

法解釈学(実定法学)方法論と債権譲渡の異議を留めない承諾：池田真朗教授の続稿に因んで

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)

91

(号 / Number)

4

(開始ページ / Start Page)

43

(終了ページ / End Page)

127

(発行年 / Year)

1994-03

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00010855>

法解釈学(実定法学)方 法論と債権譲渡の異議 を留めない承諾

——池田真朗教授の続稿に因んで——

安達三季生

(吾術は、見えるものを再現するのではなく、(見えないものを)見えるようにするのである——パウル・クレー)

序章 本稿の目的と構成

第一章 前稿における反論と批判の概要

- 1 安達説に対する池田教授の批判
- 2 池田教授の法定二重効果説
- 3 安達説批判に対する反論
- 4 法定二重効果説に対する批判
- 5 道垣内教授の池田説批判

付録 太田知行教授との往復書簡

第二章 池田第二論文に対する批判、特に一般的な問題点

法解釈学(実定法学) 方法論と債権譲渡の異議を留めない承諾(安達)

1 切断される抗弁の種類の制限

2 對抗不能の意味

3 譲受人の善意

4 曖昧な概念

5 立法者意思説をめぐって

6 立法資料の読み方

7 理論構成の方法と比較法(フランスの学説)

8 カピタンの指図による構成

(ア) はじめに

(イ) 私見による指図引受説について

(ウ) カピタンの指図説と池田教授の理解

(エ) その検討

第三章 個別的諸問題について

1 債権譲渡に際しての債務者の承諾の意味——債務の承認と仮定的債務者の処分授権

2 異議なき承諾をなす相手方

3 抗弁切断のために必要な譲受人の主観的要件と債務者の善意・悪意

4 二重譲渡と異議なき承諾

5 債務者の譲渡人に対する求償権

6 異議なき承諾と抵当権

(ア) はじめに

(イ) 池田説の基本的立場

法學志林 第九十一卷 第四号

(ウ) 私見の基本的考え方

(エ) 実質関係

(オ) 物權變動の對抗要件

(カ) 私見のまとめと最近の判例

(キ) 池田説への疑問

第四章 むすび

補論一 「仮定的債務者の処分授權」の概念に対する清水千尋教授の疑問に答えて

補論二 処分授權説が難解であることについて

序章 本稿の目的と構成

(1) 池田真朗教授(慶応大学)は、四年前「指名債権譲渡における異議を留めない承諾」を発表された(「法学研究」六二巻七・八・九号、平成元年)。これを以下池田第一論文と呼ぼう。

ここでは、異議を留めない承諾に関する四六八条一項の規定の沿革、とくにフランス民法二二九五条の規定がわが民法に継受される過程を詳細に紹介しつつ、この規定の理論構成に関するわが国の主要な学説(債務承認説、禁反言説、公信説および処分授權説(安達説))を批判し、かつ同教授の独自の説として法定二重効果説を主張された。私は、この論文に対する批判を昨年三月に発表した拙稿「指名債権譲渡における異議を留めない承諾、再論——池田真朗教授および石田・西村両教授の批判に答えて——」(志林八九巻三・四号三頁以下)で行なった。(これを以下安達第三論文と称する)その主要部分は、池田教授による、従来の主要学説の批判、とりわけ私の主張した説(処分授權説)の批判に対する反論の部分と、池田教授自身の法定二重効果説に対する批判の部分とから成り立った。

(なお右拙稿(安達第三論文)は、その冒頭で、私の主張する処分授權説——それは昭和三十七年から三十八年にかけて法学志林

法解釈学(実定法学)方法論と債権譲渡の異議を留めない承諾(安達)

四五

に発表した拙稿「指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾(一)(二)(三)」(志林五九巻三・四号、六〇巻一号、六一巻二号)(以下、これを安達第一論文と称する)を経て、昭和四三年に谷口・加藤編「新民法演習」所収の拙稿「債権譲渡」(以下、これを安達第二論文と称する)で、例題解説の形でではあるが、一応完結させた——につき、幾つかの補充的説明を(とりわけ①異議なき承諾による抗弁切断の効果を生ぜしめるための譲受人の側の主観的要件(善意・悪意)、②債務者の譲渡人に対する求償権の範囲とその理論的根拠、さらに③二重譲渡と異議なき承諾の関連について)行なっている。(また右拙稿では、池田教授の批判への反論につづいて、かつて石田・西村両教授によって私の主張する処分授權説に対して、とりわけその方法的な問題の側面に対してなされた批判(石田(喜) 〓西村「債権譲渡と異議を留めない承諾」(叢書民法総合判例研究25昭和五一年、一三頁以下))に対する反論も併せて行なった。)

したがって安達第一、第二、第三論文の関係についていうと、第一論文は、従来の主要な学説を批判し(そしてその中で、法典調査会の議事速記録を参照にしつつ、起草者の立法趣旨をも検討している)、かつ独自の理論構成を提唱するための基礎的作業として、異議なき承諾(その他、手形・小切手や指図等)における抗弁切断の法理の基礎的構成原理としての「仮定的債

務者の処分授權」の概念の析出とその確立を目ざしたものであり、第二論文は、この概念を用いて、異議なき承諾に関する主要な具体的諸問題を解明したものである。そして第三論文は、池田教授の批判を契機にして、第二論文の補充を行ったものである。

ところで池田教授の右第一論文に対しては、その発表の後、間もなく——安達第三論文より先に——法律時報六二巻一〇号書評欄でとりあげられ、神戸大学教授道垣内氏が担当された。それは主として法解釈学方法論に関するものであった。そしてこれに対する池田教授の反論が直ちに同じく法律時報六二巻一二号に掲載された。私は、安達第三論文脱稿後になって、この応酬に気付き、私の基本的立場が道垣内教授のそれに極めて近いことも知ったのであるが、右応酬に対する私のコメントを——本論の趣旨をより明確に表現する意義をもつものとし——補論の形で安達第三論文に付加することにした。

さて池田教授は、私の第三論文の発表と殆ど時を同じくして（その直後に）「指名債権譲渡における異議を留めない承諾の要件と効果」（法学研究六五巻四号、平成四年四月）を発表された（以下池田第二論文と称する）。これは、池田第一論文が異議を留めない承諾に関する「総論的検討」であるのに対し、「それらの考察に基づいて」た「いわば解釈論の各論部分にあたる」も

のとされている（法学研究六五巻四号二頁）。池田第二論文はその発表の前後関係から明らかのように、安達第三論文による池田第一論文の批判をふまえたものではなく、またそこでは安達第三論文に対する反論も含まれていない。もっとも、その後、池田教授は、右の二篇の論文のほか、四六七条に関してかつて発表された論文数篇をも含めて、指名債権譲渡に関する従来の研究論文をまとめた単行本「債権譲渡の研究」（日本評論社、平成五年五月）を出版された。その「追記」の中で、安達第三論文に対する反論を七頁にわたって試みられている。もっともこの反論は、私が第三論文で最も精力的に行なった法解釈学方法論に関する批判についてのそれだけでなく、むしろ四六八条一項に関する立法の沿革に関連した「立法資料等の読み方」に関する反論である。

本稿（安達第四論文）は、まず、池田第二論文（併せて右著書の「追記」）に対する批判を行なうが、それは安達第三論文における池田第一論文に対する批判・反論と基本的に同一の立場に立ちつつ、いわはその延長線上において、池田第二論文の提起する具体的な要件、効果論に関連して批判を行なうものである。第一章では安達第三論文の簡単な紹介・要約を行ない、第二章では池田第二論文に対する概括的な批判を試みる。第三章では、池田第二論文の提起する個別的な問題をとりあげ、池

田説を批判するとともに私見を述べる。その際、安達第三論文のいくつかの点についての訂正も行なう。

なお、安達第三論文は、法解釈学方法論の問題をとりあげており、それに関連して平井宜雄教授の最近の法解釈学方法論に関する論文（とくに「法解釈学の合理主義的基礎づけ」法協一〇七巻五号）にも言及している。ところで安達第三論文を発表して間もない頃開催された日本法社会学会（一九九一年五月十日、於大阪大学）で、平井教授の法解釈学方法論が、シンポジウムのテーマとして取りあげられた（「法解釈学の新しい潮流——とくに平井説の意義と評価」）。そこで司会をされていた太田知行教授（東北大学）はもともと旧知の方ではあるが、安達第三論文に関心をもって頂けるかと思ひ、抜き刷りをお送りしたところ、長文の感想と批判の手紙を送って頂いた。私にとつて非常に有益で示唆に富むだけでなく、学問的に重要な問題提起がなされており、これを私信だからといって筐底に蔵するのは惜しいと思ひ、これを私の論文の中で紹介させて欲しいとお願ひした。幸いにも快く承諾して頂いたので、私から同教授に宛てた返信とともに第二章の終りにこれを掲載させて頂くことにした（なお一、二の点で表現を改められた）。同教授の御好意に心から感謝したい。

前述したように、私の主張する四六八条一項の理論構成は、

法解釈学（実定法学）方法論と債権譲渡の異議を留めない承諾（安達）

「仮定的債務者の処分権」の概念による構成である。この概念を一個の法概念として確立するための詳細な論証を前記第一論文の（三）で行なっている（志林六一巻二号参照）。その後、この概念に対する疑問が、処分権概念について詳細精緻な研究をされている清水千尋教授（立正大学）から提起された（立正法学後掲参照）。その主要な論点について、本稿の末尾（補論一）に紹介し、かつ私の反論を述べる。

ところで私の主張する理論構成については、従来、太田教授の書簡でも言及されているように、難解だとして敬遠される傾向があったようである。そこで私の立場から、何故に難解と受けとられているのかを説明したい。補論二でこれを取りあげる。

第一章 前稿における反論と批判の概要

右に述べたように、本稿は池田教授の総論的な第一論文を批判した安達第三論文をふまえ、その延長線上において、各論的地位をしめる池田第二論文を批判することを主な目的とするものであるから、最初に——一四〇頁もの、長大に過ぎるきらいのあった——安達第三論文で詳細に行なった池田第一論文に対する反論と批判の要点を簡単に述べておこう。

「補説」処分権概念による構成の概要と債務承認説・公信

説に対する批判

今まで発表した拙稿を読まれない人の便宜のために、ここで簡単に、私の主張する仮定的債務者の処分授權の概念による異議なき承諾の理論構成を説明しておこう。それについては、まず、従来の主要な学説であった債務承認説と現在の通説ともいうべき公信説を批判しておこう。

(a) 石坂博士による債務承認説は、債務者の異議なき承諾を独逸民法七八〇条以下に定める無因の債務承認ないし債務約束だとして説明しようとする説である。しかし独逸民法上の無因の債務承認も無因の債務約束も抗弁切断の効力を有しない（その点で指図引受や為替手形の引受あるいは約束手形の振出によって生じる特殊な無因債務と異なる）。すなわち、債務者が存在しない債務を存在すると誤信し、そしてこれを原因債務として、無因の債務約束や債務承認をなし、そしてこれによって生じる無因債権の譲渡がなされても（あるいは存在しない債権の譲受人に無因の債務約束や債務承認をしても）、債務者は譲受人に対して原因債務の欠缺を理由とする不当利得の抗弁によって、無因債務の支払を拒みうる。したがって債務者が譲受人への弁済の義務を負うことを前提にしたうえで、債務者が譲受人に不当利得法理にもとづいて求償しうるとき関係は生じない。以上の点は、四六八条一項の定める抗弁切断の効力とこ

れを前提とする但書と適合しない（安達第一論文（一）志林五九卷三〇四号六七頁以下参照）。

次に公信力説は、四六八条一項の異議なき承諾を字義通り「前条ノ承諾」すなわち債権譲渡の第三者に対する對抗要件としての承諾と（したがって譲渡の事実を知った旨の觀念の表示と）同じものと解し、そして法がこれに対して、取引安全をはかるために、抗弁事由の不存在を信頼しうべき公信力を与えたものとして解する説である。これは鳩山説（この説は一方で「前条ノ承諾」を字義通り解して、異議なき承諾を觀念の表示と解するが、しかし他方で禁反言法理によって、異議なき承諾を信頼した譲受人を保護する趣旨と説明することを通して、事實上、異議なき承諾の本来の性質を、債務承認説と同様に、抗弁切断の効果を生じる一種の意思表示と解せざるをえない結果となる）から出発しつつ、同条を動的安全のために法が認めた制度と割り切つて捉えることによって、鳩山説の矛盾を克服しようとした我妻博士の説明から始まると思われる。これに対する私見による批判としては、對抗要件としての承諾は、譲渡された債権の同一性を示して承諾すれば足り、従つてその内容（金額など）を示さずに、発生原因や発生時期を示してなせば、それで足りる。したがって公信説が、かかる承諾に、債権の内容についての公信力を与えようとするのは矛盾している（實際

には五〇万円の債権を一〇〇万円の債権だと称して譲渡する場合を想定せよ。仮りに、四六七条の承諾をなす際に、債権の内容を示してなした場合でも、これに債権の内容についての公信力を与えることは——例えば、債務者が五〇万円の債権証書を債権者に交付する際に、誤って金額を一〇〇万円と書いてしまった場合でも、これを信じて譲り受けた譲受人は保護されないことと比べて——無理ではなからうか。また公信説は譲受人の善意を要求するが、債務者が抗弁事由を知りつつ取立て異議なき承諾をするときは、譲受人の善意・悪意を問わなくてよいはずであり、それならば異議なき承諾を、特殊な意思表示と見るべきではないか(以上前掲論文(一) 志林五九卷三・四号一〇三頁以下)。(なお右拙稿執筆の当時、前述したような形で債務承認説を批判したものはなく、また公信説に対する批判としても於保教授が、「債権総論(昭和三四年)二八四頁の注の中で公信力の語は、権利存在の表象に与えられる権利取得の効力のみに限定すべきこと、および、債務承認説を否定するためには、抗弁切断の法理を明確にする必要がある旨を、述べられていたほかには、正面から批判したものはないことを指摘しておきたい。なお星野「民法概説III(債権総論)」(昭和五〇年)二一〇頁は右述の批判を大筋において採用して頂いているように思われる。池田教授の債務承認説・禁反言説・公信説に対する批判については、池

田第一論文・法研六二卷七号三頁以下および法研六二卷九号二九頁以下参照。なお本稿末尾の補論四(追記)で池田教授の公信説への批判を私の立場から批判している。)このように四六八条一項の異議なき承諾を「前条ノ承諾」と異なり、一種の意思表示と見るべきではないかとの疑問から出発して、私は「仮定的債務者の処分授權」の概念による構成へ到達した(異議なき承諾を指図引受と解する構成(前掲論文(二) 志林六〇卷一号)は、そこに至るまでの過渡的な構成である。これについては本稿末尾補論二参照)。

仮定的債務者の処分授權の概念による構成を説明するためには、まず本来の処分授權制度、すなわち独逸民法一八五条が明文で定めており、またわが民法では明文の規定はないが学説・判例上認められている制度、を説明する必要がある。例えばAの所有物をBが自己の名でCに譲渡(処分)するとき、Cは所有権を取得しえないのが原則である。しかし所有者たるAがBC間の譲渡前に同意し、もしくはその後を追認すると(その相手方は代理権の授權と同様に、譲渡人・譲受人いずれでもよい)、Cは所有権を取得する。このとき所有権を失うAはBに求償権を取得する。右に述べたAの同意・追認が本来の処分授權である。(このような処分授權は、歴史的にも論理的にも代理権の授權ないし無権代理の追認と密接に関連する)。右のご

とき本来の処分授權に準ずるものとして次のごとき関係が認められるべきである。すなわちBがAに対して実際には一〇万円の債権を有していないのに、一〇万円の債権者であると称してCに譲渡（処分）したとき、Aがこれを予め同意し、または事後的に追認したとき、CはAに対して一〇万円の現実の債権を取得する。そしてAがCにこれを支払うと、AはBに求償権を取得する。以上のごとき関係におけるAの同意・追認が、仮定の債権の譲渡（B・C間の譲渡）に対する仮定的債務者（A）の処分授權である。そして指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾が、かような仮定的債務者の処分授權に相当すると考えるのである。

1 安達説に対する池田教授の批判

池田教授による従来の主要な学説に対する批判としては、第一に、わが民法四六八条の異議なき承諾に関する規定はフランス法を母法とし、ポアソナードによる旧民法の草案を受け継ぐものであるに拘らず、従来諸学説はこれを無視し、ドイツ法的概念構成を行なうものである、という。

第二に、とりわけ私の主張する処分授權説に関し、それが指名債権譲渡の異議なき承諾による抗弁切断の法理を手形、小切手などの有価証券における抗弁切断の法理と同じ理論で説明し

ようとしているとして批判し、両者は異質的なものであり、後者の法理でもって前者を説明するのは誤っている、という。

第三に、私が旧稿（安達第一論文）で、旧民法と現行民法の差を強調し、旧民法では現行民法四六八条一項但書の規定（異議なき承諾によって二重払いの不利益などの不利益を負わされる債務者を保護し、譲渡人に一定の求償権を認めた規定）に相当する規定が存在しないことに着目し、このことに対応して旧民法では、異議なき承諾をなした債務者の保護のためには、切断される抗弁の範囲を狭く解せざるをえないのに対し、現行民法ではその範囲が無制限でありうるのであって、その意味で、現行民法は文言上は旧民法を受け継ぐものではあるが、内容的には換骨奪胎したものである、と主張したのに対し、池田教授は、両民法の同一性を強調し、私の理解が誤っていると批判される。

第四に、(a) まず、池田教授は、私の主張する、実際には存在しない債権の譲渡に対する（仮定的）債務者の処分授權という概念が、果たして独民法上の処分授權（すなわち無権利者のなす処分に対する権利者の承諾ないし追認）の一種として是認しうるかについて疑問を提示するとともに

(b) 実際問題として、存在しない債権の譲渡に対して債務者が、その不存在を知りつつ敢えて承諾したり追認することは

——その過誤によってなす場合はありうるけれども——あり得ないと批判する。そして現行民法の起草者も、安達の理解するところと異り、それが通常債務者の過誤によって生じると明確に述べていると批判する。さらに(c) 安達説は、一步譲って、譲渡された債権が全額の弁済などによって不存在となり、譲渡人が無権利者であったときにはあてはまるとしても、譲渡された債権が一部弁済されていたときのように譲渡人が無権利者となっていないかたときには当てはまらない、と批判する。

2 池田教授の法定二重効果説

池田教授が自ら主張する法定二重効果説は、同教授によると、起草者の立法趣旨を重視した理論構成であるが、まず同教授は、債務者の異議なき承諾を、債務者の「意思的行為」であり、それは「単なる觀念の表白でないが、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とは「譲渡に協力し、譲渡の対象たる債権の存否、内容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しているの意思、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」であるとされる。そして四六八条一項は、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」とされる。他方、

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。かくして「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」とされる（法研六一卷九号四五頁）。

3 安達説批判に対する反論

前掲1で紹介した池田教授の安達説批判に対する私の反論を要約すると

第一の批判については、ドイツ法もフランス法も、ローマ法の影響を受けた大陸法系に属し、共通性が少くない。処分授權説が前提としている無権利者の処分に対する権利者の授權の觀念はすでにローマ法において認められており、また公信力説が基礎としている善意取得の制度はフランス民法でも認められている。他方、わが民法はフランス法的な旧民法を土台にしているが、一般にドイツ法の影響も著しく、とりわけ四六八条一項

但書（二重弁済の危険などの不利を負う債務者に譲渡人に対する求償権を認める）はドイツの民法学者デルンブルヒの所説を採り入れたと見る余地がある。

第二の批判についていうと、指名債権譲渡における抗弁切断の法理と有価証券譲渡におけるそれとは共通性があることは否定しえず、また両者の間には歴史的にも密接な関連性があることにかんがみ、両者を関連させてその理論的構造を追究する必要がある。なお安達説は両者に共通する基礎概念として、新たな「仮定的債務者の処分授權」の概念を析出しているのであつて、有価証券法における既存の概念を指名債権譲渡の抗弁切断の説明のために借用しているのではないことを指摘しておきたい。

第四（a）の批判については、まず、仮定的債務者の処分授權の概念はこれまでわが国でもドイツでも認知されるに至っていない概念であるが、抗弁切断法理を構成する基礎的概念として論理的必然性のある概念であること、を私は信じている。この概念の確立のために行った論証の詳細については旧稿（安達達第一論文（三）志林六一巻二号三三頁以下）を参照されたい。なおその後、この概念を是認しうるかについて、授權概念一般を研究されている清水教授から疑問が出された（清水千尋「授權（Ermächtigung）に関する基礎的考察——とくに処分授權を中心

にして（二）——（六）（立正法学二二巻三〇四号、一三巻一・二二号、一七巻一・二二号、同四号、二二巻一・二二号、二二巻一四四号）これに対する私の反論は別稿の中で発表する予定であるが、さしあたって要点を本稿末尾の「補論」で述べることにする。

また第四（b）については、近時のいわゆるバブル経済の中で、債務者が債務の不存在を知りつつ、譲渡人と通謀して異議を留めない承諾をなした事例がマスコミによって報道されていること、また現行民法の起草者も、さような通謀による異議なき承諾がありうることを認めていることが法典調査会の議事速記録によっても窺われることを述べて反論した（これについては後にあらためて言及する）。

第四（c）について反論すると、例えば一〇〇万円の債権のうち六〇万円分が既に弁済されている債権を譲渡人Aが一〇〇万円の債権だと称してCに譲渡したとき、私見では次のように構成して説明する。すなわち一方で現実に存在する六〇万の債権が同一性を保ちつつAからCに譲渡されるときにも一〇〇万円の仮定的債権がAからCに譲渡され、そして仮定的債務者Bの異議なき承諾がなされると、Cは——Bに対する六〇万円の債権とともに——Bに対する一〇〇万円の現実的債権を取得する。そして右の両債権は経済的に同一目的を有するのだからBのCに対する一〇〇万円の弁済により、右の両債権は消滅するとと

もに、BはAに対して四〇万円の求債権を取得することになる。この関係は、あたかもAがBを支払人とする一〇〇万円の為替手形を振出し、同時にBに対する資金関係上の債権を——實際に六十万円の債権なのに——一〇〇万円の債権と称してCに譲渡し、そしてCが右為替手形を引受けてCに百万円支払う関係に類似する。

第三の批判についても詳細な資料をあげて反論した。

4 法定二重効果説に対する批判

池田教授による二重法定効果説に対する私の批判の要点を安達第三論文を引用しつつ述べると

a まず同教授の方法論が問題になる。池田説の特色は、立法の沿革を重視し、起草者の立法趣旨に忠実に沿って四六八条一項を捉えようとする態度であろう。たしかに起草者の考えた立法目的やそれによって解決しようとした利害対立の実際的な情況を理解することは重要であり、それはいわば同条の理論構成のための出発点であり、最も基礎的な資料といえよう。しかし立法事業はすぐれて実際のな仕事であり、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、念頭において行なわれるのであって、従って大雑把な概念を用いたり、論理的には必ずしも厳密でない議論

が行なわれ、従ってまた解明されないブランクの点や曖昧な点が残されるのはやむをえないことである。立法者の立法趣旨をふまえつつ、他の関連あるいは隣接する諸制度との関連を明らかにしたり、関連する外国法と比較し、また現実の取引の實際や判例（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ない、その理論的な性格を明らかにすることが、その後の時代の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る。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、さほど意味あることとは思えない（志林八九卷三・四合併号八七頁）。

b このような方法論上の基本的な立場から池田教授の法定二重効果説を批判すると、まず池田教授は異議なき承諾を意思表示でないが、単なる觀念の表示でもない、いわば中間的な「意思的行為」であるとし、そしてその性質を様々な、文学的ともいうべき多彩な言い廻しで説明しようとされるが、私から見ると論理的に曖昧な説明である。のみならず、教授は他方、「意思的行為」であるはずの異議なき承諾が、場合により意思

表示であり、また場合によっては觀念の表示でもあるとする。すなわち「債務者が、個別的具體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なうかは、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……承諾は、意思表示とみるのが適切な場合も、単なる觀念の表白とみるのが適切な場合もありうる」とされる（法研六二卷九号四八頁）。かような多義的な概念を用いた理論構成は理論構成としての価値に乏しいのではなからうか。

c 同教授は、抗弁切断の効果を法が一律に与えた効果とされ、そしてその要件として譲受人の善意を——明文に規定はないが——要求され、その根拠としては、第一にポアンナードによる旧民法草案が、異議なき承諾の方式として、確定日付ある証書によることを要求したのに比して、現行民法が承諾に何等の方式を要求していないために、現行民法のもとでは「簡略な形での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。」そこで保護バランスを取り戻すため譲受人の善意を要求すべきである、とされる。（しかし思うに、それならば現行民法のもとでも、異議なき承諾が実際に確定日付ある証書でなされている場合には、旧民法と同じように、譲受人の善意を要求しなくてよい、といえるはずではなからうか。）第二に起草者の意思の推測をあげられる。

ちなみに同教授が善意のみ要求して無過失を要求しない理由としては抗弁切断の根拠を「公信説のように外観信頼保護」におくのではなく、また「譲受人の態様から譲受人保護を導くのではなく、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」とされる（法研六二卷九号五〇頁以下）。しかし同教授は前述のように、自ら異議なき承諾がその行為の外観上意思表示と見るべきときもあれば単なる觀念の表白と見るべきときもあるといわれるのであるから、それならば抗弁切断の生じるための譲受人の主観的要件も夫々の場合に依じて区別して論ずべきであり、場合によっては譲受人の善意・悪意を問わず、また場合によってはその善意を、さらに場合によっては善意無過失を要求することもあって然るべきではなからうか。

ちなみに私見では（a）債務者が異議なき承諾を抗弁事由を知りつつ敢えてなすときと（b）抗弁事由なきものと考えたために誤って（動機の錯誤によって）なすときとを区別して、論じ、（a）の場合には譲受人の善意悪意は問題にならないが（b）においては、譲受人が債務者の錯誤につき悪意有過失のとき債務者はその無効を主張しうると解する。また（b）の場合抗弁事由の種類に応じて区別して扱う。すなわち①一方で債務不存在や消滅の抗弁のときと他方で②相殺の抗弁や同時履行の抗弁のときとで区別して扱う。すなわち②の抗弁は——①の

抗弁と異なり——債務者がその存在を知りつつ敢えて異議なき承諾をなす蓋然性が多いことにかんがみ、たといたまたま債務者がこれらの抗弁事由を知らずに誤って異議なき承諾をしたときでも、債務者は、かかる抗弁事由を知りつつ（しかし債務者の錯誤は知らずに）譲り受けた譲受人に対して、錯誤による異議なき承諾の無効を主張しえない——譲受人は債務者の錯誤を知らなかった点について過失はないから——と解すべきである。

これに反し、①の抗弁のときは、一般に債務者がかような抗弁事由を知りつつ敢えて承諾することは稀であることにかんがみ、債務者が抗弁事由の存在を誤認して承諾したとき、譲受人は債務者の錯誤自体を知らずとも、抗弁事由の存在を知りまたは重過失により知らなかったならば、通常の注意力ある譲受人なら錯誤にもとづく承諾なることに疑を持つべきであるに拘らず、疑をもたずに漫然と譲り受けたのであるから、債務者の錯誤を知らない点につき過失があったというべきであり、債務者はこれを理由に承諾の無効を主張しうる。以上のような理解は起草者が法典調査会において四六八条一項の効果を「本来をいえば法が認めたようなもの」「極く厳格に言えば法が認めた効果」と表現する趣旨とも合致するように思われる。

d 池田教授は、前述したように、四六八条一項但書は、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の規定だとされ、法定効果を定めたとされるが、ここでいう法定効果の意義も漠然として不明確であるように思われる。ここでいう法定効果は、任意規定による効果の意味であるが、内容的に求償権に関する規定と見た場合、それは委任にもとづく求償か、事務管理によるそれか、それとも不当利得法理によるのかを論じる必要がある。

ちなみに私見では、同項但書は、債務者が異議なき承諾をなしたことによって負担した損害や出捐の求償を認める趣旨の一種の例示規定であり、実際は債務者が譲渡人から頼まれて異議なき承諾したとき（実際の取引においてはこれが断然多い）と、頼まれずに好意でなしたときと、さらに譲渡人の意思に反してなしたときとにより、この求償権の根拠は夫々委任、事務管理、本人の意思に反する事務管理（その効果は不当利得の効果と同じ。民法七〇二条三項参照）となり、それに応じて求償の範囲も異なる。端的に言えば、同項但書は、法典調査会での起草者の説明では、不当利得に基く求償権の特則であるが、上述のような同項但書の解釈により、これを補充・修正すべきであると考えられる。後に詳述する。

e 池田教授は四六八条一項が三者間の利益のバランスを計る苦心の条文というが、その正しい理論構成の追究のためには、

取引における三者間の利益の調整が問題になる、他の諸々の法律関係、例えば他人の物の譲渡における処分授權や善意取得をめぐる所有者と譲渡人と譲受人の関係、代理や表見代理における代理人と本人と相手方の関係ないし無権代理人と本人と相手方の関係などと比較・対照しつつ、その法的構造を検討する必要があるのではなからうか。三者間の利益のバランスを計るための苦心の条文というだけでは素朴な説明であり、法条をめぐる具体的な問題解決のための指針となりうるような理論構成とはいえないのではなからうか。

なお、小さい問題であるが、敢えて付記すると、教授は「四六八条一項の抗弁喪失効は単なる譲受人の外観信頼保護のみでなく、そのような不合理な承諾をした債務者へのサンクションとしての意味をも持つて規定されている」と述べる（法研六五巻四号五二頁、その他、池田第二論文ではサンクションの語が数ヶ所用いられている）。この語の語感からすると、教授は、債務者が誤って異議なき承諾をすることを非難さるべきことのように見ているとの印象をうける。しかし私見では、通常、譲渡人が、譲受人をして安心して譲り受けようようにするために、予め債務者に異議なき承諾をしてくれるよう頼み、それに応じて債務者がこれを行なうのであって（第三章2参照）たとい、債務者が誤ってなしたとしても、それは社会的に非難すべきことではあるまい。なお債務者

が抗弁事由がないと思って誤って異議なき承諾をするのは、私見では動機の錯誤による意思表示と解するのであるが、これは同時に、刑法学でいう「認識ある過失」に相当する場合が少くないのではないかと考えている。

（ちなみに教授は第二論文で、「抗弁切断」の語に代えて「抗弁喪失」の語を用いるべきことを新たに提唱されている。これについては後述第三章2後段参照。）

5 道垣内教授の池田説批判

前述のように、法律時報誌上でなされた道垣内教授による池田第一論文の批判と、それに対する池田教授の反論についての、私のコメントの要点をごく簡単に述べると、まず道垣内教授は池田論文を次のように批判される「私は池田教授が立法過程の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することは不要であるとの立場にたつて議論されていると考えた。しかしこれに対しては（共同研究会の出席者の中では——引用者注）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、との読みが大勢であった」と述べつつ、仮りに「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。」「公信力説を「後代の学者の創作にすぎない」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」と批判される。これに対し、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、道垣内教授は、立法趣旨の検討と理論なるものは無関係だとする独特の理解を前提に考えて批判している」と反論し、とくに道垣内教授の用いる「創作」の語に強く反撥し、この表現は右の独特の理解を端的に示すものであり、「もし過去のデータを切り離したうえで「理論的な説明」の「創作」をはかる「学者がいるとすれば、法律学者としては誤った態度である」と反論される。

思うに池田教授が「創作」の語に強い反撥を示され、また池田教授がその法解釈学方法論として間接的な形ではあるが、立法者意思説を主張されるところから見ると、池田教授における立法趣旨ないし起草趣旨の探求は、理論的説明の模索の、いわば「限りなく全部に近い」一部であろう。法解釈学における理論構成のあり方、その役割に関して前述したような(4a参照)立場をとり、正しい理論構成を追求する作業が、——立法の沿革や起草者の起草趣旨の配慮から出発すべきは当然だが——すぐれて創造的な営為であると考える私見の立場からも、池田教授の「理論的説明」の模索としての法定二重効果説が、果たして債務承認説や公信力説や処分授權説における理論的説

明と同様な意味で、理論構成を追求したものが疑問であり、仮にそうであるとしても、二重法定効果説は、用いられている概念が曖昧で、不明確である点からいっても、すぐれた理論構成といえないのではなからうか。なお池田教授は法解釈学方法論として立法者意思説を主張し、来栖教授や石田(穂)教授や、またさらにはヘックの利益法学がこれに立脚すると主張されているが、果してさように解しうるかについても安達第三論文で検討した。また近時有力な、中間理論としての理論構成無用論の有する意義についても検討し、さらに私の主張するモデルとしての理論構成がイェーリンクの主張した構成法学における法的原素 (Juristische Körper) ないし法的構成物 (Juristische Gebilde) に類することについてもそこで論及したことを指摘しておく。

付 録 太田知行教授との往復書簡

太田教授から私あてに

拝啓 (中略)

過日は、「指名債権譲渡における異議を留めない承諾 再論」の抜刷を御恵与賜りまして、有難うございました。平井教授の論文に対する先生の見解部分についてわざわざ付箋をつけて

下さいましたが、この機会に先生の処分授權説を勉強しておきたいと思いました。(中略)

処分授權説は難解だ、という話を以前から聞いておりまして、覚悟を固めて読みだしたのですが、非常に明晰で *imprecation* の広い理論で、読んでいて大変 *stimulating* でした。

債權讓渡を本格的に勉強しておりませんので、このように精緻な理論を充分には咀嚼できてはいないのですが、拝読して一番気になった点は、やはり、乙(讓渡人)が甲(債務者)に対して現実に a 債權を有していた(抗弁権付の場合を含む)場合に、乙から丙(讓受人)への a 債權讓渡につき甲が異議を留めない承諾をすると、丙は、 a 債權の外に、仮定的債權 β の債權讓渡と授權との結合の効果として β 債權をも取得する、という点です。先生の法律構成ですと、丙の β 債權取得は、仮定的債權に関する乙、丙間の債權讓渡契約、および、甲の「異議をとどめない承諾」という意思表示(または、場合に依っては表見法理)の効果だ、ということになり、従って、丙が a 、 β の両債權を取得するためには、①、乙が両債權を讓渡する意思であったこと、および②、甲が、 a 債權の乙→丙の讓渡の了知を通知したこと、および、 β 債權につき処分授權する意思であったことを、乙及び甲の意思表示の解釈に基づいて認定しなければなりません。乙及び甲の意思表示の解釈としてはかなり

無理なのではないでしょうか。先生の御見解が、手形振出の場合とパラレルに法律構成することを目指していただけること、この構成が担保の法的処理の説明を容易にすることはよく理解できますが、 a 債權一本(これが不存在だった場合には仮定的債權の処分授權、抗弁付であった場合には抗弁が付着していないものとして同債權を処分することの授權)で構成するのは無理なのでしょうか。

法学における理論もしくは法律構成の重要性、平井教授の論文に対する評価に関する先生の見解には大筋で賛成です(川島先生は、実際には、あれほど、法律構成、概念構成のキチンとした論文を書いていられたのに、その法学方法論の論文が、法律構成軽視の風潮を助長したとは、皮肉としか言いようがありません)。平井教授の反論可能性の強調には賛成なのですが、この点では、学説の法律論と判例の判決理由における法律論とは区別する必要があるのではないかと、思っています。判例の場合には——特に、最高裁判例では——、一定の準則を權威的に定立するわけですから、或る問題について学説や下級審判例がまだ充分議論をしていないのに、あまり、明晰な基準を定めますと、その後、下級審がそれを具体的事案に適用する場合に逃げ道がなくなり、不当な結論を避けるために事実認定を操作するか、あるいは、実質的妥当性を考慮せずに、機械的に準則

を適用するかしてしまふのではないでしょうか（松田、大隅両判事が活躍された時代の最高裁判第一小法廷判決にはこの傾向があったように思います）。ですから、最高裁判例が、「特段の事情のない限り」という安全弁を用意したり、事例判決をしたりにすることを、反論可能性が乏しい、という理由で非難することには疑問を感じます。また、利益衡量論の積極面については先生の評価にも賛成です。最近では、利益衡量論の評判が悪いのですが、利益衡量論を評価するときには、星野教授の方法論だけを対象とすべきではなく、「利益衡量」という名で実際にはどのような推論が行なわれていたのかを、実作にあたって吟味する必要があります、と思います（たとえば、加藤、星野、米倉、幾代、鈴木教授とそれぞれ違うのではないのでしょうか）。先生の言われるモデルの構築や概念的思考の重視、あるいは、平井教授の主張は教条的思考とは違はずですが、利益衡量論批判が、今度は、（無意識の内に）教条主義礼賛をもたらすのではないか、という予感がします。最後に、池田教授の「立法者意思説」に対する先生の批判にも、全面的に賛成です。川名、石坂両教授以来のドイツ法学の撰取を全面的に否定する見解は、大いに疑問です。（中略）敬具（一九九二年）七月一八日 太田知行

私から太田教授あてに

拝啓

先日は長文のお便り頂いて有り難うございました。お忙しいところを時間を割いて読んで頂き、大変有り難く思います。

（中略）

まず、学兄が私の考えをよく理解して下さい、また期待していた以上に評価して頂きましたことは、誠に嬉しく、激励されました。

御指摘頂いた、 α 債権と β 債権の関係についての、私の考えている構成は、かなり技巧的で、かつ擬制的だと批判されても仕方ないことは、私もある程度認めざるをえません。しかしながら①全く存在しない十萬円の債権を譲渡し、それに対して異議を留めない承諾をする場合と②実際には三萬円の債権を十萬円の債権だと称して譲渡し、それに対して異議を留めない承諾をする場合とを同じ理論で捉えようとするならば、③同時履行の抗弁権や相殺の抗弁の付着した債権を、その無い債権だと称して譲渡し、それに対して異議を留めない承諾をする場合や④さらには何等の抗弁権の付着しない債権の譲渡と、それに対して異議を留めない承諾をも同じ理論で一元的に説明できる。また手形の譲渡との統一的把握を可能にするという点からも、このような説明が理論としてすぐれていると思うのです。それ

は理論における美的価値を重んじたい欲求——イェーリンクの構成法学における *Rechtsebbilde* の構成に際しての「美しくあれ」という要請（拙稿一三九頁）——にも合致します。のみならず拙稿第二章若干の補説3「異議を留めない承諾と債務者以外の第三者に対する對抗要件」（拙稿四六頁以下とくに四七頁）の中で書いている議論、つまり異議を留めない承諾を得たうえで譲り受けた者は——对第三者對抗要件の問題に關しても——常に安心して期待していた通りの債権を取得しうるということ、お右の議論は手形の場合にも当てはまります。

次に、判決における理論構成と学説におけるそれとは異なる、という学兄の御指摘は、まったくその通りだと思ひます。この点について、私はいかねてから平井教授や田中成明教授の法解釈学方法論に——他の点では納得する所が多いのですが——疑問をもっていました。

判例の理論構成は、結論の正当化に重点がおかれている。従つて既存の制定法上の規定や概念や、また確立した支配的学説に依拠した判断であることを示すことが必要であります。それに対して学説の場合は、この点よりもむしろ、法制度の客観的な、かつ全体的・体系的な把握のための理論であり、そしてそれを適用して導かれる、具体的問題に対する妥当な解決の提

供にある。そこでは既存の概念を用いる必要はない。それは比喩的に言えば、算術しか理解できない人に対しては算術を用いて問題の解決を説明することが必要で、代数を用いて説明すべきではない。しかし算術による解決よりもすぐれた解決法として代数による解決があること、つまり算術で解くことの困難な問題を代数では容易に解けることを学説は発見し、またそれを提唱すべきだと思うのです。そしていずれは代数による解決も人々は支持することになるのです。

学兄の言われる通り、「特段の事情のない限り」という常套句を判例が用いるのは許されることと思ひます。というのは、判決においては、当該の具体的事案の、少なくとも当該の事案の属する類型的な事実の、解決に必要な限りで、類型的事実についての一般的命題としての理論を提示すればよく、それを超えて一般的命題を提示する必要は無いからであります。しかし学説の場合は、考えうるあらゆる「特別の事情」をも想定した、より一般的な命題を考え出す必要があり、その限りで、「特別の事情のない限り」という限定句を用いる理論は、学説上の理論としては、成熟度の低いもの、といわざるをえないのではないかと思ひます。尤も学説上の理論においても、最初から完成した理論が作られるのではなく、次第によりすぐれた、またより一般的に妥当しうる理論が作られていくわけですから、その

過程において、一定の限定を自ら設定した形で理論が提唱されることはやむをえないし、場合によっては望ましいこともあるでしょう。しかしいづれにせよ学説の理想的な形は、恐らく自然科学の場合と同じように、例外のない、一般に妥当しうる理論の提供にあり、その点が判例理論と異なるのではないかと思えます。(中略) 敬具 一九九二年七月二十一日 安達三季生

第二章 池田第二論文に対する批判、特に一般的な問題点

前に述べたように池田第二論文(要件、効果論)は、池田第一論文が四六八条一項に関する総論的部分ないし本質論であるのに対し、各論的部分に相当する(法研六五巻四号二頁、五五頁)。もっとも、異議なき承諾の効果としての抗弁切断効を生じる要件である譲受人の主観的要件に関しては、既に池田第一論文でもとりあげられており、そしてこれについては安達第三論文でも検討した。

ところで池田第一論文で述べられている総論的「理論」が、一つの理論構成として有意義なものであるためには、第一に、それが、各論的な、要件・効果に関する諸問題の解明に役立つており、少くとも総論的な説明と各論的な説明との間に首尾一

貫性がなければならぬと思われる。そして第二に、かように総論的な「理論」から導かれる各論的な問題の処理のあり方が社会的妥当性をもち、少くとも社会的に妥当な解決の指針を与え、あるいはそれを示唆するものでなければならぬ。以上のような観点から、まず本章では、池田教授の要件・効果論を、法解釈学方法論に関連性のある基本的問題を中心にして検討していきたい。

1 切断される抗弁の種類制限

同教授は、四六八条一項によって切断される抗弁の範囲について、第一論文では、何等の制限をも付けていない。それなのに、第二論文では重要な制限を付け、不成立の抗弁(と無効の抗弁)については、たとい債務者が異議を留めない承諾をなしかつ、譲受人がさような抗弁の存在を知らなかったときに抗弁は切断されないとする(同教授は、第二論文の多くの箇所では、不成立の抗弁について問題にされているが、「不成立(無効)」という表現も用いられており、無効を不成立と同様に扱う趣旨のようである(法研六五巻四号四九頁))。

そもそも同教授は、第一論文において、四六八条一項による抗弁切断の生じる根拠として、前述のように、異議を留めない承諾が——意思表示ではないけれども——単なる觀念の表示で

はなく、意思的行為であることを強調し、かような「意思的要素に対して法が与えた効果」だと説明される（法研六二巻九号四九頁）。他方、抗弁の附着に關して過誤のある債務者に責を負わせることと、それによる讓受人の保護とのバランスをはかるために讓受人の善意を要求すべきだとされる（法研六二巻九号五一頁）。以上のような第二論文における総論的説明からは、切断される抗弁の種類に何等制限を設けるべきではないはずなのに、第二論文ではこれに重要な制限を設けるのは、首尾一貫しないのではなからうか。尤も、同教授は、第二論文で、切断される抗弁を制限する理由に關して次の諸点をあげられているが、必ずしも納得できる説明ではなく、この説明だけでは首尾一貫性の欠如の批判に堪えられないのではなからうか。

以下に、同教授があげられる理由を（暗黙に理由とされていると推測しうるものも含めて）紹介し、これを検討しよう。

第一に、同教授は「本稿で既に見たように（第二章一および第三章(4)）、不成立と消滅とは、抗弁の性質が異なる。不成立は、契約の強制力をなくす抗弁であり、履行過程にある契約を常に（讓渡後も）拘束するので不成立の抗弁は通知後も、また異議を留めない承諾後でさえも、主張・対抗可能とみるべきではなからうか」（法研六五巻四号四七頁）とされる。しかし右にいう「通知後も」は理解できるが、なぜそれにつづいて「異議

を留めない承諾後でさえも」と、なるのか理解できない。

それはともかく同教授が右引用文の冒頭に引用される第二論文の該当箇所うちの第二章一では、債権讓渡における抗弁對抗の原則の根拠に關するフランスの学者エネス・アンブrosの說を紹介し、彼が「債権を発生させる契約の強制力を冒す抗弁と、被讓債務の消滅との区別が必要である」としてその理由を説明する所を引用されるが（法研六五巻四号五頁）、しかしこのエネスの所説は、引用されている限りでは、異議を留めない承諾による抗弁切断の問題には触れていないのであるから、前記の池田教授の主張の根拠にはなりえない。

次に第二論文の第三章(4)では、——異議なき承諾による抗弁切断に關する説明としては——双務契約から生じる債権の讓渡について問題となる同時履行の抗弁権や債務不履行による解除の抗弁権について、これらは「双務契約の強制力にかかわる抗弁」であるからという理由で——奥田說を引き合いに出しつつ——「奥田說のいうように……これらの事由は四六八条一項の適用外にある、つまり、債務者はたとえ債権讓渡について異議を留めない承諾をしたとしても、常にこれらを主張しうる、とすべきであろう」（法研六五巻四号一八頁）とされ、「したがって讓受債権が未完成仕事部分に關する請負報酬債権であることを知っていたことをもって讓受人を悪意とし、異議を留めない

承諾をした債務者はその後になした契約の解除をもって譲受人に対抗しうるとした前掲最判昭和四二年一月二七日民集二一卷八号二二六一頁は、譲受人が被讓債権が双務契約上の未履行給付についての報酬債権であることを知っていたから、(傍点は原文のまま)債務者の異議を留めない承諾の抗弁喪失効を享受できないのでなく、債務不履行を理由とする契約解除の抗弁は、譲受人の性質についての善意悪意にかかわらず、(傍点は原文のまま)、讓渡通知後でも支障なく主張、対抗しうると構成すべきである」とされる。(法研六五卷四号一八頁)。しかし右に援用されている奥田説は、そこに引用されている著書の該当部分を見る限り、「つきつめると同時履行の抗弁や解除の事由が四六八条一項の適用範囲外」だというものの、その根拠としては、譲受人は、債権の発生原因を調べて譲り受けるべき筋合いであり、そして双務契約上の債権には同時履行の抗弁権などが付着することは譲受人として当然知るべき筋合だから、双務契約上の債権であることを知らずに譲り受けたとしても抗弁の存在について過失がある、という理由で異議なき承諾による抗弁切斷の効力を否定しようとしているのである(奥田「債権総論下」四四五頁)。つまり奥田説は、池田説と結論は一致するにしても、その根拠は(双務契約の強制力に関わる抗弁だからという理由ではないのだから)異なっているのではなからうか。

法解釈学(実定法学) 方法論と債権讓渡の異議を留めない承諾(安達)

第二に——實質的により重要な理由と推測しうるのであるが——池田教授は、後にも論及するように、四六八条一項が「対抗スルコトヲ得ヘカリシ事由アルモ之ヲ譲受人ニ対抗スルコトヲ得ス」と定める文言を重視し、譲受人は、公信用説論者が考へるように、異議なき承諾の効果として新たな債権をいわば善意取得するのではなく、債務者は単に債権讓渡があつても本来接続したはずの抗弁を譲受人に対抗しえなくなるにすぎない、という(法研六五卷四号二二頁)。そしてこのような考え方もとづいて、後述するように、抵当権つき債権が弁済された後に讓渡され、これについて債務者の異議なき承諾がなされた場合の法律関係を説明し(法研六五卷四号五〇頁)、債務者は譲受人に対して弁済による消滅の抗弁を対抗しえなくなり、したがって、あたかも弁済がなされなかった債権を譲り受けたと同じ地位におかれるのみであつて、抵当権も善意取得によって新たに取得(復活)するのではないから、その対第三者對抗力に関する、即時取得的な考え方を前提にして無効登記の流用を論じることもない、とする(法研六五卷四号三五頁)(なお、このような考え方については於保説や下森説を援用されているのであるが、これについては後に検討する)。

いづれにせよ、右のような考え方のもとでは、譲受人が異議なき承諾によって新たに原始取得するのではなく、既に讓渡人が

有していた債権を取得すると解し、そして債務者はそれに付着していた抗弁を対抗しえないだけだから、被讓債権が弁済などによって消滅していた場合と異なり——この場合には、前述のとおり、消滅の抗弁を対抗しえなくなるだけだという説明が可能だが——被讓債権がそもそも不成立であった場合には、讓渡人のところで不成立であった債権が讓受人のところへ新に發生する、という關係を認めるわけにはいなくなるはずである。いいかえれば、不成立の債権を讓渡したときには、債務者の異議なき承諾がなされ、かつ、讓受人が善意無過失であったとしても、四六八条一項によって讓受人が新たに債権を取得するといえなくなるはずである。以上のような考慮が働いたことが、池田教授をして不成立（無効）の抗弁については、四六八条一項の適用を除外せしめた実質的な、そして重要な理由だと推測される。しかし「対抗シエス」の意義は、上述のように文理解釈に従った単純な理解でなく、より一層掘り下げた理解が必要だと思う（これについては後に検討する）。いずれにせよ「対抗シエス」の文言の解釈から、不成立の抗弁について四六八条一項の適用を除外する解釈を導くことは大いに疑問である。

第三に、二重讓渡と異議なき承諾の関連についての同教授の考え方が、不成立の抗弁を四六八条一項の適用から除外する解

釈と結びついていると推測される。同教授は、従来の多数説と同様に、二重讓渡における優劣は、もっぱら四六八条二項により定まり、その際、異議なき承諾も同項の承諾と同一に扱うべきだと解する。従って例えば、債務者が第一讓渡について確定日付ある証書による讓渡通知を得たあとで、その後になされた第二讓渡について、異議を留めない承諾をなしたときも、債務者は第一讓受人に債務を負うだけであって、これと並んで第二讓受人に対しても債務を負うことはあり得ない、とされる。その際の理論的根拠の一つとして（あるいはこれと論理的に平仄のあう關係として）、第一讓渡が不成立の債権の讓渡の性質を有するから、これに異議を留めない承諾がなされても、第二讓受人が新たに債権を取得することはない、という考えが措定されているようである（法研六五卷四号二五頁）。

この問題については後にあらためて検討するが、私は右のようなケースにおいて、債務者が第一讓受人と第二讓受人の両方に債務を負担することを認めるべきだとする少数説に加担する。そして、不成立の抗弁についても四六八条一項の適用を認める通説の立場をとるならば、このような解決がむしろ素直な解決であると考えられる。これについては後にさらに検討する。

以上のように、池田第二論文は総論的な第一論文と異なって、切斷される抗弁から不成立（無効）の抗弁を、納得しうる充分

な根拠なしに除外しており、それは、私見では、首尾一貫性の欠如に他ならぬと思うが、このことは、第一論文で述べられている、現行民法の出発点となつた旧民法の規定の趣旨の解釈——池田教授は、現行民法の解釈においても、これを重視すべきことを強調される——についての教授の以下に述べるときき態度（とりわけ私との論争における態度）を考慮に入れると、その感を一層強くせざるをえない。

前にも述べたように、教授は、現行民法四六八条一項と旧民法財産篇三四七条二項との連続性を強調し、旧民法——そしてそれは、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与えているフランス民法二九五条を継受したものであるけれども、池田教授がその第一論文で詳細に紹介されたように、フランスの少数の有力学説であつたサンテールの学説をとり入れ、相殺の抗弁以外の抗弁についても抗弁切断の効力を認めている——の規定が現行民法にほとんどそのまま（大きな変更なく）受け継がれているとされる（法研六二巻八号六三頁）。それに対して私は、旧民法と現行民法との間には、連続性とともな断絶性ないし前者から後者への飛躍があることを強調する。そしてこのことを換骨奪胎の語で表現した（志林五九卷三・四号九七頁）。

その理由として以下のことを述べた。すなわち抗弁切断を定

めた現行法四六八条一項本文は、たしかに旧民法と符号するが、しかし他面、同項但書の規定に相当する規定（つまり抗弁切断の結果、不利を受ける債務者が、譲渡人に対して一種の求償権を行使しうることを定めた規定）は、相殺の場合を除いて、旧民法には存在しなかつた。

そのために債務者が過度に不利益な立場に立たされないように保護するためには、切断される抗弁の範囲におのづから一定の制限を設けざるをえない、その結果一般に権利否定的な抗弁（弁済や不成立・無効などの抗弁）については抗弁切断の効力を生じないものとして解釈せざるをえない。そしてかような解釈がボアソナードの理由書（森順正訳）からもうかがえ、また旧民法の草案から正本へ移行する際の文言の違い（前者における「スベテノ抗弁」が切断される旨の文言は、後者では、単に「抗弁」が切断される旨の文言に変わっている）にもあらわれており、さらに、特に安達第三論文では、これに追加して、旧民法制定当時に公刊された旧民法の注釈書にも、切断される抗弁の例として、相殺および更改の抗弁があげられていたことからも理解しうると述べたのであつた（志林八九卷三〇四号七九頁）（もっとも、その説明がやや舌足らずであつたことは、後に池田教授の批判に接して気づいた）。

なお右の二個の抗弁について、ここで説明を補足すると、債務

者は、それらが譲受人のところで切断されても、譲渡人に対する求償権の行使と異なる方法で救済されることを指摘しておく必要がある。すなわち相殺の場合には、債務者は相殺の効力が生じなかつたとして、譲渡人に対して反対債権を行使する方法で救済される。また更改の場合についても、——現行民法四六八条一項但書後段の規定と同様に——譲渡人のところで更改によって旧債権が消滅して、代りに新債権が発生したにも拘らず、譲渡人が旧債権を存続するものと称して譲渡し、それに対して債務者が異議なき承諾をなすと、債務者は譲受人に対して旧債務を弁済すべき義務を負うが、他面、譲渡人の所で成立した新債権は成立しなかつたと看做しうる、という方法で救済されうるからである。

それに反して現行民法は、四六八条一項但書で求償権の規定を付け加えたために（もっともその規定の仕方は不充分であつて、これを解釈によって補充する必要がある。前述一章4d参照）、おのずから異議を留めない承諾によって切断される抗弁の範囲について制限を設ける必要はなくなり、弁済や不成立の抗弁を含む、あらゆる抗弁についても抗弁切断が認められ、それによって譲受人のための広義での取引安全がはかれるようになった。この意味で、現行民法は旧民法と実質的に重要な差異があり、旧民法を換骨奪胎したとの表現を用いたのである。そして最近稿（安達第三論文）では、四六八条一項但書の導入

は——池田教授が旧民法の解釈によって認められるところを明文化したものに過ぎないとされるのを批判し——当時わが国でも影響力の強かつたドイツの民法学者デルンブルヒ（Dernburg）の説（債務者の譲渡の承認に抗弁切断効を認めるとともに、債務者から譲渡人に対して不当利得返還請求権を認める説も）も当時のドイツで少数説であつた）をとり入れたと推定したのであつた（志林八九卷三〇四号八二頁）。

池田教授はかような私の考え方を第一論文及び特に最近刊行された「債権譲渡の研究」の追記の中で厳しく批判し、旧民法では不成立や無効の抗弁についても抗弁切断の効力を認める趣旨であつたとして私の立法資料の読み方を論難される（法研六二巻七号四四頁、池田前掲書四四六頁）。

池田教授の論難に対する、私の現在の答えとしては、私の資料の解釈には、たしかに断定的に過ぎるところがあつたと思われ、むしろ資料解釈として私のような読み方が可能であり、妥当と思う、という程度に控え目にすべきであつたかも知れない。しかしいずれにせよ結局は資料解釈および旧民法解釈の問題なのであり、四六八条一項但書に相当する規定を欠いた旧民法は、切断される抗弁に明文上一定の制限を設けていなくても体系的解釈としては、切断される抗弁の範囲に一定の制限を設ける余地はあると思う。

ところが、驚くべきことに、池田教授はその後発表された各論的な第二論文においては、教授によれば旧民法をそのまま受けつぐはずの——したがって切断される抗弁の範囲に何等制限を設けるべきでないはずの——現行民法の解釈として、異議なき承諾によって切断される抗弁の範囲に突如として制限を設け、不成立の抗弁や無効の抗弁を除外されるのである。しかもこのような重要な事柄（一種の改説ともいえよう）について、一言の釈明もされていないのは、いかがなものであろうか。

2 對抗不能の意味

(ア) 既に述べたように、池田教授は、四六八条にいう「對抗スルコトヲ得ス」の意味を各論的な第二論文で論じる。そしてこれは、条文のいう通り「本来、對抗（主張）できるものができるなくなる、という、いわゆる對抗不能である」とし、従って一旦消滅した債権の譲渡について異議を留めない承諾があったときには「本来、譲受人に（いったん消滅した権利について）新たな権利を取得させるものではなく、あくまでも債権者の（債権譲渡があっても本来接続したはずの）抗弁が一定の要件のもとで譲受人に対して對抗不能となるだけのものである。しかしながらその抗弁がたとえば全部弁済による債権の消滅である場合には、その弁済の抗弁を喪失することによって債

権消滅の主張ができないことになるので……あたかもいったん消滅した権利が再度復活するような外観を呈するに至るといっただけである」（法研六五巻四号三二頁）とし、同旨を述べるものとして下森定「債権譲渡の異議なき承諾」（法学第三一九八三年一月号一五頁）をあげ、さらにかような見解に明確に對立する説として、かつて近藤＝柚木・日本民法（債権総則）中巻四三六頁によって主張された「四六八条一項による譲受人の債権取得を原始的取得とする」説が引用されている（法研六五巻四号三三頁注③）。

(イ) 思うに、「對抗シエス」の意味や構造如何の問題は四六八条一項の基本問題であり、まさしく総論的問題である。そして従来の債務承認説や公信説や処分授權説などの各学説は、これに答えたようとしていたのではなからうか。池田教授は池田第二論文（要件・効果論）の末尾「おわりに」において、次のように述べられる。

「指名債権譲渡における債務者の異議を留めない承諾の要件・効果についての考察は、いわゆる当事者の利益較量のみを根拠になされてはならず、規定自体の独自性の理解を基礎に置き、異議を留めない承諾の法的性質論をまず解明した上で、多様な角度からの理論的な分析方法を用いて展開されるべきである、というのが筆者の年来の持論であった。研究を進めるうちに、その理論的分

析方法として、抗弁對抗の一般理論の検討、對抗不能論や第三者論の深化、等がなされるべきことが明らかになってきた（池田前掲書五五頁）と。

しかし異議なき承諾の効果としての對抗不能の掘り下げた理解なくして、異議なき承諾自体の法的性質論を論じることが出来ないはずである。要件・効果論を論じる段階で突如として「對抗シエス」の問題に逢着するというのでは、異議なき承諾の性質論自体に重大な欠陥があるのではなからうか。なお「對抗シエス」という表現は、わが民法の条文上多くの箇所で見られているが、夫々の箇所の文脈あるいは規定の趣旨を考慮して、独自にその意義を把握すべきであろう。すべてに共通した統一的意义を措定して、そこから演繹的に各場合の意義を推論するという方法は、少くとも四六八条一項の場合に関しては、意味があるとは思えない。なお、對抗不能を一般的に論じたものとして加賀山「對抗不能の一般理論について——對抗要件の一般理論のために——」判例タイムズ六一八頁—三頁がある。

(ウ) 池田教授は「對抗シエス」の意義に関する自説を述べるにあたり、於保教授の説すなわち「異議を留めない承諾には消極的に抗弁喪失の効力が与えられるのみで、承諾の公信力によって積極的に権利の善意取得がなされるのでない」との説を採用され（法研六五巻四号二三頁）、そして前述の下森教授もま

たこれを援用される。

於保教授はその著書の本文では、通説的地位を占める公信説を客観的に「……と解されている」という形で紹介しつつも、注でこれを批判される（於保「債権総論三二八頁注（25））。しかし、これに代る独自の説を明確に打ち立てられているわけではない。もっともその方向性は次のような公信説の批判の仕方の中にうかがうことはできる。同教授は「公信の原則または権利外観法理の適用によって与えられる善意者保護の効果の原因が広く公信力と呼ばれている」が、しかし「公信の語は、権利存在の表象、例えば占有・登記・証券などに与えられる権利取得の積極的効力のみに限定するほうが妥当」であるとし、「このこと（すなわち、従来、公信の語の用い方が不明確・不整理であったことを指す——引用者）はドイツ法学における物権行為の無因性の理論と権利の表象の公信力による善意取得の理論との混線、手形理論における抗弁の切断の理論と証券の公信力による証券上の権利取得の理論との不明確さにあらわれている」とする。そしてこれに前記の池田教授の引用される文章が続き、最後に「ことに、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思われる。」と結ばれている。右の長い引文の趣旨は、必しも明確とはいえない——とりわけ「消極的に」という語の用い方がそうである——

が、しかしそこで述べられている物権行為の無因性と善意取得の関係や手形理論における抗弁切断の理論（それは手形債務の無因性の法理によって基礎づけられる）と証券の公信力による証券上の権利の善意取得との関係を考慮に入れて、また末尾の部分に述べられている債務承認説に対する一定の積極的評価を総合して考察するならば、於保教授は《異議を留めない承諾によって無因の債権が発生し、これを譲受人が取得する。そのために譲受人は、譲渡された本来の債権に付着した抗弁の對抗を受けない。それはあたかも約束手形の被裏書人は振出人に対して無因の手形債権を取得するから原因関係上の抗弁の對抗を受けないのと同様であり、またドイツ法上、物権行為の無因性の法理が適用されると、売買などの債権契約に瑕疵があっても物権行為としての所有権譲渡はそれと独立に有効であって譲受人は有効に所有権を取得し、したがって転得者は善意取得によらず、承継取得することになると同様である》と考えられているのではなからうか。

なお、右の命題を敷衍するために、次のことを附け加えよう。手形における抗弁の對抗についていうと、手形の被裏書人は、原則として抗弁の對抗されない無因の債権を、善意取得でなく承継取得し、その際、被裏書人に「害スル意思」のあるときのみ、いわゆる悪意の抗弁権の對抗をうけるにすぎない（手形法一七条）。

また物権行為の無因性についていうと、転得者は善意取得でなく、承継取得し、その際、転得者が悪意のときは、第一の譲渡人は転得者に対し第三者の債権侵害を理由に（すなわち第一の譲渡人が第一の譲受人＝第二の譲渡人に対して有する、不当利得返還請求権にもとづく、債権的な所有権返還請求権を第三者たる転得者が侵害したとして）所有権の返還を請求しうる（独民法八二六条）。なお独民法上、不法行為の被害者の救済は、第一次的には、金銭賠償でなく、原状回復によってなされる。独民法二四九条、二五一条参照。以上のような、手形の被裏書人の地位あるいは所有権の転得者の地位を指すものとして、於保教授の表現によると《被裏書人は積極的に善意取得するのではなく、消極的に、原則として抗弁の對抗されない債権を取得し、また所有権の転得者は、消極的に、第一の譲渡人から返還請求されない完全な所有権を原則的に取得する》ということになるのではなからうか。

したがって一旦弁済によって消滅した債権が、債務者の異議を留めない承諾のもとに譲渡されたとき、譲渡人のところで新たな無因の債権が発生してこれを譲受人が取得するという方向で考えられており、したがって下森、池田両教授の考えられるような《一旦弁済によって消滅しても、債権が弁済の抗弁を付着させた形で存続しており、債務者の異議なき承諾によって譲受人は右の抗弁を對抗されない》という形では考えられていな

いといふべきであらう。仮りに池田説のような捉え方をするにしても、さような効果が法定の効果だとしてそれ以上の判断を停止することなく、その理論的な根拠と仕組みを明らかにする必要があるのであって、まさしく於保教授の指摘されるように、「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」と思われる。

私見は、抗弁切断の法理を仮定的債務者の処分授權の概念を用いて説明し、これによって指名債権譲渡の異議を留めない承諾や手形、小切手における抗弁切断をめぐる法律関係をも説明しようとするものであり、その意味で、於保教授の問題提起を受けてこれを発展させたものと考ええる。

(エ)「対抗シエス」について、下森・池田説のような考え方をすると、前述したように、不成立の抗弁については抗弁切断を認めることが理論上困難であり、通説判例に反して、切断される抗弁の範囲を不当に制限する結果になる。また右の考えは前述のように、とりわけ一旦弁済によって消滅した抵当権付き債権が債務者の異議なき承諾を伴って譲渡されたときの法律関係の説明のために有用なものとして示されているが、しかし例えば次のような事例はどう説明されるだろうか。

すなわちAが、Bの所有する甲地に設定された抵当権によって担保されたBに対する債権を有していたが、債権が弁済に

よって消滅したあと、①Aは抵当権の付かない当該債権が存続すると称し、Bの異議なき承諾を得てCに譲渡したとする。または、②Aは、Bの所有する甲地上でなく乙地上に抵当権の設定された債権が存続していると称して、かような譲渡に対するBの異議なき承諾をえてCに譲渡したとする。いずれの場合も両教授の説だと——BはCに対して弁済の抗弁を対抗しなくなるのは当然だが、——Cは①の事例では、甲地上の抵当権をも取得することになるのであろうか。②の事例のときCは乙地上の抵当権を取得するであろうか。

いずれにせよこの場合の法律関係を、BはCに対して弁済の抗弁を対抗しえないという理論だけで説明することは困難であると思われる。結局、右のような理論で説明しうる事例は、単純な事例にのみ留まり、その有用性は狭いものではなからうか。(私見による説明は後述する。三章(6)カ参照)。

3 譲受人の善意

異議なき承諾に関する総論的な議論と各論的な要件・効果論の間に首尾一貫性が欠けていることは、一方で、異議なき承諾は、実際には意思表示であることもあれば単なる観念の表示であることもある、としながら、他方で、異議なき承諾により抗弁切断の効力が生じるための要件として、一律に譲受人の善意

を要求する池田教授の議論にも見出されると思う。しかしこれについては前稿（安達第三論文）で述べたほか、本稿第一章2でも簡単に説明した。

4 曖昧な概念

池田教授は、異議なき承諾の性質について、これを観念の表示であるとしつつ、しかし他方、意思的要素を含んだものとして捉えており、そうして様々な文学的ともいべき多彩な表現でこれを説明されるが、要するに観念の表示と意思表示の中間的な性質を有するもの、あるいは両方の性質を有するもの、として捉えられているといつてよい。私から見ると、これは曖昧な概念による漠然とした捉え方であって、法規定や法制度の論理的な構造を明らかにするための理論構成において用いるべき概念ではない。曖昧な概念を用いたのでは、その理論構成からの推論によって具体的な要件・効果に関する問題を説明するという理論構成の果たすべき機能を果たしえないからである。教授は、具体的な問題を説明するにあたって、あるときは異議なき承諾の意思表示的要素を前面に出し、他のときは、観念の表示としての要素を前面に出されるが、その際の選択が必しも論理的な必然性がなく、恣意的であるように思う。（もつともその裏面では一種の利益較量がなされており、その結論自体に直

ちに異を唱えるわけではない。）

例えば（ア）池田教授は、異議なき承諾をなす相手方は何人であるかの問題について、四六八条一項の異議なき承諾は、四六七条における對抗要件としての承諾を兼ねていふことを重視され、後者の承諾が譲渡人に対しても譲受人に対してもなしてよいから、前者のそれについても同じことがあてはまると述べる（法研六五巻四号一四頁）。しかし文理解釈をはなれて実質的に考えると、抗弁切断という効果を生じる異議なき承諾は、対抗力発生という効果を生じるだけの承諾よりも要件を厳しく解釈する余地があるとも言える。

のみならず、教授は、「抗弁切断の効力を生じる異議なき承諾が意思表示ならば、それは譲受人に対してのみなしうると解する見解（債務承認説を指す——引用者）も出てこようが」とことわりつつ、それに続け、それには意思的要素はあるものの「すべての承諾を債務承認の意思表示と見ることはできない」から、という理由で、これを却けられる。しかし思うに、意思的要素があるならば、意思表示に準じて扱うべし、という論理も成り立つのであるから、以上の論証は、その結論は正当であるにしても、やや安易ではなからうか。（この問題に関する私見では、債務者は異議なき承諾（＝授権）を譲渡前又は譲渡後に、譲渡人又は譲受人に対してなしうると解する。後述の第三

章2参照)

(イ) 池田教授は、二重譲渡と異議を留めない承諾との関係について「異議を留めない承諾は……對抗要件としては、あくまでも通知や異議を留めてする（抗弁を留保した）承諾と等価値のものであって、それは他の優先する二重譲受人や、差押債権者の優先的地位を覆すものではない」と述べ、その根拠について「異議を留めない承諾の効果が……債務者の抗弁の對抗不能をもたらすに止まるものであり、異議を留めない承諾のなされた結果譲受人に債権が原始取得されるわけではないからに他ならない」（法研六五巻四号二四頁）と説明される（そしてその結果「第三者對抗要件具備の優先関係で劣後して債権を取得できなかった譲受人は、たとい債務者から異議を留めない承諾を得ていても……債務者に対して（債権譲渡法上は）何等責任追求はできないとされる）。要するに、教授は、前述したように、不成立（無効）の抗弁は、異議を留めない承諾がなされても、そして譲受人が善意でも、抗弁切断を生じないという基本的見解を主張されており、これが二重譲渡の問題に適用されるわけであろう。しかし右の基本命題自体が、問題の余地のあるところであることは前に述べた（前述1参照）。

ところで教授は、自説と異なる他の説を次のように批判される。すなわち一方で、石坂説（債務承認説）や安達説（処分授

権説）のように、異議なき承諾を意思表示と見るならば、對抗関係で劣後した譲受人が、優先する他の譲受人と並んで債権を取得する結果も考えられるが、異議なき承諾は——これに意思的要素のあることを教授自ら認めつつも——意思表示でないから、という理由で、さような結果を生じさせるわけにいかないとされる（法研六五巻四号二五頁）。

また公信説に立ちつつ、結論的に右の説と同じように異議を留めない承諾をした債務者に二重の債務負担を認めて然るべしとする加藤一郎教授の所説を批判するにあたって、そもそも公信説が取引安全のためにはいいながら、単なる観念の表示としての異議なき承諾に四六八条一項の効果を生じさせ、債務者の負担を過重するのは不合理だとされる（法研六五巻四号二五頁）。

しかし思うに、もし池田教授の主張されるように、異議なき承諾に意思的要素があるとして、そしてこの要素を強調するならば、意思表示に準じて扱うという解釈も成り立ちえ、その限りで債務承認説に対する教授の批判は説得力が弱くなる。また同じく意思的要素を強調するなら、純然たる観念の表示ではないのだから、公信力を認めうるという論法も成り立ちえ、その限りで加藤説に対する批判の説得力は弱くならざるをえないと思われる。意思的要素のある観念の表示という曖昧な捉え方は、

その結論の当否は別として、議論を曖昧にさせるのではなくるか(ある結論を導くために都合のよいときは、観念の表示の要素を強調し、また、他の結論を導くのに都合のよい場合には、意思的要素を強調するという安易な論法が用いられているのではなからうか。前述(ア)の問題における池田教授の議論と(イ)の問題のそれとを併せて考察するとそのような感じを禁じえない)。

(ウ) 同様な問題は、池田教授が四六八条一項の本質を漠然とした内容の二重法定効果説で捉え、これを具体的な問題に適用される仕方にも見出される。すなわち、私見によれば取引関係上で三者間の利益の調整が重要な問題とされるケースは、四六八条一項のほかに、例えば他人の権利を処分する場合の、権利者と処分者と相手方の三者関係(とりわけ善意取得を生じるとき)の三者関係)や、無権代理人を含めて代理人が本人を代理して取引する場合の本人、代理人(無権代理人を含む)と相手方の三者関係(とりわけ表見代理を生じるとき)の三者関係、さらには受領権なき者への債務の弁済の際の、債権者と受領者と債務者の三者関係(とりわけ債権の準占有者への弁済)のときの三者関係)など、いろいろな形で問題になりうるわけであり、したがって四六八条一項の本質的な構造を明らかにするためには、これと類似した他の三者関係と比較したうえで、四六

八条一項の特質を捉えることが必要である。単に同項を三者関係の調整のための規定というだけでは、理論構成として極めて漠然としたものに過ぎず、具体的な要件、効果の諸問題の解明のために、あまり役立たないものとならざるをえない。このような観点に立つて見ると、同教授が異議なき承諾の効力の及ぶ人的範囲如何の問題とりわけ債務者の設定した担保物権に利害を有する者に及ぼす効力如何の問題に関して次のように述べられているところは、どれだけ意味のある言明なのか疑問に思う。この問題は、従来多くの学者によって様々に論じられた困難な問題であるが、池田教授は、一方で、前述したように「対抗シエズ」の意味に関する下森説に同調しつつ、他方では「私見の要旨」として

「四六八条一項は、債務者・譲受人・譲渡人という三者の間の利益調整という観念から、なお債務者に責任を負わせてしかるべきであるという範囲で機能するものと考えるべきである。そして第三者への影響という点についても、本来、債務者の行為だけで第三者の利益を害したり負担を加重したりすることができるのは不当であるから、第三者が、その債務者へのサンクションをそのまま甘受しなければいけないと考えられる者である場合にのみ、例外的に債務者の異議を留めない承諾による抗弁喪失の影響を被ると考えるべきである。」(法研六五巻四号五三頁)

とされ、右の考察にもとづいて各種の第三者についての結論を導かれている。その結論は、大体のところは、私見と一致しており、支持しうるのであるが（但し細部において異なる。後述参照）しかし右に引用した「考察」は抽象的で曖昧な概念を用いて表現されており、したがって具体的な各事例への適用によって一義的に結論が導かれるわけではなく、熟練した利益の比較衡量の助けを借りてのみなしうるのではなからうか。

5 立法者意思説をめぐって

(ア) 以上に指摘した池田第二論文の弱点（と私に思える諸点）は、同教授が四六八条一項の法解釈学方法論について採用する、極端な、あるいは素朴な立法者意思説（あるいは立法沿革の偏重）と多かれ少なかれ結びついていると思われる。同教授が第一論文において提示される四六八条一項の「本質論」は、同条の「立法趣旨」を、しかも起草者の考えた「趣旨」を、説明しただけのものであって、私の考える、同条の基本的構造を明らかにするものとしての理論構成とは言い難い。

前にも述べたように、私は、法規定や法制度の理論構成は、まず立法趣旨を考察しつつも、それが現実には機能している実態を、判例や取引慣行——とりわけ取引の際に用いられる文例——などを通して明らかにし、これをふまえて、当該規定と

関連性のある諸規定や諸制度と比較しながら——少くとも理想的な形としては——明確で曖昧さのない概念と論理によって、その基本的構造を提示するものでなければならぬと考える。かような理論構成であってはじめて、具体的な問題の妥当な解決を導くことができ、少くともそのための指針を提供しうるであらう。

このことは、四六八条一項のごとき、他に立法例のない、わが民法独特の規定で、それだけにその立法の当時、規定の趣旨や目的自体が起草者によっても必しも明確に示されておらず、いわんやその理論的性格や、体系的な地位づけが明らかにされていないなかった規定においては、とりわけ重要である（前述したように、起草者は、法典調査会で、同項による抗弁切断の効力を、厳格に言えば法が認めたようなものと再三説明する）。

池田教授は、立法趣旨を探求するために、法典調査会議事速記録による現行民法の起草者の説明のみならず、その基礎とされた——とはいえ私見では実質的にはかなりの飛躍が認められる——旧民法おびその草案、その起草者たるポアソナードの執筆による理由書、またポアソナードが参照した——しかしその内容にはかなりの開きのある——フランス民法一二九五条の規定の当時の解釈の研究を通してなされている。しかし結局のところ四六八条一項の立法趣旨は、このような立法の沿革を遡って

探求する形での研究だけでは、十分な明確さをもって捉えることはできないのは当然であろう。前にも指摘したように、教授は、異議なき承諾を「意思的要素を含んだ観念の表示」という曖昧な概念で捉え、また四六八条一項の趣旨について「同項は債務者の過誤と譲渡人の過誤（ないし故意）を考えて利益パランスをとっている規定である」（法研六二巻九号四五頁）という極めて抽象的で漠然とした表現で説明される。このように曖昧で漠然とした形でしか捉えられない立法趣旨をこの規定の本質として捉え、これを要件・効果に関する具体的問題に適用しても、そこから明確で首尾一貫した、また有意義な結論を導くことは困難であろう。立法趣旨を適用して導き出されたかの如くに説かれていた結論も、実際には、少なからず、暗黙のうちになされる利益衡量に頼つてのみ為されるのではなからうか。

ちなみに、前に述べたように池田第一論文に対し道垣内教授は批判され、池田教授は「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の立場に立って議論されている」と述べ、また起草趣旨の不明確な点について「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・理論構成を行つておられる」（法律時報六二巻一〇号頁）と述べられているのは、私見とほぼ一致する。

法解釈学（実定法学）方法論と債権譲渡の異議を留めない承諾（安達）

(イ) 右に述べた批判と重なり合うが、敢えて指摘すると、第二論文の末尾「おわりに」で池田教授は、立法趣旨に従つて解釈すべきことを強張しつつ「異議を留めない承諾が指名債権の移転について果たす（あるいは果たすことを期待される）役割についての機能的分析」をふまえた上でなされるべき「立法論あるいは取引社会の要請を鑑みた将来展望的な解釈論」は池田教授の「条文解釈学とは異なる（その必要性は認めるが別の作業として位置づけられる）」とされ、さらにこれを敷衍して「何らかの機能的分析から、（その機能を助長することが良いことであるという発想を前提として）合目的に提示される解釈は、すでに解釈者自身の（将来に向けた）特定の価値判断を含んだものであつて筆者の考える（筆者のなすべき）解釈学とは異なるのである」とされる（法研六五巻四号四五頁）。

しかしながら、右にいう立法論についてはさておき、法解釈学についていえば、法解釈学の使命は、当該規定や制度の起草者が意図したことを認識するだけでなく——これだけならば法学に属しよう——現在いかに解釈・運用されているかを認識するとともに、いかに解釈運用されるべきかをも論じるものであり、認識と実践が綜合されたものである。もちろんその綜合の仕方については、いろいろ問題があり、また、その実践的側面における解釈論は、観念的には立法論といちおう区別され

るけれども、実際には程度の差であつて、その境界線は必しも明確ではない。このことは現代の法律学において一般に承認されている命題ではなからうか。

また、あるべき解釈の探求においては、当該法規や制度（とりわけ取引法）の解釈運用が現実の社会（取引社会）において果たしている役割や機能を調べ、好ましい役割や機能を果たしうるように解釈すべきことは、一般に承認され、要請されてもいる正しい解釈のあり方（社会学的法律学）ではなからうか。

また池田教授は「利益較量」が解釈者の個人的価値判断ないし重視によって左右されることを恐れるためかもっぱら、起草者の意思あるいは立法趣旨に従つた解釈を主張されるようである。しかし前述したように（志林八九卷三・四合併号二一九頁）、表面的には起草者の起草の意図の推測の名のもとに、導き出された結論が、実際にはその裏面で利益衡量ないし価値判断の作用によって導き出されることは往々にして起りうることであり、もしそうであれば、その利益衡量は、隠蔽された所で、人々の目にさらすこととなしなされるために一層非合理的なものとなり勝ちであることを注意しなければならぬ。なお利益衡量論の意義とその限界については拙稿第三論文で検討した（志林八九卷三・四合併号一〇〇頁以下）。（なお、私の考えでは、規定や制度の理論構成の有する意義は、当該制度や規定の目的や立法趣

旨に照らして多かれ少なかれカズイスティックになされる利益衡量による判断を、より体系的に、全体として整合性を保ちうるように、また名人芸や直感に頼らずとも簡易に、また明確になしうるようにすることにある。これについては安達第三論文で詳論した。とくに志林八九卷三・四合併号一〇七頁以下参照。

(ウ) もつとも、池田教授の主張される立法者意思説は、池田第一論文および法律時報所掲の、道垣内教授の批判に対する反論の段階では、強い表現で主張されていたが、その第二論文ではわずかながら弱められているように見受けられ、その「むすび」の末尾には、法解釈学とは「別の作業として」とことわりながら、「実務上の慣行」等を含んだ変容ファクターを分析しつつ、「指名債権譲渡制度の将来展望を行なつてみたい」との意欲を付け加えられている。

さらに最近刊行された「債権譲渡の研究」（日本評論社・一九九三年）の序説の中で、一般的な形で解釈方法論についての主張がなされている（その趣旨に私も大略賛成である）が、それは、これまでの素朴な立法者意思説からかなり後退したもののようになうかがわれ、必しも規定の「沿革や起草過程の研究がそのまま、解釈論の決定要素」となるわけではなく、そうなるためには次の二つの条件が必要であるとされる。すなわち「①立法段階での一般的な価値判断や各条文に盛り込まれた具体的な

利益判断（中略）に変更をもたらすような社会状況の変化が、現在に至るまで存在しておらず、②起草者の予定していなかった新しい問題が、現在に至るまで生起していない（いわゆる立法の欠缺がない）場合に限られる」（池田前掲書三頁）とされている。

ちなみに私は安達第三論文で池田教授の方法論を批判して、池田教授は、自らはヘックの利益法学の方法論および石田穰教授の法解釈方法論に依拠しているようにいわれているが、しかし右の両方法論においては、池田教授のような無条件な立法者意思説を主張するものでなく、立法者意思が解釈に直接採り入れられるためには様々な条件が必要であることを主張しており、いわば括弧つきの立法者意思説であることを指摘したことが想起される（志林八九卷三・四合併号一三五頁以下）。

しかしながら池田教授は、右の「債権譲渡論」の引用文につづいて、③として「現時点までの解釈論が、立法（起草）趣旨の理解の不十分さや、その後の学説の形成過程における外的要素（構造の異なった規定を持つ外国の民法学の影響等）によって、本来の趣旨と異なった形で提示されている場面があるとしたならば（中略）沿革や起草過程の研究が、そのまま解釈論の決定要素になる」とされる。そしてまさに四六八条一項はそれに該当するとされるのである（池田前掲書四頁）。

法解釈学（実定法学）方法論と債権譲渡の異議を留めない承諾（安達）

これに対して私のコメントを加えるならば、私は、従来の学説、とりわけ鳩山説をうけついで公信説が、立法趣旨を決定的に誤って理解したと思わないし（但し債務承認説については理論構成を急いだあまり、立法趣旨の配慮が十分でなかったといえるかも知れない。なお法典調査会議事速記録が学者の閲覧の便に供されるようになったのは戦後であることを考慮する必要がある。）池田教授の、旧民法やフランス民法に遡った沿革の研究——その価値を評価するに吝かではないが——を通してなされた立法趣旨の理解が、（法解釈学上必要な立法趣旨の理解に関する限りにおいて）私を含めた従来の学者の理解と比べて格段にすぐれた的確であるとも思えない（なお同教授は、今まで現行民法の起草段階での議論が十分紹介・検討されなかったと述べられるが（池田前掲書一頁）私は三十年前に、既に拙稿第一論文で、法典調査会議事速記録の議論を紹介・検討していることを重ねて、指摘しておきたい）。もっとも四六八条一項は、既に屢々述べているように、他に立法例のない規定であり、それだけに立法の趣旨も曖昧で不明確な所が残されているのは無理からぬことといえる（これを明確にし、不備なところを補充し、明確な概念を用いて欠缺のない整合的な全体像を描き出すことが、後代の学者の任務であると私は考える）。

のみならず、仮りに、立法後の学説や判例が、本来の法規の

立法趣旨と異なる解釈・運用をなしていたと仮定しても、一般論としていえば、——米栖教授が曾つて準占有者の弁済(四七八条)に関して研究し、主張されたように——それを直ちに誤った解釈・運用だとして否定することはできないのであつて、それが社会(とりわけ取引社会)の正当な要請に合致するものであるかが問われなければならないのである(米栖「債権の準占有者と免責証券」(民商三三巻四号四七七頁)。

(エ) 右に述べたような、四六八条一項に関する池田教授の解釈方法論においては、同条の立法の沿革が重要な意味を持ち、とりわけ旧民法研究は現行民法の解釈に直接生かされることになる。例えば同教授は、四六八条一項による抗弁切断の効力を生じるための譲受人の側の主観的要件として、その善意を要求するにあつて、その理由の一つとして「ポアソナードは草案では、承諾に公正証書ないしは確定日付ある証書を要求することによつて、承諾自体に重みを与え、軽々な承諾によつて債務者の負担が増加しないよう、保護のバランスを取つていた」のに対し、現行民法は「承諾の方式を緩和した結果、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つたといえる。したがつ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。」(法研六二巻九号五〇頁)と説明される。(このような理由づけをするならば、仮りに債務者が確定

日付ある証書による承諾をなした場合には、現行民法の解釈としても譲受人の善意悪意を問題にする必要がなくなる、という解釈が導かれそうであるが、今はこれを論じない。

同教授の旧民法に対するこのような扱い方は、同教授が、旧民法と現行民法とを連続したものとして捉えられるためであるが、私のように、両者の間に連続を認めると同時に断絶ないし飛躍の面をも重視する者にとっては、現行民法の解釈において旧民法を参照にする必要性は、皆無ではないにしても、さほど大きくない。

これに関連していうと、池田教授が近著、「債権法研究」の序説で、比較的研究の意義と方法を論じられる部分で、「私の方法論の最も理想的な形」において、考究さるべき四点をあげられる。それには継受国たるわが国の継受時における立法(起草)趣旨のほか、被継受規定(いわゆる母法)の継受時における規定の解釈とその後の変遷も含まれるが、これらに加わる第五の点として「独立の継受法源として(5)ポアソナード旧民法草案の吟味が入る」とされる(池田前掲書五頁)。以上の「考究さるべき」諸点を「法源」として扱うことの中に池田教授の方法論の特徴が読みとれるといえるかも知れないが、被継受国の継続時およびその後の解釈までも「法源」に入れるというのは、一般の法源に関する通念に反すると思う。しかも同教授は

四六八条の被継受法としてフランス法のみを考慮しておられ、そしてドイツ法のような「継受関係がなく、異なった構造を持つ外国法の参照は……現行規定の解釈論にとつては二次的なもの」にすぎないとされる（池田前掲書四頁）。しかし同条に全く継受関係が無いといえるか疑問であり、一項但書に関してはドイツ民法学者の説をとり入れたと解する余地があることは前に指摘した通りである。

6 立法資料の読み方

(ア) 四六八条一項の沿革に関する資料の読み方に関して、池田教授と私との間に見解の対立がある。私が曾つて安達第一論文の中で述べた所を、池田教授は池田第一論文で批判され、そして私は第三論文でそれに対する反論を試みた。それに対して池田教授はさらに池田前掲書「追記」の中で批判されている。問題となる所は二点ある。

(イ) 第一点は、直接的には現行民法四六八条一項の趣旨説明に関する、法典調査会議事録での梅委員の発言に関係する（池田前掲書四四頁以下）。問題となる事柄は、異議を留めない承諾をなす債務者が、譲渡人に対抗しうる事由の存在を知りつつ敢てなす場合があるか、それともさようなことはなく、常に、抗弁事由が無いと誤信してなすか、の問題である。とく

に争われているのは、債務者が譲渡人に対抗しうる事由のうち、弁済などにより債務が完全に消滅している場合である。

池田教授の「追記」での反論だけを読む人は、あたかも、《安達は、異議なき承諾をなす債務者は、常に抗弁事由の存在を知りつつ敢てなす、と考えており、池田教授はこれを批判して、債務者は、通常、抗弁事由存在を誤信し、誤つてなすのだと反論されている》との誤った印象を受けるかも知れない。しかし安達第二、第三論文を読んで頂ければすぐ解るように、私も、債務者が抗弁事由を知りつつ異議なき承諾をすることが常でなく、むしろ例外的なケースであることは認めている。

その限りで、私と池田教授との間に——後に述べるように少くとも表面的な言葉の上の問題としては——何等争いになる原因は無いといえる。それでは何が争われるのか。池田教授は、その第一論文で、私の処分授權説を批判し、「処分授權説の構成が生きているのは、債権者が無権利者となったとき、すなわち更改や全部の弁済等により本来の債権が完全に消滅しているときということになるが」と前置きし——なお右の点について、私は、処分授權説は、債務が一部弁済により一部消滅しているときはもちろん、そのまま存続しているときにも当てはまる理論として主張していることについては、安達第三論文の志林八九巻三・四合併号二二頁および七〇頁参照、なお本稿第一章末尾

の太田教授への返信参照——それにつづけて「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なのであり、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。」と述べられる（法研六一巻九号三八頁）。

これについては、私は第三論文で(a)―(d)の四点をあげて反論したが（志林八九巻三・四合併号七一頁）その(d)において池田教授の右引用文中でいう「(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」の箇所をとりあげ、起草者たる梅委員が、議事速記録の中で、債務者が、一旦消滅した債権の譲渡について、これを知りつつ敢えて異議を留めずに承諾するケースにもふれていることを指摘し、起草者は債務者が常に抗弁事由の存在を誤信して異議なき承諾をなすと考えたと理解すれば、それは正しくないと批判しようとしたのである。もっとも池田教授が「追記」で指摘されているように、梅委員が右のケースをあげたのは、元来、異議を留めない承諾によって、抗弁が切断され、債務者が譲受人に新たに債務を負わせる

のが妥当だということの説明するための文脈の中においてであった。すなわち異議を留めない承諾が譲渡人と債務者の通謀でなされた場合ならば、——仮りに抗弁切断を定めなくても——譲受人は譲渡人に対して損害賠償を請求するという方法で保護されうるが、しかしこれだけでは譲受人の保護に不十分だから、譲受人を充分保護するためには、抗弁切断の効力を生じさせる必要があるのだ、という説明の文脈においてであった。しかし、ともかく梅委員は、債務者が抗弁事由を知りつつ異議なき承諾をするケースがあることを語っている事実は否定しないのであり、その限りで「(起草者も明確に説いているように)」との表現は不正確だと、批判しようとしたのである。もっとも、右の語の上におかれている「それは通常」という修飾句を重視する限り——起草者も債務者が譲渡人と通謀して異議なき承諾をすることは例外的な場合であることを認めているのは事実なのだから——たしかに不正確とはいえない。そのために私は実際には、第三論文で、このことを指摘しつつ池田教授の前述の文章を「必しも誤りとはいえないにしても極めてミスリーディング」だと批評したのである。

池田教授は「追記」の中で、ミスリーディングの語に強く反撥されている（池田前掲書四四六頁）。私は「ミスリーディング」の語を、恐らくわが国で一般に理解されているところから従って、「誤

解を招き易い」の意味で用いたのであるが、研究社の新和英辞典 New English-Japanese Dictionary (5. ed.) 1980 によれば mis-leading には、「誤れた印象を与えやすい」の意味のほか、「誤りに導く。惑わせる」の意味があるとのことである。池田教授の強い反撥は、右の後者の意味に解されたためであるかも知れない。私はさような意味で用いたのではないことを釈明するとともに、私の思いこみから、このような誤解を生じる表現を用いたことを反省し、この表現を撤回し「誤解を招き易い」と訂正する。

私の右のような議論が、些細な表現上の問題に拘わった、あまり生産的でない議論と思われる人もあるかも知れない。そこでこの機会に弁明のために以下のことを付記しておきたい。

池田教授は、債務者が、抗弁事由があるのに異議を留めない承諾をするのは、債務者の過誤による、ということを多くの箇所で強調されている。問題の箇所につき「実際に存在しない債権と思えば、誰もそんな譲渡を授権するはずはない」という文章もそうであるが、このような理解は、池田説（二重法定効果説）の根幹にある前提ともいえる。すなわち池田教授によれば（以下の引用文の傍点は引用者による）「四六八条一項は、……起草過程からも条文の構造からも明らかなく、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っている規定である」「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」とされる。そして、より具体的に、一項但書についても、その根拠を「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、抗弁事由が存在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」と説明し（法研六二巻九号四五頁）、また抗弁切断効の生じるために譲受人に主観的要件としての善意を要求する根拠についても、現行民法の異議なき承諾は、旧民法と異なつて方式が簡略化されているために「簡略な形での債務者の、うっかりした承諾によつても抗弁が切断され、譲受人の利益保護に傾きすぎるおそれがある。したがってこれを是正する有効かつ合理的な……解釈が探求されてよい。その一つが譲受人は（明文はないものの）善意でなければならぬとする解釈である」とされる（法研六二巻九号五〇頁）。

このような池田教授の基本的な見解をふまえたうえで前掲の「起草者も明確に説いているように」の語を読めば、多くの人は、その前に置かれている「それは通常」の句を飛ばして読み、起草者は、常に債務者が過誤にもとづいて異議なき承諾をなす旨を述べていたと誤って理解するのは無理からぬことではなからうか。（なお安達第三論文で論じた前掲(a)―(c)の論点については、ここでは繰り返さない。）

ちなみに私見では、債務者が抗弁事由を知りつつ異議なき承諾をした場合——なお消滅あるいは不成立の債権の譲渡の場合に、これを知りつつ異議なき承諾をすることは稀であるが（もっとも、不存在ないし無効な債権を有効な債権だと誤信して譲渡した譲渡人が、譲受人の信頼を裏切らないようにするために、債務者に異議なき承諾をするよう頼み、債権者は自ら債務を負っていないことを知りつつ、この頼みに応じて異議なき承諾をする、という場合は起こりうるであろう）、同時履行の抗弁権や相殺の抗弁権の付着する債権の譲渡の場合には、かようなことは稀ではない——譲受人の善意・悪意を問わず譲受人は抗弁の切断された債権を取得すると解するが、債務者が抗弁事由の存在を誤信して異議なき承諾をするときは、譲受人の善意・悪意が問題になることは前に述べた（なお池田第二論文二五頁注（2）で、安達説は、異議なき承諾の性質に付き、意思表示だが錯誤を理由にしてその効力を争えない特殊な意思表示だと説明する旨紹介されているが、引用されている文章の前後関係から明らかのように、この説明は処分授權説に到達するまでの過渡的な（指図引受による構成のもとの）考察として述べたものであり、処分授權説の立場からはやや不正確な説明である）。

また私見では、前述したように、債務者が抗弁事由を知って異議なき承諾をしたときも、知らずに誤ってなしたときも、い

ずれも譲渡人に対する求償権は、委任や事務管理などを理由として発生する。

（ウ）第二の点は、一方で、旧民法で設けられていた、異議なき承諾による抗弁切断の規定が、現行民法によってそのまま承継されていると解する池田説と、他方でその間には承継と同時に断絶と飛躍があると解する安達説の対立を基礎に、旧民法の規定の解釈として、一方で、切断される抗弁の範囲を無制限と解する池田説と、他方で、旧民法には現行法四六八条一項但書に相当する規定が欠けていたことと関連して、切断される抗弁の範囲にはおのずから制限があったと解せざるをえないとする安達説の対立が問題になっている。

これについては前にとりあげたが（第二章一末尾参照）、ここに一言つけ加えると、前に述べたように私は異議なき承諾をなした債務者の譲渡人に対する求償権の規定を欠いた旧民法では、切断される抗弁の範囲を制限的に解釈すべきであり、そしてそれは森順正訳のポアソナード「民法理由書」の文章の趣旨にも合致すると述べた。（志林八九卷三・四合併号七八頁）。これに対し、池田教授は「追記」において、私の引用した右の文章からはさように読みとれないと主張される。問題となる文章は

「受諾ハ債務者ノ自カラ為シタル行為ナルヲ以テ其權利ノ抛棄即

子債務ノ認諾ニ外ナラズ。故ニ之ヲシテ其讓渡人ニ対スル抗弁ヲ以テ讓受人ニ對抗スルノ權ヲ失ハシムルモノナリ。但シ或ハ義務ノ当然無効ナルトキハ、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務者ニ對抗スルコトヲ得ベキガ如シ。然レドモ其義務承諾ナキガ為メ無効タルニ過ぎギズシテ、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依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」である。

私は、右の文章から「義務の当然無効で、しかも有効なる原因と目的を有せざるとき」は、たとい債務者の異議なき承諾があつても抗弁切断の効力を生じない趣旨と読み取つたのに対し、池田教授は、右のときも抗弁切断の効力を生じる趣旨と読み取られる（池田前掲書四四七頁）。

私は何度読み返しても、私の読み方が正しいと思う（もつとも文理上、池田教授のように読める余地が全く無いわけではないが）。いずれにせよ池田教授は、旧民法をそのまま受け継ぐはずの現行民法四六八条一項の解釈において——一転して——不成立（無効）の抗弁は異議なき承諾によって切断されないと解されていることは前述した通りである（二章一末尾参照）。

なお、安達第三論文でも紹介し、また本稿二章一末尾でも触れた

松本慶次郎他による旧民法注釈書の説明をも考慮に入れて考えると、旧民法で異議なき承諾によって切断される抗弁の範囲は、債務者が当該抗弁の切断によって蒙る不利益につき、その回復のために讓渡人に求償権を行使する方法をとらなくて済むような抗弁と解すべきではないか、と考える。したがって、同時履行や相殺の抗弁は勿論、無能力や詐欺・強迫による取消の抗弁や錯誤による無効の抗弁、時効や更改による消滅の抗弁は切断されるが、通謀虚偽による無効、不成立・弁済の抗弁は切断されないと解すべきではなからうか。

このことと関連するが、旧民法の債務者の承諾（承認）は、債務の承諾（承認）であるのに対し、現行民法の債務者の承諾は、讓渡の承諾であるという点で質的な差異があるのではなからうか（このことは前稿でも指摘したが（志林八九卷三・四合併号八〇頁）本稿で次の事例をあげることにによって考察を一步進める）。従つてたとえば、詐欺により取消しうる債権が、債務者の異議なき承諾を伴つて讓渡されたとき、旧民法ではその承諾は、詐欺の追認（取消権の放棄となり、債務者が讓渡人に求償する関係は生じないのに対し、現行民法では、詐欺の追認は異議なき承諾の中には当然には含まれず、従つてこの場合、債務者は、異議なき承諾とは別に、詐欺を理由に債務を取消することもでき、このときは讓渡人に対して求償権が発生することになる）。

7 理論構成の方法と比較法（フランスの学説）

(ア) 前述したように——民法の規定一般にも多かれ少なかれ当てはまることであるが——四六八条一項の規定の基本的な構造を追究し、正しい理論構成に到達するためには、起草者が考えていた不明確な概念と漠然とした論理による規定の趣旨を出発点としながらも、これと関連性のある、あるいは、これと類似した他の法制度や法規定と比較することが必要である。そしてこれを通して到達しえた構造を、明確な概念と厳密な論理によって把握し、かつ表現することが必要であろう。正しい理論構成によって、立法当時の不十分で欠陥のある規定を補完することができるように、名人芸や直観によらずとも、それに依拠することによって具体的な問題を解決しうる明確な指針を得ることができる。また、そのような理論構成を目指さなければならぬ。

従来、四六八条一項の理論構成として主張された債務承認説も、禁反言説あるいは公信説も、このような試みであり、それはたとい成功しなかったとしても、夫々に、よりすぐれた理論構成へ到達するためのステップとして有意義であったといわなければならない。私がかつて試みた指図引受概念による構成もまたその後到達した処分授權概念による構成もこのような理論

構成探求の試みであり、従前の理論構成をふまえ、その欠陥を克服するものとして試みたものであった。ところが池田教授は、その第一論文において、従来のこれらの理論構成の試みを、それらが、「四六八条一項と継受関係のない外国法特にドイツ法によって説明しようとした」ものであり、その点において「根本的な誤謬」を犯していると述べ、ついで「ここにおいて我々の第一にと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、それらの成果に依拠することなく、本規定の沿革及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。」と高らかに宣言されたのである（法研六二巻七号二〇頁）。このような方向での解釈学が実り多いものであったかについては、本稿で、検討したところである。

ところで最近公刊された池田前掲書で、比較法的研究の意義に関連して述べられているところは、右の命題を敷衍したものといてよいが、前に紹介したように（本稿第二章6（ア）参照）、教授によれば、継受関係のないドイツ法の参照は、「たとえば当該制度自体の有効性の検証等には役立つか、現行規定の解釈論にとっては二次的なものにならざるを得ない」とし、他方、継受関係のあるフランス法については、継受時における母国での解釈の検討のみならず、その後の解釈の変遷とその理由の吟味がなされるべきである（そのほか継受時における彼我の

社会状況ないし取引社会の法的環境の差異の分析や、その後の変化の有無の検証などがなされるべきである」とされ、しかもこれに一種の「法源」としての名称を与えられている（池田前掲書五頁）。

これらについて私は、前述したように、四六八条一項は、たしかにフランス法を参照にしているが、ドイツ法の影響も、デルンブルヒの学説を通して認められるのみならず、わが民法典全体の構造（特に編別方式）がドイツ法の影響が強いことを考慮すると、フランス法を被継受法、ドイツ法をそれと関係のない外国法として峻別するのに疑問をもつ。さらに、フランス法の母国での解釈に「法源」的な地位を与えるのも甚だ疑問である。

(イ) それはともかく、池田教授は右のような立場から、被継受法としてのフランス民法二二九五条（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）のその後の展開（とくに学説における解釈論の動向）を紹介される。（法研六五巻四号三頁—四頁）。それによると「債務者の無留保承諾を相殺の抗弁以外の抗弁にも拡張しようとする説は、一九世紀末から二〇世紀初頭にかけて、少数説に確定した……が、二〇世紀に入っても、この少数説の流れは存続する」（法研六五巻四号七頁）。と述べ、少数説としてカピタン（Capitant De la

cause de obligation, 3ème éd., 1927, n° 181, p. 402 ets) とラルーメ（Larroumet, Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé, thèse Bor deaux, 1968, n° 75, p. 152.）をあげ、二人の説を紹介される。

(ウ) まず後者（ラルーメ）の構成について、池田教授は次のように紹介される。

「譲受人の無留保の単純な承諾は、譲渡についての認識の表白に過ぎず、被讓債務者の債務約束ではないのであるが、もし債務者がこの承諾の後で債務の消滅を援用できるとしたならば、譲受人の信頼は欺かれることになる。それゆえに、抵抗なしになされた表白は、非論理的かつ詐欺的であり、債務者は免責につながるすべての抗弁にもかかわらず、弁済を義務づけられるとして、承諾によって生じた譲受人の信頼保護と、その承諾の非論理性（論理矛盾）性、欺罔性との両者を理由に、對抗不能となる抗弁を相殺以外のすべてに拡張しようというのである。」（法研六五巻四号八頁）

そして池田教授は、右の構成は池田説の構成に近い、と評されている。しかし私から敢えて批判すると、右の紹介を読む限り、ラルーメによる無留保承諾の捉え方は、意思表示と觀念の表示とを、論理的に厳密な吟味を加えずに、単純に漠然と結合させたものであるように思われる（なお池田教授が右引用文に

続いて、レイノー (Raynaud) によるラルーメ説の批判、すなわち「この説は、結局譲受人のために債務者の承諾を債務約束と認めることになるが、債務者にとっては承諾はあくまで譲渡の認識の表白でしかない」との批判が紹介されている。

8 カピタンの指図による構成

(ア) 前者すなわちカピタンの少数説は、掲掲の著名な著書「債務原因論」で述べられているが、それは大凡「無留保承諾により債務消滅の抗弁が主張できなくなり、債務者が譲受人に弁済の義務を負うという点では債権譲渡は *cession* (指図) に類似するとして、そのアナロジーから一二九五条一項の抗弁喪失効を相殺の抗弁以外の抗弁にも拡張しようとする」構成である(池田法研六五巻四号八頁)。池田教授は、これに続いてカピタンの指図説の内容を具体的に(注を含めて一頁余にわたって)紹介されている。

これに関して問題が二つある。

(イ) 私見による指図引受説について

第一に、私が曾って、処分授權概念による異議なき承諾の理論構成の前に、それに至るまでの過渡的な理論構成として、異議なき承諾を指図引受とする構成を提示した。それは独逸民法で規定する指図制度における指図引受を類推する構成であった

が、独逸民法上の指図とフランス民法上の指図とは基本的に共通した性格を有している。ところで私の主張した指図引受説に対して池田教授は、前述したように次のように批判された。

「一つの法制度を他の法制度の類推によって説明する。しかもその類推する法制度たる「ドイツの指図理論」は、類推される法制度たるわが四六八条の異議を留めない承諾とは、沿革的につながりがないことがわかっている。そして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(もちろん、ここで論者の要約文を捉えて言葉の不足をあげつらう意図は毛頭ない。しかし、私見が述べたいのは、推測はいくら詳細にしても推測であり、そうであるとすると具体的な根拠(たとえば起草者の草案理由に述べられてい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のか。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。」(法研六一巻七号三五頁)」

私は、曾って、この批判に対する反論として、たしかにドイツの指図引受とわが民法四六八条一項の間に直接のつながりは無い。しかし歴史的な背景を考えると全く無関係ではないことを述べ、またフランスにも指図の制度はあり(フランス民法一

二七五条・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(志林五九卷三・四合併号八〇頁)。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、未だ詳にしている」と述べた(志林八九卷三・四合併号六一頁)。この文章を書いて二十数年の後、池田教授の第二論文に接し、まさしくフランスの著名な学者であるカピタン(その民法学史上の地位については、本稿第四章で紹介している大村論文参照)が、私の考えと同じように、指図引受を類推して債権譲渡の無留保承諾の理論構成を試みていることを知り、わが意を得たりの感をもった次第である。

しかし池田教授は、私の主張した指図引受説に対して、前掲のような居丈高な批判をされたにも拘らず、カピタンの指図説の紹介にあたっては、このことを忘れたかの如くに何等言及されないのは何故であろうか(教授の考えられるように、被継受法たるフランス民法一二九五条のその後の解釈が、わが民法四六八条一項の解釈にあたって、一種の「法源的」地位を有するとするならば、カピタンと同様に、わが民法上の理論構成として指図引受説を提示することが、無意味な試みでなく、池田教授のいうところの「系譜的につながりのないもので説明する」ことにはならな

いであろう)。

(ウ) カピタンの指図説と池田教授の理解

第二に、池田教授はカピタンの指図説の内容を紹介されているが、その前提となるべき指図制度の理解が極めて不十分であり、したがってまたカピタンの説の紹介も誤っているといわざるをえない。以下これを具体的に述べよう。

(a) カピタンは通説と異なり、一二九五条の解釈として、債務者の無留保承諾により、債務者が譲渡人に対抗しえた相殺の抗弁を譲受人に対抗しえなくなるのみでなく、他のあらゆる抗弁も、同様に扱うべきことを主張する。そして彼は、このような抗弁切断の關係に類似している關係として指図の法律關係を引き合いに出す。ここで指図に関して基礎的な説明を加えながら、彼の説を紹介しよう。

(b) 例えば、指図者 (delegant) A が被指図者 (delegue) B に一〇〇フランを指図受託者 (delegataire) C に支払うよう指図する。それは通常、A が B に一〇〇フランの債権を有し、A が C に一〇〇フランの債務を負っている原因關係が前提される。そして A の指図に従って B が C に支払うと、その結果、一方で、あたかも A が C に支払ったのと同じように、A の C に対する債務は消滅する。他方で、あたかも B が A に支払ったのと同様に、B の A に対する債務も消滅する。ところで B が C に支

払う前に、BがCに支払を約束すると、BはCに対して債務を負うが、この債務は無因的 abstractであり、Aに対する原因債務の不存在を知らずに誤って債務を約束したときも、BはAに対する抗弁をもってCに対抗しえない（カピタン前掲書三九五頁）。そしてこの場合、被指図者は、指図受益者への支払の後、指図者にかかってくることができる（カピタン前掲書三九五頁）。もっとも、右の抗弁切断は、完全指図の場合（すなわちCがAに対して原因債権の消滅を承諾（contracter）したとき）については、学説の間に争いはないが、不完全指図の場合（すなわちCがAに対して、原因債権の消滅を承諾しないとき）については争いがある（カピタンは後述のように、完全指図の場合と同様に扱うべきことを主張する立場である）。

指図における右の関係は、あたかも、AがBに対する債権をCに譲渡するとき、Bが無留保承諾をすることによって、BがAに対する抗弁をCに対抗できなくなる、という関係に類似する。以上のようにカピタンは述べているのである（カピタン前掲書四〇五頁）。（なお本稿では池田教授の訳語にならって指図者、被指図者、指図受益者の語を用いることにするが、一般的には、それぞれ指図人、被指図人、指図受取人の語が用いられている。例えば上柳「フランス手形理論の一考察」（上柳「会社法・手形法論集」四〇六頁、有斐閣、新法律学辞典（三版）五六〇頁）。

(c) ところが池田教授はカピタンのこのような説明に対する批判として、次のごとく述べる。

「この構成は、債権譲渡人を指図者（A）、譲受人を指図受益者（C）、債務者を被指図者（B）となぞらえて類似性を述べることになるようだが、①本来、指図（delegation）であれば、問題になる承諾（承認）は、（いわゆる債務引受における債権者と同様）、指図受益者（C）が、（債務の変更につき）与えるのであって、債務者すなわちここでいう被指図者（B）がするのではない。②この説では、被指図者（「債務者」の誤植か？——引用者）のなす無留保承諾は、ここでは被指図者（B）と指図者（A）との間の同意（consentment）に相当することになり、いわゆる（日本法やドイツ法でいう）債務負担の意思表示以外の何物でもない、ということになる。」そしてそれに続けて「しかし多数の学説は、この単純で無留保の承諾は、単に譲渡の事実の認識を表白するに止まるとして、一二九五条一項は……相殺以外の抗弁には拡張されえないとしてきたのである」と（法研六五巻四号八頁、数字は引用者）。

右の①の部分と右の②の部分との間にいかなる意味上のつながりがあるのか、理解しにくいのであるが、恐らく①と②の両方を合わせて、池田教授は、被指図者のなす支払の約束（あるいは支払の承諾、わが国でもドイツでも一般に指図引受の語が

用いられる」と債権譲渡の無留保承諾とが関連性の無いことを指摘しようとされているようである。なお②の部分で、「被指図人の無留保承諾」とあるのは「債務者の無留保承諾の誤植ではないかと思われる（そのように読まないと意味が通じない。もっとも近刊の単行本でも訂正されていない。池田前掲書三九三頁）。

(エ) その検討

以上の池田教授の所説を私見の立場から検討しよう。

(a) 前掲①の部分について。カピタンは、一方で、債務者が債権譲渡の無留保の承諾をする (accepter) とし、譲渡人に対抗しえたすべての抗弁を譲受人に対抗しえないと解釈し、他方、被指図者は、指図受益者に債務負担を約束する (obligor) ことによって、指図者に対抗しえた抗弁を対抗しえなくなる、というのであるから、債権譲渡における債務者の無留保承諾と指図における被指図者の指図受益者に対する債務負担の約束とが互に対応するものとし捉えていることは疑の余地がない。ところが池田教授は、指図において、債権譲渡の場合の債務者の承諾に対応すべきものとしては、奇妙にもフランス民法一二七五条に定めるところの次の意思表示、すなわち、被指図者から債務負担の意思表示を受けることによって被指図者に対する債権を取得した指図受益者から、指図者に対して、指図者が指図

受益者に対して負っている原因関係上の債務を免れさせる (discharge) 意思を表示する (declarer) 行為がそれに該当すると捉えているようである。しかし同時に、教授は、実質的には両者は異質なものだから、対応関係を認めるわけにいかない、といわんとする趣旨のように推測される。

(なお前記条文は、右のごとき指図受益者の指図者に対する原因債務免脱の明示的な意思表示によってのみ更改が、すなわち、被指図者に対する指図受益者の債権を発生させ、そしてその代りに指図者に対する指図受益者の債権を消滅させる意味での、債務者交替の更改が生じる旨を定めている。もっともカピタンの説明によると、指図受益者は、もし指図者に対して、その原因債権を消滅させることを承諾し、そのために被指図者 (指図受益者は、この人の資力を知らない) に対する債権のみに頼ることになると、取立が不安であるから、指図受益者は、被指図者の債務負担の約束を受け入れるとともに、指図者に対する原因関係上の債権も、依然として保持しようとするのが通例である。従って通常は、完全指図でなく、不完全指図の関係 (これらの語の説明は前になした) が生じる、という (カピタン前掲書三九二頁)。なお、思うに、右規定は、ドイツ民法の指図 (Anweisung) に関する七八八条が、被指図者の指図引受 (Annahme) によっては、指図受益者の指図者に対する原因

債権が当然に消滅することはない、と定めるのと同趣旨である(3)。

(b) 池田教授の前記文章の前掲②の部分について。教授は、債務者の無留保承諾は(なお原文は「被指図者の」とあるが誤植と見て読み替える)、被指図者と指図者の間の同意に相当し(云云、という。しかしここでいうところの、被指図者と指図者の間の指図法上の同意とは何か、また——池田教授によれば——それが該当することになるところの「日本法やドイツ法でいう債務負担の意思表示」とは、(ここで唐突に、池田教授の排撃されるドイツ法が出てくるのは奇異な感を受けるが、それはともかくとして) 一体いかなる内容の意思表示を指すのであろうか。それはドイツ民法典七八〇以下に定める無因の債務約束(Schuldversprechen)ないし債務承認(Schuldanerkenntnis)を指すのか。それとも為替手形の引受や約束手形の振出のような、抗弁切断の効力を生じる債務約束を指すのか。全く不明確であり、説明不足である。

ちなみにこの問題に関連する事柄についてカピタンの述べる所を紹介すると、彼は、被指図者のなす無因の債務約束の相手方として、指図受益者のみを考えており、指図者を考えていない。このことは、彼が指図と第三者のための契約とを比較する際の、次のような説明からも明らかである。すなわち、彼は、

指図における被指図者の債務約束は、彼と指図受益者との間でなされ、指図者との間でなされるのではないから、被指図者の指図者に対する原因関係から独立し、無因的であるのに対し、第三者のための契約は、諾約者と要約者の間でなされるために、諾約者の受益者に対する債務は無因的でなく、諾約者は要約者に対する原因関係上の抗弁を受益者に対して対抗しうる、と説明するのである(カピタン前掲書四〇八頁)。

(C) カピタンによる指図引受の無因性

ここでついでにカピタンの説明する、被指図者の債務約束の無因性の根拠を紹介しておく。

まず彼は、被指図者は、指図者に対する原因関係上の抗弁を指図受益者に対抗しうるか、についてのフランスの学説を紹介する。それによると、①完全指図においては、指図受益者は、指図者に対する原因債権を失うという不利益を蒙るのだから、それとの均衡をはかり、指図受益者を保護するために、指図受益者は抗弁の対抗を受けないとするのが、公平に合する。これが通説であり、ローマ法もかような結論を認めていた。②第二に、不完全指図の時(つまり指図受益者が指図者に対する原因債権を保持するとき)は、右に述べたような、完全指図の場合の理由は当てはまらない。したがって、被指図者が指図者に対する原因関係上の抗弁を知らずに誤って債務約束をしたとき、被指図者に抗弁の承継を認める

説が多数であり、抗弁切断を主張する説は少数である。そして少数説は、その根拠として、被指図者の指図者に対する原因債務は、被指図者が指図受益者に対してなす債務約束の原因 (cause) ではなく、単に動機に過ぎない、と言うが、それは正しくない。我々は、少数説の結論には賛成するが、その根拠は、それと異なる。すなわち、指図受益者が指図者に、その原因債務を免れさせたか否かということは重要でなく、それは、被指図者と指図受益者との間に結ばれた約束の有効性に何等影響を及ぼすべきではない。完全指図のときも、不完全指図のときと同様に、被指図者の債務は、その原因関係から切り離されていることがその根拠である (カピタン前掲書三九九頁)。つまり、被指図者が指図受益者に債務を負担するのは、時には指図者に恩恵を与えるためであったり、指図者のために貸付をなすためであったり、また、指図者に対する原因債務を消滅させるためであったりする。しかし指図受益者は、通常、被指図者のこのような債務負担の目的を知らないのであり、それは指図受益者にとって関心のない事柄である。指図受益者にとっては、被指図者が彼に約束する債務のみが関心事なのである。被指図者によって追求される目的は、意思行為の構成要素でなく、心理的な領域に留まっている。このことから、被指図者の指図受益者に対する債務は、その原因関係から独立するといふ結果を生じる (カピタン前掲書三九五頁)。

(d)まとめ

ともかく右に見たようにカピタンは、被指図者の債務約束が専ら指図受益者に対してなされると考えて議論を進めているのであり、池田教授の指摘と異なっている。

もっとも、ここで付言すると、この点について、ドイツ民法の指図に関する七八四条は、フランス民法の被指図者の債務約束に相当するところの指図引受 (Annahme) をなす相手方について、指図者に対してもなしうると定める。但し、指図引受は、指図者が指図受益者に交付する指図証書の書面上に署名してなされる要式行為であり、そして指図引受は、指図証書交付後に指図受益者の呈示に応じてなされるほか、指図証書交付前に指図者の委託に応じてなされる。しかし後者の場合、「引受ハ指図受益者ニ対シテハ指図証書交付ノ時ヨリ、ソノ効力ヲ生ズ」る (同条二文後段)。私はこの規定が合理的であると思うとともに、カピタンが、この点如何に考えていたかにつき興味をもった。彼は上掲著書で、ドイツの指図の規定を紹介し、ドイツの指図引受により生じる被指図者の債務が無因であることを紹介し、七八四条を掲げる。しかし同条二文については奇妙にも何等触れていない (カピタン前掲書四二二頁)。自己の理論に不利になる規定のために無視したのだろうか。

以上、池田教授によるカピタンの指図説明の紹介と批判とを

とりあげ、これを私の立場から——カピタンの著書を引用しつつ——検討したのであるが、池田教授の理解は、指図制度に対する理解を含めて、かなり不充分であるといわざるをえない。

なお私が、わが民法四六八条一項の異議なき承諾をドイツ民法上の指図引受の概念によって理論構成したのは、安達第一論文においてであったが、しかしその後、異議なき承諾、指図引受、為替手形引受、約束手形振出などに共通する、抗弁切断の基礎的概念としての仮定的債務者の処分授權の概念に到達し、あらためて指図制度を（また異議なき承諾を）この概念によって理論構成することになった。指図制度に関しては、手形・小切手の原初的形態として、ドイツで発表した論文「手形・小切手法の一般理論」(Allgemeine Theorie des Wechsel- und Scheckrechts, 1975) の中で、はじめこれを試みた。日本語によって発表したものとしては拙稿「新白地手形法論」(三) (志林七四卷一号五六頁以下) がある。ちなみに私の指図制度の構成については、故四宮和夫教授から「指図に関して緻密・雄大な理論を構築された安達教授の論文」という過分な評を頂いている(四宮「給付制度の当事者決定基準——三者不当利得の場合(二)」成城法学九号二頁注(2)参照)。(さらに付言すると、私の考える指図理論からすると、カピタンの指図理論、とりわけ指図引受の無因性の根拠に関する理論は、残念ながら賛成できない。

この理論では、被指図者が指図者に対して予め指図引受をする場合の説明ができないと思う。なお私見では、指図は、被指図者を仮定的債務者とする仮定的債権の譲渡であり、被指図者の引受は、仮定的債務者の処分授權である。したがって引受は指図譲渡前に指図者譲渡人に対しても(指図譲渡後に指図受益者譲受人に対しても)なしうる。

第三章 個別的諸問題について

前章でも、法解釈学方法論上の問題に関連して、個別的問題の幾つかを扱ったが、本章では、前章でとりあげなかった個別的問題について、多少の重複は避けられないが、池田教授の説に対する批判と私の今まで発表した見解についての補充および若干の訂正を行なう。

1 債権譲渡に際しての債務者の承諾の意味

——債務の承認と仮定的債務者の処分授權

通説は、四六八条一項の承諾を「前条ノ承諾」と同じく、債務者が譲渡の事実を了知した旨の觀念の表示と見るが、私はこれを意思表示の一種としての(仮定的)債務者の処分授權と見る。そしてこのような処分授權と解しうるためには、譲渡され

る債権の内容とりわけ金額を確認して承諾することが必要である（安達第三論文、志林八九卷三・四合併号二頁）。しかし明示的な確認でなくても、諸般の事情から、確認して承諾したと認定しうる場合であればよい。もっとも、取引の実際においてなされている承諾は、書式集に掲載されているすべての種類の書式で判断する限り、明示的に金額や弁済期を確認したうえでなされている（前掲四六八頁参照）。

これに反して、四六七条の對抗要件としての承諾は、それが對抗要件であるという性質からいって、単に譲渡の事実を認識した旨の表示であればよく、その際、譲渡される債権の同一性を示すに足る表示があれば充分であり、従って必しも金額などを表示しなくても、債権の発生原因を示せば足りる（○月○日に消費貸借によって発生した債権の譲渡がなされたこと、もしくは近いうちになされることを了知したという形でよい）。そして一般に処分授權としての承諾の中には、四六七条の對抗要件としての「承諾」が含まれていると解しうる。

ちなみに、起草者は、両条の「承諾」の関係について、まず四六八条一項の承諾（とくに事前の承諾）を考え、そしてその承諾は通知と同様に対抗要件となりうるから、四六七条に通知と並べて承諾をおいた旨述べている（法典調査会民法議事速記録二二卷三〇〇頁梅委員発言）。なお四六八条一項の承諾は、

「異議なく承諾します」と述べずに、単に「承諾します」と述べたときも同条の承諾と認めうる（もっとも書式集では、ほとんど「異議なく」の語を入れている（大野・矢野編「新版契約・全集（和訳・債権譲渡等）」一九七五年、七〇〇頁以下）。また、譲渡にあたって、金百万円の・存在しない債権の譲渡がなされたのに対して、債務者が「六十万の債権譲渡のみを承諾する」という形の一部承諾（すなわち異議を留めた承諾）をすれば、譲受人は六十万の現実の債権を取得するにとどまる。

以上述べた所は大体今まで発表した論稿に述べた所であるが、新たに以下のことを補説しよう。

債務者が、債権の内容とくに金額を確認することなしに譲渡の承諾をしたとき、四六八条一項の承諾にはならないが、四六七条の對抗要件としての「承諾」となりうることは前述したが、そのほかに、さような譲渡の承諾の中には、通常、同時履行の抗弁権や相殺の抗弁権の放棄の意思表示を認めることができよう。また事情によっては、譲渡される債権の発生時、債務者が無能力者であったとき、あるいは詐欺・強迫・錯誤のごとき意思表示の瑕疵があったときについて、取消権の放棄すなわち追認の意思表示を認めることができよう。そしてまた、四六八条一項の承諾を認めうる場合にも、同様に、その中に、右のごとき抗弁権の放棄_{II}追認を認めうるであろう。

例えば無能力者Bが保護者の同意なしにAから百万円を借り、その貸主Aがこの債権をCに譲渡し、能力回復後のBがこれを異議なく承諾したとしよう。この承諾の中には取消権の放棄が含まれていると解しうるならば、BはCに百万円を支払ったあと、Aに求償しえない。しかし取消権の放棄 \parallel 追認が含まれていないときは、Bはあらためて取消権を行使しうる。その結果、BはCに百万円を支払ったあと、Aに対して、百万円を（もつとも実際にはBが百万円の消費貸借から現に得ている利益（例えば三十万円、民法一二一条参照）と百万円との差額である七十万円を）求償しうる（以上の計算は利息を除外する）。

2 異議なき承諾をなす相手方

債務者が四六八条一項の承諾をなす相手方は、私見によれば、譲渡人と譲受人のいずれにもなしうる。その時期も、譲渡前もしくは譲渡後のいずれにもなしうる。これは本来の処分授權（独民法一八五条）および代理権の授權ないし無権代理の追認におけると同様である（安達第三論文、志林八九号三・四合併号二〇頁）。

なお実際の取引においては、書式集に掲載されている書式から見ても（大野・矢野編前掲書七〇〇五頁以下参照）、譲渡人が譲渡する前に、債務者に異議なき承諾をして呉れるよう頼み、

そして債務者はそれに応じて譲渡人に対してそれをなす形式が多いようである。譲受人は、予め債務者の異議なき承諾を得ておけば、安心して譲り受けられ、期待した通りの債権を取得しうるからである。

なお、右の問題に関連していうと、池田教授は、第一論文で用いた「抗弁切断」の語に代えて第二論文では「抗弁喪失」の語を用いることにし、その理由として「指名債権譲渡の場合、手形の裏書による移転等の場合と異り、譲渡行為それ自体はその時点までの抗弁は常に接続し、切断されることはなく、そのいったん接続した抗弁を債務者の異議を留めない承諾が對抗不能にするというものであるから、「抗弁切断」という表現は、一般の有価証券や証券的債権における用法と比較して考えると必しも適当でない」と説明される（法研六五巻四号三頁）。しかし私見では、異議なき承諾がなされる時期が譲渡前でも譲渡後でも、承諾の性質に変わりはないと考える。

私見ではこの承諾の性質は、仮定的債務者の処分授權であって、その点でAによる約束手形の振出（これは、BからCへの裏書 \parallel 仮定的債権の譲渡の前に振出人Aによってなされる事前の授權の意味を有する）や為替手形の引受（通常は、BからCへの為替手形の振出 \parallel 仮定的債権の譲渡の後に、仮定的債務者たる支払人Aによってなされるから、事後の授權だが、Bから

Cへの振出前に予め支払人Aが引き受ける場合は、事前の授權であり、そしてこの関係はあたかも支払人Aが振出人Bに対して、振出人をAとし受取人をBとする約束手形を振出すのと実質的に異ならない）と基本的性質は異ならない。したがって手形における裏書や引受の効果としての抗弁切断は、債権譲渡における異議なき承諾の効力としての抗弁切断と異ならない。だから後者の場合だけ抗弁喪失の語を用いる必要はない。（私の試みている、仮定的債務者の処分授權概念による約束手形と為替手形の構成については、安達「新白地手形法論」（三）志林七四巻一号八三頁以下を参照されたい。）

なおまた、池田教授の説明は、指名債権の譲受人が譲受の時点では抗弁が接続するが、その後になされる債務者の異議なき承諾によって抗弁の對抗不能を生じるといふとき関係は手形などの有価証券法では生じないと言おうとする趣旨のようであるが、しかしそれに類似した関係はフランス手形法の次の関係の中に見出される。同法において、為替手形の振出の中には、当然に provision（資金）の譲渡が含まれるとされるが、これは資金関係上の債権の譲渡と実質的に同様な意味をもつ。受取人は、支払人の引受なき限り、provisionの権利のみを行使しえ、その際、支払人は振出人に対抗しえた抗弁を対抗しうる。しかし支払人が引き受け、受取人（所持人）が支払人⇨引受人

に対して手形債権を行使すると、支払人⇨引受人は振出人に対抗しえた抗弁を対抗しえなくなる。（Desort et Rohot, Les effets de commerce, 1963, n. 405, 上柳「手形資金制度とドイツ法」同「会社法・手形法論集」所収・四二四頁注（5）参照。）

3 抗弁切断のために必要な譲受人の主観的要件と債務者の善意・悪意

池田教授は譲受人の善意を要求し、その根拠の一つとして、債務者のうっかりした承諾によっても抗弁が切断されるのでは譲受人の利益保護に傾きすぎるおそれがあるから、保護バランスをはかるためという。ところが他面で、同教授は異議なき承諾は四六七条のそれにおけると同様な観念の表示ではあるが、それには意思的要素があると述べ、他方、それは実際には意思表示であることもあれば、観念の表示であることもあるという（法研六二巻九号四八頁）。もし教授の言うように意思表示と認められる場合であれば、それに応じて譲受人の主観的要件も考える（例えば譲受人は善意でなくてもよいと考える）べきであり、もし観念の表示ならそれに応じて考える（例えば譲受人の善意無過失が必要だと考える）べきであると思われるのに、一律に善意を要求し、これを法定効果だと言ってしまうのはいかがなものであろうか。

私見については、安達第三論文でもくわしく述べている（志林八九卷三・四合併号三五頁）から繰り返さないが、要約すると①債務者が抗弁事由（とくに債務の消滅や不成立・無効その他の抗弁事由）を知りつつ敢えて異議なき承諾をするときは、譲受人の善意・悪意は問題にならない。②債務者が抗弁事由を知らずに誤って異議なき承諾をしたときは、動機の錯誤がある。従って譲受人がこれを知り（又は過失により知らずに）異議なき承諾を得たときは、債務者は錯誤による無効を主張しうる。

この場合、第一に抗弁事由が消滅・不成立の無効のごとき抗弁のとき、債務者は、これらの抗弁があるのに敢えて異議なき承諾をすることは、皆無でないにしても、稀なケースである（したがってこれらの抗弁事由があるのに異議なき承諾をすることは動機の錯誤にもとづくのが普通である）ことにかんがみ、譲受人が債務者の動機の錯誤自体は知らなくても、これらの抗弁の存在を知っていたか、あるいは重過失によって知らなかったならば、譲受人は錯誤につき過失があるというべく、したがって債務者は異議なき承諾の無効を主張しうる。

第二に、相殺や同時履行の抗弁のごとき場合、債務者は一般に、これのあることを知りつつ敢えて異議なき承諾をすることは稀でないことにかんがみ、譲受人は、これらの抗弁事由を知っていたからといって、直ちに債務者の動機の錯誤を知らな

い点について過失があったとはいえない。従ってこの場合は譲受人が債務者の動機の錯誤自体を知っていたときのみ、債務者は異議なき承諾の無効を主張しうる。（なお以上で問題になる譲受人の善意・悪意の時期は、譲受人が異議なき承諾の意思表示を受領する時であり、具体的には、譲渡前に譲渡人になされる承諾のときは、譲受人の債権譲受の時であり、譲渡後に譲受人になされる承諾のときは、譲受人にそれが到達する時である。）

右のごとき私見からは、昭和四二年一〇月二七日民集二二卷八号二二六一頁の事例（請負代金債権の譲渡に対する異議なき承諾があった後に、当該請負契約が、請負債務の不履行を理由に解除された）においては、債務者たる注文者は、将来、解除されるかも知れないことを知りつつ敢えて異議なき承諾をしたと解しうる限り、譲受人の善意・悪意は問題とならないはずである。しかし最高裁は、譲受人が、請負代金債権なることを知って譲り受けたことを理由に、譲受人の代金支払請求を棄却したが、正当ではない。なお池田教授は前述したように、解除による債務消滅の抗弁は、四六八条一項の適用範囲外にあるとして「債務者はたとえ債権譲渡について異議を留めない承諾をしたとしても、常にこれらを主張しうる」とされる（法研六五卷四号一八頁）。なお奥田教授の所説も前に紹介した。（ちなみ

に、私は、抗弁切斷の効力を生じるための譲受人の主観的要件
の問題は、基本的には手形法一七条における悪意の抗弁の問題
と共通していることも前稿で述べた（志林八九卷三・四合併号
三九頁）。

以上の命題については、債権が公序良俗に違反する契約より
生じた無効の債権であるときは、修正が必要とならう。

例えばBのAに対する百万円の債権が賭博契約から生じた無
効の債権のとき、BがCに、債務者Aの異議なき承諾をえて譲
渡したとする。この債権の譲渡の中には（a）百万円の仮定的
債権の譲渡と（b）百万円の賭博より生じた債権の同一性を
伴った譲渡とが含まれ、Aの異議なき承諾には（a）の譲渡に
対する処分授權も含まれるが、Aが債務の無効を知りつつ承諾
したとき、前述の命題を適用せば、Cは賭博により生じた無効
な債権なることを知りつつ譲受けたときも、（a）の譲渡と異
議なき承諾の結合した効果として、Aに対して百万円の有効な
債権を取得することになる。しかしこのようにCを保護するこ
とは民法九〇条の規定の趣旨に合致しない。したがって、Cに
よる有効な債権の取得を否定すべきであろう。それでは、右と
異なつて、Cが賭博による債権を有効なる債権と誤信して譲り
受けたときはCを保護すべきであろうか。民法九〇条の趣旨を
優先させ、原則として、Cは、Aがその債務の無効を知つて異

議なき承諾をしたか否かを問わず、Aに対する有効な債権を取
得しえない。ただ例外的に、CがBから百万円の債権を譲り受
けるにあたって、それが賭博契約より生じた債権であること自
体を知らなかったとき（例えば百万円の貸金債権だとしても譲
受けたとき）のみ、CはAに対して百万円の債権を取得すると
解すべきであろう。（なお不法原因より生じる債権の譲渡につい
て譲受人の善意・悪意を問わず抗弁切斷の効力を否定する説とし
て、例えば石田（文）債権総論講義二五五頁、谷口「不法原因給
付の研究」二二二頁がある。また池田教授は、通説とは異なつて
一般に不成立や無効の債権の譲渡については四六八条一項の適用を
除外するが、とりわけ不法債権の譲渡については強くこれを主張さ
れる（法研六五卷四号四六頁）。

4 二重譲渡等と異議なき承諾

（ア）前にも述べたように、池田教授によると、

「異議を留めない承諾による抗弁喪失効は、譲受人となつた
者と債務者との間で機能するだけで、二重譲渡等の際の権利取
得を主張する者相互間のいわゆる對抗関係では機能しない」
「換言すれば異議を留めない承諾は、その効果として、債務者
の譲受人に対する抗弁を失わせるのみで、誰が譲受人になるか
という、権利の帰属の争いには影響しない」（法研六五卷四号二

三頁) このような見解自体は、従来の通説的立場 (例えば我妻「債権総論」五三八頁) を受けつぐものであるが、池田教授の特色は、この見解の根拠を、異議を留めない承諾のなされた効果が「抗弁の対抗不能をもたらすに止まるものであり……譲受人に債権が原始取得されるわけではないから」と説明する点にある。これに対する批判は前に述べた(第二章2参照)。

この問題に関する私見は、安達第三論文(志林八九卷三・四合併号四六頁)で可成り詳しく述べているが、要点を述べよう。(イ) 基本的な出発点は、池田教授と異なつて、一般に、成立しない債権の譲渡にも四六八条一項は適用され、従つて譲渡人の所で成立しなかつた債権が譲受人の所で成立しうる(その意味で、譲受人は原始取得しうる)ことを認めることであり(そしてこのこと自体は、四六八条一項で切断される抗弁の種類に何等制限を設けない通説も認めているところといひうるはずである)、この命題を徹底させることである。この考えに立脚すると、まず(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、その後、Dに二重譲渡され、この二重譲渡にAが異議なき承諾をした場合、AはCとDに二重に債務を負うことになる。

(b) 同様にBからCへの譲渡の通知が普通の手紙でAになされた後で、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、および(c) AがBからCへの第一譲渡について異議なき承諾をした後にBからDへの第二譲渡についても異議なき承諾をしたときも、AはCとDとに二重に債務を負うことになる。もちろん二重に弁済させられたAは譲渡人Bに対して求債権を取得する(この点につき池田第二論文二六頁七行目は求債権を認める根拠が無いとして安達説を批判する。なお、右の第二譲渡は、いづれも、不成立の債権の譲渡に相当するから、債務者の、それに対する異議なき承諾は、多くの場合、過誤に基くもの(私見では動機の錯誤に該当する)であるから、かかる場合、第二譲受人の善意無重過失のときにのみ、第二譲受人の権利取得が認められる(この点、池田第二論文二五頁最終行の私見の紹介は、誤解を生じやすい。このことを考慮して拙著「債権総論講義」の第二版では誤解なきよう叙述を補正した。)

ところで問題になるのは(d) BからCへの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、BからDへの第二譲渡について確定日付ある証書によりAへの通知がなされた場合である。私見では、第一譲渡の譲受人Cのみが債権を取得し第二譲受人Dは取得しないと解する。池田教授は、第二譲受人のみが優先的に債権を取得すべきであり、また安達説の立場だとAは二重に債務を負担することになるはずだと批判される(法研六五巻四号一四頁)。

私見の根拠は、志林八九卷三・四合併号四七頁以下に詳論しているが、若干補説すると、右の場合のA B C Dの關係は、次の場合と整合的に解決すべきである。BがAに対する債権をCに譲渡して、BからAへ手紙で通知がなされた。そこでAはCに弁済した（あるいは、CからAに債務を免除した。さらにあるいは、CからAに弁済期を猶予した）。そのあとでBがDに二重譲渡して、Aに確定日付ある証書で通知した。右の第一の事例のとき（AからCへに弁済したとき）について、大判大三・一二・三民録二〇輯一一四六頁は、Aの弁済を有効と認め、DからAへの請求を棄却するが、それは、一般化していうと、Aが、確定日付ある通知のある譲受人Dのあらわれる前に、単なる手紙による譲渡通知のなされた第一譲受人との間で既になした弁済や免除や期限の猶余等のごとき債権の内容に関する行為は有効であり、優先的な権利取得者たるDから、債権の優先的取得自体は主張されるが、AがCとの間で既になした債権の内容に関する行為の有効性をAはDに対抗しうる。

このことを、第一譲渡について手紙で異議なき承諾があり、その後に第二譲渡がなされて、確定日付ある証書による通知のあった場合にあってはめると、第二譲受人Dは優先的な債権取得を債務者Aに主張しうるが、第一譲渡における異議なき承諾によって既に債権の内容に関して生じたこと——即ち第一譲渡に

伴ってなされる仮定的債権の譲渡と異議なき承諾の結合によって生じるところの、CのAに対する債権（P）が行使されて消滅すると、それと同時に、Cが同一性を伴ってBから譲り受けた債権（Q）が消滅するということ——を、Aは、Bから同一性を伴った債権（Q）をCに優先して取得したところのDに対抗しうる。かような事情を考慮すると、Aは、二重の支払を避けるために、債権（Q）の優先的取得者Dへの支払を拒むことができるかとすべきであり、したがって、Cに債権（P）のみを払えばよいことになる。（この関係と同様な関係は、約束手形の第一裏書と同時に、振出の際の原因債権が被裏書人に譲渡されるが、そのあとで同一の原因債権が他に二重譲渡され、これについて確定日付ある証書による通知がなされた場合にも生じる。）

(ウ) 以上の(a) (b) (c) (d)を総合して考えると、債務者の異議なき承諾を得て譲り受けた譲受人は、常に安心して期待した通りの債権を取得しうることとなる。なお、公信説に立ちつつ、とりわけ右の(a)の場合について債務者AがCとDとに二重に債務を負うとする説がすでに加藤一郎教授によって主張されていた（民法演習III一四二頁）が、近時、田川「債権総論一八八頁」も同趣旨の説を主張し、また鈴木「債権法講義」二訂版四七四頁は、根拠は異なるが、結果的にこれに近い

説を主張する。

なお、池田教授は、加藤説に対する批判として「公信説のいう觀念の表示に過ぎない承諾によって新権利が発生して債務者の負担が二重になるという結論は、あまりにも不条理である」とし、それはとりわけ、四六八条一項但書は、「譲渡人に対する弁済によって債権を消滅させたわけではないので」債務者の救済に役立たないからだとされる（法研六五卷四号二五頁）。この後段と同様な批判は、前述の通り、私見にも加えられているが、私は（そして恐らく加藤教授も）、右の場合、二重の債務を負い、二重に弁済した債務者は、四六八条一項但書の趣旨にもとづき（準用によって）譲渡人に求償しうると解する（後述参照）。

(エ) 判例としては、池田教授もあげられているように、大連判大正八年三月二八日民録二五輯四四四頁は、前述(d)の類型に属する事案につき、確定日付ある証書による通知を得た第二譲受人のみが、優先的に債権を取得している。ところがごく最近の最高裁の判例で、前述(a)の類型に属すると見られる事案について、異議を留めない承諾を得た第二譲受人が、債務者以外の第三者に対する對抗要件を得た第一譲受人と並んで、債権を取得することを認めたと解しうる余地がなくもない判示をしたものがある（最判平成四・一一・六（判例時報一四五

四号八五頁）。

もっとも事案はやや複雑で、抵当権の設定された土地の第三取得者Xが代位弁済した結果、債務者Y₂に対して求償権を取得すべきところ、当事者の合意により、予め弁済者が右債務者に負っていた代金債務と相殺されたために、実際には求償権は発生しなかったのであるが、原審は、それにもかかわらず、弁済者の法定代位を認め、その結果、弁済者Xが被担保債権を取得し、そして債務者以外の第三者に対しても取得を對抗しうることとを認めた（民法五〇〇条）。したがって、その後、債務者Y₁の異議なき承諾によって被担保債権を譲り受けたY₁に対しても對抗しうる。だから譲受人Y₁は債権を取得しえない。したがってまた抵当権も取得しえない、だから、XのY₁に対する抵当権抹消請求は容認しうる、と判示した。これに対して譲受人Y₁の側から、原審の判示に従えば、代位弁済者Xは、代金債務を免れると同時に、被担保債権をも取得するという一挙兩得の不都合な結果を生じるとして上告した。最高裁は上告理由に何等応えることなく、別の理由で上告を棄却した。すなわちXの代位弁済によって被担保債権は消滅したとすううえで、債務者の異議なき承諾によって「債務者が譲受人Y₁に対して本件債権の消滅を對抗しえなくなるのは格別、」抵当不動産の取得者であるXに対する関係においても、その被担保債権の弁済によって消

滅した本件抵当権の効力が復活することはない、と判示した。原審では、前述(a)の類型の場合に異議なき承諾をえた第二譲受人は債権を取得しえないとの判断を前提にして判示していたのに対し、最高裁は、上告理由に答えていないことも関連して、右の判断の適否についていかなる態度をとるのかは、何等明らかにしていない。上告理由に答えなかったのは、この判断を避けたいと考えたからだと見られなくもないが、その限りにおいて最高裁は、右の判断の正当性について懐疑的であった、ということがいえよう(この判例は後述三章6(力)でもとりあげる)。

5 債務者の譲渡人に対する求償権

安達第三論文で詳細に述べたように(志林八九卷三・四合併号四二頁以下参照)、私見では(a)譲渡人が債務者に「異議を留めない承諾をするよう頼んだために、債務者がこれを為したか、(b)それとも頼まれないのになしたか、(c)それとも譲渡人がそれをこたわったのになしたかによって、債務者の譲渡人に対する求償権の性質と内容が決まる。

すなわち(a)のときは、受任者の委任者に対する求償権、(b)のときは事務管理にもとづく求償権、(c)のときは、本人の意思に反してなした事務管理にもとづく求償権(民法七〇二条二項)

となり、不当利得の返還請求権(民法七〇三条)と同じくなる。また、右のような求償権は、消滅した債権が譲渡された場合だけでなく、不成立や無効な債権の譲渡の場合にも発生すると解すべきことは前述した。

もっとも右のように解することは、四六八条一項但書の文言をかなり補正することになる。

右但書は、譲渡された債権が、弁済と更改によって消滅した場合のみ規定しており、そして法典調査会議事速記録によると、起草者は、但書の規定を不当利得法理の特則であると説明している(法典調査会民法議事速記録二二卷三二二頁三二六頁(ともに梅委員の発言)(不当利得法理を適用するならば、例えば百万円の債権者が百万円の弁済を受けたにも拘らず、これが存続しているとして六十万円の対価で他に譲渡し、債務者が異議なき承諾をしたとき、二重の支払を余儀なくされた債務者が譲渡人に不当利得法理で返還請求すれば、その額は六十万円となる。しかし但書は、これを修正し、百万円について返還請求権を認めると説明している。法典調査会民法議事速記録二二卷一八二頁)。

池田教授は、但書の規定を制限的に解し、譲渡された債権が弁済と更改により消滅したときのみ適用されると解し(もっとも他の消滅原因によって消滅したときは不当利得返還請求を認

める趣旨かは不明)、譲渡された債権が不成立や無効のときは、明らかに、不当利得返還請求権も否定する趣旨と解しうる。(法研六五巻四号二三五頁)。

このような池田教授の考え方は、同教授が、異議なき承諾によって切断される抗弁事由の範囲につき、不成立や無効の抗弁をそこから除外されることと平仄が合っている。(なお前述4(ウ)参照)。

もっとも従来、学者はこの問題について掘り下げた検討をしておらず、従来の標準的概説書は、但書の規定を殆どそのまま書き写しているのみであるといつてよい(我妻、於保、星野、奥田、林、石田、高木等)。もっとも我妻「民法講義・債権総論」五四〇頁は、但書の根拠を「譲渡人が不当利得をするから」だと説明する。しかし、一方で、従来、通説が、譲渡される債権の不成立や無効のときも、異議なき承諾により、かかる抗弁が切断されることを認めていることとの整合性を考慮し、他方、従来の通説は大体において公信説を採用しており、したがって四六八条一項を所有権の善意取得に類したものととして考えていた(善意取得が成立すると、所有権を喪失するに至った本来の所有者は譲渡人に不当利得等を理由に請求しうる)と解されることを考慮するならば、従来の通説は、池田教授と異なつて、譲渡された債権が不成立や無効のときも、債務者に譲

渡人に対する不当利得返還請求権を認める趣旨だったと推測しうる。そしてこのように解することは、起草者が但書を不当利得法理の特則と考えたこと、従つてその前提として、但書以外の場合には不当利得法のそのままの適用を是認する趣旨だったと解しようという推論とも一致しよう。

ところで前述した私見は、池田説とも、右に述べた通説の立場とも異なる。これについて一言すると、私は前述したように、四六八条一項但書は、旧民法から来ているのでなく、デルンプルヒの少数説(債務者の承諾に抗弁切断の効力を認めつつ、債務者から譲渡人に対する不当利得返還請求権を認める)から影響を受けていると推測するのであるが、いずれにせよ、四六八条一項は全体として、他に立法例のない新しい規定であり、従つて、規定の仕方も不完全であり、また法典調査会でも充的な議論がされなかったのは無理もないことであると考える。従つてこれを解釈論という形において補正することは許されることではなからうか。

なお、私見だと、消滅・不成立(無効)などによる不存在の債権の譲渡につき債務者が譲渡人から頼まれて異議なき承諾をしたときは、債務者が譲渡人に支払った金額に法定利息をつけて譲渡人から求償しうる。譲渡された債務が更改によって消滅した債権だったときも同様に解する。その限りについて同項但

書の適用を否定する。なお、債務者が、譲渡人の意思に反して異議なき承諾をしたとき、前述したように、私見では、不当利得に基く返還請求権と同じ求償権を取得するが、その求償権（不当利得返還請求権）は——起草者の説明と異なって——四六八条一項但書により修正を受けることはなく、現在利益のみ返還すればよいことになる。

ちなみに、存在しない債権を存在するものとして譲渡したとき、債務者が譲受人に支払うと、その債務者は、弁済を受領した譲受人に対して不当利得返還請求権を行使しうるか、それとも譲渡人に対してなしうるか、の問題は、いわゆる三者不当利得論の問題の一つとして、近時、ドイツでもわが国でも盛んに論じられているが、この問題は、異議を留めない譲渡の承諾をした債務者の求償権の問題と密接に関連している。これについては最近発表した拙稿「存在しない債権の譲受人に対する弁済と所謂の三者不当利得論」（内山・黒木・石川古稀記念「統・現代民法学の課題」所収）で取りあげている。

6 異議なき承諾と抵当権

(ア) はじめに

この問題については、これまで多くの学者によって論じられてきたが、私も安達第二論文で論じ、また、第三論文で、これ

を殆どそのままの形で紹介した。池田教授の第二論文でもこの問題を大きくとりあげ、その約半分の頁数（二八頁）をこれに当てている。

（なお私は、この問題について、ごく最近、椿編「担保判例」（有斐閣）に掲載予定の、前掲平成四年十一月最高裁判例の解説の中でも論じている。）

はじめに、私の第二（第三）論文の中の重要な誤りを是正しておきたい。第二論文は例題解説の形のものであったが、そこで编者から与えられた例題は、不法な契約から生じた債務の担保のために根抵当権が設定され、その債権が債務者の異議なき承諾を伴って譲渡された事例であった（谷口・加藤編「新民法演習」（昭和四三年）なお志林八九卷三・四合併号一〇頁参照）。一般に、不法な契約から生じた債権の譲渡の場合にも四六八条一項の適用があるか、の問題に関しては前述でも再論したが、第二論文での議論に沿ったものであり、そこでの議論は何等誤っていない。誤りは、根抵当の特殊性を考えず、一般の抵当権と同じに扱って説明したことである。第二論文の執筆時は、民法三九八条ノ二以下の根抵当に関する規定が新設される前であったが、それにしても、当時既に判例、学説上論じられていた根抵当の特殊性に気がつかなかったのは重大な誤りであった。また、第三論文にこれを収録紹介する当時、これを見過ごしていたのは、より大きな誤りで

あった。

根抵当については、昭和四六年制定の新設規定によると、元本確定前に根抵当権者から債権を取得した者はその債権について根抵当権を實行することはできないとされており（民法三九八条ノ七第一項）、元本確定前における根抵当権の随伴性は制限されている。この場合、債権の譲受人が根抵当権を取得するためには、設定者の承諾を得て根抵当権者から譲渡を受けなければならない。もっとも後に述べるように、私は、一般の根抵当権の場合でも、異議なき承諾によって、一旦消滅したはずの根抵当権が復活するためには、債務者の異議なき承諾と共に根抵当権設定者のそれも必要だと解する点では、根抵当権の随伴性を制限的に考えるものであるが、それにしても、根抵当権に関しては、様々な点で一般の根抵当権と異なつた扱いが必要である。ここであらためて第二論文（および第三論文）の例題を、根抵当権設定のケースでなく、一般の根抵当権設定のケースに訂正させて頂きたい。そして以下は、一般の根抵当権について論じることとする。（なお、根抵当権に関しては、一般の根抵当権と異なる特殊性があることは、二瓶「債務者の異議なき承諾と根抵当権の復活——旧登記の流用と関連して——」（現代民法学の課題（中）（内山黒木・石川還暦、六八頁）で、また池田第二論文（法研六五巻四号三五頁）でも指摘されている。）

（イ）池田説の基本的立場

前述したように、池田教授は、異議なき承諾をした債務者が、譲受人に対抗した事由を対抗し得なくなる、とは——弁済による消滅の場合を例にとると——債務者は譲受人に対する関係では、弁済がなかつたことになり、従つてそれに付せられていた根抵当権も存続していたことになる。だから一旦消滅した根抵当権を譲受人が原始取得するのではなく、その意味において復活するのではない。したがつて、また一旦消滅したことによつて無効となつた登記が、新たに発生した根抵当権のため流用されるか、という問題を論じる必要はない、とされる（法研六五巻四号三五頁）。

これは元来、下森教授の説（下森「債権譲渡の異議を留めない承諾と根抵当権の復活」法学セミナー一九八三年二月号一一五頁）をうけつがれたものようであるが、池田教授は恐らくこれを徹底させることによつて、譲渡人のところで不成立だつた債権を譲受人が原始取得することはあり得ないという推論から、不成立（無効）の債権の譲渡については四六八条一項は適用されない、という命題も導き出されたように思われる。それはともかく、右のような下森・池田説からは解決し難い問題が起きてくることを前に指摘したが（二章2）、これについては後にあらためて検討しよう（後述（キ第一）参照）。

なお、後に述べるように、私は、譲渡人の所で弁済によつて

一旦消滅した債権が、譲受人の所で新たに発生することを認め、その限りで、原始取得の成立を認めるのであるが、しかしここでは所謂「無効登記の流用」の問題は起こらないと解する(前稿(第二、第三論文)の説明と異なることをおことわりする)。ただし後述するように、譲受人による抵当権取得の過程をなるべく忠実に登記簿上表示する適式な登記の方法として、既になされている抵当権設定登記を用いてこれに抵当権譲渡の付記登記をなすことで足りるのであって、既存の抵当権設定登記を一旦抹消して新たに譲受人のための抵当権設定登記をなす方法が、より適当な登記方法だとは思われないからである(後に詳述する)。

なお、右の無効登記流用の問題を含めて、安達第二論文(および第三論文)で述べたことは、本稿で若干の修正・補充を施すことをおことわりする。

(ウ) 私見の基本的考え方

私見の概要を述べる前に、その基本的な考え方を説明しよう。

第一に、弁済によって消滅した抵当権付き債権の譲受人が、債務者の異議なき承諾のために抵当権を取得するに至ったとき、これを第三者に対抗しうるか、が論じられる際に、従来、その第三者として、物上保証人、承諾前の抵当不動産の第三取得者、

弁済によって順位上昇した後順位抵当権者、承諾後の抵当不動産の第三取得者、承諾後の抵当権取得者などがいわば同一平面で考えられていた。しかし二種類の問題を明確に分けて論ずべきであると考え(池田教授も①異議を留めない承諾の抗弁喪失効の及ぶ人的範囲の問題と②債務者の設定した担保物権に利害関係を持つ第三者への影響の問題とを区別すべきことを主張されているが(法研六五巻四号二七頁)、私の考える二分類とやや異り、池田教授の二分類は、ともに私のいう実体法的関係に属するように思われる)。

第一グループの問題として、譲受人が抵当権を取得することは一つの物権変動なのだから、これと両立しえない物権の取得者に対して、抵当権の取得を対抗するためには、いかなる對抗要件が必要かが問題となる。これは民法一七七条の問題に属する。

第二グループの問題として、右の意味での物権変動の第三者対抗問題を考える前に、これと区別して、実質権な権利変動としての抵当権の取得が生じるか否か、いかなる要件によって生じるか、の問題がある。

例えば、債務者の異議なき承諾によってその債務者に対して債権を取得した譲受人が、物上保証人に対して抵当権を取得するか否か、の問題である。このほか、承諾前の抵当不動産の第

三取得者や承諾前に順位上昇した後順位抵当権者に対する抵当権（一番抵当権）の取得の対抗問題がある。ここでは、後に詳論するように、他人の権利関係に干渉する形での処分行為が、その他人に効力を生ずるかの問題に関わる。従って基本的には

①無権利者が他人の権利を処分（譲渡）したときに、その処分の効力が権利者に及ぶか。すなわち処分の相手方たる譲受人が権利を取得し、本来の権利者はその限りで権利を喪失するか、の問題と同じであり、そしてまた、私見によれば②存在しない債権を譲り受けた譲受人が債権を取得し、本来、債務者でなかった者が債務を負担するかの問題と基本的に同じである。①の場合には権利者の処分授權（事前の同意や事後の追認）があったときのみ譲受人が権利を取得し、また②のときは、仮定的債務者の右と同様な処分授權（同意・追認）があったときのみ、譲受人は現実の債権を取得するが、これと基本的に同じことが、第二グループの問題となる。

ところで私見では、債務者が自ら設定した抵当権付き債権が弁済によって消滅したあとでなされた抵当権付き債権の譲渡には、存在しない債権（仮定的債権）の譲渡と、存在しない抵当権（仮定的抵当権）の譲渡の両方が含まれており、そして債務者の異議なき承諾には、後述のように、通常、仮定的債務者の処分授權とともに仮定的抵当権設定者の処分授權が含まれてい

ると解する。したがって私見では、この場合の譲受人の抵当権取得の問題も、実質的な権利変動の問題に属しており、そしてその限りで、右の第二グループの問題と同じ種類の問題だといえる。

ちなみに高木教授は、取得された抵当権の対第三者対抗力の問題とその前提としての実質関係の問題の峻別を主張された（林・石田・高木「債権総論（改定版）」四六〇頁）。私はこれから示唆を得る所があったが、しかし高木説では、実質問題、とくにその第二グループの問題の処理が、私から見ると不十分であるように思われる。（例えば「物上保証人は「当事者」であるゆえに、登記の有無を問わず、抵当権の不存在を主張しえず」とされ、これは彼にとって酷な結果であるように見えるが、しかし「物上保証人は、抵当権の消滅によって無効と化した抵当権設定登記を抹消することをえたのであり、これを放置したために、善意の抵当権譲受人が出現した場合には、この譲受人の利益を優先せしめるという解釈がなされてもやむをえない」と述べる（林・石田・高木前掲書四六一頁）。なお前掲二瓶論文はこれを支持する。しかし池田教授は、（下森教授とともに）これに対して、登記簿に公信力の認められていないわが民法の建前からいっても、また、弁済による債権の消滅に伴う抵当権の消滅を第三者に主張するためには抹消登記は不要とする通説

の見解からしても、首肯し難い、と批判されているが（法研六五巻四号五一頁）、正当である。

しかしともかく、このように第一と第二のグループを峻別することによって、とりわけ、次のような問題、すなわち一方で抵当権の登記のなされている、もしくはなされていない抵当権取得と他方で所有権移転登記のなされている、もしくはなされていない、抵当不動産の譲渡との間の優劣関係などを明確に処理しようと思われる。

第二に、私見のもう一つの特徴として、私は——実質関係上の問題であるが——抵当権の随伴性は、当事者の合理的意思の推定に基くと解し、したがって当事者が、これと異なる合意をしていたときは、合意が優先すると解する。合意に反しても随伴性を認めるべき公共的理由は何等存しないからである。

このことは、債務者の異議なき承諾によって譲受人が抵当権を取得する場合にとりわけ重要な意味をもつ。

(エ) 実質関係

右に述べたところに従って、まず実質関係の問題を述べよう。

(a) BのAに対する債権の担保のためにAの不動産に抵当権が設定されたが、債権が無効であったり、弁済により消滅していたとき、BがCに抵当権付き債権を譲渡するのに対してAが異議なき承諾をすると、この承諾には仮定的債務者の処分授權

と同時に仮定的抵当権設定者の処分授權が含まれる。その結果、譲受人CはAに対して現実の抵当権付債権を取得する。

（なお、念のため付言すると、前述したように、債務者が存在しない債務を存在すると誤信して承諾したときは、動機の錯誤による承諾であるから、譲受人が錯誤につき善意無過失であることが、譲受人が抵当権付き債権を取得するための要件であり、従って譲受人が債務の無効や消滅を知っていたとき、もしくは重過失により知らなかったときは、右の要件は充たされないことになる。）

もしBが、抵当権の付かないAに対する債権だとしてCに譲渡し、Aが異議なき承諾をすれば、CはAに対する債権は取得するが、抵当権は取得しない。また、弁済により消滅した抵当権がもともと甲地上に設定されていたのに、Bは乙地上に設定された抵当権付き債権だとしてCに譲渡し、Aがさような譲渡を異議なく承諾すれば、Cは乙地上に設定された無登記の抵当権付き債権を取得する。

次にBのAに対する債権が、Dの所有不動産に設定された抵当権によって担保されていたとき（従ってDは物上保証人もしくはは抵当物件の第三取得者）、Aが異議なき承諾をなし、かつDも同様に異議なき承諾をしたとき、はじめてCは現実の抵当権付き債権を取得する。Aの承諾があっただけでは、Cは無担保債権を取得するのみである。以上述べた仮定的担保物権設定

者（仮定的制限物権設定者）の処分授権と仮定的債務者の処分授権を併せて、仮定的義務設定者の処分授権と呼ぶことができよう。

（なお以上述べたところに類似した関係として、保証人づき債権が無効あるいは消滅したとき、これを有効に存続するとして譲渡された場合が問題になる。主たる債務者の異議なき承諾がなされただけでは、譲受人は保証人に対する債権を取得しえない。保証人の異議なき承諾（仮定的債務者の処分授権）があつてはじめてそれが可能となる。）

A が設定したBの一番抵当権付きの、BのAに対する債権が弁済され、Eの二番抵当権が順位上昇したあとで、Bが一番抵当権付きの債権だとしてCに譲渡したとき、この譲渡には、Eの取得した一番抵当権に対する干渉の意味を有する処分行為が含まれる。それは独逸民法一八五条の予定する他人の権利の処分に類似する。したがつて——Aの授権（異議なき承諾）のほかに——一八五条の授権（承諾・追認）に類する、Eの授権（異議なき承諾）があつてはじめてCは一番抵当権を取得する。それが無いときは、Eの一番抵当権は失われず、Cが二番抵当権者となる。右と同様な関係は、AがBに弁済したあとBの抵当権の登記を抹消せずに、Eが新たに一番抵当権（登記上は二番抵当権）を取得し、Bが、Aに対する一番抵当権付き債権を

有すると称してCに譲渡したときにも生じる。

(b) 独逸民法一八五条で定める処分授権は、元來、代理権の授権（事後の代理権の授権としての無権代理人の追認を含めて）と共通した性質を有する。そして独逸民法一八四条は、事後的な処分授権たる追認にも適用されるものとしての、追認の遡及効について規定を設けるが、これは無権代理の追認の遡及効に関するわが民法一一六条と同趣旨であり、追認の遡及効によつて第三者の権利を害しえない旨の但書がおかれている。これは仮定的債務者の処分授権や仮定的抵当権設定者の処分授権にも類推適用されるべきである。従つて抵当権付債権が弁済された後、その抵当権付債権が譲渡され、その後第三者が抵当不動産を取得し、更にその後に抵当権設定者が（債務者とともに）異議なき承諾をしても、その遡及効にも拘らず、第三取得者の権利は害されない。

なお同様な問題は、一旦、弁済によつて消滅した抵当権づき債権が抵当権の登記が抹消されないまま他に譲渡され、後に、第三者が抵当権（一番抵当権）を取得し、さらにその後、抵当権設定者が（債務者とともに）異議なき承諾をなした場合にも生じる。

(オ) 物権変動の對抗要件

（仮定的）抵当権設定者の異議なき承諾∥処分授権によつて、

譲受人が抵当権を取得することも、第三者が抵当不動産を取得したり抵当権を取得することも、さらに下位抵当権の順位上昇も、不動産物権変動である。従って一七七条の規定は原則的に適用されなければならない。その限りで、前述の(エ)の実質的権利関係についての理論が事実上変容を受ける。尤も

(a) 抵当権設定者の異議なき承諾による譲受人の抵当権取得は、それ自体の登記がなくても、権利移転の付記登記があれば第三者対抗力を与えられると解すべきである。ただし本来は右の承諾自体についての登記が必要であるが、その登記手続は現行法上認められていない。のみならず、次に述べる通謀虚偽の意思表示による抵当権設定の場合との均衡からいってもそのように解してよいからである。なお、譲受人が取得する抵当権は、譲受人のもとで新に発生する抵当権である(その意味で原始取得である)が、先占や発見による原始取得と異なり、仮定の抵当権の譲渡と設定者の承諾⇨授権との結合により生じるものである。それはあたかも通謀虚偽表示により抵当権が設定され(その設定登記もされ)、その善意の譲受人が九四条二項によって有効に抵当権を取得するのと類似する。ただし後者の場合にも、無効な抵当権とその譲渡および譲受人の善意が結合して生じるからである。従って後者の場合に、争いの余地がなくなるが、抵当権移転の付記登記によって善意の譲受人が抵当

権取得の対第三者対抗要件(たとえば抵当不動産の譲受人に對するそれ)を取得すると一般に解されている(四宮・民法総則一七六頁註(6)(b)参照)のと同様に、前者のときも抵当権移転の付記登記によって(もちろん債権者および抵当権設定者の承諾は有効要件であるが)対第三者対抗力を生じると解しうる。したがって付記登記前に異議なき承諾があれば付記登記の時から、また付記登記後に承諾があれば、承諾の時から対抗力を生じることになる。いずれにせよ右のように考えると、異議なき承諾によって譲受人の取得する抵当権の登記は、その権利取得の経緯をなるべく忠実に登記簿に反映させる方法としては——譲渡人名義の抵当権の登記を抹消して譲渡人名義の新たな抵当権取得の登記をする方法よりも——譲渡人名義の既存の抵当権の登記をそのまま用いて、それにその移転の付記登記をする方法がすぐれている。従って、ここでは本来の意味での無効登記の流用の問題は起こらないのである。

なお、Bが、Aの所有地上に抵当権が設定された抵当権付き債権だとして、無効あるいは既に消滅した債権をCに譲渡し、Aがかような抵当権付き債権の譲渡を異議なく承諾したが、抵当権の登記がなかった(もしくは一旦なされた登記が弁済とともに抹消されていた)ときにも右と同様なことが言えるであろうか。実際の権利変動をなるべく忠実に反映させる登記の方法

としては、ここでも一旦譲渡人が抵当権の設定登記を得たうえで、譲受人に抵当権移転の付記登記をする方法が、譲受人が直接に抵当権の設定登記を得るよりも、すぐれているといえよう。しかし譲渡人の承諾を得て、譲受人が直接に抵当権設定登記(中間省略登記)を得ることも可能と解すべきであらう。

(b) 第三者への抵当不動産の所有権の譲渡や新たな抵当権の設定は、その登記が対第三者對抗要件であることはいうまでもないが、一番抵当権付債権者への弁済による一番抵当権の消滅および二番抵当権者の順位上昇は、弁済によって当然生じる効果であるから、その登記がなくても第三者に對抗しうる(我妻「民法講義II・物権法」一一二頁)と解すべきである(二瓶前掲論文は、登記がなければ第三者に對抗しえないとするが、下森前掲論文および池田前掲論文五〇頁はこれを批判する。正当である)。

(c) 一方で、仮定的抵当権設定者の異議なき承諾によって抵当権を取得した者と、他方で、抵当不動産の第三者取得あるいは抵当不動産の差押債権者あるいは抵当権の取得者あるいは債務の弁済によって順位の上昇した後順位抵当権者等の間の優劣は、前者が対抗力を取得した時と後者が対抗力を取得した時の前後関係によって決すべきことになる。その具体的な事例はここに述べる必要もないと思うが、抵当権の設定登記の無い事例

をあげてみよう(前述第二章2末尾の事例に相当する)。Bが、Aに対する抵当権付き債権を有すると称して、かかる債権をCに譲渡したが、その債権は無効であり、抵当権の設定登記もなされていなかったとする。Aがさような抵当権付き債権の譲渡を異議なく承諾すると、Cは抵当権付き債権を取得する。そしてCはA・B間の抵当権の設定登記とB・C間の抵当権移転の付記登記を(もしくはAからCへの抵当権設定の中間省略登記を)請求しうる。他方、AからDに所有権が譲渡され、そして右に述べたAの承諾およびCのための抵当権移転の付記登記(もしくはAからCへの抵当権設定登記)がなされる前にA・D間に所有権移転登記がなされておれば、Dは抵当権の負担のない所有権を取得しうるが、その前後関係が逆であれば、Cは抵当権をDに對抗しうる。

(カ) 私見のまとめと最近の判例

以上述べたところの結論は、近時の多数の学説の主張するところとも大体において一致しよう。もっとも、私見は、前述したように、池田説を含めた従来の大多数の学説と異なり、実質関係と民法一七七条が問題にしている物権変動の対第三者對抗関係を明確に区別して扱う。そして実質関係については、仮定的抵当権設定者の処分授權(承諾・追認)の概念をとり入れて考察し、その結果、抵当権の随伴性の法理に制限を加え、ま

た債権の譲受人が物上保証人などに対する関係で抵当権を取得するために、物上保証人などの異議なき承諾（処分授權）が必要だとする。物權變動の対第三者對抗関係については、仮定の抵当権設定者の異議なき承諾と抵当権移転の付記登記が共になされたとき、譲受人の抵当権取得は対第三者対抗力を与えられ、そしてここでは本来の無効登記の流用は生じない、とする。

なお近時の前掲・平成四年二月六日最高裁判決（三章4（エ）参照）の要旨は、「抵当権の被担保債権が弁済した後に譲渡され、債務者が異議を留めないで債権譲渡を承諾した場合であつても、右弁済前の第三取得者に対する関係において、抵当権は復活しない」という内容であるが、近時の多数の学説とも、また、私見とも一致している。

私見では債務者 Y_1 の異議なき承諾の時、既に登記を経由した抵当不動産の第三取得者 X がいる場合、債務者 Y_2 の異議なき承諾によつては、譲受人 Y_1 は Y_2 に対して債権を取得するのみで抵当権取得の効果は生じない。第三取得者 X の異議なき承諾が加わることによつてのみ Y_1 は抵当権をも取得する（この抵当権取得は、抵当権移転の付記登録によつて、 X からの所有者の転得者に対抗しうる。詳細は（ア）冒頭所掲の拙稿参照）。

（キ）池田説への疑問

池田教授の右の問題に関する説（その具体的内容については

池田第二論文法研六五卷四号五三頁参照）もその結論は、大略私見と一致するようであるが、問題点を指摘すると、

第一に、同教授の主張されるような《抵当権付き債権の弁済の後に、債権が譲渡され、債務者の異議なき承諾がなされると、譲受人に対しては、弁済がなかったことになるから、譲受人に対しては抵当権も存続していたことになる》という説明では、譲渡人が抵当権のない債権だとして譲渡していた場合や、別の土地に抵当権が設定された抵当権付き債権だとして譲渡していた場合に、譲受人の地位をいかに説明することになるのか。もし譲受人が、前者の場合、抵当権を取得しないと解し、また後者の場合、もとの土地の上の抵当権でなくて、別の土地の上の抵当権の付いた債権を取得すると解するのであれば、そのような解決は、池田教授の主張される前述の命題から直接には導き出せないのであつて、別の理由づけが必要となるのではなからうか。

現に、同教授は異議なき承諾と抵当権の問題に関する「私見の要旨」の末尾に次のように述べられているが、疑問がある。

「異議を留めない承諾後の第三取得者や後順位抵当権者が債務者の異議を留めない承諾のサンクションを受けることになるのは、あくまで当該抵当権登記が抹消されていない場合だけに限られる。

弁済後抵当権登記が抹消された状態の不動産についてこれを購入

法解釈学（実定法学）方法論と債権譲渡の異議を留めない承諾（安達）

し移転登記を経由した第三取得者は、(通説でいえば背信的悪意者でもない限り) 抵当権の付着していない不動産を取得するのであって、債務者の異議を留めない承諾があつてもそれによる不利益を被らない(異議を留めない承諾の対象が、弁済で消滅したはずの抵当権付債権であつたとしても、債権譲受人が取得するかにみえる抵当権はこの状態ではまだ對抗要件を具えていない)と(法研六五巻四号五四頁)。

まず、右の引用文中、背信的悪意者云々の記述があるところを見ると、債権の譲受人は、抵当権の付かない債権として譲り受けるのではなくて抵当権付債権だとして譲り受けた場合が想定されている。しかし「異議を留めない承諾の対象が、弁済で消滅したはずの抵当権付債権であつたとしても」という表現からは、一般的には抵当権の付かない債権だとして譲渡する場合もありうるように読み取れる。この辺りの叙述が曖昧であるように私には思われる。抵当権の登記が既に抹消されているならば、実際には抵当権の付かない債権だとして譲渡されるのが断然多いと思われる。そしてこの場合も、前述の池田説の命題からすると、債務者の異議なき承諾の効果として、譲受人に対する関係では弁済がなかつたとして扱われるはずだから、抵当権も消滅しなかつたことになるはずなのに、譲受人が抵当権を取得しないという、当然予想される逆の結論をどう導き出すのか、前

述の命題以外の理由づけが必要なのではなからうか。この問題に立ち入るのを避けるために、右の断然多いケースに触れなかつたのだろうか。

第二に右の引用文の末尾に述べられているように、抵当権の登記の抹消後に抵当権付き債権だとして譲渡された場合についてだけ、對抗要件を持ち出されるのは唐突ではなからうか。抵当権が抹消されずに、抵当権付き債権だとして譲渡されたときも對抗要件は問題になるのではなからうか。例えば、池田教授の主張される①債務者の異議なき承諾前に抵当不動産を譲り受けた第三取得者は、異議なき承諾によって影響を受けない。したがって債権の譲受人は、第三取得者からたとえば債務消滅の抗弁を對抗される。結局譲受人は抵当権のない債権を取得したと同様になる。また②債務者の異議なき承諾後に、抵当不動産を新たに譲り受けた第三取得者については——債務の弁済による抵当権登記の抹消がなされていない限り——「債務者の受けるサンクションをそのまま甘受しなければいけない(既に抗弁喪失の状態になっているところに参入したことになる)と考えられるので、原則として異議を留めない承諾の効力が及び、抗弁事由を譲受人に對抗できない」(法研六五巻四号六四頁)という命題について検討すると、

右の①の場合、第三取得者が債権の譲受人に所有権取得を対

抗しうるためには、それが不動産の物権変動である以上、登記という對抗要件が必要であり（したがって債権譲受人が債務者の異議なき承諾を得る前に、このような登記を備えておく必要がある）、また②の場合についていうと、債権の譲受人が債務者の異議なき承諾による抵当権の取得を（もともと池田説の論法でいうと、抵当権の不消滅を、ということになる）抵当不動産の第三取得者に対抗するためには、やはりそれについての登記もしくはそれに類する何等かの對抗要件が必要であり、従って第三取得者の所有権取得登記の前に、右のような何等かの對抗要件を（実際には、抵当権移転の付記登記を）必要とする、というべきではなからうか。池田説が（そしてその他の多数の説についてもいえることであるが）右のような、抵当不動産の第三取得者についての所有権取得の對抗要件についても、また、債務者の異議なき承諾の効果として抵当権を取得した債権譲受人の抵当権取得の對抗要件についても何等論じることなく、右の②の事例において、債務の弁済とともに抵当権登記が抹消された場合についてだけ、これを論じるのは、不当ではなからうか。

第三に、池田教授が「私見の要旨」において、四六八条一項の定める「抗弁喪失効」が及ぶ債務者以外の第三者の範囲についての見解をまとめるにあたって、前にも紹介したことがある

が、次のようにその基本的な原則を述べられている。

「先にも述べたように、四六八条一項は、債務者・譲受人・譲渡人という三者の間の利益調整という観点から、なお債務者に責めを負わせてしかるべきであるという範囲で機能するものと考えるべきである。そして、第三者への影響という点についても、本来、債務者の行為だけで第三者の利益を害したり負担を加重したりすることができないのは不当であるから、第三者が、その債務者へのサンクションをそのまま甘受しなければいけないと考えられる者である場合にのみ、例外的に債務者の異議を留めない承諾による抗弁喪失効の影響を被ると考えるべきである。」法研六五巻四号五三頁

右の文章は、積極的に誤っているとは言えないが、余りにも曖昧で漠然とした原則が述べられており、それから池田教授の主張される具体的諸命題が引き出される筋道は、様々な利益衡量によって導かれているが、透明だとはいい難いように思われる。

以上、池田説を批判したが、私見の立場からは、四六八条一項と抵当権の關係に関する現時の他の学説についても同様に批判すべき点はある。しかしここではこれに立ち入ることはできない。

なお現時の学説状況については、安達第二・第三論文でも紹介しており、池田第二論文でも詳細な紹介があるが、極く最近のもの

として、石田喜久雄教授による紹介と分析が興味深い(石田「債権譲渡についての異議のない承諾と抵当権の復活の有無」(ジュリスト・平成四年重要判例解説八〇頁参照)。石田教授は、この問題に関して曾って学説が区々に別れていたが、現在は「概括的にいうなら、債権が不成立や消滅した後に異議を留めない承諾までの間に抵当不動産を取得した者やそれを差押えた債権者や後順位抵当権を取得した者は譲受人に抵当権の消滅を對抗できるが、異議を留めない承諾後に現われたこれらの第三者は譲受人に対抗しえない」とするのが通説となつていと述べる(ちなみに池田説は、右の「不成立」の箇所に関して通説と異なるが、他は通説と異らないといえよう)。しかしそれに続けて「債務者の異議を留めない承諾の法的性質論から、第三者との関係における効果論を演繹的に引き出すことは、ほとんど不可能であつて、債務者の帰責性に基づく譲受人の債務者への信頼の保護と、当事者のことがらは第三者へ影響を及ぼすべきでないとする格律、および、第三者のおかれた状況下における意思と予期などを勘案して、類型ごとに効果を考えてゆくよりほかにないように思われる」と述べ、このような見地から、より細かく場合をわけて検討されている(なお物上保証人に対しては、異議を留めない承諾があつても抵当権は復活しないとしながらも「抵当権の付従性を強調するときは、悖理の疑いを免れないが……」と付記されるのは興味深い)。私が本稿で試みたところは、このような類型論を克服し、類型論的な方法

による解決の背後にある統一的な法則を捉えることであつた、と考えるが、いかがであろうか。

第四章 むすび

1 これまで、池田教授の第二論文「指名債権譲渡における異議を留めない承諾の要件と効果」について、まずその方法論に触れる基本的問題を検討し、ついで個別的問題の幾つかを検討した。そしてそれを通して私のこの問題に関する見解を披瀝した。これまで検討してきた池田教授の見解と私の見解の対立をふり返り、具体的な問題の処理の仕方の差異(それは決して少いとはいえない)を比較してみると、結局、それは両者の法解釈学方法論の対立に帰着する所が多いように思われる。そこで本稿のしめくりとして、私が前稿(第三論文)で書いたことと重なり合う所が多いが、私と池田教授の方法論に関する見解の対比を集約しつつ——勿論私の立場に立って——比喩的に述べよう。

a 池田説の特色は、立法の沿革を重視し、起草者の立法趣旨に忠実に沿つて四六八条一項を捉えようとする態度であろう。たしかに起草者の考えた立法目的やそれによつて解決しようとした利害対立の実情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務的な仕事であり、現在の社会をいかにして秩序づけ、社会の紛争をいかに処理するかを、専ら、あるいは主として、念頭において行われるのであって、当該規定の民法体系全体における地位づけを行なったり、その理論的な性格を明らかにすることは、二の次である。従って大雑把な概念を用いたり、論理的には必ずしも厳密でない議論が行なわれ、従ってまた解明されないブランクの点や曖昧な点が残されるのはやむをえないことである。

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ないかっただ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、その理論的な構造を明らかにすることが法学者の任務であろう。それによって、立法当時曖昧だった諸点も明確化され、またこのような理論構成に依拠し、参考にすることによって、名人芸や直感に頼らずともその規定の正しい運用が可能となる。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。

法解釈学（実定法学） 方法論と債権譲渡の異議を留めない承諾（安達）

b 敢えて一つの比喩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、できれば関数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。

c 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少ない。しかし客観的認識によって把握された——前述の比喩の例でいうと——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、あるいは放物線の尖端を縦軸および横軸から、どのくらい離れたものとして捉えるか（要するに放物線を描く二次関数 $y = px^2 + qx + r$ における係数 $(a \cdot b \cdot c)$ の価を幾らと捉えるか）の問題が生じる。それは例えば指名債権譲渡における抗弁切断の法理を処分授権の概

念で構成する理論構成を前提にして、動的な安全確保の要請をどの程度とり入れるか。例えば、債務者が誤って承諾し授権したときに、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。あるいはまた、異議なき承諾の結果、譲受人への支払を余儀なくされた債務者が譲渡人に求償権を取得するための要件を、どれだけ緩やかに、もしくは厳格に解するか、また求償しうる額をいかに広く、もしくは狭く解するかのような問題である（なお、求償権取得の要件を緩和し、求償の範囲を拡げることが、間接的に、異議なき承諾によって抗弁が切断されることを容認しやすくなり、債権取引における譲受人の保護を促進する結果となる）。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。

d さて、ここで池田教授の主張される二重法定効果説を敢えて組上りにのせるならば、これは百年前に述べられた四六八条一項の起草者趣旨と同じ次元で、明確な概念と漠然とした、良くいえば弾力的な構成による同項の「本質」の究明の試みであり、それは前述の私の比喻を用いるならば、問題となる図形を説明するために、尖端部分が細長い円形であるとか、尖端に行くほど鋭く彎曲した形である、と説明するような、要するに、

同工異曲の表現をもってする説明といえようか。これに対して債務承認説や公信説や指図引受説は、尖端が楕円形であるとか、双曲線であるというように、明確な概念を用いて説明する。このような説明ならば、それが誤っているか、どの部分が誤っているかを多かれ少なかれ明確に論証できる。したがってより妥当な構成を見出していく踏み台となりうる。しかし曖昧で不明確な概念で説明したのでは、その説明のどの点が、誤っているかを論証することは不可能である（ポッパーのいう反証可能性が、あるいは平井教授のいう反論可能性が無い）。したがってこれを踏み台として、より妥当な構成を探索する手がかりとするということが、そもそも不可能となるのではなからうか。

（一般に学問における理論仮説の価値の大小は、後に続く学者が、それを踏み台として、よりすぐれた理論仮説を生み出すことができるような、すぐれた問題提起を含むものであるか否かによって決するところが少くないと思う。）

2 もっとも池田教授の立場からは、私のような方法論に対して、特別な権威をもたない一介の学者が新奇な概念を用いて理論構成しても、その学者の自己満足に資するだけであって、実用的な価値に乏しい——裁判所にも通用しそうにないし、司法試験にも役立ちそうにない——と批判されるかも知れない。池田教授と私の間の法解釈学方法論上の対立は、太田知行教授

が提起されたような(二章末尾付録参照)、実務家向きの法律論と学者向きの法律学との対立と結びつくのかも知れない。この点についてはさらに論ずべき事柄が多い。

池田教授は、フランス民法がわが国の民法にとって母法であることを強調し、フランスの解釈論をわが民法の解釈に参考にするべきことを主張される(前述二章7参照)。(その反面、「継受関係のない」ドイツ法によって四六八条一項を説明することに強く反対される(法研六二巻七号一九頁)。この考えに賛成すると否にと拘らず、フランスの留学から帰って、フランス民法学の動向について報告されている大村教授(東京大学)の最近の論文は、右の問題との関連において、少なからず、興味深い(大村敦志「フランス民法総論研究ノート」(法協一〇八巻一〇号一五九頁以下)参照)。その趣旨を私なりに紹介すると、十九世紀末から二十世紀初頭にかけて、フランス民法学は大きな転換を経験するが、その先頭に立って指導的地位にあったのがカピタンであり、その記念碑的な著作として、いわばドイツ民法学の総論的部分に相当するものをフランスに導入したともいうべき「法学入門」(一八九八年)と、彼の代表的なモノグラフィである「債務原因論」(一九二三年)(前述三章8(ア)参照)があげられる。新しい動向の特徴としては、当時におけるドイツ法学への強い関心を背景に、それ以前の「注釈学派が持っていた論争的性格・実務教育的性格が薄れ、

体系的性格・学理的性格が強まってきたといえる」(前掲一六四頁)。そして同教授は、印象批評であることわりながらも次のように述べられる。「現代のフランス民法学においては、法学の主要目的の一つとして、体系化・概念化ということが考えられている。」フランスの状況を日本のそれと対比してみると「日本においては「紛争解決」「利害調整」ということが重視され、法学もそのための「判断基準提供」を重要な目的としている。」「解釈とは法律家の作業そのものであり、法にかかわる作業は広く「解釈」と呼ばれ、実定法学は「法解釈学」と呼ばれている。」「図式化しているならば、日本の民法学が、現実に近いところで、具体的な問題を解決するために努力しているのに対し、フランス民法学は、現実からやや距離をとり、やや抽象的・一般的な原理を探求しているというような違いがあるのではないか。」(前掲一七〇頁)そして、フランスにおける近時の「法認識論」を紹介したあとで、最近、星野教授と平井教授の間に戦わされた法解釈学論争(私もこれについては別稿でとりあげたことがある。安達「手形法における参加・複本・贖本と法解釈学方法論」(志林八八巻一頁一頁)に触れ、両教授の間で「法律家」「法学者」「法学」「法学教育」についてのイメージが異なっていると指摘し、フランスの「法認識論」が念頭におく法律家・法学のあり方のイメージは、両教授のイメージの違いを照らす座標軸として役に立つのではないかと述べる。そして「法律家」「法学者」というフランス型の法律家像

は、平井教授の持っている「法律家」のイメージとはかなり異なるといえよう」と述べ（なお、平井教授については、「学者」もまず「法律家」であることを強調して「学者中心主義」を批判する立場だと紹介される）、また星野教授については、「学者」の（相対的な）独自性を前提とするようであるが、「学者」の行う基礎的諸作業は解釈の「ため」のものとしてとらえている」として紹介しつつ、「星野教授の「法学者」像と、「理論化」「体系化」が主たる任務として期待されているフランスの「学説」像との間には無視できないずれがあるように思われる」と結ばれる（前掲一八七頁）。以上の引用文のうち、後段については理解の困難なところもあるが、いずれにせよ興味ある問題提起といえるであろう。

なお私自身は、実務家のために直接役に立つことを目ざす実用的な法解釈学（ないしその技術）と法学者の探求すべき学理的な法解釈学との間には——互に重なり合う部分も少くないが——少くとも重点の置き方の点で違いがあり、後者においては、体系性を志向する一般的原理や一般的概念の探求が重要な意義を有すると考える。しかしこれは、多かれ少なかれ実務の要請から出発し、これに直接的・間接的に役立つことが期待されるものであり、その意味で、後者の法解釈学は、前者の法解釈学から切り離されたものではなく、一種の協力関係にある、と考える。（なお私は大村教授の指摘の通り、法解釈学の語は、前

者には適合するが、後者には適合せず、したがって別の名称、例えば実定法学の名称がふさわしいと考える。なお、本稿の標題のつけ方は、このような考慮による。）

3 池田教授の具体的な要件効果論を批判する本稿は同教授の総論部分を批判する前稿（安達第三論文）を完成させるためにはどうしても必要であり、前稿のままでは終らせるわけはなかなかだったのであるが、本稿でも、前稿と同じように、池田説に対して齒に衣を着せぬ、単刀直入な批判を行っているが、それは私の考えを明確に表現するために、私の力量からはやむをえないことであった。また私が気がつかないままに池田説についての私の理解の仕方が誤り、そして誤解に基いて批判している点もあるかも知れないし、表現の仕方に礼を失した所があったかも知れない。これについてはお詫びするとともに、私の議論の誤っている点があれば、何等かの形で反論して頂くようお願いしたい。それについて一言つけ加えると、私が本稿の執筆に際して最も関心をもったのは、法解釈学方法論と具体的な問題についての解釈論の結びつき方である。私はすぐれた解釈論は、方法論上の鋭い自覚をもってなされなければならないと考えている。本稿（および前稿）が、学界的に意義がある仕事だとすれば、それはそれらが方法論だけの問題でなく、また具体的な問題についての解釈論だけでなく、両者を関連させて取

扱っているところにあると思う。そしてそもそも池田教授の四六八条一項の論文をとりあげて詳細に批判したのも、ひとつには——池田教授にとつてはいささか傍迷惑だったかも知れないが——それがこのような問題関心にとつて恰好な論文だったからでもある。このことを考慮して反論して頂ければ幸いである。

〔補論一〕 「仮定的債務者の処分授權」の

概念に対する、清水千尋教授の疑問に答えて

〔清水〕授權 *Ermächtigung* に関する基礎的考察——とくに処分授權を中心に」(一)——(六) 立正法学一二卷三・四号、一三卷一・二号、一七卷一・二号、同四号、二二卷一・二号、二二卷一—四号(一九七九年—一九八九年) 参照

1 清水千尋教授の私見に対する批判の主要な点は、

第一に、安達の主張する、仮定的債務者の処分授權と民法法一八五条の定める本来の処分授權との間には「法類推をなさしめうる理論的類似性はない」。その理由として、まず、処分授權の是認される理論的根拠を、有力説(於保・大西・遠田等)の主張するように、権利行使の譲渡におく見方をとる限り、「大きいもの(権利の譲渡)が是認される以上は、小さいもの(権利行使の譲渡)も当然は是認されねばならない」という処分授權の根拠は、無から有を生ぜしめる仮定的債務者の処分授權

の概念には当てはまらないから、これを是認できない。また「他方、本稿(清水論文を指す——引用者)における理論構成——処分授權は自己の行動範囲の拡大のために認められ、私的自治の原則にもとづく、《分業》の原理より理論構成しうることから、代理法の法類推により、明文の規定がなくとも、現行法のなかで是認しうる——との立場に立っても、機能的な観点からみれば、仮定的債務者の処分授權を《分業の原理》のなかで解決するのは不適當である」(立正法学一七卷一・二号、五三頁)。

第二に、安達説のいう仮定的債務者の処分授權は、債務者が債務を負担するための授權なのだから、処分授權ではなく、むしろ義務設定授權 (*Verpflichtungsermächtigung*) に該当するのではないか。つまり「実在しない債権の譲渡は、債権譲渡それ自体が処分行為であることから、処分行為であるとしても、仮定的債務者の同意(授權)にもとづく債権譲渡は、実質的には、仮定的債務者の義務負担が問題となっている。」「実際には存在しない債権の譲渡を仮定的債務者Xが同意している場合、Xは被授權者たる譲渡人Aの債権の譲渡の結果、相手方たる譲受人Yに対して有効に債務を負担するというのである。これは結局は、債権譲渡に仮託した義務設定行為が問題となっているように思われる。」(清水前掲論文前掲号五六頁) そして以

上の批判のしめくりとして、「仮定的債務者の処分授權の發展もしくは再検討については、わが国における、処分授權、義務設定授權の解釈論的確立が必要である。」(清水前掲論文前掲頁五六頁)とする。

2 第一点に対する私の反論は以下の通りである。第一に、本来の処分授權(独民法一八五条)と私のいう仮定的債務者の処分授權との間に法類推をなしうる理論的類似性が欠けているとの批判については、私がこの概念の確立のために詳細に述べた論証(安達第一論文(三) 志林六一卷二号で一一〇頁にわたって述べている)をもって答えたい(安達第三論文、志林八九卷三・四合併号六七頁以下に簡単な要約を書いた)。

つぎに清水教授は、先に紹介したように、処分授權の是認さるべき根拠を、権利行使讓渡におく見解をとる限り、無から有を生ぜしめることになる仮定的債務者の処分授權は是認できないと批判される。しかし同教授も権利行使讓渡説に反対の立場を取られるのだから(立正法学一三卷一・二号六七頁以下)右の批判は重要でないはずである。もっとも、付言すると、権利行使讓渡説は、安達第一論文で述べた次のような見解——これは四宮和夫教授の「信託的行為と信託」に関する研究で展開されている信託の發展法則に関するテーゼに依拠するものであるが——に類似する。すなわち本来の処分授權は、一定の経済目的

とくに財産管理の目的のための信託的讓渡から、その経済目的に適合するように転化して成立した形態である。すなわち信託的讓渡の形式から、経済目的にとって不要な部分をとり除き、必要なものだけを残すことによって成立する、とする見解に類似する。すなわち私は右の見解をふまえつつ、所有権の信託的讓渡(これを基礎とし、出发点として、所有権についての処分授權が成立する)に類似するものとして、信託的な債務負担を措定する(なお私見では、持参人払債権や手形における無因債務の負担の概念はかような信託的債務負担の概念に適合する)。そしてこれを基礎とし、出发点として、信託の経済目的に適合した法形式、としての仮定的債務者の処分授權の成立を措定するわけである(安達第一論文(三) 志林六一卷二号一〇一頁以下参照)。

さて、同教授は、処分授權を《私的自治の原則にもとづく分業の原理》によって基礎づけようとする立場をとられる(立正法学一三卷一・二号八二頁)。この基礎づけは、自ら認められるように、代理権の基礎づけと異なるところはない。私は、処分授權の基礎づけのためには、代理権と異なる特殊性をも考慮した基礎づけを提示することが必要ではないか、と思うものであるが、それはさて措くとして、右に紹介した清水教授の考え方に従っても、仮定的債務者の処分授權は、処分授權を基礎づける

《分業の原則》から逸脱するものではない。というのは、あたかも一方で(a) Aが所有物についての処分の代理権をBに与え、BがAを代理してCに譲渡し(そして両者の結合によってA・C間に譲渡の効力を生じ)、Bがその対価をAに給付する、という分業の關係に類似した關係として、(b) Aが所有物についての処分権をBに与え、Bが自己の名でCに譲渡し、そして両者の結合した効力によって譲渡は有効となり、そしてBはAにその対価を給付する、という分業の關係がある。右の(a)と(b)にバラレルな分業の關係として次の(c)と(d)の關係が考えられる。すなわち(c) AがBに第三者との消費貸借を結ぶ代理権を与え、Bが代理人としてCから借金をすると、両者の結合した効果として、A・C間に債務発生の効果が生じ、そしてBはAに借入金を与付する。(d) Aが仮定的債務者の処分権をBに与え、Bが自己の名でAに対する仮定的債権をCに譲渡すると、両者の結合によってAはCに債務を負担し、そしてBはAに譲渡の対価を給付する。そしてかような(d)の關係は、私見によれば、約束手形の振出(私見では、振出は仮定的債務者の処分権に相当する)が、受取人を通して他から融資を得る目的でなされる場合に、現実にも見出しうる。つまり受取人が融資者に裏書きをするのは、仮定的債権の譲渡に相当し、そして振出人は被裏書人に手形債務を負担し、受取人は裏書によって得た対価をA

に給付することになる。このように見ていくと、仮定的債務者の処分権にも、(d)のごとき關係において、清水教授のいう《分業》の關係は見出されるのである(安達前掲論文、志林六一卷二一〇四頁以下参照)。

3 第二の点について反論しよう。私は仮定的債務者の処分権は、まさしく処分行為に對する授權なのだから処分権に該當すると解するのに對し、清水教授は、仮定的債務者の処分権は授權者が債務を負担することになる授權だから義務設定授權ではないか、と批判される。したがっていずれの見解が正しいかは、処分権と義務設定授權の区別の基準およびその理論的根拠が何であるべきかによる(なお、義務設定授權と処分権の間の差違については、安達第一論文(一)で、仮定的債務者の処分権概念の確立のための論証の一環として論じている。志林六一卷二一〇四頁以下参照)。

ところで一般に説かれる義務設定授權の典型的な例は、AがBに對して、Bが自己の名で第三者Cから金銭を借り入れることを授權する場合である。そしてBがCから自己の名で借り入れることによって授權者たるAがCに對して直接に債務を負担するという効果が授權の効果として認められるか否かが学説上争われており、肯定説(義務設定授權肯定説)はこれを是認する。しかし相手方Cにとって、何人が債務者であるかは重要な

意味をもち、Bを債務者と信じて取引するCの信頼を保護するために、原則として、Bが債務を負わずにAのみが負担するという結果は認めえず、AとBが連帯して債務を負担すべきであると、ただ例外的に、Aが右の如き授權をなしたことをBがCに告げつつ（もしくはは授權がなされたことをCが知りつつ）BがCから借金したときのみ、Aが単独でCに対して債務を負担することを認めようとする。これに対して否定説（義務設定授權否定説）は、授權自体の効果として右のような効果の発生することを否定する。もっとも事情によっては、その他の根拠

によって、すなわちBがAを代理して借り入れる関係、あるいは、連帯債務自体の法理の適用により、AがBと連帯債務を負担する関係、を認定することによって、同様な結果を是認することもありうるとするようである。（なお、独民法上の指図 *Anweisung* の理論構成に関し、いわゆる二重授權説が有力に主張されるが、その際の支払授權と受領授權は、ともに義務設定授權だと解する説が有力である。しかし、この場合の義務設定授權は前に述べた典型的なそれとの間にかんがりの違いがあり、近時これを義務設定授權の中に含ましめない説も有力である（例えばフルーメの説 *W. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (1965) § 57, I, d.*）。私は前述したように、指図の法律関係は仮定的債務者の処分授權の概念によって

構成すべきだと考える立場から、二重授權説自体に反対する。いざれにせよ、私の立場からは、指図の法律関係において問題とされる義務設定授權を一般の義務設定授權から除外して考察すべきことになる。）

さて、典型的な義務設定授權をめぐる右のごとき議論から明らかのように、義務設定授權が処分授權と異なるのは、後者の場合、授權者が何人であるかが相手方に対して示されなくても、相手方は、被授權者の処分行為によって、期待した通りの権利を取得しうるのに対し、前者においては——義務設定授權肯定説をとるとしても——授權者が何人であるかが相手方に対して示されたときはじめて、相手方は、被授權者の義務設定行為によって、期待した通りに授權者に対する権利（＝債権）を取得する（もし、授權者が何人であるかが相手方に示されないときは、前述のように相手方の信頼保護のために、被授權者たる義務設定行為者が相手方に対し債務を負担し、併せて、授權者がこれと連帯して債務を負担する）。ところが、私のいう、仮定的債務者の処分授權の場合、仮定的債務者が授權していることが示されずに被授權者たる仮定的債権者により仮定的債権の譲渡がなされたときでも——譲渡される仮定的債権には、債権額のほか債務者の名前が表示されていることが当然に前提されているから——相手方たる譲受人は、期待した通りに授權者たる

仮定的債務者に対して現実の債権を取得しうるのであり、その点で、処分授權の場合と異ならない（もし義務設定授權と同じ性質をもつと仮定するならば、仮定的債務者が授權していることが相手方に示されていない限り、被授權者たる譲渡人が、相手方たる譲受人に債務を負い、そして授權者たる仮定的債務者が連帯して債務を負担することになるはずである。しかしかような関係は成り立たない）。このように仮定的債務者の処分授權に関する具体的な法律関係に則して考察するならば、これは義務設定授權に属さず、まさしく処分授權に属する。かくて義務設定授權と処分授權を区別する基準は、清水教授が言われるような、授權者が債務を負担するか否か、ではなく、処分行為に対する授權か、それとも義務設定行為に対する授權かでなければならぬ。

かように私見では、仮定的債務者の処分授權を、まさしく処分授權の一種として捉えることによって、これをめぐる具体的な法律関係を独逸民法一八五条の本来の処分授權に準じて扱う（相手方Cに対して現実には債務を負担し、また出捐する授權者たる仮定的債務者Aと被授權者たる譲渡人Bとの間の求償関係についても、一八五条によって所有権を失う授權者たる所有者Aと被授權者たる譲渡人Bとの間の求償関係に準じて扱う）ことになる。しかしながらこのような捉え方が妥当であるか否か

法解釈学（実定法学）方法論と債権譲渡の異議を留めない承諾（安達）

は、終局的には、私ですでに試みたように、わが民法四六八条一項の定める債務者の異議を留めない承諾、独逸民法上の指図、さらに独逸商法典の定める商人債務証券や商人指図またはわが民法や独逸民法上の持参人払債権、最後に手形・小切手のごとき諸制度を仮定的債務者の処分授權の概念をもって構成することによって、これらをめぐる現実の具体的な法律関係が——従来の理論構成による場合と比べて——いかにわかりやすく、首尾一貫性をもって解明されうるか、そして同時にその妥当な解決のための指針を与えうるか、によって示されるであろう。私がドイツで発表した「手形・小切手法の一般理論」[Allgemeine Theorie des Wechsel- und Scheckrechts, 1975. その他、手形法に関して今まで発表した数篇の論文は、この課題を追求したものである（安達第三論文志林八九卷三・四合併号八頁に列挙している）。

4 なお、清水教授は、以上の二点の批判のほかに、次の点も批判される。すなわち、安達説は「四六八条の異議なき承諾と処分權授与行為を同置して考えている。しかし論者の処分權授与行為の理解は、ドイツの解釈論にもとづくもので、わが国の解釈論として妥当する解釈を前提としたものではない」と批判し、その理由として、処分權授与行為は、代理權授与行為と同一に捉えうるものではあるが、ドイツの代理權授与とわが民

法のそれとは様々な相違があるということとを挙げられている(立正法学一七卷一・二号五三頁)。この批判は、さほど重要でないと思うので、ここでは省略し、予定している別稿(仮題「授権概念と民法上の諸制度」)の中でとりあげて反論する。

〔補論二〕 処分授権説が難解であることについて

1 安達説あるいは処分授権説が難解であることは、今まで多くの人から指摘されてきた(注釈民法一一卷(昭和四〇年)四六八条II(ウ)(明石三郎執筆)星野「民法概説III」昭和五〇年二一〇頁、石田||西村「叢書民法総合判例研究」(昭和五一年)一三頁など)そこで、この機会に、何故に難解であるのか、について弁明してみたい。

2 処分授権説が難解であるのは、二つの理由がある。第一は、私が用いている仮定的債務者の処分授権の概念自体が、わが国で、またドイツにおいても、従来、認められていなかった(というよりもそもそも議論されていなかった)新しい概念である、という理由である。この概念は、本来の処分授権(非権利者が行う他人の権利の処分に対する、権利者の同意の追認)の概念の特殊な形であるが、後者については、これを明文で定

めているドイツ民法(一八五条)と異り、わが民法では明文の規定がない。そのためあって、わが国では従来、この概念について必しも広く知られていなかった(近時、いろいろな学者(於保、伊藤(進)、広渡、石田(穂)、清水(千尋)の諸教授)によって、処分授権についての、あるいはより広く授権についての論文が書かれるようになったが、四宮教授の民法総則を除いて、概説書や教科書の類いでこれを取りあげたものは少ない)。したがって、とりわけわが国の学者にとっては、この概念の特殊形態である「仮定的債務者の処分授権」の概念は、一層、近付きにくいものと感じられるのは無理からぬことであつた。ちなみに、私がこの概念に想い至ったきっかけは、今までに屢々述べたことがあるが、——債権譲渡の異議なき承諾のほか、指図引受や手形法などを含めて抗弁切断の法理の構造を探求していたとき——田中耕太郎博士が、為替手形の振出の性質について、これを、振出人が支払人に対する仮定的債権を受取人に譲渡することであり、そして支払人の引受によって、仮定的債権が現実の債権に転化する、と説明されているのを知ったことである(田中博士のこの説は、博士の独特な説であり、その後の商法学者によってまったく受け継がれなかった)。しかしこの概念を一個の法的概念として確立させるための論証は、この概念が全く新しい概念であるだけに、非常に困難な作業で

あった。新しい概念の確立のための論証という作業自体が、従来あまり例を見ないことであつたから、その方法をどうするか、も暗中模索しなければならなかつた。結局、一方で、この概念を構成する要素を明らかにし（内包的意味）、他方で、この概念と隣接する他の諸概念、諸制度との論理的・機能的関連を明らかにする（外延的意味）ことによつて、この概念の確立という課題を果たしたと思ふ。この作業の際に、とりわけ苦労したのは、授権と信託の関連性を如何に捉えるか、の問題であつたが、これについては四宮和夫博士の論文「信託行為と信託」から示唆されるところが大きかつた。この概念を確立するための論証は、安達第一論文（二三）（志林六一巻二号、昭和三九年）に述べているが、本稿末尾の補論一「清水千尋教授の疑問に答えて」も、この論証の補充の意味をもつ。

3 第二の理由は、私自身に責任があるが、債権譲渡の異議なき承諾を、仮定的債務者の処分授権の概念を用いて理論構成する前に、これに到達する前のいわば過渡的な構成として、一旦、指図引受の概念を用いて理論構成したためである（安達第一論文（二三）志林六〇巻一号（昭和三八年））。その結果、私の説を指図引受説として誤解され、誤つて紹介されるようなことともなつた（前掲注釈民法二巻三九〇頁（明石執筆）、池田第二論文法研六二巻九号三四頁以下参照）。

法解釈学（実定法学）方法論と債権譲渡の異議を留めない承諾（安達）

指図引受による構成は、処分授権構成に至るまでの過渡的な構成であることは、初めから（すなわち、第一論文の序において）述べていたのであるが、正しく理解されず却つて混乱させてしまふ結果となつた。何故にこのような論文の叙述の仕方を採用したのか。ここで弁解しておく、これは第一の理由とも関係があるが、まず、仮定的債務者の処分授権という新奇な概念でいきなり理論構成を試みても、多くの学者から敬遠され、理解して貰えないだろう。指図引受という既存の制度ないし概念（といつてもわが民法は、ドイツやフランスの民法と異なり指図の規定を設けていないが、しかし手形とりわけ為替手形の原型として、わが国の商法学者も関心をもっており、戦前に発表された伊沢博士の先駆的業績のほか、服部、梶山諸教授によつて研究されている。）を用いた理論構成ならば多少は理解され易く、これを踏み台にして処分授権による構成を述べた方が近付き易くなるのではないかと考えた。次に、私は自分の実際の思考過程をふり返つてみても、まず指図引受による構成を考へて、それから処分授権の構成へ進んだのであつたが、思考過程を辿つて論文を叙述することは、いわば舞台裏を見せることになるのであるが、このような叙述のスタイルも、今までそのような例は全く知らないけれども、処分授権構成が新奇であるだけに、これを他の学者から検討して貰う際に、役に立つ

のではないかと考えたのである。(なおフランスの有名な民法学者カピタンは前述したように早くから、指図引受構成を提案していたことを池田第二論文によって知った。)

4 私には、仮定的債務者の処分授權の概念を使って、異議なき承諾のほか、指図や手形等の諸制度を構成することを試みたのであるが、私の研究は、民法学者によってよりも、むしろ商法学者によって、より早く注目して頂いた。安達第一論文に対して、わが国の手形法の権威者の一人であり、また当時私法学会理事長であった鈴木竹雄教授が関心を持って下さり、その強い勧めで昭和三九年の私法学会の民商合同部会で研究報告をさせて頂いた(「私法」二七号所収の「仮定的債務者の処分授權の概念」参照)。また昭和四八年から四九年にかけてドイツに留学した際執筆してドイツの出版社から出版した「手形・小切手方の一般理論」は、仮定的債務者の処分授權の概念を用いて手形・小切手法の再構成を試みたものであるが、ドイツの法律雑誌でも書評され、ドイツの代表的な有価証券法の教科書やコメントールに参考文献として掲げられている。著名な商法学者カナリス(Canaris)教授から、私の説をよく読んだうえで、何故安達説をカナリス教授の有価証券法の教科書で紹介しなかったかについて弁明した鄭重な私信も頂いている。もっともその後、法学志林に掲載した数篇の、手法・小切手法上の難問

をとりあげた論文(白地手形・線引小切手・手形行為独立の原則、利得償還請求権、参加・複本・謄本に関する諸論文)については、その特異な理論構成のためか——自らは従来理論構成による説明よりも簡明で首尾一貫した説明をしていると思っているけれども——今のところわが国の商法学者で関心をもつてくれている人は少いのは残念である(なお以上の諸文献等については、安達「手形法における参加・複本・謄本と法解釈学方法論」志林八八巻一号三頁および安達第三論文志林八九巻三・四合併号七頁で紹介している)。余談ながら、私が安達第一論文を執筆している途中のことであるが、私の恩師である米栖三郎先生に、ある機会に「私の理論は二十年経たないと認めて貰えないと思う」と話したところ「君は大変な自信家だね」と笑いながら評されたことを思い出す。あれから三十年経ち、私の夢はまだ果たされたいえないが、その間私法学会民商合同部会での学会報告や独逸で公刊した論文の反響を思うと、若干の進展はあったといえるかも知れない。それはともかく、池田教授の批判をきっかけに四六八条一項を再検討し、またとりわけ方法的な反省の機会を得ることができたことを池田教授に感謝しなければならない。

(追記) 補論三として、四六八条一項の立法趣旨とその目的および理論構成の關係の検討を、また右と関連して、補論四として、池

田教授による公信説批判の検討を予定していたが、印刷の都合上、次号で発表するはずである。また本稿の校正の途中で、池田教授の前掲近著に対する五十嵐清教授の書評（慶応義塾大学・法学研究六六卷一一号）と大村教授の書評（NBL五三六号）に接した。ともに四六八条一項に関する池田教授の法解釈学方法論（およびこれに対立する道垣内教授と安達の方法論）を問題にしているの
で、これらに対する私の立場からの検討も次号で試みたいと思っている。