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

Title	イタリアにおける契約譲渡 : 法理の歴史的由来とその展開
Sub Title	Assignment of contract in Italy : historical origins and development
Author	Ortolani, Andrea
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2019
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.92, No.10 (2019. 10) ,p.1- 53
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20191028-0001

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.

イタリアにおける契約譲渡

――法理の歴史的由来とその展開――

アンドレア・オルトラーニ

序
一　現行民法典以前のイタリアにおける譲渡諸法理
二　現行イタリア民法典に基づく契約譲渡
三　対象（目的）
四　方式
五　小括

序

現代のビジネスや取引実務の慣行では、債権や債務、契約、担保など様々な権利や法的地位が、頻繁に移転されている。今や契約譲渡論は世界の学説において広く知られている法理である。(1)

契約譲渡を制定する一般規範が初めて成文法に記載されたのは、一九四二年のイタリア民法典である。確かに、契約上の地位の移転を特定の事例に適用する規範はすでに現れていた。例えば、賃貸借契約の当事者の交代に関

する条文は、一八〇四年のフランス民法典にも記載されている。それに対して、この一九四二年のイタリア民法典の重要性は、契約譲渡の一般条文を制定したことである。これは、契約譲渡論にとって、真の転回点であった。以下、近代イタリア法を中心として、契約譲渡の歴史的由来とその展開とを分析する。

一　現行民法典以前のイタリアにおける譲渡諸法理

㈠　イタリア旧民法典の条文

一八六五年民法典は、その多くをフランスのモデルに倣った、イタリア王国統一後初の民法典である。一九四二年に現行民法典に改正されたため、一八六五年民法典は旧民法典と呼ばれている。フランスの法伝統を踏襲し、旧民法典には、任意の契約譲渡に関する条文はなかった。但し、賃貸借の条文において、法定契約譲渡の規定は存在した。第一五七三条は、「その権能が禁じられた場合を除き、賃借人は他人に転貸又は賃貸借契約を譲渡する権利を有する。それは、全面的又は部分的に禁じられることは可能であるが、特約がなければその禁止は無効である」[2]と規定し、第一五九七条は「賃貸借契約が公正証書または私書証書に記載された場合に限り、および賃貸人が売却の場合において賃貸借契約を解消する権利を保留した場合を除き、賃貸人が賃貸物を売却した場合、買主は賃貸借契約を尊重する義務を負う」[3]と規定している。

このように、契約の譲渡という制度が知られていたことは明らかである。しかし、学説が一貫して任意で、かつ特定名義による生前の契約譲渡という一般制度を否認した。

この姿勢は、ドイツおよびイタリアの学説に批判されて、克服された。

(二) 旧民法典から一九四二年の民法典までの学説の進展

1 問題の所在

一八六五年民法典の施行時、契約譲渡に関する議論が活発に行われた。フランスの影響を強く受けたイタリアの一八六五年民法典において、契約譲渡に関する制度上の条文はなかったが、一九〇〇年代から債務引受は実務上でも学説上でも認められ、学説は一九二〇年代以降契約譲渡の可能性に関して活発に論じていた。(4) また、実務家は、債権譲渡や再売買など他の制度の不備を認めて、日常的に当事者間の契約上の地位に依拠する取引が行われた。よって、学説の議論では、契約譲渡の合法性およびその本性という問題に焦点が当てられた。換言すると、イタリアの法体系において、契約譲渡は実務家が牽引し学説によって整理された新しい制度なのか、あるいは単に債権譲渡と債務引受の個別的制度の合併であるのか、という点が論じられた。

2 分解説

最初に現れた通説は、分解説であった。契約譲渡の明文規定はなかったが、債権譲渡と債務引受に関する条文があったため、契約といった全体的取引を債務と債権に解体し、その債権と債務の移転に債権譲渡と債務引受の規定を適用することで、契約の譲渡といった具体的効果に達することであった。(5)

この法理は、イタリアで“Teoria atomistica”（逐語的に：「原子的論」、以降「分解説」という）として知られており、ドイツの分解説（Zerlegungskonstruktion）の継受に過ぎなかった。

分解説によると、移転するものは、全体の法的関係ではなく、個別の債権と債務である。さらに、第三者である譲受人は譲渡の取引の当事者にならず、単に債権の譲受人と債務引受人である。(6)

ドイツ学説では、分解説はＢＧＢの施行以前に支持されていた。(7) パンデクテン法学によると、債権の譲渡は、特定の例外を除き、可能であった。代表的な Windscheid の主著『パンデクテン法教科書（Lehrbuch des

Pandektenrechts)』で、債権譲渡および債務引受が論じられており、その有効性が認められていた。[8]

当時ドイツ民法典の条文は、単独の債権ないし債務の移転に適用可能であるだけでなく、債権ないし債務のグループにも適用でき、一方の当事者の全ての債権ないし義務に適用できる。Siber[9]、Stammler[10]、Gierke[11]、Crome[12]、Enneccerus[13]などのドイツ学者は[14]、債権譲渡および同時の債務引受を通じて、契約の譲渡は認められるとする。[15]上記著者によると、契約の要素である債権と債務は移転するが、元の契約関係は不変であり、元の当事者から新しい当事者に移転できない。ただ、著者の間で、わずかな相違点がある。例えば、Gierke によると債権者の地位は複合的な債権の合成物であるが[16]、Stammler によれば、債権者の地位は一体物である。また、Stammler は、双務契約において債務が移転されなかった場合、債権も譲渡することはできない、すなわち単なる債権の譲渡は不可能であると主張する。[17]しかし、債権の譲渡および同時の債務引受を通じて契約の譲渡が可能になるということでは、両者は共通する。

この法理が前述した分解説（Zerlegungskonstruktion）であり、Demelius も主張した説である。[18]特に、Demelius は、分解説ないし契約譲渡の合法性を主張するため、ドイツ実定法の貸付された農地の売買および担保された物の売買の契約上の地位の移転の規定を挙げている。[19]

イタリアでは、この分解説が採用された。

Redenti によると、同時に全ての権利および義務を移転させることは、当時の法体系において、不可能である。民法典の規定を参照すると、債権の移転は可能であるが、債務の移転は認められていない。[20]しかし、債権の譲渡および債務引受を同時に行う場合には、実質的にも経済的にも同等の結果に達することは可能であり、合法であると主張した。

Finzi は、一九三二年[21]および一九三三年[22]の論文において、契約譲渡の合法性を支持した。例えば、一九三二年

の論文で、「我が法制度は、契約の効果の系統的で一体的概念に至っていない」と主張して、ローマ法に基づいた大陸法体系の根本的な分解主義（atomismo fondamentale）を強調した。[23] また、それぞれの法律関係は当時の実定法に基づいて流通し、権利は譲渡によって正式に移転されるが、義務は更改的債務引受がない限り移転することはないと主張した。[24]

さらにFinziは、保険契約の相続の例を分析しながら、当事者の契約上の法的地位の移転は債権譲渡と債務引受によって発生するという分解説の基本的な特徴を主張した。[25] そこで彼は何度もcessione di contratto（いわゆる〝契約の譲渡〟）という表現を使用しているが、これは全体的な法的状況の移転と定義され、広義の意味で、その移転は売買であるという結論に至る。[26]

Fontanaも同様に、「契約譲渡（Cessione di contratto）」と題した論文において、イタリアの学説は、債権のみならず、債務の移転も承認したということを出発点とし、債権および債務を含む契約を譲渡することが可能であるということは否定できないとの結論に至る。[27] 特に、契約譲渡は、権利譲渡および債務引受から構成された複合的な取引であると論じる。[28] また、法体系に完全に包摂されることに対する最も大きい妨害は、債権の人的側面を強調するローマ法の伝統であると主張する。[29]

当時の最高破毀院も、分解説を支持した。一九三八年の判決において、[30]「未履行で双務契約の全体的移転（譲渡）、つまり、目的物に対する債権および代価に対する債務の結合的譲渡を結果とする一体した取引」は存在しないと述べた。[31] 逆に、取引を債権と債務という要素に分解し、債権に対しては債権譲渡、債務に対しては債務引受の原則を適用することを通じて、同じ結果を発生させることは可能であると指摘した。

よって、上記の論者および判例法によると、契約譲渡は、分解説の法理で正当性を持ち、当時イタリアの法体系において合法の取引であると主張された。しかし、全ての論者は、契約譲渡は経済的な視点から基本的に一体

化した取引ではあるものの、契約譲渡の法的根拠および本性は一体化した法律制度ではないという詭弁を弄する。この立場は、説得力に欠けている。そこで、現実を直視し、実務家の必要性を重視した学説、いわゆる一体説という新しい契約譲渡の法理が提供された。

3　一体説の先駆者

一九二八年に、Mossa は新しい法理を提示した。すなわち、最高破毀院判決の注釈において[32]、イタリアで初めて契約譲渡の一体説（teoria unitaria）を支持したのである。

この説は、ドイツ学説（Siber）[33]が一九二〇年に支持した法理を反映し、契約譲渡という取引の根本的一体的本性を強調する。

「契約の売買（Vendita di contratto）」と啓蒙的に題した論文の書出しは次のようなものである。

「流通の絶え間ない波の下で、古い法体制は腐食し、変化する。しばしば、かかる法体制の単に外見のみが変化する；あるいは、外見は変更されずとも、その基礎が変化する場合もある。最も一般的で、交易の存在に必要とされる契約、つまり売買契約を変化させる主体は、交易の変わりつつある側面である。」[34]

本論文は、分解説に従う最高破毀院の判決を批判しながら、一体説を主張する。

「契約の売買は元の全体的関係を対象とする。このように、新しい買主は元の買主の全ての権利および義務をもって、契約に加入する。譲渡に関して論じる際、特定の権利または債務の単一的あるいは分解的譲渡が行われるわけではなく、逆に契約の債権および債務の総合的譲渡が行われていることが、述べられるべきである。」[35]

この主張のあと、Mossa は分解説を支持する学説を紹介している。主に、ドイツの学説：Windscheid[36]

Stammler[37]、Enneccerus[38]、Demelius[39]、Tuhr[40]が紹介されるが[41]、フランスのAubry et Rau[42]にも言及されている[43]。しかし、Mossaは、契約の売買が、分解説の債権譲渡と債務引受とは異なると主張し、論文の後半では一体説の根本的特徴、つまり全ての当事者の法的地位の移転について論じる。本論文において、Mossaは商業上の売買契約、特に証券に焦点を当てており、契約譲渡一般について一体説を論じているわけではないが、一体説を採用する学説においては、Mossaは一体説の最初の支持者として位置づけられている[44]。

さらに、Pietro Gasparriの著書が言及に値する。一九三七年に行政法の教授になる前、一九三二年にMossaを指導教官として卒業した後[45]、一九三五年に『契約譲渡』という著書を公表する[46]。Gasparriは、Mossaの主張を支持し、契約譲渡の経済的機能を強調する。特に、全ての契約は譲渡できると主張し、契約譲渡は有体財産を代替できるということを最初に直感した[47]。約六〇ページにわたり、賃貸借契約および保険契約、売買契約を分析し、当時の契約譲渡の法理を批判的に評価し、訴訟代理人制度（procuratio in rem suam）と債務引受の考察で終わる。詳細な分析ではないものの、Gasparriは分解説の欠陥を指摘し[48]、Mossaの一体説と契約譲渡の全体的取引の一体性を強調する[49]。

4　第三の説——更新説

一九三〇年代のイタリア法学において、契約譲渡の分解説は批判され、その法理を克服する必要性が生じていた。最終的に一体説が一九四二年の民法典に採用されることになるが、Nicolòは分解説の欠点を克服するため、一体説とは異なる法理を提供している。

『他人の義務の履行（L'adempimento dell'obbligo altrui）』という著書において[50]、Nicolòは更新説（Teoria della rinnovazione）を紹介する。幅広い著書であり、様々な事例を用いながら、他人の義務の履行にかかる問題とその解決方法に触れている。契約譲渡は本書の最後尾、第二部（他人の義務の間接履行）の第四章（債務の継続およ

びいわゆる契約譲渡）において数ページにわたって論じられている。

Nicolò は、契約譲渡についての学術的分析が依然としてなされていないとして学説を批判する。Nicolò の独特な理論によれば、「確かに、契約の法的結果の譲渡は、つまり契約の全ての確定的で法的効果に対して、ある者と他の者の交替は、抽象的には不可能である」。その理由は、取引は既に法的効果をもたらしたため、改めて他の者に対して効果を及ぼすことは不可能で、単なる譲渡はその効果を移転させることはできず、効果を移転させるには新しく自立した取引が必要だからである。[51] よって、継続的契約または履行延期契約の場合のみ、債権と債務の複合である全体的な法律上の地位を移転することが可能である。一発的契約または一部履行した契約の場合は、その要素を分解し、債権を譲渡しまたは債務を引受けることになる、と主張した。[52]

この説によると、契約譲渡の構造の基礎は、元の契約の法的関係の移転ではなく、元の契約の法的関係の淵源の更新である。[53]「自立した契約譲渡は、実質的には、取引の意思表示の更新にすぎない。つまり契約の更新である」。[54]

上記のような Nicolò の契約譲渡の説は一切受け入れられなかった。[55] その根本的な理由として指摘されたのは、契約譲渡は、元の当事者間の更新ではない、ということだった。

しかし、Nicolò の説は、二つの重要な点に焦点を当てており、その後の契約譲渡の法理の発展に対して、重要な貢献をした。

まず、契約譲渡という取引の経済的な側面を強調して、[56] 一体説の完成への道を切り開くことができた。さらに、被譲渡人の同意は、分解説において、有効の要件とみなされたが、Nicolò の法理では、被譲渡人の同意は譲渡の要件である。被譲渡人の同意によって、元の契約にかかる意思表示の効果は第三者たる譲受人にまで波及し、譲受人も更新された契約の当事者になる。[57]

既に分解説の欠点は一体説の支持者によって指摘されていたが、更新説による批判によって、分解説は最終的に毀棄された[58]。

5　一体説の完成

一体説は、一九三九年のPuleoの『契約譲渡（La cessione del contratto）』[59]によって完成する。まず、契約譲渡の定義が述べられる。

「契約譲渡という表現で、一方の当事者から第三者へ契約を通じて成立した法的関係の複合を移転させる取引を指す。[60]」

そして、一体説の根本的な特徴が述べられる。つまり、契約譲渡を行う三人の当事者の目的は、契約関係に含まれている様々な債権および債務を分解させ、それを個々に移転させることではない。逆に、契約譲渡の目的は、全体的な法的地位を移転させることである[61]。

序論では、売買契約の譲渡、会社の売却に際した物品供給契約の譲渡、保険契約の譲渡といった様々な事例に触れながら、上記解説の長所が指摘される。

第一章で、Puleoは契約譲渡に関する諸理論を批判的に分析する。

イタリアでは、一九三一年、Redentiによって契約譲渡の不可能性が主張され、分解説が支持された[62]。Redentiの説に対して、Puleoは、分解説による取引は、譲渡人と譲受人との交替がないため、契約譲渡に特有の効果を発揮せず、当事者の実質的な目的を達することができないと指摘した。

また、Nicolòの更新説の根本的な弱点、すなわち元の契約の当事者ではない譲受人は元の契約を更新することはできない点[63]、あるいは元の契約が消滅し、新しい契約が成立したにもかかわらず、契約譲渡の前提は元の契約

の継続である点[64]を指摘し、その説を退ける。

その後、分解説の代表的支持者であるドイツの学説、特に「初期」の Siber[65]、Stammler、Gierke と Demelius、並びにイタリアの学説の Finzi と Fontana に言及する[66]。Puleo は、分解説の基本的な根拠、つまり個々の債権と債務の移転可能性と契約関係の移転不可能性を識別することを批判し、契約譲渡の全体的な取引の基本的な統一性を強調する。分解説の支持者に対して、Puleo は一体説を支持する「後期」の Siber と Mossa を対比させる。

特に、第二章と第三章において、Puleo は自身の契約譲渡法理を展開する。分解説によると、契約譲渡を行う場合は、譲渡人の法律上の地位は全体的に移転しないことになる。ここで Puleo が注目するのが、形成権である。つまり、単なる債権譲渡を通じては、全体的法律上の地位は移転しないが、契約の本性による、当事者と密接な関係を持つ権利がある。例えば、継続的契約において解除権および不履行による解除権は、移転するのかどうか。分解説によると、解除権は債権に付帯するため、解除権も移転することになる。Puleo によると、解除権は債権者を保護する道具であるが、債権を消滅させる目的を持つため、債権の保証という機能を果たしているとは言えない。

従って、契約関係は全体的に移転しない、という分解説の根本的な点は、譲受人にいくつかの権利ないし付随条項は移転されるが、特定の権利は移転せず譲渡人のもとにそのまま残存する、という奇妙な効果を生じさせると指摘する[67]。同様に、取消権は、分解説によれば移転しない筈だが、それもまた奇妙な結果となるはずである。

分解説の支持者は上記のような奇妙な結果に鑑み、現行法上の法理を拡大解釈し、債権と債務のみ移転すると主張しながら、一方で、付随条項などの権利は債権に付帯するから、それも移転すると主張する。しかし、債権と債務のみが移転すると主張しながら、他の契約関係と関連する権利が移転することは可能であると主張する場合、分解説の存在理由はなくなる[68]。

全ての法的関係の移転を認め、契約を分解せずに当事者間の取引を全体的なものとして理解し、かつその移転を認めるということが、問題の解決方法であるとPuleoは主張する。Puleoによると、契約譲渡を帰結させる取引の本性は、基本的に一体である。[69] 双務契約が生み出す法律上の関係の個々の要素が別々に流通できるとすれば、同一の法的効果を生じさせる一つの法的取引で、その要素を全体として当事者がそれを移転させることを禁じる理由はない。[70] 実定法は、契約の効果が不可分であることを命じないため、債権と債務は個々に流通できるが、契約自由の原則の下で、当事者の意思によって取引を全体的に移転させることも可能であると主張する。[71] よって、契約譲渡の一体説を採用すると、移転できない契約の要素はない。[72]

契約譲渡の構造および効果に関して、Puleoは被譲渡人に注目する。つまり、契約譲渡の成立のためには、必然的に被譲渡人の同意が必要となる。かかる同意は、譲渡人と譲受人間の同意が成立する以前になされることも可能で、若しくは他の当事者と同時に同意することも可能である。[73] さらに、被譲渡人の同意で、通常譲渡人は解放されるが、被譲渡人が契約譲渡に同意し、譲渡人を解放しない意思表示があった場合にも、契約譲渡は成立すると主張する。この場合、契約の主要な債権債務関係は移転するが、譲渡人は被譲渡人に対して、譲受人の不履行の場合、保証人と同様に、責任を負う。[74]

契約譲渡の存否を決める要素は、譲渡人から譲受人への実質的交替である。したがって、保証債務についても、その交替ないし譲渡人の契約関係から離脱する場合には、契約譲渡の成立を妨害せず、契約譲渡は完成する。

逆に、被譲渡人が同意しない場合又は同意に錯誤があった場合、契約譲渡は成立せず、譲渡人と譲受人の間で、場合によって債権譲渡および債務引受が成立することもありうるが、契約関係ないし被譲渡人の全体的な法律上の地位は移転しない。[75]

第四章は、三人の当事者に対し、契約譲渡の及ぼす効果を分析する。原則的に、契約譲渡によって、譲渡人が

契約関係から完全に切り外され、かつ被譲渡人に対して保証義務に関する特定の協定がなければ、譲渡人は一切義務を負わず、権利もない。

契約譲渡という法律行為が完成したら、譲受人は譲渡人の法律上の地位を承継する。あらゆる権利ないし形成権、または全ての義務は譲渡人から譲受人に移転する。よって、譲受人は強制履行を請求できる。また、相手方の不履行の場合、解除および損害賠償を請求することもできる。

元の契約において、譲渡人の同意に錯誤があった場合、譲受人はその錯誤の理由によって、契約の取消を請求できるとPuleoは主張する。[76] 被譲渡人も、譲受人に対して、契約に基づく事由は対抗できる。但し、譲渡人との個人的関係ないし他の契約関係に基づいた対抗はできない。

さらに、譲渡人は譲受人に対して、譲渡された契約の存在のみ保証する。よって、被譲渡人の不履行の場合でも、譲渡人は契約譲渡の対価を請求できる、と指摘されている。[77]

第五章では、契約譲渡の複雑な議論を引き起こした事例を分析する。その例は、賃貸借契約の譲渡および賃貸された物件の売買、会社の売却に際した労働契約の譲渡、包括的贈与（donazione universale）、遺産の売買、会社の合併、保険会社の顧客の移転といった事例である。

当時の民法典において、第一五七三条は、賃借権の移転を可能とした。同様に、旧民法典の第一五九七条は、物件の移転の場合、賃貸人の地位は買主に移転すると規定した。Puleoは、個別の契約譲渡の事案を規定することによって、契約譲渡一般の存在を承認しうることは明らかであると主張する。[78] 同様に、会社の移転の場合は、労働契約も移転するというのが、労働法の原則である。逆に、包括的贈与の場合は、移転する物（財産）は集合物（universitas juris）ではないため、また、当事者の意思について一切推定することができないため、明瞭な意思表示がなければ、贈与者から受贈者へ契約は移転しない。[79] 同様に、遺産の売買の場合にも、相続の承認に際し

て、特定で明瞭な意思表示がなければ、契約は移転しない。[80]

会社の合併の場合、Puleoは全ての労働契約が移転すると主張するが、譲渡人と譲受人が合併し、一方の当事者たる譲渡人は消滅することによって、両方の当事者は一つの主体になるため、契約譲渡ではないとの意見を支持する。[81]

最後に、保険会社から他の保険会社への顧客の移転という事例に言及する。[82]この場合、保険会社の間で一つの契約で足りるのか、あるいは顧客と締結した保険契約に対して、一つずつの譲渡契約が必要であるのかは、重要な問題である。Puleoが支持する解釈は、保険会社の間の関係に関して、一つの法律行為で足りるとするものである。いうまでもなく、契約譲渡は三面契約であるため、被譲渡人たる被保険者の同意が契約譲渡の要件である。被譲渡人たる被保険者の同意があった場合、契約譲渡は完成し、完全に契約は譲渡される。[83]

一九四二年に、立法者は新しい法理であった一体論を採用した。Puleoの主張した法理は、新しい民法典に導入された。契約譲渡を規定する第一四〇六条から第一四一〇条に至るまで、Puleo論を反映している。

しかし、Puleoの学説上の貢献は重要であったと考えられるとしても、立法の面から見ると、Puleoより、Francesco Ferrara Jr.の方が、契約譲渡の規範を民法典に導入するための貢献は決定的であったと推定できる。Puleoの著書の出版の二年後、民法典編纂完了直前の一九四一年、Francesco Ferrara Jr.は「契約譲渡の立法による制定の勧め」[84]という論文を通じて、具体的に立法および民法典に契約譲渡の規範の導入を勧めた。[85]

二　現行イタリア民法典に基づく契約譲渡

㈠　一九四二年の民法典の「国王への報告」

一九四二年、民法典の第四編にあたる債務編の改正案が可決された直後に、民法典改革の法務省委員会の幹事であったGaetano PandolfelliおよびGaetano Scarpello、Mario Stella RichterとGastone Dallariが編集した著書は、民法典編纂の立法過程に関する非常に詳細な情報源である。[86] かかる条文（第一四〇六条―第一四一〇条）に加え、立法委員会の議事録、国王委員会の一九三六年の草案、法務省の草案およびそれに対する法務大臣の報告、国王への報告などに言及され、適宜、引用されている。以下に掲出する。

「第一四〇六条（旧二四五条）
国王への報告、第一〇七号
契約譲渡は、商取引の実務において広く使用されている。また、賃貸借や未払込み株式、雇用契約の場合には、法律によって、権利義務の総体といった全体的関係の流通が可能となった。学説は、契約の流通といった現象の根本的統一性に対抗し、債権譲渡と債務引受などの法的制度を通じた個別の債権債務の単なる譲渡のみ可能であると主張した。
非常に繊細な実務家は、ある当事者に対して、全体的関係の譲渡を分割することができないということを伝えている。契約売買に言及し、または、証券を購入する際、暗に同意したとみなされた制限によって、持ち主が履行しない限り相手方当事者の履行を請求できないスタビリーティ（stabiliti）といった有価証券は、その分割不可能の典型である。債務編では、複雑で、多額の費用のかかる契約の更改を取り除くという重要な経済的機能を果たすべく、その実務的な要求を満たすことが試みられている。[87]

国王への報告、第一〇八号

双務契約（第二四五条）の場合のみ譲渡人の権利と義務の統一的総体を移転できるため、その契約のみ譲渡できる。片務契約の場合、債権者または債務者の地位のみ譲渡できる。

第一四〇七条（旧二四六条）

国王への報告、第一〇八号

契約譲渡は、被譲渡人に対して譲渡人を解放するように、通常、被譲渡人の同意が必要とされる。さらに、譲渡に対して同意することは、異なる意思がない限り、当然、相手方当事者を解放することを伴う。上記解放的同意は、契約を締結する際にも与えることが可能であり、その場合には契約の流通は事前に許可される。また、契約が指図条件付き証券（第二四六条）に記載された場合、上記同意を暗に与えたと見なされる。前者の場合、被譲渡人に対して譲渡が通知されるか、または被譲渡人が承認した時に、解放が発生する。後者の場合、裏書がなされた時、または裏書のみによって、発生する（第二四六条）。[88]

第一四〇八条（旧二四七条）

国王への報告、第一〇九号

譲渡人が解放されない場合、譲渡人と被譲渡人との関係は、被譲渡人と譲受人との関係に付随するものとなる。被譲渡人は譲渡人に対して、不履行の場合にのみ請求できる（第二四七条二項）。譲受人による執行は不要で、被譲渡人が反対しないことで足りる。しかし、譲渡人に支払いを強制する場合、譲受人からの請求に備えるための譲渡人の利益を考慮し、不履行の発生から一五日以内に被譲渡人は譲渡人に不履行の通知をしなければならない。通知されなかった場合、被譲渡人は、譲渡人に対して請求できるが、譲渡人に対して賠償を損害する責任を負う（第二四七条三項）。

第一四〇九条（旧二四八条）
国王への報告、第一〇九号
　譲渡の効果は、譲受人と譲渡人の同等の地位の交替である（第二四五条と第二四六条）。よって、被譲渡人は譲渡された契約に基づいた全ての抗弁をすることができる。譲渡の取引に合意した時に、譲渡人との別の関係に基づいた抗弁を留保しなかった場合、上記抗弁しかできないものとする（第二四八条）。

第一四一〇条（旧二四九条）
国王への報告、第一〇九号
　明白な同意がなくても、被譲渡人の履行ではなく、譲渡人は譲渡された契約の存在および有効性を保証する義務を負う（第二四九条一項）。この原則は、スタビリーティ［“stabiliti”という証券］の裏書がある場合、学説および判例法において既に認められていた。履行の明白な保証があった場合、譲渡人は保証人の地位を取得し（第二四九条二項）、従って、第七八二条（民法典第一九四二条）の限界、つまり損害責任を除いて、譲受人に対して被譲渡人と共に連帯責任を負う。」

以上の記録のうち「国王への報告」に着眼しよう。次の注意点に触れる必要がある。
まず、学説および特定の学者は明瞭に引用されていない。従って、契約譲渡の規範の「起草者」を特定できない。[89]

しかし、民法典の規定は二つの文献を色濃く反映する。まず、Puleo の著書を、特に第四章「譲渡の構造および効果」の描いた制度を、新民法典は幾つかの点に逐語的に採用する。[90] また、Ferrara Jr. の論文は、具体的に契約譲渡の私案を提示しないが、論文の末尾で、後に民法典の第一四〇八条―第一四一〇条を規制する「譲渡人と譲受人間の関係」、「被譲渡人と譲受人間の関係」、「被譲渡人と譲渡人間の関係」を斜体で強調し簡潔に論じる。[91]

(二) 定　義

第一四〇六条（概念）各当事者は、対価がなお履行されない場合には、他の当事者がそれに同意する限り、対価的給付と共に契約から生ずる法律関係において、自己に代って第三者を交替させることができる。[92]

上記民法典第一四〇六条から第一四一〇条の条文を参照する限り、イタリア現行法において、契約を譲渡することが可能であることについて、疑いを差し挟む余地はない。

しかし、上記条文は契約の譲渡を可能としながら、契約譲渡とは何かという問いには答えていない。民法典は、契約譲渡を詳しく定義しておらず、契約譲渡の本質を明確にしているとは言えない。特に、イタリア語の条文を分析すれば、“cessione del contratto”（逐語的に「契約の譲渡」）という表現は、二つの異なった法律行為ないし取引を指すことができる。[93] 一方で、契約の移転、つまり、これまで論じてきたように、当事者の地位の移転に伴う三人の当事者に関わる全体的取引を指す。他方、例外的に法律行為を指すこともある。例えば、AとBとの間の契約を移転させるため、譲渡人たるAと譲受人たるCが締結する行為は存在する。それも契約であることが多く、イタリアの学説および実務家の間では、イタリア語の“cessione”という言葉を用いて、“cessione del contratto”と表現することがしばしば見られる。このように、“cessione del contratto”という表現は、契約を移転させるという効果をもたらす行為を指して使われることもあるが、この場合は、厳密に言うと、“cessione del contratto”ではなく、“contratto di cessione”という表現が最も正確である。

よって、イタリア語の資料において、「契約の譲渡」とは、多くの場合は「契約上の法的地位の移転」を指す。以下本稿では「契約譲渡」および「契約の譲渡」という表現は、この意味で使用し、これらの取引を指すものとする。また、契約譲渡の前提である「契約を移転させる契約」といった取引について論じる場合、イタリア語の

資料ではしばしば“cessione del contratto”という表現が使用されるが、本稿では「移転させる契約」もしくは「譲渡契約」という表現を使用する。

民法典の明瞭な表現にもかかわらず、イタリアの学説において、契約譲渡は様々に定義されてきた。例えば、“cessione della qualità di parte”、“cessione di contraente”[94]（当事者資格の譲渡；契約当事者の譲渡）、“cessione di rapporto contrattuale”[95]（契約関係の譲渡）、“trasferimento della complessiva posizione［contrattuale］”[96]（全体的な［契約上の］地位の移転）、“cessione dei crediti e accollo dei debiti”[97]（債権の譲渡および債務引受）、“successione nella causa delle obbligazioni”[98]（債務のコーズの承継）などである[99]。

では、どの定義が厳密であるか。この点、イタリア民法典の条文は明瞭であり、契約譲渡の機能は、契約の当事者の全体的な地位を移転させるということである。つまり、上述したように、イタリア民法典が採用した説は、一体説（teoria unitaria）である。であれば、契約譲渡の本質ないし機能について論じると、契約譲渡は契約関係を移転する、との結論は否定できない。従って、上記いずれの定義を採用しても、法的効果に焦点を当てるなら、契約譲渡は全体的な契約上の地位を移転するという効果をもたらす。

契約関係の移転についての解説がイタリアにおいて最初に表されたのは、一九三九年の Puleo からである。現行民法典の施行以前、Puleo は契約譲渡を簡明に定義する。

「契約譲渡という表現では、契約によって成立した複合的な法的関係を一方の当事者から第三者に移転させることへの合意を指す[100]。」

以上の定義に基づき、Puleo は契約譲渡の効果は契約に関連した全ての法律関係の移転であると主張する[101]。現象の基礎は、契約の自由にある。当事者は法的関係を成立させる能力ないし権利を持つ以上、その法的関係

を変更する能力ないし権利も持つべきである。契約の自由は、近代私法の基本原則である。このような法制度の中で、契約の自由と密接に結びついた契約譲渡の可能性を否定する学者の論拠は分析するに値する。

㈢ 要件

契約譲渡という表現は、上述の通り、イタリア語で二つの意味を持つ。つまり、契約上の地位の移転という効果（契約譲渡）、およびその効果を生み出す契約（移転させる契約、または譲渡契約）である。以下、契約を移転させる契約の場合は、その要件が具体的にどのような問題をもたらすかについて分析する。

1 同意

イタリア民法典第一四〇六条は、「各当事者は（……）他の当事者がそれに同意する限り、（……）自己に代わって第三者を交替させることができる。」と記する（下線部筆者）。

取引を移転させる契約は、元の契約の一方の当事者と譲受人（上記の条文において、「第三者」である）との間の契約であるということについては疑いを差し挟む余地はない。第一四〇六条は、明らかに、その契約の要件として、他の当事者、つまり被譲渡人の同意を要件とする。

旧法の下で、分解説の支持者は、被譲渡人の同意は契約譲渡の成立要件ではなく、単なる債権の譲渡の承認および債務引受に対する合意であるとする。[102] この説は、一九六〇年代では分解説の復活を図ったCicalaにのみ支持されていた。[103]

しかし、一体説を採択した現行法の下で、契約を移転させる契約は必然的に三人の当事者を必要とする。現民法典の施行直後、“cessione del contratto”という表現における二つの意味が、Natoliによって、指摘された。[104] すなわち、狭義の契約譲渡は単に二人の当事者に関わる双務契約であるが、広義の契約譲渡、つまり取引の全体的

な移転は、全ての三人の当事者に関わる契約である。特に、被譲渡人が同意しない場合、もしくは同意がないままでは、契約譲渡という取引は成立せず、譲渡人と譲受人との間で成立している譲渡を対象とした契約は、法的に無効とはならないまでも、効力のないまま残ってしまう。[105]

一九五〇年にAndreoliも、三人の当事者全ての同意が必要であることを強調している。第一四〇六条の条文は「いずれの場合も、かかる同意が不可欠であることを示唆している」と指摘する。また、免責的契約譲渡（“cessione con liberazione del cedente”、つまり被譲渡人が免責された場合）においても、併存的契約譲渡（“cessione senza liberazione del cedente”）においても、被譲渡人の同意は不可欠である。[106] 三人の当事者の同意がなければ、契約譲渡という法律行為は成立せず、法的に存在しない（inesistente）。[107] この解説は、一貫して判例で採用された。[108]

しかし、最近の学説では、[109] 被譲渡人の同意について、かかる同意が必ず他の当事者の同意と同時に示されなければならないわけではなく、事前にも、事後にも表示することができるとする。

分解説の支持者は、契約譲渡を双務契約として理解する。従って、契約の譲渡は譲渡人と譲受人の同意だけで成立する。この場合、被譲渡人の同意は譲渡の効力要件であり、その効果は譲渡人の免除である。しかし、イタリア法において、譲渡人の免責は、契約譲渡の法定的で、典型的な効果である（第一四〇八条、以下）。

2　コーズ

イタリアにおいて、全ての契約にはコーズが存在しなければならない。コーズとは何かについては、学説において活発に議論されてきた。[110]

最新の主要な学説では、コーズ論のトートロジー的な側面や、民法典の条文ないしそれに基づく様々な理論を無用に弄していると批判され、コーズ論の重要性は実質的に否定されている。[111] しかし、民法典の条文は明瞭である。[112]

コーズは契約の要件であるため、契約譲渡においても、コーズの定義については明確にすべきである。特に、契約譲渡に関する学説において、コーズ論は分解説と一体説とが争った戦場である。一体論の支持者は、契約譲渡といった取引の全体的な性質を強調し、コーズの単一性を主張した。逆に、分解説の支持者は、債権譲渡と債務引受に焦点をあて、契約譲渡のコーズは、債権譲渡と債務引受との交換であると主張した。[113]

分解説の支持者によれば、契約譲渡という全体的な取引は存在しないため、全体的なコーズを突き止める必要はない。従って、一つのコーズとしてではなく、譲渡される様々な債権および債務のコーズの総計が、契約譲渡のコーズとなる。

分解説の著名な支持者であるCicalaは、コーズを論じるにあたり、契約譲渡の一体説を強く批判する。

「「契約」または「当事者の資格」などの譲渡に対する抽象的な利益は、法的事実において、的外れな論点であることを承認する解決しかない、と思う。(……) 逆に、譲渡人が譲渡する債権および譲受人が引き受ける債務といった譲渡行為の具体的な対象を念頭において、コーズの枠組みを構成することに必要十分条件である利益を探って突き止めることは必要である。(……) 契約譲渡に対して利益を持つといった事由ではなく、逆に、少なくとも譲渡人は債務から解放されたがるために債権を譲渡する、他の当事者たる譲受人は債権を取得することに対して利益を持つため、債務を引き受ける、という事由で譲渡行為の当事者はその行為を締結する。債権譲渡と債務引受との交換は、それ自体だけで、コーズの完全な枠組みに必要とされる「利益の複合」を達成するに足りる。」[114]

しかし、これまで指摘してきたように、現行法の下で、学説と判例法はほぼ一貫して分解説を拒否し、一体説を採択した。

一体説の支持者にとって、一方の当事者から他の者に契約上の地位を移転することは、契約譲渡の典型的な

コーズである。[115] 他方、契約譲渡のコーズは「譲渡人と譲受人との交換・入替」[116]、または「契約からの譲渡人の退出と譲受人たる第三者の任意の進入」[117]である。その後に大きな影響力を及ぼしたMossaの「契約の売買」という一九二八年の論文によって、契約譲渡は売買契約に類似するものとされ、そのコーズも売買契約のコーズと同じである[118]、かつ、譲渡の対価として当事者の地位と交替するということが主張された[119]。但し、契約譲渡は無償であることも可能であるので、必ずしも譲渡に対価が生じるとは限らない。

上記の様々なコーズは、抽象的なコーズであり、契約譲渡の典型的なコーズである。しかし、これらの典型的なコーズの他に、譲渡される契約のそれぞれに具体的なコーズも存在する。よって、譲渡のコーズ（全体的な取引）と譲渡された契約のコーズは別物であり、別個に分析すべきであると主張されている[120]。契約が譲渡された際、譲渡される契約のコーズと全体的な取引のコーズは異なる。契約譲渡たる全体的な取引のコーズは、当事者の事由によるので、次のような事例を挙げることができる[121]。

① 代金があった場合、契約譲渡のコーズは売買と同じである；
② 代金以外の財産権を移転した場合、そのコーズは交換と同じである；
③ 代金がない場合、無償行為のコーズとなり、場合によって、契約の贈与であったり、単なる無償譲渡であったりする；
④ 争いをやめることを目的として契約を譲渡した場合、契約譲渡のコーズは和解と同じである；
⑤ 譲受人に対して負担した給付から解放されるためになされる場合、代物弁済と同じコーズである；
⑥ 自然債務の履行のコーズの場合。

以上の事例を参照すると、譲渡された契約のコーズと契約譲渡のコーズは、全く関係ない場合もある。要するに、契約譲渡の抽象的なコーズは一定であるものの、具体的なコーズは、場合によって、譲渡される契約とは無関係になることもある。[122]

また、分解説の支持者は、債権が譲渡される為、その債権の対価は、あらゆる手段を用いても給付すべきであり、契約譲渡はいずれの場合にも有償であると主張した。[123] しかし、一体説が通説になるにつれ、このような有償推定は断念された。これは当然のことであり、有償売買契約は、無償で譲渡される場合も考えられる。[124] この場合、同意原則の結果として所有権はすでに買主に移転したものの、譲渡人たる売主は、契約譲渡は無償であったにもかかわらず、代金を収集する権利を失わない。契約譲渡が無償で、贈与であれば、公正証書によって行わなければ、無効である。[125]

三　対象（目的）

㈠　解釈の出発点

上述の通り、「契約の譲渡」というイタリア語の表現である「Cessione del contratto」の通説の解釈として、契約関係ないし契約上の地位が譲渡されるということについては、疑問の余地はない。よって、「契約の譲渡」という民法典第四編第二章第八節の題目は、第一四〇六条に記載される「契約から生ずる法律関係において自己に代わって第三者を交替させること」の意味に沿って、解釈すべきである。

学説においても、上記解釈は一貫して採用されている。[126] 例えば、しばしば引用される判決は、明確に上記の解釈を示す。「契約譲渡の場合、一方の当事者から他の当事者への移転の対象は、契約から生じる、当事者の全体

的な地位である」[127]。

契約譲渡は、一九二〇年代に浮上した「契約の売買」の経済的機能を達成しながら、契約の諸法理を尊重する制度である。民法典の制定以降、判例は次第に契約の譲渡可能性の範囲の拡大を認めるようになり、契約の個人的関係に結びついた側面よりも、経済的な役割に焦点をあてるようになった。よって、よりドグマチックなアプローチから、プラグマチックなアプローチを取ることになった。この判例の発展は、学説においても反映されたため、現在の学説では、民法典の条文の文理解釈を超えて、契約譲渡は大規模に受け入れられている。

民法典の施行の際、法務省に提出された「民法典の報告書（Relazione al codice civile）」には、この記述がある：「譲渡人の権利や義務の統一した総体は双務契約の場合のみ譲渡することができる。片務契約の場合、債権者または債務者の地位のみ譲渡することができる。」[128]

第一四〇六条は、上記の概念を反映し、「双務契約（un contratto con prestazioni corrispettive）から生じる法律関係」との条件を強調する。さらに、「対価がなお履行されていない場合」との条件も規定する。

しかし、民法典制定直後から、学説において、どの契約を譲渡することが可能かについて、活発に論じられていた。学説は、二つの見解に分かれていた。一方の解釈は、民法典の条文自体を尊重するもので、他方の解釈は、より自由なアプローチをとり、譲渡可能な契約の範囲を拡大し、多くの場合その譲渡を認めるべきだと主張した。

(二) 限定論（双務、未履行）

限定論は民法典の条文を最大限に尊重する説であり、この解釈によると、給付は履行されていない双務契約のみ、譲渡可能である。

限定論は、民法典の導入直後の時期において通説であった。契約譲渡の特徴は債権と債務を含む、複合的な法

律上の地位の移転として解されたため、給付を履行すべき当事者が債務者の地位にのみ留まり、他の当事者は債権者の地位にのみ留まる片務契約の譲渡は考えられないと主張された。[129] 片務契約の場合、債権者は債権を譲渡することができ、または第三者は債務者の債務を引き受けることができる。しかし、双務関係は存在しないから、契約の譲渡ということは成立しない。[130] この法理によると、一体説の前提は双務的関係である。また、同意だけで所有権を移転する売買契約は、契約譲渡の規定の適用から完全に除外されることになった。

一九八〇年代まで、判例においても、この説は支持された。[131] 例えば、最高破毀院の判決において、「一方の当事者は双務的給付を履行した場合でも、第三者に契約を譲渡することができないため、売主の法律上の地位は譲渡できない。なぜなら、かかる契約の所有権の移転の効果は即時に発生するため、目的物に対する所有権は契約の締結時点で発生している」。[132] つまり、片務契約の他に、一方の当事者から履行された契約、および締結時に所有権を即時に移転させる契約は、譲渡不可能契約と解されていた。この解釈によると、継続的契約および履行期が繰延られた契約のみ譲渡することが可能であった。[133]

㈢ 学説による拡張——非典型的譲渡論——

契約譲渡を否定する分解説の支持者であっても、上記限定論を最初に批判し、第一四〇六条の規定は完全に未履行の双務契約だけではなく、他の契約にも適用することができると主張した。

分解説の代表的な支持者の Cicala によると、「契約譲渡が債権譲渡および債務引受として解されるなら、双務契約の譲渡と片務契約の譲渡との間には、取引の面でも、効果の面でも性質的な相違はないことは明らかである。（……）実務において、双務契約（特に、品物の売買や賃貸借、請負、継続的売買などの契約）のみ知られているため、立法者が経済の世界に現れる双務契約のみ規制した。[134]」

通説は、分解説を否定したものの、Cicala の支持した説を認めた。つまり、第一四〇六条の双務契約の条文の言及は、単に例として解釈し、片務契約を含む他の契約の譲渡も認めることになった。

現在は、非典型的譲渡論が、学説においても判例においても圧倒的に支持されている。[135]

㈣ 学説による拡張――一方当事者が履行した契約譲渡――

契約は「対価がなお履行されていない場合には」、譲渡されることができるという点、第一四〇六条の条文は明らかである。学説および判例は、条文を尊重し、一方の当事者が履行した契約の譲渡可能性を否定した。一方の当事者が履行した契約の譲渡の場合、双務関係ではなく、単なる債権が譲渡されることになるため、契約譲渡の規定を適用することは不可能であると指摘された。[136] この場合には、債権譲渡の規定を適用すべきであると、民法典の導入直後の学説において一貫して主張されていた。[137]

しかし、条文の明確性にも関わらず、この説は批判され、一九六〇年代からは、一方の当事者が履行した契約の譲渡可能性を認める声が現れ始め、現在では通説となった。

部分的に履行された契約の譲渡可能説の支持者は、Santini である。一九六二年の論文において、[138] 民法典の条文を再解釈し、その意味を完全に覆した。民法典の報告書に言及しながら、[139]「立法者が重視したのは、概念の一貫性と制度的な健全性のみであり、契約譲渡の条文の適用を双務契約に限定することに理はない」と主張した。Santini は、一方の当事者が履行した契約の場合、単なる債権者または債務者の地位しか譲渡できないという解釈は誤っていると主張する。[140] そして、その理由を、「理論上の理由」と「実務上の理由」に分ける。

理論上の理由としては、当事者の契約上の地位は、債権または債務にとどまるのではなく、それ以外に様々な権利（例えば、解除権）、付随条件（例えば、仲裁条項など）、訴権などの契約上の法的地位が譲渡人から譲受人に

移転する。これら契約上の法的地位は単に債権に付随する法的地位ではなく、契約の要素である。よって、契約譲渡の場合、一方の当事者によってその債務が完全に履行された場合であっても、その当事者において、契約に基づいた法的地位は残存する。この現象は、契約譲渡の理論の直接的で論理的な帰結である。

ここから、次のような事例では、非常に重要な実務上の示唆が与えられる。例えば、売買契約において、目的物の引渡しの後で損害による破棄（rescissione per lesione）の訴訟がなされた場合、譲受人に移転しないとすれば、譲受人は対価を受領したにもかかわらず、その訴訟は譲渡人に対して提訴されることになる。契約上の全体的な地位が譲渡されなければ、明らかに、譲渡人の利益に対して、条理に反する効果が生じてしまう。また、契約譲渡の典型的な例である継続的契約は、すでに履行が開始された場合、譲渡不可能となるか、契約を分解し、様々な債権、債務、権利などに分けられることになる。これは明らかに不合理な結果である。[141]

要するに、Santiniによれば、立法者が分解説を批判することを目的としながら「あらゆる契約から、単一で複合的な関係の束が生じることを忘れた」[142]ため、民法典の条項に、対価がなお履行されていない場合、という条件が導入された。

他の契約において、「[契約上の法的地位を移転するには]債権譲渡または債務引受を利用することで十分であることを考慮して、第一四〇六条は双務契約に限定したということであったとしても、立法者はもちろん債権者または債務者として交替することを阻むことを望んでいないと証する（……）上記の考慮は誤りであったし、今なお誤っている。双務ではない契約または一方の当事者から対価が履行された契約の譲渡を、立法者は暗に認めている。」[143]（[ ]内補足は原文）

しかし、上記の示唆を参照すると、対価がなお履行されていない場合においても、契約を譲渡できることは明らかである。また、実務上の理由としては、組合契約や要物契約は通常、一方の当事者から履行されているが、

問題なく譲渡される。

また、譲渡人がその給付を履行したことで、被譲渡人が譲渡に対して賛否を表明することの利益がないという点については、民法典の導入以前にすでに Puleo によって指摘されていた[144]。

他方、このような学説上の展開に鑑みるなら、一方の当事者が履行した契約の譲渡は単なる債権譲渡ではないため、常に被譲渡人の同意が必要であることを指摘する説もある[145]。

判例法においては、一方の当事者が履行した契約の譲渡について、一貫した方向性が定まっているわけではない。

一九七五年まで、最高破毀院の判例は限定論に従っていた[146]。一九八〇年に、限定論から離れ、一方の当事者が履行した契約の譲渡の有効性を認めた[147]。しかし、一九九〇年代には、限定論に従う判決と契約譲渡の有効性を認める判決の両方が相次いで出される。例えば、一九九三年の判決[148]において、次の理由が挙げられている。

「双務契約において、一方の当事者の給付が履行された場合、譲渡は債権および債務に関わる全体的な地位を対象とすることはできない、という指摘は当然である。譲渡の対象は、債権者たる当事者の地位にある場合、債権譲渡の制度であり、債務者たる当事者の地位にある場合、債務引受の制度であるに過ぎない。同じく、使用貸借に関する判決において、最高破毀院は片務契約であるため、契約譲渡ではなく、債権譲渡の第一二六〇条の条文を適用すべきであると判断した[149]。」

㈤ 移転的効果の契約の譲渡

一方の当事者から履行された契約の譲渡に関する議論は、所有権を移転させる諾成契約の場合にも存在する。イタリアにおいては、売買契約の成立の効果は、即時の所有権の移転である。よって、売買契約の譲渡の場合、

必然的に一部の義務、つまり所有権の移転は、すでに履行されている。この場合、いかにしてその契約を移転させるのか、学説においても判例法においても解説は分かれ、民法典の導入以降、解釈が発展してきた。

もともとの通説では、契約の目的物に対する所有権は承諾で移転するため、かかる契約の譲渡は不可能であるとされた[150]。目的物に対する所有権が移転した場合、対価を払う義務しか残存しないため、それを移転させるために債権譲渡または債務引受の制度を利用するべきである。

しかし、一方の当事者が履行した契約譲渡の法理と同様の展開が見られた。まず、譲渡人が目的物を再び譲受人に売買するといった取引の効果と契約譲渡の効果との相違点が指摘された。つまり、再売買の場合には、譲受人たる買主は譲渡人たる売主のみに対して訴権を提起できるが、契約譲渡の場合には、取引は三人の当事者を巻き込み、契約譲渡に基づいた抗弁の場合には譲渡人に対して、目的物に関わる抗弁の場合には被譲渡人に対して、訴権を有する。そのため、目的物の所有権は移転したにもかかわらず、当事者は契約譲渡を利用することで、債権譲渡または債務引受と別の取引を締結する。よって、契約譲渡は、この場合においても実務上の必要性に対応すると指摘された[151]。

最高破毀院の判例は明確な態度をとっていない。下級審の裁判例においては、限定論に従うものが多い[152]。

㈥ Intuitu personaeの契約譲渡

Intuitu personae（「人的要素の考慮」ともいう）[153]の契約の場合にも、学説は完全な否定論ないし限定論から、より緩和した解釈を通じて、発展した。目下、通説は人的要素の考慮契約の譲渡可能性を認めている。

確かに、一見すると、限定論は合理的である。人的要素の考慮契約は、当事者独自の特徴で締結されているため、当事者が交替することは、他の当事者の意思に反するという推測は当然である。しかし、民法典の関連条文

には人的要素の考慮契約には言及はなく、またどのような契約が人的要素の考慮契約であるかについて、それを識別する基準もない。一九五〇年に、Carresi は、「原則的に、当事者に独自の特徴のため締結され、当事者が死亡した場合履行不能との理由で解消する契約は、譲渡できない契約である」と主張した。[154]

この説は、現在では少数説である。契約譲渡において、当事者の同意が要件であるため、当事者自身が自己の判断で当事者を交替することは許される。全面的で、包括的な譲渡禁止の規則は、誰の利益を保護しているのか、明らかではない。判例法においても、上記の法理は採用されている。[155]

㈦ 仲裁条項と契約譲渡

仲裁条項とは、契約に関して将来的に当事者間で紛争が生じた場合、当事者が当該争訟を国の裁判所ではなく、仲裁機関に提出する義務を定めた条項である。全ての契約において、当事者は仲裁条項を設けることができる。

学説においては、契約譲渡の帰結として、仲裁条項（clausola compromissoria）も譲渡されることになるかが議論された。[156] 一体説が優勢になり、譲渡人の全体的な契約上の地位は譲渡されるという解釈が通説になってからは、当然、仲裁条項も譲受人に移転されなければならないと理解された。つまり、譲受人は仲裁条項を尊重すべきであり、また、譲受人と被譲渡人の間で紛争が生じた場合、譲受人は仲裁条項を使用することができる。

四　方　式

㈠ 第一四〇七条の条文

民法典第一四〇七条の見出しは、「方式」である。条文は、次の通りである。

「第一四〇七条（方式）当事者の一方が予め他の当事者の契約から生ずる法律関係に自己に代わって第三者を交替させることに同意していた場合には、その交替は交替の通知を受けまたは交替を承認した時から彼に対する関係においては有効である。契約のすべての要素が指図約款またはこれに準ずる約款の挿入されている文書に由来する場合にはその文書の裏書は裏書人の地位への被裏書人の交替を生ずる。」

その見出しにもかかわらず、上記の条文は契約譲渡の方式について、何ら規定していない。第一項における「予めの同意」、あるいは二項における「指図約款の裏書の効果」といった文言の方が契約譲渡の効果に関する規定である。

契約譲渡の方式は、学説において、その解釈を通じて、法体系の全般的原則の下に模索された。

(二) 方式の自由

当初、民法典の条文が不足ないし不明のため、学説の解釈として、方式の自由という制度的で基礎的原則に言及し、契約譲渡という行為も方式の自由原則に支配されると主張された。例えば、Andreoliによると、「法律には特定の方式的要件が存在しないため、契約譲渡という法律行為に対して、自由方式原則を適用すると解すべきである」[157]。続けて、「当法律行為の解釈を容易にすることおよび法的関係の確実性のため、実際には、直感的な考慮として、書面作成による契約譲渡を勧める」[158]との現実的な主張をした。しかし、実定法の観点から、実務に関わる考慮は契約の自由原則の優越性に左右されない。

また、方式自由の原則を支持するため、行為の方式を規定する民法典第一三五〇条[159]の解釈は、制限的で縮小される傾向があるというのが通説であったため、第一三五〇条に記載されていない契約譲渡は、口頭方式でも有効

に契約を譲渡することが可能であると指摘された。[160]

この解釈が主張されたことの理由としては、契約譲渡は比較的新しい制度であるため、それに関する学説の考察は未熟であり、法体系の一般原則に依拠することが当然ないし必然的であると解されたことがあげられる。[161] また、当初は、契約譲渡といった制度は主に証券および特定の事例にしか適用されないと予想されており、現代のような契約譲渡の一般化および法理の幅広い適用は全く予想外の現象であった。[162]

方式自由の法理は、現在では少数説である。

㈢ 二次行為説

契約譲渡の方式自由の法理は最近の学説において批判されている。通説では、方式の自由原則は、「一次行為」と定義される法的関係を設立する行為に適用される。この原則について、民法典第一三五〇条の例外を除いて、議論の余地はない。しかし、契約譲渡は、法的関係を設立することではなく、既存の契約関係を変更させるという目的を有する行為であるため、「二次行為」として解されている。[163] 一次行為を変更する二次行為を行う場合、その方式は一次行為と同様の方式でなければならないと主張された。[164] その理由は、法律関係の設立のときに要件とされた方式は、その法律関係を変更する際にも同様の方式でなければ論理的ではない、というものである。また、一次行為と二次行為に同様の方式要件がなければ、当事者は方式要件の網をくぐることが可能となると強調された。[165]

判例の一部は、一九六〇年代から、契約を移転させる契約の方式は、譲渡された契約と同じでなければならないとの解釈も支持した。[166] 特定方式が必要とされていない限り、譲渡の要件である被譲渡人の同意は、口頭や暗黙によって表示されることも可能である。[167] しかし、判例法において契約譲渡の方式自由が依然として支持されるこ

とも多かったため、この問題についての判例上の示唆はない。[168]

最近の学説は、上記二次行為説といわゆる「対称性」原則を再び分析し、必然的に契約譲渡（厳密に言うと、契約を移転させる契約）の方式は一次行為を反映すべきではない、と主張している。[169] 従って、契約譲渡という行為は、変動的方式の行為であり、当事者の関係性と当事者間の取引によって、契約譲渡は特定の方式に従って行われるべきであり、譲渡のコーズが譲渡の方式を規定するということが主張された。[170] 例えば、株式会社の社員の間で締結する定款は契約であり、公正証書によって作成しなければならない。株式の譲渡は、社員の法律上の地位の移転であるため、しばしば契約の譲渡と同一視された。しかし、上記「対称性」、つまり一次行為の方式は二次行為にも適用すべきであるという原則に従うなら、あらゆる株式の譲渡は公証人が作成した公正証書によって譲渡されなければならないことになる。しかし、この結果は明らかに不合理である。従って、上記「対称性」原則を、必ずしも、あらゆる譲渡において尊重することはできない。

よって、譲渡された契約に対して、書面による方式が要件ではない場合でも、譲渡のコーズが書面または公正証書を要件とする場合、その方式を尊重しなければ譲渡は無効である。例えば、譲渡が実質的に贈与であった場合、一次行為に対して書面方式が要件ではなくても、公正証書で行わなければ無効である。[171]

要するに、契約譲渡における方式の原則は、一定の方式ではなく、方式の多様原則が最も相応しいというのが、最近の学説では主流である。

㈣ 当事者間の効果

1 譲渡人と被譲渡人の関係（第一四〇八条）

「第一四〇八条（被譲渡人および譲渡人たる契約者間の関係）譲渡人は交替が被譲渡人に対する関係において有効となった時から被譲渡人たる契約者に対しその債務関係から解放される。

しかし被譲渡人たる契約者は、譲渡人を解放しない旨を表示した場合には、譲受人がその負担した債務関係を履行しないときは譲渡人に対し提訴することができる。

前項に規定されている場合には、被譲渡人たる契約者は、譲受人の不履行が確実となった日から一五日以内にその不履行を譲渡人に通知することを要し、通知しない場合には損害賠償の責に任ずる。」

民法典の条文は、契約譲渡の効果は、原則的に被譲渡人に対して譲渡人を債務関係から解放することを明確に規定する。

これは、契約譲渡の通常の効果である。つまり、当事者間に他の合意がなければ、譲渡人は被譲渡人に対して、契約譲渡が有効となったときから、解放される。契約譲渡が有効となる時点は、被譲渡人が同意したとき、または、第一四〇七条の条文を参照すると、被譲渡人の譲渡に対して予めの同意があった場合は被譲渡人に契約譲渡が通知されたときである。上記効果は、契約譲渡を第一二七二条（参加（espromissione））[172]と第一二七三条（債務引受（accollo））[173]から識別する特徴である。参加と債務引受の場合には、債権者の明確な表示がなければ債務者は解放されない。また、債務引受の場合、取引において明確な条項がなければ、債務者は解放されない。つまり、参加と債務引受の任意規定は連帯責任であり、契約譲渡の任意規定は、譲渡人たる債務者の解放である。[174]

譲渡人の解放は、契約譲渡の一体説の論理的な帰結である。三人の当事者の同意があるため、譲渡人を解放し

ない理由はない。通常、契約譲渡の重要な目的は、譲渡人をかかる取引から離脱させ、全ての法的関係を断って、完全に解放することであるため、この結果を妨げることは三人の当事者の利益に反するに違いない。よって、契約譲渡の通常の効果としては、譲渡人が設定した保証も消滅する。但し、譲渡された契約が継続的契約である場合、解放および保証の消滅は、譲渡の成立以降の給付のみを対象とし、譲渡以前にかかる給付に対して、譲渡人の責任は消滅しない。また、被譲渡人も譲渡人に対して、譲渡の成立以前の給付について、責任を負う。[175] つまり、継続的契約の場合、譲渡人の解放と保証の消滅は、遡及効果（ex tunc）を及ぼさず、全ての効果は契約譲渡の締結から（ex nunc）発生する。もちろん、三人の当事者間で同意があれば、遡及効果の解放および保証の消滅も可能である。

第一四〇八条二項は、被譲渡人が譲渡人を免責しない場合について規定している。条文によれば、譲受人の不履行の場合、被譲渡人は譲渡人に対して提訴することができる。つまり譲渡人の責任は、連帯責任ではなく、譲受人の不履行の場合にのみ発生する。よって、譲受人は譲渡人に対して直接給付の履行を請求できず、まず被譲渡人に対して給付の請求をしなければならない。[176]

被譲渡人は、同時に譲渡人または譲受人に対して提訴できる、という連帯責任の仮定は、一方の当事者の地位を移転させて、その当事者をできる限り契約関係から断つ、という契約譲渡の根本的な目的と矛盾する。[177] しかし、最高破毀院の判例は、この場合は連帯責任の法理を適用する場合が多い。[178] また、譲受人の不履行の場合、被譲渡人は譲渡人に対して提訴せず、譲受人に対して通常の強制執行または契約の解除（民法典第一四五三条）を請求することができる。

非免責的譲渡の場合、第一四〇八条三項によると、譲受人の不履行があった場合、一五日間以内に被譲渡人は譲渡人に通知する義務がある。この義務は、譲渡人の責任が復活することに関連する。通知されなかった場合、

被譲渡人は譲渡人に対して損害賠償を払う可能性もある。この条文は、厳密には不要であると主張されている。[179] 契約の自由の原則の下で、三人の当事者は非免責的譲渡を締結することができる。しかし、この条文がなければ、非免責的契約譲渡は、契約譲渡の概念に当てはまらず、単に債権譲渡と債務引受の合併にすぎない、との説も考えられるだろう。明確な非免責的譲渡の条文の存在によって、非免責的譲渡も典型的契約譲渡の制度の一つの形であることが理解されうるという意義をもつ。

2　被譲渡人と譲受人の関係（第一四〇九条）

「第一四〇九条（被譲渡人と譲受人たる契約者間の関係）被譲渡人たる契約者はその契約から生ずる一切の抗弁を譲受人に対抗することができるが、譲渡人とのその他の関係に基づく抗弁は対抗し得ない。但し、交替に同意した時にその明らかな留保がなされた時はこの限りでない。」

契約譲渡が正式に成立すると、通常、譲渡人は取引と無関係になり、契約の効果は被譲渡人と譲受人の間にのみ発生する。従って、被譲渡人は譲渡人に給付の履行をしてはならない。譲渡人を解放しないという表示がなかった場合、被譲渡人は譲渡人に給付の履行を請求してはならない。

当条文は、被譲渡人が譲受人に契約から生じる全ての抗弁をすることができるが、他の関係に基づいた抗弁はできないことを規定する。しかし、「他の関係」という文言が不明であるため、具体的にどの抗弁ができないか、学説の中で議論されてきた。また、譲受人が被譲渡人にできる抗弁についても、何ら規定はない。[180]

譲渡された契約に対して譲受人が履行しない場合、被譲渡人は、譲受人に対して、次の選択肢を選ぶことができる。[181]

1．まず、不履行の抗弁（同時履行の抗弁）をすることができる（民法典第一四六〇条）。この場合、契約は解除

されていないが、その履行は一時的に停止される。この抗弁は、明らかに、双務契約の場合にのみすることができる。

2．被譲渡人は履行、または契約の解除を請求することができる（民法典第一四五三条）。

3．書面により、相当の期間内に履行を催告し、当期間が過ぎれば、契約は何らの手続きを要せず解除される（民法典第一四五四条）。

4．譲渡された契約に明示的解除約款が記載されている場合で、被譲渡人はその約款を利用できる場合、かかる解除を主張する（民法典第一四五六条）。

5．譲受人による如何なる請求に対しても（例えば、損害賠償を請求した場合）、責任を免除または制限する条項を通じて、譲受人の請求を阻む。また、違約金の上限を主張する。

6．契約の無効（民法典第一四一八条）または取消し（民法典第一四四一条）の抗弁をする。

さらに、契約譲渡が成立した際、明らかな留保がされた場合、被譲渡人は譲受人に対して、譲渡人との他の関係に基づいた抗弁ができる。例えば、留保に対して合意があった場合、被譲渡人は譲受人に対して、譲渡された契約に関する債務と譲渡人に対する別個の債権との相殺を抗弁することができる。[182]

以上は、契約譲渡という取引の三者の構成を強調しており、被譲渡人の地位は他の当事者と平等であり、抗弁することもできる。被譲渡人の役割は単なる参加にとどまらず、取引のまさに当事者であることは明らかである。[183]通常、契約譲渡という取引を推進するのは、譲渡人あるいは譲受人である。被譲渡人は、取引が確実になってからは、その譲渡について関心を持つケースは少ない。よって、条文において、譲受人に対する被譲渡人の抗弁は明瞭に規定されているが、逆に被譲渡人に対する譲受人の抗弁についての条文はない。しかし、契約譲渡の構造と通常の効果に鑑みるなら、譲受人が被譲渡人に対して譲渡人と同様の抗弁ができることについては、疑う余地

がない。この抗弁ができなければ、契約譲渡の効果として、被譲渡人から譲受人への契約上の地位の移転は完成しない。つまり、譲受人は譲渡人の全ての権利ないし権限をもち、抗弁ができる。

学説において、譲渡人は被譲渡人に対して、譲受人と譲渡人の関係に基づいた抗弁をすることができるのかという問題が論じられてきた。つまり、譲渡人の権利と権限は、類推的解釈で譲受人にも適用できるのか、という問題である。すでに論じたように、留保した被譲渡人が譲受人に対して抗弁できる権利は、被譲渡人の契約上の地位を悪化させないため、法律によって保護されている。逆に、譲受人は、元の契約の当事者ではないため、契約上の地位が悪化するとは言えず、保護に値する権利はないため、被譲渡人に有利な第一四〇九条但書は、譲受人に適用することは相応しくないと指摘された。(184)

さらに、イタリア民法典において、譲受人と被譲渡人の間で、譲渡人と譲受人との関係に基づいた抗弁の可能性についての条文はない。この問題について、譲渡をする取引と別個の関係に基づいた抗弁を、被譲渡人はすることができない。理由としては、まず第一四〇九条にその抗弁についての言及はなく、さらに被譲渡人は譲渡人と譲受人との別個の関係に対して当事者ではないため、その関係に基づいた権利を享受することはできない。(185) 譲受人も、被譲渡人に対して、譲渡人と譲受人との関係に基づいた抗弁をすることができない。

一方、契約譲渡の効果を生じさせる契約に関する抗弁は、三人の当事者の契約であるため、被譲渡人を含めて全ての当事者は抗弁することができる。(186)

3　譲渡人と譲受人の関係（第一四一〇条）

「第一四一〇条（譲渡人と譲受人間の関係）譲渡人は契約の有効性を担保する責に任ずる。

譲渡人が契約の履行の担保を負担した場合には、彼は被譲渡人たる契約者の債務関係につき保証人として責任を負

う。」

第一四一〇条一項は、通常の場合の譲渡人の責任について規定する。つまり、譲渡人は、契約の履行を保証しない限り、譲渡される契約の有効性を保証しなければならない。ただし、譲渡人と譲受人間に別の同意があった場合、譲渡人が何ら保証しないということもあり得る、と指摘された[187]。当該条文は非常にシンプルであり、補足する必要があるため、通説は債権譲渡を規定する民法典第一二六六条[188]を参照して解説する。通常、二つの相違点が指摘される。

まず、第一二六六条によると、債権の譲渡人は「債権の存在」を保証する責任を負う。しかし、第一四一〇条では「契約の有効性」を保証する責任を負うとされている。学説において、存在しないこと（inesistenza）と無効の相違が論じられてきた。この場合の債権譲渡の保証は、最低限の債権の存在であるが、契約譲渡の場合、契約の存在だけでなく、その契約の有効性についても譲渡人が保証する義務がある。つまり、契約譲渡の保証責任の方が広範なのである[189]。

いったん契約を移転させる取引が成立すると、譲渡される契約が無効ないし存在しない場合であっても、譲渡人は譲り受け人に対して責任を負わなければならない。たとえ譲渡人の信義に従って誠実に譲渡されたとしても、責任を負う。譲渡された契約が存在しない、あるいは無効の場合に譲渡人が譲受人に賠償する義務を負う損害は、単に費用とビジネスチャンスの損失（interesse contrattuale negativo）などではなく、取引が成立し、完成した場合の利益であり、それを補償する義務を負う[190]。

以上を理由として、無効契約の譲渡自体は、無効ではないと推定される。譲受人が譲渡に基づいた訴権（損害賠償および解除）を利用するためには、その契約が有効でなければならず、無効の場合はその権利を主張するこ

とができない。ただし、譲受人は、譲渡された契約の無効を知っていた場合、通説によると第一四一〇条による賠償を主張できない。[191]

譲渡された契約が、善良の風俗に反する場合、民法典第二〇三五条により、支払ったものまたは履行した給付を取戻すことはできない。善良の風俗の違反は、履行する当事者および履行を受ける当事者に共通でなければ、上記条文は適用されない。また、法律違反の場合、譲渡された契約は無効で、払戻しが可能である。[192]

五　小　括

一九四二年にイタリア民法は契約譲渡規定を制定する。それに先立ち、一九世紀末―二〇世紀前半にかけて、最高峰の水準を誇り、それゆえの権威から世界中から高く評価されていたドイツ学説は、債権譲渡と債務引受のそれぞれの法理を出発点とした、契約の一方当事者の地位を包括的に第三者に移転する方法を考案した。それは契約譲渡を「分解した」法理の下に理解する方法だったが、これを一体として把握する学説が一九二〇年代に入って現れ、他国の学説に普及していった。こうして一九四二年に民法典の全体的改正を図って、最新の法理を導入しようとしたイタリアの立法者は、契約譲渡の条文を民法典に記載し得たのである。

イタリア民法典の編纂に際して、立法者の果たした役割はいうまでもなく重要であったが、本稿の対象としてきた契約譲渡規定については、その立法に先立ち、学説および実務家の果たした役割は決定的であったといえよう。契約譲渡の法理は、まず取引社会の必要性に呼応して、実務家の着眼するところとなり、用いられ始めた。その後、学説による「契約譲渡」法理の理論的整序が施されて、最終の段階だけ、すなわち法典編纂に至って漸く立法者の介入を見たに過ぎない。法の継受は決して一斉にではなく、漸次的に生起する現象であることを示す

事例といえよう。

なお、法の継受現象は複雑な文化的要因を随伴しつつ進行するものだが、イタリア民法典が法史上初めて契約譲渡法理を実定的に規定した事実については、そこにイタリア固有の法価値・法観念が深く関連していた事情を見とめることはできないことを最後に記しておこう。取引実務の慣行の発展と法実務のニーズが増加し、学説による高度な法技術的、法理論的概念化を経て、民法典の全面改正は可能となったのである。イタリアにおける契約譲渡規定の登場もまた、そのような理路を経たものとして理解し得よう。

（1）日本においても、特に二〇〇〇年以降、野澤正充氏の研究によって周知の法理となっている（『契約譲渡の研究』弘文堂、二〇〇二年）。本稿は契約譲渡規定の嚆矢とされる一九四二年のイタリア民法典上に、どのような経過をたどり同規定が実現したのかを学説史的に厳密に再現することを通して、日本民法学への将来的示唆を得るための基礎研究として提示するものである。

（2）日本の司法省は一八八二年にイタリア旧民法を、司法省蔵版『伊太利王国民法』の名の下に全訳している。当該条文の和訳は以下の通りである。「賃借者ハ若シ制約ノ存在スル有ルニ非サレハ則チ其賃貸物件ヲ複賃貸ニ付シ若クハ其契約ニ関スル権理ヲ他人ニ譲典スルヿヲ得可キノ権理ヲ有ス此権理ハ全部若クハ其一部ニ向テ制禁ヲ立定スルヿヲ得可シ然レトモ此制禁ハ特別ナル契約ヲ以テスル有ルニ非サレハ則チ存在セサル者トス。」。

（3）「若シ賃貸者カ賃貸物件ヲ賈付セルヿ有レハ則チ賃借者ハ公式證書若クハ正實ナル記日ヲ有スル私式證書ニ依拠シテ以テ其賃借契約ノ實ニ其賣賈ヲ爲スヨリ以前ニ之ヲ締結シタルヿヲ證明シ得ルニ於テハ則チ其賃借ヲ保續スルヿヲ得可シ但賃貸者カ賣賈ヲ爲スノ時會ニ於テハ其賃貸ヲ解止スルヿヲ豫約セル有ル如キハ此例外ニ屬」、前掲司法省蔵版『伊太利王国民法』より引用。

（4）Antonio Albanese, *Della cessione del contratto - Commentario del codice civile Scialoja-Branca* (*art. 1406-1410*), Bologna, 2008, p. 112.

Antonio Albanese（1970-　）は、ボローニャ大学教授。民法学者、弁護士。

（5） Albanese, *supra* n. 4, p. 113.

（6） Albanese, *supra* n. 4, p. 114.

（7） Salvatore Puleo, *La cessione del contratto*, Milano, 1939, p. 29.

Salvatore Puleo（1908-1988?）は、パレルモ大学教授。民法学者。契約譲渡および形成権（*I diritti potestativi*, Milano, 1959）は研究の主なテーマであった。

（8） Bernardo Windscheid（trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa）, *Diritto delle pandette*, Torino, 1925-26. 第二二九～二二七号は債権の譲渡、第二二八～二四〇号は債務引受に関して論じられている。

（9） Heinrich Siber, “Die Shuldrechtliche Vertragsfreiheit”, *Jheirngs Jahrbucher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. 2.Folge*, 70（1920）, p. 254.

（10） Rudolf Stammler, *Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren : Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich*, Berlin, 1897, p. 185.

（11） Otto von Gierke, *Deutsches Privatrecht, III*, Leipzig 1917, p. 185.

（12） Carl Crome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts, II*, Tübingen, 1902, p. 324.

（13） Ludwig von Enneccerus, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II - Recht der Schuldverhältnisse*, Marburg 1932, p. 317.

（14） ドイツ学説について、Marcello Andreoli, *La cessione del contratto*, Padova, 1951, p. 26 n. 2; Puleo, *supra* n. 7, p. 29; Albanese, *supra* n. 4, p. 112.

（15） Puleo, *supra* n. 7, p. 31.

（16） Puleo, *supra* n. 7, p. 32.

（17） Puleo, *supra* n. 7, p. 32.

（18） Puleo, *supra* n. 7, p. 33.

（19） Albanese, *supra* n. 4, p. 114; Puleo, *supra* n. 7, p. 34.

(20) Enrico Redenti, *Dei contratti nella pratica commerciale*, Padova, 1931, p. 149.
Enrico Redenti（1883-1963）は、ボローニャ大学教授。民事訴訟法学者。一九三〇年代から、現行民事訴訟法典の作成に貢献した。
(21) Enrico Finzi, "La riassicurazione e la cessione del portafoglio（A proposito di recenti sentenze）", *Rivista di diritto commerciale*（1932）, p. 656.
Enrico Finzi（1884-1973）は、フィレンツェ大学教授。民法学者、弁護士。
(22) Enrico Finzi, "Verso un nuovo diritto del commercio", *Archivio di studi corporativi*（1933）, p. 203.
(23) Finzi（1932）, *supra* n. 21, p. 661.
(24) Finzi（1932）, *supra* n. 21, p. 662.
(25) Finzi（1932）, *supra* n. 21, p. 662.
(26) Finzi（1932）, *supra* n. 21, p. 662.
(27) Giovanni Fontana, "Cessione di contratto", *Rivista di diritto commerciale*, 1934, p. 184.
(28) "… la cessione di contratto può senz'altro definirsi come *un negozio giuridico complesso, risultante da una cessione di crediti e un accollo di debito, che*（…）*mette un terzo*（*cessionario*）*nella stessa posizione giuridica in cui si trovava uno dei contraenti*（*cedente*）"（契約譲渡は、債権譲渡と債務引受による複雑な法律行為として定義できる（……）それは、第三者（譲受人）を、一方の当事者（譲渡人）があったと同一の法上地位に置く法律行為である。）Fontana, *supra* n. 27, p. 205.
(29) Fontana, *supra* n. 27, p. 185.
(30) "Non esiste nel nostro ordinamento un negozio unitario che importi la trasmissione integrale（cessione）di contratto bilaterale ineseguito, la trasmissione, cioè, da parte del compratore, del credito rispetto alla merce e del debito rispetto al prezzo, congiuntamente. A questo risultato è possibile pervenire, però, scomponendo il negozio nei suoi elementi corrispettivi di credito e di debito, applicando al primo l'istituto della cessione normale ed al secondo quello dell'accollo". Cassazione, 1938/7/13, n. 79, in *Giurisprudenza Italiana*, Repertorio 1939, *Obbligazioni e*

contratti, 79.

（31） Albanese, *supra* n. 4, p. 114.

（32） Lorenzo Mossa, “Vendita di contratto（Nota a Cass Civ. 21.1.1928）”, *Rivista di diritto commerciale*（1928）p. 633.

Lorenzo Mossa（1886-1957）は、ピサ大学教授。商法学者。主に証券および会社法の原論を分析した。

（33） Mossa, *supra* n. 32, p. 638.

（34） Mossa, *supra* n. 32, p. 633.

（35） Mossa, *supra* n. 32, p. 637.

（36） Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts IX*, Frankfurt am Main, 1906, § 338.

（37） Stammler, *supra* n. 10, p. 185.

（38） Enneccerus, *supra* n. 13, p. 243.

（39） Heinrich Demelius, “Vertragübernahme”, *Jheirngs Jahrbucher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. 2.Folge*, 72（1922）, p. 241.

（40） Andreas von Tuhr, *Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, I, Leipzig, 1910, p. 131, 220; Andreas von Tuhr, *Der allgemeine Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Zurich, 1925, § 94.

（41） Mossa, *supra* n. 32, p. 638.

（42） Charles Aubry, Charles Rau, *Cours de droit civil français d’après la méthode de Zachariæ V ed.*, Paris, 1922, p. 5, 221.

（43） Mossa, *supra* n. 32, p. 639.

（44） 例えば、Marcello Andreoli, *supra* n. 14, p. 31.

（45） Maria Luisa Carlino et al.（a cura di）, *Dizionario biografico dei giuristi italiani,*（*XII-XX secolo*）– *Diretto da Italo Birocchi et al.*, Bologna, 2013, p. 956.

（46） Pietro Gasparri, *La cessione dei contratti*（*Contributo alla teoria della trasmissione delle obbligazioni*）, Livorno,

1935.

Pietro Gasparri（1910-1970）は、ピサ大学で、Mossa の下で商法を専攻し、卒業。その後、行政法学者として、ペルージャ大学教授。

（47） Gasparri, *supra* n. 46, p. 9.

（48） 分解説に基づいた債権譲渡および債務引受に際して、債権が譲渡を通じて譲渡人から譲受人に移転し、本来のコーズなどには変更はない。他方、債務引受は更改に基づいているため、そのコーズは変更する。したがって、債権と債務の間ミスマッチが発生し、契約が無効であった場合、譲受人が非譲渡人に対して主張できる対抗はなくなる、と Gasparri は指摘する。Gasparri, *supra* n. 46, p. 50.

（49） Gasparri, *supra* n. 46, p. 53.

（50） Rosario Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936.

Rosario Nicolò（1910-1988）は、ローマ大学教授。民法学者。現行民法典の主要な編集者。著名な民事弁護士。

（51） Rosario Nicolò, *supra* n. 50, p. 291.

（52） Nicolò, *supra* n. 50, p. 292.

（53） Nicolò, *supra* n. 50, p. 300.

（54） "La cessione del contratto, come figura autonoma, non è sostanzialmente che la rinnovazione di una dichiarazione negoziale, ossia una *renovatio contractus*", Nicolò, *supra* n. 50, p. 300.

（55） "La costruzione in esame è stata unanimemente respinta". Albanese, *supra* n. 4, p. 119.

（56） Nicolò, *supra* n. 50, p. 294.

（57） Nicolò, *supra* n. 50, p. 301.

（58） つまり、更新説は採用されなくても、分解説を対象とした批判が分解説の衰退に貢献した。Albanese, *supra* n. 4, p. 120-21.

（59） Salvatore Puleo, *supra* n. 7.

（60） "Con l'espressione *cessione di contratto* si suole indicare la convenzione in virtù della quale si trasferisce da

uno dei contraenti ad un terzo il complesso dei rapporti giuridici posti in essere con un contratto". Puleo, *supra* n. 7, p. 9.

(61) Puleo, *supra* n. 7, p. 10.

(62) Redenti, *supra* n. 20, p. 149.

(63) Puleo, *supra* n. 7, p. 24.

(64) Nicolò, *supra* n. 50, p. 26.

(65) Siber は、初期の業績において、少なくとも一九一四年まで、Planck の Kommentar において、分解説の支持者であった。しかし、後にその意見を変えて、一九二二年の Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit に一体説を支持した。Puleo, *supra* n. 7, p. 30 n. 26; *ibid.*, p. 37.

(66) Puleo, *supra* n. 7, p. 29.

(67) Puleo, *supra* n. 7, p. 44.

(68) Puleo, *supra* n. 7, p. 44-47.

(69) Puleo, *supra* n. 7, p. 69.

(70) Puleo, *supra* n. 7, p. 70.

(71) Puleo, *supra* n. 7, p. 71.

(72) Puleo, *supra* n. 7, p. 72.

(73) Puleo, *supra* n. 7, p. 75.

(74) Puleo, *supra* n. 7, p. 79.

(75) Puleo, *supra* n. 7, p. 79.

(76) Puleo, *supra* n. 7, p. 80.

(77) Puleo, *supra* n. 7, p. 82.

(78) Puleo, *supra* n. 7, p. 119.

(79) Puleo, *supra* n. 7, p. 101.

(80) Puleo, *supra* n. 7, p. 105.
(81) Puleo, *supra* n. 7, p. 106.
(82) Puleo, *supra* n. 7, p. 107. この事例は、既に一九三二年にMossaの論文に分析された。Mossa, *supra* n. 32, p. 668.
(83) Puleo, *supra* n. 7, p. 110.
(84) Francesco Ferrara Jr., "Per una disciplina legislativa della cessione del contratto", *Rivista di diritto privato*, 1941-II, p. 108.
Francesco Ferrara Jr.（1908-1974）は、フィレンツェ大学教授。商法学者、弁護士。
(85) Ferrara Jr. の条文作成への貢献について、以下第六章二巻を参照。
(86) Gaetano Pandolfelli, Gaetano Scarpello, Mario Stella Richter, Giovanni Dallari, *Codice civile, Libro delle obbligazioni. Illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione e transitorie*, Milano, 1942, p. 217.
(87) Pandolfelli et al., *supra* n. 86, p. 217.
(88) Pandolfelli et al., *supra* n. 86, p. 217.
(89) 最新の民法典編纂過程史を分析した文献を参照しても、契約譲渡に関する言及は少なく、その導入に貢献した者は記載ないし特定されていない。Nicola Rondinone, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003.
(90) Puleo, *supra* n. 7, p. 73-82.
(91) Ferrara Jr., *supra* n. 84, p. 114.
(92) 本論文で言及するイタリア現行民法典の条文の和訳は全て、原則として、風間鶴寿『イタリア民法典：全訳：民法・商法・労働法（追補版）』（法律文化社、一九七七年）に従った。
(93) Alberto Maria Benedetti, *La cessione del contratto*, Milano, 1998, p. 7.
(94) Salvatore Pugliatti, Angelo Falzea, *I fatti giuridici*, Messina, 1945, p. 28; Messineo, *Dottrina generale del contratto*（*III ed.*）, Milano, 1948, p. 420; Franco Carresi, *La cessione del contratto*, Milano 1950, p. 44.
Angelo Falzea（1914-2016）は、メッシーナ大学教授。民法学者、法学の原論にも重要な貢献した。
Salvatore Pugliatti（1903-1976）は、メッシーナ大学教授。二〇世紀の代表的法学者。主に私法学者として活躍し

た。メッシーナ大学で二〇年間法学部長、また二〇年間大学総長として務めた。

Francesco Messineo（1886-1974）は、ミラノ大学教授。民法および商法学者。有名な教科書の著者。

Franco Carresi（1912-1994）は、フィレンツェ大学教授。契約法を主に分析した民法学者。

（95） 現行民法典以前、Puleo, *supra* n. 7, p. 9; Ferrara Jr., *supra* n. 84, p. 108. 現行民法典の施行後、Marcello Andreoli, *supra* n. 14, p. 3; Cesare Massimo Bianca, *Il contratto*, Milano, 1984, p. 678.

（96） イタリアにおいて、最初に「契約上の法的地位」という表現を使った学者は、Rosario Nicolò, *supra* n. 50, p. 292. 現行民法典の施行後、Paolo Clarizia, *La cessione del contratto*, Napoli, 1946, p. 17; Giuseppe Mirabelli, *Commentario del Codice civile: Dei contratti in generale*, Torino, 1980, p. 420.

（97） Raffaele Cicala, *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962, p. 57.

Raffaele Cicala（1925-1995）は、ナポリ大学教授。民法教授。

（98） Renato Clarizia, *La cessione del contratto - Il codice civile: Commentario Schlesinger - Diretto da Francesco Donato Busnelli*, Milano, 2005, p. 5.

（99） Renato Clarizia, *supra* n. 98, p. 5.

（100） “Con l’espressione *cessione di contratto* si suole indicare la convenzione in virtù della quale si trasferisce da uno dei contraenti ad un terzo il complesso dei rapporti giuridici posti in essere con un contratto”. Puleo, *supra* n. 7, p. 9.

（101） “（...）attuare un fenomeno di circolazione che ha come sua caratteristica ti realizzare il trapasso non di singoli rapporti giuridici, ma del contratto stesso, val quanto dire dei rapporti giuridici che lo costituiscono, nel loro complesso e nel quale essi si trovano quando spettano ai soggetti in testa ai quali sono sorti”. Puleo, *supra* n. 7, p. 10.

（102） Benedetti, *supra* n. 93, p. 44.

（103） Cicala, *supra* n. 97, p. 246.

（104） Ugo Natoli, “Alcuni aspetti della cessione del contratto secondo il nuovo codice civile”, *Giurisprudenza*

completa Cassazione civile, 1946-II, p. 319, p. 324.

Ugo Natoli（1915-1992）は、ピサ大学教授。民法と憲法制度の調和の諸問題を分析した民法学および労働法学者。

(105) Natoli, *supra* n. 104, p. 324.

(106) Andreoli, *supra* n. 14, p. 39.

(107) Andreoli, *supra* n. 14, p. 41.

(108) Cassazione, 1955/2/21, n. 509, in *Giurisprudenza Italiana*, 1956, I, 1, 79; Cassazione, 1973/1/12, n. 55, in *Giustizia Civile*, 1973, I, 1223. Benedetti, *supra* n. 93, p. 47.

(109) Albanese, *supra* n. 4, p. 139-149.

(110) イタリアにおいて、コーズに関する議論は活発であった、参考文献は膨大である。最新の出発点として、Rodolfo Sacco, "Causa", in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione Civile Aggiornamento IX*, Torino, 2015, p. 37.

(111) Rodolfo Sacco, Giorgio De Nova, *Trattato di diritto civile: Il contratto*（*III ed., 2 voll.*）, Torino, 2004, vol. I, p. 777 e ss.

(112) 第一三二五条　要件の指示―契約の諸要件は次の通りである：一）当事者の合意；二）コーズ；三）目的；四）方式［……］

(113) Cicala, *supra* n. 97, p. 144.

(114) Cicala, *supra* n. 97, p. 145.

(115) Benedetti, *supra* n. 93, p. 94; Andreoli, *supra* n. 14, p. 29.

(116) Giovanni Criscuoli, "Il negozio di sostituzione e la cessione del contratto", *Giustizia Civile*, 1957-I, p. 1595, p. 1605.

(117) Francesco Messineo, *Il contratto in genere*, Milano, 1972, p. 23.

(118) Guido Alpa e Andrea Fusaro, "Cessione del contratto", in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione Civile vol. II*, Torino, 1988, p. 339.

(119) Alpa e Fusaro, *supra* n. 118, p. 339 e s.
(120) Albanese, *supra* n. 4, p. 199.
(121) Albanese, *supra* n. 4, p. 199.
(122) Albanese, *supra* n. 4, p. 200.
(123) Benedetti, *supra* n. 93, p. 100.
(124) Albanese, *supra* n. 4, p. 201.
(125) Alberto Lepri, *La forma della cessione del contratto*, Padova, 1993, p. 53-59.
(126) Benedetti, *supra* n. 93, p. 114; Renato Clarizia, *supra* n. 98, p. 19.
(127) Cass. Civ. 2.12.1980 n. 6295, *Massimario della Giurisprudenza Italiana*, 1980, p. 1504.
(128) Pandolfelli, *supra* n. 86, p. 217.
(129) Andreoli, *supra* n. 14, p. 5.
(130) Andreoli, *supra* n. 14, p. 5; Benedetti, *supra* n. 93, p. 116.
(131) Benedetti, *supra* n. 93, p. 117.
(132) Cass. Civ. 28.1.66 n. 330, *Giurisprudenza Italiana*, 1966-I, p. 1631; Benedetti, *supra* n. 93, p. 117.
(133) Carresi, *supra* n. 94, p. 47.
(134) Cicala, *supra* n. 97, p. 238, n. 13.
(135) Albanese, *supra* n. 4, p. 182; Benedetti, *supra* n. 93, p. 120.
(136) Benedetti, *supra* n. 93, p. 118.
(137) 代表的な Carresi, *supra* n. 94, p. 47.
(138) Gerardo Santini, "Cessione di contratto unilaterale o bilaterale eseguito Ex uno latere", in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli IV*, Milano, 1969, p. 1953.
Gerardo Santini（1924-1988）は、ボローニャ大学教授。商法学者、弁護士としても活躍した。
(139) 「譲渡人の権利や義務の統一した総体は双務契約の場合のみ譲渡することができるため、双務契約のみ譲渡する

ことが可能である。片務契約の場合、債権者または債務者の地位のみ譲渡することができる。」Pandolfelli et al., *supra* n. 86, p. 217.

(140) Santini, *supra* n. 138, p. 1958.

(141) Santini, *supra* n. 138, p. 1963.

(142) Santini, *supra* n. 138, p. 1963.

(143) Santini, *supra* n. 138, p. 1965.

(144) Puleo, *supra* n. 7, p. 76, n. 4.

(145) Benedetti, *supra* n. 93, p. 120.

(146) Cass. Civ. 29.10.1975, n. 3645, *Massimario della Giurisprudenza Italiana*, 1975, 1035; Benedetti, *supra* n. 93, p. 122.

(147) Cass. Civ. 23.4.1980, n. 2674, *Rivista del Notariato*, 1980, p. 1560; Benedetti, *supra* n. 93, p. 122.

(148) Cass. Civ. 20.11.1993, n. 11847; Benedetti, *supra* n. 93, p. 123.

(149) Cass. Civ. 18.12.1990, n. 11980, *Repertorio Generale Annuale – Giurisprudenza Italiana*, 1991, Obbligazioni e contratti, 271; Benedetti, *supra* n. 93, p. 123.

(150) Nicolò, *supra* n. 50, p. 1936, 21; Benedetti, *supra* n. 93, p. 124.

(151) Benedetti, *supra* n. 93, p. 127.

(152) Benedetti, *supra* n. 93, p. 129.

(153) 上井長久「フランス契約法における intuitus personae（人的要素の考慮）について—その意義と契約解消における機能について—」明治大学大学院法学研究論集一七号（二〇〇二年）七七—九五頁。

(154) Carresi, *supra* n. 94, p. 52.

(155) Benedetti, *supra* n. 93, p. 135; Albanese, *supra* n. 4, p. 180.

(156) Benedetti, *supra* n. 93, p. 127; Albanese, *supra* n. 4, p. 131-134.

(157) Andreoli, *supra* n. 14, p. 41.

(158) Andreoli, *supra* n. 14, p. 41.

(159) 「第一三五〇条（書面によってなされなければならない行為）次のものは公証書または私書証書によってなされなければならずそうでなければ無効である。一　不動産の所有権を移転する契約［……］一三　その他特に法律に定められた行為。」

(160) Messineo, *supra* n. 117, p. 14; Alberto Lepri, *La forma della cessione del contratto*, Padova, 1993, p. 14.

(161) Lepri, *supra* n. 160, p. 189.

(162) Lepri, *supra* n. 160, p. 214.

(163) Carresi, *supra* n. 94, p. 77.

(164) Lepri, *supra* n. 160, p. 27; Benedetti, *supra* n. 93, p. 142.

(165) Carresi, *supra* n. 94, p. 77.

(166) Benedetti, *supra* n. 93, p. 144.

(167) Benedetti, *supra* n. 93, p. 146.

(168) おそらく、イタリアの判例法の不一貫性という問題は、最高破毀院の非常に大きい事件数の帰結である。民事事件だけでも年間約三万件の判決を下すとしたら、その判決において矛盾、不一貫性が存在することは不可避である。

(169) Lepri, *supra* n. 160, p. 196.

(170) Lepri, *supra* n. 160, p. 216.

(171) Lepri, *supra* n. 160, p. 208.

(172) 「第一二七二条（参加）債務者の委託なくして、債権者に対しその債務を引受けた第三者は、債権者が明らかに本来の債務者を解放する旨を表示しない場合には、本来の債務者と連帯して債務を負担する。［…］」風間鶴寿『イタリア民法典：全訳：民法・商法・労働法（追補版）』（法律文化社、一九七七年）。

(173) 「第一二七三条（債務引受）債務者と第三者がこの後者が前者の債務を引受ける旨を合意した場合には、債権者はその合意を承認することができ、承認後は彼の利益のためその特約を撤回不能ならしめる。［…］」風間鶴寿『イタリア民法典：全訳：民法・商法・労働法（追補版）』（法律文化社、一九七七年）。

(174) Albanese, *supra* n. 4, p. 337.
(175) Albanese, *supra* n. 4, p. 339; Renato Clarizia, *supra* n. 98, p. 117.
(176) Renato Clarizia, *supra* n. 98, p. 118, p. 122.
(177) Albanese, *supra* n. 4, p. 344; Renato Clarizia, *supra* n. 98, p. 127.
(178) Albanese, *supra* n. 4, p. 344.
(179) Albanese, *supra* n. 4, p. 342.
(180) Renato Clarizia, *supra* n. 98, p. 133.
(181) Albanese, *supra* n. 4, p. 347.
(182) Andreoli, *supra* n. 14, p. 51.
(183) Albanese, *supra* n. 4, p. 349.
(184) Albanese, *supra* n. 4, p. 350.
(185) Albanese, *supra* n. 4, p. 351.
(186) Albanese, *supra* n. 4, p. 352, Benedetti, *supra* n. 93, p. 180.
(187) Benedetti, *supra* n. 93, p. 181.
(188) 第一二六六条（譲渡人の担保義務）譲渡が有償名義のものであるときは、譲渡人は譲渡時における債権の存在を担保しなければならない。その担保は約定によって排除することができるが、依然として譲渡人は自己の行為については常に義務づけられる。
　譲渡が無償名義のものである場合には、その負担は、法律が追奪担保につき贈与者の負担として課した場合のみ、あるいは制限内においてのみ義務づけられる。
(189) Albanese, *supra* n. 4, p. 354; Benedetti, *supra* n. 93, p. 181.
(190) Carresi, *supra* n. 94, p. 91; Albanese, *supra* n. 4, p. 359; Benedetti, *supra* n. 93, p. 191.
(191) Albanese, *supra* n. 4, p. 360.
(192) Albanese, *supra* n. 4, p. 368.