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

| | |
|---|---|
| Title | 債務引受と債権譲渡・差押の競合：一括決済方式における債権譲渡方式と併存的債務引受方式の比較を契機に |
| Sub Title | La concurrence d'une reprise de dette avec une cession de créance : d'une analyse comparative des nouveaux systèmes de règlement au Japon |
| Author | 池田, 真朗(Ikeda, Masao) |
| Publisher | 慶應義塾大学法学研究会 |
| Publication year | 2004 |
| Jtitle | 法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.77, No.9 (2004. 9) ,p.1- 44 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | 論説 |
| Genre | Journal Article |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20040928-0001 |

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.

# 債務引受と債権譲渡・差押の競合

## ――一括決済方式における債権譲渡方式と併存的債務引受方式の比較を契機に――

池田真朗


一　問題の所在
(一)　問題点の俯瞰
(二)　問題設定の背景
(三)　一括決済方式のスキームの概要
(四)　債権譲渡担保方式の除外
二　併存的債務引受方式の問題点―債権譲渡や差押との競合
(一)　問題となる状況
(二)　併存的債務引受と債権譲渡が競合する場合
(三)　ケース別の帰結の考察
(四)　個別的考察のまとめ
三　債権譲渡と債務引受の競合から派生する新論点
(一)　弁済による代位と債権譲渡の関係
(二)　債権譲渡の対抗要件における「債務者以外の第三者」の概念
(三)　将来債務引受契約の有効性と第三者対抗力
(四)　債務引受立法論
(五)　フランス民法における délégation との比較
四　まとめ
(一)　本稿の考察の実務への示唆
(二)　一括決済方式への期待と将来展望
(三)　「債務引受論」の本流に向けて

## 一　問題の所在

### (一)　問題点の俯瞰

本稿は、大きく図式化していえば、債権譲渡と債務引受の競合という、これまで判例がないことは勿論、学説上もほとんど論じられていない問題を扱うものである。その問題意識の具体的な対象は、今日の実務界で手形に代わる決済方法として取扱いを増やしている「一括決済方式」の法的論点の検討にある。ただしこの問題は、金融取引上の新商品についての優劣を論じるレベルの問題にとどまらない。「対抗要件」をキーワードに、わが民法に規定のない、債務引受、契約譲渡等についての立法論につながり、解釈論のレベルでも、将来債務引受契約の検討に始まり、債権譲渡特例法登記の「盲点」を浮き彫りにして対抗要件における「第三者」の範囲の問題を先鋭に提起し、また、第三者弁済および弁済による代位の部分の解釈論の深化をいざない、さらに、立法論の必要性を再考させ、やはり債務引受の規定を持たないが指図（délégation）についての規定を有するフランス民法との比較に目を開かせる等、民法学上の豊潤な広がりを待つ問題なのである。本稿は、それらの各論点にアプローチする序説にすぎない。

なお、一括決済方式は、最近の金融システムの多様化の議論の中で関心を呼び、さらに最新の「電子債権」の問題（手形の電子化の論点も含まれる）でもその関係性を認識されている（手形から他の決済手段に移るという意味で電子債権論の一種先駆的な取り組みと位置づけうる）。以下の本稿の問題分析の一部は、すでに筆者が委員を務めた経済産業省産業構造審議会産業金融部会の報告書[1]に、筆者の見解を元にしたと明記の上で紹介されていることを述べておく。

（1）　産業構造審議会産業金融部会「金融システム化に関する検討小委員会報告書―電子債権について」（平成一六年

四月二八日）五九頁（その後「産業構造審議会産業金融部会中間報告―金融サービスの高度化とリスクマネーの供給拡大に向けて」（平成一六年六月二五日）三―五九頁に収録）参照（なお電子債権については、後掲四㈡の註参照）。

### ㈡ 問題設定の背景

まずは問題設定の背景を少しく紹介する必要があろう。近年、大企業を中心に、手形を廃止し、それに代わる決済方法としていわゆる一括決済方式を採用する企業が増加してきている。周知のように、もともとわが国では、各種取引債権の決済を円滑に行うための手形の制度が諸外国に類を見ないほどに発達していたが、大企業では、納入企業に対して毎月数千枚に及ぶ手形を発行するケースもあり、近年ではこの手形発行・受け渡しにかかる事務が大きな負担となってきていた。このため、ことに大企業（親事業者）の納入企業（下請事業者）に対する支払を、下請代金遅延等防止法などに抵触しない形で、手形レスで行うために案出されたのがこの一括決済方式である（市場規模は、平成一五年九月の経済産業省推計では約二・四兆円に上っている）。これには具体的に四種の方式があるが、そのうち、最初に考案され、昭和六一年に公正取引委員会によって認められたのは、「一括支払システム」と称された債権譲渡担保方式である（なお六一年段階以前から一括手形方式というものも開発されていたが、これは手形の発想から抜けていないもので、本稿ではこれ以上言及しない）。そしてその後現在までに開発されたのが、ファクタリング（真正債権譲渡）方式、信託方式、および平成一一年から認められた併存的債務引受方式の三種類である。しかし、この最初に商品化された債権譲渡担保方式（以下「一括支払システム」と呼ぶ）は、その契約中の、国税徴収法による告知書発出時点で譲渡担保権を実行する特約（代物弁済条項とも呼ばれる。昭和六三年に追加された）に国税徴収法との関係で問題があることが判明し、国との係争となって地裁で敗訴した段階から、既に大手金融機関等では新規取り扱いを見合わせたところも多く、最近では他の三種類が多く行われるようにな

ってきていた。そして、この一括支払システムについては、次に紹介する最判平成一五年一二月一九日が、ほぼ予測されていた国税側勝訴の判断を最終的に下した。したがって本稿では、この債権譲渡担保方式の「一括支払システム」は検討対象から除外し、真正債権譲渡方式たるファクタリング方式（信託方式も次に述べるようにこのヴァリエーションと把握できる）と、最も後発の併存的債務引受方式とを対象として、それらの比較をすることとしたい。

### ㈢　一括決済方式のスキームの概要

本論に入る前にそれら一括決済方式のスキームのポイントのみを解説しておく。①債権譲渡担保方式（契約名称「一括支払システム」）の場合は、納入企業が、大企業に対する代金債権を金融機関に譲渡担保に供し、金融機関は納入企業に当座貸越貸付の形でこの代金を支払う。そして大企業が納入企業の代金債権に相当する額を金融機関に振り込み、金融機関はそれをもって納入企業への当座貸越貸付金の清算を行う、というものである。これに対し、②ファクタリング（真正債権譲渡）方式の場合は、債権買取、つまり真正債権譲渡を行うもので、納入企業は代金債権をファクタリング会社等に譲渡し、ファクタリング会社等はそこで納入企業に債権の対価を支払う。そして大企業が譲受人たるファクタリング会社等にその債権額を支払う、という形になる。③信託方式は、いわば②のファクタリング方式が一段階複雑になるもので、納入企業は代金債権を信託銀行に信託譲渡することによって信託受益権を取得し、納入企業の要望に応じて信託銀行が当該信託受益権を投資家に販売することによって納入企業が信託銀行から金銭の支払いを受ける、大企業は信託銀行に期日支払いをし、その金銭が信託銀行から投資家に支払われる、という形になる。④併存的債務引受方式は②や③と逆の発想で、大企業の納入企業に対する債務を金融機関が併存的債務引受をし（したがって大企業の債務者たる地位は変わらずに存続する）、金融機

関が各納入企業に債権額を弁済し、大企業が金融機関にそれらを一括支払いするというものである。

本稿では、これらの各方式の総称として「一括決済方式」という用語を採用し、「一括支払システム」という表現は、「一括決済方式の中の債権譲渡担保方式」という意味で用いることとする。また、一括決済方式を契約する金融機関は、②のファクタリング（真正債権譲渡）方式なら譲受人、③の信託方式なら受託者、④の併存的債務引受方式ならば引受人、ということになるが、その地位について統一的な表記方法を採ったほうがわかりやすいと思われるので、本稿ではこれらを一括して「受託会社」と表記することとする。信託の受託者という限定とは異なることをお断りしておく。

### ㈣　債権譲渡担保方式の除外

以下の考察から債権譲渡担保方式（一括支払システム）を除外する理由を明らかにするために、最判平成一五年一二月一九日金法一七〇二号六八頁、金判一一八二号一三頁の簡単な紹介と評価をしておこう（詳細は別稿同判決評釈[2]を参照）。一括支払システムに含まれる「担保として譲渡された売掛金債権について、国税徴収法二四条に基づく告知が発せられたときは、これを担保とした当座貸越債権は何らの手続きを要せず弁済期が到来するものとし、同時に担保のために譲渡した売掛金債権は当座貸越債権の代物弁済に充てる」という合意（先述のように昭和六三年に約款に追加された。このような合意を入れた理由は、本件契約に基づく与信方法によると、仕入先の企業が国税を滞納し、その法定納期限が債権譲渡の確定日付以前に到来している場合には、法二四条により銀行が物的納税責任を負う第二次納税義務者になる可能性があるので、それを回避するために置かれたとされる）については、係争後すでに第一審、控訴審とも、右合意は国税徴収法の適用を回避しようとするものであって無効であるとし、一括支払システムを受託した銀行側（譲渡担保権者）が敗訴していた（第一審、東京地判決平成九・三・一二金法一四七八

号四二頁、控訴審、東京高判平一〇・二・一九金法一五一二号二二頁）。そして最高裁の示した判決要旨も、「同条二項の告知の発出と到達との間の時間的間隔をとらえ、告知書の発出の時点で譲渡担保権者が譲渡担保権を実行することを納税者とあらかじめ合意することは、同条二項の手続が執られたことを契機に譲渡担保権が実行されたという関係があるときにはその財産がなお譲渡担保財産として存続するものとみなすこととする同条五項の適用を回避しようとするものであるから、この合意の効力を認めることはできない。」というものであった（補足意見がある）。

これに対して私見は、本判決の判断を当然のものとし（ただし本判決の結論が債権譲渡担保契約一般に対する国税債権の優位性に拡張されることには強い懸念のあることを明示した）、「そもそもこういう状況の出現を避けるためには、いわゆる譲渡担保ではなく、債権の完全真正な売買をして、契約段階で権利を移転し、かつ対抗要件を具備しておけばよいだけの話である。しかも本来このスキームは、先に述べたように大企業等の手形振出の煩雑さを回避するために考え出された決済システムなのであるから、「担保」として構成する必然性は全くない。端的に、間に入る金融機関が、それらの納入企業の債権をまとめて譲り受けるか、大企業の納入企業に対する債務をまとめて引き受けるかという発想に立てばよいのである」と述べた。[3]

そして、今回の判決が出てもなお、一括決済システム（譲渡担保方式）そのものが有用性を失ったと考えることは早計ではないかとして改善策を考える意見も一部にはあったが、[4] 私見は、「本件合意を残した契約を継続させることが不適切であることは勿論のこと、手形レスの決済システムとして当座貸越の要素を持つことの必然性も問題であるし、そもそも売掛金の譲渡担保という基本構成が本件約定の設定に結びついているのであるから、もはや端的にこの譲渡担保方式は金融機関の商品としては不適切として全面的に放棄し、他の一括決済方式、すなわちファクタリング方式、信託方式、併存的債務引受方式のいずれかを採用すべきであろう」と論じたので

ある。[5] そして、ファクタリング方式と併存的債務引受方式の比較については、別稿で詳細に論じる予定[6]と予告した。それが本稿である。

以上のような観点から、本稿では、以下ファクタリング方式・信託方式という債権譲渡型の方式と併存的債務引受方式とを比較する。問題の核心は、その中での相対的な「新商品」である併存的債務引受方式について、債権譲渡や差押と競合した場合における問題点を分析する点にある。なお、本来は信託方式についても独自の分析をするべきであるが、信託方式のスキームの根幹は債権譲渡方式と同様であるため、本稿ではファクタリング方式とともに債権譲渡方式として括って論じる扱いに止める。[7]

(2) 池田真朗・本件判批・金法一七一六号（金融法学会編集「金融判例研究」第一四号）四一頁以下。
(3) 池田・前掲注(2)本件判批四三頁。
(4) 遠山浩之「銀行の新商品開発等における実務上の留意点―一括支払システム最高裁判決を契機として―」金法一六九九号八頁。
(5) 池田・前掲注(2)本件判批四四頁。
(6) 池田・前掲注(2)本件判批四四頁。
(7) なお、信託設定後の信託受益権譲渡についても、現在の信託法では独自の対抗要件設定等はされておらず、債権譲渡と同一に処理されているのは周知のとおりである（この点、筆者は、今後の信託法改正においては、受益者に関する規定が増設されるべきであり、受益権譲渡については、受益権の法的性質に則した、指名債権譲渡とは異なる対抗要件を定める等のことも考えられてよいはずという見解を持っており、その旨を二〇〇四年度の日本私法学会シンポジウム「信託法と民商法の交錯」（報告者、道垣内弘人教授他）で発言した）。

## 二　併存的債務引受方式の問題点―債権譲渡や差押との競合

### ㈠　問題となる状況

以下本論に入る。一括決済方式の観点から見ると、特に併存的債務引受方式についての最大の問題点は、併存的債務引受というものが、債権譲渡や差押と競合した場合に、それらに対抗することができるのかというところにある。

そのような問題を掲げるのは、一括決済方式の実務の場合、数は多くないが存在する重大なリスク（受託会社にとってのリスク）として、たとえばある中小企業が、ある大企業に対する受託会社について一括決済方式によるべく引受機関と契約している場合に、（おそらくは）債権管理が不十分であったなどの理由で、その一括決済方式の対象となっている債権を、他の商社等からの売掛債権担保融資を受ける際に債権譲渡担保として提供（権利移転）してしまう場合があるからである。債権譲渡方式（ファクタリング型や信託型）の一括決済方式の場合は、その対象となっている債権を譲渡人たる企業が誤って他の銀行やノンバンクからの融資に対する債権譲渡担保に提供する債権に混入させると、勿論まぎれもない二重譲渡になってしまい、[1] これが実務の現場では重大なリスクとして検討されている。

この問題が、併存的債務引受方式の場合は、支払企業と引受機関とで一括決済方式の採用が合意されているある中小企業の債権について、その中小企業が他者へ同一債権を譲渡してしまった場合にどうなるかという状況となって現れる。もちろん、こちらはいわゆる「二重譲渡」の問題ではない。しかし、強調しておきたいのは、債権譲渡方式のほうで問題になる二重譲渡ケースが併存的債務引受方式では問題にならない、という言い方は、何ら併存的債務引受方式の優位性を述べるものではないということである。つまりその場合に、本稿の問題とする

債権譲渡と債務引受の競合の問題が生じるのであって、これを整序しえないうちは、併存的債務引受方式でも問題は同様に残るのである。

以下には、債権譲渡との競合例を設定して論じるが、併存的債務引受方式では、仮に債権譲渡に対抗できても差押には対抗できない場面が残ることに留意する必要がある。

（1）池田真朗・債権譲渡法理の展開（弘文堂、二〇〇一年）一七三頁参照。

### ㈡ 併存的債務引受と債権譲渡が競合する場合

併存的債務引受と債権譲渡が競合する場合は、以下のように大きく一〇通りに場合分けして想定することができる。なお、ここでは、場合分けをいたずらに多くしないためと、実務上の対抗要件具備における債権譲渡登記利用の割合を考慮して、債権譲渡側の第三者対抗要件具備は、とりあえず民法上の確定日付ある通知ではなく債権譲渡登記によるものとし、民法上の対抗要件具備をした場合は各ケースの中で対比して論じることとする。

この場合、周知のように債権譲渡特例法（「債権譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律」、平成一〇年一〇月施行）は、民法四六七条の通知・承諾と異なり、債務者に知らせずにする登記制度を採用したことから、同法二条一項で、登記は「債務者以外の第三者については、民法四六七条の規定による確定日付ある証書による通知があったものとみなす」とした。つまり、登記は、債務者を除いた第三者に対する対抗要件なのである（いわば「第三者限定対抗要件」というべきものになる）。したがって、債権譲渡登記だけでは対債務者対抗要件（権利行使要件）とはならないので、債務者に弁済請求するためには、特例法二条二項に規定する、登記事項証明書を付した通知が必要となる。この場合、第三者対抗要件と債務者対抗要件が分離するという債権譲渡登記の特性から、原債務者および引受人たる受託会社に有利に働く場面が若干あることが重要なポイントになる。しかし、先

に述べたように、差押との関係ではそうはならない（逆に劣後する場面を多く残す）ことに注意を要する（以下本稿では、説明の便宜に応じて、特例法登記のみ（二条一項）による対抗要件を、単に「第三者対抗要件」という場合と、特に強調して「第三者限定対抗要件」と表現する場合がある。また同法二条二項の規定する、債務者に対する「登記事項証明書を交付して」する通知を「二条二項通知」と呼び、それによって得られる効果（法文では、「当該債務者についても、前項と同様とする」。つまり、確定日付ある通知があったのと同様になる）を、債務者に対しても弁済請求等の権利行使ができるようになるという意味で、「対債務者権利行使要件」または「対債務者対抗要件」と呼ぶこととする[2]）。

（2）念のために付言すれば、したがって特例法二条二項通知があって対債務者権利行使要件が備わった場合は、それ以前に第三者限定対抗要件はすでに存在しているので、全員に対する対抗要件がそろう、ということである。この点、民法四六七条の一項・二項の場合（一項の確定日付のない通知・承諾のみでは、債務者に対してしか対抗できず、二項の確定日付ある証書による通知・承諾があって初めて他の第三者に対抗できるようになる）と混同のないようにしていただきたい。なお本稿三(二)の記述を参照。

### (三) ケース別の帰結の考察

〔ケース1〕

① 原債務者、原債権者、受託会社との間で、受託会社を債務引受人とする併存的債務引受契約を締結する。

② 受託会社は、原債権者に対して、期限前弁済を行う。

③ ②にもかかわらず、原債権者は原債権を債権譲受人に譲渡する。

④ 債権譲受人は、債権譲渡特例法に基づく債権譲渡登記を行う。

⑤ 債権譲受人は、原債務者に対して登記事項証明書を交付して債権譲渡の通知（二条二項通知）を行う。一方、

受託会社は原債務者に対して求償権を行使する。

（ケース1の場合の帰結）

原債権者、原債務者、受託金融機関の間の併存的債務引受契約により、原債務者と受託会社（引受人）は原債権者に対して（通説によれば）連帯債務を負う形になっている。そして、受託会社（引受人）が債権譲渡に先んじて弁済をしている。この弁済は、連帯債務者による弁済とみても、単に利害関係のある第三者の弁済としてみても有効であり、これによって原債権者と原債務者の間の原債権は適法に消滅する。したがって、その後になされた債権譲渡は、消滅後の存在しない債権の譲渡であって、これについて債権譲渡登記をそなえても、なんら効力はない。したがって、このケースでは債務引受方式には特段の問題は生じない（ただし原債務者が民法四六八条一項の異議を留めない承諾をすれば、原債務者は債権消滅の抗弁を譲受人に対抗できなくなるが、この抗弁喪失の効力は、連帯債務者には絶対的効力事由ではないので及ばず、また保証類似の関係と見ても異議を留めない承諾の効力は保証人には及ばないとするのが判例であり圧倒的な通説（反対少数説は我妻説）である。[3] したがって、受託会社（引受人）に及ばないという結論は維持できよう）。ただし、注意すべきは、このケース1の場合でも、弁済に至るまでは、たとえ債務引受契約後であっても、原債権が原債権者と原債務者との間で存続している以上、原債権者の債権者から差押を受けた場合は、差押が優先するということである。債務を消滅させる弁済があって初めて差押債権者にも譲受人にも優先できるということである。

〔ケース2－1〕

① 原債務者、原債権者、受託会社との間で、受託会社を債務引受人とする併存的債務引受契約を締結する。

② ①にもかかわらず、原債権者は原債権を債権譲受人に譲渡する。

③ 債権譲受人は、債権譲渡特例法に基づく債権譲渡登記を行う。

④ 債権譲受人は、原債務者に対して登記事項証明書を交付して債権譲渡の通知（二条二項通知）を行う。
⑤ 受託会社は、原債権者に対して、期限前弁済を行う。受託会社は原債務者に対して求償権を行使する。

〔ケース2－2〕

① 原債権者が原債権を債権譲受人に譲渡する。
② 原債務者、原債権者、受託会社との間で、受託会社を債務引受人とする併存的債務引受契約を締結する。
③ 債権譲受人は、債権譲渡特例法に基づく債権譲渡登記を行う。
④ 債権譲受人は、原債務者に対して登記事項証明書を交付して債権譲渡の通知（二条二項通知）を行う。
⑤ 受託会社は、原債権者に対して、期限前弁済を行う。受託会社は原債務者に対して求償権を行使する。

〔ケース2－3〕

① 原債権者が原債権を債権譲受人に譲渡する。
② 債権譲受人は、債権譲渡特例法に基づく債権譲渡登記を行う。
③ 原債務者、原債権者、受託会社との間で、受託会社を債務引受人とする併存的債務引受契約を締結する。
④ 債権譲受人は、原債務者に対して登記事項証明書を交付して債権譲渡の通知（二条二項通知）を行う。
⑤ 受託会社は、原債権者に対して、期限前弁済を行う。受託会社は原債務者に対して求償権を行使する。

〔ケース2－4〕

① 原債権者が原債権を債権譲受人に譲渡する。
② 債権譲受人は、債権譲渡特例法に基づく債権譲渡登記を行う。
③ 債権譲受人は、原債務者に対して登記事項証明書を交付して債権譲渡の通知（二条二項通知）を行う。
④ 原債務者、原債権者、受託会社との間で、受託会社を債務引受人とする併存的債務引受契約を締結する。

⑤　受託会社は、原債権者に対して、期限前弁済を行う。受託会社は原債務者に対して求償権を行使する。

（ケース2－1、2－2、2－3、2－4の場合の帰結）

これらの場合は、すべて、債権譲渡契約が先か併存的債務引受契約が先かにかかわらず、さらには債権譲受人が、債権譲渡特例法登記によって対第三者対抗要件（除く対債務者対抗要件）を備えたのがいつかにかかわらず、譲受人が同法二条二項の通知によって対債務者対抗要件（権利行使要件）までを備えた後に、引受人が弁済を行っている。この場合、債務者は対債務者対抗要件たる二条二項通知のあった後は譲受人への弁済を義務付けられ（民法四六七条二項の確定日付ある証書による通知があった場合と完全に同一になる）、旧債権者たる譲渡人に弁済しても有効な弁済にならない。そのことは、引受人が第三者弁済をした場合にも同様であり、引受人の弁済はなんら譲受人の債権を消滅させるものではない。したがってこれらの場合は、すべて債権譲受人が債務引受人に優先することになり、受託会社が旧債権者に弁済をしても原債権は消滅しない。譲受人は原債務者に弁済請求することができ、原債務者側は二重弁済を強いられる結果になる。受託会社が弁済する前に差押があった場合も同様である。要するに、特例法二条二項通知まであった後には原債務者も受託会社も原債権者に弁済しても有効とならないということである（民法四七八条の債権準占有者に対する弁済の規定も、普通に二条二項通知があったのであれば、おそらく弁済者に過失ありということになって適用可能性はないということになろう）。

ただし、2－4（これはいかなる考え方を採っても原債権者への弁済は有効にならない）を除いた2－1、2－2、2－3のケースでは、二条二項通知が原債務者にのみなされた場合、もし原債務者と併存的債務引受人とを完全に連帯債務者と同視することができるのであれば、通知は連帯債務においては相対的効力しかもたない事由であるから、なお併存的債務引受人のほうは通知を受けていないうちに弁済したとして自己の弁済を有効と主張でき、原債務者もそれを抗弁できるのではないかという問題が提示しうるようにみえる。

しかしながら、この点は今後さらに検討の余地があろう。なぜなら、まず2－3については、後述するように、債権譲渡登記後に参加する引受人が二条一項の「債務者以外の第三者」に該当するとすれば、その段階で引受人の弁済を有効とする主張はなしえなくなる。さらに残るのは2－1と2－2であるが、まず、2－1の場合には、原債権者（A）が譲渡したのが何かが問題になる。譲渡の段階では、併存的債務引受契約があるのであるから、理論的には、原債務者（B）と引受人（C）が連帯債務者の関係にあるとされる。[4] そうすると、連帯債務におけるAB間の債権とAC間の債権は、法律上は「同一の給付を目的とする別個の債権」であるから、債務者の一人に対する債権だけを分離して譲渡することが可能である。[5] したがって、この段階の債権譲渡は、AのB＋Cに対する債権を譲渡することもできれば、AのBに対する債権だけを譲渡することも可能ということになる。そして、このケースではAはおそらく自己のBのみに対する債権として譲受人（D）に譲渡していると思われる。その結果、もしBが、Cは二条二項通知を受けずにAに有効な弁済をしたのだと抗弁しても、DからはDはAのBのみに対する債権を譲り受けたのであり、かつBには二条二項通知がされているのであるから、Bは有効な弁済があったという抗弁はできない、という再抗弁がなされてしまう可能性が高い。

さらに2－2では、原債権者AがBに対する債権をDに譲渡をした後にAB間の債権の残存を前提とする併存的債務引受契約がされて引受人Cが参入するのであるから、Aが譲渡したのはBのみに対する債権であることは明白であり、そのBに対する債権の譲渡を登記で公示した後にCがAに弁済しても、そもそもそれはDの債権を消滅させる弁済にはなっていない、という主張が成り立つ可能性も大きいのである。

実務の処理としては、原債務者に二条二項通知があれば、それ以降の弁済の有効性は（受託会社がした場合も）疑問となると考えて処理したほうがよいであろう。[6]

なお、この問題は、一般に民法四六七条二項の確定日付ある通知で対抗要件を具備する場合であっても併存的

債務引受人にも通知しなければならないのかという問題につながる（民法上の確定日付ある通知は、対債務者対抗要件を含んだ第三者対抗要件であるから、右のケースで考えると2－3と2－4は問題が起こらない。両ケースの②の債権譲渡登記に当たるところで（併存的債務引受前に）民法通知をするのであるから、通知は一個で完全に譲受人が優先するからである。しかし2－1と2－2では同様の問題を生じうる）。

さらに、債務引受側からみて注意すべきは、右のようにして原債務者や引受人が譲受人に弁済を対抗しうる場合があるとしても、弁済前に差押があったときは、すべて差押が優先するということである。併存的債務引受においては、とにかく弁済前は旧債務は存在するのであるから、弁済して消滅させない限り、差押が有効となってしまうのである。なお、この点につきさらにいえば、もし原債務者と併存的債務引受人の関係を完全な連帯債務関係とみるのであれば、理論上は、原債権者と原債務者の間の債権を差し押さえることも、原債権者と併存的債務引受人の間の債権を差し押さえることも、可能になりそうである。この問題も、これまで議論が尽くされていない新論点と思われるので、今後の検討を要する。

もっとも、実務においては、一般には債権譲渡特例法登記をして第三者対抗要件のみを取得しておいて債権回収を譲渡人たる旧債権者に委任し、旧債権者に問題が生じた場合に初めて二条二項通知を行って譲受人自ら回収を行うケースが多いため、債権譲渡登記と二条二項通知の間には時間的には懸隔があることが多い。したがって、2－1から2－4のケースは実際にはそれほど多くなく、以下の3以降のケースが実際にはより発生可能性が大きいということになるかと思われる（ただし当該債権の弁済期が遅い場合で、受託会社が期限前弁済を行わなければ、3以下のケースに比して2のケースが相対的に増える可能性が高くなる）。

〔ケース3－1〕

① 原債務者、原債権者、受託会社との間で、受託会社を債務引受人とする併存的債務引受契約を締結する。

②　①にもかかわらず、原債権者は原債権を債権譲受人に譲渡する。
③　債権譲受人は、債権譲渡特例法に基づく債権譲渡登記を行う。
④　受託会社は、原債権者に対して、期限前弁済を行う。
⑤　債権譲受人は、原債務者に対して登記事項証明書を交付して債権譲渡の通知を行う。一方、受託会社は原債務者に対して求償権を行使する。

〔ケース3－2〕

ケース3－1において、受託会社が期限前弁済を行った後に、債権譲渡登記を行う（ケース3－1の③と④が逆になる）。

（ケース3－1の場合の帰結）

問題なのはこのケースである。この点について、債務引受型一括決済方式の受託会社の中には、この場合も債務引受が優先すると単純に説明しているところがあるようだが、これはかなりミスリーディングな説明である。このケースでは、確かに債務引受が先に行われているが、対抗要件主義を採るわが国の法制においては、競合する契約の先後は関係がなく、譲受人と引受人の関係では、本来は第三者対抗要件を具備した譲受人が優先し、原債務者には二重払いのリスクが生ずるはずなのである（実際に、譲受人の第三者対抗要件具備が債権譲渡特例法登記ではなく民法四六七条二項の確定日付ある通知・承諾でなされた場合は、間違いなくそうなる）。

そもそも、併存的債務引受の場合、併存的なのであるから、引受契約がなされた段階では、原債権は当然そのまま存在している。この原債権が消滅するのは、上記ケース1で述べたように、（原債務者自身からでも引受人からでも）有効な弁済があった時点でである。したがって、弁済前につまり原債権が存続しているうちに当該債権が譲渡されれば当然その債権は譲受人に移転し、かつその譲渡にその状態で本来の第三者対抗要件（民法四六七

条二項による確定日付ある証書による債務者への通知か確定日付ある証書による債務者の承諾）が具備されれば、譲受人は当然債務者を含んだ他の第三者（債務引受人も当然含まれる）に優先する（もちろん債権譲渡ではなく差押債権者の差押があった場合も同様に差押が優先する）。つまり、この状態（まだ弁済がない段階）で仮に（引受人に地位確認の必要性でもあったとして）譲受人と引受人の紛争になれば、譲受人の権利取得が認められるはずなのである。

しかしながら、その第三者対抗要件具備が債権譲渡登記を経てなされたケースでは、特例法登記では民法上の確定日付ある通知をした場合と異なり、対第三者対抗要件と対債務者権利行使要件とが分離されているため、この状態では、原債務者はいまだ譲渡について通知されておらず、そのため譲受人は、権利者になってはいるものの、原債務者に権利行使ができない立場である。(7) したがって、この時点で紛争にならないうちに原債務者や引受人が旧債権者たる譲渡人に弁済をすれば、弁済は本旨弁済として有効であり、この弁済によって債務が消滅したという抗弁を原債務者は譲受人に対してなしうる（民法四六八条二項）ことになる（もちろん、弁済を受領した旧債権者たる譲渡人は、譲受人から不当利得返還請求（通常なら悪意不当利得として民法七〇四条による）を受けることとなろう）。結果的に弁済は有効となり、債務を消滅させる出捐があったので、引受人が弁済した場合であれば引受人は原債務者に対して求償権を持つに至る。したがって、ともかく先に弁済まで終われば引受人は譲受人に対抗できることになる。

つまり、この場合は、たまたま譲受人の対抗要件具備が民法上の確定日付通知ではなく債権譲渡特例法登記であって、しかも二条二項通知が未だないことから債務者ないし引受人に優先の道が開けたのである（ただし、もし引受人が債権譲渡登記後に加入して特例法二条一項にいう「債務者以外の第三者」に該当するとなると、この論法は引受人については全く成り立たなくなることに注意を要する。この点は本稿後掲ケース4－1と三(二)の記述を参照）。けれども、この場合も、先のケース1と同様、弁済までに原債権者・原債務者間の原債権が差し押さえられれば（併

存的債務引受の場合、原債権関係は存続しているのだから）差押が有効であり、引受人はその後に弁済しても有効な弁済にならない。[8]

（ケース3－2の場合の帰結）

これに対して、ケース3－2のほうは問題がない。ケース3－2の場合は、まず債務引受がありそれから債権譲渡があったが、当該債権譲渡は契約はなされたもののまだ対抗要件を得ていない（第三者対抗要件もないし、対債務者権利行使要件もない）段階で弁済がなされている。したがってこの段階で原債務者にしろ引受人にしろ、弁済をすればその弁済はケース1と同様に当然に有効であり、その時点で債務は適法に消滅する。債権譲渡登記は実体のない無効の登記ということになる。譲受人から後日弁済の請求があったとしても、原債務者側は、債務引受契約の存在と弁済の事実とをすべての証拠方法を用いて証明すればよいだけのこととなろう（ただその立証において債務引受に対抗要件の規定等があれば立証がより容易になるという観点からすれば、契約自治にすぎない債務引受の脆弱性があるとはいえる）。

〔ケース4－1〕

① 原債権者は原債権を債権譲受人に譲渡する。

② 債権譲受人は、債権譲渡特例法に基づく債権譲渡登記を行う。

③ ①②にもかかわらず、原債務者、原債権者、受託会社との間で、受託会社を債務引受人とする併存的債務引受契約を締結する。

④ 受託会社は、原債権者に対して、期限前弁済を行う。

⑤ 債権譲受人は、原債務者に対して登記事項証明書を交付して債権譲渡の通知を行う。一方、受託会社は原債務者に対して求償権を行使する。

〔ケース4－2〕

ケース4－1において、債務引受契約が締結された後に、債権譲渡登記を行う（ケース4－1の③と②が逆になる）。

〔ケース4－3〕

ケース4－1において、受託会社が期限前弁済を行った後に、債権譲渡登記を行う（ケース4－1の②が④の後になる）。

（ケース4－1の場合の帰結）

ケース4－1は、すでにケース3－1で述べた問題が、さらに鮮明な形で現れる。つまり、結論的には、4－1では原債務者や引受人から旧債権者たる譲渡人に対してなされた弁済は基本的に有効にならないというべきである。併存的債務引受の前に債権譲渡が行われ第三者対抗要件具備が済んでいるので、もはや譲渡人（旧債権者と）債務者の間の債権は消滅しており、その後に債務引受契約をしても、存在しない債務の引受契約をしたということになるはずだからである。したがって、債務引受契約の有効な成立自体がまず否定されよう。契約の目的物の存在しない、原始的不能のケースであって、契約は無効となるという構成が考えられるのである。

しかしながら、そのような構成をとらず、（不動産や債権の一般の二重譲渡事例も想定して）当事者間ではこのような債権契約も有効であるとすべきという主張もあろう。仮にその場合でも、このケース4－1について、譲受人が第三者対抗要件を民法上の確定日付ある通知・承諾で具備すれば、対債務者対抗要件も含まれるので、原債務者には旧債権者たる譲渡人に弁済しても弁済を有効にしうる余地はない（原債務者は通知・承諾のあった後は債務消滅の抗弁はもはやできない）。けれども、譲受人の具備したのが債権譲渡登記による第三者限定対抗要件であった場合、原債務者は、なおその後に自ら譲渡人に弁済すれば、通知前に生じた抗弁事由（民法四六八条二項）

として債務の消滅を譲受人に対抗できることになるのである。これは、後掲三(二)で詳論するように、譲渡を知らされていない債務者を保護するために特例法が採った措置の帰結である。。しかしながら、そのことから、同様に、登記後に引受人と債務引受契約をしさらに引受人が弁済まで完了したという場合も、この引受人の弁済による債務消滅を、通知前に生じた抗弁事由として譲受人に抗弁しうることにはならないであろうと思われる。なぜなら、後に三(二)で詳論するように、債権譲渡登記をして譲受人が第三者対抗要件を得た段階では、引受人はまだ債務者側に参入していないのであるから、この引受人は債権譲渡特例法二条一項の「当該債権の債務者以外の第三者」に該当すると考えられるからである。そうなると、引受人は、債権譲渡登記の完了した時点で、（原債務者への二条二項通知がなくても）譲受人から対抗されてしまう立場になる。

この4－1において、引受人のした弁済までをも有効としようとするのであれば、それは、債権譲渡登記が債務者に情報を与えずにできる第三者対抗要件でありそれだけでは対債務者対抗要件にはならないことのいわば盲点を突いた処理を考えることになる。確かに債権譲渡の対抗要件においては、債務者の善意・悪意を問題にしない（対抗要件具備以外の方法による債権者の移転についての情報を債務者が得ていたかどうかを問わない）のが通説であるが、[9] たとえば債権譲渡について既に悪意の原債務者が善意の引受人と併存的債務引受契約をして弁済させる場合を想定すると、これはかなり問題のある処理である。さらに、仮に引受人が先行する債権譲渡登記の存在を知って故意にこのような債務引受契約を結んで弁済まで完了したというケースでは、より問題性は強まり、場合によっては引受人の譲受人に対する取引的不法行為（あるいは引受人と原債権者との譲受人に対する共同不法行為）が成立する余地もあるように思われる。もちろん、いずれにしてもこのケースで原債権者が受託会社から弁済として受領した金銭は、原債権者たる譲渡人の不当利得（一般には民法七〇四条の悪意不当利得）となる。

（ケース4－2、4－3の場合の帰結）

これに対して、ケース4－2のほうは問題が相対的に小さい。ケース4－2の場合は、債権譲渡のほうもまだ契約はなされたものの対抗要件を得ていない（第三者対抗要件もないし、対債務者権利行使要件もない）段階で併存的債務引受がなされている。（本来は、この段階では、新債権者たる譲受人に対する債務を引き受ける契約がなされるべきなのであるが、）しかしこの状態では、債権譲渡契約と債務引受契約のいずれが早かったかはなんら問題にはならない（繰り返し述べているように、対抗要件主義の法制のもとでは契約の先後は問題にならない。不動産の二重譲渡と同様、契約の先後で第三者に対する対抗力の優先関係を決めるのではなく、第三者対抗要件の具備の先後で決めるのである。ただここでも、対抗要件規定のない（そもそも条文自体のない）債務引受の場合は、画一的な証明力のある手段を持たないという意味では不安定さが露呈されるとはいえる）。そして、その後弁済前に債権譲渡登記がなされているのであるが、これだけではまだ対債務者権利行使要件が備わっていない。したがってこの段階で原債務者にしろ引受人にしろ、弁済をすればその弁済はケース1と同様に当然に有効であり、その時点で債務は適法に消滅する。譲受人から後日弁済の請求があったとしても、原債務者側は、債務引受契約の存在と弁済の事実とをすべての証拠方法を用いて証明すればよいだけのこととなろう（譲渡人の譲受人に対する不当利得は成立する）。

つまり、4－2では、4－1と異なり、まだ債権譲渡も契約しただけで第三者対抗要件具備に至っていないうちに併存的債務引受契約をするのであるから、そもそも債務引受契約が無効という議論は成り立ち難い。したがって本来わが国の権利移転法制から考えれば、仮に債務引受の条文があり、第三者対抗要件の規定があるならば、まさに債権譲渡と債務引受の競合で、いずれか早く第三者対抗要件を得たほうが優先する、という議論になるところなのである。しかし現実には、債務引受には規定がない。また、債務引受の場合は権利は移転していないので、「権利移転法制」とは関係がないという評価もなされうる。いずれにしても、このケースでは第三者対抗要件具備が特例法登記であれば、対債務者権利行使要件がないので、あとは3－1で述べたと同様、原債務者も引

受人も、譲渡人にした弁済を有効となしうる。ただこのケースでは、第三者対抗要件具備が民法の確定日付ある通知であれば、その通知の到達の時点で原債務者は原債権者への弁済を有効となしえなくなる。したがってそのときは、先述した、併存的債務引受の場合は引受後の通知を誰にすべきか（原債務者と併存的債務引受人の両者にしなければならないか）という問題が顕在化することになる。

ケース4－3では、債権譲渡と債務引受の契約のみがあって、弁済後に債権譲渡登記がされるのであるから、これはなんら問題なく弁済が有効となる（譲渡登記自体は実体のない無効の登記ということになる）。この点は、債権譲渡登記の代わりに民法の確定日付ある通知であったとしても同様である。原債務者は、すべての証拠方法で弁済が（原債務者ないし引受人から）譲渡人になされていることを立証できればよい。

ただし4－2でも4－3でも、また4－1であっても、とにかく弁済前に差押があればその差押が有効になる。併存的債務引受は対抗要件がない以上、弁済しなければ債務消滅とはならず、債務消滅とならなければ差押債権者などの第三者に対抗できないのである（この点、たとえば4－1、4－2では、譲受人は、具備したのが債権譲渡登記であっても、登記後に現れた差押債権者等の第三者には対抗できる）。

（3）この論点については、池田真朗・債権譲渡の研究〔増補二版〕（弘文堂、二〇〇四年）四五二―四五六頁参照。

（4）判例は、債権者・引受人の間の契約の場合であっても連帯債務関係を認める（大判昭和一一年四月一五日民集一五巻七八一頁、最判昭和四一年一二月二〇日民集二〇巻一〇号二一三九頁）。これに対して学説は、債務者の連帯意思がない限り、連帯関係を認めるのは妥当でないとするが（於保不二雄・債権総論〔新版〕（有斐閣、一九七二年）三三六頁）、ここでは原債務者企業と受託会社の間には連帯の意思を認めることができるとしてよかろう。なお、この点で、原債務者と併存的債務引受人との関係は完全な連帯債務関係ではなく、やはり原債務者の既設定の債務関係に引受人が加入するという意味で、保証的要素があるという学説も今後の参考になろう。たとえば、最近の論考として、遠藤研一郎「併存的債務引受の法的位置づけに関する一側面－Schuldbeitritt と Bürgschaft の峻別論の歴史的

背景を手がかりに―」（法学新報一一〇巻一・二号（二〇〇三年）一一五頁以下）は、ドイツのいわゆる「債務加入」の議論を紹介しつつ、保証と債務加入とを対峙して位置づける必要性が乏しくなり、両制度がますます近似性を増しているように思われると指摘している（同論文一三六頁）。ただし、遠藤説自体は、（連帯債務との距離感の文脈の中ではあるが）債務加入の本質としての「非補充性・非附従性」を強調する立場であって（同論文一四四頁）、その点で保証とどれだけ接近するのかはやや不明である。

(5) 我妻栄・新訂債権総論（岩波書店、一九六八年）四二六頁以下、注釈民法(11)（有斐閣、一九六五年）七一頁以下〔椿寿夫執筆〕等。

(6) この点の解釈論については、未だ判例もないため、後に述べるように、原債務者たる支払企業のもとへ二条二項通知が届いた場合は、支払企業は直ちに受託会社に報知するという対応をとったほうが賢明であろうと思われる。

(7) 「債権譲渡登記がされても、本法二条二項の通知（または債務者の承諾）がされていない段階では、同条一項による債権譲渡登記の効果は債務者に及んでいない」（法務省民事局参事官室・第四課・Q&A債権譲渡特例法〔改訂版〕（商事法務研究会、一九九八年）四六頁）という法的評価になる。したがって、この段階で債務者が譲渡人ないし譲渡人の差押債権者に弁済すれば本旨弁済となるのである（同四六頁参照）。

(8) なお、この場合に債務引受当事者側は、免責的債務引受ならば引受契約があって対抗要件具備まで済んでいる、と言えれば差押債権者にも勝てる理屈であるが、その場合も、債務引受は条文がないことから、対抗要件具備方法がない。したがって、免責的債務引受契約のあったことを立証して裁判所に認めてもらうしかないのだが、たとえこの免責的債務引受契約の存在は認められても、その契約の効力を第三者に主張するためには別途の処理が必要なのであり（民法上、合意の相対効の原則からすれば、その合意を知らない者には内部的な合意の第三者に影響させる効力を主張対抗できない）、それが認められなければ、ともかく弁済前は差押や第三者対抗要件を得た債権譲渡には対抗できないと裁判所は判断すると考えられる。もちろん、免責的債務引受となればそれ以前の成立要件ないし効力要件のところで債権者の承認（これは観念通知としての承諾ではなく意思表示としての承認である）が必要と考えられている。したがって、いずれにしても、一括決済方式は免責的債務引受で行うことは難しいことになろう。

(9) わずかに末川説のみが、悪意者排除説を説くが（末川博「判例研究」法と経済一巻四号一五五―一五六頁）、し

かしその理由は、四六七条二項の趣旨を、（一七七条や一七八条の規定の趣旨と全く異なり）債権譲渡の日付をごまかす詐欺的行為によって第三者が損害をこうむるのを予防することにあると捉えた上で、それゆえ債権譲渡が既にあったことを知っている者は詐欺的行為によってだまされることはないから、とするものである。私見はかつてこの見解について、四六七条二項を一項と切り離してこのように把握するという前提自体に疑問を提示した（池田真朗「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―」法学研究五九巻六号（一九八六年）一二―一三頁。

### ㈣ 個別的考察のまとめ

結論的に、併存的債務引受方式は、債務引受契約をしただけでは差押や第三者対抗要件を具備した債権譲渡に（法的には）優先できず、対抗要件規定がない以上、弁済をして初めて差押債権者や対抗要件を具備した債権譲受人に対抗しうるものであるということになる。債権譲渡方式と比較すれば、確かにいわゆる二重譲渡リスクはないものの、債権譲渡方式で第三者対抗要件として債権譲渡登記を経由すれば、その時点から（もちろん弁済前でも）差押債権者に優先できるのに対し、債務引受方式では結局弁済をなすまでは差押債権者に劣後するのである。このように、対差押のリスクは、債務引受方式のほうがはるかに大きい。したがって、このような併存的債務引受構成が持つ脆弱さを露呈しないようにするひとつの有効な方法は、期限前弁済をシステム内の原則型として、なるべく早く受託会社が実際の原債権消滅行為である弁済を実行することである。

## 三　債権譲渡と債務引受の競合から派生する新論点

### ㈠ 弁済による代位と債権譲渡の関係

併存的債務引受による一括決済方式の業務を行う金融機関の中には、併存的債務引受方式では債権譲渡との競合の問題が起こらない（あるいは意識しなくて良い）ということを、弁済による代位の法理を用いて説明しようとしているものがあるように聞く。

その論理は、おおむね、「併存的債務引受の引受人は原債務者と連帯債務者の関係になるとした上で、引受人たる受託会社が原債権者宛に弁済することにより、原債務者の原債権者に対する原債務も消滅する（民法四三六条一項）。受託会社は原債務者に対して求償権を取得するが（民法四四二条一項）、原債務者に対する関係では「弁済をなすにつき正当の利益を有する者」に当たるから、受託会社は原債権者に法定代位する（民法五〇〇条）。原債務者は、いずれのケースについても、受託会社が原債権者に弁済した結果、弁済の絶対効により自己の原債権者に対する債務が消滅したことを原債権者に対して対抗できるから、債権譲受人に対しても弁済の抗弁をもって対抗することができる。さらに、求償権と原債権とはあくまで別個の権利であって、受託会社と債権譲受人とは対抗関係に立たない。」というもののようである。

しかしながら、このような説明で、受託会社が常に債権譲受人に優先するという結論を導くことができないことはいうまでもない。弁済による代位は、そもそも、有効な第三者弁済をして債権を消滅させた者が有する、原債務者への求償権の実現の確保を図るための制度であって、存在する債権を有効に消滅させる出捐をした場合に初めて生じるものである。したがって、もし当該債権が先に譲受人のもとに移転していれば、原債権者と原債務者の間にはもはや残存していないのであるから、その状態になってから原債権者に給付をしても、それは移転ずみの当該債権を消滅させる出捐にはなっていない。ということは、求償権も発生せず、その実現を確保するための弁済による代位も起こらないのである。したがって、求償権の存在を前提にして、求償権と原債権が別個の権利であるという主張をするとしても、本来ここではその論理自体が成り立たない。

つまり、この問題は、どうしても債権譲渡との競合の問題となることを免れないのであって、譲受人が原債務者に対して、（対債務者権利行使要件を含んだ）完全な第三者対抗要件を具備した後は、併存的債務引受人は、基本的に弁済による代位をすることはできない、というべきである。あくまでもここでは、原債務者が、債権譲渡登記の制度的盲点（登記だけで通知がない）を利用して可能になった弁済による債務消滅の抗弁（民法四六八条二項）をすることによって二重弁済の負担を免れうる範囲で、引受人の弁済も債務を有効に消滅させたこととなって、求償権が発生し、弁済による代位も起こる、と把握するべきであろう。勿論、引受人と譲受人は、同一の権利の取得を争う立場ではないから、いわゆる対抗問題の関係に立っていないことは当然である。しかし、だからといって引受人が譲受人の対抗要件具備と無関係に弁済による代位をなしうるわけではないのである。

それゆえ、すでに述べた、併存的債務引受のあった後に債権譲渡の側の通知（特例法二条二項通知でも民法四六七条二項の通知でもよい）が原債務者になされて引受人になされなかったケースで、原債務者への通知の後に引受人が弁済した、という場面は、弁済による代位の説明はさらに難しくなる。この場合には、債務者はもはや旧債権者たる譲渡人に支払っても譲渡人の弁済請求を拒めない（もはや存在しない債権の弁済となる）のであって、引受人の旧債権者に対する弁済は、その時点では直接に原債務者の債務を消す出捐とはなっていないはずである。ただ、もし連帯債務における通知の相対効を理由に引受人が自己の（固有の）引受債務を弁済したことが正当化される場合には、そのことが債務の一倍額性などを根拠に原債務者の旧債権者に対する債務も消すことになり、その消滅を原債務者は対債務者権利行使要件を含む第三者対抗要件を具備していなかった譲受人に四六八条二項によって対抗でき、結果的に引受人の弁済が原債務者の債務を消滅させる出捐となって、引受人から原債務者に対して求償権が発生し、それについての弁済による代位が起こる、という回りくどい説明になるのではなかろうか。したがって、厳密に言うとその場合は原債務者が四六八条二項の抗弁をしたところで初めて引受人の弁済が

有効な出捐となるのであって、引受人の弁済の瞬間に債務者の債務を消滅させる出捐になっているわけではないとも言えそうである。こういうものも法定代位の発生としてよいのか、という点でいささか疑問がないわけではなく、この点は今後の学説・判例の議論を待ちたい。

### ㈡ 債権譲渡の対抗要件における「債務者以外の第三者」の概念

さらにこの一括決済方式が新たな問題点を提起するのは、債権譲渡特例法登記における「第三者」と「債務者」の区分である。これによっては、先述のケース別の考察の内容は大きく変わってくる可能性があるのである。

つまり、債権譲渡特例法はその二条一項で、特例法の譲渡登記をした場合は、「当該債権の債務者以外の第三者」に対抗でき（条文は「当該債権の債務者以外の第三者については、民法第四六七条の規定による確定日付のある証書による通知があったものとみなす。この場合においては、当該登記の日付をもって確定日付とする。」）、当該債権の債務者に対抗するためには、さらに二条二項で、登記事項証明書を交付しての通知を要するとしている（条文は、「譲渡人若しくは譲受人が当該債権の債務者に第八条第二項に規定する登記事項証明書を交付して通知をし、又は当該債務者が承諾をしたときは、当該債務者についても、前項と同様とする。」）。これは、特例法登記がみなしの対象とする民法四六七条が、債務者への通知または債務者の承諾という、債務者に情報を与えていわば生ける公示機関とする構造の対抗要件であるため[1]、債務者に対する対抗要件（権利行使要件）は四六七条一項の無方式の通知・承諾であった場合でさえも当然に具備できたものが、特例法では登記という債務者に知らせずに具備する対抗要件を創設したために、債務者の保護を図って新たに置いた規定である[2]。

そうすると、未だ学説も判例も言及していないところであるが、譲受人が特例法登記をした後、事後的に（併存的債務引受という）法律関係を作り出し、代位弁済をした者（債務引受人）は、特例法二条一項にいう「当該債

権の債務者以外の第三者」に該当するのではないか、という解釈がなされるのである。勿論、併存的債務引受人は、新債務者として債務者側に加わるのではあるが、特例法登記をなす段階ではいまだ併存的債務引受がない場合、譲渡人・譲受人側にとっての債務者は、原債務者のみである。この段階でなされた特例法登記の効力は、その後加入する債務引受人にも「第三者」として及ぶ、という解釈になるわけである。

したがって、先に検討した中のケース4－1における併存的債務引受人は、譲受人に対して優位に立つことはできない。つまり、ここではいわば「債務引受日と登記日時の先後での優劣関係の判断」になる。併存的債務引受方式は「二重譲渡リスク」とは関係がないといっても、このような「債権譲渡と債務引受の一種の対抗関係」が明瞭にあることになる。そしてその場合、債権譲渡登記のほうは厳密な確定日付のある日時の証明ができる（債権譲渡登記では登記の日のみでなく時分まで記録される）のであるから、法定の対抗要件相当の規定を持たず、一般の証拠方法で契約時を証明しなければならない債務引受当事者側には不安要素が増えることになろう。

しかしながら、この点の解釈論は、問題をさらに敷衍して、特例法登記がみなされる（代替する）対象の民法四六七条の対抗要件との対比で説明ができるような形でなされるべきであろう。四六七条は、まず一項で、無方式の通知・承諾でも「債務者その他の第三者」に対抗できるとし、二項で、前項の通知・承諾は確定日付のある証書ですれば「債務者以外の第三者」に対抗できるという構造をとっている。これは、本来は、母法であるフランス民法一六九〇条が通知については執達吏による送達、承諾については公正証書承諾という重い手続を定めていたため、それを対債務者との関係では軽くしてよいであろうと、現行民法の起草者たちが一項と二項を分け、対債務者だけには軽い要件でよいとしたものである（その意味では、沿革的には原則型は二項のほうにある）[3]。したがって、四六七条二項の「債務者以外の第三者」と特例法二条一項の「債務者以外の第三者」は、規定の中では意味するところが全く異なる。四六七条のほうは、債務者はもっと軽い手続きでも権利行使の対象となっている、

という意味であり、二条一項のほうは、債務者保護のために債務者を除外し、さらに一段の手続きを加えなければ債務者には権利行使できない、というのである。そうすると、その利益設定の中で、債務者側に加わる併存的債務引受人をどう評価しどう保護するか、という問題になる。

ここで議論は二つに分かれうる。つまり、あくまでも債務者は特例法登記がされたことを知らないのであるから、その後に併存的債務引受をして加わった引受人にも同等の保護が与えられるべきだ、という議論が一つである。この議論では、その併存的債務引受契約についての原債権者の関与がさらに問題になろう。その併存的債務引受契約に原債権者が（本来原債権者は譲渡契約をして当該債権上の権利者でなくなっていることを自認しているはずなのであるがそれを債務者らに告げずに）同意しているのであれば、引受人も債務者と同等の保護が与えられてしかるべきという考え方が提出されうるのである（同意がなく原債務者と引受人との間でなした併存的債務引受契約の場合は、通説的見解ならば第三者のためにする契約として有効になるが、その場合も債権者の受益の意思表示がないうちは、本来履行引受（原債務者と引受人の内部契約）としての意味しかないはずであり、その場合は原債務者が原債権者に弁済して免責される法的根拠がないのならば第三者が弁済しても同様であることは言うを俟たない）。これが引受人に有利な論理である。[14] しかしながら、先述のとおり、その場合、併存的債務引受契約がなされ原債権者がそれを同意する段階では原債権者は当該債権を譲受人に譲渡済みで、譲受人は登記によって第三者対抗要件を持っている。そして譲受人が第三者対抗要件を具備した時点では、引受人は債務者ではない（そればかりか実際、引受人は以前から債務者と債権関係を持っていた等の利害関係人である場合も考えられる）。したがって、引受人は債務者と同等の保護を受ける者ではなく、二条一項の第三者に当たる。これが譲受人に有利な論理ということになる。

実務に大きな影響を与える可能性のあるポイントであるので、慎重に論じるべきではあろうが、私見の結論は、後者すなわちこの場合の引受人は特例法二条一項の「債務者以外の第三者」に論理上当然に該当し、譲受人は引

受人に「対抗」しうる（つまり、両者はいわゆる同一の権利取得を争う関係ではないが、譲受人は引受人の旧債権者への弁済を無視してなお債務者に弁済請求できる）というものである。なお、私見のこの結論は、引受人と譲受人との利益較量の観点から導かれるものではなく、あくまでも、このケースでは①実体的に債権は移転しており債務引受契約は無効である、②仮に有効としても、対抗要件上、債権譲渡契約時およびその登記時まで引受人は「債務者」ではないから登記の効力が及ぶ、という論理的な解釈からの帰結である。ちなみに右の引受人に有利な論理は、結局譲渡人（場合によっては譲渡人と債務者）の詐害的な行為を正当化し、債権譲渡登記制度の潜脱を図るものとの批判をも免れないように思われる。いずれにしても、契約自治に頼る併存的債務引受方式には、解釈論上未解決の危うい点があることは指摘しておかなければならないであろう。

（1）池田・前掲債権譲渡の研究一三二頁。

（2）法務省民事局参事官室＝第四課・Q&A債権譲渡特例法〔改訂版〕（商事法務研究会、一九九八年）三五頁、池田・前掲債権譲渡法理の展開一四〇－一四五頁参照。

（3）池田・前掲債権譲渡の研究九六頁以下。

（4）さらに、ここに民法四六七条にいう「第三者」の制限説（我妻・前掲新訂債権総論五四一－五四二頁等）を援用しようとする考え方があるかもしれないが、そもそも対抗要件制度において問題とされる「第三者」の概念は、（不動産物権変動の場合も同様であるが）その対抗要件手続を履践しなければ「第三者」のカテゴリーに入る者に対しては権利取得の主張ができないというものであって、その場合、「第三者」のカテゴリーに含まれない者に対しては、（対抗できないのではなく、逆に）その対抗要件を履践しなくとも対抗しうる（不動産物権変動でいえば、登記なしに対抗できる）と考えるべきものである（この点の我妻説批判については、池田・前掲「ボアソナードにおける『第三者』の概念」一二頁註(8)参照。

## ㈢　将来債務引受契約の有効性と第三者対抗力

(a)　将来債務引受契約の有効性

上述のように、債務引受には民法上の明文規定がないのであるから、すべて判例・学説の判断にゆだねられている。もっとも、実務上は、いくら学説が強く主張していても、判例がなければ商品化等に踏み切ることにいくばくかのリスクが残ることとなるのは否めない。すでに既存債務の債務引受契約については、免責的債務引受にせよ、併存的債務引受にせよ、（成立要件に議論はあっても）有効になしうることに判例上（もちろん学説上も）疑問がないといえる。そこで、将来の債務の引受契約の有効性について、念のため想定される判例の態度を検討しておこう。実際のところ、この問題には現在までは判例はまだほとんど触れていないが、私見は、以下のように、将来債権譲渡との比較から、判例もほぼ当然にその有効性を認めるであろうと思料する。

確かに、債務引受プロパーでは、先例として掲げられるのは、大判昭和一〇年三月二三日法学四巻一四四一頁くらいである。この事案は、他人の求償債務の引受契約について、現実に当該求償債務が発生した後でなければ締結しえないという理由もない、としたものである。この判決については、その射程を問題としうる。つまり、将来発生する可能性のある債務といっても、保証人のする求償の債務のように、そもそもなんらか発生の基礎となる法律関係が存在するケースであって、現在全く法律関係のない将来債務の引受契約が認められるものか、という疑問である。しかし、この射程の議論も含め、私見は、以下のごとき将来債権譲渡に関する今日までの判例法理の進展をかんがみると、将来債務引受契約の有効性が今後判例で否定される可能性はまずないと考えるものである。

すなわち、判例はここ数年で、将来債権譲渡に関する判例法理を大きく進展させた。まず、複数年の将来債権の譲渡契約について、それまで一年間の将来債権の譲渡契約を有効とした判決しかなかったところを（最判昭和五三年一二月一五日裁判集民事一二五号八三九頁。これも、最高裁が一年間に限ったのではなく、もともと当事者が一年

間の将来債権の譲渡の有効性を争い、最高裁が有効と認めただけのものである）、八年以上にわたって発生する将来債権の譲渡契約で、六年八カ月から先一年間に発生する部分の将来債権の譲渡が問題になった事案で、最高裁は、これを認め、かつ、将来の債権の発生可能性の多寡は当該将来債権譲渡契約の有効性を左右しないと理由付けたのである（最判平成一一年一月二九日民集五三巻一号一五一頁）。ちなみに、ここでは、過去に学説の一部が問題にした、基礎的法律関係の有無等は問題にされていない。さらに、最判平成一二年四月二一日民集五四巻四号一五六二頁は、譲渡される将来債権の特定性の要件について、他の債権との識別可能性があれば満たされるとした。(5)

そうすると、かなり強く想定されるのは、判例は、このように将来債権譲渡契約を認めておきながら、その裏返しとしての将来債務引受契約を認めない、という論理は非常に取りにくいであろうということである。もちろん、将来債権譲渡の判例が前提にしている程度の特定性（つまり、現段階では第三債務者が特定していて、その債権が他から識別できるものである－たとえば判例の事案でいえば「この一〇社に対する寝具類の売掛代金債権」等）があることは必要であるが、必ず発生する債権（債務）であるかどうかは問わない、ということになるであろうと推測されるのである。

なお、債務引受を問題にする場合はその原債務者たる債務者の特定があることは当然なのであるが、債権譲渡のほうでは、平成一六年秋の臨時国会で成立した、「債権譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律の一部を改正する法律」において、第三債務者不特定の将来債権譲渡についての特例法登記が認められるに至った。(6) つまりこのことは、第三債務者不特定の将来債権であっても、第三債務者以外の他の要素から債権の特定性が認められればその将来債権譲渡は有効になしうる、ということを前提とすることになる。

(b) 将来債務引受契約の第三者対抗力

しかし問題は、将来債務引受契約の有効性の議論にあるのではなく、その先の、当該債務引受契約の効力をい

かに第三者に主張対抗しうるか、という点にあると思われる。この点、実務家等にも理解の鮮明でないところが見られるが、本来、私人間のルールを意思自治によって作出するという契約（合意）は、その当事者のみを拘束し、他者には影響を及ぼさないのである（合意の相対効ないし契約の相対効の問題）。そうすると、この契約の効果が第三者の権利と抵触する場合には、この合意の内容を第三者に知らしめ、かつそれによって自己が得た債務者としての地位を対抗するという段階が次に来なければならない。

しかしながらこの点は、対抗要件が法定的な（当事者の任意には創設できない）ものである以上（そのことによって対抗要件による画一的な公平な処理が可能になる）、本来、民法改正による債務引受の対抗要件規定の創設を待たなければならないのである。したがって、その意味では将来債務引受契約の有する問題は現在の既存債務の引受契約の持つ問題とほぼ等しく、それ以上でもそれ以下でもないということになる。つまり、今後発生する債務を包括的に引き受けるという契約が当事者間で有効でも、そのような契約をしたことを第三者に対抗する術は現在のところ法文上はない。したがって、将来債務引受をしたからといって、システムが第三者との関係で有利に動くことにはならないと見るべきであろう。もちろん、当事者間で個別引受契約を反復するという煩雑さから開放されるという効率化のメリットはある。しかし、将来の債務をまとめて引き受けたと宣言しても、それで差押債権者や対抗要件を具備した譲渡人にまとめて優先しうるわけでは勿論ないのである。

（5）以上、池田・前掲債権譲渡法理の展開二三四―二八二頁参照。ただし、これらの事案はすべて将来債権の第三債務者は特定している事案である。

（6）債権譲渡特例法新八条二項四号。旧五条一項六号が、債権譲渡登記ファイルへの記録事項の一つとして、「譲渡に係る債権の債務者その他の譲渡に係る債権を特定するために必要な事項で法務省令で定めるもの」としていたのを、冒頭の「譲渡に係る債権の債務者その他の」の部分を削除した。

### ㈣　債務引受立法論

以上見てきたところからも明らかなように、要するに、債務引受は、当事者の契約自治の世界である。したがって、私見は、以前日本私法学会シンポジウムにおいて契約当事者論について報告した際も、契約譲渡（契約当事者の地位の移転）に関する立法の必要性を説きながら、債務引受については立法の必要性を小さいものとした。[7] この報告はその後何人かの学者の引用されるところとなったが、[8] 私見はその折には本稿のような債権譲渡と債務引受の競合という問題意識はなく、また報告においてはあくまでも契約譲渡との対比で相対的に債務引受の立法の必要性を矮小化したところもあった。

契約譲渡との対比における基本的な見解は今日も維持してよいと思われるが、本稿のような現象を鑑みると、新たに債務者たる地位を得るということの対抗可能性は再度論じ直されるべきと感じられるし、その際に、「新たに単独債務者となる」免責的債務引受と、「新たに債務者として加わる」併存的債務引受との基本的な位置づけから検討し直されるべきである、ということが実感された。つまり、伝統的な債務引受論は、債権譲渡との対比で、免責的債務引受のほうを原則型と考えてきたような印象がある（少なくとも私見はそう考えてきた）。これに対して、私見は、本稿の主題の考察を通じて、併存的債務引受こそが原則型として理論構成されなければならないのではないかと考えるにいたっている。実際、最近の学説にはその趣旨で論理を展開するものも現れてきているようである。[9] そうすると、立法論も、新たな債務関係の創設についての他者との抵触に関する（一種の）対抗要件を中心に考えるのではなく、旧債務の存続のもとで加入する新債務者の債務についての全般にわたる内容を中心とした包括的な規定が考えられるべきことにもなりそうである。ただ、そうすることが（そういうところまで条文で規律することが）適切なのか、やはり最低限の（権利と義務の関係を整序する）対抗要件的規定[10]に留める

べきか、等についても改めて考え直す必要があろう。この債務引受立法論については、今後の課題としたい。

(7) 池田真朗「契約当事者論—現代民法における当事者像の探求」『債権法改正の課題と方向—民法一〇〇周年を契機として—』別冊NBL五一号（一九九八年）一四七頁以下、とくに一七四頁。

(8) 契約譲渡の関係では野澤正充・契約譲渡の研究（弘文堂、二〇〇二年）一〇〇頁、一〇一頁、債務引受の関係からは次註の遠藤論文等。

(9) 遠藤研一郎「免責的債務引受に関する一考察—ドイツ Schuldübernahme の生成・発展を素材にして—（一）」法学新報一〇八巻一号（二〇〇一年）一〇三頁は、私見の、（わが国の伝統的学説のいう）免責的債務引受から併存的債務引受への転換の議論に対する、「確かに、併存的債務引受をして、連帯債務関係を作り出す契約もあるにはあるだろうか、債務引受を望む債務者の欲求の圧倒的な大部分は、債務関係から離脱したいという一点にあるはずで、債務か併存するのであれば契約の意味がないことになろう」（前掲註(7)別冊NBL一六八頁）という見解を引きつつ、「有力説の多数が述べるような「免責的契約から併存的契約への転換」ではなく、「債務引受契約は常に併存的契約を出発点とし、債権者の同意があった時点で免責的へとなる」との解釈ならば、一定の意義を見出せるのではないか」とする。なお同論文（二・完）法学新報一〇八巻二号一五四頁以下も参照。私見は、遠藤助教授も（二・完）一五四頁で認識されるように、四宮説等の転換論が議論の主流となっていることへの疑問として述べたものであるが、このシンポジウム論稿執筆時点で併存的債務引受が本稿のような形で金融取引の中で用いられることには全く思い至っていなかったことも事実である（なお遠藤助教授には、同助教授の二〇〇四年日本私法学会での個別報告に際し、ご教示を得たことを記して謝意を表する。筆者としては、併存的債務引受に関する同助教授の最新稿（本稿二の註(4)に前掲）で、この一括決済方式における併存的債務引受方式のような用い方についても考究の対象にしていただければなお幸いであった）。

(10) ここで「対抗要件的」というのは、債務引受においては、権利移転を対抗するという問題は生じないが、たとえば免責的債務引受においていえば、旧債務者が第三者に対して、自らが債務を免れたことを主張立証するための要件、つまり「離脱の対抗要件」とでもいうべきものが論じられることを想定している。私見は前掲註(7)のNBL論文では、権利取得の対抗要件と異なり一律に法定する必要はなく、当事者間の証明の問題としてよいのではないかと考え

ているとしたが（同論文一六八頁註(73)）、本稿のように債務引受と債権譲渡が競合する場合には、この「離脱の対抗要件」の発想も再度立法論として検討する必要性を感じるところである。

### ㈤ フランス民法における délégation との比較

日本民法は、不動産・動産の物権変動と債権譲渡とにいずれも対抗要件主義を採用するという基本的構造において完全にフランス民法型である。そして、債権譲渡を規定し債務引受以下の規定を持たないというところも、フランス民法と同一である。そこで、わが民法において債務引受の立法論を展開する前段階の参考として、フランスではこのような問題が起こるとすればどう処理されうるのかを検討しておこう。

手形の普及率等が異なるフランスで、一括決済方式のようなものが行われているかどうかは確認していないが、問題を債権譲渡と債務引受に相当する取引の競合の問題としてみた場合には、おおむね以下のような考察が成り立つようである。

フランス民法においては、債務引受の規定は現在においても存在しないし、また判例も認めていないが[11]、それに類似した機能を果たすものとして、délégation（指図）[12]というものが規定されている（規定はフランス民法の更改の款の中の一二七五条のみ）。délégation の詳細については、わが国にこれを紹介するいくつかの文献[13]に譲るが、délégation とは、「それによってある者（被指図人）が他の者（指図人）の指示に基づいて第三の者（受取人）に対して債務を負担する取引[14]」である。指図人 délégant が原債務者で、被指図人 délégué が新債務者（引受人）、受取人 délégataire が原債権者と考えればよい。指図人から被指図人に対する指示により、被指図人は原債権者と支払の約束をするのである。この délégation には大きく分けて二種類があり、第一の完全指図 délégation parfaite（または更改的指図 délégation novatoire）というのが、指図人（原債務者）と受取人（原債権者）の間の

原債権が消滅して、被指図人（引受人）と受取人（原債権者）の間に新債権が発生するもの（つまり更改を含む指図）で、これがわが国の免責的債務引受に類似する。もうひとつが不完全指図 délégation imparfaite（または単純指図 délégation simple）で、この場合は指図人（原債務者）と受取人（原債権者）の間の原債権は消滅せず、被指図人（引受人）と受取人（原債権者）の間の新債権の発生が加わるというもので、これがわが国の併存的債務引受に類似する。ただし最も異なるのは、délégation の場合は、完全指図の場合はもちろん、不完全指図の場合も、効果として債務の移転ではなく、新たな債務の創設がなされるということである。[15] なお、コンメンタールにおけるシムレール教授の注釈では、不完全（単純）指図のほうこそが指図の原則型であり、完全指図（更改的指図）のほうが例外であると強調されている。[16]

ちなみに、フランスにおいては délégation の効果は特別の要式なく第三者に対抗しうると考えるのが今日の判例・通説となっており、[17] 民法一六九〇条の規定（日本の民法四六七条の通知・承諾にあたる規定だが、通知のところは執達吏による送達、承諾は公正証書による承諾と、日本より重いものになっている。いわゆる確定日付を含む手続きであることは当然である）を履践する必要はないとされている。

そうすると、本稿の関心からフランス法における類似の状況を考察すると、指図人から被指図人に、受取人に対して支払をせよという不完全（単純）指図がなされ、一方受取人（指図人の債権者）は指図人への債権を他者に譲渡する、という構図が本稿でいう債権譲渡と債務引受の競合の場合に近くなる。

しかしながら、このような構図についての言及は、現在のところ残念ながら見出すことができていない。フランスで多少論じられているのは、指図人の被指図人に対する債権の帰趨と、それにともなう指図人のする債権譲渡との競合論であって、現在の多数説・判例では、指図人の被指図人に対する債権は délégation 後も条件付で存続すると言われている。[18] その意味は、délégation 後は被指図人の受取人に対する約務の不履行があったとき

だけ指図人は被指図人に弁済請求できるのであって（つまりそういう条件付の債権が残っている）、したがってもし指図人が当該債権を délégation 後に他者に譲渡しても、それはそのような条件のついた債権（被指図人の債務不履行の場合にだけ実質的な内容がある債権）の譲渡にしかならない[19]とされている。ただこれは、確かに債権譲渡と指図の競合ではあるが、指図人が自己の被指図人に対して有する債権を他に譲渡するものであって、本稿が考える債権譲渡と債務引受の競合の形ではない。というのもフランスでは、もともと指図人が被指図人に対して債権を持っているケースを想定し、指図人からの支払指図によって、指図人の被指図人に対する債権が実質的に受取人の被指図人に対する債権に置き換わる、という取引形態が多く想定されてきたのである（ただし délégation 自体は今日そう重要な規定とは評価されていないようである）[20]。つまりそのことによって、債権譲渡と同様の効果を発生させようということであり、なぜそうするかといえば、債権譲渡に課される民法一六九〇条の対抗要件の重い負担（前述のように執達吏による送達か、公正証書承諾）を避けようとしたためなのである。したがって、指図人の délégation と指図人の債権譲渡との競合が論じられたというわけである。

これに対して、本稿の関心は、いわば、指図人の被指図人への支払指図と受取人の指図人に対する債権の他者への譲渡との競合ということになるのであって、現段階では、フランス法からも直接の有効な示唆は得られない、ということになりそうである。

ちなみに、わが国の民法典に délégation が取り込まれなかった経緯は、すでにいくつかの論考で明らかにされているが、ボアソナードは債務者の交替による更改について délégation の内容を含む詳細な規定を置き（旧民法では délégation は「嘱託」と訳されていた）、実質的にほとんど今日の免責的債務引受や併存的債務引受の内容に対応するような規定をしたのであるが（この部分は野澤論文が詳しい）[21]、起草委員らは、それらの規定を「不必要」または「不相当」と解し[22]、その結果更改規定は大幅に簡素化されて、délégation は姿を消した。また、

梅謙次郎は、債務者の交替はもっぱら更改によるものとし、かつ自身の論文でも、債務者を変更すればもはや同一の債権ではないとして、明瞭に、債務引受はできないものであると否定している[23]（これら一連の流れについては遠藤論文が簡潔明瞭に述べている[24]）。こうして、わが民法は、債務引受の規定を意識的に排除した上、類似の結果を達成しうる délégation の規定も捨て去ったのである。

ここにおいて、この論点をフランス法からアプローチする術はいったん完全に途絶えた。その後、一九一〇年代になって、石坂音四郎博士の二論文[25]が、ドイツ民法典（一九〇〇年公布）に規定された債務引受の概念をわが国に本格的に紹介し、ここから始まったわが国の債務引受論が、その後もっぱらドイツ民法学者によって展開されることになったのは、実に歴史的必然であったといえる。

(11) Cass.civ.,16 juin 1966, D.1966, 481, note Voulet, Cass.civ., 12 mars 1946, D.1946, 248. etc. 野澤正充・前掲契約譲渡の研究一二七頁。

(12) ボアソナード旧民法では、財産編四九六条以下の、債務者の交替による更改の規定中の「嘱託」と訳されているものがこれにあたる。なお、ボアソナード旧民法のこの部分の解説は、野澤・前掲契約譲渡の研究一〇―一四頁に明瞭かつ適切になされている。

(13) 上柳克郎「フランス法における指図について」民商二八巻一号（一九五三年）一頁、柴崎暁「フランス法における指図（la délégation）の概念」山形大学法政論叢三号（一九九五年）五九頁以下（同・手形法理と抽象債務（新青出版・二〇〇二年）一九三頁以下所収）、片山直也「フランスにおける不動産賃料の詐害的な処分に対する法規制の変遷および賃料債権の担保化の実務―我が国における近時の解釈論・立法論を踏まえて―（二・完）」法学研究七五巻九号（二〇〇二年）四九頁以下等。とりわけ本稿の以下の記述は片山論文四九頁以下に負うところが大きい。

(14) Terré, Simler et Lequette, Droit civil, Les obligations, 6e éd., 1996, nº 1339, p. 1066 etc.

(15) こう一般に説明されるのであるが、マロリー＝エネスの最新版の体系書では、délégation の効果を reprise de dette（直訳すれば「債務の引き取り」つまり債務引受）と表現している。Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck,

Droit Civil, Les obligations, 2004, n° 1367, p. 764. 同書は、被指図人が受取人に対して指図人に対する債務の無効、消滅等の抗弁事由を対抗しうることを挙げて、状況は「cession de dette（直訳すれば「債務譲渡」）に非常に近い」ともいう（n° 1370, p. 767）。reprise も cession も、フランス語としては明らかに同一債務の移転の意味で用いられる言葉である。ストフェル-マンクを改訂者に迎えたこの最新版に、ドイツ的な債務引受観念の影響があるのか、等をなお見極める必要があろう。

(16) Simler, Contrat et obligations, Délégation, J-Cl. Notarial Répertoire, 1997, n° 7, p. 4.

(17) 判例として Req., 24 juillet 1889, D.P.89.1.395; S.92.1.297 note E.Garsonnet; Civ., 23 nov. 1989. S.99.1.465, note A.W.; Req.,19 déc. 1923, S. 24.1.111; D.P. 1925. 1.9. note H.Capitant; etc. 学説として Simler, op.cit., n° 29, p. 10; Billiau, La délégation de créance, Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations. L.G.D.J., 1989. n° 253. pp.247-248; etc.

(18) Terré, Simler et Lequette, op.cit., n° 1347 は債権の潜在的な存続といい、Simler, op.cit., n° 69, p. 21 は条件付債権と言う。また Billiau, thèse precité, n° 213, pp.214-215 はこの点を、債権の neutralisation（無力化）と表現する。この考え方を承認した判決として、Com., 16 avr. 1996, Bull.civ. IV, n° 120; JCP 96, éd. G, II, 22689, note M.Billiau; D.96.571, note C. Larroumet; D. 96 Somm. 333, obs. L.Aynès; Defrenois 1996, art. 36281. 1018, obs. D.Mazeaud.

(19) Simler, op.cit., n° 94, p. 27

(20) 野澤正充・前掲契約譲渡の研究二二六頁は、前註(17)掲記のビリオの délégation に関する博士論文の序文で、師ジャック・ゲスタンが、指図の制度は「今日では貧しい親戚のように冷たく扱われている」と述べていることを紹介する。

(21) 野澤・前掲契約譲渡の研究一〇―一二頁。

(22) 更改規定の審議の冒頭の趣旨説明で、梅謙次郎委員は、旧民法典財産編四九六条について、「一体此規定ハ定義ガ沢山アツテ定例ヲ設ケテ夫レニ定義ヲ加ヘテアルヤレ完全嘱託トカ不完全嘱託トカ云フモノガ設ケテアツテ夫レノ説明モアル然ウ云フコトハ余リ必要ハ少ナカラウ学者ガ名ヲ附ケルノハ宜イガ法典デ濫リニ述語ナドヲ附ケルノハ宜

クナカラウ外国ニモ余リ是ハ例ノ極ハメテ少ナイコトデアリマスカラ本案ニ於テモ取リマセヌ（以下略）」などと述べている。商事法務版法典調査会民法議事速記録三巻五九八頁。後続の部分での批判も含め、旧民法にあった délégation 概念は、かなり冷たく切り捨てられたという印象である。

(23) 次註の遠藤論文が紹介するところであるが、梅謙次郎「債権債務ノ承継ヲ論ス」法政大学創立三十周年記念論文集」（法政大学、一九〇九年）五五頁。

(24) 遠藤・前掲論文（一）九二頁。

(25) 石坂音四郎「債務引受論」法学協会雑誌三〇巻（一九一二年）四号一頁、五号七六頁、六号四四頁。同「重畳的債務引受論」法律記事二四巻一・二号（一九一四年）（同・改纂民法研究下巻（有斐閣、一九二四年）四二一頁所収。

## 四　まとめ

### (一) 本稿の考察の実務への示唆

併存的債務引受方式の受託会社の中には、債権譲渡特例法といわゆる対抗関係にないとして、特例法の通知到達等の事前チェックをしない受託会社もあるようである。しかし、本稿が考察してきたように、併存的債務引受人の弁済の有効性と債権譲渡特例法の譲受人の権利取得とが民法上の狭義の対抗関係――ひとつの両立しない権利取得を複数人が争う関係――と呼ぶものとは異なるとしても、両者の実質的な優劣を法定の対抗要件で決めるべき関係になることは間違いなく、ただ併存的債務引受方式では、特例法登記が当初債務者に通知しないで第三者対抗要件を得るというシステムの構造を利用して、先に弁済までなされれば問題は生じないとしているだけであることから、債権譲渡通知が引受人の弁済前に到着すれば引受人は勝てない（前掲ケース2－1、2－2、2－3、2－4。通知が原債務者にのみ来たというときは理論的に勝てる可能性もあるが負けるリスクもある）ことを意識

するべきであり、その点で、「事前登記チェック及び債権譲渡通知の到着確認の徹底」をすることを加えているスキームのほうがより安全性が高いと認められる。さらに実務的にいえば、債務引受方式の弱点をカバーする効果のある「期限前弁済」をスキームの中でなるべく多く行うものを原則型として、「支払企業のリスク回避」「納入企業の早期資金調達」という二つの要請をかなえることが、金融商品としてのセールスポイントになるのではないかと思料する（もっとも、ここでそう述べる趣旨は、期限前弁済をすれば、期日弁済に比して、債権譲渡通知の到達や差押通知の到達がある可能性が相対的に少なくなるということであって、たとえば弁済前に債権譲渡通知の到達の有無を確認するという手順を踏めば、期日弁済でもリスクはほとんど変わらないということになるかもしれない）。

また、一般に併存的債務引受方式のメリットとされる「支払企業が債権債務関係から離脱しないため売掛金の信用リスクが不変である」という点は、会計処理の便宜以外には多分に納入企業側の心理的なものではないかと思われるが（つまり、債権譲渡方式の場合には、受託会社の信用度が高くないと契約する納入企業に抵抗感がある）、現実の勧誘にはそれなりの意味があるものなのであろう。

なお、本稿に繰り返し述べたように、併存的債務引受方式では債権譲渡方式と異なり、弁済時まで差押リスクは回避できないことが強く念頭に置かれるべきである。それに関連して付言しておけば、支払企業と受託会社の間で、支払企業から一括で受託会社に先払いがあった場合でも、受託会社が納入企業に支払いをするまでは、納入企業の支払企業に対する原債権は存続しているので、なお納入企業の債権者による差押の対象となりうるということである。

以上をまとめると、併存的債務引受方式の有するリスクについていえば、①いずれにしても実際に弁済を終えるまで差押には対抗できないこと、②債権譲渡の譲受人との関係でも、基本的には差押債権者に対すると同様なのであって、少なくとも弁済前に原債務者への譲渡通知の到着の有無の確認を行う必要があること、を認識すべ

きである。また、③将来債務の一括引受をしても、（対抗要件的規定がない以上）契約処理の効率化は図れるが①②の法的状況は変わりがない。

なお、②のリスク回避策については、債権ごとにその都度確認をするという方法と、あらかじめ支払企業に通知が着いたら受託会社に連絡をすることを義務付けておいて、連絡を怠った場合のリスクは支払企業側に負わせるという方法が、選択肢として考えられているようであるが、このいずれかを選ぶかは、もっぱら支払企業と受託会社との取引上の手間の観点から、負担（および心理的負担感）の少ないほうを選んでよいのではないかと思われる。

## ㈡　一括決済方式への期待と将来展望

本稿は、一括決済方式の債権譲渡方式と併存的債務引受方式について、前者で問題とされる二重譲渡リスクが後者では問題とならない、という、最近の実務界で耳にする大まかな理解について、いささか正確な学理的分析を示す必要を感じて執筆にかかったものである。しかしながら、決してその両方式のいずれかの欠陥を指摘したい、という意図にもとづくものでなく、筆者としては、すでに債権譲渡担保方式の契約条項に関する前掲最高裁判例評釈の末尾でも述べたように[1]、決済の効率化を図って発展してきた手形取引が「紙」の負担から大きな行き詰まりをみせている今日、一括決済方式の発展は重要であり、大いに支援すべきものと考えている。

最新の話題である電子債権論[2]との関係にしても、近い将来、発生、移転、消滅の各段階を電子化した電子債権が立法化された場合も、この一括決済方式はなくなるわけでなく、そのまま電子債権を活用した決済システムとして進化発展することのできるいわば「電子化対応型」システムになっていると考えられるのである。特に金融法の分野では、学問が実務の発展を阻害することになってはならず、学問が実務を支援し正しい発展を促すとい

う方向を心がけなければならないであろう。

（1） 池田・前掲本件判批・金法一七一六号四四頁。

（2） 電子債権論については、池田真朗「金融システムの電子化についての法的検討―『電子債権』への新たな取組みを中心に」銀行法務21六三四号（二〇〇四年）二四頁以下、同「電子債権論序説―産業構造審議会小委員会報告書を契機に」NBL七九〇号（二〇〇四年八月一日号）三五頁以下、およびジュリスト一二七六号（二〇〇四年一〇月一日号）の特集「企業金融の活性化と電子債権」の中の、①池田真朗＝岩原紳作＝小野傑＝佐藤良治＝中村廉平＝松本恒雄〔座談会〕「『電子債権法』の立法化に向けた理論的課題」（同号二頁以下）、②北川慎介「電子債権の議論と今後の課題」（三〇頁以下）、③大垣尚司「新時代の企業金融と電子債権法構想の意義」（三八頁以下）を参照。

## ㈢ 「債務引受論」の本流に向けて

本稿の執筆は、筆者の当初の目論見以上に、債務引受についての豊富な論点に気づかされるものとなった。本稿は筆者自身の債務引受に対するこれまでの研究不足が顕われたもので、いくつかの論点について、債権譲渡の側からアプローチする、筆者自身の足がかりを示しただけのものにすぎないが、本稿で深く触れられなかった併存的債務引受における両債務の関係論など、従来からの債務引受論の本流の議論にも、本稿が何らかの示唆を与えるものになれば幸いと考える。

（二〇〇四年九月三〇日稿、同一〇月三一日追補）

〔追記〕本稿の一部は、大学院高度化推進費の助成を受けた慶應義塾大学大学院法学研究科プロジェクト科目「国際新種契約法」の研究成果である。