

契約債権関係と主体の移転・変更〔1〕

-契約譲渡・契約加入その他における“総合的関連” 考察-

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2018-05-30 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 椿, 寿夫 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/19385

【論 説】

契約債権関係と主体の移転・変更〔1〕

—— 契約譲渡・契約加入その他における “総合的関連” 考察 ——

椿 寿 夫

目 次

A 序説

I 採り上げる用語と制度

(1) はじめに (2) 制度の名称 (3) 関係者の表示

II 制度の概観をめぐって

(1) 変遷と現況 (2) 本稿記述の仕方

B 諸制度自体の概観

I 債権譲渡

(1) ドイツ法 (2) フランス法 (3) 日本法 (付録) 英米法

II 債務引受

(1) ドイツ法 (2) フランス法

〔II (3) 日本法からは次号掲載予定〕

〔まえがき〕

筆者は、研究者としての養成期間中（いわゆる特研生の後期 1 年次）に、自身の研究テーマではなかったが、たまたま或る判例の評釈を執筆する機会を与えられ⁽¹⁾、それが機縁で判例債務引受法を続けて紀要に発表した⁽²⁾。しばらく経ってから、注釈民法（旧版）において制定法上の制度ではなかった債務引受の執筆を担当した⁽³⁾。その後このテーマは解説ものを依頼されて書く程度で終わっていたが、注民から数えて半世紀が経過した近時（本問にあっては、これら昔に発表した見解

(1) 椿「債務を伴う契約上の地位の譲渡契約と債権者に対する効力（最判昭和 30・9・29）」

民商法雑誌 34 卷 2 号（1956）→椿『財産法判例研究』195 頁以下。

(2) 後に、椿『民法研究Ⅱ』（1983）45 頁～101 頁へ転載。

(3) 同書〔11〕（1965）426 頁～479 頁。

との時間差が客観的にも大きい意味を持つことは本論において言及する)、現代担保法・財産法研究会で報告した内容に手を加えて、論究ジュリスト誌に投稿した⁽⁴⁾。

ところが、看板に偽りではないけれども、この論考は記述の分量配分がうまくいかず、素材の一つでしかない更改に予定紙幅の半分強を使ってしまった。もともと当方が掲載を頼んだ手前、続稿をさらに持ち込むわけにもいかず、どうすればよいか悩んでいたが、2016年の春、4回目のドイツ滞在直前にフランス民法がかなりの改正を受けたという情報に接し、彼の地でもやがて順次入手した資料を通じ、この論考が採り上げた諸制度もいろいろ新しくなっていることを確認した⁽⁵⁾。さらに、帰国後2、3か月過ぎて、わが国の民法改正もいよいよ実現した。——こうなれば、新原稿を改めて書く意義も出てくる。

そういう客観情勢に加えて、これもまた「たまたま」と言うべきだが、帰国後しばらくして上記研究会から土産話をとの依頼があったので、2017年7月に東京と大阪の例会で本テーマについて報告し、秋から執筆に取りかかったのが本稿である。若干大型の論考であって執筆の期間も連載により何か月かにわたるため、その間に日・仏両法で輩出するであろう新文献や立法記録を一々加えては完成できなくなるおそれもあり(筆者は他にも2018年度私法学会シンポの発表グループへの支援や複数の執筆を続行中)、参照と引用は、少なくとも本稿〔1〕に関しては原則として9月中までに入手できたもの若干に限らせていただく。そもそも筆者の意図は、一つの“制度論”を展開し(したがって、法的評価・利益考量の視点が色濃く出るであろう)、それに基づく解釈の関係部分に対しては検討しようという所があり、全論点ならびに諸資料の網羅を考えてはいない点もお断りしておく。

なお、本稿の提出直前、読み返してみたところ、論文にしては脱線・軽口・追想の類が幾つか混入しているのに気づいた。最終締め切り日なので書き改めもできず、六十数年にわたる研究生活も終末に近づいているから、言うなれば授業中の中休みの余談として大目に見ていただきたい。

(4) 椿「契約譲渡(契約引受・契約上の地位の譲渡)の制度について——更改・債務引受・契約加入との関連で」同誌2015年冬号196頁以下。「注4所掲稿」と引用する。

(5) 新フ民の邦語訳として、荻野奈緒ほか・同志社法学69巻1号(2017)がある。

A 序 説

I 採り上げる用語と制度

(1) はじめに

(ア) 論題の“契約債権法”“契約債権関係”という表現には、最近のドイツ文献を見ていて時折出会うが⁽⁶⁾、日民の文献が一般に事務管理・不当利得・不法行為をまとめて法定債権と呼んでいる場合と同じ範囲画定であるとは限らない⁽⁷⁾。日民のように契約法と債権総則とを別建てする法制の下では⁽⁸⁾、或る観念や制度をどちらに属させるか、また、別々に置かれている観念・制度の相互関係をどのように理解するか、などの問題解決にとりこの表現は役立つ。他方、いわゆるナポレオン法典(当初のフ民)を見てみると、法制の組み立て方が歴史的偶然としか言いようが無くなりはないか。旧フ民当時に遡り、本問に即して言えば、「更改」が「財産取得編」の第3章「契約または合意による債権債務一般」⁽⁹⁾の、さらにその第5節「債権債務の消滅」の中にあることは、日民に慣れた目にはすんなり入る。しかし、どうして「債権譲渡」が第3章のどこかに置かれず、第6章「売買」の最終節に「債権……の移転」として入ったのか。見解ないし感じ方の相違に帰着するかもしれないが、「債権譲渡」と「更改」の“繋がり”⁽¹⁰⁾を認識しやすくする一つの手立ては契約債権法⁽¹¹⁾という網の掛け方であろう。旧フ民の当時に読んだ

(6) 例えば、Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse (2Auffl. 2007)。

(7) Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse (7Auffl. 2015)はわが国の内包と同じだが、Staaheの同名書(2014)は物権法の諸制度も含める。

(8) 日民は、債務法の総則というグループを設けず、また、各則を「個別債務関係」で一括して27節に分ける。その中に事務管理(第13節)および不当利得(第26節)・不法行為(第27節)がある。

(9) obligationは、本文のように訳す。昔、わが民法典において、多数当事者の“債権”という条文群表題を一方では掲げつつ、他方では連帯債務や不可分債務なども含め、しかも債務者複数の諸場合のほうが多数かつ中心であったことを想起されたい。少なくとも筆者には、違和感がずっと残った。

(10) この視点が有益かつ必要であることに関しては、椿「契約・債権・債務の売却ないし譲渡(下)」商事法務ポータル2017/02/01〔有料〕Ⅴで略説した。

(11) 契約債権法という言葉は、一応筆者の提案のように思っている人もいるが、無自覚の普通名詞のような面もあり、僕一番といったふうの“さもない”発想はしないほうがスマートであろう。範囲にしても、契約法と債権総論の統合にとどまらず、もう一段、さらになお一段の拡大が考えられる。

若干の教科書では、読み方が浅かったせい、この点が前面化しなかった⁽¹²⁾。

契約債権に関しては、どの範囲までを含めるかという課題もあり、体系的位置づけも考えなければならないが、ここでは以上の程度に留めておく。

(イ) “債権譲渡” および “指名債権” に関しても、はしがき的に述べておきたい。

わが民法典施行後のいわゆる戦前、債権譲渡論には論文や解説がわりあい多かった。しかし、本問にとり「これぞ」という本格的研究には恵まれなかったと言うのが正確かもしれない。その後は譲渡禁止特約や外国法に特化した労作が出てきたが、債権譲渡の包括的な検討とか、特に指名債権に集中した本格的な開発は行われなかったらしい。筆者のおぼろげな記憶だが、末川博『民法法学辞典』だったかの項目作成を手伝った際、なぜ誰も指名債権に即した本格的な検討を手掛けないのかと不思議に思った。推測すれば、手形・小切手万能の時代には、債権譲渡の実務は当然に指図債権などの講学用語である証券債権のほうに對しより注目していたはずであり、しかも民法的世界の指図債権などは実在しないと商法学者・富山康吉らに評されていたし、かつ、いわゆる“債権の流動化”も片隅から次第に奔流となる予兆も感じられないではなかったから、そういう混沌状態の中であって、指名債権論の放置は今思い返してもやはり不思議である。

筆者は筑波大の在勤当時、担保法の勉強を希望した鳥谷部茂に“権利担保”というテーマを勧めた。これは一つには担保の目的が有体物を超えて無体財産にも広がってきていたことに加えて、もう一つ“新しい金融取引”における指名債権群の譲渡を何となく予想していたからに他ならない。割賦を採り上げて、自社割賦から次第に業務として行う第三者と信に移行してきた。自身の講演題目において関連するテーマを選んだことも何回かあった。このような背景の下で鳥谷部の研究は彼自身の方向を着々と進み、筆者も自分なりの進行方向⁽¹³⁾を考えたが、本稿の前半身という実質を持つ作業（注4所掲稿）を行うまでは、他の多数に及ぶテーマを追いかけていて、本問は放置していた。そういう中で池田により債権譲渡のそも

(12) 注4所掲稿 198頁・200頁参照。

(13) 椿「現代金融担保法の課題——不動産と権利を中心に」高島暹暦（1982）、「民法の制度・理論と権利担保」別冊 NBL10号（1983）、「新しい金融取引債権の担保化の展開」金法 1032号（1983）、「新しい集合債権担保論の基礎」ジュリ 806号・807号（1984）など。

のに関する研究が1993年にまとめられた⁽¹⁴⁾。その著の箱に帯が巻かれ、“学界初の指名債権譲渡の総合研究”と書いてあるが、まさにその通りであり、筆者も前半論考の作成時には、本問で大きな論点の一つとなる被譲渡人（債権譲渡レヴェルでは債務者）の同意・承諾は、池田による展開に依存し、筆者が改めて検討はしないでおこうと思っていた。しかし、契約譲渡へ池田の視座が発展し、野沢の見解も出現するにいたって、主としてフランス法のみ“法的評価”とそれに基づく対抗問題の“法的構成”というアプローチでは視点が足りないと思い直した（⇒B I 2アほか）。本稿はその再検討もプランへ含める。

（ウ） もう1点、以下で採り上げる本“問題の時期的な位置づけ”も述べておきたい。明治も3分の2が過ぎた時期に誕生したわが民法典における契約の組み立ては、その「成立」「効力」「解除」という3本立てであった。解除は終了・消滅の一場面である。これに新法では、効力の次に契約の「移転」が、また、末尾には定型「約款」が、それぞれ契約総則の〈款〉として加わった。契約各則では「不動産賃貸人たる地位の移転」という条文の見出しも2か条が新たに出てきた。さらに、債権総則を見ると、債権の発生という〈節〉はもともとから無かったが、「効力」と「消滅」はすでに〈節〉として登場しており、「譲渡」も債権者の場合だけであったけれども一つの表題となっていた。新法ではその次に「債務の引受け」が入った。ついでに言えば、いわゆる証券債権は「譲渡」規定の一部であったが、新法において第7節「有価証券」の中へ移された（520条の2以下参照）。

わが民法に大きな影響を与えた2大民法典のうちで、フ民は組み立て方が違い過ぎて簡単に比べられないが、19世紀初頭のナポレオン法典には、わが新法で採り込まれた制度は同様にまだ現われておらず、債権譲渡も“債権の売買”という形で売買法の中に置かれていた。わが改正より少し前、日民と同様な位置づけが許されると言ってもよい改正が行われた。他方、19世紀末に成立したド民は、すでに債務引受を成文化していたが、21世紀初めの“現代化”立法では本問に関する上記の新制度には触れていない（最近の動きは未調査）。

この間における判例・学説は、もちろんきわめて多くの問題について堆積し、新立法へも投影しているが、筆者は、こういう“契約”とその“主体”との関係変化

(14) 池田眞朗『債権譲渡の研究』（1983）。

——別の言い方をすれば、契約・債権の“譲渡ないし移転”現象の推移——から、現代取引法の大きい変動の一端を垣間見た思いであり、この点が本稿作成の動機の一つであった。

(2) 制度の名称

(ア) 本稿において採り上げる個々の法的手段や諸制度の概要に関しては、読者諸兄弟がすでに教科書等を通してご存じであろうし、検討に必要な範囲とその内容は後でそれぞれの個所において順次説明するが、どういう手段・制度を問題の素材とするかにつき、ここでまず簡単な説明を付けて列挙する。本稿で“制度”という場合、それは制定法にあるものだけでなく、判例ないし解釈上の法的構成物も含む。なお、個々の制度・手段の前に置いた①とか②bなどは、それらの略称記号である。

(イ) <①債権譲渡> 全体として重要な改正が今回行われている。この<①>は本稿の議論展開においていわば“起点・基準”となるが、3カ国のそれぞれなりに筆者から見て“制度論としての評価”は上位にある（批判・反対するべき点が少ない）。したがって、<①>に対する検討は先行の諸業績にかなりを依拠し、細かく立ち入ることはしない。

なお、証券債権も元来は「譲渡」の規律対象であったが、今回の本稿では旧法にいわゆる指名債権に限定するので、記述の対象からはずす。

(ウ) <②a 免責的債務引受> 別称<脱退的債務引受>。新日民で規定化（472条以下）。なお、フ民においては元来この観念は無く、現われてからも伝統的に債務引受とは言わず<債務譲渡>（cession de dette）と称している。

<②b 併存的債務引受> 別称<重疊的債務引受><債務共同引受><債務加入>など。<②a>と同じく新たに規定化（470条・471条）。両債務者が連帯債務を負うこともその中に含まれている。従来一般の並べ方では、この<②b>が先に出てはこなかったが、新法はそれを逆に並べ変えた。

(エ) <③a 債権者の交替による更改> 新日民において一部改正。ド民は

この<③>を a・b とも採用しなかったので、例えば<①>との対比も大きい評価問題にならない（⇒注 4 所掲稿 II 2(2)）。新フ民は置き場所も変わっている（⇒III 1）。

<③ b 債務者の交替による更改> 同上。

（オ） <④ a 契約譲渡> 別称<契約引受><契約上の地位の譲渡・移転>など。新日民で規定化（539 条の 2）。ドイツ系の文献は契約引受（Vertragsübernahme）、フランス系は契約譲渡（cession de contrat）と称しているが、わが国の基本的文献の中には、もっぱら独・日の資料に依拠しながら契約譲渡と呼ぶ学説もある。

<④ b 契約加入> 別称<併存的契約引受><契約参加>。当初における契約当事者の一方（契約譲渡人）が契約関係から離脱しない形態であるが、わが国でも規定が無いだけにとどまらず、議論もほとんど無い。なお、筆者は<②>や<④>において、併存的とか加入という表現を使わず、意識的に“非免責的”と表現することがある。単に併存・加入と呼ぶ場合には、当初からその形態を合意し、譲渡当事者間に連帯債務を生じるのに対し、非免責的契約譲渡と呼ぶ場合には、譲渡契約の当事者が単純に離脱・免責を意図したが、元の契約相手方が同意せず、それでも譲渡したいために一種の“転換”として併存・加入の形で譲渡を認めるのである。それぞれの個所で、より詳細につき説明する。

（カ） <⑤ 指図> 指図（délégation）とは、指図人 X が被指図人 Y に要請して、受取人 D に対し X の名で金銭などの給付をさせることを言う。X が Y の債権者であり、かつ、D の債務者である三者関係において決済を簡易化できる。更改の効果を生じる場合と、D が第 2 番目の債務者を得る場合があり、新フ民では、<①><②><③>と並ぶ独立した<款>となった（1336 条以下）。フ民の講学上、更改となる前者の場合を<⑤ a 完全指図>、後者を<⑤ b 不完全指図>と呼んできたが⁽¹⁵⁾、後者は新法により規定化された（1338 条）。

私見は、この不完全形態につき関心がある（⇒後述）。ただし、わが国では、証券法は別として、指図そのものが債権関係移転論の記述に登場していないようであり、本稿が“関連”把握に重点を置くことも新登場の動機である。

(15) 例えば、田中周友ほか『仏蘭西民法 III』（当初版 1942）222 頁、山口俊夫編『フランス法辞典』（2002）149～150 頁参照。

(3) 関係者の表示

(ア) 契約債権関係の移転・変動が生じる以前において<<①>>から<<④>>までは当初の債権者 X と債務者 Y がいる。そして、(a) <<①債権譲渡>>では X が(債権)譲渡人、Za が(債権)譲受人と称する。(b) <<②債務引受>>では Zb が引受人・新債務者、Y は旧債務者と呼ばれる (<<②b>>では原債務者と言われることも多い)。(c) 更改は X 側でも Y 側でも行われるが、「更改前」または「更改後」の債権者・債務者と表示される (新日民 514 条・515 条)。

(イ) <<④>>は債権も債務もひっくるめて行うから、「契約の当事者の一方」と「契約の相手方」と呼ぶ (新日民 539 条の 2)。ただし、<<④b>>は現今の日民ではおそらく採り上げられること自体が無いので、どう呼ぶか不明である。語感としては「契約加入者」がベターかもしれない。さらには、契約参加という柚木の命名に従えば「契約参加人」と言うことになるだろう。

(ウ) <<⑤>>は、契約債権関係の移転としてわが民法上おそらく取り上げられたこともあるまいから、別の表示にした (⇒上記 2 カ)。

II 制度の概観をめぐって

(1) 変遷と現況

(ア) テーマとした領域は、今なお、かつてのローマ法が記述の最初に語られるのみならず、近現代においても長い年月にわたり民事一般法レベルで変化・展開の動きが目立つ。大雑把に見て、民法という法領域における契約債権関係の移転・譲渡は、法的処理をめぐる動きの程度および遅速が各制度自体でも、また、それぞれの国によっても、かなりバラバラである。事項の如何によっては、展開のスピードと言うより差異・区別の当然視や固定化に固執する視座すら稀ではなかったと思われるが、現時点でも、はたして近い将来にこれ以上の接近や一体化がたやすく行われるか疑わしい制度もある。

(イ) その上、わが国における従来の研究手法＝一般を顧みても、制度や法理論の“相互関連”は、そもそも強く意識されていなかったのではないか。さらに或

る時期まで遡るときは、対象の峻別の把握と一元的理解の尊重も加わって、本稿の素材で言うと、例えば、債権譲渡と更改は、連続性・契約当事者・従属的権利などで違うから「はっきり区別しなければならない」と言い切ってしまう、「そこまでで終り！」という記述の仕方が珍しくはなかった（現今でも発想として絶無ではない）。

私ごとにわたるが、筆者は、指導教授・於保不二雄による教導のお蔭もあって、時系列による推移を無視・否定して法理を固定化することを免れ、外国法の勉強は独法だけでは足りないことも、何となく身につけた。師の導き方は、謹厳実直そのものの外貌と論文からの“硬い”印象とは異なり（! ?）、きわめて柔軟であった。フ民がどのようなものであるかも、筆者の質問中に師から逆に問われたり指摘を受けた記憶がかなり残っている。“法理・法制度の通史的な流れ”は、師の構想や考え方を吸収できたか否かを別にして、ここでも試みてみたい。

（ウ） フ民の改正について。この立法作業終了は日民のそれより1年数か月早い。法領域的には両者が何となく近い感じもあり、プラス・アルファ部分の差異を除いて根幹的には、共に“契約債権法”の“現代化へ向けての何歩か前進”を行った。ここで本間に関する新フ民の組み立て方をまず紹介しておく。第3編第4部「債権・債務の総則」の第2章が「債権・債務に関する取引」という新しい表題を付して、「債権譲渡」（本稿での<<①>>）・「債務譲渡」（同<<②>>）・「更改」（同<<③>>）・「指図」（同<<⑤>>）の4制度を一括規定する。そこに入っていない「契約譲渡」（同<<④>>）だけが条文の位置としては百か条以上も離れた前の第3部に置かれた。

この *opération* という多義表現は、ここでは「取引」「取引操作」などと翻訳されており（筆者らは取引という言葉のほうを選んだ）、時間的な余裕があれば本稿でも来歴とか意義を調べたいが、<<③>>と<<⑤>>が“消滅”から離脱して、元来“移転”そのものである<<①>>および<<②>>と区別なく一緒になったこと、さらに、日民と同じく<<②>>と<<④>>が分離したことには、とりあえず注意しておきたい。

（2）本稿記述の仕方

（ア） まず、手順につきお断りしておく。 (a) 前記 I (2) で<<①>>から<<⑤>>の用語を説明した。(b) 項目 B は各個別制度の内容を独・仏・日の順に概説。付録として英米法にごくわずか言及するが、筆者の驚きは、英米法における

◁②>や◁④>の冷遇である。ただし、その原因および両国内における評判まで調べる余裕は出なかった。(c) 本稿項目 C 以下は、筆者の考える所に従い、各制度自体あるいは他の制度との対比における法的評価を行い、それと関わる解釈的提案もしておきたい。——この (b) (c) については、続けて若干の補説を加えておく。

(イ) わが民法の解釈学に従事する者が外国法を研究する際にはどのような注意が必要か。これは種々の面で慎重な考慮をしなければならないが、その点は当面措くとして、筆者の経験範囲内で、かつ、かなり常識論程度の話をしたい。

これまで種々書いていて、幾つか外国人の記述で気になったことがある。代理に関して、ドイツの仏法学者フェリート＝ゾンネンベルガーが、フランス代理法を理解するには代理が委任と密接不離であることを忘れてはならないと言っていた。逆に、ド民では抽象性ないし抽象化は独法にいわば骨がらみの特質だと書いていた学者もいる。当初のド民 241 条における無制約の履行請求権をドイツ気質と評したスイス民法学者もいた。フ民独特のコーズは、筆者にとっていろいろ狭間を埋めなければ日本で論拠にはなり難かった⁽¹⁶⁾。理解不足と誤解を恐れず取敢えて直言すれば、コーズを日本の契約論に持ち込んでも有用度はあまり無かったのではないか？

こういう特質の不変性は地域・民族・時代・法領域・法的思考法・事項などによって有無や程度の差異を生じるであろうが、少なくとも“近現代の契約債権法”においては“異別よりも接近・同化の方向”が次第に基本として選ばれるのではなかろうか。もちろん現在でも、本間で挙げれば、更改はド民が他の 2 国とは明確に違って制度が無いままである。それは、裏返せば債務引受さらには契約引受の機能割合の差にも通じるであろう。指図はフ民に独自の法発展が見られる。もっとも、**delegatio** というラテン語は英米へも伝わった。

しかし、未来像は、いずれの現況であれその固定だけではあるまい、と展望するのが本稿における筆者の意図であり、項目 C 以下の随所においてこの見方を開陳したい。

(16) なお、フ民新 1128 条と旧 1108 条を対比参照。

B 諸制度自体の概観

I 債権譲渡

(1) ドイツ法

(ア) ハッテンハウアー (ハイデルベルク大学教授) の論考⁽¹⁷⁾によれば、「債権の移転」に関する<章>の冒頭にあるド民398条⁽¹⁸⁾は、[1] 債権が同一性を保って移転する、[2] 移転が債務者Yの関与ないし彼への通知が無く譲渡人Xと取得者Z間だけの契約で行われる、[3] この契約は抽象的な処分契約である、という3点につき規制しており、さらに次のような指摘と問題提起が続く。「BGBの解決は長く、そして障碍の多い発展の最後に立っている。債権譲渡の根本問題は、債権が債務者と債権者の間における“人的結合”だけでなく“活用できる財産対象”でもある点に存する。自身の債権を自由に活用するという債権者の利益には、債権者の交替により不利益を被るべきではないという債務者の利益が対立する。」と。そして、古ローマ→中世→パンデクテンの現代的適用後期など→19世紀の状況を経て、BGB下での諸問題、例えば譲渡の制限・禁止、将来債権の譲渡などにも論及する。

後でも述べるように、譲渡関係者の利益状態と諸々の論点との関わり方は、本稿の視角より見て最も関心がある。譲渡を制限・禁止する特約に対してどのような立法あるいは解釈がされるかによって、債権者X・債務者Y・譲受人ら第三者Zの利害対立の状況は異なってくるし、ひいては制度の利用にも影響が出ることは、わかりやすい事理であろう。

(イ) 主要な注釈書を開けると、債権譲渡に関する解説や研究は膨大な量に達しており、引用されている判例⁽¹⁹⁾も多数ある。例えば、ローシェルダースらに

(17) Hattenhauer, Übertragung einer Forderung, Histo. - krit. Komm. zum BGB 2. 2007, S. 2290 ff. insb. SS. 2291, 2356~7.

(18) 「債権は債権者と或る人との契約によりこの人に移転することができる。契約の締結と共に新債権者は従来の債権者に代わる。」

(19) ドイツに限らず外国判例は、本稿では直接参照してなくて、単に判例とのみ挙示する場合は若干存するだけである。これは筆者が連日資料とりに図書館へ出向く体力および時間的余裕がないからである (引用文献は大半が私物である)。ただ、探索されたい読者の手間節減を考え、日付などを孫引きでも紹介しておくように執筆途中で方針変更した。このため原稿の補正は完璧でないどころか散発に留まることも諒解願いたい。

よるシュタウディングー BGB の 2017 年新訂版は、2 段組み 6 頁近くの文献（主として 1970 年台以後）を掲示し、上記論点のほか「白紙譲渡」「譲渡性」などとか、実務における態様として「信託的譲渡」「担保譲渡」「取立譲渡」「取立授権」「ファクタリング」などの論点を挙げている⁽²⁰⁾。文献の列挙数はぐっと少なくなるが、ミュンヘン注釈書⁽²¹⁾やエルマン BGB⁽²²⁾なども事項に関しては共通する内容が多いようである。

本稿は、債権が債務と一体的に譲渡される場合が中心となり、両者の態様を重ね合わせて検討しなければならないから、それだけ複雑化することに注意するべきである。例えば、債権・債務を含む契約の一部譲渡は可能か、それを肯定するとして、移転する内容・範囲はどう解すべきか？を一考してみられよ。

(ウ) ドイツ債権譲渡法との関連で少々付言しておけば、アンシャン・レジームの終りには「債権は譲渡できる」とする思想が普通法諸国で貫徹され⁽²³⁾、債務者の同意という要件も中世末期のドイツでは次第に消滅していったとされる⁽²⁴⁾。もっとも、債務者への通知または債務者の承諾の位置づけ問題は、近時の研究で採り上げられており、私見からも重要な論点である（⇒後述）。また、解釈論になるが、債権譲渡の規定は、譲渡人 X が譲受人 Z と入れ替わらず、両者が共に債権者となる——ちょうど②b の裏側に来る——場合に適用または類推適用されるか、も問題となる。本稿では契約債権関係の譲渡が検討の中心なので、こういう特殊問題も採り上げざるを得ない（⇒後述）。

(2) フランス法

(ア) 筆者の注 4 所掲稿は、最初にもお断りした通り債権譲渡にほとんど言及しなかったが、旧フ民の当時——とりわけ注釈民法旧版の拙稿など——は、本テーマに限らず外国法典双書⁽²⁵⁾や辞典から同国の主要体系書へいきなり直行したもの

(20) Busche/Looschelders/Rieble, Staudingers Komm. zum BGB 2, 2017, S. 71ff.

(21) Münchener Komm. BGB Schuldrecht Allg. Teil, 2016, S. 2713ff.

(22) Westermann, Ermans Handkomm. BGB 1, 2017, S. 1675ff.

(23) Coing, Europäisches Privatrecht II (1989) S. 468.

(24) 柚木馨『独逸民法 II』（初版 1938～1940）285 頁。

(25) 債権譲渡に関しては、木村健助＝柳瀬兼助『仏蘭西民法 IV』（初版 1941～2）104 頁以下。

である。池田の研究（前記注14）はフ民を基礎とする貴重な作業であり、筆者にはとりわけ対抗要件をめぐる詳細な論述が教示に満ちていた。ただ、制度全体にわたる法的評価を問題とする以上、ド民もフ民と同じ次元で取り扱うべきだと考えるのが私見であり、池田の本格的な研究もその部分まで考慮すればドイツ法の“補充”を経た上での検討がなお行われなければなるまい。わが民法は、改めて言うまでもなく、立法作業ではまず仏、次いで独草案の影響下で行われ、解釈は圧倒的に独の輸入で育ってきたから、両方の法に同時注目をしつつ分析すべきであろう。

なお、本稿では、制度相互間の関係が重要な視角となっているが、或る代表的文献によれば、長い間盛況にあった債権譲渡も、遅くかつ控えめな「④契約譲渡」の発展により徐々にその重要性が取り去られ、同じく、債権の商事譲渡、とりわけいわゆるダイイ法譲渡⁽²⁶⁾の急速な展開は、“民法典の型式に従う債権譲渡”の衰退に寄与した⁽²⁷⁾。ただし、この記述は「①」と「④」の間において言われたものであり、債権譲渡それ自体についての文献を見てみると、「①」が大きな実際の効用を示すとされる⁽²⁸⁾。

（イ）新フ民の債権譲渡（1321条～1326条）は、直接関係する条文の数では旧法と変わらないにせよ、内容ではずっと充実している。シュヌデ（リヨン第3大学教授）によれば、“債権の移転”は旧フ民では売買の付録のごとく扱われ、その規制には脱漏があったが、今後は、債権総則の中に加えられて、その領域が拡大され明確な制度になった⁽²⁹⁾。わが国への紹介もすでに始まっている⁽³⁰⁾。条文を挙げながら、本稿にとり必要な範囲で簡単に紹介するので、前記注5所掲の邦語訳も併せ参照されたい。

規律内容は以下のようである。（a）将来債権も譲渡できる（1321条2項…同条

(26) ダイイ法については、池田・注14所掲307頁以下参照。なお、同書409頁注1に、山田誠一の論考が引用されているが、保有掲載誌の所在不明で参照できない。

(27) Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 8éd. 2016, p. 793.

(28) Fages, *Droit des obligations*, 6éd. 2016, p. 458.

(29) Chénéde, *La cession de créance*, Forti/Andreu, *Le nouveau régime général des obligations*, 2016, p. 90.

(30) 中原太郎「移転的取引操作」論究ジュリ2017年夏号〔特別企画/日仏債権法の現在〕209頁・210頁。ちなみに、この企画は時宜にきわめて適したものであるが、惜しいことに全体のページ数を節約し過ぎていて、論考の多くは、せっかくの記事の意味内容が読む者、少なくとも私には、しばしば通じ難い。

は旧規定なし)。(b) 債務者 Y の合意は要求されない (同条 4 項)。(c) 譲渡禁止特約を認める (同条 4 項)。(d) 譲渡は書面によらなければならず、違反した場合は無効となる (1322 条…旧規定なし)。(e) 債務者 Y が譲渡に同意していない場合には、彼への通知または彼によるその確認がなければ、彼に対抗できない (1324 条 1 項)。(f) 第三者 Z への対抗は債権移転の時から認められ (1323 条 2 項)、旧フ民 1690 条の今や重いとも評される手続⁽³¹⁾は消えた。(g) 債務者 Y は無効・同時履行・相殺などの抗弁を譲受人 Z に対抗できる (同条 2 項)。(h) 譲渡は債権に付従するものに及ぶ (1321 条 3 項)。(i) 債権などの存在および債務者 Y の資力に関する譲渡人 X の責任もある (1326 条参照)。(j) 二重譲渡の処理 (1325 条参照…旧規定なし)。

上記 (e) の“対抗要件主義”はドイツの“全権移転主義”と対比させて、水津太郎が、三角・多角の問題を皆で共同研究した際に論じており⁽³²⁾、本稿の採り上げる問題の一つに関わりを持つ。

(ウ) シムルール⁽³³⁾は、わりあい早い時期に出た新法解説書において、新フ民での債権譲渡の重要な改革を二つ挙げている。ひとつは、売買規定中への組み込みを止めて、債権・債務の総則に置いたことである。これは形式面の改正であり、もっと基本的なのは公証による債務者への通知要求が廃止されたことである (通知そのものは上記イ e)。本稿で少し前に挙げた代表的な教科書も、16 年 2 月 10 日の改正政令 (オルドナンス) つまり新フ民が、旧フ民の作った債権譲渡制度を簡易化し、対抗の方式を軽減し、位置を売買法から債権債務の通則へ置き換えたことを挙げる⁽³⁴⁾。

新フ民の制度自体に対する評価は、新たな論考や既存体系書の新訂作業などによって次第に明らかになるであろうし、シュヌデの前記論考は、「規制の細部」と「方式の軽減」の 2 方面から論じた後、最新債権譲渡の実務が “*peu révolutionnaire*

(31) 木村 = 柳瀬・注 25 所掲 106 頁参照。

(32) 水津「債権譲渡と多角的法律関係」椿 = 中倉寛樹編『多角的法律関係の研究』(2012) 223 頁以下。

(33) Simler, *Commentaire de réforme du droit des contrats et obligations*, 2016, p. 59 ~60.

(34) Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, *op. cit.* p. 793.

な”実像を判ることができようとする（35）。——細部まで調べる余裕もないので、彼の論考の「まとめ」末尾にあった言葉を挙げておく。

（エ） 新法下の著作、なかでも教科書などから幾つか関係事項を略記しておく。

（a） 制度の“利用面での機能”を見る（36）と、債権譲渡には（i）「譲渡ないし移転（transmission）」、（ii）「弁済」、（iii）「担保」という3種類の利用理由がある。この文献でのコメントによれば、（i）は始源かつ生来の機能、（ii）は新しく、かつ、通常の役割から迂回する機能、（iii）は最も近時かつ独自の機能である。続く説明では信託的譲渡が（iii）で出てくる。いずれの機能も、同書の後続する補説で判例・学説が紹介されている。

（b） 債権譲渡は、2ないし3種に分類されることも少なくはない。呼び方も種々である。ごく大雑把に紹介すると、（i）民法によって組み立てられた「古典的な債権譲渡」と譲渡の方式が「簡略化された債権譲渡」（37）。後者はさらに商法上と与信業務上とに分かれる。（ii）「一般法の債権譲渡」と「特別制度の債権譲渡」という呼称もあり、後者にはダイイ譲渡と金融商品化した譲渡が含まれる（38）。（iii）「本来の」「直接の」「一般法の」譲渡を第一の態様、いわゆる人上代位を譲渡の第2ないし間接の態様と冒頭で説明する文献もある（39）。（iv）三分する見解は、他で言う特別譲渡を二つに分ける。

制度の関連に注目する本稿では、債権譲渡を二分するか、一個の制度として段階的に把握するかの検討もプランに入れているが、その中に弁済者代位と債権譲渡の関係ももちろん出てくる。これには思い出話もある。大阪市大の在勤中に研究指導した寺田正春に弁済者代位論を勧め、DC在学期間内に序説は書き上げられ紀要にも載った。岩崎稜も仏法を指導してくれていて、なかなかの力作であった。これを拠点に、債権譲渡との関係で詳しい解釈論も展開するように助言したが、直後に筆

(35) Chénéde, op. cit. p. 97.

(36) Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, op. cit. p. 793 et s.

(37) Bénabent, Droit des obligations, 15éd. 2016, p. 540 et s.

(38) Deshayes/Genicon/Laithier, Réforme du droit des contrats……, 2016, p. 633~4.

(39) Buffelan-Lanore/Larribau-Terneyre, Droit civil Les obligations, 15 éd. 2017, p. 172 et s.

者が転勤して以後、続稿は未見のまま彼の生が終わり、惜しかった。それらの一部も、時間的な余裕があれば、本稿の項目 C 以下において展開するかもしれない。

(c) 債権譲渡では、債務者 Y に対する債権を債権者 X が Za へ譲渡する“三者 (trois personnes) 関係”がある。しかし、債権譲渡は、X・Za 間の合意によって行われる“二者間契約 (c. bipartite)”であり、Y の合意が必要な三者間契約 (c. tripartite) ではない、≪④契約譲渡≫も譲渡人と譲受人の合意で形成される、との意見を見つけた⁽⁴⁰⁾。ラルメの民法講義では、≪⑤指図≫や為替手形が“(i) 三者の意思にもとづいて作られる取引”であるのに対し、債権譲渡は“(ii) 三者のうち二者だけの意思にもとづいて作られる取引”であり、かつ、第三者のための契約が(ii)でも“第三者の利益”になる債権創設となるのとは逆に、“第三者の負担へ向けての債権を作る契約”であるとされる⁽⁴¹⁾。

2016 年秋の私法学会シンポジウムで採り上げられた三角・多角取引の問題にも繋がる論点であるが⁽⁴²⁾、本稿では、Y に付与されるべき保護の程度如何を検討する際に若干関係がある。例えば、第三者の負担を目的とする契約は、異論なく無効と解されているが、≪②≫の場面をどのように説明するのか？

(3) 日本法

(ア) 債権譲渡に関するわが民法の規定は、数だけ見れば旧 8 か条が新 9 か条になっただけであり、改正後は指図債権などいわゆる証券(的)債権の 5 か条が「有価証券」と題する 19 か条(新 520 条の 2 以下)となって、依然民法の中にあるが、「債権の譲渡」という<節>からは消えた。

もともと、わが国の指名債権のように成立でも譲渡でも確たる証拠を必要としない“もの”が一般の個人の間で一個の財産として取引の対象とされる場面はどこまで多数が実在するのか、疑う向きも多かったと思う。他方、指図債権などは、立法当時の商法から民法のここへ移した⁽⁴³⁾が、法典成立後、民法側で熱が入らなかった。教科書における説明も、指名債権と証券債権との異同に留意・言及しなければ

(40) Chantepie/Latina, La réforme du droit des obligations, 2016, p. 732.

(41) Larroumet/Bros, Traité de droit civil 3, 8éd. 2016, p. 51 et s.

(42) 椿「多角関係ないし三角関係について」前記注 32 所掲書 13 頁、同「三角・多角視点の提案」別冊 NBL161 号 14 頁など参照。

(43) これについては、法典調査会『民法議事速記録 3』商事法務研究会版 548 頁以下参照。

ならなかった。その上、債権については前述(⇒1ア)の“活用できる資産”よりも“人的結合”という意識のほうが強かったのではなからうか。さらには、実際の企業実務でも、債権譲渡における「譲渡・移転」「弁済」「担保」の諸機能(⇒2エa)を併せて挙げなければならぬほどの経済成長が未だ生じていなかった。

(イ) こういう諸条件のもとでは、論考・著作においても債権譲渡に対する注目度は当然高くなかったであろう。著作者の個人的な関心の違いもあって単純にデジタル化してよいか否かは問題だが、新しい社会問題やテーマへの関心が強かった末弘厳太郎の『債権総論』(1938年)では、本全体の分量に対して債権譲渡の占める比率が9%弱になっていた。代表的な文献である我妻・於保らの債権総論でも、おおむね10%前後の情報量となっており、より新しい中田裕康『債権総論』(第3版2013)も同様である。やや特殊な例かもしれないが、筆者らが1949年に兼任教授として民法第2部の教えを受けた勝本正晃——末弘と我妻の中間くらいの年輩か——の『債権法概論(総論)』における比率は4%弱であり、ドイツ法学系の大家——未完の大著『債権総論』がある——でも当時の実情からすれば需要ならびに認識はその程度であったのかもしれない。後述のように、◁②▷が全く項目に無い教科書すら大戦後の或る時期まではあった。

債権譲渡の領域は、証券債権が長年置かれていたその場所から消えたほか、種々の改正も絡んで、今後の新体系書における頁の増加と比率如何を早く見たいが、契約債権法の本格的改正下での第1号体系書として潮見佳男『新債権総論Ⅰ・Ⅱ』が出た。すでに旧版もあったにせよ、速さも驚きだが、2冊で1650頁という巨大ぶりには脱帽以外に言う言葉が無い。しかも、ただ大きい——ちなみに上記に当てはめれば12%弱を占め、上記の諸体系書におけるこの部分が40頁から50頁なのに対し140頁を割く——だけではなく、本稿関係の部分も瞥見した範囲でもきわめて綿密な内容である⁽⁴⁴⁾。新法やその成立過程については、この潮見新著をおおむ

(44) やや脱線めくが、“債権総論”と筆者は、かなり因縁が深い。①まず、大阪府大に在勤中、於保・債総の手書き原稿を預かって判例や学説の補充などを手伝った。写真に残しておきたいくらい綺麗に書かれていた(脳裏で整理し、下書きは無かったようである)。と共に、幾つか提出した筆者なりの修正意見はほぼ容れられなかった。②我妻・債総の書評を法律時報誌から依頼された。一所懸命に勉強した記録なので、自身の論集『民法研究Ⅱ』に転載した。予想もしないご褒美は、おそらく個人的な接触など考えもしなかった大学者から直接に種々の話を聴けるようになったことであろう。③奥田昌道『債権総論』も日本評論社から書評の依頼があった。これには後日談があり、筆者の表現から或る種

ね引用する。

(ウ) 債権の取引には“譲渡登記”制度の導入があり、個別的な債権譲渡と並んで集合的な債権譲渡を独立させる必要も大きいため、フ民の下で行われているのと同様な一般と特別という債権譲渡の分類も文献上、普及し始めているかもしれないが、本稿では割愛しておく⁽⁴⁵⁾。

(エ) わが債権譲渡法について私見が注目するのは、すでに示唆している通り、数個の契約債権関係につき、誰に対し、どの程度の法的保護を付与するのが妥当か、という“法的評価”の探索作業である。そこにいわゆる「数個の」には、各個別制度と制度相互間の両方を含んでおり、出発点となるこの債権譲渡からそういう視野を想定しつつ始める。法的構成との繋がり、この概観においてよりも後で行う検討時におおむね譲りたい。

(オ) 旧 468 条 1 項には、Y が「異議をとどめない承諾」をしたときは、譲渡人 X に対抗できた事由（例えば一部弁済）があっても譲受人 Z に対抗できない、とする規定があった。債権者にとっては好都合な条文であるが、債務者保護の観点からは妥当ではなく、姿を消した⁽⁴⁶⁾。立法例にも無いと言われていたので、今後へ向けての利益考量・法的評価で事々しく採り上げるほどでもあるまい。なお、この条文のルーツをたどると、梅謙次郎が旧民法の財産編 347 条 2 項を挙げており、法典調査会では議論とならずに承認されたようである⁽⁴⁷⁾。

(カ) 新法の成立過程については、立案当局より何回かにわたって資料が公

の噂が広がったらしい。④それより前、有斐閣・大学及書の企画でこの分野を割り当てられた。トップバッターを引き受けたものの結局は執筆しなかったので、大阪市大の教え子の法曹たちからかなりの期間、「幻の名著はまだですか」という冷やかしが続いた。版元にも迷惑を掛けた。——オーラル・ヒストリーを作る話があり、それが実現すればこの辺も題材のひとつになるであろうか。

(45) 例えば、池田眞朗「債権取引の電子化とその普及の課題」Law and Technology 68 号 19 頁以下参照。

(46) 潮見『新債権総論Ⅱ』451 頁参照。

(47) 法典調査会『議事速記録 3』538 頁以下。

刊され、各界からの意見集も出版あるいは雑誌掲載されていて、筆者の手元にあるだけでもすでに書架の複数段に及んでいる。本格的な論考もやがては続出するであろう。本来ならば、それら——少なくとも当方が期待している人たちの作業——を待って書くのが望ましいかもしれないが、今回は立法過程の整理と紹介については、建前として見送りたい。ただし、論考作成の中で例外として言及・引用が出てくることもあり得る。

（キ）ド民と新フ民を念頭に置きつつ、わが新规定につき必要な範囲で概観を試みておく。これらをめぐる議論は、既述の通り項目C以下で展開する。

（a）証券債権の規定が少なくとも民法の債権譲渡と称する守備範囲からは消え、今後は指名債権につき（あるいはそれを念頭に置いて）論究してよくなった。新フ民と対比すると、事項的に規定化されたものと規定されなかったものがズレている。当然のことと片付けられるかもしれないが、契約債権関係の移転をめぐる種々の問題が先進諸国の共通の事象であるので、国境を越えた“外国法の参照”がEU内での加盟国相互間などに限らず必要ないし有益となる。「横を縦にする時代は過ぎ去った」なぞとはうそぶけない。

（b）譲渡禁止・制限の特約が新466条2～4項から同条の5・同条の6第3項にかけて詳しい規定となった。何を、どのように規制するかは人によって違う見解があり得るが、少々他の問題を抑え込んで長文の手続的規定が実体法の中で出過ぎたようにも感じる（あるいは手続き実務の側からと、一部は金融法務の強い主張か？）。筆者は、いわゆる譲禁特約の程度・範囲の法的評価のほうに、もちろん関心がある。なお、昔は債務者のほうが力関係で優る場面での特約が問題設例となっていたような気もする。

さて、新法は「譲渡制限の意思表示」がされても債権譲渡は効力を妨げられず、債務者Yは悪意または善意・重過失の譲受人Zaその他の第三者に対して履行を拒絶でき、債務消滅事由をもって対抗できる（466条2項・3項）と定める。取引安全の保護は、Zaらの単純善意で足りるとすれば与え過ぎと評価すべきであり、善意・無過失まで要求するのも逆の行き過ぎだとすれば、この基準が法的評価として妥当と解すべきであろう。

（c）将来債権の譲渡（466条の6）も解釈・運用において年来採り上げて論じら

れてきた重要論点であり、継続的契約・予約・集合債権などの問題もそこには貯まって来ているが、この条文が橋頭保として登場する意義ないし視角はもちろんある。新フ民 1321 条 2 項は将来の確定可能性まで許容していて、同法の文献に言う人的権利まで“流通性の拡大”が解釈のみならず立法上も実現されるにいたった流れを感じるであろう。

(d) 債権譲渡の対抗要件については旧法が維持された(467 条)。ド民はその成立前から債務者 Y の意思的関与は不要とされてきたが、初めてド民の債権譲渡規定を見た時、正直言って債務者の地位が無視され過ぎではないかと感じた(余談ながら、債務者が債権譲渡の契約にタッチできないという状況に日本法からいきなり直面すると、筆者と同様な印象を持つ読者があるのではないか?)。一方で、債権にも人的性格が強くて債権者が勝手に売却してよいとは考えられないグループないし場面があるが、他方、「あなたを信頼して債務者になったので、当方の了解なく他人と入れ替わるのは許さない」という主張を原則として肯定してよいか?が問題となるグループないし場面もある。そして、◁①◁を◁④◁の法的説明に使う限り、この点はより深く考えなければなるまい。——この (d) をめぐっては、後に詳論する(⇒C)。

(e) 債務者の抗弁(468 条)および相殺権(469 条)は、どの程度の枠づけにするのが妥当かは別として、債権譲渡の容易・確実・安全を進める過程と“十分対比させて”検討する視点が注意されなければならない。ド民の立場も批判と反対だけで済むか問題となり得る。

(付録) 英米法

この付録は◁②債権譲渡◁だけでなく、本テーマにおけるⅡ以下の制度にも言及している。

さて、注 4 所掲稿で、譲渡および更改に触れたが、両者の利用頻度などは調べる余裕が無かった。◁③◁の制度が無いド民から、それを◁⑤◁にまで広げる旧法当時のフ民を見ていると、経済発展のリーダー格であるアメリカ、さらにその法的ルーツであるイギリスはどういう動きをしてきているかが気になり、手元の英法文献(トゥライテル)⁽⁴⁸⁾を調べたが、よくは理解できなかった。その後、アメリカ法

(48) 同稿 197 頁注 5。

の契約譲渡の論考にも接したところ、「米法では、債権譲渡自由の原則が高度に尊重されているが、債務引受については事情が異なる。債権者の承諾を伴う更改が生じない限り免責的債務引受が生じないのはもちろん、併存的債務引受到比定される履行委任……であっても、債権者の反対の意思や事情が尊重される。この態度は……契約譲渡の場合でも異ならない。契約譲渡においては、履行委任の制約理論によって、債権譲渡自由の原則が抑制される傾向まで窺える。」⁽⁴⁹⁾とされている。そこに出てくる「履行委任」とは、ローマ法やフ民と同様に **delegation** と言い、この紹介から窺える米法の内容は本稿が採り上げた用語・観念のすべてと共通している。

英法には、債権譲渡 (**assignment of choses in action**) が 17 世紀初頭、衡平法により認められてからの展開が整理されていて、本稿で評価対比資料となる譲渡に関する書面・通知・抗弁権・譲渡禁止特約・一部譲渡・二重譲渡など他法圏との対比ができる事項も細かに紹介した論考がある⁽⁵⁰⁾。筆者としては、諸制度の関連が問題なので、或る文献⁽⁵¹⁾をさらに見たところ、「契約上の権利および責任の任意譲渡」というタイトルを見つけた。わが国では契約譲渡のことを“権利義務の包括的譲渡”と呼ぶ見解もあるから、それかと思ったが、実は権利と責任が別々に説明されており、とりわけ項目「契約責任」の冒頭において、**B** が **A** との契約により負担している債務を第三者 **C** に移転できるか、と問い掛けていた。そして、「英法は、この問いに対し躊躇うことなく消極に答える。…（中略）…更改が、当初の債務者が有効に他人と変更され得る唯一の方法である。」⁽⁵²⁾となっている。ド民の注釈書⁽⁵³⁾でも、英法においては債務引受が更改によって行われ、その上、一般の見解によれば旧債務者の関与が必要である。」と紹介される。——そうすると、**②** および **③** の取り扱いに関して英法はド民と正反対の立場になるわけだし、ファームストンの文章はさらに続くが、これで誤りは無いと言ってよいのか？

その点が「よい」となれば、“近代に生まれたが育成は時間を要し、現代それも近時に入って急激に需要が高まり、解決のための解釈・立法が国や法系によりズレ

(49) 青木則幸「アメリカ法における契約譲渡の自由の制約について」村田還暦（2014）300頁。

(50) 角紀代恵「イギリス法における債権譲渡の歴史」法協 100 卷 12 号以下、特に 102 卷 1 号 19 頁以下参照。

(51) Cheshire/Furmston, Law of Contract, 16ed. 2012, chapter 16.

(52) 注 48 所掲 p. 656~657.

(53) 注 20 所掲 S. 319.

を生じている現象”が一つ増えるわけである。後進の研究者による紹介と開発を期待する。

II 債務引受

(0) 読者諸兄姉へ

最初にお断りしたが、債権譲渡は、注 4 所掲稿ではほとんど言及しなかったため、本稿の概観で若干丁寧な説明した。この II 以後は前稿と重複する部分があり、再度の説明を省略することも多いため、両稿を併せて目通し願えるとありがたい。

もっとも、各国法ともすべての個別内容を採り上げるのではなく、契約債権関係者の関与の仕方、〈② a〉と〈② b〉の関係、〈②〉と〈③〉および〈④〉との関係などの要説にとどめる。

(1) ドイツ法

(ア) ド民の立法者は、「更改」「指図」「債務引受」という三つの中から最後の制度すなわち〈② a〉を選択したが、第 1 草案では“一般の需要”が採択理由となっている⁽⁵⁴⁾。ビドリンスキー（グラーツ大学教授）によれば、新債務者の導入による従前債務者の免責は、債権者の“安全”の持続を可能とし、特別財産（事業とか抵当付き不動産）の移転と関連してなかんづく実際の意義がある、また、併存的な債務引受を規定しなかったのは、初期の帝国裁判所（RG）の躊躇いに基づく⁽⁵⁵⁾らしいが、債権の効力を債務者の追加により安全にし強化する機能のある制度として解釈上その存在は確立している。この〈② b〉はド民では“債務加入”（原語では *Schuldbeitritt*。債務参加とも訳する）という呼び方が一般であり、以下ではこの呼称を使うこともある（そうする際には〈② a〉を単に債務引受と呼ぶ）。債務加入は、「法定」と「約定」とに分けられ、原債務者 Y と新債務者 Zb が連帯債務者となる（判例）。法定債務加入は、賃借人 Y と利用を認められた第三者 Zb の返還義務（ド民 546 条 2 項）や、使用借人 Y と利用を認められた第三者 Zb の終了後の返還義務（同 604 条 4 項）などがその例。規定が無い約定（法律行為による）

(54) Meyer -Pritzl, Schuldübernahme, Histo. krit. Komm. zum BGB 2. 2007, S. 2374.

(55) Vgl. Bydlinski aaO. (注 21 所掲) SS. 2834, 2838.

債務加入は慣習法上認められる（判例）⁽⁵⁶⁾。

（イ）（a）≪②a 免責的債務引受≫の関係者は、BGB に規定がある。

（i）まず、債権者 X と引受人 Za 間の引受契約で行うことができる（ド民 414 条）。債務者 Y に関しては条文に出ていないが、彼がその同意ないし関与無しで債務から免れると解されている⁽⁵⁷⁾。理由としては、条文に書いてないという点も挙げられるが、債務者は自己の負う“債務に対して権利が無い”こともしばしば太字や括弧付きで出てくる。さらに、それを「ドイツの民法では」とわざわざ断っている文献もある。——これをめぐっては、後に≪④≫の議論を行う中で改めて持ち出そう。

（ii）≪②a≫はさらに、債務者 Y と引受人 Za との契約により行うこともできるが、その規定（ド民 415 条）はかなり長文である。柚木の名訳を口語化して最初の部分（1 項）を挙げると、

「第三者が債務者と債務引受の合意をしたときは、その有効性は債権者の追認に係る。追認は、債務者または第三者が債権者に対して債務引受を通知した場合のみ、これを行うことができる。追認があるまでは、当事者は契約を変更または解消することができる。」

リーブレ（ミュンヘン大学教授）の注釈⁽⁵⁸⁾を見ると、415 条 1 項は、前条による X・Z 間の双方向的行為による債務引受に対して合意による選択を創出しており、Y をも含む三者全員が承継の意思表示をしているが、ネルらの言う三面契約を選んだものではない。立法者は、415 条における“2 段構え”でもって状況に配慮した。債権者の追認は、BGB レベルからはあらゆる債務引受の“放棄できない要素”であり、Y・Z 間の債務引受合意に関係づけられない“債権者の処分”である。例えば、この承諾・同意は条件に親しまない。

リーブレのこういう力説に対し、筆者らはそもそも“契約は原則として 2 当事者

(56) Dauner-Lieb/Langen, NomosKomm. BGB Schuldrecht Bd 2 1, 2Auffl. 2012, S. 1526.

(57) Palandt, BGB, 75Auffl. 2016, S. 636; NomosKomm., aaO. (前記注 54) S. 1526; StaudingerKomm. aaO. (前記注 20) S. 311 (Rieble); MünchenerKomm. aaO. (前記注 21) S. 2848 (Bydlinski); Erman, BGB aaO. (前記注 22) S.1719. など。

(58) Rieble, aaO. (前記注 20 所掲) SS. 352,363,370.

間で行われるべきである”という発想自体を克服・修正しようとしている⁽⁵⁹⁾が、ここで大切なのは、そのことよりも、“新旧両債務者の引受合意プラス X の同意・追認”という法的構成がいささかも引き下がれない一線か否かである。リーブレは「引けない」と強調する。なるほど借り手が借金を自由に他人の肩に負わせてよいなどと言うのは無茶もいいところである。が、そこで考究・判断を締め切ってしまう議論終了としてもよいか、順次、論を進めていきたい。

(b) ≪② b 併存的債務引受≫は、規定こそ無いが、私見では著しい伸展を古くより予定してきた領域に属し、ド民とその前身であるドイツの後期普通法は最大の勉強対象であった。1965 年の注釈民法(11)債権譲渡・後注の随所において、ドイツ法を重要素材に、その一斑を断片的ながら記述しており、本稿項目 C 以下でも若干を再説し展開する心算である。

≪② b ≫は核心において保証に親近すると言われ⁽⁶⁰⁾、債務加入と保証のどちらになるかは意思解釈の問題だとされるが、方式の自由や付従性の有無など差異ももちろんある。成立については≪② a ≫の場合と同様、(i) X と Zb の加入契約、(ii) Y と Zb のそれ、(iii) 三面的合意、という仕方がある⁽⁶¹⁾。三つのいずれも禁止すべき理由は無い。問題は、契約の当事者にならない者の処遇如何である。

(i) の場合には、債務者 Y に不利益がなければ、彼の了解なく並列する債務者 Za が入って来ても、第三者のための契約における第三者の拒絶権(ド民 333 条)あたりで処理できそうだが、数冊の注釈書を瞥見したところでは対応を発見できなかった⁽⁶²⁾。直前に説明した≪② a ≫の場合も規定はないが、前述の通り Y は同意・追認についても無視されたままでよいとする見解が多くなっているようである。——これらに関しては続稿までに状況の細部を調べたい。

(ii) の場合は、第三者のための契約として処理され、債権者 X は第三者となる。X の権利取得には彼の意思も認識も必要ではない⁽⁶³⁾。柚木の解説には理由付

(59) 椿編著『三角・多角取引と民法法理の深化』別冊 NBL161 号(2016)の第 1 部・序論の冒頭 3 拙稿を参照。

(60) ZB. Rieble, aaO. (注 20 所掲) S. 316.

(61) Röthel, aaO. (注 22 所掲) S. 1715. なお、(ii) につき、ド民 328 条のほか、BGH72, 246, 250 等も引用されている。

(62) ただ、NomosKomm S. 1526~7 に、債務加入は債権者と加入者の合意でできるとした上で、債権者はもっぱら有利なため彼の意思表示は不要とあるが、どういう意味か不明。

(63) 柚木・注 24 所掲 189 頁。

けが書かれていないが、《② a》の414条と異なり、「Xは何も失うものが無いから」⁽⁶⁴⁾、「債権者の法的地位は良くなるだけだから」⁽⁶⁵⁾、あるいは「付加された保全（Sicherung）を含むだけだから」⁽⁶⁶⁾、債権者の同意・追認は不要とされている。——Xの関与は要らないとする理由付けが本問にどういう意義を持つかは後に採り上げる。

（ウ）ところで、《② a》＝「免責的債務引受」ないし「狭義の債務引受」と、《② b》＝「併存的債務引受」ないし「債務加入」との“繋がり”は、どのように理解されているか。論評は後述することとして、分別度の高い考え方から始めて、とりあえず簡単に紹介しておこう。なお、《②》と《④》の関係については後記IVで後者の側から見る。

両者切断型の見解によれば、債務加入が債務引受と決定的に異なるのは、債務引受が債権者にとって処分行為であり、承継を目的とし、かつ、債務負担行為として把握できない点にある。したがって、とりわけ、債務加入は債務引受における減少体（minus）であると言うことができない⁽⁶⁷⁾。他方、「加入は引受の minus として……」と格別の補説も無く関連を肯定した上、当事者が引受と加入のどちらを欲しているかは解釈問題であり、疑いの存するときは加入のみを認定すべきであるとする見解もある⁽⁶⁸⁾。——ここまで来ると、切断型の立場ではないであろう。私見は、これらとは異なる両者の関係把握を考える。

（エ）上記（ウ）などとも関連するが、下民の下では引用するまでもなくらいに、《② a》は処分行為であって、債務が引受人に移転し、債権者の地位を安全にする機能を持つのに対し、《② b》は引受人の義務負担行為であって、担保機能を持つとされる。

そういう説明自体はそれで結構だが、必要以上に固定化と区別の強調が行われる

(64) Eckardt, aaO. (注 54 所掲) S. 1527 ; Medicus/Lorenz, Schuldrecht 1, 20Auffl. 2012, S. 435.

(65) Palandt, aaO. (注 55 所掲) S. 635.

(66) Jauernig/Stürner, BGB, 16Auffl. 2015, S. 621.

(67) Rieble, aaO. (注 20 所掲) S. 316~7.

(68) Vgl. Eckardt, aaO. (注 54 所掲) S. 1526, 1527.

と、新しい問題に対する適切と思われる解決を阻止してしまうおそれも生み出すのではないか。私見は、とりわけ「②b」につき複眼思考を検討したい。この概観における「④」の個所で採り上げるとともに、より詳細は本稿項目 C 以下で展開したい。

(2) フランス法

(ア) わが国では、フランスにおける債務譲渡が前世紀半ばから問題になったという紹介もあるが、実はもっと長い期間にわたって論争の対象とされ⁽⁶⁹⁾、債権譲渡に対応する債務譲渡法制を成文民法として持たなかった同国では「債務は譲渡できるか」が 19 世紀末に議論され、技術的次元にとどまらない根本的な反対があったらしい⁽⁷⁰⁾。「債権・債務に関する取引」(新民法の〈章〉の名称)における 4 個の制度の中では「②」が唯一、新たな改正まで法律上の制度ではなかった。そこで、例外的に過去へも少々遡ってみよう。

(イ) 筆者は注 4 所掲稿の作成時には気付かなかったが、後日、サレイユに「債務譲渡について」という論考⁽⁷¹⁾があるのを、たまたま或る論文集における文献紹介⁽⁷²⁾で知った。ドイツのかつて所属したハイデルベルク大学・外国法研究所では今回この論考を入手できず、在仏中の知人にコピーをしてもらった。ジイドの更改論から説き起こしており、デルブリュックやウンガーらドイツ語文献もかなり多く引用しているのに加え、著名となった学者の論考でもあり、現今のフ民体系書にほとんど引用されていないのであれば、これは不思議である。1890 年の発表であり、当時 35 歳のディジョン法学部教授資格者と紹介されている。

筆者の本問探求は、更改と債権関係移転の関連を視る所から出発しており、その上、前記注釈民法や注 4 所掲稿ではごく簡単にしかフ民の債務譲渡に言及していなかった。もともと執筆当時の代表的な教科書を数冊読んだだけに過ぎなかったが、

(69) Simler, op. cit. (注 33 所掲) p. 61.

(70) M/A/Stoffel-Munck, op. cit. p. 814.

(71) Saleilles, De la cession de dette, Annales de droit commercial Tome 4.-2 p.1~47.

(72) Simler, Cession de dette, cession de contrat, Forti/ Andreu, Le nouveau régime général des obligations, 2016, p. 99 note 1. そこでは当時のテーゼなども示されている。

ドイツ文献を幾らか渉獵した眼でフ民を見ると、当方の知りたい諸点がかなり簡素であったり見つからなかったりしており、しかも旧時代からの観念を温存・保守しているという感じもしていた。今回、本稿でフ民独自の視点に立って旧稿を全面的に補正する機会が出てきたわけだが、すでに新法の紹介⁽⁷³⁾も出始めつつある状況なので、旧フ民当時の法状態とそれに対する評価は、本稿項目C以下において記述する際に必要事項を説明する程度としたい。

(ウ) 本稿と同じテーマのエッセー⁽⁷⁴⁾用にフランス新法の解説書をあれこれ見ていた際、シムレールの新法解説書の序説⁽⁷⁵⁾に、1804年のナポレオン法典は“農業層のための法律”であり、工業から第3次産業（筆者注——商業・運輸・通信・金融・公務その他のサービス業）にいたる経済発展の需要にも応えてきたが、ド民そしてス債（1930年）およびそれら以後の諸国民法のより現代的な内容が好評であり陽も当たってきた、という趣旨の記述があった。本問だけに即して書かれた文章ではないが、非常に強い印象を受け、後日フランス経済史の教科書も何冊か見たりしたところ、たしかに、例えば1781年から1812年までの生産額統計で農業73%、工業27%となっていた。その後も、「小土地所有と小農経営という特徴をもつ……農業国」⁽⁷⁶⁾が同国のイメージとなり、〈農業〜〉と銘打つ状況からの最終的な離脱は第2次大戦後何年か経ってであったという文献もある。この状況推移とナポレオン法典への尊敬と愛着を結び付けるならば、債権取引の増大が債権関係譲渡論に対しても“法の現代化”を現実問題として（既存の先進的な学説提案などは別にして）呼び起こす動きがもっと早い時期に生じなかったことも十分うなずける。農業の支配的な社会において、債権や債務の取引が立法に投影するほど活発化することは、まず考えられない。せいぜい商業活動が盛んであった地域やその周辺において個別債権の売買とか相続が新たな法的解決を求める程度ではなかったか。もっと言えば、そもそもどの国においても、この問題への本格的な取り組みは、まさに現在行われるべきだと言ってよいのではあるまいか。

しかし、今や法典自体が変わった。とりわけ、フ民の<<②>>と<<④>>は、題目や

(73) 中原・注30所掲208頁以下、荻村慎一郎「非移転の取引操作」同所掲212頁以下。

(74) 注10所掲ポータル参照。

(75) Simler, op. cit. (注33所掲) p. 3.

(76) 加勢田博『概説西洋経済史』69頁。

要点では改正までの実務と理論の蓄積にもとづく内容も多く採択されているにせよ、完全な新設条文の範域に属し、われわれとしては、月並みであっても新法の内容をまず知らなければならない。現代史ないし基礎論は別に並行させるか、後日に送るのもやむを得ないと思う。日・仏の新民法を比較する論究ジュリの企画における抽象記述は、筆者に腕組みと一定の推測をさせたけれども、それは基礎的視角に関する方向を逆にまず示そうとしたのかもしれない。——ともあれ、われわれの方向を歩む。

(エ) さて、新フ民の《②》(日・独では債務引受)は、(a)「債務者(Y)は債権者(X)の承諾を得て債務を譲渡することができる。」と定めた1327条を冒頭規定とする。他に4か条が規定されており、(b) Xが譲渡の対抗を受け、または譲渡を援用できる時期如何が定められた(新1327条の1参照)。(c) Xの明示的な同意があるときは、Yは将来に向かって免責される。この同意が無い場合には、反対の条項があるときを除き、Y(当初の債務者)は債務の弁済につき連帯責任を負う(同1327条の2)。(d) Z(交替した債務者)と責任を負い続けるYは、無効・同時履行・解除・相殺のような債務に由来する抗弁をもってXに対抗できる。各自は自己個人の抗弁をもっても対抗できる(同1328条)。(e) YがXに免責されなかったときは、担保は存続する。逆の場合には、第三者が承諾した担保は、彼が承諾するときのみ存続する(同1328条の1第1項)。同第2項は省略。

(オ) 上で紹介した《②》に関する新规定のほか、筆者がフ民新法の文献から本問のために紹介しておきたい事項も幾つかある。

(a) 代表的教科書の一つには、要を得た書き方で新制度化より前の法的対応が述べられている⁽⁷⁷⁾。すなわち、仏法は“債務の買い取り(reprise de dette)”を用意しなかったが、遠回りの手段を手にした。それら五つの中に、(i)《③b》=債務者の交替による更改、(ii)《⑤指図》、(iii)他人のための契約がある。ただ、いずれにも難点ないし問題点があって、(i)では旧債務が消滅するため、抗弁をもって対抗できず、担保は消滅する。(ii)も債権者の同意や旧債務者の不解放のほか、とりわけ、抗弁の対抗不能ルールが適用される。(iii)は第三受益者(債権

(77) M/A/Stoffel-Munck, op. cit. (注27所掲) p. 815 et s.

者）の権利取得時期や当初債務者の不免责など債務買い取りとの違いが3点ある。

この教科書では、上の記述を経た後、以下の結語が続く。すなわち、前記（ii）と（iii）の制度は基本的に実務の需要を満たしているように見える。（ところが）実際的需要の不存在および理論的な反対——筆者が次号で紹介するようにこの書物の著者たちは反対説として紹介されている——に逆らって、立法者は2016年2月10日のオールドナンスにより《②》のメカニズムの確立を望んだ、と。——民法史としては具体的に調べるべき価値がありそうだが、本稿のプランとしては辞退しておきたい。

（b）別の逐条注釈書では、以下のように指摘される⁽⁷⁸⁾。（i）“新しさ”として。債務譲渡は、改正の中で最も注目すべき革新（innovation）であり、主に債務者の交替による更改と指図に近い。（ii）“独創性”として。債務譲渡は、債務者の入れ替えをもたらす。結び付けるのは新債務者であって新債務ではない。（iii）“構想”として。債務譲渡は、最も単純には当初債務者Y、入れ替わった債務者Zおよび債権者Xの合意が要求される3当事者契約（c. tripartite）と構成できるし、もう一つは、新旧両債務者の2当事者契約（c. bipartite）であり、債権者の同意は彼らの合意の付随効果ではないとする累積的（cumulative）構成である。新法はこれらのどちらかを明確に選んでいないが、フ民新1327条と1327条の2からフ民の債務譲渡は債権者の同意が強く求められる＜累積的譲渡＞である。

この仏法での学理が日民の理解・運用にとりどこまで参照価値があるかは、後述したいが、われわれ三角・多角の契約構成に関心を持つ者にとっては、（iii）の個所も見落とせない。われわれはエントリーの検討作業『多角的法律関係の研究』（2012）において柴崎暁と吉井啓子が仏法での状況紹介を担当した。吉井は複合契約の側面からアプローチしたのに対し、柴崎は証券法だけでなく本問の諸素材にも着目・立論していて、続く研究集・第2号『三角・多角取引と民法法理の深化』（2016）にも2人それぞれの更なる展開を期待していたが、吉井は別のテーマを選び、柴崎は登場しなかった。

この研究グループ（通称、椿塾）は筆者が或る包括的な課題を提案し、メンバーが具体的テーマを選定・発表・執筆する仕組みなので、私見は序論だけに留める場合が多いが、多角取引では、具体・個別の契約ないし取引から三者関係の素材を抽

(78) Deshayes/ Genicon/ Laithier, *Réforme du droit des contrats*, ~, 2016, p. 655~6.

出し、新出現の形態を整序する作業だけでなく、既存の契約についても新たな組み立てを検討するのが、私見の腹案である。したがって、中舎らが実施した 2016 年秋における私法学会シンポジウムも、もちろん諸兄の創意工夫に係るわけで、その意義は十分にあった。しかし、筆者の計画が完全に満了してはいない。歴史的契約に限っても検討する作業は手つかずで残ったものが少なくない。債務譲渡は三者性⁽⁷⁹⁾への言及が少なくないフランス文献で出ている領域の一つであり、時間的に許せば本稿項目 C 以下でも展開しておきたい。

(c) 条文から見ると、新フ民の債務譲渡には免責と併存を区別する用語がなく、当初の債務者 Y は、X が明示的に入れ替え同意を与えた場合か、同意は無いが解放条項がある場合には、責任を免れる組み立てとなっている（新フ民 1327 条の 2）。Y が免責・解放の要件を満たさなければ連帯責任を生じる。これならば、債務譲渡は 1 種類であって、免責的か併存的かという構成を通さない。私見は、両種の区別とりわけ峻別する方向への解決が必ずしも適切な結論を招来しないと解するので、できれば本稿でも少しフ民のこの点に手を伸ばしたい。

(d) 新フ民 1327 条によれば、債務譲渡は当初の債務者 Y が債権者 X の同意を得て行うが、独・日と異なり Y と X 間の譲渡契約による形態は規定が無い。新規周辺文献記述を二、三瞥見したが見当たらない。

実用解釈論とは関わりが乏しいが、私見は昔、注釈民法を書いたころには、債務引受において義務を負う立場の債務者が契約当事者にまでなるのを白眼視する意識か、あるいは古代法の残滓かが、Y・Z の引受契約による場合に狭義の三面契約を持ち出したり、さらには消極的な書き方をさせたのではないか、と思った。新フ民がこの形態を規定した理由は≪⑤指図≫の概観で述べる。

(2017-12-05 本稿〔1〕記了)

(法学部元教授)

(79) Chantepie/Latina, *op. cit.* (注 40 所掲) p.752 の項目にも債務譲渡の「3 当事者契約」性が「指図との類似」と並んで挙げられる。