

指名債権譲渡における異議を留めない承諾, 再論 : 池田真朗教授および石田・西村両教 授の批判に答えて

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)

89

(号 / Number)

3・4

(開始ページ / Start Page)

3

(終了ページ / End Page)

141

(発行年 / Year)

1992-03

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00010854>

指名債権譲渡における異議を留めない承諾、再論

——池田真朗教授および石田・西村両教授の批判に答えて

安達 三季生

序説 本稿の課題と構成

第一章 異議を留めない承諾の構成に関する私見の概要

第二章 若干の補論

第三章 池田教授の批判に対する反論

第四章 池田説に対する批判

第五章 石田（喜）・西村両教授の批判について

補論——池田論文に対する堂垣内助教授の批判と池田教授の

反論について

序説 本稿の課題と構成

一 一昨々年（平成元年）、慶応義塾大学法学研究会編「法学研究」六二巻七号・八号・九号で、池田真朗教授は「指名債権譲渡における異議を留めない承諾」を発表され、この論文の中で、この問題に関する、私の見解（処分授權説）およびかつて主張されていた債務承認説や現在の通説ともいうべき公信説についても批判され、同時に自らの説

指名債権譲渡における異議を留めない承諾、再論（安達）

(二重法定効果説と自称されている)を主張されている。

本稿は、主として池田教授の批判に反論し、同時に池田説を私見の立場から批判しようとするものである。そしてまた、このことを通してこの問題に関する私見をより一層明確にすることを旨とするものである。したがって、順序として、まず、この問題に関する私見を説明する必要がある。

二 ところで私はこれまでに、指名債権譲渡における債務者の異議を留めない承諾について、二度論文を発表した。第一論文は三十年前に発表した「指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾」(志林五九卷三・四合併号、六〇卷一号、六一卷二号、昭和三十七年―三十八年)であり、第二論文は谷口・加藤編「新民法演習」(有斐閣・昭和四三年)所収の「債権譲渡」である。右第一と第二論文および第三論文というべき本稿との関係を説明すると、第一論文では、異議を留めない承諾の性質に関して、かつて主張された債務承認説と、現在の通説というべき公信力説を批判しつつ、一応これに代るべき自説として、指図引受説を提示した。

極く簡単に言うと、債務承認説は、異議なき承諾を独民法七八一条の債務承認と解しようとする説だが、独民法同条の債務承認は抗弁切断の効力を有するものでないから、抗弁切断の効力を生じさせるわが民法四六八条一項の異議なき承諾(とりわけ同項但書)をこれによって説明することはできない。また公信力説は、四六八条一項の「前条ノ承諾」を文字通りに解し、単なる譲渡の事実を知った旨の債務者の觀念の表示に(したがって、いかなる内容の債権が譲渡されたかを知った旨の觀念の表示に、ではなく)債権の内容に関する公信力を与えようとするものであるが、これは理論上不可能であるとして批判する。そして独民法七八三条以下に定める指図の制度が債権譲渡の制度と関連性があり、とくに同七八四条は、指図引受の無因性を規定し、指図引受より生じる債務に抗弁切断の効力を与えることに着目し、

わが民法四六八条の異議を留めない承諾を独民法上の指図引受と同様な性質を有するものとして同条の理論構成を試みた。なおその際、独民法上の指図（とくに指図引受）の性質に関する独逸の学説に盲従することなく、これに批判的検討を加えたうえで、右の理論構成を試みている（志林五九卷三・四合併号一一一頁以下）。

しかし私は、このような、他の制度を類推した理論構成としての指図引受説に甘んじることなく、わが民法の異議を留めぬ承諾や独民法上の指図引受、さらには手形・小切手や無記名債権における抗弁切断の法理を構成する原理を探索し、そしてこれに基いて、あらためて異議を留めぬ承諾（その他これと関連する右の諸制度）を再構成する必要があると考えた。そして右のような構成原理として、田中耕太郎博士がかつて為替手形の振出を「支払人を仮定的債務者とする仮定的債権の譲渡」と解されたのにヒントを得て、「仮定的債権の譲渡に対する仮定的債務者の処分授權」の概念に想到したのであるが、これは後に説明するように、独民法一八五条が明文で定め、わが民法上も、無権代理の追認に類したものであるとして、学説・判例上承認されている処分授權の特殊な形態である、として地位づけた。なお志林六一卷三号は、この概念が一個の法概念としては認さるべき根拠を論じているが、その際、この概念の隣接概念ないし隣接制度としての、将来発生すべき債権の譲渡、所有権の善意取得と通謀虚偽表示により成立する債権の善意取得、存在しない債権の売主の担保責任、いわゆる義務設定授權、所有権の信託的譲渡とこれに対応する信託的な債権の成立、などをとりあげ、右概念との論理的、歴史的関連を明らかにしている。

なお、於保教授は、夙に、異議を留めない承諾の性質の理解のためには、抗弁切断の理論を研究する必要があることを説き、とりわけ「債務承認説を否定するためには、抗弁切断の理論を明確にする必要がある」と指摘されていた（同「債権総論（新版）三二六頁）。私の異議を留めない承諾の研究が、手形の小切手法をも視野に入れたものへ拡がっ

たことについては、同教授の示唆に負う所が少くない。また授權概念についても同教授の授權の研究（同「財産管理權論序説」）から教えられる所が多であった。

第二論文は、右の概念を用いて、例題解説という形をとりながら、四六八条一項の異議を留めない債務者の承諾を再構成して提示したものである。そこでは、無効な債權の担保のために設定されていた抵当權の効力如何の問題も扱われ、その際、仮定的抵当權設定者の処分授權の概念が用いられている（この概念は、仮定的債務者の処分授權の概念と同位概念であり、これらの上位概念として仮定的義務設定者の処分授權の概念が指定される。そしてこれは、權利の存在に関する処分授權であるのに対して、独民法一八五条で定める本来の処分授權は權利の帰属に関する処分授權であるという点で対照的である。この分類に関しては後出・私法二七号所掲の拙稿参照）。

したがって、四六八条一項の異議を留めない承諾の理論構成に関する私見は、最終的には処分授權説と呼ばれるべきであり、指図引受説と呼ばれるのは正しくない（しかし今まで指図引受説と呼ばれることが多かった）。

三 (a) さて右の第二論文を発表した後、後述するように、当初の計画に従って、仮定的債務者の処分授權の概念を用いて独民法上の指図や無記各債券や手形・小切手法の再構成を試みたが、手形・小切手法のすべての主要な問題点についてこれを行うについては予想以上に、長い年月がかかり（その理由の一つは、手形・小切手は仮定的債務者の処分授權を構成原理とするが、しかし多数の連続的にかつ立体的に結合したそれから成り立っているために、格段に複雑だからである）。それが完結したのは比較的最近である。

（補論）拙稿「指名債權讓渡における債務者の異議なき承諾、指図、手形・小切手等の基礎的構成原理としての仮定的債務者の処分授權の概念について——抗弁切断の法理の構造序説——」（私法二七号・昭和四〇年）は、第一論文と第二論文の間に書かれ

たものであり、そこでは処分授權の概念を用いて①異議を留めない承諾②指図③独逸商法典の定める商人指図証券④同じく商人債務証券⑤持参人私債券⑥手形⑦小切手を再構成するためのスケッチが描かれている

(なおこの論文は元来、昭和三九年度の私法上学会での研究報告をもとに、これに若干補充して執筆した)。そして私は、①②を一個の仮定的債務者の処分授權から成り立つものとして、また③④⑤を多数の連続したその結合から成り立つものとして、また⑥⑦を右③④⑤の立体的結合によって成り立つものとして捉えている。

このような見取図にもとづいて、まず右の第二論文も書かれたのであるが、その後、昭和四八年から同四九年にかけてのドイツ・フライブルク大学での在外研修中に「手形・小切手法の一般理論」(Allgemeine Theorie des Wechsel und Scheckrechts)を執筆して Herbert Lang Bern 社と Peter Lang Frankfurt/M 社が共同して出版している、ヨーロッパ大学双書 (Europäische Hochschulschriften) の一冊として出版した(一九七五年)。

ここでは、まず手形・小切手法の原初的形態として、前述の①②が叙述され、これをふまえて③④⑤が叙述され、さらにこれの結合した形態として手形・小切手の構造とそれに関する個別的な諸問題が説明されている(全文で一七二頁、そのうち手形・小切手法の部分が一四四頁を占める。なお後出拙稿志林八六巻一号七九頁以下に、その目次を、独文と和文で掲載した)。

なお右拙著の出版に際してはフライブルク大学教授フリッツ・リットナー Fritz Rittner 氏に大変お世話になり、序文も書いて頂いた。ちなみに右拙著についてはドイツの法律雑誌 (Wertpapier-Mitteilungen, Nr. 42 vom 16. Oktober, 1976) の書評欄でとりあげられ(志林七五巻三・四号参照)、さらに手形・小切手法に関するドイツの代表的な教科書やコンメンタールでも、参考文献として挙げられている。これについては、後出拙稿「手形法上の利得債還請求権の構造」志林八六巻一号三頁以下参照。なお、カナリス K. W. Canaris 教授から送られた私信もそこに紹介した。

右拙著の標題は、やや大袈裟な感じを与えるかも知れないが、私が考えたのでなく、ドイツの代表的な経済学者でもあるリットナー教授に付けて貰ったものである。同教授は、ケインズの「一般理論」に擬したものと説明された。

その後、手形法上の重要問題であるに拘らず、右拙著では当時考えが熟していなかったために触れていなかった問題を取りあげて、その欠落を補ったが、まず白地手形について、帰国後間もなく論文を発表した（『新白地手形法論』（志林七三巻二号、三・四合併号、七四巻一号、昭和五十一年）なおこの中で前掲の「一般理論」の概要を叙述している）。ついで手形法上の参加、贈本、複本についても（かなりの年月の経過後であったが）考えをまとめて発表した。（『手形法における参加・複本・贈本と法解釈学方法論』志林八八巻一号、平成二年。なお同号一九頁所掲の第一〇図は誤りで、第八図に（但しその際Aは引受人でなくて振出人となる）入れ替わる。第一〇図は通説による約束手形の理解を図示する）。

他方、独逸で発表した右の著書の中で一応論じてはいるが、特に重要ないくつかの問題について、わが国の判例・学説と対照させつつ私見を敷衍して論じた。これに属するものとして、「線引小切手の効果と本質」（民事法の諸問題・薬師寺先生米寿記念論文集、昭和五二年）「手形行為独立の原則と証券上の権利の分属に関する試論」（志林八一巻三・四合併号、昭和五九年）「手形法上の利得償還請求権の構造」（志林八六巻一号、昭和六三年）がある。

(b) 四六八条一項の異議を留めない承諾の規定は、債権譲渡の債務者およびそれ以外の第三者に対する對抗要件を定めた四六七条と密接な関連性がある。後者についても私は判例研究の形ではあるが、若干の論稿を発表した。（『債権譲渡の對抗要件』我妻・民法の判例（ジュリスト基本判例解説シリーズ4（第一版・第二版）、昭和四二年・昭和四六年）と「指名債権の二重譲渡と優劣の基準」我妻編・民法の判例（ジュリスト基本判例シリーズ4（第三版）昭和五四年）である。）

そのほか、平成二年に公刊した拙著「債権総論講義」（信山社）の中で指名債権譲渡と証券的債権の譲渡とをあわせて、民法で規定する債権譲渡一般についての全般的な説明を行い、私の見解を明らかにしている。

(c) また、私が債権譲渡における異議を留めない承諾や指図、またとりわけ手形・小切手の構成について独自の見解を主張するについては、私なりの独自の（？）法解釈学方法論がその基本となっている。その基礎的な部分につい

ては前に言及した独逸で発表した論文の序説の中で論じているが、最近、手形法の特殊問題を取りあげた論文の補論の中で、それを補充する形の論述を行っている（前掲「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）の第六章補論——方法論、参照）。

(d) 本稿は、前掲第二論文以降の、右に述べたような諸々の考察をとり入れて、あらためて異議を留めない承諾を論じようとするものであり、その意味で標題のごとく、「異議を留めない承諾、再論」である。

四 しかし本稿は、その形式上、前述の池田論文に対する反論という形をとつて右のごとき再論を行っている（なお安達説に対する本格的な批判を初めて試みられた池田論文に対しては、このような再論を行うための契機を与えてくれたものとして、大いに感謝しなければならない）。

したがって順序として、私見をまず説明する必要があるが、その際第一論文でなく、第二論文を中心におかなければならない。ただし第一論文で提示した指図引受説は前述のように、第二論文における処分授權説に至る過程において暫定的に試みられた理論構成に過ぎないからである（もっとも両者は無関係なものでないことはいうまでもなく、指図引受的構成をいわば純化し、明確な形で表現したものが処分授權的構成であるとも言える）。

ところで第二論文は、それが掲載された書物が、元来、学生向けに例題解説を主眼にしたものであることもあってか、学者からは殆ど注目されなかったようである（池田論文も第一論文を引用するのみである）。また右書物が出版以降二〇余年経ち、一般に入手困難な状況にある。そこで、第二論文が私の説を最も明確に表わすものとして（現在の私の考えもこれと殆ど変るところはない）、学者の諸氏からも認識して貰いたいという願いをこめつつ、当初発表されたままの形をなるべく残すようにして、本稿第一章に、これを掲載することにする（若干修正した点はこれをことわっている）。

る。ついで第二章は、第二論文で充分論じていなかった問題点について、前述したような第二論文以降の諸考察をとり入れて論じている。第三章では、池田論文の私の説に対する批判を紹介しつつ、これに反論する。まず総論的な問題をとりあげ、ついで個別的な問題に移る。第四章は、池田説（二重法定効果説）を紹介し、かつ私の立場からこれに批判を加える。

五 池田教授による最近の批判のほかにも、私見に対する批判が曾つてなされた。特に重要なのは今から十年ほど前、石田喜久夫・西村峯裕両教授によってなされた批判である。今まで反論の機会をもたなかったので、本稿の第五章で、それに対する私の反論を述べることにする。

六 本稿の脱稿後に、池田論文に対する堂垣内助教授の批判（法律時報六二卷一〇号）とこれに対する池田教授の反論（法律時報六二卷一二号）が発表されたことを知った。この応酬に対する私のコメントを補論の形で末尾に掲載する。本論で述べた池田論文に対する私の批判を、ある意味で要約するとともに、とくに方法論の問題については、これを補充する意味をもつてあろう。

第一章 債務者の異議を留めない承諾の構成に関する私見の概要（設題解説）

AはB運送業者の名義を借り、営業を行なうにつき収益の五％を名義借料として支払う約束をし、その支払担保のためA所有に一〇〇万円を限度とする根抵当を設定した。Aは約束を履行しないので、Bは滞納債権をCに譲渡し、Aは異議なく承諾した。CはAに請求しうるか。Aは抵当権抹消の請求ができるか。

〔論点〕

- 1 道路運送法違反の名板貸契約の効力
 - 2 不法債権の担保と不法原因給付
 - 3 無効債権または消滅債権の譲渡と無留保承諾
 - 4 無効または消滅せる抵当権付債権の譲渡と無留保承諾
- 一 道路運送法違反の名板貸契約の効力

道路運送法（昭和二六年）は、自動車による運送事業を監督するために、これをいわゆる免許事業となし、自動車運送事業を経営するにあたって運輸大臣の免許を受けるべきものと定め（同法四条、その違反にはかなり厳格な罰則を設けている（同二八条一号。「一年以下の懲役若しくは三十万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する」）。そしてかかる規制の潜脱を抑制する目的から、免許を得た自動車運送業者は、その名義を他人に利用させてはならず、また、事業の貸渡その他いかなる方法をもつてするかを問わず、自動車運送事業を他人にその名において経営させてはならないと定め（同二六条、その違反に対して、前述の場合と同じ罰則を適用している（同二八条二号）。したがって、設問のAB間の名板貸契約は、同法に違反する契約であり、罰則の適用を受ける。

しかし右契約が私法上も無効であるかどうかは一個の問題である。一般的にいつて、行政的な取締法規に違反する契約だからといって直ちに強行法規に違反する無効な契約と解すべきではなく、その決定は、当該取締法規の立法の趣旨、違反行為に対する社会の倫理的非難の程度、一般取引に及ぼす影響、当事者間の信義・公平などを具体的に検討したうえでなすべきであるとされている（我妻・新訂民法総則二六四頁）。従来判例は、営業免許を得た者がこれを得

ていない者のために営業名義を利用せしめるいわゆる名板貸契約については、これを無効とする態度をとっており（取引所法に違反して営業名義を貸借する名板貸契約について大判大正一五年四月二日民集五卷二七一頁。鉱業法に違反して鉱業権の行使を許すいわゆる斤先掘契約について大判昭和一九年一〇月二四日民集二三卷六〇八頁）、学説もこれを支持する（我妻・前掲二六四頁。なお、川島・民法総則二二四頁は、その根拠として、第一に当事者が違法な事項を目的とすることを知って共同で行なう点で、公序良俗違反行為として無効とされる側面をも有しており、第二に、無許可営業者の一般の取引行為をすべて無効とするときは、相手方たる一般公衆に不慮の損失を蒙らせる結果となるに反し、ここではさような事情は存しないこと、をあげる）。設問の名板貸契約も無効であって、したがってBはAに対して収益の五%に相当する名義貸料債権を取得しえないと解すべきであろう。

二 不法債権の担保と不法原因給付

AはBのためにA所有地に抵当権を設定したのであるが、しかしその被担保債権は無効な契約によって生じた無効な債権であるから、抵当権の付従性の法理により、抵当権は無効となる。そこで、AはBに対して抵当権設定登記の抹消請求をなすことになるであろうである（BC間の債権譲渡の関係は後述三にゆずり、ここではこれを捨象して考察する）。しかし、Aの抵当権設定が、もし不法原因給付（七〇八条）に該当するならば、この抹消請求は認められないことになる。

(ア) ここでまず、AがBに対して名義借料を支払ったと仮定した場合、これが不法原因給付になるかどうかを検討しよう。七〇八条にいう不法原因をいかに解するかについては、従来種々に論じられたが、近時の支配的学説は——七〇八条の適用を認めることは、その結果として、違法行為の結果が是正されず、不当な給付が受益者の手に留保さ

れることになる、という事情を考慮することにより——単なる強行法規違反の行為はこれに当たらず、時代の倫理思想に反する醜惡な行為にこれを限るべしとなしつつ、さらに公益保護の必要、当事者双方の不法性の強弱・信認関係の維持などをも考慮して具体的に決定すべきものと解している（我妻・有泉・四宮・事務管理不当利得不法行為八三頁、谷口・不法原因給付の研究二二二頁、松坂・事務管理不当利得八七頁）。判例も近時かかる見解をとりつつあるといえよう（最判昭和二九年八月三一日民集八卷一五五七頁、同昭和三七三年三月八日民集七卷一一二七頁）。以上のような見解をとれば——道路運送法に違反する名板貸契約をもって背倫的な行為と解しえないから——特別の事情のないかぎり、AがいったんBに支払った名義借料の返還請求をなしうると解してよいであろう（同旨、田中「行政的取締法規の違反」新民法演習一一二七頁）。

(イ) ところで、設問ではAはBに名義借料を支払ったのでなく、その担保のために抵当権を設定したにすぎないのであるが、抵当権の設定は、支払のためのいわば準備行為ないしは前段階の行為としてなされるものにすぎないのであるから、たとい抵当権の設定をもってひとつの「給付」であるとしても、もし、(イ)で述べたように、支払すらが不法原因給付に当たらないと解するならば、その準備行為としてなされた抵当権設定は、いわんや不法原因給付に当たらないといわなければならない。支払が不法原因給付に当たると解する場合にのみ、抵当権設定が不法原因給付になるかが問題となる。

この問題について、学説は、もしこれを肯定的に解し、抵当権の抹消請求をなしえないとすると、結局、不法な被担保債権の強制的満足を認めると同様な結果になることを理由として（谷口・前掲五四頁、有泉・判民昭和八年度四〇事件評釈）、あるいはまた、抵当権設定者は、被担保債権が不法債権なることを理由に抵当権の実行に被担保債権の強

制的実現を阻止しうると解しなければならぬが、もし抵当権の抹消請求が認められないとすると、権利の仮象と実体との間に永遠の齟齬を生ずるといふ不都合が起きることになるという理由で（我妻・有泉・四宮・前掲八五頁）、抵当権設定は不法原因「給付」にならないとする。判例も同じ結論を認めている（大判昭和八年三月二九日民集一二卷五一八頁）。

以上のように解すれば、仮りにAのBに対する支払が不法原因給付になると解するしても、Aは抵当権設定登記の抹消請求をなしうることになる。

三 無効債権または消滅債権の譲渡と無留保承諾

BのAに対する債権は無効であるから、BC間に債権譲渡が行なわれても、債務者Aは債権の無効を譲受人Cに対しても対抗しえ、CはAに請求しえないのが原則である（四六八条二項）。しかし設問では、BC間の譲渡に対してAは異議なく承諾しており、そしてかかる承諾に関して四六八条一項は「債務者カ異議ヲ留メスシテ前条ノ承諾ヲ為シタルトキハ譲渡人ニ対抗スルコトヲ得ヘカリシ事由アルモ之ヲ以テ譲受人ニ対抗スルコトヲ得ス」と定める。設問のCがAに請求しうるか否かを判断するためには、まず、同項の規定を検討することが必要である。

(1) 四六八条一項に関する従来の理論 四六八条一項に定める異議なき承諾の規定は、他に立法例のないわが民

法独特の規定であり、それだけに従来学者はこの規定の解釈に苦しんだ（川名博士をしてこの規定の適用の結果を「之ハ奇ナリトイハザルベカラズ。然レドモ民法ノ規定ナル故如何トモスルコト能ハズ」と嘆かしめ（川名・債権法要論四六八頁）、後述の債務承認説を提唱した石坂博士をして「第一項但書ノ規定ハ不可解ノ規定ト云フヲ得ベシ」とついに匙を投げさせている（石坂「債権譲渡ノ承諾ノ性質」改纂民法研究下三四七頁）。従来主張された理論構成として、

まず、石坂博士によって提唱された債務承認説がある。この説は、四六八条の承諾（對抗要件としての承諾）と異な
 って意思表示であると解せざるをえないとし、これをドイツ民法七八一条に定める無因の債務承認であるという（初
 期の判例には、この説の影響を受けたものがある。大判大正六年一月二日民録二三輯一五一〇頁）。しかしドイツ民法七八
 一条の無因の債務承認は（下民七八〇条の無因の債務約束と同様に）、抗弁切断の効力を有するものではなく、とくに債務
 者が既存債務の存在しないのに存在すると誤信して無因の債務承認をなしたとき場合、債務者はかかる事情を知ら
 ずに無因債権を譲り受けた譲受人自身に対して不当利得の抗弁によって無因債務を免れることができ（債務者が、債
 権の譲受人に対して、その債権が実際には存在しないのに存在すると誤信して債務承認をしたときも同様である）、したがって
 また、ここでは四六八条一項但書に規定するとき、債務者が譲渡人に求償していく関係は起こりえない。この点で
 債務承認説は決定的な欠陥を有するといわなければならない。

現在通説となっているのは公信説である（我妻・新訂債権総論五三八頁、柚木・判例債権法総論下一六〇頁、於保・債権総
 論二八六頁、明石・注釈民法Ⅲ三九一頁。鳩山博士から由来する説といつてよい。鳩山・日本債権法総論二六〇頁。もともと、同
 博士は公信説的説明のほかに、禁反言法理をも用いて説明している。後述参照）。これによると、四六七条の承諾は、四六七
 条のそれと同じく債権譲渡の事実を了知した旨の觀念の通知であり、かかる觀念の通知としての承諾に法が公信力を
 認め譲受人を保護したものである。したがって譲受人は善意すなわち抗弁事由の存在を知らずに譲り受けたことを要
 する、という。判例も大体においてこれを採用し「譲渡ニ際シ債務者ガ何等ノ異議ヲ留ムルコトナク之ヲ承諾シタル
 トキハ譲受人ヲシテ該債権ニ付キ瑕疵ナキコトノ信念ヲ懷カシムベキヤ当然ナルヲ以テ叙上ノ場合ニ於テハ法律ハ例
 外トシテ右譲渡承諾ナル法律事実ニ特殊ノ効力ヲ認ムルヲ相当トシ即チ此ノ場合債務者ヲシテ譲渡人ニ對抗スルコト

ヲ得ベカリシ一切ノ事由ヲ以テ譲受人ニ对抗シ得ザル旨ノ特則ヲ設ケ以テ譲受人ヲ保護センコトヲ期シタルモノ」であり、また「上掲立法ノ趣旨ニ鑑ミルトキハ右ニ所謂對抗事由中ニハ同条但書ノ予想セル……債務消滅ノ抗弁事由ノ外不法ノ目的ニ因ル債権不發生ノ抗弁事由ノ如キモ亦洽ク之ヲ包含スベキ」であり、さらに「……同条ニ依リ保護ヲ受クベキ譲受人ハ其ノ譲渡ノ目的タル債権ニ瑕疵アル事実ヲ認識セザル所謂善意者ニ限ルベキモノタルコト蓋シ当然ノ帰結」であるとする。

大昭和九年七月一日民集一三卷一五一六頁。事案はXはYの勧誘に応じ、Yが取引所外の短期取引類の株式取引（差金取引）をするものであることを知りながら、かかる取引の委託をし証拠金代用として（証拠金を交付する代わりにYより借金したことにしてその債務担保のため）X所有の不動産に抵当権を設定し登記した。Yはこの債権と抵当権をYに譲渡したが、この譲渡についてXは異議を留めず承諾していた。XからYに対し、XとYとの取引は取引所法違反で無効であり債権成立せず抵当権も無効であるとして抵当権設定登記の抹消を、Yに対しては抵当権移転登記の抹消を、請求したが、この請求の前提としてYの債権の取得の成否が問題となった（松本「債権譲渡と異議のない承諾」判例演習（債権法Ⅰ）一四三頁参照）。

この判例の態度からすれば、設問において、CがAに対して債権を取得するか否かは、CがBより譲り受けるにあり、その債権の無効を知っていたか否かによって決まることになる。なお、右の判例に対して学説はおおむね賛成するが、しかしなかには——判例の採用する公信説について一般には賛成するも——「債権が不法原因より生じたるがために無効な場合には、取引安全よりも強行法規の目的を重んずべきであるから、債務者は異議なき承諾をなしてまなお譲受人に債権の無効を対抗しうる」と主張する説もある（石田（文）・債権総論講義二五五頁、谷口・前掲五六頁）。この説によれば、設問のCは善意・悪意をとわずAに請求しえないことになる。

(2) 公信説の批判と私見による同項の構成

(ア) 公信説に対する批判

公信説は四六八条の承諾と四六七条の承諾とを同じものと解するが、しかし第一に、

単に譲渡の事実を了知した旨の觀念の表示にすぎない四六七条の承諾に、債権の存在もしくは内容についての公信力を与えることは不当である。というのは、第一に、債務者が四六七条の承諾をなすにあたっては、債務の具体的な内容、とくに給付の目的物に言及せずになすことがありうる（債権の発生原因、弁済期などに言及するだけで譲渡される債権の同一性を示しうることに注意）けれども、かかる承諾に債権の内容についての公信力を与えることは無理である。また、四六七条の承諾をなすにあたって、たまたま債務者が債権の具体内容を示してなす場合でも、債務者が誤って表示したその債権の内容（とりわけその債権が実際には存在しない場合につき）を信頼して取引した譲受人を債務者の犠牲において保護することは——債務者が実際には存在しない債権について誤って作成した債権証書を信頼してその債権を譲り受けた者がたとひ善意でも保護されないことと照らし合わせても——無理であろう。のみならず、第二に、債権の譲受人がその債権が実際には存在せざることを知って（その他一般に抗弁事由の存在を知って）譲り受けた場合でも、もし債務者が自ら存在せざる債務なることを知りつつ（抗弁事由の存在を知りつつ）あえて譲渡の承諾をなしたなら、当事者の利益比較衡量のうえから、四六八条一項の適用を認めても、なんら不都合ではない。そうだとすると、この場合には同項の効果を意思表示による効果だと——したがって承諾をもって意思表示だと——解すべきであり、そして、譲受人の善意であるか悪意であるかによって、承諾という行為自体の性質が変わるとは解しえない以上は、一般に同項の承諾を意思表示と解するのが当然であろう。

かようにして、四六八条の承諾は四六七条のそれと異なり抗弁切断の効力を有する特殊な意思表示と解せざるをえ

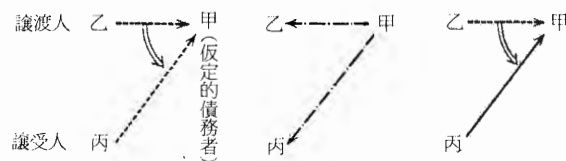
第 1 図

(無権利指者の譲渡) + (権利者の処分授權) ⇒ その効果



第 2 図

(仮定的債権の譲渡) + (仮定的債務者の処分授權) ⇒ その効果



人はあたかも譲渡人が権利者であったかのごとくに有効に権利を取得しうる、と定める(第1図参照)。わが民法では、これに対応する明文の規定はないが、同じ趣旨は——代理に類似した関係として——学説・判例上認められている(大判昭和一〇年九月一〇日民集一四卷一七七一頁、我妻・新訂民法総則三八九頁、於保「無効行為の追認」判例演習〔民法総則〕二〇九頁、【追記】四宮「民法総則第三版」二二六頁)。

ない。それではこれを具体的にいかなる性質の意思表示——無因の債務承認でもないところの——と見るべきか。私は、ドイツ民法一八五条で定める処分授權と類似せる「仮定的債務者の処分授權」の概念によって捉うべきであると考える(そしてこの概念は、指図債券・無記名債券・手形・小切手のごとき、いわゆる無因証券における抗弁切断の法理を形成する基礎的な概念であると考えている)(安達「仮定的債務者の処分授權の概念について」私法二七号参照)。

(イ) 仮定的債務者の処分授權の概念 (a) ドイツ民

法一八五条は、無権利者が他人の権利を自己の名において譲渡(処分)するのに対して、権利者があらかじめ承諾したとき、もしくは事後的な承諾(追認をなしたとき(かかる承諾もしくは同意を処分授權という)、その譲受

かかる本来の処分授權に類似した関係として「実際には存在しない債権（仮定的債権）の譲渡（処分）がなされるのに対して、その債務者（仮定的債務者）があらかじめ承諾し、もしくは事後的に承諾し追認したときは、その効果として、仮定的債権の譲受人はあたかも有効に存在していた債権を譲渡人から譲り受けたと同様の地位におかれ、仮定的債務者に対して現実の債権を取得する」という関係が認められるべきであると考え（第2図参照）。そしてこの関係における授權者（承諾ないし同意をなした者）は——本来の処分授權における授權者が真実の権利者であると異なり——「仮定的債務者である点で特色を有しており、そこでこれを「仮定的債務者の処分授權」と称するのである（この概念を考えつくについては、田中耕太郎博士が、為替手形の振出をもって仮定的債権の譲渡であるとし、支払人の引受によって仮定的債権が現実の債権に変わると説明されるところから示唆を受けた点が大きい。田中・手形法小切手法論三一七頁参照）。

(b) ちなみに、右の仮定的債務者の処分授權の関係と同様な性質をもつ関係として、実際には存在しない抵当権・地上権等のごとき仮定的制限物権の譲渡（処分）に対する仮定的制限物権設定者の処分授權の関係が認められるべきである。そして右の両者を包摂する上位概念として「仮定的負担設定者の処分授權」の語を用いることができる。かかる仮定的負担設定者の処分授權においては、その効果として、譲受人はあたかも有効に存在する権利（債権・地上権・抵当権）の譲受人と同じ地位におかれるのであるから、その意味でこれを「権利の存在に関する処分授權」ということができ、それに対して、ドイツ民法一八五条の本来の処分授權においては、譲受人はあたかも譲渡人が権利の所屬者であったかのごとき地位におかれ、有効に権利を取得しうるのであるから、その意味で「権利の所屬に関する処分授權」ということができる（鈴木教授は、手形法理を「権利の存在」の側面と「権利の所屬」の側面にわけて捉うべきことを強調されている。鈴木・手形法・小切手法九八頁参照）。

(c) 仮定的債務者の処分授權をめぐる具体的な法律関係は、ドイツ民法一八五条の本来の処分授權のそれに準じて考察すべきである（以下、第2図を参照）。

第一に、仮定的債務者の処分授權は、本来の処分授權と同じく、単独行為であり、その相手方は譲渡人たる乙または譲受人たる丙のいずれでもよく、それをなす時期は乙丙間の譲渡前でも譲渡後でもよい（譲渡後の場合は追認になる）。なお、本来の処分授權と代理權の授權とは、その歴史的沿革からいって密接な関係をもち、その経済目的においても技術的構造においても共通性が多い（前段に述べた処分授權の相手方・時期の問題は、ドイツでは代理權の授權に関しても同じ扱いがなされている。ド民一六七条・一七七条参照）。ところで代理權の授權は、本来の処分授權に比してその實際生活上有所する重要性のために、それに関する規定がより豊富である。そこでドイツにおいても、代理に関する法律関係は可及的に処分授權に類推適用されるべきものとされており、とりわけ代理權の消滅や表見代理に関する規定は類推適用するべきであるとされる（*Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II* (1957), § 204, 1. 4. 11. 3）。このことは仮定的債務者の処分授權についても妥当すべきである。したがって、実際には仮定的債務者の処分授權が存在または無効でも、善意の譲受人丙に対する関係では有効に存在したと看做されて、丙が現実的債權を取得する場合が生じうる。

第二に、仮定的債權の譲受人丙が取得する現実的債權の内容・範囲は、丙の譲り受けた仮定的債權の内容・範囲と仮定的債務者甲がその譲渡を授權し承諾した仮定的債權の内容・範囲とが一致する限度においてである。

たとえば、丙が乙から一〇万円の仮定的債權を譲り受け、他方、甲が六万円の仮定的債權の譲渡を承諾すると、丙は六万円の現実的債權を取得する。丙の譲り受けた仮定的債權が無条件で一〇万円を給付すべき内容のものであり、

他方、甲の承諾は一定の条件のもとに一〇万円を給付すべき債権の譲渡の承諾であれば、丙は条件付の現実的債権を取得する。四六八条一項が想定する異議を留めた承諾とは、かように甲の授權に承諾の内容・範囲が譲渡された債権の内容・範囲と異なる場合を指すものと考ええる。

第三に、債務者の承諾（事前の承諾と事後の追認）が仮定的債務者の処分授權としての意味をもつためには、譲渡される債権の内容を確認したうえでなされることが必要である。それは必しも明示的である必要はなく、默示的な確認であってもよい。もっとも取引上実際に行われている債務者の譲渡の承諾は、書面（承諾書）の交付によってなされるが、一般に用いられているその書式では、どの書式集を見ても譲渡される債権の弁済期や金額などの内容を明記したうえで承諾の意思表示が記載されている（大野・矢野「新版契約全書（和解・債権譲渡・債務引受・代物弁済）」（一九七五年）七〇〇五頁以下は数種類の書式集の書式例を掲げている）。

これに反して承諾が対抗要件としての承諾（四六七条）の意義を有するためには、右に述べたような確認は必要でなく、単に譲渡の事実を知った旨の表示であれば足りる。

しかし債務者のなす追認（事後的な仮定的債務者の処分授權）は同時に対抗要件としての承諾の意味をもつことになる。また譲受人を特定してなされる事前の承諾（＝授權）も同様に、同時に対抗要件たる意義を有しうる（ちなみに判例は、譲渡禁止の特約のある債権の譲渡を容認する趣旨の事前の承諾も、譲受人が特定しているときは、対抗要件としての承諾の意味を有するとしている（最判・昭二八・五・二九民集七巻五号六〇八頁））。

なお甲の承諾（＝授權）の効果として丙の取得する現実的債権の債務者に対する対抗要件のほかに、それ以外の第三者に対する対抗要件も問題となる。これについては後述第二章3を参照されたい。（以上の第三については、新民法演

習所掲の原文を全面的に改めた。

第四に、仮定的債務者の処分授權とりわけ追認の結果として丙に現実的債務を負うに至った甲が、丙に弁済したとき——あたかも本来の処分授權によって權利を失うに至った真実の權利者が譲渡人乙に対して求償權を有するに至るのと同様に——甲は乙に対して求償權を取得する。その理論的根拠は、甲乙間の關係に依じて、たとえば甲が乙に頼まれて承諾したか否かの事情に依じて、委任、事務管理、もしくは不当利得となる（四六八条一項但書は、基本的にかかる趣旨の規定と解すべきである）。

第五に、たとえば、乙が甲に対して有する一〇万円の有効な債權をさような債權として丙に譲渡したのに対して、甲がそれを承諾し授權した場合、乙丙間の譲渡は理論上、一〇万円の現実的債權の譲渡（P）と一〇万円の仮定的債權の譲渡（Q）とを含む、と解しうる。したがって丙は、甲の承諾の結果二つの債權を（すなわち乙の有した債權を同一性を伴いつつ取得する債權（S）と仮定的債權の譲渡に授權が結合した効果として生ずる現実的債權（T）とを）取得する。しかし、その一方が弁済されると、他方の債權も同時に満足を得て消滅すると解すべきである。

この關係をより厳密に分析すれば、元來、右に述べた（P）と（Q）の債權譲渡は互いに無關係なものでなく、丙が（Q）の譲渡によって取得した（T）の債權が弁済されると、他の譲渡たる（P）の効力が失われ——かかる意味で（P）の債權譲渡は解除条件付譲渡と解すべきである——その結果、（S）の債權は乙に復帰することになり、他方、甲が（T）の債權を弁済したことによって乙に対して新たに取得する求償權（前述の第四参照）は、乙に復帰した右の（S）の債權と相殺されて消滅する、と解すべきであろう。

(ウ) 設問の説明 以上述べたところを設問に適用するならば、

(a) BがAに対する無効な債権をCに譲渡するにあたり、(i) その違法な発生原因を示して名義貸料債権であるとして譲渡する場合と、(ii) 違法な発生原因を示さずに単に一定額の金銭債権だとして譲渡する場合（もしくは、前述の(1)後段に述べた大判昭和九年七月一日の事案の場合のように、適法な発生原因によって生じた債権だと称して譲渡する場合）とを区別して考察すべきである。

(i) の場合には、さような債権譲渡に対してAが承諾し授権しても、その結果、Cの取得する現実的債権は違法な発生原因によって生じた債権たる性質を帯びる（イ）(c)第二参照。債権の発生原因についても債権の内容・範囲と同じに扱うべきである。したがってCはAに請求しえない。

(ii) の場合には、

(α) まず、Aが承諾し授権をなすにあたり、AのBに対する（既存）債務が無効なことを知ってあえてなしたときは、Cはその善意・悪意をとわずAに対して現実的債権を取得する。AがCに弁済するとBに対して求償権を取得する（イ）(c)第四参照）。

(β) つぎにAの承諾し授権の際に、AがBに対する（既存）債務の無効なるにかかわらず有効であると誤信し、そのために承諾をなしたとき。このときはAの承諾には重要な動機の錯誤が存するから原則として無効となり、したがってCはAに対する現実的債権を取得しえないと解すべきである（動機の錯誤も、それが重要な場合には事情により無効となると解する。同旨、船橋・民法総則一〇九頁、川島・民法総則二九〇頁）。しかし例外的に、Aの承諾がBC間の譲渡前にBに対してなされていたときに、CがBより譲り受けるに際して——あるいはAの承諾がCに対する追認の形でなされていたときに、Cがかかる追認を得るに際して——Aの錯誤を知らず、かつ過失がなかった場合には、Cは保

護されAの承諾は有効と看做さるべきである（動機の錯誤が無効原因になるか否かの判断にあたっては、相手方の善意・悪意が重要な基準の一つとなる。なお、この結果を禁反言法理もしくは——とりわけ譲渡前の承諾の場合——表見法理（イ）（c）第一末尾参照）から根拠づけることも可能であろう。その結果、CはAに対して請求しうることになる。

なお、Cが前述の際に（傍点部分参照）、BのAに対する（既存）債権の無効を知っていたときは、たとい、CがAの錯誤を知っていた（善意の）ときでも、原則として過失があったと解すべきであろう（したがって、CはAに請求しえない）。というのは、一般に（既存）債務を負っていないにかかわらず債権者の譲渡の承諾＝授權をなすことは実際上は特殊な事態であり、錯誤によってこれをなす場合が多いと考えられるから、譲受人が（既存）債権の不存在いし無効を知っている場合には、債務者の承諾が錯誤によるものであるかも知れないとの疑いを持つべきは当然だからである。

(b) 補説 以上のように、私見では公信説と異なり、四六八条一項の適用を、必ずしも譲受人の善意（債務者の譲渡人に対する抗弁事由の存在を知らぬこと）の場合には限らない。そしてかかる見解は、債務者が承諾をなす際に譲渡人に対する抗弁事由を「熟知ノ上譲渡ノ承諾ヲ為シタル」場合には、譲受人が抗弁事由を知って譲り受けたときでも、同条の適用を認めて抗弁切断の効力を生じさせている大判昭和十四年三月九日（判決全集六輯九号二二頁）と一致するといふことができる。

もっとも、前述したように（a）末尾参照）、債務者が抗弁事由を知りつつあえて異議なき承諾をすること（a）（ii）（α）参照）は、実際上は稀であり、そして實際上生じることの多いところの、債務者が抗弁事由のあるのをない誤信して承諾する場合（a）（ii）（β）参照）においては、前述のように（a）末尾参照）公信説と私見の間に実際上の帰結

の点ではさほど大きな開きがあるわけではない。いずれにせよ、私見の立場からは四六八条一項の効果をもって常に法定効果だとはいえず（公信説においては常に法定効果として捉えるであろうけれども）前述（a）（ii）（ β ）のごとき場合についてのみ法定効果というべきであり（錯誤によって、元来は無効な承諾となるはずだが、善意の譲受人に対してはそれが、有効と看做されるという意味で）、他の場合（a）（ii）（ α ）には意思表示による効果となる（債務承認説では常に意思表示による効果として捉えられることになる）。かかる把握は、起草者が法典調査会において、本条の効果を「極く厳格ニ言へバ法律ガ認メタヨウナモノ」と繰り返し返して説明している表現のニュアンスとも適合しているといえよう（法典調査会・民法議事速記録二二卷一六七丁・一六九丁梅委員発言参照。起草者は他委員の質問に理論的に明確な説明をなしていない）。

四 無効または消滅せる抵当権付債権の譲渡と無留保承諾

二で述べたように、元来、AはBに対して抵当権設定登記の抹消を請求できる地位にあるから、Bより無効な債権とともに抵当権を譲り受けて抵当権の移転登記を得たCに対しても、同様な請求をなしうるはずである。しかし、設問におけるように、Aが譲渡の承諾をなし、その結果、CがAに対して有効な債権を取得するに至った場合に、Cはそれに伴って有効に抵当権をも取得することになり、その結果としてAは抵当権設定登記および移転登記の抹消請求をなしえなくなるか、が問題となる。

(1) 判例・学説 一般に、無効な抵当権付債権もしくはすでに消滅せる抵当権付債権が譲渡され、債務者が異議を留めず譲渡の承諾をなし、その結果、譲受人が債権を取得する場合に、譲受人はそれと同時に抵当権をも取得するか。この問題に関する従来の判例は必ずしも一貫していないが、これを否定的に解する傾向が強くなってきているといえよう。当初、判例は抵当権付債権の弁済後の譲渡に債務者の異議なき承諾があった場合について、譲受人は債権と

ともに抵当権をも取得すると解する立場から、承諾後に抵当不動産を取得した第三者は抵当権の消滅を譲受人に対抗しえないとなし（大決昭和五年四月一日新聞三一八六号二三頁）、ただし、担保物が債務者以外の第三者の所有の場合や後順位の担保権者がある場合には、担保権の復活を認めることは、第三者の利害に大きな影響を及ぼすから認められないが（大決昭和六年一月二日民集一〇卷一〇八一頁、同年月日不明（昭和五年（オ）二六七一号）新聞三四六〇号一五頁）、そうでなければ債務者との関係で抵当権の復活を認めうるとした（大決昭和八年八月一八日民集一二卷二一〇五頁）。しかし他方、これとほぼ平行する時期に、抵当権の復活を否定する判例も一、二見られた（大決昭和七年九月一日新聞三四六〇号一五頁は、後順位抵当権者に対して譲受人の抵当権取得を否定する根拠として一般に抵当権の復活を否定している。大決昭和八年三月三十一日民集一二卷五三三頁は、承諾後に抵当不動産を差し押えた一般債権者に対しても譲受人の抵当権復活を否定する）。その後、債務がはじめから無効だった場合について、抵当権もはじめから不存在だから異議なき承諾をなした債務者は譲受人に抵当権の不存在を對抗しうるとする判例（大判昭和十一年三月十三日民集一五卷四二三頁。前述三（1）後段の大判昭和九年七月一日と同じ事案である）、および、被担保債権がすでに一部弁済されているときに譲受人はその部分について抵当権を取得しえないとする判例（大判昭和十五年二月二十四日新聞四六七九号六頁）があらわれている。

学説においても（以下の学説の分類はおもに加藤「債権譲渡」民法演習Ⅲ一四〇頁および明石・註釈民法Ⅱ三九三頁による）、（ア）抵当権の移転には公信力が認められていないから抵当権の取得ないし復活は認められないとする見解（否定説）（吾妻・判民昭和六年度一一三事件評釈。しかし後につぎの（イ）に改説。石田（文）・判批・論叢三五卷五号一二〇八頁）と、（イ）抵当権についても民法四六八条一項の精神から抵当権の取得・復活を一般に認むべきだ、とする見解（肯定

説」とが対立する。(イ)の見解はさらにわかれて、(a) 物上保証の場合や後順位担保権者がいる場合のように、第三者に関係があれば抵当権の取得・復活を認めない見解(葉師寺・判批・志林三八巻八号一〇七七頁、柚木・担保物権法二〇八頁、於保・債権総論二八五頁)、(b) 前から後順位者だった者は、また順位が下がっても別に不利益になるとはいえないから、それに対しては取得・復活を認めてよい(前からの物上保証人に対しても同様)が、債権消滅後その復活までの間に新たに利害関係を生じた第三者(たとえば、抵当物を取得しあるいは差し押えた者、抵当権を新たに取得した者)との間では、その権利を害することになるから、復活は認められない(債権不成立の場合でも同様)とする見解(我妻・担保物権法一九三頁、明石・前掲)、(c) 誰との関係でも無制限に取得・復活を認める見解(吾妻「抵当権の譲渡と債権譲渡の承諾」新報四四巻九号一頁、船橋・判批・民商四巻三号二二八頁)の三つにわかれる。以上の(ア)(イ)のいずれの説をとるかによって、設問のAの抵当権の抹消請求があるいは否定されあるいは肯定されることはいうまでもない。

(追記。米倉明「抵当権と異議を留めない承諾の効力」星野・平井編民法判例百選Ⅱ債権(第二版)も公信説に立ちつつ(イ)説をとる。また同第三版に同一テーマで執筆する加賀山茂教授も「(イ)説が通説とみてよい」という。)

(2) 批判と私見

(ア) 批判 右の各説のうち否定説(1)(ア)は、従来は支持者が少なかったが、これが判例の動向とほぼ一致するためか、近時有力になりつつあるようである(加藤・前掲論文、西沢・註釈民法(9)一四九頁はこれを支持する)。しかし、抵当権の譲渡に公信力が認められないからという理由で、抵当権の取得・復活を全面的に否定するのは(この説が四六八条一項について公信説をとることをいちおう是認するとしても)、厳格にすぎはしないか(ただし、否定説をとる加藤・前掲が——同条について公信説をとりつつ——この問題は抵当権の付従性の問題でなく抵当権の公信力の問題だと指摘するのはきわ

めて正当である)。四六八条一項の精神を尊重して、これを抵当権譲渡の場合に類推適用することは解釈論としても不可能ではあるまい。もっとも、同条を抵当権の取得に類推適用することに対して、同条の理論構成としての公信説をとることが阻的に働くことは否定できない。公信説は、同条の効果をもつばら法定効果と見るかぎりにおいて、同条を債権譲渡のみに関する例外的な規定と見るのに傾くといつてよいからである。したがって真に否定説を却けるためには公信説を克服することが——不可欠といえないにしても——要求されよう。

肯定説(1)(イ)のうち(a)説は——理論的な裏付けは必ずしも十分といえないが——利益の比較衡量のうえでもっとも適当と思われる。(c)説は第三者の利害を無視しており、とりえない。(b)説も第三者の利益の保護に欠け(特に物上保証の場合)、また、所有者抵当の制度を認めないわが民法の解釈として無理であろう(柚木・担保物権法二二頁)。のみならず加藤・前掲の指摘するように、二番抵当がある場合に、一度消滅した一番抵当が復活して前の登記が生きるとすると、それは二番抵当権には優先するが、消滅後復活前に設定された三番抵当には劣後する、という奇妙な結果を生じる。

(イ) 私見による構成 前述のように(三)(2)(イ)(b)参照、仮定的債務者の処分授權と同様な性質を有するものとして、仮定的制限物権設定者の処分授權の關係が認められるべきである。したがって、実際には存在せざる抵当権が譲渡された場合(実際には存在せざる被担保債権とともに、もしくは——被担保債権が有効に存在する場合について——民法三七五条におけるがごとく、それと独立に)でも、抵当権設定者が譲渡を承諾し授權することにより、譲受人はあたかも有効に成立せる抵当権を譲り受けたと同じ地位におかれる。そしてこの關係については仮定的債務者の処分授權に関して述べたところ(三)(2)(イ)(c)が妥当し、本来の処分授權(ド民一八五条)の關係に準じて扱うべきである。

ところで、本来の処分授權において、無権利者の譲渡(処分)を権利者が追認することによって、譲受人は譲受時

に遡って有効に権利を取得するのであるが、権利者の追認前に「追認者自身ニ依リ又ハ強制執行若クハ仮差押ノ方法ニ依リ又ハ破産管財人ニ依リテ為シタル処分ハ、追認ノ遡及効ニ因リテ其ノ効力ヲ失ハス」(下民一八四条)と定められ(無権代理の追認に関する一一六条と同趣旨)、利害関係ある第三者の既得の権利が保護されている。このことは、仮定的制限物権(抵当権)設定者の処分授權についても準用すべきである。したがって無効もしくはすでに消滅せる抵当権付債権が譲渡されて、債務者が譲渡の追認¹¹授權をなし、かつ、抵当権設定者が抵当権譲渡の追認をなす場合、譲受人は譲渡の時に遡って、あたかも有効に成立せる抵当権付債権を取得することになるが、設定者の追認前にすでに抵当不動産を譲り受けた第三者や、すでに順位を上昇した後順位抵当権者の利益は、設定者の追認によって害されないといわなければならぬ。

なお、債務者と抵当権設定者が同一人格の場合にも、債権譲渡の承諾のみをなして抵当権譲渡の承諾はなさないということも可能と解すべきである。しかし意思表示解釈の問題としては、前者の承諾をなしたときは、別段の意思表示なきかぎり、後者の承諾をもなす趣旨であったと認めてよいであろう。

以上のように解することは、結論的には、(1)(イ)の肯定説のうちの(a)説と一致する結果になることはいうまでもない(なお抵当権の登記の流用の問題については後述(ウ)(b)参照)。(追記。近時(a)説が通説に変わったと見てよいようである。(1)末尾の追記参照)

(ウ) 設問の説明 (a) 右に述べたところを設問の場合に適用すると、CがAに対して抵当権を取得することは可能であるが、しかし、そのためには、Aの承諾が抵当権の譲渡の承諾の趣旨を含むものであることが必要である(ただし(イ)末尾参照)。また、Cが債権を取得することが必要なことは抵当権の付従性の理論からいって当然である

(したがって B C 間の抵当権付債権の譲渡にあたり、その債権が名板貸契約によって生じたものとして譲渡されたときは、C は債権を、したがって抵当権も取得しえない。前述三(2)(ウ)(a)(i) 参照)。さらに、B C 間の譲渡が抵当権付債権の譲渡としてなされることが必要であり、単なる債権の譲渡の趣旨でなされる場合には、たとい A が抵当権譲渡の承諾・授權をなそうとも、C は抵当権を取得しえないと解すべきであろう(抵当権の随伴性の法理は、「有効な抵当権付債権」の譲渡の場合のみに制限すべきである)。

(b) ところで、C が債権および抵当権を取得する場合でも、もし、被担保債権の無効のために無効に帰したはずの前の抵当権の登記をもって、C が新たに(A の承諾によって)取得した抵当権のために流用することを認めるのでなければ、A は前の抵当権の登記の抹消を請求しうる、といわざるをえない(C はあらためて新たな抵当権の設定登記を得ることが必要になる)。のみならず(設問では問題になっていないが)C は、A の承諾によって抵当権を取得した後に抵当不動産に対して権利を取得した第三者に対しても、A の承諾による新たな抵当権の取得を——新たな抵当権の登記をなしていないかぎり——対抗しえなくなる(抵当権付債権が消滅した後に譲渡される場合についても、同様な問題を生じるこというまでもない)。その結果、前述(1)(イ)の肯定説をとっても、実際上は(1)(ア)の否定説をとるのとさほど大きな差異はなくなる(加藤・前掲はこれに正当にも指摘する)。

従来、(1)(イ)の肯定説をとる学説・判例(大決昭和八年八月一八日、前述(1)前段参照)が、右のごとき抵当権の登記の流用をその暗黙の前提として認めていたことは疑いの余地がない。かかる流用は、登記簿に表示されている無効な抵当権の内容・性質(表示されている被担保債権の内容・性質を含めて)と、譲受人が抵当権設定者の承諾の結果、新たに取得した抵当権の内容・性質(被担保債権の内容・性質を含めて)とが基本的に一致するかぎりは、是認さるべき

であると考ええる。

加藤・前掲は、従来、判例が一般に登記の流用を否認していることを理由に、右のごとき抵当権の登記の流用も否定し、そして登記の流用を認めないならば(1)(イ)の肯定説をとつても(1)(ア)の否定説と實際上大差はなくなると述べて、これを(1)(ア)の否定説の副次的根拠となす。しかし、従来の判例をさように解することは疑問であり(同旨、柚木・前掲二一〇頁、幾代・不動産登記法一七四頁)、また学説も一般に、正当な第三者の利益を害しないかぎりで登記の流用を認むべきだとしている(我妻・担保物権法一四六頁、柚木・前掲、幾代・前掲)。

ところで、すでになされている(無効な)抵当権設定登記に、もし仮りに、被担保債権の違法な発生原因(設問では名板貸契約)が記載されていれば(一般に抵当権の——またなかんずく設問におけるごとき根抵当権の——設定登記において、被担保債権の発生原因を記載することを要するか、またその前提となる問題として、登記申請諸(不登三六条四号)に被担保債権の発生原因を記載することを要するか、は争われている。行政的な取扱としては肯定的に解されているようであるが、この点については、清水「包括根抵当」判例演習(物権法)二六六頁を参照されたい。いずれにせよ、被担保債権の違法な発生原因を記載した登記申請は受理されぬのが普通で、したがって被担保債権の発生原因として名義貸契約を記載した抵当権の設定登記がなされることは通常は起こらない、というべきであろう。もっとも、登記官吏の審査権に関する形式的審査主義がここで問題となる。幾代・前掲五五頁参照)、かかる登記に記載されている抵当権の内容・性質と、CがAの承諾によつて新たに取得した抵当権の内容・性質とが基本的に一致するとは認めえないと思われる。というのは、そもそもAの承諾によつてCが抵当権を有効に取得するためには、その被担保債権は違法な原因関係から生じた債権たる性質を有するものではありえず(三(2)(ウ)(a)(i)および四(2)(イ)前段参照)、そして、違法な原因関係より生ずる債権(Ⅱ登記簿に記載されている

被担保債権」と然らざる債権（ⅡCが取得した被担保債権）との間には、たとい両者の給付の目的物などが一致していても、基本的な一致を認めがたく、したがってまた、これらを被担保債権とする抵当権の間に基本的な一致を認めがたい、といわなければならないからである。したがってかかる場合には、抵当権の登記の流用を認めえないと解すべきであろう（三(1)後段に掲げた大判昭和九年七月一日事件の事案のごとく、登記簿上に被担保債権の違法な発生原因が記載されていないれば抵当権の登記の流用を認めてよい）。

四六八条一項の比較法的考察・歴史的沿革の検討については、安達「指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾」（一）志林五九卷三・四号合併号を、また、仮定的債務者の処分授權の詳細については、同（三）志林六一卷二号および安達「仮定的債務者の処分授權の概念について」私法二七号を参照されたい。

付記 私が「仮定的債務者の処分授權」の概念を考えついた頃、授權概念に関して参考にした主な文献は、前掲 *Enneccerus-Nipperdey* の著書のほか、於保「授權について」（同「財産管理權論序説」（昭和二十七年）所収）と *Ludewig, Ermächtigung nach bürgerlichen Recht, 1922* であった（その他の文献については前掲拙稿志林五九卷三三五〇頁および八〇頁参照）。その後授權概念について発表された主要な論文として、伊藤進「授權概念の有用性——ドイツの学説を中心にして」法律論叢三九卷四・五・六号。清水千尋「授權に関する基礎的考察——とくに処分授權を中心にして（一—六）」（立正法学一二卷三・四号、一三卷一・二号、一七卷一・二号、同卷四号、二二卷一・二号、二二卷一・二・三・四号）。広渡清吾「財産管理權論への一アプローチ——財産管理權概念の史的基礎と論理構造」（法学論叢八八卷四・五・六号）。石田穰「授權について」（加藤・水本編「民法・信託法理論の展開」（四宮記念論集所収）がある。その他については右石田論文と清水論文が詳細に紹介している。

なお清水論文（三）立正法学一七卷一・二号五一頁以下は「仮定的債務者の処分授權」の概念を授權理論の側面から検討し、

批判を加える。これに対する私の反論は近刊予定の「内山・黒木・石川古稀記念論文集」に掲載する予定である。

〔補論〕 私見による手形法の構成について

序説三 d で述べたことと関連するが、このあとひきつづいてとりあげる四六八条一項の理論構成と具体的問題の検討にあたつては、手形法の法理を引き合いに出し、あるいは参考にするところがある。そのため、ここで私の考える手形法の構成をごく簡単に（そのために一部は中途半端な説明にならざるをえないが（とりわけ(1)(4)・(4)がそうである））述べることにする（詳細は後記拙稿参照）。

1 為替手形について (ア) B が A を支払人として受取人 C に十萬円の為替手形を振り出すとする。この関係は私見によれば、B が C に、A に対する十萬円の仮定的債権を譲渡する意味を有する（これは田中耕太郎博士と同一の考え方である）。C が A に為替手形を引受呈示し、A が引き受けると、これによって C の A に対する仮定的債権は現実的債権に変わる（田中耕太郎博士もこのように説明する）。この関係を生じる理論的根拠は、私見によれば、A のなす引受は仮定的債務者の処分授權としての意味を有しており、そしてこれと B C 間の仮定的債権の譲渡が結合する効果として、C は A に対して十萬円の現実的債権を取得するのである。

(イ) A が C に十萬円の手形金額を支払うと、その結果、A は B に対して十萬円の求債権を取得するが、これは、A が B に対して負っている資金関係上の債務と相殺されて、ともに消滅することになる。なお A の B に対する資金関係上の債務が存在しないとき（いわゆる好意引受のときは、このような関係を生じる）、A は B に対して十萬円の求債権を行使しうる。

(ウ) なお A が引受を経ずに、いきなり C に支払うとき、私見によれば、その支払行為の中には、その前提として黙示的な引受が含まれており、その結果として A は C に現実的債務を負担するが、それと同時に A は C にこれを支払うのである。かようにして引受を経て支払う場合と、これを経ずに支払う場合とを同じように扱うことになる。

(エ) 以上述べたことは独逸民法上の指図の関係、すなわち指図人 B が A を被指図人とする十萬円の指図証書を C（指図 受取人）に交付し、A が引受を経、また経ずに、C に支払う関係と基本的に共通する。なお、A の引受は指図証書交前にもなしうる

が、同じことは為替手形の引受についても見られる（為替手形振出前の引受は約束手形の振出と類似する。後述2(7)参照）。

(4) CがDに、DがEに……為替手形を裏書譲渡したときの、AのD・E……に対する関係についていうと、一方でCD間、DE間、……で仮定的債権の譲渡がなされ、他方でAの引受には、これらの連続した仮定的債権の譲渡に対する多数の連続した授權が（BC間の譲渡に対する授權だけでなく）含まれているから、この両者の結合した効果として、（Cだけでなく）D・E……がAに対する現実的債権を取得する。そして以上のようなAのB・C・D・E……に対する関係は、基本的には、独逸商法で定める商人指図証券や商人債務証券の関係を異ならない。（すなわちBがAを被指図人とする商人指図証券をCに発行し、CからD・E……に順次裏書譲渡される関係、あるいはAがBを受取人として商人債務証券を発行し、それがBから、D、E……へと裏書譲渡される関係と基本的に異ならない。なお商人指図証券の場合には、引受を通して連続的授權をなすAは、通常、仮定的債権の譲渡（BC間の振出、CD間、DE間の裏書）の後にそれをなすのに対して、AがBに商人債務証券を発行する場合には、Aは連続的な授權を、仮定的債権の譲渡すなわちBからC・D……への裏書の前になす、という点で差異があるにすぎず、基本的構造は共通する。）

(5) B・C・Dの自己の後者に対する遡求義務の関係については、(4)で述べたような、AのB・C・D・E……に対する関係（すなわち連続的な仮定的債権の譲渡と連続的な授權の結合）と同様な関係が、それぞれB・C・D……について生じる。したがってB・C・D……がそれぞれ商人債務証券を発行すると同じ関係を生じる。かようにして為替手形が振出され裏書譲渡されることにより、商人指図証券と商人債務証券が多数立体的に結合し、積み重なる関係を生じる。

2 約束手形について (7) AがBに十萬円の約束手形を振出すと、Aはそれによって仮定的な債務者の処分授權を（正確にはその連続的授權を）おこなう。BがCに裏書譲渡することによって、BからCに、Aに対する仮定的債権の譲渡がなされ、そして両者の結合した効果として、CはAに十萬円の現実的債権を取得する。したがって為替手形と約束手形の差異は、前者のAが引受によって（連続的）授權をなす時期は、通常、仮定的債権の譲渡後（すなわちBからCへの振出またはCからD……への

裏書後）であるのに対し、後者では（連続的）授権をなすAは仮定的債権の譲渡（BからC・D……への裏の書）後であるという差異だけである。

(f) 振出人Aが被裏書人Cに支払う場合の法律関係および、BからC・D・E……に裏書譲渡される場合の法律関係は基本的な為替手形について述べた(1)(f)および(1)(f)・(f)の関係と基本的に異ならない。約束手形が振出され、裏書が順次なされることによって、商人債務証券が多数、立体的に結合し、積み重ねられる関係が生じるのである。手形・小切手の構造に関する私見の詳細については、拙著「手形・小切手法の一般理論」（独文）のほか、拙稿「新白地手形法論（三・完）」（志林七四卷一号）で多数の図形を用いて説明している。また、若干省略した形の説明として拙稿「手形法上の利得償還請求権の構造」（志林八八卷一号九頁以下）がある。

第二章 若干の補論

1 譲受人の善意ないし悪意の問題

a 右述のように（一章三(2)(ウ)(a)(ii)参照）、実際には存在しない債権（仮定的債権）の譲渡に対して債務者Aが異議を留めぬ承諾＝授権をなすにあたり、意思表示に関する瑕疵や欠缺が何等存在しないときは、いうまでもなく譲受人の善意・悪意は問題とならず、CはAに対して有効に現実的債権を取得する。しかし、AがBに対して既存債務を負うと信じ、その支払のために異議なき承諾＝授権をしたときに、右既存債務が無効であったり既に消滅していたときは、Aの授権＝意思表示には動機の錯誤という瑕疵が存することになり、従って、(a) B C間の譲渡前にAがBに異議なき承諾をなす場合には、譲受人Cが譲受時に右の動機錯誤を知っていたとき、もしくは、(b) Cの譲受後

にAがCに異議なき承諾をなす場合には、CがAの右承諾の意思表示を受領した時にCが右の動機錯誤を知っていたとき、右(a)(b)いずれのときもAは動機の錯誤を理由として承諾の無効を主張しえ、したがってAのCに対する現実的債務の無効を主張しうる。その際、CがAのBに対する既存債務の無効や不存在を知っていたときは、Aの動機の錯誤それ自体については善意であったとしても、過失があったというべきであり、したがって悪意の場合と同様にAはCに対する現実的債務の無効を主張しうる。というのは一般にAが既存債務の不存在を知りつつ敢えて異議なき承諾 \parallel 授權をなすことは實際上稀であり、従ってCが既存債務の不存在を知っている以上は、Aの動機錯誤に疑をもつべきは当然だからである。

(以上の関係は、あたかも約束手形の振出や為替手形の引受が原因債務の不存在にも拘らず敢えてなされる(好意振出・好意引受)のが稀であることにかんがみ、原因債務が存在すると誤信して振出や引受をなした振出人や引受人は、その不存在を知りつつ、約束手形の裏書をえた被裏書人や為替手形の引受をえた受取人に対して、手形法一七条に定める悪意の抗弁によって手形債務を免れうると解すべきことと対応する)。

なおCがAのBに対する既存債務の不存在を重大な過失によって知らなかったときは、悪意の場合に準じて扱い、AはCに無効を主張しうると解すべきであろう。

さて、譲渡された既存債権が有効に存在した場合には、債務者の異議なき承諾によって、譲受人は、一方でその既存債権を同一性を保ちつつ取得するとともに、他方では、その既存債権の譲渡に伴ってなされる仮定的債権の譲渡と債務者の承諾 \parallel 授權との結合の効果として現実的債権を取得する。しかしこの二つの債権は同じ経済目的を有する債権だから、AのCへの弁済によって両債権はともに消滅する(その論理的な仕組みについては一章三(2)(イ)(c)第五で述べ

た。

b ところで譲渡された既存債権が現実に存在するが、しかしその債権には同時履行の抗弁権もしくは相殺の抗弁権が付着していた場合に、譲渡人がさような抗弁権が付着していない債権として譲渡し、かつ債務者が抗弁権の付着を知りつつ異議を留めずに譲渡を承諾し授権すると、譲受人の善意悪意を問わずに、譲受人は第一にさような抗弁の付着したままの債権を取得すると同時に、第二に抗弁の付着しない仮定的債権の譲渡と異議なき承諾し授権の結合した効果として、抗弁の付着しない現実的債権を取得する。したがって債務者は譲受人の支払請求に対し右のような抗弁をもって対抗しえなくなる（なお債務者が譲受人に右債務を弁済することによって、右の両債権が同時に消滅することはいうをまたない）。なお、もし債務者が右のような抗弁の存在を留保して承諾し授権をしたならば、譲受人の取得する両債権はともにさような抗弁の付着する債権となる。ただし既存債権そのものの譲渡に伴ってなされる仮定的債権は抗弁の付着しない債権であるけれども、それに対してなされる債務者の承諾し授権は右のような抗弁付の仮定的債権の譲渡に対する授権という制限のついた授権であり、そして譲受人の取得する現実的債権は、譲渡された仮定的債権の内容・範囲と授権の内容・範囲とが一致する範囲で成立するからである（前述一章三(2)(イ)(c)第一参照）。

ところで右のような抗弁（同時履行の抗弁・相殺の抗弁）の付着しない債権だとして譲渡がなされるのに対して債務者が、右に述べたようにその存する債権なることを知りつつ——通常、譲渡人から頼まれるのに応じて——敢えて異議なき承諾し授権をすることは決して稀だとはいえないであろう。それはあたかも約束手形の振出人が受取人に対する既存債務の支払のために振出すにあたり、その既存債務に右のような抗弁の付着することを知りつつ敢えて振出すことが稀でないことと対比しうる。ただし右のような抗弁のあるに拘らず債務者が異議なき承諾をしたり、約束手

形の振出をしても債務者の不利益はさほど大きくないからである。

以上のような事情を考慮すると、相殺の抗弁権や同時履行の抗弁権の付着した債権の譲渡について債務者が異議なく承諾したときには、譲受人が右のような抗弁の存在について悪意であったときも、債務者は原則として右抗弁をもって譲受人に対抗しえないといわなければならない。ただし、仮りに債務者が右のような抗弁の存在を知らなかったために、錯誤によって異議なき承諾をした場合でも、——譲受人がかかる錯誤を知っていたなら債務者は錯誤による異議なき承諾に授權の無効を譲受人に主張しうるが——譲受人が右錯誤を知らなかったときは、たとい右抗弁の存在自体を知っていたとしても、錯誤を知らなかったことについて、通常の場合、過失ありといえないからである。

右に述べたことは、売買代金債権や請負代金債権が債務者たる買主や注文者の承諾を得て第三者に譲渡されたあと、売主や請負人の債務不履行によって契約が解除され、その効果として代金債権や請負代金債権が消滅した場合にも当てはまる。債権の譲渡にあたっては、将来の解除によって消滅することのない債権について譲渡がなされ、

——正確に言えば将来の解除によって消滅する債権の譲渡とともに——そのような仮定的債権の譲渡について債務者は通常、譲渡人から頼まれるのに応じて、そのような事情を知りつつ、何等異議を留めないで承諾（処分授權）したものと解すべきである。したがって譲受人は、将来の解除によって影響を受けない現実的債権を——それによって影響を受ける同一性を有する債権とともに——取得しうる。しかも右の債務者の異議を留めない承諾にあたっては何等錯誤は存しないから、譲受人が譲受にあたって、代金債権ないし請負代金債権なることを知っていたか否かは問わないと解すべきである。

なお、このように考えると、最判昭和四二年一〇月二七日民集二二卷八号二一六一頁が、請負代金債権の譲渡に對

する異議を留めぬ承諾があった後に当該請負契約が解除されたという事案について、右代金債権の譲受人が未完成仕事部分に対する請負報酬請求権であることを知っていた場合には、債務者は、譲受人に契約解除をもって対抗することができ旨を判示しているのは、極めて疑問だと言わざるをえない。

d ちなみに以上の問題は、手形法に関しては、前に一言したように、手形法一七条にいう悪意の抗弁の問題に該当する。現在の支配的見解によれば、AがBに振出した約束手形の原因債務が消滅（例えば弁済とか免除などによって）していることを認識してBから裏書譲渡されたCに対してAは悪意の抗弁を対抗しうるが、しかしAがBに相殺に供しうる反対債権を有していることをCが認識して取得だけでは、AはCに悪意の抗弁を対抗しえず、「Aが相殺の意思を有していたこと、ないしは譲渡人の無資力についての認識までも必要とする」と解されており、同様に「不動産の買受代金内払の方法として振り出された手形なることを知って取得したとしても、その売買契約が後に売主の不履行により解除される事情にあることを知らなかったときは、抗弁の対抗を受けない（大判昭一六・八・二六民集二〇巻一二三頁）」「また請負契約の前渡金支払のための手形の取得にあたり、目的物の引渡がまだなされていないことを知っているだけでは害意ありとは言えず、進んで請負契約が解除されるであろうことを知っていたことを要する（最判昭三〇・一一〇一八民集九卷二二号一七六三頁）」と解されている（大隅・河本「註釈手形法・小切手法」二二六頁以下参照）。

そして有力説は、悪意の抗弁に関する一般論として、抗弁事由を二種にわけ、（イ）債務者がこれをもって対抗できないときは必然的に損害を蒙るような種類の抗弁事由（たとえば原因契約の無効とか解除）と（ロ）他の附加的事実が加わって初めて損害を生ずるような抗弁事由（たとえば相殺しうべき反対債権ありとの抗弁）とに分け、（イ）につい

ては原則として抗弁存在の認識をもって足りるが、(ロ)にあつては附加的事実(振出人等のいわゆる前者の支払不能)發生の確定的な認識をも要すると主張する。(高窪「手形法上いわゆる悪意の抗弁」(私法二〇号)。

私は右に述べたような悪意の抗弁に関する類型論を一方で評価するとともに、他方で、ここから一步進めて、このような類型的処理が導き出される理論的根拠の追究が必要だと思ふ。私の主張する授權説の立場からは、この問題に答えることが可能だと考える。つまり、私見によれば、原因債務が不成立や無効に拘らず有効に成立していると信じて約束手形を振出したときは、動機の錯誤による振出 \parallel 授權があり、また振出後裏書前に原因債務が消滅すると、元來その有効な存続を条件とする振出 \parallel 授權も同時に効力を失う。そして被裏書人が譲受の際に原因債務の不成立や無効や消滅を知つて取得すれば、たとい振出 \parallel 授權の無効自体を知らなかったとしても重過失があるから、振出人は振出 \parallel 授權の無効を対抗し、現実的債務の不發生を主張しうる。しかし原因債務に相殺とか同時履行の抗弁が附着したり、あるいは将来の債務不履行による解除の単なる一般的可能性の存在するにすぎないときは、特別の事情のない限り、振出 \parallel 授權が誤信によつてなされることは通常はないから、被裏書がさような特別事情を知っていた場合を除き、単に抗弁事由を知ったり、解除の一般的可能性を知つて取得しただけでは、たとい振出人が誤信によつて振出 \parallel 授權をなしたときであっても、振出人はその無効を被裏書人に対抗しえなくなる。

そのほか私見の立場からは、いわゆる融通目的で約束手形が振出される場合については、振出人は、原因債務の欠缺を知りつつ敢えて——受取人が融資先の被裏書人に対して負うべき債務を實質的に担保(保証)する目的で——振出 \parallel 授權をする場合なのだから、そこに何等の意思表示上の瑕疵もなく、従つて被裏書人の善意悪意は問題にならない。そして右のような融通手形振出の際の特殊な事情がいわゆる融通手形の抗弁の特殊性(被裏書人は融通手形なる

ことを知って取得しても悪意の抗弁を對抗されない」の理論的根拠だと考える。

また、融通手形に関し、通説によると、「第三者が融通手形を割り引くにあたって、受取人が満期までに当該手形を受け戻し、または支払資金を提供することができないことを知っていたときは、債務者を害することを知って手形を取得したことになる、振出人は右のような取得者に対して抗弁を對抗できる」(上柳・北沢等編「手形法・小切手法」(商法講義4一五四頁))とされ、そしてその抗弁が、一七条にいう悪意の抗弁であるか、それともそれとは異なる一般悪意の抗弁と解すべきかについて、学説上の対立がある。(山口「悪意の抗弁」(鈴木・大隅編手形法・小切手法講座三巻所収・二二四頁))

この問題は私見の立場からすると次のように説明される。すなわちAによる融通手形の振出し授権は、右に述べたように受取人Bが将来第三者Cから融資をえた場合にこれを担保(保証)する目的でなされるのであるから、この関係はあたかも、AがBから頼まれ、Bが将来第三者Cから借金する際の保証人となることを承諾しつつ、AからBに對して、Aと第三者Cの間の将来の保証契約締結についての代理権を授権する関係と基本的に共通する。そして後者の関係において、一旦AがBに右の代理権を与えた後であっても、Bがその後支払不能の状態に陥るなど、当初Aが予想していなかった新たな事情の変更を生じたときは、Aは右の代理権の撤回をなしうると解すべきであり、さらに代理権授与の際の合意の効果として、このような事情変更があればAから代理権撤回の意思表示をしなくても、当然に代理権は消滅すると解しうるであろう。そうだとすると、CがBに融資し、同時にCとAとの間に保証契約が(Bを代理人、Aを本人として)結ばれた際に、CがBの支払不能を知っていたときは、AはCに對して、無権代理を理由として、保証契約の無効を主張しうることとなる。そして以上述べたことは前者の關係に、すなわちAがBに融通

手形を振出し、Bがその後支払不能に陥ったとき、それを知りつつ、CがBに該手形を割り引いた場合にも当てはまる。理論的にいうならば、Aが融通目的でなした振出 \parallel 授権の効力は、その後のBの支払不能という新たな事情の発生により、その効力を失い、そして、さような事情を知りつつBから裏書をえたCに対して、Aは振出 \parallel 授権の無効を主張しうるわけである。

以上要するに私見においては、手形法一七条の悪意の抗弁を、単に種々の類型にわけて処理するのではなく、共通した法理（それは意思表示としての振出 \parallel 授権に関する、表見法理をとり入れた効力論についての法理といえよう）を適用した結果として、典型的処理が行われることになるのである。また融通手形に関する抗弁も統一的な根拠によって説明されることになるのである。

2 債務者の譲渡人に対する求償権

a 右に一章三(2)(イ)(c)第四に述べたように、異議なき承諾 \parallel 授権の効果として、譲受人Cに対して現実的債務を負担し、その支払を余儀なくされるに至った債務者Aは譲渡人Bに対して求償権を取得する。そして譲渡された債権が有効に存在する債権であったときは、右債権は、一旦は同一性を保ちつつ譲受人に移転するが、債務者が異議なき承諾の効果として負担するに至った譲受人に対する債務の弁済と共に譲受人に復帰し、これと右求償権とが相殺され、その結果両債務は消滅することになる（一章三(2)(イ)(c)第五参照）。

ところで右の求償権の根拠は、前に簡単に触れたように（一章三(2)(イ)(c)第四参照）、譲渡人が債務者に頼んで異議なき承諾をして貰ったときは、委任に基づく費用の償還請求権（民法六五〇条）であり、したがって債務者は有益費用と法定利息のほか損害賠償請求をなしうるはずである。これに反して、頼まれないのに好意でなしたときは事務管

理に基く費用の償還請求権であり（民法七〇二条）、したがって有益費用の償還請求に限られる。そして債務者が譲渡人の意思に反して異議なき承諾^ニ授權をしたときは、本人の意思に反する事務管理となるから、その費用償還請求は、不当利得返還請求権の場合と同じく本人（^ニ譲渡人）が現に利益を得ている限度でのみなしうることになる（民法七〇二条三項）。

b ところで債務者が譲渡人から頼まれず、に好意で、異議なき承諾した場合の有益費用の償還請求に関連して、不存在もしくは無効な債権の譲渡に対して債務者が異議なき承諾をなし、それにもとづき譲受人に対して負担した債務を弁済したとき、譲渡人はそれによつていかなる利益を得るかが問題となる。もし不存在の債権の売買や贈与を、わが国の通説のように原始的に不能な給付を目的とする無効な契約と見るならば、譲渡人は、無効にもとづく原状回復義務（既に受領していた売買代金の返還義務）といわゆる信賴利益の賠償義務を負うから、それを免れたことが、債務者の異議なき承諾によつて譲渡人の得る利益となり、したがって債務者はその償還のみを譲渡人に請求しうることになるはずである。

しかし私は不存在や無効の債権の売買や贈与について、ドイツ、フランス、スイスなどの各立法例が明文で定めるのと同じ趣旨をわが国でも解釈によつて取り入れ、他人の権利の売買や贈与と同じに扱い、したがって売主や贈与者に追奪担保責任を負わせる（したがって売主や贈与者が債務者に代つて債務を負う）べきだと考える（詳細は拙稿「債権の売買」契約法大系Ⅱ巻・有斐閣・昭和三七年参照）。その結果、売主や贈与者は——債務者の異議なき承諾がなされないとすれば——原則として（贈与に関する民法五五一条と売買に関する五六一条但書は重要な例外である）、自ら債務者であるのと同様な責任を負うから、債務者の異議なき承諾によつてそれを免れたことが売主や贈与者の利益となり、それを返

還すべきことになる。従って債務者は通常、譲受人に弁済したと同じ額について売主や贈与者に対し求償しうることになる。

かように考えると、債務者が譲渡人から頼まれずに異議なき承諾をしたときも、頼まれて承諾をした場合と結果的にはさほど大きな差異はない。もっとも異議なき承諾をした債務者が譲受人に弁済した額のほか、法定利息についても求償しうるか否かの点で差異を生じる（民法六五〇条一項および七〇二条一項）。

C もっとも四六八条一項但書は、aに述べたような各場面を区別することなく、独特な方法で一律に求償の範囲を定めている。しかもこれは求償に関する網羅的な規定でなく、債務者が譲渡前に譲受人に当該債権を弁済していた場合と譲渡前にそれが更改によって消滅していた場合のみの規定である。なお起草者は右但書を不当利得返還請求権の特則と考えていたようである。すなわち例えば譲渡人が百万円の債権について既に弁済を得ておきながらこれを四十万円の対価をえて譲渡したとき、異議なき承諾によって譲受人に百万円の債務を負い、これを支払った債務者は、不当利得返還請求権の法理を適用すると譲渡人に対して四十万円の利得の返還請求をなしうるにすぎない。しかし債務者をより厚く保護する必要があるために右但書によって債務者は譲渡人に支払った百万円を取返しうるものとしたという（後掲池田論文がこれを詳細に紹介する。法学研究六二巻八号六〇頁以下参照）。なお、この解決が、a bで述べたような、理論にもとづく解決とかなり近いことはいふをまたない。

しかし右のような債務者の保護を、譲渡された債権が弁済されていた場合に限定することなく、無効あるいは不成立の百万円の債権が四十万円の対価で譲渡されたような場合にも類推適用すべきか、が問題となる。

おもうにa bで述べたように、理論的に考えた場合でも、譲渡人から頼まれて異議なき承諾をしたときと、頼まれ

ずになしたときとで、通常の場合には、結果的に求償の範囲に大差のないこと、また右の理論的に考えた求償の範囲と四六八条一項但書が現実に定める求償の範囲との間に大差のないこと、を考えると、右但書を、債権が不成立や無効だった場合をも含めて、頼まれて承諾したか頼まれずにしたか問わず、一律に適用することが、明文の規定を尊重する意味からは望ましいと言えるかも知れない。

しかしながら右に述べた求償の範囲の差異を無視すべきでなく、またとりわけ存在しない債権の売買や贈与において売主や贈与者が例外的に追奪担保責任を負わない場合（民法五五一条および民法五六一条但書）に債務者が頼まれずに異議なき承諾をしたときに、四六八条一項但書を適用することは不当であり、譲渡人に酷となる（前述の五六一条但書の事例の場合でいうと、買主が債務の消滅を知りつつ四十万円で債権を買ったときで、そして債務者が、譲渡人から頼まれないのに債務の消滅を知りつつ異議なき承諾をしたとき（もし知らずに承諾したなら、前にも述べたように、悪意のCに対してその無効を主張しうる）、債務者は四十万円についてだけ譲渡人たる善意の売主から不当利得を理由に求償しうると解すべきであろう）。以上の理由から、私は右但書を、債務者の求償に関して、一般的な不当利得法理の適用を否定する趣旨を定めただけの規定と解したうえで、その文言通りの適用には消極的にならざるをえない。前述したように債務者が譲渡人から頼まれて異議なき承諾をなしたか否か等によって区別し、委任もしくは事務管理あるいは不当利得の法理に従って求償の範囲を決定すべきだと考える。

d ちなみに債務者の異議を留めぬ承諾は、書面でなされるのが普通であるが、書式集に掲載されている承諾書の文例を見ると、譲渡人と譲受人が連名で債務者に宛てて譲渡の承諾を依頼する（もしくは請求する）形の依頼書（もしくは請求書）を作成し、同じ書面に債務者が異議なく譲渡を承諾する旨を記載する形式が多いようである。前掲の大

野・矢野共著「新版契約全書（和解・債権譲渡等）」の中の異議なき承諾に関する文例は、合計して七冊の書式集に掲載されている十個の文例を転載したものであるが、そのうちの半数は、右のように承諾依頼書ないし承諾請求書と同一書面に債務者の異議なき承諾の意思表示が記載された文例であり、他の半数は、債務者が譲渡人にあてた承諾の意思表示のみを記載した文例である。もともと後者の文例の場合も、実際には譲渡人からの依頼を受けて債務者が譲渡を承諾するケースが通常のケースだと推測される。なお前者の文例では、譲渡人と譲受人が連名で債務者に対して譲渡の承諾を依頼ないし請求する形をとるが、実質的に意味のあるのは譲渡人からのそれであり、譲受人からのそれは法律的には意味がないと解してよいと思う。また右の依頼もしくは請求は法律的には同じ意味をもち、ともに債務者に宛てて、譲渡に対する異議なき承諾という行為（譲渡人のための事務の処理）を依頼したものであり、委任契約の申込みとしての性質を有すると解すべきであろう（債務者は異議なき承諾をすることにより右申込を承諾することになる）。

3 異議を留めない承諾と債務者以外の第三者に対する対抗要件

a BのAに対する債権が既にCに譲渡され、確定日付ある証書で債務者に譲渡の通知がなされたその後に、Dに二重譲渡され、この譲渡にAが異議なき承諾をした場合、DはAに対して債権を取得するか。通説の立場からはこれを否定する。その理由として「譲受人保護の理想からいえば肯定すべきであるように見えるが、民法は債権の帰属についての優劣は、もっぱら確定日付ある証書によって決定しようとしているのである。だから異議なき承諾によって切断されるべき抗弁事由の中には譲渡（債権の帰属）は含まれない——債権の存否、内容などに限る——と解するのが正当である」とされる（我妻「債権総論」五三八頁。もともと近時、異論も出ている。例えば加藤一郎・民法演習Ⅲ一四二頁はいわゆる公信説の立場から肯定説をとる。（同旨、田川輝明「債権総論」一八八頁）。

しかし思うに、確定日付ある証書によって優劣が決められるのは、まさしく両立しえない債権譲渡についてであって、右の譲渡のように両立しうる二重譲渡についてまでさようにいうことはできないと思う。ただしBからDへの譲渡についてはAの承諾＝授權があるからであり、Cへの譲渡を知りつつあえて（もしくは重過失によって知らずに）Dへの譲渡を承諾＝授權したAにとっては、たといCとDとに二重に債務を負っても酷とならず、むしろDの保護を優先させるべきではなからうか（もちろん二重に支払ったAはBに対して求償権を取得する）。

このような授權説の立場からは、BからCへの第一譲渡の通知が普通の手紙でAになされたあとで、Aが、BからDへの第二譲渡について異議なき承諾をしたときも、また同様に、Aが第一譲渡について異議なき承諾をした後に第二譲渡についても異議なき承諾をしたときも、いずれの場合ともにAはCとDに二重に債務を負うと解すべきことになる。

b それでは第一譲渡について普通の手紙でAが異議なき承諾をした後に、第二譲渡について確定日付ある証書でAへの通知がなされたときはいかに解すべきか。ここではAをしてCとDとに二重に債務を負担させるわけにはいかないことは明らかだが、そのうちのいずれに対して債務を負担させるべきか、が問題となる。授權説の立場から私は次のように考える。

BからCへの第一譲渡についてAが異議を留めない承諾（＝授權）をすると、CはAに対して（Ⅰ）抗弁の切断された新たな債権と（Ⅱ）BがAに対して有していた債権と同一の、抗弁の付着したままの債権、の両者を取得する。そしてAが（Ⅰ）の債務を弁済すると（Ⅱ）の債務も消滅する。したがって（Ⅱ）の債務は、乙が（Ⅰ）の債務を弁済すれば消滅すべき債務である。ところでBがDに二重に譲渡して確定日付ある証書による通知を先に（BからCへ

の譲渡についてのAの承諾が確定日付ある証書でなされるより前に）してしまつと、Dは右の（Ⅱ）の債権をCよりも優先的に取得することになる。しかし（Ⅱ）の債権は右に述べたように、Aが（Ⅰ）の債務をCに弁済することによって消滅すべき債権である。だからAはDが（Ⅱ）の債権を行使してきても、右の事情を理由に支払を拒みうべき筋合である（Cが（Ⅰ）の債権を行使するのは確実であり、そしてその行使の結果、（Ⅱ）の債権が消滅することが確実なのに、これを弁済させることは酷である）。このように考えると、結局、Cだけが、Dに優先して、Aに対して（Ⅰ）の債権を行使しうることになる。

右の命題の補強的な根拠づけとして、判例の通説が是認している次の法理をあげることができる。すなわちBがCに第一の譲渡をなして、確定日付ある証書によらない通知をなし、AがCに弁済する。そのあとでBがDに第二譲渡して確定日付ある証書による通知をする。このときDは債権自体はCに優先してBから譲り受ける。しかし債権の内容に関しては、AはCへの弁済によって消滅したことを主張してDへの弁済を免れうるといふ法理である（大判大三・一二・二三民録二〇輯一一四六頁。これについては前掲拙稿、我妻・民法の判例（ジュリスト基本判例シリーズ4・第一版）所収参照）。ところが右の法理における、Aの、第一譲受人Cへの弁済（そしてその結果としての、Dが優先的に取得したはずの債権の消滅）に対応するものが、前述の命題における、Aの第一譲渡に関してなされた異議なき承諾Ⅱ授權（そしてその結果としての、Dが優先的に取得したはずの前述の（Ⅱ）の債権が消滅することについての強い確実性）である。したがって右の法理が是認しうるものならば、後者の命題も是認しうるはずである。

C 以上述べた所の結論として次のようにいうことができる。

「債権譲渡の譲受人が、債務者により異議なき承諾Ⅱ授權をうけると、その譲受人は、承諾Ⅱ授權した債務者に対

して期待したとうりの内容の債権を取得しうる。たといこの譲受人のほかにも、その譲渡前もしくはその後二重に譲り受けた者があっても、そしてこの者の譲受について確定日付ある証書による通知や承諾があったときでも、このことに変りはない」と。かかる解釈は、指名債権譲渡における、債務者の異議なき承諾の果たすべき取引安全の機能を十全にまで高める意義を有することになる。

なお右のような解釈をとると、結局、Aの承諾＝授権の効果としてCの取得する現実的債権については、債務者以外の第三者に対する特別の對抗要件は必要でない、そしてそのぶんだけ承諾の手続きを簡易ならしめ、ひいては指名債権譲渡の手続きを簡易ならしめる、と解すべきことになる。

以上は拙著「債権総論講義」（第二版）二四一頁以下に拠った。（なお右の命題と同様なことが約束手形の場合に次のような関係の中で見られる。すなわちAがBに対する既存債務の支払のためにBに約束手形を振出す。BはCに手形を裏書するとともに右既存債権もCに譲渡する。ところでBはその後Dに右既存債権を二重譲渡し、これについて確定日付ある証書による通知をAに対してなす。以上の関係においてDは既存債権をAに対して行使しえない。というのはDが優先的に取得した既存債権は、AがCに手形債務を支払うことによって、消滅すべき債務だからである。）

第三章 池田教授の批判に対する反論

1 はじめに

池田教授は前述のように慶応大学「法学研究」において「指名債権譲渡における異議を留めない承諾」（一）（二）

(三) (六二卷七号・八号・九号、平成元年) を発表されたが、その中で、これに関する従来の学説を批判するとともに新たな説を主張されている。そこでまず、主として私の主張する処分授權説に対する同教授の批判を紹介しつつ、それに対する私の反論を述べることにする(次章では同教授自身の説を私の立場から批判しよう)。まず総論的問題を、ついで個別的問題をとりあげる。

2 総論的問題

同教授は、安達説を含めて異議なき承諾の規定に関する従来の諸学説に共通する欠陥の根本的な原因として、そのほとんどが四六八条の解明にあたつて、ドイツ民法の理論を借りていることにあるとして次のように述べる(池田前掲七号一九頁以下。同教授の法解釈学方法論を端的に示すものとして長文ながら引用する)。

「石坂説に始まり、鳩山説、我妻説、そして安達説というこれまでの諸説のほとんどが、この四六八条の解明にあたつて、ドイツ民法学の理論を借りている(鳩山説については、英法の影響もみられる)ことに容易に気付くことができよう。(中略)わが民法の指名債權譲渡の規定は、フランス民法およびボアソナード旧民法を継受したものであり、ドイツ民法は、この分野では直接の継受関係がないばかりか、そもそも指名債權譲渡制度の基本的構造が異なっているのである(指名債權譲渡について対抗要件主義をとっていない)。もちろん、後述するようにドイツ民法には債權譲渡プロバーではわが四六八条に類似する規定も全くない。そのような状況で、この問題をドイツ法学によって(あるいはドイツ法学的発想によって)説明するべき必然性・合理性はいったどこにあるというのであろうか。問題の核心はまさにここに存する。

沿革的にいえば、本四六八条の規定は、ボアソナード旧民法財産編三四七条二項(ボアソナード草案三七七条二項)および同財産編五二七条二項(ボアソナード草案五四九条二項)に由来し、その旧民法財産編三四七条二項は、ボアソナードが無留保承諾による相殺の抗弁の切断のみを規定していたフランス民法一二九五条の規定を(フランスでの学説の影響を受けて)拡大して、

独特の立法として起草したことが明らかである。論証を後続の章に回してあえて断言すれば、四六八条一項の異議を留めない承諾をめぐる諸学説の根本的な誤謬は、すぐれてフランス法的な、より正確にいえばすぐれてポ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一つしかない。それは、これまでの学説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る。

a わが民法四六八条の規定は、沿革的にフランス民法一二九五条の規定（異議なき承諾に、相殺の抗弁についてのみ抗弁切断の効力を認める）を参考にし、これを母法として作られたものであること。そしてポアソナードによって作られたいわゆる旧民法ではその他の抗弁についても抗弁切断の効力を認めていたが、わが民法四六八条一項但書に相当する規定は（相殺の抗弁の切断の場合を除いて）設けられていなかったこと。これを受けついだ民法四六八条では、一方で、旧民法と同じく切断される抗弁に制限を設けなかったが、他方、一項但書によって異議なき承諾をなした債務者が譲渡人に対して求償権を取得する旨が定められたこと。以上の沿革については私も旧稿で一応の説明はしているはずである（「指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾（一）」志林五九卷三・四合併号五四頁、九三頁、九六頁）。またとくに法典調査会における起草者の趣旨説明およびそれに関する主要な議論についても、議事速記録に依つて紹介している（同上九二頁―九四頁）。

ちなみに右論文執筆の当時（昭和三七年頃）は法典調査会議事速記録のコピーは現在のように市販されておらず、部数も極くわずかであつて（岡孝「明治民法と梅謙次郎」志林八八卷四号六頁参照）、入手は容易でなく、私自身も東京大学図書館で閲覧
指名債権譲渡における異議を留めない承諾、再論（安達）

できず、法務省図書館に通って読んだ次第であった。そして当時、民法の論文に右議事録を引用する例は、他にその例があったとしても極く稀であったと記憶している。

もちろん池田教授は、現行民法典の成立までの系譜についてより詳細に資料を豊富に引用しながら説明されているし、またフランス民法一二九五条をめぐるフランスの学説判例についても紹介されている（但し二十世紀初頭のもののまであって現在のものは触れられていない。ちなみに拙稿ではその後のフランスの学説を代表するものとして、一九五四年のブーニオール・リベール *Boniol et Ripert* の著書から該当部分を訳出している。前掲拙稿五四頁以下）。

b さてわが民法四六八条の成立に至るまでの経緯を明らかにし、起草者の説明する立法の趣旨、またとりわけ起草委員会での議論を理解することは、この規定によって実現しようとした目的やそれによって解決しようとした利益の対立の具体的な状況を知るうえで極めて有益である。

しかし、一般的にいうと、ある規定をよりよく理解するためには、起草者の考えた目的や利益の対立状況を知るのみでなく、これをふまえてその規定が民法ひいては私法全体の中で占める体系的な意義を明らかにし、他のこれと関係する諸制度・諸規定・諸概念との論理的な関連あるいは機能的な関連を明らかにし、そのうえで明確な概念を用いつつその規定の全体的な構造を明らかにすることが必要である。一言でいうならばその規定を理論的・体系的に把握するための理論構成を探究することが必要である。そしてこのような理論構成を用いて解釈・運用することによってはじめて他の制度と整合性をもった妥当な解釈と運用を、しかも名人芸的な直観に頼ることなしに、容易になしうると考える（法解釈学の課題と方法に関しては志林八八巻一号所収の前掲拙稿および後述四章³(c)、後述五章^{2・3}を参照されたい）。

池田教授がこの規定の成立の経緯を、さらにその系譜を重視されることに異論はないが、しかし同教授がそのみに拘泥され、右に述べたような法解釈学における理論構成探究の課題を考慮されていないように思われる点については賛成できない。

池田教授がとりわけ重視されるフランス民法一二九五条に関するフランスの議論やそれをうけついで旧民法の規定に関するポアソナード博士の説明も、右の課題の追究のための基礎的資料として参考にはなるが、直ちに納得しうる、もしくは示唆に富む理論構成を呈示しているとはいいかねる。

現行民法典の起草委員の法典調査会における説明でも、異議なき承諾の内容および性質についての説明が曖昧であり、また抗弁切断の効果が「極厳格ニ云へバ、法律が新ニ義務ヲ負ハセルノデアル」という表現で説明され、意思表示による効果か法定効果か、どちらともつかない説明がなされている。また譲受人の善意を要件とする趣旨の発言が多いが、常にそうだともいえず、また条文中善意を要件としているわけではない（前掲拙稿九四頁）。したがって起草委員の説明から直ちに右のような意味での理論構成が明確な形で浮かび上ってくるわけではない。

右の課題を追求することは創造的な営為であり、その追求のためには、右規定に関連するフランスの議論やポアソナード博士の説明やまた現行民法起草者の説明を資料とするほかに、民法典制定後、この規定の解釈・運用に関して積みあげられた判例を（その際、判例の採用した理論構成を抽象的にとりあげるのではなく、具体的な事案における具体的な利益の対立の状況とそれに対する裁判所の具体的な解決の仕方とをそれと関連させながら把握することが必要である）資料とする必要がある。さらに右規定に関する取引慣行にも配慮する必要がある（前掲拙稿ではその目的のために取引のうえで実際に用いられている、異議なき承諾に関する書式ないし文例を紹介し、かつ分析した（前掲論文一三五頁以下））。

けだし明文の規定が制度の骨格に相当するならば、判例は、さらには取引慣行も、それを肉づけるものとして、制度の周部分的部分を構成するものであり、従って現実に生きているものとしての制度について理論構成を探究するときは、これをも考慮に入れておこなうことが必要であり、したがってまたすぐれた理論構成は判例（さらには取引慣行）の問題点を正しく指摘し、それを明確に批判し、誘導しうる力を有していなければならぬからである。

d そののみでなく、右の課題を追求するためにはフランス民法の規定だけでなく、他の国の類似する制度をも参考にする必要がある。とりわけドイツ民法のそれが重要だと考える。

その理由は第一に、わが民法の全体の体系と関連させつつ「異議なき承諾」の制度を把握することが必要であることと関係する。すなわち右制度はたしかにフランス民法を母法として成立したものであり、ドイツ民法を直接継受していない（しかし私はこれに若干の疑問をもっていることは後述する。後述5(6)中段参照）。しかしわが民法は全体として、フランス法の影響と並んでドイツ法の影響を強く受けているのであり、とくに個々の規定の点ではフランス法の影響が強いけれども（フランス民法典の直輸入である旧民法典の「修正」という形で現行民法典が作られたことによる）、その全体的な仕組としての篇別方法は、現行民法典制定当時新に登場し、とりわけ体系性の点ですぐれた民法典として世界的に高い評価を得ていたドイツ民法典（正確にはその第一草案）にならっており、そのためドイツ民法にならって、総則篇を設け、法律行為および意思表示という抽象的な概念を根幹において民法典の体系が形作られている。したがってわが民法制定の後、その解釈において全体としてドイツ民法学が圧倒的な影響力をもつに至ったのも——近時その行き過ぎについて正当にも反省の声が上っているが（この点で、星野英一「日本民法典に与えたフランス民法の影響（一）」日仏法学三号が重要な役割を果たした）——故なしとしないのである（奥田「日本における外国法の摂取・ドイツ法」外国法と日

本法（現代法一四）参照）。いずれにせよ、四六八条をわが民法の全体的な体系と関連させて把握するためには、それがフランス法を母法とするという理由でドイツの関連する制度に関する議論を参考にすることが無意味だとはいえない。むしろ積極的にそれをなす意味が少なくないといえよう。

第二に右と関連するが、上述の理論構成は、明確な概念を用い、民法ないし私法の全体の体系と整合的な形でなされる必要があるが、そのためには、少くともフランス法と比して、体系性と論理的な厳密性の点ですぐれているドイツ民法学（それは十八世紀から十九世紀に至るドイツ普通法学の成果を受けつぐものである）とりわけその法律行為理論を参考にする必要がある。

第三に、わが民法の異議なき承諾の規定に類似する明文の規定は、かつてドイツ法上にも存した（商品交換経済の発展とともに近代に至り債権譲渡がヨーロッパ各国で行われるが、それに伴って債権譲渡の安全をはかり譲受人を保護するための異議なき承諾の制度もいわば自生的な形で各国で共通に問題になったと推測される。債権法は普遍的な性格をもつからである）。その消長についてのドイツでの議論を知ることがわが民法の右規定の意義を考察する上で参考になろう。

この問題についても前掲拙稿は取り上げている（前掲拙稿五六頁以下）。その際主としてライストの所説（Alexander Leist, *Privatrecht und Kapitalismus*, 1911）に依拠しつつ、まずフォン・ベルンヘル von Wernher やグリュック Glück など普通法学者の所説を引用する。いずれも譲渡の際の債務者の承認ないし承諾（Agnition, Erkennung）に抗弁切断の効力を認める。しかし次第に抗弁切断の効力を制限する説が有力になったとされる。さらにプロイセン普通国法典の第一編一章四一条およびオーストリ民法典一三九六条（両条文ともに債権譲渡の際の債務者の承認に抗弁切断の効力を認めている）の内容とそれに関する解釈を紹介している。ライストによると、ともに制定後次第に制限的解釈がなされ、

譲受人保護のためにあまり役立たなくなつたとされる。(もつともデルンブルク *Derenburg* はパンデクテン法学の解釈およびプロイセン普通国法典の右条文の解釈について、異説を主張し、広く抗弁切断効を認めつつ、しかも債務者は譲渡人に不当利得に基く返還請求権を有すると説いている。)

そして現行ドイツ民法典はこの流れをうけて、債権譲渡の際の債務者の承認ないし承諾について何等規定を設けていない。その理由について、制定後の標準的教科書はこの問題について数行のコメントを加えるのみであり、債務者の承認に「事情によつては無因の債務約束ないし債務承認、あるいは抗弁の放棄がありうる」と述べるすぎない(エルトマン、エンネクツェルス・レーマン)。もつとも判例には、その一つ一つについて詳細な検討を経たわけではないが、承認に抗弁切断の効力を与えたものが意外に少なからず見出される (Georgel, Geetzbuch II, 8 Aufl. に紹介されている)

右拙稿は要約して右のように述べたあと、ドイツの学説の変遷を次のように総括する。長文ながら、次項でとりあげる問題点とも関連するので、そのまま引用しよう。

「以上、指名債権譲渡の際の債務者の承認に関するドイツの理論を歴史的に辿って紹介してきたが、これを要するに、学説の主流的な見解に関する限り、承認による抗弁切断の効果を広く認め、それによつて譲受人の保護をはかろうとする普通法初期の見解は、大体十九世紀に入つてからは改められ、抗弁切断の効力付与を制限的に解し、譲受人保護よりもむしろ債務者保護に傾く見解が支配するに至つた。そしてこれが大体現行のドイツ民法典及びその解釈にうけつがれていくといえる。

そして、かかる変遷の経済的背景に関して、ライストは「後の時代においては、たとえ(普通法前期の理論の如くに)債務者の承認による指名債権譲受人の保護の効果が広く認められたとしても、投資家は、指名債権以外の他の——そこでは債務者の承認の有無が最初から問題にならないような他の——投資方法を選んだであろう。つまり、抵当証券の譲渡、商業債務証券(手形

など)の裏書、無記名債券の譲渡について、抗弁切断の効力が認められるようになって以後は、土地所有者や製造業者や国庫が、投資家から融資を得るについては、右の如き証券発行の方法で融資を受けるから、これらの者にとっては、指名債権の譲受人に對する——それによつて抗弁切断の効力が生ずるところの——債務者の承認は、無用になった」と述べ、かかる事情からして、債務者の承認に、嘗てそうであつた如くに抗弁切断の効力を附与することによつて譲受人を保護しようとするデルンブルクの試みは、現実的な要求という支持を欠き、成功しなかつたと述べている。(Weir, a. a. O. S. 235)

確かに、指名債権譲渡の際の債務者の承認の効力に関する理論の変遷は、前掲の如き諸々の、無因証券制度の成立と関連させて考察すべきであらう。そして私は、右のライストの指摘を一つの手がかりにして、両者の歴史的関連について次のように推測できるのではないかと思う。即ち、無因証券の制度が確立するまでは、指名債権譲渡と無因証券譲渡とは未分化の状態にあり、いわば前者が後者を包含しており、そしてこの状態に対応して普通法前期の理論が作られたのであるまいか。その後無因証券の制度の確立が試みられ、指名債権から分離独立するに至つて、無因証券の譲渡と指名債権譲渡の間の差異或は対立が極度に強調されるようになり、この段階に対応するものとして、指名債権譲渡についての後期普通法の理論が作られるようになったのであるまいか。しかし前に見た如く、後期普通法においても、主流と異つた独自の理論の系譜があり、これがデルンブルヒの見解となつて現われ、更に現行法のもとでも、明確な形を伴つてはいないが、いくつかの判例の中にうけつがれている。これは、単に、普通法前期の理論をそのまま維持したものというよりも、指名債権と無因証券の対立を前提とし、指名債権譲渡の中に、無因証券の理論を生かし、それによつて両者の対立を止揚せんとする試みの——指名債権譲渡の側からの試みの——あらわれといえるかも知れない。

指名債権譲渡と無因証券制度を夫々について正しく分析し、両者の対立を止揚し統一する高次の原理が見出されねばならないであらう。」

e 上述のような理論構成を追求するにあたっては、異議なき承諾の制度に、機能の点で、あるいはその構成の方

法において類似する、あるいは隣接する他の諸制度と比較対照し、そこから示唆を得ることも有益である。このことはあらゆる法制度、法規定に関する理論構成の追求にあたって一般的に妥当することであるが、異議なき承諾の制度のように他に立法例のない、わが民法独特の規定で、難解な制度の場合にはとりわけ妥当する（これについては主として次項でとりあげる）。

3 総論的問題につき——とくに手形法理論との関連

a 池田教授は、安達説が、そもそも手形理論（有価証券理論）を指名債権譲渡の議論に持ち込むのは不適当であると、そして、安達説が指名債権譲渡における異議なき承諾による抗弁切断効を「手形理論を借りて積極的に位置づける」のは不適当であるとする（池田・前掲九号三六頁）。その理由とされているものは、それが証券的債権と指名債権の間の差異を無視したものであり、とくに後者の権利の移転方式は前者のそれと異っているのに、後者の異議なき承諾の効力についてだけは前者と同様の抗弁切断効を付与し、同じに扱うのは不当だからである。そして手形理論を借りて異議なき承諾の抗弁切断効を位置づけるのならば「指名債権の移転についても手形理論で説明するのが整合性を持ちうるようになるが、それでは指名債権はもはや指名債権でなくなる」とされる。

また右の批判と大体同じ趣旨で次のように説かれる。安達説が、四六八条をドイツの指図引受理論を類推して説明しようとしているが、その類推をする理由は、後者における基本原理が前者のそれでもあることが推測されるから、というだけである、として批判され、さらにこれに続いて次のように述べる。「推測はいくら詳細にしても推測であり、そうであるとする具体的な根拠（たとえば起草者の草案理由に述べられる参照規定等の資料の提示）にはならない、ということである」。学問における着想の自由は確かに尊重されるべきである。しかし、一個の条文解釈学にお

いて、なぜ近いものを類推せず遠いものを類推するか。なぜ系譜のつながるものを無視してつながりのないもので説明しようとするのか。」（前掲九号三六頁）として論難される。

b まず確認しておきたいことは、私がドイツの指図制度をとりあげ、指図引受を類推して、異議なき承諾の構成を試みたのは、同教授が引用される右拙稿の序（本稿の課題と構成・その方法）で明らかにしているように、右制度の最終的な理論構成（これは仮定的債務者の処分授權の概念を用いてなされる）に至るまでの過程における一つの試みに過ぎなかった。また私は何等か既存の手形理論を借りて、指名債権譲渡における異議なき承諾を説明しているのではない。異議なき承諾や指図引受さらには手形・小切手における抗弁切断に関する従来の様々な学説を比較検討し、そのうえで、右のいずれにも共通する原理としての仮定的債務者の処分授權の概念に想い至り（あるいはこれを発見し）、これを基底におくことによつて右の各制度を新たに再構成しているのである。なお共通する基本的原理としての右の概念を考えつくについては、田中耕太郎博士の為替手形の振出に関する独特な理論から重要な示唆を得たことは前にも指摘している通りである。

要するに、指名債権譲渡における異議なき承諾を、既存の指図理論や既存の手形理論を用いて理論構成しているのでは決してない。

そして、前述のように、最終的に仮定的債務者の処分授權概念による構成に至るまでの、暫定的な理論構成として指図引受を類推した構成を試みた際にも、指図に関する既存の学説にそのまま依拠して行ったのではなく、これを批判し検討を加えつつ行っていることを指摘しておきたい。

c なお同教授は、安達説が系譜のつながりのないドイツの指図引受をとりあげるのかと批判されるが、それをと

りあげた理由は、今までの説明からも明らかだが、敢えて繰り返すと、異議なき承諾の性質を説明してそれについての納得のいく理論構成の探求のためには、抗弁切断効を認めた制度という点でそれと共通性のある指図やさらには手形・小切手に関する理論から示唆を得ることが必要だと考えたからである。言いかえれば、系譜的につながりのあるフランスの異議なき承諾に関する諸学説、とりわけ一二九五条の解釈に関するサンテール Colmet de Santerre の異説（これについて同教授は詳しく紹介されるが、私も前記拙稿で言及している。拙稿五四頁）やこれをうけついでボアソナードの見解（私も前記拙稿で簡単ながらボアソナードによる旧民法の「民法理由書」の所説を紹介している）を読んでも、それだけで、納得のいく理論構成の手がかりが直ちに得られるわけではないからである。（同教授は、後に紹介する池田説（二重法定効果説）が同条の系譜を研究することによって得られた成果だと自負されるかも知れないが、私から見れば、一つの理論構成として少なからざる欠陥があると考ええる。これについては後に第四章で述べる。）

その理由の一つとして次の事情をあげることもできよう。わが民法四六八条がフランス民法一二九五条を系譜的に受け継ぐといってもその内容は格段の差があり（フランス民法同条は相殺の抗弁についてのみ抗弁切断の効力を認めるにすぎない）、またサンテールの説をうけついで、切断される抗弁の範囲を拡張しようとしたボアソナードの旧民法草案も、またこれを踏まえた旧民法正本も、ともに異議を留めない承諾の結果——もし譲渡された債権が不成立あるいは消滅のときにも抗弁切断効によって債務者は譲受人に債務を負担するとすれば——弁済を余儀なくされる債務者の保護のための、譲渡人に対する求償権の規定を設けていなかった（もともと相殺の抗弁が切断される場合については、その結果として債務者が譲受人に支払うべきものを譲渡人に償還請求しうる旨を定めていた（草案財産篇五五〇条一文但書および正本財産篇五二七条三項）。しかしこれは旧民法の相殺が、フランス民法の相殺（同法一二八九条）と同様に、相殺適状により、相殺の意思

表示がなくても当然に相殺の効力を生じるとしていた（正本財産篇五一九条）ことと対応する）。したがって、切断される抗弁の範囲自体も制限的に解せざるをえなかったのは当然であり（詳細は後述5(6)参照）、この点で現行法四六八条一項但書が、債務者保護のための求償権の規定を明文で定め、これに対応して切断される抗弁の範囲が無制限に解されるようになったのと比べて、重要な差異があったといわざるをえない。このように民法四六八条一項とフランス法との間に、系譜的につながりがあるというものの、内容的にはかなりの断絶と飛躍があったことも否定しえないのである。

d 私がドイツの指図引受をとりあげた理由について付言すると、ドイツの指図制度はたしかにわが民法四六八条と直接の系譜的つながりはないけれども、前述したように、ドイツで、かつて普通性において、またプロイセン普通国法典やオーストリ民法典の中で、債権譲渡における債務者の承諾による抗弁切断効が認められ、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（前述したライストの所説参照）。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。いづれにせよ現行ドイツ民法典には、指名債権譲渡の際の債務者の承諾に関する規定は存しないが、前述のように（2d 第三参照）その草案理由書の中で譲渡の際の債務者の承認が、場合によっては指図の意味を有することもあると言及していることを指摘しておく。かようにして、わが民法の四六八条が系譜的にドイツの指図制度と直接のつながりはないにしても全く無関係とはいえないことを指摘しておきたい（なおフランス民法にも指図の規定はあり（一二七五・六条）、解釈上、指図引受の無因性がドイツ民法におけると同様に認められ、抗弁切断の効力をもっていることは前掲拙稿でも紹介した（同八〇頁）。しかしフランスで指図と債権譲渡における債務者の承認との間に何等かのつながりが学説上認められているかは未だ詳に

していない。

e また、債権譲渡における債務者の承認による抗弁切断の制度の消長と有価証券法の発達の間には密接な関連があることは、前に紹介したリストの所説の通りであると思われるが、前者における抗弁切断の法理と後者におけるそれとの間の法的構造上の関連性について私は次のように考える。

すなわち、前者の抗弁切断法理は後者のその端緒的形態であり、後者は前者の発展形態である。それはあたかも前者が下等生物に譬えられるならば後者は高等生物に、また、前者を未開社会に譬えるならば後者は発達した文明社会になぞらえることができる。高等生物の研究ないし文明社会の研究が、下等生物ないし未開社会の理解に役立ち、また逆に、後者の研究が前者の理解に資するのと類似した関係が、指名債権譲渡と有価証券との間に見られるのではなからうか。指名債権譲渡の制度と有価証券制度を截然と区別し、内在的関連性を無視する池田教授の考えは支持しない。(いずれにせよ、四六八条一項の理論構成にあたり、有価証券法理を参考にする必要性あるいは有用性があるかないかは、有価証券法理の十分な検討を経たうえでのみ決まることではなからうか。)

4 総論的問題につき——総括と補説

a 以上要するに池田教授の四六八条の解釈についての方法論は、法解釈学を規定の沿革的歴史に関する歴史学にあるいはその系譜学に矮少化するものであり(しかしその系譜の理解の仕方についても、後述のように、私は池田教授の説に全面的に従うというわけにはいかない。)また母法としてのフランス法に拘泥し、その後塵を拝することを以ってよしとすることにならなからうか。より広い視野に立ち、百年になろうとするわが民法学の歴史にふさわしい創造的な法解釈学が望まれるのではなからうか。

b ちなみに石坂博士の主張された債務承認説に対し、同教授は「結局石坂説は、この問題の解明に必要なフランス民法学の歴史的所産に目を向けることなく、ドイツ民法学上の法概念を概念法学的に用いてこの問題を解明しようと試みて、自縄自縛となったもの」として総括する（前掲九号三〇頁）。私も石坂説に対しては、批判しており、それが譲受人の保護のために四六八条を役立たせるのに不充分だという形で公信説からする外在的な批判は別としても、それには内在的側面からも批判の余地があることを指摘した。（前述一章三一参照）。

それはともかくとして、同教授によって石坂博士が自縄自縛に陥った点としてあげられるのは、第一に、博士が四六七条の承諾は觀念の表示で四六八条一項の承諾は意思表示だと解する点であり、第二に、博士が四六八条一項但書の規定について「不可解ノ規定」だと述べている点である。しかしこの二つの点はともに、博士がドイツ民法学上の概念を用いたことから必然的に生じた結果とは私には思えない。

のみならず、自縄自縛の語に価するような誤った命題とは思えない。第一の点についていえば、四六七条の承諾は譲渡通知と並んで債務者に対する对抗要件としての承諾であるから、その本質的要素は「譲渡の事実を知った旨の債務者の表白（觀念の表示）と解すべきであり、たとい同教授が主張するように、立法の経緯から考えて四六七条の承諾が四六八条の承諾と全く同じように「意思的要素を本質的に含んだ行為」であると起草者が解していたとしても（前掲九号四七頁）、四六七条という承諾は、右のような行為の中に当然に含まれている觀念の表示としての部分だというべきであろう（对抗要件としての承諾である以上は、通知と同様に、債務者がそれを通して譲渡の事実を確知したと認定しうる事実であることを要し、かつそれをもって足るからである）。したがって第一の点は博士の説の欠陥とは思えない。第二の点についていうと、四六八条一項但書が、二重の弁済ないし二重の債務負担の不利をを負うべき債務者の救済の

ために、讓渡人に対して求償権を認めることを発想の基本においたうえで設けた規定である以上、この規定は、網羅的でないことも含めて法技術的に適切な規定ではない（前述二章2参照）。したがって石坂博士がこの規定を奇妙な規定だと評するのも当然のことであろう。

のみならず博士の説がドイツ民法学上の概念を概念法学的に用いたとして批判するならば、用いられたドイツ民法上の概念を正しく理解することが、その内在的な批判のために必要なのではあるまいか。

たしかに池田教授が批判されるように、博士には、同条のルーツたるフランス法およびボアソナードの旧民法に対する考察が不充分であり、また法典調査会での議論を踏まえて理論構成しようとする態度が見られなかったことについても批判の余地がある。しかし私がかつて旧稿で述べた石坂説に対する評価は基本的には今も変わらない。すなわちそれは「後に公信説による批判を受けることになったけれども（また外国理論の直訳的なきらいはあるけれども）胡魔化しのない透徹した論理的操作によって我民法典同条の曖昧な規定を、初めて明確な論理的な意味内容に構成しようとした試みであり、我民法解釈学の出発点を固めたものとして高く評価さるべきであろう。」（前掲拙稿六四頁）たとい成功しなかった学説であっても、すぐれた問題提起によって高い価値をもちうると思う。私は池田教授の学説一般の評価の仕方について、それには、学説の歴史的なパースペクティブにおいてその意義を捉える、という観点が著しく欠けているように思われる。

なお右の点と関連するが、同教授が前掲引用文の中で、石坂博士がフランス民法学の歴史的所産に目を向けず、ドイツ民法学上の法概念を用いたとして非難する点は、具体的には次のように敷衍されている。すなわち「異議を留めない承諾という行為に対して、そこに債務の承認あるいは抗弁の放棄があったものと看做す、というフランス民法

に源を有する四六八条一項の法構造は、異議を留めない承諾を債務承認の意思表示とし、意思表示そのものの効果が抗弁切断であるとして説明しようとする博士のドイツ民法的発想とは基本的に異なる」と（前掲九号二一九頁）。

しかしながら同教授が詳細に引用するポアソナードの所説にも、現行民法典起草者の説明にも、右のような「看做す」という表現を直接に用いたものは見当たらない（教授によると、ポアソナードは、旧民法草案の異議なき承諾を「それが債務の承認あるいは抗弁放棄の意思表示にあたる、あるいは値すると考えていた、」とされる。前掲八号四三頁）。

しかしそれはともかくとして、教授の述べる通りに文字通り「看做す」ものであったとすると、それは一種の法的擬制が用いられていたことになる。ところで法的擬制はメイン Maine の「古代法」やイエーリンク Jhering の「ローマ法の精神」で指摘されている通り、法発展の重要な手段であったが、それは現行法の中でも立法や学説の中に屢々用いられている（「電気ハ物ト看做ス」「法人擬制説」など。なお末弘「嘘の効用」参照）。そして擬制は立法において便宜であり、学説においては一応人を納得させる働きを有するが、しかし「立法では擬制されたものが必ずしもすべての点で同一の取扱を受けるのでないから、同一取扱の範囲について疑問を生じる。学説では、従来の固定した概念に立てこもって、擬制されたものを例外的なものとする傾向を生じる。したがって擬制を捨てて、同一に取り扱われるものの両方を包含する上位概念を明らかにすることが一般に立法と学説の進歩を意味することになる」と解されている（有斐閣・新版法律学辞典）。

たしかに擬制は、多かれ少なかれ新しく未知なものを、既知のものに結びつけて理解する思考作用に基いており、したがって擬制による理解は新しく未知なものの理解の初歩的な段階であって、理解が進むとともに擬制は捨て去られる運命にある。法律学においても擬制の段階に留まることをよしとすべきではなく、擬制によって捉えられている

ものを（また同時に従来既知のものとして疑われていなかった擬制する側のものについても）あらためて検討し直し、より正確な理解へと進む努力が必要である。仮りに四六八条一項の沿革からいって、同教授が述べるように、起草者が、異議なき承諾を債務の承認や抗弁放棄と看做したとしても、その段階にいつまでも留まるべきではあるまい。そして石坂博士の債務承認説はそこから踏み出して、より正確な同条の理解へと進もうとした第一歩として評価してよいのではなからうか。フランス法的思考とドイツ法的思考の対立という図式でのみ捉えようとする態度は、あまりにも歴史的な発展の視点を欠いた偏狭な見方ではなからうか。

d ついでに池田教授の公信説に対する批判について一言しておきたい。

私も公信説に批判的であることは前述したが（一章三②（ア））池田教授が公信説に対する批判の一つとして、同説によると、四六八条一項但書により「返還請求しうる根拠も不明」とされる点（法学研究六二巻九号四九頁五行目）は首肯しがたい。同説は四六八条一項を、公信の原則にもとづいて作られている民法一九二条の善意取得の制度などに類する制度として、考えているのであり、したがって同説は、一九二条の場合に、譲受人の善意取得によって権利を失った本来の権利者に譲渡人に対する不当利得返還請求権や不法行為に基く損害賠償請求権が認められるのと同様に、異議なき承諾をした債務者に譲渡人に対する同様な請求権が与えられことを認めているからである（我妻「債権総論（新訂版）」五四〇頁）。

5 個別的問題

次に池田教授が安達説の個々の点について加えられる批判を紹介し、反論しよう。

(1) 異議なき譲渡の承諾、指図、手形小切手における抗弁切断の法理を形作る基礎的概念として、私の提唱する

「仮定的債務者の処分授權」の概念について、まず同教授は「ドイツ民法における処分授權は、無権利者が処分するのを権利者が追認または承諾するのである。しかしながら債權譲渡においては、債權者（權利者）もしくは本来債權者であったものが処分するのを債務者（義務者）が承諾する。この差異は捨象されてよいものであろうか」との疑問を呈される（前掲九号三七頁）。この疑問に対しては、旧稿第一論文でこの概念の確立のために私が試みた論証をもつて答えるしかない。（それは私にとって、未踏峰を発見し、これを頼るべき先達なしによじ登る大仕事であった。この概念の確立が成功し、かつそれが真に有用なものであるか否かは、この概念による諸制度の、とりわけ手形・小切手法の再構成が実り多いものであるか否かによるう）。

〔補論〕 仮定的債務者の処分授權の概念が一個の法概念としては認さるべき根拠について、私は旧稿第一論文で一〇頁にわたって論じた（志林五九卷三・四合併号）。その後、前掲の「私法」掲載論文（私法二七号）において二段組で約八頁にこれを要約している。ここであらためて極く簡単な紹介しておこう。右の根拠の論証は、この概念と隣接する諸制度、法概念との論理的関連制を明らかにすることによってなされる。

(a) 将来の債權（未發生債權）の譲渡との関連 将来の債權の譲渡は絶対無効ではなく、債權の現実の發生により追完される。同様に、存在しない債權の譲渡も絶対無効でなく、債務者の追認によって追完されうる。

(b) 実際には存在しない債權の売主の担保責任との関連 実際には存在しない仮定的債權の譲渡を、他人の權利の譲渡とバラレな関係にあるものとして捉えようとするならば、前者を目的とする売主の責任は、後者を目的とする売買における売主の担保責任とバラレルに捉えるべきことになる。ところでわが国では、前者の売買を原始的に不能な売買とする説が支配的だが、しかしドイツ民法四三七条をはじめ、フランス・スイスなど大多数の立法例は、後者の売主と同じ内容の担保責任を前者の売主に負わせている（わが民法の解釈としても、とりわけ四六八条一項により、譲受人は期待した通りの内容の債權を取得する可能

性があることを理由に、同様に解釈すべきである。詳細は拙稿「債権の売買」契約法大系Ⅱ巻（有斐閣）参照。

(c) 善意取得との関連。Ⅰ 他人の所有権を譲り受けた者が権利を取得しうる方法として、(f) 善意取得と並んで(イ) 権利者による処分授權がある。これに対し、Ⅱ 存在しない債権を譲り受けた者が、債権を取得しうる場合として、(ウ) 当事者の通謀により、あたかも債権が成立しているかの如き外形が債権証書の作成によって作られているとき、これを通して債権の存在を誤信して譲り受ける場合がある（独民法四〇五条、日民法九四条二項）。これは権利の外形を信頼した者に権利取得を認める制度として、Ⅰ(ア)と共通した性質を有する。そうだとするとⅠ(イ)に対応するものとして、すなわち処分授權により権利取得を認める法理として、Ⅱについては、(エ) 仮定的債務者の処分授權（事前の同意もしくは事後の追認）によって譲受人が債権を取得しうるという関係が是認されるべきである。

(d) いわゆる義務設定授權との関連。ドイツではいわゆる義務設定授權（授權者が授權の効果として義務を負うことになる授權）を認めるべきか否かが争われている。義務設定授權と仮定的債務者の処分授權は、ともに授權者が義務を負担する点で類似しているが、しかし前者は義務設定行為に対してなされる授權であるのに対し、後者は処分行為に対してなされるものである点で決定的に異なる。したがってたとえ前者について否定説をとったとしても、後者が直ちに否定されることにはならない。

(e) 信託的行為との関連。(ア) Aの所有する財産の管理の目的でAからBに所有名義を移したり、(イ) 債権担保の目的で債務者Aが、所有する財産をBに譲渡するという信託的譲渡において、受託者が信託目的に反して目的物を処分したとき、委託者はまず債権的保護を与えられ、受託者に対して損害賠償を請求しうるが、しかし次第に物権的保護が与えられるようになり、処分行為自体を取消して第三取得者から、目的物を取返しうるようになる。さらに信託的關係は、本来の経済目的に適した法形態へと進化し（四宮博士の主張されたシューマである。四宮「信託行為と信託」法協五九卷七号六三頁参照）、(ア)も(イ)も所有権譲渡の形式をとることをやめ、(フ)については処分授權の形が、(イ)については抵当権や質権の設定（いずれも債権担保の目的でなされる売却権＝処分権の授權の意味をもつ）の形が認められるようになる。

以上のような所有権の信託的譲渡の歴史的発展の図式は、信託的な形でなされる債権の設定の発展にも基本的にあてはまるであろう。すなわちBのAに対する債権（原因債権）の譲渡の確実をはかる目的で、両当事者の合意によりこの債権と別個に、信託的に債権を設定し（無因債権）、これを第三者に譲渡することにより、第三取得者は抗弁の切斷された債権を取得しうることになる。ここでも信託目的に違反した処分の場合（例えば原因債権の不存在にかかわらず無因債権が譲渡される場合）、次第に委託者たる債務者に物権的保護が与えられるようになるが、これが手形や持参人払債券における悪意の抗弁（手形法一七条）に該当すると考えられる。そして更に信託的債権の設定（信託的債務負担）は、本来の経済目的に適合する形としての仮定的債務者の処分授權へと転化することになるのである。

(2) 同教授は「安達説の構成が生きるのは、債権者が無権利者となったとき、すなわち更改や全部弁済によって本来の債権が完全に消滅したときなどに限られ」、「本来の債権が存在しているのであれば、債権者は単独で債権を譲渡しうるのであり、債務者が処分等を授權するという概念は入り込む余地がない。弁済等によって一部消滅しても債権者は未だ無権利者ではない（から同様である）」とされる（前掲九号三七頁）。

後掲西村論文（石田・西原・高木記念論集所収）が「債務者の譲渡人に対する抗弁事由が同時履行の抗弁権であるような場合、債権は現実に存在しており、ここに為替手形の支払委託（指図）の引受の法構造を見ることはできない」とされるのも（後掲論文一四〇頁参照）同じ趣旨であろう。

しかしながら、全く存在しない債権の譲渡について安達説の構成が可能ならば、一部存在している債権の譲渡の場合にも、その譲渡には、存在しない全部の債権（仮定的債権）の譲渡と、現実に存在する一部の債権の同一性を維持したままの譲渡との二つが含まれていると構成することが可能である、と考える。それが可能であるとせば、全部存

在する債権の譲渡についても同じことがいえるはずである（二章三（イ）（c）第五参照）。そして債務者の異議なき承諾の結果発生する債務を債務者が弁済することによって、同一性を維持したままで譲受人が取得した債権も、同時に消滅することになる。

それはあたかも既存債務の支払のために振出された約束手形の場合に、手形の裏書譲渡とともに既存債権も被裏書人に譲渡されたとき、振出人の被裏書書への弁済とともに既存債権が消滅するのと類似する。

また為替手形の場合についていえば、BがAに対して債権を有するとき、BがAを支払人とする為替手形をCに振出すと同時に、BがAに対する右債権をCに譲渡した場合、支払人AがCに引受け、かつ支払ったならば、それにより、引受から生じた手形債務が消滅すると同時に、Cに譲渡された右債権も消滅するのと類似する（ちなみにフランスの手形法では、BがAを支払人とする為替手形をCに振出すと、BのAに対する資金関係上の債権（Provision）もそれに伴って、当然にCに移転すると解されている（上柳「フランス手形理論の一考察」竹田記念論集四二七頁参照））。

実際には存在しない債権の譲渡に対して債務者が異議を留めない承諾をするときと、実際に存在する債権（同時履行の抗弁権や相殺の抗弁権が付着しているにすぎない債権、あるいは一部消滅の債権、さらに何等の抗弁も付着しない債権を含めて）の譲渡に対してそれがなされるときとで、承諾の性質は同一であると解せざるをえない。というのは、債務者は、通常、譲渡人から頼まれて異議を留めない承諾をする場合が多く、そしてこのような依頼を譲渡人が譲渡に際してなすのは、譲受人を安心させて譲渡することができるようにするためであることはいうまでもないが、債務者が異議を留めずに譲渡の承諾をする形式は、通常、書式集に書かれているような承諾書の形式をとるのであり、その際、譲渡される債権が実際に存在するか否か、抗弁事由が存するか否かによって異なることはないからである。し

たがって実際に存在する債権の譲渡の場合、異議を留めない承諾の効果として、譲受人は、一方で実際に存在しない債権の譲渡の場合と同じように新たな債権を取得するとともに、他方で譲渡人が有していた債権を同一性を保ちつつ取得することになるわけである。

もっともこのような説明の仕方は技巧的に過ぎるとする批判があるかも知れない。この立場からは、右の場合譲受人は抗弁の付着しない一本の債権のみを取得すると説明することになる。しかしこの説明では、譲渡人の有していたもとの債権と譲受人の取得した債権との異同の説明が困難になる。また先述した二本だての説明の方が、例えばもとの債権に保証人や物上保証人が付けられていたような場合（もとの債権が一部消滅しており、そして保証人や物上保証人が異議を留めない承諾を拒んだ場合を考えよ）の説明がしやすくなる（右の保証人や物上保証人は、譲渡されたもとの債権の限度でのみ保証債務を負い、あるいは担保権設定者の責を負う）。

(3) 同教授によると、本来の債権が弁済等により完全に消滅しているときは、そもそも「そのような場合に当該債権の第三者への譲渡を債務者が承諾することがあるとすれば、それは通常（起草者も明確に説いているように）債務者の錯誤ないし誤信によるものであり、そこに教授のいうような『実際には存在しない債権の譲渡に対する債務者の処分授權』なる債務者の積極的な意思を想定することは、やはり無理である。」「実際には存在しない債権と思えば、誰もそんな譲渡を授權するはずはない」と批判する（前掲九号三八頁。なお西村峯裕「債権譲渡と異議を留めない承諾」（石田・西原・高木還暦記念論集・金融法の課題と展望・平成三年）は、この批判が安達説の致命的欠陥を明らかにしたものである。このように同調する見解があることにかんがみ、以下、やや詳しく反論を述べよう）。

(a) 債務者が実際に存在しない債権なること知りつつ、その譲渡について敢えて異議なき承諾をなすことは現実に

もありうる。最近マスコミで、バブル経済の崩潰との関連で大きく取り上げられた事件として、T信用金庫I支店長Mは、顧客であるOがノンバンクから融資を受ける際、実際にはOが同信金に対して預金を有しないのに、同信金が預金債権をその融資のための担保とすることを認める内容の「質権設定承諾書」を作成してノンバンクに差し出した旨が報道されている（日経平成三年八月一四日号夕刊。同種の事件はその後多数報道された）。この承諾書の差し入れは越権代理だとしても、本人たる同信金が追認する余地はあり、さらに表見代理が成立する可能性も少くない。右事例における第三債務者たる信金の質権設定の異議なき承諾は、指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾と同じ性質を有し、抗弁切断の効力を有する（柚木・高木「担保物権法（新版）」一五七頁）ことはいうをまたないが、右事例における異議なき承諾は、債務者が債務の不存在を知りつつ行ったものといわざるをえない。かかる債権質権設定の場合と同様に、債権担保の目的でなされる債権譲渡について、第三債務者が債務の不存在を知りつつ異議なき承諾をすることも当然に起こりうる。

ちなみに、この場合、第三債務者は実質上、被担保債務について保証人になると類似した地位におかれることになる（そしてこの関係は、約束手形が融通手形として振出され、その結果、振出人が受取人＝裏書人の被裏書人に対する債務を実質上保証するのと類似した関係である）。ということは、債務者は敢えて保証する目的で異議なき承諾をなすわけである。

以上述べた事例のほか、例えば売買によって百万円の債権を譲渡したところ、実は不存在であった場合に、信用を重んじる売主が、買主に対して約束通りに百万円の債権を取得させる必要があると考えて、売主から債務者に頼んで事後的な追認の形で異議なき承諾をして貰い、そして債務者が譲受人に支払うべき百万円を予め譲渡人に給付する、ということは大いにありうるであろう。この場合の債務者の承諾は、債務の不存在を知りつつ行うことはいうまでも

ない。

(b) 以上のように、債務の不存在にも拘らず、債務者が敢えて異議なき承諾をなすことは現実にもあり、またその蓋然性も必しも稀とはいえないであろう。従って同教授の批判は当をえたものとはいえない。しかし実は、右のような形で承諾が現実にあるか否かはそれほど重要でなく、理論上ありうることであれば、これをもって足りる。

全く存在しない債権の譲渡（処分）について債務者がそれと知りつつ異議なき承諾することが通常、現実にはない（しかし私見では実は現実にもあると認識しているのだが）ことのみを理由とし、理論上ありうるか否かを問題としなのは、抽象的思考を排除する素朴な実感信仰の域に留ったものといえないであろうか。

(c) なお、いうまでもなく、私見では実際には存在しない債権を存在すると誤信して異議なき承諾をした場合、それは動機の錯誤に基く承諾＝意思表示と見るべきことになる。しかし教授の論法からいうと、一般に誤信や錯誤による意思表示は、そもそも意思表示でなくなることになりそうである。ただし教授は「なにかしら錯誤を犯した病理的な意思なのであって、そこに処分授權という債務者の積極的な意思を想定することはできない」（前掲九号三八頁）といわれるからである。しかしながら思うに、錯誤を犯した病理的な意思による処分授權であれば、それは教授のいう「積極的な意思による」処分授權でないとしても、錯誤という瑕疵のある意思による処分授權だということになるわけである。

(d) 最後に、同教授は前掲の通り、債務者の異議なき承諾に関し「それは通常（起草者も明確に説いているように）債務者の錯誤ないし誤信によるものなのであり」（傍点引用者）と指摘する（前掲九号三八頁）。しかし梅委員のこの問題に関する発言としては、更改により既に消滅した債権を譲渡するケースについて「ドウ云ウ考ヘデアツタカ知

ラヌガ兎ニ角留保ヲ為サズシテ承諾ヲ為シタ、記憶が悪クツテワスレテ居ツタト云ウ場合……」との発言があるが、（前掲八号五六頁）、そこでいう債務者が「ワスレテ居ツタ場合」は右発言の文脈上、無留保承諾の例示的な場合に過ぎないと解しうる。

さらに、一旦消滅した債権について「私が債務者デアルト言ツタノガ悪イ……且又夫レガ債務者ト通謀デ然ウ云ウコトヲヤツタト云ふコトガ証明サレバ……新タニ夫レ丈ケノ債務ヲ負ハセテモ差支ナイコトデアラウ」（前掲八号五八頁）との発言もあり、債務者が債務の不存在を知りつつ異議なき承諾を、譲渡人と通謀してなした例が考えられていることは明らかである。そうだとすると、池田教授が右に指摘した文章は必しも誤りとはいえないにしても「通常」の語が冒頭におかれているから、極めてミスリーディングではなからうか。

(4) 同教授によると「結局安達説は、禁反言説や公信説が四六八条一項の承諾は四六七条の承諾と同じ観念の表示であるとした点を正当に批判したものの、観念の表示でなければ意見表示であるとして（その意味で債務承認説の復権を図って）、その説明のために処分授權という概念を借りた点で、四六八条一項の成立の経緯から理解される本質とやはり断絶せざるをえなかった。」（前掲九号三九頁。傍点は原文のママ）

安達説が同条成立の経緯から理解される本質と適合しないと批判される場合、それは右の引用文から見限り、第一に私が異議なき承諾を一個の意思表示として捉うべきだと主張した点、第二にはその意思表示を「仮定的債務者の処分授權」の概念で捉えようとしている点が問題にされていると見てよい。

まず第一の点についていうと、立法の系譜を重視するという場合、とりわけ起草委員の見解や起草委員会での議論が重視されるべきであるが、前にすでに解れたように、同条担当の起草委員であった梅博士も異議なき承諾による抗

弁切断効を「極嚴格ニ言ヘバ法律ガ新ニ債務ヲ負ハセルノデアル」と述べ（また「本来ヲ云ヘバ法律ガ新タナ義務ヲ負ハシタ様ナモノデアル」とも述べる。前掲拙稿九四頁）、意思表示による効果とも法定効果とも断定していない（右発言は同教授も前掲八号五八頁で引用される。しかし同教授は、この引用に続けて、起草者の見解として「法律が新たに義務を負わせるようなものとして、一種の法律の定める特別の効果として考えられている」とまとめられている。しかしこのまとめは、法定効果の側に偏ったまとめ方ではなからうか。「極嚴格ニ言ヘバ」の表現のニュアンスが無視されているからである）。

しかも同教授が指摘されているように梅博士はその和仏法律学校の講義録の中では、異議なき承諾を意思表示であるとされているのである（梅「民法原理（債権総則）」（和仏法律学校発行・刊年不明）、池田前掲論文八号六五頁註一六による）。

以上のような立法の経緯から見ると、私が異議なき承諾を意思表示と見ること自体については、それが同条成立の経緯から理解される本質と断絶するとの同教授の批判は当たるまい。

のみならず教授自身も、自説を展開するにあたって、異議を留めない承諾は——ボアソナードによる旧民法草案においては、承諾は作成手続が嚴格な公正証書または確定日付ある証書によることが要求されていたことと対応して、意思表示と考えられていたと見るべきだが、他方、現行民法においては承諾の要件が緩和され、何等の方式をも必要としないことからそれだけ意思の要素が見えにくくなっている、しかし全くなっているわけではない——「意思表示そのものでないにしても、なんらかの意思的要素をもった行為として認識されて規定されたと思われる」と述べられているのであるから（前掲九号四四頁、第一の点についての教授の批判はさほど強いものではあるまい。したがって教授の批判の中心は、むしろ私が、意思表示としての異議なき承諾を「仮定的債務者の処分授權」の概

念で捉えようとしたという第二の点におかれているのであろう。これに対する私の反論は、すでに2と3で述べた、いわば立法系譜偏重主義に対する批判の中でも述べているが、条文を解明し、その正しい理論構成の追究のためには、その成立の沿革を詳しく調べただけでは足りないことを重ねて主張したい。

なお、異議なき承諾を「仮定的債務者の処分授權」として構成する私見の立場からは、前にも述べたように（一章三(2)ウおよび二章一参照）、債務者が抗弁事由の存在を知りつつ承諾したときは、まさしく意思表示の効果として抗弁切断の効力を生じることが、抗弁事由が無いと誤信して承諾したときは、動機の錯誤による意思表示となり、したがって元来は無効となるべき筋合いであるけれども、善意の譲受人に対しては、一種の表見法理により無効を主張しえない。そのために善意の譲受人には瑕疵のない有効な意思表示としての効力を生じ、その限りで法定効果として抗弁切断の効力を生じることになる。このように、事情によって意思表示の効果として、あるいは法定の効果として抗弁切断の効力を説明する私見は、この効果を「本来ヲ云ヘバ法律ガ新タナ義務ヲ負ハシタ様ナモノ」だとする起草者の発言のニュアンスにも適合すると考える。

右のような私見による説明は、換言すれば、四六八条一項の承諾を意思表示と見、同条による抗弁切断の効果を基本的には意思表示による効果と解しながら、その際、英米法上の禁反言法理の適用を認めるもの、ということもできよう。ただし、ここで問題になる禁反言は、表示による禁反言（*estoppel by representation*）であるが、支配的見解によれば、わが民法上、この法理に基づいて設けられた規定として、意思表示の効力について表示主義を定めた民法の諸規定（九三条・九四条二項・九六条三項など）、表見代理に関する諸規定（二〇九条九条・一一〇条・一一二条）および狭義の無権代理人の責任の規定（二一七条）をあげることができるからである（伊沢孝平・有斐閣「民事法學辭典上巻」四一八

頁)。

なお、異議を留めない承諾⇨授權をなす債務者が、譲渡人に対する抗弁事由の存在を誤信してなしたときに問題になるところの、動機の錯誤において、相手方の善意のときに意思表示の無効の主張を禁ずる法理は、表示主義にもとづくものであることはいうをまたない。また、異議を留めない承諾⇨授權について、代理権の授權に関する法理とりわけ表見代理の法理が準用さるべきことも前述した(一章三(2)(4)(c)第一参照)。

(付説) 同教授は鳩山説(禁反言説)に関して、既存の学説の中では立法の沿革等から見て最も難点が少ないとして評価しつつも、同博士が禁反言(エストッペル)の法理を持ち出して、これによって四六八条一項の抗弁切断効を説明しようとするのに対して「(四六八条一項の沿革上に英法の直接の影響が見出せない以上、ここでエストッペルの法理を採用するのは、比喩的説明にしかない)……フランスでの禁反言法理の形成等につき検証が進んでいない現時点では、断定的な表現は避けたいが、少なくともこの無留保承諾による抗弁喪失を禁反言で説明すること自体は可能であるように思われる」と述べる(前掲九号三二頁)。禁反言説自体の批判は後に行うが(前掲拙稿一〇五頁、一〇九頁にもかなり詳細に検討している。後述四章三C参照)、右引用文の池田教授の論法からすると、四六八条一項の系譜がフランス法から来ている以上は、比喩的説明に非ざる本格的説明のためには、専らフランス法的な法概念で説明すべきだということなのであるうか。それはあまりにも偏狭な態度でなからうか。

(5) ボアソナード旧民法に関連して一言つけ加えておきたい。旧民法の定める異議なき承諾の規定において、その効果として切断される抗弁の範囲に関し、私は前掲拙稿で旧民法正文財産編三四七条二項(「債務者ハ譲渡ヲ承諾シタルトキハ譲渡人ニ対スル抗弁ヲ以テ譲受人ニ対抗スルコトヲ得ズ」)に関する民法理由書(ボアソナード「民法理由」森順正訳第四卷)の説明を全文紹介し、そこに「原来、追認ヲ以テ其無効ヲ補ヒ之ヲ有効ナラシムル能ハザルガ故

ニ、債務者受諾スルモ猶ホ其無効ヲ以テ新債權者ニ對抗スルコトヲ得ベシ。然レドモ其義務承諾ナキガ為メ無効タルニ過ギズシテ、有効ナル原因ト目的トヲ有スルトキハ、其受諾即チ新承諾ニ因リ義務発生スルモノナリ。故ニ受諾アルトキハ、債務者再ビ義務ノ無効タルヲ唱フルコト能ハズ」とあることから、切断される抗弁の範囲を制限したもの、即ち現行の四六八条一項の承諾と異り、狭義の抗弁に限られ、債務が不成立、無効、消滅などの抗弁は含まれないとする趣旨と解し、したがってまたそれに対応し、現行民法四六八一項但書のような債務者の譲渡人に対する求償に関する規定が設けられなかったのだと述べた（前掲拙稿九六頁。但し無効の抗弁については、前掲理由書のいう通り、「有効ナル原因ト目的ヲ有スル」が、「其義務承諾ナキガタメ無効タルニ過ギ」ないときは抗弁は切断される趣旨だったと、解すべきである）。

これに対して、同教授は、右正文の規定が出来る前の旧民法草案（仏文）三六七条二項（債務者の承諾は、彼が譲渡人に対抗しえたすべての抗弁もしくは訴訟不受理事由を譲受人に対抗することを妨げる」（池田訳）についてのポアソナードの起草理由についての説明を翻訳して紹介し、狭義の抗弁だけでなくすべての抗弁についてその切断効を認める趣旨であったとして、私の理解が誤っていることを指摘される（前掲八号五二頁注（24））。しかし旧民法草案の条文と旧民法正文のそれとの間には文言上も、重要な相違があるのだから（前者では「すべての抗弁」というのに対し、後者では、単に「抗弁」という）、その立法趣旨が若干異なるのは当然ではなからうか（しかも池田教授が紹介される旧民法草案理由書においても、一方で債務の無効（絶対無効）、取消、債務のすべての消滅原因について抗弁切断を生じるとしながら、他方で「疑問となる唯一の場合には、無効（絶対無効）の場合である。無効は、追認によって治癒されえない。しかし債務は、もしそれが有効な原因と目的を持つならば、新たな合意と共に発生しよう」と述べており（池田訳による。前掲八号三九頁）、切断される「すべての抗弁」に解釈上一定の留保を設けていることを見落してはならない）。

なお同教授が旧民法草案の起草理由を紹介しながら、旧民法正文の理由書を引用されないのは疑問である。すなわち同教授は、ボアソナードの旧民法草案が法典取調委員会の審議段階で改悪されて旧民法正文になったという理由から、ボアソナードの見解を知るためには前者を重視する必要があるとして、これに重点をおいて論述されるようだが、しかし現行民法の起草の際の出発点とされたのは旧民法正本なのである。したがって現行民法の正しい理解のためのルーツを探る観点からすれば、後者がより重要であろう。

ちなみに旧民法正文三四七条に関する往時の註釈書（法学士松本慶次郎・判事村瀬甲子吉共著「民法問答全集」明治二十四年東京明法社・政法大学図書館蔵）も、債務者の譲渡の承諾によって切断される抗弁の範囲を無制限的に解してはいないことを付説しておこう。すなわち「承諾ハ債務者ガ義務ヲ認諾シタルモノト見做スヲ以テ譲受人ニ対シ其債權ヲ発生セシメル基本（合意等ノ如キ義務発生ノ原因）ニ瑕疵アル旨ヲ申立ツル事ヲ得ズ。假令ハ債權者（譲渡人）ト結約シタル当時幼者ナリシ事、承諾ニ瑕疵アリシ事等ヲ申立テ其合意ハ取消シ得可キ者ナリシト雖モ一旦承諾ヲ為シタル上ハ、其瑕疵ヲ濫際シテ認諾補正シタルモノト見做スヲ以テ、譲渡人ニ對抗シ得タリシ此抗弁法ヲ失ヒタルモノトス。（中略）承諾ハ債務者ガ義務アル事ヲ自認シタルモノト見做スヲ以テ債務者ハ其義務ガ相殺更改等ノ原因ヲ以テ已ニ消滅セリトノ抗弁ヲ為ス事ヲ得ズ。若シ如此原因ヲ以テ已ニ消滅シタリシ義務ナレバ譲受人ニ承諾ヲ与フベキ理ナシ。然ルニ異議ナリ承諾ヲ与ヘタルハ即其義務アル事ヲ自認シタルモノナリト云フ可シ」（同書一六〇頁以下）。このように切断される抗弁事由が制限的に解釈されている（弁済による消滅を含めない）のは、承諾をなしたことによって抗弁の切断された債務者が、現行民法四六八条と異なり、譲渡人に対して求償権を取得しえないことと対応しているというべきであろう。

(6) 同教授は現行民法四六八条一項の規定の成立に至る経緯に関連して、私が旧稿において「民法四六八条一項の起草者は、旧民法の規定を形の上で借用しつつも、取引安全のための制度として、実は換骨奪胎したものである」と

述べたのを批判し「まだ起草者の段階では、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」として批判される（前掲八号六五頁注15）。承諾の抗弁切断効を認めた旧民法正文財産篇三四七条二項と現行民法四六八条一項の差異については、前に述べたように、条文の文言上は類似しているが、起草趣旨については——現行民法同条一項但書に相当するものが旧民法には存在しないこととも関連して——現行民法のほうが旧民法正文に比して、切断される抗弁の範囲が広く（債権の不成立や弁済による消滅の場合にも抗弁は切断される）それだけ譲受人の保護に、より一層役立ち、取引安全に資する（もともと池田教授は切断される抗弁の範囲を同一に解される）。このことを私は前記引用文では換骨奪胎の語を用いて指摘したつもりである。

追記 私見のように旧民法（とりわけその正本）と現行民法との間で、切断される抗弁の範囲に少なくとも、解釈上重要な差異があったと見るべき重要な実質的根拠として、現行民法では四六八条一項但書が設けられることにより、抗弁切断のために二重弁済などの不利益をうけるべき債務者の保護がはかられているが、旧民法ではこれに相当する規定が（相殺の場合を除いて）なく、従って無制限に抗弁切断を生じさせると債務者にとって過度に酷となる（換言せば過度に酷とまらない限度まで、切断される抗弁の範囲を制限する必要がある）という事情があったものと考えられる。（このこととも関連して、旧民法の承諾の性質は、現行民法のそれが譲渡の承諾であるのに対して、いわば債務者の譲受人に対する債務の承諾として考えられていたといえよう（旧民法草案理由書においてボアソナードは承諾の性質に関して次のように述べている。「承諾は、被讓債務者の側からすれば、被讓債権の承諾、譲受人のためにそれを認める個人的な新しい約束、を構成する。（中略）債権の確認と債務者による彼に属しえた抗弁や訴訟不受理事由の放棄を伴う、債務の単純な承諾であり、新しい権原である」（池田訳、八号四一頁）と。）。

この点、池田教授も、一方で、旧民法に関して、切断される抗弁の範囲を無制限だと解されることと対応して、他方で、債務者と譲渡人の関係につき、現行民法四六八条一項但書に類する求償関係を起草者ポアソナードは考えていたようだと言われる（八号四五頁）。その根拠とされる所は、ポアソナードによる草案の最初の原案では、承諾の効果として相殺の抗弁の切断を生ずる旨の規定の但書として「但シ其譲受人ニ払フヘキモノヲ譲渡人ヨリ己レニ返還セシムルハ格別トス」とされていたことである。（もつとも後の草案（二版）では「被讓債務者はその相殺を對抗できなかった全額を譲渡人から償還せしめる権利を妨げられない」と変更され、そしてそれに続く旧民法正文財産編五二七条三項もこれと同文の規定を設けている。）同教授は、草案の最初の原案の文章のように言えば、―後の草案の文章および旧民法正文の文章の場合と異って―相殺の場合だけでなく、債務者が譲渡前に「譲渡人にたとえば一部弁済等があった場合、債務者は無留保承諾によって譲受人に全額支払うことになっても、譲渡人からそれを取り返せるということになる」という趣旨だと解しうる、とされる（八号四五頁）

しかしこのような拡張解釈は、かなり無理なように思えるが、いずれにせよ、後の草案（二版）および旧民法正本では、（池田教授自身の説明（八号四五頁中段参照）にしたがうと）このような拡張解釈の余地のない形に改められているのである。（ちなみに池田、前掲八号四五頁中段以下と同五三頁八行以下とは喰い違っている）。したがって少なくとも四六八条一項但書に相当する規定の設けられていなかった旧民法草案（二版）でも、旧民法正本でも、明文上の文言にかかわらず、その解釈において、切断される抗弁の範囲に一定の制限を加えざるをえないことになる筋合いではなからうか。

それでは現行民法四六八条一項但書はどういう経緯で作られたのか。右に述べたようなポアソナードによる草案の原案の拡張

解釈の線に沿って作られたと見るべきであらうか。はつきりした証拠があるわけではないが、私はむしろ、ここにドイツの民法学者デルンブルク Demburg の説が影響したのではないかと推測する。ただし①デルンブルクは前に三章 2 d で述べたように、当時のドイツの異説ではあったが、債権譲渡の承諾に抗弁切断効を与えるとともに、債務者は譲渡人に対して不当利得返還請求権を行使しうるとする説を主張していた。②彼の主著バンデクテン教科書三卷 Pandekten, 3 Bde (1884-87) とドイツ帝国及びプロイセン民法六卷 (das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 6 Bde (1902-08)) は、ウィンドシャイドの著書バンデクテン法教科書三卷 (Lehrbuch des Pandektenrechts, 3 Bde: (1862-70)) とともに明治時代のわが国の民法学に最も大きな影響を与えたとされ、そして彼の学風は、實際生活に役立つ法律解釈学者であることに特色があるとされている (有斐閣・新法律学辞典三版参照)。(ちなみに、原田「日本民法典の史的素描」は、総則、物権・親族・相続に限られ、債権の部分が欠けているが、総則と物権に関する限り、デルンブルクの著書の引用が顕著であり、民法典財産篇の制定にあたり、その所説の影響が大であったことが窺われる。)③四六八条の起草を担当した梅博士は、フランス留学の後、ベルリン大学でドイツ法を学び、ドイツ法に對しても関心と造詣が深かった (前掲岡孝論文・志林八八卷四号四六頁注12?)。そして梅博士自身「ドイツ法と同じくらいフランス民法を参考にした」と述べている (前掲岡論文一五頁)。④なお、現行民法の制定のための法典調査会で、起草者は、明確に四六八条一項但書が、不当利得の一般原則を基礎にしつつ、これを修正したものである旨を説明していることも指摘しておきたい (池田、前掲八号六一頁はこれを詳細に引用する)。

前記旧稿の文章に対する同教授の右の批判は、右に述べたような、切断される抗弁の範囲についての理解の差から来るほかに、もうひとつ、取引安全および譲受人保護という語をいかなる意味で用いるかについての理解の差からも来ているようである。後者の点についていうと、私は右の両語をほぼ同じ意味で用いているが、同教授は、外觀信頼イコール取引安全の制度と理解されている (前掲九号四六頁)。つまり譲受人保護のための制度のうちで、外觀を信頼

した善意の譲受人を保護する制度に限定してこの語を用いられている。このような理解の仕方前提にして私の右引用文を読むと、民法起草者は公信説を採用していたことになり、不都合だということになるわけである（私も起草者が公信説の立場に立っていたとは考えていない）。右の語のいずれの使い方が妥当かについては後の問題としたいが、いづれにせよ、言葉の用法の問題であり、大した問題ではない、と考えている。

ちなみに私は、実際には存在しない（あるいは抗弁事由のある）債権を存在するものとして（あるいは抗弁事由なきものとして）譲り受けた者が期待した通りの内容の債権を取得しうるための譲受人保護の法理として（したがって私のいう意味での取引安全に資するための法理として、二つのものがあると考ええる。

第一は権利外観法理、すなわちわが民法九四条二項により、債務者と債権との通謀により作成された虚偽の借用証書信じて債権を存在すると考えて譲り受けた善意の取得者が保護される関係がその典型的な例であり（そして四六八条一項に関する公信説の基本的発想は、権利外観法理によって債権の存在や内容を信じた善意の譲受人を保護する考えであるからこれに類する）、第二はまさに民法四六八条一項に定める異議なき承諾＝仮定的債務者の処分授權の制度がそれである（指名債権を譲り受けようとする者は、予め債務者の異議を留めない承諾をえたうえで譲り受ければ、安心して期待した通りの内容の債権を取得しうるから取引安全に資する）。

そうしてこれらはそれぞれ、他人の権利の譲渡における譲受人保護のための制度における善意取得（民法一九二条）と権利者の処分授權（独民法一八五条）に対応するものと考えている。Bから土地を譲り受けようとするとき、真実の所有者がBでなくAである疑がある場合に、予めAの承諾＝処分授權をえておけば、安心してBから譲り受けることができる。また実際に存在しない（抗弁事由ある）債権の譲渡に関する右の二つの法理は、証券に化体された債

権（有価証券としての債権）の譲渡の際の抗弁切断の法理の中にもあらわれるが、その際、手形、小切手のような無因証券における抗弁切断の法理は、右の第二の法理がその基礎となっており、それに対して貨物引換証や船荷証券などのような、無因証券でない文言証券における抗弁切断法理は、基本的に右の第一の法理をその構成原理とするものだと考えている（そして文言証券の観念は、右の両種類の証券（ともに抗弁切断の効力をもつ点で現象的には類似しているが、その構成原理を異にしている点で異質である）を包摂するものであり、それだけに論理的な明晰さを欠くことにならざるをえない、と考える。詳細は、前掲拙稿志林六一巻二七七八頁参照。なお、安達「債権総論講義（第二版）」二五二頁以下参照）。

〔付記〕

池田教授は、ボアソナードによる旧民法草案の債務者の承諾の規定の起草に際して、フランスの民法学者サンテールの影響が大きかったことを詳細に述べつつ、サンテールのフランス民法学史上の地位についても言及され、サンテールの説は、当時のフランスの民法学界において決して理解者のない異端の説ではなかったと説かれる。そしてこれと関連して、かつて石坂博士が、わが民法四六八条について「是レ明ニ仏法ニ於ケル一派ノ学説ニ誤ラレタルモノニシテ同条ノ規定ハ理論上當ヲ得タルモノニアラス」とする（石坂「日本民法債権第四卷（大正三年）」のは、不適切であり、また石坂説をそのまま引用したかのように書きつつ、「軽率にも……取るに足りない少数学説に誤まられて」と誇張している安達論文（志林五九巻三・四合併号六二頁）は一層不適切だとして批難される。

ボアソナードに至るまでのフランスの民法学説の変遷の状況を詳細に調べられている同教授に敬意を表するものであり、右批判に反論するつもりはない。今から三十年も前で、今となつては記憶が定かでないが、三十歳代半ばにいわば血気に逸つて書いた文章であつたことから、筆の勢いで誇張した表現になっていたのであらうと反省する次第である（もっともサンテールの説は、池田論文も指摘するように（池田前掲七号三〇頁）、その後一九世紀末より「少数説に確定」するのであつて、私の誇張した表

現もさほど重大な誤りとは思えないし、いずれにせよ議論の本筋にかかわる大きな問題ではない。

これに関連して一言しておく、右に引用した同じ論文の中で、私は当時現役であった最高権威の代表的著作と目されるもの一つについて、著名な外国文献の引用の仕方が内容的に間違っていることを指摘したところがあった（志林五九卷三・四号台併号六〇頁参照）。これも血氣に逸った若気の致す所であったが、後にある人から無謀さを注意されたことがある。しかし、学問の世界において、いかなる権威といえども誤りは誤りとして指摘することが学問の発展のため（法学の場合といえども）必要であると信じている。もちろんその際、先達に対する然るべき礼儀を失しないための配慮を欠いてはならないのであって、それを欠いた浅慮を反省するものであるが。

第四章 池田説に対する批判

1 池田説の要点

池田教授は従来の学説を批判したあと、独自の理論を主張される。その論旨の要点を引用しよう。

同教授によれば、四六八条一項の異議なき承諾は債務者の「意思的行為」であり、それは「単なる意思の表白でないが、いわゆる意思表示そのものでもない」。ここでいう意思的行為における意思は「抗弁放棄とか債務承認といった法律効果に向けられた意思（法律上の意思）ではなく、いうならば譲渡に協力し、譲渡の対象たる債権の存否、内容（抗弁事由の有無）等を譲渡契約当事者（譲渡人、譲受人）に正確に知らしむべき行動をとることについての意思、すなわち譲渡契約に積極的に関与することについての意思、というべきであろう。言葉を変えていえば、『譲渡契約の手續への事実的関わり合いに向けられた積極的志向性』がここでいう『意思』である。」そして四六八条一項は、

指名債権譲渡における異議を留めない承諾、再論（安達）

このような「意思的要素を内在させた行為に一律に〔抗弁切断という〕法定の効果を与えたものと見るべきである。」（前掲九号四六頁、四八頁）この効果は「あくまでも債権譲渡の承諾という債務者のなした行為の『意思』的要素に対して法が与えた効果なのであって、それを切り離したところでもっぱら異議を留めない承諾という外形を信頼した譲受人の保護を一方的に企図する考え方（公信説を指すと思われる——安達）とははつきり異なる」（前掲九号四九頁）。

同条一項但書は「債務者の過誤と、譲渡人の過誤（ないし故意）とを考えて利益バランスを……とるために作られた」すなわち「抗弁事由があるのに異議を留めない承諾をした債務者も落度があるが、抗弁事由が存するのに故意にまたは過失で譲渡した譲渡人も責めらるべき」だとの趣旨である。「実に四六八条一項は、三当事者の利益バランスを何とか計ろうとした苦心の条文なのであり、それは債務者と譲渡人の双方の誤った行為を二つながら評価のうちに置こうとした、二重の構造をもった規定と評することができよう。」（前掲九号四五頁）

なお同教授は、四六八条一項の解釈として抗弁切断効が生じる要件として（明文の規定はないが）譲受人の善意を要件とすべきだと主張される。その根拠を二つあげられる。第一は「ボアソナードは草案では、承諾に公正証書なしは確定日付ある証書を要求することによって、承諾自体に重みを与え、軽々な承諾によって債務者の負担が増加しないよう、保護のバランスを取っていたわけで、それに対して現行法では、民法四六七条一項が承諾の方式を緩和した（引用者註。承諾に何等の方式をも要求していないことを指す）結果、ここでは保護のバランスが崩れて譲受人に過度に有利になったといえる（なお、「方式の簡略化のためにその異議を留めない承諾の意思的要素が希薄になっている」「簡略な形で債務者のうっかりした承諾によっても抗弁が切断され、譲受人の保護に傾きすぎるおそれがある」と

の表現もある)。したがってその保護バランスの取り直しとして、譲受人を善意に限定する必要がある」ことである。第二には、起草者も「そこ（引用者註。善意者に限らないの意）までの極端な譲受人保護を意図していたと思われず、また自ら譲受人善意のケースを念頭に置いていることを表明している」ことである。また何故に譲受人の無過失を要求しないかの理由として抗弁切斷の根拠を「公信説のように外観信頼者保護」におくのでない、からであり、「譲受人の態様から譲受人保護を導くものでなく、債務者の行為の評価に力点が置かれているのであるから」だとされる（前掲九号五〇頁以下）。

2 池田説に対する批判

以上長文にわたって引用したが次に池田説を批判しよう。

a 池田説の特色は、前にもふれたように、立法の沿革を重視し、起草者の立法趣旨に忠実に沿って四五八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地的な仕事であり、現実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われ、従ってまた説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。

立法者の立法趣旨をふまえつつ、他の関連或いは隣接する諸制度との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（ここでは起草者の考えていなかった新しい問題点が提示される）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、その理論的な性格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、名人芸や直感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することは、さほど意味のあることとは思えない。

敢えて一つの比喻を用いて説明しよう。二等辺三角形の頂点部分が丸くなっている形をいかに説明するかが問題になっているとしよう。起草者には直線と円形概念しか念頭にないために、その形を説明するのに、先端部分がややとがった形の円形であると説明する。しかし大体の説明としてはこれでよいが、やはり不十分であり、厳密性にかける。そこで先のやや尖った丸い形という代りに、それは放物線であり、そしてそれが円や楕円や双曲線とどう違うかを、できれば方程式を用いて正確に説明する。それが後の時代の法学者の目ざすべき理論構成の理想像ではないだろうか。

補説 このように、ある制度ないし規定の全体的構造を明確に示すための理論構成の追究は、客観的な認識の営為という性質が強く、政策的、利益衡量的な価値判断が関与する部分は比較的に少ない。しかし客観的認識によって把握された一前述の比喻の例でいうと一放物線の形という理論構成を前提として、尖端部分から左右対照に伸びる両線の開き具合をどの程度鋭角的なものとして捉えるかの問題が生じる。それは例えば指名債権譲渡における、もしくは無因証券における抗弁切断の法理を処分授權の概念で構成する理論構成を前提にして、動的安全確保の要請をどの程度とり入れるか。債務者が誤って承諾し授權したときに、

譲受人が権利を取得する要件として、その善意無過失を要するか、あるいは単に善意で足りるか、というような問題である。かような問題は、理論構成追究の場合と比べて、相対的に政策的、利益衡量的な価値判断の関与する部分が多くなるであろう。

b 池田説では、異議なき承諾の性質を意思的行為あるいは意思的要素をもった行為と説明する（上掲引用文にあげたほか、様々な、文学的ともいふべき多彩な言い廻しでそれを説明されている）が、それは極めて曖昧な概念であるように思う。

一方で、意思表示でもなく、観念の表白でもない、いわば中間的なものとして——そしてその意思的要素に対して法は抗弁切断効を与えたものとして——理解されているようであるが（前掲引用文参照）、その際、意思的要素の重さあるいは軽さを問題とされ、次のように言う。すなわち、「旧民法草案では承諾に公正証書や、確定日付ある証書を要求することによって「承諾に重みを与える」が、現行民法は方式を簡略化することによって「軽々な承諾」がなされ、その「意思的要素が稀薄化」されるとか「意思的要素が見えにくくなった」という（前掲引用文参照）。

しかし他方、このような「意思的行為」たる異議なき承諾は、意思表示でもあり、観念の表示でもあり、いずれをも含みうるものとして説明される。すなわち「債務者が、個別的具体的なケースで異議を留めない承諾をどのような意図で行うかは、場合により区々であろう。またそれを外部から評価する場合も（傍点引用者）実際、現在の四六七条に規定された承諾の方式（一項では無方式、二項では確定日付ある証書による）のもとでは、承諾は、意思表示とみるのが適切な場合も、単なる観念の表白とみるのが適切な場合もありうる」（前掲九号四八頁）とされる。

なお、これに続けて「もし債務者が債務負担あるいは抗弁放棄を約束する意思で異議を留めない承諾をしたのであれば、これはその意思表示の効果として抗弁切断効を認めることができるのは当然である。（中略）安達説が処分授

権の意思表示とみるような場合も、ないとはいえない。しかしこのような意思表示としての承諾の場合に限るのであれば、四六八条一項の規定は、当然のこととして無用の規定となる」という。しかし思うに、意思表示による効果ならば明文の規定をおく必要がないというのは不当であろう。契約法における補充規定は意思表示による効果を定めたものだから明文の規定を設ける必要なし、とはいえない。また例えば無権代理の追認の効果についての規定も同様であろう。

また、このように種々なもの（つまり意思表示であるものや觀念の表白であるもの）が、異議なき承諾に含まれると解するならば、同条に定める抗弁切断効の根拠についても、それぞれにわけて説明すべきであろう。すなわち、債務者が抗弁事由を知りつつ意思表示としての承諾をしたときは（かような場合が理論上も実際上もありうることを私は前に述べた）、まさしく意思表示そのものの効果として、また債務者が抗弁事由を知らずに過ってそれをなしたが譲受人の善意のときは、錯誤（私は動機の錯誤と解する）のある意思表示の、表示主義にもとづく効果として（従って表意者の本来の意図には沿わない、いわば法定の効果の発生として）、説明すべきであり、また単に譲渡の事実を知った旨の觀念の表白であるとき（もちろんそれは行為の外形から見て、つまり教授のいう「外部から評価」してそうである場合をここでは前提とする。なお、単に表意者たる債務者の内心の意図がそれであつたに過ぎないときは、表示行為と内心の意思の不一致のケースになる）は、意思表示の効果でなく——それにもかかわらず、もし表見法理の適用によつて抗弁切断効を生じるなら——純粹に法定の効果として説明すべきであろう。

しかし同教授は右に引用した文章をうけつつ、「四六八条一項を異議を留めない承諾をしたという行為自体を要件として抗弁切断効を付与する法定効果を定めたものとみて、その承諾の法的性質には一般には「意思的行為」と評価

するのが適切であるが、個別具体的にそれが意思表示であったとしても観念表示であったとしても、何ら効果として左右されないものと考ええる」とされるのは極めて大雑把な推論ではなからうか。起草者が夫々の場合を区別して規定していないことに拘泥して一律に扱う趣旨なのだろうか。いずれにせよ同教授の「異議を留めない承諾」の概念規定は極めて曖昧である。また、抗弁切断効が意思的な要素に対して与えた効果だということ、それが法定効果だという二つの命題の論理的関連が矛盾なく、かつ明晰に示されているとはいえないように思われる。なお右に述べたように、もし抗弁切断効の法的根拠を場合をわけて捉えるべきだとすると、抗弁切断の効果の発生のために必要とされている譲受人の善意という要件も場合をわけて論じる必要があるはずである（これについては後述する）。以上の問題に関する私自身の見解については、前述した（二章一、三章5(4)参照）。

。同教授は、四六八条一項但書に定める債務者の譲渡人に対する求償権の根拠について、債務者の過誤と、譲渡人の過誤（ないし故意）とを考えて利益バランスをとるために作られたとする（前述1の引用文末尾参照）。それでは債務者に過誤がなかった場合、つまり抗弁事由の存在を知りつつ「意思的行為」としての異議なき承諾をなしたときには求償権は発生しないのであろうか。教授は前述1の引用文の他の場所で、主に一項但書に関連して「債務者が抗弁事由を持ちながら何らかの理由で、異議を留めない承諾をした……（傍点引用者）」ともいう所から見ると、抗弁事由を知りつつ、譲渡から頼まれて行った場合も一項但書の適用を認める趣旨であったとも思える。しかしいずれにせよ不明確である（起草者もこの点に関して必ずしも明言はしていないが、しかし前述のとおり（三章5(3)(4)参照）、私は、起草者はその説明の際の設例からいっても肯定説をとったと見てよいと考える。私自身は肯定説をとることは前述した（二章2参照）。右の問題は重要な論点の一つであることを考えると教授がこれを曖昧なままに残したのはその欠点とい

えないだろうか。

なお私は一項但書の解釈に関し、前述のように債務者の異議なき承諾をなした理由が、譲渡人から頼まれたためであつたか、然らずして好意のためであつたかによつて求償関係を区別して処理すべきだと主張する（二章2参照）。したがつて譲渡人から頼まれてなしたときは求償権の根拠は委任契約にもとづく費用の償還請求権（民法六五〇条）なのだから、厳密に言えば、意思表示にもとづく効果でもある（当事者の意思を補充する任意規定によるから）といえなくもない（同じく法定効果といつても、任意規定による効果か、それともそれ以外の法規、とくに強行規定による効果かによつてその実質的の意味はかなり異なることを指摘したい）。起草者が大雑把に作つた条文を後代の学者がより厳密に検討して解釈による修正を施すことは法解釈学にとって当然の任務であると考ええる。

d 池田教授が抗弁切断の要件として譲受人の善意を要求される点を検討しよう。「意思的行為」としての異議なき承諾には、意思表示としての性質をもつ場合も、単なる観念の表示としての性質をもつ場合もあるとする同教授の見解（前述り参照）に立脚するならば、譲受人の主観的要件に関しては、債務者が抗弁事由を知りつつ、意思表示たる性質を有する承諾をするときは、譲受人はたとい悪意でも抗弁切断効を生ずると解すべき余地があり、また抗弁事由を知らずにそれをなしたときは、譲受人が善意のときのみさような効果が発生し、さらに承諾が観念の表示たる性質を有するときには、譲受人の善意無過失が必要だということになるのではなからうか。教授が右の各場合を分けずに一律に譲受人の善意を要求されるのは、論理的な厳密さを欠く推論ではなからうか（なお譲受人の主観的要件に関する私自身の見解については一章三(2)ウ(a)および二章一、三章5(4)で説明した）。

なお同教授は、起草者が譲受人の善意の場合を念頭に置いている旨述べられているが（前掲1の引用文末尾参照）、

善意とも悪意とも明言しない事例もあげられており（拙稿前掲九五頁）、疑問の余地のないほどに明確に善意の場合のみを念頭においていたとは言いがたいのではなからうか。とりわけ同時履行の抗弁権や相殺の抗弁権の付着する債権譲渡の場合、そうであろう。

e 同教授は、一項但書が、ひいては一項全体が、異議なき承諾をなした債務者と譲渡人と譲受人という「三当事者の利益のバランスを計ろうとした条文であることを指摘し」（前掲1の引用文参照）、しかも同様な表現が随所に（一〇頁足らずの「私見」の節に一〇回）見られる。しかし思うに、後代の学者の法解釈学上の任務としては、起草者の考えたであろう三当事者間の利益の比較衡量を参考にし、そのバランスを計ることは勿論大切だが、そこから更に歩進んで三当事者の複雑な利益の対立状況を明確に理解させ、かつその対立の合理的な調整をそれによって計ることのできるような、そして民法体系における地位づけを明らかにしうるような理論的な枠組を作りあげることが必要である。それは厳密な概念の組み立てによってなしうるであろう。利益が複雑に錯綜している多数の当事者の間の利益の調整は、曖昧で多義的な概念を用い、厳密さを欠いた柔軟な（悪くいえば恣意的になるおそれのある）推論をもってなされる、素朴な利益の比較衡量論ないしバランス論では、たとい熟達した直感力をもってしても容易になしえないのではなからうか。

3 総括と法解釈学方法論

a 以上を総括すると、まず、池田説では四六八条一項の規定の要件たる異議を留めない承諾の性質の把握が極めて曖昧であり、また多様な意味を含ませているという点で多義的である。

つぎに、同項本文の定める抗弁切断の効果、および同項但書の定める債務者の譲渡人に対する求償権発生の効果の

いずれについても、同教授はこれを法定の効果（法の定めた特殊の効果という表現も用いられている）だとされ、しかもこのことを強調される（同教授は自説を二重法定効果説と自称される）。

しかし思うに、もし教授の考えるように、本来、異議を留めない承諾が多様な性質を有するならば、それぞれの性質に応じて抗弁切断の効果を説明しなければならないのに、それをせずに、一把ひとからげに法定効果だとして説明するだけで終ってしまっているのである。

同様に但書の効果についても、——私見からすれば求償権の根拠は種々でありうるはずだが——一括して法定効果と説明するに留まっているのである。しかし前に一言したように法定効果といっても、その意味は多様であり、任意規定による効果もあれば、強行規定による効果もある（その他、事務管理に基づく求償権や不当利得返還求権や不法行為に基づく損害賠償請求権のように、任意規定と強行規定という枠組みでは捉えきれない特殊な法定効果もある）。したがって教授のように同項の効果を法定効果と言うだけで、それ以上追求しないのは、問題を曖昧なままに残すことになり、十分な説明になっていないのではないか。

そして、このように、要件の説明も効果の説明も曖昧であることに対応して、この両者を結びつける役割を果たすべき同項の目的の説明について、同教授は、当事者間の利益のバランスをはかるため、という極めて漠然とした表現を繰り返されるのである。このように要件・効果・目的に関して曖昧な概念を用いてなされる漠然とした説明では、この規定が私法体系上に占める地位およびその法的性格を明確になしえず、同項の理論構成として不充分と言わざるをえないのではなからうか。

b ちなみに池田教授は、自説の展開を終えるにあたって、それは「民法四六八条一項論のいわば総論的部分に関

する考察」だとして、「各論的な個別問題」としての「異議を留めない承諾と抵当権の復活」「請負契約の解除と請負代金債権の譲渡についてなされた異議を留めない承諾」等の論点の考察を今後の課題としたい旨述べられている。また異議を留めない承諾の効果が保証人、物上保証人等にも及ぶかの問題についても一応否定的見解を出しつつも、詳細は別稿で論じるとされる。

しかしこれら「各論的問題」とされている諸問題は、同項に関連する重要問題として、その理論構成に直接関係のある問題点であるはずであり、逆にいえば、同項の理論構成は、これらに解決を（あるいは解決の指針を）直ちに与えるような理論構成でなければならぬと思う。「総論的理論」が、これらの具体的問題の解明に直接的に結びつかないというのであれば、その内容が漠然とした無内容のものであるからではなからうか。同教授がこれら具体的問題を、その総論的考察をふまえていかに解明されるかを見ない間に軽々に言うべきことではないが、しかしあえて言えば、私は、異議を留めない承諾をもって、意思的要素のある、しかし意思表示でない意思的行為として説明したり、抗弁切断効や求償権を三当事者の利益バランスをはかるための特別な法定効果として説明するような、漠然とした不明確な理論構成をもってしては、明確でかつ首尾一貫した解明は——たとい巧みなレトリックを駆使しても——困難であろうと推測せざるをえない。

なお私見による「異議を留めない承諾と抵当権の復活」の解明は第一章四で、また「請負契約の解除と請負代金債権の譲渡についてなされた異議を留めない承諾」の解明は、第二章一末尾で扱っている。債務者による異議を留めない承諾の効果が保証人や物上保証人に及ぶかの問題についても、第一章四(2)イおよび三章4(2)末尾で触れているが、私見の立場からは当然否定説をとるべきことになる（保証人や物上保証人自身が、異議を留めない承諾をするに

よつてはじめて、これらの者に対して抗弁切断の効力が生じる。

○ 池田教授は、既存の学説の中では、他の説と比べて、鳩山説が最も難点の少ない説と評価できる、とされる（九号三〇頁）。そこで池田説と鳩山説の異同を述べてみよう。

異議を留めない承諾の性質について、池田説は「意思的行為」とするが、しかし鳩山説では四六七条の對抗要件としての承諾と同じく観念の表示と解する。そしてかような無留保承諾に抗弁切断の効力を生じさせる理由として「新債権者の利益ヲ保護シ取引ノ安全ヲ保護スルガ為メ法律ガ譲渡ノ無条件ナル承諾ニ対シテ特ニ付与シタル法律効果ナリト解スルヲ正当ト信ズ。債権者ガ無条件ニテ債権譲渡ヲ承諾シタルトキハ譲受人ハ之ニ信賴スルヲ常トスベク又之ニ信賴スルコトヲ得ズバ債権取引ノ安全ヲ保護スルコトヲ得ザルヲ以テ法律ハ特ニ此法律効果ヲ認メタルナリ」（鳩山「増訂改版日本債権法（総論）三六〇頁）。鳩山説がこのように四六八条一項の承諾を観念の表示と見、また抗弁切断の効果を信賴の保護ないし取引の安全のためと言っている限り、公信力説と共通しており、池田説とかなり異なるように思われる。

ところが鳩山博士は、註の中で同条一項の趣旨は英法にいう禁反言法理と同じだとなし、それに続けて「惟フニ債務者が譲渡人ニ對抗シ得ベキ事由ヲ有スルニ拘ラズ、無条件ニテ譲渡ノ承諾ヲ為スハ、種々ノ事由ニ出ズルコトアルベシ、或ハ對抗シ得ベキ事由アルコトヲ知ラズシテ承諾ヲ為スコトアルベシ、或ハ抗弁権ヲ拋棄スル意思ニ出ズルコトアルベシ、或ハ又新ニ債務ヲ承認スル契約ヲ為スノ意思ナルコトアルベシ。其何レノ意思ニ出ズルヲ問ハズ、苟モ債務者が債権譲渡ノ事実ヲ認ムルトキハ譲受人ハ之ニ信賴シテ諸種ノ法律上並ビニ事実上ノ関係ヲ成立セシムベシ。故ニ法律ハ承諾ガ何レノ意思ニ出デタルカヲ問ハズシテ對抗事由ヲ喪失セシメ以テ譲受人ヲ保護シタルナリ。若シ債

務承認ノ無因契約ヲ為セル場合ニ限ラントセバ此ノ如キ規定ハ全然其必要ナシ」(同上三六一頁註一〇) 以上の文章は、池田教授が自説を説明するにあたり述べる次の文章によく似ている。すなわち「債務者が、個別具体的なケースで異議を留めない承諾をどのような意図で行うかは、場合により区々であろう。(中略) 意思表示とみるのが適切な場合も、単なる観念の表白とみるのが適切な場合もありうる、と考えるのが自然であろう。」そして、抗弁放棄の意思でなすときもあり、安達説のいう処分授権の意思表示とみるような場合もないとはいえない、と述べつつ「しかしこのような意思表示としての承諾の場合に限るのであれば、四六八条一項の規定は、当然のこととして無用の規定になる」(九号四八頁) という。もともと鳩山説は、抗弁切断の効果を取引の安全のための信頼の保護とか禁反言で説明しようとするのに対し、池田説では「あくまでも債権譲渡の承諾という債務者のなした行為の「意思」的要素に対して法が与えた効果」だと説明する(九号四九頁)。

以上の両説に批判的コメントを加えると、鳩山説の場合「文章は、一読して明快なように見えるけれども、それはむしろダイナミックな文体のせいであって、その論理的意味を捕捉することは容易でない。」(前掲拙稿、志林五九卷三・四号一〇〇頁) すなわち博士が註で述べている右引用文および禁反言の語を用いている点から考えると、博士は異議を留めない承諾は、その外形上、譲渡人に対抗しえた事由をもって譲受人に対抗しないという意思表示の外観を有するものと考えようとしたと考えられる。というのは博士が禁反言という場合、いわゆる「表示による禁反言」を指していると思われるが、これは表示行為を信頼して取引関係を結ぶ者を保護しようとする制度であり、行為の外観に、外観から推測される通りの真実の効果を与えようとするものだからである。ところがこのように承諾に一種の意思表示としての外観を認めることは、承諾が四六七条の承諾と同じ観念の表示と見ることとそぐわない。このように鳩

山説は論理的に矛盾を内在させた理論といわざるえない（詳細は、前掲拙稿、志林五九卷三・四号一〇〇頁参照）。

池田説も論理的に曖昧な点が少くないことは前述した通りである。特に、異議を留めない承諾は種々な意図でなされ、様々な性質のものがあるとしながら、抗弁切断の効力を一律に「意思」的要素に対して法の与えた法定効果と割り切ってしまう点、また「意思」的要素に対して法が与えた効果としながら、譲受人の善意を常に要求し、そしてその根拠を「保護のバランス」という漠然とした概念で説明する点が問題であろう（なお鳩山説については五章⑤①でもふれる。また、私見が、鳩山説や池田説と異った意味で、一種の禁反言説と云えることについては前述三章⑤(4)末尾参照）。

d 私は理論構成が曖昧な概念によってでなく、明確で一義的なそれによってなされるべきこと、またいわばそのコロラリーとして隣接諸制度や諸概念との論理的関連性が明確にされていることが必要だと強調するが、その理由は、さような理論構成によってのみ、具体的事案に対する妥当な解決を、あるいは少なくともその指針を——名人芸的な直感に頼らずとも——導き出すことができると考えるからである。そして私はこのような理論構成の探求こそが法解釈前における最も重要な課題の、少なくともそのうちの、一つであると考えている。

しかし池田教授はこれらの点について、あるいは異なった見解をとられているのかも知れない。同教授は自説を二重法定効果説と名付けられているが、かような名付け方自体——それによって四六八条一項の構造の積極的なイメージを浮かび上がらせるためには、あまりにも漠然とし過ぎていることから考えて——私から見れば、そもそも理論構成の名にふさわしくないようにも思われる。

池田教授が法解釈学における理論構成の意義と役割について、またそれを作り出す方法について、いかに考えられているかに関しては、今まで一般的な形で提示されていないので、知るよしもないのであるが、あるいは、近時の有

力な一部の学者によって提唱されている利益衡量説に同調し、中間理論としての理論構成無用論に立つておられるのかも知れない。

私自身の理論構成の意義と機能およびその方法に関する考え方については、十五年前に独逸で発表した前掲論文「手形・小切手法の一般理論」の序章の中で書いており（その要点は後述第五章2末尾と3末尾で引用した、それは一言でいうならば、自然科学にも社会科学にも共通して用いられている科学理論上のモデルの観念に類したものとして理論構成を捉える考え方である）。

このような考え方は、その後、前掲拙稿「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・平成二年）の中で、さらに敷衍した（同上拙稿第六章補論—方法論参照）。ここでは、一方で、私見に近いものとしてルドフ・フォン・イエーリングのいわゆる構成法学（Juristische Konstruktion）の考え方を紹介し、またこれに関連して、近時、独逸でもわが国でも見られるようになった「概念法学」に対する再評価の動きを紹介している。他方、科学理論におけるモデルの観念一般について極く簡単ながら紹介している。

さらに右論文では、近時、一部有力学者によって主張されている利益衡量説ないし中間理論（理論構成）無用論について検討し、その消極的な意義を明らかにするとともに、その積極的意義についても論じている（右拙稿「第六章四」「平井説と星野説」参照）。

なお、右の検討の中で、近時平井宜雄教授が「法解釈学の合理主義的基礎づけ」（法協一〇七巻五号）において利益衡量論は、「最後には……諸々のファクターを考慮して（いわば直観的に）きめるほかない」ことを指摘して、その非合理主義を批判しつつ、合理主義的な法解釈学の樹立を目ざしながら、「良い」法律論の要件として「反論可能

性」の存在を要求し（「反論可能性テーゼ」、反論可能性のない法律論、例えば同義反復であってはならないとか、比喩を用いた法律論や、一般条項を含む法律論、あるいは「特段の事情があれば別である」などの、限定句を多く付した法律論はそうでない法律論と比して反論可能性が小さいから相対的に「良くない」法律論であると述べ、また「言明それ自体は反論可能性の小さいものであっても、そこからの論理的推論ないし理論の連鎖によって反論可能性のより大きな言明を導き出せる程度が高ければ高いほど『良い』法律論である（その例として詐害行為取消権における「責任説」などがあげられている）、と述べておられることを引用する。そして私はこれに基本的に賛成しつつ、次のように述べている。すなわち「このような反論可能性の要件は、私の方法論という理論構成としての『モデル』の備えるべき要件でもあると思われる。ただしモデルは論理的に明確に整合性をもった形で提示されていることが必要であり、そうでなければそれが妥当なモデルであるか否かの検証がなしえないからである」と述べている（志林八八巻一号九九頁、なお自然科学と社会科学とを問わず、一般に科学的理論ないし仮説、あるいはより広く科学上の主張、が反証可能性を有すべきことについては碧海「新版法哲学概論全訂二版」三一頁、一六〇頁、二〇七頁参照）。

したがって私見の立場からすれば、池田教授の二重法定効果説が、もし四六八条一項に関する一個の理論構成として提示されているのならば——あるいは広く平井教授のいう法律論として提示されたのであったとしても——それは曖昧で漠然とした概念を用い、反論可能性（あるいは反証可能性）の極めて小さい命題によって構成されたものとして、相対的に価値の乏しいものといわざるをえない。

e. なお法解釈学における理論構成の意義に関しては、私は川島武宜教授の法解釈学方法論に関する諸研究から教えられた所が多であるが、同教授は、これまでの諸研究の集大成ともいふべき「法的推論の基礎理論」において、

法的構成の果たすべき役割を論じ、それは「法的判定の正当性の検定のための・したがってまたそれを媒介とする法的判断のための・したがって裁判の予見のための・言わば頭脳コンピュータの「プログラミング」であり、したがってまた複雑多種の判断のための規範命題を検索するという、一種の情報検索の道具でもある」（著作集六卷二二頁）と結論づけ、法的構成のもつ多面的な機能を体系的に明らかにされている。そこからわれわれは極めて多くの示唆を受けるが、それはともかく同教授はこれに続けて「近年におけるわが学界の一部における法的構成無用論」をとりあげ、次のように批判されるのに対し、私も基本的に賛成したい。

同教授によれば、そのような法的構成無用論には「種々の動機があるが、そのひとつとして、「法的構成」を「理論」として観念する結果としてそれに必要な以上の権威ないし真理性を予定しつつそれを発見できないことから生じた幻滅感が、少なくとも意識下の存在していたのではないか、と憶測されるのである。しかし、裁判がその場の個別的利益衡量だけでおこなわれることを承認し、裁判の「均質性」（同じ種類の事案に対しては同じ処理がなされるということ、および裁判によって構成される「秩序の全体的整合性」という、今日の社会における重要な価値観ないし要請を放棄する、というのでないかぎり、そのための効率的な手段としての「法的構成」という「プログラミング」の無用を承認することはできない」と批判されているのである（同書二二頁）。

もっとも私は川島教授の所説に賛成しつつも、他面では、近時の利益衡量論が有する一定の限度での積極的な意義を無視すべきではないと考えていることも同時に書き加えておきたい。

この問題について、私は前掲拙稿「手形法における参加・複本・謄本……」の中で次のように述べているので引用しよう（志林八八巻一号一〇二頁以下）。

「利益衡量論は、利益の対立状況を明らかにし、いずれの利益を優先すべきかの価値判断をなすべきことを強調する。これについては、私は積極的な意義と消極的な意義があると考える。

元本、中間理論としての理論構成は、制度の全体的な構造の把握を目的とするものであるが、それはあくまでも具体的な個々の利益の調整を目指すものであり、それを離れた抽象的な理論ではないし、またさようなものであってはならない（また実際的にも、現実になされた具体的な利益の調整（特に判例）を集積し、それを一般化し相互に矛盾のないように体系化して作られることが多い）。したがって中間理論（理論構成）は——それが本来の目的に適った妥当な内容を有する限り——その正しい理解によって利益の対立状況とそれの正しい調整のあり方が全体的体系的に把握されることになるはずである。

しかし往々にして理論構成の理解が硬直であると、具体的な利益状況とそれの調整の目的のための理論であったことが忘れられ、いわば機械的に、理論のために理論を適用し、そのために誤った運用のなされることが起こりがちである。そこで中間理論（理論構成）の本来の目的を、あらためてその原点に還って自覚させ、利益の対立とその調整に還元させることは無意味でない。利益衡量論はこのことを強調するものとして積極的な意味をもつ。とりわけ社会の変動に伴い新しい利益状況が生まれると、従来の古い利益状況を前提にした古い中間理論（理論構成）は新しい社会の変動に適合しなくなる。この場合には新しい利益の対立状況に注目させ、新しい調整の仕方を考えさせる利益衡量論は特に積極的意義を有するといえよう。同じことは従来の中間理論（理論構成）が——起草者が考えていたそれを含めて——もともと利益状況の正しい認識に欠けていたり、利益の調整に不備があつてそのために内容に妥当性を欠いていた場合についても当てはまる。

しかしながら利益衡量論は、ここで立ち止まっていて、その先へ進もうとしないのであつて、この点にその消極的意義があるのではなからうか。すなわち、新しく生じた利益状況や新たに認識された正当な利益状況をふまえ、それを正しく、とりわけ体系的整合性をもって整序し調整するための新たな理論構成の構想が必要であるに拘らず、そこに進もうとしないで、利益の比較衡量と価値判断に依拠するだけで足りりとする。その結果、名人芸的な勘と直感に頼ることになる。つまり、非常に複雑で錯綜

した利益状況にある法律関係を（その例として、手形法を考えよ。二当事者の法律関係を正しく処理するためには、それに関する第三者、第四者との法律関係を考慮し、それとの均衡をはかることが不可欠である）適切に処理するためには理論の助けを借りなくてはならない。然らざれば対立する複雑な諸利益の海に溺れて混乱してしまふであらう。それにも拘らず利益衡量論では結局は勘と直感に頼ることで良しとされる。仮りに卓越した法律家がその名人芸的な勘によって正しく処理しえたとしても、これを多くの人に期待することは出来ない。また名人芸的な処理であれば、たといその結論が妥当でも、それを根拠づけるための納得のいく説明をなしえないことになり、とりわけ理性的な処理を必要とする、裁判による強権的解決の場合、当事者や世人を承服させることができないであらう。したがってこのような段階にとどまっている利益衡量論に対しては、平井教授とともに非合理主義として批判するのは——その一面を強調するくらいはあるが——あながち的はずれとは言えないのではなからうか。

法解釈学はこの段階を超えて、新しい、よりすぐれた理論構成としてのモデルの構築に——それがたとい困難な課題ではあっても——進むことが要求されるであらう。

f 池田教授の批判に対する私の反論および池田説自体に対する私の批判をおわるにあたって一言すると、それはいずれも結局は、法解釈学方法論についての池田教授の見解に対する反論・批判に帰着するといえるかも知れない（そのほか、民法典の起草過程に関連する資料の読み方、理解の仕方にも若干異論がある）。いずれにせよ、齒に衣を着せぬ表現のために——それは少なからず池田教授の鋭角的な批判の仕方に触発されたところもあるが——あるいは礼を失しているところがあるかも知れない。のみならず、池田教授の批判及び池田説に対して、もしかすると、その正確な理解のないままに、反論および批判をしている所があるかも知れない。以上の点について御叱正と寛恕を願うとともに、私見に対してはじめて本格的な批判を給わることによって、本稿執筆のきっかけを与えて貰ったことについて、あらためて謝意を表したい。

第五章 石田（喜）・西村両教授の批判について

債務者の異議を留めない譲渡の承諾（四六八条一項）の理論構成に関する私見については、池田教授の批判のほかに、石田（喜）＝西村「債権譲渡と異議を留めない承諾の効力」（叢書民法総合判例研究②昭和五一年）で述べられている批判があるので（同書一三頁）、これに対しても反論しておこう。

なお、西村教授は石田・西原・高木・還暦祝賀論文集「金融法の課題と展望」（平成三年）の中で「債権譲渡と異議を留めない承諾」を発表され、そこでも私見に対する批判がなされているが（同書一三九頁以下）、その主要な点は大体において池田教授による批判を踏襲してなされたものであるからここで特にとりあげる必要はないであろう。なお同教授は私見を指図引受説と名づけられているが、それは不正確であることは序説で述べた通りである。また明石教授が注釈民法一一卷（昭和四〇年）の中で私見を指図引受説と名付けて紹介されているが、それは第二論文を発表する前の私見に対してなされたものであるから、不当とはいえない。

なお明石教授が私見に対する批判として、処分授權（本来の処分授權）の概念はドイツにおいても未だ認められていないと述べられていることに関し一言すると、前述の通り、独逸民法一八五条は明文で処分授權に関する規定を設けており、またこの規定の歴史的沿革、処分授權と代理權の授權の關係についてドイツでは充分に論じられ、明らかにされている（わが国では明文の規定はないものの、有力な学者によって承認されている。一章三(2)(i)(a)、四(2)の末尾の付記参照）ことを指摘しておきたい。

1 両教授は明石教授の批判を引用しつつ、処分授權の概念が抽象的で不明確だと批判される。明石教授の批判への反論は前述した通りである。また、本来の処分授權（独民法一八五条）の法理が、仮定的債務者の処分授權にそのまま妥当しうるか疑問だと批判されるが、私見では両者は基本的に共通した性格を有すると考え（だからこそ上位概念としての一般的な処分授權の概念を措定する）、本来の処分授權に関する法理は仮定的債務者の処分授權に妥当する（そのまま妥当するのでなく、厳格に言えば準用される）ことになる。

なお右にいう上位概念としての一般的な「処分授權」の概念が——下位概念に位する二つの概念に比べて説明が不十分であり——抽象的で不明確だとする批判に対して敢えて反論するならば、私の目ざした所が、假定債務者の処分授權（さらに仮定的義務設定者の処分授權）の概念の確立という目的であり、それは単純に既成概念を整理する営為ではなく、従来気づかれていなかった新しい概念を発見し、析出するという、困難で、創造的な営為であったこと、そしてその目的のためにこの概念と本来の処分授權を比較し、またこの概念と本来の処分授權とを包摂する上位概念としての一般的な処分授權の概念を措定したこと、そしてこの後者の概念は——通説的見解に従って——いわゆる義務設定授權や取立授權・訴訟追行授權などの他の授權とともに授權一般を構成し、そして授權一般は、代理権の授權とともに、広義の授權を構成するとして地位づけたこと、したがって要するに最重要課題は仮定的債務者の処分授權概念の確立にあった以上は、授權論一般の（上位概念としての一般的な処分授權を含めて）議論は——必要な限りで行ったはずであるが、それにしても——二の次の問題とならざるをえなかったことを強調したい（なお以上の分類については私法二七号所収の前掲拙稿を参照されたい）。

2 私の所説に対して「安達教授は処分授權の概念による諸制度の構成を仮説検証とされるが、これはむしろ処分

授權の法理による諸制度の統一的説明であるから仮説演繹の過程であって、諸制度が本来の処分授權の法理に従っているか否かの客観的觀察こそ仮説検証に値する」と批判され、私の所説として「私法二七号」所掲論文を引用される。しかしこれは私の真意を捉えていない理解に基づく批判である。すなわちたしかに私は該論文の末尾で「（私は手形・小切手・指図・無記名債権・債務者の異議なき承諾などの諸制度に）共通する基礎的構成原理としての、仮定的債務者の処分授權という、新たな概念を考えるに到った。しかしながらこれが真に共通な基礎的構成原理をなすものであるかどうかは、より厳密な検証を必要とする。本稿四の部分（注。右概念による右諸制度の具体的な構成を試みた部分をさす）は、このようないわば仮説の検証という意味をもつのである」と書いている。しかしこの表現には、与えられた稿量の制限のために若干舌足らずであつたきらいがある。

右論文より前に発表した第一論文の末尾の部分には、仮定的債務者の処分授權の概念の確立のための諸々の論証にあてた章を終えるにあつて次のように述べている。

「本章につづいて次章以下で、仮定的債務者の処分授權の概念を用い、これを大前提とする演繹的論理の展開によって、債権譲渡における債務者の異議なき承諾・指図・手形小切手・無記名債権等の新たな再構成を試み、右の諸制度に関する法理・判例・学説との照応関係を明らかにすることによって、仮定的債務者の処分授權の概念が、果たしてこれらの制度に内在する共通の構成原理であるかが検討されるはずである。従つて次章以下になされるこの試みは、右の概念の確立という本章の課題にとつても、この概念の現象形態を明らかにし、また、この概念の有用性を実証する意義を有するものであり、その限りにおいて、本章の課題を一層完成させる意義を有するであろう」（前掲拙稿志林六一巻二号一二七頁）。

したがって、右概念による諸制度の再構成それ自体だけで、右諸制度が右概念によって成り立っていることの検証

になる、と考えているわけではなく、それと現実の法規・判例・学説との照応関係を明らかにすることがその検証になると考えているのである。

ちなみに、右に述べたとき、右の概念による諸制度の再構成と現実の法規・判例等との照応関係の検討の意義については、私がドイツで発表した前掲論文（昭和五〇年）の序論の中の「方法論のために」と題する節の中でより詳しく述べているで引用しよう。

「わたくしは、仮定的債務者の処分授權が、すぐれて理論的な根拠から承認されなければならないところの、私法体系における一つの法的概念であることを強調したい。わたくしがこの概念の多数の結合によって構成したところの、指図や手形などの諸制度もまた、厳密に言うならば、すぐれて理論的な根拠から承認されるべき、一つの思考上の構成物である。

かかる思考上の構成物は、現実存する諸制度、すなわち現実の立法や判例の中に存在する諸制度と——両者は互いに酷似しているけれども——区別しなければならぬ。前者は、吾人がそれを用いて後者（すなわち法的現実）を体系的に、且つ現実的に即して把握することのできるための手段である。この意味において、吾人はそのような思考上の構成物を、モデルと名付けることができる。

さようなモデルからの理論的な演繹によって引き出されるところの、具体的な法律問題の解決のための具体的な結論は、法の実践における実際の結論（解決）と時として、喰い違ふことがありうる。個々の諸制度を説明するにあたっては、実際そのような喰い違いが存在しているか否か、またいかなる点について存在しているかを吟味しなければならない。もしさような喰い違いが特定の問題について実際に存在しているならば（そのようなことは後に示されるように極めて稀にしか生じていないとしても）、さような差異が何処から由来しているのかを探究しなければならない。それは立法者の特殊な経済政策的な考慮から生じていることもあり、あるいは支配的な見解が一定の思考方法（固定観念）に捉われているために生じていることもある。また

それ以外の理由によることもある。吾人はこれらの、理論的推論から得られる結論と異なった法的現実の解決に対して評価判断を——事情に応じて、立法論の形において、あるいは解釈論の形において——しなければならぬ。

われわれはそのような説明を、例えば受取人白地の手形の叙述に際して、また、自己宛手形や第三者方払手形や手形法上の利得償還請求権（とくにその義務者やその時効期間）や、小切手における引受の禁止等の叙述に際して、おこなっている。」

吾人が、一方でモデルを法的現実に対置させ、他方で両者の関連を吟味することは、法的現実を体系的に、かつ同時に、現実 に忠実に理解させるためである。もし吾人が、諸制度の説明にあたって、両者を分けることをしないならば、吾人は、体系性の犠牲において現実性を優先させてしまうか、さもなければ、現実性の犠牲において体系性を優先させてしまうか、いずれかになるであろう。」

3 両教授は処分授権の概念が抽象的だとして次のように批判される。「内包が抽象化すれば外延は必然的に拡大し、より多くの諸制度に共通性を見出しうる……。しかし具体的内容の薄い統一的説明が果たして有効であるのか疑わしい」と。

しかしながら、一見して相互に異質と思われる対象を分析して共通な要素を析出し、それによって相互の関連性を明確にしたり、また一見複雑に見えるものを分析して単純な要素に還元して捉えるという操作は、自然科学のみならず、学問的な営為一般にとって重要な方法といえるであろう。私が仮定的債務者の処分授権の概念を析出し、それによって異議を留めない承諾や指図や手形・小切手の再構成を試みるのは、基本的にこのような方法をとり入れたものにはかならない。右の概念が抽象的な概念だからといって直ちにそれが（またそれによる諸制度の構成が）内容の薄い、有用性の乏しいものだということにはならない。問題は析出された右の概念が抽象的であるか否かでなく、それ

が現実の諸事象に適合しているかどうかであり、従ってまたその全体的、体系的な理解のために有用であるかどうか、ひいてはそれらの人為的制御のために有益であるかどうかである。

比喩的にいえば、万物を木・火・土・金・水の五要素によって成り立つと考えた中国古来の五行説は、抽象的な概念を用いるから価値が乏しいのではなく、それが現実の事象と対応せず、従ってその理解にとって有用でないから（それは木・火・土・金・水の各概念が曖昧であることも関係する）価値が乏しいのであり、それに反して、物質を諸分子に還元し、分子を諸原子に還元する近代自然科学の理論は、分子とか原子という抽象的概念を用いつつ、それが物質の現実の事象に適合しているから、従ってその理解と、それに対する人為的制御に有用だから高い価値を有するのであろう。

法学の分野に例をとるならば、ドイツの十九世紀における普通法学は、契約や単独行為また合同行為を分析し、法律行為および意思表示という抽象的概念を析出した。さらに効果意思や表示行為という抽象的概念を析出した。これは私法の全体の体系的把握にとって有用な概念であることは何人も疑わないであろう。それは抽象的であると同時に、現実の私法の実体に適合しているからである。

（逆に抽象的な法的概念が法的現実の透徹した理解にもとづいて、多様なものの中から本質的に共通する要素を抽出して作られるのではなく、単なる外形的な類似性にまどわされて、非本質的な共通性を取り上げて作られる場合、そのような抽象的概念はかえって事柄の正しい認識を妨げる有害な作用をもたらすであろう。私はそのような例として、十九世紀の末作られ、そしてその功績がオットー・ベール (Otto Bähr) に帰せられているドイツ法学上の無因債務ないし抽象債務 (abstrakte Schuld) の概念にもあてはまるのではないかと考えている。これは元来、近代の取引生活上自生的にあらわれて来たところの、手形・指図引

受・無記名債権などの制度に共通する、抗弁切断の効力を生じる無因債務を出発点としつつ、抗弁切断の効力とは無縁な清算契約や無因の債務証書を含む一般的な概念として——ローマ法上の *stipulatio* の概念を加工することによって——構成されているからである（前掲拙稿志林六一巻一号八八頁以下参照）。

ちなみに諸制度の法的現実に適合し、その解明のために有用な抽象的概念と、その演繹的な推論によって導き出される諸制度の構成がいかにして作り出されるか。私は、この問題についても前掲のドイツで発表した論文の序論において、前述２末尾に引用した文章に続けて次のように述べているので参考までに譯出しよう（以下に用いるモデルの意味は前述２末尾で述べているが、右にいう抽象的概念とそれによる諸制度の構成物はこれに該当するといつてよい）。

「モデルを通しての有用な認識は、しかしながら、唯だ吾人が妥当で有効性のあるモデルを開発した時にのみ期待される。そのようなモデルは、首尾一貫性があり、明確で多義的でなく、体系的に形成されていなければならないだけでなく、同時に現実に対する適合性を有していなければならない。

それでは吾人はいかなる方法でそのようなモデルに到達しうるか。

吾人があるモデルを構想したならば、それが法的現実に適合しているか否かを——あたかも仮説を検証するがごとくに——嚴格に吟味しなければならない。このことを通して吾人は、第一のモデルよりも改善された、法的現実によりよく適合するとともに、首尾一貫性や明確性や体系性の目標によりよく適合した、新しいモデルを捉えることができるであろう。吾人は、そのような手続きを繰り返すことによって、最後に、最もすぐれたモデルを発見するに至るであろう。この手続きの過程において、吾人は時として、モデルの構成部分としての、新しい概念を開発することもあるであろう。（吾人は最もすぐれたモデルの場合には、そのモデルにもとづく論理的な演繹の結果と法的現実と比較した時に生じるところの不一致について、その理由を説明しなければならない。）

自然科学においてもまた、これと類似した、しかしながらもっと精確な手続きが適用される。その場合には、モデルの検証のために実験が用いられ、そしてモデルは屢々数式によって表現される。自然科学におけるとは異なって、法律学においては、価値判断が一定の役割を演じる。しかしながら体系的な価値判断は、吟味の対象に対する体系的な認識に基いてのみなしうるのである。

吾人は、有効性のあるモデルの助けを借りることによってのみ、複雑な法律問題の事例についても、その複雑な利益状況を精密に分析することができ、そしてそのようにしてその事例を容易にかつ解り易くとり扱うことができ、それに適切な解決を導き出すことができるのである。

手形・小切手法においては、時として複雑な具体的事例が、特に原因関係に関して、あるいは支払をなした債務者の求償権に關して発生する。後に補論の中で（後出 § 383 参照）具体的な一事例の分析を行うが、それはわれわれのモデルの質の度合いを証明することになるであろう。

（手形法学における）いわゆる創造説や、契約説、またさらに抽象債務の概念や「給付を受領しうる授權」という概念は、——従来そのようなものとして明示的に構成されていなかったし、またそのように名付けられていなかったけれども——一種のモデルとして（あるいは少なくともモデルの一構成部分として）看做することができよう。そうであるならば、吾人はこれらの理論の質の度合いを、前述した尺度にしたがって、すなわち一方で、その首尾一貫性、明確で多義的でないこと、体系的に構築されていること、他方では、それが法的現実に適合していること、という尺度にしたがって判定すべきであろう。」

（追記） 法学者によってなされた、自然科学と社会科学にまたがる理論モデルに関する示唆に富むすぐれた考察として来栖「モデルと擬制」（法協百週年記念論集第一巻（昭和五八年）所収）がある。

4 次に、両教授は、私が公信説に対する批判として「単なる譲渡の事実の承認に債権の存在もしくは内容につい

ての公信力を与えることは不当である」としながらも「譲受人が債務者の錯誤を知らずかつ過失がない場合に、これを保護することによって殆ど公信説と異ならない結果を認める」と指摘しつつ、「公信説に対する右の批判は実際の不当の側面からは、処分授權説にもそのままはねかえていくものと思われる」と批判される。この批判はおそらく、処分授權説による具体的な問題の処理の仕方が、公信力説によるそれと殆ど異ならないならば、公信力説を排斥する実質的意味が無い、という趣旨の批判とも受けとれる。

しかし既に述べたように、両説の間には具体的な問題の処理において重要な差異がある。けだし処分授權説においては、債務者が抗弁事由の存在を知りつつ敢えて異議を留めない承諾をすると、その承諾＝授權には錯誤のような意思表示の瑕疵はないから、譲受人はたとえ抗弁事由の存在を知って譲り受けたとしても、抗弁の切断された新たな債権を取得するが、公信力においては（公信力説だけで処理しようとする限り）、譲受人は善意で譲り受けたときのみ抗弁切断の効力を主張しうることになるからである（また債務者が、抗弁事由が存在するのに、存在しないと誤信して承諾したとき、私見では抗弁事由の種類に応じて区別して処理する。その他、債務者の譲渡人に対する求償権の範囲についても公信説と異った処理が行われる。さらに抵当権や保証人により担保された債権の譲渡の場合にも、おそらく異った処理がなされる。これらについては既に述べた（二章一・二、一章四参照）。のみならず、仮りに具体的な問題の処理において両説が同じ結論をとるとしても、体系的整合性、首尾一貫性、論理的明確性において優劣があるならば、そのすぐれた理論構成が支持されるべきであろう。

5 最後に、公信力説を支持する立場から両教授は次のように批判される（引用の便宜のために数字をつける）「①公信説は単なる政策的立法趣旨を示すにとどまり抗弁切断の法理を明らかにしない、といわれる。②しかし債務者の意

思表示が抗弁を切断しうるのも窮極的には私的自治を原則とする近代法の政策以上にいづるものではないと、いえない。③理論は政策の表わす価値命題を法命題にして構成し、基本的な命題と個々の具体的な命題を整合的に体系づけるものである。④要は具体的な政策が基本的な政策に矛盾しないことである。⑤より以上の理論的説明が必要であるとは思われない。⑥しかるときは動的安全の確保は民法の基本的要請の一つであり、債務者の意思表示による抗弁切断を排斥するものでもなく、異議を留保すれば債務者の利益も保護されるのであるから、譲渡の事実の承認という観念表示に抗弁切断効を認めることは決して民法の基本的政策に抵触するものではない」と。

しかしまず①について前掲拙稿第一論文（志林五九卷三・四合併号九七・九八頁）が引用されているが、この引用は私の真意と、かなり距たる。私は、抗弁放棄説や債務承認説と対比して、鳩山博士によって代表される公信説もしくは禁反言説が（鳩山説は禁反言説と名づけるべきであろうが、その中には公信説と同様な部分が含まれている。四章3C参照）、四六八条一項の政策的立法趣旨に関して、同条を譲受人を保護し取引の安全をはかるための規定と解したことは、基本的に正しいとしながらも、しかしそれを実現するための肉づけとなるべき理論構成において公信説や禁反言説という構成では不充分だった（理論構成が欠けているのではない）、として次のように述べているからである。長文ながら引用する。

「博士の説は、石坂博士の債務承認説と対立しこれを批判して現れたのであるけれども、その批判は、その論理的内在的な欠陥を衝いたというよりは、むしろ政策的外在的なそれに留まった（単に、抗弁放棄説について、抗弁の存在を知ってなす場合にのみ有効になしうるはずだと批判するに留まる）。その点であきたりない所はあるけれども、しかし、四六八条一項の規定を動的な取引安全のための規定として把え、法的価値体系の明確な認識のもとに、この規定の価値的意義を——立法者

によつては未だいわば直観的にしか認識されていなかったそれを——理論的に闡明した功績は見逃しえないであろう。(法律学における重要な一つの課題として、価値体系、——つまり、法的価値判断の基礎となるところの諸の価値とその相互関係——の明確な認識——特にその変化の認識——の重要性を強調するものとして、川島「科学としての法律学」五九頁以下参照)

即ち、鳩山博士は、その著名にして後の学者に大きな影響力を与えた論文「法律生活の静的安全と動的安全を論ず」(『穂積先生還暦祝賀論文集』掲載・鳩山「債権法における信義誠実の原則」に所収)において、基本的な法的価値たる「法的安全」の二側面としての「動的安全」と「静的安全」を論じ、往々にして矛盾するこの兩種の安全の調節をはかることが、法律学上の重要課題たることを指摘し、且つ、現時における民法解釈の指導原理として、取引社会の需要ある限り、動的安全の進歩を図るべきことを主張する。かかる立場から、博士は民法四六八条一項の規定を、債権譲渡における動的安全のための制度として活用しようとしたといつてよい。前掲論文の終りに、動的安全と静的安全の調節という点より考究すべき民法上の制度の一つとして、「債権譲渡に付て譲渡の通知、承諾又は譲渡證書に公信力を付すべきや否やの問題あり」と特に指摘していることは、これを証明するであろう。

もっとも、動取的取引安全のための制度として把握するにしても、それは、法解釈学にとつては、いわばその果たすべき課題が設定されたにすぎない。というのは、法規の有する価値的意義を過不足なく、且つ確実に実現しうるような、法律的論理構成を作り出すことが(具体的事案についての具体的に妥当な解決を第一次的な課題とする裁判とは異なり)、特殊に法解釈学にとつて中心的任務でなければならないからである。これを果たすにあたってはなるべく既存の法概念を借り、またそれに依拠することが不可能なら、既存の法制度の中から、新たな法概念を検出し、それを用いて全体の法秩序と論理的に矛盾することなく、また他の法制度との論理的関連を明かにしうる如き論理構成を作らねばならない。(川島、前掲書八五頁以下は、法律学における特殊な課題としての論理構成の意義について論じ、特に外国法の法概念や論理構成を我国の解釈に導入する際のあり方について鋭い指摘がなされている)

石坂博士は、既存の（独仏を含めて）法律制度や法概念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四六八条一項の価値的意義を無視したといえようが、鳩山博士は、その価値的意義を重視し、法解釈の目標を明らかにしつつも、それを実現すべき肉づけとなるべき論理構成において不充分さを免れなかったといえないであらうか。」

なお、公信力説や禁反言説（鳩山説）が四六八条一項の理論構成としていかなる点で欠陥を有するかは前に述べたから繰り返さない（一章三(3)ア、四章三C参照）。

②の批判については、四六八条一項の異議を留めない承諾を、債務者の処分授權として理論構成する私見は、民法典の前提とする私的自治の原則と動的な取引の安全の要請という原則を調和的に実現させるための理論構成であったことを指摘しておきたい。したがってこの構成が、近代法の担うべき諸価値を、具体的な債権譲渡という問題について実現することを目ざすものであることはいうまでもない（なお、私は単純に、異議を留めない承諾が意思表示だから、意思表示の効力として抗弁切断の効力を生じると言っているのではない。そこから一歩進んで、抗弁切断の効力を生じる特殊な意思表示としての承諾がいかなる性質と構造を有するかを問うているのである）。

③の点については川島教授の「科学としての法学」四九頁以下が引用されている。この命題自体については私も基本的に賛成である。

④⑤については、敢えて異を唱えるほどのことではないかも知れないが、ここでは理論構成が困難な仕事であることの認識が欠けているように思われる。ただし基本的な政策とそれを表わす価値命題は単一のものではなく、複数の、しかも相互に矛盾するところのある場合が多い。そして具体的な問題を扱う個々の法規において、これらの基本的諸政策・諸価値命題をその理論構成（＝具体的な法命題）という形で調和させながら具体的に実現していかなければなら

らない。そしてそれは私法全体の体系と整合性をもち明確な概念をもって構成されたものでなければならぬ。しかしこの作業は必ずしも容易ではないからである。

⑥の批判についていえば、動的安全の確保は民法の基本的要請の一つであることは確かであるが、しかし静的安全を無視してよいわけではない。また債権譲渡の場合の譲受人のための取引安全をはかる必要があると同時に債務者がその意思に反して不当に不利な立場におかれてはならない。まさしく諸利益の調和的実現が必要なのであり、動的取引安全の要請も静的安全と調和させながら実現しなければならない。

公信力説では、単に譲渡の事実を知った旨の債務者の観念の表示に、譲渡された債権の内容について公信力を持たせることになるが、しかし信ずべき外形がない以上、外形を信じた者が保護されることはありえないのだから、かようなことは論理的に不可能である（前述一章三(2)ア参照）。またもし、譲渡の事実を知った旨の債務者の観念の表示に際して債務者がその債権の内容について直接もしくは間接に言及した場合に、譲受人がそれを信じて言及した通りの内容の債権があると誤信した場合、かような譲受人を保護し、譲受人は信頼した通りの債権を取得しうるものとせば（しかし公信説の論者はこのように言っているわけではない）、それは論理的に成り立ちえないわけではない。しかしこのような解決については、他の法命題、すなわち債務を負っていないのに誤って（つまり通護虚偽表示によってでなく）債権証書を作成交付したものは、その債権証書の内容に従った債権が存在すると誤信して譲り受けた取得者に對して、その内容の通りの債務を負うかどうか（一般には否定的に解されている）の問題と整合的に捉えなければならない（一章三(3)ア参照）。

また岡教授は「債務者の意思表示による抗弁切断を排斥するものでなく、異議を留保すれば債務者の利益も保護さ

れる」ことをもって公信力説の根拠の一つとされているが、しかし私見からすると、「異議を留めた承諾」が意思表示なら「異議を留めない承諾」も同じく意思表示と解するのが自然であり、また承諾の中の異議の留保の部分が意思表示であるとするなら、異議を留めた承諾全体も、同じく意思表示と解するのが自然であろう。もしそうでないとすれば、然るべき論証が必要なのではなからうか（なお異議を留めた承諾に関する私見については一章三(2)イ(2)第二末尾参照）。

おわりに一言すると、両氏が本書によって異議を留めない承諾に関する判例についての総合判例研究をされたことについては敬意を表したい。私もこれを心がけており、いずれ発表の機会をもちたい（最近、川井健編「判例マニユアル民判Ⅲ債権総論」（三省堂一九九〇年）の中で債権譲渡に関して十個の（また債務引受については三個の）重要判例の紹介と解説を行う機会があったが、不十分である）。なお近時の判例では公信力説を採用した判例が多いが、処分授權説をとっても同様な解説が得られる事案である場合が少なくないことをついでに指摘しておきたい。また実際の取引の上でなされる「異議を留めない承諾」は取引に関する文例集で見ると限り単なる譲渡の事実を知った旨の觀念の表示でなく、譲渡される債権の内容を確認したうえでそのような債権の譲渡を承諾する旨の表示であり、私のいう処分授權としての意思表示と見るに適していること、さらに起草者の起草委員会での説明もこのような理解にふさわしいことについては既に述べた通りである。

最後に、本稿が石田・西村両教授の批判への反論という形をとりながら、それを機会に（批判と関係なく）私見を補充するための余分な論述をした点があったかも知れない。両教授の寛容を乞う次第である。

補論 池田論文に対する堂垣内助教授の批判に対する池田教授の反論について

本稿を書きあげた後になって、私は池田論文に対する堂垣内助教授執筆の批評（関西の民法学者の共同研究会での議論を踏まえたもの）が法律時報の「民法のあゆみ」の欄に掲載されており（時報六二卷一〇号）、また、それに対する反論として、池田教授「論文批評における方法論の問題」が、その少し後の号に出ていること（時報六二卷一二号）を知った。この応酬を読むことを通して、私は池田論文の方法論的特色をより鮮明に理解することができたと同時に、それまでの私の理解および評価が、堂垣内助教授のそれとかなりの点で共通性をもっていることもわかった。そこで補論において右の応酬に対する私のコメントあるいは感想を述べ、池田論文に対する私の反論および批判を補充することにした（なお本論の部分で述べている池田教授の方法論に対する私の理解は、右の池田教授の反論を読むことにより、一層明確になり、それが基本的に正しくはあるけれどもやや不十分な点があったことも、知りえたのであるが、それはそれとして、そのまま発表し、それとともに補論で補充する形をとることにした）。

一 両教授の批判と反論の要点

① まず堂垣内助教授は「私は、池田教授が、立法過程・母法を遡って、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、という立場にたつて議論されていると考えた（だからこそ「法定効果説」と自称される）。しかしこれに対してはやはり池田教授も、民法四六八条の理論的説明を模索されているのではないか、との読み方が大勢であった」と述べる。

これに対して池田教授は、自ら理論的説明を試みたものであると主張しつつ、堂垣内助教授の右の考えは「おそらく本人が『立法趣旨』の検討と『理論』なるものは無関係であるという独特の理論を前提に考えておられるために」生じた誤読によるものとし、「私が考え、かつこれまでのすべての論文でも実践してきた民法解釈方法論は、『沿革ないし立法趣旨の検討』を『解釈論』ないし『学説上の理論』の形成に有効な一要素として取り込もうとするものであって……したがって私の方法においては、『立法趣旨』（この語も軽率に使えない語で、私は通常『起草趣旨』と書く）の探求はすなわち『理論的説明の模索』の一部なのである、と反論する。

② 堂垣内助教授は続いて次のように批判する。「逆に、池田教授も、理論的説明を模索されているとしよう。そうすると既存の説との優劣は、理論構成の優劣の問題となる。『この問題をドイツ法学によって（あるいはドイツ法学的発想によって）説明するべき必然性、合理性はいったどこにあるというのであろうか』（二二二頁）と批判しても、公信力説を「後代の学者の創作にすぎない」（三三 完四九頁）と批判しても批判にならない。まさにいかに理論的な説明を創作するか、が、それら後代の学者の目的だったのだから」と。

これに対して池田教授は次のように反論される。

「私はまさに私見と既存の説との『理論構成の優劣』を論じてほしかったのだが、堂垣内助教授は残念ながらその分析作業は一切なされず、ただ私の批判は批判にならないとされるのみである。それよりも問題なのは『まさに、いかなる理論的な説明を創作するか、がそれら後代の学者の目的だったのだから』という一文である。ここに、助教授の『立法趣旨』の検討と『理論』なるものは無関係であるという理解が端的に表れているようである。」「私はこの点是这样考えている。法学というものは、必ず先人の業績の積み重ねの上に成り、自然科学のように、全く新奇な発

展というものはない。そこでは新しい『理論的な説明』は（中略）常にこれまでのデータの再検討の中から生まれる。（中略）したがって、もし過去のデータを切り離した形で『理論的な説明』の『創作』をはかる学者がいるとすれば、それは法律学者としては誤った態度である。」

③ 池田教授は右の反撃に続けて、さらに次のように自説を弁護される。

「私見は、わが民法の債権譲渡の法制度がフランスに由来するもので対抗要件主義をとらないドイツのそれとは基本的な構造を異にするのであるから、理論的な説明もまずはフランス法学的（あるいはボアソナード的）発想によって考えてみるべきで、それを怠って短絡的にこの問題をドイツ法学によって（あるいはドイツ法学的発想によって）説明するべき必然性・合理性はいったどこにあるのか、と批判したのである。そして、四六八条一項が①債務者へのサンクションと譲受人の保護（一項本文）と②譲渡人へのサンクションと債務者の保護（一項但書）という二重構造を持った規定として作られていることから、その二重性を完全に見落して単純に譲受人保護、取引安全を狙った規定であるかのように説く公定力説を『後代の創作』と批判したのである」と

④ 堂垣内助教授が「ドイツ法的な道具立てを、ドイツ法的だからということの主たる理由で排斥することは、比較法の可能性を封じる」との指摘が（研究会の席上）あった、と批判するのに対して、池田教授は、この批判を退けつつも「ただ単に系譜の異なる外国法と自国法を比較することと、系譜の繋がる外国法と比較することでは（中略）解釈学上の意義が異なり、直接に（あるいは第一義的に）解釈論の形成要素ないし根拠となりうるのは専ら後者であろうとするものである」と述べる。そして参考文献として池田「民法四六七条におけるボアソナードの復権」（手塚豊教授退職記念論集『明治法制史・政治史の諸問題』昭和五二年）をあげる。

⑤ なお、堂垣内助教授が、池田説自体も批判を免れえないとして、現行民法でボアソナードの起草趣旨が不明確にされてしまった部分について「池田教授は、しかたなく(?) かなりの面で、ご自身による利益較量・理論構成を行っておられるのである(三三 完四三―五〇頁)」とされるのに対し次のように反論される。

「ここでは『利益較量』という言葉は軽々にお使いいただきたくない。世上一般に用いられている意味での『利益較量』は、これまた私が解釈論において神経質に忌避したいと思っているものだからである。私見は(中略) 解釈者が当事者のいずれの利益を保護しようとするかという判断ではなく、そもそも条文の中でどのような利益判断が行われているかを探求しようとしたのである。そして起草趣旨の不明確な場面では、直接の判断材料がなくてもなお起草趣旨の方向性が示されているところはないかを探求したのである。」そしてこれに関する方法論上の参考文献として、津田利治訳・ヘック「利益法学」(慶応義塾大学法学研究会叢書・昭和六〇年)をあげられる。

⑥ 最後に池田教授は、堂垣内助教授の批判に対する反論の総括として「以上、筆者からの最低限の弁明である」としたうえで「批判が当方の方法論を理解された上での批判ならば謙虚に受け入れねばならないが、今回はその点に疑問が残ったのである」と述べられる。

二 私見によるコメント

a 右の①に関していうと、池田教授は右の④に引用されている池田論文(とくに一〇四〇頁および注(11))および右の⑤に引用されている文献、とりわけその訳者序の四頁半は以降にかんがみると、法律意思説を極力排斥し、純粹な(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。このことは異議を留めない承諾に関する池田論文自体からも容易に推測しうることはあるが、右の文献はこれを二層明確に裏付ける。したがって池田教授が

①で、立法趣旨ないし起草趣旨の探求はすなわち「理論的説明の模索の一部である」と述べられているが、むしろ実際には「限りなく全部に近い一部」と解されているように思う。

なお同教授は④に引用されている論文の中で、「近時ようやく盛んとなった民法解釈方法論についての議論は、多く立法者意思説の評価を指向している」と述べ（一〇四〇頁）、近時立法者意思説をとるものとして来栖三郎「法の解釈と法律家」（私法一一号）や同「債権の準占有者と免責証券」（民商三三巻四号）また、石田穰「法解釈方法の基礎理論（一）（二）（三）」（法協九二巻一・二・三号）をあげるが、これらを立法者意思説をとったものと単純には言えない（後述参照）。ちなみに立法者意思説に関する近時の通説的理解を示すものとして、有斐閣・法律学辞典第三版の説明をあげることができようが、そこには「（立法者意思とは）制定に際して立法者が有した意思、これを解釈の準則としなければならないことを主張するのが立法者意思説である。現在では立法者意思は解釈の一参考資料にとどまるとするのが通説。その理由には理論的根拠と技術的根拠とがある。すなわち第一に法は公的なもので立法者の意思は拘束力をもたないこと、第二に實際上立法者の意思を知ること（特に現代の議会制のもとでは）困難であることなどによる（以下略）」と記されている。

したがって専ら起草者の意思（それには⑤で問題になっているように、起草者の意思が不明確なところでは、起草者の推測される意思も含まれている）によって解釈しようとする池田教授の立場からは、起草者の意思を明らかにすることが（あるいは限りなくその大部分が）とりもなおさずその理論的説明になるわけであろう。これに対して堂垣内助教授は、起草者の意思は解釈の一参考資料に留まるとする通説的な立場をとるために、立法者意思の究明を試みるだけの池田論文はそれ以上に理論的説明の模索を不要とする立場だと断じるものであろう。私自身も起草者の意思は

法律解釈において重要ではあるがそのための一資料に留まると考え、その究明だけで理論的説明になるとは考えない。このことはとりわけ、四六八条一項のように、わが民法独特の規定で起草者がその趣旨の説明を曖昧あるいは不十分にしかしていない規定の場合、強くあてはまる。また池田教授が起草者の意思の探求を通して自説として打ち出している説（二重法定効果説）は、実質的な内容においても、私の考えるモデルとしての理論構成の理想像から考えると、あまりにも漠然とした、不明確なものであり、債務承認説や公信力説と比べてみても、具体的な問題の解明のための具体的手がかりがそれによって得られることは困難であり、果たして理論構成の名に値するものか疑問に思う。その点からも、堂垣内助教授が①で二重法定効果を理論的説明に当たらないとされるのは首肯できる。

b 右の②に關していえば、池田教授が公信力説を後代の学者の創作と評する背景として、同教授の採用する立法者意思説（あるいは起草者意思説というべきか）があろう。つまり、一方で起草者の考えをなるべく忠実に反映させて法解釈あるいは理論的説明をなすべきであるとの考えがあり、他方、公信力説が起草者の考えとかけはなれているという認識があるために、公信力説を後代の創作という表現で批難したと思われる。

しかし思うに、第一に起草者の意思ないし立法趣旨の説明は、法解釈にあたって配慮すべき重要な資料ではあるが、そのほかにも、関連する他の法規や法制度との適合性への配慮とか、制定後の判例の流れや取引の慣行との整合性の配慮などにも必要である。しかも法の解釈には、多かれ少なかれ解釈者の主観的価値判断が作用することは否定しえないのであって、従ってそれは「理論的要素と実践的要素、認識的要素と創造的要素……客観的要素と主観的要素の不可分離の結合体である」。（来栖前掲「法の解釈と法律家」はラートブルフ「法哲学」から引用して、かように説いている。「私法」前掲一九頁）。のみならず、個々的な問題を処理するためのいわば個別的な法解釈をふまえつつ、そこから更に進

んで、制度の総合的な考察に至り、制度全体の立体的な構造を明確にしうるような、モデルとしての理論構成を、明確な概念を用いて行うことは、すぐれて創造的な営為といわなければならない。かように、法解釈および理論構成の作業は、単純に立法趣旨を明らかにすれば自らあらわれてくるものでなく、創造的な営為であると解すべきである。

第二に公信力説は、立法趣旨とかけはなれた理論構成であろうか。公信力説がその根拠づけのために法典調査会議事録によって起草者の所説を調べず、またこれを引き合いに出さなかったからといって、必しも起草趣旨を無視したことにはならない。起草者の趣旨は梅博士の「民法要義」からもうかがわれ、またそもそもそれは明文の規定に結実されているのだから、梅博士の著書を参考にし、また文理を尊重した理論構成であれば、一応起草者の意思を尊重したものだといえよう。ところで池田教授は公信力説がドイツ法的な説明だと批難される。しかし一般に公信力に関する制度の最も代表的なものとして、動産物権の即時取得制度があげられることからいっても、公信力説は、四六八条一項の規定を動産即時取得制度に類するものとして理論構成しているといつてよい。その際例えば、実際には存在しない債権を存在すると信じて譲り受けた者を、非所有者から善意で所有権を譲り受けた者に準じて考え、また四六八条一項但書による債務者の譲渡人に対する返還請求権を、所有権の即時取得の場合に問題になる、真の所有者から譲渡人に対する不当利得返還請求権ないし不法行為にもとづく損害賠償請求権になぞらえているといつてよい（なお同教授は公信力説への批判の一つとして、同説では四六八条一項但書による返還請求権の根拠が不明だとされるのが（前掲九号四九頁）、この批判は当たらないことは前述した。三章4d参照）。

しかしいうまでもなく、動産物権の即時取得の制度はドイツ法特有のものでなく、フランス法にも存在しているのだから（仏民法二二七九条）、とりたてて公信力説をドイツ法的説明という必要はない。

ついでに、処分授權の概念によって四六八条一項を理論構成しようとする私見について言えば、たしかに処分授權の制度はドイツ民法では明文で定められているが、これは前にも述べたように元来、ローマ法の時代にすでに認められていた制度であり、一般にローマ法を継受しているフランス法にとって、たとい明文の規定はなくても無縁の制度ではない。わが民法でも明文の規定はないけれども、代理權の授權ないし無權代理の追認に類似するものとして次第に認められてきた（一章三(2)アおよび前掲拙稿・異議なき承諾（一）一〇頁参照）。代理權の授權と処分授權とは歴史的にも直接な関連があり、法律構造の点でも共通性が著しいのであるから、代理制度の存するフランス法にとっても処分授權制度は無縁ではなく、四六八条一項を処分授權の概念によって構成しようとする私見がフランス法の体系と調和しないものではないと考える。

以上の第一、第二をあわせて考慮すると、堂垣内助教授が、公信力説に関連して——もともと池田教授の用いた「創作」の語を借用し、——「いかに理論的な説明を創作するか」が、後代の学者の目的だったと説かれるのは、法解釈の作業が、またとりわけ、ある制度の全体的構造を明確に把握するための理論構成の追究が、創造的な営為であることを考えると、多少の誇張はあるものの必しも誤っているとは思えない。また池田教授は「創作」の語に拘わって、堂垣内助教授の考えは、立法趣旨の検討と理論とは無関係だとする考えだときめつけておられるが、公平な見方とは思えない。堂垣内助教授も公信力説を立法趣旨と無関係の理論構成として捉えつつ擁護されているとは到底思われず、通説の説くように、立法趣旨を法解釈の際に、また理論構成の際に考慮すべき一つの要素であることを認めたうえで、その創造性を主張されているものと思われる。

池田教授は、右の③末尾に紹介した通り、四六八条一項は「①債務者へのサンクションと譲受人の保護（一項

本文」と②譲渡人へのサンクションと債務者の保護（一項但書）という二重構造をもった規定であるのに、公信力説は、この二重性を完全に見落して単純に譲受人保護の取引安全を狙った規定」だと説いているのは、後代の学者の創作だと主張される。池田教授は、起草者の法典調査会での発言などの分析を通して右のような二重構造説の把握に至ったと自ら解されているようである。その際、起草者は、異議を留めない承諾をなす債務者は抗弁事由の存在を知らず、誤ってなすことを予想していたとし、また、抗弁切断効の発生の要件として、譲渡人が抗弁事由の存在について善意であることを、明文では要求していないが、起草者の意思を合理的に推測すれば、さように解すべきだとし、そしてこのような理解を基礎において、四六八条一項の二重構造的性格を自らの理論構成として主張されているようである。

しかし、三当事者間の法律関係において、これに類する二重構造的な性質を有する法律関係は、動産物権の即時取得における真実の権利者と譲渡人と譲受人との三者関係（前述参照）や表見代理における本人と表見代理人と相手方との三者関係（善意の相手方は信頼した通りに保護されるが、本人は表見代理人に不当利得や不法行為を理由に償還請求権や賠償請求権を取得する）、また債権の準占有者に対する弁済における債権者と債務者と準占有者との間の三者関係（上述に類似した関係が生じる）などについても見出すことができる。のみならず二重構造的な法律関係それ自体は、他人の権利の譲渡の場合、所有者が譲渡を同意（処分授權）することによって、あるいは事後的な授權としての追認をなす場合にも見出しうる。というのは授權の効果として、譲受人の権利取得を生じ、他方所有者は譲渡人に対して委任に基づく債権などを取得するという形での二重構造を生じるからである。同様なことは代理権の授權などにも生じる。従って二重構造的な関係それ自体は四六八条一項に特有なものでなく、むしろ、少なからざる場合にも見出しうる、あり

ふれた法律関係といふことができる。従つて四六八条一項の理論構成は、それが二重構造的関係だというだけでは極めて不充分であり、むしろそれが他の場合といかに共通し、また異なるかを具体的に明らかにし、同項の立体的な構造を一義的な概念によつて明確に示しうるものでなければならぬ。そのような理論構成であつてはじめて、具体的な問題の処理の際の指針として役立つ。単に二重構造的関係だといふ一般的な説明からは、理論構成が本来有すべき機能を果たしえない。なお、前述したように教授は、公信力説は完全に二重構造的性格を見落していると言われるが、このような見方は公信力説の最も重要な側面を無視したものといわざるをえない。

なお私は、公信力説に加担するものでなく、それが現実の妥当な法的処理と適合しえない点を有するとして批判するけれども、一つの理論構成の試みとして有益であり、それはより正しい理論構成を作り出すためのステップになりうると思ふ（私にとつても処分授權説を考える手がかりとなつた）。しかし二重構造説はあまりにも抽象的な説明であるために、それは反証可能性に乏しく、従つて積極的に誤つた説だといえないけれども有意義な説とはいえないのである。

d 右の⑤の問題に関していうと、池田教授は「起草趣旨の不明確な場合には、直接の判断材料がなくとも、なお起草趣旨の方向性が示されているところ」を探索したとして、堂垣内助教授による、池田教授自身が自らの利益衡量をしているとの批判を否定し、さらに利益較量は自ら神経質に忌避しているところだと主張される。客観的に見ていずれが正しいかの判定は必しも容易ではなく、水掛け論に終る可能性はある。

しかしながら法典調査会で、梅博士が債務者と譲渡人が通謀して異議を留めない承諾をなす場合があることを述べているにも拘らず、池田教授はこれを考慮せず、債務者は通常、誤つて異議を留めた承諾をなすと起草者は考えてい

たとして（本稿第三章5(3)(d)参照）、これを前提にして、譲受人の善意を四六八条一項の効果発生要件であると解釈している点を考えると、必しも起草者の意思を忠実に再現しようとする態度ではないともいえる。また特に、公信力説を批判して「たしかに現行民法起草者においては、異議を留めない承諾を信頼した譲受人の保護は考えられているが、それは、徹底した取引の安全や、指名債権の流動化を狙ったものとは言いがたいのである。（中略）また今日の風潮として、指名債権の譲渡、特に担保化のための譲渡は頻繁におこなわれる傾向がある。しかし、そのような傾向と、民法における指名債権の理論的・体系的位置付けとは別個の問題である。流動化のためにリスクと煩雑さのある指名債権を、そのリスクと煩雑さを承知の上で流動化しようと試みることは自由であるし、なお社会的にその必要があるならば、指名債権の流動化の保障は、四六八条の解釈論とは別個の技術によってなさるべきであろう。」（三三三頁）と説かれるとき、現在の取引の実情を前提にしたうえでの指名債権の流動化に関する一定の政策的配慮が——債務者の承諾という形での流動化の促進に反対するという消極的な形で——なされており、まさしく利益較量がなされているといえないであろうか（ちなみに私見の構成では、指名債権流動化のために債務者の異議なき承諾が利用される場合、池田教授のいう「リスクと煩雑さ」が除去され、それは取引の要求に適合することについて前述二章3末尾参照）。

つぎに、本人が自分は価値判断にもとづく利益較量をしていないと主張すること、もしくはそのように信じていることと、実際にそれをなしているか否かは別であることを指摘しておきたい。

これについては碧海教授の次の言明を引用したい。

「ヴェーバーが繰返し力説したように、また法学界においては民法学者来栖三郎教授も強調したように、客観性の最大の敵は擬似没価値性であり、主観性を「客観性の名のもとに」主張することであり、自ら科学的選好を行いな

がらそのことを自覚しないかあるいは故意に隠蔽することである」(碧海「新版法哲学概論」二五二頁)。

なお、右のように法の解釈(池田教授の場合にはこれは起草者の意思の解釈に直結する)において、主観的な価値判断にもとづく利益較量が避けられないことを直視することによって、一方では、解釈者の解釈の結果に対する主体的責任の自覚が要請されるとともに(来栖前掲論文参照)、他方では、多かれ少なかれ主観的な利益較量によって一定の結論を導いたとき、その過程を結論の理由として明示することが要求されることにもなる(近時の有力な解釈方法論としての利益衡量論はこのことを強調する。有斐閣新法学辞典「利益衡量」の項目参照)。

e 前述④の問題に關していえば、池田教授は、四六八条一項と系譜的につながるフランス法およびこれを基礎とするポアソナードによる旧民法を解釈論の根拠というが、系譜的につながるドイツ法を根拠にすることは殆どできないという趣旨である。しかしながら、

(ア) 前述したとおり、一方でわが民法は全体として見れば、フランス法もさることながら、ドイツ法を継受した部分も少なくなく、(特にその編別の方法)、その他、当時のすぐれた立法例を数多く参照して作られているのである(現行民法四六八条の原案が法典調査会で審議された際、旧民法正文のほかに十二ヶ国の立法例の諸条文が参照条文として掲げられている。池田(二二五五頁)。しかも制定から百年近くも経っている現在、わが民法は諸母法を混然融合し、わが国情に合った独自の民法体系を多かれ少かれ作り出して来たと見るべきであろう)。

他方、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、商品交換経済を基盤にした法体系であることから基本的な類似性がある。したがって、たしかにわが民法は、物権変動の對抗要件主義と並んで債権譲渡についても、ドイツ法と異り、フランス法的な對抗要件主義を採用しているけれども、債権譲

渡の効力に関する抗弁の承継ないし対抗の問題を含めて、債権譲渡制度一般について、それがフランス法的な制度だからという理由だけで「ドイツ法学によって（あるいはドイツ法学的発想によって）説明すべき必然性、合理性がない」とはいえないであろう。

（イ） もっとも、仮りに、四六八条一項の起草過程における起草者の趣旨説明や、そのもとになっている、ボアソナードにより起草された旧民法草案、またこれを若干修正している旧民法正本さらにはフランス民法の沿革を遡って調べることによって、同条の構造が直ちに明確にされ、民法体系上の地位も明らかになるならば、それ以上の研究は不要になるといえるかも知れない。しかし、右のような研究方法によって池田教授が到達されたはずの二重法定効果説は、私から見ると決して満足のいくものではない。その具体的な批判についてはここで繰り返さない（四章2参照）。

思うに、一般に、ある規定の理論的説明のために、起草者の述べる立法理由やその沿革を知ることが、重要ではあるが、しかしそれはそのために参考にすべき資料に過ぎない。とりわけ四六八条一項の場合、起草者の起草趣旨は法典調査会議事録などによって大体は理解できるが、必しも明確でない。とくにその理論的性格の説明は曖昧である（層々引用するように、起草者は同項の効果を「極く厳格ニ言ヘバ、法律ガ新ニ義務ヲ負ハセル」とか「本来ヲ云ヘバ法律ガ新タナ義務ヲ負ハシタ様ナモノデアル」と説明する）。したがってこれだけをこねくり廻したとて適切な理論の手がかりは得られない。

それではこの規定のもとになったボアソナードの旧民法の規定あるいは系譜的につながるフランス民法の規定からこれが得られるだろうか。フランス民法一二九五条（債務者の無留保承諾に、相殺の抗弁についてのみ切断効を認める）を拡張解釈し、ほぼすべての抗弁についての抗弁切断を認めようとしたコルメ・ド・サンテールらの見解をボア

ソナードが受けついで、旧民法草案および旧民法正文（両者の間に若干の差があるが）が作られ、一応すべての抗弁について抗弁切断効を認めたが、そこでは、現行民法四六八条一項但書の定める、債務者の譲渡人に対する求償権に相当する規定は——池田教授はこれに異論があるかも知れない（池田（二）四五頁）が、しかし、少くとも明文上——なかった（従って解釈上、債務弁済の抗弁にまで切断効を認めることはできなかった。三章5(5)・(6)参照）。

右の求償権を正面から認めた現行民法は、旧民法やフランス民法の規定との間に著しい飛躍があり、両者の構造に質的な変化を生じたといってもよい（私は前にこれを換骨奪胎の語であらわした。なお、私は、今のところ明確な証拠があるわけがなく、いわば傍証による推測であるが、これについてドイツの民法学者デルンブルクの説の影響があったのではないかと推測している。第三章5(6)中段参照）。従ってその限りで、現行民法の理論的説明のために、旧民法やそれ以前のフランス民法それ自体の研究はさほど大きな意味をもたないと思われる（勿論、その系譜的つながりを詳細に追究された池田教授の労作は、法史上上の価値ある業績であることを認めるに吝かではないけれど）。

現行民法四六八条一項の理論構成の探求のためには、むしろ、これと類似する他の法制度との比較検討を手がかりとすることが意義があるのではなからうか。債務承認説も公信力説もまた指図引受説や処分授権説もこのような方法を取り、その際、後者は前者の欠陥を克服しようとして主張された（前述②で池田教授が言われるのと異なるシチュエーションで「法律学というものは必ず先人の業績の積み重ねの上に成る」。その際、私は前述のように、公信力説も処分授権説も、ともに、池田教授の所説と異り、これをフランス法と無縁の説とは考えていないことを重ねて指摘しよう（前述b後段参照）。

ちなみに池田教授による四六八条一項の比較法的研究としてのフランス法の研究は、残念ながら、新しい部分につ

いてなされず、せいぜい一九〇二年のプラニオールの民法概説など今世紀初頭のものまでしか言及されていない（コルメ・ド・サンテール説は十九世紀の未から少数説に確立したが、しかし判例にはこの流れをくんで、承認を債務約束とする判例もあったことが紹介されている（二一 三二頁））。戦後の学説、とりわけ判例の動向を紹介して頂きたかった（私は旧稿でプラニオール・リペールの一九五四年版の概説書の該当箇所を——註記されている、承諾に抗弁切断効を認めた若干の判例の要旨の紹介をも含めて——翻訳しているが（志林五九卷三・四合併号五四頁）、もちろんこれだけでは不十分である）。

また右のようにフランスで、学説の動向と対照的に承諾に抗弁切断を事実上認めている判例があること、そうして同様なことがドイツについてもいえるように思われること（拙稿志林五九卷三・四合併号五九頁）から考えると、ドイツやフランスでも、指名債権譲渡においても、一般的な抗弁切断のための制度を——手形や指図のような場合に限ることなく——設ける取引上の実際的要求があり（そしてこれにこたえて抗弁切断の法理を承認するためには明確な理論的根拠づけが必要だが）わが民法四六八一条条はそのための参考になりうるのではないかと私は考えている。そうしてこのような目的で四六八一条一項を外国に紹介することは比較法学の任務の一つではないかと思う（なお私はドイツで出版した拙著「手形・小切手法の一般理論」においてわが民法四六八一条一項を簡単ながら紹介している）。

f 上述⑥についていうと、堂垣内助教授の批判は、池田教授の方法論を知らずになされたものというより、むしろ池田教授の方法論自体を具体的な形で批判したものであるというべきではなからうか。私も、少くとも四六八一条一項に関しては、池田教授の方法論をもつてしては、その正しい理論的説明ないし正面から理論構成に到達することは困難であると思う。池田教授は、一言でいえば、純粹な（あるいは素朴な）立法者意思説の立場を採用されているように思われる。立法者意思説の意味とこれに対する通説の側からの批判については既に述べたが、池田教授のそれについて

さらに検討しよう。

(ア) 同教授の方法論は立法者意思説というよりも起草者意思説といったほうが正しいようである。しかも法典調査会での議論と並んで、そのもとなつた旧民法正文を、さらにそのもとなつたボアソナードによる旧民法草案（これが法律取調委員会の審議を経て同正文となる）を、同じような比重をもって、（あるいは一層強く）、同条の解釈の根拠として重視される。同教授がボアソナードを強調される所以である。そしてボアソナードに多大の影響を与えたものとし、更にコルメ・ド・サンテールの所説にまで遡られるのであるが、しかし、彼によるフランス民法一二九五条の拡張解釈は、フランス民法同条の起草者意思と遠く距るものではなからうか。そうだとすると、フランス法については起草者意思説からの逸脱を不問に付しつつ、わが民法については起草者意思説を、しかもいうなればボアソナード意思説を、少くとも建前として、貫こうとするのは矛盾しているのではないか。現行民法とかなり異っているボアソナードによる旧民法草案を現行民法解釈のため、あるいはその理論構成のための参考にすることは、必要であるとしても、これを「解釈の根拠」とすべしというのは行きすぎた立法者意思説ではなからうか。

現行民法四六八条一はフランス民法やボアソナード旧民法を換骨奪胎して出来た、わが民法独自の、世界に誇るべきすぐれた立法であり、指名債権譲渡また担保権設定の取引において取引の安全確実をはかるために實際上広く用いられている（これが広く用いられていることは池田教授も認められる。前述d中段参照）。民法施行以来百年近い実績をもつわが民法四六八条一項の理論的説明ないしその理論構成にあたって、その規定の立法の沿革を参考にすべきではあるが、それ以上に、取引の実態を考慮してそれに適合した理論を、また百年近く経過して多かれ少なかれ独自の体系を形成するに至つた日本民法の全体の体系に適合した理論構成を探索すべきではなからうか。

また敢えて付言すると、四六八条に系譜的つながりのないドイツ法学による（またドイツ法学的発想による）説明では駄目であるとか、禁反言法理の援用（鳩山説）は沿革上英法の直接の影響がない以上は比喩的説明にしかならない（池田（三）三〇頁）という考え方は、——そうしてこのような考え方は近時、多少の揶揄の響きをもって語られる独法派と仏法派の対立と結びつくと思われるが——百年も前の民法典制定史における古色蒼然たる仏法派と英法派の対立を思い出させるものであり、取引法の国際的統一化の必要が増大し、ヨーロッパ大陸でもECによる連邦制が推し進められている現代の世界の動向に、背を向けた考え方とはいえないであらうか。

（イ）池田教授は④であげられている池田「ボアソナードの復権」の中で、立法者意思説をとるものとして来栖教授の諸論文をあげ（池田前掲一〇四三頁注一一）、とくに来栖「債権の準占有と免責証券」（民商三三卷四号四七七頁）をもって『起草者の考えた規定本来の意味』を確定することの意義を重視し、その実践を試みたものとして嚆矢とされる、と高く評価する。しかしこの論文は、実は「法（判決）と法源（制定法）」を区別すべきこと、制定法そのものは不変であり、歴史的に定まるが、しかし制定法そのまゝが判決となるのでなく、制定法と異った判決が為されることがある」との考えにもとづき、これを「納得のゆくものとするためには、判決がいかに制定法と離れて為されているかを具体的に示す」ために、「四七八条の規定も、その後の判決によって」起草者の考えた四七八条の「本来の意味とは異った意味を与えられている」ことを示した論文である。そして判決によって新に与えられるに至った意味（すなわち拡張解釈や類推解釈）を直ちに否定しようとするのでなく「制定法と異ったことが、判決となり、法として適用している」「これを近代法の中における「生ける法」の一つの現象形態である」として是認しようとする立場である。従っていわゆる立法者意思説を単純に法解釈学方法論として採用しているとはいえないと思う。（なお池田教

授は最近、民法四七八条の解釈・適用論の過去・現在・未来」を発表されたが（慶応義塾大学開設百年記念論文集・法律学科篇）、フランス法から継受した沿革を重視し、同条の拡張解釈に対して批判的な立場を維持される。私も同条には関心をもっており「弁済供託の理論構成」志林八六巻四号（昭六三年）の中でとりあげている。関心の中心は、有効な弁済をなした債務者が、準占有者から、その受領した物を取返しうるか、債権者の追認後も取返しうるか、という法律関係を含めて、準占有者への弁済をめぐる法律関係の全体的な構造についての理論構成である。ここでも処分授權の概念を用いて理論構成を行っている。）

（ウ） 同じように池田教授は石田穰教授の論文をあげられているが（前述二a参照）、これとても、立法的意思説をとったものと単純にはいえない。石田教授は、たしかに解釈の規準として第一に立法者意思をあげられる。しかしまず立法者意思とは何かを問うて、立法者意思とこれに準ずべき準立法者意思（起草者意思もこれに含まれる）を区別する。また立法者意思あるいは準立法者意思説明の方法について幾つかの規準を立てつつ、これらによって法律の内容を明らかにしえないとき、法律の欠缺として扱うべきものとされる。（なおこの立場からすると、四六八条一項の起草者の説明が不明確である限度で、法の欠缺があるものとして扱うべきことになると思われる。）また右の諸基準により明らかにされた立法者ないし準立法者意思も、無条件で解釈の基準になるわけではない。それが不合理な意思であるとき（例えば憲法に反する場合、相互に矛盾する場合、立法趣旨に反する場合など）解釈の基準とならない、このときも法律の欠缺を生じる、とされる。従って石田教授によると法律の欠缺を生じる場合がかなり広くなる。そしてかゝる場合の主なる補充方法は条理だとされる。そして条理とは法律と調和する法命題だとして、これを構成するための各種の方法や基準（類推解釈・反対解釈・一般的法原則など）を詳論されている。以上のようにして石田教授の主張する解釈方法論は、立法者意思説だとしても、それには広い範囲の制限の付せられた、括弧付きのそれだといわざるをえない。

(エ) 池田教授が前述⑤にあげる「ヘック・利益法学」も立法者意思説を標榜するが、池田教授のようにリジッドには立法者意思への拘束を考えていないように思われる。津田訳の同書から一部を引用すると(同書五二九頁以下)、「裁判官が法律に依拠して其の裁断を獲得する為めの思考〔活動〕全体を総称して、屢々「解釈」と謂うが、〔此の意味での〕解釈を正しく処理するには、其の〔解釈と謂われる〕諸々の思考〔活動〕の中で行われる各種の部分行為、特に〔1〕法律上の命令確認〔の行為〕、〔2〕狭義の命令解釈〔の行為〕〔3〕場合により行われる推進形成『*Fortbildung*』〔の行為〕、を差異しなければならない。私は前二つの部分行為の為にのみ、「歴史的解釈」を主張した。夫れは判例上専ら支配的な〔解釈〕であり、又今後も要請され〔る解釈〕、而も唯一の許容された〔解釈〕と私の考える解釈である。(中略)無論私は裁判官の仕事が之に尽きるとの意見を主張したことは未だ嘗てなく、寧ろ之とは別異の意見、即ち時間と共に事情の変化があれば、裁判官は其の時代遅れになった命令の補足、及び時に其の改作に依り、時間的順応 *zeitliche Anpassung* を行わなければならない旨主張した。私は此の時間的順応に対し些かも反論することなく、却って其の時間的順応が生活価値ある諸成果を供給し得る〔には如何すれば宜しいか、其の〕諸方策を〔明らかにする様〕要求するに過ぎない。」

右の文章からは、ヘックの立法者意思説が、実は現実の社会の状況を考慮しないで歴史的な立法者意思のみによって裁判規範を確定しようとする態度と程遠いことは明らかであろう。そもそもヘックの利益法学の特色は、一方で、法の無欠缺性を前提として法体系の論理的操作によって裁判をなしうとするいわゆる概念法学と、他方では、法の欠缺を承認しつつ裁判官の自由裁量による創造的機能を是認する自由法論の二つを統一し、対立を止揚しようとして生れてきたものというべきである。そのため、一方では「法律への忠誠」(*Geeizestreue*)を強調し、他方では法の欠

缺と裁判官の創造的機能を是認するが、この両者を結びつける媒介項となるのが「利益」および「利益衡量」概念である。すなわち

「法規を法概念の成果としてでなく、利益衝突 (Interessenkonflikt) に対する解決基準の表現として把握し、解決を要する現実の利益対立を法規によって權威的に決定されている利益衡量に従って解決すべきである。このように法規の概念内容にとどまることなく、その根底にある立法者の「利益」評価に遡ることによって、法創造的に法の欠缺を補充することが可能となる」(磯村哲「利益法学」、有斐閣民法法学辞典増補版)。従って裁判の基準となるべき立法者意思の内容は、立法者の利益衡量であり、それを基準とすることは法律への忠誠の要求を満たすとともに、解決を要する現在の利益対立を現実の事態に即して妥当に解決するための方法でもある。

このように考えると、ヘックの利益法学の立場からは、本稿で問題となっている四六八条一項の解釈についても、現実の取引の実情を考慮せずに、起草者の意思だけを基準にしてよいことにはならないはずである。

もっとも池田教授が参考文献とされた右「ヘック・利益法学」の訳者である津田教授による訳者序においては(同書四頁以下)、わが国では従来、法学方法論として「専らヘックの極力排撃する客観的意味解明のみがなされ、ヘックの主張するような歴史的探求に依り確認される立法者の意見を積極的に重視する者は殆ど皆無に近かった」とし(その唯一の例外が故・神戸寅次郎教授であった、とされる)、その原因を、現行民法典がドイツ民法第一草案を模範として改編されたことから、英仏法学が退けられて「ドイツ法学が我国法学に君臨」し、当時、ドイツで新興の有力学説であった客観説をわが国の学者が無批判的にとり入れこれに追随したためだとされる。そして目的論的現代法学や自由法説や法社会学的傾向も、さらには近時有力な利益衡量論もすべて客観説の流れに沿ったものであり、利益衡量論と利

益法学は名称は近似するも系統は別であり、混同は許されない、と説く。そして利益法学を紹介する我国の学者の「解説の大部分は、自由法説や法社会学的立場に固執する側からの歪曲的又は否定的批判に包まれて居る」とされる。以上のような見方は、利益法学を極端で硬直した立法者意思説と見るもので、かなり偏った見方であるように私には思われるが、池田教授の考えもこれに近いのであろうか。

g 法規の解釈や理論構成にあたって、立法者ないし起草者の意思を検討し、これを基本的な参考資料として、重視すること自体は、私も賛成であり、私自身旧稿において法典調査会議事録やボアソナードによる旧民法正本の理由書なども調べて参考にしている。しかし私は起草者の意思のみに拘わるべきでないとして池田教授の方法論を批判するわけである。

池田教授の方法論で私の見地から批判すべき第二の点は、既に述べているが重ねて指摘すると、――右の第一点と関連性があるが――理論構成の意義と方法の問題である。私は、四六八条一項の全体的構造を、民法の体系上の地位を明らかにしうるような形で、一義的で明確な概念を用いて呈示し、しかもその構成が具体的な問題の処理に適合し、問題解決の確な指針となりうるような、従ってまた毒にも薬にもならないような漠然とした「理論」でなくて、それが正しい理論構成であるか誤ったそれであるかを検証しうるようなものであることが必要だと考える。

h ちなみに私の考えるかような理論構成（とりわけ、仮定的債務者の処分授權の概念による、四六八条一項の構成および指図や手形・小切手の構成）は既に述べた通り（五章2・3参照）、科学理論におけるモデルの観念に類するものと考えているが、このようなモデルとしての理論構成を作りあげることとは、イエーリンクが「ローマ法の精神」の中でいっている、より低度の法学に対するより高度の法学（die höhere Jurisprudenz）としての構成（Konstruktion）に類するも

のと私は考えている。つまり、前記拙稿「手形法における参加・複本……」で述べたことだが（志林八八巻一、号八六頁以下参照）、イエーリンクは、あたかも化学の世界において、あるいは博物学において、物質が諸要素から成り立っているとして捉えられているのになぞらえて、法学の世界においても諸法規、諸制度を分析し、これを成り立たしめている法的諸要素（*juristische Körper*）を析出し、これを用いて新しい法的形成物（*Rechtsgebilde*）を創造的に組み立て「そしてそれによって、立法者や裁判官によってなされたところの、元来概念構成の形成を、本来的に学問的・体系的な形成に転化する」（エリック・ヴォルフ「偉大な法思想家たち」（*Erik Wolf, Grosse Rechtsdenker, 1960*）六三八頁）ことを高次の法学の課題としての「構成」として捉えているが、私が考えている「仮定的債務者の処分授權」の概念は右にいう法的原素に担当し、またこの概念によって構成される、異議を留めない承諾や指図また独商法上の商人指図証券や商人債務証券や無記名債券、さらには手形や小切手のモデル（理論構成）はイエーリンクのいう「法的形成物」に類するものと考えられるわけである。（なお前掲津田訳「ヘック・利益法学」は *juristische Körper* を法学的物体と訳しているが（同書一九頁）イエーリンクが法学を化学になぞらえていることから考えると、法（学）的要素（もしくは元素）と訳することが正しいと思われる。なお村上淳一「ドイツ普通法学の錯誤論」（同「ドイツの近代法学」（一九六四年）所収）では、法的実体と訳されている（同書二五頁）。また K. Larenz の法学方法論 *Methoden Lehre der Rechtswissenschaft* (1960) の邦訳である米山隆「K・ラレンツ法学方法論」（一九九一年）では「法律学的すがた」と訳されている（同書三五頁）が、正しい訳語とは思えない。）

なおイエーリンクは、右のような「法（学）的形成物」の構成にあたって留意すべき基本原則として、第一に、所与の法素材をカバーすべしという原則、第二に、矛盾があってはならないという原則、第三に、美しくあれという命令を掲げているが（前記拙稿八六頁参照）、私も、モデルとしての理論構成において同様なことが必要だと考えている。

(右の第二と第一の原則は、私の表現を用いると)「そのようなモデルは、首尾一貫性があり、明確で多義的でなく、体系的に形成されていなければならないだけでなく、同時に(法的) 現実に対する適合性を有していなければならない」(本稿五章3)。ここでいう法的現実とは、現実の法規・判例・取引慣行・支配的学説を指す)。

なおごく最近に至るまでの長い間、概念法学といえは、あたかも、誤った法律学の代名詞のようにいわれ、そして概念法学の頂点をなすのがイエーリンクの構成法学であるとされてきたが、近時はドイツでもわが国でも概念法学は再評価され、イエーリンクの構成法学も見直されていることは前稿(志林八八巻一号九一頁)で述べた通りだが、とくに大塚「初期イエーリンクの匿名論文について」東海法学四号(一九八九年)を参照されたい(従来、イエーリンクは目的法学を唱えるにあたって、従前の概念法学を自己批判したといわれているが、このように見解に対して疑問が持たれている)。

〔後記〕

自説が批判されたからといって、むきになって反論するのは、年甲斐もないことのように思えて、われながら苦笑を禁じえない気持ちがないわけではない。

しかし反面、今まで自分が三十年以上もかけて積み重ねてきた研究を簡単に批判され、否定されてはたまらないという意地もある。真意を表現するためには、失礼を顧みずに直接話法で反論を述べざるをえなかった不器用さについては幾重にもお詫びしたい。過剰防衛の過ちを犯しているかも知れない点についても同様である。

それはともかく本稿が少なくとも法解釈学方法論について問題提起をなした意味はあると思うが、いかがであろうか。

なお、これまでの、債権譲渡や手形・小切手法の研究をまとめたものを、近いうち信山社から「手形・小切手法の民法的基礎」と題して出版する予定である。また「仮定的債務者の処分授權」の概念を用いて、電信送金契約や銀行振込、振替の法律関

係を解明する研究を、これに続く課題として予定していることを付記する。

指名債権譲渡における異議を留めない承諾、再論（安達）