

指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾  
(2) : 付、指図及手形小切手の新たな構成への  
試み

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)

60

(号 / Number)

1

(開始ページ / Start Page)

31

(終了ページ / End Page)

98

(発行年 / Year)

1962-09

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00010860>

# 指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾 (二)

——付、指図及び手形小切手の新たな構成への試み——

安達 三季 生

## 目次

序 本稿の課題と構成・その方法

第一章 外国の立法例と債務承認説

第二章 公信説とその批判

第三章 指図引受による構成

第四章 (以上五十九卷三・四合併号)  
指図学説に対する批判と指図の本質

一 問題の提起

二 現在の通説たる二重授権説の紹介

三 その批判の一——指図人と被指図人  
人間の原因関係をもつて、被指図  
人が指図受取人に対抗しえないた  
めの要件としては、所謂受領授権  
のみならず、被指図人が、指図人  
の計算で支払う意思をもつて支払  
う (ないし同様な意思で指図引受

六

債権譲渡に関する理論の、指図に  
おける準用——偽造された指図証  
書に関する理論及び所謂原因関係  
の二重欠缺 (Doppelmangel) の理  
論に対する批判

第七章

右の観念による手形小切手制度  
の構成

五

指図をもつて、実際には存在せぬ  
被指図人に対する債権の、指図受  
取人に対する譲渡と解し、指図引  
受をもつて、被指図人＝債務者と  
して想定された者に対する関係で  
も、有効な債権譲渡として効力を  
生じさせる行為と解する構成

第五章

債務者の処分授権の観念——実  
際には存在しない債権の譲渡に  
対する債務者の承諾を、独逸民  
法一八五条に定める処分授権と  
して把えうるか。

四

その批判の二——所謂受領授権の  
性質の検討

八

指図引受を、実際には存在せぬ債  
権の譲渡に対する、債務者の処分  
授権と解する構成における問題点  
(以上本号)

七

従来の指図学説の誤りの原因につ  
いて

第六章

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権の観  
念による、我民法四六八条一  
項、及び指図制度の構成

指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾 (一) (安達)

## 第四章 指図学説に対する批判と指図の本質

### 一 問題の提起

(1) 前号において私は、民法四六八条一項に定める「債務者の異議を異めない譲渡の承諾」(この規定が外国に立法例を見ない我国独特の規定であることについて第一章の一、二で検討した)について、嘗て石坂博士によつて主張された理論構成たる所謂債務承認説を批判し(第一章) また、現在の通説といふべき所謂公信説についても批判した(第二章)。そしてこの制度が、ドイツ民法七八三条以下で定める指図(*Anweisung*)の制度と共通性あることに着目し、ドイツの指図引受の理論を借りて、その理論構成を試みた(第三章)。もつともその際、ドイツの指図引受に関する理論に多少の修正を加え——それについては、フランスの指図に関する理論から、更には、手形法の理論から示唆される所が少くなかつた——その上で、債務者の異議なき承諾を指図引受の性質を有するものとして構成したのである。

なお、債務者の異議なき承諾が、無因の債務承認の特殊な形態としての指図引受と共通性あることに着目したのは、債務承認説の検討を通してであり、いわば債務承認説を補強しようとする試みとして、指図引受による構成が考え付かれたものであり、他方、ドイツの指図引受理論をそのまま借用することなく、これを修正した上で援用したのは、公信説の主張する(また、同条の起草者が暗黙のうちに前提としていた)取引安全の趣旨を、異議なき承諾の構成の中にとり入れようとしたからにはかならない。この意味において、第三章で述べた指図引受による構成は、債務承認説と公信説の総合としての意義を有するのである。

しかし、このようないわば類推的な構成においては、必然的に、論理的な曖昧さを免れない。それはあたかも、未知のある現象を、類似せる既知の他の現象を類推して説明しようとする態度が、科学的認識の初歩の段階としての欠陥を有すると軌を一にするであろう。

（碧海「法哲学概論」一六六頁以下は、類推の論理的性質について論じ「類推は、つねに多少とも不確実な帰結しか与えないような推論である」と指摘している。なお本号九五頁以下参照）

右の構成の論理的な曖昧さは、例えば次の点に現われている。

(イ) 前号一一三頁において「債務者が譲渡さるべき債権の内容を確認して譲渡を承諾したときは、明白に反対の証拠なき限り、指図引受の債務承認があつた、つまり、譲渡人から頼まれてそれをなした、と看做す」という擬制を用いざるをえなかつた。

(ロ) 前号一一八頁以下及び一二六頁において、債権の譲受人ないし指図受取人が、異議を留めぬ承諾をなした債務者ないし指図引受人に対し、悪意の抗弁をもつて対抗し債務を免れうる場合のあること（ドイツの指図理論においては認めないけれども）を論じた。しかし、その根拠は主として政策的なそれに留まり、厳密な論理的根拠を与えることはできなかつた。

(ハ) そもそも、異議なき承諾の構成に指図引受を援用することを試みたのは、指図ないし指図引受の（特殊な）無因性に着目したからであつた。従つて、この無因性の本質を明かにし、その論理的な構造を究めなければ、異議なき承諾の性質の論理的な把握が不充分とならざるをえない。

(ニ) なお、異議なき承諾の効力に関連する問題として、譲渡された債権（しかし実際には不存在の債権）に抵当権などの担保が付

いていたとき、債務者の異議なき承諾によつて担保の効力も復活するか否かは我國の学説判例上争われ、また、債権の二重譲渡と異議なき承諾との関係についても学説上争のある所であるが(民法演習Ⅲ所収加藤「債権譲渡」で詳論されている)、これらの問題については、異議なき承諾を指図引受の性質を有するとする見解をとつても、独自の理論的根拠を有する明確な解決を提供することは困難である。指図においてはかかる問題は生じないからである。)

そこで、指図引受による構成に、より厳密な論理的基礎を与えるためには、眼を転じて、ドイツの指図理論自体を根本的に検討する必要がある。そして、指図ないし指図引受を支配する基本的な原理、或はその内在的な法則にまで到達しなければならぬ。その原理は、同時に債務者の異議なき承諾にとつても、その基本的な構成原理を形作るものであることが推測されるであろう。否、主体的な立場からいうならば、指図引受と異議を留めぬ承諾とが現象的に或はその具体的な法律関係において、相互に類似した制度であることが認められる以上、指図引受の基本原理は、異議なき承諾の基本原理としても妥当するものでなければならぬし、まさに、さような原理こそが追求されねばならぬであろう。(そして更には、手形、小切手制度が指図制度と類似した制度であることを認める以上、この原理は、手形、小切手制度の基本の原理としても妥当すべきであろう)。そしてこの原理を根柢において異議を留めぬ承諾を構成することによつてこそ、その理論構成は(指図引受を類推した構成と異つて)独自の基礎を有し、論理的に厳密なものとなりうるであろう。なお、ここで述べることは必しも適切でないが敢て付説すれば、碧海前掲書は類推の論理的性質について、「類推は『特殊から特殊へ』、『個別から個別へ』の推論であり、その点で、一般から特殊へみちびく(狭義の)演繹や逆に特殊から一般へとすむ(おなじく狭義の)帰納から区別される。」と述べ、更に他の重要な点として「類推が類似という性質または関係にもとづく推論である」ことをあげている。そしてこれに付け加えて「A、B、Cというようなことなる対象が相互に『似ている』ということの認識は、当然、そのすべてに共通な諸性質の抽象を前提とする」と説明する。(前掲書一六八頁)

右の所説をふまえて、類推は、特殊（A、B、C）から一般（それらに共通の性質）の抽象へと進む帰納論理の展開過程における出発点ないし問題の提起といえるのではなからうか。そうだとすれば、私が前に「はしがき」の所で本稿各章の論理的な関連を分析して「（指図、異議なき承諾、手形小切手に共通する基本原理の追求を試みる四、五章は）帰納論理による仮設的命題の設定への過程を叙述したものであるのに対して（右の諸制度に共通の基本原理として想定された概念を基礎としていわば演繹的に夫々の制度の具体的な法律関係の構成を試みる六、七章は）仮設的命題の検証としての意味を有し、また、指図引受理論によつて異議なき承諾の構成を試みた第三章までは、問題の提起としての役割を果すことになる」（前号四六頁）と述べたけれども、まさに、指図引受を類推して、異議なき承諾の構成を試みた第三章までは、その論理的な性格からいつても、四章以下の帰納論理の展開過程の出発点たる性格を備えているというであらう。

## (2) 指図の本質或はその基本的な構成原理をいかに解すべきかについては、従来ドイツで非常に争われた。

その理由についてドイツ民法第一草案理由書は「現在見られる如き指図の制度は、近代の法生活から生れたものである（引用者註参照）。この制度を、ローマ法の法体系に適合させようとする努力から、指図の概念と指図の本質に関する種々な見解が生み出された」（Motive, II, S. 555）と説明している。

（引用者註）指図の歴史的 성격に関するデルンブルヒの次の説明は、このことを敷衍するものといつてよからう。すなわち「ローマ人は、デレガチオ（delegatio）という表現を、種々の非常に異つた法律的处理に際して用い、支払指図（Anweisung zur Zahlung）の場合にもこの表現を用いた。しかしデレガチオなる語は、現在ではもはや使われていない。そして商人の慣用語は、数百年來、さような行為を指図（Affignation, Anweisung）と呼んでいる。ここに吾人は一つの進歩を見出す。というのは、別個の關係には、夫々別個の名前を与えるのが合目的なのだから。指図に関して生じるところの、いろいろ争われている困難な問題に対する直接の解答は、ローマの法源には含まれていない。単に一つの点についてのみ解決が与えられている

指名債權譲渡における債務者の異議なき承諾」（安達）

にすぎない。しかもそれは、今日の取引觀念にそぐわず、今日適用することはできない（なお、この一つの点というのは「デレガチオは支払である」ということ、つまり、Aの債務者たるNが、その債務の支払のために、NよりXに宛ててAに支払うべく指図した指図証書を、Aに交付し、かつ、Xがこの指図の履行のためにAに対し債務約束をするときには、AのNに対する債権は消滅したとみなされるということである。しかしドイツ普通法においては、これに反して、「指図は支払に非ず」とする法諺が妥当した。ドイツ民法七八八条もそのように定めている）。従つて、指図の理論は、一部は一般的な諸原則から、また一部は取引觀念の觀察から導き出さねばならぬ」(Dernburg, Pandekten, II, § 119, Anm. 1, II)。

なお、ローマ法においてデレガチオの果たした役割について、Kaser, Das Römische Privatrecht, I, § 152, II, は、支払指図のためのデレガチオと並んで、債権者或は債務者交替の更改に向けられたそれを説明している。

ちなみに、フランス民法は更改の節のもとに、「一二七五条一二七六条で *délégation* について簡単な規定を設けているが、これはローマ法のデレガチオを受けついだものといつてよからう。しかし *délégation* の名のもとに、判例、学説上、ドイツの指図とはほぼ共通した詳細な制度が形成されている（前号八〇頁以下参照）。

伊沢教授の「指図の本質」（法協四八卷十一号、四九卷六号）は、主として、かかる指図の本質に関する従来のドイツの学説を網羅的に紹介しかつ批判したものである。

ここでとりあげられている学説をいちおう示すと、支払委任 (*Zahlungsmandat*) 説、債権譲渡 (*Zession*) 説、二重委任 (*Doppelmandat*) 説、指示 (*jussus, iubere*) 説、代理権 (*Vollmacht*) 説、二重授権 (*Doppelermächtigung*) 説、一重授権説。なお、教授は、前掲書の末尾において、自説を述べるにあたつて現在の通説たる二重授権説に基本的には賛成し、ただし、二重授権説が、指図人の被指図人に対する支払指図を「支払授権」として把握することには反対し、結局、指図の本質を、指図人の被指図人に対する支払の指示 (*Weisung*)、これはローマ法の *jussus* と同じものだという」と指図人の指図受取人に対する受領授権の結合と見る。従つて、二重授権説との違いは「授権」概念の概念規定を如何にとらえるかの問題に帰着するといえ

よう。

ところで、私が直接当面する課題は、指図制度の基本的な構成原理の追求にあるのだから、この限りで、従来の指図学説の逐一的な検討にまで深く立ち入ることは必要がないであろう。

というのは、第一に、一般的にいって従来の夫々の学説は、対象自体（ここでは指図制度の本質）に対する正しい理解なしには、その歴史的意義をも把握した正しい評価はなしえない。もちろん、問題の対象たる指図制度の本質の正しい理解それ自体のためには、逆に、従来の学説を検討し、それを手がかりとする必要があることは否定できないけれども、しかしそのためには、現在の主要な学説を指図の具体的な法律関係に則して検討すれば足りるのであつて、従来の学説を逐一紹介し検討することはさほど意義があるとは思えない。

のみならず、第二に、前述のように、従来の数多の指図学説は、近代の取引生活の中から慣習的、自生的に生れてきた指図制度を、既存のローマ法の体系とローマ法概念でいかに説明すべきかを試みたその努力の中から生れたものであり、その間に、粗から精への変遷は認められても、本質的にどれだけ差異があるか疑わしく、同工異曲の感をまぬかれない（後述一〇〇頁註参照）。

一体、新に生れた制度の本質を解明するためには、既存の法概念にとらわれず、むしろ、現実の具体的な法律関係自体の中から新たな法概念を発見する態度こそが希ましい。しかし従来の指図学説は、そうでなく（九六頁に引用した草案理由書が指摘しているように）、いたづらに、ローマ法概念に拘泥していたように思われる。

このことは、従来の手形学説についても妥当するであろう。田中耕太郎博士は、從來独逸及び我国で盛んに行われた手形学説上の論争を批判し、この論争が隆盛を来たした所以の一つとして、「新たに発生した特有なる法律現象を既存の概念の範

指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾」（安達）



嚙に強いて当てはめんとしたる結果であること、即ち、不斷なく発達する経済現象の所産である所の手形制度を、依然羅馬法的契約の觀念で取扱わんとし、其れが一種特別のものであることに考え及ばずして、所謂新しき酒を古き革袋に盛らんとする愚を敢えてしたること」と述べ（田中「手形関係の本質」、同「商法研究第一卷」所収三九六頁）、更に「手形関係の如き一種特別の法律関係の正当なる認識には、民法の既成概念に捕われずして自由に手形法制的概念構成を認むること」が必要であると主張する（田中「手形小切手法概論六二六頁」）。（なお博士の後段の見解について、前号「はしがき」八の(1)の(b)にその批判を試みた。）

そこで以下に、現在の通説たる二重授權説を（また、その立場からする他の学説の批判を）紹介し、ついで、これを指図の具体的な法律関係に即して検討し、それを手がかりとして、指図制度に内在する基本原理を追求していくことにしたい。

## 二 現在の通説たる二重授權説の紹介

ところで、通説たる二重授權説も、その具体的な内容については、論者によつて説くところが必ずしも一致しない点はあるが、ここで便宜上、エンネクツェルス・レーマンの所説によつて代表させることはさほど不当ではあるまい。もつともその所説は極めて難解であるから誤解を避けるため、これを左に訳出しよう。（*Enneccerus-Lehmann, a. a. O.* 203, 1）

「指図の法律的性質については、從來非常に争われた。

(1) 古い学説は、指図の中に二個の委任契約関係があると見た（二重委任説）。すなわち、被指図人に対する支払委任と、指図受取人に対する取立委任があると見た。しかしこの見解は、現在では正当にも一般に否定されている。

たしかに、支払委任が指図の基礎となつてゐることは屢々ある。しかし必ずそうであるとは限らない。私が私の債務者に対して、他人に支払うよう指図した場合、そこには（債務者の承諾によつて）拘束力を生ずべき委任は存在せず、（或は、少くとも、それが必然的に存在するわけではなく）単に、指図受取人に対する支払によつて債務を免れしめることの（被指図人に対する）授權（Ermächtigung）が存在するにすぎない。さらに、取立委任については、単に比較的稀な場合にのみ、それが指図の基礎となつてゐるにすぎない。つまり、指図受取人は、むしろ大抵の場合、被指図人から受領したものを指図人に返還するために受領するのではなくて、受領したものを、指図人の債務の支払いとして、あるいは指図人からの消費貸借による借入れとして、あるいは指図人からの受贈として、あるいはその他の何等かの理由による指図人からの給付として、それを保持することになる。

【引用者註】——第一章案は、この二重委任説に立脚してゐたといわれ、その例証として第一章案六〇六条（「被指図人が指図人ニ対シテ指図ヲ引受ケタル時ハ、被指図人ハ指図人ニ対シテ、受任者ノ委任者ニ対スルガ如ク、ソノ指図遵守ノ義務ヲ負フ」）及び六〇八条（「被指図人が指図ニ従イテ受取人ニ対シ給付ヲ実行シタル時ハ、被指図人ハ自己ト指図人トノ間ニ別段ノ定メヲ為サザル限り、指図人ノ受任者ノ如クニ指図人ニ対シテ給付物ノ償還請求ヲ為スノ権利ヲ有ス」）及び六一〇条（「受取人ハ、疑アル場合ハ、指図人ノ受任者ノ如ク被指図人ニ給付ヲ催告スル義務アリ」）とする各規定——現行法はこれを削除している——があげられてゐる。（伊沢前掲書、法協四八卷十一号三〇頁参照）

しかし、草案理由書は、「指図受取人に対しては、指図は、給付の取立の委任を含まず、単に給付を受領すべき授權を含むにすぎない」と述べまた、被指図人に対する関係を「指図人の被指図人に対する催促（auforderung）ないし指示（jussus）」として説明してゐる（Motive, II, s. 577）。従つて、（もともと重要性の少い）前述の各規定から、直ちに、第一章案が二重委任説の立場をとつたと認めるのは正当でなく、むしろ、二重授權説に近い——正確にいえば、受領授權と支払指示の結合と見る——立場というべきだろう。

もつとも、廻つて考えると、授權（或は代理權授与）は委任から分化した概念であり、他方、授權というも（代理權授与と指名債權譲渡における債務者の異議なき承諾（二）（安達）

いうも) 或は指示というも、これらは基本的にはそれぞれの概念の内容をいかなるものとして定めるかの問題ないしは単なる用語上の差異にすぎないことを考えると、(これらの概念の関連については次章で詳しく検討するはずである) 二重委任説、二重授權説、授權と指示の結合とする説、の間に(更には代理説の間に) 本質的な差異があるとは思えない。(本号九八頁参照)

(2) 比較的新しい学説は——BGBもこの学説に依拠しているのであるが——指図の中に二重の授權があると見る。つまり、被指図人は、指図人の計算において支払うことを授權され、指図受取人は、被指図人から一定の金額(或はその他の給付)を受け取ることを授權されると見る。

(a) (広義における) 授權とは、一方的意思表示により、被授權者が、何等かの方法で、授權者の財産関係に干渉する権限を与えられるところの、かかる一方的意思表示をいう。授權は、被授權者が授權者の名において意思表示をなし又は受領する権限を与えられるという方法でなされうる。その場合には吾々は代理權授与 (Vollmacht) と呼ぶ。しかし、代理權授与は、指図においては、指図受取人、被指図人のいずれに対する関係においても含まれていない。というのは、指図受取人は、給付を自己の名において受領するし、被指図人は——たとえ指図人の計算においてであれ——自己の名において支払うからである。(ここで、原文は註において、指図を代理權授与として構成する Land の見解を批判するが、省略する) しかし、授權は更に次の方法でもなされうる。すなわち、自己の名で行う行為によつて、授權者の財産関係に干渉する——例えば、授權者の所有物を自己の名で譲渡するとか、それに担保權を設定するとか、或は、授權者の計算において、支払あるいはその他の出損をなす——という方法でもなされうる。かかる場合を狭義の授權と名付けるのがよいであろう。この意味における授權を、指図は包含している。

(b) 指図人の計算において支払われるとは次のことを意味する。すなわち、被指図人の指図受取人に対する支払が、被指図人の指図人に対する直接的な支払としての効果をもち、この両者間に存在する原因関係に直接的に影響を与える。更に、それが、指図人の指図受取人に対する直接的な支払としての効果をもち、この両者間の原因関係に対して、あたかも、支払が第三者によつてでな

く、指図人自身によつてなされたかの如くに影響を与える、という意味である。つまり、実際には一つの支払が、法律적으로는二つの異つた給付として、すなわち、被指図人の指図人に対する給付、および、指図人の指図受取人に対する給付として見做されるという意味である。

(3) Leonhard は、二個の授權の存在を否定し、指図のすべての効果を、ただ一個の意思表示——つまり指図人の被指図人に対するそれ——に帰せしめようとする。その意思表示は彼によれば、指図人が償還義務を負うべき被指図人の出損に対する同意 (Einwilligung) であり、指図人が償還義務を負うべき事務処理 (Geschäftführung) に対する同意である。彼は、指図人の指図受取人に対する指図証書の交付をもつて、単に、(指図人の被指図人に対する) 右の如き同意を (指図人の) 使者として被指図人に呈示する自由才量権を、指図受取人に与えつつ、この同意を (被指図人に) 伝達する (ための) 行為、として解する。

しかしかかる同意をもつてしては、指図の法律効果は説明されない。というのは、被指図人の指図人のための事務処理は、被指図人に費用償還請求権を与えるにすぎない。しかし、指図において特徴的なことは、被指図人の指図受取人に対する給付が、あたかも指図人に対して直接になされた給付の如く看做され、被指図人の指図人に対する債務が、直接的にそれによつて消滅する (七八七条) ことだからである。

また同じく、指図により指図受取人が何等の権限も与えられないというのは正しくない。たしかに、指図受取人は指図がなくとも、第三者の給付を自己の債権の弁済として受領することはできようが、しかしその場合には、給付があたかも債務者自身によつてなされたものと看做すわけにはいかない。つまり、債権の不存在の場合には、第三者からの不当利得返還請求権を受けることになる。指図という根拠に基いてのみ、指図受取人は、給付を指図人の計算において受領しえ、従つて給付は指図人自身によつてなされたものと看做されるのである。

指図においては、それ故に、二つの授權が含まれる。(a) まず、被指図人は、指図受取人に対する支払を、それがあたかも指図人に対する直接の支払として看做しうるといふ効果を伴つて、なしうるといふ趣旨の、指図人から被指図人にあてた意思表示。(b)

指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾(二) (安達)

指図受取人は、あたかも給付が指図人から指図受取人に対してなされたかの如くに効力を生ずるものとして支払を受領しうる、という趣旨の、指図人から指図人受取人にあてた意思表示。

以上の如き二重授權を認めることによつてのみ、支払人（被指図人）及び受領者（指図受取人）の権限——すなわち、支払及び受領によつて、指図人と被指図人間の原因関係および指図人と指図受取人間の原因関係に対し、あたかも、被指図人から指図人に支払がなされたかの如く、また、指図人から指図受取人に支払がなされたかの如くに直接的に影響を与えうるといふ権限——を充分に説明することができる。従つてまた、被指図人の、指図受取人に対する給付約束（引用者註——指図引受を指す）が、その後指図受取人に対してなされる給付と同様に、被指図人に対して、無因的に行われるということを、最も充分に説明することができる。」

三 その批判の一——指図による支払ないし指図引受が、指図人と被指図人間の原因関係から抽象された無因的効力を有するための要件

(1) 以上縷々引用したが、私は右の二重授權説による説明によつては、指図の制度において最も特徴的な関係であるところの、指図による支払ないし指図引受が無因的な効力を有することが充分に説明されているとは思えない。

つまり、前述の如く（前号七五頁以下参照）、指図においては、被指図人が、指図人に対して実際に原因関係上既存債務を負わないのに、負うと誤信して指図受取人に支払（ないし指図引受）をした場合でも、その支払の効力は指図人と被指図人間の原因関係の影響をうけず、被指図人は指図受取人に対して不当利得返還請求権によつてそれを取返すことはできず、指図人に対して求償しうるにすぎない（被指図人が指図を引受けた場合も、指図人に対する原因関係上の既存債務の欠缺を理由として、指図引受より生ずる（指図受取人に対する）無因債務を免れることはできず、指図人に対して求償しうるにすぎない。なお、指図引受より生ずる無因債務が一般の無因債務と異なる特殊性については、特に前号七八頁および六九頁で詳述した）。二重授權説は、右の如き指図による支払ないし指図引受が、指図人と被指図人間の原因関係から抽象さ

れた無因性を有する根拠を充分に説明していないと思う。

【なお、さしあたつて、以下の叙述では指図人と指図受取人間に有効な原因関係があること、例えば、指図人が指図受取人に対して負つてゐる有効な債務の弁済のために指図証書を交付した——指図受取人は被指図人から支払をえて、指図人に対する債権の弁済にあてることになる——場合を前提として考察しよう。指図による支払ないし指図引受が、果して指図人と指図受取人間の原因関係からも抽象された無因性を有するかどうかは次の二以下で（いわゆる受領授權の具体的な検討の中で）検討する。

また、指図引受の無因性の根拠は——前掲引用文からも明かなように——指図による支払の無因性のそれに準じて考察されている。その際、指図引受は（ドイツの通説的見解によれば）理論上無因の債務約束であり、そうして無因の債務約束は（無因の債務承認と同じく）それ自体、あたかも一定の金銭の支払と同様な一つの給付（に近い）性質を有するもの（法律上の原因なしに金銭の支払がなされれば不当利得返還請求権が生ずると同様に、一般に、法律上の原因なしに債務約束がなされれば、不当利得返還による債務消滅請求が生ずる——前号六九頁参照）であるところから、両者の無因性の根拠をパラレルに考察してよいとする推論がなされているように思われる。（はたしていかなる論理的関連において両者の無因性がパラレルな関係にあるかは、後に詳しく検討するであらう。）従つて、ここでもさしあたつて、指図による支払の無因性の根拠を中心にして検討する。】

(2) 右引用文は、レオンハルトの所説に対する批判の終りの箇所からうかがえるように、指図人の指図受取人に対する受領授權によつて、指図受取人は被指図人からの支払をあたかも指図人自身によつてなされたかの如くに（正当に）受領しうるといふ命題を立て、そこから、「従つて、指図にもとづいて支払つた被指図人は——たとえ、指図人に対

## 指名債權譲渡における債務者の異議なき承諾(二) (安達)

## 四四

する原因関係上の既存債務がないのをあると誤信したときでも——支払をえた指図受取人に対して不当利得をもつて対抗しえなくなる。」という結論を導こうとしていると解しうる。

この考え方は、指図受取人は指図人との間の関係で正当に支払をうけうる地位にある以上、被指図人との間の関係においてもまた、正当な受領となり、不当利得とはならないとする見解といつてよいが、しかしながら、指図人の指図受取人に対する受領授權は単に、その両当事者の間の(相対的)関係でのみ効力を生じ、その間でのみ、さような正当な受領としての意味をもたせうるにすぎない。被指図人に対する関係においても、指図受取人の受領が正当な受領となるためには(従つて、支払をなした被指図人が、指図人に対する既存債務の欠缺を理由に、支払をえた指図受取人に対して不当利得返還請求を対抗しえないためには)支払をなす被指図人自身が、さような効力を有する(或はさような趣旨の)支払であるとして支払をなすことが必要だといわなければならない。そう解しなければ、指図人の一方的意思によつて不当に被指図人の意思を拘束し、その支払の性格を一方的に規定してしまうことを認める結果になり、被指図人を不当に不利な立場に追いやることになる。

このことは「第三者の弁済」の場合と比較することによつても、首肯しうることだと思う。甲(債権者)が乙(債務者)に対し債権を有する場合、第三者丙が、第三者の弁済をなし甲に支払うことによつて甲の乙に対する債権は満足をつけて消滅するという関係と、甲に対して債務を負う乙が、この債務の弁済のために、乙から丙にあてたところの(乙が甲に対して負う債務額と同じ額の金銭を丙が甲に支払うよう指図した)指図証書を甲に交付し、(従つて乙は指図人、甲は指図受取人、丙は被指図人となる)その結果被指図人丙が、甲にその一定金額を支払い、それによつて指図受取人甲の指図人乙に対する既存債権が満足をうけて消滅するという関係を比べて見ると、いずれの場合も、甲乙間の債権関係に

とつては第三者である丙が自己の名において甲に支払うことによつて、甲の乙に対する債権の弁済としての効力を生じ、従つて甲は、丙からの弁済を正当に受領しうることに於いて共通するが、その際重要なことは、いづれの場合も、甲に対して支払をなす丙（第三者）、「被指図人」が、たまたま、自ら乙（債務者）、「指図人」に対して債務を負うと誤信して（実際には負わないのに）、この債務を消滅させる目的で甲に対する支払をなした場合でも、丙は甲に対し、不当得返還請求権によつて、支払つたものを取り返すことはできない（「第三者の弁済」の場合について、Emmecerus-Lehmann, a. a. O., § 223, I, 3, d 松坂「事務管理、不当利得（法律学全集）」八〇頁）という点において共通する。

ところで、かように第三者の弁済と指図による支払との間に、その効力の点で、基本的な共通性があることは、両者の要件の間にも基本的な共通性が存在せねばならぬことを推測させるであらう。

まず、乙（債務者）、「指図人」と、甲（債権者）、「指図受取人」との間の関係を見ると、指図の場合には乙の甲に対する受領授權（乙甲間の指図証書交付の関係）が必要だとされていることと、第三者の弁済の場合に、甲乙間の合意によつて、第三者の弁済を否定しうること、（ドイツ民法二六七条参照、日本民法四七七条二項は、更に、「利害関係ヲ有セザル第三者ハ債務者（乙）ノ意思ニ反シテ弁済ヲ為スコトヲ得ズ」と定め、第三者の弁済を禁ずる甲乙間の合意がなくても、乙の一方的意思によつてこれを否定しうることになる。ドイツ民法二六七条については、Emmecerus-Lehmann, a. a. O. § 22, I を参照）つまり、消極的な形（或は、法律によつてその存在が推定された形）においてではあるけれども、ともかく甲乙の合致した（ないしはこの単独の）意思（第三者の弁済を是認する意思）の存在がその要件となつてゐることとは、（その間の具体的な差異を捨象して言えば、いちおう）パラレルな関係にあるといつてよい（その間の具体的差異については後述の一一五頁以下を参照）。

ところが、甲、乙、丙の間の関係について見ると、第三者の弁済の場合には、第三者丙の支払が「第三者の弁済」とし



での効力を有するためには、まさに、第三者丙が、第三者の弁済として、つまり、債務者自身の弁済と同じ意味をもつた支払であるとして支払うこと、換言せば、債権者が債務者との関係で正当に受領しうる立場にあることを第三者自身が認めて支払うこと、が必要なのである。(もし、第三者が、第三者の弁済としてでなく、自己の債務として弁済するときは非債弁済となる。我妻「債権総論」一三三頁、松坂前掲書八〇頁)。

従つて指図において、被指図人の支払が、前述した如き特殊な無因的効力を有する支払となるためにも、同じように、(指図人から指図受取人に対する受領授權のほかに)被指図人が、その支払を、あたかも指図人からの支払と同じ意味をもつた支払であるとして支払うこと、換言せば、指図受取人が指図人との関係でその支払を正当に受領しうる立場にあることを、被指図人自身が認めて支払うことが必要だと解するのが正当であろう。この被指図人の意思を、更に「専ら指図人の計算において支払う意思」と言い換えてもよいであろう。というのは、かかる被指図人の意思の効果として、被指図人は、指図受取人に対し、不当利得返還請求権をもつて対抗しえなくなり、専ら、指図人に対して償還を求めることによつてのみ、その損失をカバーしうることになるのだから、この結果に着目し、かかる結果を欲し或は是認する意思といつてもよいからである。

エルトマンが、二重授權説をとりながらも、最後に、指図による支払の無因的な効力が、関係当事者の意思に基く (beruht auf dem Wille der Beteiligten) と附言していることは (Oertmann, a. a. O. II, S. 976) 以上の如き見解をとるについて意を強くさせるものとして注目するに値しよう。

(4) もつとも、被指図人の右の如き意思は、被指図人の支払にあたつて明示的に表示されることは必要なく、特に反対の意思表示なき限りその中に含まれていると看做してよいと考えられる。

というのは、(イ)支払をなす被指図人と支払をうける指図受取人との間には、支払の授受のための直接の原因関係（例えば支払を必要とする既存債務の如き）は存在しないし、(ロ)また、被指図人が支払をなすに至つた動機であるところの、被指図人と指図人との間の原因関係（例えば被指図人が、指図人に対する既存債務の弁済のために支払をなす関係）の如何について指図受取人は通常これを知りえない立場にある。

かかる、指図受取人のおかれている立場を考えると、指図受取人が、被指図人からの支払を、指図人からの支払と同じ意味をもつものとして受領しようとするであろうこと（換言せば、指図受取人が指図人との関係において正当に受領しうる立場にあることを、被指図人が自ら認めて支払つてくれることを期待して受領しようとするであろうこと）は一般的に当然に予想されうることである。従つて、法律行為解釈の問題として、支払をなす側の被指図人も、反対の趣旨を明言しない限りは、さような趣旨で支払をなす意思を有して支払をなしたと認めてよい。

かように私は、支払をうける指図受取人の特殊な立場（前述(イ)(ロ)）をもつて、被指図人の右の如き意思の存在を認定すべき根拠として説明した。ところで前号七八頁で引用した如く、草案理由書は、かかる指図受取人の特殊な立場から、（指図引受をなすことによつて指図受取人に対し無因債務を負うに至つた）被指図人が、指図人との間の原因関係上の事由をもつて、指図受取人に対する抗弁をなしえない（指図引受の無因性）という命題をいきなり（もつともその際、恐らくは、かかる立場にある指図受取人のための取引安全をはかるという趣旨が、暗黙に含まれて）導き出している。

ここでまず、草案理由書が、指図引受のかかる無因性の根拠として右の(イ)(ロ)を援用し、指図引受とパラレルな関係にあるべき、指図による支払の無因性についてはこれを援用しないのはおかしいが、それはともかくとして、右の(イ)(ロ)はかように直接的に（もしくは、取引安全という政策的目的を介して）ではなく、前述の如き論理的関連において、間接的に、つまり、支払ないし指図引受をなす被指図人の特別の意思がそれによつて認定しうべきことを通して、支払ないし指図引受の特殊な無因性

を帰結するものと解すべきだと思う。

(5) 右に述べたような立場をとると、

(イ) 被指図人が支払の際に、指図受取人の、支払を正当に受領しうべき地位を（無条件に承認して支払うのでなく）特に一定の条件をつけて承認して支払うことも可能であり、その場合には、その承認の限度でのみ、指図受取人の受領が、被指図人に対する関係で正当なものとなると解すべきことになる。従つて、被指図人が支払の際に、明示的に、指図人に対して一定の既存債務を負っていることを条件として支払う旨を示して支払つたときは、右の如き条件付き承認が認められ、従つて、たまたま、被指図人の指図人に対する既存債務が実際には存在していなかつた場合、被指図人は指図受取人に対して不当利得返還請求権によつて、支払つたものの返還を請求しうると解すべきことになる。この理は、被指図人が指図引受をなした場合にも妥当すべきであり、指図引受をなす際に、特に、指図人に対して一定の既存債務を負っていることを条件として指図引受をしたときは、被指図人は、指図人に対する既存債務の欠缺を理由に、指図引受より生ずる債務を免れうると解すべきだろう。

そしてこの結果は、独逸民法七八四条一項後段で、指図引受をなした被指図人が「引受ノ内容ヨリ当然生ズル抗弁ヲ以テ（指図受取人に対し）対抗スルコトヲ得」と定める規定の適用の結果と一致しよう。（独逸民法の右の規定の解釈については前号一一五頁参照）

(ロ) 被指図人が、指図受取人に対して支払うに際して、指図受取人が正当に受領しうる地位にあることを自ら承認することは一箇の意思表示であるから、意思表示の瑕疵がここでも問題になりうる。その場合次のことが特に重要である。

すなわち、被指図人が、指図人に対して既存債務を負い、これを弁済する目的で指図受取人に支払をなす場合について（もちろん、指図人に対する既存債務の弁済のためでなく、指図人に対し信用を与える目的で支払がなされる場合もある。いわゆる *Anweisung auf Kredit*）。被指図人が実際には指図人に対し既存債務を負わないのに、負うと誤信して支払つたとすれば、——かかる場合でも右の(イ)及び前述(4)で述べた通り、意思表示の解釈の問題として、特に指図人に対して既存債務を負っていることを条件とする旨を明にして支払つたのでない限り、被指図人は、無条件に、指図受取人が支払を正当に受領すべき地位にあることを自ら認めて支払つたとして解釈さるべきであるけれども——意見表示の瑕疵としての錯誤が問題になる。しかしこの錯誤は、動機の錯誤というべきである。そして、動機の錯誤は、意思表示の効力に影響を与えるべき錯誤には該当しないのが原則とされている。

しかし、動機の錯誤でも、それを相手方が知り又は知りうべきときはどうか。ドイツ民法の解釈として「誤つた動機が、意思表示自体において、或は、決定的な交渉 (*entscheidende Verhandlungen*) に際し、認識しうるように現われており、そのため、相手方によつて理解された意見表示の構成部分をなしているときは、独逸民法一一九条一項の意味における表示の錯誤（従つて取消事由となる錯誤）が存在するとして屢々見做される」(*Enneccerus-Nipperdey, a. a. O. § 161, IV, 3*) と解されているようである。

もつとも、かかる見解に対して、正当にも「この場合には単に現実と觀念の喰い違いがあるのみで、意欲された表示の意味と、表示に附与される表示の意味と、に喰い違いはないのだから本来からいえば一一九条一項にいう表示の錯誤には該当しない」と批判されている。

しかし右の如きいけば無理な解釈が敢てなされている理由は、ドイツ民法で採られている錯誤の規定が心理主義的な偏向を指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾(一)(安達)

犯し、そのために取引の実情に適合しない欠陥を有するので、解釈によつてこれを多少とも是正する必要がある所から来ていると考えられる。つまり「(ドイツ民法典の建前においては) 錯誤が、相手方にとつて認識しうるものであるか否か、或は、錯誤の結果がどんな不利益をもたらすものであるかは問題としていない。ドイツ民法典は、ドイツ普通法の理論に倣つて、錯誤の重大性の問題を心理的な評価に基づいて解決しようとしている。」そこで、表示の錯誤は重大な錯誤として取消事由になるが「動機の錯誤は、原則として——一九条二項の例外を除き——取消事由として認められない。」しかし「錯誤の重大性を専ら心理的な評価に基づいて決定することが合目的な規律といえるかどうかは別個の問題である。それはたしかに疑わしいといわねばならぬ」(Eunecerus-Nipperdey, a. a. O. § 166, II) と説かれている。

従つて、いかなる解釈上の技術を用いるかは別として、動機の錯誤も、それが重大な結果を及ぼすものであり、かつ、相手方がそれを認識しうるものである限り、これを取消事由となる錯誤として扱うことは、具体的妥当性を重んずる実際の裁判にあつては要請されざるをえないわけである。なお、ドイツ民法典の錯誤の規定の歴史的背景については、村上「ドイツ普通法学の錯誤論」法協七六卷三号ならびに、川島「意思欠缺と動機錯誤」、同「民法解釈学の諸問題」所収参照。

ドイツの右の解釈論は、我民法の解釈にもとり入れられている。

我妻「民法総則」二四六頁は「動機が表示され、相手方がこれを知つているときは、その範囲内における錯誤は、法律行為の内容の錯誤(表示行為の意義の錯誤)となる」とし、従つて、法律行為の無効原因たるべき「要素の錯誤」に該当すると説く。

更に舟橋「民法総則」一〇七頁以下は、かかる通説の立場を超えて、我民法の解釈としては、動機の錯誤が(表示行為の意義の錯誤となることを通してでなく)それ自体として、「要素の錯誤」となりうることを認め、一般に、「要素の錯誤」の有無は、当該の具体的事情に即して「そこに錯誤が存在することによつて、法律行為を無効とするのを妥当とされるほど、しかも重要視される点」があるか否かによつて決すべきことを主張される。私はこの見解を正当と思う。

右に述べた如き動機の錯誤についての解釈論をあてはめれば、被指図人が、指図人に対し既存債務を負うと誤信し

たために、指図受取人に対し支払（または指図引受）をした場合について、若したまたま、指図受取人がその際、かかる誤信を知っていた場合には、かかる錯誤はたとえそれ自体としては動機の錯誤であつても、支払（ないし指図引受）に際しての被指図人の意思表示——指図受取人が正当に受領しうる地位にあることを自ら承認する意見表示——に瑕疵を生じ、被指図人は無効（ドイツ民法の場合）或は取消（我民法の場合）を主張し、不当利得返還請求権によつて、支払つたものの返還（あるいは指図引受によつて負担するに至つた無因債務の消滅請求）をなしうると解してよいことになる。

そしてかように構成することは、私が前号（一一八頁）で主張したところの（しかしドイツはまだ認められるに至つていないところの）指図引受人が指図受取人に対抗しうる悪意の抗弁権について、一つの論理的な根拠づけを（前号では、当事者間の公平という政策的な考慮を主な根拠として主張したにとどまつた）与えることになるであらう。「悪意の抗弁」の論理的構造については後に更に根本的な検討を試みるはずである。）

(6) 以上述べたように、私は、指図による支払（及び指図引受）が無因的効力を有し、指図人と被指図人の原因関係上の事由によつて影響を受けえないためには、指図人の指図受取人に対する受領授權のほかに、被指図人が支払（ないし指図引受）をなすにあつて、指図受取人が正当に受領しうる地位にあることを被指図人が自ら承認してなすこと（この承認を、被指図人が専ら指図人の計算で支払ないし指図引受をなす意思と言ひ換えてもよい）が理論上必要だと解しなればならぬと考える。

それでは二重授權説のいうところの、指図人から被指図人に対する支払授權（支払指図）は、右の無因的効力の発生にとつて不必要であらうか。私はここでも、第三者の弁済とパラレルに考えて（つまり、第三者の弁済が有効になされ、

その支払の効力が、第三者と債務者の間の原因関係上の事由によつて影響されないためには、債務者が第三者にあてて、債権者に支払つてくれるよう指図することは必要でない。これを肯定すべきだと考える。そしてこの被指図人に対する支払指図は、単に、指図に依じて指図受取人に支払つた被指図人が、指図人に対し求償する関係において、有利な地位におかれるために必要であるにすぎない。

つまり、指図人に対し既存債務を負つているときには、指図受取人に対する支払が、この既存債務の弁済としての意味をもちうる(独逸民法七八七条一項)。また、既存債務を負わないときは特別の事情なき限り、受任者の立場において、費用償還請求をなしうる(Eunecerus-Lehmann, a. a. O. § 205, II, 2)。

従つて、被指図人が支払指図なしに支払つた場合——指図人が被指図人に対して指図を撤回した後の支払の場合、これに該当しよう——でも、その支払は無因的効力を有し、単に、その場合の被指図人は、指図人に対し、事務管理もしくは、不当利得の、関係にもとづく費用償還請求権によつてのみ求償しようという点で差異を生ずるにすぎないと解すべきである。

エルトマンが指図撤回後の被指図人の支払の効力について「被指図人は、自己の危険においてそれをなす。彼は(支払)指図に存する(支払)授權に基いて求償することははやなしえず、せいぜい事務管理の原則に従つて求償しうるのみである」(Oertman, a. a. O. § 791, 3)と述べていることは私が右に述べた所と合致し、その際、指図の撤回後に支払をえた指図受取人の地位については言及していないけれども、それは、かかる指図受取人の地位に(指図撤回前に支払をえた指図受取人の地位と比べて)変化を生じないことを暗黙のうちに認めたものと解してよく、その限りにおいて、エルトマンも、支払指図の存在が、指図(ないし指図引受の)無因性の要件でないことを事実上認めたと解

しうるであろう。(なお、Motive, II, S. 566 もエルトマンと同様な表現を用いている。)

ちなみに、指図人の被指図人に対する支払授權(被指図人が、指図人の計算において支払をなしうるといふ授權)と、被指図人が支払ないし指図引受にあたつて、自ら指図人の計算においてなす意思を有すること(換言せば指図受取人が正当に受領しうる地位にあることを自ら認めてなすこと)とを同一視してはならない。前者が存在するからといつて、そこから論理的に直ちに、後者が導き出されるわけではない。右に見たように、たとえ、前者が支払指図の撤回などによつて存在しなくても、後者は存在しうるのである。支払授權をもつて、指図制度の本質的要素と解するドイツの従来の学説が、この両者を同一視する誤を暗々裡に犯してはいなかつただろうか。

ところで、私は前号で、指図引受を類推して「債權譲渡における債務者の異議を留めない承諾」を構成した際には、指図による支払及び指図引受の無因性のためには、被指図人に対する支払指図の存在を必要とする(従つて、支払指図の撤回された後における支払及び指図引受には無因的効力が与えられないとする)ドイツの有力説(前号八一頁参照)の立場に(これに対する一応の疑問を提示しつつも)依拠し、その結果、異議を留めざる譲渡の承諾をなす債務者は、譲渡人から頼まれて(指図されて)承諾をなすと看做すという擬制を用いざるをえなかつた(前号一一三頁)。しかし、指図による支払及び指図引受の無因性のためには、指図人の被指図人に対する支払指図は必要でないと解することによつて、右の如き擬制を敢えて用いる必要はないことになる。

#### 四 その批判の二——いゝゆる受領授權の性質

(1) 以上私は、指図による支払及び指図引受が無因的効力を有するための要件を検討したが、その際、指図による支払と「第三者の弁済」との間に基本的な共通性あることに着目し、「第三者の弁済」に関する法理を指図に援用す

指名債權譲渡における債務者の異議なき承諾(二)(安達)



るといふ方法で私の主張を根拠づけようとした。そしていうまでもなく、第三者の弁済においては指図引受に相当する制度はないが、指図引受を無因の債務約束と解することにより、そしてこれを一種の給付（に近いもの）と見ることによつて、指図引受を指図による支払（給付）に準じて考察することにした（本号一〇四頁参照）。

ところで、かように指図による支払と指図引受とをバラレルに考察しようとすれば、（指図人の指図受取人に対する指図証書交付の關係であるところの、二重授権説のいわゆる）受領授権の性質を理解するにあたつても同じ考慮を導入しなければならぬ。すなわち指図受取人は指図引受によつて、被指図人に対する（無因の）債権を取得するが、この被指図人に対する債権は、あたかもこの債権を、指図人から給付された（譲受けた）かの如くに取得するというべきであり（なぜなら、支払の場合に、指図受取人は被指図人からの支払をあたかも指図人から給付された如くに受領するというのだから）、従つて、遡つて受領授権の關係についても、単に、指図受取人が被指図人から得るべき支払をあたかも指図人自身によつて給付されたかの如く受領しようという内容の授権にとどまらず、指図受取人が被指図人に対して取得すべき債権を、あたかも指図人自身から譲受けた如くに取得しようという内容の授権がなされたと解すべきことになる。つまり、受領授権の内容は、支払を受領しうる授権のみならず、被指図人に対する債権を受領しうる授権をも含むと解すべきことになる。

そして指図におけるかかる受領授権の特殊な内容が、第三者の弁済における一種の受領授権（第三者の弁済において一種の受領授権が存在すべきことについては本号一〇六頁に述べた）との間の重要な差異を形作るものというべきであろう。

そしてここでつけ加えるならば、両者の受領授権におけるこの差異は、ひいては、前述三において、指図による支払及び指図引受が無因的効力を生ずるための要件として（第三者の弁済の法理を援用しつつ）私が主張したところの、支払および指図引

受に際しての被指図人の意思表示の内容（その内容規定は、そこでは、「第三者の弁済」からの類推のため、多かれ少かれ一般的・抽象的たるを免れえなかつた）に特殊な具体的性格を要求するであろうことが予想されよう。これについては、後述一二六頁以下五の(1)および(4)参照

(2) かしながら、右に述べたところによつては、まだ、指図における受領授權の性質の把握は多分に抽象的観念的である。

そこで眼を転じて、指図における受領授權を債權譲渡と対比し、（両者が関連性を有することは右に述べた所から推測しうる）また、いわゆる債權の取立授權と対比することによつて、指図における受領授權の論理的な構造の把握のための手がかりとしよう。

まず、指図における受領授權 (*Ermächtigung zur Erhebung*) と債權の取立授權 (*Ermächtigung zur Einziehung*) とを比較しよう。両者は言葉の上では区別し難く相似している。（つまり *erheben*, *einziehen* いづれも、取立てる、徴集するの意味である。（三瀧「独逸法律類語異同弁」一四六頁参照）

なお、*E. zur Erhebung* という言葉は、ドイツ民法七八三条で “*der Anweisungsempfänger ist ermächtigt zu erheben*” という形で用いており、一般に（指図における受領授權を示すために）この言葉が用いられているようである。しかしエルトマンは、恐らく、*E. zur Einziehung* と明瞭に区別するためであろうか、*Empfangsermächtigung* という言葉を同じ意味において用いている。

*E. zur Erhebung* の訳語として、大西耕三「代理の研究」一七七頁、伊沢前掲書などは受領授權という語を用いており、そして今日我国でこの訳語が一般的だといつてよからう。しかし、前掲ドイツ民法七八三条の規定を東「全訳独逸民法」は、「給付ヲ取立ツル、權利ヲ有ス」と和訳し、楠木教授の外国法典叢書における訳も「給付ヲ取立ツル、權限ヲ有ス」となっている。し

指名債權譲渡における債務者の異議なき承諾(二) (安達)

指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾(一) (安達)

五六

かし、E. zur Erhebung の実質的な意義からいつて、また副次的には、E. zur Einziehung (取立授權) と区別する上からいつて、これを受領授權と訳するのが正当である。

しかしその実質的意義において、両者の間には少なからざるへだたりがある。すなわち、取立授權とは、(授權者に属する) 権利の行使ないし実現の(被授權者に対する) 授權の主要な場合であり、被授權者は、債権それ自体を取得することなく(債権者は依然として被授權者)、単に自己の名で、訴、その他の方法で取立てる権限を有するという関係である (Emmecerus-Lehmann, a. a. O. § 79, IV, 2; Emmecerus-Nipperdey, a. a. O. § 204, I, 3, a 以下) の取立授權に関する説明は上掲書による)。

従つて、債務者は、授權後に授權者(債権者) に対して新に取得した(反対) 債権でもつて、相殺することができ、反対に被授權者に対する債権をもつて相殺することはできない (OLG 23.20)。

取立授權の関係を認めうるか否かは、嘗て、ドイツで争われたが、現在では、独逸民法一八五条の規定の趣旨からして是認しうると一般に解されている。すなわち、一八五条によつて、自己の名で他人の物を譲渡することを(その他人が) 授權しうる以上は、同様に、自己の名で他人の債権を取り立てることを(その他人が) 授權しうると解しなければならぬ、とされている。なお、取立授權については、次章で授權概念の検討を試みる際にあらためて触れられるであろう。

ところが、指図の際の受領授權においては、受領授權があつただけでは(つまり指図受取人に指図証書が交付されただけでは) 被授權者たる指図受取人は、被指図人に対する何等の債権をも取得せず(従つて、自己の名において訴その他の方法で取り立てることはできない)、単に、自己の名で、被指図人からの給付を受領しうるにすぎない。しかし指図引受がなされた後においては、被授權者たる指図受取人は、被指図人に対する債権を取得する(取立授權の場合には、被授

権者は債権を取得しえず、単に自己の名で取り立てうるのみであることは前述した。従つて、指図引受のなされる後の関係たると前の関係たるとを問わず、受領授權の関係は、取立授權のそれと重要な差異を有するといわざるをえない。

次に債権譲渡と指図における受領授權とを比べて見ると、債権譲渡なら、譲受人は直ちに債権を取得するけれども、指図における受領授權では、前述の如く、指図受取人は、被指図人が指図引受をなしてから始めて被指図人に対する債権を取得する（その前は債権を取得せず、単に自己の名で受領しうるのみ）。しかも、指図引受後における指図受取人の債権の取得は、「債権譲渡と同じ意味を有する」とされている（R. G. Bay Z 10, 115, ZBIFG 10, 531, Soergel, a. a. O. II, § 784, I. もつともこの表現は、Oertmann, Emecerus-Lehmann, Latenz などにおいては用いられていない。なお、この表現は、本号一五頁で述べたそれと一致する）。従つて、指図における受領授權は、指図引受の後については債権譲渡と同様な性質を有するといつてよいであろう。（「同様な」という表現の具体的意味内容は後に検討される）

(3) ところで右に取立授權、債権譲渡、指図における受領授權を比較したけれども、その際、債務者（受領授權の場合には被指図人が債務者に相当する）に対する関係を主として、考慮に入れながら、それぞれの比較を試みた。そこで次には、債務者（ないし被指図人）との関係をいわば捨象したところの、取立授權者と取立被授權者の関係、債権譲渡人と債権譲受人の関係、指図人と指図受取人の関係を以下の(イ)(ロ)の諸点について対比してみよう。

#### (イ) 行為の目的

(a) 取立授權は、専ら、または主として (nur oder vornehmlich) 授權者（債権者）の利益のためになされる。

(b) 債権譲渡は、譲受人の利益のため或は、譲渡人と譲受人の双方の利益のためになされる（もつとも債権の取立委任の目的で債権譲渡という手段が——取立授權という手段をとらずに——用いられることもある。この場合は、例外的に譲渡人の利

益のためのそれである)。

(c) 指図における受領授權は、右と同様である。すなわち、受領授權(つまり、指図人より指図受取人に対する指図証書の交付)の主要な目的として *Enneccerus-Lehmann* (a. a. O. § 205, II, 1) の掲げるところによれば、

(I) 指図人が指図受取人に対して債務を負っている場合にその弁済の方法として (*Anweisung zahlungshalber*)。(被指図の支払によりその目的を達する。)

(II) 指図人が、指図受取人に消費貸借上の貸し付けをなすために。(被指図人の支払によつて、指図人は指図受取人に対する貸金債権を取得する)

(III) 指図受取人が、被指図人から受け取つたものを、指図人のために使用させる——例えば、受け取つた金銭で、指図人が他人に対して負う債務を、指図人に代つて払わせる如き——とか或は、指図人自身に返還させるため。

(IV) 指図受取人が被指図人から受け取るものを、(指図人から) 指図受取人に贈与するため。

以上の各場合のうち、指図人の利益のために指図証書が交付される III の(いわば取立委任のための) 場合を例外として、他はすべて、指図受取人の、或は指図受取人と指図人双方の、利益のためになされる。

そして III の例外は、債権譲渡についての例外的な場合であるところの、債権取立のための債権譲渡と対応することいふまでもあるまい。

#### (四) (転)譲渡の問題

(a) 取立授權においては、被授權者は、債権は取得しないのだから単に自己の名で訴えその他の方法で取立てる以外にはその債権の処分をなしない。従つて、債権譲渡や債務免除、また、債務者に対して自己が負っている債務と

相殺することはできない。

(b) 債権譲渡においては、譲受人がその債権を（転）譲渡し、免除し、相殺することのできることはいうまでもない。

(c) 指図における受領授權についても基本的には右と同様に考えてよい。すなわち、指図受取人は、指図引受の後たると同たるを問わず、指図を譲渡することができる。（独逸民法七九二条一項は「指図受取人ハ指図ノ引受前ト雖モ第三者トノ契約ニ因リテ指図ヲ第三者ニ譲渡スルコトヲ得。譲渡ノ意思表示ハ書面ノ形式ヲ必要トス。譲渡ニハ第三者ニ対スル指図証書ノ交付ヲ必要トス」と定める。）

もつとも、免除及び相殺については——指図引受の結果被指図人に対して債権を取得するに至つた指図受取人がこれをなしうることはいうまでもないが——指図引受前においては、指図受取人はそもそも債権を取得していないのだから、免除と相殺は問題になりえないといつてよい。（それに、免除と相殺の問題は、被指図人に対する関係を含む問題であり、指図人と指図受取人間の問題を超えた問題なのであるから、指図人と指図受取人間の関係だけにしぼつて債権譲渡や取立授權との対比を試みるこの場所では、とりあげるのに適切でないともいえよう。）

## (ハ) 撤回の問題

(a) 取立授權においては、授權者（債権者）は一方的に取立授權を撤回することができる。（なお、授權者が債務者に対して撤回を對抗するための要件として、債務者に対する通知を必要とする。（その通知は授權者が——被授權者の同意なしに——一方的になしうる）しかし、債務者の側から被授權者に対して撤回を對抗するためには、右の通知を必要としないと解されている）

(b) 債権譲渡における譲渡人は、原則として、一方的に譲渡を撤回しえない。取立委任のための債権譲渡においては、一方的に撤回しうるのはその例外をなす。（なお、債務者に対して撤回を對抗するためには、譲受人の同意を得て、譲渡

指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾(一)(安達)

六〇

人が債務者に通知するを必要とする。債務者の側から譲受人に対して撤回を対抗し、弁済を拒むためにも原則として右の通知を必要とする。なおこの点については後に詳述する。

(c) 指図における受領授權も右と同様に指図人が一方的に撤回することはできない。これは、指図引受のなされた後たると、前たるとを問わない。しかしこの問題の意義を具体的に理解するためには、(指図人の被指図人に対する)支払指図の撤回との関連においてこれをとらえる必要がある。

独逸民法七九〇条は『被指図人が指図受取人ニ対シ引受又ハ給付ヲ為サザル間ハ、指図人ハ被指図人ニ対シ指図ヲ撤回スルコトヲ得。指図人ガ撤回ニ因リテ指図受取人ニ対シ負担スル義務ニ反スルトキト雖モ亦同ジ』と定め、指図引受または支払までは、指図人は被指図人に対して、支払指図を自由に——たとえ、指図人、指図受取人間において、支払指図を撤回しない旨の合意があつても、これに拘束されることなく(第二項)——撤回しうる旨を明にしている。

もつとも、支払指図の撤回の自由を、直接の当事者たる指図人、被指図人間の合意によつて制限しうるかについては争がある。エルトマンは否定する(vgl. Oertmann, a. a. O. II, § 790, 1)。エンネクツェルス・レーマンは肯定する(vgl. Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 205, II, 1)。なお、支払指図の撤回が、指図人の指図受取人に対する(支払指図を撤回してはならないという)義務に違反するときは、——義務に違反しても支払指図の撤回自体は完全に有効であることは第二項の定める通りだが——指図人は指図受取人に対し損害賠償の義務を負うと解されている。

しかし、被指図人に対する支払指図が撤回されても、指図人の指図受取人に対する受領授權自体はそのまま効力を維持すると解すべきである(この点については有力な反対説あること次に述べる通り)。とはいえ、支払指図が撤回されると被指図人はその以後は、「専ら自己の危険において」指図受取人に対する支払ないし指図引受をなすべき地位にお

かれ、支払をなした後の、指図人に対する求償関係において不利な立場に立たされることになる（委任に基づく求償をな  
しえず、不当利得またはせいぜい事務管理の原則に基づく求償しかなしえない。本号一一三頁参照。なおそこで引用したエルトマン  
のほかに *Motive*, S. 566 も「指図撤回後においては、被指図人は自己の危険において給付する」と説明する。）。

従つて、支払指図撤回後の被指図人が、かかる不利を冒してまで、敢て支払ないし指図引受をすることは殆ど期待  
できないといつてよい。その限りにおいて、支払指図の撤回はそれによつて受領授權の効力が失われるものではない  
にせよ、指図受取人の地位に重大な影響を及ぼし、被指図人からの支払ないし指図引受を得べきチャンスを極めて少  
くし、事実上、受領授權（指図証書の交付）を得たことを殆ど無意味ならしめるといつてよい。

かかる支払指図の撤回の自由に特に着目し、また遡つては、そもそも（支払指図の撤回がなされない場合でも）指図受取人  
が、支払ないし指図引受を得るか否かは被指図人の任意に任されている点をも考慮して、ラレンツは、指図受取人は権利も権  
限（*Rechtsmacht*）も更には、期待権（*Anwartschaft*）も、有するとはいえない。単に、支払をうける（権利を取得する）事実  
上の見込（*eine tatsächliche Aussicht*）を有するにすぎないし、ドイツ民法典が、指図受取人のかかる地位を「授權（*Ermä-  
chtigung*）」という語で表わすのは誤つていると批判している。（*Larenz, a. O. II, S. 292*）私は、この批判を必ずしも正当と  
は思わないが、指図受取人のおかれている実際上の地位を明かにするものとしては意味があると思う。

のみならず前に一言したように、指図引受の撤回が間接的に、受領授權に影響を与え、これを消滅させると説く有  
力説もある。すなわち、受領授權は、指図人が任意に撤回することはできないけれども、しかし支払指図の撤回によ  
り「指図は、まず指図人被指図人間に於て消滅する。然るに、指図は一個単一の法律行為なるが為め、その行為の一  
部が消滅すれば、全法律行為が消滅するのであつて、従つて指図に含まれたる受領授權も亦消滅するに至ると解すべ



きである」とする(伊沢「指図の本質」法協四九卷六号六九頁・同「法学」五卷一号一一頁はRichl及びDüringer-Hachenburgの説を引用してかように説く)。

なお、私は前号でこの見解をドイツの説と解し、指図引受の理論を援用するところの「債務者の異議を留めざる譲渡の承諾」の構成にあたつても、これに拘泥したために、その際、事実関係の擬制という無理を冒さざるをえなかつた(前号一一三頁)。右の見解に対する批判については本号一一三頁で述べたからここでは繰り返さない。

なお、ここで、右の見解に対する批判に関連して、附け加えるならば、指図の撤回について右の見解をとる伊沢教授は、他方で、小切手の振出(また為替手形の振出も)の性質が指図であるとする立場から、小切手の振出人が、支払人に対し、支払指図の撤回をすれば「その後為されたる支払は、振出人の計算に帰せしめざるは勿論、所持人も亦之を受領する権限を有しない」と述べる。しかしその原則を貫くと、実際にそぐわない結果が生ずることを考慮されたためであらう。そこで、「併し、取引安全保護の法理が、善意の小切手所持人を保護し、之をして恰も支払指図の取消が、彼に対してその効力を同ぼさざると同一の現象を生ぜしめる。」(伊沢「手形小切手法」五六四頁)と述べ、取引安全の原則によつて右の理論を修正しようと試みる。しかし、かような修正を施しても、支払指図の撤回後に、この事情を知りつつ、つまり悪意で、支払人からの支払を得た小切手の所持人は、(支払指図の撤回のあるも敢て支払つた)支払人から、不当利得返還請求権によつて対抗されることになり、それとともに、支払をえた所持人(受取人)は、たとえ振出人に対して既存債権を有しておりその支払のために小切手を交付された場合であつても、その支払を得た金額をもつて、支払人に対する既存債権の弁済にあてることができないという奇妙な結果になる。結局、支払指図の撤回についての教授の見解に欠陥があることを示すものといわざるをえない。

しかしこのように、指図人が、被指図人の支払ないし指図引受前に被指図人に対して自由になしうる支払指図の撤回が、受領授權の効力ないしはその実質的意義に事実上影響を及ぼすことがあるにしても、指図人が一旦指図受取人

に与えた受領授權（指図証書の交付）自体を一方的に撤回することは認められないのである。従つて、その限りにおいて、指図における受領授權と債權譲渡が同様な關係を有するといつてよい。

もつとも、債權譲渡においては、例外的に、取立委任のための債權譲渡の場合、譲渡人は一方的に譲渡を撤回しうることを見た。これと同様な關係は指図の場合についても妥当すべきだろう。つまり、取立委任のための受領授權（指図証書交付）の場合（本号一一九頁Ⅲ）には、例外的に指図人はこれを一方的に撤回してよいと思われる。その際、指図引受のなされる前たると後たるを問わないと解すべきは当然だろう。

なお、草案理由書は、「指図受取人に与えられた（受領）授權（つまり指図証書交付）が、（取立）委任としての意味を有するときは、指図受取人は、委任の告知に関する規定に従つてそれ（指図証書）を指図人に返還しうる」（Motive, II, S 565）と述べているが、ここで問題にされている關係は、取立委任のための債權譲渡の場合に譲受人（受任者）の方から、一方的に譲渡を撤回しうる關係と対応するものであり、右に私の主張する命題を側面から裏付けるであらう。

ちなみに、受領授權の撤回が有効に（原則として指図人と指図受取人間の合意によつて）なされた場合に生ずべき（ここでは被指図人に対する關係をも含めた）法律關係について考察すれば、

（Ⅰ） まず、すでに被指図人が指図引受をなしていたときは、指図受取人が指図引受の結果として既に被指図人に対して有していた債權は、指図人に帰属すべきこととなる。（エルトマンは、指図受取人から指図人に対する指図証書の返還——前頁の *Motive* から引用を参照——に關してであるが「指図引受が既になされていたときは、指図受取人は被指図人に対する債權者である。指図証書の返還だけでは、この關係に變動を生ぜしめず、それと結びついた何か一種の債權譲渡によつてのみ變動を生ずる」(Oertmann, a. a. O., II, § 790, 5) と述べているのは、多少の曖昧さはあれ、指図証書の返還が、指図受取人の取得した債權の指図人への移転と結びつくことに着目している点において、右に述べた所と一致しよう。)

指名債權譲渡における債務者の異議なき承諾(一) (安達)

(II) 指図引受がまだ為されていなかったときには、受領授權が消滅するとともに、指図証書が指図人に返還されることを通じて、そこに記載されていたところの、指図人から被指図人に宛てた支払指図の文言は被指図人に達しないことになり、結局、指図人の被指図人に対する支払指図がそもそも効力を生じないわけだから、従つて「もはや支払指図の撤回は必要でなくなる」(Oertmann, a. O. II, § 790, 5)

(4) 以上、私は指図人と指図受取人の間の受領授權(指図証書交付の關係)を、債権の取立授權、債権譲渡と比較したが、その際、まず、被指図人ないし債務者に対する關係を中心としてこれらの諸關係の比較を試み、ついで、被指図人ないし債務者に対する關係をいわば捨象したところの指図人と指図受取人の關係、取立授權者と取立被授權者の關係、債権譲渡人と債権譲受人の關係の比較を試みた。そして後者の比較において、指図における受領授權の關係が、債権の取立授權とは根本的に異り、むしろ債権譲渡と共通した性質を有することを見た。

そこで、一步進んで、指図における受領授權は債権譲渡の性質を有すると言いつてしまうことは無理であろうか。しかし、前者の比較の所で見たとように、指図引受がなされるまでは、指図受取人は何等債権を取得せず、単に自己の名で被指図人からの支払を受領しうるのみである。指図引受がなされた後においてのみ指図受取人は被指図人に対する債権を取得しうるにとどまる。従つて、指図引受後においては、債権譲渡の性質を有すると認めうるにしても(そして本号一八頁で引用したように独逸の大審院(ライヒスゲリヒト)は指図引受後の關係についてこれを認めたのであるが。なお、本号一二四頁で述べた、指図引受後の受領授權の撤回の際の法律關係は、これを認めるについての具体的な一つの根拠となる)。指図引受前においては、やはり、これを認めるわけにはいかならないと思われるかも知れない。

しかしながら、指図引受までは指図受取人は単に受領権しか有せず、指図引受後においては債権を取得するという

ことは、前述した所から明かなように、単に、被指図人に対抗しうる関係での指図受取人の関係にすぎないのであつて、指図人と指図受取人間のいわば内部関係としての受領授權の性質は、たまたま被指図人が指図引受をしようとしてまいと本質的には変わらないといわなければならない。いわば第三者たる被指図人の行う指図引受によつて、突如として受領授權の性質が変わるとは到底考えられないのである。

しかも、この指図引受は、——指図証書に「記載」してなさなければならぬ（独逸民法七八四条二項）と定められている点からいつても——被指図人の一方的意思表示によつてなしうる単独行為と解するのが相当とされ、かつ独逸の通説でもある（Vgl. Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 204, I, 2, a. Ann. 4 もごとくも反対説も有力である。例えば Planck, Lent, Gierke, Cosack, Heck, Lehmann, Larenz）ことを考慮に入れるとなおさらそうである。

五 所謂受領授權をもつて、実際には存在せざる被指図人に対する債権の譲渡と解し、指図引受をもつて、かかる債権譲渡に対する被指図人＝想定された債務者の承認と解する構成とその問題点

(1) 右の推論を経ることによつて、結局私は、指図人と指図受取人関の内部関係たる受領授權の性質は、この当事者間における、被指図人を債務者と想定したところの実際には存在しない債権の（その債権の額は、指図人が被指図人にあてて指図受取人に支払うべく指図したその額である）譲渡であり、被指図人のなす指図引受の効果として、指図受取人は、被指図人に対する関係において、あたかも初めから有効に存在する債権の譲渡があつたかの如くに、対抗しうることになるかと解すべきではないかと考える。そして、指図引受は、まさにかかる効果の発生を欲する、或は是認する、被指図人（想定された債務者）の意思表示と解すべく、そして、かかる意義を有する意思表示を示すものとして「自己を債務者として想定されたところの、実際には存在しない債権の債権譲渡に対する承認」といつてよいかと思う。

なお、私はこの意思表示を、独逸民法一八五条にいう処分授權の一種として、つまり「債務者の処分授權」として把えることができると思うが、これについては後に述べる。

(2) かく解すれば、被指図人の指図引受の効果として指図受取人は現実には被指図人に対して債権を取得しうるけれども、この債権は、指図人が被指図人に対して現実に有していた債権をそのまま譲り受けて取得したものではないのだから(つまり、受領授權Ⅱ被指図人を債務者と想定する実際には存在しない債権の債権譲渡、に対して被指図人Ⅱ想定された債務者の指図引受Ⅱ自己に対する関係でも有効な債権譲渡として承認する行為、が重なって取得したものだから)、従つて、通常の債権譲渡と異つて、指図人と被指図人間の既存の關係如何(つまり、いわゆる支払授權の有無及びその原因關係上の事由の如何)は、指図受取人が取得した債権に影響を及ぼすことなく、被指図人は、指図人に対抗しえた事由をもつて、指図受取人に対抗しえなくなることは当然といわねばならない。

その意味において、右の如き構成は、指図引受の無因的性格に適合した構成といつてよいであろう。

(3) ところで、被指図人は、指図引受をなさずに、(直ちに)指図による支払をなす場合がある。(實際上はむしろこの形が多いであろう。)しかしこの場合にも、受領授權Ⅱ指図証書交付の關係を、(指図引受のなされる場合を前提として右に述べたと全く同様に)指図人と指図受取人の間で、被指図人を債務者と想定してなされた債権譲渡として把えるべきは当然であろう。指図引受を経て支払うか、それともこれを経ないで直ちに支払うかは偶然的な事情であり、かかる事情によつて、受領授權Ⅱ指図証書交付の性格が変わると解するわけにはいかないからである。

従つて、指図引受を経ないでなされた支払も、その中に暗黙的に被指図人の指図引受行為が含まれていると解するのが正当であり、論理的には、指図引受を経ない支払の場合には、まず、その中に暗黙に含まれている指図引受の効果

として、指図受取人は被指図人に対する関係において、あたかも最初から有効に存在する債権の譲受人としての地位を取得し（その債権の効力は、指図人と被指図人の間に存在する事由の如何によつて影響をうけることのない無因性を有することは前述の通り）、ついで、しかし同時に、この債権の弁済としての支払を受ける関係だとして把えるのが正当であらう。従つて現象的には、指図引受は、単に支払の準備段階にすぎないけれども、理論的には、指図引受こそ、指図による支払の性格を規定する重要な意義を有することになるわけである。もつともドイツでは、指図による支払と指図引受の論理的関連性を深く追求することは行われず、本号一〇四頁に述べたような考え方から、單純に、指図による支払を基本的なものと考え、指図引受は、それに準じたもの、ないしはせいぜい支払の準備段階としてしか見ていないようである。

Emmecerus-Lehmann, § 206, II, 1, は指図引受を、支払を準備し或は確保する行為 (der die Zahlung vorbereitende und sichere Akt) となす。

Oertmann, II, § 784, I, a は、指図による支払のほかに指図引受という制度が認められている理由を Windscheid, Lenel を引用して、「支払指図は、同時に、默示的な信用指図を含んでいるから」（つまり、指図人にあてたところの、指図受取人に一定の支払をなすようにとの指図文句は、同時に、指図人に一定の支払をなすべき債務を負うようにという意味をも含むから）と説明しているのは両者の論理的関連性を支払指図の性質にまで遡つて追求したものといえるが、しかし更に受領授權の性質にまで遡つて根本的に追求する所までは至っていない。

なお、伊沢教授が「指図の引受は、被指図人と受取人との間の債務約束であり、指図自体の観念要件を為すものではない」「指図の本質」法協四九卷六号六四頁）といわれるのは、指図引受と、指図による支払との論理的関連性を追求することを放棄したものというべきか。

指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾（安達）

なお、フランスでは、指図の基本的要素は、指図人が被指図人に宛てたところの、被指図人が自ら指図受取人に対して義務を負うように、つまり指図引受をするようにという趣旨の指図だと解されている (Ripert-Boulanger, Traité de Droit Civil)。かように指図引受を(指図による支払よりも)より基本的なものと解するその限りにおいて、私見の構成に近いといえよう。

(4) 指図引受、および指図による支払の性質を右の如く解することは、私が前に二重授權説に対する批判として三で述べた命題——すなわち、支払ないし指図引受が、無因的性格を有し、その効力が、指図人と被指図人間の原因関係によつて影響をうけないためには、指図人の指図受取人に対する受領授權のほかに、支払あるいは指図引受をなす被指図人の、右の如き無因的効果を承認する意思表示(これを、指図受取人が指図人との関係で正当に受領しうべき地位にあることを被指図自身が自ら承認する意思表示として表現した。本号一〇七頁参照)が支払ないし指図引受にあたつて必要である(或はその中に含まれていなければならぬ)、他方では、指図人の被指図人に対する支払授權は、そのためには必要でない(支払指図が撤回され、従つて支払授權が消滅した後でも、被指図人は無因的効力を有する支払ないし指図引受をなしうる)とする命題——と基本的には矛盾しない。

むしろ、この命題を——この命題を主張するに際しては、指図における受領授權の性質を充分検討することなく、従つて、指図引受をもつて、安易に、支払に準じた債務約束として扱つていたのであるけれども、この受領授權の性質を更に検討し、具体的に把握することを通じて——より具体化したものであり、右の命題にいうところの無因的効果を欲する被指図人の意思表示の内容を、(被指図をもつて債務者と想定した実際には存在しない債権の)債権譲渡に対する承認という形に具体化し、またそれによつて同時に、支払と指図引受との論理的関連性を明確にしたものといえよう。従つて、右の命題を主張した際に、それに関連して述べた二、三の命題は、受領授權の検討を経ていま新たに主張

するに至つた指図の構成（約言せば、受領授權Ⅱ指図証書の交付をもつて、被指図人を債務者と想定してなされた債権譲渡と解し、指図引受をもつて、想定された債務者のそれに対する承認と解す。また、指図引受を経ない支払も暗黙のうちにこれを含むと解する構成）においても、基本的にはそのまま妥当するはずである。

すなわち本号一〇九頁(イ)で述べたところの「被指図人が支払ないし指図引受の際、指図受取人の（支払を正当に受領しうべき）地位を自ら承認するにあつて、特に一定の条件を附して承認することも可能であり、その場合にはその条件の限度でのみ支払ないし指図引受の無因性が認められる」とする命題は、「被指図人が自己に対する実際には存在しない債権の譲渡を承認するにあたり一定の条件をつけて承認することも可能である」という形にかえて、これを是認しうるのである。一〇九頁(ロ)に述べた悪意の抗弁に関する命題についても同様である。

(5) 右の如き指図の構成においては、被指図人が指図引受の結果として指図受取人に対して有効に債務を負い、また指図による支払が指図受取人に対する有効な支払となるためには（つまり、不当利得返還請求権によつて、一旦支払つたものを取返すことができなくなるためには）、指図人の指図受取人に対する指図証書の交付が（換言すれば、被指図人を債務者と想定した債権の譲渡が）有効になされることを要件とすると解すべきである。

というのは、被指図人の指図引受（さような債権譲渡を、債務者と想定された被指図人が自己に対する関係においても有効と承認する行為）は、指図証書交付（さような債権譲渡）を前提とし、それに対してなされるものだから、指図証書交付における瑕疵は、指図受取人に対する指図引受の効力、従つてまた、これに対する支払の効力にも影響を与えるものといふべく、それはあたかも通常の債権譲渡において、債務者が譲受人に対し有効に債務を負い、譲受人に対する弁済が有効な弁済となるためには、債権譲渡自体が有効になされることを（原則として）要件とすると同様な関係である。



そして以上述べたような関連において、一般的に、債権譲渡に関する理論は、債権譲渡の債務者に対する対抗要件の問題をも含めて、指図の關係に準用さるべきであると考えられる。

そこで以下に、まず債権譲渡に関する理論を述べ、それが如何に指図の法律關係に準用さるべきかを具体的に明らかにしよう。

なお、その際、指図の偽造および、いわゆる原因關係の二重欠缺についてのドイツの理論が混乱していることを指摘し——その混乱は、いわゆる受領授權Ⅱ指図証書交付の性質を正しく把握せず、ために、指図引受および支払の効力が、指図証書交付の原因關係上の事由からも抽象された無因性を有すると誤つて解するところから来ていると思われる——かつ、右に私の主張する指図の構成においては、これらの問題を明確な理論的根拠をもつて説明しうることを明らかにするが、それは間接的に、右に述べた指図の構成の正当性を根拠づけることになると思う。

#### 六 債権譲渡に関する理論の、指図への準用——偽造された指図証書に関する理論および原因關係の二重欠缺の理論に対する批判

(1) ドイツ民法における債権譲渡は（我民法におけるそれと同じく）譲渡人と譲受人間の譲渡の合意のみで効力を生じ譲受人に債権は移転する。

そして、ドイツ民法においては（我民法と異り）債務者に対しては、譲受人は直ちに權利の取得をもつて対抗しうる。従つて譲渡後に、債務者が譲渡人に対してなした弁済は無効とされる。もつともそれでは、譲渡の事実を知らない善意の債務者にとつて酷となることというまでもないから、善意の債務者を保護するために四〇七条は特別の規定を設けている。（我民法では対抗要件としての譲渡の通知、承諾あるまでは、債務者が譲渡人に対してなした弁済は善意悪意をとわず完全に有効と

される)

もつとも、ドイツ民法四一〇条によると「債務者ハ旧債権者（譲渡人）ガ譲渡ニ関シ発行シタル証書ト引換ニノミ新債権者ニ対シ給付スル義務ヲ負ウ。新債権者（譲受人）ガ右ノ証書ヲ呈示セズシテ為シタル告知又ハ催告ハ、債務者ガ証書ノ呈示ナキコトヲ理由トシテ遅滞ナクコレヲ拒絶シタル場合ニ於テハ其ノ効力ヲ生ゼズ。前項ノ規定ハ旧債権者（譲渡人）ガ書面ヲ以テ譲渡ヲ債務者ニ通知シタルトキハ之ヲ適用セズ」と定めているから、譲受人の債務者に対する権利行使の要件として、「譲受人から債務者に対する譲渡証書の呈示、もしくは、譲渡人から債務者に対する書面による譲渡の通知」を定めたものといえよう。（我民法では譲渡の通知は、単なる権利行使の要件にとどまらず、譲渡自体を債務者に対抗するための対抗要件である。）

ところで右の権利行使の要件はいうまでもなく、譲受人が債務者に対し権利を行使するために必要な要件であり、債務者の側では、たとえかかる要件がなくても、自発的に譲受人の権利行使に応じ、例えば有効に弁済をなしているというまでもない。（我民法でも、債務者は、対抗要件を得ていない譲受人に対して有効な弁済をなしうると解されている。我妻「債権総論」二五二頁、於保「債権総論」二八二頁）

しかし、かかる権利行使の要件を得た譲受人に弁済する場合であらうと、権利行使の要件を得ていない譲受人に弁済する場合であらうとを問わず、その弁済が有効な弁済となるためには、譲渡自体が有効であり、譲受人が有効に債権を取得していることが要件となる。（わが民法についていえば、対抗要件をえた譲受人に弁済すると、対抗要件をえていない譲受人に弁済するのとをわす、有効な弁済となるためには、譲渡自体が有効であることが必要である）。

しかしこの原則を厳格に貫くことは、通常、債権譲渡が真実に行われたか否か、また果して有効な債権譲渡が行われ指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾（安達）

れたかを知りえない立場にある債務者の利益を害する結果となるので、そこでかかる債務者を保護するためにドイツ民法は特別な規定を設けた。すなわち同四〇九条は

「債権者が債権ノ譲渡ヲ債務者ニ通知シタルトキハ、譲渡ヲ為サザルトキ又ハ譲渡ガ無効ナルトキト雖モ、債務者ニ対シテハ其ノ通知シタル譲渡ヲ以テ自己ニ對抗セシムルコトヲ要ス。債権者が譲渡ニ関スル証書ヲ証書中ニ指名シタル新債権者・・・・ニ交付シ、且ツ新債権者ガ之ヲ債務者ニ呈示シタルトキハ譲渡ノ通知アリタルモノト看做ス。通知ハ、新債権者・・・・トシテ指名セラレタル者ノ同意アリタル場合ニ限り之ヲ撤回スルコトヲ得」と定める。

なお、我国ではこの規定に直接相当する規定はないが、債権の準占有者に対する弁済の保護の規定(民法四七八条)の適用によつて、ほぼ同じ結果が得られるであらう。

右の規定の解釈として通説、判例のいう所を要約すると(vgl. *Enneccerus-Lehmann, a. a. O.* § 80, II, 1)

(a) 通知は、債務者の利益のために作用し、その不利益には作用しない。つまり、債務者は、通知に新債権者(譲受人)と記載されている者に支払うことができ、それによつて債務を免れうる。

(b) しかし、他面、債務者は譲渡の事実、或は、譲渡の有効性を争うことはできる。ただしこの場合には、自己の危険においてなすのである。(RG, 93, 76.)

(c) 右に述べた(a)の原則は、信義実誠の法理によつて制限をうける。すなわち、債務者が譲渡人から譲渡の通知をうけ——そしてそれが適式に撤回されていない——ときでも(なお、通知の撤回は、通知に譲受人として指名された者の同意を得た場合に限りなしうことは前掲四〇九条後段の定める通りである)、その通知が間違つた通知であること(Urriehing-keit)を知りながら且つ悪意で債権者(譲渡人)を害したときは、その弁済は信義実誠の原則により無効な弁済となる。

例えば「譲渡の通知を得た債務者が、その後譲渡人から『譲渡の通知をした当時企図していた債権譲渡は、財産状態の悪化のために実際には行われなかつた』という知らせを受けたにもかかわらず、さらにまた、譲渡の通知の中で譲受人として記されていた者から支払を督促されておらず、そのほか、この者に支払をなすべき利益を有しないにもかかわらず、支払つた場合」はそうである。(KG 93, 76.)

(2) 以上、債権譲渡における瑕疵が、譲渡の通知をえた（または譲渡証書の呈示をえた）債務者の地位にいかなる影響を及ぼすかについての、ドイツ民法四〇九条の解釈を紹介した。ところで、（前述の如く、指図引受をもつて、自己を債務者として想定してなされた、指図人の指図受取人に対する債権譲渡、に対する承認であり、その結果、その債権譲渡は被指図人に対する関係でも有効な債権譲渡としての効力を有すると解する立場をとる以上）右に紹介した債権譲渡に関する理論は、指図人の指図受取人に対する指図証書交付（いわゆる受領授權）における瑕疵が、指図引受をした（或は支払をした）被指図人の地位にいかなる影響を及ぼすかの問題に、そのまま準用さるべきことになる。その際、指図受取人の、被指図人に対する指図証書の呈示（これは支払をえるため、或は指図引受をえるためになされる）が、債権譲渡の場合の、債務者に対する譲渡証書の呈示（ないしは譲渡の通知）と同じ意味を有することはいうまでもあるまい。従つて、

(i) 右の(a)に対応し、被指図人が、指図人から交付された指図証書を呈示してきた指図受取人に対して、指図引受を経、または経ないで支払をなした場合、たとえ指図人、指図受取人間の受領授權が欠缺しまたは無効であつても（もつとも、受領授權の欠缺、無効とは具体的に何を指すか、例えば指図証書の交付が、指図人の指図受取人に対する既存債務の支払のためになされた場合に、たまたまその債務が存在していなかつたときも含むかどうかは後に(3)(4)で検討する）、原則として有効な支払となり、指図人に対してその有効性を主張しうる。つまり、瑕疵のない受領授權に基く支払の場合と全く

同様な関係において支払の結果を指図人の計算に帰せしめうることになる。

(ロ) 右の(b)に対応し、被指図人が指図引受をなしたときでも、被指図人は、指図人、指図受取人間の受領授權の欠缺、無効を理由として、支払を拒みうることになる。しかし、被指図人は自らの危険において支払を拒むのだから、たまたま受領授權が有効に存在していたときは、指図受取人に対し履行遅滞の責を負うことになる。更に、指図引受を経、または経ないで支払をなした被指図人が、受領授權の無効を理由に、その支払の無効を主張し、不当利得返還請求権によつて指図受取人から取返すこともできると解しなければならない。

従つて、かかる場合の被指図人は、結局、前述(イ)の末尾に述べたように、支払の有効性を主張して指図人にかかつていくこともできるし、また、支払の無効を主張して指図受取人から取返すこともでき、いずれを選んでよいことになる。

(ハ) 前述の(c)に対応し、被指図人が、指図引受を経、または経ないで、指図受取人に支払うにあたり、受領授權の欠缺または無効を知りつつ、かつ指図受取人に支払をなすべき差し迫つた事情もなく、支払うことに特別の利益もないのに支払つたときは、被指図人は信義誠実の原則により、その支払の有効性を指図人に対して主張しえず、従つて、指図受取人に対して、不当利得返還請求権に基き、一旦支払つたものの返還を請求しうるとどまると解しなければならない。

ところで、指図証書の偽造の場合を右の理論にあてはめて考えるならば、まず第一に、このときは指図人、指図受取人間に受領授權が欠缺しているのだから、右の(ロ)に述べた所に従い、たとえ被指図人が指図引受をなしたときでも、

被指図人は支払を拒みうるし、また、指図引受を経、または経ないで支払つた被指図人が、その支払の無効を主張し、不当利得返還請求権によつてこれを指図受取人から取返しようすると解すべきことは疑がない。

しかし第二に、支払をなした被指図人が右の(イ)の場合と同様に、その支払が有効であると主張して指図人にかかつていくこともできるかどうか、疑問である。というのは、右の(イ)の場合は、指図証書自体は真正に作成されて指図受取人に交付されたことを前提としているからである。それはちょうど、債権譲渡の場合の前述(a)の議論が、譲渡証書自体は指図人によつて真正に作成されて譲受人に交付されたこと、あるいは、譲渡人より債務者に対する譲渡の通知が真正になされていることを、前提としていることと対応する。

ところで債権譲渡の場合、通知ないし譲渡証書が偽造のときには、(表見代理の規定の適用ある場合を除いて)前述(a)の効果は与えるわけにいかないのは当然であるから、同じく指図証書の偽造の場合も右の(イ)の場合には入らず、従つて、被指図人は支払の有効性を指図人に主張しえず、専ら指図受取人に対する不当利得返還請求権によつてのみ救済されると解すべきであろう。

翻つて指図証書偽造の場合のドイツの理論を見ると、まず、エルトマン (Oertmann, a. a. O. II, §784, 4) によると「偽造された指図証書に基づいて支払がなされた場合には、被指図人は、指図人から何等の請求をなしえず、単に、指図受取人に対してのみ、不法行為に基き、或は——指図受取人自身が指図証書を偽造したのでないときは——不当利得返還請求権に基いてかかかつていくことができる。」以上の結論は私が右に導き出した結論と全く同じであるということでもない。ところが、それに続けて「後者の請求(不当利得返還請求)を認めることは、たしかに全く疑問が無いわけではなく、かつ、それを根拠づけることは困難である。しかし、不愉快な結果を避けるためにはどうして

も必要であるとして是認しなければならぬ」という。(そして Planck の説を援用しつつその根拠づけを一応試みている。) エンネクツエルス・レーマンによると (Vgl. Enneccerus-Lehmann, § 204, I, 2, a; § 205, I, 2) 「指図引受は、指図自体の有効性に依存しない。従つて、指図証書が……偽造された時でも、指図引受は有効である」とし、しかし、この場合には、原則として、原因関係の二重欠缺 (Doppelmangel) が存在するから、原因関係の二重欠缺の理論がここでも妥当し、従つて、被指図人は不当利得の抗弁によつて指図受取人に対する債務を免れることができる。同様に支払の場合にも、指図受取人に対し不当利得返還請求をなしうるといふ。

しかし、原因関係の二重欠缺についての理論は後に検討するけれども、(4)の末尾参照、なお、前号一一五頁にも簡単に触れた) そもそも指図証書偽造の場合に、果して原因関係の二重欠缺があるといえるかどうか疑わしい。

というのは、原因関係の二重欠缺とは、前号一一六頁で述べたように、「指図人と被指図人との間の原因関係 (所謂資金関係 Deckungsverhältnis) が欠けており、(例えば、被指図人が指図人に対して既存債務を負つていてと考えていたその既存債権が実は存在しなかつた) 且つ、指図人と指図受取人間の原因関係 (所謂対価関係 Valutaverhältnis) も欠けている (例えば、指図人は指図受取人に対して既存債務を負うと考え、その債務の弁済に当てるために、被指図人に宛てて指図受取人に弁済するよう指図した指図証書を、指図受取人に交付したのだが、実はその債務が存在していなかつた) 場合」を指すのであるが、しかし、偽造された指図証書に基いて被指図人が支払うのは、むしろ、通常の場合、実際に被指図人が指図人 (つまり、偽造された指図証書に指図人として記載されている者) に対して既存債務を負っているからこそ支払うという場合が多いと見るのが正当であり、従つて、偽造の場合にはむしろ、原因関係の二重欠缺は生じないことが多いというべきであらう。

のみならず一步譲つて、たとえ指図証書の偽造の場合、原因関係の二重欠缺が生ずるとしても、そもそも二重欠缺

の場合に、被指図人が指図受取人に対して、右に述べた如き請求をなしうることとは、エンネクツエルス、レーマン自身のいうところによれば、厳格にいえば認め得ないことなのであり、「法秩序の目的追求的性格 (zwecksrebende Natur der Rechtsordnung)」を考慮してのみ是認しうるとされているのである。(vgl. Enneccerus-Lehmann, § 205, I, 2°.)

(なお私見による、二重欠缺の場合の法律構成については(4)末尾参照)

以上要するに、ドイツの通説を代表すると見られる、エンネクツエルス・レーマン、エルトマンいづれにおいても、偽造の場合の法律関係を、指図制度自体の内在的な根拠によつては、充分な明確さをもつて説明しえておらず、外在的な、政策的な考慮によつてカバーせざるをえなかつたということは、その指図制度の把握自体に根本的な欠陥があることを示すものにほかならないといえよう。

(3) 前に(2)の(4)で少しく触れたように、指図証書の交付が、指図人の指図受取人に対する債務の弁済のためになされた場合について、たまたまその債務が実は存在していなかつたとき、果して、受領授權自体が無効であるとして前述(2)の理論をそのままではめてよいかどうか、は検討を必要とする。また、同様に、右の如き趣旨で指図証書が交付されたが、指図人の指図受取人に対する既存債務が、その後、指図人から指図受取人に対する直接の支払とか債務免除などによつて消滅した場合にこれをどう扱うかも検討を要する。

ところが、これらの問題も、私の前述した如き指図の構成のもとでは、債権譲渡に関する理論とパラレルに扱うべきことになるが、その際、指図人の指図受取人に対する既存債務の弁済のために指図証書が交付される関係は、債権譲渡における、債権担保の目的でなされるその場合とパラレルな関係に立つと解すべきはいうまでもないであろう。

- (a) ドイツの理論においては、債権譲渡契約は、債権の売買契約とか、贈与契約とか、(担保のための債権譲渡の際の)



担保設定契約、その他の所謂原因契約から切り離された無因の準物権契約とされており、従つて債務者は、債権譲渡の基礎となる原因契約より生ずる抗弁(その無効とか取消などの抗弁)をもつて、債権の譲受人に対抗しえないものとされている。

ドイツでは、物権行為の無因性の原則が、動産不動産をとわず、すべての物権変動に貫いており、これが債権譲渡の無因性としてもあらわれているのである。

しかし物権行為の無因性の原則の可否は、(とりわけ、物権行為たる物権移転の合意に特別の方式を必要としない動産物権の場合にもこれを妥当させていることについては)近時、疑がもたれている。(もともと、物権行為を原因行為と厳格に区別しない民法系の立場——我民法もこれに入るが——は別としても、スイス、オーストリの如き、物権行為の独自性を認める国においても、動産の物権行為については、無因性を認めず、有因的なものとしている。)

そして、この疑問は解釈に反映し、事実上、物権行為の無因性を制限するような解釈が行われるようになってきている。(Vgl. Enneccerus-Wolf-Raiser, *Lehnbuch*, III, § 38 II, § 66, I, 2. 我妻「物権法」四八頁参照)。このことは、債権譲渡においても、その無因性を事実上制限する以下の解釈論としてあらわれているのである。

もつとも、債権譲渡は条件づきでなしうるので、当事者は、原因関係の存在を債権譲渡の条件とすることができ、かつ、基礎的な原因行為とその履行行為たる譲渡行為とが、一箇の統一的な法律行為の各部分として (*als Teile eines einheitlichen Rechtsgeschäfts*) なされた場合には、原則として譲渡行為は、原因行為の有効性を条件としてなされたものと解するのが当事者の意思に合致するとされている。(Enneccerus-Lehmann, § 78, II, 1.)

(b) 右の理論を債権担保のための債権譲渡に適用するならば、まず、担保のために債権を譲渡するという、原因契約たる債権担保契約と、その履行行為たる債権譲渡とは、一箇の統一的な法律行為の各部分を形成するといふべく、

かつ、最初から被担保債権の全く存在しない債権担保契約は無効と解するよりほかないから、たとえ、当事者の間で、被担保債権の存在を債権譲渡の条件とする趣旨の特約がなくとも、当事者の意思の推定からして、債権担保の目的でなされた債権譲渡は、被担保債権が全く欠缺している限り、無効と解してよいと思われる。

従つて、その債権はそのまま譲渡人に残つていたことになる。つまり、もし債権譲渡自体は有効だと解すると、譲渡人が債権担保契約の無効を理由として、不当利得返還請求権に基き、一旦譲受人に移転した債権を取返して始めて譲渡人が再び債権者となるのだけれども、かような手続は必要でなく、初めから譲渡人がそのまま債権者である。

ちなみに、我民法の解釈としても同様に解すべきだろう。もつとも、我妻「担保物権法」二三〇頁は「被担保債権成立せざるときは、譲渡担保としての権利（債権を含む）の移転は法律上の原因を欠き、不当利得として返還すべきである」と説く。

しかし、被担保債権の事後の消滅の場合の扱い——後述(c)の末尾参照——との関係からいつても疑問である。

従つて債務者のおかれている地位については、前述した(1)の(a)(b)(c)がそのまま妥当することになる。

(c) しかし、担保のために債権を譲渡するという、原因契約たる担保設定契約は、その際被担保債権が有効に存在していれば、有効と解しなければならないのは当然であるから、それと一体的になされた債権譲渡自体も有効となる。従つて、被担保債権が後に至つて弁済その他の事由により消滅したときは、譲渡人が、原因契約の目的がなくなつたことを理由に、不当利得返還請求権に基いて、一旦譲受人に移転した債権の返還を得た上でのみ、債務者は、譲受人に対する支払を拒みうるにすぎない。つまり、債務者は、被担保債権が後に至つて消滅したことを理由に直ちに、譲受人に対する支払を拒みえないと解しなければならない。

そして、このことは、債権担保のために譲渡された債権の額が、被担保債権の額より大きかつた場合において、債

務者が、被担保債権の額をこえて支払うことを拒絶しようという場合にも妥当するであろう。つまり、かかる場合も、債務者は、直ちに、(つまり、譲渡人が不当利得返還請求権によつて譲受人から債権を取返さないでいる間は)被担保債権の額をこえて支払うことを拒めない。

しかしながら右の例外として、もし、譲渡人と譲受人の特約により、被担保債権の満足を解除条件として、債権譲渡がなされた場合には(またその場合にのみ)、債務者は直ちに、被担保債権の消滅を理由に、或は、被担保債権の額が、譲渡された債権の額を超えることを理由に(その超過額の)、支払を拒みうることになる。

以上は、債権譲渡の無因性の原則に忠実であらうとする限り、当然予想される議論であろう。そしてドイツ大審院もかかる立場をとる(RG 102, 386; RG 99, 143)。しかし学説は多くはこれに反対するようである。エンネクツエルスは、被担保債権消滅にも拘らず支払を求め、あるいは、被担保債権の額をこえる支払を求める譲受人に対し、債務者は、右の如き解除条件の特約のない場合でも、悪意の抗弁(*exceptio doli*)に基いて直ちに支払を拒みうるとする。レーマンは、悪意の抗弁を持ち出すことは場違いだとして反対しつつ、当事者が本来意図していた目的が、債権担保の設定であることにかんがみ、債権質の規定(独民一二五二条、一二七三条)を準用して同じ結論を認むべきだとする。  
(*Enneccerus-Lehmann*, § 79, IV, 1)

わが民法の解釈としても、同じ結論を認むべきであろう。我妻「担保物権法」二三六頁も、被担保債権の消滅の場合についてそのように解す。

(4) 右に述べた債権担保のための債権譲渡に関する理論を、債務弁済のために指図証書を交付した場合にあてはめるならば、

(イ) 指図人が指図受取人に対して負うと考えていた既存債務が、実際には、始めから全く存在していなかったときは、(3)の(b)に対応する関係と解すべく(そして(3)の(b)の関係は、債権譲渡の無効と同じに扱つてよいのだから)結局、受領授權の無効の場合と同じく扱い、前述の(2)の関係が全面的に成立すると解すべきであろう。

(ロ) 指図人の指図受取人に対する既存債務が、後に至つて何等かの理由で消滅したとき、および、この債務の額と比べて指図証書に記載されているところの(指図受取人に支払うべく指図されている)指図額が超過しているときは、それぞれ(3)の(c)に述べたところの、被担保債権が後に至つて何等かの理由で消滅した場合、及び、被担保債権の額と比べて譲渡された債権額が超過している場合に対応する関係と解すべきである。

従つて(前に紹介した有かな学説の立場をとる限り)指図引受をなした被指図人は、指図受取人に対して、指図人の指図受取人に対する既存債務の消滅を理由に支払を拒み、また、指図を引受けたその額が、右の債務を超過することを理由に超過額の支払を拒みうると解すべきである。そして若し、かかる事情ある場合に、被指図人が指図引受を経、または経ないで支払えば、支払つた被指図人は、支払の無効を理由として、不当利得返還請求権によつてこれを取り返しうると解すべきである。この関係は(2)の(ロ)で述べた所と一致する。

他面において、前に(2)の(イ)で述べたと同じく、被指図人は、右の如き事情にある指図受取人に対する支払の有効性を主張して指図人にかかつていくことができるのはいうまでもない。従つて、結局(2)の(ロ)の末尾に述べたと同じく支払の有効性を主張して指図人にかかつていつてもよいし、また、支払の無効性を主張して指図受取人にかかつていつてもよく、そのいづれかを扶びうることになる。

なお、念のためつけ加えると――被指図人が支払の有効性を主張して指図人にかかつていつた場合、指図人は、指図受取人に指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾(一)(安達)

## 指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾(一) (安達)

対し、不当利得返還請求をなしようと解すべきだが、この関係も、債権譲渡の場合に生ずる同様な関係とパラレルな関係に立つ。

(2)の(イ)の問題についても同様に解してよからう。結局、(4)の(ロ)の場合についても、(2)の場合と同じ関係を生ずるといつてよいであろう。

ところで、右の問題がドイツで如何に解されているかを見ると、右の(4)の(イ)(ロ)いづれの場合にも、指図引受をなし被指図人は、支払を拒むことはできず、また、指図引受を経、または経ないで支払った被指図人が指図受取人に対して不当利得返還請求権を行使することはできないものと解している。

すなわち、「指図人が、自己の実際の債務者(被指図人)に対して、指図人の(実際には債権者でないがそうだと思いつた)債権者に支払をなすよう指図したときは、指図受取人は、被指図人の指図引受あるいは支払によつて、たしかに原因なき利得を得た。しかし被指図人の損失による利得ではない」だから、被指図人は、指図取受人に対し、その不当利得を理由として、指図引受より生ずる債務を免れることはできないし、また、支払った場合にこれを指図受取人から取返しえない。もちろん指図人が、支払をえた指図受取人に対し不当利得の返還請求をなすことはできる、という。(Emmecerus-Lehmann, § 205, I, 2)

或はまた「指図引受をなした被指図人は、指図人が、指図受取人に対する債務(その債務の弁済のために指図証書が交付されたその債務)を既に弁済したことをもつて、指図受取人に対する抗弁とはなしえない」(Oertmann, § 784, 4, b)という。しかしかかる見解が(とりわけ指図引受の場合に)実際に妥当でない結果をもたらすことは論者自らが自覚している

ように思われる。

例えば、エルトマンは（右の場合、指図受取人が、指図人に対して有する既存債権及び、指図を引受けた被指図人に対して有する債権、の両債権は同じ目的を有する債権だから、前者の債権の満足により後者の債権も消滅するというデルンブルヒの異説を、七八八条の規定に合致しない？ として却けつつも）この主張の具体的妥当性に目をつぶるわけにはいかず、「同様な結果は、（被指図人が指図受取人に対して自らの債務の弁済をせずに）、指図引受より生ずる被指図人の債務の弁済を第三者の弁済の形で行うことによつて得られる」とわざわざことわっている。

しかし、いわば予防的な意味しか有せず、しかも、実際上行わたることが期待できないような迂遠な、第三者の弁済という方法で代用させようというのはいささか無理であろう。

しかし、右に紹介したようなドイツの通説の見解は、所謂、原因問題の二重欠缺（Doppelmangel）の場合には実際の具体的な妥当性の考慮から、やむをえず、例外を認めざるをえなかつた。（原因関係の二重欠缺の意義及び例については一三七頁を参照）

つまり、この場合には例外的に、指図引受をした被指図人は、指図受取人の不当利得を理由に債務を免れえ、また支払つた場合には支払つたものを指図受取人から取返しようとしている。しかし何故二重欠缺の場合にはかかる例外が認められるかについては、多くの議論はあるけれども（伊沢「指図の効果」法学五卷二五〇頁以下は幾多の学説を紹介している。また、エンネクツエルス・レーマンの説については前号一一六頁に紹介した。）指図引受自体の内在的な根拠からこれに明確な理論的根拠を与えているとは思えない。エンネクツエルス・レーマンの敢て自白するように、（従来の指図理論を取る限りは）厳格に、い、え、ば、認、め、難、い、こ、と、に、な、ら、ざ、る、を、え、な、い、の、で、あ、る（本号一三八頁参照）。

指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾（）（安達）

私の解するように、指図証書交付をもつて、被指図人を債務者と想定した債権譲渡であり、指図引受は、債務者と想定された被指図人が、自己に對する関係においてもそれが有効な債権譲渡であることを承認する行為である(そして、指図引受を経ない支払も暗黙のうちに指図引受を含む)と解する構成によつてのみ、明確な理論的根拠を与えうらと思う。

## 七 従来の指図学説の誤りの原因

(1) ちなみに、右に試みたような指図の構成は、基本的には為替手形(及小切手の)の振出、および引受ないし支払についても、基本的には妥当するであろう。もちろん、為替手形については、指図に見られないところの、振出人及び裏書人の担保義務、裏書譲渡の際の善意取得などの特殊な制度があり、より複雑な形態をとる。しかし、為替手形の原初的な構造は、指図制度の中に見出されると思われる。

この意味において、伊沢教授(同「手形法、小切手法」二八七頁)が為替手形(および小切手)の振出しの性質を指図なりと解されるのに賛成する。(このほか、指図と見る見解をとるのは本間、大隅、竹田各教授、ドイツの学説については、伊沢「指図の觀念」法学四卷四号三七一頁に紹介されているが、最近では、むしろ、民法上の指図との差異が強調されているようである vgl. Stranz, Wechselgesetz, 1952, Aart. 9, Annla.; Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht, 1944, S. 363 ff.)

しかし、教授の指図に関する理解は、ドイツの通説的見解に大体において従うものであるけれども(本号九七頁参照)、私はこれに与しえないこと今まで述べて来た通りである。

また、教授が、為替手形の引受(及小切手の支払保証)の性質を論ずるにあつては、指図引受との関連を全く問題にせず、何等これに言及していないのは首尾一貫しないし、不自然さすら感じられる。

田中耕太郎博士(同「手形法小切手法概論」三二二頁)は、為替手形の振出を指図とは見ていないけれども、振出の性

質をもつて「振出人が支払人に対する仮定的權利を、受取人に譲渡する行為であり、引受によつて此の權利が確定的なものとなる」と解されるのは、私見による指図及び指図引受の、従つてまた為替手形の振出及び引受の構成と類似したものを有するといえよう。

もつとも、博士は、引受の性質を、振出によつて成立した仮定的權利を現実的ならしめる債務負担行為として説明されるけれども（前掲書三九八頁）、それ以上には、振出との論理的な関連を深く追求するに至つていない。従つてまた、（引受を経ない）支払に対して、引受の有する（その論理的前提としての）意義——本号一二七頁参照——を明らかにされてはいない。

鈴木教授は（為替手形の振出を指図と同じに見ることは出来ないとしつつ）「振出人は、手形の作成により支払人に対する受領權限を創造し、手形の交付により、かかる權限を受取人に授与する」（同「手形法小切手法三二五頁註八」とされる。振出人、受取人間の關係を權限の承継と解する限りにおいて、田中耕太郎博士の見解と（従つてまた私見とも）共通性を有するが、他面承継されるものを、受領權限と解する限り、引受の性質を正しく把ええない欠陥を有することになろう。教授は、（通説的指図理論に依拠するところの）所謂指図説を排しつつも、その影響から充分には脱していないように思われる。

(2) 私の主張する、指図についての上述の構成は、ドイツの従来の指図學説のいまだ認めるに至つていない所であるが、かかる構成を認識しなかつたのはむしろ、従来の學説の誤りというべく、そして、その誤りのよつて來つた所を推察すると次の三点が考えられる。（なお、以下は、前号の序で述べた所と多く重複することをおこわりする）。

(1) すでに本号九八頁でも触れたように、あたかも、手形に関する所謂手形學説について、田中耕太郎博士が指摘すると同じことが、指圖學説についても妥当すると思われる。すなわち、指圖制度は、近代の取引生活から自生的に



発生した制度であるのに、従来の指図学説は、この新たな制度をいたづらにローマ法的な既成概念で説明しようと試み、(新たな制度の本質、或はその構成原理は、むしろ、既成概念にとらわれることなく、具体的な法律関係の中から、いわば帰納的に新に発見すべきであり、新たな概念をこそ構成すべきであるのに) そのために指図制度の本質が見失われる結果となつてゐる。

伊沢教授前掲書が、ドイツの指図学説史を要約している次の文章は、(学説の発展の方向を是認し、その正当性を疑わない立場で書かれているけれども) 従来の指図学説がいかに既成のローマ法的概念に拘泥していたかを窺わせるであらう。

すなわち「(十二、三世紀の頃より) 新たに誕生した一個の支払制度(指図制度を指す) に対して、時の法学者は如何なる法衣を纏わしめたのであるか。彼等はローマ法に関する充分明い知識を持ち合わせて居なかつたけれども、やはり何とかして此の新誕生者に古典的衣を被せたかつた。彼等は遂に外見の相似に迷わされて(ローマ法上の) *delegatio* には一顧も与えずして、却て委任(*mandatum*) の衣を借り來つたのである。(中略) 指図を以て支払委任とし、或いは支払委任と取立委任との結合なりとする説は、指図の誕生以來永く学界を支配して來たが、十九世紀に入るや二重委任説は漸く衰退の兆を見せて來た。これに代つて、支払委任と取立授權との結合なりとする説が現われたが、漸く抬頭し來れる、指図を全く委任より游離したものとして理解せむとする学説に対抗すべくもなかつた。殊にザルピウス氏が、指図自体は、ローマ法の委任とは全然関係なきものにして、その基本関係とは分離した抽象的行為であつて *delegatio* の觀念に依拠せる一個の抽象的な給付授權と受領可能性なりと強調したことは、旧説の驅逐に与つて力があつた。かくして、終に前二説は其の影を薄めて行き、指図は抽象的法律制度なりとする説が学界を風靡することになり、民法典亦此の説を採用したのである。」「(指図の本質) 法協四八卷十一号二〇頁)

もつとも、右の角度からする従来の指図学説の批判は、遡つて、(ローマ法をもつて法源としたところの) ドイツ普通法学(これが独逸民法制定後の解理論の中にも多かれ少なかれひきつがれている) の特殊な性格の検討にまで至らねばならぬで

あろう。(これについては、山田「ドイツ普通法論」(法哲学講座三卷) および、これを具体的なテーマを通して見事に分析した村上「ドイツ普通法学の錯誤論」が有益である。)

(四) 指図の特殊な構成原理を解明するためには、指図引受についての正しい理解がその鍵となると思う(本号一二五頁以下参照)。ところで、ドイツで一般に用いられているところの、指図引受は、無因の債務約束であるという命題が指図引受の、従つてまた指図制度全体についての正しい把握を妨げる原因になつたと思われる。

ドイツ法に特有な無因の債務約束(及び債務承認)の概念(独逸民法七八〇条以下、なお、その具体的な解釈論については、「債権譲渡における債務者の異議なき承諾」についての、所謂債務承認説を検討する目的から、前号六七頁以下で簡単に説明した)の歴史的系譜を考察すると、(以下 Enneccerus-Lehmann, § 200, II の説明を引用する)

(1) 初期のローマ法は、債務上の義務をその原因から切り離すために一つの債務約束たる *stipulatio* を用いた。これは、債務原因を引用することなしに与えることができ、それによつて、債務原因から独立した効力を生ずるものであつた(汝は余に千金を与えるか? 余は諾約する)。ゲルマン法においても、債務約束が効力を生ずるためには、債務原因を挙示することが必要とはされていなかった。

(2) しかし、後期ローマ法においては、*stipulatio* の無因的性質は本質的には失われた。すなわち若し被告たる約束者が、原因(*causa*)の欠缺を主張したときは、原告たる受約者はその存在を主張しなくてはならなかつた。また、債務約束のみを記し、その原因を記さない債務証書は、もはや、義務の発生のために十分な証拠とはならなくなつた。

(3) それに従つて、前期普通法理論は、有因の債務約束のみを認め、若し債務証書が、債務約束のほかに債務原因をも記しているものでなければ、債務発生の証明力を与えられなかつた。後期普通法においては、無因債務(*abstrakte Obligation*)が復活したが、それは、まず為替制度においてであり、ついで金銭、商品、有価証券を目的とする商人債務証券および指図引受、最後に、無因的

な無記名証券においてであつた。

しかし、人々はそこに立ち留まつてはいなかつた。ベール (Otto Bähr) の唱導のもとに、無因の債務約束は原則として無効であるとする理論は、十九世紀の末頃、次第に克服されるに至つた。そして殊に、清算に基いて与えられる債務承認の有効性、金銭その他の代替物を目的とする無因の債務証券の拘束力が認められるようになった。ドイツ民法典は、この発展を完成したものである。

以上要するに、ドイツ法上の無因債務約束(ないし債務承認)なる概念は、元来、近代の取引生活上自生的にあらわれて来たところの、手形、指図引受、無記名債権などの制度(これらの制度が、いづれも支払の確実性をはかるための制度として、抗弁切斷の法理をふくみ、共通した性質を有することは容易に推測しえよう)を説明する必要上認められるに至つた無因債務を出発点としつつ、これらの無因債務のほかさらに清算契約や無因の債務証券、をも含むより一般的な概念として作られたものである。

かかる一般的抽象的概念が形成され、その中に指図引受(また手形債務、無記名債権)が包摂され、指図引受は無因の債務約束であるとする命題が作られることによつて、指図引受の(また、手形、無記名債権の)無因性が有する特殊性が一般的な無因債務約束の理論の中に解消されてしまい、その特殊な構造が見失われる結果となつたのではあるまいか。

そもそも、ベールによつて唱導された一般的な無因の債務約束(ないし債務承認)理論は、(手形や指図引受の無因性に理論的根拠を与えることを目的とするよりも、むしろ)清算契約や無因の債務証券の無因的効力を新たに、法律的に認知せしめるという実践的な目的から、当時すでに、無因的効力を与えられていた指図引受や手形債務を一つの手がかりとし、

これらすべてに形式的に共通する性質を抽出し、これらすべてを包括する一般的な概念を（具体的にはローマ法の *stipulatio* を加工することによつて）形成するという意義を有したのではなからうか（つまり、多かれ少かれ個々の特殊性の客観的な認識の上に立ちこれをより深めていくために有用な手段としての、一般的概念の形成でなく、むしろ、一定の帰結を正当化するというすぐれて実践的意図によつて作られ、従つて個々の特殊性の客観的認識を充分にふまえていない（その意味において粗雑な）抽象的概念といえるのではなからうか）。

しかし、かような意味をもつて作られた概念も、一旦作られると、あたかも、客観的認識の手段として有用であるかの如き幻想を与え、指図引受は債務約束なりという、それ自体としてはもつともらしい命題が、むしろ、指図引受の特殊な構造の客観的な把握にとつて妨げとなる結果を生じたのではあるまいか。

ベールによる、無因債務約束（ないし債務承認）の概念の形成が、右に述べた如く、個々の特殊性の客観的認識を経、またこれをより進めるための手段としてなされたものではなかつたことは、彼が意思自治の原則という極めて抽象的な原則からの演繹によつて、これを導き出しているところによつても窺えよう。

すなわち、原島教授の労作（同「無因性概念の系譜について」、九大法学部創立三十周年記念論文集所収、四五頁以下）からそのまま引用させて頂くと、

『ベールは彼の著作を、*traditio* による所有権移転の「無因性」の確認から、つまり Savigny 理論の祖述から始めている。すなわち彼は「所有権をその原因から独立して移転せしめる」効果を発生せしめるには、合致せる、所有権譲渡に向けられた意思で充分である」と言い……このような基本的態度を、*traditio* と *stipulatio* とをパラレルに取扱うことによつて債権行為についても貫く。彼は言う「それ [*stipulatio*] は、その権源から独立した、抽象的な債権を受約者の財産に移転するということ

指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾」(安達)

## 指定債権譲渡における債務者の異議なき承諾(二) (安達)

九〇

によつて作用する、かくしてそれは所有権譲渡と類似の作用をする。」と。また「Tradition が所有権を Stipulation が債権をその権源から独立して譲渡する場合には、これは——ここで人工的な抽象化過程の結果として財産出損をその権源から独立ならしめるところの、意思の所産である」と述べる。』

「ベールが stipulatio から引き出した本質的なモメントは、かような意味で「承認」Anerkennung であつた。承認はたんなる証拠問題でなく、実体法上の債権を成立せしめる要件である。……現代法においても「——もし一般的に意思の自由な働きが現代債務法の根本原理であるとするならば、このような意思は又、かの「債権成立の、その原因への一般的な」結合を廃棄して、単純なる約束を独立し、完了せる一つの契約にまで高める能力をもたねばならぬ。何故ならばローマ法では、この意思が要式契約という方法で疑いもなくこの能力をもつていた。だが方式を脱却した意思が、方式と結合した意思よりも小なる効力しか与えられないということがありえようか。」「ベールはこのような視点から、決算契約、承認の表示、債務証書、交互計算、商人債務証券手形等に、これらをして「無因」的ならしめる共通の根拠として Anerkennungsvertrag をみとめ」た。(以上、前掲書四七〇頁、傍点引用者)

従つてベールによれば、手形債務の無因性は『ローマの Stipulation 及び近代的債務証券 Schuldschein とともにわけ合ふものである。……したがつて、手形債権の原因からの抽象及び原因欠缺によつて受ける対抗もまた、他の一般的抽象的財産出損の場合と本質的に同じである。』ことを認めているのである(前掲書四七二頁)。

かようにして『債権の無因的構成の端緒は、直接的には一八四八年のドイツ手形条例の制定前後から、手形その他の商業証券の理論的基礎づけという、新しい経済的要請に触発されたものであるが、それを真向から私法の基礎理論として、無因債務の原則的な承認』を試みたベールの学説は、『基本的には以後の大多数の学説の支持をうけ、ドイツ民法の債務約束等の規定にとり入れられることによつて、今日までその理論は生きてゐる。手形債権の無因的構成もまたこの一般理論から逆に影響をこうむることも否定出来ない』とされている。(前掲書四六一頁)

(ハ) 右の二点は、従来の手形学説の陥つた誤りの原因としても、多かれ少かれ妥当したと思われる。しかし、手形においては、その裏書制度の発達を通して（裏書制度の発達の過程については大隅「手形裏書の史的概観」法学論叢二四卷三号四号ならびに、野津「手形法変遷論」を参照）すなわち、裏書をもつて、基本的には権利譲渡と解せざるを得ないことを通して、その前段階たる手形の振出をも、基本的には権利譲渡と解する正当な見解が現われるに至つたと考えられる（本稿一四六頁に引用した田中耕太郎博士の所説参照）。

しかし指図においては、その裏書制度の未発達のために、指図証書交付と為替手形の振出とは同一の性格を有するにかかわらず、指図証書交付についての正しい認識が現われず、むしろ逆に、指図証書交付の性質に関する誤れる見解が、指図証書の交付と為替手形の振出とは同一の性質を有するというそれ自体としては正しい認識を通じて、為替手形の振出の性質についての誤れる見解の維持に力を添えている結果となつていゝのではなからうか。

#### 八 指図引受を、実際には存在せぬ債権の譲渡に対する、被指図人ニ想定された債務者の処分授權と解する構成とその問題点

(1) さて、以上述べて来たような私見による指図の構成は、指図引受が、指図証書交付後に指図受取人に対してなされる場合を想定して考えられた構成であつた。しかし指図引受は、指図証書交付前においてもなしうる（独民法七八四条二項は、「引受ハ其旨ヲ指図証書上ニ記載スルニヨリテナス。記載ガ指図証書ノ交付前ニ為サレタルトキハ、引受ハ指図証書受取人ニ対シテハ交付ノ時ヨリ其効力ヲ生ズ」と定める）。

私は、かかる場合をも包摂しうる指図の構成を可能ならしめる概念として、ドイツ民法一八五条で規定され、わが民法でも学説判例上（代理に準ずるものとして）ほぼ認められるに至つていゝところの（我妻「民法総則」三〇七頁、大審院昭和十年九月十日判決、大審院民事判例法一七一七頁）処分授權（*Ermächtigung zur Verfügung*）の概念に逢着した。（な

お、この概念は、フランスでも、明文の規定はないが学説判例上 *ratification* の語によつて認められている。Ripert et Boulanger, *Traite de Droit Civil*, III, § 1305.)

すなわち、ドイツ民法同条は「非権利者ガ権利者ノ同意ヲ得テ目的物ニ付キ為シタル処分ハ有効トス。非権利者ガ為シタル処分ハ権利者ガ之ヲ追認シタルトキハ……有効トス(後略)」と定め、無権利者の処分行為(例えば他人の所有権の譲渡)に対して権利者が事前の承諾(*Einwilligung*) (処分前の授權)、または事後の追認(*Genehmigung*) (処分後の授權)をすることによつて、(なお、権利者のかかる事前の同意ないし追認は、独民法一八二条一項により、処分行為の「当事者ノ一方又ハ他方ニ對シテ之ヲ表示スルコトヲ得」る)、処分行為の相手方は、処分者があたかも最初から権利者であつたと同様に權利を取得しうるのであり、かつ、右の処分授權の關係については、代理權授与ないし無權代理の追認に関する規定が準用されることになつてゐる。

そして私は、まさに、(前述の私見による指図の構成の中で見出されるところの) 実際には存在しない債權における債權者(従つて非権利者)が、これを存在する債權として(従つて自ら権利者であるとして)譲渡した(処分した)のに対して、債務者と想定された者(一八五条の処分授權における権利者に相当する)が、譲渡を承認し、自己に対する關係でも有効な債權譲渡であることを認める(一八五条の処分授權における、処分の追認に相当する)ことによつて、譲受人はあたかも最初から有効に存在する債權を譲受けたと同様な關係に立つ(一八五条の処分授權における追認の効果として、処分行為の相手方が、あたかも初めから処分者が権利者であつたかの如くに權利を取得しうる關係に相当する)という關係を、処分授權における追認に相當する關係と見ることができるとは思ふのであつたのである。

かかる見解をとることができれば、指図証書交付後の指図引受の關係を、被指図人を債務者として想定してなされ

たところの債権譲渡に対する、被指図人（想定された債務者）の譲渡に対する追認、すなわち事後の処分授權として把えうるとともに、指図証書交付前の指図引受の關係をもつて、同じく、同様な債権譲渡に対する事前の承諾、すなわち、事前の授權として把えうることができるのはいうまでもなからう。かようにして私は指図証書交付後の指図引受と指図証書交付前の指図引受を、独逸民法一八五条の処分授權の一種と見るべき、いわば、債務者の処分授權なる概念（つまり、普通の処分授權においては、権利者がこれをなすのに対し、ここでは、債務者と想定された者がこれを行うために、特に債務者の処分授權と名づける）によつて統一的に把握しうるのはないかと考えるに至つた。

(2) ちなみに、ドイツでは、指図証書交付前に指図引受がなされる場合を、指図証書交付後のその場合といかに関連させて把えているかを見ると（前号八二頁で簡単に紹介したように）ラレンツは「指図人が指図証書を指図受取人に交付する前に、被指図人から指図引受の記載を得たときは、被指図人の指図引受の申込は、指図証書の指図受取人に対する交付とともに指図受取人に伝達される。そしてその申込を、指図受取人は指図証書の受領とともに承諾する」と説明する（Larenz, II, S. 293）。結局、ラレンツは、（指図引受が、被指図人と指図受取人間の契約によつてなされるという立場を前提としつつ）、指図証書交付前の指図引受の關係を、被指図人が、指図人を使わないし代理人として用いることによつて、指図受取人に対して指図引受をなす關係として把えているといつてよい。

草案理由書も、——指図引受が被指図人と指図受取人間の契約によつてなされるとは明言しないけれども——同様に解しているといつてよい。理由書によれば、プロイセンの普通国法典では、指図引受は指図人に対してなしてのみ効力を生ずると定めたが、草案は、ザクセン民法典やスイス民法典に倣い、指図受取人に対してなした場合にのみ効力を生ずるとする立場をとつたと説明し（Motive, II, S. 560）、指図証書交付前に指図引受をなすことはできるけれど



も、——それが指図受取人に到達して始めて効力を生ずるのだから——被指図人は、指図証書が指図人を通して指図受取人に交付されて始めて指図受取人に対する債務を負い、また、その時から、その債務は撤回しえないものとなるという (Moive, II, S. 561)。

しかし、指図引受は、その形式上からいっても、指図人の被指図人に対してあてた指図(具体的にはこれこれの金額を指図受取人に支払われ度しという文言)に対し、これを引受けるという形をとるのだから、少くとも指図証書交付前に指図引受がなされる場合については、(指図証書交付後になされる場合については別としても)直接指図人に対してなされると解する方がむしろ自然であり、右に紹介したドイツの説は、あまりにも技巧的というべく、結局この説は、指図証書交付前の引受は指図証書が指図受取人に交付されて始めて指図受取人に対して効力を生ずるという関係(七八四条二項後)や、また、指図証書交付までは被指図人は指図引受を撤回しようという関係を説明するために、止むを得ず考へ付いた説としか思えない。

しかし、右の關係は、指図引受を「債務者の処分授權」として把えることによつて、よりよく説明しうであらう。というのは、まず、権利者の処分授權(例えば無權利者の權利譲渡に対する権利者の授權)は、(処分行為の前後を問わず、処分者又は相手方のいずれに対してもなしうすることは前述の通りだが)処分行為前に処分者に対して授權がなされた場合でも、処分行為の相手方に対しては、処分行為があつた時からその効力を生じ、その時から相手方は有効に權利を取得する。(それはあたかも代理權授与の場合、代理權授与の効力は、代理行為の相手方に対しては、代理行為がなされた時から効力を生じ、その時から本人と相手方との間に權利義務を生ずると同様な關係である)

従つて、指図引受を、実際には存在しない債権の譲渡に対する、債務者と想定された者(被指図人)の授權(処分授

権)と解することによつて、指図引受が指図証書交付(処分行爲)前に指図人(処分者)になされた時でも、指図引受の効力は指図受取人(処分行爲の相手方)に対しては、指図証書交付(処分行爲)の時から効力を生ずるのは当然となる。また同じく、権利者が処分行爲前に処分者に対して爲した授權は、処分行爲までは原則として任意に撤回しうる(それはあたかも、代理人に対する代理権授与は、代理行爲までは任意に撤回できると同様である)ということから、指図証書交付前になされた指図引受を、指図証書交付までの間は原則として任意に撤回できる、という關係を説明しうるであらう。

なお、エンネクツエス・レーマンのこの問題に関する見解は明確でない。指図証書交付後の指図引受は、呈示者(指図受取人)の申込に対する承諾として、また指図証書交付前のそれは、指図人の申込に対する承諾としてなされると言いながら、しかし、他面では、指図引受は指図受取人に到着することが必要である述べつつ、独民法一三〇条(隔地者ニ対スル意思表示ハ通知ガ相手方ニ到達シタル時ヨリ其ノ効力ヲ生ズ)を引用する所から見れば、指図証書交付前の指図引受も、指図受取人に対してなされると見ていると解せざるをえない(Vgl. Enneccerus-Lehmann, § 204, I, 2 a)そして、この明かな矛盾を解決する試みは全く見出されないのである。結局、この問題の論理的な解明を放棄していると解せざるをえない。

なお、フランスでは、指図証書交付前の指図人に対する指図引受を、指図引受人を受益者とする第三者のための契約によつて基礎づけようと試みられているようである(Ripert et Boulanger, II, § 1783)。

そして私は前号では、これに対して一応好意的な態度を示しておいたが(前号八三頁参照)しかし、右の關係に第三者のためにする契約をそのままの形であてはめるのはいささか無理であるし、その上、第三者のための契約は「何か説明に困り、第

三者のためにする契約というところと一寸うまく説明がつくように見える場合がやたらに第三者のためにする契約にふくませられ」ている（来栖「第三者のためにする契約」民商法雑誌三九卷四、五、六合併号）現状にかんがみて、この概念をここで直ちに用いることは、指図証書交付前の指図引受の論理的説明にとつて必しも有益ではなからう。（私はむしろ、逆に（債務者の）処分授權の概念を用いることによつて、第三者のための契約の論理的構造を明らかにしようのではないかと推測している。）

なお、かように、債務者の処分授權の概念で指図引受を構成すれば、前号一三三頁で、債権譲渡における債務者の異議なき承諾を、指図引受を借りて構成するにあたつて、提起された問題（異議なき承諾を譲渡人、譲受人のいつれに對してなすべきかの問題）も、容易に解決されることになる。

(3) 指図に関して右のような構成をとらうとすれば、手形に関しては、為替手形が振出されたあと引受ないし支払のなされる関係は、あたかも、指図証書交付後の指図引受ないし支払と同様に、事後の処分授權（追認）に相当するとともに、約束手形の振出は、あたかも指図証書交付前の指図引受と同様に事前の処分授權の性質を有すると解すべきことになる。

つまり、約束手形の振出は、振出人が、自己を債務者として想定して債権譲渡をなすことを受取人に対して予め承諾する、つまり事前の授權をする関係というべく、そして振出人の作成する約束手形は、かかる授權を証する証書としての意義を有すると解しうる。そしてこのいわば授權証書は、代理權授与にあたつて本人が代理人に交付する委任状（代理權授与を証する証書）とパラレルな関係に立つと解してよい。

もつとも、約束手形の振出が、右の性質のほかに更に、独逸民法七八〇条で定める通常の債務約束としての意味をも兼ねたものと解するのが正當かも知れない。しかし、いづれにせよ、約束手形振出の基本的な意義は前者にあると考えられる。

かくして為替手形と約束手形を同一原理で説明しうることになる。なお、処分授權には、前述の如く代理の規定が

準用され、特に表見代理の規定は全面的に準用されるから、代理における表見法理は、その限りで手形にも妥当し、かくして、手形理論において従来、とかく便宜主義的に用いられていた「表見法理」に理論的根拠を与え、同時にこの法理の適用範囲について、これを確定する明確な基準を与えうることになるう。

(4) むすびと次章以下への展望——以上、私は、指図の本質に関するドイツの通説たる二重授權説の批判を試み、かつ指図の具体的法律関係に則して、指図制度をいかに理論構成すべきかを検討して来た、その結果、指図制度の基底に横たわれる基礎的な構成原理として、独逸民法一八五条に定める処分授權の一種としての、債務者の処分授權なる概念に到達したのである。

この概念は、同時に手形、小切手の基礎的構成原理であり、そしてまさにこの概念こそ、他に立法例のない我民法四六八条一項の、債権譲渡における債務者の異議なき承諾の規定が、端的に表明している所ではないかと考えるに至った。

しかし、かかる概念は、ドイツにおいてもまだ認められるに至っていない概念である。そこでこの概念を一個の法律概念として確立するためには、ひるがえつて、この概念が処分授權制度において、如何なる意義を有し、また、果して処分授權制度の側から見て是認しうる概念であるか否かを検討しなければならぬ。第五章ではこの問題をとりあげるであらう。

次に、この概念が果して、異議を留めぬ譲渡の承諾、指図、手形、小切手の基礎的構成原理を形作り、従つてこの概念が夫々の制度の具体的な法律関係の解明に役立つものであるか否かを検討しなければならぬ。これは、債務者の処分授權の概念を起点とする演繹的論理の展開の形によつて行われるところの、夫々の制度の具体的な法律関係の再

## 指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾(一)(安達)

九八

構成の試みの中で具体的に検討さるべきであろう。第六章以下は、この課題を扱うはずである。

なお、右の課題を、今までの問題追求の経過との関連において具体化させるならば、私はすでに、指図制度の基礎的な構成原理としての債務者の処分授権の概念に到達するまでの、いわば帰納的な推論の過程において、指図の具体的な法律関係に関するいくつかの(また、手形の法律関係についての二、三の)問題点をすでに明らかにしたが、これらの問題点は、改めて、指図および手形の再構成を目的とするところの、債務者の処分授権の概念を大前提とし、起点とする、演繹的な論理の展開の過程において、改めて吟味され、また、そこではとりあげられなかつた指図および手形に関するいくつかの問題点が新にとりあげられ解明されるであろう。

そして、前号において指図引受の理論を借りて理論構成が試みられたところの、「債権譲渡における債務者の異議なき承諾」の制度は、むしろ、指図制度の原初的形態として、債務者の処分授権の概念によつて直接に基礎づけられ(異議なき承諾の構成は、指図制度の構成の論理的前提となるべきであろう)、また、その過程において、前に指図引受を借りた構成の中で主張されたいくつかの命題が(そのうちのいくつかは、すでに、本章で試みた指図理論の検討の中で、吟味を受けて来たのであるが)改めて吟味され、かつそこでは処理しえなかつたいくつかの問題点が(例えば、債権の二重譲渡と異議を留めざる承諾との関連、実際には存在せざる担保付債権の譲渡に対する異議を留めざる承諾の効力如何の問題が)新たに解明されるであろう。

## 正誤表 (本稿(一)および(二))

指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾(三) (安達)

一四二

## 本稿(一)——第五十九卷三、四合併号

頁	行	誤	正
四一	六	二重授權説を批判し	二重授權説を批判し
五一	一二	(本稿一〇五頁参照)	(本稿四〇頁参照)
五九	九	対する承認	対する承認
六八	一四	(a)(b)の場合	(a)の場合
六九	六	債務者の例	債務者の側
七一	一一	適用される範囲	適用される範囲
七二	一二	解すを見解	解する見解
七八	一四	(本稿一三三頁)	(本稿六九頁)
一〇一	一四	与えたか	与えうるか
一〇六	一〇	会頭において	会頭において
一一一	最終	もしくはなされたか	もしくはなされたか
一二二	一一	問題にところの	問題になるところの
一四二	六	導き出さんがため(	導き出さんがための、(
一四二	六	理論的認容	理論的認識

## 本稿(二)——第六〇巻一号

頁	行	誤	正
五一	四	無効(…)或は取消(…)	取消(…)或は無効(…)
七七	一四	ところが、	ところで、
八三	五	(被指図人が	(指図人が
八三	一〇	原因問題	原因関係
八六	一八	解理論の中に	解理論の中に
九三	一二	前掲としつつ	前提としつつ

文中に引用されている本号の頁数は、すべてそれから六一頁を差し引いた頁数に訂正(例えば「本号一〇〇頁参照」とあるのを「本号三九頁参照と訂正」)