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

Title	指名債権譲渡法理と債権流動化への学理的対応 : 民法解釈学方法論の角度から
Sub Title	L'idée jundique de la cession de créance nominative et son application à la mobilisation de créance : Dans une perspective de la méthodologie de l'interprétation
Author	池田, 真朗(Ikeda, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1997
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.70, No.12 (1997. 12) ,p.147- 198
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	内池慶四郎教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19971228-0147

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.

指名債権譲渡法理と債権流動化への学理的対応

——民法解釈学方法論の角度から——

池田真朗

一　はじめに
二　私見の民法解釈方法論の概略
三　私見の方法論の民法四六七条における実証
四　私見の方法論の位置づけ
五　指名債権の流動化の要請と民法四六七条
六　私見の方法論の債権流動化の要請に対するあてはめ
七　指名債権譲渡理論の展開の展望
八　小　括

一　はじめに

債権譲渡の問題は、物権変動と並んで、民法における二大権利の移転という大変重要なテーマである。しかし学説史的には、早い時期から百家争鳴という感のあった物権変動論と比較すると、研究の立ち遅れが目立ってい

た。指名債権譲渡の対抗要件の基本構造を分析した研究は、一九七〇年代半ばまで、ほとんど皆無であったと言える。取引社会における債権の資産としての有用性は時代とともに増し、昭和四九年（一九七四年）からは学説の議論の呼び水となった指名債権の二重譲渡に関する最高裁の重要な判決も出始め、[1] 現在では、バブル経済崩壊後の不良債権処理問題や、企業の資金調達のために指名債権を流動化する動き等、債権譲渡が民法学界のみならず取引社会の最先端の重要問題となっていることは、周知の通りである。

私は、一九九三年に、それまでの指名債権譲渡に関する論考（民法四六七条論と民法四六八条論）をまとめて、『債権譲渡の研究』[2] を上梓した。そこでは、わが民法における指名債権譲渡法理に関する基礎理論の確立を目指して、フランス民法からボアソナード旧民法を経て現行日本民法に至る法継受の過程を追いながら、指名債権譲渡の対抗要件（四六七条）と、その特殊な効果である異議を留めない承諾による抗弁喪失効（四六八条一項）とを解き明かそうとした。したがって同書に収録された各論文は、現行民法の審議過程を記録した法典調査会議事速記録等の立法資料を詳細に検討し、そこから明らかになる各条文の起草の趣旨や経緯をふまえて、起草の基礎となったボアソナードの旧民法草案、さらにそのオリジンであるフランス民法の諸規定の当時の解釈等を渉猟し、歴史的視座から指名債権譲渡の基本構造とその効果を論じるという方法で書かれたのである。

前掲書およびそこに収録された諸論考については、何人かの学者の方々から書評や論評を頂戴した。[3] その内のいくつかは、特に私の方法論について論じられたが、中には、いささか私見の方法論の理解について疑問のあるものもあり、当方から若干の応答をしたものもある。[4]

一方私は、一九九六年以来、実務界からの要請の強い債権流動化と、これに対処するための指名債権譲渡の第三者対抗要件に関する包括特別法の立法について研究を進め、立法論についても積極的に発言をしてきた。[5] 私にとっては、現在のこの立法論の展開は、前掲書『債権譲渡の研究』にまとめた指名債権譲渡の解釈基礎理論の上

に立った必然の作業であるのだが、その、解釈基礎理論から立法論への連絡についても、方法論的に明らかにしておく必要があると考えられる。

私は、前掲書の結章において、「指名債権譲渡論は、これからどこへ行くのか。どこへ向かうべきなのか」と問い掛けて結びにかえたが、そこでは、「金融取引に取り込まれた指名債権は、その担保化、流動化を期待され、現実にそれらを促進する動きが非常に活発になっている」と指摘し、「ここにおいて、指名債権譲渡の解釈論、さらには立法論はどうあるべきなのか。いくつかの方向のあることは容易に指摘できる。たとえば、専らこの現実の傾向に適合するような主張をするか、逆にたとえば指名債権の本質論から何らかの歯止めをかけようとするか、それとも、指名債権自体の変質を積極的に考え、それに基づいた議論を展開するか、さらには、指名債権自体をいくつかのカテゴリーに分けて議論しようとするか……」といくつかの方向性を提示しておいた。(6)

以上の諸点から、本稿においては、民法四六七条の指名債権譲渡の対抗要件の規定の解釈論と現代の債権流動化の議論との関係の中で、債権譲渡論の向かう方向を検討し、またそれを私の解釈方法論の中で位置づける作業を試みたい。

(1) 後述の、いわゆる到達時説を明らかにした最判昭和四九年三月七日民集二八巻二号一七四頁が、わが国の指名債権譲渡判例法理上最も重要であると考えられる。

(2) 池田真朗・債権譲渡の研究（弘文堂、初版＝一九九三年、増補版＝一九九七年）。以下本稿では、池田・前掲書初版（同書増補版）と引用する。

(3) 前掲書に頂戴した書評として、五十嵐清・法学研究六六巻一一号（一九九三年）一三八頁、海老原明夫・法学教室一九九四年二月号六頁、さらに単なる書評というよりも方法論に関する一個の論文ともいうべき、大村敦志「『債権譲渡の研究』（池田真朗著）を読む―池田＝道垣内論争と『テクストの読み』としての法の解釈・研究」ＮＢＬ五三六号（一九九四年）四〇頁以下等がある。また、前掲書を中心に取り上げて論じられ、上記三点の書評・論評をも

対象とされた論文に、安達三季生「再論・法解釈学（実定法学）方法論と債権譲渡（四六七条・四六八条）に関する幾つかの問題—池田真朗教授の近著と三つの書評および私法学会ワークショップの討議に因んで—（一）（二・完）」法学志林九二巻（一九九五年）三号九七頁以下、四号一頁以下がある。

（4）道垣内弘人「民法学のあゆみ・池田真朗『指名債権譲渡における異議を留めない承諾㈠〜㈢完』」法律時報六二巻一〇号（一九九〇年）七八頁に対する池田真朗「論文批評における方法論の問題—道垣内助教授の批判に応えて」法律時報六二巻一二号（一九九〇年）一一八頁以下。ただしこの道垣内助教授の紹介と批評は、私の民法四六八条に関する個別論文「指名債権譲渡における異議を留めない承諾」法学研究六二巻七〜九号（一九八九年）（池田・前掲書第七章所収）を対象としたもので、私見の民法四六七条の対抗要件規定に関する諸論考に向けられたものではない。また、この時点では池田・前掲書は上梓されていなかったので、本稿に後掲する、池田・前掲書に書き下ろした「序説」の部分で方法論について述べたものは、同助教授の批評の対象となっていない。ちなみに、道垣内教授の「理論」観は、本稿に後述する平井宜雄教授の所説に近い印象がある。

なお、他に安達三季生教授が私見の四六八条一項論と安達説批判に対していろいろ長大な反駁をされておられる（前注の論文の他に、私の前掲書第七章の論文に対して安達「指名債権譲渡における異議を留めない承諾、再論—池田真朗教授および石田・西村両教授の批判に答えて—」（法学志林八九巻三・四号三頁以下）、さらに前掲書第八章の論文に対して安達「法解釈学（実定法学）方法論と債権譲渡の異議を留めない承諾—池田真朗教授の続稿に因んで—」法学志林九一巻四号（一九九四年）四三頁以下がある）。これらは安達教授の立場からは自説（仮定的債務者の処分授権の概念による構成）の存亡にかかわる必然の作業であろうが、私見の目的は本稿でも述べるように現行規定の解釈論にあり、安達教授のように独自の理論で現行民法の債権譲渡規定を（手形法理まで含めて）説明し直そうという試みとは異なる。私見はしたがって、解釈論（解釈適用論）の範囲で安達説を批判しているのであり、安達教授の独自の試みそれ自体を否定するものではない。そして、現行規定（具体的には民法四六七条と四六八条の両者）の整合的な解釈論としていずれが優れるかは、私見による解釈と安達説によるそれとを現実のさまざまな紛争場面（たとえば二重譲渡と異議を留めない承諾の関係、無留保の承諾があった場合の取扱い、等々）にあてはめて検証していただければおのずから明らかになろう（したがって近時学界において池田＝安達論争と呼ばれるものは、「理論」観についての方法論上の対立としては論争と呼んでいただいてよいかもしれないが、解釈方法論としてはその目的とす

るところにおいてすでに同一の平面にないようにも思われる）。

（5）①池田真朗「債権流動化と債権譲渡の対抗要件―包括的特別法の立法試案（上・下）」NBL五八五号（一九九六年一月一五日号）六頁以下、同五八六号（同年二月一日号）二五頁以下、②池田真朗「債権譲渡をめぐる今日的課題と民法理論」金融法務事情一四四八号（一九九六年四月一五日号）、③池田真朗「債権流動化と包括的特別法の立法提言―債権譲渡法制研究会報告書をめぐって（上）（下）」NBL六一九号（一九九七年六月一五日号）六頁以下、同六二〇号（同年七月一日号）一八頁以下。なお、①②の元になった学会報告（一九九五年一〇月九日、金融法学会）として、④池田真朗「指名債権譲渡法理の再検討―今日的課題と民法理論」金融法研究一二号（一九九六年四月）五一頁以下、同資料編⑿（一九九五年九月）九九頁以下がある。さらに、⑤池田真朗、角紀代恵、岩村充、小野傑（座談会）「債権流動化と債権譲渡の対抗要件―特別立法案とその留意点」金融法務事情一四四八号（一九九六年四月一五日号）四二頁以下も参照。

（6）池田・前掲書初版四三〇～四三一頁（同書増補版四八八～四八九頁）。

二　私見の民法解釈方法論の概略

私見の民法解釈方法論は、一口にいえば、解釈方程式の定数変数論とでも名付けるべき内容のものである。議論の出発点を明らかにするために、まず私見の方法論を前掲書『債権譲渡の研究』の「序説」から再掲したい。なぜなら、この「序説」の部分は前掲書出版の際に書き下ろした部分であったために、同書に収録した個別の論文を批評して下さった方々にも、一般の読者にも、十分に目に触れていない可能性があると考えられるからである。また、方法論の議論は、それが独立してなされただけでは不十分で、それをふまえた実践がなされていることが大切であると思われる。その検証作業を本稿で行うためにも必要と考え、いささか長くなるが、以下原文のまま再掲する。

「一般論として、我々が民法解釈学の上でまずなすべきことは、解釈論の出発点を正確に定めることである。解釈の対象が現行の条文にある以上、それは、各条文の規定する内容を正確に把握することから始まるのは、言うまでもない。各条文の規定する意味内容を正確に把握するためには、その起草の趣旨を検討し、さらに立法段階で参考とされた諸外国の類似規定等があればそれをも分析する必要がある、ということにも異論はなかろう。(註3)

それらは、考えてみれば、すべて当然のことである。その、当然の作業が果して十分に尽くされていたのか、というのが、指名債権譲渡論に関して私が最初に抱いた素朴な疑問であった。

本書においては、その疑問を出発点として、まず、指名債権譲渡の現行規定の立法（起草）趣旨とその沿革を探る。勿論、そこでの作業の結果が、解釈のすべてを決定するものではない。しかしながら、正規の立法理由書を持たず、立法過程の議事速記録さえ近年まであまり容易には参照できなかったというわが国の民法の特殊性、さらに明治期以前に近代法の伝統を持たずに西欧の民法規範を包括的に輸入せざるを得なかったわが国の法環境上の特殊性に鑑みると、この作業の重要性は、諸外国の民法学の場合と比較して、わが国ではより大きいものと考えられるのである。したがって、私は、解釈論の出発点の確定にかなりのエネルギーを割こうと試みたわけである。(註4) その意味で、本書の研究は、私なりの、歴史的な視座を基礎に持つ民法解釈論の創造を模索する過程を示すものであると言える。しかし、私の狙いは、あくまでも現行法の解釈論にあるのであるから、歴史的な分析は、それが有益な形で解釈論の根拠ないし補助資料となるものであることが望まれる。その、沿革や立法（起草）趣旨の分析が今日の現行法の解釈論にどう有機的に結合するかが、私の方法論における最大のポイントであり、それが本書の素材たる指名債権譲渡の分野において具体的に成功裡に提示されているかどうかが、本研究の価値を決定することになろう。

その点をもう少し具体的に述べておこう（以下は私の考える方法論の図式的な骨子に過ぎない。より詳細には、今後さらに個々の解釈論における実践を積み重ねてから論じたい）。沿革や起草過程の研究が、そのまま解釈論の決定要素となるケースは、それほど多くない。そうなるケースは、①立法段階での一般的な価値判断や各条文に盛り込まれた具体的な利益判断（つまり、どのような社会関係を前提にして、どのような価値をどのように実現し、どのような利益を

どのように保護する趣旨で制定されたか[註5]）に変更をもたらすような社会状況の変化が、現在に至るまで存在しておらず、②起草者の予定していなかった新しい問題が、現在に至るまで生起していない（いわゆる立法の欠缺がない）場合に限られるはずである。①②の点で変化の要素があれば、その分、解釈論も変更を迫られよう。ただ、ここで認識されなければならないのは、当初から現時点までの解釈論が、その規定の本来の趣旨を理解した上で形成されている、という、ごく当然の（はずの）前提があることである。もし、③現時点までの解釈論が、立法（起草）趣旨の理解の不十分さや、その後の学説の形成過程における外的要素（構造の異なった規定を持つ外国の民法学の影響等）によって、本来の趣旨と異なった形で提示されている場面があるとしたならば、[註6]（①②の検討を経る必要は勿論あるが）これもまた、沿革や起草過程の研究が、そのまま解釈論の決定要素になるケースとなりうるのである。いわゆる立法者意思説と法律意思説との対立の図式は、専ら①②の点をめぐって現れてくるように見える。しかし、私が強調したいのは、③のケースの存在である。これがいくつかの（私に言わせれば決して少なくはない）場面で存在するのが、わが国の民法学の一つの特徴であったのである。本研究が扱う、指名債権譲渡の部分がまさにそれに該当すると思われるのであるが、この点は読者の判断を待ちたい。

さらに論理を進めてみよう。右のようにして確認された各規定の本来の意味・趣旨は、たとえて言えば方程式の定数を示すものであり、そこに、今日までの社会状況の変化といったものが、変数として加わるか否かを判断し、変数が存在するならばそれを加えて今日の解釈を導くということになるわけであるが、それでは、我々にとって、外国法の比較・参照ということは、どのような意義を持つものとなろうか。

いわゆる比較法が、一国の社会制度や国民性等の理解にまで資する、豊かな地平を持つものであることは、何ら疑いがない。けれども、右のような解釈論の手法を採る者にとって、最も直接的に解釈に反映しうる比較法は、当該規定と、それが継受関係（ないしは強い影響関係）を持つ外国の対応規定との比較・参照であることになる（継受関係がなく、異なった構造を持つ外国法の参照は、たとえば当該規定自体の有効性の検証等には役立つが、現行規定の解釈論にとっては二次的なものにならざるをえない）。この場合に留意しなければならないのは、その継受の時点におけるわが起草

者の意図であり、加えて背景にある当該母国とわが国の社会状況の差異である。それによって、何が、いかに継受され、あるいは継受されなかったのかを分析する必要がある。そしてさらに、先に述べた方程式の定数・変数のたとえで言うならば、現代の解釈を導く参考とするためには、母国においても、（母国規定の）立法時ないし継受当時の（私見では原則的に継受当時のほうを重視するが）被継受規定の解釈と、その後の変数の存否を吟味した上での、被継受規定の母国における現代の解釈とを確認して、それをわが国の当該規定と比較することが必要かつ有益ということになる。

したがって、私の方法論のもっとも理想的な形では、(1)被継受規定の継受時の母国での解釈の検討、(2)継受時のわが国における立法（起草）趣旨および被継受国とわが国の社会状況（ないし取引社会の法的環境）の差異の分析、(3)わが国におけるその後の（解釈に影響を及ぼす可能性のある）社会状況の変化の有無の検証、(4)被継受規定の母国での解釈の変遷とその理由の吟味、の四点が考究されなければならないのである。さらに、わが民法の場合、かなりの数の規定においては、(1)と(2)との間に、独立の継受「法源」として(5)ボアソナード旧民法草案の吟味が入ることを見落としてはならない。ボアソナード草案は、決してフランス民法そのままではないからであり、そのことは本書において十分明らかにされていると自負するものである。

本研究では、この理想的な形に近づくべく努力を重ねたが、いまだそれを完全に具現しえたとは言いがたい。私が力を注いだのは、主に(1)(2)(5)の部分であり、(3)(4)の考究は、第六章等で個々に言及はしているものの、なお不十分と言わなければならないであろう。また、本書が使用する法典調査会民法議事速記録等の立法資料は、正確に言えば専ら草案の起草趣旨といわゆる議会提出案確定過程を明らかにするものであり、議会での審議過程を含んだいわゆる立法趣旨とは若干異なることも述べておかなければならないが、[註7] ただし本書の研究対象たる民法四六七条・四六八条については、第九回帝国議会では実質審議は全くなされていない。いずれにしても、少なくともわが民法の指名債権譲渡に関する規定の本来の姿を提示し、解釈論の今後の進展の基礎を確認する作業は、本研究でほぼ一通り終了したと考えるものである。[1]」。

以上のように、私見における解釈方程式の定数変数論は、数式で比喩的に書けば、定数が先に来る $y = k + f(x)$ で、$f(x)$ はゼロのこともある（また後述のように k が否定されてゼロになることもありうる）というものである。本稿では、以上の記述を、具体的に民法四六七条の解釈についてあてはめて検証した上で、この方法論を従来の解釈方法論の議論と比較して位置づけてみることにしたい。

（1）　池田・前掲書初版二～五頁（同書増補版も同頁）。ちなみに、同書引用部分の注記は、以下に掲げるとおりである（池田・前掲書初版八頁）。本稿の注との区別のために、前掲書引用部分に付された注は、（註3）のように表記する。

（註3）　星野英一「日本民法典に与えたフランス民法の影響（一）」日仏法学三号（一九六五年）三～四頁参照。

（註4）　わが民法には、ドイツ民法やスイス債務法におけるような、起草委員の手になる正式の立法理由書がない。いわゆる『民法修正案理由書』と題される書物は、意思表示の部分までは起草委員の手になるが代理以降は三人の起草委員補助者（仁井田益太郎、仁保亀松、松波仁一郎）の書いたもので、起草委員の検閲を経ておらず、「中ニ往々杜撰タルヲ免レサルモノ」がある（梅・民法要義の凡例の表現）とされる（したがってこの書は「未定稿本」とされ、発売および翻刻を禁じるとされた。「民法法典編纂事情を聴く座談会」における仁井田益太郎発言参照。法律時報一〇巻七号六五二頁）。それゆえ、立法（起草）理由を知るためには、本書でしばしば引用する、法典調査会での民法議事速記録（本書では日本学術振興会が昭和九年から一〇年にかけてタイプ印刷して、司法省ほかいくつかの大学に配付したものを使用した。以下、学振版と表記して引用する。また、本資料は最近商事法務研究会より復刻がなされているので、本書では、今後の参照の便宜のために、こちらの引用も加えておくこととした。こちらは、商事法務版と表記して引用する）などの立法原資料が大変重要な意義を持つ。その他には、起草委員の手になる体系書（梅謙次郎・民法要義〔全五巻〕（初版は巻之一総則篇・巻之二物権篇がともに明治二九年、巻之三債権篇が明治三〇年、巻之四親族篇が明治三二年、巻之五相続篇が明治三三年）、富井正章・民法原論〔三巻上まで〕（初版は第一巻総論が明治三六年、第二巻物権が明治三九年、第三巻債権総論上が昭和四年）。いずれも最近復刻がなされている）があるくらいである。民法修正案理由書については本書第一章第一節（註5）で再度触れるが、詳細は福島正夫・明治民法の

制定と穂積文書（昭和三一年）三五頁以下参照（同書も最近復刻がなされて、福島編・穂積陳重立法関係文書の研究（日本立法資料全集別巻1・平成元年）の第一部に収められている）。なお、法典調査会民法議事速記録をはじめとするわが民法の立法資料および法律取調委員会におけるわが旧民法の立法資料については、本書末尾の補章に、学術振興会版・商事法務版の両者を対比させつつ、解説を加えておく。

（註5）　星野・前掲論文五頁参照。

（註6）　星野・同論文一〇頁註（9）の示唆するところを参照。

（註7）　この関連で言えば、解釈方法論上の重要問題として、「立法者」とは何かという議論があるが、本書ではその議論に深く立ち入ることはせず、ただ「起草趣旨」と「立法趣旨」とが別のものであることを意識して記述するに止めている。

前掲書初版の註は以上の通りであるが、さらに、同書増補版八頁では、右の（註7）の文章の後に、括弧書きで、（立法者は立法機関の総体を指し、立法者意思とは定立された法の規範的内容そのものであるとの見解からすれば、私見の方法論は、その定立された法の発見にあたり、事実として把握しうる起草趣旨の探究から始める立場とだけ述べておきたい）との文章を付加している。

なお、引用中ボアソナード旧民法草案を独立の「法源」と呼んでいる点については、池田・前掲書初版一三頁（同増補版も同頁）（註9）に、「「法源」という用語を用いたことにつき一言すると、杉山直次郎博士は、ボアソナード旧民法典およびその草案は、明治民法典の適用に至るまで、条理のかたちで（raison et équité の表現として）裁判の基準になっていたとし、わが国で実質上の効力を持った最初の民法典は、ボアソナード法典であると述べている（Sugiyama, N., Contribution apportée au Nippon par le Professeur G. E. Boissonade in Ma mission en France. p. 95-96)）」と解説しておいたが、同書増補版では、同一内容でより明瞭に「ボアソナード草案は、決して単なる草案ではなかった。現実に適用された真の法源であったのである」と表現されている杉山直次郎「洋才和魂の法学者、ボアソナード尽瘁半生の生涯」帝国大学新聞六四九号・昭和一一年一一月二〇日の引用に差し替えている）。

三　私見の方法論の民法四六七条における実証

右の私見の方法論の民法解釈方法論上の位置づけは次の四で行うことにして、この方法論が指名債権譲渡の対抗要件を規定する民法四六七条の解釈にどのようにあてはめられたのかをまず概観しておきたい。

(1)　民法四六七条の対抗要件の基本構造

最初に、私見が強調した、「解釈論の出発点」について、わが国の学説を振り返ってみよう。本稿の最初にも記したように、債権譲渡の規定の最大の意味は、物権変動における一七七条と同様に、当事者（譲渡人・譲受人）間の合意だけでなしうる権利移転を第三者に対抗するために一定の手続を要する対抗要件主義を採っていることである。それであれば、解釈上最初に論じるべきは、四六七条の定める、債務者に対する通知または債務者による承諾が必要でかついわゆる対第三者対抗要件としてはそれを確定日付のある証書でしなければならない、という対抗要件の基本構造の意味であるはずである。そして、物権変動と異なるところとして、債務者に対する対抗要件（四六七条一項）と第三者に対する対抗要件（同条二項）がなぜ分けられているのか、という点の説明である。しかるに、たとえば、永く民法学界の最高峰と称賛された体系書である我妻栄『新訂債権総論』[1]においても、この「対抗要件の意味・構造」（なぜ債務者に対する通知または債務者による承諾なのか）については一行も語るところがないし、なぜ一項と二項とを分けているのかについても、「ドイツ民法やスイス債務法はかような区別を設けていない。両法が譲渡についての善意・悪意を標準とすることに対し、わが民法が通知・承諾という画一的標準をとったことは優れていると前に述べたが、債務者とその他の第三者とを区別する点は、果して適当なものか疑わしい[2]」と述べるだけでそれ以上の検討をしていない（しかも、「ドイツ民法やスイス債務法はかような区別を設けていない」という一文は、あたかもドイツ民法が債権譲渡の対抗要件の規定で対債務者と対第三者を区別しない規定を

持っているかのように読めるが、ドイツ民法はそもそも債権譲渡について対抗要件主義を採っていない[3]ので、かなり誤解を招く記述である）。

しかし、民法四六七条については、立法過程と沿革の検討から、四六七条がボアソナード旧民法財産編三四七条（ボアソナード草案三六七条）を継受したもので、そのボアソナード草案三六七条は（これについては梅起草委員が、旧民法正文財産編三四七条よりもそのボアソナード草案三六七条のほうが良いということを明言している[4]）フランス民法一六九〇条を継受したものであることが非常に明白な形で論証しうる。

そこでフランス民法一六九〇条から順に考察してくると、規定の形態は、当初フランス民法の段階では対第三者と対債務者が一本で厳格な規定であったものが、債務者に対する関係だけなら簡略化していいという判例・学説上の流れがあり、日本民法起草の段階で条文上も二つに分かれたということがわかる。すなわち、フランス民法一六九〇条では対第三者と対債務者を分けない、厳格な対抗要件（債務者に対する執達吏による送達か公正証書での債務者の承諾）が現在も規定されており、これを、一九世紀後半のフランスの判例・学説が、承諾について債務者に対する関係だけなら公正証書でなく私署証書で良いとした[5]。ボアソナード草案と旧民法正文の段階までは対第三者と対債務者を分けて規定していたのを、現行民法起草者は右のフランスの判例学説を評価しつつ四六七条一項二項を起草するのである[6]。したがって、沿革的に考察するならば、日本民法の四六七条は二項のほうが原則型を示し、一項はその中の対債務者に関する場面に限って要求を緩めて出来上がった規定であるということもわかるのである[7]。

さて、このフランス一六九〇条の対抗要件の基本構造について、フランスの通説は、「最初に、債務者が通知（フランス民法一六九〇条では執達吏による送達）または承諾（同じくフランス民法一六九〇条では公正証書による承諾）によって譲渡の事実を認識する、そして次に、他の第三者が、当該債権にかかわっていこうとするときに、

その債権の存否等を債務者に問い合わせることによって譲渡を知る、つまり、通知（送達）・承諾は、譲渡を知らしめる一種の公示の役割を果たす」と説明している。[8] 債務者に譲渡の認識を与えることを第一段階の公示と考え、その認識を基軸として、そこへの第三者の問い合わせによって間接的に第二段階の公示が果たされるというのである。そして、これと全く同様な説明をボアソナードがし、[9] 梅もその著書の中でしている。[10] したがって、このような沿革や起草者の説明を検討すれば、四六七条の「債務者の認識を基軸とする対抗要件」という説明は簡単に導けるのである。

これをわが国で戦後最初に強調したのが、最判昭和四九年三月七日民集二八巻二号一七四頁である。[11] いわゆる到達時説を採った判例で、その後到達時説は学界の通説になる。しかし、同判決のいう、「民法の規定する債権譲渡についての対抗要件制度は、当該債権の債務者の債権譲渡の有無についての認識を通じ、右債務者によってそれが第三者に表示されうるものであることを根幹としているもの」という説明は、二重譲渡の紛争を解決するために四九年判決の裁判官が考案したものではない。梅が言い、ボアソナードが言い、フランスの通説が言ってきたものである。これは、基本構造を正しく理解していれば当然に導かれる解釈であった。それが昭和四九年まで、わずかの例外を除いてはほとんど意識して語られることがなかったのである。[12] この点においては、学説は解釈の出発点の確認を怠ったために遠回りをした（あるいは、学説の進展に大きな時間的空隙ができた）ということが明確に指摘できよう。

(2) 指名債権の二重譲渡と優劣の基準

右に述べたように、指名債権の二重譲渡と優劣の基準について、わが国の多数説は、昭和四九年判決以降、それまでの下級審判決が採っていた確定日付説を否定して到達時説を採るのだが、この、到達時説に対しては、債

務者の認識を基軸とする点はこの対抗要件の基本構造にかなうのだが、確定日付という、条文が採用している優劣決定のための方式を単なるそえものにしてしまったという批判が当然に成り立つ。この点についても私見は、本来フランス民法の定める執達吏による送達なら、（方式は面倒ではあるものの）送達時の確定日付が送達証書に残るため、到達時と債務者の認識時とが乖離しないことを確認した上で[13]、本来制度趣旨からして最も適切なのは到達時を確定日付で証明させる到達時確定日付説であることを主張し[14]、ただ現行の郵便実務の事情等（わが国の配達証明は配達の事実の証明にすぎず配達時を表さない）から、教科書での記述では、次善の策として到達時説でよいだろうとしている[15]。

さらに、到達時を優劣決定の基準としても、通知の同時到達（または到達の先後不明）という、対抗要件において優劣の決定できない場合が出てくる。これは立法者の想定していなかった、いわば立法の欠缺の部分ということができる。したがって、基本的には学者の自由な議論の対象になるはずで、実際にも、このケースを扱った最判昭和五五年一月一一日民集三四巻一号四二頁[16]が、二重譲受人のいずれも債務者に対して全額の弁済請求をなしうると論決しつつ、その理論構成を明示しなかったので、多数の学説の提示された一大争点となったことは周知の通りである[17]。

ただ、ここでも私見は、債務者の認識が基軸となる対抗要件を採用した立法の趣旨の外延を考えて解釈論を展開するという方法を採り、通知同時到達のときに発信時や譲渡時という他の基準を立てることは立法者において予定されていないということから、到達時説からそれら別の基準に進む安達説[18]と石田（穣）説[19]を否定している。つまり、そもそも四六七条の採用する対抗要件主義というのは、譲渡時の優先劣後ではなく、対抗要件具備時すなわち通知ならば到達による債務者の正式な認識時を基軸にするのであるから、債務者の了知しがたい譲渡時や、債務者の認識時点と乖離する通知発信時など別の基準を持ち出すのは対抗要件の基本構造と相いれない考え方で

あるとして排除するということである。[20]

(3) その他

その他私見は、起草者の見解や沿革の考察から理解される対抗要件の基本構造にもとづいて、通知の主体（本来譲受人からもできることになっていたものを、日本民法では、通知の方式を簡略化したので、虚偽の通知を防ぐために譲渡人からと規定されたもので、権利確保の必要性からは譲受人もできるとするのが合理的である）、対抗要件の強行規定性（近年の多数説は、四六七条一項は任意規定として通知省略の合意等をしてよいとしていたが、差押債権者など、利害関係のある第三者の出現が否定しきれないことから、四六七条は一項も二項も強行規定と考えたほうがよい）等につき論じているが、紙幅の関係から詳細は省略する。[21]

(1) 我妻栄・新訂債権総論（民法講義Ⅳ・昭和三九年・岩波書店）の指名債権譲渡に関して記述される五一四頁～五五四頁参照。

(2) 我妻・前掲書五二九頁。本文引用箇所の直前の部分は、「債務者に対する対抗とは、要するに、債権者が変更したということを債務者自身に対して主張することである。これに対し、債務者以外の第三者に対抗するとは、同一債権について二重に譲り受けた二人の者、譲り受けたもの差し押さえた者などのように、両立しない権利関係に立った者の間の優劣を決定することである。これを不動産物権の変動の対抗要件に比較すると、後者は、まさに対抗の問題であるに反し、前者は、必ずしもそうではない。然し、不動産物権の変動においては、ともに登記であるから、同一にとり扱ってもさまで混乱を生じないのに反し、債権の譲渡では、一方は確定日付を要し、形式が異なるので、その間にいささかの混乱を免れないようである」という記述である（同書五二九頁。二行割註を二カ所省略）。ここまでの分析はもとより正しい。

(3) ドイツ民法が指名債権譲渡において採用しているのは、譲渡人と譲受人との債権譲渡契約のみで当事者および第三者にまで譲渡の効力を生せしめ、その上で債権譲渡を知らすに不利益を被る善意の債務者および第三者を個別規定

で保護するという、個別債務者保護主義とでもいうべき構造である。池田・前掲書初版一六頁（同増補版同頁）。

(4) 池田・前掲書初版二〇頁（同増補版同頁）。私は同書でさらに、草案三六七条が財産編三四七条となる際に法律取調委員会の翻訳・審議過程で不十分な表現に改悪されてしまう経過を詳細に論証している。前掲書初版二二頁〜二五頁、三二頁〜三四頁（同増補版同頁）。

(5) 池田・前掲書初版七〇頁（同増補版同頁）。

(6) 池田・前掲書初版八四頁（同増補版同頁）。なおこの段階ではわが国において確定日付付与制度（その時点でまだ成立していなかった）に対する反対が強く、これも起草者の考慮の内にあったと考えられることも同書で論証している。前掲書初版八六〜八九頁（同増補版同頁）。

(7) 池田・前掲書初版九六〜九八頁（同増補版同頁）。したがって私見は、規定の修文上先に一項が対債務者と対第三者に共通する要求内容を規定していることを十分理解した上で、そのような二項原則という沿革的な理由と、権利移転の対抗の問題としては第三者対抗が重要であり、債務者に対する対抗というのは、債権である以上債務者に対して権利行使が可能でなければならないというところから出てくる債権特有の「権利行使要件」であるという実質的な理由から、実際に教科書での四六七条の一項二項の説明においても、二項の第三者対抗要件から先に説明している。甲斐編・債権総論（一九八七年・法律文化社）二七〇頁〔池田執筆〕、野村・池田他・民法Ⅲ—債権総論〔第二版〕（一九九六年〔初版一九八八年〕・有斐閣）一七八頁。この私見に対して反論する安達教授は、「私は現行四六七条の規定の仕方（一項と二項の順序）は合理的であり、妥当だと考える。一般的に考えて、論理的に（歴史的にではなく）原則的なものを先にし、そして例外的なものをその後に、規定し、また実体的・実質的なものを先に、手続き的・形式的なものをその後に、規定するのが合理的で正しい規定の順序だとすれば、まさに四六七条の規定の仕方はそれに従っている」とあくまでも一項が原則であるように述べ、「それは物権変動における一七六条と一七七条の関係と同様ではなかろうか。一七六条が意思主義の原則を規定しており、そしてこの規定だけならば、当事者・第三者を含むすべての人に対する関係で意思表示のみによって物権変動の効力を生じる。しかし一七七条は登記をもって物権変動の第三者に対する対抗要件と定めることによって一七六条を制限している。（中略）指名債権譲渡についても債権移転の効力は意思表示だけで生じることを前提にしたうえで、四六七条一項は、債務者を含む第三者に対する対抗要件として通知・承諾を規定することによって意思主義の原則を制限しており、そして第二項はこれを受けつつ、通

知・承諾の日付の遡記を抑え、債務者以外の第三者間の公平をはかるために、確定日付ある証書による通知・承諾を債務者以外の第三者に対する対抗要件となし、これによってさらに第一項を制限している。そして右の意思主義の原則と一項および二項をどう調整するかについても判例・学説は苦心しているわけである。四六七条の一項と二項との順序を逆にすることは一七六条と一七七条の順序を逆にするようなものではなかろうか」（安達・前掲再論（一）一〇五頁）と述べられるが、しかしこの反論は、私が指摘するまでもなく、債権譲渡の効力要件と対抗要件とを混同している。「物権変動における一七六条と一七七条の関係と同様」で「四六七条の一項と二項との順序を逆にすることは一七六条と一七七条の順序を逆にするようなもの」という安達説によると、四六七条一項が物権変動における効力要件の規定たる一七六条と同様な債権譲渡の効力要件の規定となってしまうが、債権譲渡の効力要件については、（安達説自身が右引用部分の中程で述べるように）明文はないが物権変動と同様に意思表示だけで権利が移転し、その対抗要件について四六七条で二種類を定めているとみる（たとえば我妻・新訂債権総論五二八頁、明石三郎・注釈民法(11)（一九六五年）三四二～三四三頁等）のが、通説というか民法学界の共通の認識であろう。

(8) 池田・前掲書初版六四頁（同増補版同頁）参照。なお、この公示システムはわが国ではその不完全さが強調されたり、公示が不要であるとの主張がなされたりするが、フランス本国では、債権譲渡の対抗要件における公示の必要性は今日まで一貫して要求されている（筆者が一九九七年七月にパリで行った聞き取り調査の際に面談したパリ第五大学のルジェ教授も、公示の必要性を説き、フランス民法の債権譲渡規定の特別法たるダイイ法においては公示が果たされないことを一大欠陥であると述べていた。ちなみにルシェ教授は一九八四年に博士号を取得した若手で、著作として、二つの賞をえたポワチエ大学提出の学位論文 Legeais, Les garanties conventionelles sur créances (1986) がある。

(9) Bissonade, Projet de Code civil pour l'Empire de Japon, accompagné d'un commentaire, 2e éd., t. 2, no 177., 池田・前掲書初版七九頁（同増補版同頁）。

(10) 梅謙次郎・民法要義巻之三債権篇二〇三頁、池田・前掲書初版一一二～一一三頁（同増補版同頁）参照。なお、民法要義は起草者の著した著作としての重要性は持つが、起草趣旨を直接に示す資料として評価することはできない。起草趣旨の理解のために最も重要な資料は、法典調査会議事速記録における、各条文の審議の冒頭での起草委員の説明である（法典調査会に提出された甲号議案は、三起草委員の分担起草合議定案によるが、大体はそのうちの分担起

草者が最初の趣旨説明をしている）。

(11) 同判決は、「民法四六七条一項が、債権譲渡につき、債務者の承諾と並んで債務者に対する譲渡の通知をもって、債務者のみならず債務者以外の第三者に対する関係においても対抗要件としたのは、債権を譲り受けようとする第三者は、先ず債務者に対し債権の存否ないしはその帰属を確かめ、債務者は、当該債権が既に譲渡されていたとしても、譲渡の通知を受けないか又はその承諾をしていないかぎり、第三者に対し債権の帰属に変動のないことを表示するのが通常であり、第三者はかかる債務者の表示を信頼してその債権を譲り受けることがあるという事情の存することによるものである。このように、民法の規定する債権譲渡についての対抗要件制度は、当該債権の債務者の債権譲渡の有無についての認識を通じ、右債務者によってそれが第三者に表示されうるものであることを根幹としているものである」と述べ、さらに同条二項が確定日付を要求しているのは債務者の表示を信頼して譲受人が譲り受けた後に譲渡人たる旧債権者が日付を遡記した通知承諾を捏造したりすることのないようにしたもので、「前示のような同条一項所定の債権譲渡についての対抗要件制度の構造に何らの変更を加えるものではない」と説示する。同判決には多数の評釈があるが、私見の評釈については、前掲書初版一五五頁以下（同増補版同頁）。

(12) 安達教授は、判例としてすでに大審院時代に到達時説を採ったものが一つあるとして、大判昭和七年五月二四日民集一一巻一〇二一頁（判民昭和七年度八〇事件・我妻評釈）を挙げるが（安達・前掲法学志林九二巻三号一一五頁。安達教授はそこで、「ただしこの判例ではこの問題は他の問題のかげにかくれ、判例集のうえでも判旨（ママ）事項となっておらず、殆ど注目されなかった」と述べている）、この紹介は正確ではない。「債権譲渡ヲ対抗シ得サル譲受人ニ対スル弁済ト民法四百七十八条ノ適用」を判示事項として掲げるこの昭和七年判決の事案は、①まずAからBへの債権譲渡について確定日付のない口頭の通知が第三債務者Cに対してなされ、②次に当該債権についてDの差押転付命令が第三債務者Cに到達し、③それにわずか数時間遅れて最初の債権譲渡について確定日付のある通知がCに到達したというものである。この場合に②と③を比較して②の差押転付債権者Dが譲受人Bに優先する、というのであれば到達時説を採った判例と評価できるが、この判決は、①と②を比較して、譲受人Bが確定日付のない口頭の通知だけをして第三者対抗要件を具備していないうちにDが差押転付命令を得た、ということで②のDを優先させている（結論的には第三者債務者Cが譲受人Bに支払った弁済は債権準占有者に対する弁済といえないとした）ものなのである。判決としては確定日付のある第三者対抗要件が二つ並んだ場合の優劣を判断しているものではない（詳細は池

田・前掲書初版二四〇頁、同増補版同頁参照。念のため判例集に掲げられた同判決の判決要旨を掲げておくと、「債権譲渡ノ通知カ確定日付アル証書ヲ以テ為サレサル為其ノ債権譲渡ヲ以テ該債権ニ付差押並転付命令ヲ得其ノ送達ヲ了シタル第三者ニ対抗スルコトヲ得サル場合ニ於テ第三債務者カ右債権譲受人ニ対シテ為シタル弁済ハ債権ノ準占有者ニ為シタル善意ノ弁済ト謂フヲ得サルモノトス」というものである。安達教授は私見に対する反論の文脈の中で、この昭和七年判決が「到達時説を採っていた」と強調されるのだが、既に別の点でも指摘したように（池田・前掲書初版四四三頁以下、同増補版四八一頁以下）、原資料のより正確な読解が要求されよう）。

また、昭和四九年判決が出される前の段階で、安達「債権譲渡の対抗要件」民法の判例〔第二版〕（一九七一年）一一八頁は、大判昭和七年一二月六日民集一一巻二三号二四一四頁の解説の中で、梅・民法要義の四六七条の説明（ここで問題とする債務者への問い合わせと回答にかかわる部分を含む）を掲記し、「右のごとき立法の趣旨は、大体において、その後の判例・学説に受け容れられている」とするが（同一二〇頁）、そこに挙げられている体系書（鳩山・我妻・柚木）と判例評釈（舟橋）のうち、鳩山・日本債権法総論と舟橋評釈（舟橋・判批・民商一巻二号八五頁）にはこの債務者への問い合わせと回答による公示について触れられているが、柚木・判例債権法総論下と我妻・新訂債権総論には該当する表現が見当たらない。なお舟橋評釈は、この梅要義の問い合わせと回答の部分の記述を引用しているが、「民法第四六七条第二項にいふ第三者」と題されたこの評釈（大判昭和九年六月二六日民集一三巻一五号一一七六頁についてのもの）は、梅要義の記述のその後に続く、確定日付を要求する理由の説明を引用・考察することに主眼があったもので、舟橋評釈は、「すなわち、民法は、確定日付ある証書そのものをもって直ちに第三者を保護せんとしたのではなく、直接には通知承諾をもって第三者を保護せんとし、ただこれを効果的ならしめんがためいはば附随的に、確定日付を要求したにすぎない。この故に、いかなる範囲の第三者を保護すべきかの問題は、通知承諾なる制度の存在理由を中心として、すなはち民法第四六七条第一項を中心として考察せらるるべきであり、確定日付制度を中心として考ふべきでない」と続くのである（この舟橋評釈の詳細な評価については、池田・前掲書初版五五頁註（4）、一〇三頁註（1）（同増補版同頁）参照）。したがって、安達教授の挙げるこれらの資料からも、（右引用の舟橋説などはその趣旨につながると思われるが）「債務者への問い合わせと回答による公示」という部分の立法趣旨がわが国のその後の判例・学説に十分に自覚的に受け容れられていたとまでは必ずしも論証できないように思われる。

なお、安達教授は、私の前掲書の第三章の中で安達教授の評釈（安達・民商七二巻二号一〇二頁）が到達時説を採った学説として紹介されていない（確定日付説のように誤解される）とご不満を述べておられるが（安達「再論・法解釈学（実定法学）方法論と債権譲渡（四六七条・四六八条）に関する幾つかの問題（一）」一一三～一一四頁）、私見は安達説を確定日付説として分類しているわけではもちろんないし（第三章では明治三六年判決と大正三年判決の比較のところで安達教授の文章を安達教授の表現通りに引用しているだけである）、安達教授の説は、到達時説ではあるのだがその先の同時到達のところで別の基準を持ち出されるので（同評釈一二一～一二二頁、この後の本稿本文(2)と注（18）参照）、私は、純粋の到達時説と区別して分類し、前掲書第四章の一三八～一三九頁（増補版同頁）に右評釈を明示して引用し、石田（穣）説と並べて批判を加えているのである（民商法雑誌の掲載頁数について誤植のあった点をお詫びする）。したがって、前掲書第三章で安達説が到達時説として明示されていないのは、恐縮ながら私の恣意的な処理ではなく、安達教授ご自身の説の故である。

(13) 例外的に送達に代わるものとして特別法で認められる受取通知請求付書留郵便でも、到達時と債務者の認識時はほぼ乖離しないで証明される（池田・前掲書初版一一八頁、同書増補版同頁）。

(14) 池田・前掲書初版一二五頁、同書増補版同頁

(15) 野村・池田他・民法Ⅲ—債権総論〔第二版〕一八九頁。池田・前掲書初版一二九頁注（29）（同書増補版同頁）も参照。

(16) これも評釈は多数ある。池田・前掲書初版一六七頁以下（同増補版同頁）参照。

(17) 池田・前掲書初版一三一頁以下（同増補版同頁）参照。さらにその後、最判平成五年三月三〇日判タ八二〇号一八五頁は、到達の先後が不明である債権譲渡通知と債権差押通知とが競合し債務者が供託した事例につき、差押債権者と譲受人は、「公平の原則に照らし、被差押債権額と譲受債権額に応じて供託金額を案分した額の供託金還付請求権をそれぞれ分割取得する」と判示した。池田・前掲書増補版二六一頁以下参照。

(18) 安達説は、同時到達の場合は、二項の基準によれないので、原則にかえって一項の単純な通知の先後で決め、それでも決定できなければ事実上の譲渡の先後で決めるという説である。安達・前掲民商七二巻二号一二一～一二二頁。しかし、事実上の譲渡の先後では債務者が了知しえない（かつ立証上も問題が生ずる）し、一項の単純な通知も、私見の考察からは少しも「原則」ではないのである。

(19) 石田穣説は、同時到達の場合には、最初に対抗要件を備えるべく努力をした者が保護されるという発想から、確定日付ある通知の発信時の先後で決め、発信も同時なら実際の譲渡時の先後で決める、譲り受けも同時なら分割債権になる、というものである。石田穣・NBL二〇三号四〇頁。

(20) 池田・前掲書初版一三八頁（同増補版同頁）。

(21) 通知の主体について、池田・前掲書初版二一〇～二一一頁（同増補版同頁）、一項二項の強行規定説について、池田・前掲書初版九八～九九頁（同増補版同頁）参照。

四　私見の方法論の位置づけ

(1) 大村助教授の位置づけに対して

それでは、先に掲げた私見の方法論が、既存の解釈方法論との対比においてどう位置づけられるものかを検討したい。これについては、前掲書出版後に前掲書を対象に詳細な論評を加えて下さった大村助教授の論文[1]を中心に取り上げたい。

大村論文は、立法者意思説を実証的立法者意思説と構成的立法者意思説に分け、法律意思説を断片的法律意思説と統一的法律意思説に分けるという四分類にたって論理を展開する。そして、この分類に基づいて私見を分析して、池田説は構成的立法者意思説に近いと思われるが、実証的立法者意思説のようなところもあり、立法者意思説かどうかわからないところもあると評価されている[2]。

この評価については、右の大村論文の分類からすれば、大筋その通りになるのであろうと申し上げたい。つまり、私見の解釈方程式定数変数論は、大村論文のいう構成的立法者意思説と実証的立法者意思説とのどちらの要素も持ち、かつ全体としては（変数論を入れる部分で）そのどちらでもない。また、定数部分を探究するのに起

草趣旨や立法沿革（起草者の参考にした継受関係のある母法たる外国法など）を探究する点でもいわゆる立法者意思説からは「はみ出す」のである。

ただ、ここで次のことをはっきり述べておく必要があろう。確かに大村論文は、前掲書所収の私の各論文について大変詳細に読み込んで下さっている。私の見解と道垣内助教授の見解についての考察も客観性を持って公平に記述されようとなさっている。しかし大村論文を読まれた方は、結局私見の方法論ははっきりしない不徹底なものであるという印象を受けるのではないかとの懸念があるのである。(3)

なぜそうなるかというと、大村論文の四分類は確かに方法論の分類に関する伝統的な考え方を土台にしてはいるのだろうが、しかし私見はもともとそのうちのどれかに身を置こうと考えて私見の方法論を立てているわけではないので、そのどれかに入れようとされてもうまく入らないのである。さらにいえば、私見が前掲書で、「沿革や起草過程の研究が、そのまま解釈論の決定要素となるケースは、それほど多くない」として、どういうケースがそうなるかというところで、①「立法段階での一般的な価値判断や各条文に盛り込まれた具体的な利益判断（どのような社会関係を前提にして、どのような価値をどのように実現し、どのような利益をどのように保護する趣旨で制定されたか）に変更をもたらすような社会状況の変化が、現在に至るまで存在していない場合」と②「起草者の予定していなかった新しい問題が、現在に至るまで生起していない（いわゆる立法の欠缺がない）場合」以外に、③「現時点までの解釈論が、立法（起草）趣旨の理解の不十分さや、その後の学説の形成過程における外的要素（構造の異なった規定を持つ外国の民法学の影響等）によって、本来の趣旨と異なった形で提示されている場面」を挙げ、この③の場面も「（①②の検討を経る必要は勿論あるが）沿革や起草過程の研究が、そのまま解釈論の決定要素になるケースとなりうる」としていることを再度確認していただきたい。このようなケース（私見では指名債権譲渡はまさにそのケースである）も検討の視野に入れて、私の方法論は設定されているのである。この③は、

解釈論のあり方として旧来の立法者意思説と法律意思説の対立が図式的に語られる場合に、必ずしも念頭に置かれていなかった状況である。いわばそこでは、当該条文についての解釈論の発達内容に「ねじれ」や「不連続」が見られるのである。私見の方法論はこれを是正することも視野に入れている。(4) このことも、私見を旧来の立法者意思説のどれかに分類することを困難にしているであろう（この点について大村論文は、序説の当該部分の紹介はしてくださっているが、議論を一般化しようとするためか、それ以上の言及は何もしておられない）。

私見の方法論につき再説する前に、若干、立法者という用語について触れておく必要があろう。立法者は起草者とは異なる。立法者というのは具体的には立法機関の総体をいうのであって、人格としての起草者ではなく、起草者の起草趣旨は、立法の経過の中で各段階の立法機関での検討を経て多くの場合少しづつ変容していき、最終的に立法機関の総合的な意思としての各規定の立法趣旨、つまりその立法が何をどう規定しようとしたか（その立法の目的としたところ）が定まってくるのである（ただし、前掲書でも述べたように、わが民法の条文の中には、立法段階で実質審議がほとんどなく、起草者の起草趣旨説明と法典調査会での審議によって立法趣旨のほとんどが推定される場合もある）。その意味で、「立法者意思」とは抽象的な機関意思であって、起草者の主観的意思（心理的に起草者個人がどう考えていたか）とは明らかに異なるのである。私見が起草趣旨とか起草者の意思という場合には、立法者意思の探究資料としてそれらを評価しているということである。前掲書において立法者と起草者の用語法に厳密な定義をしておかなかったのは私見の不備であるが、前掲書全体において、両者が異なるものであるとの区別はつけていたつもりである。

さて、この点大村論文には起草者と立法者の区別が全くない。両者が異なることはおそらくは大村助教授も当然と考えておられるのであろうが、同論文の記述では、その点にいささか疑問が生じるのである。まず同論文は、立法者意思説を「実証的立法者意思説」と「構成的立法者意思説」とに分けるのだが、同論文のいう実証的立法

者意思説の定義として、「歴史的な事実、心理的な事実として「立法者意思」を探求するという考え方である。この考え方においては、「立法者」が実際にどう考えたかが重要である」と述べている。[5] そうすると、大村説のいう実証的立法者意思説というのは、起草者や立法担当者の主観的意思を探求する説（いわば起草者意思説）ということになろう。立法者を立法機関の総体と捉えるならば、すでに「心理的な事実」というのは探求しがたいはずであるからである。次に同説は、同説のいう構成的立法者意思説の定義として、「「立法者」の立場にたって法テクストを読むという考え方である。この場合に想定される「立法者」は法テクストの「作者」「名義人」として想定される抽象的な存在であり現実の「立法者」ではない。「立法者意思」は解釈者によって一貫したものとして構成されることになる。」と述べている。[6] この中の「「立法者」は法テクストの「作者」「名義人」として想定される抽象的な存在であり現実の「立法者」ではない」という表現は、大村助教授が「現実の立法者」の定義をどうつけられるのかが不明なのだが、かなり「現実の起草者や立法担当者（主観的意思を持っている存在）」というものを意識した表現と理解されるであろう。こういう説も成り立つとは思われるが、私見は、立法者意思説の論者においては、「立法者は立法機関の総体を指し、立法者意思とは定立された法の規範的内容そのものであるとの見解」（池田・前掲書増補版八頁の表現）が当然にあると考えるものであり、この場合の立法者意思説とは、何が抽象的な意味の立法者によって規範として定立されたのかを追究する説であって、この場合の立法者は（「現実の立法者」に違いないのだが）すでに心理的な要素を持った個別的人格ではありえないのである。その点で大村説の構成的立法者意思説の定義には（立法者と起草者の区別のあいまいさという点で）若干の違和感を覚える。

これだけ前置きを述べてから私見の解説に入ろう。最初に要約すれば、私見は、起草者の見解（起草趣旨）は歴史的事実であり、立法者意思はそれとは異なり、立法機関の総体の抽象的意思として規範的に捉えられるべきという見解に従う。しかし立法者意思を探究する手掛かりとしては起草者の見解が大きな参考とされるべきであ

り（少なくとも、条文によってはそういうものがある）、また同様に起草者が評価していた当該規定のオリジンとなる外国法などがあればそれも参考にされるべきである、という立場なのである。

私見は、起草者の見解や議会での審議記録等は、（完全な形ではないにせよ）当時の記録から客観的事実として見出しうるものであるからこそ、しっかりと確定しておくべきと考える。そしてその事実を確定したところから解釈の仕事が始まると考える。この意味では私見は、大村説のいう実証的立法者意思説のする「作業」はしている。しかし、実証的立法者意思説はその「作業」の結果で解釈までが確定してしまうのに対し、池田説は、その実証研究の結果を、立法趣旨の確定の重要な資料として用いるのである。したがってここで、起草者が評価していた被継受母法の規定の検討作業なども加わる。これは何を目指すものかといえば、私見のいう方程式の定数部分、を総合的に把握しようとするためである。この段階における「総合的作業」は、大村説のいう構成的立法者意思説すなわち、いわゆる抽象的存在としての立法者が当該条文において何を規定しようとしたのかを探究することに近いものであるが、かつその枠を超えるものである。大村説は、池田説が起草者の見解よりもその前のフランス民法やボワソナードの見解を重視しているところがあると述べ、「このような解釈方法論は、それ自体としては不可能ではないと思われるが、立法者意思説とは呼びにくい」と述べているが、[7] これは、私が前掲書の当該箇所にも明記した通り、起草者が当該規定の起草にあたってオリジンとして評価していた外国法や旧民法のものだからその検討を行うのであって、そのような場合の被継受母法（としてはっきりしているもの）の規定の検討は、私見の解釈方程式定数変数論からすれば、定数部分の確定作業として当然に出てくるものである。私見が解釈方程式の定数とする立法（起草）趣旨の確定には、起草者自身の主観的意思だけが材料となるものではなく、立法沿革の検討が含まれる場合も当然にあるということになる。さらに細かくいえば、穂積陳重ら日本民法の起草者は、あくまでも「既成法典」すなわち旧民法典の「修正作業」をしたのであり、[8] その際に、旧民法正文より

も旧民法草案におけるボアソナードの見解のほうがよいとしているのであれば、起草趣旨ないし起草者の見解の中には、沿革的に旧民法典だけでなくそのボワソナード草案を取り込む（少なくとも積極的に評価する）ことが示されているはずである。そして、それがその後の法典調査会等の会議でも支持されているのであれば、これらを広い意味の立法趣旨の判断要素に含まれると評価していいはずである。

私見は、このようにして解釈論の定数、つまり出発点を確定した上で、さらに、これに加えるべき社会変化等の変数の有無を探究する。この変数の存在を有為と認める場合（立法段階で予想されていなかったと考えられる、社会環境の変化や取引形態の出現があって、立法時の理念や目的がそのままでは通用しないか、不足であると考えられるに至った場合がこれに当たる）には、私見は法律意思説の方法にその分接近するのである。ただし、出発点の確定を必然の作業として設定する以上、私見はいわゆる立法者意思説（そのどのような流派であっても）の発想を評価するものであることに違いはなく、その意味で、最初から起草趣旨や立法沿革に拘泥せずに自由に法解釈を展開してよいとする法律意思説（法律意思説がそういうものだと措定しての話であるが）とは厳格に一線を画するのである。

以上の次第であるから、立法者意思説と法律意思説について、既存の対立モデルに基づく分類をして、その分類のどれかに私見を入れようとされるのは、本人としては（先述のように、そういう既存の方法論のどれかを採用して解釈論を展開しようとしているのではないので）いささか当惑するといわざるを得ないのである。

しかし大村論文は、池田説を「構成的立法者意思説を基礎とするもののように思われる」と述べられたところに続けて、括弧書きで、「もちろん、立法後の社会変化や制度の変質を考慮した修正が必要な場合があることも認めておられるので、常に立法者意思に従うというわけではない。したがって、より精密にいえば、池田教授の「解釈論」は、a立法者意思を構成した解釈論、b立法後の状況変化を考慮した解釈論、c「将来展望的な解釈

論」の三層からなるものといえる。そのうち、論争で争われた問題については、aが前面に出されているということになる。なお、本書でも四六七条については、bcのレヴェルの問題も論じられているということを確認しておく」との記述をして下さっており、[9] この点を始め私見の適切な紹介を多くなさっておられることに感謝したい。

(2) 安達教授の位置づけに対して

① 解釈方法論と「理論」観

安達教授は、専ら私の民法四六八条一項についての二論考を対象に、「極端な、あるいは素朴な立法者意思説」と評され、さらに本稿に再掲した前掲書の「序説」を評して、「これまでの素朴な立法者意思説からかなり後退したもののようにうかがわれ」ると評される。[10] これについても、上記の説明でお答えし、加えて、四六八条論だけでなく、もともと私見の研究として先行して存在する、債権譲渡法理の根本たる四六七条についての各論考を合わせて論評の対象とされるよう、お願いしたい。繰り返すが、私見は、解釈方程式の定数部分の確定については（これは客観的事実の確定作業の部分も大きいので）厳密に考証をする。その作業に妥協をしないという点では、純粋朴訥に徹底して行うのである。しかしそれで決まるのは、右に述べたように方程式の定数だけである。変数部分の検討は別途なされる。定数部分だけで貫徹しようというのであれば、確かに素朴な立法者（起草者）意思説といわれてもよいが、この点をしっかりお伝えする必要があろう（ただし、四六八条一項の異議を留めない承諾の法的構成については、私見は、他説を明瞭に否定するためもあって、いささか起草趣旨の考証と解釈論の設定の繋がりを強調しすぎた点があったかもしれないが、一方、立法趣旨や起草趣旨の解釈論への取り込みについては、安達教授もそれらを参考資料とすることは自ら認めておられるので、対立は程度問題ということに帰するのかもしれない）。

しかしここで私見がもう一つ安達説との比較で強調したいのは、私見の方法論では、一般論として、この定数部分の確定を解釈論上の必須の作業として措定するゆえに、それを確定せずに「理論」と称して自由・無限定な解釈論を展開しようとする手法を容認しがたいということである（異議を留めない承諾に関する安達説を自由・無限定な解釈論と決めつけるわけではない）。ここが安達教授や道垣内助教授、後述の平井教授らの「理論」観と最も対立するところであるように思われる。私は法解釈と法創造は異なると考える。条文解釈の仕事としては、私見のいう定数部分を確定・理解した上で、学者がより良い説明を求めて「理論」を立てるのは自由である。しかし、定数部分を十分に確定・理解せずに、あるいは定数部分を自ら改変して、学者が立てる「理論」というものは、当該条文の解釈・適用論としては認め難いというのが私見の考え方なのである。ただ、これに対しては、どんな発想で立てた理論でも、当該条文の解釈として整合性を持ち、うまく機能するならそれを採用するという意見も当然にあろう。したがって、私見が「認め難い」といってもそれは自らの手法の中で自らに課す規制にすぎないのであって、結局はそのような無限定な解釈論と自説の解釈論とを実際の解釈・適用にあてはめて、いずれが適切で「生き残る」べきものかを論証する必要がある、ということになろう。さらに、私見のいう解釈方程式の定数部分の考察と無関係に学者が立てる「理論」というものが、立法論として、さらにはその学者の独自の「法創造の試み」として評価されることについては、私はいささかも否定しない。なお、ここでは「解釈方法論」の議論といわゆる「理論（中間理論と称する学者もある）を立てて説明すること」の是非の議論との関係の問題もあるので、純粋な解釈方法論の土俵での議論とはずれが生じていることも述べておく必要があろう。

② 解釈論（実用法学）の実際の検証例

右に述べた「解釈論の検証」の具体例を挙げよう。本稿は民法四六七条の対抗要件を専ら問題にしているものであるから、ここで論じるのはいささか適切ではないかもしれないが、安達教授の「異議を留めない承諾」につ

いての処分授権説に基づく具体的な解釈について、本稿の文脈の範囲（四六七条との関連）で論じてみたい。

まず、安達説の「前提」において、我々の「論争」と呼ばれるものが解釈論としてかみあっているかどうかに疑問がある。具体的にいうと、私は同説を、四六八条一項の「異議を留めない承諾（債務者カ異議ヲ留メスシテ前条ノ承諾ヲ為シタルトキ）」全部についての解釈論として批判してきたが、最近の安達教授の論考によって、結局同説は、四六八条一項の「異議を留めない承諾」のすべてについてではなく、その中の「仮定的債務者の処分授権」と評価できるものに限定しての「理論」であることがはっきりしてきたのである（もっとも同説によれば、そのように評価できるものだけが四六八条一項の「異議を留めない承諾」であるということになるのであろうが）。なお同説は、そのような独自の前提に基づく「理論」を貫くので、後述のように（四六八条の解釈においても、四六七条の解釈との整合性においても）独自の帰結を導くことになる。以下に述べるこれらの諸点を、解釈論の破綻とみるか、首尾一貫しているからそれでいいと評するかは読者の自由である。

一九九三年一〇月の日本私法学会のワークショップで私が報告し、二〇人程の学者が集まって議論した際に、異議を留めない承諾の「異議を留めない」という要件について、安達教授お一人が「異議を留めないで承諾する」と明示するものだと発言した。これに対し、複数の出席者から、「異議を留めない」というのは、「単純な、無留保の」という意味だと反論があり（これは通説と考えられ、起草過程からフランス民法一二九五条一項の沿革に従って解釈すれば当然そういう理解になる）[11]、安達教授に同調する意見はなかった[12]。もし安達教授の発言（後述のように、教授は後にこれを訂正される）のように限定をするのであれば、異議を留めない承諾が債務承認の意思表示と評価される場合も多くなろう。そして安達説の「処分の授権」も言いやすくなるように思われる。しかし、「異議を留めない承諾」についての一般の解釈はそうではないのだし、私が前掲書で「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」と書いたように[13]、実際には「異議を留めずに承諾します」と明示する場合も、債権譲渡の事実を認めるに過ぎないただの（留保をつけない）「承諾します」という場合もあるはずである。そして条文はそれらを一括して、「前条（四六七条）ノ承諾」として、四六八条一項の抗弁喪失効の発生する対象としている。これをどう説明し理論化するかがまさにここでの問題なのである。その場合に、前提を動かしてしまって「異議を留めない」と明示する承諾に限定し、それをもとに独自の理論を立ててもそれは四六八条の解釈論としては認められないであろう。

しかし、この発言について安達教授は、後の論考で以下のように訂正される。失礼のないように該当箇所を省略せずに掲記する。

「四六八条一項の「異議を留めない承諾」が、私見でいうところの仮定的債務者の処分授権であるためには、既に屢々述べたように、譲渡される債権の内容を明確にした上でなすことが必要であり、それのなされない承諾は、対抗要件としての承諾や譲渡禁止を解く趣旨の承諾、もしくは単純な抗弁権放棄（同時履行や相殺の抗弁権さらに無能力等を理由とする意思表示の瑕疵による取消権の放棄）の効力しか生じない。もっとも一般に用いられる書式集による書式では、すべて譲渡される債権の内容（金額・弁済期など）を明記して（しかも譲渡人からの依頼に応じる形で）なされている。また「異議を留めず承諾します」の文言が使われるのが普通である（詳細は、第三論文志林八九巻三・四号二一頁、第四論文志林九一巻四号九三頁。単純な抗弁権放棄の趣旨の承諾については第四論文上掲頁で説明を付加した）。したがって右の発言は私の本意と異なっており不正確であり、訂正する（従前の説を改めたわけではない）。四六八条一項の効力を生じる承諾であるためには常に「異議を留めず」の文言が必要であるとはいえず、結局は、意思表示解釈の原則によって、いかなる趣旨の承諾であるかが決定されるべきである（不正確な発言をした原因は、取引上用いられる書式において、それが譲渡前に、譲渡人からの依頼をうけて、「異議なく」の文言をつけて行われていることを強調して発言したのに引きずられたためであろう（以下略））。[14]」

ここで、安達説においては、債権譲渡の承諾（異議を留めない、無留保の承諾）の中に、安達説のいう仮定的債務者の処分授権である承諾と、そうでない承諾がある（ありうる）ということがようやく明確になったようである。しかしこうなると、条文解釈論（実用法学）としてはさらに難点が出てくる。「四六八条一項の効力を生じる承諾であるためには常に「異議を留めず」の文言が必要であるとはいえず、結局は、意思表示解釈の原則によって、いかなる趣旨の承諾であるかが決定されるべきである」ということになると（この段階で安達教授は既にここでの承諾が意思表示であることを前提とされている）、単に無留保で承諾があった場合には、それが四六八条一項の効果を持つ承諾か否か、つまり仮定的処分授権としての承諾か否かが個別に判断されなければならないことになるのである。これでは四六八条一項が「異議ヲ留メスシテ前条ノ承諾ヲ為シタルトキ」として規定するところの解釈としては、文言解釈としても不適当であろうし、個別判断という点で法的安定性を欠く点も不適当ということになろう（実際具体的に「承諾します」と言われた譲受人は、それが意思表示か観念通知かも判断できないはずで、そこで抗弁喪失効の有無が左右されるのでは解釈論として受け入れ難い）。

さらに、私がすでにワークショップの席上で指摘したように、安達説では、四六七条の対抗要件を四六八条が破る結果になるという解釈論上の大きな難点がある。すなわち、安達教授の処分授権構成では、①第一譲渡に確定日付なしに異議を留めず承諾した後で第二譲渡の確定日付ある通知がされた場合は、第一譲受人が優先する。また、②第一譲渡に確定日付ある通知がされた後に第二譲渡を異議を留めずに承諾した場合、債務者は二重に債務を負うのである。これらの結論は、もちろん、異議を留めない承諾は債権の帰属の問題には関係しないとみる判例・通説とは全く異なる。②は、異議を留めない承諾が明瞭な別債務負担の意思表示であると見るかぎりにおいては筋が通るが、①は債務者の二重債務負担としなければ四六七条を破ることは明らかである。[15] もちろん、これらは結論の妥当性を別にすれば、安達教授の「処分授権理論」から導かれる帰結としては首尾一貫しているよ

うであるし、こういう「理論」も「反論可能性が高ければ議論としては良い議論」[16]だと評する学者もあろうが、私見の立場からは別世界の解釈論のように映るのである。[17]

繰り返すが、私見は、法学者は何を言っても自由だ、という考え方を封じ込めるものではない。しかし、条文の枠組みの前提についての共通認識を変えた理論を解釈論（実用法学としての解釈適用論）として立てるのであれば、まずその前提についての共通認識を変えさせるところで最初に論理構築をして説得の努力をし、それが受け入れられた後に、その変えられた新しい前提認識に従った「理論」を提示すべきである。そもそも、条文の枠組みの前提についての共通認識を変えて立てた解釈論は、少なくとも法を運用する立場の裁判官には全く影響力がないであろう。私見は、法解釈学者が解釈論として議論する場合は、（裁判官に現実に影響を与えるかどうかは別にしても）実際の条文の解釈運用に対する発言であるべきであり、立法論としてなす場合はまた別である、という区別を自ら設定しているのである。

(3) 法律意思説の立場からの立法者意思説否定論に対して

さらに、法律意思説の立場から、「言明化された知識の典型である法律または法律論をその生産者たる立法者の意思どおりに解釈しようとする試みは、認識論のレヴェルで既に受入れられるべきではないことになる。立法者意思説が退けられるべき根本的な理由はここにある」という平井教授の批判[18]は、これもおそらく立法者を具体的な起草者等の人間と想定しての「主観的意思」を対象とした議論と読み取れるのであって、立法者意思を機関意思として規範的に捉える立場の「立法者意思説」（おそらく大村分類でいえば構成的立法者意思説に近いもの）からはまずその点で反論をされるものであろうが、私見の立場でも、起草者意思も立法者意思も（主観的意思もその客観的把握も含めて）、解釈論の出発点を確定する資料に過ぎないのであるから、平井教授の、同教授の考える

立法者意思説に対する右の批判は、私見の解釈方程式定数変数論への全面的な批判とはならないと考える。加えていえば、平井教授は法律を言明（言語的構成物）として捉えた場合に、パートリがマルクスの疎外論に対して「労働の生産物たる言明化された知識は、必ずや生産者とは独立した存在として、自ら成長し、あるいは生産者の期待を妨げ、あるいはその者も思いも及ばなかった結果をもたらすからである」と語る部分を引用しつつ、「言明を武器として紛争を解決するのが究極的には法律家の役割だと考える限り、武器としての有用性に基づいて用いられる言明について「疎外」を根絶することは不可能であろう」[19]と述べて、経験的にも立法者意思説が採られるべきでないと論決するのであるが、この論理は、「言明について疎外を根絶することは不可能である」という命題を是としても（つまり機関としての立法者なり具体的個人としての起草者なりの考えた言語的意味を追究してそれに従おうとすることは結局は完全な意味では不可能であるとしても、そして現代の立法者意思説の論者は前述のようにおそらく問題はそのような有機的人間の考えた言語的意味にあるのではないというのであろうが）、「それだから立法者なり起草者なりの考えた言語的意味を無視していい」という結論にはならないであろう（そういうためには、立法者なり起草者なりの考えた言語的意味を無視することの合理性がもう一段論証されなければならないであろう）。教授が右のような論理から「法解釈の方法として、これ（立法者意思説）と法律意思説とを対立させること自体、意味を失うことになるのである」[20]と論決するのは、短い論考とはいえ、いささか短絡的ではないか（つまり、仮にそれが立法者意思説に対する批判として当たっているとしても、一方で法律意思説を全面的に正しいとする論拠も示されていない）と感じられるのである。

(4) 立法者意思説からの池田説への批判に対して

一方、立法者意思説からの池田説への批判を想定してみよう。立法者とは立法機関であり、立法者意思とは主観的な意思ではなく規範的に把握される「規定された内容」であるとの立場（前掲のように大村分類では構成的立法者意思説が近いか）からは、池田説はいわば起草者意思説（具体的立法者の主観的意思による立場。大村分類の実証的立法者意思説が近いか）であるとの批判があるかもしれない。しかしこれも、私見の中の解釈方程式の定数確定作業の最初の段階のみを対象にした批判とお答えするしかない。逆に池田説は変数部分を入れることで立法者意思説よりも法律意思説に近づく要素を持っている（ただしいわゆる法律意思説を正面から否定することは既に述べた通りである）。その意味では池田説はいわゆる立法者意思説よりも「なまくら」で妥協的なものである（したがって純粋な立法者意思説から池田説に対するその趣旨での批判は当然に成り立つであろう）。

さらに、池田説は、解釈方程式の元の定数部分が残らない（無になる）ほどの社会変化等がある（立法時の社会環境的基礎が完全に失われた等）と認められるのであれば、変数部分だけで解釈することになるのであるから（いわば $y=f(x)$ となる）、その場合はもはや完全に立法者意思説による解釈とは断絶する。しかし立法者意思説からのこの点の批判に対しては、定数部分が残るのであれば依然として当初の立法（起草）趣旨による解釈から出発するのであるし、定数部分の存在が評価されつつ別の価値基準の導入の要請が大きくなるという状況については、その部分は立法で処理せざるをえないと考えていることをもって回答に代えたい（この点の具体的論証例が本稿の五以下で示すところである）。

(5) 星野説との比較について

先述の平井説は、星野＝平井論争と呼ばれる、星野説への批判をその中に含む。そこで、この星野説と私見の

方法論の比較をしておこう。星野説の採用する利益考量論が「条文の解釈から出発しまず文理解釈・論理解釈を行うべきこと、次に立法者（起草者）意思による解釈、最後に利益考量と価値判断（目的論的解釈）によって行うべきことを主張する」もの[21]とまとめられると仮定すると、私見の方法論は、星野説と途中までは同じことになる（その意味では問題認識が共通するといえるのかもしれない）。実際、同説が当初の論考で指摘されたいくつかの点は、まさに私見が前掲書において実践的に論証しようとしたところである[22]。しかし私見と星野説は、最後の利益考量の段階がはっきり異なる[23]。私見は、条文根拠を離れて具体的に個別当事者の利益を考量していずれかを保護しようとすることは極力避けたいと考えるのである[24]。まず定数部分の解釈として、起草趣旨、立法趣旨を確定し、沿革までを検討の内に入れ、さらに立法趣旨の一部に不明な点または欠缺があると考えられる場合でも、立法趣旨の外延（延長線）と考えられるところまではそれを判断材料にして、解釈を試みるものである[25]。その一連の作業はすなわち、あくまでも当該条文に内在する利益判断の発見を優先させるものなのである[26]。さらにその先は、先述の方程式の変数の有無の判断として、社会環境や取引実態の変化という、解釈に変更をもたらす要素の有無を検討するのであるが、この場合も個別具体的な当事者の利益を考量するものではない（しかしこの点は星野説からも、利益考量論は個別具体的な当事者ではなく紛争形態を類型化して当事者を考えているとの反論があるかもしれない。したがって、池田説が変数の存在を認める部分と星野説が利益考量を入れる部分とが結果的に重なる場合があるのか、全くずれがあるのか等は、個々の条文の解釈で両説の検証を重ねないとはっきりとはいえない）。ただ私見も、紛争形態によっては解釈論に利益考量を（最後の手段として）取り入れなければ答が出ないように思われる場合があることは承認する[27]。

（1）前掲した大村敦志「『債権譲渡の研究』（池田真朗著）を読む―池田＝道垣内論争と『テクストの読み』としての法の解釈・研究」ＮＢＬ五三六号（一九九四年）四〇頁以下（大村敦志・法源・解釈・民法学（一九九五年・有斐

閣）三九九頁以下に「テクスト論から見たフランス法研究」として所収）。以下大村・前掲論文（同・前掲書）として引用。なお同じく前掲した五十嵐教授の書評と海老原助教授の書評については本稿では特にふれないが、有り難いご紹介とご講評をいただいたことに感謝したい。

（2）大村・前掲論文四八頁（同・前掲書四一二頁以下）。

（3）大村・前掲論文四九頁（同・前掲書四一八頁）には「確かに池田教授の叙述の中には、構成的立法者意思説としては理解しきれない要素が含まれている。解釈論のレヴェルで考えても、このような「混在」が大きな瑕疵になっているとは思えないが、ここではより積極的に、この「混在」を「読み」の多重性としてとらえたい。」との記述がある。ご本人に批判的意図があるのかどうかは別としても、この一文からは、構成的立法者意思説として徹底していない池田説の「要素の混在」は、少なくとも「小さな瑕疵」にはなりそうな印象を読者に与えるであろう。つまりこれは、大村説が、同説の挙げる四分類をステレオタイプとして肯定的に評価し、それに徹していないものは「あいまいなものである」という消極的な評価を与えるという「価値判断」を論旨の前提としているということを表していると思われる（「あいまいな」という表現は、大村・四一七頁の池田説の分析の中にも使われている）。

（4）これは星野・前掲「日本民法典に与えたフランス民法の影響（一）」日仏法学三号（一九六五年）三〜四頁（「民法解釈論序説」法学論集第一巻九〜一〇頁所収）の指摘に対応する。

（5）大村・前掲論文四六頁（同・前掲書四一二頁）。

（6）大村・前掲論文四六頁（同・前掲書四一二頁）。

（7）大村・前掲論文四九頁（同・前掲書四一七〜四一八頁）。大村説はそこで、「これは、ヴィントシャイト、さらにサヴィニーに原型を求めてＢＧＢを解釈するというのに近いが、「テクスト」やその「作者」以前に、より高い価値を有する「原テクスト」を求める立場であるといえようか」と記すが（前掲論文四九頁、前掲書四一八頁）、私見はこれにも違和感がある。本文にも述べるように、私見は、起草者がオリジンとして評価していることが明らかなものを、起草趣旨を補充する（立法趣旨の判断要素とする）ものとして取り入れるのであって、「より高い価値を有する原テクスト」を求めているのではない。さらにこの箇所の大村説の書きぶりにも、先に指摘したところと同じく、立法者と起草者の混同が感じられる。

（8）まず形式上は完全に「修正」の形を採る。民法商法施行延期法（明治二五年法律八号）は、民商法典は「其ノ修

正ヲ行フカ為」施行を延期するとうたい、法典調査規程（明治二六年内閣送三号）一条には、「法典ノ修正ハ単独起草合議定案ノ方法ニ依ル」とある（日本学術振興会版旧民法編纂沿革他六点中法典調査規程二丁、同商事法務版二八巻三綴一〇頁）。また、法典調査会における法典調査の目的は、「既成ノ法典ニ就キ各条項ヲ査覈シ必要ノ修補刪正ヲ施ス」こととされた（学振版旧民法編纂沿革他六点中法典調査ノ方針議事規則等一丁、同商事法務版二八巻三綴一八頁）。そして実際、法典調査会での委員の提案理由説明も、起草補助委員の手になった未定稿本『民法修正案理由書』も、各条文について「既成法典」（旧民法典）の当該条文との比較を明らかにすることから始められている。以上、池田・前掲書一二頁註（3）（同増補版同所）参照。なおこれらの点は、私見より先に星野・前掲「日本民法に与えたフランス民法の影響」日仏法学三号一五頁（同・民法論集第一巻八七頁所収）が明確に指摘している。

（9）大村・前掲論文四七～四八頁（同・前掲書四一五頁）

（10）安達・前掲法学志林九一巻四号七四頁、七六頁

（11）池田・前掲書初版三一三頁、三九九頁、同増補版三五一頁、四三七頁

（12）池田・ワークショップ「指名債権譲渡における債務者の異議を留めない承諾」私法五六号一六三頁参照。なおその際、鈴木禄弥教授から、「それならそれで安達教授のいうことは筋が通る」という発言があったことを記憶する。

（13）前掲書初版三八〇頁・同増補版四一八頁

（14）安達・前掲法学志林九二巻四号二二頁。

（15）池田・前掲私法五六号一六三頁。①②の安達説については、安達・債権総論講義（第2版・一九九一年）二四三～二四四頁（①）、二四一～二四二頁（②）参照。この批判に対して安達教授は、「通説に反して四六七条の対抗要件を四六八条が破る、と批判されるが、逆に通説の立場は、異議なき承諾によって譲受人の保護をはかろうとする四六八条を四六七条によって破ることになる。つまり両条は元来、互いに完全に両立させることは不可能な内容を有するのであって、解釈上、どちらかを優先させ、他を劣後させることが必要となる規定なのである。したがって四六八条一項を四六七条より優位におこうとする私見が、逆の関係を主張する通説に比し、論理的に劣っているとはいえない」と反論される（安達・前掲法学志林九二巻四号二一頁）。四六八条一項の規定の処分授権での説明に執念を燃やされる安達教授は、四六七条と四六八条は対等な位置にあるものだから、前者を後者に優先させる立場と、後者を前者に優先させる立場は、論理的に優劣がないというわけである。しかし、四六八条一項の異議を留めない承諾の抗弁

喪失効は、「四六七条の債権譲渡の対抗要件の一態様に与えられた特殊な効果」であるという私見の（そしておそらく通説の）評価を前提にすれば、この論理は成り立たない。「解釈上、どちらかを優先させ、他を劣後させることが必要となる」といっても、その優劣関係は、沿革・起草趣旨等からすれば、対抗要件の基本構造を規定した四六七条が基本であることは明白である。したがって私見は、安達教授は、ここでも、共通の前提認識を変えてしまっていると評することになるが、これは結局価値判断の問題といわれるのであれば、論争の評価は読者の判断に待ちたい。ただし、実際、安達教授の右の解釈が成り立つのは、「異議を留めない承諾」を「明白な債務承認の意思表示」に置き換えられる場合に限られると思われ、したがって安達教授のいう「仮定的債務者の処分授権」も、そういう内容のものとしてのみ理解できる。しかしそれでは四六八条一項の「異議を留めない承諾（無留保承諾）」の全部がそういうものかといえば、そうとは理解できないということ、本文に述べた通りである。

(16) 平井宜雄「法解釈論の合理主義的基礎づけ」法学協会雑誌一〇七巻五号六三頁

(17) 私見は「法律家のなすべきことは、「客観的に正しい」あるいは「妥当な」価値判断であるかどうかに拘泥することではな」いとする平井説（平井・前掲法学協会雑誌六三頁、五五頁）には賛同しえない（ただし星野＝平井論争についての私見の詳細な見解を述べることはここでは留保する）。

(18) 平井宜雄「立法者意思説と法律意思説」時の法令一四〇〇号（一九九一年）五頁。ただしこれは雑誌二頁の短い論考であり、これだけをもって平井説を正面から論じることはできないものである。

(19)（20）平井・前掲時の法令一四〇〇号五頁。たしかに、明治民法制定後約一〇〇年の今日の高度化した民法学と民法解釈論において、かつてサヴィニーとコーラーが論じ合ったような形での（そして石坂音四郎博士が紹介したような）単純に両極に立つ立法者意思説と法律意思説は、もはや成り立ちえないのではないかとも考えられる。しかし私見の主張するのは、本文に述べたように、（学説形成過程でのねじれ現象修正なども考慮した）いわばより複雑な形での立法者意思説の再評価である。

(21) 平井・前掲法学協会雑誌一〇七巻五号八六頁の表現。

(22) 星野・前掲「日本民法典に与えたフランス民法の影響（一）」日仏法学三号（昭和四〇年）一頁以下（星野・民法論集第一巻七一頁以下所収）。同論文は、私が債権譲渡研究を始める段階で最も影響を受けた論文の一つである。

(23) この点が、前掲道垣内助教授の書評に対してお答えした中で、「世上一般に用いられる意味での「利益較量」は、

私が解釈論において神経質に忌避したいと思っているもの」と述べたところである。法律時報六二巻一二号一一九頁。

(24) 私見は入門書レベルでもこの旨の記述をしている。池田・民法への招待（一九九七年・税務経理協会）二三二頁。

(25) 外延すなわち立法（起草）趣旨の延長線上での考察というのは、例えば、先に本文に掲げた、指名債権の二重譲渡で確定日付のある通知が複数到達した場合の解釈に反映されるものである。また、私見はこの場合、二重譲受人のいずれに保護すべき事情があるかなどは問題にしない。

さらに「立法趣旨の外延」という観点から、より遠い地点に位置する別の解釈例を挙げるならば、二重賃貸借（賃貸借契約が同一物件について二重になされたケース）において賃借人相互間の優劣を定める問題（これも立法の欠缺事例である）を挙げることができるかと思われる。そこでは、賃貸人の履行の先後（賃借人が現実の占有を得た時点）を基準とする少数説（高木多喜男・契約法大系Ⅲ七五頁）と、それぞれの賃借権が対抗力を持った時点を基準とする多数説・判例（幾代通・新版注釈民法⒂二〇一頁、最判昭和二八年一二月一八日民集七巻一二号一五一五頁等）があるが、私見はこれを、債権譲渡にも物権変動にも統一的に対抗要件主義を採ったわが民法の立法構造からして、ここでも後者の対抗力具備時点の比較による優劣決定が適切という理由で、後者の多数説に組するわけである（池田真朗「賃借権の無権利者による侵害と二重賃貸借」池田・浦川・瀬川・安永著・基礎演習民法（財産法）〔一九九三年・有斐閣〕二三四頁）。

(26) これらの点について、私見は、津田利治訳・ヘック「利益法学」〔慶應義塾大学法学研究会叢書・昭和六〇年〕の影響を受けている。ただし、私見の方法論がすべて同書に従っているわけではない。

(27) 最近の紛争事例でいえば、抵当物件を転貸借した場合の転賃料債権に抵当権の物上代位が可能かという問題などは、肯定するのであれば、結局利益考量によってせざるをえないもののように思われる。

五　指名債権の流動化の要請と民法四六七条

以上の方法論の議論を、具体的な対象にあてはめてみよう。私の研究対象の中から、今日最も問題となっている、民法四六七条の債権譲渡の第三者対抗要件と債権流動化の要請の関係を選び、これが解釈学者の立場から学

理的にどう対応すべき問題であるのかを考えてみたい（もちろん、債権流動化の要請に対する対応は、単に民法の個別の条文をどう処理するかというレベルの問題ではなく、企業や金融機関の資金調達活動を法がどう支援するか等、経済的な、さらには政治的な要素まで含んだ問題であることは先に断っておきたい）。

問題の所在は、資金調達のために企業や金融機関が手持ちの指名債権を（一般には多数の指名債権を集合的に）流動化しようとする場合には、それら流動化を仕組む主体の側からすると、現行民法四六七条が規定する、債務者に確定日付のある証書で通知しなければならない（もしくは債務者によって確定日付のある証書で承諾してもらわなければならない）という手続きが煩瑣でコストがかかり、これが流動化の最大の障害となっているという点にある。[1] 今日においては、この債権流動化は、法が対応する必要のない程度の一部の業界の特殊な要請というものではなく、世界的な傾向として新しい資金調達方法の一つとして位置づけられる必要のあるものと認められる。[2] 平成四年にいわゆる特定債権法（特定債権等に係る事業の規制に関する法律）が制定されたのもその意味で必然の流れではあったが、この法律は、適用対象をリース債権とクレジット債権に限定する、一部の業態の企業だけが利用できる法律であって、一般性をもっていない。

そうすると、これに対する対応策としては、論理的にいえば、①民法を改正する、②民法はそのままで包括的な適用対象を持つ特別法を制定する、という二方法が考えられることになる。このような、法改正か新法制定かというような問題は、実際には一種の立法力学とでもいうべき、さまざまな要素の兼ね合いで決せられることが多いのであろうが、純粋に現行民法四六七条の解釈論の角度から検討すると、どのような結論が出ることになるのであろうか。私見の対処案自体は既に専門誌に発表ずみであるが、[3] ここではそれを前掲の私見の解釈方法論に乗せて論じてみたい。

なお、ここで問題とする債権流動化の対象となる債権は、広く企業間の売掛金債権であったり、企業の顧客消

費者に対する立替金債権であったりする。もちろん企業等が社債やＣＰの形で有価証券を発行して資金調達を図る方法は従来から存在するが、ここでの議論は、社債等の発行を代表例とする、企業等が自己の信用力を背景に資金調達を図る場合を対象にするのではなく、自己の保有する資産としての当該債権自体の信用を裏付けとして、つまりアセットバックで資金調達を図る場合を対象とする（したがって譲渡人たる企業等はいわゆる格付けの高くない（その意味で低利の借入れの難しい）企業であってもその譲渡債権自体の格付けが高ければ（すなわち被譲債権の債務者の信用が高ければ）それらの債権の譲渡（真正売買も譲渡担保も含む）によって結果的により低利での資金調達が可能になるわけで、ここに債権流動化の大きなメリットがあるといえる）。そしてまた、企業等が自ら直接にアセットバックで有価証券を発行して資金調達を図るケースではなく、あくまでも自己の有する売掛金債権等をそのままの形で資金調達の目的でＳＰＶ[4]（特別目的会社等）に移転させる場合を考えている（この際の会計処理上のオフバランス化も債権流動化の目的の一つとされる）。そうすると、これらの指名債権を流動化のために特別目的会社等に譲渡する際の債権譲渡は、当然いわゆる民法上の指名債権譲渡規定の適用対象ということになるのである。

（1）　神田秀樹「欧米の資産流動化の状況とわが国の将来」資産流動化研究（一九九五年四月・日本資産流動化研究所）一四頁、池田、前掲「債権流動化と債権譲渡の対抗要件―包括的特別法の立法試案（上）」ＮＢＬ五八五号七頁等。

（2）　ＵＮＣＩＴＲＡＬ（国連国際商取引法委員会）では、一九九二年五月の段階で、資金調達のための債権譲渡について研究を開始することを決定し、一九九五年一一月から、その国際契約実務作業部会において、資金調達のための債権譲渡に関する条約草案の作成作業を開始している。

（3）　池田・前掲「債権流動化と債権譲渡の対抗要件―包括的特別法の立法試案（上・下）」ＮＢＬ五八五号六頁以下、同五八六号二五頁以下、同・前掲「債権流動化と包括的特別法の立法提言―債権譲渡法制研究会報告書をめぐって（上）（下）」ＮＢＬ六一九号六頁以下、同六二〇号一八頁以下。

（4）ＳＰＶ（special purpose vehicle, 特別目的機関）とは、「資産流動化を行うために、流動化の対象となる金融資産と資本市場との間に設置される何らかの法的仕掛け」などと定義されるものである（神田・前掲論文・資産流動化研究二頁等参照）。具体的には、株式会社（ＳＰＣ＝特別目的会社）、信託、パートナーシップ、ビジネストラストなどの形態のいずれかが用いられる。

六　私見の方法論の債権流動化の要請に対するあてはめ

このような債権流動化に対する要請を私見の指名債権譲渡論に方法論的にあてはめてみたい。

まず、このような譲渡形態は立法段階から想定されていたものであるかどうかを検証する。もちろん債権の譲渡可能性は民法四六六条によって大原則として認められている。しかし、いわゆる指名債権は、譲渡はできるが、有価証券のように転々流通することを考えられていたものではない。これは、民法が、指名債権の規定の後に、有価証券との中間に位置する三種の証券的債権を置いていることからも理解される（つまり、指名債権は有価証券と隣接する概念ではなく、中間形態がいくつか規定されているということから、指名債権と有価証券の「距離感」を知ることができるといえよう）。ただ、流動化の場合も、ここで問題とする特別目的会社等に移転する際の債権譲渡は、指名債権のままで転々流通することを狙っているものとはいえない（もちろん債権流動化においては、譲受人たる特別目的会社等がその後譲受債権の集合体を小口化して投資家に売ったり、譲受債権の信用を基礎に有価証券を発行して投資家を募集するというケースは当然考えられるのであるが、それは同一の個々の指名債権をそのままの形で転々流通させるという性質のものではない）。それであれば、確かに、資金調達目的で大量の債権を譲渡すること自体は立法段階で予想されていなかったものであるとしても、その個々の債権の特別目的会社等への譲渡の形態それ自体は、民法典が当初から予定している指名債権譲渡の範囲内のものである、といえよう。

それでは、流動化のための債権譲渡が民法四六七条の解釈論の範疇に入る問題であることを前提にして、次の段階として、流動化が、四六七条の解釈論の変数部分にあたる社会的要請であるかどうかを検討しよう。

鑑みるに、流動化の要請は確かに今日の金融取引社会にはっきりとした形で存在し、現に（特定債権法の適用分野以外でも）現行法の枠の中で様々な工夫をして行われ始めている。しかしそれは、あくまでも企業（法人）が資金調達のために自己に属する多数の取引先に対する指名債権群を譲渡する（融資の担保として譲渡する譲渡担保も含む）という形態として考えられているものであり、一個人が多数の債務者に対して指名債権を有しこれを利用して資金調達を図るということは通常は考えられない（つまり、個人が流動化を仕組むことはもちろん不可能ではないが、特別目的会社等を設立したり指定したりしてコストをかけてまでこのような債権譲渡を大量に行うことは一般には考えにくいのである）。

しかし、一方で、資金調達のために組織化されたものでない、旧来型の指名債権譲渡の形態は相変わらず存在する。たとえば、債務者が特定の取引先に対して、代物弁済として、自己が第三債務者に対して有する売掛金債権等を譲渡する場合や、さらには個人間親族間の債権譲渡の場合などもそうである。

それであれば、流動化の要請は、結局従来のすべての指名債権譲渡の形態に変更を迫るものではなく、従来の指名債権譲渡の形態を新しい目的で活用するものと位置づけられ、その活用の場面が新しく想定される（その場面については新しい社会の変化のあったものとして認識される）ということになる。したがって、私見の方法論に乗せていえば、流動化の要請という変数は、従前の債権譲渡に対する四六七条の解釈の定数部分を残す場面とは別の場面で、その解釈上の定数に付加されるものであることがわかる（つまり比喩的にいえば、$y = k$ の式が存在する一方で $y = k + f(x)$ の式を検討する必要がある）。

次の検討の段階は、それならば旧来の定数部分の解釈（$y = k$ の式）はいまでも必要かつ有効か、という問題

である。これが不必要ないし有効性を持たないというのならば、四六七条の解釈を根底から変えるか、別の規定に置き換える改正をするということになる。ここで、先述の基礎研究でした作業を役立たせることになる。

先に述べたように、四六七条の対抗要件の基本構造は、債務者を生ける公示機関（インフォーメーションセンター）として、そこに情報を集中させ、はなはだ不完全ながらも公示機能を果たさせるというものである。そうすると、この対抗要件には、公示機能が不完全等の批判がなされるものの[1]、この批判は譲渡当事者とくに譲受人の立場からみた批判であり、債務者の立場からみると、逆にこの債務者を基軸とする対抗要件が、債務者にとって最もリスクの少ない、コストのかからない対抗要件システムであることがわかるのである[2]。たとえば親族間の譲渡や、企業間でも代物弁済としての単発債権の譲渡などを考えてみればよい。つまり、債権譲渡契約が譲渡人（債権者）と譲受人との間で債務者を抜きにしてできる契約である以上、債務者は契約プロセスのどこかで正式に譲渡を知らされなければならないはずで、この現行民法四六七条のシステムは、債務者が何も行動をしなくても通知（または承諾）という形で情報が与えられ、その情報を正式に与える行為が第三者対抗要件具備行為と重なっている、というものである。これは、債務者が自ら支払い先を確認する情報を得る作業をしなければいけないようなシステムに比較していえば、債務者の立場からすれば最も安全でかつコストのかからない対抗要件ということができるのである。さらに、債務者の立場の考慮だけではなく、単発の譲渡についてもし大がかりな書式等を整えてどこかの機関に登録をしなければならないというのであれば、譲渡当事者（譲渡人・譲受人）にとってもかえってコストや手間の面で現行システムよりも負担がかかるということも考えられる（加えていえば、債権の場合には物権と異なり、プライバシーの問題を考えると登録制度を採用した場合も被譲債権の債務者名などの詳細情報は簡単に登録（開示）内容とすることはできず、かなり大まかな（個々の債権の同一性は必ずしも確実に示されない）ものにならざるをえないので、明確性については現行通知システムよりも劣る可能性が強い）。

以上の考察から、この現行民法の対抗要件システムには利点も利用可能性も十分にあるので残すべき（残す必要性がある）という結論が導かれるのである（この点を、「債務者保護の利益考量をしたのと同一」と評する学者があれば、それは適切ではない。私見は、「債務者を保護すべきだから」こう解釈せよ、というのではなく、本来の規定が、債務者にとってコストとリスクのかからない対抗要件システムとして規定されているのだから、理由なく債務者についてのコストやリスクを増大させる方向はとるべきでないと主張するのである。その意味で私見の主張は、ここでも当該条文に内在する利益判断の発見に基づくものであって、単に（適切と思われる結論を導くために）当事者のうちのいずれかの利益を保護しようとする、利益考量論――利益考量論にそのような要素があるとして――とは異なることを繰り返しておく）。すなわちそれは、さまざまな指名債権譲渡の中には現行の民法規定が適切・有効と考えられるものが相変わらずあるという判断であり、それらの形態の債権譲渡については、前述の定数部分の解釈が相変わらず有効であるということである。そしてそこから、私見では、指名債権流動化の要請に対しても、民法規定を改正するのではなく、民法の現行の対抗要件システムは残して、流動化の対処としては特別法を立法するべきという選択が導かれることになるのである。

（1）中田裕康「指名債権の譲渡等と債務者の立場」NBL二三二号六頁等。

（2）池田・前掲「債権流動化と債権譲渡の対抗要件―包括的特別法の立法試案（下）」NBL五八六号二六頁。

七　指名債権譲渡理論の展開の展望

そうすると、流動化の要請に対応するためには、業種等での制限のない、その意味での包括的な適用範囲を持つ特別法の立法が適切と選択される。その場合は、この包括特別法の規定内容は、民法四六七条のy＝kから導

かれる解釈には全くこだわらずに、合目的的に定められればよいことになろう。そこで、包括特別法の立法論は、その基本的発想において民法四六七条論から完全に切り離されることの合理性が出てくるのである。

その結果が、私見の包括特別法試案による対第三者対抗要件と債務者保護要件の切り離しであり、第三者対抗要件は一定の機関への登録によって（債務者の知らないところで）決し、債務者の保護は別途規定を置くというやり方である（私見に限らず、債権流動化に合目的的に対抗要件システムを考えれば、この登録型のシステムが便利ということは見やすい道理である）[1]。これは、債務者をインフォーメーションセンター（いわば生ける公示機関）として情報をそこに集めるとともにその情報によって債務者を保護するという基本的発想を捨てることであり、現行民法四六七条の構造からすれば一大転回ということになる。つまり、流動化のための大量の債権の譲渡を念頭に置けば、第三者対抗要件は、法務局等の登録場所に（おそらくはコンピューター利用の形式で）登録をすることで確保されるという登録システムを採用するのが最も適切と考えられる。そして、そのような登録を債務者が知ることは無理でありまた現在の民法システムよりも債務者の負担やコストを増してはいけないという発想からは、債務者保護は第三者対抗とは全く切り離して、別途保護規定を置く（知らされるまでは元の債権者に払い続ければ免責される、等）というのが最も合理的な規定のしかたということになろう。

なお、現行の特定債権法はここで「公告」をもって民法四六七条の確定日付ある証書による通知とみなすという、みなし対抗要件の規定をしたが[2]、債務者に実際の認識を与える通知を公告で代えることにはやはり無理がある。特に、特定債権法は、みなし対抗要件を規定しながら、民法四六八条二項（債務者は通知を受けるまでに譲渡人に生じた抗弁を譲受人に対抗しうる）に対応する規定を置かなかったため、債務者は公告があると現実には知らされないうちに抗弁を失うという大きな問題を持つことになった[3]。したがって、実際に民法四六七条についての特例法を立法する場合においては、第三者対抗要件としては登録をもって民法四六七条二項にいう確定日付ある

通知に代えるという場合に、「登録を民法四六七条二項の確定日付ある通知とみなす」という規定の仕方をするのであれば、債務者については、何らかの形（確定日付のない通知でも）で知らされるまではその特例法の規定の対象にならない（民法四六八条二項の保護が受けられる）とでもする必要があろう。なお、このように第三者対抗要件については登録制度を採用して、債務者保護規定は別途置くという発想は、現在、資金調達のための国際債権譲渡に関する条約案を作成中の国連国際商取引法委員会（ＵＮＣＩＴＲＡＬ）の国際契約実務作業部会でも採用の趨勢となっている。[4]

さらに、現行民法規定が残る以上は、現行民法規定による譲渡と新包括特別法による譲渡との競合の可能性が残るので、[5]それが発生した場合の優劣問題までを新包括特別法で整序する必要があろう。

ただ、このようにして四六七条と併存する新法を作成する場合、とりあえずは対第三者対抗要件と債務者保護要件の分離を根幹とする対抗要件特例法[6]を制定するにしても、さらに、その新法に規定を置かれなかった周辺部分で、民法の債権譲渡規定の解釈論の再検討が必要になってくると考えられる。流動化のための新法制定の目的という角度からの波及的な要請が当然のこととして考えられるからである。それはすなわち、四六七条等の解釈論が定数部分の考究から変数部分の検討へ全体としてシフトしてくるということにつながろう。

具体的に問題点の列挙だけをしておく。まず①将来債権の問題がある。資金調達のための債権流動化は、とくにいわゆるプロジェクト・ファイナンスの場合等を考えると、あるプロジェクトを行う企業体は、そのプロジェクトから発生する債権を少なくとも五年程度先のものまで現時点で流動化の対象としたいという要請が世界的に強いのである。[7]この場合、将来債権の譲渡契約自体の有効期間や、譲渡契約自体は長期に有効としても対抗要件具備の有効期間、そして対抗力の発生時期（当該将来債権が具体的に発生した時か対抗要件を具備した時か）などが検討されなければならない。これらの将来債権の議論は、特例法の範囲に止まらず現行民法上の議論をする必要

がある。また、②民法四六六条二項の譲渡禁止特約の有効性の問題も今後議論の対象になろう。このような当事者間での譲渡禁止の合意が第三者に対して広く効力を持つということは、当然流動化の阻害要因の一つとなる。そもそも四六六条二項のような規定は諸外国の民法を見るとかなり例外的なものである。[8] また現に、アメリカUCCなど、この譲渡禁止特約の効力を積極的に否定しようとしている国もある。この他、流動化の阻害要因の縮小という見地からは、③債権譲渡契約における譲渡人の（債務者の資力や抗弁事由の存在についての）表示責任に関する規定をどう定めるかという問題も出てこようし、④債務者の抗弁放棄の規定も明示的に置かれるべきということになろうから、それらも民法規定との整合性が問題となる（ここで、わが国の民法四六八条一項の債務者の異議を留めない承諾の規定も再度議論される必要があるかもしれないが、ただし、債務者の明らかな抗弁放棄の規定ではなく、譲渡の事実の認識という観念表示でも抗弁をすべて喪失させるという規定では、やはり世界的に通用させるのは難しいように思われる）。[9]

ただ、今後それらを議論する上で注意したいのは、たとえば債権流動化の目的に合わせて作成された特例法の（ある意味では政策的ないしは目的指向的な）議論と、さまざまな場面を包含する民法の、公平を旨とした議論とを混同することのないようにしなければならないということである。

（1） 池田・前掲「債権流動化と債権譲渡の対抗要件―包括的特別法の立法試案（下）」NBL五八六号三一頁以下、同・前掲「債権流動化と包括的特別法の立法提言―債権譲渡法制研究会報告書をめぐって（上）（下）」NBL六一九号六頁以下、同六二〇号一八頁以下。

（2） 特定債権法のみなし対抗要件の問題を論じた論文として、千葉恵美子「特定債権事業規制法に基づく債権譲渡と差押―公告によるみなし対抗要件と民法四六七条の対抗要件の優劣」阪大法学四四巻二・三号上巻（一九九四年）四一五頁以下、田中幸弘「特定債権法をめぐる最近の民法関係の問題―第三者対抗要件の枠組みの問題を中心として」資産流動化研究八九頁以下。

(3) 特定債権法七条二項参照。

(4) UNCITRAL国際契約実務作業部会の「資金調達のための債権譲渡に関する条約草案」事務局素案（WP93）（一九九七年一〇月会期用）の付属書では六か条にわたって登録制度の案が提示されている。ただしコンピューターによる世界共通の登録システムの構築については、欧州各国の銀行協会などに慎重論も強く、また発展途上国の技術面・資金面からの反対もある。

(5) 池田・前掲NBL五八六号三一頁、角・前掲「債権流動化と債権譲渡の対抗要件(4)NBL五九九号三五頁参照。

(6) 債権譲渡法制研究会報告書（NBL六一六号（一九九七年）三一頁以下は立法としてこの方向を指向している。

(7) 筆者が実際にUNCITRAL国際契約実務作業部会（一九九六年一一月、ウィーン）において各国の意見を徴したところ、債権流動化を念頭に置いた場合、少なくとも五年間の将来債権の譲渡を有効とすべきという意見が圧倒的多数であり、プロジェクト・ファイナンス等を考えるとさらに長期が望ましいという意見もあった。なおこの場合、将来債権の譲渡自体は契約自治の観点から期間的制限は難しいとみるならば、登録の有効期間を五年程度に限定することも考えられる。

(8) わずかにドイツ民法やスイス債務法などに見られるが、フランス法系の民法典にはこのような規定はない。逆に明文で譲渡禁止特約を禁じている国も多い（池田真朗「譲渡禁止特約のある債権の譲渡とその承諾による遡及効の対第三者効―最高裁平成九年六月五日第一小法廷判決をめぐって」金融法務事情一四九九号一九～二〇頁参照）。すなわち、譲渡禁止特約を規定する四六六条二項の規定の内容は、フランス型の四六七条の発想とは異なっているということである。四六六条二項が、ドイツ民法草案などの外国法からの発想なのか、日本固有の取引慣習などからの発想なのか等をもう一度正確に検証する必要があろうが、起草者の説明を読む限りでは、もっぱら立法当時のわが国における債権譲渡制度への抵抗感を緩和する目的で置かれた、わが国の当時の国情に合わせるという妥協的・過渡的な規定であったように受け取れる（池田・前掲金融法務事情一四九九号二〇～二一頁）。なおこの点はすでに米倉教授も、四六六条の立法沿革を検討した研究の中で、法典調査会での審議の経緯と次の第九帝国議会での質疑を紹介し、この規定が譲渡屋対策等、立法当時の特殊日本的な背景を持ったものであることを強調している（米倉明・債権譲渡―禁止特約の第三者効―（一九七六年・学陽書房）二一頁以下）。

(9) 前掲UNCITRAL国際契約実務作業部会の「資金調達のための債権譲渡に関する条約草案」事務局素案（W

P93）では第二〇条に「抗弁および相殺権の放棄の合意」の規定が提案されている。

八　小　括

民法解釈方法論に関する議論の優劣は、それが条文の解釈論である以上は、個々の規定へのあてはめという実践作業において立証されるべきである。しかし、それぞれの学者の主張する方法論が実際の規定の解釈に適切にあてはまるという「適切さ」の程度は、実は対象によって異なる可能性があるかと思われる。指名債権譲渡は、民法解釈論の当然の出発点であるべき立法（起草）趣旨が看過されていた典型的な例である。繰り返すが、民法解釈学の最高峰として一世を風靡した我妻栄博士の『新訂債権総論』が、あれだけの詳細な体系書でありながら、指名債権譲渡に関する記述の中でフランス民法やボワソナード旧民法を一度も引用せずにドイツ民法とスイス債務法の引用だけで終わらせていたことを再度想起されたい。[1] 既述のようにドイツ民法は指名債権譲渡について対抗要件主義を採っていないのであるから、日本民法の指名債権譲渡の対抗要件それ自体を説明するのにドイツ民法を引き合いに出しても十分説明できるはずがないのである。さらに、民法四六七条の対抗要件について、債務者の正式な認識を基軸とする対抗要件であるという基本構造が、判例上も、到達時説を採った昭和四九年の最高裁判決（最判昭和四九年三月七日民集二八巻二号一七四頁）まで語られることがなかったという事実[2]も合わせて再度想起されたい。したがって、指名債権譲渡は、私の方法論が最も良く当てはまる（それどころか、私の方法論の中でも起草趣旨の把握を必要以上に強調すべき）分野であったのである。

しかし、右に述べたように、指名債権譲渡理論の新展開は、私の方法論でいう定数部分の確定作業から、変数部分の検討作業に移ってきたことを示している。

もちろん、私自身も、すべての分野で右に掲げた私見の方法論が通用するとは全く思っていない。たとえば、新種の非典型契約の研究とか、非典型担保（たとえば集合債権の譲渡担保など）の研究をする場合には、最初に起草趣旨・立法趣旨を確定すべき適用条文自体がない（少なくとも、その問題の解決を対象として当初から設定された条文はない）のであるから、この方法論ではうまくいくはずがないのである。逆にいえば、それらの分野を主たる研究領域にしている学者は、当然のことながら既存の条文の拘束から離れた自由な解釈論の展開を望むし、またそれを正当化する必要性を感じるということになろう。それらの学者は私見の方法論に違和感を感じることも当然と想像される。

ただ、右の例のような、そもそも適用の基本となる条文がないという局面での研究を除けば、大なり小なり、私見の方法論は妥当するはずである。先の表現でいえば、方程式の定数部分が大きいか、変数部分が大きいか、という違いである。もっとも、その意味で、私見の解釈方程式定数変数論は、変数部分が大きくなればなるだけ、法律意思説による解釈に近づいていくだろうと考えられる。しかし、解釈のスタートにおいて必ず定数部分の確定から始める、という点では、立法者意思説の発想は明確に評価しているのであって、その点では、最初から自由な解釈論の展開を認める法律意思説（法律意思説がそのようなものであるとの前提を採って言えばのことであるが）とは明らかに異なるのである。

このように私見の方法論は、解釈の出発点の設定を重視する。出発点がはっきりしない条文や、出発点の設定が（当時の立法者（起草者）の過誤によって）明らかに誤っていたと考えられる条文もないわけではなかろう。しかし、それらの場合も、出発点がはっきりしないとか誤っているとかを確定してから、それを根拠に自由な理論の展開を図るべきである。私見は、決して立法者なり起草者なりの見解に他に優越する絶対的な価値を認めるものではない。しかし、法律学が人々の経験の蓄積に基づいて発展する学問であると認識する以上、解釈論として

は、出発点の確認を怠りあるいは無視をした議論の展開は思考経済の上からも望ましくなく、自ら諌めるべきと考えるのである。

その意味では私見の発想は、結局単純素朴な、解釈学上当然の前提段階を重視しようというものにすぎないと評されるかもしれない。それでも、その段階の作業が必須であること自体は間違いないことであろう。私は、民法解釈学に身を置く限りは、「過去は現在を課題づける」[3]という命題に忠実でありたいと考えるのである。

（1）（2）本稿三(1)参照。

（3）内池慶四郎・出訴期限規則略史―明治時効法の一系譜―（慶應義塾大学法学研究会叢書・慶應通信・一九六八年）三頁。

［追記］ 筆者は、昭和四六年春、慶應義塾大学経済学部三年生の時に、法学部法律学科の内池研究会（ゼミナール）に迎え入れていただいて以来、一貫して内池慶四郎先生の寛大な指導と庇護の下に研究を継続してきた。この人を師とし得たことは、わが人生の最大の幸福であったと言って憚らない。

定年ご退職の後も、先生が益々ご健勝に、「学問の春」を楽しみつつ、ご研究を継続して行かれることを心からお祈り申し上げます。

（本稿の一部は、慶應義塾大学大学院法学研究科における大学院高度化推進費の助成を受けた研究成果である。）