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

Title	フランス民法における指名債権譲渡法理の展開：その対抗要件の緩和をめぐって
Sub Title	Une évolution sur la théorie de la cession de créance en droit civil français
Author	池田, 真朗(Ikeda, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1983
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.56, No.5 (1983. 5) ,p.1- 39
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19830528-0001

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.

フランス民法における指名債権譲渡法理の展開

——その対抗要件の緩和をめぐつて——

池田真朗

序
一　フランス民法一六九〇条一項の債務者に対する送達（signification）
二　フランス民法一六九〇条二項の債務者の公正証書による承諾
三　送達・承諾以外の債務者の譲渡の事実の認識
四　対抗要件の緩和の評価
結　語

序

私は、既発表の論文「民法四六七条における一項と二項との関係」[1]において、わが民法四六七条に規定する指名債権譲渡の対抗要件は、フランス民法一六九〇条から継受しているものであること、そして、わが民法四六七条が債権譲渡の対抗要

件として、対債務者の関係に限っては単なる通知・承諾を、対第三者の関係では確定日付のある通知・承諾を要求しているのに対し、フランス民法一六九〇条は、条文上、執達吏の送達証書による送達（signification）と公正証書による承諾（acceptation dans un acte authentique）とを対抗のための手続（formalités）として要求するという、非常に厳格な規定を置いていることを明らかにした。

このような厳格な手続によって対抗要件を具備させる方法は、紛争を回避し債権譲渡を確実に行わせる利点を持つということができるが、反面、債権譲渡をそれだけ行われにくいものとする働きがあるということも容易に推察されるところである。

ただ、右の後者の点を、債権譲渡の簡易化・円滑化を阻害する一つの短所と評してよいかはそう簡単には決められない。それを「短所」と把握するのは、あくまでも債権譲渡は簡易に大量に行われるべきであるという考え方を前提にした言い方であって、その考え方が正しいものかどうかがまず吟味されなければならないからである。

その正当性の検証にあたっては、ひと口に債権譲渡と言っても、対象となる債権の性格で分けて論じる必要もあるかもしれない。例えば金融機関が日常的に顧客の換金化のために譲受ける債権譲渡と、一般の債権の譲渡とではその大量性・迅速性の要求度が大きく異なるのは勿論である。また、継続取引の中で定型的・反復的に行われる債権譲渡と、たまたま一回行われる債権譲渡では、前者に簡便性の要求が強く、後者に安全・確実性の要請が強いのも当然であろう。さらにわが民法でのいわゆる指名債権は、指図債権以下と対比させて考えてみた場合、そもそもそれほど簡易に譲渡できなければならないのか（それほどの流通性が期待されていたものなのか）、という疑問も提示されてしかるべきであろうと思われるのである。(2)

しかしながら、いずれにせよ今日例えばわが国の取引社会の現状をみると、ことの当否は別として、指名債権譲渡は、様々な性質の債権を対象に様々な目的で（本来的な目的に加えて、あるいは取立のため、あるいは譲渡担保的に、あるいは一種の私的執

行として等々と）かなりひんぱんに行われており、フランスにおいても程度・規模の差はあれ類似の状況があらわれてきているのではないかと推測される。

そこで、このようなわが国における債権譲渡の実態とそれをカヴァーする民法四六七条の解釈との関係性を検討するためには、我々はその母法であるフランス民法一六九〇条の今日の運用（および、それに至るまでの経緯）を考察しておくことが必要ではあるまいかと思われる。すなわち、明治以降今日までの日本に見る経済取引社会の進展が、速度・規模の差こそあれヨーロッパことにフランスでも類似性のあるものであるとするならば、フランスの実務界においても当然債権譲渡の量的増大と質的拡散が起ってきている筈であり、それに一六九〇条がどう対応してきているかを見ることは、その一六九〇条をオリジンとするわが民法四六七条の解釈・運用に大変有益な参考資料を得ることになろうと思われるのである。

ただ、我々はここで二つの点に注意しておかねばなるまい。第一点は、日仏の二つの経済社会をパラレルに考えられるかという疑問の存在することであるが、この点は法律学からは解答の与えられない問題であり、我々としては一応の大まかな等質性を措定して考察を進めざるをえない。[3] 第二点は（こちらはまさしく法律学的な問題であるが）、一見共通の構造の法制度（条文）を持つた二国の間でも、その枠組のゆるやかな制度を当初から持つてきた国の場合と、それが厳密であつた国とでは、その法制度（あるいは条文）の成長の仕方、問題点の現れ方、が違つてくる、ということを考察の最初から意識しておくべきである、ということである。[4]

以上のような視点から、本稿では、フランス民法一六九〇条の中でも特に、そこに定められた対抗要件としての手続[5]が判例・学説によつてどのように変容してきたかを跡づけて、その今日的問題状況を明らかにし、それをわが民法四六七条のそれと比較しつつ評価してみたい。なお、私は既に前掲拙稿において、この考察の入口部分にあたる、一八九〇年頃（すなわちわが国の現行民法（財産法）がフランス民法を摂取した時点）までの学説・判例の動向について多少概観しているので、本稿では

主としてそれ以降今日までの変遷に力点を置いて考察することとしたい。

（1）法学研究五一巻二号（昭和五三年）二五頁以下。

（2）前掲拙稿六〇頁参照。

（3）付言すれば、文化や国民性の違い等は、否定するわけではないが、論じるとしても比較の最後の段階で持ち込みたい。なぜかと言えば、あまりにそれらを前面に押し出すと、すべての差異がそれらによつて説明され、比較検討すべき同一の土俵が見えなくなるおそれがあるからである。

（4）具体例をあげれば、わが国において債権譲渡で今日最も問題になつているのは、二重譲渡における優劣の基準、あるいは優劣がつけられない場合の処理、であることは周知の通りである。しかし、フランスではそのテーマは債権譲渡の中で未だそれほど問題になつていない。この違いは、筆者の見るところによれば、わが国の債権譲渡の対抗要件が妥当なものでかつ証拠力等に欠けるため、二重三重の譲渡がたやすく行われ、かつその先後の決定が十分にできないことに起因するのではないかと思われる。

（5）フランスでは、「対抗要件」（訳せば condition d'opposabilité）という用語は（少なくとも一六九〇条関係では）ほとんど使われない。送達や公正証書承諾は、一六九〇条の定める、債権摑取のための（対抗のための）手続（formalité, 要式性のある一定の手続）」である。ちなみに、condition d'opposabilité の語の使用例として、Van Ommeslaghe, La transmission des obligations en droit positif belge, (La transmission des obligations, Travaux des IX Journées d'études juridiques Jean Dabin, 1980) p. 91. 筆者 Van Ommeslaghe は、ブリュッセル自由大学教授で、おそらくベルギー人と思われる。

なお付言すれば、フランスでは指名債権（créance nominative）という用語も今日一般に使われず、一六九〇条は、「titres négociables（流通証券）を除くすべての債権（créances）に適用される」（Ghestin, La transmission des obligations en droit positif français, La transmission des obligations, Travaux des IX Journées d'études juridiques Jean Dabin, 1980, p. 20.）のであるが、フランスにいう titres négociables の概念は、ほぼわが国の「証券的債権（すなわち指図債権・記名式所持人払債権・無記名債権の総称）」と一致すると思われるので）詳しくは Ghestin, Traité de droit civil, t. 2, Le contrat, 1979, n° 349.）、結果的に、一六九〇条の対象になるのは指名債権譲渡であるとしてよかろうと思われる。

一　フランス民法一六九〇条一項の債務者に対する送達（signification）

（一）signification の意義

まず、ここで signification という用語をあらためて定義しておく必要があろう。なぜなら、signification それ自体の意

味内容は従前と変つていないものの、一九七六年一月一日から施行されたフランス新民事訴訟法典では、signification は、もう一つ別の概念である notification の一部として、位置付けられることになつたからである。

前稿[1]に明らかにしたように、フランス法にいう signification は、huissier（正確には huissier de justice, 執達吏。ここでは、「執行吏」「執行官」という今日的訳語は意識的に採用しない）によつて、exploit（送達証書）をもつてなされる「送達」である。exploit（この語は一九七六年新法では使用されていない。そこでは exploit のかわりに actes d'huissier de justice すなわち執達吏証書の語が用いられている）は、執達吏によつて作成される証書（acte）であり、あるいは citation, ajournement, assignation, acte d'appel[2] 等の様々な名称で呼ばれる、各裁判所の召喚状として、あるいは sommation（催告）、mise en demeure（遅滞に付する行為）、signification、congé（解約通告）等の名のもとに当事者の一方から相手方に証書や請求（prétention）を知らしめる（informer）ために、あるいは procès-verbal（調書）の名のもとに執行手続の様々な段階を記載するために、作成される[3]。そして通常はオリジナルが二部作成され、一部は相手方に交付され、一部は執達吏のもとに法の定めに従い保存される[4]。勿論、exploit は、厳格な要式性のある（solennel, 法によつて要求される方式や手続をそなえなければ効力をもたない）証書でありかつ、フランス民法一三一七条にいう公正証書（acte authentique）である[5]。従つて執達吏に適法に委任され、方式に適合している exploit は、真正なものと推定され、その真正を争う相手方に反証の責任がある[6]。

また huissier de justice は、裁判所補助吏（officiers ministériels）の一つであり、証書（actes）あるいは送達証書（exploit）を送達（signifier）したり、強制執行にかかる裁判所の決定を実行したりすることを唯一独占的に行える官職であるから[7]、signification は必ず執達吏によつて行われることになる。

以上の解説は、exploit という語が新民事訴訟法上存在しなくなつたことを除けば、signification 自体を定義するための説明としては今日も通用する。しかしながら、第二次大戦後、この執達吏による signification の「独占」が問題とされる

ようになつて、signification の位置づけに変化が生じてきたのである。

執達吏による独占、すなわちいわゆる送達をなすには必ず執達吏による signification の手続によらなければならないという制度の存在理由は、通知行為における手続（formalité）の重要性に結びついているところの安全確実性の配慮によつて説明づけられている。[8] しかしこの独占は、主に、費用がかかりすぎるという理由で異議を唱えられるに至つた。[9] そしてそれを代替するシステムとして大戦直後の民事訴訟法改正私案の段階から考案されたのが郵便による方法であり、[10] ことに後にも詳述する受取通知請求付（avec demande d'avis de réception）書留郵便であつた。[11]

しかし、郵便による方法は、執達吏による送達ほどの確実性も証拠力も有していないし、勿論危険がないわけではない。[12] しかし新法の起草者はそれらの危険も考慮した上で、原則的には訴訟書類等の通知のための執達吏の独占を維持したものの、よりたやすい方法、特に郵便による方法を広汎に導入したのである。[13] すなわち、新法は、先行した一九七二年八月二八日のデクレ[14]の規定を継承し、特有の用語 notification（元来は一般に「通知」ないし「正式の通知」を意味する単語として用いられていたものである）を法文上に採用して、まず、「証書は、利害関係人に対してなされる notification によつて利害関係人に知らしめられる」（新民訴法六五一条一項）と定め、その notification の中で執達吏の証書によつてなされるものをsignification と呼ぶこととして（同条二項、「執達吏証書（acte d'huissier de justice）によつてなされる notification は signification である」）、signification によらないでする証書等の送達方法を「普通の方法による（en la forme ordinaire）証書の notification」と題して signification と並置させるに至つたのである（同法六六五条～六七〇条ノ二。なお signification に関する規定は同法六五三～六六四条におかれている）。ただし、いまだに signification の優越性は残されており、「普通の方法による notification」は法が条文上明示的に許可した場面でのみ用いることができ、法規のない場面ではそれは不可能と考えられている。[15] そしてこれとは逆に、法文上他の形式での notification が規定されている場面で signification を用いても、それはいつこうに差し支

えなく常に有効である（同法六五一条三項、「notification は、法律が別の方式によるそれを定めている場合であつても、いつでもsignification の方法によつてこれを行うことができる」）。

以上が、signification の、そして新民事訴訟法での notification の中の signification の定義であるが、それでは我々はこれにどのような訳語をあてておくべきであろうか。新民事訴訟法成立前（より正確には一九七二年デクレ以前）ならば signification を「送達」、notification を「通知」あるいは「正式の通知」[16]と訳しておけば足りたかと思われるが、右に見た新法での notification の規定からすればもう少し工夫が必要とされそうである。谷口安平教授らの『注釈フランス新民事訴訟法典』[17]は「執行吏によつてなされる notification が signification であるから、一応、前者を単に送達、後者を執行吏送達と訳しておくこととし、後者のみが問題であることが明白な場合には、これも単に送達と訳することとする」[18]とするが、これではやはりまぎらわしいし、一つの条文の訳を見ただけでは原文が notification なのか signification なのか判然としないケースもある。従つて私見では、signification は従前通り「送達」（あるいは「執達吏送達」）と訳せば良いが、notification はその新民訴法上の趣旨及び内容からすれば「簡易送達」ぐらいが適当に思われるし、一方後述するようにこの notification は民法の分野では今日でも決して裁判所補助吏等の司法機関によつてなされるものに限定されず、銀行等の私法人が法の定める一定の手続に従つてする通知等をも指して使われるので、そのへんも含めて統一的な訳語を考えれば「公式通知」あたりが良さそうにも思われる。ただどちらの訳語を採用しても場合によつては誤解はさけられないように思われるので、本稿では右のように解説した上で、以下 signification, notification とどちらも原文のまま表記することとしたい。

（1）前掲拙稿「一項と二項との関係」四七頁以下参照。

（2）citation は、tribunal d'instance（小審裁判所）や tribunal de police（違警罪裁判所）、tribunal correctionnel（軽罪裁判所）、conseil de prud'hommes（労働審判所）への召喚状を指し、ajournement（旧法）あるいは assignation は tribunal de grande instance（大審裁判所）、tribunal de commerce（商事裁判所）等への召喚状を、acte d'appel は cour d'appel（控訴院）への召喚状を意味する。Argenson, Guide des

huissiers de justice, 2ème éd., 1963, n° 56.

（3） Argenson, loc. cit.

（4） Argenson, op. cit., n° 59.

（5） Argenson, op. cit., n° 58.「公正証書」という訳語については後掲二三頁註（1）参照。

（6） このための手続としての inscription de faux（偽造の申告）については、Vincent et Guinchard, Procédure civile, 20e éd., 1981, n° 114 et s. 参照。そこで明らかなように、公正証書の偽造には faux matériel（有形偽造）と faux intellectuel（無形偽造、すなわち作成依頼当事者の虚偽の陳述に基づくもの）の両者がありうるが、そのうち後者についてはこの「偽造の申告」の手続によらなくても、すべての証拠方法によつて攻撃しうる。

（7） Argenson, op. cit., n° 1.

（8） Vincent et Guinchard, op. cit., n° 440, p. 464.

（9） Solus et Perrot, Droit judiciaire privé, t. 1, 1961, n° 352.

（10） Degouy, La réforme de la procédure civile, J. C. P. 1949. I. 790.

（11） Cosnard, La lettre missive, acte de procédure, D. 1960, chron. p. 97.

（12） 具体的には、手紙の紛失の危険（書留でさえも）、しばしば長期にわたる郵便ストによる延着の可能性、さらには言いがかりをつけたがる人々による受取りの異議の問題等が考えられた。Vincent et Guinchard, op. cit., n° 440, p. 465.

（13） Vincent et Guinchard, loc. cit.

（14） 新民事訴訟法六五一条は、一九七二年八月二八日デクレ二条のコピーとつてよいとされる。Blanc et Viatte, Nouveau code de procédure civile commenté dans l'ordre des articles, p. 417 (mise à jour septembre 1979).

（15） Vincent et Guinchard, op. cit., n° 441, Perrot, Droit judiciaire privé, Cours de droit, 1976-1977, p. 117.

（16） そもそも動詞 notifier には、「正式な方法で明示的に知らしめる」という意味があるが（Dictionnaire du français contemporain）、名詞 notification はこれまでは特に方式を定めない一般の通知（avis とか avertissement とかはほぼ常にこの意味に使われる）の意味でも広く使われていた。

（17） 谷口=若林=上北=徳田訳・注釈フランス新民事訴訟法典（法務大臣官房司法法制調査部編）は、法務資料第四三四号（昭和五三年）を公刊したものである。

（18） 前註・新民訴法典三五二～三五三頁。

(二) signification の手続の遵守

右に考察したような、執達吏の送達証書によつて行われる signification の形態を対抗要件として要求するフランス民法一六九〇条一項の規定は、ごく最近までそのまま遵守されてきた。

前稿[1]に明らかにしたように、この signification に関して比較的早い時期に提示されていた問題は、一六九〇条が要求する対抗要件としての手続(formalité)として、送達証書による signification 以外のものが équivalent として認められないかというものであつたが、判例はこれを一八八〇年頃までは完全に否定していたのである。[2] 学説の方もこの時代までは執達吏の signification という形式の要求に疑問を提示するものはあまり見当らず、わずかにオーブリ＝ローが、signification や公正証書による acceptation (一六九〇条二項) という非常に厳格な方法の採用は、(その履践が困難を伴う結果) 債務者の悪意や重大な懈怠を許すことになるので、第三者の正当な利益の保障を阻害すると批判しているのが目につく程度であつた。しかし一八八〇年代に入ると、判例はいわゆる債権譲渡自体の signification 以外のものをいくつか équivalents として認めるに至るが、その内容は、「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)[4]」であるとか、「債務者に債権の譲渡を法律上のかつ正規の方法で知らせるすべての証書、たとえば拒絶証書 (protêt)、訴訟告知書 (dénonciation)、召喚状 (citation)[5]」であるとかで、そのことごとくが、いわゆる債権譲渡を債務者に知らしめる典型的な signification でこそないものの、同様に執達吏等の裁判所補助吏の手を経てなされる、訴訟行為上の「正確で真正な方法[6]」を持つた書面交付行為なのであつて、これらを signification と同価値のものと認めることは、いわば当然のことをしたまでと言つてよい。すなわち、二〇世紀初頭の学説がこの一六九〇条の債務者への signification が単なる notification であつてはいけないのはその日付の確定性と証拠力との要求にあると[7]明言しているその要素は、右の判例のあげる équivalents の中でも当然ながらことごとく具備されているのであり、従つて右の判例の判断は、一

六九〇条が対抗要件として要求している手続を緩和するという性質を持つものではなく、単にそもそもsignificationと同性質を持つ類似の制度[8]でもsignificationにとつてかわれるということにしたというだけのことであつたと評価すべきであると思われる。

その意味では、significationという手続の要求は本質的にいまだ変わることなく遵守されていたと言えるのであつて、例えば一九三〇年代の判決のいう「譲渡行為を記述したassignation en paiement（弁済請求訴訟の召喚状）[9]」というのもこのジャンルから一歩も出るものではないし、さらに一九五〇年の判決も、裁判所の召喚状でも、それ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に代わることはできない[10]として、このジャンルの厳密な維持をうたつていたのである（なお、破毀院は、この問題に対して最も早く今日的な対応をせまられた商事部においても、同旨の判決を少なくとも一九六九年まで出している[11]）。

(1) 以下この(二)の項に関しては、前掲拙稿「一項と二項との関係」四七～四九頁参照。
(2) Rennes, 18 déc. 1879, D. 1880. 2. 204, etc.
(3) Aubry et Rau, Cours de droit civil français, t. 2, 4e éd., 1869, § 359 bis, note 12.
(4) Civ. 1er mai 1889, D. 1890. 1. 264, S. 89. 1. 460. なお一九二八年、一九三七年等に同旨判決あり。
(5) Toulouse, 20 mars 1888, Gaz. pal. 1888. 2. 227. etc.
(6) Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, 2e éd., t. 7, 1954, n° 1118.
(7) Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 2e éd., t. 2, 1902, n° 1612. なお Beudant, Cours de droit civil français, 2e éd., t. 11, 1938, n° 360.
(8) Raynaud, Les contrats ayant pour objet une obligation, Cours de droit, 1977-1978, p. 167 は、これを今日的な概念による表現で、「いわゆる signification でなくとも、notification であつて、譲渡を記載した公正証書に関するものであればよい」とまとめる。
(9) Civ. 4 mars 1931, D. 1933. 1. 73. note Radouant; 17 févr. 1937, D. H. 1937. 221.
(10) Com. 21 juin 1950, J. C. P. 1950. II. 5898, note Cohen.

(11) Com. 18 févr. 1969, Bull. civ. Ⅳ, n° 65, p. 65. 同判決は、「譲受人の請求により債務者に送付された assignation が債権譲渡の signification に値するためには、それが、signification のように、権利移転を明確に示す譲渡の要旨を与えるものであれば十分である」としたものであるが、シャバス教授は、「このような条件（の要求）は、商事部の判例の最近の段階ではもはや見出せない」とする（Chabas, obs., Rev. trim. dr. civ., 1981, n° 4. p. 852)。

(三) signification の手続の緩和への始動

しかしながら、signification の手続が過重であり費用がかかりすぎるという批判はようやく第二次大戦後に盛んとなつてくる。その一つの現れ方は、既に(一)でも触れた、一般的に signification の手続を書留郵便での notification に置きかえられないかという議論[1]であり、もう一つこの債権譲渡プロパーで現れた現象は、一六九〇条の要求する手続を避けるために、債権譲渡のかわりに、債権者の意思による代位（subrogation, フランス民法一二五〇条一項）をするというもの[2]であつた。すなわち、subrogation は本来は第三者による代位弁済のための制度であるが、フランスでは subrogation の場合債権は原債権者と債務者の関係においては消滅するものの、代位（弁済）者（subrogé）のためには、（単なる債務者への求償権という形ではなく）そのまま存続するとみなされ[3]、しかも約定代位の場合には代位者が債務者の関与なしに債権者と約することも、あるいは代位者が債権者の同意なしに債務者と行うこともでき（一二五〇条一項二項）、前者すなわち債権者と代位者とによる代位では、弁済のときに明示さえすれば原債権者の債権はそれに付随する訴権、抵当権、先取特権、その他一切の債務者に対する権利とともに代位者に移転する（同条一項）のであるから、原債権者と代位者とで約定する代位弁済は、特に債権譲渡と類似した機能を持ち[4]、しかも債権譲渡と違い、送達や公正証書承諾のごとき債務者その他の第三者に対する対抗のための手続を要しない（一六九〇条は subrogation とは全く関係しない。判例[5]・通説）ので、これが、一六九〇条の手続を潜脱する目的で、広く債権譲渡のかわりにいわば「転用」されたのである[6]。例えばレイノー博士は、こういう現象が起つたゆえに、債権譲渡の分

野でも執達吏による signification の形態をより簡単な書留郵便での通知に置き換えようとする今日の傾向が生まれてきたと分析されている。(7)

しかしながらその傾向はなかなか結実には至らず、マゾーも一九六六年の版の中で、まだ、signification は執達吏の証書によるもので「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」(8)と従来の考え方を堅持する記述をしていたのである。

(1) 具体例の一つとして、農地賃貸借(baux ruraux)の場面での書留郵便による notification が挙げられる。R. Savatier, Les notifications par lettre recommandées, RéP. gén. notariat, 1951, art. 26980 ; note, D. 1954. 357 等参照。

(2) Raynaud, Cours précité, p. 168.

(3) ポチエ以来の通説である (Pothier, Obligations, n° 552)。なお Weill et Terré, Droit civil, Les obligations, 3e éd., 1980. n° 1043, p. 1084 etc.

(4) Subrogation が債権の移転たる性質を持つことは早くから認められていた。Aubry et Rau, op. cit., t. 2, 4e éd., 1869, § 321 note 2, Baudry—Lacantinerie et Barde, Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations, t. 2, 2e éd., 1902, n° 1520, etc.

(5) 最近の判例として Civ. 1er, 5 avril 1978, Bull. civ. I, n° 144, p. 114.

(6) 但し代位者としては債務者が知らずに原債権者に弁済して免責されるケース（フランス民法一二四〇条）を防ぐために通知 (avertissement, 方法はどんなものでもよい。)をしておくのが賢明であるといわれる。Weill et Terré, op. cit., n° 1046, note (2). なお、この subrogation の方法が、フランスに affacturage（いわゆるファクタリング）のメカニズムを移植するのに役立つたとされる。Gavalda et Stoufflet, Le contrat de factoring, J. C. P. 1966, I. 2044.

(7) Raynaud, loc. cit.

(8) Mazeaud, Leçons de droit civl, 3e éd., t. 2, 1966, n° 1260.

（四）新たな展開

1　書留郵便による notification

書留郵便、より正確に言えば受取通知請求付書留郵便（lettre recommendée avec demande d'avis de réception）[1]によるnotification がそれぞれの特別規定を得て signification に代るようになつたのは、最初は主に商法（商事債権）の分野からであつた[2]。

そしてまず公共事業請負契約（marchés publics）の債権質（nantissement）[3]の問題にこれが導入された。公共事業請負契約を結んだ請負人への融資に関しては一九三五年一〇月三〇日のデクレがあり、そこでは公共事業請負契約から生じる債権に質権を設定するためには民法一六九〇条の手続の履践が必要とされていたが、一九五九年一月七日デクレ[4]はこれを改正して、質権者は債務者（国または公共団体）に対し受取通知請求付書留郵便で通知（notification）すればよいとしたのである[5]。ただしこの場合は債権譲渡すなわち債権の移転の問題ではなく債権質であり、しかも債務者が国または公共団体ということで、通知の受取に関して一応欺罔的な行動はしないと信頼できる債務者であることが考慮されておいてしかるべきであろう。

次いでこのような取扱が銀行法の分野にもとりこまれる。銀行法の専門家であるヴァッスール教授は、これを「公権力と立法者は債権の譲渡・質入の場面に全く新しい規則を確立した[6]」と評価するのであるが、それは企業への融資の改革に関する一九六七年九月二八日のオルドナンス六七―八三八号と、一九六九年一二月三一日法六九―一二六三号である。これらの立法は、いまここで詳言する余裕はないが、譲渡可能送り状（facture transmissible）、中期の信用貸、ならびに長期の抵当債権に関するものであり、中でも前掲一九六七年オルドナンスは、facture について、それに銀行への権利移転をする旨の記載をし署名捺印するだけで完全な債権譲渡ができるという方法を創設し[7]、しかも譲受人たる銀行から債務者にあてた受取通知請求付書留郵便の形での notification で執達吏の signification の代用となるとしたのである。ヴァッスール教授は、

「実際、取引関係、特に債権の貨幣化（換金）を業としている銀行のためにする譲渡の場合には、民法一六九〇条の方式は過重でありまた費用がかかりすぎる」[8]とし、右の一連の立法を指して「一六九〇条の衰退（déclin）を示す」[9]ものと表現したのである。

この一九六七年オルドナンスの場合は、債権者（譲渡人）債務者とも私人（私企業）であり、譲受人も公的金融機関ではなく一般の銀行ということで、前記一九五九年デクレのような国や公的機関に対する信頼を基礎とする要件緩和ではなく、その意味ではまさに新しいルールの導入である。ただこれについては、銀行が恒常的な取引先との間でひんぱんに行う、ヴァッスールのいわゆる「債権の貨幣化」あるいは別の学者の言葉を用いれば「両替的債権」（créances cambiaires）[10]の譲渡を対象とするもので、これこそまさに債権譲渡の大量化・迅速化の要請が肯定される場面と言えるであろうことを指摘しておこう。

さらに、ごく最近になつて、中小企業の特定の債権の弁済における国家公共事業金融公庫（Caisse national des Marchés de l'Etat）の介入手続に関する一九七八年一月四日法七八―一三号[11]は、中小企業のために債権譲渡の新しい方式を創設した。すなわちこの法律は、公共事業を請負つた中小企業が、その契約から生じる請負代金債権を担保的に譲渡して金融公庫から前渡金を得るというものであり、その二条二項により、譲受人たる国家公共事業金融公庫は、債務者たる国の公共支出会計に対し受取通知請求付書留郵便により notification をすれば第三者に対抗しうると定められたわけである。ちなみに、この一九七八年法は、前掲の一九五九年デクレと比較してみれば、一九五九年デクレが公共事業請負契約の質権設定に関するものであつたのが今度はその債権譲渡に関するものとなつた点、しかも今度はその譲渡人としては中小企業のみが対象となり、かつそれに対して実質的には融資をする譲受人としては国家公共事業金融公庫のみという限定がある点を除けば、一九五九年の傾向を踏襲し、より明確にした一事例ということで、一見とりわけ新しい要素を加えたものではないと見うるが、

ヴァッスール教授は、この一九七八年法は、「手続の外見的には穏かな改変の下に隠れて、一見したところ明瞭ではないが重要な根本的革新に貢献しているように見える」[12]、すなわち、「この法は、担保としての債権の譲渡（cession de créance à titre de garantie）を合法化し、それに多くの注意が向けられるようにさせたのである」[13]と指摘している。ヴァッスールのこの指摘は確かに重要であるが、いま我々がsignificationの要件緩和という観点からこの一九七八年法を見れば、今回は譲受人が国の金融機関、債務者が国ということで、前掲一九五九年デクレと全く同一の、国や公的機関に対する信頼を基礎とする要件緩和というパターンにすぎないと言うことができよう。

（1）実際のしくみとしては、差出人は郵便物を必ず書留に付するとともに、縦約一〇・五センチ、横約一四・八センチの葉書のような桃色の用紙に差出人・名宛人の住所氏名等を記入する。受付局側は郵便物の形状等（手紙、葉書、郵便為替等）とその書留番号等を用紙の該当欄に記入し、さらに受付局名・受付日を記入して（実際には局名と年月日時の入ったスタンプが押される例が多い）この用紙を郵便物に添付（あるいは貼付）して発送する（ちなみに郵便物自体には書留番号と局名を刻印された小紙片（R／N° 311／PARIS 10というような）が貼られ、かつ受取通知扱を表す AR というスタンプが押される）。配達局の局員は、配達先でこの用紙を当該郵便物より外し、用紙の該当欄に名宛人あるいは法によってそれに代る受取権限を与えられている者の署名を求めた上で持ち帰り、配達局の局員の署名と配達局のスタンプを加えた上で（用紙には「以下に署名した者は上記郵便物が適式に配達されたことを申述（déclarer）する」とあるので、受取人と配達局員の両者が申述することになる）、その用紙を差出人に返送する。返送の際には、「返送の際のスタンプ」のところに改めて返送局の日付印が押され、かつその用紙は「差出人に対し、最初の便で直接に返送されねばならない」（その旨用紙中に記載されている）。

（2）Raynaud, cours précité, p.168. 勿論、商法の分野では、歴史的に言えば、significationを要しない債権の移転方法としての裏書（endossement）による指図証券（titre à ordre）等の流通証券（titre négociable）の譲渡は、ラテン系ヨーロッパでは既に一五世紀には創出されていることが資料的に確認されている（Lapayre, Une lettre de change endossée en 1430, Annales, 1958, p. 260）。

（3）nantissementの対抗要件として、フランス民法二〇七五条は、質入債権の債務者へのsignificationをあげるのみであるが、判例・学説は、質入債権の債務者が公正証書においてなした質入の承諾（acceptation）も同一の効力を生じるとしている（従って一六九〇条の債権譲渡の対抗要件と同一に考えられる）。Civ. 29 janvier 1909, D. 1910. 1. 52, S. 1910. 1. 537, note Naquet, Com. 23 mai 1973, D. 1973. 760. 学説として、Aubry et Rau, op. cit., t. 4, § 432 note 15.

(4) décret n° 59-168 du 7 janvier 1959 (J. O. 10 janvier 1959, p.728).

(5) art. 182, al. 2, Code de Marché de l'Etat. なお Vasseur, Mode nouveaux de cession et de nantissement de créance en droit bancaire, 1er suite, Banque, n° 372, 1978, p. 458—459.

(6) Vasseur, Mode nouveaux de cession et de nantissement de créance bancaire, Banque, n° 284. 1970, p. 355.

(7) Vasseur, op. cit, Banque, n° 284, 1970, p. 356 et s.

(8) (9) Vasseur, op. cit., 1re suite, Banque, n° 372. p. 458.

(10) Gavalda, La cession et le nantissement à un banquier des créances professionnelles (loi n° 81-1 du 2 janvier 1981), D. 1981. Chr. p. 199.

(11) Loi n° 78-13 du 4 janvier 1978 (J. O. 5 janvier 1978, p. 191).

これは四カ条からなるそう長くない法律である。左に主要部分の訳を掲げておく。但し採用した訳語は行政法分野の邦文解説書等にも該当する訳語が見当らなかつたので、とりあえずフランスの法律用語辞典の説明から仮にあててみたものにすぎない。

中小企業の特定の債権の支払における国家公共事業金融公庫の介入手続に関する一九七八年一月四日法第七八—一三号

第一条　国家ないし行政的性格の公的機関による公共事業の契約当事者たる中小企業、あるいはある特定の公共事業契約における下請人として直接の支払を受けうる中小企業は、その契約に基づき国家ないし公的機関に対して有する債権を、本法に規定される簡略化された手続に従つて、国家公共事業金融公庫に譲渡することができる。

この手続は、国家公共事業金融公庫が当該譲渡と引換えに、支払命令の契約上の期限の満了後に、譲渡証書に従つて、対応する支払の全部もしくは一部をなすことを約した場合にのみ適用される。

地方公共団体もしくはそれらの公的機関による公共事業の契約当事者たる中小企業のためには、簡略化された債権質の手続が設けられる。コンセイユ・デタのデクレがこの手続の施行細則を定める。

第二条　債権の譲渡は、公共事業契約法一八八条および一九六条に定められる証書を付して、登録税および印紙税を免除して、私署証書によつて実行される。

民法一六九〇条の規定に反して、譲受人としての国家公共事業金融公庫の諸権利は、受取通知付書留郵便によつて公共支出会計へ譲渡証書が notification された後は第三者に対抗しうる。

この notification は書留郵便の受領の日から三日目の平日（取引可能日）に効力を発生する。

債権の譲渡は、国家公共事業金融公庫と譲渡人の間の完全な合意によつて解約されうる。この場合は、解除とその notification は、譲渡についてすると同一の形式と条項に従つて行われる。

第三条　年間売上高が税引きで一億フランを越えない企業、もしくは従業員が五百名を越えない企業は、その定款の如何にかかわらず、本法にいう意味では中小企業として考えられる。（以下略）

なお、第一条二項の支払命令（ordonnancement）の期限（支払猶予期間）は通常四五日であるので、従つて公庫は四六日目に支払をすることになるという（Vasseur, op. cit., 1er suite, p. 460）。

(12)（13）Vasseur, op. cit., 1er suite, p. 459.

2　書留郵便以外の新しい方法

受取通知請求付書留郵便を signification の代りにする以外の方法でも、signification の要件を緩和したり signification の équivalents をふやしたりする形の判例および立法がここ数年にさらにいくつか現れている。

まず判例から考察すると、既に引いた破毀院商事部の一九六九年までの判決が、assignation（召喚状）を signification の équivalent とみるためにはそこに権利移転を明確にする譲渡の要旨が書き込まれていなければならないとしていたのに対し、同じ商事部は一九七七年に至つて、そのような条件を外すに至つた。つまり、商事部一九七七年一月二六日判決[1]は、いわゆるリース契約（crédit-bail）において目的物の機器がうまく作動しないケースで、その販売業者に対する保証債権を貸主（リース業者）が借主（ユーザー）に譲渡する場合、貸主借主両者が事実審において「販売業者に対する賃貸人の諸権利を賃借人に移転するリース契約の条項を引用援用した文書（écritures）[2]」で十分であるとしたのである。

ただし、これはリース契約という特殊な分野での、売主―買主（賃貸人）―ユーザー（賃借人）という三面関係の内部でのみ問題となる債権であり、しかもこの保証債権のごときものはリース物件から離れて一人歩きする性質の債権ではなく、従つて外部への流通性さらには二重譲渡の問題等はそもそもおこりえない債権であり、その意味では対第三者対抗要件は原則として不要で、対債務者の関係のみを考慮すれば良いものであること、加えてリース契約の実態として、特にいわゆるファイナンス・リースの場合は、物件選定の段階から売主とユーザーが接触しリース業者は実質的に金融に介入するだけという

ケースもかなりあること、等を考え合わせると、右判決の判旨は容易に肯定されてよい（言葉をかえれば、このような事案では signification の手続はそもそも不要と考えられる）と思われることを指摘しておきたい。

これらはいずれも破毀院商事部の判決（商事事件）であつたが、さらに民事部でも、最新の一九八〇年一〇月八日判決[3]は、民事債権の譲渡に関して、次のような判決を下した。事案は、保証のついた債権が原債務者の死亡後に譲渡され、譲受人が保証人に弁済を請求したケースで、当該債権の譲渡は、訴訟参加した譲渡人の、第一審での申立趣意書（conclusion）によつて signifier されたというものである。上告人（保証人）は前掲の一九六九年判決を引いて、conclusion が signification と同視されうるのは、そこに少なくとも譲渡の要旨の記載を含むという条件の下にでなければならない、と主張したが、これに対して破毀院は、「譲渡人によつて取られた申立趣意書による債権譲渡の signification は、控訴院が、債権の移転に関して保証人への正確な情報（l'exact information de la caution）に必要な要件を含んでいると専権的に（souverainement）判定したその時から有効である」と判示したのである。従つて、表現を一般化して言えば、債権譲渡の signification は訴訟中の（事実審での）申立趣意書によるものでもよく、その場合譲渡契約の要旨までは必要なく、当該債権の移転自体を債務者が正確に了知しうるものであれば十分で、しかもそのような了知に必要な要件を含んでいるか否かを決するのは、事実審の裁判所の専権事項である、ということになる。

しかし、このケースでは、訴訟中でなされ相手に伝達される申立趣意書によるのであるから、signification が持つ内容の真正さも、行われた日付の確定性も証拠力も、完全に確保されているわけであり、ただその行われるタイミング及び具体的方法についていわゆる signification の要件を緩和したものであつて、従つてこれは前掲(二)にあげた、「そもそも signification と同性質を持つ類似の制度でも、signification にとつて代われることにしただけの」一連の判例とほぼ同一のジャンルに属するものと言えよう。

また、立法のほうでは、銀行法に関する最新のものとして一九八一年一月二日法八一―一号[4]が、銀行（établissement de crédit）の企業等への融資を容易にする目的から、融資を受ける顧客（職業人）は、その職業上生じた債権[5]を、銀行に対して、bordereau（「権利明細書」と仮に訳す）と呼ばれる書類を交付するだけで譲渡・入質でき（同法一条）、しかも当事者が署名し日付を付しただけで他の第三者にも対抗でき（同法四条）、ただ善意の債務者が原債権者に弁済して免責されることがないよう[6]、譲受人（銀行）は債務者にどんな方法でもよいから通知しておけばよいという制度を創設した。

以下この制度の概略を述べると、まずこの bordereau には、次の記載を含むことが要求されている。①名称。それぞれの場合により、「職業債権の譲渡証書」あるいは「職業債権の質入証書」。②証書が現行法の規定に従つている旨の記述。③融資銀行の名称ないし社会的呼称。④譲渡されるあるいは入質される債権の指定ないし識別。特に債務者名ないしそれを限定するための要素、弁済の場所、債権額ないしその評価額、およびもしあればその支払期日、の明記による指定ないし識別。⑤場合によつては、各債権を担保するすべての契約上の担保の明記。そして、これらの表記のうち一つでも欠いている証書は、本法にいう意味での職業的債権の譲渡・質入の証書として値しない（以上同法一条）。この bordereau には債権者（被融資者）の署名がされ、日付は技術的に不可侵の方法で譲受人（金融機関）が付す（同法二条）。そしてこの譲渡あるいは質入は、bordereau に付された日付の日に当事者間で効力を発し他の第三者にも対抗しうるものとなる（同法四条）。但し善意の債務者が原債権者に弁済して免責される（一二四〇条）のを避けるために、銀行は債務者に bordereau の署名者（原債権者）への弁済を禁じる通知（notification）をすることができ、この notification（形式は同法の一三条に予定されるようにコンセイユ・デタのデクレによつて定められる）がされたとき以降は、債務者は銀行に対して弁済したときのみ免責される（同法五条）。そしてこの notification の形式につき一九八一年九月九日デクレ[7]は、前述したように、書留郵便等も要求せず、「いかなる形式でなされてもよい」と定めたのである。またこの bordereau は、一つの銀行から他の銀行へ譲渡することもできる（但し銀

行以外には譲渡できない）（同法三条）。

この一九八一年法によつて、銀行実務上の債権譲渡のかなりの部分を占める両替的債権（créances cambiaires）[8]の譲渡が、完全に一六九〇条の制約の外に置かれたということができよう。すなわち、この一九八一年法のシステムは、当事者間の書類の引渡し（及び署名と日付の付与）だけで第三者への対抗力まで備えてしまうという点で、一六九〇条の対抗要件の構造（そこでは債務者の存在を捨象することができない）自体を全く離れるものであるからである。ただ、一九八一年法のこのような処理に合理性が与えられるのは、まさに銀行業務の中の「両替的債権あるいは裸の債権（créances dites nues）の現代的循環の大量さと迅速性は、もはやそれらの権利の法律的移転の様式に適応しえなくなつた」[9]からであり、またそう言わしめるのは、そもそも一六九〇条の要求する対抗要件の手続が今日の金融実務には対応しきれないものであつた[10]からと言えよう。

これが一六九〇条の signification の手続を修正する最先端の動きであるが、しかし、このような動きを推進・支持する銀行法の学者自身が、こういう「両替的な債権の範疇に含まれない一般の債権については、対抗のためには一六九〇条の手続を満足しなければならない」と明示していることを念のためつけ加えておく[11]。

（1）Com. 26 janv. 1977, Bull. civ. IV, n° 27, p. 24.

（2）単なる écriture は、証書（acte）ではなく、それだけでは書面の真正さの証明力も日付の確定性も持たないが、裁判所での訴訟行為中に伝達されていれば、伝達されたこと自体の証明力およびその日付の確定性は賦与されることになろう。

（3）Civ. 1er, 8 oct. 1980, Bull. civ. I, n° 249, p. 200. Gaz. pal. 1981. 1. Pan. 26 févr.

（4）Loi n° 81—1 du 2 janvier 1981 (J. O. 3 janv. 1981, p. 150).

（5）対象となるのは créances professionnelles（職業上の、あるいは業務上の債権）ということであるから、職業上生じたものであれば商人の債権のみならず手工業者や自由業ないし農業に従事する者の債権でもよい（Gavalda, La cession et le nantissement à un banquier des créances professionnelles (loi n° 81—1 du 2 janvier 1981), D. 1981. Chr. p. 202.

（6）債権占有者（possesseur de la créance）への弁済（フランス民法一二四〇条）となる。

(7) art. 2 du décret d'application n° 81—862 du 9 septembre 1981, D. 1981. 336.

(8)(9) Gavalda, op. cit., p. 199.

(10) 従つて実務家や、学者の中でも銀行法や商法の専門家は、一般に一六九〇条（さらには債権譲に関する二〇七五条）の手続の緩和ないし取外しの傾向にかなり積極的に賛成している。例えば Schmidt et Gramling, La loi n° 81—1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises, D. 1981. Chr. p. 217 は、「（一九八一年法の規定した譲渡の方法は、）大変喜ばしいことに、債権者（譲受人）への証書（titre）の交付をもつて、執達吏の送達証書により債務者に対してなされるその signification におきかえることにより、民法一六九〇条と二〇七五条の古風な（archaiques）かつ不毛な（stérilisantes）手続にそむいて（dérogé）いる」と表現している。

(11) Gavalda, op. cit., n° 199.

二　フランス民法一六九〇条二項の債務者の公正証書による承諾

次に、フランス民法一六九〇条の定める二つ目の債権譲渡の対抗要件たる、債権者の公正証書[1]による承諾（acceptation dans un acte authentique）についてその解釈・運用の展開を考察する。

そもそも債務者の承諾が一六九〇条の要求する手続の一つにあげられたのは、歴史的に言えば、フランス古法において承諾は執達吏による送達（signification）と同様に、物権の移転を実現するために要求される引渡（tradition）に類似する、「摑取を与える方法」（ensaisinement）であつたからであるとされるが[2]、この一六九〇条二項の「公正証書による承諾」については、既に前稿[3]でも明らかにしたように、学説はフランス民法制定直後のものこそ、債権者が私署証書（acte sous seing privé）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 saisine を与えるのに十分でない[4]（対抗要件として十分でない）として、一六九〇条の文言を遵守していたが、まもなく一九世紀の前半のうちに、債務者（débiteur）と他の第三者（tiers）とを一応区別して、第三者に対して譲受人が債権を主張しうる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、私署証書による承諾でもよいとする説[5]が現れていた。ただしこの説にたつデュラントンは、譲受人と債務者

との関係で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規定を引いて、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説いていることに注意する必要がある。[6] デュラントンと同時代あるいはそれに続くものとしてヴァレットやムールロンも、私署証書によつて承諾した債務者は、（デュラントンの理由づけとは異なり、）譲受人に対し、彼（譲受人）の損害となるような弁済をしない旨を約したものである、という理由から、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、という結論を導いている。[7]

このような経緯をへて、フランスにおいては一六九〇条にいう「公正証書による承諾」は、対債務者の関係では私署証書でも良いとする（加えて、デュラントン、アコラス等は口頭あるはいは黙示の承諾でさえも可としていた）考え方が、一九世紀の後半には既に通説として確立していたと見ることができる。[8] しかし前稿に述べたように、そこで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・限定的なものと把握されており、一六九〇条に定める対抗要件としての手続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く、ヴァレット以下の学者はそれぞれに私署証書による承諾を一種の支払約束や支払保証のごとくに構成していたことに注意しなければならない。[9]

このような学説の考え方は、あるいは一面で、費用のかかる公正証書によらない形の承諾を保護しようとする実際的な意図があつたものかもしれないが、これに対して判例は、当初は私署証書による承諾の効果を渡受人と債務者との間でも認めない立場を堅持していた[10]（そして、勿論のことであるが、私署証書による承諾が第三者に対しては何の効力もないことは当然と判示されていた[11]）。しかし破毀院は一八七八年に至つて態度を変え、債務者と譲受人との関係においては、債務者のした承諾は、それが私署証書によるものでも、口頭でされたものでも、さらには黙示のものであつてさえも、そこから生じた債務者の対人的な約束（engagement personnel）は債務者を譲受人に拘束するに十分であり、債務者に対し、譲受人以外に弁済をすることを禁

じるものである、と認めた。[12] この判例は後続の判決によつて踏襲されてきているが、[13] これらの判決の多くは、内容的に賃貸借の譲渡に関するものであり、賃借権の関係での被譲債務者たる所有権者が賃借権の譲受人からの賃料を領収したりすることが譲渡の黙示の承諾と判断されている。

以上要するに、判例の債務者の承諾についての態度は、第三者に対する関係では、一六九〇条の手続以外の équivalents がない、すなわち、公正証書による承諾がなければ譲受人は対抗できないとし、債務者に対する関係では、私署証書によるものでも、口頭によるものでも、場合によつては黙示のものでも、承諾があれば効力を生じる（債務者は譲受人に弁済しなければならない）とする、というものである。

それでは、さらにこの考え方を推し進めて、債務者に承諾の意思あるいは承諾したという事実はないが、債務者が何らかの（勿論、signification あるいはそれに値する他のもの以外の）理由で譲渡を個人的に知つている、という場合にも、その「認識」は何らかの評価を受けうるのであろうか。次章にはそれを検討してみよう。

（1） わが国では従前から acte authentique を公署証書、acte notarié を公正証書と訳すものが多いが、私は前稿（前掲「一項と二項との関係」法学研究五一巻二号・昭和五二年）から acte authentique を公正証書と訳している。フランス民法一三一七条にいう acte authentique の定義は、それを公正証書と訳すのが最もふさわしいと考えたからであるが、近時鎌田薫教授が理由を詳細に述べて（わが国でも公正証書は必ずしも公証人の作成した証書に限られない等）、acte authentique に「公正証書」、acte notarié に「公証人証書」の訳語をあてられている（鎌田「フランスにおける不動産取引と公証人の役割（一）」早稲田法学五六巻一号（昭和五六年一月）四六頁注5参照）。

（2） Ghestin, La transmission des obligations en droit positif français, n° 26 (La transmission des obligations, Travaux des Ⅸ Journées d'études juridiques Jean Davin, 1980, p. 22); Planiol, op. cit., 1er éd. 1898, t. Ⅱ, n° 1614.

（3） 拙稿前掲「一項と二項との関係」四二～四六頁参照。

（4） Zachariæ, Handbuch des französischen Civilrechts, 1808, § 359 note 10 etc.

（5） Duranton, Cours de droit français suivant le Code civil, 4e éd., t. 16, 1844, n°496 et 497.

（6） Duranton, loc. cit. フランス民法一三二二条は、「私署証書を援用した者の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、それに署名した者ならびにその相続人および承継人（ayants cause）の間において、公正証書と同一の証明力を持つ」と定める。わが国の民事訴訟法には、私文書の証明力に関する規定（民訴法三一三～三一四条）の中にこれに類する定めがない。

（7）Mourlon, Répétitions écrites sur le Code civil, t. 3, 11e éd., 1883, n°684 note 2.

（8）（9）学説等の詳細は前掲拙稿四四～四六頁参照。一部のみ再掲すれば、コルメ＝ドゥ＝サンテールは、私署証書による承諾を「一種の譲受人への支払約束」と構成し（Colmet de Santerre, Cours analytique de Code civil, t. 7, 1873, n° 136 bis Ⅳ）、時代が下ってプラニオル＝リペールは、「債権者の債務者に対する権利の、譲受人への保証」と表現する（Planiol et Ripert, Traité platique de droit civil français, 2e éd., t. 7, 1954, n° 1121 bis）。

（10）例えば Dijon, 9 févr. 1847, S. 39. 2. 327; Renne, 29 juillet 1861, S. 49. 2. 225.

（11）Req. 29 juillet 1863, D. 1863. 1. 465; Civ. 26 juillet 1880, D. 1880. 1. 366.

（12）Req. 6 févr. 1878, D. 1878. 1. 275; 12 mars 1878, D. 1878. 1. 273. この論理は、前掲のケトレット（メールロン）の学説の論理に類似すると言えるが、本判決の評釈を書いている Cuniac は、譲渡の承諾の中には、譲受人に弁済するというひとつの約束 engagement が含まれるのであり、その約束は、通常のすべての約定（convention）と同じように、ただ意思の合致（concours de volontés）があれば有効なのであるから、その意味では公正証書も私署証書も不必要であり、書面は約束の単なる証拠にすぎないと構成する（D. 1878. 1. 276）。この考え方は、わが民法の四六七条四六八条における承諾論（そこでは承諾を単なる観念の通知とするのが通説）を考えるのに一つの意味のある材料となると思われる（さらに本稿後掲三三頁の記述参照）。なお、本判決の判文中では、黙示の承諾の例として、債務者による当該債権の一部弁済行為がかげられている。

（13）承諾がどんな形態でなされてもよい（黙示でもよい）とする形のものとして、Req. 27 déc. 1933, D. 1934. 1. 13, rapport Pilon; Com. 17 janv. 1951, J. C. P. 1951. Ⅱ. 6247, note Cohen, Rev. trim. dr. civ., 1951, p. 390, obs. Carbonnier. 私署証書でもよいとする判決として Civ. 28 mars 1922, D. P. 1925. 1. 165. ただし破毀院は、大法廷（Assemblée plénière）判決で、債務者に対する関係では黙示でも良いとしつつも、承諾の意思は立証されねばならないとし、単に債務者が譲渡の認識を得たという事実だけでは不十分であると判示している。（Ass. plén. 1er mars 1950. D. 1950. 363.）。なお次章参照。

三　送達・承諾以外の債務者の譲渡の事実の認識

1　第三者との関係

まず第三者との関係では、債務者が譲渡を単に認識していても、譲受人（譲渡人）は譲渡のあったことを第三者に何ら対抗

しえない。ひとり一六九〇条の手続を履践することのみが、譲渡を対抗力あるものとする。[1] この結論は、判例が既述のとおり承諾について第三者に対する関係では一六九〇条の公正証書による承諾以外の équivalents を認めていない以上、承諾にもならない単なる認識に対抗力を認められないのは理の当然と理解できる。

(二) 債務者との関係

ここでは一応譲渡の両当事者である譲渡人と譲受人とを分けて考察する必要があろう。すなわち、本来は譲渡の効力を譲受人が債務者に主張して弁済を請求するのが普通であるが、場合によつては、譲渡契約はしたが譲渡人（原債権者）が未だ譲渡の対抗要件が履践されていないことを理由に自ら債務者に弁済を求めることもありうるからである。いささか例外的な後者の方から先に検討を済ませよう。

1 債務者と譲渡人との関係

この点については判例は、債務者に単なる譲渡の認識があつても、対抗要件の具備としての効果は全く与えようとしないように見える。[2] というのは、破毀院は、譲渡人は、その譲渡が送達されるかまたは公正証書によつて承諾されるまでは、債務者に弁済請求できる（債務者は譲渡人からの弁済請求を拒めない）という判決[3]を一九三八年に出し、これが今日まで生きているからである。この判決で破毀院は、「一六九〇条に定められた手続が履践されるまでは、債権の譲渡は、その効果に関しては民法一一六五条の一般規定によつて支配されている」からと、いわゆる「合意の相対性（relativité des convention）[4]」の理論をここに持ち出してその結論を理由づけているのであるが、学説はこの結論にも理由付けにも尖鋭に反対している。[5] 確かにここではその結論に対する疑問とともに、理論的にも合意の相対性の問題と対抗力の問題との区別が問われるようし、またさらにこの場合の債務者がいかなる意味で一六九〇条にいう「第三者」にあたるのかも問題にされようが、[6] それらの議論は

まず措くとして、本稿では、一応判例の立場では（戦後この問題に直接ぶつかつた判決が見当らないのが問題ではあるが）、債務者の単なる譲渡の認識は譲渡人と債務者との関係でも対抗要件としての意味を持たない（債務者は原債権者たる譲渡人の弁済請求を拒めない）ことになりそうであると思われることだけを確認しておこう。

2　債務者と譲受人との関係

問題の中心はこの債務者と譲受人との関係にある。すなわち、具体的には、承諾はしていないし正規の手続で送達されてもいないが、何らかの事情で譲渡の事実を認識した債務者は、譲渡を不知として譲受人に対して弁済することを拒めるかというごとき問題になる。

債務者と譲渡人との関係のところで引いた一九三八年（および一九四四年）の判決は、[7] 譲渡は一六九〇条の手続の履践を欠いているならば第三者から対抗されえない（譲渡のあつたことを主張されえない）ということを認めると同時に、そういう譲渡は第三者に対しても対抗しえないとしており、かつそれらの判決は債務者を第三者として扱つている。従つてこの考え方でいけば、一六九〇条の手続の履践以外で債務者に譲渡の単なる認識が生じたとしても、譲受人はそれによつて債務者に対し何ら対抗しうるものではないし、またそうでなければ債務者は譲受人からの請求も譲渡人からの請求も拒めないということになつてしまう。しかしながら、それらの判決には批判があることは右に述べた通りであるし、そもそも本稿第二章に既に述べたように、一六九〇条の正規の手続ではない私署証書や口頭さらには黙示による債務者の承諾でも既に学説・判例は早くから対債務者の関係に限つては有効である（債務者が譲受人に拘束される）ことを認めているのであるから、それらを矛盾なく説明するのは一見難しいように思われる。

従つて、判例の態度は結果的妥当性を確保しようとするためか一様でない[8]と評され、また特に、もし譲渡を認識した債務者がそれを無力化するためにわざと詐欺的に行動した場合は別論とする（譲受人が対抗しうる）ことが留保されていた。[9]

そして、そのような経過をへて、一九七五年に至り、破毀院大法廷は、「賃借権の譲渡[10]を所有権者に対抗するためには、一六九〇条に定める手続の履践は、もし（被譲債務者たる）所有権者がその譲渡を知っているばかりでなく明確に（sans équivoque、多義性なく）承諾した場合でなければ不要とならない[11]」、すなわち、原則として一六九〇条の手続は必要なのであるが、ただそれがなくても債務者に譲渡の明確な承諾（公正証書も私署証書も必要とされない）があればよい（譲受人は譲渡を対抗しうる）、しかし単なる債務者の認識があるのみではいけない（譲受人は対抗できない）、と判示したのである。従ってこの判決は結局、「債務者の承諾は黙示であっても譲受人は債務者に対抗しうるが、その承諾の意思は、立証されねばならない」とした大法廷一九五〇年判決[12]をほぼ追認するに止まったものであり、破毀院は現在のところ、あくまでも債務者の承諾の意思の存在とでもいうべきものを求めているようで、債務者による譲渡の単なる認識は一六九〇条の手続を不要とするものと認めるには至らないことが明らかにされたのである。[13]

(1) Civ. 7 juillet 1897, D. 1898. 1. 483. etc.

(2) Raynaud, Cours précité, p.172～173

(3) Civ. 20 juin 1938, D. 1939. 1. 26, note Weill (Capitant, Weill et Terré, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 7e éd., 1976, n°165, p.591 et s. に収録), 同旨27 nov. 1944, D.1945. 78, Rev. trim. dr. civ. 1945, p.119, observ. Boitard.

(4) フランス民法一一六五条は、「合意は契約当事者間におけるほかその効力を有しない。合意は第三者を害することなく、かつ第一一二一条に規定された場合のほか第三者を利することもない」と定める。ちなみに一一二一条はいわゆる第三者のための契約に関する規定である。

(5) Weill, note précitée, Larroumet, Les opérations juridiques à trois personnes, Thèse Bordeaux 1968, n°52. 彼らがまず結論に反対していうところは、本判決の結論が、自ら対抗要件としての手続を履践すべき譲渡人がその手続の未履践を奇貨として行動し譲受人との約束を無にすることを許す点にある。

(6) Raynaud, cours précité, p. 172. なお詳細は、Weill, Larroumet, op. cit. この問題は、一六九〇条の対抗要件の意義の議論にもつながる重要なものである。後日別稿で深く検討したい。

(7) 前註（3）参照。

(8) Malaurie, La cession de contrat, Cours de Doctorat Paris Ⅱ, 1975–1976, p.99—102.

(9) Req. 17 févr. 1874, D.1874. 1. 281, S.1875. 1. 399.

(10) 周知のようにフランス民法では賃借権の譲渡は当事者がこれを禁じていない限り原則として自由に行なうことができ（フランス民法一七一七条）、賃借権の譲渡は債権の譲渡であるからその手続については当然に一六九〇条の適用がある。一六九〇条の関係で実務上最もしばしば問題となるのは、一六九〇条の手続の履践がないとき、譲受人は賃料を自分が払つたという事実のみで自分が譲り受けた賃借権の更新権を有するかという問題であるとされる（Malaurie, cours précité, p.95）。

(11) Ass. plénière, 14 févr 1975, D.1975. 349. その後これに従う判決としてCiv. 3e, 5 mai 1975, Bull civ. Ⅲ. n°150; 16 juillet 1975, Bull. civ. Ⅲ. n°252; 21 janv. 1976, Gaz. Pal. 24 mars 1976, Panorama de jurisprudence が出ている。14 févr. 1975 の大法廷判決の事案は、賃借人が作業場兼店舗の賃借権を自己の関係する会社に賃貸人たる所有権者に無断で譲渡し紛争になつたもので、最初のニーム控訴院が賃貸人は譲渡を認識し譲受人から二期分の家賃を受け取つていたという理由で譲受人に賃貸人に対する立退料請求を認めた（Nîme, 2 juillet 1969）のを賃貸人が上告し、破毀院は一九七一年四月二二日の判決（Bull. civ. Ⅲ.n°247, p.177）でこれを破棄してモンペリエ控訴院に移送したところ、またもニーム控訴院と同旨の判示がされて（Montpellier, 15 mai 1972）再度同一理由での上告（破棄申立）となり大法廷が開かれたものである（cf. 大法廷の開廷要件を定めるart. 15 de la loi du 3 juillet 1967）。なお、本判決では破毀院はヨクサンプロヴァンス控訴院に破毀移送した（ちなみにこの場合、Aix の控訴院は事実問題の評価は自由だが法律問題についてはこの大法廷判決に拘束される（art. 16, al. 2 de la loi précitée）。

(12) 前章註（13）に掲げた Ass. plén. 1er mars 1950.

(13) カルボニエは、「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」と述べている（Carbonnier, Droit civil, t.4, 8e éd., 1975, n°124, p.462）。

四　対抗要件の緩和の評価

以上見てきたのが、債権譲渡の対抗要件としてフランス民法一六九〇条に定められた手続に対して、判例（学説）および立法が今日までに加えた修正のあらましである。それでは、これらの修正の意義を我々はどう評価すべきであろうか。以下には、まずフランス法サイドからの個別的検討を加え、ついでごく概括的ながら、その修正の結果の到達点を、わが国の場合の現状と比較して論じてみたい。

(一) フランス法の視座からの評価

1 signification に関して

signification についての修正をまとめてみると、まず挙げねばならないのは、signification の方式が過重（金銭的に費用がかかりすぎまた手続的にも重い）であるという今日では共通の認識[1]と、それだからこそ商事・金融上の債権あるいは国や公共団体のからんだ（必ずしも公法上のとは言えない）特殊な債権についてはかなり積極的にこのsignification の手続を棄て去ろうとする傾向と、それにもかかわらず一般の民事の債権については、原則的に一六九〇条の要求する執達吏の送達証書によるsignificationの形態を維持し続ける判例・学説[2]の態度である。

従つてフランスでは、原則論的には債権の譲渡は「公正かつ確定日付のある[3]」すなわち行われたこと自体とその内容について証拠力があり、かつ行われた時期についても証明できる、公の機関の証書による通知（送達）が債務者にされなければ対抗力を生じない、という立場が今日も基本にある、ということができ、そしてその上で債権の性質・譲渡の形態等からその証拠力を減少させてもよいと思われる場面について、significationの手続を他の（より簡略かつ安価な）方法で置きかえてきた、と評価して良いと思われる。以下にはその視点から signification に関する修正の内容を再検討してみよう。

そうすると、まず、significationのéquivalentsとして裁判所の召喚状等を加えることは、前述の通り、そのいずれもが公吏の手になる公正な証書によるものに変わりはなく、その証拠力、行われた日付の確定性等はすべて担保されており、特に問題はない。しかし、受取通知請求付書留郵便による notification によつて signification を置きかえると、まずその郵便の内容が確かに発信人の主張するものであつたかどうかが問題になる[4]（フランスには内容証明郵便の制度がない）し、特に私人が出した場合は内容の正当性等は何ら担保されないし勿論何のチェックもされない。従つて、この受取通知請求付書留郵便による notification は、発信人（フランスでは多くは譲受人）[5]に、虚偽の通知はしないという信頼を置くことができ、かつ受

信人が受領の事実を詐欺的に争つたりしないという信頼を置ける場合でなければ、証拠力という意味からはやはり完全に安全には機能しえないものと言うべきであろう。(6)

この観点から見てみると、前掲一九五九年デクレでは発信するのは一般の金融機関（但しこれは質権者であつて譲受人ではない）、受信する債務者は国または公共団体である。同じく一九六七年オルドナンスでは銀行が発信者（譲受人）、受信者が一般の債務者、さらに一九七八年では国家公共事業金融公庫という公的機関と、国である。従つて、国ならびに地方公共団体およびその他の公的機関には信頼を置くことができる、という前提をまず立てれば、それらが当事者（発信者―受信者）となつている局面ではまずこの書留郵便をもつて代えることの合理性を承認してよいであろう。前掲の立法中では一九五九年デクレ、一九七八年法がこれによつて説明できる。(7)

次に一般の銀行等の金融機関であるが、これは公的機関のような信頼性までは与えられないので、信頼性だけでは説明がつけられないが、ここではそれにかわつて、前述したような債権の換金化という要請を果たすものとしての機能、便利さ、をある程度優先して考えるべきであるという論理の採用がおそらくは承認されるであろう。すなわちこれは、証拠力の不十分さ等から多少のリスクを生じてもなお、当事者が簡便な取引を望む場面である。前掲の立法の中では、factureに関する一九六七年オルドナンスがこの典型例と思われる。

このような分析を加えた上で、一方で先述したようにこのような notification をもつて signification に代える取扱いにはそれぞれ法の承認（指定）がなければならない、という原則のあることを考え合わせると、そのように限定された範囲での受取通知請求付書留郵便による手続は、これを認めてよいという結論に至ると考えられるのである。

問題は、その書留郵便による通知も不要とするもの、すなわち bordereau に関する一九八一年法であるが、これはやはり完全に signification の証拠性を放棄している。日付の確定性も、（bordereauに日付を付与するのは譲受人たる銀行であり、その日

から対抗力を生じ、かつ債務者善意の状態をなくすための通知はどんな形でなされてもよいのであるから）少なくとも外部的には全く要求されず、ただ銀行によるいわば当事者内部での規制という形になつている。従つて、この点に関しては、（もう少しフランスの学者等の論評を読み込んでから論評すべきかもしれないが）私見では、「金融秩序による自治」というべきものが承認されつつある感じがする。つまり、当事者双方のリスクもメリットも、すべてその中におりこまれていて、それを当事者（実際にここでは、当事者双方ではなく当事者の一方たる銀行である）[8]が規制していくのである。そのことの可否は別として、そこはもはや一六九〇条が手の出しようのないところであるというのが論者のほぼ一致した見解であろう。[9]

（1）Ghestin, op. cit., n°24 etc.

（2）Gavalda, op. cit., D.1981. Chr. p.199. etc.

（3）Planiol, op. cit., 2e éd., t.2, 1902, n°1612, Beudant, op. cit., 2e éd., t.11, 1938, n°360.

（4）フランスには日本の内容証明郵便に当るものがない。従つて、封筒の中に全く別の手紙が入つていた等の抗弁がされうる。それゆえ、今日官公庁などでは例えば密付封筒を用いて、宛名のところは中の文書の記載の宛名を外から見るようにしたりしている。なお、この問題に関する判例もいくつかあり、受け取つた書留郵便の中味が空だつたという受取人の主張がしりぞけられたものとしてCiv. sect. soc. 19 déc 1952, Rev. fermages, 1953. 101, 中味が差出人の主張するものとは別物であつたとする受取人の抗弁がしりぞけられたものとしてCiv. sect. soc. 7 nov. 1946, D. 1948. 98, etc. がある。これらの事案においては、裁判官は、各種の証拠から自由心証により抗弁を認めなかつたものであるが、なかでも抗弁する受取人が悪意であるとみられた場合は、受取人を敗訴せしめていると分析されている（V. R. Savatier, note de Civ. sect. soc. 25 juin 1954, D.1954. 357）。ちなみに、日本の内容証明・配達証明郵便については、拙稿「郵便局」（民法学習マニュアル・公的機関）法学セミナー一九八二年一二月号四九～五〇頁参照。

（5）フランス民法一六九〇条の形からは、この送達は譲渡人譲受人いずれからもすることができる。さらに一六九一条の規定（「譲渡人または譲受人が移転を債務者に送達する前に債務者が譲渡人に支払をしたときは、債務者はこれによつて有効に免責される」）からして、譲渡人譲受人どちらがしても良いことが確定される。実際には、譲受人の方からされることが多い（Carbonnier, op.cit., t.4, 8e éd, 1975, n°124, p. 461）。なぜなら譲受人のほうこそが、自己の地位を確実にするために送達の手続を迅速に行わしめる利害関係を持つた人間だからである（Planiol et Ripert par Esmein, Traité pratique de droit civil français, t.7, 2e éd., 1954, n°1118.）。

（6）サヴァチエは、（一九五五年の段階で、）「わが法においては執達吏の送達証書以外に本当に両当事者に安全（sécurité）を与える他の方法は存在しない」と述べ、かつ、「書留郵便は差出人がそれに信頼がおけるところの裁判所書記課すなわち司法の公的公平な機関であるときには不都合はずつと少

なくなる」と述べている。Savatier, note précité, D.1955. 357.

(7) 一九五九年デクレの発信人は一般の金融機関であるが、これは質権の問題であつて債権の移転の問題ではないし、国が政策的に民間融資を助成するために債権質の対抗要件をゆるめ、ゆるめた結果の万一のリスクは国側が負うという趣旨と考えてもわかる。

(8) ここには、銀行側に有利な、一種の附合契約性が内在するようにも感じられる。ガヴァルダ教授のいうbancarisation（銀行中心化、と仮に訳す）には、そのあたりの問題認識までが意識されているのかどうか、教授の論稿等から更に詳しく知りたいところである（V. Gavalda, loc. cit.）。

(9) 但し、このような性質の債権は日本では手形等の指図債権になつているのではないのだろうか。この点両国の金融実務の実態を調査して比較する必要があろうと思われる。

2　承諾に関して

この承諾に関しては、修正の最大の点として掲げなければならないのは、学説・判例による、対第三者対抗要件（条文に要求される公正証書による承諾。こちらが原則）と、対債務者対抗要件（いかなる形の承諾でもよい）との分化であるが、特に留意しなければならないのは、その理論構成である。

まず第一の前提として、フランスでは、この一六九〇条二項の「公正証書による承諾」も、あくまでも承諾自体の確実さと日付の確実さとを二つながら有する手続として要求され[1]、しかもそれが今日も、債務者以外の第三者に対抗しうるための承諾の形としては、前述のように唯一無二のものであるとされている点である。考えようによつては、これを対抗要件の原則として要求するのは非常に厳格な態度である。ただ、フランスではわが国よりも公証人の役割が伝統的に大きく、各家庭の「かかりつけの公証人」という表現が考えられるほどであるので[2]、この手続は我々が考えるほどに面倒なものであるわけではなく、それよりも批判はやはり費用の点により多く向けられていたようであるし、かつまたこの公正証書承諾は、フランスではそもそも債権譲渡契約書を作る際にそれを公正証書にする例もあるので、そこに債務者にも立ち会つてもらい、譲渡契約の公正証書中に債務者の承諾文言を入れてしまえばことが一度に済みかつ経済的であるという点で存在を評価されているのである[3]。

そうすると、そのような背景で一見かなり厳格な対抗要件を原則として保持している人々が、いくら費用がかかりまた煩雑だからといっても、その理由だけで、（対第三者には公正証書承諾を要求しながら）対債務者に限ってはどんな承諾でもよいという極端な差がつけられるはずがない。ここにも、先述の signification のほうで見た「証拠力を減少させても不都合のない論理」は当然必要とされるわけで、それが、前述の学説のいう、「支払約束」「保証」という法的評価であり、判例のいう「承諾という個人的（対人的）約束は、以後債務者を譲受人に拘束させる」という論理なのである。従って、ここにみる「承諾（acceptation）」は、一種の債務承認的意思表示（あるいは禁反言的サンクションを受ける意思表示）と考えられるのであって、決して、わが国の通説がわが民法四六七条の承諾についていう、「観念の表示」[4]というような生やさしいものではないのである。

従って、フランスにおける学説・判例が、公正証書承諾という対抗要件を対債務者の関係に限っていかなる承諾でもよいと緩和したことは、そのような「論理」の存在を得てはじめて合理化されることなのである。

そう考えれば、債務者の、承諾の意思のない単なる譲渡の認識には、対抗力を与えることができないという判例の態度は、ごく当然のこととして理解されることになろう。

（1）Planiol et Ripert par Esmein, op. cit., n°1121 bis.

（2）鎌田・前掲論文・早稲田法学五六巻一号三二頁参照。

（3）Ghestin, op. cit., n°25.

（4）我妻・新訂債権総論五三二頁他。ちなみにこの点、明治民法の起草者たる梅謙次郎は、法典調査会での四六七条の提案理由説明の中で、フランスの解釈を引用して、「債務者が承諾スルト言ヘハ夫レハ一ツノ契約デアル其契約ハ固ヨリ有効デアル……（だから債務者に対してだけは公正証書がいらない）」と、正当に紹介していた。学振版法典調査会民法議事速記録二二巻一三九丁（引用部分傍点池田）。なお拙稿前掲「一項と二項との関係」五五頁。

（二）日本法の立場との比較

最後に、以上見てきたフランスでの一六九〇条が対抗要件として要求する手続の現在の到達点の姿を、わが民法四六七条の対抗要件と比較して論じてみたい。議論を明瞭にするために、まず両者の異同を箇条書きにして対比してみよう。

①債務者への送達（通知）について[1]

フランス

。債務者とその他の第三者で対抗要件をわけることはない。しかしいうならば債権の性質・形態等で一部を分ける。

。一般の債権――条文通りの送達（signification）、および判例によりそれと同価値のもの、による。そしてこれが原則。

。金融関係・国家関係の債権の一部――例外的にそれぞれの特別法を作つて、受取通知請求付書留郵便の形でのnotification による。さらに特殊な場合は銀行と顧客との間の一種の譲渡証書の授受による。

日本

。債務者とそれ以外の第三者の対抗要件を条文で分ける。指名債権でありさえすれば統一の取扱いをし、その債権の性質や形態によつて分けることはしない。

。対債務者――単なる通知（方式は何ら問われない）による。

。対（債務者以外の）第三者――確定日付のある通知（確定日付は通知自体にあればよい[2]）による。

②債務者による承諾について

フランス

。債務者とその他の第三者を判例上分ける。

。債務者以外の第三者に対して――条文通り公正証書による承諾による。これが原則。

。債務者に対して――例外的に判例により私署証書その他いかなる形での承諾でも可とされる。その理由は、承諾が債務者の譲受人に対する「約束」(engagement)であるから。

日本

。債務者とその他の第三者を条文で分ける。

。対債務者――単なる承諾による。

。対（債務者以外の）第三者――確定日付のある承諾による。

③送達（通知）・承諾以外による債務者の単なる譲渡の認識

フランス――債務者に対してもその他の第三者に対しても対抗要件と認められない。

日本――債務者に対してもその他の第三者に対しても対抗要件と認められない。(3)

以上の諸点のうち、日仏の異同の少ない、その意味で論議の短く済む方から順次考察していこう。まず、③の債務者の単なる認識が対抗要件充足性を持たないことについては、両者に差異がなく、（問題が内包されていないわけではないが）ここでは論義の対象としなくてよいと思われる。

ついで②の承諾の点であるが、これは一見するとあまり差がない。対債務者はどちらも単なる承諾でよいとする点で同じであり、対（債務者以外の）第三者も、フランスが公正証書による承諾、日本が確定日付のある証書による承諾である。そうすると、違いは、フランスの公正証書要求を日本が一段緩和して確定日付要求とした点だけ、と思われそうであるが、前述の考察を踏まえて言えば、実際の彼我の差は現象面で見るよりもずつと大きく、フランスは承諾にはかなり厳格であつて日本は本質的に甘い、と言うべきであろうと思われる。すなわち、先に見たように、原則として公正証書承諾を要求するフランスが、対債務者の関係に限つてそのような厳密な方式を緩められるのは、債務者の、支払を約束する、あるいは譲受人

に拘束される（譲受人の不利になるような行動をしないと約する）意思の存在を媒介としてである。すなわち、その当事者意思の表明によつて（意思の拘束力によつて）、公正証書の証拠力がいわば代替されているのである。これに対し日本ではそのような理由づけは今日全く語られていない[4]ことに強く注意しなければならない。

最後に①の送達（通知）についてであるが、これは一口に言つてフランスの方が方式的に厳格でありそのかわり証拠力の点で優れる（すなわち日本の方が簡略であるがその分紛争の防止力に欠ける）と言えよう。なぜなら、フランスでは債務者に対する関係でも通常債権の場合は signification あるいはその équivalents が要求されるので通知行為それ自体とその内容についての証拠力プラス日付の確定性が保全されること既に見た通りであり、さらに受取通知請求付書留郵便によるnotificationの方法までは、少なくとも公に認められた日付の確定性がある[5]。ひとり一九八一年法のケースのみが日付も当事者の内部的付与にすぎないのであるが、これは先述のように、金融取引の特殊性から創出された方法で、一六九〇条の議論の（すなわち債権譲渡の対抗要件の議論の）枠外に出された問題として扱う方が適当と思われる。これに対して日本では、対債務者の対抗要件にはそもそも条文上日付の確定性すら要求されておらず、かつ対第三者の関係で要求される確定日付も、通知についていればよい[6]（すなわち、内容証明郵便で通知すれば確定日付は signification の場合と根本的に異なつて債務者への送達時〔＝債務者の認識時〕とは全く別異の、その発信時の日付になつてしまうがそれでもよい[7]）とされるので、紛争を防ぎ二重三重の譲渡や譲渡と差押の競合の場面を整序する能力に欠けているのである。この点は、いくら一方で簡略さという利点を備えるとは言つても、看過することのできない短所となつていると言うべきであろう。従つて私見では、日本でも条文上は対債務者の関係を別扱いせず、すべて一律に確定日付を要求しておき（到達時の確定日付を要求してあればもつと万全）、たまたま第三者の関係しない処理ができる（できた）ときのみ確定日付なしでもよいと評価する、という方法が取られるべきであつた（立法論として言えば、取られるべきである）と思料するのである[8]。

さらに言えば、そもそも通知について債務者と第三者とを条文上別扱いする合理性はいつたいどこにあるのであろうか。かつて考察したごとく、起草者は四六七条の一項と二項とを分けて対債務者の関係は別扱いとしたそのときに、フランスにおける承諾の扱われ方を理由に説明したが通知をもそう分ける理由は説かれていなかつた。(9) しかし、そもそもフランスで承諾の効果につき債務者を別扱いしたのは右に見たように債務者の意思の評価によつたのである。それに対して通知は、債務者の意思の介在しようのない行為、もつと正確に言えば、債務者の意思のいかんにかかわらず譲渡の効果を対抗せしめる、債権者サイドの一方的な行為である（従つてこの点で、通知と承諾とは性質が異なる）。だとすれば、通知は、それだけ、債務者に対しても、通知自体の証拠力のある方法でなされるべきものではないのであろうか。私見が、わが民法四六七条の規定の中でもことに債務者に対する確定日付のない通知の部分を、臨床的な意味ばかりでなく理論的意味においても不適当と考える所以である。

（1）条文上、通知する主体について相違があるが（フランス――譲渡人でも譲受人でも可、日本――譲渡人のみ）、ここではその違いは論議しない。なお本稿四章(一)註（5）参照。

（2）大連判大正三年一二月二二日民録二〇輯一一四六頁が、それまでの判例を変更して、確定日付は通知行為または承諾行為について必要なのであつて、通知の到達や承諾のあつたことを確定日付ある証書で証明する必要はないとした。なお最判昭四九年三月七日判決（民集二八巻二号一七四頁）も、二重譲渡の優劣の基準時は通知の到達時であると判示しながら、確定日付のつけ方については右の大正三年判決を再確認している。この点については拙稿・判例研究・ジュリスト七五六号一九三頁以下参照。

（3）四六七条の対抗要件である通知または承諾は、第三者の善意悪意を問わず必要であるとするものとして、大判明治四五年二月九日民録一八輯八八頁、ほぼ同旨大判昭和一三年五月二七日新聞四二八七号一八頁。債権譲渡を債務者その他の第三者に対抗するには、これらの者が譲受人のだれであるかを知つていても、これを明示して通知することを要する、としたものとして、大判大正六年三月二六日民録二三輯五二一頁。さらに、債権譲渡の事実につき悪意の債務者に対しても譲渡の通知は不要とされないとしたものに、最判昭和四六年三月二五日判時六二八号四四頁。

（4）なお本稿四章(一)2の註（4）参照。

（5）フランス新民事訴訟法六六九条三項は、「受取通知請求付書留郵便によつてなされた notification の受領の日は、その郵便の、名宛人への配達の

あつた時に、郵便取扱局によつて日付印が押捺された（返送される用紙上に――池田註）その日とする」と定める。

（6）前註（2）参照。

（7）（8）拙稿「指名債権譲渡の対抗要件の構造」私法四四号一四二頁参照。

（9）拙稿前掲「一項と二項との関係」五六―五七頁参照。

結　語

私は以前から、わが民法四六七条につき、「一項が例外であることを強調し、二項の確定日付ある通知・承諾を原則と考える」という形で、わが国の通説よりも厳格な要件を要求する主張をしてきた。[1] そしてそのような解釈の正当性の検証を究極的な目的として、本稿の考察を行つたものである。しかし、本稿を読まれる通説の論者からすれば、フランスの要件は厳格すぎて、修正によつて徐々に日本の形に近づいてきているではないか、それはすなわち日本の規定のほうが先見の明のあつた優れた規定だからである、という反論がなされそうにも思われる。しかしながら、フランスの要件が厳格すぎることは私自身当初から認めているところである（従つてフランスなみの制度にするべきとは最初から主張していない）。けれども、フランスの制度が厳格すぎることを認めて、かつ本稿の考察を終えて、再度私は自説の同じ主張を繰り返したい。それは、（本稿に考察した事実を評価するにあたつて私に独善的なところがなければ、）本稿の考察の結果、やはり私見では、日本の制度はゆるすぎる、換言すれば、指名債権譲渡の対抗要件については、日本の制度とフランスの制度の間に、最も望ましい地点がありそうである、と思われるからである。

但し、本稿はまだ検討すべきすべてのテーマを論じていない。最もわかりやすい対抗要件の形状について考察し比較したのみで、例えば対抗要件の意味についての議論、すなわちその公示性の問題を中心に債権譲渡の対抗要件の意義を再検討し日仏のそれを比較する作業が私には残されている。また、本稿に触れた部分の中でも、銀行関係の法規については、私の金

融実務（ことにフランスのそれ）に関する知識と理解の不足から、突つ込んだ考察ができないままになつている。いずれも他日を期して補完したい。

（一九八二年一一月二八日稿）

（1）拙稿前掲「一項と二項との関係」六八頁以下、同前掲「対抗要件の構造」一四二頁参照。