

### 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(2完) 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)

4

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

37

(発行年 / Year)

1995-03

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00010849>

# 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(二・完)

——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(以上九二巻三号)

### 第五章

海老原教授の書評について

### 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

## 第五章 海老原教授の書評について

ここでは、海老原明夫「池田真朗著 債権譲渡の研究」(法  
学教室二六一号一九九四年二月)をとりあげる。

### 一 主要な内容とその検討

1 海老原教授(東京大学)はドイツ法担当の気鋭な学者で、  
ドイツ法史とドイツ法学史に関するすぐれた研究を多数発表さ  
れ、とくに法の継受に関する注目すべき研究は民法学者にとっ  
ても多大の教示を与えた。

さて海老原教授が民法を専攻されている方でないに拘らず、  
池田教授の著書の紹介・批評されたのは、右に述べたように、  
同教授が明治におけるヨーロッパ法の継受に関するすぐれた研  
究者であり、他方、池田教授の著書が日本民法四六七条・四六  
八条についての沿革、とくにフランス民法の継受の経緯につい  
て詳細に研究し、これを解釈論の基本に置いている、という接  
点があるためと推測される。なお海老原教授は、今までのところ  
債権譲渡についての専門的な論文は発表されていないようであ  
るが、これは前に紹介した五十嵐教授も大村教授も同じであ  
り、両教授自ら、書評のはじめに、このことをことわっておら

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(二・完)(安達)

れるとおりである。もつとも同じ問題を専門的に研究している者よりも、少し離れた関連する所を研究している人の方が批評がしやすく、岡目八目のたとえの通り、かえって公平に見られるということもあることは否定できない。また五十嵐・大村両教授の紹介・批判においては、池田説に対する道垣内・安達説による法解釈学方法論上の批判と相互の論争がとりあげられ、これを踏まえたうえで批評がなされているのに対し、海老原教授の紹介・批評においては、両説の対立・論争についての言及は全くなされていないところを見ると、この論争を知らずに、それがなされているのかも知れない。あるいはむしろ、法学教室という、主として学生を対象にした雑誌に掲載された文章で、しかも一頁でまとめられたものであるために、それを知りつつ敢えて言及されなかったのであろうか。

2 はじめに海老原教授は、法解釈学において一つ一つの条文について、それが、いかなる趣旨で設けられたかを明らかにすることが重要だと指摘しつつ、池田教授の研究は、民法四六七条、四六八条という二つの条文についてこれを行ったもので「これまでの学説の議論の水準を決定的に高めた研究である」と述べ、本書を評価される（前掲六頁上段）。

つぎに海老原教授は、池田教授の、前述二ヶ条の沿革（ボアソナード草案→旧民法→現行民法）とその立法趣旨に関する研

究を要約して紹介し「ボアソナードにまで立ち帰ることによって初めて析出された、日本民法の本来予定した指名債権譲渡の構造は、標語的にいえば、債務者の存在、とくにその意思的要素の重視、ということによって特徴づけられよう」と指摘する。ここでいう債務者の存在の重視とは、具体的には、債権譲渡を確実にするためには、債権の現存状態を公示する手段が必要となるが「ボアソナードはその課題に、債権譲渡のメカニズムに債務者を取り込むことによって応えようとした」ということであり「債務者は、債権譲渡をめぐる多数当事者関係において、いわばインフォメーション・センターとしての役割を果たすことを期待される」つまり、債権を譲り受けようとする者が予め債務者に問い合わせることによって債権の現状を知りうる、ということである（そして確定日付も債務者の認識時（通知・承諾時）を証明する手段である、と紹介する）。また債務者の意思的要素の重視とは、四六八条一項における抗弁切断の根拠が「債務者が約束した、という債務者の意思の要素にやはり求められる」ということだと紹介される。

以上の海老原教授による紹介は簡潔で正確といえよう。紹介されている内容について一言すると、債権譲渡において債務者をインフォメーション・センターとして用いることは、通知・承諾を第三者對抗要件とする立法方式においては自明のことと

あり、わが民法の起草者であった梅博士の代表的な著書「民法要義・債權法」を読んでも容易に理解しうるところである。また四六八条一項の定める抗弁切断の効力の根拠については、池田教授は、異議を留めない承諾は草案では抗弁放棄の意思表示であったものが、現行民法では要式性を不要としたことにより、意思的要素を含む觀念の表示となったと解し、そしてこの

意思的要素によって抗弁切断の効力を説明しようとする。これに對し私（安達）は、屢々述べたように、起草者が、法典調査會議事録によると「嚴格に云えば法が認めたようなものだ」と説明していることを指摘し、異議なき承諾を債務者の処分授權という特殊な意思表示と解することによって（そうして抗弁事由の不存在を信じて誤ってそれをなしたときは動機の錯誤による意思表示と構成することによって）抗弁切断の法理を説明しようとする。

3 さて海老原教授は、以上につづいてさらに次のように紹介される。「このような起草者の予定した指名債權讓渡のメカニズムは、しかしながら現実には生かされてこなかった。そうしてその理由は①条文の本当の趣旨が長い間知られずにきた、ということにあると同時に、②ボアソナードの構想において決定的な意味を果たす、債務者への通知の到達、あるいは債務者の承諾を確定日付を付した公的な証書で証明するための簡便な

制度が我国に存在しなかったことにもある。③そしてその背景には、——筆者は明示的には述べていないが——我国において当事者の意思の要素を根幹に据える、といういわゆる私的自治の法伝統が余りにも希薄であったことがあるのだろうか」と（引用文中の数字は引用者による）。

以上の紹介も大体、正確と思われるが、①に関連した、池田論文に對する私の立場からの検討と批判、とくに明治三六年判決と大正三年判決との関係、および我妻博士によるその評価に關する池田論文に對する検討は、前述第三章8で述べた。また②に關連する池田説の検討も第三章5と6で行なっている。

③に關して検討すると、元來、債權讓渡は、旧債權者たる讓渡人と新債權者たる讓渡人の合意のみによって、したがって債務者の同意なしになしうる債權者交代の制度であり、近代に至ってはじめて成立した制度である。したがって、債權讓渡の成立要件として、債務者の意思關与が要求されることはなく、同様に債務者その他の第三者に對する對抗要件として債務者の承諾が必須の要件となることもありえない。對抗要件として、通知と並んで定められている債務者の承諾も、その基本的な機能は、池田教授も言われる通り、通知と同様に、債務者が確実に讓渡の事実を認識するための手段ないし証拠としての機能であるから、ここでの、債務者の承諾が、海老原教授のいわれるこ

とき私的自治の原則と関連するとは思われない。これと関連するのは、四六八条一項に定める抗弁切断の効果を生じる債務者の異議なき承諾であろう。その際、異議なき承諾を「前条ノ承諾」と同じもの、したがって観念の表示と解し、そのうえでこれに一種の公信力が与えられたものとして抗弁切断の効力を理解しようとするいわゆる公信説は、海老原教授によれば、私的自治の原則を軽視することになるのであろうか。なお池田教授は、——ボアソナード草案における異議なき承諾は抗弁放棄の意思表示であったが——現行民法では「意思的要素を含んだ観念の表示」と解される。それに対する批判は、安達第三、第四論文で繰り返し行なった。そうして私見では、既に述べたように、それを処分授權という一種の意思表示と解する。したがって私見は、その限りで海老原教授のいわゆる意思の要素をより重要視する立場ということになるのであろうか。

4 海老原教授は、池田論文について特筆すべきこととして、「資料を分析する手際の見事さ」をあげ、それがとりわけ制定過程の分析において、また、判例の発展の分析において見られることを指摘し「学問とはいかに面白いものか、ということをお教えてくれる書物に実に久しぶりに出会えたような気がする」との感想を述べられる（前掲六頁下段）。私も四六七条、四六八条の制定過程に関して池田論文から多くの知見を得、教えら

れる所が大きかったことはたしかであり、海老原教授の右の言明に異議を述べる筋合いではないが、私の学問的立場を曖昧にしないために敢えて一言すると、

① まず四六八条一項に関する立法資料、とくに(a) 法典調査会議事速記録の記述の読み方および(b) ボアソナード草案理由書（森順正訳）および松本慶次郎他による旧民法註釈書の読み方に関して池田教授と私の間に論争がある。これについては、池田第一論文を安達第三論文で批判し、これに対しては池田教授がさらに本書（池田著）の追記の中で詳細に反論された。これに対して私はさらに安達第四論文で弁明をし、同時に再反論した（とくに志林九一卷四号七九頁以下参照）。

② 四六七条の制定過程の資料の分析については、私自身の研究していない領域であって教えられる所は特に大きい。しかし前にも述べたように、池田教授はボアソナード草案を金科玉条とする。すなわちそれを恐らくはフランス民法の規定以上にすぐれたものとして捉え、また旧民法は右草案の翻訳の誤りと無理解によって作られた劣ったものとして、そして現行民法もまたボアソナード草案を範としながらも、一項と二項とをわけ、対債務者對抗要件の方式を簡略化したことは誤りであったと主張される。かように「近代法における債権譲渡の對抗要件としての通知・承諾には、日付の確定性が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」として、日付の確定性にいわば絶対的な価値を認める（池田前掲書一〇一頁）。かような教授の硬直な立場は、手続の簡略化・簡便化の要請にも応じようとした現行民法の正当な評価をゆがめることにならないだろう（第三章5参照）。それはさらに、四六七条二項にいう確定日付の解釈について、手続の一層の簡略化を認めた大正三年連合部判決の正当な評価をゆがめることにならないであろうか。また教授のかような立場は、債権譲渡に対抗要件主義をとらないドイツ法系の立法例（そこでも債務者に対する譲受人の権利行使の要件として、譲渡人からの債務者に対する書面による譲渡通知などを規定する）と、対抗要件主義をとるわが民法とを一層広い視野に立って統一的に把握する試みを不可能ならしめるのではない（前述第三章5・6参照）。

③ 池田教授による、明治三六年判決から大正三年連合部判決を経て昭和四九年判決に至る判例の変遷の分析及びその際重要な役割を果たした見られる我妻博士による大正三年判決の理解とその評価に対する分析については前に論評した（第三章10（1）参照）。ここでも、②で述べたような、ボアソナードを金科玉条とする立場が右の問題の分析に大きく影響しているのではなからうか。

④ 池田教授の文章とくにその議論の進め方には、たしかに

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・完）（安達）

明快で歯ぎれよくダイナミックな感じを受けるところが少くない。それは断定的な表現、ある説ないし考え方と別の説ないし考え方を鋭く対立させ、後者を犀利な論証によって切って捨てる、という論法が用いられているためかと思われる。池田教授が巧みな文章家であることは疑いないが、しかし敢えていうと、前に、大正三年の連合部判決に対する我妻博士の見解に対してなされた池田教授の批判およびこれと関連して昭和四八年判決について私のとった立場に対する池田論文の対応に関して私が批判したように（第三章10（2）参照）、池田教授の議論の進め方には、それを読む者に明快な印象を与える反面、批判の対象とされる説の全体でなく、自説の展開に有利な一部を大きくとりあげて批判したり、他説の文章の表現の多少の不正確さを鋭く衝いて、他説の論旨全体の誤りを断定するようなところが無いであらうか。またこれにつけ加えて述べると、池田教授の文章は語彙が豊富で生彩に富んだ表現力があると思う。それ自体は羨むべき美質であるが、しかしその反面、言葉の綾で論理の曖昧さを覆い隠すことが生じることもあるのではなからうか。四六八条一項の異議を留めない承諾の法的性質に関する池田教授の議論の中に（そこでは文学的ともいうべき多様な表現がその性質に関して用いられている）それが見られないであらうか（安達第三論文・志林八九卷三・四号八九頁以下。同第四論文・志林

九一卷四号七頁以下）。法解釈学の理論構成において最も大切なことの一つは、明確な概念を用いて論理的に矛盾なく整合的に構成されていることではなからうか。（安達第四論文・志林九一卷四号一二四頁以下参照）

## 二 法の継受について

1 最後に海老原教授は「本書は、継受史研究としても貴重な貢献をなしている」とし、「コルメ・ド・サンテールとボワソナードの学説の類似性についての指摘は、今後日本民法の淵源に真に迫るための大きな手がかりとなろう」と述べられる。

池田教授の研究の法解釈学上の価値に関しては、その方法論（素朴な・純粹な・あるいは大村教授のいう実証的な立法者意思説）に制約されて必しも高い評価を与えることができない——勿論興味ある問題提起であることは疑いないが——というのが私の率直な感想であり、特に四六八条一項に関する池田説の要件・効果論については、前稿で詳細に検討し、批判した（安達第四論文・志林九一卷四号）。しかし池田教授の立法の沿革に関する詳論・精密な研究が、私のいう実定法学にとって（また星野教授のいわれる実定法学にとっても）貴重な業績であり、間接な形で法解釈学に寄与するものであることは私も疑わないところである。法の継受を特に研究されている独逸法專

攻の比較法学者である海老原教授が高い評価を与えられるのは当然であろう。

2 しかし右の引用文に続けて海老原教授が述べる次の結びの言葉は注目に値する。それは「ある条文がフランス法によっているのかドイツ法によっているのか、というような問題の立て方は、継受史研究によってほんの出発点でしかない。問題はその先にあるのであって、彼此の学説史についての透徹した理解を総動員して初めて、日本民法の本当の姿は浮かび上ってくるのである」と。海老原教授のこの言葉の具体的な意味は、教授が法継受史について実際に行っている研究業績を手がかりにして理解するとができる。一九九一年から一九九二年にジュリストに十数回に亘り連載された「ドイツ法学継受史余滴」には、民法のほか、憲法・行政法の領域に属する種々な問題についての学説継受の様相が生彩に富む筆致で描かれている。その最終回にあてられ、全体の総括に相当する「法の継受と法学の継受」（二—三）の中の末尾に収められている、次の文章は、池田教授の法解釈学方法論と私のそれとの対立にもかかわらずがある。

3 海老原教授は、I「法の継受」とII「法学説継受」とをわけ、まず、I「法の継受」について次のように述べる。「継受の研究にとって何よりも重要な課題は、一つ一つの条文につ

いてその母国法を確定することである。そしてこの点に關しては、昭和四十年代以降の研究はとりわけ民法の分野において画期的な進展を見せ、それまで漠然とドイツ法の圧倒的な影響下で成立したと考えられていた日本民法典の各条文の母国法は必ずしもドイツ法とは限らず、とくにフランス法から採用された条文が非常に多いことに注意が喚起されてきた」と(ジュリ九九五号一〇頁)。

ちなみにここで言及されている四十年代以降の民法学における新たな動向に大きく寄与したのが星野教授の画期的な論文「日本民法典に与えたフランス民法の影響(一)」(日仏法学三号・昭和四〇年)であったことは疑いの余地がないであろう。後述の学説継受の問題とも共通する事項であるから、ここで星野説を紹介しておこう。

同教授は次のように説く。日本民法典の「財産法の部分は、ドイツ民法第一草案を模範としてできたドイツ民法的のものであると、通常思われているようである。そして、それ故に、わが民法の研究や解釈にさいしては、ドイツ民法ないしドイツ民法学の研究・参照が必要であり、少くとも望ましいと考えられていたようである。」「しかし……日本民法典(前三編)に対して系譜的に連なるものは、ドイツ民法(草案)よりはフランス民法である」「従って、民法の研究ないし解釈にとつては、フ

ランス民法とのつながりを考慮する必要がある、少なくとも望ましい」とされる(日仏法学三号一頁)。そして教授は、このような研究の意義について、それはわが民法学の基礎的作業として不可欠のものであり、「日本民法の各制度・各規定の本来の、というのは起草者によって与えられた、意味・趣旨を明らかにすることは、民法学のために基礎的・不可欠の出発点」だからであるとする。これをさらに敷衍して、第一に、「民法の本来の姿の理解は、実用法学(法解釈学)にとつて最も重要な作業の一つである」と説き、これに関連して、教授は「筆者は、決して直ちに立法者意思説に組するものではない」が、わが国においては従来、法律意思説が、あるいはその傾向がとられ、

「民法の立法当時の趣旨の探求があまりにもなおざりにされてきたことは、強く反省する必要がある」とする(前掲書四頁)。第二の意義として、「民法の本来の姿の理解が、いわば理論的な研究として重要である」からだと言ふ。なお教授は以上のような主張の論証のために、わが民法が系譜的にドイツ民法よりもフランス民法に連なることを総論的および各論的に(とくに民法総則編の各規定について)具体的に検討される(前掲書二七頁以下)。

ちなみに池田教授の方法論には星野教授の影響がかなり強いように思われる。星野教授と同様に、わが民法が系譜的にフランス



民法に連なることを強調するとともに、法解釈学方法論として立法者意思説を——星野教授よりも純粹な、あるいはより強い形で——とり、そしてボアソナード旧民法研究を現行民法の立法者意思を探究する上での不可欠の判断資料とされるわけである（池田前掲書二頁。なお第四章6参照）。

ところで海老原教授は前掲ジュリスト論文の引用箇所が続けて次のように述べられるが、それは星野教授の、また池田教授の主張に対するある意味でのアンティテーゼを含むといえよう。「しかしこの母国法の確定という作業は、法の「継受」の研究にとってはほんの出発点にすぎない。なぜならば、法の「継受」という事象を真に歴史的に明らかにするためには、「継受」された条文や法命題をその母国法の文脈の中で正しく理解することがどうしても必要だからである。ある条文に表現されている法命題がいかに単純明快なものであるとしても、これはそれなりに長い歴史的系譜を持ち、学説による彫琢と、実務による具体化とを経てきており、さらに日々発展を続けていくものである。そうしてその旨の規定を日本の法典に採用するということは……そのような歴史的伝統と理論的・実務的蓄積とを含んだ複雑で動的な法的形象を受容するということを意味する。」〔中略〕

「あるいは法解釈学の特定の立場に立つならば、法律の文言

だけ、あるいは起草者の意思だけが決め手であって、歴史的背景にまで遡るに及ばないということになるのかもしれないが、法史的認識にとつては「継受」された個々の法形象の本来の歴史的文脈に立ち返ることが常に不可欠である。そしてその結果得られる知見はしばしば、単に母国法がどの国の法であるのか、といった次元の認識とは比べものにならない程に奥深いものとなる。」

その例として海老原教授は次の例をあげられる。「たとえば民法第九五条に掲げられている法律行為の『要素の錯誤』という觀念は、ボアソナードの起草した旧民法の『合意ノ性質、目的又ハ原因ノ着眼』という法律行為の成立要件を列挙した規定を、『要素』という用語によって括ったものであるが、……（教授が別稿で詳細に論証されているように——引用者注）ローマ法以来の、法律關係の性質に関する錯誤、人の錯誤、物の錯誤、性状錯誤という諸類型を法律行為の『本質的な点に関する錯誤』として括ったヴィントシャイトの旧説と類似する理論構造を有するものである。言い換えれば、『要素の錯誤』という觀念の背後にはローマ法以来二千年の歴史的伝統が横たわっていると云っても過言でない。」（ジュリ九五号二頁）

このように海老原教授は、母国法とされているフランス法からの継受の実際のあり方を検討すれば、ドイツ法からの、ひい

てはローマ法からの影響あるいはそれとの密接な関連が存在することを示唆される。

4 次に教授は、Ⅱ「学説継受」に関連して次のように述べる（ジュリ九七号八頁）。まず「ドイツ法学の『継受』という現象は、一時期の日本の法学について圧倒的に顕著に見出されることであった」そして「ドイツ『法学』の継受を通じてこそ日本の法学が学問としての一定の完成度に到達し得たことについては、北川善太郎氏によって『学説継受』という概念を媒介として幾つかの法制度の具体例に即して解明されている」。この北川教授の先駆的研究を受けつぎつ、しかし海老原教授は、新しい視座からこの問題を扱う。まず取りあげるべき重要問題として、明治の末から大正期にかけて、当時の法学者の大部分が圧倒的にドイツ法学に傾倒したのはなぜかが問われる（この点につき同教授は、星野教授の所説を紹介・批判しつつ興味のある独自の説を展開されているが、ここでは省略する）。ついで海老原教授は、ドイツ法学継受の諸相について語るが、次の叙述は特に興味深い。「一見ドイツ法学の一義的な『継受』があったと思われてきたところに、実はより複雑な影響関係が見出されることも少くない。たとえば、ドイツ法学の影響の最も典型的な事例と思われてきた法人の本質論が、実はドイツ法学の影響を強く受けたフランスの文献から学ばれたものであった」と

か、「英米法の能力外法理を我国に最も詳しく紹介した論文はドイツのある研究に依拠していた」という事例（いずれも連載論文の中で詳細に論証されている）をあげつつ「このようにドイツ・フランス・英米の法学は、実は相互に隔絶しているわけではなくて、相互に学びあい、影響を与えあっている。ドイツ法学に傾倒したオースティンの例は決して特殊な事例とは伝えない。したがって西洋法学の『継受』にあたっては、一国だけに視野を限定することなく、西洋諸国の法学相互間の関係も充分に考慮に入れなければならないのである」と指摘される（ジュリ九七号九頁）。

以上の所説からも明らかなように、海老原教授はドイツ法学あるいはフランス法学からの学説継受についても一国だけに視野を限って見ていくべきでないとするのであって、したがって法の継受の場合における共通した見方が強調されているといえよう。

このような見方は、星野教授の次のような考え方とある意味で対立し、これを批判するものではなからうか。すなわち星野教授は、前述したように、日本民法がドイツ法に連なるよりもむしろフランス法に連なることを主張し、そして立法者意思説をとらないにしてもそれに比較的近い立場をとる（あるいは法律意思説を厳しく批判する）が、これの延長線上において教授

## 法学志林 第九十二卷 第四号

の「ドイツ法的理論」に対する嫌悪感あるいは否定的な考え方が見出されるように思われる。

すなわち星野教授は、法の解釈にあたり、立法者意思を重視するところから、フランス法的内容をもつと考えられる立法者意思とは異なったドイツ法的な理論を導入することに反対されるのである。ここから更に進んで、法解釈学においてなるべく「中間理論」ないし「ドイツ法学式理論構成」を用いるべきでなく、価値判断・利益衡量による解釈をなすべきことを主張し、「ドイツ法学式の理論構成は、法規の文理解釈ないし論理解釈にすなおに対応しない限りできるだけ排除するほうがよい」とされ、また「筆者のように立法者・起草者の意思を問うことは、中間にやはり説明を入れることにはなろう。しかし、せめてそれだけに止めるのが望ましく、中間の論理構成はできるだけ少なくすることが望ましい」（星野「民法解釈学序説」法学年報一九六七年八六頁）とされる。ちなみにここで「ドイツ法学式」理論構成と言われているものは、前掲海老原論文で述べられているドイツ法学の特徴に対応するものであろう。すなわちドイツ法学においては、サビニーを範として、純粹な論理的活動としての法の指導原理の探求、精密な概念による理論と体系化の試みが中心的課題とされるからである（ジュリ九九九号八頁）なお私が前稿（第三論文）で言及したイエーリンク

の構成法学（Konstruktion）はその一つの典型と見ることができであろう（志林八九卷三・四号二三九頁）。

なお、池田教授は、星野教授によって主張される、ドイツ法理論のわが民法解釈学への導入に対する反対にも同調される（池田第一論文・法研六二巻七号二〇頁）。もっとも星野教授の主張される、（中間理論の排除に代るべき）価値判断・利益衡量の重視に関しては、必しも同調されていないように思われる。

池田教授は「私見は、『指名債權譲渡をより容易に、かつ安全にするのが便利だから良い』という価値観を前提にしてそのための解釈論を展開しようとする論者とは立場を異にする」とし、その理由の一つとして「そのような一定の価値観を前提にしてなす解釈は我々の行うべき条文解釈学の中にはない」と述べ、他の理由として「もし指名債權であっても、継続的な金融取引やそれに伴う自働決裁の必要等から、容易かつ安全な移転を第一義的に考慮しなければならぬ範疇のものがあるならば、それは一般法たる民法の枠組みで処理するのではなく、別の特別法による処理を考案すべきである」とされる（池田第二論文法研六二巻九号五二頁）。

池田教授においては、その立脚する立法者意思説の立場が純粹であるために、立法者意思のみが解釈の基準であり、そして立法者の意思が明らかでない場合には、その意思を推測してな

すべきことになる。また池田教授による理論構成（二重法定効果説）はドイツ法学式の理論構成ではなく、むしろ立法者の意思ないし立法趣旨を要約して表現するもののようである。したがって池田教授の考えるこのような理論構成は、星野教授が例外的にのみ是認するタイプの中間理論（前掲星野引用文参照）と類似したものであろう。

5 以上述べた所要約すると、海老原教授は、法の継受および学説継受のいずれについても次の立場、すなわち被継受国がドイツかそれともフランスか（あるいはイギリスか）という系譜論を強く問題とし、そしてそれ以上深く探求してはいないところの星野教授や池田教授の立場と重要な違いがあるのではなからうか。もっとも次のように云うのが公平かも知れない。

すなわちかつてわが民法が系譜的にドイツ民法に連なるとする伝統的な考え方が支配したのに対し、これに対するアンティテーゼとして、系譜的つながりをフランス民法に求める考え方が星野教授によって主張され、そして海老原教授の見方は、この二つを統合するシンテーゼとしてドイツ、フランス、イギリス等ヨーロッパにおける民法が孤立したものでなく、互に影響し合い、関連していることを見出そうとする立場といえるのではなからうか。（以上述べたこととの関連で、私が前稿で紹介した大村敦史「フランス民法総論研究ノート」（法協一〇八巻一〇号

一五九頁）の所説は極めて興味深い。そこでは、フランス民法学が一九世紀末から二〇世紀初頭にかけて大きな転換を経験し、それ以前の実務教育的性格が薄れ「体系的性格、学理的性格が強まり」「現代フランス民法学においては、法学の主要目的の一つとして、体系化、概念化ということが考えられている」と指摘しつつ、このような転換の背景として、ドイツ法学への強い関心があった、と述べられている（安達第四論文志林九一卷四号一一七頁）。

そして海老原教授には、必しも明言はされていないけれども星野教授や池田教授に見られるような、いわゆるドイツ法学式の概念的・体系的な法解釈学に対する強い否定的な態度は見出せないように思われる。また立法の沿革や起草者の立法趣旨を重視されることは、前半の文章からも充分に窺われるが、しかし少なくとも池田教授に見られるような素朴な立法者意思説であるようにも見受けられない。

6 このような海老原教授の立場から見れば、池田教授の四六八条一項に関する次のような言明は大いに疑問ではなからうか。

（もっとも池田教授が専ら法解釈学の立場に立って述べられているのに対して、海老原教授がさしあたって問題とされているのは、法史的な、あるいは法学説史的な認識であって、その間にズレがあるといえよう。しかし両者は無関係でない。海老原教授の法

解釈学上の立場は、前述のように、その法史学的な、あるいは法學說史的な認識を通して間接的ながら推測しうるのである。）

池田教授は四六八条一項について、石坂説、鳩山説、我妻説、安達説と検討したあと、いずれも「決定的な説得力という点で欠けるところがある」とし、つづいて同項がフランス民法の規定一二九五条を拡大解釈して作られたボアソナード草案に由来することを説いたうえで「あえて断言すれば、四六八条一項の異議を留めない承諾をめぐる諸學說の根本的な誤謬は、すぐれてフランス法的な、より正確に言えばボアソナード的なこの規定を、継受の關係のない外国法、ことにドイツ法によって説明しようとしてきた点にあるといつてよい。ここにおいて、我々の第一に採るべき手法はひとつしかない。それは、これまでの學說の議論をいったん切り捨てて、それらの成果に依拠することなく、本規定の沿革および起草の趣旨を先入主なしに丹念に跡付けることである。すべてはそこから始まろう。」と（法研六二卷七号二〇頁）。なお鳩山説について、それが禁反言法理を援用していることから、英法の影響もあるとしつつ、「同項の沿革上に英法の影響が見出せない以上、ここでエストツペルの法理を採用するのは、比喩的説明にしかない」と評される（法研六二卷九号三〇頁）。そして池田教授が立法の沿革の検討を通して到達されたのが立法趣旨に最も適合していると主張さ

れる二重法定効果説である。（しかしそれは、ひとつの理論構成あるいは理論的説明として少なからぬ欠陥を有することは、第三・第四論文で詳細に指摘したところである）

右に引用した文章で問題になるのは、前にも述べたが重ねて指摘すると、第一に、わが民法四六八条一項がすべてボアソナード草案および旧民法を承継するか、である。安達第三論文で詳しく述べたように、その本文については、たしかにそのように言えよう。しかしその但書は、現行民法起草の段階で加えられたものであり、ボアソナード草案などにはなかった規定である。その規定の仕方に曖昧ないし不明確なところはあるが、要するに本文の定める抗弁切断の効果によって二重払いを余儀なくされる債務者を保護するための規定を見ることができる。この但書を置くか否かによって本文の意味自体も変わってくる重要な規定といわざるをえない（この点についても池田教授と論争したことがある。）が、この但書は、ドイツの著名な学者デルンブルヒの、当時ドイツでは少数説であった考え——債務者の承認に抗弁切断の効力を認めるとともに、その結果、不利を蒙る債務者に譲渡人に対する不当利得返還請求権を認める——に做ったと見るべき余地が極めて大きい。（詳細は安達第三論文志林八九卷三・四号八二頁参照）

第二に、従来のわが国の諸學說の根本的な誤謬が、継受に関

係のない外国法（特にドイツ法）によって説明しようとしている、との批判についていうと、

我妻博士によるいわゆる公信説は、四六八条一項を、動産の占有に公信力を認めた一九二条（善意取得）に類したものとして捉えていると見ることができる。その限りにおいて善意取得の制度を採用するフランス法とも無縁といえない。また、安達の主張する処分授權説における処分授權の制度は、元来ローマ法上認められ、近代法に至って確立した代理制度の基礎となったものであり、代理権の授權と処分授權とは具体的な法律関係においても共通する所が多い。したがって処分授權の概念は、ローマ法をその基礎にし、また代理制度を認めるフランス法とも無縁とはいえない。また安達が、処分授權説に至る過程において主張した指図引受説に関しても、指図引受の制度はフランス民法典でも明文の規定を設けているのであるから、これまた、フランス法と無縁ではないのである。（そして前稿で言及したようにフランスの著名な民法学者カピタンはフランス民法一九五五条を指図を類推して理論構成したのであった（志林九一卷四号八六頁以下）。したがって右の諸学説はフランス法の法理と無縁でなく、「系譜的につながりのないドイツ法的概念で説明しようとしている」との批判は当たらない。

7 なお以上の点に関連して私は前稿で次のように述べてい

る。「フランス民法の財産取引法とドイツ民法のそれとの間には、それらがともに大陸法系に属し、商品交換経済を基礎にした法体系であることから基本的な類似性がある」（安達第三論・志林八九卷三・四号一二九頁）。

（なお対抗要件主義を採るか否かは、いわば絶対的な差異でなく、相対的な差異と見るべきだとすることについては第三章7で述べた）

また「ドイツで、かつて普通法において、またプロイセン普通国法典やオーストリア民法典の中で、債権譲渡における債務者の承諾による抗弁切斷が認められ、これらは、指名債権譲渡において譲受人を保護するための制度として、フランス民法一二九五条と、社会・経済的には共通の基礎にもとづくものと考えられる。その際、隣接する両国の間であるから、この規定の形成や解釈・運用について何等かの形で相互に影響があった、と推測しても必しも不当といえないであろう」（安達第一論文志林八九卷三・四号六一頁）。そしてまたドイツの普通法初期において認められた、指名債権譲渡における債務者の承諾の効果としての抗弁の切斷が、その後、ドイツで認められなくなり、そしてデルンプルヒの少数説も、少数説で終って、ドイツ民法典の中に生かされることがなかった理由についても、私はライストの所説を引用して説明している（志林八九卷三・四号五七

頁。それはひとことで言うなら、近代における商品交換経済の発展とともに、一旦は、指名債権譲渡の取引の安全をはかるための制度として、債務者の承諾に抗弁切断の効果が与えられた。しかしその後の一層の商品交換経済の発展に伴って有価証券制度（商業債務証券、無記名債権など）が確立、整備された（そこでは抗弁切断の法理が認められる）。その結果、債権への投資家はかような有価証券の債権への投資の途を選ぶに至ったため、単なる指名債権譲渡の場合には、債務者の承諾によって抗弁切断の効力を生じさせるといふ実際上の必要性がもはやなくなってしまった。そのためドイツ民法はこれに関する明文の規定を設けていない、ということである（もっとも実際の判例において、債務者の承諾に抗弁切断効を認めたと推測されるものがあることを私は指摘している。安達第一論文志林五九卷三・四号五六頁）。

以上、私は池田教授の提言を批判し、民法四六八条がフランス法ないしボアソナード草案のみを受け継ぐものでないこと、またフランス法とドイツ法との間に密接な関連性があること、そしてさらに、両法における債権譲渡における抗弁切断の法理を社会・経済的な背景をも考えつつ、歴史的に考察すべきことを主張した。そうしてこのような主張は海老原教授の問題提起にもよりよく適合した考え方であると思うが如何であらうか。

## 第六章 私法学会ワークショップにおける 討議について

序章で述べた趣旨にしたがって、私法五六号一六〇頁以下に掲載されている、私法学会五七回におけるワークショップ「指名債権譲渡における債務者の異議を留めない承諾」の記録（執筆：池田真朗教授）を検討し、簡単なコメントを加えよう。

一 記録の冒頭で、池田教授は、右ワークショップの内容の概略を次のように説明されている。すなわち最初に池田教授が議論の基礎となる報告をした上で、自由討論に入ったと述べ、そして池田報告に関しては「総論的問題として、異議を留めない承諾の法的性質論と抗弁喪失効の根拠、各論的問題として、異議を留めない承諾の要件・効果論を扱い（解釈学的方法論の問題も含む）、さらに、EFT取引や債権流動化の中でこの規定の意味と役割が変容するか、指名債権譲渡の對抗要件の機能や對抗要件主義の再確認をする必要性、指名債権の概念自体の再検討、等の議論を予定し、基礎報告はすべての範囲について行なったが、時間の関係もあり、後半の議論に入ることはできなかった」（傍点引用者）と述べられている。しかしながら、右の後半部分のうちEFT取引や債権流動化の中でこの規定の

意味と役割が変容するか、については全く言及されていなかった。(ちなみに、池田説のように、異議なき承諾によって切斷される抗弁の範圍に著しい制限を設ける立場は、債権の流動化に適合せず、譲受人の保護・取引安全のためにこの制度を役立たせることは不可能とならう。それとは逆に、後出の二重譲渡と異議なき承諾に関する私見は、右の目的にそれを役立たせるために大いに寄与しうる。)

## 二 基礎報告の要旨1 (総論的問題) について

1 池田教授は、四六八条一項を「既存の他の法概念で説明しきれない、特殊の法定効果を定めたもの」として二重法定効果を主張される。すなわち「同項本文で債務者に sanction を与え、それによって譲受人を保護し、同項但書で、そもその紛争の原因を作った譲渡人に sanction を与えて債務者を保護する」のだと説明される。そして「債務者の承諾は、譲渡人・譲受人間の債権譲渡契約に対する債務者の意思的関与である。その内容は、債務承認のような意思表示と見るべき場合も、単に譲渡の事実を認める観念の通知と見るべき場合もある。しかし条文はそれらに同一の効果を与えた」と説明される。さらに同教授は、「この説の理論性に対する疑問」に答えて、「二重

法定効果説は、この規定が他の法概念で説明できない特殊な規定であることと、四六八条一項の持つ二重構造とを立証して、それを解釈論に持ち込んだ説であり、債権譲渡の對抗要件を規定する四六七条との二か条の体系的理解を図る理論である(四六七条一項で、通知・承諾の方式における要件を緩和したことが四六八条一項の解釈に必然的に関連する)。他の法概念で説明したり、独自の体系的理論を立てて説明しなければ理論でないの批判は疑問」だと主張される。

このあとひきつづいて他説に対する批判が述べられているが、ここまでの部分について私見によるコメントを簡単に述べると(詳細は安達第三論文八七頁以下、同第四論文五三頁以下参照)、第一に、二重法定効果という捉え方は、即時取得や表見代理や債権の準占有者への弁済をめぐる三者間の法律関係についても当てはまる漠然とした捉え方である。(二重法定効果が生ぜしめられる根拠としての sanction の語も意味ありげだが、法的概念として明確さを欠いている。何故に日本語で表示できないのか)また、債務者の異議なき承諾の性質の捉え方が曖昧である。一方で債務者の意思表示ではないが意思的関与行為とされる。他方では債務承認のような意思表示のこともあれば、譲渡の事実を認める観念の表示のこともある、とされる。このような漠然とした、曖昧な概念を用いた「理論的説明」では、具体的な問題



を説明するにあたり、あるときは、意思的要素を前面に出し、またあるときは非意思的要素を前面に出し、その際の選択が恣意的になされるといふことが起こり、具体的な問題の処理のために有用な指針を与えない（詳細は第四論文志林九一巻四号七一頁参照）。明確な概念を用いた理論構成によってのみ、それは可能となる。（またそのような理論構成であってはじめて反証可能な理論となり、たとえそれが正しい理論でないにしても、これを踏み台としてより正しい理論が生み出される契機となりうる。）教授の言われるように、理論相互の優劣は、どちらの理論が規定の解釈をより矛盾なく説明しうるかによって争われるべきであるとしても、漠然とした、曖昧な、伸縮自在の概念を用いた理論では真の説明にはならないのである。（これについてなお付言すると、討論の際にも、問題になったが、とりわけ四六八条一項のごとき他に立法例のない条文においては、条文に不明確・不十分な点さらには欠陥した点もありうるのであって、条文の文言に忠実な解釈が必しも最良の解釈とはいえない）。

第二に、この規定が他の概念で説明できない特殊な規定だといふのならば、それを説明しうるような新しい概念を析出することを試みるべきではなからうか。私の主張する特殊な意思表示としての仮定的債務者の処分授權の概念は、まさにかような新しい概念である。そしてそれは、四六八条一項と機能的に、

もしくは構造的に類似する、私法上の他の諸制度・諸概念との関連性を追求することを通して到達しえたものであることを指摘しておきたい。

第三に、四六七条一項との関係については、後に討議の部分で池田説はさらに敷衍されているが、それによると「フランス民法やポアソナード民法では承諾は公正証書承諾なのだから内容は意思表示だったはずだが、日本民法四六七条一項で無方式の承諾を認めたために、四六八条の承諾を一律に意思表示であると解釈することができなくなった。その承諾に四六八条の効果載せている」とされる。しかしながら、思うに——方式行為に関する一般的な原則をあてはめて考えた場合——公正証書という方式が要求される承諾は意思表示だが、方式簡略化によってそれが意思表示でなくなる、というのは納得できない。たしかに無方式のそれにおいては、充分な熟慮なしに軽率に行なわれる可能性があるとはいえるであろう。しかしそのときは、意思表示の瑕疵すなわち錯誤とりわけ動機の錯誤が問題になるのであって、意思表示でなくなるとはいえないのではないか。

また、これは私が討論の際に発言したことだが（しかし、池田教授による私法の記録ではオミットされている）、そもそも法典調査会の議事速記録を見ると、起草者は四六八条の対第三者對抗要件として承諾を通知と並んで規定する必要があることを

説明するにあたり、その承諾の具体的事例として四六八条一項の異議を留めない承諾が譲渡前に（譲渡後に譲渡人からの通知を得たうえでなく）行われる場合をあげ、このような事前の承諾も対抗要件としてよいからだという。したがって条文上は、四六七条の対抗要件としての承諾が先に規定され、四六八条で「債務者が前条ノ承諾ヲ異議ヲ留メズシテ……」と定められているが、しかし起草者の発想では、むしろ四六八条一項の異議を留めない承諾が先に考えられ、これにも四六八条で対抗要件としての効力を与える趣旨だったと解しうる（法典調査会法議事速記録二十一「巻三〇〇頁下段。もっとも解釈としては、四六七条の承諾には異議を留めない承諾も、留めた承諾も、ともに含まれ、さらにそれが通知と並んで対抗要件である以上、四六七条にいう承諾は、意思表示としての承諾自体である必要はなく、通常さような承諾の中に含まれているところの、譲渡の事実を確実に知った旨の観念の表示で足りると解すべきことになる。いずれにせよ四六八条の異議を留めない承諾の性質を考察するにあたっては「前条ノ承諾」の語に拘わるることによってこれを観念の表示と解する必要はないと考える（以上は池田説に対する批判であると同時に、公信力説に対する批判でもある）。

2 他の説に対する池田教授の批判として、まず①公信説がとりあげられる。「譲渡後に承諾があるケースでは、譲渡時に

はまだ信頼の対象になる異議を留めない承諾は存在しないのだから、譲渡人の外観信頼は問題になりえず、公信力は説明として使えないはず」だとされる批判について、私見によってコメントしよう。公信説は善意取得（民法一九二条）の法律関係を念頭におき、それに類似したものとして四六八条一項を捉えているといっぴいと思われるが、前者においても、例えば、Aの所有し占有する動産をBが、Aに預けたままの自己の動産だと称してCに売り、そのあとでA・B間に寄託契約もしくは賃貸借契約が結ばれ、Bが直接占有者となったあとCがBから引渡を受けた場合、Cがその時善意無過失なら、一九二条の適用によってCは善意取得しうるのではないか（詳細は本稿第二章5参照）。次に「公信説では譲渡人にサンクシヨンを与えて債務者を保護する但書が統一的に説明できない（不当利得で別枠で考える）」との批判に対する私のコメントとして、元来、但書は、起草者の説明では不当利得の特則として地位づけられている。このことは池田第一論文でも認めているところである（法研六二「巻八号六〇頁）。公信説は、善意取得における三者関係をモデルとして四六八条一項を捉えるために、但書の規定を、あたかも一九二条の適用によって所有権を失う者の、無権利者たる譲渡人に対する不当利得返還請求権に準じたものとして捉えているのだから、基本的には起草者の考えと一致しているの

ではないか。そうだとすると、公信説が但書を本文と統一的に説明できないとの批判は当たらないと思う（むしろ譲渡人の負担すべきサンクションという曖昧な概念を用いて説明しようとする池田説の説明のほうが欠陥がないだろうか）。

② 安達説（処分授権説）に対する批判として「処分授権というには明確な授権の意思がなくてはならないはずで、つまりかり承諾した場合の説明ができないという点で、理論として無理がある」と言われる。しかし討論の際にも述べているように、安達説では、うっかり承諾する場合は、動機の錯誤が問題になるのであり、したがって譲受人の悪意有過失のときは、債務者は異議なき承諾の無効を主張しうることになる（詳細は安達第三論文志林八九卷三・四号三五頁参照）。

同教授はまた「安達説では承諾を常に意思表示とするが、四六八条一項で無方式の承諾を入れた以上、観念通知である承諾も当然入ってくるはず」と言われる。これについての私の反論は前述した通りである。

さらに「四六八条一項但書は、安達説は「求償」というが、合意したものをなかったことにする特殊な効果を含んでいるので、いわゆる求償ではない独特の効果として追及すべき」だと言われる。従来、学説上掘り下げた議論がされてこなかった但書につき、私は第四論文で詳論しているが（志林九一巻四号一

〇一頁以下）、基本的には我妻博士と同様に、不得利得に基づくものと考える。しかし但書の規定には少なからぬ欠陥があるため、解釈によって実質上、修正すべき余地が多いと考えている。少くとも債務者が譲渡人から頼まれて異議なき承諾をしたか否かによって求償の範囲も区別すべきだと考える。池田説は抗弁事由ある債権を譲渡した者にサンクションを加えるという、漠然とした根拠で但書を説明し、他方、条文の文言をそのまま生かそうとされるわけだが、より具体的な理論的根拠を示しつつ、それに従って但書を解釈することが必要ではなからうか。

鳩山説（禁反言説）については、「債務者に対するサンクションの説明としては一番難点がないが、本文と但書を一体化した説明が望ましい」と批判される。鳩山説の紹介と批判については、私もかつてこれを行った（安達第一論文志林五九卷三・四号九九頁以下）。そこで指摘しているように、鳩山説は結局、論旨が曖昧であり、四六八条の承諾が、前条の承諾と同じ観念の表示だといいつつ、同時に種々の意思表示の外形でもあるという。その点で池田説と類似する。もっとも但書については不当利得の法理によるとする。なお五十嵐教授の書評で「鳩山説の独自性は著者（池田教授）の創見」と評価されるが（法学研究六六巻一一号四一頁）、私も鳩山説が公信説と異なることは既に前掲第一論文で指摘しているはずである。

### 三 基礎報告の要旨2 (各論的問題Ⅱ要件・効果論) について

1 譲受人の善意の要件について。池田説は「債務者にサンクションが与えられる結果、譲受人が保護される。ただその保護は善意の譲受人にまでは与えられない」という。そして「承諾が債務承認的な意思表示だけなら譲受人は悪意でもいいはずだが、観念通知的なものも入ってくるなら、譲受人善意の要件が付くのが合理的」で、四六七条の条文構造の分析にもとづき解釈だという。これに対して私は、討論の際に「池田説は異議を留めない承諾は、意思表示の場合も観念表示の場合もあるというが、それならそれらを分けて譲受人の主観的要件も考察すべきではないか」と批判したのに対して、同教授は「実際具体的に『承諾します』と言われた譲受人はそれが意思表示が観念通知か判断できず、そこで抗弁喪失効の有無が左右されるのは理論として受け入れ難い」と応答されている。

これについてあらためてコメントすると、異議なき承諾を私は処分授權として捉えるが、債務者が抗弁事由のあるのに無いと誤信してそれをなしたときは、動機の錯誤を生じるから、その限りで譲受人の善意・無過失が抗弁切断効発生のための要件となると解する。その点、池田説が、債務承認的な意思表示な

ら譲受人は悪意でもよいはずだと、意思表示であることと悪意でよいことを直結して捉えているのは納得できない(そのうえ右にいう債務承認の意思表示とは何か。川名博士により主張された所謂債務承認説における無因の債務承認と同じものなのかを論じる必要がある。なお債務承認説に対しては安達第一論文・志林五九卷三・四号六七頁以下で詳細に検討している)。

また、右に引用した池田教授の応答についていうと、池田説の立場に立つて考えても、異議なき承諾が明白に意思表示であるか、それとも観念表示であるかが区別しうるときもありうるはずで、そのときは、やはり譲受人の側の主観的要件を区別して論ずべきではなからうか。そして実際問題としてそれが区別できない場合が多いとしても、その場合には、理論上ではなくして、實際上、同一に扱わざるをえないから等しく善意を要求する、とでもいべきであり、私の批判が「理論として受け入れ難い」という表現は誤っているのではないか。(この問題については安達第三論文志林八九卷三・四号九二頁参照)

2 つぎに効果論について。「池田説では抗弁切断でなく抗弁喪失効」とされる。これは池田第一論文で使われていた抗弁切断の語を同第二論文で抗弁喪失の語に代えたことに関わる。

その理由については、前者は「一般の有価証券や証券的債権における用法と比較して考えると必しも適切でない」からだとき

れる(池田第二論文法研六五巻四号三頁)。この問題については、私は安達第四論文九四頁以下で池田説を批判した。なお抗弁切断の問題に関して付説すると、池田教授は「私法」誌上では殆ど触れていないが、要件・効果論を扱う池田第二論文ではじめて四六八条一項でいう「對抗シエス」の意味を論じ、しかも、不成立と無効の抗弁については同条の適用を除外するという独特な見解を表明された。これについては安達第四論文で詳細に批判した(志林九一卷四号六七頁以下、九五頁以下参照)。

3 いったん消滅した抵当権付債権が譲渡され、債務者が異議なき承諾した場合「抵当権の復活の問題でなく、抵当権の消滅の主張が對抗不能となる」といわれる。この問題については安達第四論文で一二頁にわたり批判・検討している(志林九一卷四号一〇三頁以下)。

4 池田説では「異議を留めない承諾の及ぶ人的範囲は、不合理な承諾をした債務者自身へのサンクションだから基本的には債務者にしか及ばない」とする。私見については安達第四論文志林九一卷四号一〇六頁参照。これに関する池田教授の公信説(我妻説)の批判の検討については本稿第二章3参照。

5 池田教授は「安達説の処分授權構成では、効果として四六七条の對抗要件を四六八条の異議を留めない承諾が完全に破ることになるのが解釈論として大きな疑問」だという。つまり、

「安達説では「第一譲渡に確定日付ある通知がされた後に第二譲渡を異議を留めず承諾した場合、債務者は二重に債務を負い、(また)第一譲渡に確定日付なしに異議を留めず承諾した後で第二譲渡の確定日付ある通知がされた場合は、第一譲受人が優先する。これは……四六七条の對抗要件を四六八条が破る結果になり、判例・多数説とも全く異なる。」と(以上は討論の際の池田発言。この問題も安達第四論文(志林九一卷四号九七頁以下)で詳論しているが、ここであらためて私見の要点を述べよう。

第一に、私見では右の結論を導くために、(a) 池田説と異なり、四六八条一項により切断される抗弁には、通説と同様に、不成立や無効の抗弁も含まれると解すること、さらに(b) 上掲後段のケースの場合に關していうと、次の判例、つまり単純な通知のなされた第一譲渡の譲受人に債務者が支払った後に、確定日付ある通知のなされた第二譲渡が行われた場合、第二譲受人が優先的に債権を取得するが、その債権の内容については債務者は第一譲受人に對抗した事由を第二譲受人に對抗しうるという判例の法理(大判大三・一二・二三民録二〇輯一一四六頁)を、確定日付なく第一譲渡の異議なき承諾がなされた上述後段のケースのときに準用することが前提とされる。(その結果債務者は第一譲受人にのみ債務を負う。詳細は安達前掲論文参

(照)

第二に、私見によると、通説に反して四六七条の對抗要件を四六八条が破る、と批判されるが、逆に通説の立場は、異議なき承諾によって譲受人の保護をはかうとする四六八条を四六七条によって破ることになる。つまり両条は元来、互に完全に両立させることは不可能な内容を有するのであって、解釈上、どちらかを優先させ、他を劣後させることが必要となる規定なのである。したがって四六八条一項を四六七条より優位におこうとする私見が、逆の関係を主張する通説に比し、論理的に劣っているとはいえない。

第三に少くとも上掲前段のケースについては、私は討論の際に、「私法」には記録されていないが、近時、私見と同じ結論を主張する学者があらわれていること(加藤(二)、田川、そのほか鈴木(祿)の「債権法」二訂版も異なった理由づけであるが類似した結論を導いている)も指摘したはずである。なお最判平成四・一一・六(判例時報一四五四頁八五号)も同様な考えを採用していると見る余地があることを付説しよう(椿編「担保法の判例I」(一九九四)所収の安達解説参照)。

第四に私見の立場では、譲受人は債務者の異議なき承諾があれば、常に、二重譲渡その他権利の帰属の問題に關しても、安心して譲り受けることが可能となる。

#### 四 出席者の発言と討論の要旨

1 安達発言について。池田基本報告では安達説に対する批判が多くの部分を占めていた関係上、討論では、安達が最初に発言し、反論する形で始められた(記録では九名の発言者のうち安達発言に關する部分が討論の部の三分の一を占めている)。その主要な内容については、既述の中で紹介しているから、そこで洩れている二、三の点のみとりあげよう。

「對抗要件主義と安達説の關係は、安達説では、債権譲渡も物權變動と同じく譲渡の早いほうが勝つというのが基本で、その基本が、通知到達が同時というときに限って現れる」との安達発言が冒頭に書かれているが、これがそれに続く発言といかなる意味的關連を有するか、記録だけでは明らかでない。私自身も記憶は定かでないが、恐らくは、前掲の、安達説は四六七条を異議なき承諾によって破る、との池田批判との關連で述べたものと思われる。つまり、確定日付なき通知・承諾の前後によって二重譲渡等の優劣が決められることの意味を物權變動における登記・引渡の意義と關連させて説明し、劣後する譲受人は、無権利者からの譲受人と、同じ地位にあること、そして第一譲渡につき確定日付のある通知のなされた後に、第二譲渡について異議なき承諾がなされると、それは不存在の債權の譲渡

に対してなされるものであるから、債務者は第二譲受人に対しても（二重に）債務を負うが、これは必しも四六八条によって四六七条を破るわけではない（もちろん二重に支払う債務者は譲渡人に求償しうる。また債務者が誤って第二譲渡に異議なき承諾したときは、第一譲受人の善意無過失が要件となる）。

つぎに「安達説が、常に意思表示であると主張する『異議を留めない承諾』とは『異議なく承諾します』と明示するものであって、単純に承諾した場合ではない」との安達発言に対し「他の複数の参加者から、『異議を留めない承諾』というのは、単に無留保で承諾した場合を指すと考えるのが一般であるとの反論があった」と記述されている。これについていうと、四六八条一項の「異議を留めない承諾」が、私見でいうところの仮定的債務者の処分授權であるためには、既に屢々述べたように譲渡される債権の内容を明確にしたうえでなすことが必要であり、そののなされない承諾は、對抗要件としての承諾や譲渡禁止を解く趣旨の承諾、もしくは単純な抗弁権放棄（同時履行や相殺の放棄の効力しか生じない。もっとも一般に用いられる書式集による書式では、すべて譲渡される債権の内容（金額・弁済期など）を明記して（しかも譲渡人からの依頼に応じる形で）なされている。また「異議を留めず承諾します」の文言が使わ

れるのが普通である（詳細は、第三論文志林八九巻三・四号二一頁、第四論文志林九一卷四号九三頁。単純な抗弁権放棄の趣旨の承諾については第四論文上掲頁で説明を付加した。したがって右の発言は私の本意と異なっており不正確であり、訂正する（従前の説を改めたわけではない）。四六八条一項の効力を生じる承諾であるためには常に「異議を留めず」の文言が必要であるとはいえず、結局は、意思表示解釈の原則によって、いかなる趣旨の承諾であるかが決定されるべきである。（不正確な発言をした原因は、取引上用いられる書式において、それが譲渡前に、譲渡人からの依頼をうけて、「異議なく」の文言をつけて行われていることを強調して発言したのに引きずられたためであろう。なお池田教授の立法者意思説を批判する安達発言については後にふれる）

2 他の出席者の発言について。幾人かの発言者が共通して取り上げた問題点ごとに紹介・検討すると（なお池田教授による記録は発言者ごとに紹介している）

(a) 異議なき承諾が意思表示か、それとも観念の表示か、に  
関して

(i) 両者の「間のものも段階的にあるので、どこでどちらの保護に傾けるかという問題」であり「結局債務者と譲受人の保護の利益考量」である（鈴木（祿））。

(ii) どちらであるかで「効果を違えるのはどうか」(淡路)。

(iii) 「両方が無視できないならどちらも含むと言わざるをえない。双方に同じ効果を与えるのは、あいまいかもしれないが正直な考え方」(五十嵐)。

(iv) 「サンクションというなら、承諾をやはり意思表示といふべきではないか」(近江)。

(v) どちらであっても「条文からして同じ効果にすべき」(下森)。

「私のコメント」iに對して。中間的なものの存在をいう前に典型的な承諾の法的性質を論じる必要がある。また恣意的でなく、バランスのとれた正しい利益考量をするためには、制度の全体的な構造を——できるだけ明確な概念を用いて——把握することが、先ず必要ではなからうか。(利益考量論に關しては安達第三論文志林八九卷三・四号一〇一頁以下で星野・平井論争に關連して私見を述べている)。

(ii) に對して。処分授權説をとる私見の立場は、意思表示説であるが、實際上、債務者は債務消滅・不成立・無効などの抗弁事由が無いと誤信して異議なき承諾をすることが多く、かかる場合には動機の錯誤が存するから、譲受人の悪意有過失のときは、債務者は承諾＝授權の無効を主張しうる。その限りで結果的には、公信説のような觀念表示説をとる立場とさほど大

きな差異はない(そしてその限りで淡路発言は正当だといえる)。

(iii) について。記載されている限りの文章では、意味が不明確なためコメントできない。「法学研究」所収の五十嵐書評にもこれに關連した言及は見当たらない。

(iv) について。報告者から、ボアソナード民法と現行民法の違いを理由とする反論がなされたが、それに対する私の批判は前述した。

(v) について。もし条文のみを根拠として同じ効果を与えうるという趣旨なら、つまりそれ以上に実質的、理論的根拠を論じる必要がないという趣旨なら、法解釈学の果たすべき任務を放棄したことにならないだろうか。

(b) 抗弁切断効の生じるための要件として、譲受人の善意もしくは善意無過失が必要か、につき

(i) 池田説は「善意のみを要求しそれを立法経緯に照らしたバランスの取り直しというが、自説の矛盾の是正ではないのか」(近江)。これに對する池田教授の反論は「ボアソナード民法と異なり現行民法は四六七条一項の承諾を無方式としたため効果面とのバランス」が崩れた。そこでその「取り直しが必要になり、譲受人善意の要件で是正する」ということであるが、その批判については①第三で述べた。これに付加しうると、池田教授は異議を留めない承諾を一方で、意思表示であること



もあり觀念の表示であることもある、と言いつつ、他方で、意思的要素を含む觀念の表示だとして、いわば意思表示と觀念表示の中間的なものと見る（二つの命題の關係は矛盾しないまでも雜然たる感を免れない）。かように中間的性質を有すると解する後者の命題から、譲受人の主觀的要件についても、悪意と善意無過失との間の中間として善意を要求するわけであろうか。そうだとすると、これは安易な妥協的・非論理的推論ではなからうか。

(ii) 「譲受人善意の要件もそれでいい」つまり池田説を支持するが「特に三当事者が合意した場合は、譲受人悪意であっても契約自由の原則から抗弁喪失を認めてよい」（下森）。私のコメントを述べよう。実際に三当事者の合意で債務者の異議を留めない承諾がなされることもあるようである。書式集に掲載されている書式を見ると、譲渡人と譲受人の連名で債務者に対して債權譲渡の異議なき承諾をして貰いたいと申し出、債務者が、承諾する形でそのなされる場合があるからである。しかしこのような形の異議なき承諾でも、債務者が、債務消滅等の抗弁事由が存在するに拘らず、存在しないと誤信してなす場合がありうるであろう。このときはやはり譲受人の善意無過失が抗弁切斷の要件となるべきではなからうか（私見による処分授權説ではこのようになる）。三当事者の合意にもとづく場合を、

二当事者の合意にもとづく場合（書式集を見る限り、實際の取引では、譲渡人と債務者の間の譲渡前の合意にもとづく形が多いようである。安達第三論文志林八九卷三・四号二二頁参照）と區別して扱うべきだとする理由は理解し難い。

(c) 異議を留めない承諾によって切斷される抗弁の範圍について、一定の制限を設け、不成立・無効の抗弁については、譲受人が善意・無過失でも抗弁切斷を認めないとする池田説を支持しうるか、について

(i) 「抵当權の復活のところでも（被担保債務の）不成立、無効、消滅などのどこに線を引くか」（鈴木〔蔽〕）（私のコメント）これには「結局、債務者と譲受人の保護の問題」という冒頭の鈴木発言（a(i)参照）が下に係るものと読みとれる。したがってそこに述べた私のコメントがここでも当てはまる。もっとも鈴木著「債權法講義二訂版」では「異議を留めない承諾によって債務者が債權譲受人に対抗できなくなるのは「一切ノ事由」すなわち債權の成立・存続または行使を否定しうる事由を指す、と解されている」（同四七三頁）と述べられており、通説に対して特に異を唱えるという態度ではないと思われる。

(ii) 「不成立と消滅を區別する理由もありそうに思うが、その説明を作るべき」（淡路）。（私のコメント）池田説の理由づけでは不十分だとの意味であろうか。

(iii) 「池田説の論文構成では、抗弁事由の制限の問題は、フランス法の新しい議論と共に総論で先に出しておけばよかった。エネスの理論は、日本においてどういう意味をもつのか」(五十嵐)。「私のコメント」右の発言を、五十嵐教授によってなされた池田著「債権譲渡法の研究」の書評(慶応大学・法学研究六巻一・一・一九九三年一月)と重ね合わせつつ検討しよう。

まず右引用文の冒頭部分についていうと、私見でも、切断される抗弁事由の範囲の問題は、「対抗シエス」の意義如何の問題と密接に関連しており、ともに四六八条一項の効力の基本的問題であり、したがって元来、各論的な問題でなく、総論的な問題である。したがってこの問題は、本質的・総論的問題を扱った池田第一論文で扱うべきであった。このことは既に安達第四論文で指摘した(志林九一巻四号六二頁、六七頁)。

つぎに五十嵐教授は、右書評の中で《池田教授が、右著書第八章(各論的部分の章で池田第二論文に該当)で、わが民法四六八条一項の成立の際に参照されたフランス民法一二九五条の、その後のフランスにおける発展を論じているが、それは本来は第七章(総論的部分の章で池田第一論文に該当)で、つまり、フランス民法右条文を継受する過程を扱った章の中で採り上げるべきであった》と指摘しつつ、さらに「筆者(池田教授)は一

二九五条についてのエネス Aynès の説の最近の研究に言及し」その主張する『「契約の強制力」という理論を評価しこれを日本民法の解釈に採り入れようとしている(ただし、この理論はわかりにくい)』と述べている(同上二四二頁)。

右の後段に関連して、私は第四論文で既に次のように述べている。まず、池田教授が第一論文(著書の第七章)では、現行民法はポアソナード民法および旧民法を受けついですべての抗弁事由について抗弁切断の効力を認めているとしながら——なお私見は、右両法では、現行民法と異なり、一項但書に相当する規定が欠けていることを理由に、切断される抗弁事由に一定の制限があると解釈すべきことと主張し、池田教授との間で論争した——第二論文(著書の第八章)では一転して、(何らの弁明なしに)現行民法の解釈において切断される抗弁事由に重大な制限を設け、不成立と無効の抗弁についてはこれを除外する、という矛盾を指摘した。その上で私は、同教授が制限的に解するための三つの根拠を逐一検討し、批判した(安達第四論文志林九一巻四号六二頁以下)。そして私は、池田教授がエネスの所説を援用されるのは、右の根拠づけの一つとしてであるけれども、少くとも池田論文に紹介・引用されている通りのエネスの所説に関する限り——それは異議を留めない承認による抗弁切断の問題には触れていないのだから——右の根拠づけとして役立つ

ていないことを指摘したのである（前掲六二頁後段）。

以上述べた限りにおいて、五十嵐教授の池田批判は、私見と一致すると思われる。

(IV) 「強制力にかかわる抗弁と債務消滅にかかわる抗弁を分けることと譲受人善意という要件は関連するのか」（藤田（寿））。これについては「報告者（池田）から、結果的に関連することになり、解除等、契約の強制力にかかわる抗弁は、善意悪意に係わらず主張できると解答された」（私のコメント）前掲の五十嵐発言に関して述べた所と同じ問題であり、エネスの所説と係わる。（なお、異議なき承諾と被譲渡債権の解除に関する最判昭四二年一〇月二七日判決についての評価に関する池田説の批判については、安達第四論文志林九一巻四号六三頁参照）

(V) 「不成立と消滅とはちよつと違うのではないか。ただこれは立法政策の問題である」（下森）。（私のコメント）下森教授は、かねてから所謂抵当権の復活問題に関連して、四六八条一項の「對抗スルコトヲ得ス」の意義に関して、譲受人が原始取得するのでなく、単に債務者が、債権に付着した抗弁（弁済の抗弁など）を對抗しえなくなるだけだと解し（法学セミナー一九八三年一二月号）これが池田教授に受け継がれたと考えられるが、この立場では被譲渡債権の不成立のとき、譲受人は全く債権を取得せず、抗弁の付着した債権すら取得しないのだ

から、抗弁を對抗されないという根拠からは、譲受人は、善意無過失でも保護されないことになる（詳細は安達第四論文六四頁、六七頁）。このような考えが右下森発言の基礎にあるものと推定される。しかしながら被譲渡債権が消滅していたときも不成立のときも、その理由は異なるものの、いずれも債権は存在しなかった場合なのだから、利益衡量の上からいっても、両者を四六八条一項の適用に関して異別に扱う実質上の根拠はないのではなからうか（だからこそ従来通説も異別に扱っていない）。条文上も明白にこれを異別に扱ってはいない。だから下森・池田説（異別説）は、立法者の「立法政策」を尊重して導かれた説ではなく、むしろ下森・池田説の特異な理論構成から導かれる主張ではなからうか。

(d) 池田説の立法者意思説について、

まず安達発言の中で「池田説は、民法の規定や起草者の見解にこだわりすぎではないか。規定の欠陥を是正するのが学者の仕事で、四六八条はそういう要請がある規定」だと述べたのに対し、池田教授は反論して「学者が欠陥を是正すべき条文というが、自己の理論を当てはめた時に解釈論に破綻を来してはいけない」と述べている。さらに他の出席者からの「池田説は立法者の見解にこだわり過ぎ」（近江）との発言に対しても、池田教授は「解釈方法論として、日本の民法学では、いわば解釈

の方程式の定数部分の研究が比較的看過されてきた。これをまず確定するために、その限りでは起草者の見解にこだわるべき。各条文の利益判断の基準になる社会状況に変化があったときは、それを変数として取り込んで修正する必要がある」と答えられている。池田教授の立法者意思説についてはこれまで再三にわたって批判し、本稿でもとくに大村教授の書評の紹介の際にかなり掘り下げて検討している（安達第三論文志林八九卷三・四号一三三頁以下、第四論文志林九一巻四号七四頁以下、本稿第四章6（ロ））。したがってここで繰り返さない。

## 終章 理論構成の意義と方法・再論

1 理論構成ないし中間理論の不要論に対する私の立場からの批判については、前稿で——星野・平井論争と関連させつつ——述べた（安達第三論文志林八九卷三・四号一〇二頁）。また、その前提となるべき、理論構成の意義と方法に関する私の見解についても前稿でかなり詳細に述べた。（安達第三論文志林八九卷三・四号九九頁以下、一〇七頁以下、一二八頁以下）。しかし本稿の中で、法解釈学ないし実定法学方法論に関して、若干、新たに付け加えて述べた（とくに制度の目的と構成の関係、先行の学説における理論構成の批判の仕方、立法者意思説と法律意思

説に関連する、法的判断の資料と法的判断の正当化のための資料の区別など）。これらを取り入れてあらためて理論構成ないし中間理論について検討しておこう。もっともこの問題を全般的にかつ詳細に論じるためには、機が熟しない所もあるので、ここではその概略を思いつくままに述べるに止めざるをえない。

2 第一に、私は前に、大村教授の書評に関連して、立法者意思説と法律意思説における法認識のための資料と、それにとづく法的判断（とくに判決）の正当化のための資料とを区別すべきことを述べたが（第四章4参照）、そこでも触れたように、これは基本的には、川島教授が「法的推論の基礎理論」の中で述べられているところの命題、すなわち法律学における二つの、性格の異なった理論構成を区別すべきだとの命題に基いている。

同教授によれば『「法律学」は、紛争についての法的推論の準則、そうしてその中でも特にその基礎命題（法ドグマ）の構成、に努力してきたが、歴史上その作業には二つの性格があった。その一つは、裁判に対する制御に焦点をおき、したがって社会的事実から出発して指図的情報の構成と操作とに努力する、ということであった（仮りに『指図的性格』と呼んでおこう）。（中略）これに対してもう一つは、裁判の『判決理由』に焦点をおき、したがって社会的事実からではなくて『判決理由』の

文章から出発して正当化のための論証方法——すでに成立している結論の『理由づけ』——としての法的構成に努力する、ということであった（仮りに『正当化的性格』と呼んでおこう。）（『科学としての法律とその発展』一八四頁以下）なお、右の『指図的性格』に関連して、川島教授はさらに、次のように説く。わが国の法律学は、従来その努力を制定法の解釈に集中してきたが、その解釈という作業は「構成された規範命題の正当化の説得のための操作にほかなら」ない。しかし「それに並んで——或いはそれにまさって——重要なものは、規範命題の構成という作業そのものである。その高度に技術的な構成は、数世紀にわたる『法律学』の業績の所産であった。『法律学』は、現実の社会関係および紛争の実態と、紛争に対する正当な判定を探究して、その判定を論理的に帰結させるための諸々の規範命題とそのシステムを考案する、という創造的作業であったが、法典の論理的完結性とその内容の普遍性・抽象性が高度になればなるほど、法律学はその条文の『解釈』に努力を集中し、かつての法律学の創造的作業はおろそかにされるようになった」と（同前一二三頁）。

川島教授の主張された、指図的性格の理論構成と正当化的性格の理論構成の区別は現代の法解釈学方法論の議論において極めて重要な示唆を与えるものと考える。そして

私が今まで試みてきた四六八条一項の理論構成としての（仮定的）債務者処分授權説は（そのほか私がかつて試みた登記の對抗力に関する登記法定証拠説や、弁済提供に関する法定受領授權説、時効取得に関する理論構成さらに手形・小切手法の諸問題に関する理論構成、とくに白地手形法論なども）主として川島教授のいう指図的性格の理論構成の試みであった。

（補論） ①一言つけ加えるならば、川島教授のいう「指図的」という表現は、元来、裁判のコントロールのために奉仕すべき理論構成だという趣旨から用いられているが、私の考えている理論構成は、直接的にはそれが法制度の全体的な構造の認識のために奉仕すべきものであり、間接的に裁判コントロールに奉仕すると考えているから、それは指図的というより、認識的という表現のほうが適切といえるかも知れない。

②また他方、川島教授のいう正当化的理論構成は、恐らく従来一般に用いられた「法律構成」の語の主要な内容に該当するのではあるまいか。ちなみに我妻博士の、著名な論文「私法の方法論に関する一考察」（大正一五年）は当時の社会的・思想的状況を一人的実定法学者として真正面から受けとめて書かれた極めて意欲的な論文であり、現代の私法解釈学方法論の展開の出发点にあるともいふべき重要な意義を有する論文と思うが（星野教授がこれについての解説を我妻「近代法における債権の優越的地位」（学生

版)の末尾に書かれている)、その中で「裁判を中心とする考察方法」を主張し、その際考察すべき三つの問題をあげて、第一に法律の実現すべき理想の問題を、第二に法律によって処理せられる生活関係(その諸ファクターの交渉と変遷)の問題を、そして第三に法律の構成の技術の問題をあげるが、右の第三は「社会の箇々の事件を、法律の理想標準に従って処理するに当つての判断を現行法を基礎として、法律的に構成すること」だと説明される。そして右の第三に關して「これを要するに、大前提たる現行法の体系と小前提たる事実の認定とを巧みに按配して、具体的妥当な判断を基礎づける三段論法を構成することが、結局、私の提唱する「法律的構成」の内容をなすのである」(傍点は原文による)とされる(我妻前掲書四〇四頁)。我妻博士のいう法律的構成は、川島教授のいう二つの種類の理論構成を未分化の形で含むが、しかし主として正当化的理論構成に重点がおかれているように思われる。

③付言すると、我妻博士が、大前提たる現行法の体系と小前提たる事実認定とを巧みに按配するという場合、第一に現行法が現実の社会の状態に適合するように「可動的なもの」とする必要がある、そのために「ウムビルデン」し「内容の硬化せざらんことを努め」ることを意味し、第二に事実認定を擬制(末弘博士のいう「嘘の効用」)を用いて「ある程度まで動かす」ことを意味する。

したがってその内容が可動的なものとして作りかえられた現行法の体系は、法的判断の基準であり、同時に、正当化の理由である。つまり両者は未分的に一体である。それに対し指図的(ないし認識的)理論構成と正当化的理論構成を区別する立場では、現行法とくにその主要な部分たる制定法は法的判断の基準を認識する資料の一つに過ぎない。この基準としての、現実に適合した制度の全体的構造認識のための理論構成の把握と、それを現行法を援用して正当化する過程とは——相互に密接な関連はあるものの——区別される。ここでは事実認定における擬制も是認されないであろう。

そしてまた私が今まで四六八条に關する論稿の中で、理論構成の目的やその意義あるいはそのあり方について述べた所も右の指図的ないし認識的性格の理論構成を前提にしていた次第であった。とくに安達第三論文で理論構成が制度全体の構造の把握に役立ち、妥当な法的処理の指針を提供しうるごときモデルであるべきであること、そしてそのためには一方で、それは条文や判例などの法的現実(ないし法的資料)と適合し、あるいは少くともこれを説明しうるものであることが必要であり、他方でそれは明確な概念を用いて首尾一貫性をもち体系的に構成されていることが必要であることを述べたが(第三論文志林八九卷三・四号一一〇頁、その際、右のような理論構成を前提と

して論じたのであった。そしてこのような考え方からすると、池田教授が四六八条一項に関して主張される「重法定効果説が、起草者と同じレベルで、曖昧な概念を用いた「理論的説明」に過ぎず、理論構成の理想からいって極めて不十分であると指摘したのである（安達第四論文志林九一巻四号一一五頁）。

第二に、右のごとき指図的（もしくは認識的）理論構成の発見に至るための資料としては、前述したように、立法者意思や関連する他の制度との比較、類似する外国の立法例、判例、取引慣行、さらには学説があるが、条文もまたさような資料の一つと解しなければならぬ（米栖「法の解釈における制定法の意義」（法協七三巻二号、昭三一年）は、つとに制定法が法認識のための一つの資料にすぎないことを指摘する）。そして以上の諸々の資料を総合的に用いることによって制度の全体的な認識のための理論構成の発見に到達する。このようにして到達した理論構成は、条文の素直な文理と必ずしも一致しないことは当然起こりうることである。この場合、その理論構成自体の正当化のための技術として——あるいは、その理論構成から導かれる具体的な事案に対する具体的判断（判決）を正当化するための技術として——それがあたかも条文からの演繹的推論によって導かれたかの如き——少くとも両者が矛盾するものでないかの如き——装いを作るために、縮小解釈や拡張解釈が、また類推解

釈が、あるいは体系的解釈や合目的な解釈が、用いられ、さらに信義則などの一般条項や一種の法源としての条理が援用されることになる。このような、解釈的構成が川島教授のいわゆる正当化的理論構成であることはいうまでもない。そしてこれらの正当化のための解釈的構成を補強するために（もしくはそのような解釈的構成の一部分として）それを導き出すに有利な立法者意思や判例や外国法や有力学説が援用されることになる。

第三に、ここで私の考える、立法趣旨と条文と指図的（ないし認識的）理論構成との関係について述べておこう。さしあたって四六八条一項を念頭におきながら、しかし一般論の形でごく簡単に、かつ図式的に述べてみよう。

まず、起草者ないし立法者は、一方で、具体的な、そして典型的な事案とその解決を考え、他方で、当該制度の全体的な目的と仕組みを漠然とした形ではあるが頭に描きつつ、具体的な解決を多かれ少なかれ一般化する形で、いくつかの条文を作り、そこに要件と効果を規定する。しかし条文は制度全体の構造を明らかにしているのではなく、全体的な構造の若干の側面をいわば断片的に規定しているにすぎない。そこには通常、その制度の目的も明示されてはいない。制度の全体的な目的と構造を明確な概念を用いて明らかにすることが、すなわち制度の全体的な理論構成を探索することが、後代の学説に課された課題であ

る。その課題は条文それ自体および立法趣旨、それと関連しあるいは隣接する諸制度との比較、判例、取引慣行、外国の立法例などを参照しながら行われる。そして先行する学説の試みは、その後の学説によって再検討され、その積み重ねによってより適切な理論構成へと進む。つまり、より明確な概念を用い、隣接諸制度との関連をより明確にさせ、そして法の資料たる条文や立法意思や判例や取引慣行に適合し、また適合していなくても、それぞれの内容を分析し、的確に評価しうるような理論構成へと到達する。

かような制度の全体的構造の把握のための理論構成によって明確に（いわば三次元の座標を用いた数式で）表示される立体的な姿（例えば楕円放物面）は、多かれ少なかれ漠然とした形で捉えられた立体形（例えば先端が丸くドーム状になった円錐というが如き）の上に描かれた断片的な平面もしくは線に相当するところの諸条文の欠陥を補充するものである。のみならず、それは場合によっては、条文の素直な解釈とは必しも一致しないことも起こりうる。このとき、右の理論構成によって条文は縮少解釈され、あるいは拡張解釈され、さらには諸々の解釈技術によって条文の修正が行なわれる（これが正当化的理論構成であることはいふをまたない）。

このように、一般的にいえば、全体的な構造を明確に把握す

るための理論構成が、先になされてその後に、個々の断片的な条文の縮少的、拡張的、修正的解釈がなされるが、しかし実際には、全体的な理論構成が必しも明確にされない段階で個々の断片的な条文についての縮少的、拡張的、修正的な解釈が行われ、そしてそれらの解釈を積み重ねる中から、それを参照することによって次第に全体的な理論構成が明らかになるということもありえる。例えば、一七七条の登記なくして対抗しえない第三者の範囲を、正当な利益を有する第三者に限る、という縮少解釈が出され、また、取引による物権取得者でも背信的悪意者を排除するという解釈によって縮少解釈がさらに一歩進められる。これらを踏まえて、一七七条の全体的構造を、登記をもって両立しえない物権変動の先後関係を決定するための法定証拠とする理論構成や、いわゆる登記公信力説が主張されることになるのである。右のような場合、第三者制限説や背信的悪意者排除説が主張された段階で、論者の頭には、おぼろげながら一七七条の全体的構造が描かれ、それとの整合性が意識にのぼることによって、右のような一七七条についての縮少解釈が主張されるに至ったと解すべきであろう。

なお我妻博士が裁判中心の私法研究のために考察すべきこととしてあげている前述の第一および第二の問題（法律の実現すべき理想の問題と、法律によって規制される生活関係の問題）の



考察は、以上述べたような、制度の全体的な構造を把握し、さらにこれを目指す理論構成に高めるための作業の中で、あるいはその準備作業としてなされるべきものとして地位づけるのが正当ではなからうか。同じことは、星野教授が「民法の方法に関する覚書」(星野・民法論集五巻七一頁)の中で述べられているところの、民法の科学的考察、および哲学的考察についてもいえると思われる(もちろん、これらの考察が右の目的と切り離して独自に行われることが無意味だとはいえない)。しかし実定法学者が実定法学の一部として行う右の考察は、多かれ少なかれ、右の目的意識のもとになされるべきであろう。

第四に、右のように個々の条文解釈において、まず当該制度の全体的構造を認識するための手段としての、制度の理論構成が、場合によっては明確な形で、場合によっては——とくに理論構成の初歩的段階においては——曖昧な形で論者によって把握され、それにもとづいて個々の条文の理解がなされ、その正当化のための正当化の理論構成が様々の解釈技術を用いてなされるが、同じことは裁判官が条文を適用して判決を下す場合にも行なわれる。すなわちここでもまず漠然とした形であれ、当該制度の全体的構造を認識するための理論構成が把握され(その初歩的なものは、裁判官が学生時代に受けた法学教育を通してなされる)、その具体的な事案における具体的な適用としての

判決がなされ、ついで、判決の正当化のための理論構成として判決理由が書かれる。そこでは、学者のなす条文解釈の正当化の理論構成の場合以上に、とりわけ条文から演繹的に導かれたとの体裁を整えることが重視される。

3 以上、法解釈学方法論に関する私見の概略を述べたが、その要点としては、①法の無欠缺性の信仰を排し、法の欠缺を認める(大村教授のいう断片的法律意思説に該当しよう)②川島教授に従って、正当化の理論構成から指図的(もしくは認識的)理論構成を分化させ、両者を区別して捉える。③理論構成とりわけ指図的(もしくは認識的)理論構成には様々な発展の段階がある。初歩的なものは明確でない概念を用い、また制度の一部領域ないし一部の側面を視野に入れたものであるのに対し、高度に発展したものは、明確な概念を用い、制度の全ての領域ないし全ての側面を視野に入れたものである。指図的(ないし認識的)理論構成の作業は、基本的には、新しい立法の作業と異ならないものであろう。

以上に述べた三つは——大胆な、かつ試論的な提言ながら取って述べて頂く——従来わが国で様々な学者によって論議されてきた様々な法解釈学方法論の性格や特徴を分析し、相互の関連性とともに相互の異同を理解するための基準の、全てではないにしても重要な基準となりうるのではなからうか。

なお右の三つの基準は一定の内的関連性を有しており、①の法の無欠缺性の信仰の放棄を前提にして②の指図的（もしくは認識的）理論構成の正当化的理論構成からの分化が導かれやすい（そして一旦分化が認識され、確立されると、法の欠缺の存在しない——したがって単純に文理解釈だけで済む——場合でも、このような分化にもとづいて推論される。つまり条文が直接に適用されるのではなく、条文を資料の一つとして、制度の法構造が認識され、それを適用して法的判断が導かれることとなる）。また、かかる分化を前提とすることによって、③の明確な概念による制度の全体的・体系的な理論構成が可能となる、と思われる。

4 以上の基準によって、具体的にわが国の従来からの主要な法解釈学方法論に関する諸学者（我妻・末弘・来栖・川島・星野・平井等）の議論を検討することは、今後の課題とせざるをえない。しかしそれに至るまでの一つの試論的覚書として一言しよう。

同じく末弘博士の主張でも「嘘の効用」の段階と「法解釈における理論と政策」の段階とでは重要な差がある（後者では、明確に法の無欠缺性の否定を前提にして、的確な社会の実態の把握に基く、創造的な指図的理論構成の必要性が述べられている）。来栖教授の場合も「法の解釈と法律家」の段階と「法の解釈における制定法の意義」の段階とで進展がある（前者では、

我妻博士の主張にも見られた「巧みな法律構成」が含まれているところの、偽瞞といえないまでも曖昧さ・不透明さに対する否定的な心情から出発し、法の無欠缺性の観念を「解釈者に与えられた一定の範囲の中の枠」という理論で緩和するとともに、その範囲内での解釈者の主観的価値判断にもとづく選択に対する解釈者の主体的責任を強調する。後者では、末弘博士の「理論と政策」の考えがより強く採り入れられているように思われる（制定法が法認識のための資料の一つに過ぎないことがグレイの所説を引用しつつ主張されている）。また川島教授の「科学としての法律学」と「法的推論の基礎理論」とを比較すると、前者では、指図的理論構成と正当化的理論構成の区別が、充分には展開されていないと思われる。

つぎに星野教授の法解釈学方法論は、古典的な、我妻「私法の方法論に関する一考察」をベースに（もっとも「裁判中心の考察」を「日本民法典中心の考察」に代えることによって、考察されるべき対象の範囲を拡げ、かつ詳細・精密になっている）、他方では来栖「法の解釈と法律家」の考え方が多く採り入れられているように思われる。そして前述②の点に関しては、法的判断のための枠組みと正当化の理由とが一体的に扱われる。つまり条文とともに価値判断・利益衡量にもとづいて法的判断がなされ（その際、条文が弾力的に理解される）、同時に、さような法

的判断は条文とともに価値判断・利益衡量によってその正当化が行われる（そのほうが「素人に説明するにさいして……その賛否はともあれ、理解されやすいが、いわゆる法学特有の『理論』はきわめてわかりにくい……このような理論構成はもともと不必要であり……今日ではいさぎよく捨てるべきである」とされる。星野「民法解釈論序説」法哲学年報一九六七年八六頁。しかし思うに、素人にわからせるよりも玄人に説得することを第一に考えるべきではなからうか。それはとりわけ、当事者の利害が複雑に錯綜している事案、とくに三面・四面関係が問題になる事案の場合、またとくに、条文を実質的に修正した法的判断が必要な事案の場合、そうであろう。）また前述③に関しては、右にも引用したように、価値判断・利益衡量が重視され、中間理論ないし理論構成をなるべく排除すべきだとされる。したがって、ある制度の全体的な構造を認識するための、明確な概念による体系的な理論構成の必要性を積極的に否定する立場といえよう。（なお私は、既に述べたように、すべての制度に関してこのような高度の理論構成が——理想ではあるけれども——可能であるとは必しも考えない。理論構成の初歩的な段階にとどまらざるをえない場合もある。そこにおいては、不明確な概念による、部分的な認識のための構成にならざるをえないが、利益衡量による説明もさような段階の構成の一つといえよう。）

また平井教授によって近時ポレミツシュに主張されている「法解釈学の合理主義的基礎づけ」は、科学哲学の新しい傾向を代表するK・ポッバーや、とりわけJ・ハーバーマスによって唱導されている合理主義の新たな哲学的基礎づけを、法解釈学方法論に採り入れたものであって、川島説をも含めて戦後の法解釈学方法論（とりわけおそらく星野説）を、いわゆる心理主義の誤りを犯すものとして厳しく批判される。しかし私は、基本的には川島教授の「科学としての法律学」や「法的推論の基礎理論」の方向を、近時の新しい科学理論を用いて一層発展させたものではないかと推測する。

なお平井教授が「合理主義的基礎づけの中核」として地位づけられているところの、「反論可能性のテーゼから導かれる」ところの「良い法律論と悪い法律論の区別のための基準」（前掲論文法協一〇七巻五号六二頁以下）は前述の③の問題と関連すると思われる。ちなみに私は、法制度の全体的構造の認識のための理論構成を、科学理論上用いられるモデルの概念によって捉え——そしてこれはまた、イエーリンクの構成法学でいう法的構成物 *Rechtsgebilde* と対応するものと考え——、それによって平井教授の反論可能性のテーゼに近い考えを導き出している（安達「手形法における参加・複本・謄本と法解釈学方法論」志林八八巻一号八三頁以下、九九頁以下、安達第三論文・志林八

九卷三・四号一〇〇頁以下参照。

この問題に関連して、付言すると、太田知行教授は、平井教授の反論可能性テーゼを基本的に支持しながらも、平井教授が、法律論を学説におけるそれと、判決理由におけるそれとを区別しないで議論されていることに對して、批判的であることを、安達第四論文（志林九一巻四号五七頁以下）で紹介し、かつこれに加担する私の見解を——交換した私信の開示という形で——述べた。両法律論の差異は、判決理由においては、学者の提唱する理論におけるよりも、正当化的理論構成が一層重視されることと関連すると思われる。

（もっともこのことは、両者を比較して相対的にいえることに過ぎない。学者の法律論自体の性格の問題は前述②の問題に関することであるが、ここで説明をつけ加えておこう。

法学者が何等かの新しい法律論を主張・提示するとき、現実の一般的な傾向としては、既存の権威ある法理の枠組みを正面から否定することとなるべく避け、むしろこれを基本的に尊重しつつ部分的に修正する態度をとることが多い、といえよう。しかし勿論、全く新しい理論の枠組みを提示し、ときには、従来考えられていなかった新しい概念による新しい構成を主張する学者もある。尤も前者に属する学者の場合でも、指図的（認識的）理論構成であると自らは意識しつつ、しかし実際には正当化的理論構成が未

分化に結びついており、あるいは事実上これに重点をおいた法理論であることが多いであろう。前者の学者の法理論と後者のその法理論の対立を（その歴史的な推移を含めて）具体的な制度に關して検討することは興味ある研究課題である（例えば取消と登記、讓渡担保、隠れた取立委任裏書、白地手形の性質と手形要件など）。

それはともかく、「自説を受け容れられ易くするためには、それが通説から少し先に進んでいることが必要で、進み過ぎていてはならない」と曾てある著名な権威ある学者が語ったと聞くが、自説が受け容れられることを望むのは一般の傾向であることを考えると、前者の法理論が好まれるのは当然の成り行きだといえよう。しかし法実務家と異なる立場にある法学者にとって、前者の法理論の性格とその限界を知り、後者の法理論を——もちろん周到な論証によって基礎づけつつ——提示することは法学者のなすべき独自の課題として要請されるのではなからうか。）

## 後記

本稿では、前稿を受けついで、池田教授の債權讓渡論を批判し、また池田論文に対する三人の学者の書評と、私法学会ワークショップにおける討論を検討した。そしてそれを通して、法

解釈学（実定法学）方法論のあり方を追究した。私の考える法解釈学方法論については基本的には前稿で（さらには二十年近く前にドイツで発表した「手形・小切手法の一般理論」の序章の中で）明らかにしたが、本稿では、多少ともそれを発展させ、とくに終章で、不十分ながら、私の考える方法論が、わが国の戦後の民法解釈学の方法論の中でいかなる特色を有するかにについても検討した。それは同時に、現代の法解釈学方法論の流れに對する批判の一つの試みでもある。今後、一層実証的に、かつ詳細に、わが国の私法学の方法論の歴史を検討したい。そして終章で言及しなかった他の多くの学者の方法論についても（とりわけ戦後民法学の歴史に重要な地位を占めた北川教授の業績についても）検討したい。

ここで終章で述べたことに関連して一つ補足したい。一般に実定法学者が法解釈学の目的や方法論について論じるときは（法哲学者がそれを論じるときと異なって）、多かれ少なかれ、自らの法解釈学の実作を踏まえつつ、その基礎を固めようとの意図をもってそれを行うと思われる（これは私の場合にもあてはまる）。したがってまた、逆に、実定法学者の主張する法解釈学方法論を真に理解するためには、その者の法解釈学上の実作を検討し、これを重ね合わせて理解することが有用だと思われる。このような意味合いから、不完全ながら本稿の終章で述べ

べたところを多少ともよりよく理解して貰うための参考として、以下簡単に、乏しいながらもこれまで私が試みた法解釈学上の実作について紹介させて頂こう。

私は、思い返せば、法解釈学の本格的な研究の第一歩を指名債權譲渡における債務者の異議なき承諾の研究から始め、そして指図や手形・小切手にも共通する抗弁切断の法理——その理論的根拠は手形学説あるいは指図学説として百年を超える長い期間にわたってさかんに論じられ、いまだに結着のつかない難問である——を形作る基礎的概念として「仮定的債務者の処分授權」の概念に想到するに至り、これを一個の法概念として確立するとともに、この概念によってこれら諸制度を再構成することを幾つかの論文によって試みた。そしてその中心をなすのが、本稿でも屢々引用した安達第一論文とドイツで発表した「手形・小切手法の一般理論」であり、またその後発表した、個別的な手形法上の難問を扱った白地手形、利得償還請求權、手形法上の参加・複本・謄本、その他に関する研究であった。勿論この研究の他にも、民法学者として、時効取得と登記の對抗力（志林六五卷三三号）、あるいは登記請求權（来栖古稀記念論文集、法人類型論（志林八八卷四号）また三者不当利得論（内山・黒木・石川古稀記念論集）の問題などをもとりあげ、さらに債權総論に関しては、個別的なテーマを扱った数篇の論文のほか概説書の執筆という形で、不十分ながらそ

の全般的な研究をまとめたこともある（『債権総論講義』（信山社）。以上のような研究の成果は、決して豊かであるとはいえないが、とくに体系的な構想力を必要とする難問に挑戦したつもりである。

なお、私の法解釈学研究の方法については、大学卒業後東京大学大学院特別奨学生に採用して頂き、来栖教授を指導教授として民法学を専攻しながら法社会学に関心をもち、小作争議を背景とした小作調停法（大正一四年）の成立と施行過程の研究という、もっぱら法社会学のテーマで処女論文を書かせて頂いたことと密接に関連する（これは後に勁草書房刊行の川島・福島等編「日本近代法発達史講座」第七巻に掲載されている）。つまりこの研究を通して学んだところの、複雑に見える雑多な法現象の中から、そこに潜む動的な法則性ないし構造的な構成原理を把み取り、それによって法現象をあらためて整理し、その歴史的な発展の過程を再認識するという社会科学の方法は、法解釈学の方法としても応用することができるはずだと考えた。そしてこのような考えにもとづいて初めて法解釈学上のテーマに取り組んだのが前掲の安達第一論文であった。

終わりに、池田教授の所説に反論あるいは批判した部分に関しては、あるいは自分で気付かぬままに、不正確な理解にもとづく過誤や過剰防衛的な過誤があったかも知れない。これにつ

いては、安達第三論文末尾（志林八九卷三・四号一四〇頁）で述べたと同様な謝辞を繰り返させて頂きたい。