

Title	指名債権譲渡における異議を留めない承諾の要件と効果
Sub Title	Les conditions et les effets de l'acceptation de la cession de créance
Author	池田, 真朗(Ikeda, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1992
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.65, No.4 (1992. 4) ,p.1- 56
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19920428-0001

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.

指名債権譲渡における 異議を留めない承諾の要件と効果

池 田 真 朗

- 一 はじめに
- 二 フランスにおける民法二九五条論の新たな展開
- 一 指名債権譲渡における抗弁の對抗の一般理論と二九五条の位置付け
- 二 二九五条論の今日までの展開
- 三 二九五条の抗弁喪失効の及ぶ人的範囲
- 四 小 括
- 三 異議を留めない承諾の要件の考察
- 四 異議を留めない承諾の効果
- 一 異議を留めない承諾による抗弁喪失効の本質
- 二 異議を留めない承諾による抗弁喪失効と對抗問題の処理との関係
- 三 異議を留めない承諾の抗弁喪失効の及ぶ人的範囲
- 四 債務者の設定した担保物権に利害関係を持つ第三者への影響
- 五 私見の概要
- 一 判例法理の再検討
- 二 学説の検討
- 三 私見の要旨
- 六 おわりに

一 はじめに

指名債権譲渡の効果として、債権は同一性を失わずに移転する。したがって、当該債権に従たる権利もこれに伴って当然に移転し、また逆に債務者が原債権者に対して有していた抗弁は新債権者に対しても主張しうるというのが原則である。⁽¹⁾しかしわが民法四六八条は、その第二項に右の原則を表わす規定を置きながら、他方その第一項で、それに対する一大例外を規定した。すなわち、指名債権譲渡が債務者に対して通知されただけの場合は、右の原則が維持されて通知到達までに存在した債務者のすべての抗弁が譲受人に対しても主張しうるが（同条二項）、債務者が債権譲渡に対していけば能動的に行動し、当該債権譲渡を異議を留めずに承諾した場合は、原則は全く維持されなくなり、債務者が譲渡人（原債権者）に対して有していた一切の抗弁が譲受人に対する関係では對抗不能になる（同条一項）とるのである。これは、立法例としては特殊であり、わが民法の指名債権譲渡規定の母法たるフランス民法でも、債務者が無留保で承諾を与えること⁽²⁾によって相殺の抗弁のみが對抗できなくなるという規定があるにとどまるが（フランス民法二二九五条一項）、既に前稿⁽³⁾で詳述したように、この抗弁喪失効を抗弁事由全般について認めたのは、ポアソナード旧民法に由来するもので、ポアソナードは、フランスのコルメ・ド・サンテールらの学説を引いて、旧民法にすべての抗弁を喪失する規定を置き（旧民法財産編三四七条二項）、これを現行民法起草者が継受したものである。⁽⁴⁾

私はその前稿で、この問題の総論的検討として、異議を留めない承諾の法的性質と、抗弁喪失効の導かれる根拠について論じ、私見を二重法定効果説と名付けて提示した。そこで本稿では、それらの考察に基づいて、いわば解釈論の各論部分にあたる、異議を留めない承諾の要件・効果について検討することとしたい。

(一) このことは、フランスでは古くから“*Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*”（何人も自己の有

する以上の権利を他人に移転することはできない)の法諺によって説明されてきたが、この点わが国では特に踏み込んだ議論は見られないようである。詳細は本稿次章参照。

(2) 池田真朗「指名債権譲渡における異議を留めない承諾(1)(2)(3)完」法学研究六二巻七・八・九号(平成元年)掲載。以下本稿では、前掲「異議を留めない承諾(1)」「(3)」として引用する。

(3) 筆者は前稿では「抗弁切断効」の語を用いたが、指名債権譲渡の場合、手形の裏書による移転等の場合と異なり、譲渡行為がそれ自体ではその時点までの抗弁は常に接続し、切断されることはなく、そのいったん接続した抗弁を債務者の異議を留めない承諾が対抗不能にするというのであるから、「抗弁切断」という表現は、一般の有価証券や証券的債権における用法と比較して考えると必ずしも適當ではない。そこで、本稿から、「抗弁喪失効」の表現を採用することとする。

(4) ただし旧民法のほうには四六八条一項但書にあたる部分はない。起草過程の詳細については、池田・前掲「異議を留めない承諾(2)」法学研究六二巻八号三五頁以下参照。

二 フランスにおける民法一二九五条論の新たな展開

前稿でも紹介したように、フランス民法はその一二九五条一項において、債権譲渡の単純な無留保での承諾は、債務者の譲渡人に対して有していた抗弁のうち相殺の抗弁のみを対抗できなくすると定める(なお、同条二項は、もしい譲渡が単に送達されただけの場合には、その通知以前の債権についての相殺は、譲受人に対して、それが譲渡人に対してそうであったように、対抗されうることを定める。したがって、わが民法四六八条は、喪失する抗弁を相殺以外のすべての抗弁に拡張しただけで、その基本構造も一項二項の順序もこの一二九五条と同一ということになる⁽¹⁾)。前稿では、主にわが国の立法過程における法継受の観点から、フランスでは一九世紀にはこの規定をすべての抗弁にまで押し拡げる学説と相殺の抗弁にのみ限定する説があり、ポアソナードはその前者の学説をわが国の旧民法に取り込んだが、一九世紀末に至って本国ではそれが少数説にほぼ確定した、という沿革を考察した。本稿では、その議論が

フランスでその後どう展開され、今日に至っているのかを概観し、そこからわが四六八条一項の解釈論に何らかのヒントを得られないかを分析してみたい。

一 指名債権譲渡における抗弁の對抗の一般理論と一二九五条の位置付け

フランスでは、指名債権譲渡における抗弁の對抗の根拠は、一般に“Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet”（何人も自己の有する以上の権利を他人に移転することはできない）の原則で説明されてきた。⁽²⁾しかしごく最近になって、これを、“Nemo plus…”の原則と、契約の強制力（force obligatoire du contrat）との二つによって説明するものが現れてきている。⁽³⁾譲渡時までの抗弁が接続することは前者で説明されるが、譲渡後でも對抗できる抗弁のあることは、後者で説明されるとするのである。すなわち、債務者は、債権を発生させる契約が強制力を持つ状態にあるうちのみ、譲受人に対して義務を負う。したがって、その強制力を失わせるすべてのもの（解除、無効、それに債権者—つまり、譲渡後ならば譲受人—に対してなされるという条件付きでの弁済）は、譲受人の権利を失わせるというのである。⁽⁴⁾それゆえ、相殺の抗弁を喪失させる一二九五条一項は、これらの抗弁の對抗の原則に対する抵触として説明されることになる。

この点につき、エネスは、一九八四年に出版された著作『契約譲渡』⁽⁵⁾の中で、以下のように詳細に述べる。「(“Nemo plus juris…原則を述べた上で)しかしながらここに、それが譲渡の後で発生したものであったとしても譲受人に對抗しうる、いくつかの抗弁がある。債権が履行過程にある双務契約から生じている場合には、債務者は譲受人に対して、不履行の抗弁および不履行を理由とする解除の抗弁を、譲渡の後に起こった事態を原因とするものであっても、援用しうる。⁽⁶⁾反対に、消滅の効果が譲渡の前に産み出された相殺は、債務者が譲渡を純粹にかつ單純に承諾したときは、譲受人に対して對抗しえない（民法一二九五条）。したがって、債権はその契約上の起源から独立した、自律的な存在

と堅固さを与えられていると断言できるであろうか。実際、その譲渡の時における権利の評価を画定する“*Nemo plus iuris*…”の原則は、抗弁の対抗の原則とは異質のものである。債務者と譲受人との関係を決定するのは、被讓債権を発生させる契約の強制力(*force obligatoire*)である。それが、債務者の義務はその強制力が維持するだけのものしか存在しないことを承認しなければならぬ理由である。一方、譲渡の主要な効果は譲受人を対人的に被讓債務者の債権者にするのである。したがって、もし区別しなければならぬとすれば、それは、契約の強制力を消滅せしめる手段と、反対に、その不変性を仮定しつつ、弁済によって権利関係を絶つ手段とである⁽²⁾。

そしてエネスは、債権を発生させる契約の強制力を冒す抗弁と、被讓債務の消滅との区別が必要であるとして、以下のように説く。「契約の強制力を冒すために契約の消滅を引き起こす抗弁が属する第一範疇には、原因を問わない無効、効果の一時的な停止(不履行 *inexécution* の抗弁)、そして効果の遡及的な廃止(解除 *resolution*) もしくは不遡及的な廃止(解除 *cessation*)がある。この最後の二者(不履行の抗弁と解除の抗弁を指している——池田注)の場合は、その原因となった事実が生じた時点はあまり重要ではない。なぜなら契約の強制力を停止させたり消滅させたりすることは、契約上の債務を停止させたり消滅させたりすることだからである。」「その他のすべての抗弁は、第二範疇の抗弁である。それらは契約の強制力の存在や維持を仮定しつつ、単に弁済もしくはその他の同等の債務消滅方法つまり時効、相殺、債務引受等によって債務の終結を引き起こす。さて、この消滅の効果は、明らかに、債権者と債務者の間にか産み出されない。すなわち、債権譲渡後であれば、被讓債務者と讓受債権者との間である。債権譲渡前であれば、弁済も、時効も、債務引受も相殺も、債務者と債権者の間でなされれば、有効である——つまり債権を消滅させうる。それゆえ債務者から譲受人に対する対抗可能な抗弁の制度は、何らの特異な複雑さをも提供しないように思われる。被讓債務者と譲受人の間に結ばれた絆の強制力は、債権を発生させる契約の強制力それ自体である。この強制関係の消滅原因の対抗に関しては、相殺という特殊例を別とすれば、債務は債権者もしくはその代理人に対

する弁済によってしか消滅しえないという原則をそこに見出すのみである⁽⁸⁾。

このエネスの説明は、結論的には特に目新しいものではない。以前から、「Nemo plus juris…」の原則を引きつ(1)「債務者は債務を縮小させたり消滅させたりすることの可能なすべての手段を、譲渡通知・承諾後でも、それらの前と同様に、利用することができる」(ただし承諾後の相殺は除かれる)として無効や解除の抗弁を挙げるものがあった⁽⁹⁾。しかし、その根拠の説明は必ずしも明瞭ではなく、少なくともエネス説が「Nemo plus juris…」の原則の限界を指摘した点は評価されてよいように思われる。

(1) 一二九五条の原文を再録しておく。

Art. 1295. Le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant.

A l'égard de la cession qui n'a point été acceptée par le débiteur, mais qui lui a été signifiée, elle n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette notification.

第一二九五条①債務者が第三者となした権利の譲渡をただ単に承諾した債務者は、その承諾以前に譲渡人に対抗することのできた相殺をもつて譲受人に対抗することができない。

②債務者によって承諾をなす、彼に送達されただけの譲渡に関しては、譲渡はその通知以後の債権の相殺のみを妨げる。

(2) Ex. Planiol et Ripert, par Esmein, Radouant, Gabolle, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, 2ème éd., 1954, n° 1126, p. 513, Marty et Raynaud, par Jestaz, *Droit civil*, Les obligations, 2ème éd., t. 2, 1989, n° 359, p. 320.

(3) Malaurie et Aynès, *Cours de droit civil*, Les obligations, 1985, n° 779, 契約当事者を互ひその権利承継人に対する契約の強制力 (force obligatoire du contrat) は、周知のフランス民法では「適法に形成された約定は、それをなした者に対して「法律に代わる」という規定で始まる一二三四条によって宣明されるが、フランスの学説でも「一二三四条プロバ」では詳細な分析がなされていぬものの(一例として) Sarrck, par Roland et Boyer, *Droit civil*, Obligation-2, *Contrat et quasi-contrat*, Régime général, 2ème éd., 1986, n° 1134~n° 1192, pp. 395~415)「一二九五条との関係についてを論じらぬのは、管見の及ぶ範囲では、他にならぬものにならぬ」。

- (4) Malaurie et Aynès, loc. cit.
- (5) Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, 1984. 本書は数多くの学術賞を受けている。
- (6) この傍点部分は、後述三(4)のわが国における対抗事由の議論に参考となろう(傍点は池田)。
- (7) Aynès, op. cit., n° 31, p. 39.
- (8) Aynès, op. cit., n° 32, 33, p. 39, 40.
- (9) Planjol et Ripert, par Esmein, Radouant, Gabolde, loc. cit. (前掲注(2)参照)。

二 一二九五条論の今日までの展開

繰り返しになるが、フランス民法一二九五条は、債務者が債権譲渡を「無条件に、ただ単に」(purement et simplement)これは「無留保で」sans réserve というのと同じとされる)承諾した場合に、債務者が譲渡人に対して対抗しえた相殺の抗弁のみが譲受人には対抗できなくなると定める。それゆえこの規定は、抗弁対抗の一般原則に対する例外の持込みと考えられるので、被讓債務者を免責する他の債務消滅原因にこれを押し拡げていくことができるのか、できるとすればいかなる基準・範囲で可能なのか、が論議されることになるのは当然のことであった。

一九世紀における学説上の展開は、既に前稿に考察した通りであるが、二〇世紀に入ってからはどのような議論がなされてきたのかをここで見てみよう。前稿では、この債務者の無留保承諾を相殺の抗弁の放棄あるいは新たな債務の承認と見て、一二九五条一項の抗弁喪失効を相殺の抗弁以外の抗弁にも拡張しようとする説は、一九世紀末から二〇世紀初頭にかけて、少数説に確定したと述べたが、二〇世紀に入っても、この少数説の流れは存続する。ことにキヤピタンはその著名な著書『債務原因論』の中で、この無留保承諾により債務消滅の抗弁が主張できなくなり債務者が譲受人に弁済の義務を負うという点では債権譲渡は délégation (指図) に類似するとして、そのアナロジーから

一二九五条一項の抗弁喪失効を相殺の抗弁以外の抗弁にも拡張しようとする⁽³⁾。この構成は、債権譲渡人を指図者 (delegant)、譲受人を指図受益者 (delegataire)、債務者を被指図者 (delegue) とならせて類似性を述べることになるようだが、本来 delegation であれば、問題になる承諾 (承認) は、(いわゆる債務引受における債権者と同様) 指図受益者 (delegataire) が (債務者の変更につき) 与えるのであって、債務者すなわちここでいう被指図者がするのではない。この説では、被指図者 (delegue) の無留保承諾は、ここでは被指図者と指図者 (delegant) との間の同意 (consentement) に相当することになり、いわゆる (日本法やドイツ法でいう) 債務負担の意思表示以外の何物でもない、ということになる。しかしこれに対して多数の学説は、この無留保の単純な承諾はそのようなものとは評価できず、単に譲渡の事実の認識を表白するものに止まるとして、一二九五条一項は債務者の放棄の例外的推定を肯定するものであり、したがってこれは更改の意思が明確に表明された場合等を除いては、相殺以外の抗弁には拡張されえないものであるとしてきたのである⁽⁴⁾。このような学説の理論状況に対して、近年新説を提示して問題提起をしたのが、ラルーメである。彼は、一九六八年に発表したテーズ (これは、学界でかなり注目を集めた) の中で、わが国の問題状況からみても大変興味深い、以下のような構成を説いた。すなわち、譲受人の無留保の単純な承諾は、譲渡についての認識の表白に過ぎず、被讓債務者の債務約束ではないのであるが、もし債務者がこの承諾の後で債務の消滅を援用できるとしたならば、譲受人の信頼は欺かれることになる。それゆえに、抵抗なしになされた表白は、非論理的かつ詐欺的であり、債務者は免責につながるすべての抗弁にもかかわらず、弁済を義務づけられるとして、承諾によって生じた譲受人の信頼保護と、その承諾の非論理 (論理矛盾) 性・欺罔性との両者を理由に、對抗不能となる抗弁を相殺以外のすべてに拡張しようというのである (その意味で、これはそれまでの学説の折衷説と位置付けられている)⁽⁵⁾。したがってこれは基本的にわが国での議論の土俵に十分に乗せられるものである (ただ、あえて言うことが許されるならば、ラルーメ説は、わが国のこれまでの多数説 (公信力説) のように一方的な譲受人の信頼保護のみを説くので

はなく、債務者の承諾という積極的関与の非論理（論理矛盾）性・欺罔性も強調している点で、私見の前稿での主張に近いと理解される）。しかしこの説は、レイノーらによって、受け入れ難いものと評された。レイノーは、この説は少なくとも時効の抗弁については傾聴に値するものの、結局譲受人のために債務者の承諾を債務約束と認めることになるが、債務者にとっては承諾はあくまでも譲渡の認識の表白でしかないのであると批判する。⁽⁶⁾これは多数説の立場からすれば当然の批判であり、エネスもこれに賛同して、「我々の立場では、一二九五条一項の規定は、相殺の抗弁に厳しく限定され、かつ被讓債務者の留保を伴う承諾には優越できない」と結論づけるのである。⁽⁷⁾

したがって、前稿で見た、一九世紀末の少数説と多数説の争いは、新たな展開を見せながら現在まで継続してきていたのであり、ごく最近のレイノー・レジスタスの体系書は、判例もまだこの論争—そこで公平の考慮と抗弁の對抗の原則のより機械的な適用とが対立する—に決定的な決着をつける機会を得ていないと論評している。⁽⁸⁾

それでは、フランスでは何故相殺の抗弁だけは喪失させるのが合理的と考えられたのか。無留保の承諾を更改や抗弁放棄の意思表示ととらえれば、抗弁の喪失は当然のこととなるが、逆にその場合は相殺の抗弁に限定することは根拠がなくなる。多数説の言うように無留保の承諾を債権譲渡の事実の認識の表白ととらえるならば、今度は相殺の抗弁だけは喪失させてもよいという説明がなされなければならない。しかし一九世紀末までの学説は、前稿でも述べた如く、その点を明確に説明していなかった。この点については、私見は、フランス民法では一二九〇条によって相殺の効果は相殺適状となった段階で当事者の認識の有無にかかわらず法律上当然に発生しているので、譲渡を承諾する段階において（わが民法におけるような、相殺の意思表示をするまでは白紙である制度において意思表示を懈怠することと異なり）既にそのような状態にあるものをあえて援用しない⁽⁹⁾ということにはそれだけ強い帰責性が認められる（あるいは、それだけ債務承認的な趣旨の存在が強く想定される）という説明が可能なのではないか（また譲受人の立場から言えば、債務者が譲渡の承諾後に反対債権の存在に気付いた場合でも、相殺を当然に主張できるとするなら

ば、譲受人が不当に害されるのではないか、と想像していたが、前出のラルーメは、逆に、立法者が、相殺—債務者の意思なしに、債務者がそれを看過していた場合でも、法上当然に行われる—のみについて規定したことをとらえ、「(相殺以外の)他の免責方法は、債務者の側の積極的な関与を想定されており、彼の表白は、したがって、なおこのと非論理的かつ詐欺的である」として、意思的でないものにつき抗弁の喪失が規定されているのだから、ましてや意思的なものについては、規定がなくても抗弁喪失効が与えられるべきだ、という論法で、無留保承諾による抗弁喪失をすべての抗弁事由に拡張しようとする自説を補強する材料に用いている(ただしこれでは私見の問題意識に正しく答えたことにはならないと思われるが)。ただ、実質的な理由付けとしては、これもエネスが指摘するように、このような規定を置いて、相殺の抗弁は譲受人に対抗できなくなってもまだ債権自体はそのまま譲渡人に対して請求するので、債務者が払う犠牲は完全なものではなく、また譲渡の無効や解除があればなお一二九〇条の援用が許される点で終局的なものでもない、⁽¹²⁾という説明が多少説得力を持つが、これとても理論的な説明にはなっていない。

(1) 池田・「異議を留めない承諾(1)」、法学研究六二巻七号三〇頁。

(2) Capitant, *De la cause des obligations*, 3ème éd., 1927, n° 181, p. 402 et s., Beudant, par Brethe de la Gressaye, *Cours de droit civil français* tome 9, 1938, n° 364.

(3) すなわち彼は、通説・判例が一二九五条の相殺以外の抗弁への拡張適用を否定していることを述べた上で、抗弁放棄の推定という説明は、債務者が相殺を認識していた場合は容認できるが、債務者が相殺を知らなかった場合は容認し難いとして、一二九五条の結論を説明する唯一の構成は、債務者は承諾によって、譲受人に対し、譲渡人に支払うべきものを彼に支払う債務を個人的に負ったというものであるとし、「それゆえ債務者は、承諾という行為により、被指図者 (désigné)、すなわち指図受益者 (déléataire) に対して債務を負う、指図者 (désigné) の債務者、のそれに類似する状況に置かれることになる。そこから、学説・判例に反して、譲渡を承諾した被譲債務者は、もはや譲受人に対して、譲受人に対して援用する権利のあつたいかなる抗弁をも対抗しえないと論決しなければならぬ。この一二九五条の拡張解釈を抵抗なく導く論理を加えよう。それは、相殺と他の防御手段との間の区別を置くことにかかざる理由があるのか、不明であるということである。」(Capitant, loc.

cit., pp. 405-406) と述べるのである。ただしこのキャピタン説は、最近の体系書では少数説としてその結論のみを引かれるのみで、この指図構成を紹介・評価するものは見当らない。

(4) Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil*, t. 2, 1957, n° 1686, p. 514, Marty et Raynaud, *Droit civil*, t. 2, vol. 1, 1962, n° 812, p. 814, Mazeaud, par Chabas, *Leçon de Droit civil*, t. 2, vol. 1, 6ème éd., 1978, n° 1271, p. 1240, Weill et Ferré, *Droit civil*, *Les obligations*, 3ème éd., 1980, n° 968, note 1.

(5) ラルローメは以下のように述べる。「一方で、立法者がなぜ相殺に関して、しかも他の免責方法にそれを拡大することができない、特別な規定を起草したのが理解されていない。我々は、債権における承継の原則と立法者の意思との平衡点を見出さなければならぬと考える。そのためには、我々は譲渡人に対する債務者の免責手段につながらないすべての抗弁は対抗可能のまま維持せられると考える。承諾は、原則として、被譲債務者による譲渡の認識の表白以外の何物でもない。しかしこの表白は、もし債務者がその後譲受人に対して、譲渡人に対する彼の免責を対抗しようとしたならば、譲受人の信頼を誤らせるおそれがある(注)。この、抵抗なしになされた表白は、非論理的であり、債務者の免責につながるすべての抗弁にもかかわらず、弁済を義務づけられると論決しなければならぬ。立法者は、そのことを相殺に関して明確にした。なぜなら、相殺は、債務者の意思なしに、債務者がそれを看過していた場合でも、法上当然に行われるからである。他の免責方法は、債務者の側の積極的な関与を想定されており、彼の表白は、したがって、なおのこと非論理的かつ詐欺的である。」Larroutet, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse Bordeaux, 1968, n° 75, p. 152. なお、右引用文中の注は、前注(2)にも挙げた「Capitant, *De la cause des obligations*, 3ème éd., n° 181, p. 392」であり、譲受人の信頼保護の発想は、まずキャピタンが述べたところである。

(6) Raynaud, *Les contrats ayant pour objet une obligation (suite)*, *Cours de D. E. A. de droit privé*, Paris II, 1978-1979, p. 109.

(7) Aynès, *op. cit.*, n° 32, p. 40, note(70).

(8) Marty et Raynaud, par Jestaz, *Droit civil*, *Les obligations*, 2ème éd., t. 2, 1989, n° 360, p. 322.

(9) フランス民法では、当事者の一方が他方に対して、相殺によって消滅した債務の弁済を請求したときは、他当事者は請求に対抗するために反対債権が存在して相殺で消滅したことを主張しなければならない(二二五条参照)。したがって、法上当然相殺でも相殺の主張が不要というわけではない。

(10) 池田・前掲「異議を留めない承諾(1)」法学研究六二巻七号二四頁。

(11) 前注(5)の紹介部分参照。

(12) エネスは、前注(7)の引用部分に続けて、「取引の安全の基本的な原則は、譲受人が、債務者がそれを留保すべきだった免責の原因についての債務者自身による看過によって、害されることがないと命じるもののように思われる。それが一二九五条一項が譲受人の安全と債務者の懈怠との間の利益の衝突を整理する理由のように思われる。その上債務者の「犠牲」は、彼が譲渡人に対して彼自身の債権の弁済を請求しうる点で完全なものではなく、また譲渡の無効や解除によって一二九〇条の援用が許される点で終局的なものでもない。」と述べている。Aynès, *op. cit.*, n° 32, p. 40, note(70).

三 一二九五条の抗弁喪失効の及ぶ人的範囲

債務者の無留保の承諾によって相殺の抗弁が対抗できなくなった場合、その効果は他の利害関係人にどのように及ぶか。前稿でも紹介したように、一九世紀末までの学説は、理由付けこそ若干の違いがあるものの、結論的には、債務者の単純な承諾によって債務者は譲受人に対して相殺の抗弁を失うが、それは利害関係を有する第三者を害することとはなく、保証人、物上保証人、後順位抵当権者等の第三者は、なお相殺の効果を受しうるとしており、特に異論は見当たらない。⁽¹⁾ その理由付けとしては、コルメ・ド・サンテール(単純な承諾を債務者のある種の約束ないし債務承認と評価する見解に立つ)は、単純な承諾はあくまでも債務者の譲受人に対する個人的約束であって、担保供与者は、一度獲得した債務消滅を主張する権利を、債務者の悪意または懈怠によって奪われることはないこと等を挙げている。⁽²⁾

この点につき、今世紀中頃のエスマンらの体系書では、(無留保承諾を債務者の相殺の抗弁の黙示の放棄(renonciation tacite)と位置付けつつ)以下のように述べられている。「弁済者のために復活する債権は、その当初の担保と共に復活するのか。肯定説が有力なようにみえる。もし消滅効が債権について打ち消されるとすれば、それは随伴する権利についても同様でなければならない。しかし債権に付着する担保は、単に債権者と債務者に対して作用するばかりで

はなく、第三者（債務者の他の債権者、抵当不動産の所有権者）についても作用する。さて、相殺それ自身と同様、相殺の放棄も第三者に獲得された諸権利を害するべきではない。また相殺の要件が具備された時点から、利害関係ある第三者はそれら担保から離脱する権利を獲得し、それゆえそれら担保は彼らの損害において再生しうるはずがないのである。⁽³⁾

そして最近まで他に目新しい記述をするものは特に見当たらない。

- (1) 池田・前掲「異議を留めない承諾(i)」法学研究六二巻七号二八頁参照。
- (2) Colmet de Santerre, Cours analytique de Code civil, 2^{ème} éd., t. 5, n° 247 bis, IV, p. 451.
- (3) Planiol et Ripert, par Esmein, Radouant, Gabolde, op. cit., n° 1291, p. 705.

四 小 括

まず、抗弁対抗の一般理論の説明において、エネスの、“Nemo plus juris..”の原則とともに契約の強制力による説明を用いる見解が現れたことが注目に値する。この見解は、さらに緻密化される必要があるとは思われるものの、わが国での対抗事由の議論にもかなり参考となる。さらに、相殺のみの抗弁を喪失させる一二九五条の規定の趣旨が他の抗弁にも拡張しうるかという議論が、承諾の法的性質論とあいまって、わが国の問題状況との類似性も新たに加えながら今日まで存続し、判例も論争に終始符を打つような形ではまだ出ていないことが注目される。ただ、無留保の承諾を抗弁放棄等の意思表示と見るならば抗弁喪失効はすべての抗弁事由に拡大されるべきで、逆に単なる債権譲渡の認識の表白と見るならば一部の特殊な（相殺の）抗弁に限定される理由があるところまでは、一九世紀以来の当然の議論で、特段に目新しいところはなく、わが国の理論状況からすれば、譲受人の信頼保護と承諾の非論理性とを理由とするものがようやく一九六八年のラルーメのテーズで現れた点が興味深い。また、債務者の単純な承

諾による抗弁喪失効が、債務者以外の利害関係を有する第三者を害することはない、という点については、一九世紀以来、特に新しい展開は見られないように思われる。

三 異議を留めない承諾の要件的考察

以上の考察を参考に、異議を留めない承諾の要件・効果について論じることとする。分析の力点は効果論に置くが、そこに入る前に、要件的考察として、異議を留めない承諾の形式、相手方、対抗事由について一通り概観しておこう。

(1) 異議を留めない承諾の形式

四六八条一項本文は、「債務者カ異議ヲ留メスシテ前条ノ承諾ヲ為シタルトキハ讓渡人ニ対抗スルコトヲ得ヘカリシ事由アルモ之ヲ以テ讓受人ニ対抗スルコトヲ得ス」と定める。前条とは、周知のように指名債権譲渡の対抗要件としての通知・承諾を定めた四六七条であるが、異議を留めない承諾とは、債務者が承諾に際して、その債権の不成立・成立における瑕疵、債権の消滅その他なんらかの抗弁を讓渡人に対して有することを留保しないで、單純にする承諾であるとされる。したがって、ただ単に無留保であればよいのであり、「異議を留めない」というような表現を實際に付することは不要であるとするのが今日の通説である（ただし次の(2)に述べるように、相手方との関係において若干の議論がある）。

(2) 相手方

四六八条一項にいう異議を留めない承諾は、四六七条における対抗要件としての承諾を兼ねている（というよりも、対抗要件としての承諾の一部に特殊な機能が乗せられている）ことが看過されてはならない。対抗要件としての承諾は、「債務者の、讓渡についての正式な認識」の存在を確認することに意味があるものである以上、¹⁾讓渡人に対して

されても、譲受人に対してされても同価値である。したがって、「前条(四六七条ノ承諾)」が異議を留めずに(無留保で)されたときは一律に抗弁喪失効を与えようという規定の構造からすれば、それは譲渡人にされても譲受人にされても同じように扱うのが論理的ということになる。これに対して、異議を留めない承諾を完全に債務承認の意思表示と見る場合には、譲受人に対してなされる必要があるとの見解も出てくることになろうが、承諾には債権譲渡に積極的にかかわりあうという意味で意思的要素があることは前稿に述べた通りであるものの、すべての承諾を債務承認の意思表示と見ることはできないことも、また前稿で論じたところである。⁽³⁾これらの考察から、私見でも、判例・通説と同様、異議を留めない承諾の相手方は譲渡人・譲受人いずれでもよいとの立場を採る。

(3) 譲受人の要件

異議を留めない承諾の抗弁喪失効を譲受人が享受するためには、譲受人は、前稿でも述べた通り、その抗弁事由の存在について善意でなければならない。判例も、譲受人に善意を要求する(大判昭和九年七月一日民集一三卷一五一六頁、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。ただし、後者は、未完成部分の請負代金債権が譲渡され、異議を留めない承諾後に請負債務の不履行を理由とする解除がされた事例で、譲受人が譲受債権を未完成部分の請負代金債権と知っていたことをもって悪意としたケースであり、その構成の是非については、次の(4)で検討する)。善意につき無過失を要するかについては、右判例は特に無過失を要求せず、また無過失の要否に言及しない学説も多いが、⁽⁴⁾悪意に準じる重過失者のみを保護の範囲から除外する説や、⁽⁵⁾公信の原則の適用として当然に無過失を要するとする説もある。⁽⁶⁾また、奥田説は、「善意者保護の一般論からは無過失が要求されるべきかと思われるが、本問題に関しては、債務者が喪失する抗弁事由の内容に応じ、何についての善意であり、無過失であるのかを勘案して決せられるべきものではなからうかと思われる」と述べる。⁽⁷⁾私見は、公信の原則による説明を否定して、単純な譲受人保護をねらった制度ではなく、異議を留めず承諾した債務者へのサンクションの意味もあるということから、譲受人

に無過失までは要求しないとする⁽⁸⁾こと、前稿に述べた通りである。なお、転得者があったときの問題については、「譲受人が善意であるときは、その譲受人からさらに債権を譲り受けた転得者が悪意であっても、債務者は抗弁事由をもつてその転得者に対抗することはできない。また、譲受人が悪意であったとしても、転得者が善意であるときは、債務者は善意の転得者には対抗することができない」と述べる説がある（於保説・奥田説⁽⁹⁾）。しかしこの説は、前半すなわち譲受人が善意であるときは、その段階で異議を留めない承諾をしたわけであるから、抗弁を喪失し、その状態が転得者に承継されるのは理解できるが、後半すなわち譲受人が悪意であり転得者が善意である場合というのは、悪意の譲受人に譲渡された段階で異議を留めない承諾をしたのであろうから、この段階では抗弁は喪失しないわけで、その債権を転得したからといって、債務者が転得者への譲渡に対して再度異議を留めない承諾をするのでなければ、抗弁を対抗できなくなる理由はないと思われる（この点、債権の譲渡については、物権が転々譲渡される場合と問題状況が異なる―債務者と当該債権の距離は変わらない―ことに注意すべきである）。なお、この結論については、「既にいったん異議を留めない承諾がされていることを転得者が知っていたならば、その信頼を保護すべき」との反論があるかもしれない。しかし、譲受人が転得者に再譲渡するまでの間に債務者が何らかの抗弁事由を得ることもありうるのであるから、過去の譲渡につき異議を留めない承諾があったことだけでは転得者保護の理由とするわけにはいかないのである（従って、転得者が善意譲受人から承継するといっても、善意譲受人が転得者に再譲渡するまでの間に債務者が善意譲受人に対して新たに得た抗弁については、再度異議を留めない承諾を要するし、異議を留めない承諾を再度したとしても、転得者が悪意であればそれに対抗しうることは同様である）。

(4) 対抗事由

債務者は異議を留めない承諾の結果、単に通知を受けただけのときは対抗しえたはずの一切の事由を譲受人に対抗しえなくなる。この場合の「譲渡人ニ対抗スルコト得ヘカリシ事由」は、単に狭義の抗弁権にとどまらず、広く債権

の成立、存続もしくは行使を阻止排斥する事由を指すというのが、判例（大決昭和六年二月二日民集一〇卷一〇八一頁）・通説である。したがって具体的には、譲渡人に対する弁済、代物弁済、供託、免除、相殺、混同等による債権の全部ないし一部の消滅をはじめ、債権の不成立、無効、取消または解除による債権の消滅、さらに同時履行の抗弁、限定承認の主張などが挙げられる。ただ、債務者がそれらを譲受人に対抗しうるためには、それらが、「其通知ヲ受クルマテニ譲渡人ニ対シテ生シタ」ものでなければならぬ（四六八条二項）ので、取消、解除、相殺等については、通知到達時までにそれらの事由が現実が発生していたことを要するか、それともそれらの抗弁事由の発生の基礎が存在していればよいと考えるかが問題になるが、通説は後者でよいとしている¹⁰⁾。

この点について、ここで詳細に論じる余裕はないが、簡単に問題点を検討しておこう。

a 取消

取消は、通知到達時（または承諾時）までになされていることを要するか。一般の学説は、四六八条二項の「生シタル事由」は、一項の「對抗スルコトヲ得ヘカリシ事由」よりも広いと解し、通知の時に、譲受人に対する抗弁事由が発生していることを必ずしも要求するのではなく、抗弁事由発生の基礎が、通知時に存在すればよいと解している¹¹⁾。したがって、取消権の存在自体（取消可能性）があればよい、とするわけである。しかし、私見では、二項の「生シタル事由」は一項の「對抗スルコトヲ得ヘカリシ事由」よりも広いという趣旨の説明は、（起草段階の検討等に裏付けられた解釈とも思われず、）その根拠が疑問である。また、これを取消の遡及効から説明する可能性も紹介されている¹²⁾。遡及効の結果、取消による無効の効果は通知までに生じていたことになり、債務者はこれをもって譲受人に対抗しうるという構成であるが、これは循環論法に陥った議論であり、問題は、譲渡後に取消原因が具体化したような時にこれを取り消せるか、という点にあるのであって、遡及効のあることは、取り消せた場合に譲渡前から無効であったという結果を導けるだけのことであり、遡及効があるから後から取り消せるというわけではない。したがってこ

の点は、わが国の学説の説明はいずれも必ずしも説得的ではなく、先に見たフランスでの契約の強制力の議論、すなわち、「契約の強制力を失わせる抗弁は、債権の譲渡通知後であってもなお対抗可能」という構成で論じるべきものではないだろうか。

b 解除

解除についても、たとえば債務不履行による解除の場合、債務不履行の事態が債権譲渡の通知到達後に生じた場合は、取消と同様な問題を生じる。多数説は、譲渡通知後の解除であっても、債務者はこれを譲受人に対抗することができる⁽¹³⁾。その理由付けは必ずしも明瞭でないが、債務不履行の一般的可能性をもって、抗弁事由発生の基礎が存在するものとして扱うようである。この点も、双務契約の強制力にかかわる抗弁として、弁済等の債務消滅の抗弁と区別した上で、双務契約の履行過程であれば譲渡通知後であっても対抗可能と構成するのが優れているように思われる。それゆえ、奥田説のいうように、双務契約上の債権では、同時履行の抗弁権や債務不履行による解除の可能性のあることは当然のことであり、これらの事由は四六八条一項の適用範囲外にある、つまり、債務者はたとえ債権譲渡について異議を留めない承諾をしたとしても、常にこれらを主張しうる⁽¹⁴⁾、とすべきであろう。したがって、譲受債権が未完成仕事部分に関する請負報酬債権であることを知っていたことをもって譲受人を悪意とし、異議を留めない承諾をした債務者はその後になした契約の解除をもって譲受人に対抗しうるとした前掲最判昭和四二年一〇月二七日民集二一卷八号二一六一頁は、譲受人が被讓債権が双務契約上の未履行給付についての報酬債権であることを知っていたから、債務者の異議を留めない承諾の抗弁喪失効を享受できないのではなく、債務不履行を理由とする契約解除の抗弁は、譲受人の債権の性質についての善意、悪意にかかわらず、譲渡通知後でも支障なく主張・対抗しうると構成するべきであると考ええる。

なお、解除については、他に民法五四五条一項但書と四六八条の関係が問題になるが、これについては別の機会に

論じたい。

c 相殺

周知のように、債権譲渡と相殺については、譲渡通知時に既に相殺適状にあることを要するか、将来の相殺可能性で足りるか、その際、譲渡債権（受働債権）と反対債権（自働債権）の弁済期の関係で、どの範囲まで対抗を認めるか、が問題となり、過去には判例・学説上の一つの争点と位置付けられてきた。しかもこの問題は、民法五一条の差押を受けた債権に対する相殺の制限の問題（いわゆる「差押と相殺」と、パラレルに考えられ、判例の変遷も五一条の判例理論の変遷に対応している（ただしそれでよいかは大いに検討の余地がある）。ここでは、本稿の問題意識から最低限必要な範囲について述べ、債権譲渡と相殺の争点全体に関する考察は機会を改めたい。

四六八条一項の規定からして、債務者が通知後に譲渡人に対して債権を取得しても、債務者は譲受人に対して相殺をもって対抗することはできないのは当然である（大判昭和九年九月一〇日民集一三卷一六三六頁等）。債務者が譲渡通知を受けた当時、譲渡人に対して相殺適状にある反対債権を有していた場合には、債務者は譲受人に対してもその債権をもって相殺できるのもまた当然である（大判明治三四年二月二日民録七輯九八頁、最判昭和三年七月一九日民集一巻七号一二九七頁等）。それでは、譲渡通知時までには債権が相殺適状になかったときはどうなるか。前述のエネスの議論を借りれば、相殺は債務消滅の抗弁であるから、本来、譲渡通知以前に発生した抗弁でなければならぬはずである。したがって、抗弁対抗の理論だけからすれば、譲渡通知前に相殺適状にあった場合、および、自己の反対債権の弁済期が到来して、受働債権たる譲渡債権の方の弁済期が未到来の場合（大判昭和八年五月三〇日民集一二巻一三八一頁。この場合なら債務者が自己の期限の利益を放棄すればただちに相殺しうる）までが相殺で対抗できるといふことになる。そこから先の、今日に至るまでの判例法理の拡張は、相殺の担保的機能の重視という一種の政策判断による部分が大いと思われ、四六八条における債務者の利益と譲受人の利益の調整の観点からみて適当かどうか

は、いささか疑問が残る。

d 彼の譲渡の存在の主張

なお、ここでもう一点触れておくべきは、後述するように、二重譲渡などの際の譲渡の事実の主張等は、ここでは抗弁喪失の対象になる事由ではないということである（異議を留めない承諾があっても、對抗問題の際の優劣決定基準には影響しない。後述第四章二参照）。

(1) 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参照。

(2) 石坂音四郎「債権譲渡の承諾の性質」法学新報二四巻四号（大正三年）六九頁、同二四巻六号二八頁。および大判大正六年一〇月二日民録二三輯一五一〇頁。なお判例はその後大判昭和九年七月一日民集一三巻一五一六頁でこの見解を改め、以降譲受人・譲渡人のどちらにされてもよいとしている。

(3) 池田・前掲「異議を留めない承諾(3)」法学研究六二巻九号四六〇四九頁参照。

(4) 於保不二雄・債権総論「新版」（昭和四七年）三二五頁、柚木馨「高木多喜男・判例債権法総論」（補訂版）（昭和四六年）三六九頁。

(5) 林良平「石田喜久夫・高木多喜男・債権総論」（改訂版）（昭和五七年）四五六頁（高木執筆）。

(6) 我妻栄・新訂債権総論五三八頁、明石三郎・注釈民法(三)三九二頁。

(7) 奥田昌道・債権総論（下）四四五―四四六頁。奥田説はそこで、最判昭和四二年一〇月二七日民集二二巻八号二二六一頁を引き、同判決が、譲受債権が未完成仕事部分に関する請負報酬債権であることを知っていたことをもって譲受人を悪意とし、異議を留めない承諾をした債務者はその後になした契約の解除をもつて譲受人に対抗しうるとした点について、そのような請負報酬債権であることについてたとえ善意であったとしても、双務契約上の債権ならば発生原因も知らずに債権を譲り受けることには過失があるとして同じ結論になるであろうと述べる。なお同説は、さらにそれをつきつめれば、双務契約上の債権では、同時履行の抗弁権や債務不履行による解除の可能性のあることは当然のことであり、これらの事由は四六八条一項の適用範囲外にある、つまり、債務者は常にこれらを主張しうる、と主張する。なお本文後述(4)参照。

(8) 池田・前掲「異議を留めない承諾(3)」法学研究六二巻九号五〇―五二頁。ただし、ここでは「善意」という用語の意味内容の分析が深められる必要がある。すなわち、善意の語が、わが国での法律用語の通常の用語法としての単純な「不知」の

意味で使われるべき場面か、あるいは「信賴」の意味で使われる場面（たとえば民法四七八条の債権準占有者に対する弁済については、通説の見解でも善意を「債権者であると信賴したこと」と理解している）か、ということである。四七八条の「善意」はフランス民法一二四〇条の「善意 bonne foi」を継受したものであり、フランスでの bonne foi はこの場合「落度のない（非難可能性のない）信賴 *credence non fautive*」を指すので（この点については池田「民法四七八条の解釈・適用論の過去・現在・未来」慶應義塾大学法学部法律学科開設百年記念論文集（一九九〇年）三二八頁および三三一頁注（11）参照）、單純に「善意」と訳すが、その内容は、わが国でいう「善意・無過失」に多少接近すると考えられる。したがって、この場面でも善意を「抗弁事由についての不知」というよりも「抗弁事由のないことについての信賴」の意味で用いるのが適切であるとするならば、その観点からは、前掲注（5）の「善意・無重過失」説も、なお検討に値すると思われる。

- (9) 於保・前掲書三一五頁、奥田・前掲書四四五頁。
- (10) 林〓石田〓高木・前掲書四五二頁〔高木執筆〕、奥田・前掲書四四一頁等。
- (11) 林〓石田〓高木・前掲書四五二頁、奥田下四四一頁。
- (12) 奥田・前掲書四四一頁。
- (13) 我妻・前掲書五二五頁、林〓石田〓高木・前掲書四五二頁、奥田・前掲書四四二頁等。
- (14) 奥田昌道・前掲書四四五〜四四六頁。前注（6）参照。

四 異議を留めない承諾の効果

一 異議を留めない承諾による抗弁喪失効の本質

異議を留めない承諾そのものの法的性質については、前稿で論じたのでここでは繰り返さないが、その異議を留めない承諾がなされたことによって生じるいわゆる「抗弁喪失効」とは厳密にいえばどのようなものか。かつての多数の見解は、これを、抗弁を喪失する結果、（抗弁の内容が債権の消滅であるならば）いったん消滅した債権も復活し、付随する権利も復活するものとして、「消滅した権利を復活させる」効力と捉えていたように思われる。⁽¹⁾

しかしこれは、条文にも「譲渡人ニ對抗スルコトヲ得、ヘカリ、シ事由アルモ之ヲ以テ譲受人ニ對抗スルコトヲ得ス」とあるとおり、まさに本来對抗（主張）できるものができなくなる、という、いわゆる「對抗不能」であると考えらるべきである（ただしここでの「對抗不能」は、旧当事者間の抗弁が新当事者間で對抗（主張）不能になるというものである）、フランス法の今日の問題でいう *impossibilité* の問題とはいささか図式が異なる⁽²⁾。したがってこれは、本来、譲受人に（いったん消滅した権利について）新たな権利を取得させるものではなく、あくまでも、債務者の（債権譲渡があつても、本来接統したはずの）抗弁が一定の要件のもとで譲受人に対して對抗不能となるだけのものである。しかしながらその抗弁がたとえ全部弁済による債権の消滅である場合には、その弁済の抗弁を喪失することによって債権消滅の主張ができなくなることになるので、結果的に債権がそのまま存在すると同様の結果になり、あたかもいったん消滅した権利が再度復活するかのような外観を呈するに至るといふだけのことである⁽⁴⁾。

その意味では、於保説の公信説批判は、⁽⁵⁾「異議を留めない承諾には、消極的に抗弁喪失の効力が与えられるのみであつて、承諾の公信力によって積極的に権利の善意取得がなされるものではない」と指摘する点においてはまさにその通りであるといえる。ただ、その批判は単に「公信（力）」という言葉の表現の問題に止まるものではなく、本質的に公信の原則で本条を説明しようとするのが適切でないことは前稿で述べた。

いずれにせよ、この異議を留めない承諾による「抗弁喪失効」の本質が、右に述べた意味での「對抗不能」であるという点は、後述のいくつかの論点において、それが正しく理解されていないために議論の錯綜を招いている部分があると思われるので、ここで確認しておく必要があるであろう。

(1) 加藤一郎「債権譲渡」民法演習Ⅲ（昭和三十三年）一四二頁等。

(2) フランス法の今日の問題でいう *impossibilité* は「当事者間での権利移転・権利発生等についての第三者への對抗不能（効果不生）の問題」として扱われるが、(ex. Bastian, Essai d'une théorie générale de l'impossibilité, 1929, (thèse Paris),

p. 3). ここではあくまでも当事者(新当事者)間の抗弁の對抗不能(いわばマイナスの効果の不発生)の問題となる。わが国での「對抗」の意味を考える論考として、加賀山茂「對抗不能の一般理論について―對抗要件の一般理論のために―」判例タイムズ六一八号一三頁がある。なおフランスの對抗不能の一般理論については、加賀山論文にも言及があるが、片山直也「フランスにおける詐害行為取消権の法的性質論の展開」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集二六号(昭和六二年度)三頁以下に比較の詳細な紹介がある。

(3) 古くは、四六八条一項による譲受人の債権の取得は原始的取得であり、譲受人は旧債権とは別個の新たな債権(但し内容は同一)を取得するとの見解もあった(近藤・柚木・日本民法(債権総則) 中巻四三六頁。同説は、それゆえに譲受人は旧債務に從たる抵当権等を取得しない、と論結する)。

(4) 同旨を述べると理解されるものとして、下森定「債権譲渡の異議なき承諾」法学セミナー一九八三年二月号一一五頁(同・債権法講義ノート・平成二年・一五三頁以下所収)。

(5) 於保・前掲書三一七―三一八頁注(25)。なお池田・前掲「異議を留めない承諾(1)」法学研究六二巻七号一一頁参照。

二 異議を留めない承諾による抗弁喪失効と對抗問題の処理との関係

異議を留めない承諾による抗弁喪失効は、譲受人となった者と債務者との間で機能するだけで、ある者が譲受人になるかどうかという、二重譲渡等の際の権利取得を主張する者相互間のいわゆる對抗関係では機能しない。判例・多数説ともにこの理を認めているが、私見もその通りと考える。判例としては大連判大正八月三月二八日民録二五輯四四一頁が、第一譲渡につき確定日付ある証書によらない承諾が異議を留めずになされ、第二譲渡につき確定日付ある証書によって通知がなされた事例で、四六七条二項の法理を説いて第二譲受人を唯一の債権者とした。すなわち、異議を留めない承諾はその効果として、債務者の譲受人に対する抗弁を失わせるのみで、誰が譲受人になるかという、債権の帰属の争いには影響しない。したがって、對抗関係の処理はもっぱら民法四六七条二項の第三者對抗要件具備の先後(すなわち、通知でも承諾でも、確定日付ある証書によって早くなされた)通知の場合は債務者に早く到達し

た—ほうの譲渡が優先する）によって決定され、その場合の確定日付ある証書によって具備された對抗要件の種類（通知であるか異議を留めない承諾であるか、等）は、對抗要件による優劣決定なら変更を及ぼさない。なぜならば、異議を留めない承諾は、既に前稿でも述べたように、對抗要件としてはあくまでも通知や異議を留めてする（抗弁を留保した）承諾と等価値のものであって、⁽¹⁾それは他の優先する二重譲受人や差押債権者の優先的地位を覆すものではないからである。そして、なぜそうなるかと言えば、この異議を留めない承諾の効果が、本稿前章に述べた通り、債務者の抗弁の對抗不能をもたらすに止まるものであり、異議を留めない承諾のなされた結果譲受人に債権が原始取得されるわけではないからに他ならない。したがって、第三者對抗要件具備の優先関係で劣後して債権を取得できなかった譲受人は、たとえ債務者から異議を留めない承諾を得ていたとしても、債権取得ができなかったことについて、債務者に対して（債権譲渡法理上は）何ら責任追及はできないことになる。

また、もしこの異議を留めない承諾を「新たな債務を承認する意思表示」であると見れば（石坂説、安達説⁽²⁾、對抗関係で劣後した譲受人も、優先者が得る債権と同一内容のもう一つの別の債権を取得するという結果も考えられようが、その旨の明示の表現でもあれば格別、単なる債権譲渡の承諾（これに意思的要素のあることは私見も認めているが⁽³⁾）をおしなべてそのような意思表示と見ることは私見においてもできないことは前稿に示した通りであるし、⁽⁴⁾またそのように二重の負担を承認するというのは、一般に推測される債務者の意思のありようからは、かけ離れたものであろう。

さらに、異議を留めない承諾の効果を公信力で説く説の中には、「異議を留めない承諾によってすでに消滅した債権が復活するというのは、まさに公信力の問題であって、對抗要件の問題とは別にその適用を認めてよいのではあるまいか。すなわち、すでに消滅しているゼロの債権でも一個の債権になりうるのだから、それが二個になっても、またはじめ一個の債権が二個になっても、それが背理ということはありません」として、すでに他に第三者對抗要件を

具備して譲渡済みの債権が二重に譲渡され、第二買主に対しても債務者が異議を留めない承諾をした場合には、「同一内容の新たな債権が発生する」としてよい」とするものがあるが（加藤一郎説⁵⁾）、この論理は前提・結論ともに容認できない。公信説への批判はすでに前稿に詳述した通りであるし、異議を留めない承諾の効力が新たな権利の取得ではなく抗弁の対抗不能にあると考えるべきことは本稿に述べた通りである。そして、いくら異議を留めずにしたからといって、公信説のいう、観念の表示に過ぎない（意思表示ではない）承諾によって新権利が発生して債務者の負担が二倍になるという結論はあまりにも不条理である（この説では、二重譲渡の場合には、四六八条一項但書の、譲渡人に対し払い渡したものの返還を請求できるという規定も「譲渡人に対する弁済によって債権を消滅させたわけではないで」債務者を救済せず、債務者は文字通りの二重の負担を強いられることになろう）。四六八条一項がそのままで一方向的に譲受人側の保護のみを図る立法ではないことは、前稿で強調した通りである。

(1) 私見は、前稿で、四六七条における對抗要件の機能としては通知も承諾も同価値のものであるとし、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、と述べた。池田・前掲「異議を留めない承諾」(3)、法学研究六二巻九号四七頁。

(2) 石坂・前掲論文法学新報二四巻四号七四―七五頁。また安達三季生「指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾」(1)法学志林五九巻三―四号一〇八頁（昭和三七年）は、意思表示だが錯誤を理由にしてその効力を争えない特殊な意思表示であるとする。

(3) 池田・前掲「異議を留めない承諾」(3)完、法学研究六二巻九号四六―四九頁参照。

(4) 債務者の異議を留めない承諾を（仮定的）債務者の処分授權」と構成する安達説は、この点で、「債権譲渡の譲受人が債務者から異議なき承諾を授けられると、その譲受人は、承諾を授けられた債務者に対して、期待していたとおりの内容の債権を取得しうる。たといこの譲受人のほかに、その譲渡前に、もしくはそのあとに二重に譲り受けた者があっても、そしてこの者の譲受について、確定日付ある証書による通知承諾（對抗要件）があったときでも、このことに変わりはない」としている。安達・債権総論講義（平成二年）二四二頁。同説の挙げる具体例によると、①第一譲渡が確定日付ある証書で通知され、債務者がそれを知った第二譲渡に異議なき承諾を授けられた場合は、両譲受人に二重に債務を負い、それはむしろ債務者の意思に

合致するといつてもよいとし（二重に支払った場合には譲渡人に対して求償権を取得するという）、②第一譲渡の通知が普通の手紙で（第三者對抗要件なしに）なされたあとで第二譲渡を承諾し授権した場合も同様であるとする。③また第一譲渡に普通の手紙で承諾を与えた後に第二譲渡について確定日付ある証書による通知がなされた場合は、両譲受人に対して重ねて債務を負うことになるのは債務者に酷であるとして、先に普通の手紙で承諾を与えた譲受人だけが優先して債権を行使しうとする（同書二四〇―二四一頁）。したがってこの説では、四六八条の異議を留めない承諾は、四六七条の對抗要件を完全に破ることになる。しかし異議を留めない承諾を安達説のように構成するとしても、右の結論には疑問が大きい。まず第①例では、安達説では二重に債務を負うことになるが、では二重に支払った場合の譲渡人に対する求償権はどこから出てくるのか。本文に後述するように、四六八条一項但書はこの場合には使えないはずである。第②例では、先の通知が普通の手紙で第三者對抗要件がないものなのに、あえて二重の負担を負わせる必要があるのか。承諾のほうを確定日付ある証書ですれば、第二譲渡だけが優先するはずである。第③例では、安達説は、債務者が先に承諾を与えた債権を先に弁済すれば、後の確定日付ある通知をした債権は消滅すべきものであり、債務者は第二譲受人が弁済を請求してきても、その事情を理由に支払を拒みうる筋合いであるからと説明するが、この理由づけは理解しがたい。第二譲渡の通知が到達する前ならば第一譲渡―四六七条一項の債務者に対する對抗要件は得ている―に対して弁済すれば有効な弁済だが、通知・承諾が二つ並んでしまった状態では、通常の考え方なら当然第三者對抗要件を先に具備したほうが優先するし、安達説ならば二重の債務を負担することになるべきではないのだろうか。ちなみに右の三例は、私見（判例同旨）ではそれぞれ、①先に確定日付ある通知が到達すればその譲受人が優先し、後から異議を留めない承諾を得ても債権を取得できない。②先の通知が確定日付のない普通の手紙であるならば、第一・第二譲渡の何れかが第三者對抗要件を具備するまで優先関係は決まらず、したがって承諾が確定日付のある証書でなされた場合には承諾を得た譲受人が優先する。ただし、第一譲渡の通知が着いた段階で即座に弁済してしまえば、その弁済は（譲受人は四六七条一項の債務者に対する権例行使要件は具備しているので）有効である。③先の承諾が普通の手紙でなされ、その後（勿論まだ弁済はされていない状態）で確定日付ある証書による通知が到達した場合は、確定日付ある通知を得た譲受人のみが優先する、ということになる。

(5) 加藤・前掲民法演習Ⅲ一四二頁。なおこの説では、債権に担保権が付いていた場合にはその帰趨も問題になってしまいが、この点は、「担保権は先に完全に債権を取得して對抗要件をそなえた者に移転し、第二の者は担保のない債権を取得すると解すべき」であるとしている。同一四三頁。

(6) 池田・前掲「異議を留めない承諾(3)完」法学研究六二巻七号三一頁以下。

三 異議を留めない承諾の抗弁喪失効の及ぶ人的範囲

(1) 序説

異議を留めない承諾によって抗弁が切断される効果は、異議を留めない承諾をした債務者自身に及ぶのはもちろんであるが、その他、債務者の保証人、物上保証人等に、あるいはその他の利害関係ある第三者にも及ぶか。異議を留めない承諾の効力に関するこれまでの論考では、効力の及ぶ人的な範囲についての議論と、効力の及ぶ対象となる権利や及んだ結果生じる権利関係等の議論が必ずしも整理されていない感があるので、ここではその点を明確に区別して論じたい。まず人的範囲の面から考察する。

この点に言及する最初の判例と思われるものは、異議を留めない承諾の法的性質についていわゆる抗弁放棄説を採ったとされる大判大正五年八月一日（民録二輯一六五七頁）である。同判決は、次のように述べて、異議を留めない承諾の効力は第三者にも及ぶ（債務者自身が譲受人に対抗できたはずの事由を対抗できなくなれば、第三者からも同じく対抗できない）としている。

「民法第四百六十八条第一項の）法意ハ債務者カ異議ヲ留メシテ承諾ヲ為シタルトキハ譲渡人ニ対抗スルコトヲ得ヘカリシ事由アルモ其抗弁ヲ放棄シタルモノト謂ハサルヲ得サルヲ以テ之ヲ譲受人ニ対抗スルコトヲ得サラシムルニ在リ故ニ譲受人ハ債務者ニ対シテ何等ノ抗弁ノ付着セサル債権ヲ取得スルモノトス而シテ債務者ノ為シタル右ノ承諾ヲ取消サレサル限りハ一般ニ其効力ヲ有スルヲ以テ第三者モ亦譲受人ノ債権カ何等ノ抗弁ノ付着セサルモノナルコトヲ認容セサルヘカラサル筋合ナルノミナラス債務者カ債権譲渡ニ付キ承諾ヲ為シタルトキハ譲受人ハ安シテ其債権ヲ譲受クヘキヲ以テ若シ譲受人カ他日第三者ヨリ債務者ノ既ニ放棄シタル抗弁ヲ対抗セラルトキハ不測ノ損害ヲ蒙ルルニ至ルヘシ故ニ債務者カ異議ヲ留メシテ債権譲渡ノ承諾ヲ為シタル場合ニ於テハ第三者ト雖モ其債務者ノ譲渡人ニ対抗スルコトヲ得ヘカリシ事由ヲ以テ譲受人ニ対抗スルコトヲ得サルモノト解スルヲ相当トス。」

しかしこの判決では、判旨のいう「第三者」がどういう範囲の者を指すのか、必ずしも明らかではない。わが国では、第三者の概念（範疇）についての議論がこれまで必ずしも十分にされていないが、第三者の語は、本人・相手方以外のすべての者を指すという漠然とした使い方から、直接の利害関係を有するいわゆる権利承継人等を指す場合や、それとは逆に、直接の利害関係のない部外者を指す場合等、様々な使い方があり、民法典の中でも一致していない⁽¹⁾。もともと右判決の事案は、消滅したはずの債権の譲受人で債務者の異議を留めない承諾を得た者（Y）が、債務者に対する強制執行に配当加入してきたときに、債務者に対する別の債権を持つ一般債権者で同じく配当加入してきたとおぼしき者（X）が異議を申立てたというケースにおいて、このXの申立を却下したものである。したがって、ここでの「第三者」の語は、具体的には「異議を留めない承諾をした債務者の他の一般債権者」を対象にして用いられているわけで、この判決だけでは、債務者の異議を留めない承諾によって直接不利益を被る可能性のある、当該債権に直接の利害関係を持つ第三者（保証人や物上保証人等）による異議申立の場合も同一に考えてよいものかどうかは、依然疑問が残るといべきものであった⁽²⁾。

本来、異議を留めない承諾の抗弁喪失効を規定する四六八条一項には、前稿に見たように、単に異議を留めない承諾があったという事実を信頼した譲受人の保護のみを考えるものでなく、異議を留めない承諾を自らなしたという、債務者の行為へのサンクション（禁反言と同様の意味を持つ）という面がある。そこから考えれば、債務者の行為の影響がすべての第三者に等しく及ぶかどうかという問題設定は単純に過ぎるのであって、その第三者が、債務者に対するサンクションを甘受せざるをえない立場の者なのかそうではないのかという点で検討をすべきであると思われる。そこで、具体的に第三者の内容を考える。主な者としては、①債務者のために人的・物的担保を提供した者すなわち保証人・物上保証人、②債務者自身の提供した担保目的物の承継人すなわちいわゆる第三取得者、③もともと債務者やその承継人と対立する立場にある債権者の中で当該債権の担保目的物に直接の利害を有する者、すなわち債務者

の抵当目的物の差押債権者や後順位抵当権者、さらに抵当目的物の第三取得者の差押債権者、④債務者とは対立する立場の債権者であるが、異議を留めない承諾がされた当該債権および当該担保目的物とは直接関係がなかった、債権者に他の債権を有する一般債権者、等が考えられる。

(2) 判例

まず保証人・物上保証人についての判例から考察しよう。保証人については、大判昭和一五年一〇月九日民集一九卷一九六頁が、債務者の異議を留めない承諾によって保証人の責任を加重すべきではないから、保証人は不利益を受けず、なお債権の消滅その他の抗弁事由を主張しうるとしている。また物上保証人については、直接にそれが問題とされた判例は見当たらないが、後順位抵当権者からの抵当権消滅の主張を認めた大決昭和六年一月二日民集一〇卷一〇八一頁（後掲⑤決定）が傍論で、債務者の異議を留めない承諾があっても、当該被譲渡債権についての物上保証人は譲受人に対し抵当権の消滅を主張しうる趣旨を述べている。したがって、この両者については、判例は債務者の異議を留めない承諾による不利益を受けないと考えているということになる。

次いで債務者自身の提供した担保目的物の承継人すなわちいわゆる第三取得者についてはどうか。これについては大決昭和五年四月一日新聞三一八六号一四頁（後掲④決定）が、異議を留めない承諾後に抵当不動産を譲り受けた第三取得者について、当該抵当不動産の譲渡人たる債務者が譲受人に抵当権の消滅を對抗できない以上、同様に抵当権の消滅を對抗できないのは当然としている。判旨はそこで、民法四六八条一項本文の規定は債務者に関する規定であって「債務者以外ノ第三者ハ債務者ノ右承諾カ確定日付アル証書ヲ以テ為サレタルト否トヲ問ハス譲渡人ニ對抗シ得ヘカリシ事由ヲ有スルニ於テハ之ヲ以テ譲受人ニ対シ得ルモノト」いわなければならぬとして一般に第三者に債務者の異議を留めない承諾の効果が及ぶことを否定しつつ、「而シテ抗告人ハ右（人名・債務者）ヨリ本件採掘権ノ譲渡ヲ受ケタルモノニ過キサレハ右弁済ニ因ル債権及抵当権消滅ノ如キハ之ヲ以テ（人名・譲渡人）ニ對抗シ得ヘカリ

シ事由ト称シ難キコト当然ノ事理ニ属スル」と表現して、債務者の異議を留めない承諾後に債務者から抵当目的物を譲り受けた第三取得者は、債権譲受人に対して抵当権消滅を主張することができないと結論づけている。これは、このような異議を留めない承諾後の抵当不動産の第三取得者は、異議を留めない承諾をした債務者の立場を承継するものと見てのことであろう。これに対して、異議を留めない承諾前に抵当目的物を譲り受けた第三取得者が債権譲受人に対抗できるかどうかについての判例は見当たらない。したがって、第三取得者についての判例は、異議を留めない承諾後の者は（おそらくは債務者の行為の効果を承継する者として）抗弁を対抗できなくなるが、異議を留めない承諾前に当該抵当不動産を譲り受けた者の場合にどうなるかは明らかでないといわなければならない。

さらに債務者の他の一般債権者については、大判大正五年八月一八日民録二二輯一六五七頁が譲受人に対抗できないと判示していること、前掲の通りである。

(3) 学説

学説も、多岐に分かれる。ただ注意しなければならないことは、学説には、後述の抵当権との関係に力点を置いて論じるものが多く、この異議を留めない承諾の影響する人的範囲について、しかも第三者の範疇を明瞭に認識しつつ、包括的に論じるものは必ずしも多くないということである。

イ 全面否定説

異議を留めない承諾による抗弁喪失効が債務者と譲受人の間で相対的に発生するに止まり、他の利害関係人に影響しない説を全面否定説と呼ぶこととする。この代表は、於保説である。同説は「異議を留めない承諾に与えられる抗弁喪失の効力は、債務者と譲受人との間にとどまり、第三者の権利には何らの影響を及ぼさない」「物上保証人・保証人・後順位担保権者・抵当不動産の第三取得者の権利には何ら影響を及ぼすことはない」として、広く債務者以外の利害関係人への影響を否定する。なお於保説はそこで、ただし異議を留めない承諾をした債務者の他の債権者が譲

受人の債権行使に対して債務消滅の抗弁をすることは許されないとする（本文掲記の大判昭和十五年一〇月九日と結論は同一になる。これは、「債務者の他の債権者」はここで於保説が念頭に置く「第三者」の範囲外であると考えれば当然である）。また時期的にはこれに先行する板木説（昭和十二年）は、「民法四六八条第一項は債務者を犠牲として達することのできる範囲においてのみ指名債権の取引を保護しようとするものに過ぎないのであって、第三者を犠牲としてまでこれを保護しようとするものではない。従って同条に因る抗弁権喪失の効力は相対的であって、抗弁事実を主張するについて正当な利益を有する第三者に対してはその効力を生じない」とし、「消滅債権の復活は、共同債権者にとっては共同担保の減少以上を意味するものではないから、債権は債務者及共同債権者に対する関係において復活する」⁽⁴⁾。消滅債権の復活は、抵当物の第三取得者・後順位抵当権者・抵当権設定者たる第三者・保証人等にとつては、共同担保の減少ではなく、権利の喪失又は義務の負担を意味するものであり、いはゆる第三者の正当なる利益を害することとなる。故にこれらの者に対しては承諾はその効力を及ぼさない―すなはち債権は復活せず従つてまた、抵当権・保証債務等も復活しない」⁽⁵⁾と述べる。この二説以外には、あまり詳細に論じるものは見当たらない。

ロ 修正全面否定説

前田達明説は、「債務者の異議を留めない承諾の効力によつて、債務者が譲受人に対抗しえなくなった事由は、第三者も譲受人に対抗し得ません。例えば、債務者への強制執行のとき、債務者の他の債権者が譲受人に債権消滅の異議を訴えられませんが（大判大正五・八・一八民録二二・一六七七）⁽⁶⁾としながらも、物上保証人、抵当物の第三取得者、差押債権者、後順位担保権者、保証人については、債務者の異議を留めない承諾があつても、譲受人に対して抗弁事由を「原則として対抗できる（債務者の行為だけで第三者の利益を害することができるのは不当である）⁽⁷⁾」が、異議なき承諾をしたことを知つて右のような第三者になった者は対抗できない（悪意の第三者であることは相手方が立証責任を負う）と考えます」としており、「第三者」の用語法に若干不分明な点があるものの、最初の大正五年判決の「債

務者の他の債権者」という例を、先の於保説と同様に、ここでの第三者概念の埒外と考えれば、於保説、板木説とはほぼ同一の結論になり、ただ悪意の参入者を排除する点のみが異なると考えてよからう。

ハ その他の一部肯定説

保証人については、全面否定説、一部肯定説を通して、債務者の余分な行為によって保証人の責任が加重されるのは妥当ではないとして、判例と同様、異議を留めない承諾の効果の及ぶことを否定する（保証人は譲受人に対抗できるとする）ものが圧倒的に多数であるが、ごくわずかな少数説として、いわゆる公信説の主張者の一部（我妻説等）だけは、「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」という理由で、保証人にも抗弁喪失効が及ぶとしている⁽⁹⁾。また物上保証人についても、保証人と同様と考えるのが大多数であるが、高木説は、後に述べるように物上保証人について、債務者がいったん弁済して債務が消滅したとしても、物上保証人が設定した抵当権の抹消登記をしていなかった場合は、抵当権の消滅を譲受人に対抗できないと述べている⁽¹⁰⁾。なお、右我妻説は物上保証人については言及がない。

以上見たように、判例・学説ともに、債務者が異議を留めない承諾をした場合、その抗弁喪失効は債務者について発生することを肯定するのは勿論であるが、保証人については、公信説の一部以外の判例・多数説は、その影響を被ることを否定し、物上保証人についてもほぼ同様に、抗弁喪失の効果は及ばないと解しているようである。そうすると問題になるのは、その他の利害関係ある第三者についても、於保説や板木説のようにすべて包括的に考えて、第三者は一切異議を留めない承諾の影響を受けないとすることができるか、なお何らかの第三者の類型別の考察を要するか、という点である。

つまり、原則的に異議を留めない承諾をした債務者自身だけが、自らのその行為によって抗弁喪失の不利を被ると考えとしても、債務者以外の利害関係人でありながら、債務者自身の抗弁が対抗不能になることによって論理的

にその影響が及ぶ可能性がある者についてどう考えるかである。具体的には、債務者の設定した抵当物の第三取得者や、債務者が当該債権の担保として設定した抵当権の目的物についての後順位抵当権者が問題になる。これは、判例・学説上多数の議論がある、いわゆる「抵当権付債権の譲渡と異議を留めない承諾の関係」という論点に係るものであるので、次に節を改めて論じることとする。

- (1) 第三者の概念(範疇)については、なお詳細な検討・分析が加えられるべきである。とりあえず、池田「ボアソナードにおける第三者の概念―不動産物権変動と指名債権譲渡とを中心に―」法学研究五九卷六号(昭和六一年)一頁以下参照。
- (2) 板木郁郎「異議を留めない承諾の効力―第三者に対する関係を中心として―法と経済(立命館大学)七巻二号一七四―一七五頁(昭和十二年)は、この判決を紹介して、判例は異議を留めない承諾の効力すなわち「債権の復活」の絶対性を認めているとし、その結論を「大審院の決定的理論」であるとしているが、そこでは「第三者」が何を意味するかについては全く論じられていない。
- (3) 於保・前掲書三一五―三一六頁。
- (4) 板木・前掲論文一九三頁。
- (5) なお、あまり明瞭ではないが、加藤一郎説は、「主たる債務が復活した場合に、保証債務が復活しないことは明らかである。これは第三者に関係するからでもあって」と述べ、かつ抵当権に公信力がないことを理由に抵当権の復活も否定するので、理由づけはかなり異なるが(加藤説は異議を留めない承諾の法的性質については公信説をとる)、結論的にはこれら二者と近いものなるろう。加藤・前掲民法演習Ⅲ一四一頁。
- (6) 前田達明・口述債権総論(第二版)(平成二年)四一〇頁。
- (7) 前田・前掲書四一〇頁。
- (8) 柚木馨・判例債権法総論下一六七頁(昭和二六年)等。
- (9) 我妻四八七頁、吾妻・判民昭和十五年一〇七事件。ただしこれには、異議を留めない承諾の効力について公信説的な説明を是とする立場(加藤・前掲論文一四〇頁等)からも多くの異論ないし疑問が提示されている。
- (10) 林・石田・高木・前掲書四六一頁(高木執筆)。

四 債務者の設定した担保物権に利害関係を持つ第三者への影響

(1) 序説

ここでは、すでに弁済によって消滅した抵当権付債権について債権譲渡がなされ、これに異議を留めない承諾が与えられたという場合について、(抵当権登記がそのまま残っていた場合の)債務者および他の利害関係ある第三者への影響が問題になる。この問題は、一般には、「抵当権付きの債権が弁済されて消滅すれば、従たる権利である抵当権も消滅する。しかし、弁済後、抵当権抹消登記をしないままこの債権が抵当権付きで譲渡され、しかもそれに対し債務者が異議を留めず承諾したとすると、抗弁は切断され、債務者は譲受人に対して債権消滅を抗弁できなくなり、債権が復活する。このとき、同時に抵当権も復活するか」という形で問題提起がされ、多数の学説が提示されている。しかし、この問題提起自体にいくつか吟味すべき点がある。まず第一に、ここでの問題は抵当権設定者が債務者自身である場合に限られなければならない。なぜなら、物上保証人の設定した抵当権は前述の人的範囲の問題(物上保証人の承継人)として処理されるべきで、同一に論じることができないと考えられるからである。第二に、この問題は、これまで判例でも学説でも、一部の例外を除いては、「異議を留めない承諾と抵当権の復活」という題目の下に右のような表現で論じられてきたが、既に述べたところからも明らかのように、正確には、「異議を留めない承諾と債権および抵当権の消滅の抗弁の對抗不能(喪失)」とするべきものである。さらに言えば、「債権および抵当権の消滅の抗弁ができなくなる」と「債権および抵当権がいったん消滅して復活する」のとは、決して表現上の差異に止まるものでなく、厳密には別の概念である。しかもこの差異は単に理論上のものに止まらない。たとえば、前者ではいったん消滅した抵当権の登記を復活した抵当権の登記に流用することが問題になってくるのに対し、後者では、消滅の抗弁ができないのだから、債務者と譲受人との間では債権も抵当権もそのまま存続するのと同様になるわけで、

無効登記の流用の問題は論じる必要がなくなると考えられるのである。⁽¹⁾ その意味からすると、ここで「復活」という用語を用いるのは、一種の（誤解を招きやすい）比喩にすぎないのであって、解釈論上は表現は慎重にしなければならない。

なお、根抵当権については、元本確定前に根抵当権者から債権を取得した者はその債権について根抵当権を実行することはできないと規定されており（民法三九八条ノ七第一項）、根抵当権は元本確定前の譲渡債権に随伴しない。その場合に債権の譲受人は根抵当権を得たければ、設定者の承諾（同意）を得て根抵当権者から譲渡を受けなければならない（民法三九八条ノ一二第一項）、これは根抵当権自体の譲渡になるので、民法四六八条一項の問題にはならない。したがってここでは、根抵当権の場合は議論の対象から外して考える（譲受人がいわゆる復活の主張をすることはできない）こととする。⁽²⁾

(2) 債務者・譲受人間　まず、債務者・譲受人間の関係に関して考察しよう。

判例は、異議を留めない承諾の結果債権の消滅を對抗しえない債務者は、抵当権消滅の登記がない以上、債権の消滅を理由とする抵当権の消滅も主張しえないとしているが（大決昭和八年八月一八日民集二卷二一〇五頁〔①決定〕）、一方、債権自体が当初より不成立だったという事案において、債務者は異議を留めない承諾をしても（債権自体はそれにより譲受人に取得されるにせよ譲受人は本来存在しない抵当権は取得できないので）抵当権の不存在を主張しようとするものがある（大判昭和十一年三月一三日民集一五卷五号四三三頁〔②判決〕）。なお、この②判決の趣旨を敷衍するといわれるものとして、被担保債権が一部不成立および弁済によって消滅しその結果抵当権が消滅している場合でも、債務者の異議を留めない承諾は譲受人に抵当権を取得せしめないとした大判昭和十五年一月二四日新聞四六七九号六頁〔③判決〕がある。⁽³⁾

これに対して学説も、譲受人と債務者との関係では抵当権も復活する（それら学説の表現のまま）と解するものが

圧倒的に多数であり、またそのうちの多くは、上記判例のうち②の昭和一一年判決に対しては、消滅の場合と不成立の場合を区別する理由がないとか、⁽⁴⁾抗弁の切断と権利の取得とを区別しないために、債務者に対する関係と第三者に対する関係を混同しているなど⁽⁵⁾と批判している（但し昭和一一年判決の事例では、当初の債権を発生させる取引が公序良俗違反の法律行為で絶対的に無効であった点に留意する必要があろう。この点はまた後に詳論する）。⁽⁶⁾ 抵当権の復活を全面的に否定するのは加藤説で、同説は、抵当権の復活は、債権の復活によって当然に生じるものではなく、理論的には抵当権の公信力の問題であるとして、⁽⁶⁾ 抵当権の登記に公信力の認められない以上、債権は異議を留めない承諾によって復活したとしても抵当権は復活しない、とするものである。

(3) 第三者・譲受人間 さらに問題になるのは抵当権の復活に利害関係を持つ第三者との関係である。この部分⁽⁷⁾が、まさに、債務者が抗弁を対抗できなくなる結果負う不利益が債務者以外の利害関係人の利益と抵触し、いずれの利益（不利益）を優先すべきかという、いわば法規定の欠缺の部分の解釈論になるわけである。

判例は、一般にこれら抵当権の復活に利害関係を持つ第三者に債務者の異議を留めない承諾の効果⁽⁸⁾が及ぶことを否定する。ただし、例外的に大決昭和五年四月一日新聞三一八六号一三頁⁽⁴⁾決定（債務者の異議を留めない承諾の後に債務者から抵当権の目的たる採掘権の譲渡を受けた者から異議申立がなされたもの）は、民法四六八条一項本文の規定は債務者に関する規定であって「債務者以外ノ第三者ハ債務者ノ右承諾カ確定日付アル証書ヲ以テ為サレタルト否トヲ問ハス譲渡人ニ対抗シ得ヘカリシ事由ヲ有スルニ於テハ之ヲ以テ譲受人ニ対シ得ルモノト」⁽⁹⁾ いわなければならぬとしつつ、債務者の異議を留めない承諾後に債務者から抵当目的物を譲り受けた第三取得者は、債権譲受人に対して抵当権消滅を主張することができないとしているが、これは、既に述べたとおり、このような異議を留めない承諾後の抵当不動産物の第三取得者は、いわばそのような債務者の地位を承継するものと見てのことであらう。⁽⁷⁾ 他の第三者については、⁽⁷⁾ 抵当権の復活を否定した後順位抵当権者からの抵当権消滅の主張を目的物取得時期を問わず

に認めたものとして、大決昭和六年一月二日民集一〇卷一〇八一頁(⑤決定)と、抵当不動産を差し押さえた者からの主張を認めた大決昭和八年三月三十一日民集一二卷五三三頁(⑥決定)がある。さらに⑤と同一事案で同じく後順位抵当権者より異議を申し立てたものとして、大決昭和七年九月一日新聞三四六〇号一五頁(⑦決定)というものがあるが、ここでは別訴判決の既判力を理由に抗告が棄却されている。さらに関連するものとして、大決昭和九年一月九日民集一三卷二〇六二頁(⑧決定)があるが、これは、鉱業権を目的とする抵当権であっても、主たる債権が消滅するときは登録をまたずに当然消滅すべきものであるとしたものである。

これに対して学説も多岐に分かれているが、まず於保説は、既に触れたように、四六八条一項を債務者の譲受人に對する抗弁喪失にのみ關する規定にとらえ、権利の取得と區別するので、債務者が異議を留めない承諾の結果譲受人に對して債権および抵当権の消滅を對抗しえない場合でも、「債権の消滅によって抵当権または保証債務は消滅するのであって、物上保証人・保証人・後順位抵当権者・抵当不動産の第三取得者の権利にはなんら影響を及ぼすことはない」⁽⁹⁾とする。これに對して異議を留めない承諾の効果を公信の原則で説明しようとする学説は、(この中にも正確にいえば影響全面肯定説から全面否定説まで存在するが)⁽¹⁰⁾何がしかの影響を認める(譲受人が第三者に對して抵当権の復活を主張しうるとする)ものが多い(なお、表現面で注意すべきは、これらの学説は、譲受人の信頼保護のみを強調する傾向から、この問題についても、「第三者が債務者の異議を留めない承諾による抗弁喪失効の影響を被るか」ではなく、「譲受人がそれらの第三者に抗弁喪失の結果発生する権利を對抗しうるか」という表現を採る。従つてここでは「對抗」の主体と客体がいわば条文の構造とは逆になるような観があり「譲受人に對抗できるかではなく、譲受人が對抗できるかという形で論じられる」、本稿の記述と比較するといささか混乱を招きかねないが、引用に際してはなるべく各論者の表現通りに引用することとしたい)。中でも多数なのは、異議を留めない承諾の後に抵当不動産もしくは後順位抵当権を取得した者に對してだけは譲受人が復活を主張しうる(債務者が抵当権消滅を抗弁できな

い）説であり、それに加えて債権消滅前に生じている後順位抵当権者等にも譲受人は抵当権復活を主張しうる説（結局譲受人が復活を主張しえないのは弁済後異議を留めない承諾の間すなわち抵当権がまったく消滅している間の取得者に対してのみとなる¹²⁾）もある。特に本稿の問題意識から見て高く評価すべきは下森説であり、同説は、結論的には異議を留めない承諾の前後で分ける多数説に立つが、ここで問題にすべきは債権および抵当権の「復活」ではなくそれらの消滅の「抗弁の喪失」であることを明瞭に指摘した上で、（後掲高木説の無効登記流用論を批判しつつ）抗弁喪失の効力は債務者と譲受人との間にとどまり、すでに利害関係を取得している第三者の権利には影響を及ぼすものではないと解すべきとして、表現上においても、第三者が譲受人に対抗（優先）しうるかという構成で論じている¹³⁾。

しかし、高木説は、この問題を抵当権の復活・取得という次元とは全く別の無効登記流用の次元でとらえ、（抵当権の復活を前提として）復活した抵当権の対抗問題で処理すればよいと主張している。同説によれば、異議を留めない承諾があり抵当権が復活するまでに存在している後順位抵当権者や第三取得者には（その出現が弁済による抵当権の消滅の前後を問わず）、譲受人は無効登記の効力復活を主張できず、かかる者に対抗できないが、抵当権復活後に出現した第三者には、無効登記の効力の復活を主張して、抵当権を第三者に対抗しうる。さらに同説は、物上保証人については、譲受人と当事者の関係に立つゆえに、譲受人の登記の有無を問わず、抵当権の不存在を譲受人に主張しえないという（その理由としては、「物上保証人は、抵当権の消滅によって無効と化した抵当権設定登記を抹消することを得たのであり、これを放置したために、善意の抵当権譲受人が出現した場合には、この譲受人の利益を優先せしめるという解釈がなされてもやむをえない」という）。

以上、判例・学説の状況を概観したが、これらについての検討・批判は、後の私見の部分でまとめて述べることにしたい。

（1）下森・前掲「債権譲渡の異議を留めない承諾と抵当権の復活」法学セミナー一九八三年二月号一一五頁はこの理を説く。

- (2) 仁瓶五郎「債務者の異議なき承諾と抵当権の復活―旧登記の流用と関連して―」現代民法学の基本問題(中)(内山・黒木・石川遺暦)六八頁。
- (3) これら判決はここでは一般に紹介される形(たとえば我妻・前掲書五三九頁、石田喜久夫「西村峯裕・債権譲渡と異議を留めない承諾の効力」(叢書民法総合判例②・昭和五年)等での紹介)で列挙するに止め、詳細な検討・評価は後述する。
- (4) 吾妻光俊「抵当権の譲渡と債権譲渡の承諾」法学新報四四九頁、我妻・前掲書五三九頁、柚木「高木・前掲書三七〇頁、石田「西村・前掲書六一頁等。
- (5) 於保・前掲書三一七頁。
- (6) 加藤・前掲民法演習Ⅲ一四一頁。
- (7) 第三取得者を債務者の地位を承継したものと見るのは、弁済による代位における民法五〇一条一号二号の規定において、保証人は第三取得者に対して代位し、第三取得者は保証人に対して代位しないと定めるのも同一の発想であると考えられる(ちなみに、わが国の学説中にはいささか不分明なものも見られるが、この五〇一条一号二号の第三取得者は、債務者からの取得者に限り、物上保証人の設定した担保目的物の取得者は含まれないと解するべきである。同旨奥田・前掲書五四九頁)。
- (8) 仁瓶五郎・前掲論文五六頁は、この八年三月三十一日決定(⑥決定)と前掲の五年四月一日決定(⑤決定)とは矛盾するというのが、五年四月一日決定は、前述のように、異議を留めない承諾後の抵当目的物の第三取得者を債務者の承継人と考え、債務者自身に準じて扱うとしたものと見れば、八年三月三十一日のはの、債務者の債権者で抵当目的物を差押えた者(これは債務者以外の第三者)と取扱いが異なるのは何ら矛盾したことではない。すなわち、前者は債務者に準じるので譲受人に対して抵当権の消滅を對抗できず、後者は債務者以外の第三者なので抵当権の消滅を對抗できるというわけである。
- (9) 於保・前掲書三一五―三一六頁。
- (10) 全面否定説(抵当権は復活しない)は前注(5)の加藤説。逆に全面肯定説(譲受人は何人に対しても抵当権の復活を主張しうる)と思われるのは、近藤英吉・判批(大決昭和八年八月一八日)法学論叢三〇巻四九一頁。
- (11) 我妻・担保物権法四一八頁以下(「我妻新説」、米倉明・民法判例百選Ⅱ(第二版)七九頁等。ただし厳密に言うると米倉説は抵当不動産の第三取得者については言及がなく、「異議なき承諾による譲渡の後に生じた後順位抵当権者を除き、それ以外の第三者に対しては抵当権復活を主張しえない」とする。
- (12) 我妻五四〇頁(「我妻旧説」、沢井一三五頁等)。
- (13) 下森説の主要な部分は以下の通りである。「学説の多くは、債務者の異議なき承諾によりいったん消滅した債権および抵

抗権が復活すると説明するが、かかる説明のために議論に一層の紛糾が生じたように思われる。右規定は、譲渡人に対抗しうべき事由を譲受人に対抗しえないというのであるから、この規定を公信法理で説明するとしても、即時取得のように譲受人が債権的に権利を取得するものと説明するより、抗弁（弁済による債権消滅）を債務者から対抗されない（抗弁の喪失）と説明するのが妥当であろう。（中略）そうだとすると、債権および抵当権はかかる譲受人との関係では、消滅していなかったという扱いをうけるから、債権・抵当権の復活や無効登記の流用を語るまでもないこととなる。また、抗弁喪失の効力は債務者と譲受人との間にとどまり、すでに利害関係を取得している第三者の権利には影響を及ぼすものでないと解すべきだから、異議なき承諾の後で抵当権の設定をうけたり、抵当不動産を譲り受けた者は譲受人におくられるが、右の承諾前に（弁済前をも含め）、すでに抵当権の設定を受けていた後順位抵当権者（あるいは第三取得者）は、譲受人に債権の消滅を主張しうる。そして他方、弁済により抵当権が消滅して後順位抵当権の順位が当然に上昇し、かつ前述のように、これには第三者對抗要件の充足は必要でないと解されるから、これらの者は抵当権の抹消登記がなくとも譲受人に優先するものといえよう。物上保証人についてもこの点は同様に解するのが妥当であろう」（下森・前掲論文一一五頁）。

〔14〕 林＝石田＝高木・前掲書四六〇頁〔高木執筆〕。

五 私見の概要

一 判例法理の再検討

1 事案の同一性

以上の判例・学説を検討して私見を提示する前に、ここで私は、これまでの諸研究があまり意味を見出してこなかったように見える、一つの事実を忘れずに摘示しておきたい。それは、上記引用判例のうちの大多数が、同一事案によるものであるという点である。

異議を留めない承諾の結果債権の消滅を対抗しえない債務者は、抵当権消滅の登記がない以上、債権の消滅を理由

とする抵当権の消滅も主張しえないとした①決定（大決昭和八年八月一日民集二二卷二〇五頁）と⑤決定（大決昭和六年一月二日民集一〇卷一〇八一頁）とは既に述べたように同一事案である（⑤決定は先に第三者・譲受人間の関係で決定がなされ、①決定がもつばら債務者・譲受人間の関係で判示されたもの）。債権自体が当初より不成立だったという事案において、債務者は異議を留めない承諾をしても抵当権の不存在を主張しうるとする②判決（大判昭和一年三月一三日民集一五卷五号四二三頁と、その趣旨を敷衍して、被担保債権が一部不成立および弁済によって消滅しその結果抵当権が消滅している場合も、債務者の異議を留めない承諾は譲受人に抵当権を取得せしめないとした③判決（大判昭和一年二月二日新聞四六七九号六頁）とはそれぞれ別事案であるが、さらに第三者との関係についての判例を見ても、まず債務者の異議を留めない承諾の後に抵当不動産を取得した第三取得者は、弁済による抵当権の消滅を譲受人に対抗しえないとした④決定（大決昭和五年四月一日新聞三一八六号一三三頁）は、前掲の①決定、⑤決定と同一事案である。また抵当不動産を差し押さえた者に債務者の異議を留めない承諾の効果が及ぶことを否定して、目的物取得時期を問わずに差押債権者の抵当権消滅の主張を認めた⑥決定（大決昭和八年三月二日民集一二卷五三三頁）もそれらと同一事案である。さらに⑦決定も同一事案で同じく後順位抵当権者より異議を申し立てたものであり、かつまた⑧決定も同一事案である。

こうしてみると、事実としては実に①、④、⑤、⑥、⑦、⑧がすべて同一で、上記判例としては②と③だけが違う事案であるということがわかる（したがって、事案としては全部で三件しかない）。そして判決年月日も、②③を含めても昭和五年から昭和十五年までの一〇年間に集中しており、その前にも後にも、この「異議を留めない承諾と抵当権の復活」のテーマで引用すべき判決は出ていないのである。

この事実は、異議を留めない承諾によって抵当権の復活が問題になるケースが実際には非常に稀であること、さらに言えば、常識的に考えればまず起こりえないものであること、を示しているものに他ならないと言ってよからう。

なぜなら、前稿で述べたように、異議を留めない承諾によって債権の復活が問題になるというのは、既に弁済等で消滅した債権を譲渡する点でまず譲渡人に第一の故意または過誤があり、そこに、弁済等で消滅した債権の譲渡を承諾するという債務者の過誤(こちらについては、故意というものは、何らかの理由がある債務承認以外はまず考えられない)が重なって初めて可能になるのであり、その段階で二重の重大な過誤ないし故意が必要である。さらに実際には、債務者が弁済等で債権を消滅させた後も抵当権の登記の抹消を怠ったという三つ目の懈怠も加わらなければならない。結局これは普通ならば起こりえない、全く特殊例外的なケースである(特に、既に弁済を受けた債権を譲渡するという譲渡人の行為が最初になされなければその後の事件の進行はなかったことに留意する必要がある¹⁾)。

したがって、判例が一〇件近く存在することに表面的に目を奪われて、この問題が普遍的に起こりうるものと誤解してはいけないし、また、異議を留めない承諾の効果の議論としても、このケースが極端な例外であることを最初に認識して、全体のバランスを考える必要があるかと思われるのである。

2 判例の分析

それでは、ここで前掲の八判例(三事案)について、改めて検討をしておこう。まず、①、④、⑤、⑥、⑦、⑧の六判例の事案から分析する。いささか複雑であるが、大要以下のようなものである。

債務者A(大平炭鉱株式会社、後に昭和会社と社名変更)は、大正九年一〇月三〇日に、B銀行から六万円を借入れ、その担保として、鉱山採掘権に抵当権(三番抵当権)を設定した。Aは、そのうち三万円については弁済したが、残債権三万円とその抵当権については、B銀行から大正十一年一月二七日にCに譲渡し、Cはさらにこれらを同年四月二〇日にDに譲渡した。Aは、この段階で大正十一年六月二八日にDに対して残債権の三万円を完済した。しかし、Dは債権が消滅したにもかかわらず、この三万円の債権と抵当権が現存するものとして、同年七月二七日にこれをEに譲渡し、Eはさらに同年九月五日にFに、Fはさらに大正十三年一月一日二日にGに譲渡した。そしてDは大正十一年九月中に、Eは同年九月六日に、Fは大正十三年一月一日二日に、各譲渡をそれぞれ確定日付のある証書でAに通知し、Aは、EからF、FからGの各譲渡については、それぞれ異議を

留めない承諾をした（承諾の年月日は、前者が大正一二年七月二十五日〔つまり弁済から約一年一か月後―池田注〕、後者が大正一三年一月一日で、これらの承諾書に確定日付を付したのは昭和四年一月二〇日である）。Gはさらにこの債権と抵当権を大正一四年九月一〇日にHに譲渡し、その旨をAに同年九月十五日に確定日付ある証書で通知した。また以上の各譲渡については、それぞれ各抵当権の取得登記を経由している（ただし、異議を留めない承諾を得ている譲受人はFとGだけである―池田注）。その後Aは大正一五年六月一〇日に、本件抵当権の目的である採掘権をIに譲渡した。Iはこの採掘権を昭和二年一月二〇日に登録する。IにはJという債権者がいた。なお、債務者Aは、一方で大正一一年七月二二日（つまりDに対して残債務の三万円を完済した約一か月後―池田注）にK銀行から二万円を借受け、担保として本件採掘権に対する七番抵当権を設定し、さらに翌一二年三月一二日に同じくK銀行から七万円を借受けて本件採掘権に八番抵当権を設定した。同銀行はこれらの抵当権付債権を大正一四年五月二〇日にLに譲渡した（この債権譲渡もAに通知されている）。

以上の事実関係（債務者A、最後の譲受人H、債務者からの抵当目的物の第三取得者I、Iの債権者J、抵当目的物の後順位抵当権者L）の下に、(1)まずIの債権者Jが、昭和三年一月二二日にIを債務者兼物件所有者として前記抵当物件に対する鉱業権強制競売の申立を平区裁判所にし、同裁判所は同日に強制競売開始決定をし、手続が進行を開始する。(2)つぎに、Hが昭和四年四月二二日に、Aを債務者としIを第三取得者として右譲受債権三万円およびこれに対する利息損害金の弁済を受けるために前記譲受抵当権の実行として本件抵当物件の競売申立を平区裁判所にした。(3)J申立の強制競売に対しては、IがJに対する請求異議の訴えを東京地方裁判所に起こし、その結果、同強制競売手続は（Hの競売申立後の）昭和四年七月八日に同地裁の決定によって停止された。そして以後競売手続はHの申立に基づいて進行していた。(4)一方H申立の競売手続に対しては、Iが異議を申し立てたが（この異議申立の年月日等は不明）、昭和五年一月一〇日に福島地方裁判所は抗告を棄却し、さらにIは大審院に抗告したが、これも昭和五年四月一日に棄却される。これが④決定である。(5)前述の強制競売手続を停止されたJも、爾後Hのために進行していた競売手続に対して、昭和七年一〇月二二日に平区裁判所にHの抵当権は存在しないとしてこの競売手続に対する異議申立をした。これが却下されたためJは福島地方裁判所に抗告し、地裁も抗告人は利害関係人ではない等という理由で抗告を却下したため、さらに大審院に抗告したが、大審院は、昭和八年三月三一日に、このような状況では差押債権者たるJはなお利害関係人であるとして原決定を取消し、福島地裁に差戻した。これが⑥決定である。(6)さらに債務者AもこのH申立の競売手続に対して昭和七年一〇月二八日に平区裁判所に異議の申立をし、同裁判所が同年一〇月二八日に右異議申立却下

の決定をした。Aは昭和七年一月四日に福島地方裁判所に抗告をし、同月二十九日に同地裁がこの抗告を棄却したのに対してさらに大審院に抗告したが、しかし大審院も昭和八年八月一日にこれを棄却した。これが①決定である。(7)さらにLもHの競売手続に対してHの三番抵当権は弁済により消滅しているとして平区裁判所に異議を申し立て、これが却下されると福島地裁に抗告し、さらに大審院に再抗告したが、大審院は昭和六年一月二日に、債務者の異議を留めない承諾があった場合、債務者自身については債権および抵当権も復活するとしても、後順位抵当権者は、弁済による先順位抵当権の消滅を主張しうると説示しつつ、別訴（LがHに対し、Hは三番抵当権を有せず、Lの七・八番抵当権は順位を進め六・七番抵当権となったことの判決を求めた訴えで、これはLの本案敗訴に確定している）の既判力を理由に棄却した。これが⑤決定である。(8)⑧決定は、前記⑥決定によって差し戻された福島地裁が、Jは差押債権者または執行力ある正本により配当を要求する債権者と称しうるいわゆる利害関係人であつて相手方の抵当権を否定しようとして、Hの競売手続開始決定を取り消したのを受けて、今度はHが抗告したが、「鉱業権ヲ目的トスル抵当権ト雖主タル債権力消滅スルトキハ登録ヲ俟タス当然消滅スヘキモノトス」としてこの抗告を棄却したものである。

以上この事案を概観すると、関係当事者が、いささか異常なくらいに次々に競売手続申立とそれに対する異議申立・抗告を繰り返していることがわかる。しかし大審院の結論には必ずしも齟齬錯綜はなく、まとめてみると以下のようになる（理解の簡易のために勝ち負けという表現を用いる）。

(1)債務者Aは①決定で最終の譲受人H（その前の譲受人が債務者から異議を留めない承諾を得ている）に負け、(2)その譲受人Hは⑥決定と⑧決定で抵当目的物の差押債権者にあたるJ（Jの差押はHの譲受よりも後）に負け、(3)債務者の異議を留めない承諾があった後に抵当目的物の第三取得者となったIは④決定で譲受人Hに負け、(4)差押債権者Jはいったん地裁でIに負けるものの⑥⑧決定でHに勝ち、(5)抵当目的物の後順位抵当権者L（抵当権取得はAの異議を留めない承諾の後）は⑤決定でHに勝つとされつつ実際は別訴の既判力を理由に負ける。

すなわち、債務者自身は異議を留めない承諾をした場合に譲受人に対して債権および抵当権の消滅の抗弁を喪失し、また異議を留めない承諾後の抵当目的物の第三取得者も同様に譲受人に対抗できなくなるが、抵当目的物の差押債権

者、後順位抵当権者はなお譲受人に対して債権・抵当権消滅の抗弁を対抗できるというのである。この結論については、異議を留めない承諾があつて抗弁を喪失した状態になれば次の譲受人（右の例のH）はそれを承継する点は本稿で既に肯定したところであるし（第三章(3)）、④決定の抵当目的物の第三取得者となつたIが譲受人Hに負けるという結論も他の判決と矛盾しない（異議を留めない承諾があつた後に抵当目的物の第三取得者となつた者は、他の第三者とは異なり、債務者の地位の承継者と見られると考えればよい）点も同じく本稿で言及したところである（第四章三(2)）。なおこれらの大審院の論理では、抵当目的物の差押債権者や後順位抵当権者については、その地位に立つた時期（異議を留めない承諾の前か後か等）は問われずに譲受人（抵当権登記を取得している）に対抗できる形になっている。

次に、残りの二判決（二事案）のうち、抵当権によって担保される債権が当初より存在しない以上、債務者が異議を留めないで右債権の譲渡を承諾しても、譲受人はこれによって抵当権を取得する理由はないとした、②判決（大判昭和二年三月二三日民集一五卷四二三頁）を検討してみよう。事案は以下の通りである（本件は、債務者が異議を留めずに債権の譲渡を承諾した場合でも、譲受人がその債権の不存在の事実を知っているならば、債務者はそれを譲受人に対抗できるとした、既出判例大判昭和九年七月一日民集一三卷一五一六頁と同事件である。右判例が、譲受人の善意悪意について審理不戻として差し戻された後の判決の上告審である）。

XはY₁と株式取引所外で取引所の定期取引に類似の方法で株式取引を行うため、その証拠金の代用として（証拠金を支払う代わりにY₁から借金してその担保として）X所有不動産に本件抵当権を設定した。Y₁はこの債権と抵当権をAに譲渡し、Aへの抵当権移転登記も経由したが、Xはこの債権譲渡を異議を留めずに承諾した。その後Y₂が、Aの遺産相続人として本件抵当権の実行として不動産の競売申立をした。Xは右取引が取引所法違反の無効な行為であり、かつY₂は本件抵当権がその証拠金の代用として設定された事情を知っていたとして、Y₁を相手に抵当権の設定および移転登記の抹消を求めて訴えを提起した。原審ではY₂は、Xが異議を留めない承諾をしていたから、たとえY₁には抵当権設定に無効原因のあることを主張しえたとしてもY₂にはそ

れを對抗できないと抗弁し、原審は（本件係争の債権が本来は無効のものと同断したが）右抗告を認めてXを敗訴させた。Xは上告して、本件取引は公序良俗違反の絶対無効のものであること、そのような当事者の意思によって補正することのできない事由には、債務者の承諾は何ら効力を及ぼさないこと、たとえ債権譲渡の異議を留めない承諾が新債務の負担の如くに觀察されるものであるとしても、排他性を有する抵当権の場合には、同様に新抵当権の設定と見ることはできない等と主張した。そして判決は、抵当権によって担保される債権が当初より存在しない以上、債務者が異議を留めないで右債権の譲渡を承諾しても、譲受人はこれによって抵当権を取得する理由はないとしたわけである。

既に述べたように、この②判決について、学説の多数は、別掲①判決との比較において、不成立と消滅の場合を区別する理由がないと批判する。しかし、その批判は妥当であろうか。

抗弁の對抗不能という観点からすると、いったん成立した債権ならびに抵当権の消滅を對抗できないということは、その結果債権ならびに抵当権が譲受人との関係では存続し続けていることになるというに他ならない。これに対して、当初から債権ならびに抵当権が成立していない場合には、異議を留めない承諾によって不成立の抗弁ができなくなるとすると、それは、その段階で債権ならびに抵当権を新たに発生させることになる。これも既に述べたように、異議を留めない承諾は、本来、譲受人に新たな権利を原始取得させるものではない。したがって、②判決の結論には理論的には根拠がないわけではなさそうである。これに対して、多数学説が不成立と消滅の場合を区別する理由がないと批判するのは、まさに譲受人の信頼保護という観点からの利益判断に尽きるように思われる。そして、もしその趣旨を肯定し、譲受人から見た信頼という意味では不成立も消滅も区別されないと認めるならば、その結果不成立の抗弁ができなくなり、結果的に債権が当初の形で（抵当権付きであったなら抵当権付きで）存在することになったと構成することが可能ではある。しかしその場合にも、設定行為が公序良俗違反とわかっている（原審で認定済）抵当権までを改めて成立させられるものであろうか。この点で多数学説には決定的な疑問がある。いちがいに「不成立と消滅の場合を区別する理由がない」と批判するのは、少なくともこのケースについては適切ではなく、これまでの諸学説

はどこまで事案を分析していたのかにも疑問を禁じえない。

それでは、この問題はどのように考えたらよいのであろうか。結論から先に述べよう。やはり不成立と消滅は、區別されなければならないのである。本稿で既に見たように（第二章一および第三章(4)）、不成立と消滅とは、抗弁の性質が異なる。不成立は、契約の強制力をなくす抗弁であり、履行過程にある契約を常に（譲渡後も）拘束するので、不成立の抗弁は通知後も、また異議を留めない承諾後でさえも、主張・対抗可能とみるべきではなからうか。これに対して弁済等による債権消滅の抗弁は、当該消滅原因が正当な債権者（すなわち、譲渡通知前なら譲渡人、譲渡通知後なら譲受人）に対してなされたものであることを要するのは勿論のことである。したがって①判決は弁済による消滅の抗弁であるから、異議を留めない承諾によって消滅の抗弁を喪失し、その結果債務者は譲受人の行為に異議申立ができず、少なくとも債務者・譲受人間では、元の債権の存在した姿（抵当権付きなら抵当権付きで）のまま存続することになる、という趣旨を述べた判決であり、一方②判決は、不成立の抗弁であるから契約の履行を待つ過程では常に債務者からの対抗ができると考え、債権の譲渡を承諾しても、譲受人はこれによって抵当権を取得する理由はないとしたものであるとすれば、何ら説明に齟齬はないと考えられる。

最後に、この②判決の趣旨を、被担保債権が一部不成立及び弁済によって消滅しその結果抵当権が消滅している場合にも拡大しているといわれる③判決（大判昭和十五年二月二四日新聞四六七九号六頁）を検討する。事案と判旨の概要は以下の通りである。

この事件は、異議を留めない承諾をした債務者が提起した不動産競売無効確認等請求事件で原審（名古屋控訴院）で敗訴した債務者が上告したものである。事案は抵当物件が複数あり一部弁済も繰り返されていく複雑であり、かつ登載誌の記述からは必ずしも全容を正確に把握しえないが、争いとなった主要な部分のみを要約すれば、債権者Aと債務者Xとの間の抵当権付き貸金債権三千円のうち一部弁済した残金二千七百元がB（形式上の譲受名義人）に譲渡されたもので（その後実質上の譲受人Yが承

継する）、それをXが異議を留めずに承諾したことには争いが無い。ただその争点は、Aが残債権額二千七百円を譲渡してそれをXが承諾したのか、Aが三千円の債権を譲渡価額二千七百円で譲渡してそれをXが承諾したのか、という点にあり、証拠の一つによれば前者であるというのがXの上告理由第一点であった。またXは、本件抵当物件を訴外Cに譲渡し、その際抵当権者との間に「抵当物件一反歩に付き金五百円の割合で抵当権の一部抹消をする」特約をし、それに基づいて債権の一部弁済が数回にわたっており、三回にわたって抵当権の一部が抹消されたと主張したのに対し、原審は三回の抵当権解除があった事実を認定したものの、その内二回については対応する一部弁済のあったことを認めながら、一回については一部弁済の存在を認めなかった点で審理不尽理由不備であるというのが上告理由第二点である。これに対して大審院は、まず第一点につき「案スルニ債務者カ異議ヲ留メシテ債権ノ譲渡ヲ承認シタルトキハ譲渡人ニ対抗スルコトヲ得ヘカリシ事由アルモノヲ以テ譲受人ニ対抗スルコトヲ得サルニ至ルモノナレトモ之レ単ニ債権関係ニ付キ然ルニ止マリ之ヲ担保スル抵当権ノ効力ニ付テハ債権譲渡ノ承認ハ何等ノ影響ヲ与フルモノニアラス債務者カ抵当権付債権ノ譲渡ヲ承認スルモ既ニ被担保債権ノ一部カ消滅シ居リタル場合ニ於テハ譲受人ハ其ノ部分ニ付キ抵当権ヲ取得スルコトナシ（昭和十年（オ）第二〇七二号同十一年三月十三日言渡当院判決参照）」と判示し、さらに第二点については、「債権ノ一部弁済ニ因リ抵当権ノ一部カ解除セラルルコトハ通常ノ事例ニシテ抵当権ノ一部カ解除セラレタル場合ニ於テハ特別ノ事由ナキ限り債権ノ一部弁済アリタルコトヲ否定スルヲ得ス」と判示して、原判決を破棄差戻したものである。

そうすると、この事例もかなり特殊であり、これまでの学説の紹介（位置づけ）も、判旨だけを取れば一応首肯できるものの、事案との比較ではかなり疑問も残るものであることがわかる。確かに本判決は右引用の判決要旨中で「十一年三月十三日言渡当院判決」（②判決）を参照判決として掲げ、しかもその引用部分に続くところで「本件ハ被担保債権ノ一部ノ不成立並ニ其ノ弁済ニヨル抵当権ノ消滅ヲ原因トスルモノナレハ債権譲渡ノ承認ヲ理由トシテハ上告人ノ主張ヲ否定スルコトヲ得サルモノナリ」といささか不分明な記述をしているが、実際の上告理由等から判断される事案は（少なくとも争われている部分についての債権に関しては）「不成立」ではなく、いったん成立した債権の一部弁済による一部消滅と読み取れる。また本判決は、「債務者カ異議ヲ留メシテ債権ノ譲渡ヲ承認シタルトキハ譲

渡人ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシ事由アルモ之ヲ以テ譲受人ニ對抗スルコトヲ得サルニ至ルモノナレトモ之レ単ニ債権関係ニ付キ然ルニ止マリ之ヲ担保スル抵当権ノ効力ニ付テハ債権譲渡ノ承認ハ何等ノ影響ヲ与フルモノニアラス」として右②判決を挙げるわけだが、②判決は、「譲受人は本来存在しない抵当権は取得できないから」という理由付けをしているのみであって、「異議を留めない承諾は抵当権（の復活）には影響しない」との一般論を述べているわけではない。この点では確かに本判決は、②判決の趣旨を敷衍拡大したということもできようが、それなら参照判例としての②判決の挙げ方は必ずしも適切ではないことになる。また本件事案では、承諾の趣旨自体が、弁済前の債権全額の譲渡とそれに対する承諾ではなく一部弁済した残額の譲渡とそれに対する承諾であると争われており、後者であるとしたならば、抵当権が被譲渡債権の範囲内に限定されるのは当然のことであり、その場合は本件判決の言う「債務者カ抵当権付債権ノ譲渡ヲ承認スルモ既ニ被担保債権ノ一部カ消滅シ居リタル場合ニ於テハ譲受人ハ其ノ部分ニ付キ抵当権ヲ取得スルコトナシ」というのはごく当然のこととなってしまうのであるが、この点では本判決は、後者であると主張する上告理由を、否定もしないし必ずしも明瞭に肯定してもいない。以上の疑問点からすると、この判決も、例えば「契約不成立（無効）」による債権および抵当権の不成立の場合には債権は復活しても抵当権は復活しない」という命題を明確に宣言したものと評価しにくいように思われるのである。

- (1) さらに、この稀少な計三件の事案が、昭和初年に集中して起こっていることについては、時代背景等の要素が無縁ではあるまい。今日の情報管理の進んだ取引社会においては、よほど杜撰な債権債務管理をしている場合でなければ（あるいは譲渡人・譲受人側が取引に疎い個人債務者の無知につけこむようなケースでなければ）まず考えられないと思われる。
- (2) この判決の事件番号は、⑤決定の判決理由中の記述（民集一〇巻一〇八八頁）によると、大審院昭和五年（オ）第二六七一号であるが、その判決自体は民事判例集に登載されておらず、今日まで調べ得ていない。
- (3) 石田・西村・前掲書六一頁の表現。我妻・前掲書も③判決を②判決と単純に列挙している。
- (4) 本件訴訟の被上告人は同姓のY'であるが、YとY'の関係は登載誌からは不明である。

二 学説の検討

この問題については、異議を留めない承諾の抗弁喪失効の本質は、あくまでも債務者側の抗弁が対抗不能となるものと考えべきことは既に力説した。したがって、そこから学説の検討を出発させると、対抗不能なら、債権および抵当権は譲受人との関係では消滅していなかったという扱いを受けるから、抵当権の復活・取得という構成（多数説）自体がまず不相当となり、さらにこの問題を無効登記の流用の問題で考える（高木説等）のも当然疑問となる（この点では下森説の批判⁽¹⁾は正鵠を射ている）。さらに言えば、物上保証人等の第三者が弁済による抵当権の消滅を譲受人に対抗するためには、抵当権の抹消登記が必要であるとする考え方（前出高木説、仁瓶説）は、結局抵当権登記に公信力を認める立場につながると思われる。そして、もし正面からそのように登記に対する信頼を保護しようというのであれば、それはわが国の抵当権登記に公信力が認められない以上、否定されると言わざるをえないし、弁済による債権の消滅に伴う抵当権の消滅を第三者に主張するためには抹消登記は不要と解する通説の見解⁽²⁾からしても、第三者保護のためにはそれらの者の側に抹消登記までを要求する説は首肯し難い⁽³⁾。では、それらの説が正面からそのように登記に対する信頼を評価しようというのではなく、登記に公信力はないとしてかつこれを九四条二項の類推適用法理に見られるような外観信頼保護規定として捉えるのであればどうか。しかし私見では、この問題を民法九四条二項の類推適用論と同一の地平に置くことにも（利益較量的発想に立って）大きな疑問がある。なぜならば、九四条二項の類推適用の場合、それにより外観信頼者を保護する結果、権利を失うことになる本来の権利者には、自ら積極的に虚偽の外観作出し（あるいは消極的にその虚偽の外観を放置し）たという落度があるのに対し、この問題においては、確かに債務者には消滅した債権の譲渡を承諾したという落度はあるものの、虚偽の外観作出の第一段階は、債務者に問題があるのではなく、譲渡人たる債権者の、弁済を受けて消滅した債権を譲渡するという故意または過失に起

因しているのである。しかも、その第一段階を構成する債権譲渡契約は、周知のように債務者が関与せずに行われるものである。これに対して九四条二項類推適用ケースでは、外観作出の第一段階から、権利者自身の故意ないし懈怠が存在するという相違がある点が忘れられてはならない。その点を看過して九四条二項類推適用論と同一平面で考えるのは、まさに、私が前稿で指摘したように、四六八条一項の制度趣旨を、譲受人保護の一面だけからしか見ていない、誤った理解に基づくものであると考える（これに対して、もし債務者が何らかの理由で、故意に抵当権を抹消せずに登記の外観を残存させ、かつ故意に異議を留めずに承諾した等の場合があるとすればどうかという疑問があるかもしれないが、もしそのような特殊な場合があるとしたならば、それは四六八条一項ではなく、九四条二項の範疇で同条類推適用の可否を吟味するべきものと考ええる）。前稿で強調したように、四六八条一項は、まさに、この場面の債務者・譲受人・譲渡人という三者の利益調整を図るものであり、債務者の落度により譲受人の保護を図ると同時に、譲渡人の落度に対する債務者の保護も考慮されている規定なのである。それゆえ、債務者以外の利害関係ある第三者をみれば、たとえば債務者の物上保証人については、自己の設定した抵当権登記を徒に放置したという落度があつたとしても、その落度は、弁済を受けて消滅した債権を譲渡する債権者の故意過失、およびその譲渡を誤って承諾した債務者の過失が重なって初めて問題とされるものであり、物上保証人には債務者の落度が責められる程度よりもさらに低い帰責性しかないことは勿論である。この点から、前掲高木説の物上保証人の取扱い（さらにその他の後順位抵当権者にも同様の取扱をしようとする仁瓶説）には反論せざるをえない。

(1) 下森・前掲論文「債権譲渡の異議なき承諾と抵当権の復活」一一五頁。

(2) 我妻『有泉補訂・物権法』二二頁等。

(3) この点についても、前掲下森説は正当に指摘している。下森・前掲論文一一五頁。

三 私見の要旨

(1) 基本的な発想

四六八条一項についての私見の要旨は、次の通りである。

まず四六八条一項の抗弁喪失効については、本稿（第二章）で確認したフランスでの沿革（相殺の抗弁のみを喪失させるフランス民法一二九五条は、債務者本人にのみ効果がおよぶとされる）からみても、また、本条の抗弁喪失効は単なる譲受人の外観信頼保護のみでなく、そのような不合理な承諾をした債務者へのサンクションとしての意味をも持つて規定されているとの私の二重法定効果説の立場からみても、ここでの抗弁喪失効は原則として債務者自身のみ課される法的効果とみるべきである。¹⁾したがって、四六八条一項の効果は、異議を留めない承諾をした債務者自身の、譲受人に対する抗弁の對抗不能を導くに止まるものと考ええる。それゆえ、債務者が異議を留めない承諾をしたことは、保証人には影響しないのは勿論、物上保証人についても同様に、抗弁切断の効果は及ばないと解すべきである。すなわち、保証人や物上保証人は、債務者の異議を留めない承諾があっても、債務者の弁済による債権の消滅とそれに伴う保証債務の消滅や担保負担の責任の消滅を譲受人に対抗しうる。

それでは、保証人や物上保証人以外の利害関係を有する第三者についてはどう考えるか。つまり、前述したとおり、原則的に異議を留めない承諾をした債務者自身だけが自らのその行為によって抗弁喪失の不利を被ると考えられるとしても、債務者以外の利害関係人でありながら、債務者自身の抗弁が對抗不能になることによって論理的にその影響が及ぶ可能性がある者、すなわち、債務者の設定した抵当物の第三取得者や、債務者が当該債権の担保として設定した抵当権の目的物についての後順位抵当権者についてどう考えるかが問題になる。この点については、以下のように考えるものである。

先にも述べたように、四六八条一項は、債務者・譲受人・譲渡人という三者の間の利益調整という観点から、なお債務者に責めを負わせてしかるべきであるという範囲で機能するものと考えるべきである。そして、第三者への影響という点についても、本来、債務者の行為だけで第三者の利益を害したり負担を加重したりすることができるのは不当であるから、第三者が、その債務者へのサンクションをそのまま甘受しなければいけないと考えられる者である場合のみ、例外的に債務者の異議を留めない承諾による抗弁喪失効の影響を被ると考えるべきである。

以上の考察から、債務者以外の第三者についての結論としては、(1)最初に、債務者の異議を留めない承諾以前に当該債権に直接の利害関係のある立場に立った第三者と、その後直接の利害関係を持つに至った第三者とを分け、前者から考える。(2)先に挙げた第三者の中では、①異議を留めない承諾がされた当該債権と直接利害関係を有する、保証人、物上保証人、および②当該債権の担保目的物と直接利害関係を有する、債務者の設定した抵当目的物の第三取得者、差押債権者、後順位抵当権者、さらに抵当目的物の第三取得者の差押債権者、等はすべて（異議を留めない承諾以前にそのような立場に立った場合については）債務者の異議を留めない承諾の影響を受けず、債務者の抗弁事由を譲受人に対抗しうる（ただし抗弁の種類については、性質上第三者から主張しうるものに限る）。その結果、第三者からたとえば債権消滅の抗弁を対抗される譲受人は、債務者との関係では（抗弁の対抗を受けない結果）債権自体は確保しうるので、①の保証、物上保証付きの債権の場合には、結局保証も物上保証もない債権を得ることになる。なお、この場合物上保証人は自己の抵当権の抹消登記をしていなくてもこの抗弁の対抗をなしうると考えるべきである。②の債務者設定の抵当権付債権で抵当権登記が抹消されていない場合は、債務者との関係ではそのまま抵当権付きで債権を確保しうることになるが、異議を留めない承諾以前からの抵当目的物の第三取得者、差押債権者、後順位抵当権者、さらに抵当目的物の第三取得者の差押債権者との関係では、抗弁（債権消滅にともなう抵当権の消滅）の対抗を受ける結果、その抵当権は第三取得者やその差押債権者との関係では消滅したものとなって結局譲受人は抵当権の

ない債権を取得したと同様になり、また後順位抵当権者があった場合にはその抗弁對抗の結果後順位者の順位が上昇し、譲受人は劣後する順位での抵当権付き債権を取得したことになる。(3)異議を留めない承諾がなされた当該債権および当該担保目的物とは直接関係がなかった、債務者の他の一般債権者については、もともと(債権者代位権や債権者取消権を行使する場合を除いては)債務者自身の債権・債務の処分等に干渉できない立場の者であるので、ここでいう第三者に当たらず、結果として債務者が異議を留めない承諾をした場合にはその効果としての抗弁喪失効を甘受せざるを得ないことになる。(4)債務者による異議を留めない承諾があった後に、新たにそれら第三者となった者については、基本的には債務者の受けるサンクションをそのまま甘受しなければいけない(既に抗弁喪失の状態になっているところに参入したことになる)と考えられるので、原則として異議を留めない承諾の効果が及び、抗弁事由を譲受人に対抗できない。すなわち、たとえば弁済済の債権の譲渡を債務者が異議を留めずに承諾した後に新たにこの債権の保証人・物上保証人になった者、さらにはこの債権が当初より債務者の設定した抵当権付きで、しかも抵当権登記が抹消されていない場合に、新たにその抵当目的物を取得した第三取得者やその抵当目的物の後順位抵当権者になった者等がそれにあたる。ただし、異議を留めない承諾後の第三取得者や後順位抵当権者が債務者の異議を留めない承諾のサンクションを受けることになるのは、あくまでも当該抵当権登記が抹消されていない場合だけに限られる。弁済後抵当権登記が抹消された状態の不動産についてこれを購入し移転登記を経由した第三取得者は、(通説でいえば背信的悪意者でもないかぎり)抵当権の附着していない不動産を取得するのであって、債務者の異議を留めない承諾があってもそれによる不利益を被らないし(異議を留めない承諾の対象が、弁済で消滅したはずの抵当権付債権であったとしても、債権譲受人が取得するかにみえる抵当権はこの状態ではまだ對抗要件を備えていない)、同様に当該抵当権登記の抹消された状態では、その後順位抵当権者となることはありえない。

以上(1)~(4)が、債務者以外の第三者への影響に関する、私見の結論である。

(1) 池田・前掲「異議を留めない承諾(3)完」法学研究六二巻九号三三頁、五二頁参照。

六 おわりに

指名債権譲渡における債務者の異議を留めない承諾の要件・効果についての考察は、いわゆる当事者の利益較量のみを根拠になされてはならず、規定自体の独自性の理解を基礎に置き、異議を留めない承諾の法的性質論をまず解明した上で、多様な角度からの理論的な分析手法を用いて展開されるべきである、というのが筆者の年来の持論であった。研究を進めるうちに、その理論的分析手法として、抗弁對抗の一般理論の検討、對抗不能論や第三者論の深化、等がなされるべきことが明らかになってきた。しかしながら、この段階で何とか取りまとめられた本稿は、それらの尽くすべき手立てを一通りなぞっただけのものに過ぎず、筆者としては、自らの狙いの実践が不十分というばかりでなく、世に問うにはあまりにも浅薄な作品であることを恐れる。個々の考究の至らない点については、今後機会のある毎に補完したい。

なお、異議を留めない承諾の解釈論上の考究は、前稿での本質論、本稿での要件論・効果論で(遺漏はあるものの)一応全体を概観したことになるが、立法論あるいは取引社会の要請を鑑みた将来、展_レ望_レ的な解釈論を念頭に置_レくならば、異議を留めない承諾が指名債権の移転について果たす(あるいは、今後果たすことを期待される)役割についての機能的分析の作業が、さらになすべきこととして残されていることになる。しかし、それは筆者の条文解釈学についての理解では、(必要性のあることは勿論認めるが、)はっきりと別の作業として区別して位置付けられるべきものである。つまり、何らかの機能論的分析から、(その機能を助長することが良いことであるという発想を前提として)合目的的に提示される解釈は、すでに解釈者自身の(将来に向けた)特定の価値判断を含んだものであって、筆者の

考える(筆者のなすべき)解釈学とは異なるのである。

筆者の主たる関心は、民法四六七条、四六八条に規定される指名債権譲渡法理の、右の意味での解釈論的解明にあり、そのためには、この両条が、(わが国民法学の一時の圧倒的な風潮であったドイツ民法学偏重輸入の結果でもあろうが)長く立法趣旨(起草趣旨)の分析等が不十分なままに議論を進められてきた条文の典型例であったため、解釈論の出発点を正しく設定するため、沿革的考察が、方法論として不可欠であった。そこでは、起草段階の詳細な分析や、継受の対象となった母法の、系譜を辿ってする比較等が、解釈論の形成(個々の具体的な解釈の判断要素の指定)のために、さらにいうならば解釈論の一部として、行われる必要があったのである。

その意味で、まさに過去は現在を課題づける。しかし、現在はまた過去に規定されながら将来に向かって自律的に変容することも真実である。現時点での筆者なりの指名債権譲渡法理の解釈論的解明が一段落した(と思えた)ならば、初めて、別の作業としての、指名債権譲渡制度の将来展望を、現在の社会が提示している変容ファクター(そこには実務上の慣行や特別法上の取扱い等が含まれる)を分析しつつ、行ってみたいと考えている。

(一九九二年一月一〇日稿)

〔後記〕 本稿は、本来、昨年末に発刊された法学研究六四巻一二号(人見康子教授退職記念論文集)に掲載されるべきものであった。私自身、編集世話人の立場にありながら、締切までに同論文集の制限枚数内で一本の論文にまとめることができず、やむをえず通常号への掲載となったものである。不手際による非礼をおわびしつつ、あらためて先生のご学恩を感謝して、献呈させていただくこととする。先生の末長いご健康をお祈りする次第である。

〔追記〕 本研究は、信託法等研究資金の援助を受けた。