一〇条「譲渡人（B）は契約が有効であることを担保しなければならない。

譲渡人（B）が契約の履行の担保を負担した場合には、譲渡人（B）は被譲渡人（A）たる契約者の債務関係につき、保証人としての責任を負う。」

このように、イタリヤ民法典の考える契約譲渡とは、原則として譲渡人が被譲渡人の同意を得て譲受人と交替することで被譲渡人との債務関係から解放されるが、被譲渡人が相手方の交替による不利益を被ることはないよう、被譲渡人による反対の意思表示があり、かつ債務を負担した譲受人が債務を履行しない場合には、譲渡人にあらかじめ譲受人の不履行を通知した上で、譲渡人に対して請求することができるというものである。

(3) 債務引受の規定¹⁴⁾

債務引受に類似する①委託、②参加、③引受の規定は、契約譲渡と同じく第四編「債務」のうち、一章「債務関係一般」六節「委託参加および債務引受」一二六八—一二七六条に置かれており、その主たる規定内容はそれぞれ以下の通りである。

① 債務者を主体とする「委託」

一二六八条「債務者（B）が債権者（A）に、彼（A）に対して債務を負担する新債務者（C）を指定したとしても、本来の債務者（B）はその債務関係から解放されない。ただし、債権者（A）が彼（B）を解放する旨を明示的に表示したときはこの限りでない。

第三者（C）の債務負担を承諾した債権者（A）は、まず受託者（C）に弁済を請求した後でなければ、委託者（B）に対して請求することはできない。」

一二六九条「債務者（B）が弁済の実行を目的として第三者（C）に委託した場合には、第三者（C）は債権者（A）に対して自ら債務を負担することができる。ただし、債務者（B）がそれを禁じた場合はこの限りでない。

弁済を実行するために委託を受けた第三者（C）は、委託者（B）の債務者であっても、その任務を承諾すべき義務を負わない。ただし、これと異なる慣習を妨げない。」

一二七一条「受託者（C）は、委託受益者（A）にこの者（A）と自己（C）との関係に関する抗弁を対抗することができる。

当事者が反対の約定をしていなかった場合には、たとえ委託受益者（A）がそれを知っていた場合であっても、受託者（C）は委託者（B）に対抗し得た抗弁を委託受益者（A）に対抗することはできない。ただし、委託者（B）と委託受益者（A）との関係が無効であるときはこの限りでない。

当事者間における明らかな言及がなかった場合、受託者（C）は委託受益者（A）に対し、委託者（B）と委託受益者（A）との間における抗弁を主張することもできない。」

このように、イタリア民法典はまず債務者、の、委託によつて新債務者が債権者に対して債務を負担するという「委託」について規定している。これは債務者がイニシアティブを取り、自己に代わる債務の履行を第三者に依頼する場面が想定されていることから、新債務者が債務者の指示に基づいて債権者に対して債務を負担するという取引について規定したフランス民法典の「指図（delegation）」と類似しているように思われる。¹⁵⁾ また、イタリア民法典は①債務

者による新債務者への委託という「B-C」間の関係（二二六九条、委託の撤回等について定めた二二七〇条）と、②債権者への新債務者の指定という「A-B-C」間の関係（二二六八条）について、それぞれ別個の規定を設けているものの、②について債務者が新債務者に債務の履行を委託した上で、債権者に新債務者を指定したとしても、債権者による解放の明示的な表示がない限り、債務者は債務関係から解放されないと定めている点においても、債務者の更改を伴わない「不完全指図 (délégation imparfaite)」を指図の原則形態として定めているフランス民法典（二二七五条）と類似した規定内容となっているようである。この点において、効果としては併存的債務引受に類似するものの、フランス民法典における指図が債務引受と最も異なるのは「効果として債務の移転ではなく、新たな債務の創設がなされる」という点であり、⁽¹⁶⁾ 受託者の抗弁権について規定した二二七一条の文言（受託者―委託受益者間の抗弁を對抗できるが、委託者―委託受益者間の抗弁は對抗できない）から、イタリア民法典もまた債権者―引受人間において新たな債務が創設されることを前提とするように思われる。

また、債務者による引受人への委託があり、かつ債権者が引受人による債務の負担を承認した場合、債務者は債権者に対して、まず引受人に弁済を請求するよう求めることができる規定されている。これは、日本民法四五三条が定める保証人の債権者に対する「検索の抗弁権」と類似した抗弁権であるようにも思われるが、イタリア民法典においては、債務者に代わって債務を負担する引受人ではなく、本来の債務者がこのような抗弁権を有することとなる点において大変興味深い規定であるように思われる。

② 引受人（C）を主体とする「参加」

一二七二条「債務者（B）の委託なくして、債権者（A）に対し、その債務を引き受けた第三者（C）は、債権者（A）が明らかに本来の債務者（B）を解放する旨を表示しない場合には、本来の債務者（B）と連帯して債務を負担する。

異なる合意がなされていない場合には、第三者（C）は債権者（A）に本来の債務者（B）と自己（C）との関係に関する抗

弁を対抗することはできない。

これに反し、本来の債務者（B）が債権者（A）に対抗し得た抗弁は、それが本来の債務者（B）の一身に専属するものでなく、参加後になされた行為から生じたものでない場合には、引受人（C）はこれを債権者（A）に対抗することができる。また、本来の債務者（B）が対抗し得た相殺は、たとえ参加前に行われたであろうものであっても、引受人（C）はこれをもって債権者（A）に対抗することはできない。」

つぎに、イタリヤ民法典は「委託」の例外として、債務者の委託によらずして引受人が債権者に対して債務を引き受ける「参加」に関する規定を設けており、前記における「委託」と同様に、債権者による明らかな表示がなければ、債務者が債権者との債権債務関係から解放されることはなく、債務者と新債務者が連帯して債務を負担することとなる。なお、引受人を主体とする「参加」においては、原則として債務者が債権者に対して主張しうる抗弁を引受人が援用できると規定されている点に鑑みて、引受人が負担する債務というのは、委託における「新設された新たな債務」ではなく、「債務者が負担する債務と同一の債務」であると考えられる点においても、委託と区別されるように思われる。

③ 債務者（B）と引受人（C）を主体とする「債務引受」

一二七三条「債務者（B）と第三者（C）との間において後者（C）が前者（B）の債務を引き受ける旨の合意をした場合には、債権者（A）はその合意を承認することができる、承認後は彼（A）の利益のためにその特約を撤回することができない。

債権者（A）の承認は、これが明らかに特約の条件を構成する場合または債権者（A）が明らかに本来の債務者（B）を解放する旨を表示した場合に限り、本来の債務者（B）の解放を伴う。

債務者（B）の解放がない場合には、債務者（B）は依然として第三者（C）と共に連帯して債務を負担する。

そのあらゆる場合において、第三者（C）はその特約を承認した債権者（A）に対し、債務を引き受けた限度内において債務を負い、かつそれに基づいて引き受けが行われた契約に起因する諸抗弁を債権者（A）に対抗することができる。」

イタリア新民法典は①委託と②参加のつきに、債務者と引受人の両者が主体となって引受人における債務の引受について合意する場合を「債務引受」として規定している。債務者—引受人間で約された債務引受もまた、前記における委託参加と同様に、債権者において債務者を解放する旨の明示的な表示がある場合に債務者の解放を伴い、その表示がない場合には債務者と第三者たる引受人が連帯して債務を負担するというものである。したがって、この債務引受というのは、いわゆる免責的債務引受と併存的債務引受とを併記し、しかもいわば併存的なそれを原則形態として捉えた立法となっているように思われる。なお、委託における抗弁について規定した一二七一条との比較において、債務引受における引受人は、債権者を含まない債務者—引受人間の契約に基づく抗弁であっても、その契約を承認した債権者に対抗することができるという点において特徴的であるといえよう。

④ 「委託」と「債務引受」における引受人(C)の無資力

一二七四条は、債務者と引受人が主体となる「委託」と「債務引受」において、債権者が明示的な表示によって債務者を解放したにもかかわらず、引受人が無資力であった場合について規定している。まず、前記の「委託」において、債務者(B)を解放した債権者(A)は、受託者(C)が後に無資力となった場合であっても、当事者間における明らかな留保がない限り、委託者(B)に対して訴権を有しないが、受託者(C)が債権者(A)に対して債務を引き受けた時点において、すでに無資力となっていた場合には、債務者(B)は債権債務関係から離脱することができないと規定している。つきに、本規定は前記における「債務引受」についても適用されることを明らかにしている。

以上に紹介した規定内容から、イタリア民法典においては、フランス民法典における「指図」の影響も受けながら「委託・参加・債務引受」という独自の構成を取ったものと評価すべきなのではないだろうか。ただし、その法律構成の位置づけについては、以下の諸外国における債務引受との比較において、なお慎重な検討を要すると思われる。

2 ポルトガル民法典

(1) ポルトガル民法典の概要

現行のポルトガル民法典（以下、旧民法典との対比において新民法典と表記することもある）の前身にあたるのは、民法学者セヤブラ（Seabra）教授によって起草され、一八六七年に制定されたポルトガル最初の民法典（以下、旧民法典と表記する）である。この旧民法典は、イデオロギーおよび法体系、主要な制度といったさまざまな点において、ナポレオン法典の影響を受けていたといわれている⁽¹⁷⁾。しかし、二〇世紀に入ると、ドイツ法学の理論がポルトガルへと浸透し、その影響を強く受けた理論界・実務界とフランス法の影響を強く受けて制定された旧民法典との距離はだんだんと遠のいていくこととなる⁽¹⁸⁾。そして、一九六六年一月二五日には、主としてドイツ法の影響を受けた新民法典が制定され、一九六七年六月一日より施行された⁽¹⁹⁾。新民法典は、法典の構成（パンデクテン方式⁽²⁰⁾、不法行為の規制）等においてドイツ法の影響を受けているが、所有権法および特別な契約の分野においてフランス法とイタリア法の影響を受けており、このほかにも立法者は、スイス債務法典やギリシャ民法典といった現代民法典を参照したといわれている⁽²¹⁾。新民法典は「総則、債務法、物権法、親族法、相続法」の全五編・二二三四条から構成されている⁽²²⁾。

(2) 契約譲渡の規定

ポルトガル新民法典は、まず第二卷「債務法」一編「通則」二章「債権債務の発生」一節「契約」四分節「契約上の地位の譲渡」四二四条以下において、契約譲渡に関する規定を置いている。

四二四条一項は、契約譲渡の概念と要件について「双務契約において、契約の当事者（B）が契約上の地位を第三者（C）に移転する場合、（契約譲渡）契約締結の前または後における相手方（A）の同意を要する」とした上で、二項において、契約譲渡前に得られた相手方の同意については「相手方（A）が譲渡の通知を受け、または承諾した時点から譲渡人側（B・C）に効力を生ずる」と規定している。

また、四二六条は契約の譲渡人(B)と譲受人(C)の関係について、主として譲渡人(B)の責任について定めている。一項は、譲渡人(B)における契約の存在(有効性)に関する担保について「譲渡人(B)は譲渡の基礎となる無償または有償の法律行為に適用される規定に基づいて、譲受人(C)に対し、移転の対象となった契約上の地位が譲渡時において存在することを担保しなければならない」と規定しており、二項は、譲渡人(B)が相手方(A)における債務の履行を担保する場合について「債務の履行を一般規定に基づいて担保した場合においてのみ、担保責任を負う」と規定している。

さらに、四二七条は相手方(A)と譲受人(C)との関係について、「契約の相手方(A)は契約から発生した防禦方法を譲受人(C)に対抗することができる。ただし、相手方(A)において(B・C間の契約譲渡に)同意した時に保留した防禦方法を除いて、譲渡人(B)との間におけるその他の関係に基づいて発生した防禦方法を譲受人(C)に対抗することはできない」として、譲渡の対象となった契約の相手方(A)において、譲受人(C)に主張することができる抗弁について規定している。

(3) 債務引受の規定

債務引受に関する規定は、契約譲渡と同じく第二卷「債務法」一編「通則」のうち、四章「債権と債務の移転」三節「単純な債務移転」五九五条以下に置かれている。

まず、五九五条一項は、債務引受における二つの方式について次のように規定している。

五九五条「一、債務の単純な移転は、以下に掲げるいずれかの方式によってなされなければならない。

- a) 原債務者(B)と新債務者(C)が締結した契約による場合は、債権者(A)の追認を得なければならない。
- b) 新債務者(C)と債権者(A)が締結した契約による場合は、原債務者(B)による同意を必要としない。

二、前項のいずれの場合においても、債権者における明確な意思表示がある場合においてのみ、債務の移転によって原債務者

(B)の債務が免除される。そうでない場合には、原債務者(B)と新債務者(C)は連帯責任を負担する。」

このように、ポルトガル民法典は債務引受について、四章と三節の項目名および五九五条の文言、さらには以下に紹介する五九六条以下の規定内容(引受人が有する抗弁権の内容、従たる債務の移転等)からも分かるように、明らかに「債務移転」の構成を採っているといえよう。ただし、債務の移転によって原債務者の債務が免除されるには、a)原債務者―新債務者間で約された債務引受については追認において、b)新債務者―債権者間で約された債務引受については契約において、それぞれ債権者による「債務関係からの原債務者の離脱に対する明確な意思表示」が必要であり、このような意思表示がない場合には、原債務者と新債務者において連帯して債務を負担する併存的債務引受になるという構成が取られている。

また、前記における五九五条一項a)が想定する原債務者―新債務者間の債務引受に対して、債権者による追認がなされなかった場合について、五九六条一項は「双方当事者(B C)は前条一項a)の契約を廃止しなければならない」とした上で、二項では追認期間について「各当事者(B C)は債権者(A)に対して追認期間を定めることができる。期間満了後は、追認を拒絶したものとみなす」と定めている。ここから、ポルトガル民法典において、原債務者―新債務者間の債務引受が併存的債務引受を構成するのは、免責的か否かに関する債権者の意思が不明確である場合のみに限られ、(追認期間が定められている場合には期間満了後に)債権者による追認がなされなかった場合にも、原債務者と新債務者間の法律関係は併存的債務引受を構成することはなく、両者間における債務引受の契約を白紙に戻さなければならぬとしており、債務引受の成立について慎重な姿勢を見せていることが窺える。²³⁾

また、五九七条は、債務移転の契約について無効を宣告され、または取り消された場合において「債権者(A)がすでに原債務者(B)の債務を免除した場合は、原債務者(B)の債務が再び発生する。ただし、第三者の提供した担保は消滅したものとみなす。第三者が移転を知り得た時点で関連する瑕疵の存在を明らかに知っていた場合には、

その者によって提供された担保は消滅しないものとみなす」として原債務者における債務の再発生および第三者によって提供された担保の処遇について定めている。

五九八条は、引受人（C）の抗弁権について「別段の約定がある場合を除き、新債務者（C）は原債務者（B）との関係から発生した防御方法を債権者（A）に対抗することができないが、原債務者（B）と債権者（A）との関係から発生した防御方法を債権者（A）に対抗することができる。ただし、債務引受の以前より存在したもので、原債務者（B）の一身に属さない防御方法に限られる」として、債務引受以前より原債務者（B）が債権者（A）に対して有していた抗弁権が原債務者の一身に属するものでない限り、引受人（C）による主張を認めている。

五九九条は、一項において主たる債務に付随する従たる債務の処遇について「別段の約定がある場合を除き、原債務者（B）との関係において不可分でない従属債務は、債務の移転に伴って新債務者（C）に移転する」とし、二項は担保の処遇について「債権の担保は同じ内容で継続して存在する。ただし、第三者によって設定された担保、または債務の移転に同意しない原債務者（B）によって設定された担保はこの限りでない」として、債務引受に同意している原債務者によって設定された担保は、債務引受がなされたあとも継続することを定めている。

最後に六〇〇条は、債務の引受人（C）において返還能力を有しない場合について「債権者（A）がすでに原債務者（B）を解放した場合においては、（債権者（A）は）原債務者（B）に対して債権、またはいかなる担保権も行使してはならない。新債務者（C）に返還能力のないことが明らかなる場合も同様である。ただし、原債務者（B）の責任を明示的に保留した場合はこの限りでない」として、引受人（C）が返還できない場合であっても、一度解放した原債務者（B）に対して債務の履行を求めることは原則として認められないことを定めている。

3 オランダ民法典

(1) オランダ民法典の概要⁽²⁴⁾

中世から一八世紀末にかけて、オランダにおける法の形成というのは、①地方ごとに内容の異なるゲルマン起源の慣習法、②諸州および市町ごとに制定された条例、③これらの地方法における欠缺を補うための普通法としてのローマ法、という組み合わせによるものであったが、こうした状況というのは、一八世紀末のフランス革命とそれに続くフランスをはじめとした国家ごとの法典編纂事業を受けて一変することとなる。一八〇九年に公布されたオランダにおける最初の民法典はルイ・ナポレオン王の命によって作られ、一八〇四年に成立したフランス民法典から強い影響を受けていた。一八一一年にオランダがフランス帝国に併合されたことを受けて、同民法典はフランス民法典に取って代わられ、一八一三年にオランダが独立を果たした後もフランス民法典は継続して効力を有していた。一八三八年には、人法および家族法、相続法、財産法における重要部分を除いて、フランス民法典に大きく依拠した第二のオランダ民法典が制定されたものの、同民法典は急速な陳腐化をみせ、さまざまな問題に対して適切な解決を提供することができなくなっていた。立法府は各種の個別法を制定したが、物権法や債権法のように一般的かつ相互依存的な部分の改正に対しては消極的な姿勢を見せていたため、裁判所は信義誠実の原則および一般条項等を用いた自由な解釈によってこれを補っていた⁽²⁵⁾。そして第二の民法典が制定されてから一〇〇余年後の一九四七年、それまで長きにわたって民法典改正の必要性を訴えていたライデン大学の民法学者E・M・メイヤース教授を起草者として、ようやく民法典改正の作業が開始された。現行のオランダ民法典は、第一編「人法と家族法」、第二編「法人」、第三編「財産法総則」、第四編「相続」、第五編「物権」、第六編「債権総則」、第七編「典型契約」、第八編「運送法」、第九編「知的財産法」、第一〇編「国際私法」から構成されており、公布と施行はそれぞれ個別的になされている。本稿において取り上げる債務引受ならびに契約譲渡の規定が置かれている第六編「債権総則」は、第三編および第五編とともに

一九七九年から一九八〇年にかけて制定され、一九九二年一月一日より施行されたものである。

(2) 債務引受の規定⁽²⁶⁾

オランダ民法典における債務引受の規定は、第六編「債権総則」第二章「債権と債務の移転および債権の放棄」三節「債務引受と契約引受」一五五条以下に置かれており、その主たる規定内容は以下の通りである。

まず、一五五条は債務者―引受人間における債務引受と債権者の関係について「第三者(C)において債務者(B)から債務を引き受けた場合において、債務は債務者(B)によって第三者(C)に移転される。債務者(B)と第三者(C)は債務引受を債権者(A)に通知した後、債権者(A)の同意がある場合に限り、債権者(A)に対して効力を有する」とした上で、一五六条は、債権者における事前の同意について「一、債権者が債務引受前に同意を表示していた場合において、債務者(B)と第三者(C)が(債務引受の)合意をし、かつ債務引受を書面で債権者に通知したときに、債務の移転が発生する。二、債権者(A)は事前の同意を撤回することができない。ただし、同意時において撤回の権利を保留していた場合はこの限りでない」と規定している。また、一五七条一項は、債務引受後における債権者の権利行使について「債務移転後、債権に属する権利は原債務者(B)ではなく新債務者(C)に対して行使しなければならない」と規定しており、一五七条の二項から四項においては、債務引受に伴う質権、抵当権、保証といった担保の処遇、原債務者が約した約定利息、約定違約金、違約手付金における引受人の責任について定めている。

ここから、債務引受について、オランダ民法典もまた明確に「債務の移転」として構成し、原債務者が債権債務関係から離脱する免責的債務引受について規定していることが分かる。しかも、下記に紹介する一五八条までが債務引受に関する規定であり、一五九条は契約譲渡について定めているため、債務引受については、免責的債務引受に関する規定のみが置かれており、併存的債務引受の規定を設けていないことが特徴的であるといえよう。

なお、一五八条は「原債務者（B）と新債務者（C）との間における債務移転の原因となった法律関係が無効である場合、または無効であると宣告された場合、または取り消された場合において、債権者は双方当事者（BC）に対し、債務が原債務者（B）に再移転することを通知することができる。当事者（BC）の一方は、債権者（A）に対し、合理的な期間内においてこの通知をするよう要求することができる」として、原債務者―引受人間における債務引受契約が無効である場合等についても規定を置いている。

(3) 契約譲渡の規定

オランダ民法典は契約譲渡について、債務引受と同じく第六編「債権総則」第二章「債権と債務の移転および債権の放棄」三節「債務引受と契約引受」一五九条において以下のように定めている。

一五九条「一、契約当事者の一方（B）は相手方（A）の同意を得て、第三者（C）と証書を作成する方式によって、相手方（A）との法律関係を第三者（C）に移転することができる。

二、前項の規定により、全ての権利と義務が第三者（C）に移転するという効力が生じる。ただし、派生的な権利義務、またはすでに期限が到来している権利義務はこの限りでない。

三、本編第一五六条および一五七条一項ないし三項の規定は本条に規定する場合について準用する。」

このようにオランダ民法典は契約譲渡について、譲渡人は被譲渡人による同意を得て、第三者との間で譲渡についての証書を交わすことによって成立することを定めている。また、債務引受の規定を準用することで、契約譲渡によって発生する権利義務の移転のうち、債務引受の側面を重視した立法となっているように思われる。

4 中国合同法（一九九九年）

(1) 中国合同法の概要⁽²⁷⁾

中国における現行の契約法にあたる「中華人民共和国合同法（以下、中国合同法または新合同法と表記する）」は、一九九九年三月一日に開催された第九期全国人民代表大会（以下、全人代と略記する）第二回会議において公布され、同年一〇月一日より施行された。かつて中国においては、中国国内における経済契約関係を調整する「経済合同法」（一九八一年二月三日公布、翌年七月一日施行）、対外的な経済契約関係について適用される「涉外経済合同法」（一九八五年三月二日公布、同年七月一日施行）、そして科学技術体制の改革と科学技術市場の発展を受けて制定された「技術合同法」（一九八七年六月二日公布、同年一月一日施行）という三つの契約法（以下、旧合同法と称する）が存在していた。⁽²⁸⁾このように「三法併存」の局面に置かれていた旧合同法は、改革開放の初期にそれぞれ異なる行政官庁による主導の下で起草されたため、相互間における規定内容の整合性が欠如していた。また、一九八一年における経済合同法の制定からすでに一〇数年が経過しており、旧合同法は、その間の中国社会において遂げられた改革開放の不断な深化と拡大、社会的・経済的発展に対応することができなかつた。⁽²⁹⁾そこで、一九九三年に経済合同法の必要部分にのみ臨時的な改正⁽³⁰⁾を施した上で、新たな合同法（現行の中国合同法）の制定に着手することとなつた。現行の中国合同法は、総則（一般規定、契約の締結、契約の効力、契約の履行、契約の変更と譲渡、契約の権利義務の終了、違約責任の全八章・二九条）と各則（売買、電力・水・ガス・熱エネルギーの供給使用、贈与、金銭消費貸借、質貸借、ファイナンスリース、請負、建設工事、運送、技術、寄託、倉庫保管、委託、取引代行、仲介契約の全一五章・二九八条）から構成されている。このように、旧合同法の条文数が合わせて一五五条（経済合同法の九三年改正後は一四五条⁽³²⁾）にすぎなかつたのに対し、総則と各則、施行日と旧合同法の廃止について定めた附則（四二八条）を合わせて全二三章・四二八条から成る新合同法は、その三倍近くにも及ぶ。この点について、旧合同法における条文が簡易的すぎるという欠陥を克服したと考へ

られている。⁽³³⁾

(2) 債務引受の規定

中国合同法は、総則編のうち、第五章「契約の変更と譲渡」(七七―九〇条)において債権譲渡および債務引受、そして契約譲渡について規定を置いている。⁽³⁴⁾ まず、債務引受に関する主な規定内容は以下の通りである。

八四条「債務者(B)が契約上の義務の全部または一部を第三者(C)に移転する場合は、債権者(A)の同意を得なければならない。」

八五条「債務者(B)が第三者(C)に義務を移転した場合において、新債務者(C)は原債務者(B)が債権者(A)に対して有していた抗弁を主張することができる。」

八六条「債務者(B)が義務を第三者(C)に移転した場合において、新債務者(C)は主たる債務に関連する従たる債務も負担しなければならない。」

① 八四条の適用範囲について

このように、中国合同法は債務の全部移転および一部移転について「債務の移転」構成に基づいて明文規定を設けているが、その規定内容は必ずしも明確でないように思われる。例えば、八四条の規定内容について、債務の全部移転というのが、債務者の債権債務関係からの離脱を伴ういわゆる「免責的債務引受」であることについて異論はないが、債務の「一部移転」が意味するところについては、八四条の適用範囲に併存的債務引受が含まれるか否かについて、学説上の見解が分かれている。⁽³⁵⁾ まず、債務引受の対象となった債務が一部である場合、併存的債務引受を含まないとする立場は、その部分については引受人のみが負担することから「免責的(一部)債務引受」であると考えているのに対して、併存的債務引受を含むとする立場は、残りの債務については依然として債務者が負担する点に着目し、債務者と引受人が分担して負担することから併存的債務引受を構成すると考えている。また、併存的債務引受を含む

とする後者の立場は、債務の全部移転がなされた場合についても、債務者が引受人と連帯して債務を負担する場合には、債務者が債権債務関係から離脱しないため、債務の一部移転にあたと主張する。なお、債務の「一部移転」には併存的債務引受を読み込まず、八四条は免責的債務引受に関する規定であるというのが通説の見解とされているようである⁽³⁶⁾。もちろん、八四条を免責的債務引受に関する規定と捉える通説の見解も、併存的債務引受自体の有効性は承認している。

② 併存的債務引受の法的構成に関する中国の学説

日本民法上、債務者—引受人間における併存的債務引受の合意は「第三者のためにする契約」として有効であり、債権者が引受人に対する給付請求権を取得するためには、債権者における受益の意思表示を要するというのが判例⁽³⁷⁾・通説⁽³⁸⁾の見解であることは、論を俟たないところであろう。過払金返還請求訴訟に係る最判平成二四年六月二九日もまた、譲渡業者(A)と譲受業者(Y)の貸金債権の譲渡にかかる債権譲渡基本契約中に併存的債務引受条項が置かれていた事案において、譲渡業者(A)と譲受業者(Y)が併存的債務引受を変更(撤回)する旨の契約を締結するまでの間、債権者たる借主(X)は譲受業者(Y)に対して準法律行為たる弁済をしただけで、法律行為たる受益の意思表示とみる余地のある行為をしていないとして、債権者(X)による譲受業者(Y)への過払金返還請求を棄却した(なお、本事案において譲渡当事者たるA・YはXに対し、「現在お手持ちのA社カードは利用ができなくなりますので、今後のお取引はY社カードをご利用ください。なお、お借入ご希望の際は、事前にお問い合わせください。」「本件に関するお問合せ先、およびAにおける譲渡日までの取引に係る紛争等の窓口は、Yとなりますことを、あわせて連絡します。」と記載された通知書を送付し、Aにおける貸付業務を停止(廃業)している)。本判決が最判平成二三年三月二二日の判示した「貸金業者(以下「譲渡業者」という。)が貸金債権を一括して他の貸金業者(以下「譲受業者」という。)に譲渡する旨を合意した場合において、譲渡業者の有する資産のうち何が譲渡の対象であるかは、上記合意の内容いかんによるべきであ」とい

う論理を踏襲した点については差し当たり置いておくとしても、前記の事実関係の下で、A・Y間の併存的債務引受を第三者のためにする契約として構成し、Xにおける受益の意思表示の有無について厳格な判断を下したことによって導かれた結論というものは、いささか合理性に欠けるものであったように思われる。したがって私見は、併存的債務引受について第三者のためにする契約として構成することの必然性、仮にそのような構成を採るとしても債権者における厳格な受益の意思表示を要求することの必然性に疑問を抱くものである。この点、中国においては債務者—引受人間における併存的債務引受に関して大変興味深い解釈論が展開されているため、以下に少しく紹介することとしたい。

中国の学説の中には、前述した日本民法の通説的な解釈論を導入し、第三者のためにする契約として構成するものもあるが、近時では、①契約類型としては第三者のためにする契約に属するが、債権者の同意を得る必要はなく、原則として債権者への通知を要する³⁹⁾、②債務者と引受人が連帯して債務を負担することで、債権者はいづれかによる債務の履行を選択することができるため、債権者による同意は不要である。もって債権者における利益の保護と債務者における契約の自由が実現し、債権者と債務者間における利益衡量を図ることができ、取引の円滑化にも資する⁴⁰⁾、③債務者—引受人間における併存的債務引受は、免責的なそれと異なり、引受人の加入は、債務者の負担する債務に何ら影響（減少または消滅）を与えないため、債権者の同意は不要である⁴²⁾、④引受人として第三者が加わることで、債権者の利益保護が強められ、債権の実現可能性も向上するため、債権者の同意は不要である。ただし、第三者は債権者に対して「債務者に代わって債務を引き受ける」旨を付して通知しなければならない。なお、この通知については、債権者が第三者による加入について明示的に反対した場合、または第三者による通知が債権者に到達する前に、もしくは到達と同時に撤回した場合でなければ、いったん債権者のもとに到達した以上は、撤回することができない⁴³⁾、といったような債権者による介入を不要とする見解が主張されているのである。

また、日本においても第三者のためにする契約の構成（を採ることによって債権者における受益の意思表示を要求するこ

ととなる点) に対して疑問を呈する学説として、奥田昌道博士は「併存的債務引受においては、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与えるものではないから、この点から債権者の承諾は不要であり、「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、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いだしたい」とした上で、「通説が第三者のためにする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」という見解を示しており、先に紹介した中国の学説および奥田説という法的構成によれば、本稿で取り上げた最判二四年六月二九日の事案についてもより適切な結論を導くことができたのではないかと思われる。なお、この点について中間試案が第三者のためにする契約の構成を採用したことは前述した通りであるが、私見は、要綱案の作成に向けた今後の議論において、①このような構成を採用することの当否、そして②このような構成を採用する場合には、債権者における受益の意思表示を厳格に要求することの当否⁽⁴⁵⁾が問われなければならないと考えるものである。

(3) 契約譲渡の規定

中国合同法は、債務引受に続いて、八八条以下において契約譲渡に関する規定を置いている。まず、契約譲渡の成立について、八八条は「当事者の一方(B)は、相手方(A)の同意を得て、自己(B)の契約上の権利および義務を一括して第三者(C)に譲渡することができる」と規定し、被譲渡人(A)における同意を要件として認めている。つきに、契約譲渡の効力について、八九条は「権利および義務を一括して譲渡する場合は、七九条、八一から八三条、八五から八七条の規定を適用する」と規定しており、契約譲渡を債権債務の移転として構成し、債権譲渡と債務引受の規定を準用する立法となっている。なお、債権譲渡の規定として、七九条は債権の譲渡可能性および譲渡可能な債

権、八一条は従たる権利の付随性、八二条は債務者の抗弁権、八三条は債務者の相殺権について、八七条は債権譲渡と債務引受に共通する認可および登記等の手続について、それぞれ規定している。⁽⁴⁶⁾ また九〇条は、契約によらない契約譲渡、すなわち合併と分割による契約の「法定移転」⁽⁴⁷⁾ について、合併・分割後の企業法人による権利行使および債務負担について定めた民法通則四四条をより具体化する形で「当事者が契約の締結後に合併する場合は、合併後の法人またはその他の組織が契約上の権利を行使し、義務を履行する。当事者が契約の締結後に分割した場合は、債権者と債務者の間において別段の約定がない限り、分割後の法人またはその他の組織は契約上の権利および義務について、連帯債権を有し、連帯して債務を負担する」と規定している。分割後における債務の帰属についてみると、合同法もまた、後述する最高人民法院による司法解釈（二〇〇三年一号）と同様に、別段の約定を認めることで当事者の意思を重視しながらも、原則として分割前後の法人による連帯債務の負担を要求することで、債務免脱の防止と債権者保護の実現を図るものであるといえよう。⁽⁴⁸⁾

(二) 債務引受制度についてのみ明文規定を持つ国

1 オーストリア一般民法典（二〇一二年七月二五日改正）

(1) オーストリア一般民法典の概要⁽⁴⁹⁾

一八一一年六月一日に公布され、翌一八一二年一月一日より施行されたオーストリア一般民法典⁽⁵⁰⁾は、一八世紀末から一九世紀初めにかけて行われた法典編纂の過程において、フランス民法典およびプロイセン一般ラント法と並ぶ「三大私法典」であった。一七四九年、当時のオーストリア女大公であったマリア・テレジアは、全国における司法の統一を目指して、従来は行政の一部門であった司法を独立させ、最高裁判所の前身にあたる最高司法庁を作るとともに、一七五三年には「宮廷編纂委員会」を設立し、民法典の起草を命じた。同委員会は、一三年後の一七六六年に

「テレジア法典」と称された八巻にわたる草案を提示したものの、諮問官庁として立法と行政に関する重要な前決定を行っていた国家評議会の審議にかけられた際、ローマ法の影響を強く受けすぎているといったような批判的な意見が数多く出されたため、テレジア女大公は同法典を修正するよう同委員会に命じるとともに、高官であったホルテンを新たな責任者として任命した。そして、ホルテン主導の下で一七七六年に「ホルテン草案」が完成し、同草案における身分関係の規定は「ヨーゼフ法典」として一七八六年一月一日より施行された。そして、テレジアの息子であったレオポルド二世が一七九〇年に即位すると、ウィーン大学の著名な自然法学者・マルティーニ教授を委員長とする「宮廷委員会」を新たに設立し、一七九六年にはプロイセン一般ラント法の影響を受けていたとされる「マルティーニ草案」がすべて完成した。その後、同草案は修正を経て「西ガリツィア法典(WGGB)」として、一七九八年一月一日よりオーストリアの二つの地域・東西ガリツィアにおいて試験的に施行された。その後も宮廷委員会は、一四の機関——高等裁判所、各地方の行政当局、ウィーン大学・インスブルック大学・プラハ大学・フライブルク大学の法学部等——から寄せられた意見を踏まえて、政府の要請に基づいて「マルティーニ草案」について討議を重ねた。そして、同草案は一八〇一年から一八一〇年にわたって開催された三読会を通過し、一八一一年六月一日にオーストリア皇帝フランツ一世の承認を経て、「オーストリア一般民法典」として公布され、一八一二年より施行された。

オーストリア一般民法典は、民法の一般規則について定めた序編に加え、人の権利および婚姻等について定めた第一編「人」(全五章)、物権と債権について定めた第二編「財産」(全三〇章)、第三編「人と財産の共通規定」(全四章)の計三編・三九章・一五〇二条から構成されており、フランス民法やプロイセン一般ラント法に比べて簡潔化されたものとなっている。

(2) 債務引受の規定

オーストリア一般民法典における債務引受の規定は、前記の第三編「人と財産の共通規定」二章「権利と義務の変

更」のうち、債務引受による権利義務の変更として一四〇四条以下に置かれている。⁽⁵¹⁾

① 履行引受

一四〇四条「債務者（B）の債務を引き受け、債権者（A）に対して給付をなす履行引受人（C）が債権者（A）に対して債務を履行しない場合において、履行引受人（C）は債務者（B）に対して賠償責任を負担しなければならない。ただし、これによつて債権者（A）の有する権利が拡大されることはない。」

このように、オーストリア一般民法典には、まず履行引受に関する規定が置かれており、日本民法における履行引受の解釈と同様、債権者は履行引受人に対する給付請求権を有さず、債務者が履行引受人に対し、債権者への債務の履行を請求できないと考えられていようである。⁽⁵²⁾

② 免責的債務引受と併存的債務引受

一四〇五条「債務者（B）に対して債務を引き受ける旨を表示した引受人（C）は、債権者（A）が同意する場合において、債務者（B）に代わる新たな債務者となる。債権者（A）が同意するまでの間あるいは債務者（B）が債務引受を拒否した場合、引受人（C）は一四〇四条と同様の責任を負担する。債権者（A）による同意は、債務者（B）に対する表示でも、引受人（C）に対する表示でもよい。」

一四〇六条「（1）債務者（B）との約定がない場合において、第三者（C）は債権者（A）との合意によつて、債務を引き受けることができる。

（2）疑問がある場合には、債権者（A）に対して表示した債務引受は、原債務者（B）に代わつて債務を負担するものではなく、原債務者（B）と共同して負担するものと理解されなければならない。」

オーストリア一般民法典においては、①債務者—引受人あるいは②債権者—引受人をそれぞれ主体とする二類型の免責的債務引受を債務引受の原則形態として捉えた上で、②債権者—引受人が主体となる場合において、当事者（とりわけ引受人）の意思が不明瞭であるといったような疑問があるときに限り、併存的債務引受が成立すると考えられ

ているようである。そして、一四〇五条が規定するように、①債務者―引受人間における免責的債務引受について債権者の同意が得られるまでの間、または債務者がこれを拒否した場合であっても、併存的債務引受を構成するのではなく、引受人が一四〇四条の規定する責任を負担することから、履行引受を構成することとなるようである。

また、一四〇七条一項は、引受人の負担する債務について「債務者の債務と同一のもの」であり、引受人において「債権者と債務者との間における法律関係に基づいて発生する抗弁を主張することができる」と規定し、同条二項は、債権者の権利について「債務者の変更によって何ら影響を受けない」としながらも、保証人および物上保証人については「債務者の変更に対する同意を表示した場合に限り、継続して責任を負担する」と規定していることから、オーストリア一般民法典もまた、債務引受について債務者の負担する債務が同一性を保って引受人のもとへと移転する「債務移転」の構成を取っているといえよう。

③ 財産または企業の譲り受けに伴う債務引受

債務引受に関する規定のうち、「法定の併存的債務引受」について定めた一四〇九条は、平成一八年以降ふたたび日本社会において増加を見せた「過払金返還請求訴訟」との関係において、とくに参照に値する規定であるように思われる。

一四〇九条「(1) 他者(B)の財産⁽³⁴⁾または企業を譲り受けた者(C)は、譲渡人(B)が継続して責任を負担するとともに、譲受人(C)も当該財産または企業上の債務について、交付(譲渡)時にすでに知っていたまたは知りえた限度で、債権者(A)に対して直接的に義務を負う。ただし、譲受人(C)による弁済が譲り受けた財産または企業の価値に達した場合には、それ以上の責任を負担しなくてよい。

(2) 譲受人(C)が譲渡人(B)の近親(破産規則三二条)である場合、当該財産または企業の交付(譲渡)時において、債務の存在を知らなかったまたは知りえなかったことを証明しない限り、前項に規定する義務を負担しなければならない。

(3) 譲渡人(B)と譲受人(C)の間で交わされた約定が債権者(A)に不利益を及ぼす場合、当該約定は債権者(A)との関係において無効である。」

前述した通り、平成一八年にみなし弁済規定の適用が事実上否定されたことによって過払金返還請求訴訟は著しく増加し、経営状況の圧迫を強いられた貸金業者は債権譲渡や事業譲渡といった手法による企業再編を進めていくこととなる。そうした中で「貸金債権の譲受業者は、貸金債権の譲渡に伴い、譲渡業者が顧客に対して負担する過払金返還債務をも承継するか」という新たな類型の過払金返還請求訴訟が出現し、平成二三年以降、三つの最高裁判決が下された。これらに共通する考え方は「譲渡人たる債務者の債務は、原則として譲受人たる引受人に承継されることなく、債務者と引受人間において別段の合意がある場合にのみ承継される」という、いわば「ゼロからの足し算」の論理である。⁵⁶⁾このような企業再編に伴う債務免脱の問題について、中国の最高人民法院が制定した法的拘束力を伴う司法解釈(法積二〇〇三年一号)⁵⁶⁾は、譲渡当事者の意思を重視しながらも、「原則として債務もすべて引受人に承継され、譲渡当事者間における別段の合意がある場合には、その債務のみ不承継となる」という「一〇〇からの引き算」の論理を採用した。⁵⁷⁾さらに、前記のオーストリア一般民法典では、譲渡人の全財産もしくは企業を譲り受けた場合について、譲り受けたときに債務者が知り得た限度という限定が加わってはいるものの、譲渡当事者の意思を考慮することなく「譲渡人と譲受人とは併存的に債務を負担しなければならない」ことに加え、「譲渡当事者間における債権者に不利な取り決めも相対的に無効となる」ことを定めている。このように、オーストリア一般民法典においては「マイナスの債務を譲渡人に残し、プラスの資産のみを譲り受けてはならない」という価値判断に基づき、前述した日本における過払金返還訴訟に係る最高裁判決はもちろんのこと、中国最高人民法院による司法解釈との比較においても、債務免脱の防止を目指した積極的な手当てが立法によってなされているということができ、債権者保護の観点から極めて有用な規律であるように思われる。

2 ブラジル民法典

(1) ブラジル民法典の概要⁽⁵⁸⁾

一八二二年九月七日、ブラジルがポルトガルからの独立を果たしたことに伴い、ブラジル独自の民法典の制定が目指された。法典化の過程において、それまで存在していたポルトガル法およびブラジル法を統一して体系化する必要があったことから、一九世紀の著名な法学者・フレイタスが帝国政府の依頼に基づいて、一八五八年に「統一民法法」を完成させた。同法は四〇年後に制定されたドイツ民法典に先立ち、初めて総則と各則という構成で編纂され、後述のブラジル旧民法典が施行されるまで五〇年以上にわたって事実上の民法典とされていた。その後、ブラジルは三度にわたって民法典の起草を試みたものの、いずれも立法には至らなかった。一八九九年、政府の依頼を受けた法学者・ベヴィラクアは、統一民法法以降に蓄積された経験と学説を取り込み、全一九七三条から成る「ブラジル民法典草案」を作成し、一九一六年に旧民法典として公布され、一九一七年に施行された。この旧民法典もフレイタスの統一民法法と同様に、総則（人・財産・法律行為の全三編、一七九条）と各則（親族・物権・債権・相続の全四編、一六二八条）から構成され、主としてドイツ・フランス民法典の影響を大きく受けていた。しかし、ブラジルにおける工業化という経済的・社会的変化に伴い、農産国であったときに制定された旧民法典は強い批判にさらされ、一九六九年にレアレ教授（元サンパウロ大学総長・同大学名誉教授）を監督として、七名の法学者から構成される新民法典の起草委員会が設立された。一九七五年には同委員会による新民法典草案が完成したが、下院における九年間の審議と千箇所以上の修正と、上院における三百箇所の修正、政治体制の変革と新憲法制定の論議による審議の中断、上院における審議の再開と修正、そして下院における再審議と法案内容の更新を経て、二〇〇二年一月一〇日によりやく公布されることとなる。新民法典もブラジルの伝統的な法体系を維持し、総則（人・物・法律行為の全三編、二三三条）と各則（債権・会社法・物権・親族・相続の全五編、一八一四条）から構成されている。なお、第五編に会社法の規定が置かれてい

ることから、「民商合一」の特色を有する民法典となっているが、これは一九四二年のイタリヤ新民法典の例に倣うものであるといわれている。⁽⁶⁾

(2) 債務引受の規定

ブラジル民法典における債務引受の規定は、各則のうち、第一編「債権」二章「債権債務の移転」二節「債務引受」二九九条以下に置かれている。

まず、二九九条は債務引受の成立について「債権者（A）における明示的な同意を経て、第三者（C）は債務者（B）の債務を負担することができると同時に、原債務者（B）は債務から解放される。ただし、第三者（C）において債務引受時にすでに支払不能であり、債権者（A）がこれを知らないときは、この限りでない。当事者（B・C）はいずれも債権者（A）に対し、債務引受について同意する期限を定めることができ、この間に同意がなかった場合は拒絶したものとみなす」として、免責的債務引受について債権者の明示的な同意を要件として、その成立を認めており、債権債務関係から離脱する債務者において、支払能力を有しない第三者に債務を引き受けさせることで不当な債務免脱を図ることのないよう、第三者における支払不能を債権者が知らなかった場合は、債務者の離脱を認めないとしている。また、新旧債務者間における債務引受に対する債権者の同意が明示的であることを要求すると同時に、新旧債務者の定めた期限内に同意がなされなかった場合には拒絶するものとみなすとして、債権者における同意の認定を厳しく画することによって、債権者保護を図っている。

また、三〇〇条は原債務の担保について「債務引受のときから、原債務者（B）が債権者（A）に提供した特別担保は消滅したものとみなす。ただし、担保の継続に関する原債務者（B）の明示的な同意がある場合は、この限りでない」とした上で、三〇一条は、債務引受契約が取り消された場合について「債務および第三者によって提供された担保を除く全ての担保は回復する。ただし、第三者において債務引受の取消の原因となった法律行為に瑕疵が存する

ことを知っていた場合は、この限りでない」と規定し、三〇二条は引受人の債権者に対する抗弁権について「新債務者（C）は原債務者（B）の一身に属する抗弁を援用することができない」と規定している。最後に、三〇三条は抵当権付き不動産の譲受人による債務の負担という物権変動に伴う債務移転について「抵当権付きの不動産を取得した者は、被担保債権における弁済の責任を負担することができる。通知を受けた債権者が債務引受後、三〇日以内に反対しなければ、債権者（A）はこれに同意するものとみなす」として、抵当権が設定された不動産の譲受人において抵当権の負担を消滅させるために、債権者による反対がない限り、原所有者の債務を引き受けて履行することができることを規定している。

(三) 小括

本章において紹介した諸外国における債務引受と契約譲渡の立法状況、債務引受の方式と法的構成、原債務者の処遇、資産の移転に伴う債務の処遇等に関する各国の債務引受の立法における特徴的な点についてまとめてみると、以下に掲げる表のようになる（表一参照）⁽⁶²⁾。

三 おわりに

本稿は、このたびの債権法改正においては日本民法典が世界の民法典と比べて後れている規定の補充が最優先されるべきなのではないかという問題意識のもと、債務引受と契約譲渡における世界各国の立法状況を調査し、両制度に関して日本民法典が後れていることの「客観的」な実証を試みたものである。その中で各国における明文規定の存在を指摘するのみならず、その具体的な規定内容についても、ことに先行研究において邦訳が未だなされていないポル

トガルとオランダ、オーストリア、ブラジルの各国における規定内容を紹介し、なお不十分であるものの多少の分析を加えることで、ある程度、世界の趨勢を明らかにすることができたように思われる。とりわけ債務引受については①引受人に債務を「移転」する免責的債務引受を原則形態とし、②債権者における免除の意思が明らかでない場合に引受人が「加入」し、併存的債務引受となる構成が世界のスタンダードとなっているようである。したがって、日本の法制審議会民法（債権関係）部会の中間試案において採用された①引受人が「加入」する併存的債務引受を原則形態とし、②債権者による「免除」の意思表示で免責的債務引受が成立するという構成は、そうすべき必然性があるのか、いまいちど見直されなければならないように思われる。加えて「資産の移転に伴う債務の処遇」という問題について、オーストリアとギリシャにおいては「資産の移転に伴い、債務も資産の譲渡人と譲受人が共同して負担しなければならぬ」という価値判断のもとで「財産と企業の移転に伴う債務引受」に関する規定が、中国においては「企業の合併と分割に伴う契約移転」に関する規定がそれぞれ設けられており、これは債務免脱の防止と債権者保護の実現を図ることのできる有用な手法のひとつとして評価できると同時に、日本において未だ研究が進んでいない債務引受と契約譲渡ないし事業譲渡の関係を検討する契機を示すものといえよう。具体的な一例を挙げるとすれば、日本における貸金債権の譲渡に伴う過払金返還債務の移転について争われた事案において採用された「譲渡当事者間における約定がある場合にのみ債務は承継され、併存的債務引受を約した場合には債権者による受益の意思表示を要する」という最高裁の論理もまた、併存的債務引受について第三者のためにする契約として構成し、債権者における受益の意思表示を必要とする解釈論、そしてこれを踏襲した中間試案の規定内容ともに見直されなければならないであろう。

したがって、本稿に続く作業としては、本稿における検討を土台として、さらに契約譲渡ないし事業譲渡に関する各国の法制を比較し、なかでも前記の関心からすると、ある意味で先進的な規定を有している中国合同法等の分析に

債務引受の主たる規定内容	
原債務者の処遇	債務引受に関する特徴的な点
①債権者の明示的な表示がある： 債務関係から解放 ②債権者の明示的な表示がある： 債務関係から解放 債権者の明示的な表示がない： 新債務者と連帯債務を負担 ③債権者の明示的な表示がある： 債務関係から解放 債権者の明示的な表示がない： 新債務者と連帯債務を負担	債権者において「債務者を解放する」旨の明示的な表示がない場合における併存的債務引受を規定。
債権者の明確な意思表示がある： 債務免除 債権者の明確な意思表示がない： 新債務者と連帯責任を負担	①において債権者の追認がない場合、併存的債務引受を構成することなく、契約は白紙に戻される（転換論の否定）。
(原債務者と新債務者の間における債務引受は、債権者による同意がある場合に限り、債権者との関係で効力を有する。)	併存的債務引受に関する規定なし。
—	(1)併存的債務引受に関する規定なし。 (2)企業の合併と分割による契約の「法定移転」に関する規定あり（§90）。分割における債務負担について、原則として分割前後の法人による連帯債務を要求している。
①新債務者が原債務者に代わる新たな債務者となる。 ②疑問がある場合は、原債務者と新債務者で共同して負担する。	(1)履行引受に関する規定あり（§1404）：①において債権者が同意するまでの間、あるいは債務者が債務引受を拒否した場合は、履行引受を構成することとなる。 (2)財産・企業の譲渡に伴う（法定）債務引受の規定あり。
債権者の明示的な同意がある場合、原債務者は債務から解放。 ただし、債務引受時における新債務者の支払不能について、債権者が知らない場合、原債務者は解放されない。	原債務者と新債務者は債権者に対し、「同意の期限」を定めることができ、期限内に同意がなされなかった場合には拒絶したものとみなされる。
①新債務者による地位の継承を受けて、責任を免れる。 ②疑いがあるときは、債権者は権利を取得しない（免れない）。	(1)併存的債務引受に関する規定あり（§477）：新債務者が債権者との契約において、原債務者の債務の「弁済」を約した場合、原則として原債務者と新債務者は並列的に債務を負う。 (2)集合財産の譲渡に伴う併存的債務引受の規定あり（§479）：契約に基づく財産・企業の移転に伴い、譲渡対象たる財産・企業に属する債務について、移転したものの限度において、譲受人は債権者に責任を負担し、譲渡人の責任も存続する。債権者を害する当事者の反対の合意は、債権者との関係において無効。
第三者の債務引受によって債務を免れる。	(1)②において、新債務者と原債務者は相当期間を定めて承諾するか否かの確答をすべき旨を債権者に催告することができ、期間内に確答の発送がないときは、拒絶したものとみなされる。 (2)②において、債権者の承諾は、第三者の権利を侵害しない限り、原則として債務引受時に遡って効力を生ずる。

債務引受および契約譲渡における立法の国際的比較

【表一】

	制定(年) [施行(年)]	規定の有無		債務引受の方式	債務引受の 構成
		債務引受	契約譲渡		
イタリア 民法典 (第四編)	— [1942]	§ 1268-1276 「委託参加お よび債務引 受」	§ 1406-1410 「契約の譲 渡」	委託参加につき、 ①債権者による新債務者への「委 託」 ②委託を受けない新債務者の「参 加」 債務引受につき、 ③債務者と新債務者の合意による 「債務引受」	①②委託参 加について フランス民 法の「指図 」と類似 ③債務引受 について 「引受」構 成
ポルトガル 民法典	1966 [1967]	§ 595-600 「単純な債務 移転」	§ 424-427 「契約上の地 位の譲渡」	①原債務者と新債務者の契約+債権 者の追認 ②新債務者と債権者の契約+原債務 者の同意	債務の移転
オランダ 民法典 (第六編)	1979-1980 [1992]	§ 155-158 「債務引受」	§ 158 「契約引受」	原債務者と新債務者の間における債 務引受 (原債務者による新債務者への債務 移転)+債権者への通知、債権者に よる同意	債務の移転
中国合同法	1999 [1999]	§ 84-87 「債務の移転」	§ 88-90 「権利義務の 一括譲渡」	原債務者による新債務者への債務 (全部/一部)移転	債務の移転
オーストリア 一般民法典	1811 [1812]	§ 1405-1406 「(約定)債務 引受」 § 1409 「(法定)債務 引受」	—	①原債務者に対する新債務者の債務 引受の表示+債権者の同意 ②新債務者と債権者の合意	債務者の交 替
ブラジル 民法典	2002 [2003]	§ 299-303 「債務引受」	—	新債務者による債務負担+債権者の 同意	債務の移転
ギリシャ 民法典	1940 [1946]	§ 471-478 「債務引受」	—	①新債務者と債権者の契約 ②新債務者による原債務者に対する 弁済の約束	債務の移転
韓国民法典	1958 [1960]	§ 453-459 「債務引受」	—	①新債務者と債権者の契約(利害関 係を有しない第三者は債務者の意 思に反する債務引受不可。) ②原債務者と新債務者の契約+債権 者の承諾	債務の移転

焦点を当てることとしたい。

最後に、本稿が日本において現在進行中の債務引受と契約譲渡という二つの制度における民法（債権法）改正の議論に少しでも寄与できることを願うものである。

- (1) このたびの民法（債権関係）の改正目的については、法務大臣諮問第八八号（法務省ウェブサイト〈<http://www.moj.go.jp/content/000009581.pdf>〉を参照した（最終閲覧日：二〇一四年三月一四日）。
- (2) 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「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）二七頁以下、とりわけ二七—二九頁。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。
- (3) 池田・前掲論文注（2）二二八頁。
- (4) 池田・前掲書籍注（2）二三八頁。
- (5) 以下における過払金返還請求訴訟の概要については、主として遠藤研一郎「営業譲渡・債権譲渡に伴う債務承継に関する一考察——貸金業者の企業再編と過払金返還債務の承継問題を素材として——」清水元・橋本恭宏・山田創一編『財産法の新動向・平井一雄先生喜寿記念』（信山社、二〇一二年）三九五頁以下、澤野芳夫・三浦隆志・武田美和子・佐藤重憲「過払金返還請求訴訟における実務的問題」判タ一三三八号（二〇一一年）一五頁以下等を参照した。
- (6) 最判平成一八年一月一三日民集六〇巻一頁、最判平成一八年一月九日判時一九二六号二二頁、最判平成一八年一月二四日判時一九二六号三六頁。なお、一連の平成一八年判決の詳細については、滝澤孝臣「過払金返還請求訴訟に関する裁判例の概観」別冊判例タイムズ三三三号（二〇一一年）九頁以下を参照されたい。
- (7) ①最判平成二三年三月二二日集民二三六号二二五頁、②最判平成二三年九月三〇日集民二三三七号六五五頁、③最判平成二四年六月二九日集民二四一号一頁。
- (8) 池田・前掲論文注（2）、野澤正充『債務引受・契約上の地位の移転』（一粒社、二〇〇一年）、野澤正充『契約譲渡の研究』（弘文堂、二〇〇二年）等。
- (9) 以下におけるイタリヤ新旧民法典の成立史は、大島俊之「イタリヤ民法典成立史の素描」大阪府立大学経済研究二六卷三

- 号（一九八一年）一四三頁以下を参照した。なお、同論文においては債務引受と契約譲渡に関する分析はなされていない。
- (10) 旧民法典の構成については、大島・前掲論文注（9）一四四—一四六頁を参照した。なお、本稿においては紙幅の関係で省略した各章の表題についても、同論文を参照されたい。
- (11) なお、結果として、統一的な債務法典を作成するというフランスとイタリアの共同計画が実現されることはなかったものの、イタリア側は、民法典の草案への焼き直しという形で、この統一草案を活用したのである（大島・前掲論文注（9）一四八頁）。
- (12) 新民法典の構成については、風間鶴寿「全訳イタリア民法典〔追補版〕」（法律文化社、一九八三年）を参照した。
- (13) 以下、契約譲渡の規定内容については、風間・前掲書籍注（12）二二〇頁を参照した。
- (14) 以下、債務引受の規定内容については、風間・前掲書籍注（12）二〇二—二〇三頁を参照した。
- (15) フランス民法典における「指図」の規定における詳細については、池田真朗「債務引受と債権譲渡・差押の競合——一括決済方式における債権譲渡方式と併存的債務引受方式の比較を契機に——」『債権譲渡と電子化・国際化——債権譲渡の研究第四巻』（弘文堂、二〇一〇年）二七頁以下、柴崎暁「フランス法における指図 (la délégation) の概念——フレデリック・ユベール（ボワチエ控訴院付弁護士）『フランス法における指図に関する法律理論の試み』（一八九九年・ボワチエ大学博士學位論文）第二部『現行法』を素材として——」山形大学法政論叢三号（一九九五年）等の先行研究を参照されたい。
- (16) 池田・前掲論文注（2）一七一頁。
- (17) アンドレ・ペレイラ（加賀山茂監訳）『ポルトガル民法典——素描——』明治学院大学法学研究八四卷（二〇〇八年）九七頁以下、とりわけ九九頁。唐晓晴等译『葡萄牙民法典』（北京大学出版社、二〇〇九年）。
- (18) 唐晓晴等・前掲書籍注（17）。
- (19) アンドレ・ペレイラ教授は新旧ポルトガル民法典の成立について、「われわれの最初の民法典が、「注釈学派」の果実であるとするれば、次なる民法典は「パンデクテン学派」の新たな成果である」として、日本民法との類似性を指摘する（アンドレ・ペレイラ・前掲注論文（17）九九頁）。
- (20) 新民法典は、第一編「総則」、第二編「債務法」、第三編「物権法」、第四編「親族法」、第五編「相続法」から構成されている（アンドレ・ペレイラ・前掲注論文（17）一〇〇頁）。
- (21) アンドレ・ペレイラ・前掲注論文（17）一〇〇頁。

- (22) 以下における契約譲渡および債務引受の規定内容は、唐晓晴等・前掲書籍注(17)七六一七七頁、一〇五頁を参照した。なお、以下本稿においては、諸外国における債務引受・契約譲渡の規定内容の紹介等に際して中国の文献を多用するが、それは筆者の調査の及ぶ範囲において邦語文献が見当たらなかったためであり、そのことは日本における両制度に関する研究の後れを象徴しているように思われる。
- (23) なお、日本民法上において「債務者と引受人との契約によつて免責的債務引受が意図されたが、債権者の承認を欠くために免責的債務引受としての効力を生じない場合に、これを併存的債務引受に転換して認定することが可能であるか」という「免責的債務引受から併存的債務引受への転換」の議論がなされていたが(四宮和夫「債務の引受」四宮和夫Ⅱ西村信雄『総合判例研究叢書民法(二四)』(有斐閣、一九六〇年)二七—二八頁参照)、オランダ民法典はこの点を明確に否定しているものと考えられる。なお、この「転換論」を否定するものとして、池田・前掲論文注(2)一三三—一三四頁がある。
- (24) 以下におけるオランダ民法典の成立史は、森島昭夫「企画の趣旨(特集オランダ改正民法典)」民商法雑誌一〇九卷四・五号(一九九四年)六一九頁以下、アーサー・S・ハートカンプ(曾野裕夫訳)「オランダ私法の発展——ヨーロッパ的視座に立って——」民商法雑誌一〇九卷四・五号(一九九四年)六二三頁以下、とりわけ六二四—六二七頁、王卫国「译序」王卫国主译「荷兰民法典(第三、五、六编)」(中国政法大学出版社、二〇〇六年)一頁以下、J・海玛「荷兰民法典导论」王卫国主译・前掲書籍注(24)一頁以下を参照した。
- (25) 一九世紀末にドイツ民法典が成立すると、オランダの法学界はドイツ法に強い関心を示し、最高裁による条文解釈もドイツ法の影響を受けただけでなく、学説と判例法とともにフランスおよびドイツにおける議論の展開に追隨する形で、法典の自由な解釈について寛容な姿勢を見せるようになった(アーサー・S・ハートカンプ・前掲論文注(24)六二五頁)。
- (26) 以下のオランダ民法典における債務引受および契約譲渡の規定内容は、王卫国主译・前掲書籍注(24)二〇〇—二〇一頁を参照した。
- (27) 以下における中国合同法の概要は、金安妮「中国における契約法の私法化」法学政治学論究一〇〇号(二〇一四年)二八九頁以下、とりわけ二九〇—三〇五頁をまとめたものである。
- (28) なお、旧合同法はすべて新合同法の施行と同時に廃止されることとなった(新合同法四二八条)。
- (29) 顾昂然「制定合同法的前后」中国人大第一七期(二〇〇八年)三四頁以下、とりわけ三四—三五頁、梁慧星「从『三足鼎立』走向统一的合同法」中国法学第三期(一九九五年)九頁以下、とりわけ一二頁参照。

- (30) 経済合同法は、一九九三年九月二日第八期全人代常務委員会第二・三回会議の二度にわたる審議を経て採択された「経済合同法の改正に関する決定」に基づいて改正された（梁慧星・前掲論文注(29)一二頁）。
- (31) 新合同法の詳しい起草過程については、金安妮・前掲論文注(27)二九五—三〇二頁を参照されたい。
- (32) 経済合同法は「総則、経済契約の締結および履行、経済契約の変更および解除、経済契約の違約責任、経済契約に関する紛争の和解および仲裁、経済契約の管理、附則」の全七章・五七条、涉外経済合同法は「総則、契約の締結、契約の履行および違約責任、契約の譲渡、契約の変更・解除・終了、紛争の解決、附則」の全七章四三条、技術合同法は「総則、技術契約の締結・履行・変更・解除、技術開発契約、技術譲渡契約、技術コンサルティングおよび技術サービス契約、技術契約に関する紛争の仲裁および訴訟、附則」の全七章五五条から、それぞれ構成されていた。なお、経済合同法は九三年改正による章立ての変更はなく、計画経済的要素を包含する規定や市場経済的要請に符合しない規定といった一〇箇条の規定が削除され、全七章・四七条となった。
- (33) 徐傑（錢偉栄訳）「中国契約法——新法の紹介をかねて——（上）」法学志林九七卷三号（二〇〇〇年）一三五頁以下、とりわけ一三八—一四二頁参照。
- (34) 中国合同法における債務引受・契約譲渡に関する条文の和訳に際して、塚本宏明監修「逐条解説 中国契約法の実務」（中央経済社、二〇〇四年）、何天貴「詳解 中華人民共和国契約法」（ぎょうせい、二〇〇〇年）等を参照した。なお、中国合同法における債権譲渡および債務引受・契約譲渡に関する規定は、中国民法の基本法たる民法通則における九一条（契約当事者の一方が契約の債権および債務の全部または一部を第三者に譲渡する場合において、相手方の同意を得なければならぬ（後略））の規定を具体化し、明瞭化したものである（戴红兵・陳发桂「債務承担新探」广西政法管理干部学院学报第四期（二〇〇一年）七頁以下、とりわけ八頁）。また、債権譲渡については、合同法八〇条の規定（債権者が債権を第三者に譲渡した場合において、債務者に通知をしなければならぬ（後略））が設けられたことにより、債権譲渡における債務者の同意は不要とされるようになった。
- (35) 韩世远「合同法总论（第三版）」（法律出版社、二〇一一年）四八五—四八六頁、岳业鹏「中国法语境下的并存债务承担制度」北京科技大学学报（社会科学版）第一期（二〇一一年）六一頁以下、とりわけ六二—六三頁参照。
- (36) 石涛鋒・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（二〇〇七年）六四頁以下、とりわけ六四頁。
- (37) 大判大正六年一月一日民録二三輯一七一—一五頁、大判昭和一年七月四日民集一五卷一三〇四頁、前掲最判平成三年九

月三〇日集民二三七号六五五頁。

- (38) 中田裕康『債権総論 新版』(岩波書店、二〇一二年) 五六一頁、我妻榮『新訂債権総論』(岩波書店、一九六四年) 五七三—五七四頁、林良平編『注解判例民法債権法Ⅰ』(青林書院、一九八七年) 二五一頁等。
- (39) 韩世远・前掲書籍注(35) 四九四頁。
- (40) 岳业鹏・前掲論文注(35) 六七頁。
- (41) 戴红兵Ⅱ陈发桂・前掲論文注(34) 九頁。
- (42) 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) 增刊第一期(二〇〇九年) 九二頁以下、とりわけ九二—九三頁。
- (43) 石涛锋Ⅱ尹晓健・前掲論文注(36) 六四頁。
- (44) 奥田昌道『債権総論「増補版」』(悠々社、一九九二年) 四七六—四七七頁。
- (45) なお、この点について潮見佳男教授は、債務者—引受人間の併存的債務引受が第三者のためにする契約であることを述べた上で、併存的債務引受においては「免責的債務引受の場合と異なり、債権者にとって、債務の引当てとなる一般財産を増加させることはあつても、減少させることはなく、債権者に不利益をもたらさないから、債権者の意思の尊重という問題は起こらない」ことを理由として、「受益者である債権者による受益の意思表示を必要としない」としている(潮見佳男『ブラクティス民法 債権総論「第四版」』(信山社、二〇一二年) 五二九頁)。
- (46) 本稿においては紙幅の関係上、各規定についてその概要のみを紹介したが、詳しい規定内容については、塚本・前掲書籍注(34)および何天貴・前掲書籍注(34)等を参照されたい。なお、八八条においてすでに「相手方の同意」が成立要件として定められているため、債権譲渡と債務引受における成立要件(債務者への通知および債権者による同意)について定められた八〇条と八四条は、八九条の定める準用規定から除外されている。
- (47) 韩世远・前掲書籍注(35) 四九五—四九八頁、とりわけ四九七頁、崔建远『合同法「第五版」』(法律出版社、二〇一〇年) 二二七頁参照。
- (48) 何天貴・前掲書籍注(34) 五六頁。
- (49) 以下におけるオーストリア一般民法典の成立史は、周友军Ⅱ杨垠红『奥地利普通民法典(二〇一二年七月二五日修改)』(清华大学出版社、二〇一三年) 一一—一八頁、K・茨威格特ⅡH・克茨(潘汉典等译)『比较法总论』(贵州人民出版社、一

- (49) 九九年(二九一—三〇七頁、奥正嗣「オーストリア(ハプスブルグ帝国)における立憲主義の展開——一八四八年〜一八五一年初期立憲主義の確立——」国際研究論叢一六卷二号(二〇〇三年) 四九頁以下、ヴィルヘルム・プラウネーダー「ヨーロッパ私法典としてのオーストリア一般民法典」一橋法学一〇卷一号(二〇一一年) 一九頁以下を参照した。
- (50) オーストリア一般民法典の原語表記が「Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch」であることから、しばしば「AGBG」と略記されることもある。なお、周友軍『楊根紅・前掲書籍注(49) 一頁によれば、ここにいる「一般民法典」とは、特定の団体および特定の階級に適用される特別法との対比において、私法上の主体すべてに適用される一般法(基本法)を意味する。
- (51) 以下におけるオーストリア一般民法典一四〇四条以下の規定は、周友軍『楊根紅・前掲書籍注(49) 二三四—二三五頁を参照した。
- (52) 中田・前掲書籍注(38) 五六四頁、奥田・前掲書籍注(44) 四七九—四八〇頁、我妻・前掲書籍注(38) 五七八—五七九頁、林・前掲書籍注(38) 二五三頁、大判昭和一年一月二八日新聞三九五六号一頁。
- (53) 周友軍『楊根紅・前掲書籍注(49) 二三四頁。
- (54) ただし、本条における「財産」とは「譲渡人の全財産」であり、個別的な財産の譲渡がなされた場合には、本条は原則として適用されない(周友軍『楊根紅・前掲書籍注(49) 二三五頁)。
- (55) 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)——わが国の許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、とりわけ一九頁。
- (56) 中国最高人民法院による同司法解釈は、国有企業の売却について定められたものであるため、その適用範囲は限定的であり、企業売却に関する一般規定ではないと考えられている。ただし、同司法解釈は「債務は資産に伴って移転する」という一般原則に基づいて下されたものであり、その意味では普遍性を持ち得ることをここに付言しておきたい(王茂「対営業轉让中債務承擔規則の检讨——评析『債随物走』原則——」佳木斯教育学院学报第七期(二〇一二年) 四一〇頁以下、とりわけ四一〇頁参照。なお、この点については、二〇一四年三月四日に慶應義塾大学で開催された清華大学の王保树教授らとのシンポジウムの際に、中国政法大学の李建伟教授からご教示を得た)。
- (57) 池田『金・前掲論文注(55) 一九頁。

- (58) 以下におけるブラジル民法典の概要は、マルセロ・デ・アルカンタラ「ブラジル民法典の歴史」国際商事法務三卷一、二二〇〇七年）一六七三頁以下、中川和彦「ブラジルの新「市民法典」の成立」国際商事法務三二卷二二〇〇三年）一九四頁以下、桑德罗・斯奇巴尼「巴西新民法典」序言」齐云译「巴西新民法典」（中国法制出版社、二〇〇九年）一頁以下を参照した。
- (59) 立法手続について定めたブラジル憲法六五条によると「一方の議院で可決された法案は、他方の議院により再審議される。法案が修正された時は、先に審議した議院に回付する」ため、一九九五年に再開された上院の審議が終了した後、法案は下院に戻された（マルセロ・デ・アルカンタラ・前掲論文注（58）一六七四頁）。
- (60) 中川・前掲論文注（58）一九四頁。なお、一九一六年に公布された旧民法典の起草作業は、フレイタス教授によって一八五九年から開始されていたが、一九世紀頃から起こった民商統一の動きがその制定を遅らせた理由の一つとして指摘されている（中川・前掲論文注（58）一九四頁、マルセロ・デ・アルカンタラ・前掲論文注（58）一六七三—一六七四頁）。
- (61) 以下、ブラジル新民法典における債務引受の規定は、齐云・前掲書籍注（58）四八—四九頁を参照した。
- (62) なお、ギリシャ民法典および韓国民法典における債務引受の詳しい規定内容については、先行研究（カライスコス・アントニオス「ギリシャ民法典邦訳（2）」比較法学四一卷三二〇〇八年）九一頁以下、とりわけ一〇八頁、前田達明編「史料民法典」（成文堂、二〇〇四年）一八五〇—一八五一頁）による邦訳があるため、本稿においては紹介を割愛することとした。
- (63) 池田・前掲論文注（2）一六四頁以下は、中間試案において採用された「加入+免除」構成によってもたらされる不都合について「立法の基本姿勢として、併存的債務引受が原則型で、併存的債務引受に原債務者の債務の免除を加えたものが免責的債務引受になるなどという構成にまで至ると、実は大きな問題が生ずる。それは、原則論として債務引受を「債務移転」のスキームととらえないということになり、「それではその先に規定すべき契約譲渡（契約上の地位の譲渡）」の説明が困難になるのである。一般の双務契約において契約上の地位の譲渡を素直に考えた場合、債権の部分も債務の部分も契約の譲渡人から譲受人に「移転する」と考えなければならぬことは明白である」と指摘した上で、「立法の基本構造としては、まず免責的債務引受を「債務の移転」構成で規定し、次いで併存的債務引受を規定する形態をとるべきである」と主張している。

金 安妮 (きん あんに)

所属・現職 慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

最終学歴 慶應義塾大学法学部法律学科

専攻領域 民法 (債権法)

主要著作 「中国における契約法の「私法化」」『法学政治学論究』第一〇〇号 (二〇一四年)

一四年)

「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
積二〇〇三年一号)——わが国の許害的会社分割や過払金返還請求訴訟へ
の示唆として——」『旬刊商事法務』二〇〇三号 (共著) (二〇一三年)