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

Title	指名債権譲渡における異議を留めない承諾 (三・ 完)
Sub Title	De l'acceptation sans réserves de la cession de créance (3éme partie, fin)
Author	池田, 真朗(Ikeda, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1989
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.62, No.9 (1989. 9) ,p.28- 55
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19890928-0028

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.

法学研究62巻9号（'89：9）

指名債権譲渡における異議を留めない承諾（三・完）

池田真朗

一　はじめに
二　問題の所在
　一　学説の変遷
　二　判例の変遷
　三　根本的な問題の所在
三　フランス民法における無留保承諾の抗弁切断効……以上7号
四　ボアソナード旧民法草案との比較
五　起草過程の検討……以上前号
六　わが国のこれまでの学説に対する批判……以下本号
　一　石坂説
　二　鳩山説（禁反言説）
　三　公信説
　四　安達説
七　私見の概要
　一　前提的把握
　二　私見における異議を留めない承諾の法的構成と四六八条の基本的理解――二重法定効果説

六　わが国のこれまでの学説に対する批判

以上の考察をふまえて、本章では、再度わが国のこれまでの学説を検討してみたい。

一　石坂説

石坂説の第一の誤謬は、民法四六八条の解釈論を展開する最初の段階における、法典継受を無視した強引な仮説の設定にあったといえる。博士は、四六八条のルーツがドイツ（プロシア、オーストリア）ではなくてフランスにあるというところまでは正しく認識しながら、あえてそれをドイツ流の債務承認で説明しようとした。この点に既に問題があったというべきであろう（また博士はボアソナード旧民法については全くふれるところがない）。そして第二の不幸は、博士の民法学の概念法学的方法論のために、その考察の当初から、ドイツ流の意思表示概念を前提とする分析方法の呪縛から逃れられなかったところにあると言ってよい。もちろん、「（四六八条一項の承諾を）譲渡ノ承認ト解スルトキハ、債務者ハ単ニ譲渡ノ事実ヲ認ムルニ過ギサルカ故ニ譲渡人ニ対シテ有スル抗弁ヲ失フヘキ理由ナシ」[1]とする博士の指摘はある意味で正鵠を射ている。しかしながら、異議を留めない承諾という行為に対して、そこに債務の承認あるいは抗弁の放棄があったものと看做す、というフランス民法に源を有する四六八条一項の法構造は、異議を留めない承諾を債務承認の意思表示とし、意思表示そのものの効果が抗弁切断であるとして説明しようとする博士のドイツ民法的発想とは、基本的に異なるのである。その異質なものをあえて結びつけようとしたところから、四六七条の「承諾」は観念の表示で四六八条一項の「前条ノ承諾」は意思表示と解するという、第一の矛盾が作出された。さらに、四六八条一項但書の議論では、それを不当利得の公式にこれまた概念的にあてはめようとして自ら第二の矛

盾に捕捉されたのである。しかし石坂説がそこで問題にした不当利得法上の矛盾については、そもそも博士が利得の発生について債務者の債権者（後の譲渡人）に対する最初の弁済の時点に求める点に基本的な誤解があるように思われ、私見では四六八条一項但書は今日の不当利得の議論からすれば十分に説明がつくと考えられる（この点は注で詳述したい）。その他、他説から向けられた批判については、既に本稿第二章に述べた通りであるが、結局石坂説は、この問題の解明に必要なフランス民法学の歴史的所産に目を向けることなく、ドイツ民法学上の法概念を概念法学的に用いてこの問題を解明しようと試みて、自縄自縛となったものと総括することができるであろう。

二　鳩山説（禁反言説）

鳩山説は、私見によれば、既存の学説の中では立法沿革等からみて最も難点の少ない説と評価することが可能かと思われる。禁反言（エストッペル）による理由づけが適当かどうか、またある程度説明がつくとしても、禁反言でなければならないといえるのかは、大いに問題であるが（四六八条一項の沿革上に英法の直接の影響が見出せない以上、ここでエストッペルの法理を援用するのは、比喩的説明にしかならない）、前章に見た起草者の見解には、明らかに、異議を留めずに承諾した債務者のその行為にまず抗弁切断の根拠を求める表現がある。フランスでの禁反言則の形成等につき検証が進んでいない現時点では断定的な表現は避けたいが、少なくともこの無留保承諾による抗弁喪失を禁反言で説明すること自体は可能ではあるように思われる。その意味で鳩山説は、ごく大づかみな形ではあるが、起草者の発想を理解し表現し直していると言えよう。しかしながら、この説では債務者に関する抗弁喪失効は説明しえても、四六八条一項但書の、債務者より譲渡人に対する返還請求等の説明がつかない。結局この説は、四六八条一項全体の構成を論証するには、やはり不十分と言わざるをえないであろう。

さらに、この説は（後続の学説のした位置付けによって）今日では次の公信説と同視されている。もしこの同視を

鳩山博士自身が望んでおり、自説の表現をその方向へ向けての過渡的なものに意識的に止めていたのであるとすれば、以下の公信説批判がこの説にもそのまま向けられることとなろう。ただし、鳩山博士自身の禁反言則の位置付けはいささか不明であるものの、一般には禁反言則と公信力との間に必ずしも直線的な同化の関係は認められないと見るのが適当ではなかろうか。少なくとも私見では、禁反言則は表示者ないし行為者の側の表示ないし行為に対する法的サンクションを第一義的な内容とするものである（その反射的な効果として、表示ないし行為の外形を信頼した相手方の保護が図られる）のに対し、公信力は（行為者に対するサンクションの要素もあろうが、）取引一般に対する社会的要請すなわち表示者ないし行為者の相手方側がした外形への信頼についての法的保護の要請が強く存在することによって認められるものと理解したい。(4)

三　公信説

すでに見たように、四六八条一項は、本来債務者の異議を留めない承諾という行為に対する一種の法的サンクションとして、抗弁切断効を定めたものである。一方的に譲受人保護・取引安全を規定したものではない。譲受人の信頼保護も考えられてはいたが、それはあくまでも債務者の帰責性ある行為とあいまって、抗弁切断効につながっているのである。異議を留めない承諾に公信力が与えられ、それによって抗弁切断効がでてくるという説明は、一見明快であるが、まずその公信力を与える根拠ないし合理性が説明されねばならない。また公信説は、債務承認説の矛盾をついて、異議を留めない承諾も意思表示ではなく単なる観念の表示としたわけだが、その結果単なる観念の表示をしただけで抗弁切断という強い効果が生じることになるアンバランス(5)をついに説明しえていないように思われる。以下に批判点を分説しよう。

第一に、そもそも公信力理論そのものからしても、ここで単なる（債権譲渡があった事実を認めるという）観念の

表示に公信力を認めるのは不当ではなかろうか。我妻説がここで公信力とか公信の原則とか表現するものの内容が何なのかも問題であるが、とりあえず公信力についての一般的な見解に基づいて検討してみたい。公信の原則は、通常、「物権の存在を推測させるような一定の外形的表象（公示方法）を信頼して取引した者は、たとえ表象が真実の権利と一致していない場合でも、その表象どおりの権利をみとめて、これを保護すべきであるという原則」[6]などと説明され、同じく公信力は、「公示を信頼して取引した者に対し公示どおりの権利を取得させる法律上の効力」[7]などと定義される。そしてわが民法は、動産の占有については公信力を認めるが（民法一九二条から一九四条の即時取得の規定）、不動産の登記については、（学説の有力な反対はあるものの）単なる推定力を与えるにとどまり、公信力を認めていないのは周知の通りである。なお、民法以外で公信力の認められている例を挙げてみると、商法は、手形・小切手などの有価証券について公信力を認めており（手形法一六条二項、小切手法二一条、商法五一九条、二二九条）、商業登記についても「禁反言の程度ながら」[8]公信力を認めている（商法一四条）。また、抵当証券法（昭和六年法第一五号）は、異議の申立てを怠った者は抵当証券の善意取得者に対抗できないものとし（抵当証券法一〇条）、いわば相対的な公信力を与えているとみることができる。こうしてみると、公信力が認められる（外形的表象への信頼が保護される）対象になる公示（またはそれに相当するもの）は、動産の即時取得の場合にはその動産の占有、その他の場合では登記あるいは有価証券の占有であり、動産の即時取得の場合以外では、公信力は、厳格な公の文書による表示、あるいは方式が定められ権利を化体した証書の占有に基礎を置いて認められていると考えられる。それゆえ、公信力を認めうる範囲の拡大を許容するにしても、単なる観念の表示とされるものでしかも方式を問わず書面性も必ずしも確保されない（四六七条一項がある以上、四六八条にいう「前条ノ承諾」には、何らかの限定的解釈をしないかぎり無方式のものも含まれる）ものに公信力を認める合理性はどこにあるのか、はなはだ疑問である。異議を留めない承諾の持つ外形は、公信力を与える対象となりうる「公示」としては不十分ではなかろうか。それでもあくまで、取引安全・流通保

護のため公信力を認める部分を拡大するのだと主張するというのであれば、取引安全というテーゼについては、商法典においてはいざ知らず、一般人の取引を律する民法典がそもそもそれほど静的安全を犠牲にして動的安全を重視するべきものなのかを問いたいし、また、流通保護を掲げるのであれば、民法が指名債権・指図債権・無記名債権・記名式所持人払債権という四種類の債権を定め、それぞれに流通性についてどのような基本的性格を与えたのかを確認したい。たしかに現行民法起草者においては、異議を留めない承諾を信頼した譲受人の保護は考えられているが、それは、徹底した取引の安全や、指名債権の流動化を狙ったものとは言いがたいのである。公信説は、ここで問題を完全にすり替えている。[9] また今日の風潮として、指名債権の譲渡、特に担保化のための譲渡は頻繁におこなわれつつある傾向がある。しかし、そのような傾向と、民法における指名債権の理論的・体系的位置付けとは別個の問題である。流動化のためにリスクと煩雑さのある指名債権を、そのリスクと煩雑さを承知の上で流動化しようと試みることは自由であるし、なお社会的にその必要があるならば、指名債権の流動化の保障は、四六八条の解釈論とは別個の技術によってなされるべきであろう。

第二に、公信力として構成すると、その効果は（前掲の抵当証券法のような明文規定を置かない限りは）いわゆる絶対的なものとするのが論理整合的となる。すなわち、公信説の提唱者たる我妻博士は、「債務者の承諾に一種の公信力を認めて債権譲渡の安全を図ろうとする制度の趣旨からみるときは、保証人も拘束されると解するのが正当」[10]と明言して、異議を留めない承諾による抗弁切断の効果が債務者の保証人にも及ぶとする。しかしながらフランスでは、承諾の法的性質につき債務承認あるいは抗弁放棄の約束だとみて抗弁切断効をすべての抗弁事由に広げるコルメ・ド・サンテールでさえ、その約束は債務者と譲受人相互間の相対的な効果しか持ちえず、いったん消滅した債権の担保は第三者の関係では承諾があっても復活しない（保証人も拘束されない）としていたのであり、オーブリ＝ローら、承諾には何の個人的約束も含まれず、相殺の抗弁だけが切断されることについても例外的な効果とみる立場では、な

おのこと第三者の関係での物的担保や保証の復活はない、とみていたことに鑑みると、公信説（我妻説）は単なる観念の表示に、意思表示であっても認められなかった強い効果を認めるという、それこそ世界に類を見ない、譲受人保護に傾いた説ということになるのである。[11]

この点に関連して付言しておけば、公信説の意義の一つは、禁反言説と同様に、承諾は意思表示ではなく観念表示であるとして債務承認説を批判したところにあったわけであるが（したがって、もし承諾を観念の表示とするテーゼが否定されれば、存在理由の有力部分を欠くことになるかとも思われる。この点についてはさらに次章の私見の概要で触れる）、今日の学説は（公信説の論者もそれ以外の学説も等しく）、そもそも四六七条の承諾については（四六七条の通知についてさえも）観念の表示としつつ意思表示の効果を付与することに疑問を持たないようであることをとりあえず指摘しておこう。[12]

なお、公信説は、この異議を留めない承諾の抗弁切断効を享受する譲受人を、善意・無過失者に限定する。[13] この点については、私見は別の理由付けから、現行法の規定では善意者に限定するのが相当と思料するが、詳細は次章に述べたい。

四　安達説

それでは、次に、安達説の批判に移ろう。まず私は、安達教授の論文が、民法と手形法の接点の問題につき大変多くの示唆を与えるものであり、また、この論文を始めとする同教授の一連の論稿が、指図（処分授権）の概念を基軸として教授独自の体系の樹立を目指していることに深甚の敬意を表するものである。[14] しかし債権譲渡の異議を留めない承諾の解釈自体に関しては、公信説批判等には賛同したい点も多いものの、安達説には根本的な疑問点が多々あるといわざるをえない。なお、同説に対してはこれまで、要するに分かりにくいと言う批判が多かったようであるが、[15]

それは適切な批判にはなっていないというべきである。分かりにくいのは欠点ではあるが、分かりにくいというだけでは、理論の内容の評価は不明である。

批判が私の誤解に基づくものでないことを期するために、以下には、なるべく同教授の論稿を正確に引用しよう。教授は、その長大な論文の冒頭に、「本稿の課題と構成・その方法」と題される序を置いて、全体の流れについて要約され、その中で、債務承認説、公信説を概観した後で、「私の主張する指図引受による構成は、債務承認説と公信説との綜合を試みる構成といいうるであろう」と述べて、以下のように説かれる。

「ところで右の構成は、ドイツの指図引受理論に依拠し、いわばこれを類推した構成である。その結果必然的に、論理的な曖昧さを払拭しきれぬ欠陥を免れえない。あたかも、未知の現象を、他の現象の類推によって説明する態度が、科学的認識の初歩の段階としての欠陥を蔵すると軌を一にするであろう。従って、この理論構成を更に論理的に厳密なものとするためには、今まで依拠して来たところの、ドイツの指図理論を根本的に検討し、指図制度に内在する基本原理を追求しなければならない。そして指図における基本原理は、同時に異議なき承諾を形成する基本原理であることが推測されるし、またかかるものこそが追求されねばならぬ[16]」。

いみじくもこの記述に、安達説の四六八条の解釈論の出発点における欠陥が自認されているというべきである。一つの法制度を、他の法制度の類推によって説明する。しかもその類推する法制度たる「ドイツの指図理論」は、類推される法制度たるわが四六八条の異議を留めない承諾とは、沿革的につながりがないことがわかっている。そしてその類推をする理由は、後者における基本原理が前者のそれでもあることが推測されるから、というだけである（もちろん、ここで論者の要約文を捉えて言葉の不足をあげつらう意図は毛頭ない。しかし、私見が述べたいのは、推測はいくら詳細にしても推測であり、そうであるとする具体的な根拠〔たとえば起草者の草案理由に述べられる参照規定等の資料の提示〕にはならない、ということである）。学問における着想の自由は確かに尊重されるべきである。し

かし、一個の条文解釈学において、なぜ近いものを類推せず遠いものを類推するのか。なぜ系譜のつながるものを無視してつながりのないもので説明しようと試みるのか。先に石坂説に対して述べた批判がまさにここでもあてはまることが判明するであろう。

あえてプリミティブな批判から始めよう。そもそも手形理論（有価証券理論）を指名債権譲渡の議論に持ち込むのは、民法が指名債権と、指図債権以下三種の証券的債権とを区別して規定した基本的な精神に照らして、不適当というべきではなかろうか。私見は、民法の定める証券的債権を、「民法は有価証券については規定せず、その一歩手前の、債権の譲渡や行使と証書の存在とが密接に関連している債権について規定した」とする星野説[17]と同様に、指名債権と有価証券の中間的な形態と把握するので[18]、この立場ではなおさらのことであるが、たとえ民法の定める証券的債権を有価証券と同様のものと把握する立場でも、それらの証券的債権と指名債権の間の差異については厳然と存在することは認めざるをえないであろう。そこにおいて、債権の移転について有価証券と異なった方式を要求されている指名債権が、異議を留めない承諾の効果にだけ、有価証券と同様の抗弁切断効を付与されるのだとすればそれはそもそもなにゆえであろうか。しかも安達説は、その抗弁切断効を肯定してかつ手形理論を借りて積極的に位置付けるのであるから、指名債権の移転についても手形理論で説明するのが理論的に整合性を持ちうることになるが、それでは指名債権はもはや指名債権ではなくなるのであり、もし今日実務的にそのような有価証券的な性質の指名債権を必要とするならば、それは一部の指名債権について何らかの立法的な措置によってそのようなものを作出するべきであって[19]、解釈論としてはその動きうる枠組みを越えている（そのような解釈をする根拠を欠いていて許されない）ものとみるべきではなかろうか。

さらに、安達説は以下のように述べる。

「以上の如き指図についての新な構成は、指図引受が、指図証書交付後に指図受取人に対してなされる場合を想定して考えられ

た構成であった。しかし指図引受は、指図証書交付前においてもなしうる（独民七八四条二項）。私はかかる場合をも包摂しうる指図の構成を可能ならしめる概念として、ドイツ民法一八五条で規定され、また我民法上でも学説判例上ほぼ認められるに至っているところの（我妻「民法総則」三〇七頁、大審院昭和一〇年九月一〇日判決、大審院民事判例集一七一七頁）処分授権（Ermächtigung zur Verfügung）の概念に逢着した。

即ち、ドイツ民法同条の規定によれば、無権利者の処分行為（例えば他人の所有権の譲渡）に対し権利者がこれを追認（Einwilligung）（事前の授権）をすることによって、処分行為の相手方は、処分者があたかも権利者であったと同様に権利を取得しうるのであり、かつこの授権の関係については、代理権授与ないし無権代理の追認に関する規定が準用されることになっている。しかして私は、実際には存在しない債権を譲渡するのに対し、債務者と想定された者が承認ないし追認し、それによって譲受人があたかも有効に存在する債権の譲受人と同じく債権を取得しうるとする関係をも、右の如き処分授権の一種として把えうるのではないかと考え、指図証書の交付はまさにかかる形での債権の譲渡であり、指図引受は右にいう債務者と想定された者の、譲渡に対する処分授権として構成すべきではないか（その際いうまでもなく、指図証書交付後の指図引受は、事後の授権即ち追認に相当し、指図証書交付前の指図引受は事前の授権即ち事前の承諾に相当することになる）と考えたのである。（中略）

そして、我民法四六八条一項に定める異議を留めない債務者の譲渡の承諾の規定は、（立法者の卓越した法的直観力によって、といってもよいであろう）まさに右の如き、実際には存在しない債権の譲渡に対する債務者の処分授権なる観念を端的に表明した規定ではないかと考えるに至った[20]」。

以上引用した、安達説の説くところにそって批判を展開したい。ドイツ民法における処分授権は、無権利者が処分するのを権利者が追認または承諾するのである。しかしながら債権譲渡においては、債権者（権利者）もしくは本来債権者であったものが処分するのを債務者（義務者）が承諾する。この差異は捨象されてよいものであろうかという疑問がまず生じる。その点は措いて先に進むと、本来の債権が存在しているのであれば、債権者は単独で債権を譲渡しうるのであり、債務者が処分等を授権するという観念はそこに入り込む余地がない。また、債権が弁済等により一部消滅していても、債権者が未だ無権利者でないことは当然である。したがって、安達説の構成が生きるのは、債権

者が無権利者となったとき、すなわち更改や全部の弁済等により本来の債権が完全に消滅しているときということになるが、そのような場合に当該債権の第三者への譲渡を債務者が承諾することがあるとすれば、それは通常、（起草者も明確に説いているように）債務者の錯誤ないし誤信によるものなのであり、そこに教授のいうような「実際には存在しない債権の譲渡に対する債務者の処分授権」なる債務者の積極的な意思を想定することは、やはり無理であると言わざるをえないのではなかろうか。実際には存在しない債権でも譲渡してよいという処分授権をなす債務者を、（安達説のいう卓越した法的直観力を持つ）立法者が考えるはずがない。実際に存在しない債権と思えば、誰もそんな譲渡を授権するはずはないのである。異議を留めない承諾という行為は、確かに意思的行為と評価されるべきであるが、しかしその意思の実体は、（後述するようにそもそも一定の効果意思と見ること自体困難と思うが）もしいわゆる効果意思レベルでこれをとらえるならば、なにかしら錯誤を犯した病理的な意思なのであって、そこに処分授権という債務者の積極的な正常な意思を想定することはできないというべきである。

たしかに、消滅した債権を譲渡するという本来何の効果も導きえないはずのことが、債務者の異議を留めない承諾によって譲受人にあたかも再生した債権を取得せしめる結果になるというメカニズムを、処分授権になぞらえた着想は、炯眼として敬服に値しよう。しかし結局四六八条一項は、その適用の結果がたまたま処分授権の場合に似ている、というだけのことであり、それ以上のものであるとするのは、まさに論者の推測にすぎない。起草者の見解を読み合わせても、フランス古法以来の議論を分析しても、四六八条一項の抗弁切断効は、誤解にもとづく承諾を異議を留めずにした債務者に一種のサンクションとして課される法的効果であり、それは裏を返せば、どんな債権の譲渡でも、債務者が譲渡を無留保で承諾した場合はとにかく譲受人を保護する、という判断の採用ということもできる。そして、その判断の採用によって犠牲になる債務者の不利益は、（この条文は決して取引安全のために譲受人のみの保護を図っているものではないから）但書で、そのような債権を譲渡した譲渡人の故意または過失に再度のサンクションを課

して、是正するのである。

結局安達説は、禁反言説や公信説が四六八条一項の承諾は四六七条の承諾と同じ観念の表示であるとした点を正当に批判したものの、観念の表示でなければ意思表示であるとして（その意味で債務承認説の復権を図って）、その説明のために処分授権という概念を借りた点で、（独自の構成としては完結したものの）四六八条一項の成立の経緯から理解される本質とはやはり断絶せざるをえなかったというべきではなかろうか。

また、安達説は「現行民法起草者は、四六八条を、ボアソナードから引きながら取引安全の規定に換骨奪胎した」[21]というが、すでに起草過程の検討の章で注記し、さらに公信説批判のところで述べたように、まだ起草者の段階では、譲受人保護の発想はボアソナードと同様にあったものの、取引安全の規定と積極的に位置づけるところまでは至っていない、と見るべきであり、安達説がこのように理解することに大きな疑問があることを繰り返しておく。したがって安達説が自説の正当化のために指図引受による構成が取引安全に反するところがないかと検証する点[22]についても、その必要性を疑うものである。

（1）石坂・前掲論文・法学新報二四巻四号七五頁。

（2）石坂説は、本稿第二章に紹介した通り、異議を留めない承諾を債務承認ととらえ、譲受人に対する債務者の債務の承認によって譲渡人の債権が消滅し、そこで債務者の譲渡人に対してなした給付が法律上の原因なきものに至るから債務者は不当利得返還請求権に基づいてその給付したものの返還を請求することを得る、と構成したため、すでに債務者から債権者（後の譲渡人）に対してなした弁済等で債務が消滅しているのに、異議を留めない承諾で再度消滅するのは不可能である、またこれを異議を留めない承諾によって従来の債務が遡及的に消滅したものと擬制するにしても、四六八条但書後段のほうで、債務を消滅させるために更改等によって債務を負担した場合を考えると、従来の債務の遡及的消滅により更改もまた成立しないことになるとはますます不可解である、と論じたのであるが、この議論では不当な利得となるのは、債務者が最初に債権者（譲渡人）にした弁済等の給付を指すことになる。しかし、これはおかしいのではないだろうか。債務者の第一の給付は、債権者（譲渡はまだなされていない）に対する、通常の債務の履行であって、それが債権全額を満足させるものであれば、その時点で債権

は正当に消滅するという、ただそれだけのことである。これは法律上原因のある給付であり、ここで債権が全額消滅すれば、債務者と債権者の間の法律関係はなくなるのである。そして問題は、そのなくなった債権を元債権者があたかも存在するもののように譲渡したところから新たに始まる。従って、ここで譲渡人が譲受人に当該債権を売却なり既存の別債務の弁済に代えての代物弁済なりして得た経済的利益が不当利得上の受益（厳密にいえば「受益の芽」）であり、その譲渡を債務者が異議を留めない承諾をしたところで、（債務者の債権消滅の抗弁が言えなくなるので）譲渡人の「受益の芽」が受益として確定し、かつ債務者の、消滅したはずの債務の再生という「損失の芽」が発生する。そしてこの「損失の芽」は、債務者の譲受人への給付によって、債務者の損失として確定するのである。したがって、不当利得上問題となる利得（受益）と損失は、この新たに起こった第二段階の譲渡とその承諾のプロセスの中で譲渡人と債務者について考えられるべきである。そしてその譲渡人の受益と債務者の損失には、不当利得の成立要件としての因果関係ないし関連性がなければならないが、その具体的内容は金員の受領と債務の負担およびその給付であって、直接に一つの物理的財貨移転の表裏の結果という関係に立つものではない。しかし、これはともに譲渡人の（消滅している）債権の譲渡という同一の原因によって発生したものであり、このあたりまで因果関係ないし関連性を認めるというのは、今日の判例および学説の傾向からしても肯定されるであろう。（判例については、最判昭四五・七・一六民集二四巻七号九〇九頁―いわゆるブルドーザー事件等参照。また学説としては、たとえば近時の有力説として、加藤雅信・財産法の体系と不当利得法の構造（昭和六一年）は、その四九頁以下で「因果関係の直接性」の構成を批判して「関連性」の要件を立てて論じ、さらにその四八九頁・四九〇頁で、債権の準占有者に対する弁済の例および即時取得の例で、「直接の物理的財貨移転（または法的権利変動）の楯の両面という関係にたつものではない」受益と損失について、「関連性」を認めている）。さてそこで不当利得の最後の要件である「法律上ノ原因ナク」の吟味であるが、加藤説を借りれば、「三当事者の不当利得関係において、この要件は、問題となっている事案を第三者のためにする契約関係の事案にひき直した場合に、給付関係・補償関係・対価関係の三種のうち、いずれかの部分において財貨移転を基礎づける法律関係が欠落しているとき、その当事者間において「法律上ノ原因」がないこととなる」（加藤・前掲書四八九頁）。ここで論じる譲渡人・譲受人・債務者三者の関係は、第三者のためにする契約のような完全な三者関係ではないが、それになぞらえて考えれば、まず給付関係についていえば、債務者から譲受人への弁済は四六八条一項に基づき当然有効であり、対価関係にあたる譲受人と譲渡人についても、両者には当該債権譲渡契約が（多くの場合は何らかの原因関係―貸金に対する代物弁済等―があって）有効に成立しているのであるから、債務者から譲受人への弁済はその債権譲渡契約の給付内容の実現として何ら問題がない。しかしその結果生じた譲渡人と債務者の受益と損失についてまさに両者間には法律関係が何も存在していない。したがってこの三者間

における財貨移転は、譲渡人―債務者間において基礎づけられておらず、ここに「法律上の原因」がないものとして、譲渡人の受益に対して、損失を被った債務者からの不当利得返還請求権が発生することになるのである。

したがって、不当利得の問題になるのは、石坂説のいう、債務者から譲渡人に対する最初の弁済ではなく、その後の譲渡人から譲受人に対する譲渡による受益と、異議を留めない承諾をした債務者から譲受人に対する弁済による損失なのである。しかし、これを一般の不当利得返還請求権と構成すれば、周知のように、返還義務の範囲は、受益と損失の小さいほうで限界づけられるし、もし譲渡人が悪意でなければ、現存利益の範囲にとどまることになる。また債権の目的物が金銭でなかったような場合にはそれを評価しなければならないという問題も現れる。これでは債務者の保護が十分ではない。そこで、不当利得の一般原則によらず、特則を作る、というのが、前章にみた起草者の説くところであったわけである。ここで債務者の保護をはかる理由、すなわち四六八条一項のトータルな構成については、次章の私見の概要のところで説明することとしたい。

(3) 鳩山説はフランスにおける歴史的発展に全く触れるところはない。この点、伊沢孝平・表示行為の公信力(昭和一一年)は、「現代法に付いて之を見るに、仏法上同原則の行はれつつあることは、Bilger 氏の指摘せるところであり」としてBilger, Zur Staub' schen Lehre vom Scheinkaufmann (Diss. 1934) S. 60 を引き（同書五一頁）、また禁反言 Estoppel の定義を論じるにあたり、「コーク卿は、Estoppel と云ふ語はフランス語の estoupe なる語から来たものであって、更にそれから stopp-ed と云ふ意味が出て来たのであるとし、或者が自己の行為若くは承諾により、真正事実を主張することを禁圧若くは緘止せしめらるることが禁反言であるとして居る」として、Coke, Commentary upon Littleton, 1832, Vol. II, 352 を引くが（同書一九頁参照、傍点池田。ちなみに「フランス語の estoupe なる語」とあるのは、フランス古語において「妨げる」意を表した動詞 estouper を指すものと思われる)、喜多了祐・外観優越の法理（昭和五一年）は、このコーク卿の見解を疑わしいとする。喜多教授は、「バウアによれば、それは異なった国々で用いられるいろいろな形式が起源を共通同時に有していたという一例としてみるのが、むしろ妥当であるとされる。Bower: The Law relating to Estoppel by Representation (1923), p. 1 n. (a).」と述べる（喜多・同書四四三頁注(11)）。

(4) ただしこのような区別が一般になされているかは疑問である。伊沢・前掲書は、商事における禁反言についての論考に「表示行為の公信力」の表題を冠したものであり、その「序」で以下のように述べている。「本書は英法における Estoppel の原則、殊に所謂 Estoppel by representation（表示による禁反言）と其の商事における適用を主題とする小論である。然らば何故に題して『表示行為の公信力』としたかと云ふに、表示による禁反言の原則は其の実質に於いて表示行為に公信力を与へるものに外ならぬからである。」（同書五頁・傍点池田）。

なお、その「序」はさらに以下のように続く。「凡そ現代の経済生活に於いては、流通財は漸次に其の数量および範囲を増大しつつあるに反し、不流通財は日に月に其の範囲を浸食されつつある。財産の商品化、権利の証券化なる現象はこの事実を雄弁に立証するものである。此の如き流通財の増加と、之に加ふるに取引機構の複雑大規模となりたることとは、相俟って取引の安全保護の原則を取引法の第一原則たらしめた。いやしくも取引法を論ずる者にして、動的安全の保護、表示主義の優越を口にしない者はないと云ってもよい。禁反言の研究も亦此の大潮流に棹さすものに外ならぬ。」（同書五～六頁・傍点池田）。商法学者の言ということを考慮しても、この記述には、昭和一一年当時の法律学が、その時代の要請もあってか、取引安全（動的安全）の保護に大きく傾斜していった状況が見てとれる。ただそこには、いささか過度の傾斜がなかったろうか。第二章に掲げた、鳩山説（禁反言説）、我妻説（公信説）の出現時期と比較すると興味深い。

なお、安達・前掲「指名債権譲渡における債務者の意義なき承諾(一)」九九頁以下は、（私見とは区別の視角が異なるものの）この鳩山説すなわち禁反言説と公信説との区別を明確につけている。

(5) 星野・前掲書二一〇頁等参照。

(6) 末川博編・民事法学辞典上巻（増補版）五三八頁（乾昭三執筆）。

(7)(8) 末川博編・民事法学辞典上巻（増補版）五三九頁（乾昭三執筆）。なお（8）につき大隅健一郎・商法総則二九三頁。

(9) ましてや、一七七条における公信力説の主張者が、民法の他の部分で公信力類似の効果が認められているとしてこの四六八条を援用するようになると（例として柳沢秀吉「登記の公信力と民法九四条二項、九六条三項の意味」法学志林七〇巻一号七一～七二頁）、本条の考察を看過してはおけないと感じられる。

(10) 我妻・新訂債権総論四八七頁。

(11) 四六八条を「近代法の異色」と評したのは我妻・近代法における債権の優越的地位三四～三五頁であるが、しかし最も異色となるのは我妻説のように理解した場合である。

(12) 我妻・前掲新訂債権総論五三〇頁、五三二頁等。この点、安達・前掲論文(一)一〇〇～一〇一頁が、禁反言説と公信説に対して、「その性質が観念の通知であるものが、外観上意思表示としての意義を常に有するというのは、いかにも不自然である」と批判するのは、まさに正当である。

(13) 我妻・前掲新訂債権総論五三八頁。なお本稿第二章一の学説の変遷(3)我妻説（公信説）参照。

(14) 安達教授の一連の体系的研究を構成する最近の論考として、安達「弁済提供の理論構成について」法学志林八五巻四号四三頁以下、同「弁済供託の性質」安達監修・債権法重要論点研究（昭和六三年）七九頁以下。

(15) 明石三郎・注釈民法(13)三九一頁、石田＝西村・前掲書一三頁等。
(16) 安達・前掲論文（一）三八頁。
(17) 星野・前掲書二一四頁。沢井裕・債権総論（昭和五五年）一三六頁も、法律のあり方からすればそれが最も素直な解釈と評価する。
(18) 池田・前掲甲斐編債権総論二九二頁。
(19) たとえば、フランスにおける一九八一年一月二日法（ダイイ法）（一九八四年一月二四日法により改正）による職業的債権（créance professionnel）の簡易な譲渡方法を参照。Cf. LOI n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises, J. O. 3 janv. 1981, p. 150. なお池田「フランス民法における指名債権譲渡法理の展開」法学研究五六巻五号（昭和五八年）一九頁以下参照。
(20) 安達・前掲論文（一）四一～四二頁。
(21) 安達・前掲論文（一）九七頁。なお前章注(14)参照。
(22) 安達・前掲論文（一）一一三頁以下。

七　私見の概要

一　前提的把握

既に見たとおり、ボアソナードは、承諾という債務者の行為を、抗弁の放棄あるいは債務の承認にあたると考えていた。しかしながらフランス法そのものが、この時代までは意思表示という概念枠組みを使わずに議論されていたものであるため、そもそも承諾が石坂説のいうような意味での「債務承認の意思表示」であるとされていたわけではない。ただ、考えてみれば、草案三六七条（旧民法財産編三四七条）でボアソナードのいう承諾は、公正証書または確定日付ある証書による承諾である。特に公正証書による承諾(1)ならば、作成手続きの厳密性に鑑みても、「単なる観念の

表示」とするほうが不自然であるということは言えるであろう。そしてそのような承諾をした結果、新債権者に対する債務の承認、あるいは旧債権者に対して持っていた抗弁の放棄という効果が生じることはそれなりに筋が通る。

一方、現行四六八条の起草者も、法典調査会での審議では、承諾の法的性質を明示してはいない。そこでは、基本的に、異議を留めない承諾という行為に対して法律が特別の効果を付与する、という説明がつらぬかれている。しかし、起草者梅博士はその後の講義録で異議を留めない承諾を意思表示であると表現している。[2] 梅が異議を留めない承諾をどこまで正確な意味の意思表示と考えていたかは、その資料だけからは断定できないが、梅が異議を留めない承諾を単なる観念表示とみていたわけではない、という一つの証左にはなろう。しかし、現行法では、四六七条の対抗要件の規定において、一項を債務者だけに対する対抗要件として分けて規定して承諾の方式を緩和した（一項では口頭の承諾も可能である）ために、意思の要素が見えにくくなった（明瞭な債務負担の意思を持って承諾する場合以外の、譲渡事実を認識した旨の単なる回答としての承諾も考えうる）ことも事実である。けれども、現行法で方式を簡略にした意味を探ると、それは別稿の四六七条の検討で明らかになったように、当時確定日付や公正証書の制度がまだ導入されておらず、また導入に強い反対があったからであるという事実がわかる。そこからは、積極的な意図をもった方式の簡略化（たとえば指名債権の流通強化・取引の安全の徹底）という色彩は明瞭には読みとれないというべきである。[3] それゆえ、異議を留めない承諾の「意思的要素」の評価はこの段階では立法する側の意識においては失われていない、とみるのが素直であろう。

したがって、異議を留めない承諾は、現行法においても、いわゆる（民法総則に定義される）意思表示そのものでないとしても、なんらかの意思的な要素を持った行為として認識されて規定されたと思われる。さらに言うならば、それは四六八条の異議を留めない承諾に止まることではなくて、そもそも四六七条の「承諾」自体が、債務者が債権譲渡契約に主体的に関与する、意思的行為であるのである。[4] 結局、異議を留めない承諾に抗弁切断という強い効果を

与えることを可能にするのは、その行為の外形ないしそれへの信頼にそれだけの効果を付与すべき価値があるからではなくて、そこに債務者の意思的要素があるからこそではないのか。

それを一つの角度から証明するために、四六八条一項は当事者のどのような態様を考慮する規定かを再度考えてみよう。既に述べたように、四六八条一項が譲受人保護の狙いを持つのは確かなことである（これはボアソナードの規定以来のもの）。しかしながら、同条が債務者の態様を考えずに譲受人の事情だけをみて譲受人保護に向かっているのであれば公信説の説明も当たると思われるのだが、実際の四六八条一項は、前章の安達説批判の中で述べたように、起草過程からも条文の構造からも明らかなごとく、債務者の過誤と、譲渡人の過誤（ないし故意）とを考えて利益バランスをとっている規定である。そしてまさにそのバランスをとるために作られたのが四六八条一項但書（抗弁事由があるのに異議を留めない承諾をした債務者も落度があるが、抗弁事由が存在するのに故意にまたは過失で譲渡した譲渡人も責められるべき）であった。――それゆえ四六八条一項は、ただ譲受人の保護を企図しているのではなく、債務者と譲渡人の両者の行動と利益状況とを勘案しつつ、両者のバランスを計り、そしてその上で譲受人の保護を図っているのである。もちろん、この但書による利益バランスの補正は、起草者として最善の立法であったかどうかは疑問もないわけではない。しかし、但書をおいたまさにそのことによって、起草者における四六八条一項の性格付けもまた明らかになっているのである。つまり、四六八条一項は、その本文で、債務者が抗弁事由を持ちながら何らかの理由で異議を留めない承諾をしたという事実から、債務者に責めを負わせて譲受人保護の効果を導き、一方、譲渡人が債務者の抗弁事由を知りまたは知りうべきであったのに債権譲渡をしたという事実から、譲渡人にも責めを負わせて但書による債務者保護の効果を導いているのである。実に四六八条一項は、三当事者の利益バランスを何とか計ろうとした苦心の条文なのであり、それは、債務者と譲渡人の双方の誤まった行為を二つながら評価のうちに置こうとした、二重の構造をもった規定と評することができよう。そしてまさにその構造から、四六八条を一方的な譲受人

の外観信頼の保護＝取引の安全のための規定と位置付けようとする公信説など後代の学説には、根本的な誤りがあるように思われるのである。

以上の前提的把握から、私見は、以下のように構成される。

二　私見における異議を留めない承諾の法的構成と四六八条の基本的理解
——二重法定効果説

私見はまず、四六八条一項は、債務者と譲渡人と譲受人の三者の態様を考慮した上で、債務者の異議を留めない承諾があった場合に債務者の抗弁を切断するものであり、その抗弁切断効の根拠は、そこになんらか債務者の意思的かかわり、意思的行為があるからこそ与えられるものであると論定した。ここでいう「意思的行為」とは、単なる観念の表白ではないがまたいわゆる意思表示そのものでもないもので、少しく説明を必要としよう。まず、この意思的行為における「意思」とは何か。意思表示そのものでもないという以上、意思表示説のいう効果意思ではない。この意思は、抗弁放棄とか債務承認といった法律効果に向けられた意思（法律行為上の意思）ではなく、いうならば譲渡に協力し、譲渡の対象たる債権の存否、内容（抗弁事由の有無）等を譲渡契約当事者（譲渡人、譲受人）に正確に知らしめるべき行動をとることについての意思、すなわち譲渡契約に積極的に関与することについての意思、というべきであろう。言葉を変えていえば、「譲渡契約の手続への事実的関わり合いに向けられた積極的志向性」が、ここにいう「意思」である。

そうすると、このような「意思」が異議を留めず承諾した債務者にあることによって何が変わってくるのか。元来、債務者は、債権譲渡契約に対して積極的に承諾すべき義務は負わないことは勿論である。当事者からの通知がありさえすれば、対抗要件としても十分である。しかし債権においては物権におけると異なり、権利の実現について債務者

は不可欠の存在であり、債務者の態度は債権者にとって常に重大関心事であるから、債務者が自ら譲渡手続に関与したからには、その発言、態様は、とりわけ譲受人にとって重大な利害関係を持つ。したがって、いったん積極的に譲渡手続に関与した債務者は、譲渡人および譲受人に対して、契約当事者が取引上相手の信頼に応えるべく対応すべき注意義務を負うのに準じた注意義務を負うものと解すべきではなかろうか。この意味において、事実に反して異議を留めない承諾をした債務者は、自らのした行為に反して抗弁を持ち出すことは許されないことになり、そこから抗弁切断効が根拠付けられるのである。これは、あえて言うならば、承諾行為によって債権譲渡契約の準当事者とでもいうべき立場に立った債務者の、譲受人に対する一種の注意義務違反に基づく責任と理解しても良いであろう。

加えていうならば、承諾をこのように理解すれば、それは、譲渡人・譲受人を当事者とする債権譲渡契約に対する債務者の主体的・積極的関与という点で、通知とは明らかに異なる（通知の場合は、譲渡契約の二当事者の側から一方的にアプローチされただけで、債務者の側からの積極的なかかわりあいは全くない）。したがって、それらが持ちうる効果も異なってよい（四六七条で通知と承諾が同価値に扱われているのは、対抗要件の機能—債務者に正式の認識を与える—として同価値なのであって、それ以外の意味では、通知がなされただけの場合と債務者から承諾があった場合とで効果が異なるのはむしろ当然のことである）。実はその意味では四六七条の承諾も四六八条の承諾も同じ性質を持っている。石坂博士は、四六七条の承諾は単なる観念の素示で四六八条は意思表示であるとして自らその矛盾（「前条の承諾」）の解決に苦慮したが、四六七条のほうも承諾は本質的に単なる観念の表示ではないのである。両方とも承諾は意思的要素を本質的に含んだ行為なのである。それゆえ「前条の承諾」の文言は少しも矛盾しないというべきである（この点では安達説が投じた疑問は当然というべきであろう）。

しかし、この点における現行法の立法上の最大の問題は、四六七条での承諾の方式の緩和にあることは既に指摘した通りである。承諾そのものの方式（手続き）が厳格ならば、異議を留めない承諾という行為と、それをなす債務者

の意思には、必然的な結びつきのあることを無理なく推定できたのである。その意味で、鳩山説が四六八条一項の適用される場合を無因の債務承認の場合に限らないと批判したのは理由がある。承諾する債務者の正確な意思が那辺にあるかは、現行四六七条・四六八条のように承諾の方式を簡略化した状況では、不明の場合が多いからである。したがって、四六八条一項は、その異議を留めない承諾という意思的要素を内在させた行為に一律に法定の効果を与えたものと見るべきである。

この点につき多少説明を加えよう。債務者が、個別具体的なケースで異議を留めない承諾をどのような意図で行うかは、場合により区々であろう。またそれを外部から評価する場合も、実際、現在の四六七条に規定された承諾の方式（一項では無方式、二項では確定日付ある証書による）のもとでは、承諾は、意思表示とみるのが適切な場合も、単なる観念の表白とみるのが適切な場合もありうる、と考えるのが自然であろう。もし債務者が債務負担あるいは抗弁放棄を約束する意思で異議を留めない承諾をしたのであれば、これはその意思表示の効果として抗弁切断効を認めることができるのは当然である。石坂説が念頭に置いているのは、この事例に限ると考えればそれなりに理解できるし、安達説が処分授権の意思表示とみるような場合も、ないとはいえない。しかし、このような意思表示としての承諾の場合に限るのであれば、四六八条一項の規定は、当然のこととして無用の規定となるし、意思表示一般の原則に服することになるゆえに、心裡留保、錯誤、詐欺・強迫というような無効・取消原因を伴うことになる。承諾が意思表示であった場合にも、たとえば錯誤無効の主張を許さないのであれば、その旨の特別な規定が必要になるわけである。逆に債務者が債務負担や抗弁放棄の意思を全く持たずに、譲渡の事実の認識を陳述する観念表示をしたにとどまる場合も勿論ありうる。この場合には、抗弁切断効が意思表示の場合のように当然に生じることはない。したがって、抗弁切断効を導く特別な立法が必要になり、その法定効果として理解することになる。以上のことから、私見は、四六八条一項を、異議を留めない承諾をしたという行為自体を要件として抗弁切断効を付与する法定効果を定めたもの

とみて、その承諾の法的性質は一般には「意思」的行為と評価するのが適切であるが、個別具体的にそれが意思表示であったとしても観念表示であったとしても、何ら効果として左右されないものと考えるのである。

この点、公信説も法定効果説の一種といえるが、すでに述べた通り、その説明は抗弁切断の効果を負担させる債務者の責任の根拠付けを欠いており、またその効果においても承諾を観念表示としながら意思表示説以上の強力な効果を与えるアンバランスがある。但書で債務者が譲渡人に返還請求しうる根拠も不明といわなければならない。結局これは、あくまでも債権譲渡の承諾という債務者のなした行為の「意思」的要素に対して法が与えた効果なのであって、それを切り離したところでもっぱら異議を留めない承諾という外形を信頼した譲受人の保護を一方的に企図する考え方とははっきりと異なるものである。通常の指名債権の譲渡の場合には、民法が指名債権に与えた性格から考えても、それほどに流通保護が図られているわけではなく、異議を留めずに承諾する債務者の主体的関与の中にある「意思」的要素を根拠とするのでなければ、その異議を留めない承諾に抗弁切断効までを与えることは理に反すると思われる。ボアソナードも現行民法の起草者たちも、その「意思」の要素にかかる効果であると考えていたことは、既に考察したところから十分証明されるであろう。「観念の表示に公信力を与えた」という説明は、取引の安全を過度に重視し、この条文に内在する三当事者の利益状況の較量を看過した、後代の学者の創作にすぎない。我々は、公信（力）という説明を否定して、四六八条一項本文は、債権譲渡契約における債務者の独特な役割を前提に、債務者のなした異議を留めない承諾という行為の「意思」的要素に対して法が与えた特殊な効果を規定したものであるというべきである。

では、四六八条一項但書はどう考えるべきか。端的にいって、これは四六八条一項本文が特殊な法的効果を定めるものである以上、前述のように利益バランスをはかるために置かれた（すなわち、債務者が不利になりすぎないようにした）但書もまた、譲渡人の不適切な譲渡行為（譲渡人が債務者の有する抗弁事由につき善意であったか悪意であ

ったかは問わない）に対して、法の定めた特殊の効果として説明されるべきであると思う。この但書はどうしても削除できない、と繰り返し主張していた梅起草委員は、おそらくは、承諾の方式の簡略化の結果、一項本文のように異議を留めない承諾における抗弁切断効を広く認めることによって生じる結果が、ボアソナード旧民法の場合と異なって不当に債務者に不利になる場合を生じるということを強く意識していたのであろう。なお、起草者自身も、これをいわゆる不当利得の一般原則ではなく、不当利得の特則であるというように説明を加えているのであるから、これを不当利得法理で検討して矛盾が生じるか否かと議論するのは、必ずしも適当ではないようにも思われる。(5)

したがって以上の分析からして、民法四六八条一項の規定についての私見は、いわば二重法定効果説とでも呼ぶべきものとなろうか。

以上が私見の基幹の部分である。以下には、現時点で述べられる範囲で、これに若干の具体的な要件・効果論を加えておこう。

一つは、譲受人の「善意」の要件である。本稿のこれまでの考察からして、四六八条の異議を留めない承諾に広範な抗弁切断効を与えるのは、方式の簡略化のためにその異議を留めない承諾の意思的要素が希薄になっているのであれば、決して適当なことではない。すなわち、簡略な形での債務者のうっかりした承諾によっても抗弁が切断され、譲受人の利益保護に傾きすぎるおそれがある。したがって、それを是正する有効かつ合理的な（ここで「合理的」というのは、立法段階で想定されていた立法趣旨から、あるいはその延長線上から外れない、という意味である）解釈が探究されてよい。その一つが、この、四六八条一項の抗弁切断効を享受するためには、譲受人は（明文はないものの）善意でなければならないとする解釈である。周知のように、この解釈は今日では判例・通説が確認している。(6) しかしながら、たとえばこの解釈を確立したとされる最判昭和四二年一〇月二七日民集二一巻八号二一六一頁は、請負代金債権の譲渡に対する異議を留めない承諾があった後に当該請負契約が解除されたという事案について、取引の安

全を理由にこの結論を導くもので、なぜ譲受人善意でなければならないのかの説明は必ずしも十分になされていない。[7] しかしこの要件は、（四二年判決では一言も触れられていないが）本稿で既に見たように、現行法起草者が法典調査会では明言しているところでもあり、もう少し理論的に理由付けをしておく必要があると思われる。

この点につき、ボアソナードの旧民法財産編三四七条（草案三六七条）では、譲受人を善意者に限定して保護する旨の規定は置かれていない。しかしながら、すでに考察したように、ボアソナードは草案では承諾に公正証書ないしは確定日付ある証書を要求することによって、承諾自体に重みを与え、軽々な承諾によって債務者の負担が増加しないよう、保護のバランスを取っていたわけで、[8] それに対して現行法では、民法四六七条一項が承諾の方式を緩和した結果、ここで保護のバランスが崩れて譲受人に過度に有利になっているといえる。したがってその保護バランスの取り直しとして、譲受人を善意者に限定する必要が出てくるのである。そして起草者も、第三章にみたように、そこまでの極端な譲受人保護を意図していたとは思われず、また自ら譲受人善意のケースを念頭に置いていることを表明しているのであるから、その意味で、譲受人善意の要件は、条文にはないものの、解釈上これを付することには十分な根拠と合理性があると思われる。ただしこれは、公信説のいうような、外観信頼者保護のための要件として当然に要求されるもの（公信説では善意・無過失）[9] ではない。公信力で考えられていたのであれば、それこそ条文に譲受人の善意なり善意無過失なりが最初から明示されなければならないはずである。もっとも、この点に関して、公信説の論者からは、公信説のように譲受人の要件を善意無過失とすれば通説の善意よりも若干ではあるが「譲受人の利益保護への過度の傾斜」の是正により資するのではないか、との反論があろうかとも思われるが、我妻説のように公信力の効果として異議を留めない承諾の結果債務者の保証人も免責されないような強い効果を認めることになるのであれば、そのような立論は成り立たないと思われる。また、すでに述べてきたように、四六八条は、そもそも譲受人の態様から譲受人保護を導くものではなく、債務者の行為の評価に力点が置かれているのであるから、譲受人の要件としては

善意のみを要求すればよいであろう。

なお、異議を留めない承諾の効果の及ぶ範囲については、私見は以上の考察から原則として相対的なものとして、債務者の保証人、物上保証人等には及ばないと考えるが、この点についての詳細は、別稿で論じたい。

最後に付言すれば、私見は、「指名債権譲渡をより容易に、かつ安全にするのが便利だから良い」という価値観を前提にしてそのための解釈論を展開しようとする論者とは立場を異にする。その理由は、一つには、そのような一定の価値観を前提にしてなす解釈は我々の行うべき条文解釈学の中にはない、という私の基本的な考え方から来るものであり、また一つには、この問題について私見は、もし指名債権であっても、継続的な金融取引やそれに伴う自動決裁（電子的決裁）の必要等から、容易かつ安全な移転を第一義的に考慮しなければならない範疇のものがあるならば、それは一般法たる民法の枠組みで処理するのではなく、別の特別法による処理を考案すべきである、と考えるからである。[10] 民法は、常に関係当事者の最良の利益バランスを考慮しつつ進歩すべきである。指名債権譲渡でいえば、債務者を抜きにして譲渡人・譲受人の合意のみで権利を移転しうる、という基本的な構造からして、譲渡の容易さ・安全さの安易な追求が、債務者の利益およびその債権に利害関係を有する第三者の利益を害する可能性のあることを常に考慮しなければならないと思うのである。

以上で、民法四六八条一項論のいわば総論部分に関する考察をひとまず終える。さらに、各論的な個別問題としては、判例に現れた、「異議を留めない承諾と抵当権の復活」「請負契約の解除と請負代金債権の譲渡についてなされた異議を留めない承諾」等の論点の、本稿での考察を踏まえた分析が残されている。これらは今後の課題としたい。

(1) ボアソナードは、その草案三六七条の司法省における講義の中で、フランス民法一六九〇条二項の公正証書による承諾について「通知ノ場合ニ於テハ乙者（譲受人を指している—池田注）ハ使丁ヲ以テ負債主ニ其通知ヲ為スト雖モ本項ノ場合ニ於テハ之ト異ナリテ乙者カ負債主ナル丙者ト共ニ公証人ノ家ニ就キ公証書ヲ認メシム故ニ別段丙者ニ通知スルニ及ハス」と述べ

て、フランスで一般的に考えられていた、公証役場に債務者が一緒に出向いて承諾書を作るケースを説明している。ボアソナード・前掲民法草案財産編講義・二・人権之部三四八頁。

(2) 梅・前掲民法原理六八二頁、六八八頁。

(3) 池田「民法四六七条における一項と二項との関係」法学研究五一巻二号（昭和五三年）六〇頁参照。

(4) 安達・前掲論文（一）一〇六頁は、四六八条一項の承諾が意思表示であると立論する中で、起草者が挙げた四六七条の承諾の例は、明らかに四六八条にいう異議を留めざる承諾と同じ例だったとして、さらに、「立法者は、四六七条の承諾をまず念頭に置いて、それを前提として四六八条一項の規定を作ったのでなく、むしろ逆に、四六八条一項の異議を留めない承諾をまず念頭において、それを前提として四六七条の対抗要件としての譲渡の承諾の規定を設けたと推測される」「つまり、立法者の心理過程からいうと実際には、四六八条一項で、「債務者ガ異議ヲ留メズシテ譲渡ノ承諾ヲナシタトキハ」と定め、四六七条で、「後条ノ承諾ガアッタトキハ」と定める趣旨だったと解しうる。それを現行法の如き規定の仕方にしたのは、立法者の立法技術上の過誤、或は拙劣さによるものといえるだろう」と述べるが、そこまで言うにはさらに詳細な起草資料による根拠づけが必要であると思われるものの、両条の承諾に共通する性質を正しく認識しているという点では評価されるべき見解である。なお、他に後藤巻則「請負代金債権譲渡の異議なき承諾と請負契約の解除」ジュリスト八六七号一三九頁も、別の観点から、異議を留めない承諾における債務者の意思を無視することはできないと主張している。

(5) 第四章に見たように、ボアソナードは厳格な方式に従わしめて承諾に重みを与え、軽々な承諾によって債務者の負担が重くなりすぎないようにバランスを取っていた。ただしボアソナードのプロジェ三六七条全体をみると、ある意味では現行法以上に譲受人保護の配慮を置いている。池田・前掲「復権」一〇六八～一〇七一頁参照。

(6) 大判昭九・七・一一民集一三巻一五一六頁、最判昭四二・一〇・二七民集二一巻八号二一六一頁、於保・前掲債権総論三一五頁等。なお、林＝石田＝高木四五六頁は、公信説をとりつつ、善意無重過失を要件とする。

(7) 判旨の主要部分は、以下の通りである。「①請負契約は、報酬の支払いと仕事の完成とが対価関係に立つ諾成、双務契約であって、請負人の有する報酬請求債権はその仕事完成引渡と同時履行の関係に立ち、かつ仕事完成義務の不履行を事由とする請負契約の解除により消滅するものであるから、右報酬請求権が第三者に譲渡され対抗要件をそなえた後に請負人の仕事完成義務不履行が生じこれに基づき請負契約が解除された場合においても、右債権譲渡前すでに反対給付義務が発生している以上、債権譲渡時すでに契約解除を生ずるに至るべき原因が存在していたものというべきである。したがって、このような場合には、債務者は、右債権譲渡について異議を留めない承諾をすれば、右契約解除をもって報酬請求権の譲受人に対抗すること

ができないが、しかし、債務者が異議を留めない承諾をしても、譲受人において右債権が未完成仕事部分に関する請負報酬請求権であることを知っていた場合には債務者は、譲受人に契約解除をもって対抗することができるものと解すべきである。②けだし、民法四六八条一項本文が指名債権の譲渡につき債務者の異議を留めない承諾に抗弁喪失の効果をみとめているのは、債権譲受人の利益を保護し一般債権取引の安全を保障するため法律が付与した法律上の効果と解すべきであって、悪意の譲受人に対してはこのような保護を与えることを要しないというべきだからである」。②の部分が理由付けということになるが、「譲受人を保護する規定だが悪意の譲受人に対してはこのような保護を要しない」というのみでは、なぜ悪意者には保護を与えないのかの説明にはなっていないというべきであろう。なお、本判決においては、①の部分でいったん四六八条一項本文に該当し抗弁が喪失するケースであるとした上で譲受人が悪意だから抗弁の主張が許されるという構成を採っているが、この点については異論がありうる。すなわち、譲受人が当該債権が請負等の双務契約上の債権であることを知っていたか否かにかかわりなく、債務者は、債権譲渡後に生じた反対債務の不履行を理由とする契約解除をもって、譲受人に対抗しうるものと解する立場（近藤＝柚木・日本民法債権編総則中巻三二四項・四三〇頁参照）も成り立ちえよう。こうすると、本事案は民法五四五条一項但書の問題となるのみ（判例・通説はここにいう「第三者」には債権譲受人は含まれないとしている。大判明四二・五・一四民録一五輯四九〇一頁等）として処理されることになる。この点は別の機会に詳細に検討したい。

(8) 池田・前掲「ボアソナードの復権」一〇七〇頁。

(9) 我妻・前掲新訂債権総論五三八頁、松坂佐一・民法提要債権総論一七二頁。

(10) 前章注(15)参照。

追　記

本稿の執筆を最初に企図したのは、既に一〇年ほど前になる。いたずらに年月を重ねたわりには大した進展が得られなかったのは、わが身の不徳の致すところといわざるをえないが、その逡巡を招いた大きな理由は、研究を進めるうちに、私見ではこれまでのほとんどの学説に対して一つ一つ異を唱えなければならなくなるという、荷の重い見通しがついてしまったためである。しかし一方で、不十分ながらも今日こうして小稿をまとめるに至ったのは、まさにそれら先学の諸学説に触発され励まされてのことであったことも疑いない。浅学非才をかえりみずに批判を展開した諸学説の論者に対する深甚の敬意をここに表明しておきたい。

本稿は、本来は、昭和六一年三月および六二年三月に本塾を御退職された、お二人の恩師、林脇（高鳥）トシ子先生、田中實

先生に捧げられるべきものであった。本稿をまとめられぬまま両先生の法学研究記念号の締切を徒過したことは、今も私の胸を痛ませる。不肖の教え子の、本当に遅ればせの仕事であるが、今からの感謝をこめて、拙稿を改めて両先生に捧げたい。両先生の末長い御健康をお祈りする次第である。

なお本稿執筆にあたっては、内池慶四郎教授と新田敏教授より多くの貴重なご教示を頂き、また人見康子教授よりも貴重なご意見を賜った。必ずしもすべてのご教示を生かしきれていないことを遺憾とするが、記してご学恩に深く感謝申し上げるものである。

（昭和六三年一一月三〇日稿）