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

Title	民法四六七条における一項と二項との関係
Sub Title	"Relations entre les alinéas 1 et 2 de l'article 467 du Code civil japonais"
Author	池田, 真朗(Ikeda, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1978
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.51, No.2 (1978. 2) ,p.25- 75
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19780215-0025

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.

民法四六七条における一項と二項との関係

池田真朗

序
一　問題の所在
二　民法四六七条の継受の過程
三　フランス民法一六九〇条
　(一)　対抗要件制度の意味
　(二)　私署証書による承諾
　(三)　『通知』の方式
四　ボアソナード草案三六七条一項
五　民法四六七条の立法趣旨を中心とする検討
　(一)　ボアソナード草案修正（分割）の理由とその問題点
　(二)　修正内容の評価
六　総括――学説の検討
後　記

序

指名債権譲渡の対抗要件を規定したわが民法四六七条は、その一項と二項とで、「債務者其他ノ第三者」に対する対抗要件と「債務者以外ノ第三者」に対するそれとを別異に規定する――すなわち債務者に対する対抗要件と第三者に対する対抗要件とが異なる――という、指名債権譲渡に対抗要件制度を採用した他の諸外国の立法例にない様相[1]を呈する規定である。

この四六七条の一項と二項との関係については、従来それほど重要な問題であるとは考えられていなかつたようであるが、しかし、学説の理解もやはり一様ではなく、以下に掲げるようないくつかの異説がある。そして、その点の理解の曖昧さは、実はわが民法が指名債権譲渡において対抗要件制度を採用した歴史的経緯についての知識の不足に根ざしているように思われ、さらに、この両項の関係を正しく理解することは、二重譲渡の場合の優劣の基準の画定や、四六八条に定める「債務者の異議なき承諾」の法的性質に関する議論等に解答を与えるための不可欠の前提であるように思われる。その意味で、私は本稿の主題を、わが民法の定める指名債権譲渡の構造を整序する一つの鍵を握るものとして把握した。

なお本稿は、私が先に発表した「民法四六七条におけるボアソナードの復権[2]」の続編としての性格も合わせ持つ。しかしながら、前稿がいわば「ボアソナードの側に立つて」歴史的な視点に力を置いて書かれたものであるに比し、本稿は純然たる現行法の解釈論たることを目的としているという性格の違いは、最初に明記しておく必要があろう。

とは言え、本稿を前稿と合わせ読まれて、筆者の意とするところをより良く理解していただければ幸甚である。

(1) フランス民法一六九〇条、旧イタリア民法一五三九条等は、対抗要件をそのように分けない。ただし、現行イタリア民法（一九四二年三月一六日制定）は、一二六四条・一二六五条の二カ条にわたり若干異なつた定めを置いており、別個に考察する必要がある。

(2) 手塚豊教授退職記念論文集・明治法制史政治史の諸問題・昭和五二年三月刊・一〇三九～一〇八〇頁所収。以下本論文は、拙稿「復権」前掲手塚記念〇〇頁と略して引用する。なお、論旨の明確を期すために、そこでの記述を本稿中に重複して置いた箇所のあることを、ここに断つておく。

一　問題の所在

わが国においては、民法四六七条の一項と二項との関係についての議論は、一方で、同条に言う「第三者」の範囲の画定[1]の問題を処理することに付随してなされ[2]、他方で、対抗要件たる通知・承諾をあらかじめ省略する特約の可否を論定するに際してなされ[3]てきた。

前者の議論から生まれ、今日「通説」として理解されているのは、一項は対抗要件の原則を規定するものであり、二項はその付随的規定である[4]、とするものであるが、これに対して有泉説は、「一項は、通常説かれるように、対抗要件の原則を規定するものではなく、専ら legitimation（原文通り。正しくはドイツ語の Legitimation すなわち形式的資格の意であろう――池田註）の問題として債務者は通知に従つて弁済すれば確実に債務を免れるし、譲渡人に通知をなさしめた譲受人が譲受債権を行使すれば債権は完全に消滅すると云う方面から規定したもの[5]」と解し、「従つて一項の範囲に於ては抑々債務者以外の第三者に対抗するの問題は起らない[6]」「二項に到つてはじめて直接第三者との対抗の問題を生じ[7]」るとする。

一方、後者の議論について言えば、判例は古くから、両項とも強行規定であるとする立場を取つており[8]、学説もかつてはそう考えていたが[9]、今日の通説は一項と、二項とを分離して、二項は取引の安全・公の秩序に関するもので、強行性を持つが、一項は債務者のみを二重弁済の危険から保護するもので、債務者との相対関係を規律する任意規定と解すべきである、とする[10]。

さらに、その他の点について付言すれば、通説は、右の一項二項分離の理由を説明するために、「債務者に対抗するとは、譲受人が債務者に対して譲り受けた債権を主張する要件となるということであり、それ以外の第三者に対抗するとは、その債権を二重に譲り受けたりまたは差し押さえたりした者との間においてその優劣を決する標準となるということである。し

たがつて、債務者に対する対抗要件と第三者に対する対抗要件とは分けて考察するのが妥当である[11]」と、二つの対抗要件の内容的区別を述べるにとどまるが、山本説は、四六七条が一項と二項とで債務者への対抗要件とその他の第三者への対抗要件とを区別しているということを「物権変動には類をみない姿[12]」であると強調し、学説には「債権と物権との性格的な差異から両変動の構造的な差異を追究するという姿勢はほとんどみられない[13]」と批判的に述べて、結論的に、指名債権譲渡における対抗要件は、公示の要求によるものではなく、「公示主義の要求から出た物権変動における対抗要件とはその性格をやや異にする[14]」と説く。山本教授はさらに、「そもそも、指名債権は、その成立から、消滅に至る過程において公示の要求をもたないのであつて、譲渡についてのみこれを必要とする理由はない[15]」と断言され、四六七条一項は債務者保護のための規定であり（公示とは関係がなく）、二項は債権譲渡の取引秩序を保護しようとするものであつて、その点では物権変動の対抗要件とその機能を同じくするものの、「公示性の要求にもとづいたものではない」とされるのである[16]。

以上の諸説の並立は、一体何を意味するのか。この問題の場合は、たとえば通説と少数説に基本的な発想上・立場上の違いがあつて、お互いの相違がその発想・立場に従つてどの事項についても一貫している、というような状況ではなさそうである。それだけに、一層、制度そのものの根本的な見直しの必要が予感されるのである。

我々は、既存の学説にとらわれずに対象を検証して、正しい解釈と呼べるものを見出さなければならない。そして、その作業はすなわち、何が正しく何が正しくないかを決定する根拠を見出すことに始まる。私はその根拠を教示する資料のうちの有力なものとして、立法の趣旨と、その法律制度の本来の意味とをまず措定する（この二つが異なるものであることは、本稿中でおのずから明らかになるであろう。）。勿論、これら両者は、常に、どのような法律問題についても、解釈上の根拠を与えるのに有効であるわけではない。しかし、それらが現在まで社会構造の変化や制度自体の変質による無力化を被らず、vivid な生命を保つている場合には、何よりもそれらを根拠として用いた解釈が、ひとつの整合性を持つた形で現われてくる筈で

ある。

(1) この問題については本稿では特に取り上げないが、古くは、債権譲渡においては、対抗要件は専ら取引の安全のためのものにすぎないから、これを制限的に解する理由はないとする無制限説もあったが（石坂音四郎・日本債権法総論一二三〇頁註8、鳩山秀夫・増訂改版日本債権法（総論）三五五頁註6、三潴信三・債権法提要総論四六九頁）、周知のように、今日の判例・通説は、対抗要件の不完全な債権譲渡においては、第三者の無制限な拡大は法律関係の錯綜を来たすとして、いわゆる制限説を取っており、この第三者を「譲渡された債権について譲受人と両立しえない法律的地位を取得した第三者」に限る（我妻栄・新訂債権総論〔七六七〕）とか、「譲渡ソノモノニ対シ法律上ノ利益ヲ有スルモノ」に限る（大判大正四年三月二七日・民録二一輯四四四頁）と定義している。なお次章にふれるボアソナード草案の規定参照。

(2) 後掲の舟橋説は大判昭和九年六月二六日・民集一三巻一五号一一七六頁の、有泉説は大判昭和八年四月一八日・民集一二巻八号六八九頁の、それぞれ判例批評中に述べられているものであるが、右判例はいずれも、民法四六七条二項の第三者の概念が問題とされた事例である。

(3) 後掲註(8)に引く末弘評釈の二判例（大判大正一〇年二月九日・民録二七巻二四四頁および大判大正一〇年三月一二日・民録二七巻五三二頁）参照。

(4) これは、柴田保幸〔最高裁判所判例解説〕最判昭和四九年三月七日民集二八巻二号一七四頁の中の表現である（法曹時報二七巻八号一二三頁）。後掲有泉評釈（註5以下参照）も前半部分につき同旨（有泉・後掲書一九一頁）。さらに明石三郎・注釈民法11・三七九頁は、「通説は、第一項は債権譲渡について、債務者をも含めて広く譲渡当事者以外の第三者への対抗関係の一般規定であり、第二項がその特別規定である。第一項は第二項によって制限をうけ、債務者以外の第三者に対する関係では、第一項の通知・承諾の上に特に確定日付を必要とするというのである」（傍点池田）とする。そしてこれらの説はみな、そこに舟橋諄一〔判批〕民商一巻二号八五頁以下を引用する。しかし、この引用は実はあまり正確でない。つまり、舟橋説はそこで、「民法は、確定日付ある証書そのものをもって直ちに第三者を保護せんとしたのではなく、直接には通知承諾をもって第三者を保護せんとし、ただこれを効果的ならしめんがためいはゞ附随的に、確定日付を要求したにすぎない。この故に、いかなる範囲の第三者を保護すべきかの問題は、通知承諾なる制度の存在理由を中心として、すなわち民法四六七条第一項を中心として考察せらるべきであり、確定日付制度を中心として考ふべきでない」（前掲八九頁、傍点原文）と説くのであって、それはあくまでも第三者の範囲の画定のためにする一項二項比較論であり、また、「付随的に」とこそ言うが、原則・例外、一般・特別等の表現はしていない。この点はさらに第六章の総括でふれる。

(5) 有泉亨・判例民事法昭和八年度五二事件評釈一九一頁。原文では、引用部分の中、「対抗要件の原則を規定するもの」の後に、「舟橋・民商一巻二号八五頁（大判昭和九・六・二六民集一三巻一一七六頁に対する批評）はこの事を強調される」との二行割註がある。

(6)(7) 有泉・前掲書一九一～二頁。なお原文中の二行割註は引用にあたり省略した。

(8) 大判大正一〇年二月九日・民録二七輯二四四頁等。

(9) 石坂音四郎・民法研究三巻四三〇頁以下、田島順・債権法二〇四頁以下。

(10) 末弘厳太郎・判例民事法大正一〇年度一六・三九事件評釈・同書五〇～五一頁および一〇九頁を嚆矢として、鳩山・前掲書三五五頁、我妻・前掲書〔七六一〕〔七七五〕、於保不二雄・債権総論〔新版〕三〇八頁等。

(11) 於保・前掲書三〇八頁、ほぼ同文我妻・債権総論（旧版）〔九四〕。ただし、我妻・新訂版〔七三九〕では、最後の文章（分けて考察するのが妥当）が削除され、四七八条が「債務者とその他の第三者とを区別する点は、果して適当なものかどうか疑わしい。」との表現が入ってきている。

(12)(13) 山本進一「債権の二重譲渡」判例演習〔増補版〕債権法1・一四五頁。

(14)(15)(16) 山本・前掲論文・前掲書一四七頁。

二　民法四六七条の継受の過程(1)

民法四六七条一項および二項は、形式的には旧民法財産編三四七条一項を一部修正したものであるが、実際にはボアソナード旧民法草案三六七条一項を範として、それを一ヵ条中に二つの項に分割した形で配置せしめたものである。まずはこの間の事情につき解説する。

本条が審議された明治二八年三月二二日の第七二回法典調査会において、起草委員の一人梅謙次郎は、同条(2)の趣旨説明の冒頭部分で、次のように述べている。

本条ノ規定ハ財産編第三百四十七条ノ第一項ト精神ハ同シテアリマス即チ主義カ同シテアルノテス唯一ツニハ此原文ニ「合式ニ告知シ又ハ債務者カ公正証書若クハ私署証書(3)ヲ以テ之ヲ受諾シタル後ニ非サレハ」云々斯ウ云フ風ニ書イテアリマス本案ニ於キマシテハ債務者ニ対スル丈ケニハ然フ言フコトハ要ラナイ方式ハナクテモ通知シ又ハ其承諾ヲ受ケレハ宜イ斯フ云フコトニ致シタノテス。(4)

また、不完全かつ非公式ながらも、現行民法典の理由書として存する、民法修正案理由書(5)には、「本条ハ既成法典財産編第三百四十七条第一項ト其大体ノ主意ヲ同シウシ唯左ノ三点ニ於テ修正ヲ施シタルノミ」(6)とあり、さらにその修正第一点として、以下のように記されている。

一、既成法典ニ於テハ譲受人カ其譲受タル債権ヲ債務者ニ対抗スルニモ合式ノ通知若クハ証書ヲ以テスル承諾ヲ必要トシタレトモ

本案ニ於テ証書ヲ要スルハ単ニ此譲受ヲ債務者以外ノ第三者ニ対抗スル場合ニ限レリ蓋シ債権者ト債務者トノ間ニアリテハ単純ナル通知若クハ承諾ヲ以テ十分ナリトシ証書ヲ必要トスルハ畢竟他ノ第三者ニ対シテ詐欺ノ生スルヲ防カン為メナリ果シテ此目的ニ因リテ証書ヲ要スルモノトセハ其証書ニ必ラス確定ノ日付ヲ付セサルヘカラス而シテ之ヲ付スルノ方法ノ如キハ特別ノ細則ヲ以テ確定スヘキモノトス。(7)

而して、旧民法財産編三四七条一項は、

記名証券ノ譲受人ハ債務者ニ其譲受ヲ合式ニ告知シ又ハ債務者カ公正証書若クハ私署証書ヲ以テ之ヲ受諾シタル後ニ非サレハ自己ノ権利ヲ以テ譲渡人ノ承継人及ヒ債務者ニ対抗スルコトヲ得ス

と規定していた。

しかしながら、この財産編三四七条は、私が既に明らかにしたように、(8)譲渡の告知をなす者、及び確定日付の制度の採用、の二点につき、ボアソナードの意に反した改悪が行なわれており、現行法の起草者はそれらの点につき、ボアソナード草案の方が優れていると認めた上で、財産編三四七条一項をボアソナード草案のように再修正して現行四六七条としているのである。それ故、我々が現行法との比較の対象となすべきは、財産編三四七条一項ではなく、ボアソナードの草案三六七条一項であるということになる。

而してその草案三六七条一項は、次のようなものであつた。

指名債権の譲受人は、譲渡が債務者に合式に(9)『通知』(10)されたかまたは債務者によつて公正証書もしくは確定日付ある証書で承諾されたとき以後でなければ、自己の権利を債権者の承継人もしくは債務者に対して対抗することができない(11)

この規定のうち、「承継人」(原文 ayant-cause) とは、譲受人の地位と両立しない同一の地位を得た者という意味で、(12)ボアソナードが、単なる「第三者」(tiers) の語はここでは不適当であるという主張(13)の下に用いたものである。なおこれは、皮肉にも、現行法四六七条一項二項が「第三者」と規定しながらその内容として通説判例が制限的に説くところと全く一致してい(14)

る。[15]

従つて、前章の起草委員の説明を考え合わせてこのボアソナード草案三六七条一項を読むならば、現行四六七条一項二項は、少なくとも規定の形の上から見て、このボアソナード草案三六七条一項を、「債務者に対する対抗要件とその他の第三者に対する対抗要件とを分ける」という方法論で、二つの項に分割したものであり、その他の点では両者は非常によく似ていると言うことができる。[16]

さて、そのボアソナード草案三六七条一項は、これをフランス民法一六九〇条から継受したものである。[17] フランス民法一六九〇条については次章で詳述するが、両者の規定の上には構造的にそれほど大きな差異はない。[18]

なお、周知のように、ドイツ民法は指名債権譲渡について対抗要件制度を採用しておらず、法継受の観点からはここでは比較の対象になりえない。[19] また、ボアソナード草案三六七条一項から現行民法四六七条への修正・継受に際し、特に修正の動機付けをしたその他の外国法典の存在は、なかつたと見てよい。[20]

以上の考察のもとに、我々は次章においてまずフランス民法一六九〇条の考究に入る。これは、前章に述べた、指名債権譲渡における対抗要件の制度本来の意味を探求する作業に他ならない。

（1）拙稿「復権」前掲手塚記念一〇四四～一〇四八頁参照。本稿ではそこで考察した部分はできるだけ省いてある。
（2）この段階では条数は第四七〇条である。
（3）後述するようにここがボアソナード草案では「公正証書もしくは確定日付ある私署証書」となつていた。
（4）学振版法典調査会民法議事速記録第二二巻一三八～一三九丁。
（5）民法修正案理由書については、福島正夫編・明治民法の制定と穂積文書三五～三九頁参照。なお、拙稿「復権」前掲手塚記念一〇四七頁註（5）参照。
（6）（7）前掲民法修正案理由書三八八頁。
（8）拙稿「復権」前掲手塚記念一〇四八～一〇六八頁の記述を参照。

(9) 原語 dûment の意味は、selon les formes voulues, régulièrement である (Larousse, DFC)。

(10) 原語は signification である。私は前稿「復権」では、この語は本来「送達、通達」と訳すべき語であると二カ所に註記した上で、本文では、旧民法正文にならつて「告知」と訳しておいたが、本論では以下の論旨をより明快にするために、全面的に、「送達による通知」という意味をこめて『通知』という訳語表記を採用する。次章第㈢節に詳述するが、この signification がフランスではボアソナードの時代も今日も「執達吏による送達」を意味することは、事実として疑いない。なお、拙稿「復権」前掲手塚記念一〇五六頁註 (9)、一〇六五頁註 (8) および一〇六八頁本文中の草案条文訳参照。

(11) 原文は Le cessionnaire d'une créance nominative ne peut opposer son droit aux ayant-cause du cédant ou au débiteur cédé qu'à partir du moment où la cession a été dûment signifiée à ce dernier, ou acceptée par lui dans un acte authentique ou ayant date certaine.

この条文中にある ayant-cause につき付言すると、ボアソナードは、後掲の Projet ないし Exposé des motifs において、複数形の場合も、ayants-cause としていない。なお本条については拙稿「復権」前掲手塚記念一〇七一頁註(2)、Exposé des motifs については同一〇七四～一〇八〇頁を参照。

(12) Boissonade, Projet de Code civil pour l'empire du Japon, accompagné d'un commentaire, 2e éd., t. 2, n° 148 et note [j]. 以下本稿では書名を Projet と略す。なお拙稿「復権」前掲手塚記念一〇六六頁註(17)参照。

(13) これは、ボアソナードがフランス民法一六九〇条を批判的に修正した点のうちの一つである。Boissonade, op. cit., n° 176, 149.

(14) 本稿第一章註(1)参照。

(15) 「承継人」という用語の法典への持ち込みそれ自体の可否はさておき、内容的にはボアソナードは今日のわが民法四六七条の「第三者」概念についての制限説を先取りし、それを厳密な形で法典上に表現しようとしていたわけである。

(16) 他に異なる点と言えば、譲渡の通知をなす者が、草案では譲渡人もしくは譲渡人の関与を受けた譲受人ということになる (Boissonade, Projet, 2e éd., t. 2, n° 177 et note [b].) のに対し、現行法では譲渡人のみとなる点である。この相違に関しては、拙稿「復権」前掲手塚記念一〇四九～一〇五一頁参照。

(17) 勿論ボアソナードはその旨草案に明記している。Boissonade, op. cit., n° 176. なお拙稿「復権」前掲手塚記念一〇七一頁註(2)参照。

(18) ボアソナード草案に「公正証書もしくは確定日付ある証書」とあるのが、フランス民法では公正証書一本になつている点、及び、先に述べた、草案の「承継人及び債務者」が仏民では「第三者」になつている点（しかし、勿論この「第三者」は、債務者を含む概念である）が異なるぐらいである。

(19) 安達三季生「債権譲渡の対抗要件」民法の判例〔第二版〕一一八頁以下は、わが民法とフランス民法とを比較せず（しかも仏民に関する若干の記述には、後述する如く事実の誤認がある）、専らドイツ民法を比較するが、法継受の観点を外しても、根本的に制度の構造の異なるものを比較することには、第一義的な意味を認め難い。つまり、指名債権譲渡に関しては、ドイツ民法の比較対照は、わが民法の取る対抗要件制度そのものの理解には役に立たず、ただその制度の欠陥なり利点なりの認識に役立つのみである。

(20) ちなみにイタリア民法（旧法）一五三八～一五三九条は、近代フランス法の考え方の影響に従ったものである（Planiol, Traité élémentaire du droit civil, 2e éd., t. 2, 1902, n° 1616 等参照）。

三　フランス民法一六九〇条

フランス民法一六九〇条は、次のように定めている。

Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur.
（譲受人は債務者に対する移転の『通知』によらなければ第三者に対抗[1]しえない）

Néanmoins le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique.
（ただし譲受人は公正証書による債務者の移転の承諾によっても同様に対抗[2]しうる）

本章では、この一六九〇条を、特に①対抗要件の意味②私署証書による承諾③通知の方式、の三点において分析する。この三点をクローズアップする理由は、次章以下の考察で逐次明らかにするが、日本民法四六七条の成立事情およびその後の学説・判例の展開を意識したものに他ならない。

(一)　対抗要件制度の意味

今日、フランス法は不動産所有権の移転に関しても対抗要件主義を採用しているが、周知のように、一八〇四年成立の民法典中にはその規定がなく、一八五五年のいわゆる「謄記法」（Loi du 23 mars 1855）に至つて初めて所有権の移転の対抗要件として「謄記[3]」（transcription）が必要とされたのである。[4] 従つて Code civil ならびにそれに関する loi を現象面で捕えるときは、フランスにおいては債権譲渡における対抗要件制度の採用は、不動産所有権譲渡の取扱いに合わせたものではなく、

法典上には逆に不動産所有権譲渡の対抗要件に先行する形で登場したものと言うことができる。そしてつまりそのことは、債権譲渡の対抗要件の独自な発展過程を想起させるに十分である。

右の事情を念頭に置いた上で、債権譲渡の対抗要件制度についてその生成の過程を概観する。

まず、債権譲渡それ自体の発達史について、最小限の解説を付しておこう。周知のように、ローマ法は当初債権の譲渡を認めなかつた。[5] しかしやがて、委任の形を借りて、譲渡の実質を達成する方法を承認するようになつた。これがいわゆるprocuratio in rem suamの制度[6]である。これは、債権者が、自己の債権につきprocurator[7]（訴訟代理人）に、本人に代つて取立の訴訟をなすことを委任し、しかもその目的物の還付を予め免除することによつて、当該債権をそのprocuratorに取得せしめるというものである。[8] しかしながら、この制度は、①委任は、委任者（つまり債権者）の死亡によつて終了する、②litis contestatio（争点決定）まで、債権は委任者に属し、委任者はこれを処分し消滅させることが可能である、という二点において、脆弱かつ不完全なものであつた。[9] その後、まず、譲受人は譲渡人の死後も有効な訴権を行使しうると定めることによつて譲受人の権利が強化され、さらに後になつて、譲受人に対し、債務者に『通知』[10] significationをなすことによつて、訴権を行使する前に被譲債権の権利者となる方法が与えられたのである。[11] リペール＝ブーランジェは、現在のフランス民法が採用する譲渡は、このprocuratio in rem suam以来のローマ法の結論を継受したものであり、それと別の物であるわけではないと言う。[12]

さて、それでは、右のようにして行なわれるようになつた債権の譲渡に、対抗要件の思想が入り込んで来たのは、どのような経緯によるものだつたのであろうか。

アコラスは次のように言う。「一六九〇条は、第三者に対する債権の譲渡を取扱う。この条文は、古法とポティエの説に従い、譲受人は、債務者に対する移転の『通知』によらなければ、第三者に対抗しえない（第三者に対し、債権を取得できない）と

規定する」[13]。そして彼はそこに言う「古法とポティエの説」として、パリ慣習法（Coutume de Paris）一〇八条と[14]、Pothier, n。554[15]を挙げ、さらに次のように述べる。「しかしこのパリ慣習法及びポティエの説旨がこのような論決を導いたのも、条理によつたのではなく、他に比較するものがあつたのである。すなわちそれは、有体動産の売主が引渡（tradition）までその物の所有権者にとどまるのと同様、債権の譲渡人は、譲渡の『通知』 signification がなされるまでは、決してその債権者たるを失わないという原則である」[16]。そしてこの原則をプラニオル＝リペールは、「フランス法の伝統」と呼んでいる[17]。なお、一六九〇条の起源としてパリ慣習法一〇八条とポティエの説とを挙げるのは、フランスのいずれの教科書、解説書も同じである[18]。

つまり、フランス民法一六九〇条は、このような古法の一原則からその系譜を引いているのであり、そこでは対抗要件制度の採用は、譲渡を完全にするための、言いかえれば譲受人の地位を保障するための方策だつたのである。さらに言えば、ローマ法の出発点において譲渡性を否定されていた債権の、譲渡性の獲得の歴史それ自体が、譲受人の地位の確立の歴史であつたという事実を、我々は看過してはならない。

それでは、右のような沿革をもつてフランス民法一六九〇条に取り込まれた債権譲渡の対抗要件を、ボアソナードが日本にフランス民法を移入した時代のフランス本国の学者は、どう評価していたのであろうか[19]。

まず、オーブリ＝ローは、この対抗要件が譲受人のためのものであることを、伝統的な表現で言う[20]。さらにムールロンは、債権の譲渡が譲渡人譲受人間の合意のみでその両者の間では完全なものとして成立する旨を述べた後で、次のように言う。「第三者に対しては、当事者間の合意のみでは（solo consensu）譲渡は完全（parfait）ではない」[21]「第三者に対処するためには、法はさらに、譲渡と同時にもしくはそれ以後に、それを公にする（rendre publique）ための目的を持った行為を遂行することを要求する。それまでは、当該債権は譲渡人の財産中に存し、譲渡人は、譲受人以外のすべての人に対し、なお債権

者の役割を果し続ける」[22]。

これらの説明は、ほぼ、先述のポティエ以来の伝統的見解の域を超えていない。

しかし一方、コルメ・ドゥ・サンテールは、この対抗要件の手続すなわち『通知』・承諾が、第三者の利益において要求されていることを明言する[23]。すなわち、彼は、一方で『通知』・承諾を、パリ慣習法一〇八条から現行一六九〇条につながる古法の教義が確立せしめた「一種の公示（publicité）の手続き」と呼び[24]、一方で、譲渡を知る――すなわち新債権者を知る――利害を持つのが、債務者およびその他の第三者であることを挙げ、その公示の欠缺が第三者に損害を引き起こすことを説いている[25]。

従つて、この時代（すなわち日本法がフランス民法を取り込んだ時代）は、一六九〇条の対抗要件は、譲受けた権利を完全にするという意味で、そもそも譲受人のためのものである、と理解する伝統的な立場と、譲渡を知らないために被る損害から債権者及び第三者を保護するためのものであると理解する、機能的な面に着目した新しい立場とが並存しはじめていた時代と言える[26]。このすぐ後の世代では、プラニオルが前者の伝統的理解を強調し[27]、ブゥダンは、両者の立場の考慮がともに必要なことを説いている[28]。

このような、フランス民法一六九〇条の対抗要件としての『通知』・承諾の二面性は、わが国ではあまり理解されていないように思われる（わが国の四六七条の対抗要件については、専ら後者すなわち債務者および第三者の保護が言われるだけである）。しかしながら、一六九〇条の対抗要件が、ムールロンらの言うように、「その譲渡を完全にする」性質を持つものであるならば、これは、当事者（譲渡人譲受人）以外のすべての人に対して等しくその効果を及ぼすものでなければならず、その意味でも対抗要件は相手によつて区別されないのが本来の建前であることになる[29]。勿論これはフランスにおいてもクラシックとなつた議論からの論結であるが、日本民法との比較において、記憶される必要があろう。

しかしここでさらに注意すべきは、右に挙げた学説が、対抗要件としての『通知』・承諾の意義を、「譲渡を公示するための行為」として把握する点である。わが国では、不動産所有権移転の対抗要件たる登記につき公示性を論じることが当然のことである一方で、本稿第一章に紹介したように、債権譲渡の対抗要件と公示の要求とを無関係とする学説もあるので、この点につき若干考察を加える必要がある。(30)

十九世紀前半の学説についてはあまり明確ではないが、(31)少なくとも十九世紀後半、特に一八七〇年代あたり以降の学説は、ほとんどこぞって、一六九〇条の『通知』・承諾について、その「公示」publicité の意味を論じている。(32)そして、『通知』・承諾を譲渡の公示方法と説くことは、程なく学界の通説(33)となるのである。以下にその経緯を略説する。

まず、この公示のシステムについて言えば、最初に、債務者が、『通知』または承諾によつて、債権の譲渡の事実を認識する、そして次に、他の第三者が、当該債権にかかわつていこうとするときに、その債権の存否等を債務者に問合わせることによつて譲渡を知る、つまり『通知』・承諾は、譲渡を知らしめる一種の公示の役割を果す、という構成である。(34)

勿論、このシステムが不動産登記等に比べて不十分なものであることは自明である。

この公示の意味については、十九世紀の末に、誰のための対抗要件かの理解にからんで議論が起り、プラニオルは、一六九〇条の対抗要件の「公示」は一八五五年法の謄記の「公示」とは異なるものであると論じたが、(35)ブゥダンはこれに反論して、この一六九〇条の公示システムは、一八五五年法のそれの先駆をなすものと評価した。(36)この点の詳細は別稿に譲るが、結論的に、今日、一六九〇条の『通知』・承諾を publicité の概念で把握・説明することは、当然のこととなつているばかりか、(37)『通知』・承諾の意義はまさにその publicité にしかない、と強調する説もあらわれている。(38)

(1)(2)　原文は一項が n'est saisi, 二項が peut être saisi であるから、それぞれ厳密に訳せば、第三者に対し「〔債権を〕取得しない」、同じく「取得しうる」となる。この表現は、古法の言い回しを借りたものであり、後述のパリ慣習法一〇八条に Un simple transport ne saisit point……とあ

る。コルメ・ドゥ・サンテールは、「ポティエはこの概念を非常にうまく説明した。この saisit の語の明確な解釈は、彼の説明から生まれた。古法の人々にとつては、saisine はすなわち possession（占有）であり、saisir もしくは ensaisiner とは possession を与える意である。（中略）古法ではこの占有の付与は大きな役割を果した。というのは、所有権は単なる合意では債権者や買主に移転せず、引渡（tradition）によつたからである。（中略）今日では譲渡に関する主義が変じ、買主は単なる合意で所有権者となるので、一六九〇条は saisir の意味を多少変容させねばならなかつた」として、「（新法典では）saisi という表現は、investi（授与された）の同意語として採用された。すなわち、n'être pas saisi とは、権利を獲得していないの意である」「しかし、譲渡人との関係では、権利は獲得されている（est acquis）のだから、譲受人に対し saisine すなわち investiture du droit（権利の授与）を拒むのは、第三者に対する関係（この第三者は債務者を含むこと、以下の nº 137 に明記あり――池田註）のみであることを付言する必要がある」と説いている（Colmet de Santerre, Cours analytique de Code civil, t. 7, 1873, nº 136 bis I）。本稿では、この説明を参考に、saisine に「取得」の訳語をあてることとする。

(3) わが国では通常、transcription に「謄記」、inscription に「登記」の訳語をあてる。なお星野英一「フランスにおける不動産物権公示制度の沿革の概観」民法論集第二巻六頁註(1)、同一〇頁註(2)参照。ただし現在は両者の方法上の差異は存在しない（Ripert, Traité élémentaire de Planiol, t. 2, 13e éd. 1949, nº 3717.）。

(4) 勿論、一八五五年法に先行する不動産所有権移転の対抗要件主義の基盤は、ごく早い時期から見ることができる。そして、ほぼ明確に対抗要件主義を立法・施行したものとしては、共和暦七年霧月一一日（一七九八年一一月一日）の抵当貸付法（Loi de crédit hypothécaire）二六条が挙げられよう。これについては、Aubry et Rau, Cours de droit civil français, t. 2, 4e éd., 1869, p. 281, Marty et Raynaud, Droit civil, t. 3, 1er vol., nº 583. この規定が現行民法典に採用されなかつた経緯については、星野・前掲書一四～一七頁参照。

(5) しかし、周知のように、債務者の協力があれば、更改による債権の移転はできた。ブッダンは次のように言う。「最初、ローマ法は、債務者の承諾があつてのみ可能になる、債権者の交替による更改（novation）以外、新債権者が旧債権者にとつてかわる方法を知らなかつた。この意味において、古いローマ法は債権の譲渡（cession de créance）を認めていなかつたと言える。つまりそのことは、ローマ法が債権者に債務者の協力（concours）なしにその債権を処分する権限を認めていなかつたことを意味する」Beudant, Cours de droit civil français, 2e éd. t. 11, 1938, nº 356. なお、Ripert-Boulanger, Traité de droit civil d'après le traité de planiol, t. 2, 1957, nº 1296 参照。

(6) 詳細は、Gide, Etudes sur la novation et le transport des créances en droit romain, 1879 の第三章 "Du transport par *litis-contestatio*" のうち、p. 273-313 参照。

(7) ジィドによれば、今日 procurator の語は、procureur（代訴人）あるいは mandataire（代理人）と訳されるが、ローマの法律家の間では非常に広汎な意味で用いられていた。その中の一つの概念として、ある人の procurator が、その人の利益においてでなく、procurator 自身の利益において（in rem suam）行動するものを、procurator in rem suam と呼ぶ。Gide, op. cit., p. 282, 291.

(8) Mourlon, Répétitions écrites sur le Code civil, t. 3, 11e éd., nº 674, Ripert-Boulanger, op. cit., nº 1663. なおムールロンはそこで

次のように言う。「intentio（訴求）は譲渡人の名義でなされ、condemnatio（判決）の利益は譲受人自身に与えられる。この方法では譲渡された債権はなお譲渡人の身にとどまるので、本来の譲渡（cession proprement dite）を構成するわけでは全くないが、しかし受任者は自らその債権を実行することによつて得る利益を自己のために保有することができるのであるから、この巧妙な迂回によつて、権利の譲渡がもし認められていたならその譲渡が生み出したであろう結果と、類似の結果を得ることになる」。

(9) Ripert-Boulanger, op. cit., n° 1663.

(10) 古法においてはいざしらず、フランス民法典制定以降は、本文に後述するように、signification はすなわち、執達吏による「送達」を意味する。本稿ではこれを『通知』と訳出しているが（第二章註9参照）、敢えて「送達」の訳語を付さなかつたのは、判例等が例外的に認める、執達吏による送達証書以外の公吏の書類による方法をも、その訳語に含ましめようとの意図からである。

(11)(12) Ripert-Boulanger, loc. cit.

(13) Acollas, Manuel de droit civil. t. 3, 1877, p. 332. 傍点池田。アコラスについては、後註（19）参照。

(14) パリ慣習法一〇八条は、次のように定める。"Un simple transport ne saisit point ; il faut signifier le transport à la partie et en bailler copie."（単なる移転は、取得を与えない。移転を当事者に『通知』し、その証書を与える必要がある。）Pothier, Traité du contrat de vente, n° 554 (Bugnet, Œuvres de Pothier, t. 3, 1847, p. 219. そこでは債権の譲渡そのものに書面形式が要求されていることが注意を引く。これは現行フランス民法では採用されていない（あなみに現行一六八九条が債権証書の交付を要求しているのは譲渡の実際の履行に際してであり、譲渡契約に関するものではない。Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, 2e éd., t. 7, n° 1106 参照。なお明石三郎・注釈民法11・三八五頁の記述は、この点につきいささか説明を欠く）。これについては、Ripert et Boulanger, op. cit., n° 1667 参照。なお、パリ慣習法は、一五一一年にいつたん編纂され、一五八〇年に至り改正・整備された。ここでいう一〇八条は、おそらくはこの改正後のものの条数であろうか。パリ慣習法とその役割については、野田良之「フランス法概論」上巻二八〇～二八五頁参照。

(15) これは勿論、前註に掲げた Pothier, Traité du contrat de vente, n° 554 を指す。

(16) Acollas, op. cit., p. 332-333. しかしアコラス自身、この考え方を symétrique と評した上で、債権譲渡に『通知』を要求するのは不合理で無益だとしている。

(17) Planiol et Ripert, op. cit., n° 1684. なお、この原則をうたう判例として、Pau, 1er décembre 1891, D. 93. 2. 47; 24 décembre 1894, D. 95. 1. 206, S. 95. 1. 69.

(18) Troplong. Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code civil, t. 2. 5e éd., 1856, n° 882, Colmet de Santerre, op. cit., n° 136 bis I, Planiol et Ripert, loc. cit., etc.

(19) フランス法が日本に移入された時期、すなわち、一九世紀後半の一八五〇年～一八九〇年頃は、いみじくもフランスにおける註釈学派の最終期と科学学派の誕生期をそのうちに含む（Gaudemet は一八三八年～一八八〇年を註釈学派の最盛期、一八八〇年～一九〇〇年を科学学派の誕生期とする。福

井勇二郎「十九世紀に於ける仏国民法学の発達――ユージーヌ・ゴドゥメの講演に拠りて――」仏蘭西法学の諸相・四五～九六頁)。従つてここでは、その過渡期の学者として、Aubry et Rau, Colmet de Santerre, Mourlon, Acollas, Beudant らの著作を中心に引用する。

それらにつき、二、三付言しておく。Aubry et Rau の著作 Cours de droit civil français (ゴドゥメは彼らに対し、「註釈学派の最高峰たるとともに、来たるべき科学学派の創始者も兼ねていた(福井・前掲書七〇頁)」との評価を与えている)については、本稿では彼らのオリジナルとして最も評価の高い、その第四版(一八六九年～一八七九年)を使用する。なお、Mourlon はパリの法曹、Acollas はスイス・ベルン大学の教授である。彼らの著作について注意すべきは、明治政府がボアソナードを迎えた直後に集中的に行なつた、当時最新のフランス民法教科書・解説書の翻訳作業の対象となつていることである。それ故、彼らの学説は、翻訳を通じて当時の日本の学者・立法関係者に多くの影響を与えたことが想像されるのである。本稿で引見する Mourlon, Répétitions écrites sur le Code civil, 11e éd. は、破毀院判事、パリ法科大学名誉教授の Demangeat の改訂増補を受け一八八一～一八八三年に出版されている(なお、法務図書館蔵本は第一〇版で、その t. 3, 1er vol. は一八七八年に出ている)。この一〇版ないし一一版の翻訳と見られるのが、司法省蔵版・ムールロン氏仏蘭西民法覆義(谷井元次郎、大島三四郎他訳・明治一三―一六年)である。また、Acollas, Manuel de droit civil, 2e éd., 1874-1877 の訳とみられるのが(但し同版かどうかの正確な判定はできないが)、司法省蔵版・アコラス氏仏蘭西民法提要(小島龍太郎訳、明治一三～一七年)である。但し、それらの翻訳は必ずしも正確とは言えず、何よりも未だ訳語に定解を見ていない時期のものであるので、本稿では採用しない。なお、Acollas の発音は、おそらく、正しくはアコラであると思われるが、今日迄それを確認しえなかつたので、本稿では通例にならい、アコラスと表記しておく。

(20) 「一六九〇条に従つてなされる移転の『通知』は、譲受人のために、完全な saisine (取得) をもたらす」Aubry et Rau, op. cit., §359, p. 420. ただし、彼らも譲渡人譲受人間では単なる合意の効果として完全な権利が移転すると考えていたのであつて、『通知』・承諾をいわゆる効力要件と考えていたわけでは勿論ない (§ 359, bis.)。また彼らは、一六九〇条が第三者の正当な利益の保護に資することもそれなりに配慮していた。Aubry-et Rau, op. cit., §359 bis, note 12.

(21)(22) Mourlon, op. cit., n° 678. 傍点池田。

(23) Colmet de Santerre, op. cit., t. 7, 1873, n° 136 bis III.

(24) Colmet de Santerre, op. cit., n° 137 bis III.

(25) Colmet de Santerre, op. cit., n° 137 bis I et II.

(26) コルメ・ドゥ・サンテール以前に後者の立場を明確に述べている文献は、筆者の引見した限りでは見当らなかつた。

(27) Planiol, op. cit., n° 1614.

(28) プゥダンの述べるところは、以下のようである。「今日、第三者にとつて、(一六九〇条の対抗要件の)手続きは、不動産の分野での謄記のそれと同様に、重要なものである。しかし一方、『通知』はローマ法から現在の Code civil まで、譲受人の利益において移転の様式として考えられ、維持されてきたことを忘れてはならない。それはもはや譲渡人と譲受人との間の移転の様式ではないけれども、それは第三者にとつての利益を表わすと同様に、

譲受人にとつての利益を表わしている」Beudant, Cours de droit civil français, 2e éd., t. 11, 1938, n° 362（傍点池田）。なお、ブゥダンのこの著書は、ここで用いた第二版の発刊が一九三四～一九三八年であるが、初版は、彼の死後に息子ロベールによつて第一次大戦前に七冊出されて、戦争のために中断している。ブゥダンの実際のパリ法科大学教授としての最高期は、一九世紀末の二〇年間ほどであることを念のため付言しておく。

(29) 但し例外としての私署証書による承諾については後述するが、しかしこれも、フランス法では、対抗要件が一本であるという建前を崩すものとはなつていないことに注意を要する。

(30) 但し、公示の問題に関しては、本稿での考察は最小限にとどめ、登記との関係、日本法との関係等は別稿の機会に譲る。

(31) たとえば後述の Duranton, Cours de droit français, 4e éd., t. 16, 1844 には『通知』・承諾を publicité と説く記述は見当らない。

(32) これにはおそらくは前述の一八五五年三月二三日の「謄記法」の制定が影響を及ぼしているのではないかと思われる。

(33) 以下の本文に掲げる諸説参照。例えばジュランは『通知』・承諾をすべて publicitéで言いかえて表現している。Josserand, Cours de droit civil positif français, t. 2, 1930, n° 818～821. 特に上記 numéro の題目参照。

(34) Colmet de Santerre, op. cit., n° 136 bis VI 参照。なお同旨 Planiol, op. cit., n° 1614, Mourlon, op. cit., n° 680 等。

(35) Planiol, loc. cit. 参照。

(36) Beudant, op. cit., n° 357 et note 1 参照。

(37) Mazeaud, Leçons de droit civil, 3e éd., t. 2, 1966, n° 1260, Carbonnier, Droit civil, t. 4, 1975, n° 124, p. 463.

(38) マルティ＝レイノーは、古法での『通知』・承諾の手続きは譲渡を完全にする性質を持つていた（その意味で、譲渡の一要素だつた）が、今日では、債権は当事者の単なる合意のみによつて移転するので、すべての手続はその移転のためには無意味となり、一六九〇条の手続（『通知』・承諾）は、公示の手段でしかない、と述べている。Marty et Raynaud, Droit civil, t. 2, 1er vol., 1962, n° 809 et note 4.

(二) 私書証書による承諾

フランス民法一六九〇条二項は、譲受人が債務者を含む第三者に対して対抗しうる（その債権の取得を主張しうる）要件の一つとして、「債務者の、公正証書（acte authentique）による承諾」を定めている。しかしながら、実際には、費用のかかる公正証書によらない、私署証書（acte sous seing privé）での承諾が数多く行なわれることとなつた。この、私署証書による承諾について、学説・判例はどのような対応を示してきたのであろうか。

まず一八九〇年頃までの学説・判例を検討してみよう（このことは、後述の明治民法の起草者の発言を検討する上で重要な意味を

持つ）。一八三〇～五〇年の註釈学派成立期の学者であるデュラントンは、既に、債務者 débiteur と第三者 tiers とを一応区別して論じ、譲受人が後者に対し、債権を取得する（saisine を持つ）ためには必ず公正証書による承諾を要するが、対債務者の関係では、私署証書による諾諾の場合でも譲受人は有効に取得しうる（そしてそれは、口頭での承諾の場合でも同様である）としていた。[1] これは、「債務者が私署証書でなした承諾は、たとえその証書が確定日付を取つていたとしても譲受人に saisineを与えるのに十分ではない」としていたフランス民法制定当初の学説[2]から、一歩を進めたものである。そして、十九世紀の後半になると、学説はこぞつて、対債務者の関係に限り、そのような承諾の効力を認めるという態度を明確にし、[3] 判例もこの考え方を承認した。[4]

オーブリ＝ロー第四版は、債務者の私署証書ないしは口頭での承諾は、他の利害関係人に対しては効力がない（n'est efficace）と説いたあとで、「公正証書による承諾がなければ、もし債務者が（最初に）『通知』をした第二譲受人に弁済を請求された場合、第一譲受人は、債務者が彼にすべての譲渡『通知』をあらかじめ免じていたとき以外は、債務者に対し二度払いを強制することはできない」「債務者が間接的に譲渡のあつたことを知ることがあつても、その認識は『通知』・承諾のあつた場合と等しくなく、必ずしもこれらの要件の達成の欠缺を申立てることを妨げない。しかし、事実や cause（原因）の状況が、債務者と債権者の共謀、もしくは債務者の重大な軽率さ（imprudence）を示している場合には、たとえ『通知』も承諾もなくても、譲渡はそのすべての効果を生み出すことになる」[5] と述べている。

またムールロンは、債務者が間接的に知つた場合についてはオーブリ＝ローと同一の結論を引き出した（但し理由付けは異なる）[6] 後で、私署証書による承諾について次のような説明を加えている。「私署証書による承諾の後も債務者の譲渡人への支払いにつき譲受人は異を唱えられないという説は、一見肯定すべきように見える。[7] しかしこれについては、反対説が優勢であるように思われる。その説にいわく、『私署証書によつて承諾をなした債務者は、譲受人に対し、彼（譲受人――池田註）の

損害となるべき弁済をしない旨を約したものである。従つてその債務者がもし譲渡人に弁済をなした場合は、自らの約諾に違背することとなる。それ故、その場合には債務者が譲受人に対してその被らしめた損害を賠償するのは当然のことである[8]』と。この考え方に従えば、公正証書による承諾は、債務者以外の第三者にのみ要求されるもので、債務者との関係では、私署証書による承諾も有効である[9]」。

これがアコラスになると、その考え方はまた若干異なる。つまり、彼は、一六九〇条後半の文言自体を、「公正証書もしくは私署証書で確定日付を持つもの（に限り対抗しうる）」と読み[10]、私署証書で確定日付のないものによる承諾と、口頭での承諾とを、対債務者にのみ有効なものとするのである[11]。

以上要するに、（各説に若干ニュアンスの違いはあるものの）フランス民法一六九〇条にいう「公正証書による承諾」は、対債務者の関係での私署証書でも良いとする考え方が、一八七〇～八〇年頃には既に通説として確立していたということになる。

ちなみに、この点の解釈は、その後も同様に引き継がれ[12]、また今日でも変つていない[13]。しかしながら、そこで注意しておかなければならないことは、対債務者の関係での私署証書による承諾の有効性が、あくまでも例外的、限定的なものとして把握されていたことであり、対抗要件の本質としてそのような承諾を含むことが承認されていたわけではない、ということである。つまり、彼らは、債権譲渡の対抗要件にはauthenticité（真正さ）を不可欠のものと考え、日付のcertitude（確実性）はその中に当然含まれるものと考えていたのである[14]。従つて、少数説たるアコラスのように、私署証書で確定日付のあるものだけを、対債務者の関係に限つて有効とする考え方が、右に挙げた対抗要件のauthenticitéの要求を維持しながらの構成であることは勿論、ヴァレット以来の通説（私署証書を可とすると言うのみで必ずしも確定日付を要しないばかりか、学者によつては口頭あるいは黙示の承諾でさえも可とする[15]）も、右の点を意識するが故に（すなわち、無条件でこのような承諾を認めると対

抗要件の authenticité が崩壊することになるが故に）私署証書による承諾は、所定の対抗要件を充足するから有効なのであるとは構成せず、その承諾が「譲受人の損害となるような弁済をしない旨の約諾」[16]「一種の譲受人への支払約束」[17]「債権者の債務者に対する権利の、譲受人への保証」[18]を形成するから有効であると構成していることに充分に留意すべきである。

(1) Duranton, Cours de droit français suivant le Code civil, 4e éd., t. 16, 1844, nº 496 et nº 497. なお彼は、対債務者には私署証書による承諾でもよいとする理由として、フランス民法一三二二条の法理を引きつつ、私署証書も、署名した当事者およびその相続人・承継人の間では公正証書と同一の証明力を持つからとする。ちなみにフランス民法一三二二条は、「相手方によつて承認されまたは法律上承認されたものとみなされる私署証書は、これらに署名した者ならびにその相続人および承継人の間において、公正証書と同一の証明力を持つ」と定める。

(2) Zachariæ, Handbuch des französishen Civilrechts, 1808, § 359 note 10, etc. なお、判例はしばらくの間この立場を堅持する。たとえば、Dijon, 9 février 1847, S. 39. 2. 327; Rennes, 29 juillet 1861, S. 49, 2. 225.

(3) 以下に挙げる Aubry et Rau, Colmet de Santerre, Mourlon, Acollas 等参照。

(4) 破毀院がこの考え方に決したのは、Cass., 6 févr., 1878, D. 78. 1. 275, S. 78. 1. 168. の判決である。なお Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 2e éd., t. 2, 1902, nº 1613 参照。

(5) Aubry et Rau, op. cit., § 359 bis, p. 428–429.

(6) この理由付けは、謄記に関する規定であるフランス民法一〇七一条を推論して、「法律上他人にある事実を認知させるためにことさらにその方法を設けた場合には、その公示方法を実行しないうちは他人は全くその事実を了知しないものと見做さなければならない」とするものである。Mourlon, op. cit., nº 684. 同旨 Colmet de Santerre, op. cit., nº 136 bis V.

(7) この理由は、前註(6)に記したところと同一の発想から出発するもので、「『通知がなく、公正証書による承諾もなされていない間は、第三者との関係では譲渡人は真正な債権者としてとどまる。そして債務者も第三者である（et le cédé est un tiers）」というのである。Mourlon, loc. cit.

(8) ムールロンは脚註を付してこの説をヴァレット（A. Valette）の説として紹介している（nº 684, note 2）。ヴァレットは一八三五年に三〇歳でパリ法科大学の教授代理（suppléant）になり、二年後の一八三七年から四十三年間、民法の講座を担当した。私署証書による承諾も対債務者の関係では可とする説は、既に前掲デュラントンのものがあるが、デュラントン（Alexandre Duranton, 1783–1866）は、一八二〇年から一八五六年までパリ法科大学で教鞭を取っており、前掲の彼の Cours de droit français 第四版は一八四四年刊であるから、もしムールロンの言が正しければ、デュラントンが若き後進ヴァレットの説を容れたものであろうと思われる。デュラントン、ヴァレットの人と学問については、福井・前掲書四〇～四二頁および五五～六〇頁参照。

(9) Mourlon, loc. cit., 傍点池田。

(10) Acollas, op. cit., p. 333, 傍点池田。
(11) Acollas, loc. cit.
(12) Planiol, op. cit., t. 2, 1902, nº 1627. なお彼は「対抗」を説くのに既に saisine を用いず、文字通り "Elle (l'acceptation sous seing privé を指す——池田註) n'est opposable qu'à lui (débiteur を指す) seul". とか、"mais il (cessionnaire を指す) ne pourra pas opposer le transport aux tiers" のように表現する。ちなみに、オーブリ＝ロー、コルメ・ドゥ・サンテール、ブゥダン等十九世紀末までの学者は皆まだ saisine, saisiner を使うがボアソナードは一八八二年の Projet 初版で既にすべてこの opposer を用いている。
(13) 次註に掲げるプラニオル＝リペールの説や、Carbonnier, Droit civil, t. 4, 1975, nº 124 等参照。
(14) この考え方は、十九世紀の学者のみによってとられていたわけではなく、その後も同様に堅持されている。プラニオル＝リペールは、次のように明快に説く。「登録 (enregistrement) されていようと、確定日付があろうと、私署証書による承諾は、一六九〇条の要求する承諾と等価値ではない。なぜなら、日付の確実さだけでは不十分だからである。法は、承諾自体の確実さを要求する。(中略) 結果として、私署証書による承諾は第三者に対しては無効であり、その譲渡は第三者に対抗できない。しかしこれは私署証書による承諾が全ての効力を欠くという意味ではなく、少くとも債務者と譲受人との間では効力を持つ。私署証書による承諾は、債権者の債務者に対する権利を譲受人に保証するに足るものである。この利点が、譲受人が第三者に対しては債権者たりえないという不都合があるにもかかわらず、当事者を私署証書による承諾に満足させる理由である」 Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, 2e éd., t. 7, 1954, nº 1121 bis.
(15) 本文前掲のデュラントンや、プラニオル＝リペール等。しかし、プラニオル＝リペールの挙げる例を見ると、「承諾」そのものはそれを推測させるどんな形でなされても良い（たとえば、譲受人への債務の一部弁済）という趣旨であつて、単に口頭で承諾がなされただけで、それを証する資料（何らかの証書等）が一切なければ、対抗力を認めるには至らないのではないかと思われる。Planiol et Ripert, loc. cit. 参照。
(16) 前掲のムールロン（ヴァレット）の説。
(17) Colmet de Santerre, op. cit., nº 136 bis IV.
(18) 前註(14)に引いたプラニオル＝リペールの説。

(三) 『通知』の方式

既にしばしば述べたように、フランス民法一六九〇条は、指名債権譲渡の対抗要件として、債務者に対してなされる移転の signification と、債務者による公正証書での acceptation とを定める。わが国ではこれらを古くから「通知」[1]「承諾」と訳し、紹介して来た。前節に考察した acceptation を「承諾」と訳すことは、何ら問題はないが signification を単に「通

知」と訳すのは、実は重大な問題を含む。一口に言つて、それは訳語として不適当であるのみならず、その訳語の採用は、解釈論の上でわが国の学説上に、重大な誤解をもたらしたのである。この点の経緯は後章に詳述するが、ここではまず、フランス民法一六九〇条に言う signification の語の正確な意味内容を確定する作業を行なつておくこととする。

結論から先に言えば、フランス法にいう signification は、「通知」ではなく「送達」もしくは「送達による通知」である。つまりそれは、huissier（執達吏）によつて、exploit（送達証書）をもつて行なわれるのである。以下この点につき詳述する。

前節の承諾の場合と若干事情が異なるのは、フランス本国での一八九〇年頃までの民法解説書には、この significationの実行方法につき、とりたてて説明するものがあまり見当らないという点である（このことは、後述の日本民法の起草者の見解を検討する上で微妙な問題を残すかもしれない）。しかしその中で、コルメ・ドゥ・サンテールは、「（一六九〇条の定める二つの対抗要件のうちの）最初の形式は、債務者に対する、譲渡の signification すなわち、債務者に対して公吏（officier public）の証書によつて与えられる、譲渡の公の認識（connaissance officielle）である。この公の通知（avis officiel）は、送達証書（exploit）の通常の様式においてなされる。これは、当事者が証拠を確保しようとする、もしくはしなければならない場合における avis（通知）や avertissement（通知）や injonction（裁判所の命令、特に差止命令）の正規の様式である」[2]と説いている。

そして、このように、signification が本来、執達吏のする、送達証書による送達であることは、フランス民法では実は古くから常識的に理解されていたのであり、判例中にはごく初期から一六九〇条にいう signification が exploit によつて行なわれることを示すものがある[3]。

さらに言えばフランスでの問題関心はむしろ、一六九〇条に要求される signification として、送達（証書）以外のもの

を、équivalent すなわち同価値のものとして認められないかという点にあつた。しかし判例はこれを一八八〇年頃まで明確に否定していたのである。[4] 特に、saisie-arrêt（債権差押命令）が signification にとつて代わることができないことなど、明確に判示され、その立場が維持されていた。[5]

このような情況の中で、オーブリ＝ローは、一六九〇条の唯一の目的は、第三者の正当な利益の保障にあると説き、signification や acceptation について非常に厳格な方法を採用して、そのために債務者の悪意や重大な懈怠を許す結果となるのは、この規定の精神を見忘れたものだと批判している。[6]

そして、やがて一八八〇年代に入り、「譲受人すなわち弁済請求者からの請求によつて、譲渡行為を記載して債務者に送達された、（裁判所の）召喚状（exploit d'ajournement）は、signification と同等のものとみなす」という判例[7]や、「債権の移転に関して民法一六九〇条以下に定められた方法は、限定的なものではなく、そこで必要な signification は、債務者に債権の譲渡を法律上のかつ正規の（légale et régulière）方法で知らせる（instruire）すべての証書によつて生じることが可能である。従つてそれは特に拒絶証書（protêt）や裁判上の通知（dénonciation）や召喚状（citation）によることもできる」とする判例[8]が現われた。しかし、ここで注意しなければいけないのは、これら当時の新しい判例が承認した signification の内容の拡大は、決して単なる私的な通知をもその中に加えようとするものではなく、significationはあくまでも法律上の、そして「正確で真正な方式」[9]を持つた、書面行為に止まるという点である。

この signification の概念自体は、次代の学者によつていつそう明確に語られることになる。すなわち、プラニオルは、「この signification は、書面もしくは口頭によるどんな notification（告げ知らせること）でも良いわけではない。それは、通常の規則に従つて、当該個人もしくはその住所にあててなされる、執達吏の送達証書[10]であり、すなわち公正な、確定日付ある証書である[11]」とし、ブゥダンは、「この signification は、確定日付および証拠力（force probante）を保全する、執達吏

による、裁判外の（extrajudiciaire）行為の通常の形式でなされる」[12]とするのである。そしてこのプラニオルらの説明は、そのまま今日の学者にまで引き継がれている。[13]

最後に、この通知の方式の問題につき、若干の補足を加えておこう。まず、これらの方式の実際の履践が、今日でもかなり厳しく守られていることに注意しなければならない。例えば、譲渡行為を記載して債務者に送達された裁判所の召喚状をsignification と同等に見るという判例を先に紹介したが、破毀院は一九五〇年に、この召喚状が、債権の正規の譲渡を明示していなければ、一六九〇条の要求する signification に代ることはできない、と判示し、[14]はっきりした歯止めの方向を打ち出している。さらに判例は、公証人は、送達行為をなすことをその職務権限として持たない故に、この signification をなすことができない旨を明確に判示している。[15]またごく最近の学説としてカルボニエも、「判例は、執達吏によるsignification以外の事情で債務者が得た債権譲渡の単なる「認識」を、一六九〇条に定める手続と同等と認めるところまでは行かないように見える」[16]と述べている。

以上の考察に従い、本稿では signification に『通知』の訳語表記をあてるのである。

(1) 但し、旧民法財産編三四七条では、「告知」の訳語が用いられていた。

(2) Colmet de Santerre, op. cit., t. 7, 1873, n° 136 bis II. 傍点池田。

(3) たとえば、Paris, 28 févr. 1825, D. 26. 2. 60 等。この判例については、解説書としてTroplong, Le droit civil expliqué, suivant l'ordre des articles du Code, de la vente, 5e éd., t. 2, 1856, n° 890 が、事実関係の概要から紹介している。

(4) たとえば、Rennes, 18 déc. 1879, D. 80. 2. 204.

(5) Tribunal de l'Empire (Allemagne), 11 juillet 1881, s. 82. 4. 33 が引く Cass. 15 juillet 1828 等。なお saisie-arrêt については、わが国での差押転付命令との比較等、考究すべき点がいくつかある。

(6) Aubry et Rau, op. cit., §359 bis, note 12.

(7) Civ. 1er mai 1889, D. 90. 1. 264, S. 89. 1. 460. なお同旨 13 nov. 1928, D. H. 1928. 605; 17 févr. 1937, D. H. 1937. 221, S. 1937. 1. 172 等。

(8) Toulouse, 20 mars 1888, Gaz. Pal. 88. 2. 277. やや遅れて同旨Trib. Seine, 10 févr. 1908, Gaz. Pal. 1908. 1. 225.
(9) Planiol et Ripert, op. cit., t. 7, 1954, n° 1118.
(10) 原文イタリック exploit d'huissier.
(11) Planiol, op. cit., 2e éd., t. 2, 1902, n° 1612.
(12) Beudant, op. cit., 2e éd., t. 11, 1938, n° 360.
(13) リペール＝ブーランジェは本文前掲のプラニオルの説明とほぼ同文である。Ripert et Boulanger, op. cit., t. 2, 1957, n° 1667. またマゾーは、「債務者に譲渡を signifierするとは、すなわち、執達吏の証書によつて――書留郵便では不十分であり、これは商業取引に関する債権の場合も同様である――債権者の交替と譲渡の主要な条項を通告する（prévenir）ことであるとする（Mazeaud, op. cit., t. 2, 1966, n° 1260. 傍点池田）。さらにカルボニエは、債務者への signification につき、「この執達吏の送達証書（公正証書、それ故確定日付を持つ。このことが肝要なことである。なぜなら、時間上の順序が、様々な利害関係人の間の紛争を断ち切るのであるから）は、譲渡人の請求により、もしくは、よりしばしば譲受人の請求により、送達される」とする（Carbonnier, op. cit., t. 4, 1975, n° 124. 傍点池田）。
(14) Com. 21 juin 1950, J. C. P. 1950. II. 5898, note A. Cohen.
(15) Req. 26 févr. 1934, D. P. 1936. 1. 39, note Pic.
(16) Carbonnier, loc. cit., ここでは彼は判例が既に認めている équivalents については、特にふれていない。

四　ボアソナード草案三六七条一項(1)

前章に考察したフランス民法一六九〇条に関する論点は、ボアソナード旧民法草案によつてどのように消化されていたのであろうか。我々は次にこの点を見ておく必要がある。

既に第一章で紹介したように、フランス民法一六九〇条を継受した彼の草案（Projet）三六七条一項は、債務者に対する対抗要件と、それ以外の第三者に対する対抗要件とを分けていない。そして、債務者による承諾については、「公正証書もしくは確定日付ある証書」でなされることを要求し、通知は公吏の手により「正式に signifier される」ものとされていた。以下には、前章の考察に対応する順序で、この条文の内容につき説明を加えよう。

まず、対抗要件制度の意味についてであるが、いわゆる誰の利益のための対抗要件かという問題に関して、彼は、前章に考察したフランス法の伝統的原則に則つた、「譲受人のために譲渡を完全にする手続」としての対抗要件の説明はなしていない。しかし彼はまず、草案三六七条の性格を、「本条は、一読してわかるように、譲渡に一種の公示を与える、もしくは、少くとも譲渡を関係人に認識（connaissance）せしめる方法に関するものにすぎない」[2]と規定し、そして「法律は、ここで、債権証書の引渡（délivrance）あるいは交付（remise）をもつて十分な公示（publicité suffisante）として考えることができないので、別に一つの方法を設定した。しかし法律が（債権の）譲渡をある種の公示に付するのは、各人の地位の保持を、譲受人によつてなされるに容易であり、そして、まさに承継人[3]につきまとう前述の危険を予防するに十分な、要件にかからしめることに他ならない」[4]との記述をして、公示が債務者を含んだ第三者の保護を重要な目的としていることを示すのである。ついで、その公示のシステムにつき、前章に引いたコルメ・ドゥ・サンテールやプラニオルの説明と同様、まず債務者に譲渡の認識を与えることを第一段階の公示と考え、その認識を基軸として、そこへの第三者の問合わせによつて間接的に第二段階の公示の機能が果たされると説いている[5]。従つて、対抗要件制度の意味に関しては彼は、フランスの古法からつながるクラシックな議論のみを捨象して、あとは当時のいわば新しい通説とも呼べる立場を日本に移入した形になつていると言える。

さて、そのような意味づけをした対抗要件として、『通知』と承諾とを置き、債務者に対抗する条件とその他の第二者に対抗する条件を違えない、という基本構造の点では、ボアソナード草案三六七条一項はフランス民法一六九〇条と何ら変るところがない。しかしながら、その『通知』と承諾の内容に関しては、若干の差異があることを注意しなければならない。

まず承諾の方から考察する。前章第(二)節に述べたように、フランス民法一六九〇条の条文は、承諾としては公正証書によるものだけを認めているが、実際にはその手続の煩雑さと費用の高さから私署証書による承諾が多く行なわれ、学説・判例

は早くからこの私署証書による承諾を対債務者の関係では有効に機能するものと認めていた。また一部の学説は、一六九〇条二項の「公正証書による承諾」の文言自体を、「公正証書あるいは私署証書で確定日付を持つものによる承諾」と読みかえていた。

ボアソナードが草案三六七条一項で採用したのは、この後者の方式である。またそれを条文上に明記したことは、フランス民法一六九〇条の改良として十分に評価しうる。すべての承諾に公正証書を要求することが無理なことは、フランス民法制定以来経験上自明となつていたわけであるし、何よりも、彼の言うように、ここで「予防すべき困難は、（複数の）証書の、相互の時期の先後に関する問題でしかありえない」[6]からである。彼が、フランスの通説を知りつつ、対債務者の関係でも、承諾に確定日付を要求し、確定日付のない単なる私署証書での承諾を認めなかつたことは、重要なポイントとして記憶されなければならない。

次に、通知についてもボアソナード[7]は、Projet の中で前述のように、「『通知』signification についても、公吏 officier public によつてなされることに鑑みれば、確定日付を持つことになろう」[8]と説き、また、彼が旧民法の法律取調委員会の疑義に答えた「民法草案確定日付ニ関スル答案・第千三百四十九条第千三百五十条」[9]の中でも、この『通知』の方法につき、「書記局ノ吏員ニ依テ」[10]とか、「執達吏又ハ書記ノ証書ヲ以テ」[11]と明確に説明している。

ここで「書記局ノ吏員」もしくは「書記」とあるのは、当時、各区裁判所またはその出張所の所在地に執達吏がいない場合にその職務を裁判所書記に代行せしめるという扱いが予定されていたことによるものであろうと考えられ、従つてボアソナードの考える『通知』をなす「公吏」とは、「執達吏ないしその職務を代行する裁判所書記」ということになる、それであれば、彼の『通知』signification の方式についての概念は、フランス民法のそれと同様であると理解してよい。勿論 Projet 等の資料からは、彼がフランスの判例が例外的に認めるいくつかの signification の équivalents をどこまで承認

するかまでは明らかでないが、ともかくここでは、彼が公吏の介在しない私的な通知を認めていないという事実は確実に記憶されなければならない。

これらの内容を持つたボアソナード草案が旧民法成立までに変更改悪されてしまう過程については、既に前稿に詳論して[13]いるが、そこで述べたように、現行民法の起草者たちは、改悪された旧民法（財産編三四七条）ではなく、この草案の方を立法の手本とするのであるから、ここでは旧民法正文についての考察は全面的に省略する。

以上の考察をふまえた上で、我々はいよいよ、現行民法四六七条の立法趣旨の検討に入ることとする。

（1）私は既に拙稿「復権」前掲手塚記念一〇六八～一〇七四頁に、本条の全容（一項から五項まで）につき概略の考察を加えてある。ちなみに、ボアソナードは本条文の註釈の冒頭で、フランス民法およびイタリア民法（旧法）が、債権譲渡を売買の規定中に入れていることを、「体系上の欠陥」と批判している（Projet, 2e ed., t. 2, n° 175）。この草案では債権譲渡は「第三者に対する合意の効力」の規定中に収められている。ここでは詳論しないが、この点についても検討・評価の余地があろう。

（2）Boissonade, Projet, 2e éd., t. 2, 1883, n° 176.

（3）ボアソナードは、ここでの「承継人」ayant-cause には、「譲渡債権者にもはや有効に弁済することのできない債務者自身」をも入れて考えている。（Projet, 2e éd., t. 2, loc. cit.）。また本文後述の「民法草案確定日付ニ関スル答案」中では、「或ル証書ニ関スル承継人トハ其証書ヲ尊重スヘキ者即チ其地位カ右ノ証書ニ繫属スル者ヲ云フ」と説明している（学振版民法編纂ニ関スル諸意見並雑書㈠・三四一丁）。なお拙稿「復権」前掲手塚記念一〇六六頁註（17）参照。

（4）Boissonade, Projet, 2e éd., t. 2, loc. cit.

（5）ボアソナードは、Projet, 2e éd., t. 2, n° 177 で、まず「所定の手続（『通知』・承諾を指す――池田註）がどのようにして公示の代わりになるのかを説明しなければならない」と述べ、続いて『通知』・承諾の方式を説いた後で、次のように言う。「このようにして債務者になされた通知（avertissement, これは単なる information の意味に取つて良い――池田註）は、すべての関係人に対して足りるものとなろう。すなわちまず第一に債務者自身に対して十分である。彼はもはや譲渡人に弁済してはならず、また譲渡人と共に譲受人を害するような和解や債務免除の合意をしてもいけなくなる。また当該債権につき差押をしようとする譲渡人の債権者のため、および、その債権を取得しようと思つている人々のためにも、この通知をもつて足りる。なぜならこれらの者はその差押または契約をなす前に、その債務者とされる者の許で、彼が実際に未だその債務者であるかどうか、またその負債額がいくらであるか等を確認することを怠らないであろうし、そしてその回答に従い（その回答については詐欺または錯誤を予防するため、書証を出させるべ

きである)、契約をしたりしなかったりするであろうからである。なおボアソナードは、フランス民法の売買篇の講義の中で、一六九〇条における公示につき、同様の説明を加えている。ボアソナード氏仏国民法売買篇講義（薩埵正邦筆記）四九三～四九四頁（明治一四年三月一七日第二五回講義分）参照。

(6) Boissonade, Projet, 2e éd., t. 2, n° 177. この記述は、債権譲渡の対抗要件における最大の要点を明快に衝いており、そして、彼の方法論もまたここに集約される。前章第(1)節註(14)に引いたPlaniol et Ripert, par Esmain, 2e éd. が、一九五二年に至ってなお、「登録(enregistrement)されていようと確定日付があろうと、私署証書による承諾は、一六九〇条の要求する承諾と対等ではない。なぜなら日付の確かさだけでは不十分だからである。法は、承諾自体の確実さを要求する」として、結果的に私署証書による承諾は、（一六九〇条においては）第三者（含債務者）に対して無効であるという、伝統的な立場を固守した論述をなし、それに続けて、但し対債務者の関係に限っては（対抗要件該当性はないにもかかわらず――池田註）承諾が譲受人に対する当該債務の保証にあたるという構成で、対債務者の関係に限って有効と見做していることを再度想起して比較されたい。すなわち、本国の通説が、建前の上では、対抗要件の手続きにおける真正さと日付の確定性とを、あくまでも二つながら保持し、ただその簡略化を、対象となる人で分けてその一部すなわち債務者との関係に導入したのに対し、ボアソナードは、その簡略化の志向を、手続すなわち通知・承諾の行為の、真正さについての要求の緩和（承諾について言えば、公正証書のみから、プラス確定日付ある証書へ）に向け、より肝要と考えた、手続における日付の確定性については、誰に対する関係でも一律に要求したのである。どちらの方法論がよりプラクティカルかの判断は、確定日付の付与の方法等もからんでくるのでそう容易ではないが、理論上の欠陥を生ぜしめにくいという点では、ボアソナードの方法のほうが勝るのではなかろうか。なぜなら、ボアソナードの方法は理論上の統一的処理の利点を備えるのに対し、フランスの通説は、対債務者に限り有効となる理由を、前章に述べたように一種の債務保証のような、本来の対抗要件とは別個の構成をしなければならないからである（そしてもしこれを日本法のように対抗要件に組み入れた形で正面から規定すると、理論上は、対債務者という局限された範囲ではあるが、「先後の決定できない対抗要件」が承認されてしまうことになる。実はこれは本来は最も避けなければいけないことであろう）。

(7) ボアソナードは、前掲のフランス民法一六九〇条の講義の中で、なぜ通知をすることが必要かという点にふれ、債権は有体動産と違って即時取得ができないからだ、という説明をしていることがいささか注意を引く（ボアソナード氏仏国民法売買編講義四九〇～四九一頁）。

(8) Projet, 2e éd., op. cit., n° 177.

(9) 学振版民法編纂ニ関スル諸意見並雑書（一）三四一～三四七丁。なお拙稿「復権」前掲手塚記念一〇六七頁註(25)参照。

(10)(11) 前掲「雑書（一）」三四四丁。

(12) 前註の解答書から一年半ほどたって施行された執達吏規則（明治二三年七月二五日法律五一号、昭和四一年一二月三一日廃止）五条ノ二、第一項は、次のように定めた。「区裁判所又ハ其出張所ノ所在地ニ執達吏ナキ場合ニ於テハ地方裁判所長ハ其管轄内ノ執達吏ニ役場ノ出張所ノ設置ヲ命シ又ハ裁判所書記ヲシテ執達吏ノ職務ヲ行ハシムルコトヲ得」

(13) 拙稿「復権」前掲手塚記念一〇四四頁以下参照。

五　民法四六七条の立法趣旨を中心とする検討

(一) ボアソナード草案修正（分割）の理由とその問題点

既に第二章に略説したように、明治民法（前三編については現行民法）の起草者は、ボアソナード旧民法草案三六七条一項を一ヵ条中の二項に分割した形で、四六七条の一項と二項とを作成した。それならば、彼らはなぜ右のような修正（分割）をほどこしたのか、その理由がまず問われなければならない。

我々はそのために、前掲法典調査会での梅委員の提案理由説明を仔細に検討してみる必要がある。梅発言は、以下のようなものであつた（ここに掲げる部分は、一部前掲引用部分と重複するが、理解を容易にするために、あえて省略を避けた。また、説明の便宜のために、囲み数字をつけて発言を区切つてある）。

①本条ノ規定ハ財産編三百四十七条ノ第一項ト精神ハ同シテアリマス即チ主義カ同シテアルノテス②唯一ツニハ此原文ニ「合式ニ告知シ又ハ債務者カ公正証書若クハ私署証書ヲ以テ之ヲ受諾シタル後ニ非レハ」云々斯ウ云フ風ニ書イテアリマス本案ニ於キマシテハ債務者ニ対スル丈ケニハ然フ云フコトハ要ラナイ方式ハナクテモ通知シ又ハ其承諾ヲ受ケレハ宜イ斯ウ云フコトニ致シタノテス、③テ此第二点ニ於キマシテハ外国テモ大抵疑ヒノナイコトテ仏蘭西其他仏蘭西法律ニ倣フテ法文ヲ書イテ居ル国々ノ明文ヲ見マシテモ皆公正証書カ必要ト云フヤウナ風ニ書イテアツテ夫レテ其解釈上ハ何ウナツテ居ルカト云フト是ハ無論債務者ヨリ他ノ第三者ニ対スル条件テアツテ債務者カ承諾スルト言ヘハ夫レハ一ツノ契約テアル其契約ハ固ヨリ有効テアル、テアルカラ其債務者ニ対スル丈ケニ公正証書カ要ルノテナイト云フコトヲ学者カ総テ皆認メテ居ル位テアツテ債務者ニ対シテハ方式ノ要ラナイト云フ方カ穏カテアロウト考ヘマス④唯第三者ニ対シテハ必ス相当ノ方式カナクテハナラナイ而シテ其方式タルヤ吾々ノ考ヘマスル所テハ何ウモ此確定日付ト云フコトカナクテハナラナイ即チ当事者ノ詐欺ノ出来ヌ法律上何ウ考ヘテ見テモ間違ヒノナイト云フ日付ヲ一ツ拵ヘテ其日付ノアル証書ヲ以テ通知ヲ為シ又ハ承諾セシメナイト云フト債務者以外ノ第三者ニ対シテハ証拠トスル訳ニハ往カナイ……（以下略）

つまり、梅は、フランス民法はじめ仏法系の諸外国の立法は、みな債務者の承諾に公正証書を要すると規定しているけれども、実際の解釈論においては債務者との関係に限つては、無方式の承諾をもつて有効としている。その位だから債務者に対しては無方式とした方が穏やかであろうと言うのである。

既に本稿第二章でフランス民法一六九〇条にいう承諾につき考察したところに従えば、梅の言は全く正当である。[5] しかし、フランス民法のように原則的には（そして、条文上にも）あくまでも公正証書による承諾を要求して、私署証書その他による承諾の効力を否定しておきながら、例外的に対債務者の関係だけには対抗力を持つとするのと、日本民法のように、正面から条文上に、無方式の承諾でも対債務者との関係では有効である、とするのとでは、はつきりと異なると言わなければならない。つまりそれは、ひとり消極・積極のニュアンスの違いにとどまらず、対抗要件そのものの性質をどう把握せしめるかというプリンシプルの違いに不可避的につながつてしまうからである。つまり、対抗要件本来の機能とすれば、いつからその譲渡が他の人々に対抗しうるものかが確実になることは最も肝要なことであり、それが保障されればこそ、二重譲渡の際の優劣の基準等を真正に確定しうることになるのである。その認識を強く保持している限りにおいては、少なくとも対抗要件としての建前の上では、方式の真正さと日付の確実さとを合わせ持たない対抗要件は認めることができない筈である。[6] この点についてはなお次節に論及する。

さらにもう一点、彼の論理には重大な瑕疵があつたことを見逃してはならない、今一度、右の引用部分を読み返してみよう。③の部分で彼が論じていることは、ただ「債務者の承諾」に方式がいらないという理由のみである。債務者に対する通知に方式がいらないという理由は一切述べていないのである。②の部分に挙げている財産編三四七条一項の「合式ニ告知シ」――原文は草案に同じく dûment signifiée[7] すなわち「合式に『通知』（送達による）され」――は、一体どこへ行つてしまうのか。既に何度も触れた如く、signification（signifier）は、「送達（する）」という意味の語であり、ボアソナードもこの

signification については、「公吏の手によるもの」と明言していた。また、dûment の語も冠さずに規定しているフランス民法一六九〇条の本国での解釈は、立法当時も現在も変わらずに signification すなわち執達吏による送達であることも既に見た通りである。執達吏による送達にしろ、それに代る他の公吏による方法にしろ、これは決して無方式の通知ではないのである。その上、フランスの学説・判例は、確かに承諾については対債務者の関係では条文上に定める方式を緩和しているが、『通知』に関してはそのような取扱いは一切していないのである。

梅委員は、右の発言の続きで「誰が通知するか」の問題に言及したところで、「ぼあそなーど氏ノ考ヘタ通リニ[8]何ウモ是ハ譲渡人ノ方カラ通知ヲスルト云フコトニシテ置カスト往々ニシテ詐欺ノ行ハレル虞カアル斯ウ考ヘマシタ」[9]と述べ、さらに「斯ウスレハ愈々以テ通知ト云フモノハ債務者ニ対シテハどんな方法テモ宜シイト云フコトニナルノテアリマス」[10]と述べているが、これはどちらかと言うと針小棒大の議論である。なぜなら、そもそも本来の『通知』に厳密な方式が考えられていたのは、詐欺の防止すなわち通知行為自体の確実さの保障と並んで、確定日付の確保すなわち通知行為の時期の確定のためだつたのであり、加えて、前者すなわち通知行為自体の確実さを保障するためには、譲渡人から通知すれば良いとするだけでは不十分である（確かに「譲受人から無方式で」[11]通知させるよりはましであろうが、今度は譲渡人のからむ詐欺がしやすくなる。結局、何らかの方式の履践を課さねばそれなりの保障はなしえない）からである。

起草委員たちは本当にこの『通知』の方式につき少しく認識を欠いていたのであろうか。本稿第二章の初めに引いた民法修正案理由書三八八頁（そこには、明確に、「債権者ト債務者トノ間ニアリテハ単純ナル通知若クハ承諾ヲ以テ十分ナリ」とある）の記述も、ここに挙げた梅委員の発言を要約しただけのものであり、そこでも「合式ノ通知」が「単純ナル通知」に変わるトリックは、何ら説明されていない。ちなみに、梅委員の著作「民法要義」中にもこの点の記述はない[12]。

我々にとつて、考えられる可能性は二つある。一つは、梅ら起草委員が本当にsignificationの語の意味内容を理解してい

なかつたということである。この場合は、問題はまさに立法上の瑕疵に関するものとなる。

しかし、フランス法に精通していた梅[13]をはじめとする三起草委員にそのような知識の欠缺があつたとは、やはり考えにくい。とすれば、起草委員は、フランス民法なりボアソナード草案なりの signification 『通知』が、いわゆる送達なのだと知つての上で、その「方式」を取り外そうと意図して右のような説明をしていた可能性がある、ということになる。

しかし、後者の場合には、彼らは、方式を取り外すことによつて、通知行為の確実さ（行為自体の確実性および行為の時期の確定性）の保障がなくなる、という見易い欠陥の生じることをも同様に十分承知していたはずである。それならば、彼らは一体どういう理由で、何を目的に、右のような論理を用いてボアソナード草案に言う『通知』の概念の改変をはかつたのであろうか。勿論この問いは、承諾についての方式の緩和の問題にも関連する。

それを知る重要な鍵となるのは、ボアソナード草案に基づいての旧民法作成当時のわが国の法律取調委員会における、確定日付に関する規定の削除の経緯であろう。

私が既に詳論したように[14]、ボアソナード草案三六七条が旧民法財産編三四七条と成る過程で、最大の紛糾を呼んだのは、確定日付の制度を設けるか否かの点であつた。審議にあたつた法律取調委員会のメンバーの多くが、確定日付の制度にあまりにも無知であつたため、確定日付を付与する際の手数料を捉えて、この制度を「銭取主義」と非難する意見が出たりして会議は大紛糾を来し、結局旧民法からは確定日付の制度そのものが、ボアソナードの意に反して、すべて不採用となつてしまつたのである。

確定日付の制度が近代民法典にとつて必要不可欠なものであることは、今日誰も疑わないところであるが、明治維新まで近代法の伝統のなかつたわが国にあつては、確定日付の制度化は、このように意外な程の抵抗を受けたのである。

梅ら民法典の起草委員は、確定日付の制度を導入することは当然と考えたものの、その導入が、少くとも形の上では、つ

い先年旧民法制定の際に大論争を巻き起して葬り去られた提案の蒸し返しとなるため、今回もある程度の反論は当然予想していたに違いない（現に前掲の梅委員の本条提案理由説明の中にも、そのあたりを配慮したと感じられる言い回しがある）[15]。

そして、実際に法典調査会は、旧民法審議の時と同じ内容の反論によつて、再び紛糾するのである。確定日付を制度化するのは効果が上がらず面倒が増すばかりだと言う意見[16]が出、それゆえ四六七条の二項は削除すべきだという提案[17]がなされ、（その時点では確定日付の制度そのものを定める特別法がまだ出来ていなかつたので）どんな制度になるかわからぬものを前提にした条文を立法するのは不適当だから削除説に同調するという意見[18]等が続出して、原案に賛成意見を述べる委員はわずか一名[19]という状態になり、たまりかねた起草委員側は、富井委員も立つてこの制度の必要性を説き[20]、やつとのことで四六七条を起草委員提案の形のままで通過させたのである。

現行民法三六七条が成立するに際しては、このような経緯があつたのである。特に、旧民法財産編三四七条成立の際に確定日付を盛り込んであつたボアソナードの草案が廃されたという事実は、梅ら起草委員――彼らの意見は、先述のようにおおむねボアソナード草案を復活せしめるという内容だつた――の側に、立法に際しての何ほどかの影響を与えたと想像することはあながち無理なことではあるまい。つまり、彼らは、その必要性は重々承知の上で、出来ることならなるべく確定日付を要する部分を少なくしたい、と考えたのではなかつたか。それが、彼らをして、四六七条の一項と二項とを分け、対債務者の関係については確定日付を要しない（承諾につき証書を要しないということもすなわち確定日付不要を意味する）という規定を作らしめた動機の一つだつたのではなかつたのか。梅委員が前掲の提案理由説明の中で通知の方式についての検討を無視したのも、あるいはこの点に起因していたのではないのか。

議論がいささか、起草者の心理に関する推論に傾いたかもしれない。我々はもう一度、いわゆる立法者意思を把握するための客観資料の検討に立ち戻ろう。

起草者の動機が那辺にあつたかはさておいて、出来上つた現行四六七条を見れば、それがボアソナード草案三六七条一項を範としながらその方式を簡略化したものとなつていることは明瞭に見て取れる。この方式の簡略化の志向は、ボアソナード草案三六七条の全体像（一項～五項）を見て、民法四六八条等も合わせて比較すれば、いつそうはつきりとする。[21] しかし、四六七条が一項と二項とに分けられた意味については、いくら積極的に考えても、方式の簡略化以上の意味はありそうになく、またそのような意味づけを述べた公の記録（議事録、理由書等）もない。つまり、対債務者の関係の部分だけ対抗要件の方式を外したことによつて、ボアソナード草案三六七条一項が現行民法四六七条一項・二項と成つたのであり、逆に言えば、四六七条の一項と二項とに独自の意味を持たせて両者を独立せしめたという立法趣旨の存在は、どこにも見出すことはできないのである。なお私は前稿で、民法四六七条以下をボアソナード草案三四七条と比較して、「わが民法四六七条以下は、端的に言つて、方式を簡略化して債権譲渡の活発化をはかつたものと言えようか」[22] と述べた。しかしこの「債権譲渡の活発化」は、あくまでも、条文中の規定の形を客観的に見て、手続が簡略になればその制度が多用されるという、当然の理を推測しただけのことであり、起草者が特に債権譲渡を活発化せしめるために方式を簡略化したとは言えず、またそのような趣旨の発言等の記録も見当らない（もつとも、もし債権譲渡を活発化させることを目的として明確に意識していたとすれば、それはまた不可解なことになる。なぜなら、一方でわが民法は周知の如く債権を指名債権、指図債権、無記名債権に分けて、指名債権にはそれなりの個別性・特定性を考え、必ずしも流通を要求しないところがあるのであり[23]、他方、近代資本主義経済取引が債権の譲渡性の拡大（譲渡の自由）を要求するとしても[24]、それと、譲渡方式の簡略化による譲渡の活発化とは、正確には別のものであつて、後者すなわち譲渡方式の簡略化の具現がそのまま前者すなわち譲渡性の拡大を達成するとは限らないからである。つまり、近代資本主義経済取引が債権を一個の可動財産として取り扱うのであれば、近代法には、債権の譲渡性の拡大を通して、その経済的価値の保障・増大が要請されるはずである。しかしながら、その経済的価値は、本来譲渡性の拡大とともに、あるいはそれ以上に、譲受人の地位の保障によつて確保されるものであり[25]、従つて方式を簡略化することを手段にして譲渡を活発化せしめる結果、譲受人の側に譲受の際の危険が増大することになれば、債権の経済的価値は逆に下落してしまうのである。その意味ではこの活発化は、近代法に要求される方向に逆行することになる）。

(1) この「第二点」とは具体的に直前の文のうち、「方式ハナクテモ」「其承諾ヲ受ケレハ宜イ」を指すと読むべきであろう（つまり、「方式ハナクテモ通知（すればよい）」が第一点となる）。

(2) 「丈ケハ」もしくは「丈ケニハ」の意である。あるいはそれらの誤記の可能性もあろう（学振版には時たまミスタイプがある）。

(3) 前掲民法議事速記録二二巻一三八～一三九丁。

(4) 以下にはずっと確定日付についての説明が続く。その一部は「拙稿」復権前掲手塚記念一〇六一頁に紹介した。

(5) この意味では、四六七条の「承諾」に関しては、梅はボアソナード草案よりもフランスの通説によったと言える。

(6) なお本稿第三章(二)の末尾の記述参照。

(7) Code civil de l'Empire du Japon, accompagné d'un exposé des motifs, t. 1, Texte, Livre des biens, art. 347.

(8) ただし、ボアソナードは、譲渡人のみから『通知』すると考えていたわけではない。拙稿「復権」前掲手塚記念一〇五〇頁参照。

(9)(10) 前掲民法議事速記録二二巻一四一～一四二丁。傍点池田。

(11) 「譲受人から無方式で」という、旧民法財産編三四七条の規定は、ボアソナードの草案とは似ても似つかぬ、法律取調委員会の改悪の所産であったことは既述の通りである。拙稿「復権」前掲手塚記念一〇四八～一〇六八頁参照。

(12) 梅謙次郎・民法要義・巻之三債権編二〇七～二一四頁参照。

(13) 梅はリヨン大学で法学博士の学位を取得している。その学位論文は、Kenjiro Oumé, De la transaction en droit romain, dans l'ancien droit français, en droit français actuel. Comparé avec le Code civil italien et le projet de Code civil japonais（ローマ法、フランス古法および現行フランス法における和解の研究――イタリア民法および日本民法草案と比較して）と題するもので、一八八九年にパリで出版されている（ここで言う日本民法草案とは、当然ボアソナード旧民法草案を指す）。これは六四七頁に及ぶ大著であり、わが国の内閣文庫（国立公文書館内）にも所蔵されている。

(14) 拙稿「復権」前掲手塚記念一〇六〇～一〇六八頁参照。

(15) 梅は前掲引用部分で、まず②で対債務者の関係では方式が要らないと説き、最後に④で唯第三者に対しては相当の方式すなわち確定日付が要る、と、あたかも確定日付のつく方が例外的な場合であるかのように説く。しかしこれは、そのような原則論例外論を述べたものではあるまい。

(16) 尾崎三良委員発言・前掲議事速記録二二巻一五一～一五二丁。

(17) 田部芳委員発言・前掲議事速記録二二巻一五四～一五五丁。賛成・尾崎三良委員発言・同一五五丁。

(18) 横田国臣委員発言・前掲議事速記録二二巻一五七丁。

(19) 磯部四郎委員発言・前掲議事速記録二二巻一五八～一五九丁。この磯部委員の、反対説には確定日付の制度の趣旨そのものを難じるものはないという意見が、説得力を持ったようである。

(20) 富井政章委員発言・前掲議事速記録二二巻一五九～一六一丁。富井委員は、もしここで二項を削除したりすると、四九六条（現行四九九条）の任意

代位の規定等にも影響が及ぶことを説く。

(21) この点については、私は前稿第三章「ボアソナード Projet, Art. 367」で大要を考察した。拙稿「復権」前掲手塚記念一〇六八～一〇七四頁参照。

(22) 拙稿「復権」前掲手塚記念一〇七三頁註(15)。

(23) 我妻栄・新訂債権総論〔七一九〕。

(24) 我妻・前掲書〔七一四〕。

(25) 我妻博士は、次のように説かれる。「経済的に観察すれば、債権が容易に譲渡し得られるや否やは、債権譲渡に法律的障害ありや否やによつて決せられるのではなく、寧ろ主として、譲受人の地位の安全を保障する法律の規定如何によつて決せられるといはねばならない。十九世紀の法律は、債権の譲渡を容易ならしめることに関して、多くの法規を設け、多くの制度を創設してゐるが、仔細に観察すると、何れも、単に譲渡の手続を簡易にせんとすることを目的とするのではなく、少くもそれと同時に、譲受人の地位の確保を企図してゐることを知り得るのである。従つて、本稿の如く、債権の譲渡性を、その経済的価値を決定する要素として考察する場合には、債権譲渡といふ制度は、これを、その譲受人側を主として、譲渡の可能、その手続の難易等を中心として考察するよりも、寧ろ、譲受人の側を主として、その地位の保障如何を中心として考察しなければならない」我妻栄・近代法における債権の優越的地位・三二頁、傍点原文。けだし至当な指摘と言うべきであろう。

(二) 修正内容の評価

続いて考察すべきは、四六七条に二つの項を並置し債務者に対する対抗要件と他の第三者に対するそれとを区別した、起草委員によるこの修正に、どのような評価を与えるべきかの問題である。この点については、現行民法制定後今日に至るまでの判例の変遷を見ることで、客観的に知ることができると思われる。以下には、主要な判例を年代順に紹介しながら、右評価の描出を試みることとしたい。

第一の譲渡があつて、確定日付のない通知（承諾）があつた後、第二の譲渡が行なわれて確定日付のある通知（承諾）がなされた場合、債務者は第一第二のいずれの譲受人に弁済をなすべきかについて、大審院は当初、「債務者ハ一旦譲渡ノ通知ヲ受ケ若クハ之ヲ承諾スルトキハ確定日付アル証書ノ有無ニ関セス譲受人ト自己トノ間ニ債務関係存立スルヲ以テ他ニ同一ノ債権ヲ主張スル者アラハ之ヲ排斥スルノ権アルヘキハ自明ノ理ナリ」（大判明治三六年四月一八日民録九輯四五九頁）として、債務

者は第二譲受人の請求を拒み、第一譲受人に弁済しなければならないものとした。もつとも、この事例は、判例集からは事実関係の不明な点が多く、その上債務者の主張する第二譲渡（実はこの存在自体もはつきりしない）の方にも確定日付ある通知・承諾はなかつたように読めるので、先例として評価するには危険な面もあつたが、大審院は大正六年一月三〇日判決（新聞一二四一号二八頁）に至り、さらに明確にこの立場を確認した。つまり、甲の乙に対する債権が、（乙の抗弁によれば）大正三年一二月末日に丙に譲渡されて大正四年四月上旬にその旨の通知がなされ、さらにそれを丁が差押えて転付命令を得、大正四年一〇月七日に命令は送達され、丁が乙に対し転付金請求をなしたという事件につき、大審院は乙を敗訴せしめた原判決を破棄差戻して、「案スルニ指名債権ノ譲渡ハ其譲渡人カ之ヲ債務者ニ通知シ又ハ債務者カ之ヲ承諾シタルトキハ確定日付アル証書ノ有無ニ拘ハラス譲受人ト債務者トノ間ニ其効力ヲ有シ債務関係存在スルニ至ルヲ以テ爾後債務者ハ同一ノ債権ニ付キ他ニ権利ヲ主張スル者アラハ之ヲ排斥スルコトヲ得ヘキ筋合ナルコト既ニ当院ノ判示シタル所ナリ」として、先の明治三六年の判決を引用して判示したのである。

しかしこの判決が四六七条の意味を曲解し、確定日付の制度の意味を完全に無にするもの[1]で不当であることは言うをまたず、大審院もその後大正八年の連合部判決によつて、右の態度を改め、第二譲受人に弁済すべきものとした（大審院民事連合部大正八年三月二八日判決民録二五輯四四一頁）[2]。その要点を抜粋すれば、「同条（四七六条――池田註）ノ法意ヲ審究スルニ第一ノ譲受人ハ同条第一項ノ規定ニ依レハ其債権ヲ債務者ニ対抗スルコトヲ得ルモノノ如シト雖モ同条第二項ノ規定ニ依リ第二ノ譲受人ニ対抗スルコトヲ得サル結果トシテ債務者ニモ其債権ヲ対抗スルコトヲ得サルニ至ル詳言スレハ第二ノ譲受人ハ確定日付アル証書ヲ以テ債権譲渡ノ事実ヲ債務者ニ通知シタルカ故ニ同条第二項ノ規定ニ依リ爾後其債権ヲ以テ第一ノ譲受人ニ対抗スルコトヲ得ヘク其結果トシテ第一ノ譲受人ハ其債権ヲ債務者ニ対抗スルヲ得スシテ其一旦取得シタル債権モ取得セサルコトト為リ第二ノ譲受人ハ唯一ノ債権者ト為ルニ至ルモノト解スルヲ相当トス……」と。

この連合部判決の判断は正しい。起草委員自身も、前掲の明治三六年判決や大正六年判決のように考えていた訳ではなくて、この連合部判決のような取扱のなされることを予定していた筈である。つまり彼らは、既述の通り、対債務者の関係に限つて対抗要件を緩和するということを明らかに述べていたのである。

しかしそれにしては条文の書き方がいささか誤解を招くものだつたといえる。この点につきついでに若干言を加えておくと、前節で私は、四六七条が対債務者への要件緩和をうたつたことにつき、フランス民法のように表向きはあくまでも方式を要求しておくのでなければ、対抗要件の性質そのものが変つてしまつて好ましくない、と述べたが、起草者はそのうたい方自体でも過ちを犯しているように思われる。つまり、我妻博士も指摘するように、確定日付ある証書による通知・承諾は債務者以外の第三者に対抗する要件だという四六七条二項の文言からすると、第一譲受人が債務者に弁済を請求するには、他にいかなる第三者があつても、確定日付ある証書による通知・承諾はいらない、とも読めるのである。(3) これは、起草に際しての条文構成の技術の上の欠陥である。つまり、起草委員は、前述のように承諾についてのフランス民法の通説・判例にならつて対債務者の方式を簡略化したのであるが、それであれば、原則はあくまで、確定日付を必要とするにあり、対債務者の方式の簡略化には例外措置以上の地位を与えてはならない筈である。従つて、立法としてはまず確定日付ある通知・承諾を先に掲げ、対債務者の関係に限つては別論とするという、いわば現在の四六七条の一項と二項を逆にしたような形で（より望ましくは、一項と二項をわけずに、確定日付で一本にして、対債務者の問題は但書で処理するような形で）規定するのが正当であつたと思われる。ともかくもこの条文の書き方が、後世の判例・学説に誤解と錯綜を招来したことは確かである。

さて、前述の判例をめぐる議論に戻ろう。従つて、当然のことを繰り返すが、起草者の修正した対債務者の対抗要件の方式の緩和は、他の二重譲受人が現われて来ない場合に限つて、効を奏すのである。けれども、譲受人にとつて、他の二重譲受人が現われて来ない保証はない。従つて、譲受人が当該債権を十全に確保するためには、債務者に対しても、予防策とし

て、やはり確定日付ある通知・承諾を取る必要があるのである。連合部による右の判例変更はまさにこのメカニズムを明らかにしたものであつた。従つて、梅らの修正は（条文上に積極的な形で表わされたものであつたにかかわらず、）実際にはほとんど意味がなかつたのである。

しかしながら、「債権の譲渡が一回行なわれただけで、二重譲渡や差押転付のなかつた場合には、通知・承諾に確定日付がいらないとするこの規定はともかく生きるではないか、従つてこの修正にはそれなりの存在理由がある」という見解があるかもしれない。たしかに、偶々二重譲渡や差押転付の事態が結果的に起こらなかつたという場合は、この見解は一応首肯しなければならない。ところが、その限定的な場合でも、周知のような欠陥が更に指摘されるのである。以下にそれを略説する。

確定日付のない第一譲受人が確定日付のある第二譲受人に対抗できないというのは、あくまでもその債権がなお存在する間のことである。確定日付のない第一譲受人が、そのまま弁済を受けてしまえば、その後で確定日付による第二の譲受人が出現しても、その弁済の正当性は崩れず、第二譲受人は権利を主張できない。このことは、四六七条一項がある以上その効果として肯定すべきであると言えるし、また逆にこれを認めないと、確定日付によらない通知・承諾の対抗要件としての価値は本当に「零に等しくなり」[4]、右の修正の意味は皆無になつてしまう。従つて実際に判例もこの点につき積極に解している[5]。

しかし、その結果、次のような好ましくない抜け道ができることになる。すなわち、我妻博士の言を借りれば、「例えば、丁が甲乙間の債権を差押えた場合に、甲乙丙三人通謀して、その債権はすでに丙に譲渡されている、といつてごまかそうとしても、甲丙間の譲渡についての通知・承諾に丁の差押以前の確定日付を備えさせることは不可能だから、甲乙丙は野望を遂げることができない、というのが、第四六七条第二項立法趣旨だといつたが、甲乙丙が、更に進んで、弁済まで済んだと

か免除されて消滅したという仮装の事実を作ると、もう丁は保護されない事になる」[6]ということである。我妻博士は、右の事例を評して、「一つ嘘を作っただけではだめだが二つ嘘を作ると目的を達する、という結果になりそうである」[7]と述べている。周知のように免除や弁済は、わが民法では確定日付ある証書によつて証明しなければならないものではないから、右の事例は十分実現可能である。

つまり、起草者の修正の唯一有効な場面にも、このような弊害が現われるのである。彼らが、債務者に対する対抗要件を緩和したこと、そのために四六七条を二項に分けたことは、やはり不適当だつたと言わざるを得ない。

ちなみに、ボアソナードの草案では、この事例はどう処理されるかを確認しておこう。彼の草案三六七条一項では、前述のように、承諾には一律に公正証書ないし確定日付のある証書を要し、通知もすべて公吏の手によるのであるから、すべての通知・承諾には確定日付が付されることになる。その結果、我妻博士のいう「第一の嘘」がまず作出できず、従つて右のような抜け道は完全に断たれることになるのである。

すべて簡略化や一般化には弊害が伴う。様々な事象のうちには必ずそこから落ちこぼれる部分があるからである。従つて、簡略化、一般化は、それらの弊害を上回る利益および根拠がなければ行なうべきではない。その意味で、現行民法の起草者たちが指名債権譲渡の規定をめぐつて示した方式の簡略化に対しては、批判的な態度を取らざるを得ないであろう。つまり、この簡略化の利益と呼べるのは、ごく限定された範囲での譲渡の簡便さ以外には考えられない。また起草委員らはそれ以外の利益の目論見をどこにも明示していないし、その後の学説にもそれを説くものはない。この利益は右の弊害を含んでまで達成すべきものであるのかどうか、そして、前節までに見たように、その簡便さの達成のために対抗要件から確定日付ある証書をとり外す法的根拠はどこにあるのか、起草委員らはその積極的根拠をどこにも示していないし、その後の学説も何らそれにふれるものはないのである。

以上要するに、現行民法の起草者たちの行なつた修正は、①いわば「便宜主義」に走つたことと、②フランス法の例外解釈を前面に持ち出したことのために新たな混乱を生んだと言える。従つて、これらの考察からして我々は、民法四六七条の持つ欠陥を認識し、その欠陥を最小限にするためには、同条一項があくまでも例外的な規定であり、その適用範囲をはつきりと限定しなければならない、という解釈論の方向を確認する必要がある。

(1) 実際、債務者に対する先の通知（承諾）に確定日付を要求しないとすれば、先の通知（承諾）はいくらでも偽造されてしまい、起草者が強調した、詐欺の防止の狙いは、全く果たせなくなる。

(2) 事案は典型的な二重譲渡で、第一譲渡に確定日付のない承諾がなされ、第二譲渡に確定日付のある通知がなされている。

(3) 我妻栄「連合部判決巡歴」第三四話・ジュリスト一五一号三二頁。

(4) 我妻・前掲三七頁。

(5) 前掲大正八年連合部判決及び大判昭和七年一二月六日民集一一巻二四一四頁。

(6) 我妻前掲三七頁、同・新訂債権総論〔七七四〕。

(7) 我妻・前掲ジュリスト三七頁。

六　総括——学説の検討

以上の考察から、現行民法四六七条について、その一項と二項との関係を中心に、解釈論をまとめ、既存の学説の検討を行なつておこう。

私がここまで縷々述べ来つたところを要言すれば、現行四六七条の一項と二項は、本来一つの項であつた（確定日付のある通知・承諾を対債務者・対第三者に共通の対抗要件とする）ものを二分した（対債務者と対第三者の対抗要件を分けた）もので、その分割の最大のそしてほとんど唯一の狙いは、単なる方式の簡略化にあり、他に積極的なポリシーは見出せない、ということである。

従つて、その歴史事実をふまえて私見を述べれば、近代法における債権譲渡の対抗要件としての通知・承諾は、そもそも日付の確定性をその不可欠の要素として内包する性質のものでなければならないと考えられ、従つて本来は、「（債務者を含んだ）第三者に対する、確定日付ある通知・承諾」が、対抗要件の原則として、わが四六七条にも規定されるべきであつたと考えられる。そしてその原則から、対債務者の関係に限つて方式（確定日付）の要素を落した、それだけのものが、四六七条一項なのであり、従つてその意味では、四六七条は一項が例外を規定している、と言わなければならないのである。そしてさらに、例外を規定した一項の適用範囲は、そこに内在する弊害を抑制するため、できるだけ限定されなければならない。しかしながら、前章に述べたように起草者は、右の点（対債務者に限つて方式を外す）を認識しつつ、対債務者に関する規定を一項に置いたため、二項は必然的にその一項を受ける形で書かれ（「前項ノ通知又ハ承諾ハ……スルニ非サレハ……債務者以外ノ第三者ニ……」）、その結果、本来、より原則的な規定のはずであつた二項が、一項の添え物のように読まれ、一項が逆に原則の如くに見える規定が出来上つてしまつたのである。私はここまでの考察から、この条文上の順序の逆転を立法上の一失と断じ、この不手際に解釈論が引きずられることは誤りであると考えるものである。

それ故、一項と二項の関係についてのいわゆる通説[1]の説明――一項は対抗要件の原則を規定するもので二項はその付随的規定である――は、通知・承諾という対抗要件の形態と、確定日付というその内容とを分離せしめている点で、また、前者すなわち対抗要件の外形のみを「原則」と呼んで主要な地位を与え、後者すなわち確定日付という内容を付随的規定の地位におとしめている点で、肯認できないし、また起草者の意図をも越えている。[2]

また、異説たる有泉説――一項はもつぱら Legitimation（形式的資格）の問題を扱つていて、債務者が通知に従つて弁済すれば確実に債務を免れうる旨の規定であり、従つて一項の範囲では抑々債務者以外の第三者に対抗するの問題は起らず、二項に至つてはじめて直接第三者との対抗の問題を生じる――は、一項を限定的な例外規定と把握する私の立場からすれば、

後半の部分は正当な理解と言えるが、前半つまり一項を Legitimation の問題と捉える見解（これは有泉博士のオリジナルであろうか）は、何を根拠にそう言えるのか、理解に苦しむところである。

次に、一項二項の強行規定任意規定論――判例は両項とも強行規定、現時の通説は二項は強行規定、一項は任意規定とする――であるが、まず（私見によればより原則的な）二項が、対抗要件の本来の性質からして強行規定であることは、論をまたない。問題は第一項であるが、これは、私見の立場では、例外としての方式の緩和を、通知・承諾という対抗要件の形態自体の撤廃可能性の承認にまで進められるかどうかの問題となる。さて、具体的にこの規定の性質をめぐる議論の対象となる、「通知または承諾をしなくても譲渡を債務者に対抗しうる」という内容の特約について、判例は、対抗要件に関することは強行規定であり、右のような特約を認めると債務者は二重弁済の不利益を負い取引の安全を害する、という理由でこれを無効とする。[3] しかし通説は、「債務者がみずから危険を負担しようとすることは、暴利行為とでもならない限り、無効とする必要はあるまい」[4]「債務者に対する対抗要件は、要するに、債務者をして新債権者が誰であるかを知らしめる以上の意義を持つものではない」[5]として、この特約を認める。しかし、問題は通説の言うように簡単には済まない。通説は（そして判例も）どちらかと言えば債務者のことばかり問題にしているが、問題はむしろそこにはなく、当該債権にからんでくる第三者の方にある。つまり、いかなる特約を結んでも、新債権者を知らされないうちは債務者は旧債権者に弁済すればそれで良いのであり（通常は四六八条二項の効果としてそう言えるし、この場合、特約が有効だとして、債務者が四六八条二項の利益をも放棄したものであると考えても、旧債権者は民法四七八条にいう債権準占有者となると考えられる）、債務者の二度払いの危険による不利益はある程度カヴァーできる（但し、仮装譲受人に弁済してしまう危険は勿論残っている）。しかしながら、本来債権譲渡の通知・承諾は、債務者に新債権者（譲受人）を知らしめるだけのものではなく、債務者の新債権者についての認識と、外部からのその問合せに対する回答とにより、公示の機能を営むものであり[6]、まさにこの理由から、当該債権に関係しようとする第

三者（譲渡人の債権者等）の保護のために、通知・承諾を省略する特約は許すことができないのである。通常の指名債権の場合には、いかなる時もそれら第三者の介入の可能性を捨象し切ることはできないのであるから、「対債務者に限つて」という条件を付してそのような特約を認めることも不都合と言わなければならない。従つて、敢えて、一項も強行規定と解する立場を正当とする。

さらに、四六七条が一項と二項とで対抗要件を区別していることを、「物権変動には類をみない姿」という言い方で強調し、それに積極的な意味づけをしようと試みる山本説は、歴史的経緯をふまえてする私見の立場からすれば、この規定の本来の姿とは一八〇度逆行する解釈としか言いようがなく、その立論の根拠を問いたい。加えて同説は、指名債権譲渡における対抗要件を公示の要求とは無関係と言い切る点でも、根本的に容認できない。(7)

もう一つ、本稿第一章には引かなかつた学説で、直接四六七条の一項と二項の関係を論ずるものではないが、ここで触れておかねばならないものがある。それは、立法論として、確定日付ある通知・承諾よりも、単なる通知・承諾をもつて（対債務者・対第三者を通じての）対抗要件とした方がむしろ優れているのではないか、とされる安達教授の説である。この説には近時同調者(8)も現われ、看過できないものであるので、多少長くなるが、当該部分をそのまま引用して、検討・批判を加えておきたい。安達説は次の通りである。

> 登記を対抗要件とすることによつて不動産取引における取引安全の機能が果たされることはいうまでもない（登記に公信力を与えることだけが取引安全の手段なのではない）。同様に債務者以外の第三者に対する対抗要件として確定日付ある通知又は承諾を定めることによつて債権取引における取引安全の機能が果たされる。しかし、登記の場合と比べればこの機能はかなり劣るといわなければならぬ。というのは、通知又は承諾が元来、公示方法として不完全である（(7)参照）ことは止むをえないとしても、たとえ確定日付ある通知等がなされていても――それによつてたしかに二重譲受人に対する関係では日付の遡及を防ぐことはできるけれども――債務者と譲渡人とが共謀して、譲渡の通知がなされる前に債務がすでに弁済などによつて消滅していたとの証拠を捏造すると、譲受人は実際には

債権を行使しえなくなつてしまうからである（四六八条二項）。そしてこの危険から譲受人を守る方法を設けることは立法論としても不可能である（四六八条一項の債務者の「異議なき承諾」はこのために役立つことはたしかだが、しかし債務者にこれを強制しえない）。ところで、かように通知・承諾に確定日付を要求することが実際には取引安全のためにさほどの意味をもたないとするなら、――確定日付ある証書を作成することが必ずしも簡単ではないことと照らし合わせて――立法論としては、単なる通知・承諾をもつて対抗要件とした方が、むしろすぐれているといえないであろうか。というのは、確定日付を要求すると否とで公示方法としての価値自体には差異はなく、他方、確定日付を要求しなければ、それだけ取引の手続が簡便になるという利点がある。また、単なる通知・承諾で足るとする場合でも、日付の遡記は債務者と譲渡人と譲受人との三者の共謀を要する（我妻・債権総論五四二頁）のであり、譲渡人と譲受人との共謀ではなしえないのだから、確定日付を要求する場合と比べて、遡記の危険が格段に大であるとは必ずしもいえないからである

（フランス民法は確定日付を要求していない。(イ)参照）。[9]

以上の説につき、順次検討を加えていこう。まず、教授は確定日付ある通知・承諾があつても、その前に債務者らが共謀して弁済等がされていたような証拠を捏造すると、譲受人は債権を行使しえなくなる点を挙げ、「かように通知・承諾に確定日付を要求することが実際には取引安全のためにさほどの意味を持たないなら」単なる通知・承諾を対抗要件にした方がよい、と論理を進められるが、右の点の不都合さのみで、確定日付を要求することが実際には取引安全のためにさほどの意味を持たない、と考えるのは、はなはだ面妖なことである。そして、確定日付の全くない、すなわち公式に先後の決定のできない対抗要件の氾濫する事態を、教授はどう処理しようとされるのであろう。既に述べたように、そもそも近代法における債権譲渡の対抗要件としての通知・承諾には、日付の確定性がその不可欠の要素として内包されていると考えるべきであつて、そのことはフランス民法等、債権譲渡に対抗要件主義を採用している他の法典を見れば明らかである。

ところが、教授のそのフランス民法の理解には、重大な疑問がある。右引用部分の最後の所で、教授は確定日付が要求されていなくてもさして不都合ではないとの趣旨を補強する材料として、「フランス民法は確定日付を要求していない」と援用される。しかもそこで(イ)参照と付記されるその(イ)には、「フランス民法では本条（四六七条――池田註）二項に対応する規定

は存在しないことに注意」とある。しかし本稿第三章に詳論したように、フランス民法一六九〇条が要求する対抗要件は、signification すなわち執達吏の送達証書による『通知』と、公正証書による承諾なのであつて、非常に厳格な形で確定日付が内包されて要求されているのである。「フランス民法は確定日付を要求していない」との表現は、事実の問題として完全に誤りであるばかりか、フランス民法の真実の内容は、教授がここで援用するにふさわしいものではなく、逆に教授の論旨を否定するものである。

さらに、教授の挙げた事例について付言すれば、この事例すなわち、譲渡人自身が、譲渡通知前に弁済を受けたり、更改や債務免除をなしたりした場合に譲受人が債権を行使しえなくなることは、確かにその通りであるが、これは教授も明示するように四六八条二項の問題すなわち、通知の効果の問題であり、四六七条が規定する対抗要件本来の問題からは外れるものである。そしてそれは第三者対抗の問題ではない（事例が、第二譲受人が第一譲渡の通知前に云々というものであれば、第三者対抗の問題になるが、その事例については、前節に検討した通り、現行法では抜け道ができるが、ボアソナード草案のように対債務者の関係でも確定日付ある対抗要件を要求すればその抜け道を塞ぐことができ、立法論として回避が不可能なものではない）。教授の挙げるこの事例は、対抗要件としての通知制度の限界を示すものであつて、それを理由に通知から確定日付を外そうと主張されるのは、やはり不可解と言わざるを得ない。[11]

さらに、教授は、「確定日付ある証書を作成することが必ずしも簡単ではない」ことも、単なる通知・承諾を対抗要件にすべしという説の付随的な理由として挙げておられ、「確定日付を要求しなければ、それだけ取引の手続が簡便になるという利点がある」とされる。しかしこの点に関しては、本章第㈠節末尾の記述を重ねて、本当に指名債権譲渡の手続をそれほど簡便にしなければならないのか、手続を簡便にした結果譲受人の負担する危険が増大し、また制度が種々悪用される場面の出てくることが当然に想定されるが、それを考慮してなお「利点」と言えるのか、等の疑問を提示しておくこととする。

最後に、教授は、「単なる通知・承諾で足るとする場合でも、日付の遡記は債務者と譲渡人と譲受人との三者の共謀を要する（我妻・債権総論五四二頁）のであり、譲渡人と譲受人との共謀ではなしえないのだから、確定日付を要求する場合と比べて、遡記の危険が格段に大であるとは必ずしもいえない」とされるが[12]、我妻博士は引用部分で、日付の遡記は三者の共謀を要するとは書いていない[13]。単なる通知・承諾で足りるのなら、通知書の日付の遡記自体は「譲渡人と譲受人との共謀ではなしえない」などという筈はない。通知する譲渡人（承諾の場合は承諾する債務者）が、勝手な日付を付せることになるであろう。勿論当事者間にそれなりの共謀は必要であるが、その「共謀」たるや、例えば後に電話一本で当該日付を確認するだけでも済みそうである。従つて私には、確定日付を要求する場合と比べて、遡記の危険が格段に大であるとしか言いようがないと思われる。

本章は一応以上で考察を終える。私見は結局多くの学説に対し異を唱えるものとなつたが、浅学非才をかえりみず言うならば、それら学説の多くは、制度の歴史的理解において不十分なるがために、解釈論の指針を見失つているのではないかと感じるのである。本稿で扱い残した部分をさらに後続に予定する小論で考察し、私見を補充した上で、大方の御教示を仰ぎたい。

(1) ただし、様々な論者が、議論を単純化しながら、一様に通説の代表として舟橋説を引用・紹介していることには、疑問を感じる（本稿第一章註4参照）。舟橋教授が、どの範囲の第三者が保護されるのかについては、対抗要件の中の、確定日付の要素から考えるべきではなく、通知・承諾という形態の存在理由から考えるべきだとされる（そしてこの主張こそが、引用部分での舟橋説の言わんとする所である）のは、正当な分析である。第三者の範囲の問題とは、すなわち、通知・承諾という手段で譲渡を知らしめなければならない将来の ayant-cause というジャンルの決定の問題であり、確定日付はその定められた範囲の人々の間での優劣の決定に奉仕するものだからである。

(2) 繰り返すが、梅委員の発言は、確定日付ある通知・承諾につき、「債務者ニ対スル丈ケ」には方式がなくてもよい、と述べるに止まるのであり、確定日付のない通知・承諾が対抗要件の原則であるなどと考えているわけでは毛頭ないと理解すべきである。

(3) 本稿第一章註（3）参照。以下、この章中で引く学説等は、第一章本文及び註の記述を参照。そこに明示のないもののみ註記する。

(4) 我妻・前掲書〔七六一〕。同旨末弘・前掲評釈・判民大正一〇年度五〇～五一頁。

(5) 我妻・前掲同所。

(6) Colmet de Santerre, op. cit., n° 136 bis VI, Boissonade, op. cit., n° 177, 梅謙次郎・民法要義巻之三債権篇二〇三頁等。なお、続稿で論及する予定の、最判昭和四九年三月七日民集二八巻二号一七四頁参照。

(7) 私見はここで単純に債権の移転を物権移転とパラレルに考えよと主張するものではない。つまり、歴史的に見れば、債権譲渡の対抗要件は、物権のそれとはやや別個に生成されて来た面もあり、しかもなお、物権のそれとは異つた形で、公示性――それは不完全なものではあるけれども――を内包・維持して来たのである。そしてその公示性は、たとえ不完全なものであつても、債権譲渡の対抗要件制度にとつては、不可欠な要素として、無視することが許されないものであると考える。

(8) 石田喜久夫・判批・最判昭和四九年三月七日、判例評論一九一号二一頁）は、次のように言う。「所詮、証書の存在を必要としない指名債権には十全な公示方法を要求することは、不可能であり、立法論として、対第三者の対抗要件としても、単なる通知または承諾で足りるとするのがよいと説く見解（安達三季生・民法の判例〔第二版〕一二一頁）に、その一義的明確性をも理由として、賛意を表したい」。

(9) 以上、安達三季生「債権譲渡の対抗要件」民法の判例〔第二版〕一二一頁。傍点原文。なお、引用中の(7)は同一二〇頁で、梅・民法要義債権法、（正しくは「巻之三債権篇」）二〇八頁以下が引用転記されている。同じく(イ)には、「本条はフランス民法を承継したものであるが（フ民法一六九〇条・一六九一条、ただしフランス民法では本条二項に対応する規定は存在しないことに注意）云々」とある。この(イ)の後半の記述については、安達教授の理解に誤りがあると思われること、本文に後述する。

(10) 弁済による消滅の抗弁を認めた判例として、東京控判大正一二年一二月七日法律評論一三巻民法二一四頁。

(11) わが民法がフランス民法にならつて（ドイツ民法などと違つて）債権譲渡に対抗要件主義をとる以上（そしてそれを維持しようとする限りは）、安達教授の議論の方向はむしろ逆であつて、「通知の日付は、その時点から譲渡が第三者に対抗しうるものであるが故に、第一の重要性を有する」のであり、そのために公正な証書が必要とされる、と説くマゾーの言をもつて正当とする（Mazeaud, op. cit., n° 1260）。

(12) ここで日付の遡記を言われるところを見ると、安達教授の言われる「単なる通知・承諾」は、あくまでも「単なる日付を付した証書による通知・承諾」と読むべきなのであろうか。しかし引用部分中程で「確定日付ある証書」と「単なる」とを対比しているところでは、「単なる」通知・承諾は、口頭でするものも日付のない証書でするものも認めるかのようにも読めるのである。さらに、単なる私の日付を付した証書で、二重譲受人の一方が優先を立証しうるとすると、現在の民法施行法四条（証書ハ確定日付アルニ非サレハ第三者ニ対シ其作成ノ日ニ付キ完全ナル証拠力ヲ有セス）との抵触の問題も起る。教授の立法論は、この点の処理までを含まねばならない。

(13) 「甲の乙に対する債権を丙が譲り受けて甲から通知がなされた後に、丁が二重に譲り受けた場合に、甲乙丁が通謀して右の第二の譲渡が丙への譲渡よりも先に行われかつ対抗要件を備えたような証書を作成するときは云々」我妻・前掲書〔七六三〕。

後　記　私としては、本稿によつて、不完全ながら民法四六七条の解釈論の第一段階を終えたつもりである。続いて、本稿で半ば意識的に除外した部分に関して、「指名債権の二重譲渡における優劣の基準」と題する小論をまとめ、四六七条の解釈論の一応の整序を終る予定である。なお、その続稿では、本稿中に示した考察から導かれる解釈が、ごく最近の判例等によつて検証されることとなろう。

本稿は、当初から、前稿「民法四六七条におけるボアソナードの復権」を加えた三部作の中間に位置する役割を与えられたため、前後の接続のための説明に紙幅を割かれ、いささか冗長となつた部分のあることを遺憾とする。

なお、本稿で使用した資料のうち、多くのものを国立公文書館内の内閣文庫所蔵本によつた。記して謝意を表する次第である。

（昭和五二年一一月三日稿）