

〈研究ノート〉再論・法解釈学(実定法学)方法論と債権譲渡(467条・468条)に関する幾つかの問題(1) 池田真朗教授の近著と3つの書評および私法学会ワークショップの討議に因んで

ADACHI, Mikio / 安達, 三季生

(出版者 / Publisher)

法学志林協会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

Review of law and political sciences / 法学志林

(巻 / Volume)

92

(号 / Number)

3

(開始ページ / Start Page)

79

(終了ページ / End Page)

126

(発行年 / Year)

1995-03

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00010848>

再論・法解釈学(実定法学)

方法論と債権譲渡(四六七

条・四六八条) に関する幾

つかの問題(一)

——池田真朗教授の近著と三つの書評および
私法学会ワークショップの討議に因んで——

安達 三季 生

序章 本稿の目的と構成

第一章 立法趣旨・目的・理論構成および取引安全の概念に
ついて

第二章 池田教授の公信説批判について

第三章 池田論文に対する五十嵐教授の書評について

第四章 大村教授の書評について

第五章 海老原教授の書評について(以下九二巻四号)

第六章 私法学会ワークショップにおける討議について

終章 理論構成の意義と方法・再論

後記

序章 本稿の目的と構成

一 これまでの研究の経緯

1 本稿は法学志林九一卷四号(一九九四年三月)に発表した拙稿「法解釈学(実定法学) 方法論と債権譲渡の異議を留めない承諾——池田真朗教授の続稿に因んで——」(以下安達第四論文と称す)の続稿である。右拙稿を発表するに至るまでの経緯は、右拙稿の序章に詳述しているが、ここでも簡単に述べておくと、私はまず三十年余前に志林に「指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾(一)(二)(三)」(以下安達第一論文と称す)を発表したが(志林五九巻三・四号、六〇巻一号、六一巻二号)、そこでは、これに関する従来の学説を検討するとともに(その際、法典調査会議事録での起草者の発言も参照している)これに代る新しい理論構成を提唱しようとして、異議を留めぬ承諾のほか、手形・小切手や指図などに共通する抗弁切断の法理を構成する基本的概念として「仮定的債務者の処分授權」の概念の析出とその確立を試みた。その後、右の概念を用いて、異議を留めぬ承諾に関する要件と効果を具体的な例題の解説という形で解明した。これが谷口・加藤編「新民法演習

再論・法解釈学(実定法学)方法論と債権譲渡(四六七条・四六八条)に関する幾つかの問題(一)(安達)

「債権総論」(昭和四三年) 所収の拙稿「債権譲渡」である(以下安達第二論文と稱す)。(そのほか、ドイツで発表した「手形・小切手法の一般理論」を含めて、手形・小切手法に関する数篇の論文を発表した)

ところで池田貞朗教授(慶応大学)は、平成元年に「指名債権譲渡における異議を留めない承諾(一)(二)(三)」(法学研究六二巻七号、八号、九号)を発表された(以下池田第一論文と称す)。そこではフランス民法二二九五条が旧民法を経て現行民法に継受される過程を詳細に述べつつ従来のが国の学説を(安達説を含めて)批判し、そして自説として、立法趣旨に忠実な構成であると主張して「重法定効果説を提唱された。これに対する私の側からの反論および池田説に対する批判を試みたのが(そして同時に前掲安達第二論文で充分には論じていなかった若干の具体的問題——譲受人の善意・悪意の問題や四六八条一項但書の求償権の問題、さらに「重譲渡」と異議なき承諾の関係の問題——について補充的説明を行なったのが) 志林八九巻三・四号(平成四年三月)に発表した拙稿「指名債権譲渡における異議を留めない承諾・再論——池田貞朗教授および石田・西村両教授の批判に答えて——」(以下安達第三論文と称す)であった(なお、そこでは副題に示しているように石田・西村両教授がかつてなされた、私見に対する、主として方法論上の批判——

西田・西村「債権譲渡と異議を留めない承諾」(叢書民法総合判例25・昭和五一年)「二三頁参照——に対する反論をも行った」。

右安達第三論文と殆ど時期を同じくして、池田教授は「指名債権譲渡における異議を留めない承諾の要件と効果」を発表された(法学研究六五巻四号、平成四年四月)。この論文(以下池田第二論文と称す)は、池田教授によると、池田第一論文が「総論的検討」であるのに対して「いわば解釈論の各論部分にあたる」ものであるとされる。そこには安達説を含む従来の説の要件・効果論に対する批判と同時に池田教授による要件・効果に関する独自の見解の提示がなされている。これに対して私は安達第三論文と基本的に同じ立場から反論と批判を試みた。またこれと関連して安達第二・第三論文で充分に論じていなかった幾つかの問題、とりわけ異議なき承諾と抵当権の関係について私の私見を述べた。それが前記拙稿「法解釈学(実定法学)方法論と債権譲渡の異議を留めない承諾——池田貞朗教授の続稿に因んで——」(志林九一卷四号、平成六年四月)(以下安達第四論文と称す)である。

なお池田教授は、池田第二論文を発表された後、同教授が四六七条に関してかつて発表されていた数篇の論文と四六八条に関する前記二論文をまとめた単行本「債権譲渡の研究」(日本評論社・平成五年五月)を出版された。そして右の追記の中で

安達第三論文に対する反論を試みられている。しかしそれは、私が安達第三論文で最も精力的に行った法解釈学方法論に関する批判についてのそれではなく、むしろ四六八条一項に関する立法の沿革に関連した「立法資料の読み方」に関する反論である。私はこれについても前記安達第四論文の中で再批判を行っている。

2 さて安達第四論文の末尾に述べたように、四六八条一項の異議なき承諾の解釈論についての池田教授の見解と私のそれとの対立をふり返り、具体的な問題の処理の仕方の差異（それは決して少いとはいえない）を比較してみると、結局、それは彼私の法解釈学方法論の対立に帰着する所が多いように思われる。

そして両者の方法論の差異について私は以下のように考える（前稿と重複することをおこわりする）。

池田説の特色は、立法の沿革を重視し、起草者の立法趣旨に忠実に沿って四六八条一項を捉えようとする態度であろう。たしかに起草者の考えた立法目的やそれによって解決しようとした利害対立の実際的な状況を理解することは重要であり、それはいわば同条の理論構成のための出発点であり、最も基礎的な資料といえよう。

しかし立法事業はすぐれて実際的な仕事であり、現在の社会

をいかにして秩序づけ、社会の紛争をいかに処理するかを、専ら、あるいは主として、念頭において行われるのであって、当該規定の民法体系全体における地位づけを行ったり、その理論的な性格を明らかにすることは二の次である。従って大雑把な概念を用いたり、論理的には必ずしも厳密でない議論が行なわれ、従ってまた解明されないブランクの点や曖昧な点が残されるのはやむをえないことである。このことは、四六八条一項のような、わが民法独特で外国に立法例の稀な規定の場合とりわけ当てはまるであろう。

立法者の立法趣旨をふまえつつ、他の関連あるいは隣接する諸制度との間の論理的な、あるいは機能的な関係を明らかにしたり、関連する外国法と比較し、また現実の取引の実際や判例（そこでは起草者の考えていなかった新しい問題点が呈示される）を参考にしつつ、論理的に明確な概念を用い、厳密な論理を駆使して、規定や制度の再構成を行い、その理論的な構造を明らかにすることが法学者の任務であろう。それによって、立法当時曖昧だった諸点も明確化され、またこのような理論構成に依拠し、参考にすることによって、名人芸や勘に頼らずともその規定の正しい運用が可能となろう。

百年も前の起草者の議論に拘泥し、それと同じレベルで議論し、不明確な概念を用い、漠然とした——せいぜい良くいって

弾力的な——構成による同条の「本質」の究明の試みは、どれだけ意味があるか疑問に思わざるをえない。

債務承認説や公信説や処分授權説や指図引受説（私がかつて処分授權説に到達する過程において主張し、またフランスのカピタンによって主張された説。安達第四論文参照）においては、その程度において多少の差異はあるものの、ほぼ明確な概念を用いてなされた理論構成である。従ってそれが誤った理論構成であるか、どこが誤っているかを多かれ少なかれ明確に論証できる。したがってそれが正しくない説であったとしても、より妥当な構成を見出していくための踏み台になりうる。しかし二重法定効果説のように、曖昧で不明確な概念で説明したのでは、その理論構成のどの部分が誤っているかを論証することは不可能である（K・ポッパーのいう反証可能性が、あるいは平井教授のいう反論可能性が、無い）。したがってこれを踏み台として、より妥当な構成を探索する手がかりとすることが、そもそも不可能となるのではなからうか。

3 安達第四論文は、池田第二論文を批判するにあたって法解釈学方法論の次元にまで立ち入って論じている。このために、安達第四論文の標題をつけるにあたって、特に「法解釈学（実定法学）方法論と債権譲渡の異議を留めない承諾」としたのである。もっともここでつけ加えると、池田第一論文を批判した

安達第三論文においても、既に法解釈学方法論に関してかなり多くの頁数を使って議論している（全部で一三九頁の頁数のうちではば五五頁を、従って三分の一強をこれにあてている）。ただし、その中には①「池田説に対する批判」の部分（志林八九卷三・四号八七頁以下）と②第五章の「石田（喜）・西村両教授の批判」に対する反論の部分（前掲一〇四頁）と③補論の「池田論文に対する道垣内助教授の批判に対する池田教授の反論について」の部分が含まれている。この各部分について若干のコメントをつけ加えると、右の②は前述したように石田・西村両教授によって曾って安達第一論文と第二論文に対してなされた法解釈学方法論に関する批判の反論であり、右の③は、池田第一論文に対して道垣内助教授が法律時報の「民法のあゆみ」欄でなした批判（時報六二卷一〇号）およびこれに対して池田教授によってなされた反論「論文批判における方法論の問題」（時報六二卷二二号）を読み、この論争に対する私の立場からのコメントないし感想を述べたものである（私の立場は基本的に道垣内助教授の立場に近い）。そして以上の①②③における法解釈学方法論上の議論の叙述に際しては、従来私が主として債権譲渡の異議なき承諾や手形・小切手法に関して既に発表した論文の中で、方法論に関して述べている所を少なからず引用している。それは具体的にいうと、安達第一論文での方法論に関する

叙述のほか、昭和五〇年にドイツの出版社から出版した「手形・小切手法の一般理論」(Allgemeine Theorie des Wechsel- und Scheckrechts, 1976)の序章の中の「方法論について」の部分と「本論文の出発点と目的」の部分(の翻訳)、および拙稿「手形法における参加・複本・謄本と法解釈学方法論——仮定的債務者の処分授權の概念による新たな構成——」(志林八八巻一号・平成二年十月)の第六章補論(方法論)の部分である。

視点を換えていうならば、私は安達第一論文によって四六八条一項をはじめ取りあげた時から、この規定が債権譲渡における抗弁切断の問題に関わっている以上は、手形・小切手法あるいは有価証券法における最も重要な原則である抗弁切断の法理と切り離して捉えることはできないことに気がついていた。

そしてこの法理が百年を超える長い論争を経た今も、必しも決着している問題ではない極めて困難な問題であることを考えると、異議なき承諾や手形・小切手法における共通の法理としての抗弁切断の問題をとりあげ、自説を主張するにあたっては、方法論的な検討をふまえながらこれを行うことが必要だと考えていた。だからこそ前記の安達第一論文や、ドイツで発表した「手形・小切手法の一般理論」や「手形法における参加・複本・謄本」などの論文において方法論的な問題をとりあげて検

討することになったのである。そして池田第一論文・第二論文を批判するにあたっては、——池田説自体が、安達説を含む従来の学説に対する方法論上の批判から出発しているだけに——それまでに私が試みたこれらの方法論的な問題の検討を動員して、池田説の基礎にある方法論をも掘り下げて総体的に批判したのである。

このように見ていくと、「法解釈学(実定法学)方法論と……」という標題は、安達第四論文だけでなく、実は第三論文の標題としても相応わしくはなかったといえるかも知れない。

二 本稿の課題と叙述の順序

1 それはともかくとして、安達第四論文に敢えて付した右の標題に鑑みて、第四論文を補充するものとして、以下の第一章で「立法趣旨とその目的および理論構成の関連」を、また同時に、四六八条一項の目的に関して問題となる取引安全の概念を検討したい。次いで、第二章で池田教授による公信説の批判をまとめて検討したい。

2 第四論文の校正の途中に、前掲池田教授の「債権譲渡の研究」に対する五十嵐清教授の書評(慶応義塾大学「法学研究」六六巻一号)と大村敦志教授の書評(NBL五三六号)に接

した。ともに四六八条一項（および四六七条）に関する池田教授の法解釈学方法論（およびこれに対立する道垣内教授と安達の方法論）を問題にしているので、第三および第四章において、これに対する私のコメントないし感想を述べよう（ここでは立法者意思説か法律意思説かの問題がとりあげられる）。以上のほか、最近、海老原教授（東京大学）が法学教室一六号（一九九四年二月号）に右の池田教授の著書についての紹介記事を書かれているので、これについても第五章でとりあげよう。（ここでは主として立法の沿革に関連する外国法継学の研究のあり方がとりあげられる）。

3 平成五年度の私法学会学術総会（十月十一日・於龍谷大学）の初日、書食時間帯を利用して開かれた幾つかのワークショップの一つとして、十数人の出席のもとに「債権譲渡の異議を留めない承諾」に関する報告・討論が行われ、石田喜久夫教授が司会し、池田真朗教授の問題提起報告のあと、活発な討論が行われた。私も出席して討論に加わらせて頂いた。長時間に亘る当日のワークショップの報告・討論の内容の要点を池田教授がまとめられたものが「私法五六号」に掲載されている。当日テープレコーダーを持ち込んで採録されたものに基く要点筆記であり、大体において公平であると思うが、私の立場から敢えていえば、私から見て重要なはずの発言が記載洩れになって

いる点もあり、また私の発言で意を盡くしていない点についてコメントしておきたい点もある。さらに、右のワークショップが開かれた時期は、安達第四論文の原稿執筆が完了し、清書の段階に至った時期であった。そのためにワークショップでの討論は第四論文に参照されていない。もっともワークショップで取り上げられている問題点はすでに第四論文で殆どすべて検討されているので、それぞれの問題点について第四論文の叙述の該当箇所を掲げてその対応関係を明確に示しておきたい。このほか、ワークショップに出席された諸教授の発言につき私の立場から検討しあるいは批判しておきたい点もある。第六章では、以上のすべてを含めて、ワークショップでの報告・討論につき私の立場からのコメントを行なう。

4 さて私は本稿で、主に債権譲渡に関する解釈論と関連させ、また池田教授の方法論を批判しながら、法解釈学方法論について若干の新たな考察を、前稿でなした考察に加えて、行なう（とくに第一、第四、第五の各章）。本稿末尾の終章では、これを踏まえて、私の法解釈学方法論の特色を明らかにし、かつそれが、わが国の現代民法（私法）解釈学方法論の流れのなかでいかに、地位づけられうるかを検討しようと思ひた。もっとも、右の流れを、さしあたって我妻「私法の方法論に関する一考察」から始めるにしても、これを実証的に解明することは至難

のわざであり、現在の私がこれを通りでも正確に理解しているとはいえない。しかし将来の研究のための一つの準備作業の意味をもった覚書（の一部）として終章の形で敢えて記すことにした（池田教授の方法論に強い影響を与えていると考えられる星野教授の方法論——それは近時のわが国の民法学の主流を占めるといつて過言ではあるまい——を右の流れの中で地位づけることも重要な課題である。これについても試論的ながら簡単に触れた）

（ちなみに本稿は前稿（安達第四論文）の続稿であるに拘らず、その標題を若干揚げ、「債権譲渡の異議を留めない承諾」の語に代えて「債権譲渡（四六七条・四六八条）」の語を用いているが、その理由は、本稿第三章で扱っている五十嵐教授の書評のコメントでは、四六七条（指名債権の對抗要件の規定）の問題を中心にとりあげ、これに関する池田説の批判と同時に、私見をも開陳しているからである。）

第一章 立法趣旨・目的・理論構成および

取引安全の概念について

一 立法趣旨と目的と理論構成

再論・法解釈学（実定法学）方法論と債権譲渡（四六七条・四六八条）に関する幾つかの問題（一）（安達）

1 ある制度や規定の「立法趣旨」とか「立法目的」というとき、この二つの語は、その内容において若干の違いがあると思われる。わが国の代表的な国語辞典によると、「趣旨」の語の意味として二つ、すなわち①ある事をする理由・目的②話や文章の言おうとすること。要旨。があげられている（角川「大辞林」。岩波「広辞苑」も同義語として「趣意」をあげつつ同様の説明をする）。これから判断すると、「立法趣旨」の語は「立法目的」の語より広い内包を有する。すなわちそれは第一に立法目的を含みつつ、それとともに第二に、立法者が考えた当該制度や規定の主要な内容あるいは基本的仕組みをも、未分化な形で含むものと解される。右の第二の部分を原初的な形での理論構成もしくはその萌芽と言ひ換えることができる。

従つて四六八条一項に関する法解釈学上の課題に関する私見を右に則していうならば、立法者、あるいは起草者は、同項の目的や基本的仕組みを法典調査会議事録での発言などを通して述べているが、しかし曖昧であり（例えば同項による抗弁切断の効果を「極く厳格に言えば法が新たに認めたもの」とする起草者（梅委員）の発言や、あるいは譲受人が善意の事例を多く述べているが、これを要件とする旨を明言していない。法典調査会民法議事速記録二十一巻三〇九頁、三一〇頁。）、明確な概念を用いて説明しているわけではない。もちろん民法体系上における地

位づけが明らかにされているわけでもない。もっとも同項が他に立法例の無い新しい規定であることを考えれば、このことは無理もないことである。しかし後代の学者は、この規定と機能的・構造的に関連性のある他の諸制度との関係を明らかにすることによって、第一にこの規定の目的を——その際、起草者が実際に考えた目的を基礎にしつつも、必ずしもこれに拘泥されない、いわばあるべき目的を、立法後のこの規定の実際の運用の状況を、判例や取引慣行すなわち実際の取引に用いられている契約書ないしそのひな型を参考にしながら——一層明確にし、第二に、これと同時に、明確な概念を用いてこの規定の全体的な論理的な構造を明らかにすることを——つまり本来の意味での理論構成を行うことを——努めなければならない。

2 ここで、ある制度や規定の目的と、その理論構成の間の関係について述べよう。一般的にいえば、後者は、前者を過不足なく、かつ整合性をもって実現するための手段であり、その意味で後者は前者に適合するものでなければならない。したがって実定法上のある制度や規定の目的に適合するように、その制度や規定の理論構成がなされるべきであり、したがってまたこれに適合するように実定法上の要件・効果に関する諸規定が解釈される必要がある（合目的解釈）。

そして実定法上のある制度や規定の目的と、それが実定法上、

多くは暗黙裡に、かつ漠然とした形であれ採用している理論構成（そしてその具体的ならわれとしての要件・効果の規定の仕方）との間に不適合が生じている場合にも（それは立法者の立法技術の拙劣さにより生じることもありうるし、また場合によっては、当該制度や規定の背後にある社会状況の変化によって、この果たすべき目的や機能自体が立法当時と変わってきたという事情によっても生じるであろう）、目的に照らした当該規定の解釈が類推解釈などの方法を用いてなされるべきであり、そしてこのことを通して、あらためて目的に適合した、そして当該規定の全体的な論理的構造を明確に示すものとしての新たな理論構成が追究されるべきであろう。

なお制度や規定の目的と理論構成の関係については、私はかつて取得時効制度に関連して川島教授の問題提起を受けとめつつ、これを批判して私見を述べたことがある（川島編・注釈民法（5）昭和四二年、一五七頁。同様な考えが四六八条一項の考察にも当てはまると考えるのでこれを再録しよう）。

川島教授は、取得時効の法的構成とその目的・機能とを分けて論じ、まず法的構成として、採証上の法定証拠の成立を認める制度であって、その点で消滅時効と同じであると述べ、ついで、その機能ないし目的として、物権とくに所有権の取引の安全の保護をあげる（川島・民法総則五四五頁）。これに対して私は「たしか

に、法規の解釈はその目的に照らしてなされるべきである以上は、ある法規の採用する法的構成とその目的・機能を分けて論ずることとは正しい」と述べ、そして、合目的々な解釈の結果、場合によっては、その法規の演繹的な適用を積極的に修正することが必要となるとしながら「しかし法律学の課題としては、この段階からさらに進んで、法規の合目的々な解釈・適用による具体的な帰結（とくに判決という形で現われるそれ）から出発し、かかる具体的な帰結を導出しようるとき法的構成を帰納的な操作によって探求することが——換言すれば、規定の目的ないし機能に適合するとき規定の再構成が——要求されるのではあるまいか。この意味での法規の法的構成とその目的ないし機能との新たな統一的把握が試みられるべきではあるまいか」（前掲書一五八頁）と主張した。

そして具体的に、川島教授の主張される「法的構成としての法定証拠、目的・機能としての取引安全」という捉え方を検討し、一方で、取引安全の目的は、占有の始めにおける占有者の善意・無過失を要求する短期取得時効（二六一条二項）、には適合するけれども、この要件を必要としない長期取得時効には適合しない（長期取得時効の要件・効果に関する教授の具体的な議論の中に、取引安全の目的についての考察は活かされていない）。他方、法定証拠として構成するならば、元来、占有の始めの時期の確定を問題とする必要はないはずなのに、短期取得時効は、これを問題と

し、占有の始めにおける占有者の善意・無過失を要求するのであるから、この構成は長期取得時効には適合するとしても短期取得時効には適合しない。かように川島教授は長期・短期の取得時効について統一的に法的構成とその目的・機能を構想されるのであるけれども、むしろ両取得時効を区別して、夫々について目的・機能とそれに適合する構成を考えるべきである、と批判した。

3 四六八条一項について、その目的と理論構成を分けて論じることを私は既に発表した論文で、とりわけ安達第一論文で試みている（志林五九卷三・四号、九八頁）。そしてこれを石田・西村両教授の批判に対する反論を行った第三論文でも引用している（志林八九卷三〇四号、一一三頁）。そこでは、鳩山博士の禁反言説およびそれに続く公信説が、四六八条一項とその政策的な立法趣旨（すなわち立法目的）において、譲受人を保護し、動的安全のための制度として捉えようとしたことは正当であるとして高く評価しつつ、しかし他方で「動的取引安全のための制度として把握するとしても、それは、法解釈学にとっては、いわばその果たすべき課題が設定されたに過ぎない。というのは、法規の有する価値的意義を過不足なく、且つ確実に実現しようとする法律の構成を作り出すことが特殊に法律学にとって中心的な任務でなければならないからである」として、そのための方法について川島教授の所説（川島「科学としての

法律学」五八頁）を引用している。そしてこのような四六八条一項の目的に適合した理論構成の追究において鳩山説や公信説が不十分であったと批判しているのである。（他方、これに反して、石坂博士による債務承認説は、既存の法概念や法制度との論理的整合性を強調するあまり、我国独特の規定たる同条項の価値的意義を（つまり目的を）無視するという欠点があったのではないかと批判している）

私は、四六八条一項の立法過程とりわけ法典調査会議事録における起草者の発言の分析を通して、現行民法四六八条一項が、その基礎となった旧民法の規定と異なって、明らかに譲受人を保護し、取引安全をはかるための規定として設けられたことを確認するとともに（第一論文、志林五九巻三〇四号）この目的に適合する理論構成を追究した。そして、債務承認説や禁反言説や公信説を批判しつつ、これに代るべきものとして、異議なき承諾を「仮定の債務者の処分授權」として構成する考えに到達したのであるが、そのためには、一方で四六八条一項における取引安全ないし譲受人保護の法理を物権変動における取引安全の法理や手形・小切手ないし有価証券におけるそれ等と比較・対照させ、他方四六八条一項と法的構造において関連性ある処分授權制度や代理権（その授權ないし追認）の制度などとの関連性を明らかにすることが必要であった。そしてそのうえで取引

安全の法理を構成するものとして権利外観法理のほかに、処分授權の法理が存する必要があることが必要であった。

これに対して池田教授は、目的と理論構成とを明確に区別したうえで両者の整合的な関係を追究するというのではなく、両者をいわずば未分化の形において含む——そしてまた不明確な觀念によって表現されている——立法趣旨ないし起草趣旨を忠実に反映するものとして法定二重効果説を主張される。そしてこのような立法趣旨の究明が無媒介的に規定の解釈に役立つと考えられているようである。しかし屢々述べたように、異議なき承諾を「意思的要素を含む觀念の表示」と説明するような曖昧な概念を用いた理論構成は、具体的な問題の処理をする際の指針として役立つことは少ないのではなからうか。これについては既に、池田第二論文で扱われている要件・効果論を批判した安達第四論文で具体的に指摘したところである（志林九一巻四号七一頁）。道垣内教授が池田第一論文に対する批判として述べられているように、そもそも池田教授の主張される二重法定効果説は理論構成の名に価するか、疑問と言わざるをえない（志林八九巻三〇四号一二三頁）。

二 取引安全の概念について

1 ちなみに取引安全の語の意味について一言すると、前述

のように、私は四六八条一項の立法過程とりわけ法典調査会の

議事速記録における起草者の発言の分析などを通して、同項は、その基礎となった旧民法の規定を換骨脱胎し、譲受人を保護し、取引安全をはかるための規定とされた、と解した（志林五九卷三〇四号九五頁）。しかし池田教授はこれを批判して「起草者の段階では、譲受人保護の発想はボアソナードと同様にあったものの、取引安全の規定と積極的に位置づけるところまでは至っていない」と指摘された（法研六二巻八号六五頁注15）。これについての私の反論は第三論文（志林八九卷三〇四号八〇頁以下）で述べたが、ここで争われている問題は二つある。一つは旧民法の解釈に関する問題である。すなわち旧民法において切断される抗弁の種類が、果たして現行民法と同じように無制限と解しうるか、それとも解釈上、一定の制限が存すると解すべきか、の問題である。他の一つは、取引安全の原則の観念のいかに捉えるべきか、すなわち公信の原則ないし権利外観信頼の原則と同義として捉える（池田説）か、それとも、より広く譲受人（あるいは取引の相手方）が期待した通りの権利を取得しうるという意味での譲受人（取引の相手方）保護の原則として捉える（安達説）か、いずれが妥当か、の問題である。前者については第三論文で詳論したが、後者については、ここでは結論のみを述べたにすぎなかったので、ここでより立ち入った検

討を加えよう。

2 従来、たしかに池田教授の用語法と同じように「（動的）取引安全」を外観信頼の法理と同じ意味で用いる例はあった。その有力な一つとして有斐閣の「新法律学辞典」がある。そこでは動的安全のための制度の事例として、表見代理・即時取得・公信の原則があげられている。しかし動的安全の語の意味をより広く捉えるほうが、少くとも従来のわが国の文献で見る限り、一般的といえるのではなからうか。

まず、わが国で静的安全と動的安全の対立およびその調整について最初に問題を提起した鳩山博士の「法律生活の静的安全及び動的安全の調節を論ず」において、静的安全と動的安全の調節という観点から探究すべき民法上の諸制度が列挙されているが、それは、不動産登記に公信力を与うべきかの問題、動産物権変動における即時取得、表見代理、債権の準占有者への弁済の制度また債権譲渡人における譲渡の通知・承諾又は譲渡証書に公信力を与うべきかの問題、無能力者保護制度における取引安全の保護のためのその制限、意思表示の解釈における表意者のための静的安全と相手方の立場に立った動的安全の調節をあげ、さらに所謂無因契約なる制度が動的安全と関連あることを指摘しつつ、物権契約や債権譲渡契約の無因の問題、授權行為の無因の問題もまた同じであると述べる（鳩山「債権法にお

ける信義誠実の原則」(三三頁)。

次に有斐閣「民事法律辞典」の「動的安全・静的安全」の項目については谷口博士による詳細な解説があるが、これも鳩山博士と同様に動的安全を広く捉えており、これに関連する制度としては、鳩山博士の挙げる諸制度を挙げるほか、さらに、不法で無効な債権が譲渡されたとき、債務者の異議なき承諾により抗弁切断の効力が生じることが、取引安全のために良俗維持の要請が犠牲にされることを述べ、また取引安全法理に關係するものとして、物権行為の無因性と並んで有価証券の無因証券性を挙げている。

また物権行為に無因性を与えることが取引安全に資するものであり、少くともそれと関連性を有することは、いちいち文献を挙げるまでもなく、多くの物権法の教科書で述べられているところである。

このように動的安全の意味を狭く解し、権利外観法理ないし公信原則と同義で捉えるのではなく、より広く、譲受人(ないし取引の相手方)が期待した通りに権利を確実に取得するための譲受人保護の制度として捉えるほうが、むしろ一般的傾向といえるのでなからうか。

池田教授は、四六八条一項について公信説に反対する立場をとり、同時に取引安全法理を公信の原則と同義に捉える立場か

ら、同項を取引安全のための制度であることに反対される。それに対して私は、一方で池田教授と同じく、公信説を採らないが、しかし他方で取引安全の法理をより広く解する立場から、同項を取引安全のための制度と解するわけである。取引安全の語の意味をいかに捉えるかは、便宜的な言葉の用法の問題であり、一方が正しく他方が誤っているとは言えないかも知れないが、前述したところから明らかなように、少くとも私の用い方のほうが——債務者の異議なき承諾が予めなされていれば譲受人は安心して譲り受けることができるのだから——従来の一般的な傾向に合致しているといえるのではなからうか。

3 ここで一步踏み込んで、言葉の用法の問題として、取引安全の語を狭く捉えるのと、広く捉えるのと、いずれがより妥当であるか、また後者の用法が妥当だった場合これを「譲受人(あるいは取引の相手方)保護」の意味にまで拡張すべきかについて若干の考察を試みよう。

取引安全は実現すべき法的価値であり、目的である。それに対して公信の原則あるいは権利外観信頼保護の法理は、これを実現するための手段である。取引安全と公信原則を同義において捉える考え方は、公信原則という手段によって実現される取引安全のみを取引安全として捉えることになり、また取引安全はすべて公信の原則によって実現されることになる。したが

って公信の原則の観念の中に取引安全の観念は埋没し、この観念を公信の原則と別の観念として持ち出す実質的意味が乏しくなるのではないか。換言すれば、公信の原則の語と並んで取引安全の語が、現実には用いられているということは、公信の原則以外の法理によっても取引安全の目的が実現される場合がありうるとする見解が暗黙に前提されているからではなからうか。だとすると、取引安全の語を公信の原則や権利外観信頼保護の語よりも広く捉えるほうがこの語の用法として自然であろう。

それでは取引安全の概念の内包をいかに捉え、取引安全の制度の共通の特徴をいかに捉うべきか。一方で取引安全を譲受人保護（あるいは取引の相手方保護）よりも制限的に、しかし他方で公信の原則によって譲受人が期待した通りの権利を取得することよりも広く捉え、結局、譲受人が公信の原則その他の方法で期待した通りの権利を確実に取得しうるための制度として捉えるべきであろう。従って前述した鳩山説・谷口説と同じく物権行為の無因性の法理や手形・小切手における無因債務の法理も——これらは公信力の制度とは異なるが——取引安全のための制度として捉うべきであることは勿論だが、そのほかに物権変動の對抗要件主義もこれに含めるべきであろう。ただし、例えば不動産登記主義がAにあれば、Aから不動産を譲り受けようとするBは、AからCに既に権利移転がなされてはいない

と信じて（その限りでAを権利者と信じて）安心して譲り受けることができからである。なお私見のように債権譲渡の異議なき承諾を処分授權の一種と解する立場においては、予め債務者が異議なき承諾をしているならば、譲受人は債務の有効な存在を信頼して譲り受けることが出来るのであるから、四六八条一項が右にいう取引安全のための制度であることは疑いがない。

他方、譲受人が期待した通りの権利自体を取得しえなかったときに、譲渡人に対して主張しうる売主の担保責任、あるいは原始的不能を理由とする契約の無効な場合に譲受人が譲渡人に主張しうる契約締結上の過失による責任などは、前述した取引安全の諸制度と同じく譲受人保護のための制度であるが、しかし、譲受人が期待した通りの権利自体を確実に取得するための制度ではないから、取引安全のための制度には含まれないことになる。

右のように、取引安全の語を一定の明確な内包を有する概念を示すものとして用いることによって、この語は、公信の原則とか譲受人保護制度の語とは異なった意義を持ち、学理上、私法制度の体系的な把握のために有用な語となりうると思われる。

4 右述のように、指名債権の譲受人が債務者から抗弁の對抗を受けず、期待した通りに抗弁の切断された債権を取得しうる関係を取引安全の法理の適用と解するのであるが、かような

抗弁切断の目的を達するための法的な手段あるいは法律形成には二つのものがあることは既に前稿で述べた（安達第一論文）。

志林六二巻二七六頁）。本章のしめくりとしてこのことをあらためて指摘しておきたい。その一つめは公信の原則ないし權利外観信頼保護の法理によるものであり、二つめは処分授権によるものである。前者は、九四条二項の適用により、債務者と譲渡人が通牒虚偽表示して虚偽の債権証書を作成し、譲受人がこれにより有効な債権の成立を信じて譲り受けた場合に成立する。後者は四六八条一項による債務者の異議を留めぬ承諾がなされた場合である。

なお既に述べたように、私見では、債務者が債務の不成立あるいは消滅を知りつつ敢えて異議なき承諾をしたときに、譲受人は、その善意・悪意を問わず、債権を新たに取得するが、債務者が債務の有効な存在を誤信したために異議なき承諾をなした場合には、理論上、動機の錯誤による意思表示となる。したがって譲受人が動機の錯誤を知りまたは過失によって知らなかったときは、債務者は異議なき承諾の無効を主張しうる。そして譲受人が債務の不存在自体を知り又は重過失により知らなかったときは——一般に債務の不存在に拘らず債務者がこれを知りつつ敢えて（譲渡人から異議なき承諾をするように頼まれたときであっても）異議なき承諾をなすことは稀であり、むしろ

錯誤によってなす場合が少くないという事情にもとづき——譲受人は債務者の錯誤自体を知らなくても過失があったと認むべきであり、従って債務者は異議なき承諾の無効を主張し、債務の免脱を主張しうる。このように動機の錯誤の取り扱いにおいて、瑕疵ある意思表示でも相手方が善意ならば表示通りの効力を発生せしめるという表示主義が適用される。（また、処分授権には代理権の授権における表見代理の法理が類推適用されるべきであろう。）このように異議なき承諾の具体的な処理においては、外観信頼保護の法理が適用されるのであり、その限りで前述の第一の形式が第二の形式の実際の運用の中に活かされることになる。

なお私見では、有価証券における抗弁切断の法理においても、前述した指名債権の場合と基本的には同じ二つの形式が用いられている。一つめは權利外観信頼保護の法理であるが、有価証券の場合には指名債権の場合よりも要件が緩和され、債務者と譲渡人の通牒虚偽表示による外観の作出は要求されず、単に債務者の過失による外観作出で足りる。この第一の形式の用いられている証券が、私見によれば、貨物引換証や船荷証券のような、要因証券たる文言証券である。二つめの形式の用いられているのは無因証券たる文言証券であり、手形や小切手がその例である。私見では、例えば約束手形の振出は、仮定的債務者の（連続的な）処分授権

であり、その効力として、被裏書人は抗弁の切斷された新たな債権を取得することになる（なお安達「債権総論講義・補訂三版」二五六頁参照）。なお無因証券における「無因債務」の概念は、私見では、元来、信託的に負担した債務を意味し——あたかも信託的な所有権移転の形式が、その経済目的に適した法形式としての処分授權の形式に進化し転化する（四宮博士の解明された「テーズによる」と同じように——それは、その経済目的に適した法形式としての仮定的債務者の処分授權の形式に進化し、転化するものと考え（四宮テーズの応用）。これについては前に議論した。（安達第一論文志林六二卷二九号九二頁）

第二章 池田教授の公信説批判について

1 池田教授は、取引安全法理と権利外觀法理とを同義と見たうえで、近時の通説ともいふべき公信説に対し、それは四六八条一項を取引安全法理によって基礎づける説であると解しつつ、批判される。私も前述したように、公信説を妥当でないとして批判する立場であり（安達第一論文志林五九卷三〇四号九九頁）その点で池田説と共通するが、しかし批判の仕方点でかなり異なる。ここで池田教授の公信説に対する批判をまとめて紹介しつつ、これを私の立場から検討してみよう。池田教授と

私の見解の（とくに研究方法上の）差異を明らかにするのに役立つと思われる。

2 同教授によると、公信説は、異議なき承諾を前条の承諾と同様に、譲渡の事実を知った旨の觀念の表示と見るが、しかしかような觀念の表示に、抗弁切斷という強い効力を生じさせるアンバランスを説明していない。すなわち民・商法で公信力が認められている諸事例を検討してみると「公信力が認められる対象になる公示は、動産の即時取得の場合にはその動産の占有、その他の場合では登記あるいは有価証券の占有であり、動産の即時取得の場合以外では、公信力は、厳格な公の文書による表示、あるいは方式が定められ権利を化体した証書の占有に基礎を置いて認められていると考えられる。それゆえ、公信力を認めうる範囲の拡大を許容するにしても、単なる觀念の表示とされるもので、しかも方式を問わず書面性も必しも確保されないものに公信力を認める合理性はどこにあるのか、はなはだ疑問」だとされる（法研六二卷九号三二頁）。

以上のごとき池田教授の批判に対する私のコメントとしては、私は、書面を必しも要件としなくて成立する表見代理（とりわけ觀念の表示たる代理權授与の表示を信頼した第三者を保護する一〇九条の表見代理）を考えると、表見代理の制度も権利外觀法理の適用であり、その限りで公信力の法理と基本的に共通し

ているのであるから、異議なき承諾の無書面性・無方式性を問題とすることはたいして意味のあることではないのではないか。また教授の右の論法からいうと、異議なき承諾の要件として書面性・方式性が要求されていれば、それを観念の表示と見つつ、それに公信力を与えることが是認しうることになるう。

しかしこのように解すべきか疑問である。この問題に関する私見は既に屢々述べたが、ここで繰り返すと、四六八条一項の異議なき承諾が前項で定める對抗要件としての承諾と同じものと見、したがって観念の表示と見るならば、——それが方式を備えた書面でなされていると否とを問わず——四六八条一項に定める抗弁切断の効力の発生を説明しえない。というのは①對抗要件としての承諾は、譲渡される債権がどの債権であるかを示してなすことが必要であるが、しかしその同一性を示すためには、必しもその債権の内容（債権額や弁済期）を示す必要はなく、その債権の発生原因や発生時期を示すことによってなしている場合がありうる。この場合、譲受人が譲受にあたって信頼するに足りる権利の外形は何等存しないのだから（実際には四十万円の消費貸借上の債権を一〇〇万円の債権だとして譲渡人が譲渡するにあたり、債務者が異議を留めず承諾する場合を考えよ）、これを譲受人が信頼して譲受けて外形通りの権利を取得するということとはありえない。②それでは、債務者が債務の内容に言

及したうえで異議なき承諾をなした場合かどうか。債務者が言及した通りの内容の債務の存在を譲受人が信じて譲受けたならば、譲受人の信頼を保護してよいと言えそうに見える（もっとも公信説の論者がこのような形で公信説を主張しているわけではない）。しかし債務者が誤って、不正確な債務の内容に言及した場合を考えると、——債務者が誤って不正確な債務の内容に言及した債権証書を債権者に交付していたとき、その債権証書の記載を信じて譲受けた譲受人は、信じた通りの内容の債権の取得を債務者に對抗しうるわけではないことの比較からいって——譲受人がたとえその通りの内容の債権の存在を信じて譲り受けたとしても、その通りの債権の取得を債務者に對抗することは不可能ではなからうか。③また、そもそも債務者が債務の不存在を知りつつ敢えて——譲渡人から頼まれたためであると否とを問わず——異議なき承諾をした場合には、譲受人の善意・悪意を問わず、債務者は譲受人に債務を負担するとしても不都合は生じない。

以上のように考えると、四六八条一項の承諾は、「前条ノ承諾」と異なって、異なる観念の表示ではなく、一種の意思表示と見るべきであり、そして私はこれを「仮定的債務者の処分授權」として捉えようとするわけである（安達第三論文志林八九卷三・四号一七頁以下）。もっとも池田教授も四六八条一項の承

諾を「前条ノ承諾」と同じものと解しつつも、これを単純な觀念の表示ではなく、「意思的要素」を含んだ觀念の表示だとされ、そしてかような意思的要素によって抗弁切斷の効果を説明しようとする。すなわち意思的要素を含む行為だから、誤って異議なき承諾をなした債務者に——譲受人の善意を要件として——サンクションを科し、抗弁切斷の効力を生じさせるというのである。これに対する私の批判は既に述べたが（安達第四論文志林九一卷四号七一頁）一言でいえば、意思的要素を含んだ觀念の表示というような曖昧な構成では、それから恣意的に結論を導き出すことができるのであり、理論構成というに不十分な捉え方ではなからうか。

なお池田教授は、異議なき承諾を意思表示そのものと解することを却けられるのであるが、その主たる理由として——旧民法のようにそれが一定の方式を備えた書面（公正証書）でなされることが要求されているならば、それを意思表示と解しうる余地があるが——そうでない現行民法では、軽率にそれがなされることになるからさように解しえない、と説明される。しかしある行為が書面行為であるか否かということと意思表示か觀念の表示であるかということとを直結させることは要式行為に関する一般的な法理から考えても納得しがたい。意思表示が書面によらないために軽率になされたときは、錯誤などによる意

思表示の瑕疵を問題にすれば足りるのではないか。

3 池田教授は、我妻博士が「債務者の承諾に一種の公信力を認めて債権譲渡の安全を図ろうとする制度の趣旨からみるときは、保証人も拘束されると解するのが正当」（我妻「新訂債権総論」五三八頁）と述べ、異議を留めない承諾による抗弁切斷の効果が債務者の保証人にも及ぶとされていることを批判し、フランスの学説（とくにコルメ・ドサンテールの説）を援用しつつ「公信説（我妻説）は単なる觀念の表示に、意思表示であっても認められなかった強い効果を認めるという、それこそ世界に類を見ない、譲受人保護に傾いた説」だという（法研六二巻九号三四頁）。そして教授自らは「本条の抗弁喪失は単なる譲受人の外観信頼保護のみでなく、そのような不合理な承諾をした債務者へのサンクションとしての意味をも持つて規定されているとの私の法定二重効果説の立場からみても」抗弁喪失効は、異議なき承諾をした債務者自身のみに課される法的効果と見るべきだとされる（法研六五巻四号五二頁）。

以上に対する私のコメントを述べると、私は、公信説をとるからといって、直ちに我妻説のように主たる債務者の異議を留めぬ承諾により保証人についても抗弁切斷の効力を生ずると解するのは正当でないと思う。まず手がかりとして、典型的な公信力法理の適用事例である即時取得のケースを考えると、善意

無過失の譲受人が即時取得する反面において、本来の所有者は権利を喪失するという不利を受けるが、この結果は、善意無過失の譲受人が現出するについてこの者にも何等かの帰責事由が（少くとも何等かの原因を与えたという事由が）あったことによつて是認されるのであって、換言すると、この者にかかる事由がない限り、権利喪失の結果を認めないか、あるいは少くともそのための要件を加重すべきだといえよう。一九三条の盗品・遺失物についての法則は、この理をあらわすということができる。以上のことを四六八条一項に適用するならば、公信説の立場をとった場合、自ら異議なき承諾をなした主債務者が（公信の原則の適用によつて）抗弁切断の不利を受けることは是認しうるとしても、自ら異議なき承諾をなさず、また債務者のなした異議なき承諾にも何等関与していない保証人に、抗弁切断の不利を負わせるべきでない、といふと思われる。そして実際に公信説論者のほとんどが（例えば、近江「民法講義Ⅳ」（債権総論）二八一頁参照）、我妻博士と異なつて、このように解しているのである。なお、異議なき承諾の性質を意思表示の一種としての処分授權と解する私見の立場からは、前に述べたように、保証人が自ら異議なき承諾をなすことによつては、この者についてのみ抗弁切断効力を生じることになる（安達第四論文志林九一卷四号一〇八頁。池田教授の考えだと、保証人が自

ら「不合理な異議なき承諾」をなしたときのみ、その「サンクション」として「保証人も抗弁切断の効力を生じると説明すべきことになる」。

4 さらに同教授は、公信説の立場からは四六八条一項但書の規定が説明できず「債務者が譲受人に返還請求しうる根拠も不明」だと批判される（法研六二巻九号四九頁）。この問題は前にも触れたが、私は、公信説の立場から、異議なき承諾の結果として二重の弁済を余儀なくされた債務者が不当利得の法理にもとづいて譲渡人に求償しうる関係は是認されうと考える。ただし右の関係は、あたかも、公信の原則の適用される典型的なケースである、動産所有権の即時取得の成立する場合に、所有権を喪失する本来の所有者が、譲渡人に対して不当利得などの法理にもとづいて求償しうると基本的に同様な関係だからである（詳細は安達第四論文志林九一卷四号一〇一頁以下）。なお私見では、債務者が譲渡人から頼まれて異議なき承諾をするという通常見られるケースの場合、譲渡人の求償権は、委任に基く費用償還請求権の性質を有することになる。池田説では、弁済によつて消滅した債権を譲渡するとき不適切なことをなした譲渡人に対するサンクションとして法の定めた効果とされるようである（法研六二巻九号四九頁、六五巻四号五一頁）。しかし、「法定効果」とか「サンクション」の概念をもう少し厳

密に検討し、その内容を明確にする必要があるのではなからうか。

5 池田教授はまた、公信の原則においては、譲受人の信頼が保護されるべき権利関係の外観は、譲渡の前に備わっていることが必要であり、その外観を信頼して譲り受けたという関係が存すべきである、としつつ、しかるに四六八条一項の債務者の異議なき承諾は、譲渡後に、譲受人に対してなされるのが普通であることを考えると、同項を公信説で説明することは適当でない、と批判される（この批判は、平成五年の私法学会（十月十日）の際に開催された四六八条一項をテーマとするワークショップでの池田教授の発言にもとづく。なおこれに賛成を表された出席者が数名あったが、私は異議を述べた）。

しかし私はこの批判は適切ではないと考える。ただし公信の原則の典型的な適用例というべき動産の即時取得の場合を考えると、例えばAの所有動産をAが自ら占有しているとき、Bはそれを自己の所有物だと称してCとの間に譲渡契約を結び、そしてそのあとで、BはAとの間にその動産について賃貸借契約あるいは寄託契約を結び、これにもとづいてAから占有の引渡を受け、そしてBが直ちに譲受人たるCに占有を移転したとき、Cは占有取得の際に善意無過失であれば、その動産の所有権を即時取得することになるはずである（AがBから指示されたた

めに、Bに引渡す代りにCに引渡したときも同じ結果を認めうるであろう）。このように公信の原則における権利の外観は、必しも取引行為（譲受）の前に存する必要はなく、取引行為（譲受）の後に存すれば足りるのではなからうか。そうだとすると、四六八条一項について公信説をとる場合でも、公信説における権利の外形としての異議なき承諾前に存する必要はなく、譲渡後に具備したときでも——その時譲受人が善意無過失である限り——同項の効力を生じると解しうるのではなからうか。なお、債務者の異議なき承諾がなされる時期については、実際の取引慣行においては、譲渡の前に譲渡人になされることが多いことは、一般に用いられている債権譲渡における承諾書のひな型からもうかがえることは前述した通りである（第四論文志林九一卷四号九四頁、大野・矢野編「新版契約全書（和解・債権譲渡・債務引受・代物弁済）」七〇〇五頁）。

また教授の右の批判は、教授が池田第二論文で新たに、四六八条一項の効力を抗弁の切断と表現するのは不適切であって、抗弁の喪失という表現に訂正したい旨述べられていることと関連しよう（法研六五巻四号三頁）。これについては安達第四論文で批判している（志林九一卷四号九四頁参照）。

ちなみに、債務者の異議なき承諾を債務者の処分授權として構成する私見においては、あたかも本来の処分授權（独民法一

八五条が譲渡（処分）前に、もしくは譲渡（処分）後に（追認、譲渡人（処分者）もしくは譲受人（相手方））に対してなしうのと同様に——そしてまた処分授權に類似する性質を有する代理権の授權が、代理行為前に、もしくは後に（追認、代理人に対して、もしくは相手方に対してなしうのと同様に——異議なき承諾をなす相手方は、譲渡人でも譲受人でもよく、その時期も譲渡前でも後でもよいことになる。池田教授は、この点をどのように説明されるのであろうか（恐らく、異議なき承諾に含まれる意思的要素を援用して説明されることになるであらう）。

6 以上、池田教授による公信説の批判の諸点を逐一紹介、かつ検討した。総括すると、その批判は私から見ると、いずれも決定的な批判でなく、中途半端の感を免れない。そして池田教授自らは、二重法定効果説によって（とりわけ異議なき承諾に意思的要素があることを強調することによって）公信説の難点を克服しうのごとくに主張されるが、曖昧な概念を用いた説明では不十分とは思えない。

かような事態を生じている重要な理由は、教授が公信説を、（また債務承認説や処分授權説についても同じく）四六八条と沿革的に関係のないドイツ法概念を用いているとして簡単に捨て去っているからであらう（池田第一論文法研六二巻七号二〇

頁）。既存の学説から学び、その長所を正當に評価することが大切であり、その説の限界を見出したときでもそれを生かす途はないかと考え、局限までつきつめて考察することが必要ではあるまいか。そのようにしてこそ、その説を乗り越える新しい局面を切り拓くことができるのではなからうか。

ちなみに私の場合をふり返ってみると、債務承認説の欠陥を指摘しつつも、それを生かす方向を模索し、その結果、抗弁切断の効力を有する指図引受という特殊な意思表示に着目し、これを類推することを試みた。他方、公信説の限界を認識しつつも、公信の原則と密接に関連する、広い意味での取引安全のための制度としての処分授權を導入することによって、その限界を克服しうのではないかと考えた。以上の考察を基礎に、最終的に到達したのが、「仮定的債務者の処分授權」なる概念であった。そこに至るまでには、抗弁切断の法理に関連して従来多くの学者によって主張されていたドイツや我が国の手形学説を研究し、その中から田中耕太郎博士が為替手形の振出の性質に関して主張された独特な説の中で初めて用いられた「仮定的債権の譲渡」の概念に遭遇し、これを中核にして結実したのが前掲の概念である。そして私見では、右の概念は四六八条一項のほか指図や無記名債券・手形・小切手などのほか、電信送金契約や、銀行振込、商業信用状についても、抗弁切断の法理を

構成する共通な構成原理となつていると考えている（但し最後の三つについては、まだ具体的な研究結果を発表していない）。

ところで池田教授は、前述のように、既存の説をドイツ法学的概念に依拠するものとして却け、また有価証券法理を参考にし、異議なき承諾の本質を探究しようとする私の方法に対しても——両者は異質であるとして——否定的な立場をとる。そして他面において同条の立法の趣旨ないし沿革を重視し、あるいは極論するとこれのみに依拠し、それによって同条の本質を明らかにしようとする。たしかに立法者が考えた立法の趣旨や沿革を明らかにすることは、当該制度の全体的な構造を明らかにするための基礎的資料であり、その出発点といつてもよい。そして私も不充分ながら法典調査会の議事速記録を調べることによってその重要な部分の調査を行った。しかしそれだけでこの制度の全体的構造を明らかにすることは到底できない。同条が他に立法例のない珍しい規定であり、それだけにまた起草者の説明も明確といえないことから、一層そのように言うことができる。なお、以上の点については既に一般的な形でも述べ、また教授がこのような研究方法によって得られたと主張される二重法定効果説にもとづく教授の各論的な要件効果論（池田第二論文）の検討によって具体的に明らかにしたつもりである（安達第四論文）。

第三章 池田論文に対する五十嵐教授の書評に

ついて

序章で述べたように、池田論文に対しては、その後五十嵐教授、大村教授、海老原教授が書評されており、その中でとりわけ池田論文の法解釈学方法論がとりあげられ、検討されている。（その際、初めの二者については道垣内教授と安達の方法論について言及されている）そこで以下の三章にわたってこれらの書評について私の立場からの簡単な論評を加えよう。

本章では、五十嵐 清「紹介と批評・池田真朗著『債権譲渡の研究』（慶応義塾大学・法学研究六六卷一・一九九三年一月）をとりあげる。

1 二段組み六頁に及ぶ本書評の冒頭で、五十嵐教授は「本書の対象である債権譲渡についてこれまで論文や判例批評を書いたことがなく……わが民法の起草過程やフランス民法についても専門的研究をしたことがない。したがって、私は本書の書評者として適格性を欠く」と謙遜されている。しかし内容を丹念にかつ的確に読み取り、全体としてその学問的業績を高く評価しつつも、個々の点で鋭い批判がなされており、深い学識に裏付けられた周到な書評であるといえよう。

五十嵐教授は、全体として「本書は、債権譲渡法の分野で、起草過程とフランス民法の実証的な研究を通じて、民法四六七条・四六八条の解釈の点で新生面を切り開いた著作であり、この分野の基礎的研究として学会の共通財産となることは疑いない」と高く評価される（前掲誌一四三頁）。他方、池田教授の安達説に対する批評に関しては「このテーマに限らず、強靱な論理力により考えぬかれた安達の理論を論破しつくすのは、至難の業である」として安達第三論論文を引用される。また池田説（二重法定効果説）に関しては、道垣内教授と安達の「厳しい批判」もあるとして「たしかに、法定効果説は理論的説明にならないのではないかという疑問は、私にも生ずる」と述べられる。そして「ネーミングに多少問題がある」とも指摘される（前掲法研一四二頁）。

さてこの書評では、池田教授の右著書の論述の順序に従って、まず同書第一部の指名債権譲渡の對抗要件が、ついで第二部の債務者の異議を留めない承諾がとりあげられ、最後に、右の両方に通じる法解釈学方法論の問題が検討されている。

右書評のうち同書第二部に関する部分についての私の立場からするコメントについては、後に第六章でとりあげる、私法学会ワークショップにおける五十嵐教授等の発言に対する私のコメントのところで触れることにし、ここでは省略する。また池

田教授の法解釈学方法論における立法者意思説に関する五十嵐教授の論評（五十嵐教授は概ねこれに賛成される）については、後に第四章で扱う大村教授の書評に対するコメントの末尾（四章6）でとりあげることにし、ここでは省略する。

したがってここでは、四六七条（債権譲渡の對抗要件）に関する五十嵐教授の書評の部分を中心にとりあげることにする。

もっとも、その際、書評を手がかりとしながらも、そのコメントの範囲を超えて、池田説に対する私の批判を積極的に試みたい。というのは、池田教授は右問題に関する所論の中で、私がかつて発表した若干の判例研究をとりあげて批判されているが、今までそれに対して反論していなかったたので、この機会にこれを行い、かつ池田説に対する疑問を呈示したいと思うからである。なおそれは池田教授の法解釈学方法論に対する私の批判とも関連するはずである。

2 念のため四六七条に関する池田教授の所説を、五十嵐教授の要約に沿って紹介しておこう。

池田教授は、四六七条成立の過程を、そのもとなつた旧民法正文からポアソナードによる旧民法草案へと遡り、さらにフランス民法一六九〇条まで遡って検討する。

そして池田説によると「フランス民法同条は、わが民法四六七条のように債務者とその他の三者とを区別することなく、債

権譲渡の對抗要件として、移転の債務者への「送達」(執達吏の送達証書による通知)か(二項)、または債務者の公正証書による承諾(二項)を必要とした。その目的は、譲受人の権利の完全化と債務者・第三者の保護をはかることにあった。これに対しボ草案は、公正証書のほか確定日付のある私署証書による承諾を加えたが、それ以外はフランス民法一六九〇条とほぼ同一であった。ところが、現行民法の起草者(梅)は、旧民法財産編三四七条を二分して、一項と二項に分け、債務者に対しては単なる通知・承諾で足りるとした。債務者に対しては単なる私署証書による承諾で足りるというのは、当時のフランスで例外的に認められたものであった。著者によれば、この分割の唯一の狙いは単なる方式の簡略化にあり、それ以外のポリシーは認められないとされる。」

「以上のような沿革的考察にもとづき、著者は、民法四六七条では二項が原則であり、一項は例外的規定なので、一項の適用範囲をはっきりと限定しなければならない、と主張している。」(ちなみに著者は、歴史的にボ草案と現行民法四六七条との中間にあった旧民法正文と両者との関係について論じるが、それによると「ボ草案では譲受人単独での通知が否定されていたにもかかわらず、おそらく翻訳のミスによって、旧民法では譲受人のみが通知できるとされていたのを(現行民法では)ボ

草案に復帰して譲渡人の通知に改め」、また「旧民法では通知・承諾にかならずしも確定日付ある証書が要求されていなかったのを、現行民法四六七条二項は第三者に対する對抗要件としてそれを要求した。」そして以上の二点は、ともに「本来のボ草案が旧民法の起草過程で改悪されたものを(現行民法が)元に戻し」「ボ草案に復帰したことを意味する」と、されている。

3 さて、五十嵐教授は、右のように池田説を紹介しつつ、池田説に反対する奥田説(奥田「債権総編(増補版)」四三六頁注(3))をあげる。奥田説は、池田論文が「本来は、『債務者を含んだ』第三者に対する、確定日付ある通知の承諾」が、對抗要件の原則としてわが民法四六七条にも規定されるべきであった」(法研五一巻二号一八二頁)と主張して、ボアソナード草案がよりすぐれていると見ているのに対し「正常な取引状態においては二重譲渡は異常な事態であり……二重譲渡への懸念がなく、かつ、第三者から差押を受けるような状況にもない場合において、なお、確定日付による通知・承諾がなければ債務者に対して権利行使できないとまですべきなのだろうか、疑問が残る」とされる。私もこれに同感である。詳細は後に検討するが、とりあえず一言すると、そもそもフランスにおいても「フランス民法一六九〇条にいう『公正証書による承諾』は、

対債務者の關係では私署証書でも良いとする考え方が、一八七〇（八〇）年項にはすでに通説として確立していた」（そしてさらに口頭もしくは黙示の承諾でもよいとする学説もあったと指摘される）という事情を池田教授が明言されている（池田「債權譲渡の研究」七一頁）のであるから、少くとも承諾に関する限り、現行民法四六七条は、草案が範としたフランス民法一六九〇条と殆どへだたがない。さらに同教授によると、近時、フランス民法二六九〇条一項で定める債務者への通知の厳格な要式性は、特定の種類の債權に関し、特別立法によって緩和されており、一九八一年の新立法に至っては、銀行の融資にかかわる一定の債權の譲渡の質入については「權利明細書」の交付だけでそれをなす「しかも当事者が署名し日付を付したただけで他の第三者にも対抗できる」ことを認め、「ただ善意の債務者にどんな方法でもよいから通知しておけばよい」とされているという（池田前掲書二六九頁）。

以上のような情況を考えると、池田教授は、近代法における債權譲渡の對抗要件としての通知・承諾は、そもそも日付の確定性をその不可欠の要素として内包する性質のものでなければならぬ」（池田前掲書九七頁、一〇一頁）と言われるがそれは、便宜的な選択の問題を——ボアソナードに心酔し草案を金科玉条と見るあまり——必然的・本質的な問題と見誤ったドグ

マではないかと疑わざるをえない（これについては後に5・6および8で検討する）

4 五十嵐教授は、右の点につき賛否を明言されないけれども、池田教授が解釈論として一項の適用範囲を限定すべしとされる（前掲書九七頁）点については、その「具体例をここで示すべきであろう」と指摘される（前掲誌一四〇頁）。

これについても私は同感である。もっとも池田教授は、その具体例として①第一譲渡について単純な通知がなされ、その後第二譲渡について確定日付ある証書による通知がなされたときに、大判連合部大正八年三月二八日判決民録二五輯四四一頁が明言するように、第一譲受人ではなくて、第二譲受人が唯一の債權者となることをあげるつもりの方である（池田前掲書九二頁）。しかし右の結論は、起草趣旨（梅「民法要義」債權法二〇八頁）を読むまでもなく、四六七条の字義からも明瞭に導かれることであり（一項の適用は二項によって制限されることは文理解釈から疑いの余地がない）、特別な同条一項の適用範囲の制限の事例としてことごとく言う必要はない。

②右の具体例のはかに検討するに足る事例と思われるものとして、大判昭和七年一二民集一一卷三三二四一四頁で取り扱う事例がある。ここでは、確定日付ある通知のない第一譲渡の譲受人が債務の免除をした後に、その後に譲り受け

て確定日付ある通知を得た第二譲受人は、債務者に請求しうるかが問題とされた。判例は、「第二ノ譲受人ハ既ニ消滅ニ帰シタル債権ヲ譲受ケタルモノ」であるからその譲渡は無効であり、民法四七八条の第三者の中にはかような第二の譲受人を包含しないとして請求を棄却した。しかしこの判決の理由は正当といえない。というのは、もし四六七条の二項を全面的に適用すれば、確定日付ある第二譲渡が有効で第二譲受人が優先的に債権を取得することになり、第一譲受人の免除（あるいは第一譲受人への弁済）は無効となるはずである。しかしそれでは確定日付による通知・承諾のない譲受は全く無意味となり、四六七条一項が適用される余地がなくなってしまう。同項の規定に意味をもたせるためには二項の適用を制限せざるをえない。このように一項と二項の調和をはかる必要があるという理由から右判決を根拠づけるべきであると思われる（詳細はジュリスト別冊・民法の判例（第二版）昭和五四年所収の私の右判決解説参照）。

このような考え方に立てば、確定日付ある通知・承諾のない第一譲渡の譲受人へ弁済や免除がなされる前に第二譲渡がなされたが、それについての確定日付ある通知・承諾は、右の弁済や免除の後になされた場合にも、第二譲受人は債権を取得せず、第一譲受人についての弁済・免除が有効となりうる結論を導きうる。また右のような第一譲受人が債務者に期限の猶予をなし

たとき、確定日付ある通知・承諾ある第二譲渡の譲受人は優先的に債権を取得するが、債務者はこの第一譲受人に期限の猶余を対抗しうるという結論を導きうることとなる。

しかし池田教授は、右判例の判決理由を無難作に受け容れられていようであり、いちおう第一項との関連を援用されるが、しかしそれ以上に立ち入った検討はされていない（池田前掲書九四頁）。池田教授が第一項の適用範囲を限定すべきだと主張する以上は、この観点から右判例を掘り下げて検討すべきではなかったか。

5 池田教授は別の文脈で右判例をとりあげる。すなわち右の判例の準則を適用することにより實際上生じる次のような不都合な結果を現行民法四六七条は阻止しえないのに、ボ草案ではそれが可能だとしてボ草案の優秀性を主張される。右にいう不都合とは、夙に指摘されているように「丁が甲乙間の債権を差押えた場合は、甲乙丙三人通牒して、その債権はすでに丙に譲渡されている、といってごまかそうとしても、甲丙間の譲渡についての通知・承諾に、丁の差押以前の確定日付を備えさせることは」四六七条二甲の適用によって不可能となるから丁は保護される。しかし「甲乙丙が、更に進んで、弁済まで済んだとか免除されて消滅したという仮装の事実を作ると、もう丁は保護されないことにある。」（我妻「連合部判決巡歴」ジュリスト

一五一号三七頁)

しかし以上のような不都合な結果は、ボ草案のように、債務者を含むすべての第三者に対抗するためには通知・承諾に確定日付を要求することにすれば「右のような抜け道は完全に断たれる」(池田前掲章九五頁)と池田教授は述べ、そして、このことから、四六七条の起草者が、ボ草案と異って「債務者に対する對抗要件を緩和したこと、そのために四六七条を二項に分けたことは、やはり不適当だったと主張される。

池田説によると、立法論としてボ草案の立場が正しく、そしてそれによると、ある譲渡について確定日付のある通知・承諾がなされていない限り、これに優先する他の二重譲渡の有る無しに拘らず、債務者は支払を拒みうるのみならず、拒むべきであることになる。というのは支払によって不利な立場に立たされるおそれが生じるからである。かように、確定日付ある証書による通知・承諾のない譲受人の地位は殆ど無内容となる。これは對抗要件を具えない物権譲受人の地位——譲受人は目的物を占有・利用しうる——と比べても一層不利である。

かような結果は、確定日付ある証書による通知・承諾を指名債権譲渡の成立要件ならしめるのと殆ど差がないことになり、指名債権譲渡の成立を著しく制約することにならないであろうか。このような事情があるからこそ、前述のように、フランス

では同民法一六九〇条の承諾の方式性を緩和する解釈が判例通説によって作り出され、また通知についても後述のように(9 参照)一定範囲の債権譲渡については立法による方式性の緩和がはかられているのではないか。ボ草案がたとえそのまま立法化されていたとしても、その運用の過程でフランス民法一六九〇条のような方式緩和の解釈や立法が生まれる可能性があったのではなからうか。

6 前述の3の問題をさらに掘り下げて検討しよう。池田教授は、四六七条の一項と二項の關係について、本来二項が原則的な規定で、一項は例外的な規定であると解し、したがって「立法としてはまず確定日付ある通知・承諾を先に掲げ、対債務者の關係に限っては別論とするという、いわば現在の四六七条の一項と二項を逆にしたような形」で規定すべきであったという。しかし池田教授が、本来、二項が原則で一項が例外だとされる根拠は、結局のところ、論理的・必然的なものでなく、むしろ歴史的なものであり、要するにフランス民法を模範として考えたいということではなからうか(フランス民法一六九〇条が二項に相当し、フランス民法制定後同条に付加された例外的解釈が一項に相当する)。「近代法における債権譲渡の對抗要件としての通知・承諾は、そもそも日付の確定性をその不可欠の要素として内包する性質のものでなければならぬ」という

池田教授の所説は、歴史的なものを論理的・必然的なものにするかえていのではないか。

私は現行四六七条の規定の仕方（一項と二項の順序）は合理的であり、妥当だと考える。一般的に考えて、論理的に（歴史的ではなく）原則的なものを先に、そして例外的なものをその後、規定し、また実体的・実質的なものを先に、手続きの形式的なものをその後、規定するのが合理的で正しい規定の順序だとすれば、まさに四六七条の規定の仕方はそれに従っている。

それは物権変動における一七六条と一七七条の関係と同様ではなからうか。一七六条が意思主義の原則を規定しており、そしてこの規定だけならば、当事者・第三者を含むすべての人に対する関係で意思表示のみによって物権変動の効力を生じる。しかし一七七条は登記をもつて物権変動の第三者に対する對抗要件と定めることによって一七六条を制限している。そして両条をいかに調整するかについて、判例・学説は苦心している。

指名債権譲渡についても債権移転の効力は意思表示だけで生じること前提にしたうえで、四六七条一項は、債務者を含む第三者に対する對抗要件として通知・承諾を規定することによって意思主義の原則を制限しており、そして第二項はこれを受けつつ、通知・承諾の日付の遡記を抑え、債務者以外の第三者間

の公平をはかるために、確定日付ある証書による通知・承諾を債務者以外の第三者に対する對抗要件となし、これによってさらに第一項を制限している。そして右の意思主義の原則と一項および二項をどう調整するかについても判例・学説は苦心しているわけである。四六七条の一項と二項との順序を逆にするとは一七六条と一七七条の順序を逆にするようなものではなからうか。

四六七条の一項と二項の順序の定め方が、仮に「誤解を招きやすい」なら（さようには思えないが）、一七六条と一七七条についても同じことがいえるのではないか。それにそもそも民法の条文は基本的に裁判規範なのであるから、一般国民から見ただけでわかりやすさはさほど重要ではなく、裁判官をはじめとする専門的法律家にとってわかりやすく、そのために明晰で論理的な形で規定されることがより大切であろう。

7 私がかつて前記のジュリスト別冊所収「民法の判例第二版」の中の大理昭和七年二月日判決の解説の中で、債権譲渡の對抗要件を物権変動の對抗要件と比較して説明した際に、その補足的説明のために、立法論として四六七条は二項を削除し、債務者以外の第三者に対する對抗要件として、単なる通知・承諾で足りるとしたほうがよいのではないかと問題提起したことがある。

その理由としては、元来通知・承諾が債権譲渡の公示方法として——不動産物権変動の公示方法としての登記などと比べて見て——かなり不完全であることから、これを対抗要件とすることが取引安全のためさほど役立たないこと、また譲受人が善意でも抗弁の対抗をうけるという点からも譲受人の地位はもともとと安全性に欠けていることを考え、他方、確定日付ある証書の作成が手続的に必ずしも容易でないこと、また確定日付ある証書を要求しないとしても公示方法としての価値自体には差異はないこと、これを要求しないときは債務者・譲渡人・譲受人の共謀によって日付の遡記が可能になる欠点はあるものの、しかしともかく三人の共謀が必要で、譲渡人と譲受人の二人の共謀だけでなしえないのだから、さほど容易に日付の遡記ができるわけではない（なおここでいう日付の遡記とは通知の場合、債務者に通知が到達した日の遡記である。この点、池田教授の批判には誤解がある）。以上のような、通知・承諾に確定日付を必要とする説と不要とする説の利害得失を考えて、立法論として不要説の比較的な妥当性を主張したのであった。

これに対して池田教授は必要説の立場から詳細に反論されている。その反論は、対抗要件制度の本質論を振りかざすところもないわけではないが、具体的な利害得失の評価にもとづくものであり、大体において説得力がある。

たしかに通知・承諾を対抗要件とすることは是非自体は問題の余地はあるが（ドイツ法のように、これを対抗要件とせず、債務者以外の第三者の間の優劣はもっぱら事実上の譲渡の先後によって決する方式がすぐれているかも知れない。池田教授も、「ドイツ法の形のほうが債権の発達史的に見ればより進んだ形態と言えるかも知れない」という。池田前掲書一〇九頁注（４）、しかし一旦これを対抗要件とする以上は、裁判規範としての民法において通知の到達時や承諾時の前後関係を公権的に決する方法を予め定めておくことがベターである。これを予め定めずにおいて、判例の積み重ねによって決するという立法の仕方とも考えられないわけではないが迂遠であり、辿りつく先は同様なものとなる。いずれにせよ必要説に従って作られた現行民法にもとづいて長年にわたり取引が行われている現状を変更すべき特別の事情は生じていないことをも考慮すると、私が立法論として主張したところは実際上あまり意味のないことであつたといわざるをえない。

ただし強いて弁解すると、少くとも論理的に成り立ちえない説ではなく、また不要論（二項削除論）は法典調査会の出席委員の圧倒的多数が主張し、最終的に辛うじて起草委員の強い説得によって削除されずに済んだという事情があつたことを考えると（池田前掲書八七頁）、私の問題提起も必しも甚しくはず

れのものではなく、一つの問題提起として意味はあったといえるのではなからうか。(なお私が確定日付不要説を述べる際にその末尾に括弧に入れて「フランス民法では確定日付を要求していない」と述べた点について、池田教授から厳しく批判された。池田前掲書九九頁。フ民法一六九〇条の *signification* の特殊な意味を理解せずに書いたことが原因であったが、重大な誤りであった。池田前掲書七四頁はこの概念の歴史について詳述する。そして単純に「通知」と訳すべきでなく、執達吏によりなされる「送達による通知」と訳すべきことを指摘される。)

8 私は右の判例解説をなすにあたり、ドイツ民法の債権譲渡制度と、わが国のそれとを三点にわたって比較した。池田教授もその論文「指名債権譲渡における對抗要件の本質」の中でドイツ法型と、わが民法もそれに属するフランス法型を比較されている(池田前掲書一〇六頁)。そして後者については「譲渡契約から疎外されていた債務者にもその契約の存在を知らしめてそれではじめて譲受人は権利主張をなしうという形」であると説明し、前者は「譲渡人譲受人間の譲渡契約さえあれば、譲受人は債務者その他の第三者に対しても当然に権利主張をなしうという形」であり「債務者には譲渡契約を知らせなくても譲受人の権利行使は可能である(る) (BGB三九八条)」とされる。そしてドイツ民法型が考え方として「債権譲渡を取引の

両当事者たる譲渡人譲受人を中心に考えている」のに対し、フランス民法型では「債務者を探り込んだ三面関係で債権譲渡を考えている」(池田前掲書一〇七頁)と述べられる。

しかしここで詳論する余裕はないが、池田教授のドイツ民法の理解には不十分な点があり、そのために右二つの型の差異を過大視されているきらいがある。池田教授もいわれるように(表現はやや異なるが)債務者に対する對抗要件は、債務者に対する権利行使の要件の問題であるのに対し、債務者以外の第三者に対する對抗要件は、権利の帰属者決定の基準の問題である。債務者に対する権利行使の要件に関し、ドイツ民法は後者に関しては事実上の譲渡の先後関係によって権利の帰属者を決する建前だからフランス民法型と顕著な対立を示す。しかし前者に関しては——池田教授は全く触れていないが——ドイツ民法も然るべき権利行使の要件を定めているのだから、フランス民法型との間に基本的な差異はないのである。つまり前掲拙稿でも紹介しているように、ドイツ民法四一〇条は「債務者ハ旧債権者(＝譲渡人)ガ譲渡ニ関シテ発行シタル証書ノ交付ト引換ニノミ新債権者(＝譲受人)ニ対シ給付スル義務ヲ負ウ。(中略)前項ノ規定ハ旧債権者ガ書面ヲ以テ譲渡ヲ債務者ニ通知シタルトキハ之ヲ適用セズ」と定めている。そして前掲拙稿ではこれに関連して次の趣旨のことを述べている。すなわち、権利行使

の要件を定めたものとしてのわが民法四六七条一項の規定は、単なる口頭の通知・承諾でも對抗しうるとしているのだから、右ドイツ民法の規定と比べて、債務者を二重弁済の危険から救うための証拠法上の配慮が欠けているといわなければならない、と。

なおその点、フランス民法も草案も、公証された書面による通知・承諾を債務者に対する対抗要件（＝権利行使の要件）としている限りにおいて、充分過ぎる位に証拠法上の必要が満たされていることになる。もっとも過ぎたるは及ばざるが如しという諺の如く、必要な限度を超えて要件を厳格にすることは権利行使を、ひいては譲渡自体を不当に困難ならしめるからこれを緩和することが合理的である。池田教授は、近時、フランスにおいて、通知の方法に関し、従来の厳格な方式が特別法によって若干緩和されていることを紹介されているが（池田前掲書二八〇頁。但し債務者に対する対抗要件としての通知とその他の第三者に対するそれとを区別せずに緩和がなされている）、右のような意味合いにおける緩和と見ることができよう。なお、債務者に対する対抗要件としての承諾に関しては既に古くから方式の緩和が判例・学説によってなされていることは前に触れた（2参照）。

9 池田教授は、現在わが国の解釈上の焦点のひとつである

「指名債権の二重譲渡における対抗要件具備の衝突」に関して幾つかの論文を書かれている。私もかつてこの問題につき判例解説の形で自説を述べたことがある（『民商法雑誌』七二巻二号一〇二頁、ジュリスト別冊・民法の判例（第三版）一三二頁）。この問題についての、私の基本的な考え方を述べておくと、第一に、この問題は基本的には物権変動の対抗要件の問題とパラレルに考えるべきである。そして私は、不動産物権変動の場合、対抗要件としての登記によって優劣を決しえないとき（例えばともに登記を伴わない物権変動が存するとき）原則に帰って、事実上の譲渡の先後関係に従って優劣を決すべきだと考えるが、それと同様に債権譲渡の場合も、まず四六七条二項の適用により、確定日付ある証書による通知・承諾の前後によって優劣を決すべきだが、それにより決しえないとき（例えば確定日付ある通知書の同時到達のとき）には二項の原則規定たる一項を適用し、単純な通知・承諾の前後によって決り、この基準でも決しえないときは、さらに原則に帰って事実上の譲渡の前後関係によって決すべきことになる。

なお池田教授はこの点に関し、わが民法四六七条の対抗要件主義は、一項でなく二項が原則規定であるからという理由でこれに反対される（池田前掲書一三八頁）。しかし元来、対抗要件主義は、意思主義の原則を制限する例外であり、そして通説が

考えるように、民法四六七条二項は一項を制限する例外と見るならば、例外規定を事実上適用しえないときは、原則規定に帰ってこれを適用するというのが合理的ではあるまいか。

そもそも物権変動にしろ、また債権譲渡にしろ、對抗要件主義をとる法形式とこれをとらない法形式とを、何等の接点をもたない別世界の法形式と見るべきではなく、異別性と同時に共通性をもったものとして捉えるべきではなからうか。ちなみに私見では對抗要件としての登記も、また債務者以外の第三者に対する對抗要件としての通知・承諾も、同様に、権利変動の後関係を決するための法定証拠と解する。即ち元来、意思主義の原則からいうと両立しえない権利変動の場合、事実上先に行われた権利変動が優先的に効力を生じ、後に行われた権利変動は無効となるはずだが、その先後関係を裁判上公正に認定することが困難であり、自由心証主義に任せて認定したのでは不正になるおそれがある。そのため一種の法定証拠法則を採用し、登記あるいは確定日付ある通知・承諾が先になされた権利譲受人が先に譲り受けたものと看做す、というのが登記あるいは確定日付ある通知・承諾を対第三者對抗要件と定めた趣旨であると解する(柚木・谷口・加藤編「判例演習・物権法」所収・安達「二七七条の第三者」)。かように解することによって、對抗要件主義を意思主義と結びつけ、共通の次元において捉えようとする

るわけである。

10 「債権の二重譲渡における對抗要件具備の衝突」に関する、もう一つの、より基本的な問題は、昭和四九最高裁判決の中心の問題であったところの、いわゆる確定日付説をとるべきか、それとも到達時説をとるべきかの問題である。五十嵐教授による池田説の簡潔な要約を紹介すると「(二重譲渡等の優劣の基準となるべき) 対第三者對抗要件具備の基準時は譲渡についての債務者の正式認識時であり、債務者の認識時が確定日付ある証書で証明されなければならない。この観点から、著者は、通知・承諾に付き確定日付があればよいとする大連判大正三年一月二二日によって変更された大判明治三六年三月三〇日(通知・承諾のあったという事実が確定日付のある証書で証明されねばならない)を支持する。さて前掲最判昭和四九年は、二重債権譲渡の譲受人相互の優劣について、確定日付のある通知の債務者への到達時を基準とすべきであるとしたが、大連判大正三年を変更しなかったため、著者にとって不満な判決である。ただし、わが国では、到達時を正式に証明する適当な方法がないというのが、著者の見解の泣き所である」と(法研六六巻一 一号一四〇頁)。

右の判例については私も三つの判例評釈を書いている(後述11参照)。そこでこれを踏まえて、以上に対する私なりのコメ

ントを加えよう。まず池田教授の立場からいうと、明治三六年判決は四六七条の本来の趣旨の正しい認識に立脚したものであるが、大連大正三年判決は、それを正しく認識しなかったために誤った判決である。そしていわゆる到達時説をとった昭和四九年の最判も右の判決を容認しつつ行った判決であるために、やはり誤った判決だということになる。

しかしながら思うに、大正三年判決は、必しも同条の趣旨を全く無視してなされたと解すべきではない。すなわち後述の、池田教授も引用する我妻博士の解説がいうように、四六七条の本来の趣旨からいえば、通知到達が確定日付によって証明されることが必要だと解するのが望ましいが、しかしそうなることそのための手続が面倒であるために、ひいては債権譲渡自体を甚だしく厄介なものにしてしまうことになる。そこでこれを緩和して確定日付ある通知書を送付するだけで足りると解したのでと見ることができ。つまり——私（安達）の表現を加えて敷衍すると——四六七条の趣旨を尊重することはたしかに必要だが、しかし他方、債権譲渡を厄介なものにしないという要請も否定しえないところから、両方の対立する価値を調和させながら実現するために、四六七条の趣旨の実現という要請に一定の制限を加えたものとして理解することができる。

しかしながら池田教授は、たとい通知時を確定日付で証明す

るための証拠を作成する手続がいかに面倒でもこのような制限を加えるのは誤りで、あくまで四六七条の趣旨を完全に実現すべきだと主張されるようである。しかしこれと同時に、そのような手続はさほど面倒ではないことも主張されるわけであろう。ちなみにそのような手続の例として大正三年判決は「執達吏ニ委任シテ通知ヲナサシメ執達吏ガ……作製セル公正証書ヲ以テ証明スルガ如キ」形を述べていた。そして我妻博士は「この方法以外にどんな方法があるか考えられない。少くとも、もっと簡単な方法は考えられない」（我妻前掲二八頁）と述べているが、池田教授はこれを批判し、もっと簡単な方法があるとして、「それは配達郵便等の制度の活用ないし改善によってある程度クリアできるように思われる」（池田前掲書一二六頁）とされる。しかし、現実には今直ちに利用しうる簡単な方法は見当たらないところから前述の五十嵐教授のいう「泣き所」という表現が出てくるのである。

これについての私見を述べると、前述のように手続上、債権譲渡を厄介なものにしないということは一つの正当な価値であることは疑いないことなのであるから、もし通知到達時を確定日で証明することが必要だとすることが甚しく譲渡を厄介にするのならば、大正三年判決のように、四六七条二項の本来の趣旨の実現に一定の制限を加えるのもやむをえない——そして昭

和四九年判決はこの制限自体に一定の枠をはめたものと見ることができる——といわざるをえない（池田教授のように四六七条の本来の趣旨の完全な実現のみに絶対的価値をおく考えは適當ではあるまい）。しかし池田教授の云われるように配達証明郵便の改善によって簡単な方法が見出しうるならば、四六七条の本来の趣旨貫徹すべきであろう。しかし、それは従来の取引慣行の変更を伴わざるをえないから、新たな立法による解決が妥当ではなからうか。

この点に関してフランス法の近時の動向が参考になる。前述したように、池田教授の研究によれば、元来フランス民法は、債務者およびその他の第三者に対する對抗要件としての通知については執達吏による通知送達が要求されていた（そこでは常に債務者の認識の時点の確定日付が確保される）が、しかし近時、商事・金融の分野や公的機関が関与する債権譲渡の場合については、幾つかの新しい立法によってその要件の緩和がはかれるに至っている（池田前掲書二六二頁）。そしてこのことは、また同時に、フランスにおいても、債権譲渡において一方で對抗要件を厳格にすることによって確保される取引の確実の要請と、他方で手続を緩和することによって確保される債権譲渡の容易化という二つの要請とを取引社会の状況と時代の流れにに応じて調和させつつ実現することが要求されていることを示すものと

いえよう。ただし、その方向に関しては、フランスが厳格な要件の緩和の方向に動いているのに対し、わが国の場合は、現在すでに判例によってかなり緩和されている手続を、逆により厳格なものに改めようというのが池田教授の提言の意味と解しうるのではなからうか（池田前掲書一八九頁）。

11 やや細か過ぎる問題をとりあげるといわれるかも知れないが、

(1) 池田教授は、前述のように、大正三年連合部判決から昭和四九年最高裁判決へと推移する過程を分析するにあたり、我妻博士が、同「聯合部判決巡歴」（ジュリスト一九五七年・四〇一号）の中でなされている大正三年判決の解説をとりあげ、この解説を明治三六年判決を支持する池田教授の立場から批判されているが、その際、池田教授は進んで「博士の論旨の中には「四六八条の趣旨に関して「博士が債務者への認識付与が基軸となる」ということを全く意識していなかったということが読み取れる」（池田前掲書二二三頁）と主張されている点は大いに疑問である。池田教授のかような主張の主な根拠は、我妻博士の次の文章すなわち「梅博士の要義には、通知書に確定日付があれば充分なように説いてある。しかし右の判決（明治三六年判決を指す——引用者注）を非難する記述はない」との我妻博士の叙述である（池田前掲書二二八頁注20）。そしてその理由と

して池田教授は、梅博士は要義の中で、通知・承諾は、第三者に対しては確定日付ある証書によってなすことが必要だと書いているが、通知書に確定日付があれば充分とはどこにも書いていない。のみならず、確定日付が必要とされる理由を説明する例示の中で通知の到達時を問題にしているのだから、「したがって梅博士が明治三六年判決を非難するはずがない」と主張されるのである。しかしながら

(a) 我妻博士も、通知到達時を確定日付ある証書で証明することを要求した明治三六年判決が四六七条一項の本来の趣旨に合致していることを説いて次のように説く。

「聯合部判決（大正三年判決）の前段で説いている立法の趣旨からいえば、明治三六年の判決のいっているようにやかましきいうことの方が、かえって目的に適する。なぜなら（中略）二つの内容証明郵便が続けて出された場合などには、日付の後が必ずしも到達の前後を示さないこともないとはいえないからである。だから、明治三六年の判決とこの聯合部判決とを比較すると、後者の方が少し問題の余地を残すが、前者のようだと、前記のように、債権譲渡を甚だしく厄介なものにするから、後者でがまんすべきだ、そしてその方が条文の文字にも適するということになるのであると思う」と（我妻前掲一九頁）。

(b) そして我妻博士が「梅博士の要義の中に明治三六年判決

を非難する記述がない」と述べられる点も——池田教授はその中に重大な誤りを嗅ぎつけておられるが——《池田教授の言われるように非難するはずがない。だから非難していいだけのことだ》と読めないであろうか。このように読めば、何等問題はない。

(c) さらに池田教授が問題視される右の我妻博士の引用文末尾の中に「その方が条文の文字にも適する」という表現に関していうと、従来、屢々判決などの法的判断を正当化するための付随的な根拠として、その判断が、法条の本来の趣旨には合致しているとはいえないが、法条の文言には適合しているということがあげられている（例えば民法四二三条の債権者代位権の規定を利用して、特定債権の保全をはかるにあたって、このような正当化が行われている）。だからこの点もさほど目くじらを立てるほどのことではないといえないだろうか。

以上の諸点を考慮すると、両博士の考えた所は大差ないのであって、その表現に多少の曖昧な所はあるにしても我妻博士が同条項の趣旨（池田教授のいう、債権譲渡の事実を認識した債務者にインフォメーション機能を果たさせるという趣旨）を全く意識していなかったと断定するのは誤り（もしくはそれに近い誇張）といわざるをえない。池田教授の論法は、良くいえば犀利であるが、自説の展開に有利なように片言隻句に拘泥して大局

的な判断を誤るものではなからうか。

(2) 同様に議論の進め方の問題であるが、内容の点で右述の所と関連するので敢えて取り上げると、池田教授は、右に引用した我妻博士の大正三年判決の解説の中の文章につづく次の文章、すなわち、大正三年判決を「通知または承諾があった事実を確定日付ある証書によって証明することを必要とするのではなくて、確定日付ある通知書を送付するだけで、充分だとした」と解しようとする文章を引用した後に、次のように述べる。

「この我妻博士の理解は、何の疑いもなく、後世の学者によって受け継がれた。その結果、この大正三年連合部判決の評価は確立して、通説の支持するところとなり、『いずれにせよ、右連合部判決はすでに長期間にわたって確定した判例であり、債権譲渡の実務もそれにあわせて運営されているのであるから、これを再び覆すことは適当でない』(ここで安達「判批」民商七二巻二号一一〇頁との註が付されている)とされるに至ったわけである。」(池田前掲書一二二頁) 池田教授はこのように説いたあと、(四六七条の趣旨を見誤っている) 大正三年判決とこれを支持した我妻説、またこれに追隨した通説が、二重譲渡の場合のいわゆる確定日付説(すなわち二重譲受人のうち、通知の書類に付された確定日付の早い方の譲受人が優先するとする説)を作り出すに力があつたとし、「確定日付説が出てくるのはこ

の大正三年判決を根拠としてであつたことは記憶されねばならない」と言う。これに続けて池田教授の次の言葉がドラマチックな響きを奏でつつ続く。「そこに最高裁昭和四十九年三月七日判決は、それまでの下級審判決や学説の採っていた確定日付説をくつがえす形で登場した」と(池田前掲書一二三頁)。

以上の文章を次に検討してみよう。

右に引用した『』の中の部分は、前記のように安達の文章からの引用文であるから、右の池田教授の所論を読む者は、安達も、我妻博士と同様に四六七条の趣旨を誤って理解し、いわゆる確定日付説に加担する者と読み取るであらうと思われる。

しかし右に引用された私の文章は、昭和四十九年最高裁判決の判例批評の一部分であり、その判例批評は、実は確定日付説に反対し、到達時説を主張するものだったのである。このことに触れずに——しかも池田教授は、前掲昭和四十九年最高裁判決をめぐって学説上の対立をまとめて紹介されているジュリスト別冊「民法の争点Ⅱ」所収の池田「債権譲渡の對抗要件具備の衝突」(本書第一部第三章)の中でも、到達時説をとる学者の文献を五つあげられているが、安達の、到達時説を主張した右判例の評釈は、民商法雑誌のほかジュリスト昭和四十九年度重要判例解説およびジュリスト別冊「民法の判例(第三版)」にも書いているに拘らず、全くとりあげられていない——私の文章の

一部分のみを引用することによって誤った印象を与えることは恣意的な引用ではなからうか。

右に引用されている私の文章の前後の部分併せて読んでもらえば、右の引用文に一定の含みもたれていることが理解されうるのであろう。私は右引用文の箇所の直前に次のように書いているからである。

「明治三六年判決のように厳格に解して譲渡の手續をそれだけ困難ならしめることは——連合部判決のように解しても、一般的蓋然的に言えば、確定日付の早い通知は、到達もまた早いといえることを考えると——實際上あまり意味がないともいえる」と。そして前掲の私の引用文に続いて、次のように書いている。「右連合部判決の立場からは、『重譲渡において譲渡通知に付された確定日付のより早い譲渡が、そのより遅い譲渡に優先するという命題が導かれることになりそうであるが、この命題は、前述のように、『確定日付のより早い譲渡通知は、そのより遅い譲渡通知よりもより早く債務者に到達する』という通常の場合には何等不都合はない（一般に、確定日付がより早ければ、到達時よりも早いと推定しうるであろう）。しかし、たまたま確定日付のより早い譲渡通知が、そのより遅い譲渡通知よりもより遅く到達するという例外的な場合にも右の命題をそのまま適用して不都合はないか、が問題となる」と。そして

昭和四九年判決は、まさにこのような例外的な場合を扱った判例だとして捉えているのである。

このようにして、前掲の私の引用文で「確立した判例」とか「それに応じた実務の運用」というがそこには「右にいう通常の場合を予想したうえでの」という含みもたれていたわけである。

ここでついでに私の主張した到達時説の根拠について述べておこう。私は、右のような例外的な場合には、通知・承諾が第三者に対する公示方法であるという四六七条の出発点を全く無視することになる確定日付説をとることはできず、この出発点を尊重している到達時説がベターであるとし、両説の差異を次のように具体的な形で述べている。「まず公示方法たる通知又は承諾を先に得た方が優先するという実体的な法則があつて、この法則が實際上実現することを確実にするための手段として、証拠法上の考慮を容れて、通知又は承諾が当事者の通謀によって日付を遡らせえない確定日付でなされることを必要とする、この法則が作られているのである。そして端的にいつて確定日付説は、目的を犠牲にして手段を尊重するもの（公示方法としての通知到達前に、債務者以外の第三者に対する対抗力を生ぜしめる結果になるから）であり、逆に到達時説は、目的を尊重して手段を、後述のように一定の限度においてだけであるが、犠

性にしている——当事者の通牒によって優劣の基準たる到達の日時を送らせることが可能だという意味において——ということができる。手段は目的があつての手段なのだから、目的が手段よりも重視されるべきは当然である。その意味で目的を犠牲にして手段を尊重する確定日付は本末を誤つたものといわざるをえない」(安達「判批」民商七二巻二号二三五頁)と(なお不動産の場合の公示方法たる登記と比較して論じた部分は省略)。以上要するに、池田教授の引用される私の文章は、到達時説を主張する文脈の中で述べたものであつて、私の考えがあたかも確定日付説に加担するかのような形で引用されていることは不満を感じずにはいられない。

一般的にいつて、他説を引用する際、その全体の趣旨とそぐわない形で一部だけを自説の展開に有利なように引用することは不当ではなからうか。とりわけそれを批判する場合、そうであらう。

なお(2)の冒頭に引用した池田教授の文章の末尾部分に關していうと、池田教授は、あたかも到達時説をとつた昭和四九年最高裁判決が、従前の誤つた学説・判例をくつがえす形で突如として登場したかのように述べられている。しかし——この判決が出るまでの判例・学説の流れについては、私も前掲の四九年判決の評釈の中で述べているが——すでに大審院時代に到達時

説をとつたものもあらわれていた(大判昭和七年五月二四日判決・民集二一巻一〇二頁。判民昭和七年度八〇事件・我妻評釈)。

ただしこの判例ではこの問題は他の問題のかげにかくれ、判例集のうえでも判旨事項となつておらず、殆ど注目されなかった。その中であつて柚木博士は両説のいずれを探るべきかは問題だと指摘していたが、一般には切実な問題として議論されるに至らなかった。その後昭和三五年以降下級審でこの問題をとりあげた判決が五つ(但し紛争事件としては二つ)あらわれ、いずれも確定日説をとつたことから、学説の注目を集めることになつたのであるが、昭和四九年の最高裁判決が到達時説をとる前提としては、判旨の中でも詳しく紹介されているように、四六七条の趣旨の正確な理解が必要である。この点に關し、我妻博士の前掲聯合部判決巡歴も——池田教授の受けとめ方と異なつて——私は誤つた理解だと思わないのであるが、私自身も、「民法の判例(第二版)」(昭和四六年)で債權譲渡の對抗要件に關して争われた大判昭和七年二月六日判決の解説の中で梅博士の「民法要義」の中の同条の立法趣旨の説明を殆ど全文にわたつて(約千二百字)引用しつゝ説明したことがある。(池田教授は、私のこの判例解説を、その前の池田「民法四六七条における一項と二項との關係」(昭和五三年。本書第一部第二章九九頁以下)で引用されているのだから、これを知らずに、(2)冒頭に引

用した文章を書かれたとは思えない」

なお、五十嵐教授の書評のうち法解釈学方法論に関するものは、次章末尾でとりあげ、また四六八条一項に関するものは、第六章で簡単にとりあげる。

第四章 大村教授の書評について

ここでは大村敦志「債権譲渡の研究（池田真朗）」を読む・池田道垣内論争と「テキストの読み」としての法の解釈・研究」（NBL五三六号一九九・一・一）をとりあげる。

1 最初に、本稿は書評というより、本書および本書をめぐる議論によって触発された感想である、とことわり書きが書かれている。そして「本書所収の論文をめぐる展開された方法論上の論争について紹介・検討」に重点をおいて論じられている。（B5判の四段組み一〇頁の長文である）。

この書評は——主としては池田論文を正確に叙述しようとしたためと思われるが——平板な筋道では書かれていないので、一読しただけでは全体の趣旨を理解することはかなり困難だが、私は大要次のように読みとった。

2 この書評を順を逐って紹介すると、「一 紹介」で本書の内容の紹介がされたあと、「二 論争」で、道垣内教授の池

田第一論文（本書七章所収）に対する批判である、同「民法学のあゆみ・池田真朗『指名債権譲渡における異議をとめない承諾（一）（三）完』（時報六二巻一〇号・一九九〇）」と、これに対する池田教授の反論である同「論文批評における方法論の問題——道垣内助教授の批判に就いて」（時報六二巻二二号・一九九〇）の紹介がなされている。同時に「道垣内助教授に好意的な立場からこれまでの応酬にコメント」したものとして拙稿第三論文（一九九二年）に言及されている。そして「池田教授からの再度の反論は独立にはなされていないものの、本書の書き下し部分（「はしがき」を含めて）には批判を意識した叙述が認められる（なお「事実認定ないし事実理解」について安達教授に対する反論が第二部の後に「追記」として掲げられている）」と指摘されている。

なお念のため付記すると、右の安達第三論文とほとんど時を同じくして池田第二論文が発表されたが、これは——池田第一論文が民法四六八条の本質論に関するものであったのに対して——各論的な要件・効果論を扱ったものである。そしてこれをとりあげ（また池田第二論文のあと間もなく出版された本書の書き下し部分である序説と追記をもとりあげて）批判および反論をしたのが安達第四論文（一九九四年）である。池田道垣内論争の内容については、右述の通り、私も第三論文で紹介してい

るので、大村教授によるその紹介の内容は割愛する。つぎに「三 検討」において、まず大村教授は、道垣内教授の研究方法的特色について述べ、それは、同教授の最近の著書・論文を通してうかがわれるとして「第一に包括性の追及、第二に理由づけの追及、という二点に求められる」とされる（前掲四五頁二段目）。また同様な意味合いから「歴史的分析の必要性を否定するわけではないが、通時的な分析よりも共時的な分析を好まれる」とされる（前掲四五頁、四段目）。つづいて大村教授は、池田教授の立場を立法者意思説であり、それに対して道垣内教授の立場は法律意思説であるとして捉えつつ、立法者意思説と法律意思説の対立の図式を詳細に描き、両説のそれぞれにつき、対立的性質の強いものと弱いもの（したがって他方とかけ離れたものと接近しているもの）とがあると説き、そのうえで池田説と道垣内説（および安達説）がさような図式のどの部分に占めるかを論じられる。

これをより具体的に説明すると、第一に立法者意思説すなわち「制定に際して、立法者が有した意思を解釈の準則としなければならぬことを主張する」もの（新法律学辞典第三版）は二つにわけられる。すなわち①実証的立法者意思説。これは「歴史的な事実、心理的な事実として『立法者意思』を探究するという考え方である。この考え方においては『立法者』が実

際にどう考えたかが重要である。そこに矛盾が含まれており一貫性が欠けているとしても、それはそのままの姿で受容される。」②は構成的立法者意思説である。これは『立法者』の立場において法テクストを読むという考え方である。この場合に想定される『立法者』は……抽象的な存在であり、現実の『立法者』ではない。『立法者意思』は解釈者によって一貫したものととして構成される。」つぎに、かような構成的立法者意思説と法律意思説の違いについては「いずれも解釈者の構成を含むものであり歴史的事実の探究ではないという点では共通している。ただ、法律意思説は、『テクスト』の自律性を強調する立場であり、『作者』の意図よりも『読者』の自由を重視する立場であるといえる。」そして右の自由の程度をいかに解するかについて、法律意思説は二つに分かれる。①は統一的法律意思説である。これは『テクスト』の統合性は維持しつつ読まなければならぬという制約を認め「るもので、これは『作者』からは自由でも『テクスト』からは自由でないというもの」②は断片的法律意思説である。これは『テクスト』を断片として読むことを要求する」もので「テクストからの自由度は一層大きく（なり）……『読者』の創造性をフルに活用しようとする」ものである。以上の図式で見ると「統一的法律意思説と構成的立法者意思説の違いは思ったほど大きくない。『作者』中

心か『読者』中心かという違いはあるが、実は、いずれも統合された意味を探索するという点では共通している。そしてそのさいには、現実の『作者』や現実の『読者』とは切り離された『テキスト』そのものが重視される。(以上前掲四六頁四段目)

3 大村教授は、以上のような図式をあてはめてみると「道垣内助教授の立場は、統一的法律意思説に近い」したがって「池田教授の立場が仮に立法者意思説であるとしても、もしそれが構成的立法者意思説があるならば、両者の隔たりはそれほど大きくない」とされる。そしてそこで池田教授の立場がはたして構成的立法者意思説か、それとも実証的立法者意思説かが問題となる、とされる。

この問題につき大村教授は、「道垣内助教授や安達教授は、池田教授は実証的立法者意思説にたつと仮定して批判を展開した」と述べられ、その理由として道垣内教授が「池田教授は、立法過程・母法に遡って、立法趣旨さえ明らかにすれば、それ以上の理論的説明を模索することは不要であるという立場に立って議論されている」と言明されたこと、また安達が「池田教授は……法律意思説を極力排斥し、純粋な(あるいは素朴な)立法者意思説に立って立論されているようである」と言明したことを援用される。しかし大村教授は、「池田教授は、ご自身

の立場はそのようなものでないと反論している」として、池田教授の本書の八章(池田第二論文)の結論部分、またとくに本書の序説の部分に援用され「以上を見るかぎり、池田教授の説かれる立場は、構成的立法者意思説を基礎とするもののようになっている」とされる。そして「そうであるとする道垣内助教授や安達教授の仮定は誤っており、批判は前提を欠いている」とされる(前掲四八頁一段目)。

ところが大村教授はかように述べたあと、突如として論調を一変させて、「ここまで、池田教授の立場は構成的立法者意思説に近いとして議論を進めてきた。確かに池田教授が一般論として説かれるところを見るかぎり、このように考えるべきだと思ふ。しかし、同教授の具体的な立論をみると、若干あいまいな点があるように思われる」として二つのことを指摘される。

「一方で、そこには実証的立法者意思説だと誤解されやすい叙述が含まれる」として、具体的に、池田教授が立法者意思の実証的探求の重要性を説き、またこの点に大きな努力を割かれていること、あるいは池田教授の提唱される解釈論は「法定効果説」と名づけられ、それが、右の実証的探求から導かれていることなどをあげられている。さらに進んで大村教授は「他方、池田教授の立場はそもそも立法者意思説であるのか疑問を生じさせるように叙述もある」として、具体的にこれを指摘される

が、その際、私（安達）の考えも採り入れられている。すなわち「たとえば『立法の趣旨とその法律制度本来の意味』とは異なる」という叙述があるが（池田著第二章「民法四六七条における一項と二項の関係」本書五四頁——引用者註、ここでいう『本来の意味』はボアソナードに求められるものと思われる。実際の議論においても、ボアソナードによって導入・定立された制度が旧民法典・現行民法典の起草過程によって歪められたという発想に基づく議論がなされ、ボアソナードを基準に現行法典は相対比され批判されている。そこには確かに『ボアソナード意思説』（安達教授の表現）と呼ばれる要素が含まれている。

（中略）一九世紀中葉のフランス学説とそれを導入したボアソナード草案に、フランス型指名債権譲渡法の原型を見出すという発想が（特に第二部の四六八条において）強いように思われるのである。このような解釈方法論は、それ自体としては不可能ではないと思われるが、立法者意思説とは呼びにくい」と述べ、そしてかような解釈方法は「ヴィントンシャイト、さらにサビニーに原型を求めてBGBを解釈するのに近い」と指摘されている（前掲四八頁一段目）。

4 以上紹介したところをまとめると、大村教授は、池田教授の考えが、一般論としては構成的立法者意思説であるけれども、具体的な立論を見ると、実証的立法者意思説と見られやす

いところや、さらには「ボアソナード意思説」とも見られるような要素もある、とされるわけである。

さて以上の大村教授の所説は私も大体において賛成であるが、二、三のコメントを加えよう。第一に、私も池田教授の立法者意思説の内容が、論文執筆の時期によって若干変り、とくに著書にまとめられた際に書き加えられた序説に述べられている一般論には、かなりの変更が見られ、いわばいくつかの条件ないし制限を付すことによって若干緩和された立法者意思説に改められているのではないか、という指摘を既に安達第四論文で行っている（志林九一卷四号七六頁）。それは右の大村教授の後段の所説とかなり符合する所であるように思われる。

第二に右に引用した大村教授の所説の前半の部分で、同教授が立法者意思説と法律意思説を接続させ、いわば一本の線上における段階の差として捉えようと試みられていることは興味深く、示唆に富む。そして恐らく私の法解釈学は、大村教授の試みる図式では、断片的法律意思説の立場に該るのではないかと思われる。もっとも私自身は、池田教授の法解釈学方法論と私のそれとの比較対照を、大村教授の試みられる図式を参考にしながら、——しかし同時に、川島教授が「法的推論の基礎理論」（川島武宜著作集第六巻）の中で述べられているところの、法規範構造の提示とその正当化の区別の理論から多くを学ぶこ

とによって——次のように考えたい。

まず実証的立法者意思説（私のいう純粋な、あるいは素朴なそれ）においては、実際に立法者意思を最も重要な法認識の資料として、そして場合によっては条文よりも優位にある資料として用いる。それと同時にそれによって法的判断（とりわけ裁判による具体的事件の解決という判断）を正当化する。つぎに、構成的立法者意思説の場合は、法的認識において、実際の立法者の意思を重要な資料の一つと見るが、それ以外にも他の制度との関連性ないし整合性を重視する。また、先進的な外国法なども法認識の資料とする。しかしかようにして認識した法規範（構造）は、必しも現実の立法者意思と一致しない。そこで前者にもとづく法的判断を正当化するために——立法者意思による正当化を建前上採るために——これを合理的な立法者意思に適合すると主張する。

つぎに統一的法律意思説の場合、法規範（構造）の認識においては、基本的に構成的立法者意思説と異なることなく、実際の立法者意思も重要な資料の一つとなる（但し重要性は若干低下しよう）が、その他の資料も認識のために動員される。そしてこれにもとづく法的判断が現実の立法者意思と喰い違っている、その正当化のために、もはや建前としての立法者意思との合致を持ち出すことをしない。少くともこれを重視しない。

法条自体と合致することを正当化の主要な根拠として呈示する。そして右の法的判断が法条の機械的適用の結果導かれる法的判断と喰い違ふとき、様々な解釈技術を用いることによって——時には白を黒と言いくるめる詭弁をも用いて——その適合性を論証する。

最後の断片的法律意思説の場合も、法規範（構造）の認識において、立法者意思が重要な資料の一つとされる（しかしその重要性の程度は一層低くなる）。しかしそれ以外の資料、例えば関連性ある他の制度との整合性、類似する外国法のほか、当該制度に関する判例や実務上の取引慣行や取引觀念そのほか学説も重要な資料として加わることになる。そしてかようにして認識された法規範（構造）による法的判断が、法条と適合しないことは少くないが、その際、これを正当化するにあたり、それが法条と適合することを様々な解釈技術を駆使して論証する（その際、一方で詭弁を弄することは——事実認定における擬制も含めて——避けるべきだとされる。それとともに他方で、法条の欠缺を正面から主張し、その欠缺を埋めるものとして形式的には条理を、そしてその実質的内容として取引慣行や取引觀念を、また信義則や権利濫用法理などの一般事項を援用して正当性を根拠づけることとなる。

以上述べた各説の順序は、ごく大まかにいえば、歴史的発展

の順序に相当する。つまり立法に続く初期の段階では実証的立法者意思説が有力で、そして断片的法律意思説が発展の最後の段階に主張され、そして多かれ少かれ実現される。そして以上述べたように法規範（構造）の認識の資料と法的判断の正当化の根拠とは区別すべきであるが、しかし他面において両者は無関係な存在ではなく、一般的な傾向としていえば、法的判断の正当化の根拠として用いられるものは、法規範（構造）の認識のための資料として重視される。逆に法規範（構造）の認識のために重要と認められるものは、直ちにではないが、次第に、法的判断の正当性の根拠としてもは認められるようになる。例えば判決の場合、すぐれた学説が認識の資料として用いられても、直ちに正当性の根拠として援用されるわけではない。それが学界において権威ある学者が賛成し通説たる地位を認められたとき、判決の正当化のために援用される。なお以上述べた歴史的発展および各段階の様相についてのモデルは、文字通りモデルであって、現実の法解釈学の発展および各段階の様相は、問題となる制度の違いによって若干の違いを生じるのはいうまでもなく、それらは現実を包括的・体系的に把握するために有用な理論的枠組であり、理論仮説にすぎない。

以上の理論仮説に従うと、池田説は実証的立法者意思説に近く、私の立場は、断片的法律意思説に近いと思われるが、両者

ともに現実の立法者意思を法規範（構造）の認識の資料とする点では一致する。しかしその重要性の程度は異なり、前者は、決定的な資料と見るに反し、後者は、その他を含めた多くの資料のうちのひとつと見る。また法的判断の正当化の根拠として、前者は立法者意思を決定的に重視するのに対し、後者は、他を含めた諸々の根拠の一つとして扱う。そして私の立場から見ると、池田説は、立法後一〇〇年近くも経った現代における民法解釈学の方法論としては、余りにも古色蒼然とした時代遅れの態度といわざるをえない。

5 前述の3では大村教授の書評の途中までを紹介したので、そのあとを続けて紹介し、かつ私の立場から検討しよう。前に3で述べたように、大村教授は、池田教授が建て前は別として実際の立論においては、実証的立法者意思説の立場を、さらにはポアソナード意思説ともいうべき立場を、少なからず採っていると指摘されており、そして全体として「確かに池田教授の叙述のなかには、構成的立法者意思説としては理解できない要素が含まれている」あるいは「混在」していると表現されている（前掲四九頁「段目」）。そしてこのような池田教授の解釈論に対しては大村教授は、池田教授が自ら期待される程に高い評価を与えておられるか疑問に思われるが、私の偏見であろうか。

大村教授自身の表現によると「反対説はあるにせよ、池田教授

の解釈論はそれ自体として十分な価値をもつだろう」という（前掲四九頁四段目）。しかし大村教授は、むしろ池田教授の沿革的研究自体を高く評価される。そして右の引用文に続いて次のように述べられる。「だがそれよりも重要なのは、その基礎となっている沿革的研究そのものではないか」と。そして次のような指摘が見られる。「確かに、民法研究の中心課題は実定法の解釈にあるだろう。（中略）しかし民法研究の範囲をあまり狭くかぎるべきでない。必ずしも解釈には結びつかないがテキストをよりよく理解するための『読み』も必要ではないか。解釈に集約されない、いわば『遠心的』な読みがあつてテキスト理解はより豊かな、厚みのあるものとなるのではないか」（前掲四九頁二段目）と。

私は、池田教授の解釈論については、その方法論としての立法者意思説に反対するだけでなく、池田教授による四六八条の具体的な要件・効果論についても反対し、その方法論の誤りから導かれると思われる少なからぬ欠陥を指摘したのであるが（安達第四論文）、しかし私は既に第三論文において述べたように、池田教授の四六八条に関する沿革的研究が法史上のすぐれた研究であることを認めるについては吝かでない（志林八九巻三・四号一三一頁）。また、私は第四論文において、大村教授が近時のフランス民法学の動向を紹介された論稿「フランス民

法総論研究ノート」（法協一〇八巻一〇号）に触れつつ、「私自身は、実務家のために直接役に立つことを目ざす実用的な法解釈学ないしその技術と、法学者の探求すべき学理的な法解釈学との間には——互に重なり合う部分も少くないが——少くとも重点の置き方の点で違いがあり、後者においては、体系性を志向する一般の原理や一般的概念の探求が重要な意義を有すると考える」と述べ、これを指すためには、法解釈学の語は適当でなく、別の名称、例えば実定法学の名称がふさわしい、と述べたことがある（安達第四論文志林九一卷四号一一八頁）。そしてこのような実定法学においては右拙稿で述べたように、一般の原理や一般の原則を探求する場合、直接に解釈と関係しないような歴史的沿革の研究や関連する外国法（異なったシステムを採用する外国法の研究を含めて）の研究、さらに関連する他の諸制度の研究（四六八条についていえば、手形・小切手法その他の有価証券法の研究）が、その基礎的な研究として必要であろう。そしてこのような意味で、池田教授の沿革的研究は、単に法史上のすぐれた研究業績にとどまらず、民法実定法学においても、基礎的な一つの重要な側面の研究業績として意義あるものといえよう。

以上の私の評価に関しては、大村教授のそれと一致するものと思われる。（なお、私が右に述べた実定法学は、既に古く星野

教授によって提唱された実定法学とその方向性において合致するものと思われる。もっとも同教授のいう実定法学は、極めて広い内容をもつ。すなわち実定法の実用法学的な法解釈論（立法論）およびその技術を中心におき、そしてこれを各方面から基礎づけるために科学や哲学の方法を用いて実定法を研究する学問が含まれるようである。星野「民法学の方法に関する覚書」法協百周年記念論文集第三巻、同「民法論集」五巻（三五頁以下）

6 序説で述べたように、ここで、五十嵐教授による池田著の書評のうち法解釈学方法論ないし立法者意思説に関する部分を、大村書評と関連させながら、取りあげよう。

（イ）五十嵐教授はこれに関し次のように述べる。

「著者の立場が立法者意思説であることはいうまでもない。

しかし、立法者意思説はわが国では、これまで冷遇されてきた。私は立法者意思説にかなりコミットしているので（五十嵐「法学入門」一四一頁以下）、著者を擁護せざるをえない。筆者の現在の考えは、冒頭の「序説」のなかで示されている。それによれば、著者にとっても、沿革や起草過程の研究がそのまま解釈論の決定的要素となるわけではない。そうなるのは、①立法段階での価値判断に変更をもたらすような社会状況の変化が存在せず、②起草者の予定していなかった新しい問題が、現在に至るまで生起していない場合に限られる。さらに③現時点まで

の解釈論が、立法趣旨の理解の不十分さや、その後の学説の形成過程における外的要素によって、本来の趣旨と異なった形で提示されている場合があるとしたならば、これも決定的要素になりうるケースであり、まさに指名債権譲渡の部分がそれに該当するとされる。③もすでに星野英一などにより提唱されているところであるが、学界の意見は分かれており、この点をどう解するかが、本書に対する評価の分かれ目となろう（道垣内や安達の批判参照）。しかし、私は基本的に著者の見解を支持したい。」と（法研六巻一一号一四三頁）。

（ロ）まず五十嵐教授が引用されている序章の中の立法者意思説について、前述したように、大村教授はこれを取りあげて、実証的立法者意思説でなくむしろ統一的立法者意思説に該当するという。しかし池田論文の本文を仔細に読むと、大村教授のいう実証的立法者意思説に依った部分が少くなく、両者は混在していると指摘する。

私もこの点に関し、すでに安達第四論文で詳細に検討しており、大村教授とはほぼ同様な趣旨で、池田第一論文（および第二論文）が素朴な、あるいは純粹な立法者意思説によっているが（すなわち「沿革や起草過程の研究が、そのまま解釈論の決定要素となる」との考えで立論される）、しかし序章ではこれに一定の条件（右引用文の①と②）をつけ、素朴な立法者意思説からか

なり後退したものとなっていると指摘した(志林九一卷四号七六頁)。

そしてさらに右引用文の③について特別に検討して、次のことを述べた。すなわち池田教授は債権譲渡法(とりわけ四六八条一項)の研究が外国の民法学の影響等によって、本来の趣旨と異なった形で提示されている例だというのが、しかし、公信説にしろ、処分授權説にしろ(債務承認説については問題の余地があるけれども)立法趣旨を決定的に誤って理解したとは思えないし、逆に、池田教授の、旧民法やフランス民法に遡った沿革の研究を通してなされた立法趣旨の理解が(法解釈上必要な立法趣旨の理解に限る)格段にすぐれた的確であるとは思えない(とくに現行民法に新たに加えられた四六八条一項但書は、同条の全体的な構造を理解するうえで重要な意味をもつが、これはドイツのデルンブルヒの説をとり入れたと見るべき余地が極めて大きい。しかし池田教授の沿革研究からは全く脱落している)。また私自身も法典調査会議事速記録については早くからとりあげて紹介・検討している。しかし四六八条一項が外国に例のない珍しい規定であるだけに立法の趣旨も不明確で曖昧な所が少なくない(起草者は、同項の効果を、厳格に言えば、法律が生じさせたもの、という説明を再三行っている)。そしてこれを明確にし、不備なところを補充し、明確な概念を用いて整合的な全体像を

描き出すことが、後代の学者の任務であると私は考える。のみならず、仮りに、立法後の学説や判例が、本来の法規の立法趣旨と異なる解釈・運用をなしていたと仮定しても、来栖教授が、曾て債権の準占有者への弁済(四七八条)に関して研究し、主張されたように、それを直ちに誤った解釈・運用だとして否定できないのであって、それが取引社会の正当な要請に合致するか否かが問われなければならないと。

(ハ) ところで右の③に関し、五十嵐教授は、右に引用したように——もちろん一般論の形においてであるが——星野教授を提唱者として引き合いに出しつつ、これを「基本的に支援」される。しかし星野説が③の見解と適合するか疑問である。のみならず五十嵐教授自身が引用されている自著「法学入門」で書かれているところとも一致しているか、疑問に思う。

まず星野教授は、たしかに法解釈において立法者意思を重視すべきことを説かれている。しかしこれを「決定的」なものとして扱うわけではない。すなわち「立法者ないし起草者の意思を検討することは、法律の立法された時における意味を確定することであり、基礎作業として有益である。(中略)それがどのような価値・利益をどのように実現・保護するために作られたかを知るためにこの点を調べることが望ましい。これは解釈の一つの手がかりとなることが多い。(中略)もっとも、以上

の作業は、現在における解釈にとって、必要なことではない。

現在どう解釈するかは、専ら現在における価値判断の問題である(後略)」と(星野「民研解釈論序説」法哲学年報一九六七年八五頁)。

また、池田教授がその方法的な立場をはじめて闡明された論文「民法四六七条におけるボアソナードの復権」(池田前掲書第一章として所収)の中で言及し高く評価されているところの、星野「日本民法典に与えたフランス民法の影響」(「目私法学三号四頁」)においても、一方で法の解釈において、立法者意思ないし起草者意思を明らかにすることが「基礎的・不可欠の出発点である」としながら、しかし「法の解釈は、終極的には、それが当該社会においていかに機能するか、そして機能させるべきかという見地からなさるべきものであらう。決して立法当時起草者によって与えられた意味が決定的な基礎となるものではない」とされる。

(二) 次に五十嵐「法学入門」を見ると、同教授は立法者意思説をとるべきか法律意思説をとるべきかに関し、まず両説の意味を説明し、立法者意思説とは「立法者が立法にさいし有していた目的が法の目的であり、文理解釈や体系解釈によることのできないときは、この立法者の意思に従った解釈をすべきである」とする考え方であり、法律意思説とは「立法者が立法当

時に有した目的ではなく、その法が現在の社会において有する目的に従って解釈されるべきである」とする考え方だと述べる。そして両者の長所短所を説明したあと、結論として「われわれは目的解釈にさいし、まず立法者意思説によるべきであり、それができないとき、または立法者意思説によったものでは不当な結果が生ずるときに、はじめて法律意思を問題とすべきだろう」とされる(五十嵐、前掲一四七頁)。

さて右にいう「立法者意思によることができないとき」については、例えば古い法律の場合など、それを明らかにしえないことがあり、また個々の条文の立法趣旨が明らかにされたとしても具体的問題の解決にあたって立法者意思がはっきりしないことが多いと説明される。またそれによったのでは「不当な結果を生じるとき」の例として、立法後長い年月が経ち、そしてその間社会事情の変化があった場合があげられている(前掲書一四六頁)。しかし、「不当な結果を生じる」かどうかは、現在の時点から判断すべきことはいうまでもなからう。現在の時点から判断して、不当な結果を生じるときは、立法者意思説をとらないというのであれば(したがって右の文章のいう、社会事情の変化があったとき、というのを例示的ケースと解するなら)、それは、結局のところ、立法者意思をできるだけ尊重するが、それを決定的な判断基準とはしないということであって、先述の

星野説と変りはないのではなからうか。

前掲の池田説の③の考えは、①と②の条件がない限りは、現在の時点において不当な結果を生じるか否かを問わずに、立法者意思によるべきだとする見解であると解しうる限り、五十嵐説とは、やはり違うのではなからうか。ちなみに池田教授は、第二論文末尾の「結語」(池田前掲書四四〇頁)において次のように述べられている。それは前述の③の考えと対応するものと思うが、甚だ疑問である。同教授によると「何らかの機能的分析から(その機能を助長することが良いことであるという発想を前提として)合目的に提示される解釈は、すでに解釈者自身の(将来に向けた)特定の価値判断を含んだものであって、筆者の考える(筆者のなすべき)解釈学とは異なるのである」と。しかし思うに、法解釈学の使命は、当該規定や制度の起草者が意図したことを認識するだけでなく——これだけならば法史学に属しよう——現在いかに解釈・運用されているかを認識するとともに、いかに解釈・運用するべきかをも論じるものであり、認識と実践が総合されたものではなからうか(安達第四論文。志林九一卷四号七五頁参照)。