

Title	ボアソナードの指図論：わが国における指図(délégation)の継受
Sub Title	La théorie de la délégation de M. Boissonade
Author	隅谷, 史人(Sumitani, Fumito)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科
Publication year	2012
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.92, (2012. 3) ,p.297- 329
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20120315-0297">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20120315-0297</a>

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.

# ボアソナー下の指図論

——わが国における指図 (delegation) の継受——

隅 谷 史 人

- 一 はじめに
- 二 ボアソナー下の指図論
  - (一) 更改の種類としての指図規定
  - (二) 債務者の交替による更改における二つの区別
  - (三) 委任 (mandat) としての指図
  - (四) 承前——フランス民法典一二七七条不採用の意味
  - (五) 完全指図 (delegation parfaite) ・ 不完全指図 (delegation imparfaite)
    - (六) 完全指図における受取人の更改意思
    - (七) 承前——不完全指図における新旧債務者の義務
    - (八) 完全指図における指図人の資力担保義務
    - (九) 債権者の交替による更改
- 三 指図 (囑託) 規定の削除
  - (一) 梅謙次郎委員による指図規定の削除理由
  - (二) 修正案第五十一条 (現行民法第五一四条) の起草趣旨
  - (三) その後の学説
  - (四) わが国における指図理論の再発見
- 四 むすびに

## 一 はじめに

指図 (delegatio, delegation, Anweisung) は、ローマ法系の各国私法に採り入れられている独立の法的範疇であり、<sup>(1)</sup> 三者を介する種々の為替取引・決済手段に法的基礎を与えるものとして、<sup>(2)</sup> わが国においても特に金融法の観点から注目を集めていた。<sup>(3)</sup> また、三者間不当利得の問題として、<sup>(4)</sup> 振込やクレジット契約等の事後処理の側面から指図が論じられることもある。<sup>(4)</sup>

このような近年における指図への関心の高まりとは対照的に、わが法典を一瞥しても、かかる意味における指図規定は見当たらない。わが国の現行法においては民商法典ともに指図に関する規定が存在しないとされており、かつては学者の注意を惹くこともあまり多くはなかったのである。<sup>(5)</sup>

ところで、わが国の旧民法典 (明治二三年民法典) の人事編を除く部分の起草者が、フランス人のお雇い外国人であるギュスターヴ・ボアソナード (Gustave Emile Boissonade) であったことは周知のとおりである。彼の起草による旧民法財産編には、「囑託 (delegation)」という名の詳細な指図規定が置かれていたが、新民法典 (明治二九年の現行民法典) の誕生とともに姿を消した。<sup>(6)</sup> 本稿において、かかる旧民法典の指図規定を取り上げるに至った理由は次のとおりである。<sup>(7)</sup>

第一に、ボアソナードの構想した指図論は、条文の体裁から見ても、彼自身の注釈<sup>(8)</sup> を見ても、フランス法における指図 (delegation) を範としていることは容易に窺い知ることができるけれども、その一方で、彼の指図論には当時のフランス法の通説とは異なる考え方が見られる。第二に、フランス法における指図は、現在では独立の法的範疇として発展を遂げているが、ボアソナードの起草当時にまさにそのパラダイムシフトの過渡期であった。それゆえ、ボア

ソナーの指図論が、母法たるフランス法の学説史<sup>(9)</sup>のなかでどのように位置づけられ、どのような形でわが国に継受されたのか、そして、どのような経緯で旧民法典の指図規定が削除されたのかを明らかにしたい。

## 二 ボアソナーの指図論

### (一) 更改の種類としての指図規定

西欧法において、指図はかつて更改と混同されていたため、フランス法は指図を更改の節のなかに規定している。わが国の旧民法典もこれを踏襲し、指図（嘱託）規定を更改に関する規定のなかに置いている（旧民法財産編、第二部人権及ヒ義務、第三章義務ノ消滅、第二節更改）。それゆえ、ボアソナーの指図論を検討する際には、本稿に関係する限りで更改規定と対照させつつ見てゆく必要がある。旧民法典はフランス法と同様、更改の節のはじめに更改の種類について規定している。

旧民法財産編第四八九条<sup>(1)</sup>

「更改即チ舊義務ノ新義務ニ變更スルコトハ左ノ場合ニ於テ成ル

第一 當事者カ義務ノ新目的ヲ以テ舊目的ニ代フル合意ヲ爲ストキ

第二 當事者カ義務ノ目的ヲ變セスシテ其原因ヲ變スル合意ヲ爲ストキ

第三 新債務者カ舊債務者ニ替ハルトキ

第四 新債權者カ舊債權者ニ替ハルトキ」

ボアソナードによれば、更改 (novation) はその用語自体、ある債務が「新たな債務と交換される」ことを意味しているが、本条は、日本における用語の意味がフランスにおけるそれと異なる場合に配慮したものであるという。更改は、旧債務を消滅させる効果と、新債務を発生させる効果という二つの効果を同時に生み出す。

この二つの効果により、更改は有償行為 (acte onereux) の範疇に属する。当事者の一方が犠牲 (sacrifice) を払っているからである。債権者は旧債権を失うことによって新債権を取得し、債務者は旧債務から解放されることによって新債務に服する。この更改の性質は、片務かつ有償の合意という稀有な例のひとつである。また、更改は常に当事者の合意にもとづいておこなわれ、法定の更改は存在しない。<sup>(12)</sup>

一口に合意にもとづくといっても、合意の構成要素は多様である。すなわち、目的 (objet)、原因 (cause)<sup>(13)</sup>、そして二人の主体 (債権者および債務者) であり、これらの要素のうちのいずれかが変更される場合には更改が生じるのであるから、更改は変更される要素の種類にしたがい四つに分類される。もちろん、これらの要素のうちのいくつかが同時に変更される場合もある。<sup>(14)</sup> 指図に関係するのは、三番目の債務者の交替による更改と、四番目の債権者の交替による更改である。

## (二) 債務者の交替による更改における二つの区別

旧民法財産編第四九六条<sup>(15)</sup>

「債務者ノ交替ニ因リ更改ハ或ハ舊債務者ヨリ新債務者ニ爲セル囑託ニ因リ或ハ舊債務者ノ承諾ナクシテ新債務者ノ随意ノ干渉ニ因リテ行ハル

囑託ニハ完全ノモノ有リ不完全ノモノ有リ

第三者ノ随意ノ干渉ハ下ニ記載スル如ク除約又ハ補約ヲ成ス」

本条は債務者の交替による更改の一般規定である。ボアソナードによると、債務者の交替による更改は、大きな実務的利点があり、<sup>(16)</sup>これには二つの重要な区別がある。

第一の区別は、旧債務者の関与の有無である。多くの場合、旧債務者は、自己が債権者に対して負担している債務を新債務者に支払わせるために、新債務者を債権者に紹介する (présenter) 者である。このような場合、当該行為は委任 (mandat) あるいは委託 (commission) の観念をあらわす言葉である、指図 (délégation) と呼ばれ、各当事者について見れば、旧債務者は指図人 (déléguant)、新債務者は被指図人 (délégué)、債権者は受取人 (délégataire) と呼ばれる。

旧債務者の関与がない場合、すなわち、新債務者が、随意干渉 (intervention spontanée) によって自発的かつ旧債務者の委任なく、旧債務者の代わりに義務を負う場合、そこには除約 (exemption) が存在する。この場合、新債務者は旧債務者の事務管理者として行動することになり、<sup>(17)</sup>新債務者が債務を履行した場合、彼は旧債務者に対して、旧債務者が得た利益の限りにおいて求償権 (recours) を有する。<sup>(18)</sup>あるいは、旧債務者に対して債務を負担していたのであれば、相殺 (compensation) することとむびきるだろう。<sup>(19)</sup>

第二の区別は、第一の区別を細分類したものであり、その基準となるのは、旧債務者が更改によって債務を免責されるか否かである。指図は、完全指図 (délégation parfaite) と不完全指図 (délégation imparfaite) とに区別され、随意干渉は、除約 (exemption) と補約 (ademption) とに区別される。いずれにしても、前者の場合、旧債務者は更改によって免責され、後者の場合、更改は生じず旧債務者は免責されない。

以上、更改の三番目の種類である、債務者の交替による更改について概観してきた。ボアソナードによると、債務者の交替による更改は、旧債務者の関与にもとづく場合には指図によって、旧債務者の関与にもとづかない場合には随意干渉によってなされるという。このような見解は当時のフランス法の通説<sup>(20)</sup>とも合致する。<sup>(21)</sup>また、ボアソナードは

指図と随意干渉とを旧債務者の免責の有無という基準で細分類しており、これによって指図は完全指図と不完全指図とに、随意干渉は除約と補約とに種類分けされる。

なお、本条は、ポアソナード草案<sup>(22)</sup>と二つの点において異なるものとなっている。ひとつは、ポアソナード草案では「旧債務者から新債務者になす指図すなわち委任により (par délégation ou mandat du premier débiteur au nouveau)」と規定されているが、法文では単に「舊債務者ヨリ新債務者ニ爲セル囑託ニ因リ (par délégation du premier débiteur au nouveau)」と規定されている点であり、もうひとつは、「完全囑託・不完全囑託」の区別ならびに「除約・補約」の区別が、ポアソナード草案では法文として採用されていないという点である。この点につき民法理由書の解説を見ても、草案が変更された理由はまったく触れられていない<sup>(23)</sup>。

つぎに、ポアソナードの構想する指図の内容、次いで完全指図・不完全指図につき、さらに詳しく見てゆくことにしよう。

### (三) 委任 (mandat) とつての指図

ポアソナードは指図について興味深い説明をおこなっている。「指図は、指図人の被指図人への委任 (mandat) である」というのである。それゆえ、被指図人が指図人の債務者ではなかった場合、委任訴権 (action de mandat) にもとづいて、被指図人は受取人に支払った給付の限りで求償権を有する。指図人と受取人との間についても、指図は委任の性質 (caractère) を有する。指図人は受取人を、被指図人と要約する (synthèse) よう促しているからである<sup>(24)</sup>。このように、指図を委任であるとし、その内部関係に二つの委任関係をはっきりと認めるのは、フランス法においてもかなり珍しい見解であり、西欧法という観点から見ると、古くて新しい見解であるようにも感じられる。

というのも、指図を委任と同視する見解は、古くは一六世紀のフランス人文主義法学を代表する法学者であるクヤ

キウス (Jacobus Cujacius) に見られる。クヤキウスは「指図 (Telegrafio) は、旧債務を更改し転換する問答契約 (scripturatio) に向けた委任 (mandatum) である」という。すなわち、この委任は、たとえば、債権者である指図人が、自己の債務者に、自己の債権者に対して負担する債務を約束するよう指示する (iubeo) ことによってなされ、この指示 (iussum) または委任が、指図と呼ばれているというのである。そして、それによって、指図人と被指図人との間に委任訴権 (actio mandati) が生じるのだという。<sup>(26)</sup>

このように、指図を委任によって説明する見解は、現在のフランス法では受け入れられておらず、その根拠となっているのは、委任にはない、被指図人の受取人に対する直接かつ個人的な債務負担の存在であるという。<sup>(27)</sup>しかし、ボアソナードやクヤキウスのいう委任とは、指図人が被指図人および受取人に指示を出すという指図の形成段階に着目したものであって、被指図人の債務負担はその後の段階である。このことをより直截に法理論のなかに採りこんでいるのがドイツ法である。以下、本稿の目的を外れない範囲で、ドイツ法における指図 (Anweisung) と比較しつつ若干の検討を加えておきたい。

ドイツ民法典はフランス民法典と異なり、更改を法典上採用せず、また、指図には独立の節を設けている。ドイツ法における指図は、指図人が、受取人に自己の名で被指図人から給付を取り立てる権限を与え、同時に、被指図人に指図人の計算において受取人に給付をなす権限を与えることによってなされる。<sup>(28)</sup>このことから、現在のドイツ法は、指図の法的性質を二重授權 (Doppelermächtigung) であると解している。<sup>(29)</sup>

また、この段階では被指図人は受取人に対して依然として義務付けられておらず、その後、被指図人による指図の引受 (Annahme der Anweisung) がなされた場合に、はじめて被指図人が義務付けられるのである。<sup>(30)</sup>このような現在のドイツ法の解釈と比較するならば、ボアソナードは、現在のドイツ法が授權 (Ermächtigung) 概念を用いて説明しようとしていることを、委任の観念を用いて説明していたとも解しうるのである。



(四) 承前——フランス民法典一二七七条不採用の意味

しかし、上記と関連して、ポアソナードがフランス民法典一二七七条を旧民法典に採り入れていない点は捨て置けない事実である。やや敷衍すると、フランス民法典一二七七条は、指図を規定する一二七五条および一二七六条の直後に置かれている。その内容は、債務者によって自己の代わりに支払をなすべき者になされる、または債権者によって自己の代わりに受領するべき者になされる単なる指示 (simple indication) についてであり、この場合に更改は生じないというものである<sup>(31)</sup>。

本条についてポアソナードは、更改には更改意思が必要であり、単なる指示がなされたにすぎない場合に更改が生じないことは自明なのであるから、あえて規定する必要はないという、極めて簡明な理由でこれを排斥している<sup>(32)</sup>のである。

たしかにフランスにおいても、本条文はときに無益だと言われることがある<sup>(33)</sup>が、歴史的見地から比較法的見地からも、非常に重要な意義を有する条文なのである。そもそも本条文の基礎になったのは、ポチエ (Robert-Joseph Pothier) の著作 (Traité des obligations) の、単なる指示に関する記述である<sup>(34)</sup>。ここでは、単なる指示と指図との相違点につき、単なる指示は更改を生じない点で指図とは異なるとされており、一二七七条はこれをほぼそのままの形で規定したものと見える。しかし、ポチエが単なる指示の典型モデルとして考えていたのは、支払委託書 (rescription)<sup>(35)</sup>なる証書を用いた取引であった<sup>(37)</sup>。ポチエの為替契約概論 (Traité du contrat de change) において、このような取引は、assignatio (原文では assignatio) と呼ばれていたことが指摘されており<sup>(36)</sup>、これは現在のドイツ法における指図 (Anweisung) の理論的基礎となったものである<sup>(39)</sup>。つまり、単なる指示も、本来は「指図」の枠組みのなかで等しく取り扱われるべきものであったのである。これを裏付けるのが、ポチエの売買契約概論 (Traité du contrat de vente) の一

節であり、これによれば、単なる指図 (simple délégation) とは単なる指示のことを意味する旨、そして、この指図は、更改の効果の有無という点で更改としての指図とはまったく異なる旨が明示されている。<sup>(40)</sup>

では、ボアソナードが、単なる指示あるいは単なる指図を規定する、フランス民法典一二七七条を旧民法典において排斥したことにとどのような意味があるのか。ここで、再びドイツ法と比較しながら検討してみよう。

ドイツ法における指図は、ローマ法における指図 (delegatio) の研究から、指図を義務設定指図 (delegatio promittendi, Verpflichtungsanweisung) と支払指図 (delegatio solvendi, Zahlungsanweisung) とに区別し、前者は被指図人が受取人に債務を負担することによって、後者は被指図人が受取人に直接支払をなすことによっておこなわれると説明する。<sup>(41)</sup> これらの相違がとりわけ顕著にあらわれるのは為替手形および小切手である。<sup>(42)</sup> すなわち、為替手形のように、引受人が引受をなすことにより受取人に債務を負担する場合は義務設定指図が、小切手のように、支払人が引受をすることなく直接支払をなす場合は支払指図が存在する。このように、指図の法的性質を指図人の被指図人および受取人への二重授權であると解し、被指図人が指図を引き受けた場合にのみ受取人に義務付けられるというドイツ法の構成によれば、小切手を典例例とする支払指図を平易に観念することができる<sup>(43)</sup>し、フランス法においても、必要に応じて、一二七七条から同様の解釈を導き出すことは可能であるように思われる。<sup>(44)</sup>

これらのことに鑑みると、ボアソナードがフランス民法典一二七七条を採り入れなかったことは、少なくとも旧民法典上、指図につき被指図人の受取人に対する債務負担を前提とする義務設定指図のみが考慮されることになり、ドイツ法が理解するような支払指図を同一枠組のなかで把握することができなくなったことを意味するであろう。

#### (五) 完全指図 (délégation parfaite) ・ 不完全指図 (délégation imparfaite)

ボアソナードは、フランスでは完全指図または不完全指図という用語が学説上ひろく用いられているが、残念なが

ら、すべての学説が同一の意味においてそれを用いているわけではないという。そして、ある学説によれば、完全指図が生じるためには、指図人・被指図人・受取人の三者の同意が必要であり、債権者の要約 (caption) なく、指図人が債権者に新債務者を紹介した場合には、不完全指図になるとい<sup>(45)</sup>う。

しかし、通説および日本法は、指図が完全であるか不完全であるかの基準を、受取人によって指図人に与えられた免責の有無に求めている。完全指図という名称は、更改が生じること、すなわち指図が完成 (complete) しており、生じうるあらゆる効果を有することを意味し、不完全指図という名称は、更改が生じないこと、すなわち指図が未完成 (incomplete) であることを意味するとい<sup>(46)</sup>う。かかるボアソナードの見解は、当時のフランス法の通説<sup>(47)</sup>とも合致するものである。

このように、ボアソナードおよびそれまでの通説は、指図を更改の下位概念であると解していたため、その名称のとおり、完全指図を原則、不完全指図を例外と位置づけていた。しかし、更改の下位概念に指図が含まれるのならば、更改を生じない不完全指図は、指図の範疇の外に位置づけられるか、あるいはなんらの法的効果も生じないと解されるはずであり、これを更改の下に内包するフランス法の指図理論はすでに大きな自己矛盾を抱えていたといえる。

まさにこの時期に、これまでの通説に対して、指図は更改とは別個独立の存在であるというアンチテーゼが立てられ、一九〇〇年前後に従来の通説がパラダイムシフトすることになる。その端緒となったのは、一八六四年に公表されたザルピウス (Boho von Sappius) のローマ法研究であり、次いで、フランスにおいてもジッド (Paul Gide) のローマ法研究<sup>(48)</sup>が、さらにユベール (Frédéric Hubert)<sup>(49)</sup>がそのようなローマ法研究の発展をフランス現行法の解釈にまで展開させた。その結果、フランス法では完全指図ではなく不完全指図が本則と捉えられるようになり、指図と更改との峻別が図られるようになったのである<sup>(50)</sup>。また、完全指図・不完全指図という名称についても、伝統的な呼称ではあるが正確な呼称ではないとの指摘から、近年では更改指図 (délégation novatoire)・単純指図 (délégation simple) の用語を

用いる者も多い<sup>(54)</sup>。

旧債務者の免責の有無による区別は、指図だけでなく随意干渉にもあり、免責をとまうものが除約、免責をとまわらないものが補約と区別された。ボアソナードは、指図および随意干渉のこのような細分類を、同一条文のなかで過度の負担をかけずに再規定する (reprendre) ことができなかつたとし<sup>(55)</sup>、これらの存在を注釈で指摘するにとどめている。しかし、旧民法第四九六条にはこれらの細分類が規定されており<sup>(56)</sup>、かかる講学上の区別をわざわざ法文に採り入れたことは、後述するように指図規定削除の一因となった。

## (六) 完全指図における受取人の更改意思

旧民法財産編第四九七条<sup>(57)</sup>

「債権者カ明カニ第一ノ債務者ヲ免スルノ意思ヲ表シタルトキニ非サレハ囑託ハ完全ナラスシテ更改ハ行ハレス此意思ノ無キトキハ囑託ハ不完全ニシテ債権者ハ第一第二ノ債務者ヲ連帯ニテ訴追スルコトヲ得

第三者ノ随意干渉ノ場合ニ於テ債権者カ舊債務者ヲ免シタルトキハ除約ニ因ル更改行ハル之ニ反セル場合ニ於テハ第一ノ補約成リテ債権者ハ債務ノ全部ニ付キ第二ノ債務者ヲ得然レトモ此債務者ハ連帯ノ義務ニ任セス」

ここでは、旧民法典において完全指図（および除約）が存在するための要件である、受取人（債権者）の指図人（旧債務者）に対する更改意思について見てゆく。

更改に関する一般規定であるフランス民法典一二七三条<sup>(58)</sup>は、更改が生じるためには更改意思を明白に (clairement) 表示しなければならぬと規定している。これに対し、指図を規定するフランス民法典一二七五条<sup>(59)</sup>は、完全指図が生じるためには債権者が旧債務者を明示的に (expressément) 免責することを要求している。この「明白

に」と「明示的に」との文言の相違はなにを意味しているのだろうか。フランス法の通説は、これらの文言が異なるのは、起草者が一二七五条に特別な配慮を与えたからであるとし、また、一二七三条と一二七五条とは一般規定と特別規定の関係に立つものであるから、一二七五条には特別の意思表示が必要であるとし、一二七三条よりも当然に嚴格であると解する<sup>(60)</sup>。

これに対し、コルメ・ドゥ・サンテール (E. Colmet de Sarterre) は、両者の間に要件の軽重はないと主張し文言の差異に実質的な意味を認めないが、この見解は少数説にとどまっている<sup>(61)</sup>。この点、ボアソナードは、完全指図に受取人の更改意思の明示的な表示を必要としなかった。それは「明カニ (clairement)」表示することで足りるとし、フランスの少数説と同様、更改一般の場合と完全指図の場合とで異なるところはないという<sup>(62)</sup>。

### (七) 承前——不完全指図における新旧債務者の義務

つづいて、不完全指図（および補約）における新旧債務者の義務について見てゆく。

旧民法第四九七条では、不完全指図における被指図人の義務は連帯 (solidarité)、補約者の義務は全部義務 (obligation pour le tout) であることが明らかにされている。ボアソナードによると、不完全指図の場合には、通常の連帯、すなわち、完全連帯 (solidarité parfaite) が存在し、補約の場合には、不完全連帯 (solidarité imparfaite)、すなわち、全部義務 (obligation in solidum ou obligation pour le tout) が存在しているという<sup>(64)</sup>。これらの区別は旧債務者の新債務者に対する委任の有無によって正当化される。それゆえ、指図人の被指図人に対する委任にもとづく不完全指図の場合、彼らは連帯共同債務者 (codébiteur solidaire) とみなされ、たとえば受取人が被指図人に対して訴訟を提起すると、指図人に対しても付遅滞効や時効の中断効が及ぶことになる。これに対し、かかる委任関係の認められない補約の場合にはそのような不利益を生ぜしめるべきではないというのである<sup>(65)</sup>。

このように、ボアソナードは不完全指図における被指図人の債務が指図人との連帯債務であると解しているが、この見解はときとして母国フランスにおいても組上に載せられることがある。既述のとおり、フランス法の現代的指図理論の構築に非常な貢献を果たしたユベールは、指図人の法的地位は指図によってなら変ぜられるものではないとし、被指図人と指図人とが連帯債務関係になることはない<sup>(65)</sup>と述べる。それは当事者の意思にも反するし、連帯は推定されないとこの原則があるからなのであるが、その一方で、これと逆の立場を採る立法例として日本の旧民法典が紹介されているのである<sup>(66)</sup>。また、かかるボアソナードの見解は、不完全指図を機能的に重疊的債務引受（あるいは併存的債務引受）へと近づけるものである<sup>(67)</sup>。

#### (八) 完全指図における指図人の資力担保義務

旧民法財産編第四九八条<sup>(68)</sup>

「完全囑託及ヒ除約ノ場合ニ於テ新債務者カ債務ヲ辨済スルコトヲ得サルトキハ債権者ハ囑託又ハ除約ノ當時ニ於テ新債務者ノ既ニ無資力タリシコトヲ知ラサルニ非サレハ舊債務者ニ對シテ擔保ノ求償權ヲ有セス但特別ノ合意ヲ以テ此擔保ヲ伸縮スルコトヲ得」

本規定はフランス民法典一二七六条を基礎にしたものである<sup>(69)</sup>。ボアソナードによれば、完全指図（および除約）では、指図人（旧債務者）は受取人（債権者）に対する旧債務を免責されるため、被指図人（新債務者）が更改の後に支払不能（insolvable）に陥った場合に、受取人が指図人に対してもはや遡求できないのは当然のことである<sup>(70)</sup>。ただしこの原則には二つの例外があるという。

第一の例外は、被指図人が更改の時点ですでに支払不能に陥っており、かつ受取人がそのことを知らなかった場合

であり、その場合には受取人は指図人に対して遡求権 (recours) を有するという。そこには更改の原因 (cause) に関する錯誤 (erreur) が認められる。<sup>(71)</sup> このように遡求権の発生原因を錯誤に求める説は、当時のフランス法においてはコルメ・ドウ・サンテールが唱えているが、<sup>(72)</sup> 少数説にとどまっている。

第二の例外は、被指図人が更改の後に支払不能に陥った場合にも遡求権を留保する旨を当事者が合意している場合である。そこには完全指図と不完全指図 (あるいは除約と補約) との間のなんらかの中間状態が存在することになる。<sup>(73)</sup>

ところで、当事者の合意にもとづく第二の例外の場合、受取人が指図人に対して有する遡求権の法的性質は、新たに創り出された新訴権であるのか、受取人が指図人に対して有していた旧訴権であるのか。ポアソナードはこの点につき以下のように述べる。第一の例外の場合は旧訴権の復活であると解するのが自然であるが、第二の例外の場合には、遡求権を留保する受取人に説明させるのがより慎重であろう。受取人がなにも語らなかつたならば、指図の場合には委任訴権が (除約の場合は無名契約 (contrat innomé) による通常の訴権が) 新たに創り出されたと判断することができる。なお、ポアソナードは第一・第二の例外に、さらにもうひとつの例外を付け加えている。それは、指図人が受取人を騙して、近い将来支払不能になるであろう被指図人を紹介した場合である。その後、現実に被指図人が支払不能に陥ったならば、受取人は指図人に遡求することができるという。<sup>(74)</sup>

### (九) 債権者の交替による更改

旧民法財産編第四九九条<sup>(75)</sup>

「債権者ノ交替ニ因ル更改ハ債務者ト新舊債権者トノ承諾アルニ非サレハ成ラス」

債権者の交替による更改は、ほとんどの場合、債務者の交替と同時に<sup>(76)</sup>なされ、ある債務者が自己の債務者を自己の

債権者に指図する場合に生じる。その場合、被指図人は債権者が交替し、受取人は債務者が交替する。指図人が受取人の債務者ではなく、無償で (à titre gratuit) 受取人に指図をなした場合には、債権者の交替のみが存在している。

いづれにせよ、債権者の交替による更改をおこなうためには、三当事者の意思の合致が必要である (随意干渉によっておこなうことはできない)。すなわち、自己の意思なく自己の債権を失うことはありえないのであるから、指図人の意思は必要である。自己の意思によって債務負担しなければ債権者の交替は生じえないのであるから、被指図人の意思も必要である。最後に、指図が無償の場合でさえ自己の意思なく債権者にはなりえないのであるから、受取人の意思も必要である。また、ボアソナー下によると、債権者の交替による更改は、債権譲渡 (cession de créance) とは區別される。なぜなら、債権譲渡では旧債権が消滅し債務者が新債権を負担することがないからである。<sup>(77)</sup>

#### 旧民法財産編第五〇〇条<sup>(78)</sup>

「債権者力第五百三條ニ定ムル如ク其債權ノ物上擔保ヲ留保シテ或ハ他人ヲ惠ム爲メ或ハ他人ニ對スル債務ヲ免カルル爲メ其人ニ囑託シテ自己ノ債務者ヨリ辨濟ヲ受ケシムルトキハ其受囑託人ハ債權ノ讓渡ニ關スル第三百四十七條ノ規定ニ從フニ非サレハ第三者ニ對シテ其債權ヲ主張スルコトヲ得ス」

本条は更改に債権譲渡の對抗要件制度を準用する規定である。ボアソナー下によると、本条のような場面において、更改と債権譲渡との間にもはや差異はないという。<sup>(79)</sup> すなわち、債権譲渡を一種の公示制度に服させる理由を参照するならば、法文に挙げられている状況においては、更改を同様の形式に服させる理由が存在するのである。

このような形式が必要な場合とは、旧民法第五〇三条に規定されているように、物的担保 (sûreté réelle) の留保がある場合であり、この場合、留保した物的担保の移転に関しては債権譲渡と同視しうるといふ。<sup>(81)</sup> 反対に、人的担保



(sûreté personnelle) の場合には、新たな保証契約が必要なのであり、それはもはや同一の債務でも同一の担保でもないのであるから債権譲渡に類するものはなにもないという。<sup>(82)</sup>

### 三 指図（嘱託）規定の削除

明治二九年の新民法典の誕生にともない、詳細に規定してあった更改に関する規定は大幅に縮減され、旧民法典の指図（嘱託）規定も姿を消した。そこで最後に、指図規定削除の経緯を見てゆくことにしよう。

#### (一) 梅謙次郎委員による指図規定の削除理由

現行民法における更改の款を起草したのは、梅謙次郎委員である。その起草趣旨を見ると、更改の款は旧民法典の「財産編ノ第二部第三章第二ニ御座イマスル規定ト粗同ジ」であるとし、はじめに、不必要または不穩当と考えて削除された各条についての説明がなされている。<sup>(83)</sup> そのなかで、債務者の交替による更改を規定した旧民法第四九六条（前出第二章第二節参照）については、一部を修正案に採用しつつ、削除した理由が次のように述べられている。

「第四百九十六條是レハ或ル一部分ハ本案ノ中ニモ取りマシタガ一體此規定ハ定義ガ澤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餘リ必要ハ少ナカラウ學者ガ名ヲ附ケルノハ宜イガ法典デ濫リニ術語杯ヲ附ケルノハ宜クナカラウ外國ニモ餘リ是レ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りマセヌ」。

梅委員の説明によれば、「完全嘱託」や「不完全嘱託」などの語を法典の用語として採用する必要はないためこれらを削除したというのである。すでに述べたように、このような用語は、ボアソナード草案には規定されていないかつ

たものであり、これをわざわざ法文に採り込んでいたことが該規定削除の理由となっている。つづいて、完全指図（および除約）における受取人の更改意思、ならびに不完全指図（および補約）における新旧債務者の義務について規定した旧民法第四九七条（前出第二章第六節参照）について見てみよう。

第一項前段については、「是レハ更改ハ推定セズト云フ當然ノ結果デアリマス」と述べ、第一項後段については、「連帯債務者ニナル前ニハ債務者ヲ保護シタノガ今度ハ債権者ノ保護シタ様ニナツテ奇妙ニ思フ」とし、第二項については、「此處デハ全部義務ヲ推定シテ居ル斯ウ云フ推定ト云フモノハ餘程必要ガナケレバ設ケヌ方ガ宜カラウト思ヒマシテ外ニモ餘リ例ノナイコトデアリマスカラ旁々以テ是レハ置キマセヌコトニシマシタ」という。<sup>(85)</sup>

すでに見たように、四九七条一項前段は、ボアソナードがフランス法における解釈上の疑義につき少数説を採ったために同じ表現となった箇所であるが、このような繰り返しは不要であるとして、また、後段は旧民法第四九二条との関係で、連帯債務者になる前には債務者を保護したのに、ここでは債権者を保護したようになって奇妙であるとして削除されている。さらに二項に関しては、補約をおこなうような場合は、通常であれば保証人となる場合が多いのであるから、このような規定を設けない方がよいと述べられている。つぎに、完全指図における指図人の資力担保義務について規定された旧民法第四九八条（前出第二章第八節参照）については以下のとおりである。

「此規定ハ若シ必要デアレバ餘程大事ナ規定デアルコト思ヒマス」として、諸外国の立法を比較しつつ、「原則トシテ擔保ノ義務ノナイト云フコトハ是レハ規定ヲ待タズシテ知レ切ツタコトデアル」と述べる。そして、当事者の合意による第二の例外については、「此場合ニ於テ特約ガナケレバ努力ニ付テ擔保ノ義務ノナイト云フコトハ無論ノ話デアリマス」という。かえって本条の必要性は、法定的に指図人に担保義務を課す第一の例外にあり、これが「本條ノ骨」である。しかしこの場合でも、被指図人が無資力であることを知らなかったのは受取人の調査が至らなかつたせいである。もちろん指図人の詐欺がある場合は詐欺取消が認められるから受取人は害されない。詐欺がない場合に

は受取人の調査不足なのであるから、「其結果ヲ善意ナル債務者ニ負ハセルコトハ不都合ト思フ特約アル場合ハ格別特約ノナイ場合ハ寧ろ擔保ガナイト云フ方ガ當事者双方ヲ公平ニ保護スルモノデアラウ」というのである。資力担保義務を認めない以上、明文は必要ないため本条は削除された。最後に、債権者の交替による更改を定める旧民法第四九九条に（前出第二章第九節参照）ついて見てみよう。

梅委員によると、四九九条は削除したのであるが、これを「決シテ定質上反對ニ極メル積リデアリマセヌ」という更改は契約なのであるから、旧債権者と債務者間に契約が必要なのは当然である。また新債権者についても、「自分が知ラナイ間ニ他ノ人ノ意思ヲ以テ自分ガ債権者ニナルト云フコトハアリマセヌカラ無論其者ノ承諾ガ必要デアルト云フコトハ書カナクテモ知レ切ツタコトト思フ」とし、このような規定は他国の立法にも例が少ないものであるから削除したという。<sup>(88)</sup> こうして、債権者の交替による更改は、對抗要件や債権譲渡の準用に関する条文のみが置かれることになったのである。

## (二) 修正案第五一条（現行民法第五一条）の起草趣旨

債務者の交替による更改を定める修正案第五一条（現行民法第五一条）の起草趣旨説明において、「之ハ先刻一寸申上ゲマシタ第四百九十六條第一項ノ規定ト實質ニ於テハ變ハル所ハナイノデアリマス此第四百九十六條ノ如ク『囑託』トカ随意ノ『干渉』ト云フヤウナ文字ヲ用キマセヌデ單ニ事柄丈ケヲ規定シタノガ少シ違ウ丈ケノコトデアリマス」と述べている。

要するに、旧民法第四九六条第一項は、囑託および随意干渉という語を用いているが、修正案第五一条ではそのような語を用いず、単に事柄だけを規定しただけだというのである。規定の内容は実質において変わるところはないといわれており、起草趣旨を見る限り、決して囑託が不要の概念であるとして排斥する趣旨ではなく、むしろ肯定す

る趣旨であったことが窺える。

また、但書（現行民法第五一四条但書）については、既成の旧民法典にも諸外国の立法にも例のない規定であるが、「既ニ辯濟ニ付テ債務者ガ不同意ヲ表シタトキニハ第三者ヨリ辯濟ヲ爲スコトヲ得ナイト云フコトニ爲リマシタ以上ハ此處ニ於テモ前ノ債務者ガ不同意ヲ唱ヘタ場合ニハ外ノ者ガ替ツテ債務者ト爲ツテ更改ヲ爲スト云フコトハ許サヌトシテ置カヌト前後權衡ヲ得ナイト思ヒマスカラ夫レデ此處ニ此但書ヲ加ヘタノデアリマス」と説明されている。<sup>(98)</sup>

以上の審議過程を経て、債務者の交替による更改は現行法に受け継がれることになった。起草趣旨を見れば、当該規定が旧民法典におけるそれと直接の連続性を有することは明白である。

### (三) その後の学説

ここでは、新旧民法で直接の連続性を有する現行民法第五一四条についての学説の解釈を見てゆくことにする。

明治三〇年に刊行された法典起草の補助委員の共著による注釈書によると、「債務者ノ交替ニ因ル更改ハ舊債務者ヨリ新債務者ニ爲シタル囑託ニ因ルコトアリ」と述べ、具体例として、AがBに対して、Aの債権者甲に負っている債務を代わりに支払うよう依頼し、Aの債務が消滅しBが甲に債務を負担する場面を挙げる。<sup>(99)</sup> 更改の有無は、債権者甲がAを免責することに同意するか否かによって決する。<sup>(100)</sup> また、遠隔地間の決済の場合に労力と費用を省き、損害を生じさせることなく決済を簡易化するという指図の機能に触れ、「商事取引ニハ此類ノ更改頗ル多シ」と説明している。

さらに、「債務者ハ交替ヲ囑託セサルニ第三者自ラ進ンテ債務者ニ替ラントスル場合アリ之ヲ稱シテ新債務者ノ随意ノ干渉ト言フ」とし、この場合も債権者が旧債務者を免責したときは更改が生じ、免責しなかったときは更改が生じないという。<sup>(101)</sup> ここでは旧民法典におけるような指図・随意干渉の説明、完全指図・不完全指図と除約・補約の説明

がなされており、現行民法第五一四条が実質的に指図と随意干渉とを規定しているものと理解されている。

そのほか、明治三年に刊行されたテキストを見ても、「債務者ノ變更即チ交替ニ因ル更改ハ舊法典財産編第四百九十六條第一項ニ明示セル如ク或ハ舊債務者ヨリ新債務者ニ爲セル囑託ニ因リ或ハ新債務者ノ随意干渉ニ因リテ行ハルモノナリ」として、各場合の説明が加えられている。<sup>93</sup> このように、債務者の交替による更改は、新民法典においても指図ならびに随意干渉によって説明がなされており、これは、現行民法第五一四条が事柄だけを規定したにすぎないという梅委員の起草趣旨とも合致するものである。しかし、この段階に至っても指図は更改の説明に付随する形でしか言及されず、更改と指図との峻別はつけられていない。

ところで、ポアソナードが債務者の交替による更改によって、いわゆる債務引受に機能的に類する制度を構築しようとしていたことは端々から推察することができる。しかし、一九〇〇年に施行されたドイツ民法典が債務引受(Schuldübernahme)の制度を規定したことにより、更改は過去の歴史へと押し流されてゆくことになる。<sup>94</sup> 一九〇〇年以降、わが国においてもドイツ法を中心とした債務引受論が隆盛に向かうことになり、債務者の交替による更改への関心が薄れることと一体的に、指図そのものがクローズアップされる機会も少なくなっていくたのである。

#### (四) わが国における指図理論の再発見

最後に、近年わが国において、なぜ再び指図に関心が寄せられつつあるのかについて、現代のフランス法における指図理論に触れつつ簡潔に述べておきたい。

指図のもつとも象徴的な性質のひとつとして、抗弁の對抗不能性(inopposabilité des exceptions)が挙げられる。これによって、被指図人は、指図人との関係から生じた抗弁も、指図人と受取人の関係から生じた抗弁も、受取人に対して対抗できない。さらにこの点について、現代のフランス指図理論では、确实指図(délégation certaine)と不确实

指図 (délégation incertaine) という類型が新たに学説上承認されている。<sup>(95)</sup>

不確定指図とは、被指図人が受取人に対して、自己が指図人に対して支払わなければならないもの、あるいは指図人が受取人に支払わなければならないものを支払うよう義務付けられる指図であり、この場合、被指図人の債務は、関係づけられている債務に依拠することになる。フランスで当事者が債務引受 (reprise de dette) を企図しておこなうのがこの種の指図であるという。<sup>(96)</sup> 確定指図とは、被指図人の受取人に対する債務が、指図人に対する被指図人の債務にも、受取人に対する指図人の債務にも依存しない指図である。それゆえ、この種の指図は、フランスにあって無因行為 (acte abstrait) であると明言する学説もある。<sup>(97)</sup>

翻って、商事領域における第三者を介する為替取引・決済手段は、取扱量の大量性に起因する円滑かつ迅速な処理の要請があるため、原因関係から効力的牽連性を切断し、法的関係を安定化させる無因性は重要な要素のひとつとなっている。<sup>(98)</sup> それゆえ、その本質的性質として抗弁の対抗不能性が認められ、フランスにおいてさえ無因行為と分析されることもある指図は、債務引受や債権譲渡などに還元しえない様相を呈しており、<sup>(99)</sup> 近時、商事取引や金融取引の分野で指図が再発見されたもつとも大きな理由のひとつと言えるのである。<sup>(100)</sup>

#### 四 むすびに

ボアソナードは、フランス法を母法とした指図論を構築しており、その内容は指図を更改のなかに位置づけるなど、基底をなす部分はフランスの当時の通説に依拠していたと評価しうるだろう。ただし、細部については少数説に与しており、また、指図と委任との関係を明確に指摘したり、不完全指図の新旧債務者の義務を連帯と解したりと、独特の考え方も垣間見ることができている。その一方で、フランス民法典一二七七条を排斥したことにより、ドイツ法のいわ

ゆる支払指図についての民事法的基盤が、無自覚にわが法典のなかで散逸したことも指摘しうるだろう。

このような形でわが国に継受された指図規定は新民法典では削除されたが、起草にあたった梅委員の起草趣旨を見ると、囑託や随意干渉という語を用いず事柄だけを規定するというものであり、事実、新民法典誕生以後も現行民法第五一四条については旧民法典と同様の説明がなされていた。

ところで、ボアソナードの指図論は、現在のフランス法における指図理論とは相当懸け隔たったものとなっている。これはボアソナード起草以後にフランスにおいて生じたパラダイムシフトの結果であり、フランスでは条文上はなおも指図を更改の節に置きながら、講学上、更改から（それにともなつて既存債務からも）切り離された指図理論が構築されている。これに対し、わが国では新民法典誕生以後においても指図を更改の一種としてしか認識しておらず、指図に関する文言が法文上にあらわれていないことから、その解釈について顧みられることも少なかった。

西欧法における指図理論のその後の発展を鑑みると、わが国における指図（*délégation*）の継受は成功したとは言いがたい。指図理論そのものを見ても、ごく一部を除いては、<sup>(10)</sup>ボアソナード以後の西欧法の理論的展開から取り残されてしまったと評価せざるをえないように感じられる。

しかし、梅委員の起草趣旨のとおり、現行民法第五一四条は新旧民法典に命脈を繋ぐ指図規定ということができ、フランス法の如く解釈論的に指図理論を展開させることも理に悖る話ではない。いずれにせよ、商事取引・金融取引を中心として、わが国においても現代的指図理論の再構築が俟たれているのである。

(1) ローマ法における指図は *delegatio* と呼ばれており、フランス法においては *délégation*、ドイツ法においては *Anweisung* として規定が置かれている。

(2) 一例を挙げると、フランスにおいては銀行カード (*carte bancaire*) による決済が *délégation* の良い実用例のひとつとし

- て挙げられており (Alain BÉNABENT, *Droit civil, les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., 2007, n°757, pp. 543-544)。<sup>1)</sup> ドイツではクレジットカード (Kreditkarte) やインターネット上の決済手段としての電子マネー (eCash-Münzen) などが指図 (Anweisung) としては *Anweisung i. w. S.* の具体例として挙げられている (Juris von Staudinger/Peter Marburger, *Kommentar zum B.G.B., Neubearbeitung*, 2002, § 783, Rn. 46 ff., S. 161 ff., Rn. 58, S. 171 f.)。
- (3) たとえばわが国では、商業信用状に関して、西原寛一『金融法・法律学全集 (五三)』(有斐閣・一九六八) 二二九頁以下、電信送金・振込に関して、木内宜彦『金融法・現代法律学全集 (四一)』(青林書院・一九八九) 三二八頁以下、柴崎暁「振込取引と指図の法理」タートヌママン一〇号 (二〇〇八) 五一頁以下など。
- 周知のとおり、古くから為替手形・小切手に関しては、その振出行為の法的性質として指図 (Anweisung) が論じられていた (服部榮三「指図行為と為替手形の振出」磯村哲先生還暦記念論文集『市民法学の形成と展開・上』(有斐閣・一九七八) 二七七頁以下、納富義光「手形法に於ける基本理論」(新青出版・復刻版・一九九六) 三八〇頁以下など)。
- (4) 瀧久範「三角関係型不当利得における事実上の受領者の保護——『財産移転の対価関係 *Valutaverhältnis* への効果帰属』の観点から——(一)』論叢一六三巻四号 (二〇〇八) 一〇四頁以下、同・(二)』同二六五巻四号 (二〇〇九) 一一七頁以下、同・(三)・完』同二六六巻一号 (二〇〇九) 一四六頁以下、鈴木尉久「購入者、与信業者、販売業者の三者間不当利得——指図の法理による清算——」現代消費者法一〇号 (二〇一一) 六九頁以下。
- (5) 伊澤孝平「指図 (Anweisung) の本質 (一)」法協四八巻一七号 (一九三〇) 三頁。
- (6) *delegation* は、法文上「囑託」と訳されているが、本稿では指図と囑託とを用語法上区別しないことにする。
- (7) なお、本テーマに関する主要な先行研究としては、柴崎暁「手形法理と抽象債務」(新青出版・二〇〇二) 二三八頁以下、野澤正充「契約当事者の地位の移転」の再構成 (一)』立教三十九号 (一九九四) 一五頁以下。
- (8) 本稿では、「プロジェクト中の最高峰に位置して」<sup>2)</sup> いると言われる (金山直樹「法典という近代——装置としての法——」(勤草書房・二〇一一) 五八頁)、『Gustave BOISSONADE, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, Nouv. éd., Tomes. 1-4, Tokyo, 1890-1891
- (9) 『Tome. 2』を参照せよ。
- (10) フランス法における指図の学説史については、拙稿「フランス法における指図 (*delegation*) の歴史的展開」奥島孝康先生古稀記念論文集第二巻『フランス企業法の理論と動態』(成文堂・二〇一一) 二五五頁以下。
- (11) 「指図は常に更改をとまなう (In *delegatione semper inest novatio*)」。



Cf. Frédéric HUBERT, *Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français*, th. Poitiers, 1899, n°77, p. 53.

- (11) フランス語公定訳第四八九条 (以下「公定訳」は Code civil de l'Empire du Japon accompagné d'un exposé des motifs, t.1 texte, 1891, Tokio. 以下参照)

Art.489. La novation, ou changement d'une première obligation en une nouvelle obligation, a lieu :

1° Lorsque les parties conviennent d'un nouvel objet de l'obligation substitué au premier;  
 2° Lorsque, l'objet du restant le même, les parties conviennent qu'il sera dû à un autre titre ou par une autre cause;

3° Lorsqu'un nouveau débiteur prend la place de l'ancien;

4° Lorsqu'un nouveau créancier est substitué au premier.

- (12) Gustave BOISSONNADE, op. cit., (note 8), n°551, p. 677.

- (13) 原因 (cause) の変更による更改はフランス法に規定されていないが、ボソナードによれば、これはフランス法が見落  
 ちしている点である。(Gustave BOISSONNADE, op. cit., (note 8), n°551, p. 678)。

- (14) Gustave BOISSONNADE, op. cit., (note 8), n°551, p. 678.

- (15) フランス語公定訳第四九六条

Art.496. La novation par changement de débiteur s'opère, soit par délégation du premier débiteur au nouveau, soit par l'intervention spontanée de celui-ci, sans le consentement du premier débiteur.

La délégation est parfaite ou imparfaite.

L'intervention spontanée d'un tiers constitue une expromission ou une simple adpromission, comme il est expliqué ci-après.

- (16) Gustave BOISSONNADE, op. cit., (note 8), n°563, p. 691.

その具体的内容についての言及はないが、少なくとも今日わが国において認められている債務引受の制度と対応するもの  
 であった(野澤・前掲注(7)一七頁)。

- (17) Gustave BOISSONNADE, op. cit., (note 8), n°563, p. 692.

- (18) Gustave BOISSONNADE, op. cit., (note 8), n°563, pp. 692-693.

- (19) Gustave BOISSONNADE, op. cit., (note 8), n°563, p. 693.

- (20) Par ex. Charles AUBRY et Charles RAU, Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, 4<sup>ème</sup> éd., t.4, 1871, Paris, § 324, pp. 211-212; Alexandre DURANTON, Cours de droit français suivant le Code Civil, 3<sup>ème</sup> éd., t.12, 1834, Paris, n<sup>os</sup> 306 et s., pp. 420 et s.
- (21) 現在でも一般に完全指図は債務者の交替による更改であることのみなれば足りるものとせらるる (Henri et Léon) MAZEAUD, Jean MAZEAUD, François CHABAS, Leçons de droit civil, obligations, théorie générale, 9<sup>e</sup> éd., t.2, 1998, n<sup>o</sup> 1239, p. 1261)。  
ただこのうちを区別する見解がある (Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, Droit civil, les obligations, 3<sup>e</sup> éd., 2007, n<sup>o</sup> 1374, p. 814)。
- (22) ボアソナー民法草案第五一八条  
Art. 518. La novation par changement de débiteur s'opère, soit par délégation ou mandat du premier débiteur au nouveau, soit par l'intervention spontanée de celui-ci sans le concours du premier débiteur.  
(23) Code civil de l'Empire du Japon accompagné d'un exposé des motifs, t.2 exposé des motifs du livre des biens, 1891, Tokio, pp. 727-729.  
これらの点に関して、民法理由書の解説は、本稿で参照しているプロシエ新版の注釈とほぼ同一の文章であり、内容面でも注釈以上の記述は見られなかったため、以下においても主として本注釈を参照する。
- (24) Gustave BOISSONNADE, op. cit., (note 8), n<sup>o</sup> 563, p. 692.
- (25) Laurent GODON, La distinction entre délégation de paiement et indication de paiement, Rép. Def. 2000, art. 37103, n<sup>o</sup> 1, p. 193 以下。十九世紀の学説のみかたは指図 (délégation) と委任 (mandat) とを混同する見解がごく一般的な見方であることについて、NOURRIT, De la novation et de la délégation, th. Aix, 1859 を著す。
- (26) Jacobus CUIACIUS, Recitationes solennes sive commentarii, ad Tit. XLI. Lib. VIII. De Novationibus et Delegationibus, Opera Tomus Nonus, Neapoli, 1758, col. 1282.
- (27) Laurent GODON, op. cit., (note 25), n<sup>o</sup> 26, p. 210.
- (28) BGB §783. Händigt jemand eine Urkunde, in der er einen anderen anweist, Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen an einen Dritten zu leisten, dem Dritten aus, so ist dieser ermächtigt, die Leistung bei dem Angewiesenen im eigenen Namen zu erheben; der Angewiesene ist ermächtigt, für Rechnung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger zu leisten.

ドイツ民法典七八三条「金錢、有價證券又ハ其ノ代替物ヲ第三者ニ給付スベキコトヲ他人ニ指圖スル證書ヲ第三者ニ交付シタル者アルトキハ、其ノ第三者ハ被指圖人ヨリ自己ノ名ヲ以テ給付ヲ取立ツル權限ヲ有ス。被指圖人ハ指圖人ノ計算ニ於テ指圖證書受取人ニ給付ヲ爲ス權限ヲ有ス。」訳は、柚木馨・上村明廣「現代外国法典叢書(二) 獨逸民法」II「債務法」(有斐閣・一九五五) 七七〇頁から引用。

(29) Vgl. Otto Palandt/Hartwig Sprau, Bürgerliches Gesetzbuch, 69., neubearbeitete Aufl., 2010, §783, Rn. 3, S. 1226; Dieter Medicus/Stephan Lorenz, Schuldrecht, Bd. 2, B.T., 15., neubearbeitete Aufl., 2010, Rn. 1074f., S. 353f.; u. s. w.

(30) BGB §784. Nimmt der Angewiesene die Anweisung an, so ist er dem Anweisungsempfänger gegenüber zur Leistung verpflichtet; er kann ihm nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit der Annahme betreffen oder sich aus dem Inhalt der Anweisung oder dem Inhalt der Annahme ergeben oder dem Angewiesenen unmittelbar gegen den Anweisungsempfänger zustehen.

Die Annahme erfolgt durch einen schriftlichen Vermerk auf der Anweisung. Ist der Vermerk auf die Anweisung vor der Aushändigung an den Anweisungsempfänger gesetzt worden, so wird die Annahme diesem gegenüber erst mit der Aushändigung wirksam.

ドイツ民法典七八四条「被指圖人が指圖ヲ引受ケタルトキハ、指圖證書受取人ニ對シテ給付ヲ爲ス義務ヲ負フ。被指圖人ハ受取人ニ對シ、引受ノ效力ニ關スル異議又ハ指圖ノ内容若ハ引受ノ内容ヨリ當然生ズル異議又ハ被指圖人方直接指圖證書受取人ニ對シテ有スル異議ノミヲ對抗セシムルコトヲ得。

引受ハ指圖證書上ノ記載ヲ以テ之ヲ爲ス。證書上ノ記載ガ指圖證書受取人ニ對スル交付前ニ爲サレタルトキハ、引受ハ受取人ニ對シテハ交付ノ時ヨリ其ノ效力ヲ生ズ。」訳は、柚木ほか・前掲注(28) 七七一頁から引用。

(31) C. Civ. des Français, Art. 1277. La simple indication faite, par le débiteur, d'une personne qui doit payer à sa place, n'opère point novation.

Il en est de même de la simple indication faite, par le créancier, d'une personne qui doit recevoir pour lui.

フランス民法典一二七七条「①債務者に代わって弁済すべき者について債務者が行った単なる指定は、なんら更改を生じない。

②債権者のために受領すべき者について債権者が行った単なる指定も、同様である。」訳は、法務大臣官房司法法制調査

- 部編集(稲本洋之助訳)『フランス民法典——物権・債権関係——』(法曹会・一九八二)一〇三頁から引用。
- (32) Gustave BOISSONNADE, *op. cit.*, (note 8), n°556, p. 684.
- (33) 一項に關し、Charles AUBRY et Charles RAU, *op. cit.*, (note 20), § 324, p. 220.
- (34) Robert-Joseph POTHIER, *Œuvres de Pothier, contenant les traités du droit français par M. Dupin, nouv. éd.*, t.1, Paris, 1827, n°605, p. 358.
- (35) ポチエは債務概論におおし指図を更改の一種であると定義し、その (Robert-Joseph POTHIER, *op. cit.*, (note 34), n°600, p. 353)。
- (36) 支払委託書は慣習法を起源とする小切手類似の証書であると云われ、その (柴崎・前掲注(7)一九七頁)。
- (37) Robert-Joseph POTHIER, *op. cit.*, (note 34), n°605, p. 358.
- (38) Robert-Joseph POTHIER, *Œuvres de Pothier, contenant les traités du droit français par M. Dupin, nouv. éd.*, t.3, Paris, 1827, n°226, p. 226.
- (39) これらの経緯に、拙稿「フランス法およびドイツ法における指図の理論的接続——Art.1277 C. civ.の比較法的考察を中心として——」タームズ・オンライン(二〇一〇)二三頁以下。
- (40) Robert-Joseph POTHIER, *Œuvres de Pothier, contenant les traités du droit français par M. Dupin, nouv. éd.*, t.2, Paris, 1827, n°552-553, p. 245.
- (41) Ulrich Eisenried, *Die bürgerlich-rechtliche Anweisung und ihre Entstehung*, Diss. Passau, 2010, S. 89.
- (42) Günther Loewenfeld, *Die Anweisung in Gesetz und Verkehr*, Berlin, 1922, S. 19ff.
- (43) Peter Bülow, *Kommentar zum Wechselgesetz/Scheckengesetz und zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 4., neubearbeitete Aufl., 2004, SchG Einf., Rn. 1, S. 339.
- (44) フランス民法典一二七条の解釈上の特殊性に言及する、その (BADAREU-TOMSA, *De la délégation impartiate*, Paris, 1914, pp. 92-94; Frédéric HUBERT, *op. cit.*, (note 10), n°140, pp. 102-103)。
- (45) Par ex. Charles Bonaventure Marie TOULLIER, *Le droit civil français*, t.7, 5 éd., 1842, n°286, p. 350.
- (46) Gustave BOISSONNADE, *op. cit.*, (note 8), n°564, p. 693.
- (47) Par ex. Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t.28, Paris, n°309, p. 218; G. BAUDRY-LACANTINIERE, *Précis*

de droit civil, 2<sup>ème</sup> éd., t.2, 1886, Paris, n°1093, p. 748.

- (48) Botho von Salpius, *Novation und Delegation nach römischem Recht*, Berlin, 1864.
- (49) Paul GIDE, *Études sur la novation et le transport des créances en droit romain*, 1879, Paris.
- (50) Frédéric HUBERT, op. cit., (note 10).
- (51) Par ex. Ambroise COLIN, Henri CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 7<sup>ème</sup> éd., t.2, Paris, 1932, n°331, p. 313.
- (52) 一連の流れについては、拙稿・前掲注(9) 二二二頁以下。
- (53) Georges RIPERT, Jean BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil de Planiol refondu et complété*, 4<sup>ème</sup> éd., t.2, Paris, 1952, n°1823, p. 606.
- (54) Par ex. François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10<sup>e</sup> éd., 2009, n°1441, p. 1419.
- (55) Gustave BOISSONADE, op. cit., (note 8), n°563, p. 693.
- (56) この点につき民法理由書では、これらの細分類を同一の条文のなかで過度の負担をかけたに説明する (expliquer) ことができなかったと述べられている (Code civil de l'Empire du Japon accompagné d'un exposé des motifs, t.2 exposé des motifs du livre des biens, 1891, Tokio, p. 728)。
- (57) フランス語公定訳第四九七条  
 Art.497. La délégation n'est parfaite et n'opère novation que si le créancier a manifesté clairement l'intention de décharger le premier débiteur; à défaut de cette intention, la délégation est imparfaite et les deux débiteurs peuvent être poursuivis solidairement.  
 Au cas d'intervention spontanée d'un tiers, si le créancier a déchargé le premier débiteur, il y a novation par expression; dans le cas contraire, il y a simple adpromission et le créancier acquiert un second débiteur pour le tout, mais sans solidarité.
- (58) C. Civ. des Français. Art.1273. La novation ne se présume point; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte.  
 フランス民法典一二七三条「更改は、なんら推定されない。更改を行う意思は、その行為から明白に引き出されるものでなければならぬ。」訳は、法務大臣官房司司法法制調査部編集(稲本洋之助訳)・前掲注(31) 一〇二—一〇三頁から引用。

- (59) C. Civ. des Français. Art. 1275. La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation.  
フランス民法典一二七五條「債務者が債権者に他の債務者を付与し、その者が債権者に対して義務を負う旨の指図délégationは、債権者が指図を行った債務者を免責する意図がある旨を明示的に申述した場合でなければ、なんら更改を生じなご。」訳は、法務大臣官房司法法制調査部編集(稲本洋之助訳)・前掲注(31)一〇三頁から引用。
- (60) Charles AUBRY et Charles RAU, op. cit., (note 20), § 324 note 42, p. 220 ; Charles DEMOLOMBE, op. cit., (note 47), n° 313, p. 221.
- (61) E. COLMET DE SANTERRE et A.M. DEMANTE, Cours analytique de Code Civil, continué depuis l'article 980, 2<sup>ème</sup> éd., t. 5, 1883, Paris, n° 223 bis.IV, pp. 409-410.
- (62) 旧民法財産編第四九二条  
「更改ノ意思ハ債権者ニ在テハ之ヲ推定セス明カニ證書又ハ事情ヨリ見ハルルコトヲ要ス  
然レトモ同一ノ當事者間ニ於テ義務ノ更改アリタルカニ箇ノ義務ノ共ニ存スルカノ疑アルトキハ第三百六十條ニ依リテ債務者ノ利益ノ爲メニ更改ノ意義ニ解釋ス」  
フランス語公定訳第四九二条
- Art. 492. L'intention de nover ne se présume pas chez le créancier : elle doit résulter clairement de l'acte ou des circonstances.  
Toutefois, lorsqu'il est douteux s'il y a novation ou cumul de deux obligations entre les mêmes parties, le doute l'interprète en faveur du débiteur et dans le sens de la novation, conformément à l'article 360.
- (63) Gustave BOISSONNADE, op. cit., (note 8), n° 564, p. 694.  
(64) Gustave BOISSONNADE, op. cit., (note 8), n° 565, p. 694.  
(65) Gustave BOISSONNADE, op. cit., (note 8), n° 565, p. 695.  
(66) Frédéric HUBERT, op. cit., (note 10), n° 190, p. 146.  
(67) 柴崎曉「主観的更改と純粹指図」池田真朗・平野裕之・西原慎治編集『民法(債権法)改正の論理・別冊タートンヌ

メン』(新青出版・二〇一〇)四二二頁。

(68) フランス語公定訳第四九八条

Art.498. Dans les cas de délégation parfaite et d'expressions, si le nouveau débiteur ne peut acquitter la dette, le créancier n'a de recours en garantie contre l'ancien que si le nouveau débiteur était déjà insolvable au moment de la délégation ou de l'expressions et à l'insu du créancier; sans préjudice des conventions particulières qui peuvent étendre ou restreindre cette garantie.

(69) C. Civ. des Français. Art. 1276. Le créancier qui a déchargé le débiteur par qui a été faite la délégation, n'a point de recours contre ce débiteur, si le délégué devient insolvable, à moins que l'acte n'en contienne une réserve expresse, ou que le délégué ne fut déjà en faillite ouverte, ou tombé en déconfiture au moment de la délégation.

フランス民法典一二七六条「指図を行った債務者を免責した債権者は、指図を受けた者 *délégué* が支払不能となる場合にも、その債務者に対してなんら求償権を有しない。ただし、その行為が求償権について明示の留保 *réserve expresse* を含む場合、又は指図を受けた者が指図の時にすでに破産開始 *faillite ouverte* (の状態) にあった場合、若しくは支払不能 *déconfiture* に陥っていた場合には、その限りでない。」訳は、法務大臣官房司法法制調査部編集(稲本洋之助訳)・前掲注(31)一〇三頁から引用。

(70) Gustave BOISSONNADE, op. cit., (note 8), n°566, p. 695.

(71) Gustave BOISSONNADE, op. cit., (note 8), n°566, p. 696.

(72) E. COLMET DE SANTERRE et A.M. DEMANTE, op. cit., (note 61), n°224 bis.I, p. 411.

(73) Gustave BOISSONNADE, op. cit., (note 8), n°566, pp. 696-697.

(74) Gustave BOISSONNADE, op. cit., (note 8), n°566 bis, p. 697.

(75) フランス語公定訳第四九九条

Art.499. La novation par changement de créancier n'a lieu que du consentement tant du débiteur que de l'ancien et du nouveau créancier.

(76) Gustave BOISSONNADE, op. cit., (note 8), n°567, pp. 697-698.

(77) Gustave BOISSONNADE, op. cit., (note 8), n°567, p. 698.

- (78) フランス語公定訳第五〇〇条  
 Art.500. Lorsqu' un débiteur est délégué par son créancier, soit gratuitement, soit en acquit d'une dette du délégué, avec réserve des sûretés réelles qui garantissaient la créance primitive, comme il est prévu à l'article 503, le délégataire n'est saisi de ladite créance à l'égard des tiers que sous les conditions prescrites à l'article 347 pour la cession de créance.
- (79) Gustave BOISSONADE, op. cit., (note 8), n°572, pp. 701-702.
- (80) 旧民法財産編第五〇三条  
 「舊債權ノ物上擔保ハ新債權ニ移ラス但債權者之ヲ留保スルトキハ此限ニ在ラス  
 此留保ハ共同債務者、保證人又ハ第三所持者ノ手ニ存スル擔保負擔ノ財産ニモ之ヲ行フコトヲ得  
 此留保ニ付テハ更改ノ相手方ノ承諾ノミヲ必要トス  
 右ノ場合ニ於テ財産ハ舊債務ノ限度ヲ超エテ擔保ヲ負擔セス」
- (81) Gustave BOISSONADE, op. cit., (note 8), n°572, p. 702.
- (82) Gustave BOISSONADE, op. cit., (note 8), n°572, p. 703.
- (83) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録三(日本近代立法資料叢書三)』(商事法務研究会・一九八四)五九七頁。
- (84) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(83)五九八頁。
- (85) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(83)五九八―五九九頁。
- (86) 前掲注(62)参照。
- (87) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(83)五九九頁。
- (88) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(83)五九九―六〇〇頁。
- (89) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(83)六一〇頁。
- (90) 松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎『帝國民法正解・第三編債權』(日本法律學校・二八九七)七四七頁。
- (91) 松波ほか・前掲注(90)七四七―七四八頁。
- (92) 松波ほか・前掲注(90)七四九頁。
- (93) 前田孝階・亀山貞義『民法講義・債權編・卷之一(上、中、下)』(講法會・二八九八)一二四頁以下。



- (94) 野澤・前掲注(7)三〇頁以下。
- (95) Par ex. Remy CABRILLAC, *Droit des obligations*, 8<sup>e</sup> éd., 2008, n° 425, p. 312 ; Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, op. cit., (note 21), n° 1366 et 1367, pp. 805 et 806.
- (96) Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Éric SAVAUX, *Droit civil, les obligations, le rapport d'obligation*, t. 3, 6<sup>e</sup> éd., 2009, n° 436, p. 370.
- (97) Par ex. Alain SÉRIAUX, *Droit civil, droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., 1998, n° 178, p. 652 ; Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Yvonne FLOUR, Éric SAVAUX, op. cit., (note 96), n° 437, p. 371.
- (98) たとえば振込取引に関して、松本貞夫「誤振込による預金の成否と原因関係の存否」法論八〇巻二・三合併号(二〇〇八)四一九頁、伊藤壽英「振込依頼人と受取人との間に振込みの原因となる法律関係が存在しない場合における振込みに係る普通預金契約の成否」金判一〇〇一号(一九九六)四九頁など。
- (99) 柴崎・前掲注(3)五七頁。
- (100) フランス破毀院の判例においても、民事部においては不確実指図が認定されやすく、商事部においては確実指図が認定され、取引の動的安全が図られやすい傾向にあるとさう(Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Yvonne FLOUR, Éric SAVAUX, op. cit., (note 96), n° 441, p. 373)。
- (101) たとえば、石坂音四郎『債權總論下巻』(有斐閣・一九一八)一六七三頁以下。

隅谷 史人（すみたに ふみと）

所屬・現職 慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

最終学歴 慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

専攻領域 商法、金融法

主要著作

「フランス法における指図（delegation）の歴史的展開」奥島孝康先生古稀記念論文集第二巻『フランス企業法の理論と動態』（成文堂・二〇一一年）

「フランス法およびドイツ法における指図の理論的接続——Art.1277 C. civ.の比較法的考察を中心に——」『法学雑誌ターントンヌマン』第一三三号（二〇一一年）