

「契約当事者の地位の移転」の再構成（一）

野澤 正 充

序 章 本稿の課題と対象

第一章 日本における議論の沿革と現状

第一節 序 説

第二節 第一期・旧民法典—明治四三年

第一款 ボワソナードと旧民法典

第二款 現行民法典と梅謙次郎

第三款 ま と め

第三節 第二期・明治四三年—大正一〇年

第一款 序 説

第二款 債務引受の導入—石坂音四郎博士（明治四五年—大正三年）

第三款 債務引受論の定着（大正三年—大正九年）

第一項 総 説

第二項 賃貸人の地位の移転(1)—賃借権に対抗要件がない場合

第三項 賃貸人の地位の移転(2)—賃借権に対抗要件がある場合

第四款 「契約当事者の地位の移転」の萌芽—横田秀雄博士（大正九年—大正一〇年）

第五款 ま と め

第四節 第三期・大正一〇年—昭和二〇年

第一款 売買契約上の地位の移転をめぐる大審院判決

第二款 債務引受から契約当事者の地位の移転へ

第三款 いわゆる「敷金の附従性」について

第四款 まとめ

第五節 第四期・昭和二〇年—現在

第一款 前期・昭和二〇年—三〇年

第二款 中期・昭和三〇年—四〇年

第一項 概説

第二項 状態債務説の展開

第三項 契約引受論の展開

第四項 小括

第三款 後期・昭和四〇年—現在

第六節 総括と問題の所在

第二章 フランスにおける契約譲渡の理論(1)——法律に基づく契約譲渡

第一節 総説

第二節 法律に基づく契約譲渡の理論(1)——民法典一七四三条をめぐる一九世紀—二〇世紀初頭の
の見解

第一款 フランス民法典一七四三条の制定

第二款 註釈学派の見解

第三款 科学学派とその周辺

第四款 まとめ

第三節 法律に基づく契約譲渡の理論(2)——二〇世紀前半における展開

第一款 労働契約および保険契約の移転

- 第一項 序 説
- 第二項 労働契約の移転(一九二八年七月一九日の法律)
- 第三項 保険契約の移転(一九三〇年七月一三日の法律)
- 第二款 特定承継論の展開とその影響
- 第一項 序 説
- 第二項 双務契約の移転と特定承継論
- 第三項 一七四三条の効果—解除権の移転
- 第三款 ま と め
- 第四節 法律に基づく契約譲渡の理論(3)—近時の動向
- 第一款 フランス民法典一六〇一条の四
- 第一項 問題の所在
- 第二項 譲渡される「権利」の性質
- 第三項 譲渡人の免責
- 第四項 ま と め
- 第二款 近時における学説の動向
- 第五節 ま と め(以上本号)
- 第三章 フランスにおける契約譲渡の理論(2)—合意に基づく契約譲渡
- 第四章 日本法の再検討
- 終 章 「契約当事者の地位の移転」の意義と機能

序章 本稿の課題と対象

一 概念

わが国では、「契約当事者たる地位の承継を目的とする契約」を、「契約上の地位の譲渡」⁽¹⁾ないし「契約引受」⁽³⁾と呼称する。⁽⁴⁾これは、ドイツ民法学の「契約引受」(Vertragsübernahme) およびフランス民法学の「契約譲渡」(cession de contrat) に、ほぼ対応する。

しかし、わが国における「契約上の地位の譲渡」は、右の Vertragsübernahme, cession de contrat と完全には一致しない。なぜなら、わが国では「契約上の地位の譲渡」をその定義から明らかなように「契約」、つまり、当事者の合意に基づく「契約当事者たる地位の承継」に限定するのに対して、ドイツおよびフランスでは、次の二つの類型を一つの概念に含めているからである。すなわち、一つは、当事者の合意に基づく契約引受 (rechtsge-schäftliche Vertragsübernahme)⁽⁵⁾ ないし契約譲渡 (cession conventionnelle de contrat)⁽⁶⁾ であり、もう一つは、法律の規定に基づいて契約当事者の地位が承継される場合 (gesetzliche Vertragsübernahme; cession légale de contrat)⁽⁷⁾ である。⁽⁹⁾

そこで本稿では、右の二類型を含めるものとして、さしあたり、「契約当事者の地位の移転」という概念を用いることとする。⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾

二 わが国の理論状況

周知の如く、わが民法には、契約当事者の地位の移転に関する一般的な規定が存在しない。それゆえ、長い間わが国では、かかる法現象が研究の対象となることがなかった。

わが国に、ドイツ民法学の契約引受の理論が紹介されたのは昭和二〇年代後半であり、その重要性が認識されるに至ったのは昭和三〇年代にはいつてからである。しかし、「一般的な理論としては、法律の規定もなく、学者の研究も充分ではな⁽¹²⁾」かった。そして、昭和三八年(一九六三)には、「契約引受ないし契約上の地位の移転という観念は、便利ではあるが、具体的な分析には不要であるばかりか有害なものではないだろうか⁽¹³⁾」という有力な批判が登場し、その後は大きな理論的展開が見られないまま、今日に至っている⁽¹⁴⁾。

かかる状況において、本稿は、「契約当事者の地位の移転」に関する解釈論的枠組みを提示し、かつ、その意義と機能を明らかにすることを第一の課題とするものである。

三 日本法の比較法的位置

ところで、契約当事者の地位の移転は、わが国においても、また、比較法的にながめても、法理論としては債権譲渡および債務引受の延長線上に位置づけられてきた。そこで、かかる三つの法制度に関する明文規定の有無によって大陸法諸国の民法典を分類すると、以下の三つの類型に分けることが可能である。すなわち、第一類型は、一八〇四年のフランス民法典(Code civil)であり、ここでは、債権譲渡のみが規定されている。そして第二類型は、債権譲渡および債務引受を規定する、一九〇〇年のBGBおよび一九二二年のスイス民法典(Schweizerisches Zivilgesetzbuch)である。最後に第三類型として、債権譲渡・債務引受に加えて、契約譲渡(cessione del contratto)ないし契約上の地位の譲渡(cessão da posição contratual)を規定するイタリア民法典(Codice civile)一四四二年、一四〇六一一四一〇条)およびポルトガル民法典(Código civil)一九六六年、四二四―四二七条)があげられる。

右の三類型の簡単な比較から、次の二点を指摘することができると考える。

第一点は、契約当事者の地位の移転が比較法的にも新しい法現象ないし法制度である、ということである⁽¹⁵⁾。周知

の如くローマ法では、債務関係が債権者と債務者をつなぐ「人的な紐帯」(persönliches Band)であると解され、債権および債務の特定承継が否定されていた。右の三類型は、かかるローマ法を多少とも継受した大陸法が、「まず債権譲渡、ついで債務引受、最後(に)……契約引受」を、「段階的に」⁽¹⁶⁾承認してきた過程を表している、と解される。

第二点は、日本民法典(一八九八年)が右の第一類型(フランス型)に属する、ということである。すなわち、わが民法典は、四六六条以下に債権譲渡を規定し、他方、債務者の交替に関しては、フランス民法典と同じく、更改(五二三条以下)を規定するのみである。しかも、債権譲渡の規定が、系譜的にはフランス法系に属することもすでに指摘されている。⁽¹⁷⁾ そうとすれば、わが国における「契約当事者の地位の移転」の沿源は、フランス民法典に遡ることが可能である。

しかしながら、これまでのわが国においては、ドイツ民法学の契約引受の理論のみが導入され、フランスの契約譲渡論はまったく顧みられることがなかった。その理由としては、次の二点が考えられる。まず第一に、一般論としては、「わが民法の研究や解釈にさいしては、ドイツ民法ないしドイツ民法学の研究・参照が必要であり、少なくとも望ましいと考えられて」きたこと⁽¹⁸⁾が挙げられる。また第二に、このテーマに関しては、ドイツの債務引受および契約引受の理論が大陸法において最も先進的であり、それゆえ、わが国に輸入されたのも当然であった、ということ⁽¹⁹⁾を指摘しうる。そして、昭和四〇年(一九六五)に刊行された『注釈民法(II)』において、椿寿夫教授は次のように述べている。すなわち、契約当事者の地位の移転に関する「フランスの理論自体は、立法状況がわが国と近似する(むしろ母法である)」という意味で、教義史としてあとづけられるならば格別、少なくとも解釈的主張のための道具として眺めるかぎりでは、幼稚であって参照価値にとほしい⁽²⁰⁾とする。

かかる指摘は、昭和四〇年当時の大陸法の状況を考えると、正当であったとも評しうる。にもかかわらず本稿

は、先の課題に応えるために、主としてフランス法を参照するものである。その理由は、一つに、近時のフランスにおいては契約譲渡に関する議論の進展がめざましく、また、判例の集積も存在するため、わが国に紹介する実益がある、と考えられることにある。とりわけフランスは、その「立法状況がわが国と近似する」。それゆえ、フランスにおける今日の理論的到達点は、わが国にとつても「参照価値」があると解される。

また、フランスでは、契約譲渡に該当する現象を別の理論で説明してきた、という経緯がある。なかでも、法律に基づく契約譲渡の理論的説明については、ドイツ法におけるよりも古くから議論がなされてきた。それゆえ、この点に関するフランス法を紹介することは、わが国の議論に従来とは異なる視点を提供するものであると考える。

四 対象の限定

右のように本稿は、「契約当事者の地位の移転」に関する解釈論的枠組みを提示するためフランス法を参照する点で、従来の研究とはその比較法的対象を異にする。それに加えて本稿では、問題を鮮明化するために、以下のようにその対象を限定する。

第一に、債務引受論には必要以上に踏み込まないこととする。この点従来は、まず債務引受の理論を明確にし、次いで「契約当事者の地位の移転」を扱うというアプローチの仕方が一般的であった。⁽²¹⁾しかし、沿革的には、まず契約当事者の地位の移転という現象が生じ、それを法律的に説明するために債務引受の議論が登場する。⁽²²⁾また、「債務の移転は、多くの場合、それ自身として意義があるのではなく、その債務を包含する契約上の地位……の移転として意義をもつ」⁽²³⁾との指摘もなされている。そうとすれば、「契約当事者の地位の移転」という制度の本質および機能を把握するために、まずそれ自体を対象とし、その範囲内で債務引受を考察する、という本稿のアプローチも可能である⁽²⁴⁾と考える。

第二に本稿は、一般法としての民法における契約当事者の地位の移転を検討するものである。それゆえ、商法お

よび労働法に関わる諸問題⁽²⁵⁾については、詳細な検討を別の機会に譲ることにする⁽²⁶⁾。

なお、最後になるが、契約当事者の地位の移転は、一定の契約関係が当事者ではない第三者に移転するものであり、その意味では、契約の相対的効力の原則 (principe de l'effet relatif du contrat) と密接に関わる問題である。それゆえ本稿は、「契約当事者の地位の移転」の検討を通して契約の相対効の現代の変容を考察することを、もう一つの課題とするものである⁽²⁷⁾。

(1) 柚木馨『判例債権法總論下巻』(有斐閣、初版、一九五一年)一九七頁、四宮和夫「債務の引受」『総合判例研究叢書Ⅱ民法(14)』(有斐閣、一九六〇年)六九頁、椿寿夫「契約引受(上)」『法学セミナー』二五七号六八頁(一九七六年)、松坂佐一「民法提要Ⅱ債権總論」(有斐閣、第四版、一九八二年)二二頁。

(2) 我妻栄『新訂債権總論(民法講義Ⅳ)』(岩波書店、一九六五年)五八〇頁、於保不二雄「債権總論(新版)」『法律学全集20』(有斐閣、一九七二年)三三三頁、鈴木祿弥「債権法講義」(創文社、改訂版、一九八七年)三七五頁、平井宜雄「債務總論」(弘文堂、一九八五年)一一一頁。なお、ポルトガル民法典(一九六六年)は、「契約上の地位の譲渡」(Cessão da posição contratual)という概念を用いている。

(3) ドイツ民法学の Verragsübernahme の翻訳である。柚木・前掲書(注1)一九七頁、西村信雄編『注釈民法(1)Ⅱ債権(2)』(有斐閣、一九六五年)四二九頁(椿寿夫執筆)、椿・前掲論文(注1)六八頁。

(4) このほか、神田博司「契約譲渡論(一)―(二・完)」『法学新報』六八卷六号二〇頁以下、七号二六頁以下(一九六一年)は、ドイツ民法学の Vertragsübertragung; Abtretung von Vertrag を翻訳して、「契約譲渡」という語を用いている。また、末広殿太郎「債権總論」(一九三四年)三七一頁は、「契約当事者たる地位の譲渡」と表し、勝本正晃「債権法概論(総論)」(有斐閣、一九四九年)四五二頁は、「債権債務の包括的譲渡」と呼称していた。

かかる用語の「多様性」が、すでにこの法制度の「不確定かつ未完成という特徴」を示している(Ph. Malaurie, La cession de contrat, Cours de Doctrat Paris II 1975-1976, Paris, 1976, p. 203)と考へられる。

(5) J. Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe, 1960, S. 78.

(6) Ch. Larroumet, Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé, Bordeaux, 1968, n° 112.

(7) Esser, a.a.O. (Note 5), S. 78. ただし、ラレンツは「法律に基づく契約関係の移転」(gesetzlicher Übergang eines Vertragsverhältnisses) という概念を用いて、「契約引受」とは区別している(K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bdl. 14 Aufl., München, 1987, S. 617)。しかし、「一般的には」「法律に基づく契約引受」という概念を用いるか否かは別として、「契約引受」という項目の中で、法律の規定に基づく場合と、法律行為に基づく場合の二つを、並列的に説明している(例えば、Münchener Kommentar BGB, Bd II, 2 Aufl., München, 1985, S.

| 契約当事者の地位の移転 | | | |
|--------------|------|-------------------|------------------|
| 発生原因 | フランス | ドイツ | 日本 |
| 法律に基づく場合 | 契約譲渡 | 契約関係の移転 (ラレンツ) | 対象外 |
| | | 契約引受 | |
| 当事者の合意に基づく場合 | | | 契約上の地位の譲渡ないし契約引受 |

1340)。

(8) Larroumet, op. cit. (note 6), n° 112.

(9) 法律の規定に基づく場合としては、例えば、目的不動産の譲渡に伴う賃貸人の地位の移転 (BGB 五七一条・フランス民法典一七四三条・日本民法六〇五条) が挙げられる。この問題は第二章で扱う。

(10) 椿寿夫「債権譲渡・債務引受と契約上の地位の移転」『民法学 4』(有斐閣、一九七六年) 二九三頁は、「契約による移転と、法上当然の移転をまとめて『地位の移転』『地位の承継』と呼ぶが、…契約による地位ないし権利義務の移転」を、特に「地位の譲渡」と呼称する。かかる見解は、「契約当事者の地位の移転」に、当事者の意思に基づく場合と法律に基づく場合との二つを認める本稿の立場に近い。けれども、椿教授は、「法上当然の移転」の例として相続および弁済者代位を挙げている(椿・同前)。しかし、これらは、フランスおよびドイツにおける法律に基づく「契約当事者の地位の移転」に含まれないため、本稿では対象としていない。

(11) 本稿では、「契約当事者の地位の移転」という概念を、法律に基づく場合と契約に基づく場合とを含む包括的なものとして、かつ、外国法および日本法に共通なものとして用いることにする。

もつとも、伝統的にフランスでは「契約譲渡」、また、ドイツでは「契約引受」と呼称してきた。それゆえ本稿でも、フランス法およびドイツ法の叙述に際しては、それぞれ「契約譲渡」および「契約引受」という語を使用する。加えて、日本では、合意に基づく契約当事者の地位の移転を「契約上の地位の譲渡」と呼称するのが多数説である。したがって、日本法の叙述(とりわけ第一章)に関しては、原則として右の多数説に従うことにする。なお、概念については次表を参照。

- (12) 我妻・前掲書(注2)五二一頁。
- (13) 加藤一郎「債務引受と契約引受」『判例演習Ⅱ債権法Ⅰ』(有斐閣、一九六三年)一六七頁。
- (14) 椿教授は、「我妻先生の名著でも、契約引受…は、わずか二頁ちょっと」しか言及されていない、と指摘する(前掲論文(注2)・法学セミナー二五七号六九頁(一九七六年))。かかる状況は、今日でも依然として続き、例えば、平井・前掲書(注2)一一一一―一二二頁では、「契約上の地位の譲渡」に関して注記を七行割くにとどまる。
- (15) クヌート・ヴォルフガング・ネル、小川浩三訳「契約引受(Vertragsübernahme)・新しい法現象の成立」北大法学論集三九卷三号一〇〇―一〇一頁(一九八八年)は、契約引受という「現象」が、「法解釈学による継続発展の一例であり、法解釈学上の新しい考え方の獲得」であると指摘する。
- また、フランスでも、「契約譲渡」(cession de contrat)という概念が、二〇世紀半ばにフランスの法律用語の中にもたらされた、とされている(L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, 1984, n°1.)。
- (16) クヌート・ヴォルフガング・ネル、同前一〇二頁。
- (17) 池田真朗「民法四六七条におけるポアソナードの復権」手塚豊教授退職記念『明治法制史・政治史の諸問題』(慶應通信、一九七七年)一〇三九頁以下、特に一〇四四―一〇四六頁。なお、同論文は池田「債権譲渡の研究」(有斐閣、一九九三年)に所収。
- (18) 星野英一「日本民法典に与えたフランス民法の影響」『民法論集Ⅱ第一巻』(有斐閣、一九七〇年)七一頁。
- (19) 椿・前掲書(注3)四三二頁は、ドイツの解釈論が、「抽象的な債務引受のレヴェルに限られていたが、そっくりわが国に導入され、わが国解釈論の基礎として定着した」と指摘する。そして「さような意味では、ドイツ法が、まさに母法ないしモデルである」と述べている。
- (20) 椿・同前。
- (21) 第一章に述べるように、わが国での議論の沿革は、かかるアプローチを示している。
- (22) 椿寿夫「契約引受(中)」法学セミナー二五八号四九頁(一九七六年)は、「ヨーロッパの沿革をふりかえっても、債務引受は、いろいろな契約上の地位の移転を可能とするための理論的前提として発達したものである」とする。かかる指摘からも、契約当事者の地位の移転が債務引受よりも前に、経済的に必要とされたことがうかがわれる。
- (23) 我妻・前掲書(注2)五二一頁。なお、J. Ghestin, *La transmission des obligations en droit positif français*, Travaux des IX^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin, Paris, 1980, n°81.も、「實際上、債務の移転は、グローバルな作用である契約譲渡の場合以外にほとんど行われない」と指摘する。
- (24) もっとも、わが国のこの問題に関する議論の沿革をたどる第一章では、伝統に従い、債務引受論から出発せざるをえない。
- (25) 商法上は、営業譲渡に関する規定(商法二六一―二九条)が問題となる。また、比較法的には、会社の合併(fusion des sociétés)が契約当事者の地位の移転の問題として重要である(K.H. Neumayer, *La transmission des obligations en droit comparé*, Travaux des IX^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin, Paris, 1980, p. 272 et suiv.)。

他方、労働法の領域では、近時、転籍(出向)の法的構成に関連して、契約当事者の地位の移転が問題とされている。ここでいう「転籍」とは、「現に存在する甲企業との労働契約関係を終了させて新たに乙企業との間に労働契約関係を成立させる人事移動」である(菅野和夫「労働法」(弘文堂、第二版補正版、一九八九年)三三二頁)が、これを実現させる法律構成としては、次の二つが考えられる。一つは、甲企業での退職(合意解約)と乙企業での新たな労働契約の締結であり、この場合には双方について労働者の同意を必要とする(日立製作所横浜工場転属事件・横浜地判昭和四二年二月一六日労民集一八巻一六七頁、ミクロ製作所事件・高知地判昭和五三年四月二〇日労働判例三〇六号四八頁)。もう一つは、甲企業と乙企業との間でなされた労働契約上の使用者の地位の譲渡に、労働者が同意をするという構成である(日立製作所横浜工場転属事件(控訴審)・東京高判昭和四三年八月九日労民集一九巻四号九四〇頁)。学説は、事案によるとしつつも、一般的には前者を妥当とする見解(萩沢清彦「関連企業への出向をめぐる法的諸問題」(公企労センター、一九八二年)七一頁、秋田成就「転属命令と入社時の包括的同意」季刊労働法一二三号九七―九八頁(一九八二年)、手塚和彰「労働判例研究」ジュリスト四〇四号一四〇頁(一九六八年))と、後者を妥当とする見解(和田肇「出向命令権の根拠」日本労働法雑誌六三号四二頁(一九八四年))とに分かれている。

ここでの実質的な問題は、労働者の同意が転籍の際の個別具体的な同意に限られるか、それとも入社時などにおける事前の包括的な同意でもよいか、ということにある。

この点につき、前者の構成によれば「事前の同意はありえないと考えられるが、後者の、使用者の地位の譲渡：についての労働者の承諾は、明確なものであるかぎり事前にもなされうる」と解されている(菅野・同前三三五頁)。しかし、かかる法律構成の問題と労働者の同意の問題との関係が論理的必然的なものであるかは疑問である。なぜなら、かりに転籍を「使用者の地位の譲渡」であると構成しても、労働者の個別具体的な同意が必要である(和田・同前四三頁)と解することも可能であるからである。

(26) ただし、保険の目的の譲渡に伴う保険契約の移転、および、営業譲渡に伴う労働契約の移転については言及する予定である。

(27) その一つの試みとして、野澤正充「契約の相対的効力と特定承継人の地位(一)―(五・完)」民商法雑誌一〇〇巻一号一〇八頁、二号二八―頁、四号六二〇頁、五号八六二頁、六号一〇六六頁(一九八九年)。

第一章 日本における議論の沿革と現状

第一節 序 説

一 検討対象

本章の目的は、契約当事者の地位の移転に関する、わが国での問題の所在を明確にすることにある。そのためには、今日の学説および判例の到達点を示すことが不可欠であるが、本章は、その背景となる議論の沿革から叙述する予定である。⁽¹⁾

もつとも従来、右のテーマに関しては、その重要性の指摘⁽²⁾に比して、十分な議論がなされてきた、と評することはできない。その原因は、問題となる契約類型の多様性⁽³⁾と明文の不存在⁽⁴⁾、という二点に集約されると考える。それゆえ、本章の叙述に際しては、以下の点に留意することにする。

まず、類型が多様であるため、検討対象をこれまでのわが民法学で問題とされてきた次の二つ⁽⁵⁾に限定する。すなわち、売買契約における当事者の地位および賃貸借契約における賃貸人の地位の移転である。このうち、前者に関しては、主として買主たる地位の譲渡が問題とされてきた⁽⁶⁾、との指摘がある。また後者は、賃貸中の目的物を売却した場合に、対抗力を有する賃借権（六〇五条、建物保護法一条⁽⁷⁾平成四年八月一日に廃止、借地借家法一〇・三一条）との関係で問題となる。

なお、賃借人の地位の移転（賃借権の譲渡⁽⁸⁾六一二条）も問題となりうる。けれども、この点に関して従来の学説は、必ずしも契約当事者の地位の移転の問題として扱っていない⁽⁷⁾、との指摘がなされている。それゆえ、本章で

は、ひとまずこれを対象の外に置くことにする。⁽⁸⁾

また、明文が存在しないため、第一に、債権譲渡(四六六条以下)および債務引受(三九八条ノ七第二項参照)に着目しなければならない。とりわけ従来は、債務者と引受人(≡新旧両債務者)とによって行われる免責的債務引受および並存的(重疊的)債務引受が、契約当事者の地位の移転と要件の点で密接に関わるとされてきた。

第二に、議論の沿革をたどる場合に、学説の系譜的叙述に加えて、判例の変遷にも目を向けなければならない。⁽⁹⁾ もっとも、問題の提起を目的とする本章では、議論の展開に主導的役割を果たしたと目される大審院および最高裁の判例に言及するにとどめる。

二 叙述の時期区分

ところで、本章の叙述に際しては、便宜上、星野英一教授が提示した民法学史の時期区分を参考⁽¹⁰⁾に、次の四つの時期に分けることにする。

第一期・旧民法典—明治四三年(一九一〇)≡第二節

第二期・明治四三年—大正一〇年(一九二二)≡第三節

第三期・大正一〇年—昭和二〇年(一九四五)≡第四節

第四期・昭和二〇年—現在≡第五節

わが国にドイツの契約引受の理論が導入されるのは、右の第四期である。したがって、契約当事者の地位の移転が意識的に議論されたのも、それ以降のことである。にもかかわらず、本稿がそれ以前をも対象とするのは以下の理由に基づく。すなわち、第一に、契約当事者の地位の移転を考える場合には、議論の沿革をたどることが不可欠であると解されること、第二に、これまでこの点に留意した研究が少ないこと、そして第三に、契約当事者の地位の移転という現象は、第四期以前においてもすでに認められていた、ということである。

他方、右のように、本稿で扱う問題に関しては第四期が重要であることに鑑みて、これをさらに次の三つに区分する。すなわち、(1)前期・昭和二〇年—三〇年（一九五五）、(2)中期・昭和三〇—四〇年（一九六五）、(3)後期・昭和四〇年—現在、の三つである。

なお、具体的な問題の提起は、本章のまとめをかねて、第六節で行う予定である。

(1) 序章でも明らかにしたように、契約当事者の地位の移転は、「法解釈学による継続発展の一例」であるため、議論の沿革をたどることがとりわけ必要であると解される。

(2) 我妻栄『新訂債権總論（民法講義IV）』（岩波書店、一九六四年）五一—頁。

(3) この点につき、椿教授は次のように述べている。すなわち、「『契約引受』ないし『契約上の地位の譲渡』という言葉は、包括的かつ抽象的であり、したがってまた多義的でもある。第一に、いかなる契約かという限定はないし、第二に契約当事者のいずれの側についても地位は問題となる」。それゆえ、「もし機能に即した類型的把握をせずして、契約Ⅱ一般ないし問題性を異にする場合へまで拡大するならば、抽象度の高さや基盤の相違ゆえに、かえって技術的概念としての有用性を損じよう」（西村信雄編『注釈民法(II)』（有斐閣、一九六五年）四七六頁（椿寿夫執筆））。

(4) 我妻・前掲書（注2）五一—頁。

(5) 椿寿夫「契約引受（上）」法学セミナー二五七号六八頁（一九七六年）。

(6) 椿・同前、前掲書（注3）四七七頁。

(7) 椿・同前は、次のように指摘する。すなわち、「賃借権譲渡」は、あてはめていけば、「賃借人たる地位の譲渡」ということで、契約引受の一種になるはずですが、学者は、そこまで契約引受を考える際に、中身を拡げてはいけません（ただし星野英一・借地借家法二八五頁参照）。私は、これも一種の契約上の地位の譲渡、つまり契約引受だと言つてなぜ悪いかと思えますし、分析視角としてこれを入れないから賃借権譲渡の議論がスツキリしないのだとも考えていますが、一般の先生たちは、そうは考えない」。

(8) 賃借権の譲渡は第四章で扱う。

(9) 椿・前掲論文（注5）六九頁は、「（債務引受が）どういう内容のものなのかは、条文上は依然不明でして、日本法では、譲渡担保や仮登記担保と同様、もっぱら判例・学説をとおして中身を決めていかざるをえません。問題の契約引受もまったく同じです」と述べている。

(10) 星野英一「日本民法学史(1)」月刊法学教室八号三七頁（一九八一年）。

第二節 第一期・旧民法典—明治四三年

第一款 ボワソナードと旧民法典

一 旧民法典の規定

ボワソナードの草案に基づく旧民法典(一八九〇年公布)は、債権譲渡を規定する(財産編三四七条⁽¹⁾)とともに、債務者の交替による更改に関して、以下のような詳細な規定を設けていた。

財産編四九六条

①債務者ノ交替ニ因ル更改ハ或ハ旧債務者ヨリ新債務者ニ為セル嘱託ニ因リ或ハ旧債務者ノ承諾ナクシテ新債務者ノ随意ノ干涉ニ因リテ行ハル。

②嘱託ニハ完全ノモノ有リ不完全ノモノ有リ。

③第三者ノ随意ノ干涉ハ下ニ記載スル如ク除約又ハ補約ヲ成ス

四九七条

①債権者カ明カニ第一ノ債務者ヲ免スルノ意思ヲ表シタルトキニ非サレハ嘱託ハ完全ナラスシテ更改ハ行ハレス。此意思ノ無キトキハ嘱託ハ不完全ニシテ債権者ハ第一第二ノ債務者ヲ連帯ニテ訴追スルコトヲ得。

②第三者ノ随意干涉ノ場合ニ於テ債権者カ旧債務者ヲ免シタルトキハ除約ニ因ル更改行ハル。之ニ反セル場合ニ於テハ単一ノ補約成リテ債権者ハ債務ノ全部ニ付キ第二ノ債務者ヲ得。然レトモ此債務者ハ連帯ノ義務ニ任セス。

四九八条

完全嘱託及ヒ解除ノ場合ニ於テ新債務者カ債務ヲ弁済スルコトヲ得サルトキハ債務者ハ嘱託又ハ除

約ノ当時ニ於テ新債務者ノ既ニ無資力タリシコトヲ知ラサルニ非サレハ旧債務者ニ対シテ担保ノ求償権ヲ有セス。但特別ノ合意ヲ以テ此担保ヲ伸縮スルコトヲ得。

以上の規定は、その母法であるフランス民法典の規定より詳細である。⁽²⁾ それゆえ、なぜボワソナードが債務者の交替による更改を詳細に規定したかが問題となる。そこで、次に、この点についてのボワソナードの見解を明らかにする。

二 ボワソナードの見解

ボワソナードは、債務者の交替による更改 (novation) を、實際上、非常に有用なものであると考⁽³⁾えていた。そして、旧民法典財産編四九六・四九七・四九八 (草案五一八・五一九・五二〇) の三条につき、二つの重要な区別をする。すなわち、(1)旧債務者 (premier débiteur) の関与の有無、および、(2)旧債務者の免責の有無の二つである。⁽⁴⁾

まず(1)は、指図 (délégation)⁽⁵⁾ と「除約」(expromission)・「補約」(adpromission) とを区別する基準となる。すなわち、指図の場合、旧債務者が負っていた債務を債権者が新債務者に請求しうるように、新債務者を債権者に示す (présenter) のは、まさに旧債務者である。⁽⁶⁾ 換言すれば、かかる指図は、旧債務者の新債務者に対する一種の委任⁽⁷⁾であり、旧債務者の関与なしには行われえないものである。⁽⁸⁾

これに対して除約 (expromission) の場合は、新債務者が、旧債務者の委任なしにこれに代わって義務を負うものである。⁽⁹⁾ この場合、かかる新債務者は事務管理者 (gérant d'affair) として行動することになる。

ところで、以上の制度はさらに、(2)旧債務者の免責の有無によって区別される。

まず、指図についてボワソナードは、次のように述べている。すなわち、「フランスでは、『完全または不完全指図』(délégation parfaite ou imparfaite) という語が学説上一般に用いられているが、残念なことに、すべての学説が同じ意義でそれを用いているわけではない。⁽¹⁰⁾」そして、一方の見解によれば、完全指図 (délégation parfaite) を

表 I

| 旧債務者の関与 旧債務者の免責 | 有 指図 (délégation) | 無 「第三者ノ随意ノ干涉」 | 対応する 債務引受 |
|--------------------|----------------------------------|-------------------|----------------------|
| 有 | 完全指図 (délégation parfaite) | 除約 (expromission) | 免責的 債務引受 |
| 無 | 不完全指図 (délégation imparfaite) | 補約 (adpromission) | 並存的 (重疊的) 債務引受 |

生ずるためには指図人・被指図人・指図受領者の三面契約を必要とし、債権者の要約 (stipulation) なしに指図人が債権者に新債務者を示しただけでは不完全指図 (délégation imparfaite) となるとする。しかし、多数説は以下のように解している。すなわち、完全指図は、三当事者の意思の合致によるのではなく、指図受領者 (≡債権者) による指図人 (≡旧債務者) に対する免責の承諾によって生じ、かかる指図は更改 (novation) となる。また逆に、債権者が被指図人 (≡新債務者) と要約をしつつ、それと競合的に旧債務者に対する権利をも維持する場合が不完全指図であり、この場合は更改ではないとする。⁽¹⁾ そして、同様の区別を「第三者ノ随意ノ干涉」(旧民法典財産編四九六条第三項) の場合にも行う。すなわち、債権者が旧債務者に代わって第三者を債務者とするのが「除約」(expromission) であり、旧債務者を免責しないのが「補約」(adpromission) である。⁽¹²⁾ そうして、旧民法草案がかかるフランスの多数説に従うものであることを、ボワソナードは明言している。⁽¹³⁾

ここで、旧民法草案の債務者の交替による更改を整理すると、表Iのようになる。そこで規定されていた諸制度は、今日の債務引受の制度にほぼ対応するものであることが、この表から理解されよう。

三 賃貸人の地位の移転

ところで、周知の如く旧民法典は、賃借権を物権とし(財産編二条第二項

第三号および第三章)、登記によつて対抗力が生ずるとしていた(財産編三四八条・三五〇条)。これはポワソナードの発案によるものであるが、彼自身、かかる規定が比較法的見地からは異例に属することを認めている。すなわち、「フランスおよびその他の諸国—とりわけローマ法を継受した国々—においては、貸借人の権利が単なる債権であると解されている。つまり、貸借人に対する債権であつて、賃貸借の目的物には関係がない、とするのが少なくとも一般の見解である⁽¹⁴⁾」と述べている。にもかかわらず、ポワソナードが賃借権を物権とした理由は、以下のように説明されている。まず、「フランス法は、不動産の賃借人に物権の利点の一つで、その最も重要なものを認めている。すなわち、フランス法によれば、賃借人は不動産の転得者と交渉しなくとも、賃借権を転得者に対抗しうるのである(フランス民法典一七四三条参照)。その当然の帰結として、フランス法は一八年以上の長期賃貸借を登記の公示に服せしめた(一八五五年三月二三日の法律二条)」。そのため、「多くの学説が、この点においてフランス民法典は、賃借人の権利の伝統的な性質を物権に変えた、と結論づけた。かかる見解は、沿革の点からフランスでは是認し難いけれども、道理(raison)に反するものではなく、むしろ一国の経済的利益に資するものである」。それゆえ、「日本民法草案は、賃借人の権利を強固にし、すなわち、賃借権にフランスや他の国々におけるよりも一層大きな安定性(stabilité)を付与することにより、土地の賃貸借においては農業を促進し、かつ、家屋の賃貸借においては商工業を促進するものとなるであろう」と述べている⁽¹⁵⁾。

四 小 括

以上の検討を要約すると次のようになる。

まず、債務者の交替による更改については、現行民法典の規定(五一四条)よりも旧民法典の方が詳細かつ多様であつた。そして、旧民法典の更改は、実質的に検討すると、それに関与する当事者および経済的效果の点で、今日わが民法学が認めている債務引受の制度にほぼ匹敵するものであつた、と解される。

ところで、かかる規定が依拠したボワソナードの見解は、当時のフランス民法学の多数説に従うものであった。⁽¹⁶⁾

そこで、後に再度触れる機会をもつが、当時のフランス民法学の状況を略述すると以下のようなになる。まず、フランス民法典(一八〇四年)は、ローマ法の伝統に従い、債務者の交替に関しては更改および指図を規定するにとどまる(一二七四条以下)。しかるに、経済取引の要求は、債権者の交替(＝債権譲渡)のみならず債務者の交替にも及ぶ。それゆえ、学説は、債務引受(reprise de dette ou cession de dette)の代用品(succédanés)として、完全ないし不完全指図および第三者のためにする契約(sipulation pour autrui)を重視してきた。⁽¹⁷⁾ かかるフランス民法学にドイツの債務引受(Schuldübernahme)の制度が紹介されたのは、BGB公布(一九〇〇年)の直前である一八九〇年⁽¹⁸⁾ないし一八九八年⁽¹⁹⁾であり、これは、ボワソナード来日の約二〇年後のことである。したがって、旧民法草案の起草に際し、ボワソナードが債務引受を知らず、更改および指図を詳細に規定したのも無理のない状況であったと解される。⁽²⁰⁾

ところで、賃借権を物権とすることについては、法律取調再調査委員会で激しい反対がなされたにもかかわらず、ボワソナードの原案が維持された。⁽²²⁾ しかし、明治三二年(一八八九)から始まる「主として身分法の領域で争われた法典論争によって…賃借権は…債権の領域におし流されてしまった」⁽²³⁾のであった。

(1) 旧民法典財産編三四七条から現行民法典四六七条への「接続」に関しては、池田真朗「民法四六七条におけるボワソナードの復権」手塚豊教授退職記念『明治法制史・政治史の諸問題』(慶應通信、一九七七年)一〇三九頁以下。同『債権譲渡の研究』(有斐閣、一九九三年)に所収。

(2) フランス民法典は、債務者の交替による更改について、次のように規定する(以下、フランス民法典の訳は、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典―物権・債権関係』(一九八二年)を参照しつつ、適宜これに修正を加えることにする)。

一二七四条 新債務者への交替による更改は、原債務者(premier débiteur)の協力なしに行うことができる。

一二七五条 債務者が債権者に他の債務者を付与し、その者が債権者に対して義務を負う旨の指図(délégation)は、債務者が指図を行った債務者を免責する意図がある旨を明示的に(expressément)申述した場合でないならば、なんら更改を生じない。

一二七六条 指図を行った債務者を免責した債権者は、被指図人(délégué)が支払不能となる場合にも、その債務者に対してなんら求償

権を有しない。ただし、その行為が求償権について明示の留保 (réserve expresse) を含む場合、または被指図人が指図の時にすでに破産開始 (faillite ouverte) (の状態) にあった場合、もしくは支払不能 (déconfiture) に陥っていた場合には、その限りではない。

一二七七条 ① 債務者が代わって弁済すべき者について債務者が行った単なる指定 (simple indication) は、なんら更改を生じない。

② 債務者のために受領すべき者について債権者が行った単なる指定も、同様である。

(3) G. Boissonade, *Projet de code civil pour l'empire du Japon*, t. II, 2^e éd., 1883, n° 563.

(4) Boissonade, *ibid.*, n° 563 et n° 564.

(5) *délégation* は、旧民法典では「囑託」と訳されている。しかし、本稿では、より一般的な「指図」という語を用いることにする。

なお、債務者の交替による更改は、指図によっても行われるが、本来、両者が別の制度であることにつき、磯村哲編『注釈民法(12)』(有斐閣、一九七〇年)四八〇—四八一頁(石田喜久夫執筆)参照。

(6) Boissonade, *op. cit.* (note 3), n° 563.

(7) Boissonade, *ibid.*

(8) なお、かかる場合の旧債務者を「指図人」(*délegant*)、新債務者を「被指図人」(*délégué*)、債権者を「指図受領者」(*délegataire*) と呼²⁴ (Boissonade, *ibid.*)。そして、ボソソナードは、これら三者の名称を債権譲渡の場合の譲渡人 (*cedant*)、被譲渡人 (*cede*) および譲受人 (*cessionnaire*) と呼ぶ (ibid., note (h)).

(9) Boissonade, *ibid.*

(10) Boissonade, *ibid.*, n° 564, p. 633.

(11) Boissonade, *ibid.*

(12) Boissonade, *ibid.*, p. 634.

(13) Boissonade, *ibid.*, p. 633.

(14) G. Boissonade, *Projet de code civil pour l'empire du Japon*, t. I, 2^e éd., 1882, n° 166, p. 219.

(15) Boissonade, *ibid.*, pp. 219-220.

(16) Boissonade, *op. cit.* (note 3), n° 564, p. 633.

(17) J. Chéstin, *La transmission des obligations en droit positif français*, *Travaux des IX^{es} Journées d'études juridiques* Jean Dabin, Paris, 1980, n° 3, p. 7.

(18) R. Saleilles, *De la cession de dettes*, *Annales de droit commercial* 1890, p. 1 et suiv.

(19) E. Gaudemet, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, Paris, 1898, spéc. p. 429 et suiv.

(20) もっとも、フランスでは、一部の有力説を除いて、現在でも一般には債務引受が認められていない。しかし、フランスの指図とドイツの債務引受の差異は、「もはや法理論の領域でしか基礎づけられ」ず、実際の効果においてほとんど同じである」との指摘がなされている (K.H.

Neumayer, La transmission des obligations en droit comparé, Travaux des IX^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin, Paris, 1980, p. 234.)。

(21) 明治二十二年(一八八八)一〇月四日の法律取調再調査委員会(第九回ノ一)では、賃借権ノ人権説が優勢を保ち、正午の休憩前に一度は、「賃借権ノ人権ニ決シ建議者(リ今村和郎―筆者注)ニ起草セシムルコトニ決」した(法務大臣官房司法法制調査部監修『法律取調委員会・民法草案財産編再調査案議事筆記』日本近代立法資料叢書11(商事法務研究会、一九八八年)二五三頁(以下、「法律取調委員会」と記す))。しかし、午後の審議で右の議決は事実上覆される(法律取調委員会・同前二六六頁)。この後、一〇月一三日(第一一回)の審議においても、人権説と物権説が激しく対立したが、結局、ポワソナードの意見を「聞クコトニ致シ是デ措キマシヨウ」ということになった(法律取調委員会・同前三五〇頁)。

(22) 法律取調再調査委員会において多数の反対があつたにもかかわらず、ポワソナードの原案が維持された背景には、以下の三つの事情が介在していた。第一に、草案を起草したポワソナードに対する敬意の念と遠慮が、各委員の発言、とりわけ山田委員長(法律取調委員会・同前二五二、二六四―二六五頁)および栗塚報告委員(同前二六〇―二六一、二六三、三四四、三四六頁)の発言から読み取れる。また第二に、明治二十三年の第一回帝国議会開会前に民法を完成させるため、この年(明治二十二年)の一二月中には草案を内閣に呈上し、元老院(立法院)の議に付さねばならなかつた(星野通『明治民法編纂史研究』(ダイヤモンド社、一九四三年)九三、一〇一頁、法律取調委員会・同前二六二頁および二六五頁の山田発言参照)。それゆえ、山田委員長が草案の大幅な修正を避けようとしていたことは、明らかである。

そして右の点とも関係するが、第三に、賃借権ノ人権説の建議者である今村和郎が病の床に伏していたという事情もあげうる。このことは、実際の審議に大きな影響を与えただけでなく、ポワソナードの原案に代わる修正案を今村報告委員が期限までに起草しうるか否かについての見通しをつかなくさせていた(法律取調委員会・同前二六二頁および二六五頁の山田発言)のである。

(23) 水辺芳郎「小作権と法典論争」松山商大論集一七巻六号三二三頁(一九六六年)。

第二款 現行民法典と梅謙次郎

一 主査委員会

賃借権が債権であると決せられたのは、明治二十六年(一八九三)五月一九日の第二回主査委員会においてであった。この時、穂積陳重委員により、次の二項からなる乙第六号議案が提出された。

- 一 賃借権ヲ人権トシ人権編中ニ其規定ヲ掲クルコト
- 二 賃借人ノ権利ハ一定ノ条件ヲ以テ賃借人ノ特定承継人ニ之ヲ對抗スルコトヲ得ルモノト定ムルコト⁽²⁴⁾

右第一項に関する穂積委員の趣旨説明は、まず賃借権を債権とする理由からはじめられた。すなわち、第一に、「賃借権ヲ其物ノ上ノ使用収益權ト狭ク見」れば「法理上物權ト」なるが、「賃貸借ト云フ取引ノ一体ノ性質カラ見」レバ固ヨリ人権ノ創設ヲ以テ目的ニシタモノデアル」こと、第二に、「諸国ノ法制デ多クハ賃貸借ニ関スル規定ハ人権ヲ生ズル所ノ行為デアルト見做シテ規定シテ」いること、の二点である。⁽²⁵⁾そして、賃借権ハ物權説に對しては、「法理上無償賃貸借即チ使用貸借ノ如キモノモ矢張り其結果ハ使用ノ權利デアルカラ是ヲ物權トシナケレバナラ」ず、「至当」でない旨の批判をし、また、「『ばあそなード』氏ノ言フ如キ農業ヤ工業ノ保護」は、「第二項ノ特別規定ヲ定メテ置ケバ十分其目的ヲ達スルコトガ出来ル」と述べている。⁽²⁶⁾かかる穂積委員の見解に反対はなく、第一項は簡単に可決した。

続く第二項に關しても、さしたる議論はなかつた。ただ、賃借権を債権としながら事実上「物權ト同ジ様ナ効力ヲ持ツ」ことに反対した村田保委員⁽²⁷⁾に對する、富井政章委員の次の発言が注意をひく。すなわち、フランス民法典一七四三条を挙げ、「人権ト言ヒ乍ラ特定承継人ニ對抗スルコトガ出来ルト云フコトニナルト賃借人ノ方カラ見レバ義務ガ特定承継人ニ移ルノデアル」、しかし、「義務ガ移ルト云フ法理ハ無イ」ため「是レハ実ニ奇妙ナコトデアル。夫レ故ニ此点ニ就テハ随分議論ガアリマス。併シ最モ正シイ説ト云フノハ、義務ガ移ルノデハナイ、法律ガ特定承継人ニ負ハセタ一種ノ義務デアルト斯ウ見ルノデアリマス」⁽²⁸⁾と述べている。かかる富井発言は、当時のフランスの学説をうかがわせるとともに、起草者が債務引受という制度を知らなかつたという事實を示すものである。

二 法典調査会(1)——賃貸人の地位の移転

主査委員会での審議を承けて、現行民法典六〇五条を起草したのは梅謙次郎委員であつた。明治二八年六月一八日の法典調査会(第九五回)に提出された右規定の原案である六〇八条は、次のようなものである。

六〇八条 不動産ノ賃貸借ハ之ヲ登記シタルトキハ其不動産ニ付キ物権ヲ取得シタル者ニ対シテモ其効力ヲ生ス。但敷金又ハ借賃ノ前払ヲ以テ之ニ対抗スルコトヲ得ス。⁽²⁹⁾

この日の審議は、右但書の要否に終始し、結局、現行民法典にみる如く、但書の削除が決定した。しかし、本稿にとつて重要なのはこの点ではなく、起草者たちが六〇五条の効果をいかに解していたかという点である。すなわち、六〇五条は単に「其効力ヲ生ス」と規定するのみで、前主の賃貸借契約が土地の取得者に移転するの可否が、必ずしも明らかではない。そして、この点についてのやりとりが、横田国臣委員と梅委員との間で、右審議中二度にわたつてなされているのである。

まず一度目は、審議開始後まもなく横田委員が次のように質問した。すなわち、「(賃借権が)人権デアルナラバ、例ヘバ私ガ家ヲ借りテ居ル地主ト云フ者ガ其家ヲ外ニ売ツテモ私ハ以前ノ貸主ニ対シテ総テノ家賃ノ払ヒ方トカ何ントカ云フコトヲスルノデアリマスカ、サウデナシニズツト移ツテ往ツテ仕舞ウト云フノデアリマスカ」というものである。これに対して梅委員は、「實際ノコトヲ言ヘバ不動産ヲ譲受ケタ人ニ対シテ矢張り約定ノ借賃ヲ出セバ其土地ニ住マウテ居ルコトガ出来ル其土地ヲ耕作シテ居ルコトガ出来ル権利ヲ与ヘルコトデアル」と答えている。⁽³⁰⁾

また二度目も、原案六〇八条の審議終了まぎわの横田委員の質問に始まる。すなわち、「起草者ハ此不動産ノ賃貸借ト云フモノハ登記サヘスレバ跡ニ譲受ケタ者ト借りタ者トノ関係ニナツテ以前ノ貸主トハ賃貸ノ関係ガナクナルト云フ御趣意カ、或ハ並ノ人権デ跡ノ譲受主ハ何ノ関係モナイノデアルカ、前ノ関係ハ貸主ニアルカドウカソコヲ判然ト御弁明ヲ願ヒタイ」。これに対する梅委員の返答はこうである。「ソレハ賃貸人ガ所有権ヲ第三者ニ譲渡シタルノデアルカラ前ノ賃貸人ハ権利義務ガナクナツテ第三取得者即チ後ノ賃貸人ガ総テ権利ヲ行ヒ義務ヲ負フコトニナル⁽³¹⁾」。

右二度にわたる横田・梅の質疑応答により、梅委員は、六〇五条の効果として、前主の賃貸人の地位がそのまま土地の取得者に移転し、前主は賃貸借契約から離脱する、と考えていたことが明らかである。⁽³²⁾

三 法典調査会(2)——更改

ところで、旧民法典に詳細に規定されていた債務者の交替による更改は、現行民法典ではわずか一条を有するにすぎない(五一四条)。そして、「更改」の款を起草した梅委員は、明治二八年四月二日の法典調査会(第七四回)において、旧民法典の更改に関する規定のうち「不必要ト考へ又ハ不穩当ト考へテ削」った「箇条ヲ極ク簡單ニ」説明している。⁽³³⁾ それによると、まず、「囑託」や「第三者ノ随意ノ干渉」を規定した財産編四九六条は、「定義ガ澤山アツテ：ヤレ完全囑託トカ不完全囑託トカ云フモノガ設ケテ」あるが、「然ウ云フコトハ：学者ガ名ヲ附ケルノハ宜イガ法典デ濫リニ術語杯ヲ附ケルノハ宜クナ」い、との理由で削除している。⁽³⁴⁾ また、新旧両債務者を連帯債務者とする不完全囑託を規定した財産編四九七条一項は、「債権者ノ保護」となり、債務者を保護する財産編四九二条二項と抵触するため削除された。⁽³⁵⁾

さらに、「第三者ノ随意ノ干渉」を規定した財産編四九七条二項に関して、梅委員は次のように述べている。

「⁽³⁷⁾補約の多クノ場合ハ是レハ保証人トナルト云フ意思ノ多イモノデアラウト思フ。独リ其債務者ノ義務ヲ免カレシムルニ非ズシテ若シ其者が払ハナカッタトキハ自分ガ払ウト云フノハ實際保証人デアルコトガ多カラウト思ヒマス。デアルカラコンナ規定ハ設ケヌデアッタナラバ当事者ノ意思ハ保証人ト云フモノニアツテ保証人ノ規則ガ当筈マルト云フコトニナツテ云極結構ト思フ」⁽³⁸⁾。

要するに、梅委員は、補約の多くの場合が保証となると考えていたのである。

かくして、債務者の交替による更改に関する規定は、現行民法五一四条(原案五二一条)一箇条のみとされた。けれども梅委員は、「囑託」や「第三者ノ随意ノ干渉」を否定するつもりではなかった。なぜなら、原案五二一条

の趣旨説明として、「之ハ……(財産編)第四百九十六条第一項ノ規定ト実質ニ於テハ変ハル所ハナイデアリマス。此四百九十六条ノ如ク『囑託』トカ随意ノ『干涉』ト云フヤウナ文字ヲ用イマセヌデ単ニ事柄丈ケノコトデアリマス⁽³⁹⁾」と述べているからである。そして、梅委員が債務者の交替による更改を重視していたことは、これより後の同委員の見解を検討することにより明らかとなる。

四 法典調査会以降の見解(1)——『帝国民法正解』

梅博士の見解に触れる前に、明治三〇年(一八九七)に刊行されたコンメンタールである、松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎博士の『帝国民法正解』第三編債権に言及する。

まず五一四条について、『帝国民法正解』は、「債務者ノ交替ニ因ル更改ハ旧債務者ヨリ新債務者ニ為シタル囑託ニ因ルコトアリ⁽⁴⁰⁾」とする。そして、Aが甲に一〇〇〇円の債務を負い、Bにその支払を依頼する、という具体例を挙げ、「此場合ニ債権者甲ハAノ債務ヲ免スルコトニ同意スルトキハ更改ハ直チニ成立スルモ、債権者ハ時トシテAノ債務ヲ消滅セシメスシテABを連帯債務者トスルコトモアレハ、或ハAの債務ヲ其儘ニ存シBヲシテ保証債務ヲ負ハシムルコトアリ」と述べ、かかる場合には更改は成立しないとする。けれども、Aが免責され「直チニ新債務ノ保証人ト為ルトキハ……新債務ノ成立シタルモノナルヲ以テ……更改アリ⁽⁴¹⁾」とする。そして、かかる囑託は「債務者自ラ他ノ者ニ対シテ債権ヲ有スル場合ニ多⁽⁴²⁾」く、債務の簡易な決済手段である旨を説明し、「商事取引ニハ此類ノ更改頗ル多シ」と述べている。

また、「第三者自ラ進ンテ債務者ニ替ラントスル」「新債務者ノ随意ノ干涉」を認め、債権者が同意をすれば更改となるが、同意をしない場合には「当事者ノ意思ト場合ノ情況如何トニ因リテ新債務者ハ或ハ従来ノ債務者ト連帯債務者トナリ或ハ其債務者ノ保証人ト為ルコト多シ⁽⁴³⁾」とする。

以上の説明から、起草者たちが、実質的には五一四条によって「囑託」・「第三者ノ随意ノ干涉」を認める意図で

あつたことが推測される。

五 法典調査会以降の見解(2)——梅兼次郎

ところで、BGBの公布(一九〇〇年)後に明らかにされた梅博士の見解では、債務引受に関する記述がみられる点に特徴がある。

まず、明治三三年(一九〇〇)に出版された『民法要義Ⅱ卷之三債権編』(訂正増補第九版)では、梅博士は次のように述べている。

「独逸民法ノ如キハ債権譲渡ト債務引受(Schuldübernahme)トノミヲ認メテ更改ヲ認メス。然レトモ当事者ノ意思ハ大ニ同シカラサルモノアリ。更改ニ在リテハ当事者ハ前債務ヲ消滅セシメテ更ニ新ナル債務ヲ生セシメンコトヲ欲シ、債権譲渡及ヒ債務引受ニ在リテハ従来ノ債務ヲ其儘ニテ譲受ケ又ハ引受クルモノナルカ故ニ其効力ニ至リテモ亦全ク異ナラサルコトヲ得ス。：而シテ債権譲渡ニ関シテハ既ニ前節ノ規定アリ。債務引受ハ甚タ頻繁ナラスシテ其効力専ラ当事者ノ契約ニ依リテ定マルヘキモノトスルモ毫モ支障ナク又弊害ノ憂フヘキモノナキヲ以テ特ニ明文ヲ置カス、契約一般ノ規定ニ從ハシムルヲ以テ足レリトセリ」⁽⁴⁴⁾。

これは、明文はないが当事者の契約によつて債務引受を認めることは差し支えない、という趣旨である。

ところが、明治四二年(一九〇九)に公にされた「債権債務ノ承継ヲ論ス」と題する論文では、「債権者トノ契約ヲ以テ、甲ガ負担セシ債務ヲ、乙ガ引受ケテ代ツテ債務者トナルコトヲ得ルヤ否ヤ」につき、「独逸民法ハ債務ノ引受(Schuldübernahme)ナルモノヲ認メ、甲ノ債務ヲ乙ニ移スコトヲ得ルモノトシテ居ルノデアルガ(独民四一四乃至四一九)、我民法ニハ同様ノ規定ガナイカラ、之ヲ許サヌノデアル」と断言している。その理由は、「慣習上債務ノ引受ガ頻繁ニ行ハレルナラバ、独逸ノ如ク之ヲ認ムルモ差支ナイケレドモ、純粹ノ法理カラ言ヘバ」、「債権ノ目的ハ債務者ノ行為デアツテ而モ其債務者ハ一定シテ居ルノデアリ」、「若シ債務者ヲ変更スレバ、最早同一

ノ債権デナイト謂ハネバナラヌ」から、「債務ノ引受ハ出来又筈ノモノデアル」ということにある。⁽⁴⁵⁾そして、それ「故ニ我民法ハ債務者ノ交替ニ因ル更改ハ之ヲ認ムルケレドモ(民五一三、一項、五一四)、債務ノ引受ハ之ヲ認メナイノデアル」とする。⁽⁴⁶⁾

もつとも、梅博士は、債務引受と債務者の交替による更改について次のように比較検討し、両者の間に「著シキ差異ハナイ」⁽⁴⁷⁾と結論づける。すなわち、「独逸民法ハ債務ノ引受ノ場合ニ、原則トシテ保証、質、抵当ノ如キ担保ハ消滅スベキモノトシ、唯保証人、質、抵当ノ目的物ノ所有者等ガ承諾シタ場合ニノミ、此等ノ担保ガ新債務者ノ債務ヲモ担保スルモノトシテ居ルノデアル(独民四一八)」が、他方、わが民法は「更改ノ場合ニ、原則トシテ担保権ガ消滅ス」るものの、「例外トシテ当事者ノ意思ヲ以テ質、抵当ヲ新債務ニ移スコトヲ許シテ居ル」⁽⁴⁸⁾(五一八条)、したがって、「此点ニ於テ両者ノ異ナル所ハ僅ニ保証債務ニ付テノミデアルガ、是ハ従来ノ保証債務ガ依然存シテ居ルモノトスル(＝債務引受)モ、新ニ之ヲ負担スルモノトスル(＝更改)モ、殆ド径庭ハナイノデアル」⁽⁴⁹⁾(括弧内筆者)とする。

ところで、右の如く債務の「承継」を認めない梅博士は、六〇五条から帰結される賃貸人の地位の移転や六一二条の賃借権譲渡を、いかに解していたのであろうか。同論文によると、まず前者に関しては、「不動産ノ所有者ガ変ツタ場合ニハ、新所有者ハ賃借人ニ対シテ借賃ノ請求権ヲ取得スルト同時ニ、賃貸人ノ義務ヲモ承継スルノデア⁽⁵⁰⁾ル」が、これは「法定承継」⁽⁵¹⁾であるとする。また、後者で問題となる「賃借権ニ伴フ借賃ノ義務」は、「地上権ニ伴フ地代ノ義務、永小作権ニ伴フ小作料ノ義務」、「株主権ニ伴フ株金払込ノ義務等」⁽⁵²⁾と同じく、「権利ト牽連シタル債務」⁽⁵³⁾であつて、その「権利ヲ譲渡ス場合ニ於テ義務ガ之ニ伴フ」⁽⁵⁴⁾特別な場合であると解している。

以上の梅博士の見解は、その『民法要義』の記述と異なり、債務者の交替について、わが民法では債務引受を認めず更改のみを認めるものである。そして、かかる立場は、ボワソナードについて述べた箇所でも明らかにした如

く、当時のフランス民法学の立場と合致するものであった。

- (24) 法務大臣官房司法法制調査部監修『民法主査会議事速記録』日本近代立法資料叢書13(商事法務研究会、一九八八年)五〇―五一頁参照(以下、「主査会」と記す)。
- (25) 主査会・同前五〇頁。
- (26) 主査会・同前五二頁。
- (27) 主査会・同前五二頁。
- (28) 主査会・同前五三頁。
- (29) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会・民法議事速記録四』日本近代立法資料叢書4(商事法務研究会、一九八四年)三四八頁(以下、「法典調査会」と記す)。
- (30) 法典調査会・同前三五〇頁。
- (31) 法典調査会・同前三五七頁。
- (32) なお、梅謙次郎「法典質疑録」法学志林一〇卷一―一四四頁(一九〇八年)参照。
- (33) 法典調査会・前掲書(注29)三卷五九七頁。
- (34) 法典調査会・同前五九八頁。
- (35) 旧民法典財産編三六〇条は、「合意ノ解釈」という款の下で、「総テノ場合ニ於テ当事者ノ意思ニ疑アルトキハ其合意ノ解釈ハ諾約者ノ利ト為ル可キ意義ニ從フ」(一項)と規定していた。かかる三六〇条を承けて、財産編四九二条二項は次のように規定していた。すなわち、「同一ノ当事者間ニ於テ義務ノ更改アリタルカニ箇ノ義務ノ共ニ存スルカノ疑アルトキハ第三百六十条ニ依リテ債務者ノ利益ノ為メニ更改ノ意義ニ解釈ス」。
- (36) 法典調査会・前掲書(注29)五九八頁。
- (37) 補約(admission)が、今日の、債権者・新債務者間で行われる並存的債務引受にほぼ匹敵するものであることについては、本節第一款参照。
- (38) 法典調査会・前掲書(注29)五九九頁。
- (39) 法典調査会・同前六一〇頁。
- (40) 松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎『帝国民法正解』第三編債権(二八九七年)七四七頁。
- (41) 松波仁保・仁井田・同前七四七―七四八頁。
- (42) 松波仁保・仁井田・同前七四八―七四九頁。
- (43) 松波仁保・仁井田・同前七四九―七五〇頁。

(44) 梅謙次郎『民法要義』卷ノ三債権編(和仏法律学校・明法堂、訂正増補第九版、一九〇〇年)三五三―三五四頁。

(45) 梅謙次郎「債権債務ノ承継ヲ論ス」『法政大学創立三十周年記念論文集』(法政大学、一九〇九年)五五頁。

(46) 梅・同前五五―五六頁。

(47) 梅・同前五六頁。

(48) 五一八条但書は、「第三者カ之ヲ供シタル場合ニ於テハ其承諾ヲ得ルコトヲ要ス」と規定する。そこで梅博士は、「(旧)債務者が質、抵当ヲ供シタル場合ニハ、必ズシモ其承諾ヲ要セザル所ハ(五一四參觀)、却ツテ独逸ノ債務ノ引受ノ場合ヨリモ容易ク之ヲ移スコトガ出来ル」と解している(同前)。しかし現在では、旧債務者が担保を設定した場合、それを新債務に移すためには、旧債務者の承諾が必要である、と解されている。なぜなら、債務者の交替による更改の場合には、旧債務者は更改の当事者ではなく(五一四条本文)、五一八条但書にいう「第三者」となるからである(石坂音四郎『日本民法』第三編債権総論下巻)(有斐閣書房、一九一六年)一七〇四頁、石田喜久夫『注釈民法(12)』(有斐閣、一九七〇年)四九八頁)。

(49) 梅・同前。

(50) 梅・同前七二頁。

(51) 梅・同前六七頁。

(52) 梅・同前五四―五五頁。

(53) 梅・同前一四頁、二三頁。

(54) 梅・同前五四頁。

第三款 ま と め

一 第一期の要約

旧民法典制定時から明治末年までを通観した第一期を要約すると、以下のようなになる。

まず本稿の課題に関して、ポワソナードの起草した旧民法典は、次の二点において現行民法典と異なっていた。

すなわち、第一点は、賃借権を物権としたことであり、第二点は、債務者の交替による更改を重視し、それに詳細な規定を置いていたことである。このうち、後者は、母法であるフランス民法ないし民法学に由来するものであった。これに対して前者は、賃借権を強化しようとしたポワソナードの創意に基づくものであった。

しかしながら、賃借権を物権とすることには多数が反対し、法典論争を経て制定された現行民法典では、賃借権を債権としつつ、それに登記による対抗力を付与することになった(六〇五条)。しかし実際には、賃貸人が賃借権の登記に協力せず、その結果六〇五条は空文となる。そうして、いわゆる「地震売買」を経て、明治四二年の「建物保護ニ関スル法律」の制定に至ることは周知の通りである。⁽⁵⁵⁾

ところで、現行民法典は、債務者の交替による更改につきわずか一条を置くにすぎない(五一四条)。しかし、起草者の意図では、更改はなお経済的に重要な作用を営み、実質的には旧民法典の規定を大きく変えたものではなかった。けれども、一九〇〇年(明治三三)に公布されたBGBは債務引受の制度を規定し(四一四―四一八条)、更改を過去の歴史へと押し流してゆくことになる。

二 第一期の特色とその終焉

以上の第一期において、本稿の課題に関し影響を与えたのは、ボワソナードおよび梅謙次郎が範としたフランス民法学であった。とりわけこのことは、債務者の交替という経済取引の要請に、「更改」という制度で対応しようとした点に強くあらわれている。そして、「フランス法派の驍將としてフランス法の普及につとめた」⁽⁵⁶⁾梅博士は、BGBの公布後もわが民法の制度として、債務引受の導入を拒み、更改に固執していた。しかし、時代は確実にドイツ法全盛期へと向かいつつあり、明治四三年八月、五〇歳という若さでの梅謙次郎博士の夭折とともに第一期は終焉を迎えるのである。⁽⁵⁷⁾

(55) 星野英一『借地・借家法』(有斐閣、一九六七年)三八一頁、白羽祐三「賃借権の物権化(一)―Kauf bricht Mieteの原則をめぐって―」法学新報六二巻二号一九頁以下、特に三二頁以下(一九五五年)。

(56) 伊藤正巳編『外国法と日本法』(岩波書店、一九六六年)二〇八頁(野田良之執筆)。

(57) 野田・同前。星野英一「日本民法学史(1)」月刊法学教室八号三九頁(一九八一年)。

第三節 第二期・明治四三年—大正一〇年

第一款 序 説

一 ドイツ民法典(BGB)の規定

ドイツ民法学の全盛期である第二期は、債務引受論がわが国に導入され、かつ、定着する時期であった。本節では、かかる債務引受論の導入期に、契約当事者の地位の移転がいかに位置づけられていたか、ということ概説する。その前提として、まず、債務引受に関するBGBの規定を一覧する。⁽¹⁾

三二九条 契約において当事者の一方が債務を引き受けることなく相手方の債権者に満足を与える義務を負う場合において、疑わしいときは、債権者はその一方に満足を請求する権利を直接に取得しないものとする。

四一四条 第三者は、債権者との契約により、旧債務者に代わって債務を引き受けることができる。

四一五条 ① 第三者が債務者と債務引受の合意をしたときは、その効力は、債権者の追認によって生ずる。追認は、債務者または第三者が債権者に債務引受を通知した後に、することができる。当事者は、追認があるまでは、契約を変更し、または廃棄することができる。

② 追認の拒絶があったときは、債務引受をしなかつたものとみなす。債務者または第三者が、債権者に対し、期間を定めて追認の意思表示を催告したときは、追認は、その期間内においてのみすることができる。追認の意思表示がないときは、追認を拒絶したものとみなす。

③ 債権者が追認をしない間は、疑わしいときは、引受人は、適時に債権者を満足させる義務を債務者に対して

負う。債権者が追認を拒絶したときも、同様である。

右の三二九条は履行の引受を規定したものであり、債務引受は四一四条以下である。そのうち、四一四条は債権者と引受人との契約による免責的債権引受を、また、四一五条は債務者と引受人との契約による免責的債務引受を規定する。

二 明治末期の理論状況

BGBの公布（一九〇〇年）後、明治末期には、債務引受を認めるいくつかの大審院判決が出されるとともに、⁽²⁾ 学説としては、以下の諸論稿が公にされている。すなわち、田中薫「重疊的債務ノ引受ニ就テ」⁽³⁾（明治三九年）、里見隆次「債務の引受に付テ」⁽⁴⁾（明治四二年）、鳩山秀夫「我民法に於ける債務履行の引受を論ず」⁽⁵⁾（明治四二年）などである。しかし、これらはいずれも、ドイツにおける債務引受論の断片的な紹介にとどまる。

他方、前節で述べた如く、わが国では債務引受を認めず、債務者の交替は更改（五一四条）によるべきである、と梅博士が主張したのは明治四二年であった。また、明治四一年から同四四年に東京帝国大学で行われた川名兼四郎博士の講義では、債務者の交替による更改の説明の中でBGBの債務引受の規定が紹介され、「吾民法ニ於テハ：債務ノ引受ニ付キテハ何等ノ明文ナシ。之ヲ認メサルモノト解ス可キカ民法上難問ノ一ナル可シト雖モ債権者債務者及ヒ引受人ノ契約ニ因リテ債務ノ引受ヲ為ス事ヲ得可キモノト考フ」⁽⁶⁾と、簡略に記されている。それゆえ、明治末期には、債務引受がわが国に紹介されつつも未だ十分に浸透せず、依然として債務者の交替による更改が重視されていた、ということを推測しうる。

(1) BGBの規定の訳は、椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』（日本評論社、一九八八年）による。

(2) 例えば、大判明治三六年一〇月三日民録九輯一〇四六頁、大判明治三七年四月二〇日民録一〇輯四七三頁、大判明治四二年二月一七日民録一五輯一一一頁。

(3) 京都法学会雑誌一巻七号四八頁以下。

(4) 法律新聞五六三号五七—五九頁。

(5) 『民法研究』第三卷(岩波書店、一九二六年)三三七頁以下(初出、法曹記事一九卷三号)。

(6) 川名兼四郎『債權法要論』(金刺芳流堂、一九一五年)五七三—五七四頁。

第二款 債務引受の導入—石坂音四郎博士(明治四五年—大正三年)

一 序

ドイツの債務引受論をわが国に体系的に導入したのは、石坂音四郎博士であった。すなわち、同博士による明治四五年(一九一三)の免責的債務引受に関する論文⁽⁷⁾、および、大正三年(一九一四)の並存的(重疊的)債務引受に関する論文⁽⁸⁾は、当時におけるドイツの学説を涉獵し、詳細かつ体系的に債務引受を論じたもので、後の通説を形成することになる。それゆえ、以下にその論旨をやや詳しく紹介する。

二 免責的債務引受の根拠

石坂博士は、債務引受を免責的免責引受(Privative oder befreiende Schuldübernahme)と重疊的もしくは並存的債務引受(Cumulative oder bestärkende Schuldübernahme)とに分け⁽⁹⁾、前者を「債務ノ移転：即債務ノ同一ヲ保チ単ニ債務者ヲ変更スルヲ云フ」と定義する⁽¹⁰⁾。かかる定義は、「債務引受ニ依リ引受人ノ負担スル債務カ原債務其モノナル点ニ於テ：更改トノ區別ヲ」⁽¹¹⁾明らかにするものである。

ところで、石坂博士は、その論文の冒頭において、「債權關係ハ其主体ト固ク結合シ両者ハ分離スルヲ得サルモノト」したローマ法をあげ、一八五三年に債務引受を初めて認めたデルブリュック(Delbrück)の見解を紹介し、その後の学説の展開を略述する⁽¹²⁾。加えて、債務引受に関する諸外国の立法例に言及した後、「我法典ハ佛法系ノ立法ト同シク単ニ債務者ノ交替ニ因ル更改ヲ規定シ(第五百十四条)債務引受ニ関スル規定ヲ欠ク、我国法上債務引

受ヲ認ムルコトヲ得ルヤ⁽¹³⁾」と、問題を提起した。

そして、結論的には問題を肯定に解し、その理論的根拠として相続により債務の移転が認められていることをあげている⁽¹⁴⁾。また、実質的根拠として、「實際取引上ニ於テ債務者ノ変更アルモ債務カ存続シ之ニ附従スル権利及ビ抗弁モ亦消滅セサルモノトナス必要」があるが、更改ではこれに応ずることができないことを指摘する⁽¹⁵⁾。

三 免責的債務引受の当事者

右のように免責的債務引受が認められるとすれば、次にその方法が問題となる。この点につき石坂博士は、債務引受の場合、債権者・債務者・引受人の三当事者が存在するため、次の四つの契約を想定しようとする。すなわち、

「(一) 債権者債務者間ノ契約 (二) 債権者引受人間ノ契約 (三) 債務者引受人間ノ契約 (四) 債権者引受人債務者間ノ契約⁽¹⁶⁾」の四つである。このうち、(一) は、第三者に義務を負わせる契約が認められないため否定される⁽¹⁷⁾。また、(二) の債権者と引受人との契約による免責的債務引受は、わが民法においても、更改(五一四条)・第三者の弁済(四七四条)に債務者の同意が不要であるため、これが認められるとする⁽¹⁸⁾。そして、(三) が認められる以上、(四) の三面契約も可能である⁽¹⁹⁾。

問題となるのは(三)である。もっとも、「債務者ノ債務ノ処分ハ之ヲ認ムルヲ得サルカ故⁽²⁰⁾」に、正確には、「債務引受ハ債務者引受人間ノ債務引受契約ニ債権者カ同意ヲ与フルノ方法ニ依テ成立スルコトヲ得ルヤ否ヤ⁽²¹⁾」が問題となる。この点につき石坂博士は、まず、ドイツ普通法の通説が問題を肯定し、それに従ってBGBが四一五条を規定したことを指摘する⁽²²⁾。しかし、博士は、これを否定に解する。その理由は、簡略に述べれば、第一にかかる形態が理論上認められえないこと、第二に実際取引上の必要に合わないこと、第三に当事者の意思に合致しないこと、の三つである⁽²³⁾。

かくして石坂博士は、三面契約の場合を除いては、債権者と引受人との契約による免責的債務引受のみを認めて

いる。

四 免責的債務引受の効力

ところで、免責的債務引受の効力については、次のように述べられている。すなわち、債務引受契約により「原債務其モノ」が引受人に移転するため、「債務ノ内容カ変更ヲ受ケサルノミナラス其原因モ亦変更ヲ受クルコトナシ」、しかし「原債務発生ノ原因タル契約締結ノ当事者トナルモノニアラス」⁽²⁴⁾（傍点原文）とする。

もつとも、具体的な移転の範囲については種々の事項が問題となる。その中で、契約当事者の地位の移転を対象とする本稿では、取消権および解除権に着目する。

まず、取消権について石坂博士は、「債務ノ発生原因タル契約カ取消スコトヲ得ヘキモノナル場合ニ」も、引受人がその契約を取り消すことはできないとする。その理由は次の三点である。すなわち、第一に、取消権は契約を締結した当事者が有し、単に債務を引き受けたにすぎない引受人には移転しないこと、第二に、一二〇条の「承継人」は取消権の承継人であり、「取消シ得ヘキ行為ヨリ生セル債権又ハ債務ノ譲受人」ではないこと、第三に、もし引受人に取消権を認めると債務者の権利を処分することになること、の三点である。もつとも、債務者が取消権を行使した場合に、引受人がその無効を抗弁とすることは可能であるとする⁽²⁵⁾。

そして、以上の点は、解除権についても同様に解されている⁽²⁶⁾。

五 法律上の債務移転

さらに石坂博士は、債務が「契約ニ依リテ移転スルコトヲ得ルノミナラス法律ノ規定ニ依リ当事者ノ意思ニ関スル所ナク移転スル場合」⁽²⁷⁾があるとする。その主要な場合は相続による債務の移転（八九六条Ⅱ旧九八六条・一〇〇一条）であるが、そのほかに次のものを列記している⁽²⁸⁾。

- (1) 「登記セル賃借権ノ負担アル不動産ノ取得者ハ賃貸人ノ義務ヲ承継」する（六〇五条）。

(2) 「合併後存続スル会社又ハ合併ニ因リテ設立シタル会社ハ合併ニ因リテ消滅シタル会社ノ義務ヲ承継」する(商法一〇三条旧八二条)。

(3) 「承役地ノ所有者ノ特定承継人カ承役地ニ於ケル工作物ノ設置修繕ノ費用ヲ負担」する(二八六条)。

(4) 「共有者ノ特定承継人ハ共有者カ共有物ニ付キ他ノ共有者ニ対シテ負担スル債務ヲ負担」する(二五四条)。

(5) 「転借人ハ賃貸人ニ対シテ直接ニ債務ヲ負担ス」る(六一三条)。

そして、以上の場合は「単純ニ債務ノミ移転スル」のではなく、必ず債務が「財産又ハ権利ニ伴フテ移転ス」る場合である、と指摘する。⁽²⁹⁾

ところで石坂博士は、先にあげたデルブリュックが「債権者ノ協力ヲ要セス債務者引受人間ノ契約ヲ以テ債務ヲ引受クルコトヲ得ルモノ」としたが、その多くの場合は「財産移転ニ伴フテ債務移転ヲ生スル場合」であるとする。⁽³⁰⁾そして、債務が契約に基づいて移転するのではなく「財産ニ伴フテ当然ニ移転スル」という「觀念ヲ認ムルコトヲ得ルトキハ従来ノ難問ハ容易ニ解決セラルヘシ」と主張し、⁽³¹⁾この点に関するドイツ普通法時代の学説⁽³²⁾および諸国の立法例をあげ、次のように述べている。すなわち、「近世ノ学説及ヒ立法ハ財産ノ移転ニ伴フテ債務カ必然的ニ移転スヘキコトヲ認ムルノ傾向ヲ有ス」(傍点原文)。そして「之ヲ認ムルニ至リタル」理由は、次の二点であるとする。⁽³³⁾

まず第一点は、「取引上ノ必要」である。これを詳論すると、「債務者ハ其の財産ヲ以テ債権者ノ担保ニ供スルモノニシテ債権終局ノ目的ハ債務者ノ財産ニ依リテ満足ヲ得ルニア」る。それゆえ、「若シ債務者カ其財産ヲ譲渡スルトキハ債権者ハ其満足ヲ得ベキ材料ヲ奪ハレ債権者ノ権利ハ経済上空虚ナル権利」となってしまう。そこで、「債権者ヲ保護スルカ為メニハ財産ノ譲受人ヲシテ譲渡人ノ債務ニ対シ責ニ任セシムルコト」が必要となる、と説

明する。

第二点は、「近世ニ於ケル債権ノ觀念」である。すなわち、「債権ハ固ヨリ債務者其人ニ対スル權利ナリト雖モ實質的ニ論スレハ債務者ノ財産ニ対ス」るものである。特に、「財産移転ヲ目的トスル債権」は、「債務者其人ヨリモ寧債務者ノ財産ニ対ス」る。それゆえ、「債務ト債務者ノ財産トハ連結シ財産ノ移転ニ伴フテ債務モ亦移転スルモノトナスコトヲ要ス、即債務ハ財産ノ負担トシテ財産ノ所在ニ附随スルモノトナスコトヲ要ス」とする。そうして、「近世ノ立法カ財産移転ニ伴フ債務移転ヲ認ムルハ正当ノ理由アルモノト云ハサルヘカラス」と結論づけてゐる。

もつとも、右の如く財産の移転に伴い債務が必然的に移転すると解しても、これによって譲渡人がその債務を免れることはできないとする。なぜなら、「法律ハ従来ノ債務者ニ代ユルニ他人ヲ以テスヘキコトヲ債務者ニ強ユルコト」はできないからである。それゆえ、「財産移転ニ伴フ債務引受ハ免責的ナルヘカラス、並存的ナルコトヲ要ス」と解する⁽³⁴⁾。

ところで、右の場合、財産の「譲受人ハ強制的ニ債務ヲ負担スルモノナルカ故ニ譲受人ニ損害ヲ蒙ラシ」てはならない。そこで、「従来ノ立法カ譲受人ヲ保護スル方法トシテ認ムルモノ」に次の二つがあるとする。一つは、「譲受人ヲシテ譲受ケタル財産ノ額ヲ限度トシテ責任ヲ負担セシムル」方法であり、これは「限定承認ト同一ノ責任ヲ認」めることになる。また、もう一つは、「譲受人カ責任ヲ負フ期間ヲ短縮スル」方法である。すなわち、「短期ノ時効又ハ除斥期間ヲ認メ以テ譲受人ヲシテ速ニ其債務ヲ免ルルコトヲ得ルモノト」し、これによって「公平ニ譲受人ヲモ保護」しうるとする⁽³⁵⁾。

しかしながら、いずれにせよ「我国法ニ於テハ：財産移転ニ伴フ債務移転ニ関」する規定がない。けれども、「取引ノ必要ヨリ論スレハ法律ノ規定ヲ必要トスルハ明カ」である、「特ニ其一場合タル營業ノ譲渡ニ伴フ債務移転

ハ頻繁ニ生スル」ものであり、「我国法ニ其規定ナキハ大ナル不備ト云ハサルヘカラス⁽³⁶⁾」と述べて、石坂博士は稿を閉じている。

六 重疊的債務引受

大正三年、石坂博士は、右の論文に引き続いて重疊的債務引受に関する小論文を公にした。そこではまず、重疊的債務引受を「他人ノ債務ト相並ヒテ之ト同一ノ債務ヲ負担スル」(傍点原点)場合であると定義する。そして、「既存ノ債務カ移転シ従来ノ債務者」が債務を免れるのではなく、「既存ノ債務ト同一ノ債務カ新ニ発生シ従来ノ債務者ノ外ニ新ナル債務者ヲ加フル」点で免責的債務引受と異なるとし、免責的債務引受を認める以上、重疊的債務引受も論理的に可能であると説明する⁽³⁷⁾。また、重疊的債務引受の場合、債務者と引受人との間には連帯債務関係が生ずるとする⁽³⁸⁾。

ところで、重疊的債務引受は、債権者・債務者・引受人間の三面契約および債権者・引受人間の契約によって成立するほか、債務者・引受人間の契約によっても成立する。なぜなら、この場合には、債務者・引受人間に第三者(債権者)のためにする契約(五三七条)⁽³⁹⁾が成立するからである。

最後に、「法律上ノ重疊的債務引受」と題して、前述の「法律上の債務移転」とほぼ同様のことが述べられている。

七 小 括

以上、やや詳しく石坂博士の見解を紹介したが、その要点を列記すると次のようになる。

第一に、わが民法の理論として、免責的債務引受および並存的債務引受が認められるべきであるとする。

しかし第二に、両者はその性質・要件・効果を異にする。まず性質に関しては、前者が既存債務の特定承継であるのに対し、後者は既存債務と同一の債務を引受人が新たに負うものである。そして効果の点でも、後者において

は既存債務と引受人の新債務の間に連帯債務関係が生ずることになる。

また要件に関して、三面契約および債権者・引受人間の契約により成立する点は、両債務引受に共通する。しかし、債務者・引受人間の契約では、第三者のためにする契約(五三七条)を介して並存的債務引受が成立するのに対し、免責的債務引受は成立しない。もつとも、BGB四一五条は、かかる形態の免責的債務引受を肯定している点に注意を要する。

ところで、第三に、契約に基づく債務引受のほかに、法律の規定に基づく債務引受が存在する。この類型の特色は、債権者の関与なしに財産の移転に伴って債務も移転する、という点に存する。そうして、かかる類型を認めるのが「近世ノ学説及ヒ立法：ノ傾向」であるとしている。

以上の石坂説は、第二期の学説に広く浸透するとともに、それ以降の学説に少なからざる影響を及ぼすことになる。

- (7) 石坂音四郎「債務引受論」法協三〇巻四号一頁、五号七六号、六号四四頁(一九二二年)、『改纂民法研究Ⅱ下巻』(有斐閣書房、四版、一九二四年)三六四頁以下所収。
- (8) 石坂音四郎「重疊的債務引受論」『改纂民法研究Ⅱ下巻』(同前書)四二二頁以下(初出、法律記事二四卷一・二号(一九一四年))。
- (9) 石坂・前掲論文(注7)四号八頁註三。
- (10) 石坂・同前七頁。
- (11) 石坂・同前。
- (12) 石坂・同前一五頁。
- (13) 石坂・同前五六頁。
- (14) 石坂・同前一八九頁。
- (15) 石坂・同前二〇頁。さらに、後の教科書では、わが民法上、債権譲渡が認められていること、および、契約自由の原則を根拠に加えている(石坂『日本民法Ⅱ第三編債権Ⅱ第四卷』(有斐閣書房、訂正再版、一九一四年)一三三―一三四頁)。
- (16) 石坂・前掲論文(注7)五号七六頁。
- (17) 石坂・同前。

- (18) 石坂・同前七九一八一頁、前掲書(注15) 一三三五頁。
- (19) 石坂・同前七七頁。
- (20) 石坂・同前七八頁。
- (21) 石坂・同前八七頁。
- (22) 石坂・同前八八頁。
- (23) 詳しくは、石坂・同前八八一—一〇五頁。
- (24) 石坂・前掲論文(注7) 六号四四—四五頁。
- (25) 石坂・同前六〇頁。
- (26) 石坂・同前。
- (27) 石坂・同前六一頁。
- (28) 石坂・同前六一—六二頁。
- (29) 石坂・同前六二頁。
- (30) 石坂・同前六三頁。
- (31) 石坂・同前六四頁。
- (32) 石坂博士が引用した学者は、Hinrichs・Gürgens・Denburg・Adler・Blumeの五名であるが、なかでもブルーメの説がもっとも明確であるとし、次のように紹介している。すなわち、ブルーメは、「實際取引上ニ於テ債権者ノ協力ナクシテ債務移転ヲ認ムル必要アル場合ハ財産移転ニ伴ツテ債務カ移転スル場合ナリトシ、財産ノ譲受人ハ其意思ニ関スル所ナク法律ノ規定ニ其キ強制的ニ債務ヲ負担ス、即財産ヲ取得セルカ為メニ当然債務ヲ負担スルコトヲ要ストノ説ヲ主張シ、債務ノ觀念ヨリシテ債務ト債務者ノ財産トカ連結スヘキモノナルコトヲ論シ其立論ノ根拠トセリ」とする(同前六四—六五頁)。
- (33) 石坂・同前六六—六七頁。
- (34) 石坂・同前六七頁。
- (35) 石坂・同前六七—六八頁。
- (36) 石坂・同前六八頁。
- (37) 石坂・前掲論文(注8) 四二二—四二八頁。
- (38) 石坂・同前四二四—四二七頁。
- (39) 石坂・同前四二八—四三〇頁。

第三款 債務引受論の定着 (大正三年—大正九年)

第一項 総 説

大正四年の法律新聞に掲載された森作太郎弁護士の債務引受に関する小論⁽⁴⁰⁾は、依然として「吾邦にては債務の引受は之を認むること能はざるなり」とするものであった。しかし、学界はすでに石坂博士の見解に沿って債務引受を承認していた。すなわち、法典調査会民法起草委員補助として民法典の起草に関与した仁井田益太郎博士が債務引受を認め、鳩山秀夫博士⁽⁴¹⁾、磯谷幸次郎判事の各教科書もこれを肯定する。そうして、大正九年の末川博博士の論文では、「免責的債務引受に関しては、これを認める理論上並びに法律上の根拠をいずれに求むべきであるか、その性質いかん等の問題は、今日ほぼ解明せられたようである⁽⁴⁴⁾」と述べられている。加えて同論文により、並存的債務引受が詳細に検討され、かくして大正九年までに、わが国における債務引受論は、ほぼ完成を見るに至ったと考えられる。

そこで本款では、かかる債務引受論が契約当事者の地位の移転—とりわけ賃貸人の地位の移転—に関して、いかなる影響を及ぼしたかを検討する。

(40) 森作太郎「債務の引受と債務の更改」新聞一〇三七号三九三—三九四頁(一九一五年)。

(41) 仁井田益太郎「債務ノ引受」法学新報二五卷六号一頁以下(一九一五年)。

(42) 鳩山秀夫『日本債権法(総論)』(岩波書店、二二版、一九二〇年)三二八頁以下(初版、一九一六年)、同『債権法講義案(総論之部)』(有斐閣、一九一六年)一四四—一四七頁。

(43) 磯谷幸次郎『債権法論II総論下巻』(厳松堂書店、再版、一九二〇年)四〇四頁以下(初版、一九一九年)。

(44) 末川 博「併存的債務引受」『続民法論集』(評論社、一九六二年)一七〇頁(『民法に於ける特殊問題の研究II第二巻』(弘文堂、限定複製版、一九六三年)にも所収)。

第二項 賃貸人の地位の移転(1)―賃借権に対抗要件がない場合

一 大正四年判決と学説の対応

賃貸借の目的不動産が譲渡された場合に、対抗要件(六〇五条・旧建物保護法一条・借地借家法一〇条・三一条)のない賃借人は、取得者(新所有者)の所有権に基づく明渡請求を拒むことができず、単に賃貸人(旧所有者)に対して債務不履行に基づく損害賠償請求権(四一五条)を有するにすぎない。しかし、この点に関連して問題となるのは、「賃貸人ト土地所有者トガ土地所有権譲渡ト同時ニ賃貸人タル地位ヲモ承継スベキ合意ヲ為シタルトキハ、土地所有者ハ当然賃貸人タル地位ヲ承継スルヤ否ヤ⁽⁴⁵⁾」ということである。

この問題に関して大審院は、すでに明治四四年に次のような判決を出している。

【一】 大判明治四四年六月九日民録一七輯三八六頁

A所有の土地を譲受けたXが借地権者Yに土地の明け渡しを請求したところ、Yは、AX間の譲渡契約に際しXがYの借地権を「承認」したためXの請求は不当であると抗弁した。原審は、右「承認」によりAX間にYのためにする契約が成立した旨を認定し、Xの請求を棄却した。X上告。その上告理由は、第一に、本件では第三者のためにする契約を認定しえず、第二に、かりにそれを認めたとしてもYには受益の意思表示(五三七条二項)がない、というものであった。大審院は、Yの抗弁の趣旨を、XがAY間の借地権を「地所ノ所有権取得後ニ於テモ承継セリト云フ意義」に解しうるとし、「而シテ賃貸借契約ノ存立セル地所ノ所有権カ他ニ移転シタル場合ニ於テ当事者ノ合意ニ因リ地所ノ新所有者カ其借地権ヲ承継シタルトキハ、其結果トシテ之カ債権債務ヲ引受け借地権者トノ間ニ従来ノ法律関係ヲ持続スルコトト為ルモノニシテ、此ノ如キハ契約自由ノ原則ニ従ヒ法律上有効ナリトス」と述べ、Yの抗弁の意義を釈明せずに第三者のためにする契約を認定した原判決を破棄した。

右判決は、土地の新旧両所有者の合意によって賃貸人の地位が移転することを認めているが、この点は傍論にすぎない。しかも、債務引受論との関係も明瞭ではなく、学説の注目を集めるには至らなかった。しかるに、次の大正四年判決は、債務引受との関係が問題とされた事例である。

【二】 大判大正四年四月二四日民録二二輯五八〇頁

Yの賃借する土地の所有者Aが当該土地をXに譲渡し、AX間に、Xが右賃貸借を承継する旨の契約が成立したにもかかわらず、XはYに対して建物の収去を請求した。原審は、債務者と引受人との契約では債務引受契約が成立せず、賃貸借も双務契約であり債務を含むため、AX間の契約では賃貸借契約の承継が認められない旨を判示して、Yは賃借権をXに主張しえないとした。Y上告。大審院は以下のように判示して、原判決を破棄した。

「不動産ノ所有者カ賃貸借ノ目的タル不動産ヲ他人ニ譲渡シタル場合ニ於テ新所有者カ従来存セル賃貸借ノ存続ヲ欲セサルトキハ、旧所有者ハ賃借人ニ対シテ負担スル所ノ債務ヲ履行スルコト能ハサルニ至リ賃借人ニ不利ナル結果ヲ生スルヲ以テ、賃貸借ノ目的たる不動産ヲ譲渡スルニ際シテハ旧所有者ハ常ニ必ス新所有者ト賃借人トノ間ニ於テ同一内容ヲ有スル賃貸借関係ノ存続ヲ可能ナラシムルヘキ手段方法ヲ講スルコトヲ要シ、此要求ヲ充タス為メノ最善ノ方法ハ新所有者ヲシテ賃貸人トシテ旧所有者ノ地位、即チ賃貸借契約当事者トシテノ権利義務ヲ包括的ニ承継セシムルニ在ルハ毫モ疑ヲ容レズ。而シテ新所有者カ賃借人ニ対シテ旧所有者ノ権利義務ヲ承継スヘキコトヲ約シタルトキハ旧所有者ノ介入ヲ要セスシテ新所有者ト賃借人トノ間ニ於テ同一内容ヲ有スル賃貸借ノ存続スヘキハ勿論ニシテ、新所有者カ旧所有者ニ対シテ其権利義務ヲ承継スヘキコトヲ約シタル場合ニ於テモ特ニ賃借人ノ承諾ヲ経ルコトヲ要セスシテ新所有者ハ旧所有者ノ権利義務ヲ承継シ賃借人ハ新所有者ニ対シテ賃貸借関係ノ存続ヲ主張シ其義務ノ履行ヲ新所有者ニ要求スルコトヲ得ヘク、新所有者ハ賃借人カ其契約ニ関与セサリシ理由トシテ賃借人ノ要求ヲ拒ムコトヲ得ス。蓋シ当事者ノ意思表示ニ因ル債務ノ移転、即チ所謂債

務ノ引受ニ付テハ債権者ノ承諾ヲ要スルハ法理上ノ原則ナルヲ以テ、不動産ノ賃貸人カ自己ノ債務ヲ其権利ト共ニ新所有者ニ移転スルニハ債権者タル賃借人ノ同意ヲ要シ、賃貸人タル旧所有者ト新所有者間ノ契約ヲ以テシテハ此効果ヲ生スルコトヲ得サルモノト論スルハ理由アルニ似タリト雖モ、不動産ノ賃借人カ所有者ノ更迭ヲ拒否スル権利ヲ有セサルノ結果新所有者ヲシテ旧所有者ノ権利義務ヲ承継セシムルニ因リテノミ賃貸借契約ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘク、賃借人カ旧所有者ニ対スル新所有者ノ契約ヲ否認スルニ於テハ却テ賃貸借契約ヲ締結シタル所以ノ目的ト全然背馳スルノ結果ヲ生スルモノトセハ、新所有者カ賃貸人トシテノ旧所有者ノ権利義務ヲ承継スルコトハ特ニ賃借人ノ承諾ヲ要セスシテ旧所有者ト新所有者間ノ契約ヲ以テ之ヲ為スコトヲ得ヘク、此種ノ契約常ニ賃借人ノ利益ニ於テ其効ヲ生シ、賃借人カ其契約ニ介入スルト否トハ其利益ヲ主張スル賃借人ノ権利ニ何等ノ影響ヲ及ホササルモノト断定セサルヲ得ス。從テ債務ノ引受ニ関スル普通ノ原則ハ此場合ニ適用スルコトヲ得ス。是当院判例ノ存スル所以ナリ（明治四十四年六月九日第二民事部判決参照）。

先述の如く、当時の学説はそもそも、債務者と引受人との債務引受契約に債権者が承諾を与えるという形態の免責的債務引受を認めていなかった（石坂、仁井田、⁽⁴⁶⁾鳩山⁽⁴⁷⁾）。しかるに、右判決は、「賃借人ノ承諾ヲ経ルコトヲ要セスシテ新所有者ハ旧所有者ノ権利義務ヲ承継スル」ことを認め、「債務ノ引受ニ関スル普通ノ原則ハ此場合ニ適用スルコトヲ得ス」としている。それゆえ、学説の批判もこの点に集中した。すなわち、磯谷判事は、右判決の結論を妥当としつつも、「何故ニ不動産ノ讓渡ノ場合ニ限り債務引受契約ニ関スル原則ノ例外ヲ為スモノナリヤ余ハ右判決ノ説示スル所ニ依リテハ未タ其理由ヲ了解スルコト能ハサルナリ」と述べる⁽⁴⁸⁾。また、畦道文芸博士は、「債務者ト引受人間ノ債務引受契約ニ債権者カ同意ヲ与フルニ依リテ債務引受成立スルヤ否ヤ既ニ議論ノ存スル所ナリ。況ンヤ債務者引受人間ノ契約ノミニテ債務ノ引受ノ効果ヲ生スルヤ否ヤハ頗ル疑問ナリ」としている⁽⁴⁹⁾。加えて、末川博士も、かかる畦道博士の批判を承認しつつ、「このような場合に並存的債務引受があると解することはあなが

ち不当ではあるまい⁽⁵⁰⁾と述べている。

以上の学説の批判を考慮したのか、その後の大審院判決は、賃借人の承諾を必要とする立場を採つた⁽⁵¹⁾。そして、かかる判例の展開が、債務者と引受人による免責的債務引受を認める第三期の学説へと連動してゆくことになる。

(45) 鳩山秀夫『増訂日本債権法各論(下巻)』(岩波書店、一九二四年)四六四頁。

(46) 仁井田・前掲論文(注41)三―四頁。

(47) 鳩山・前掲書(注42)三二四頁。

(48) 磯谷・前掲書(注43)四一四頁。

(49) 曄道文芸「判例批評」京都法学会雑誌一一卷二号九九―一〇〇頁(一九一六年)。

(50) 末川・前掲論文(注44)二五〇頁。

(51) 大判大正六年二月一九日民録三三輯二二五五頁、大判大正九年九月四日民録二六輯一二四〇頁。

第三項 賃借人の地位の移転(2)——賃借権に対抗要件がある場合

一 通説的見解

不動産賃借権に対抗要件(六〇五条・旧建物保護法一条・借地借家法一〇条・三二条)がある場合、当該不動産が譲渡されても、賃借人は、新所有者に対して賃借人としての地位を主張しうることになる。換言すれば、旧所有者(賃借人)・賃借人間の賃貸借契約が、新所有者に承継されることになり、この点に関しては学説上争いがない。

問題となるのは、右の場合に、旧所有者が賃貸借関係から完全に離脱し、もはや賃借人としての権利義務を失うか否か、ということである。

この問題に関して、六〇五条を起草した梅博士は、旧所有者が離脱し新所有者のみが賃借人としての権利を行使し義務を負う、と解していたが、かかる見解は第二期の学説にも広く支持される。例えば、横田秀雄博士は、不動産

の旧所有者を甲、賃借人を乙、新所有者を丙として、「丙ハ賃貸人トシテ甲ノ契約上ノ地位ヲ承継シ甲ハ賃貸借關係ヲ離脱ス」と主張し、その理由を、「丙ハ地所又ハ家屋ノ所有權ニ付キ甲ノ地位ヲ承継スルト同時ニ地主、家主トシテノ甲ノ契約上ノ地位ヲモ承継スルモノニシテ、賃貸借契約ハ要スルニ土地家屋ノ負担トシテ土地家屋ノ所有權ト共ニ移転スルハ地上權永小作權ニ於ケルト異ナル所ナキヲ以テナリ」とする⁽⁵²⁾。

また、末広巖太郎博士も、「賃貸人ガ賃貸借ノ基礎トナセル所有權其他ノ物權ヲ他人ニ讓渡セル場合」には、「賃借人旧權利者間ニ存在シタル賃貸借關係ハ凡テ法律上当然ニ賃借人新權利者間ニ移転シ、旧權利者ハ全然脱退スルニ至ル」とする。そしてその理由を、横田博士よりも実質的に検討し、「旧權利者ハ既ニ賃貸借ノ基礎タル權利ヲ失ヒテ何等ノ利害關係ヲ有セザルニ至レルモノナレバ依然トシテ之ニ賃貸人タルノ義務ヲ負ハシムルハ全然無意味ニシテ不必要ナレバナリ」と述べている⁽⁵³⁾。もつとも末広博士は、賃貸人の賃借人に対する權利が「新權利者ニ移転スベキヤ否ヤハ多少疑問ノ余地」があるとしつつも、次の二つの理由によりこれを肯定する。すなわち、第一に、賃貸人の義務が移転する以上は、「之ト密接ノ關係ヲ有スル賃貸人ノ權利モ亦移転スルモノト解スル」のが「穩当」であるのみならず、第二に、「不動産登記法ガ賃貸借ノ登記ニ付キ借賃ノ登記ヲ為サシメタルコトヨリ考フレバ：法律ハ寧ろ借賃請求權ガ法律上当然ニ新權利者ニ移転スルコト恰モ地上權若クハ永小作權附ノ不動産ガ讓渡サレタル場合ト同様ナラシメンコトヲ欲スルモノナリト解スル」のが「正当」であるとする⁽⁵⁶⁾。

以上のように通説は、賃借權が地上權・永小作權と同様に扱われうることを形式的理由とし、かつ、賃貸借の基礎となる不動産を讓渡した旧所有者が利害關係を有しないことを実質的理由として、旧所有者が賃貸借關係から完全に離脱する、と解していた⁽⁵⁷⁾。

二 有力説

右の通説に対しては、当時有力な反対説が存在した。すなわち、旧所有者が賃貸人としての義務を免れない、と

する見解である。

まず岡松参太郎博士⁽⁵⁸⁾は、BGB五七一条二項に言及する。同項は、不動産所有権の譲渡に伴う賃貸借関係の移転を規定した一項を承けて、取得者(Erwerber)が義務を履行しない場合には賃貸人(Vermieter)が取得者の賠償すべき損害について、先訴の抗弁(Einrede der Vorausklage)⁽⁵⁹⁾を放棄した保証人と同一の責任を負う旨を規定するが、博士はその趣旨を次のように説明する。すなわち、「新ナル取得者ハ資力ナキ者ナルコト」があるため、「賃貸人ノ交代ハ賃借人ニ取り必スシモ利益」ではない、それゆえ「譲渡人タル賃貸人ハ賃借人ニ対シ連帯保証人タル義務ヲ負担スヘキモノトシ以テ賃借人ノ利益ヲ保護シタ」のであるとする。ところで、債権・債務の性質からすれば、賃貸物が譲渡されても賃貸借関係が当然取得者に移転すべき理由はなく、「此関係ハ依然トシテ譲渡人ト賃借人間ニ存続スル」と解さざるをえない。しかし、わが民法は、「如斯基見解ハ種種ナル不便ヲ生シ实用ニ適セサルカ故ニ」、一方で「譲渡人ト賃借人間ニ賃貸借関係ノ存続スルコトヲ認」めるとともに、他方で六〇五条に賃借権の對抗力を規定し、「譲渡人ハ賃貸人タル地位ヲ取得シ即重疊的ニ其賃貸借関係ニ入込ムコトヲ認メタルモノト為スヲ至当トスヘシ」と主張する。つまり岡松博士の見解は、賃貸借関係が移転せず、これに加えて、賃借権の對抗力(六〇五条)の結果、新所有者が賃貸人の地位を取得し、重疊的債権債務関係が生じるとするものである、と解される。

鳩山博士の見解は、重疊的債権債務関係が生ずるとする点では右の見解と同じだが、若干ニュアンスを異にする。すなわち、賃貸人が賃借権登記がなされた後に目的物を譲渡した場合、賃借人は「賃借権ヲ以テ譲受人ニ対抗シ得ルニ止マラズ」、賃貸借による法律関係が新所有者・賃借人間に「存続」⁽⁶⁰⁾することを認めている。⁽⁶¹⁾

しかし、鳩山博士は、「旧賃貸人が全然賃貸人トシテ有シタル権利義務ヲ失フヤ否ヤニ付テハ更ニ場合ヲ分チテ攻究スルコトヲ要ス」とし、まず権利については、所有権譲渡の時にすでに弁済期にある借賃請求権が「当然移

「転」しないとする。なぜなら、かかる権利は「独立シタル債権ト認ムルヲ正当トスル」からである。⁽⁶²⁾

次に賃貸人の義務については、それが「土地所有者タルガ為メニ負担セル義務ニアラズシテ賃貸借契約ヨリ生ズル義務ナルガ故ニ、土地所有者タル地位ヲ失フモ」当然に免れる理由はないとする。ただし、「賃借人が賃貸人ノ脱退ニ同意シタル場合」には、旧所有者は免責されること「勿論」である⁽⁶³⁾としている。

なお、末川博士も、かかる鳩山博士の見解に従っている。⁽⁶⁴⁾

三 大正一〇年の大審院判決

以上のように、旧所有者の免責の有無をめぐって学説が対立するなかで、大正一〇年に次の大審院判決が出された。事案は、建物保護法一条に関するものであったが、大審院は傍論として六〇五条の解釈を示し、旧所有者すなわち旧賃貸人が、賃貸借関係から完全に「脱退」することを明示している。

【三】 大判大正一〇年五月三〇日民録二七輯一〇一三頁

事案は次のようなものであった。明治四四年Bは、Aとの間でA所有の土地につき建物所有のためにする賃貸借契約を締結し、建物を建築して登記をした。そして大正二年にBは、Aの承諾を得て、右建物および賃借権をYに譲渡し、他方Aも大正七年に本件土地をXに譲渡した。その後AはYに対して賃貸借契約の解約を申入れ、XがYに土地明渡を請求した。原審は、AX間の土地売買契約により当然にXが賃貸人の地位を承継し（建物保護法一条）、Aが賃貸借関係を脱退したため、その後Aの為した解約申入は効力を生じない旨を認め、Xの請求を棄却した。X上告。大審院は、まず、建物保護法一条の「対抗」が六〇五条の「効力ヲ生ス」と「同一旨趣ニシテ他意アルニアラス」と解し、次のように判示してXの上告を棄却した。

「民法第六百五条ニ不動産ノ賃貸借ハ云云物権ヲ取得シタル者ニ対シテモ其効力ヲ生ストアルハ物権ヲ取得シタル第三者ニ対シテモ其債権的効力ヲ及スノ謂ニシテ、即チ賃貸人カ賃貸借ノ目的物ヲ第三者ニ譲渡シタルトキ

ハ其旧所有者ト賃借人トノ間ニ存在シタル賃貸借関係ハ法律上当然其新所有者ト賃借人間ニ移リ、新所有者ハ旧所有者ノ賃貸借契約上ノ地位ヲ承継シ、旧所有者即チ旧賃借人ハ全然其関係ヨリ脱退スルモノトス。蓋シ旧所有者ハ目的物ヲ譲渡スルニ依リテ賃貸借ニ付キ何等利害関係ヲ有セサルニ至ルヘケレハナリ。故ニ明治四十二年法律第四十条第一条ニ依リ土地ノ賃借人カ其賃借権ヲ第三者ニ対抗スルコトヲ得ル場合ニ於テ賃借人カ其土地ヲ第三者ニ譲渡シタルトキハ、土地ノ新所有者ハ其賃貸借契約ニ基ク旧所有者ノ権利義務ヲ承継シ、旧所有者ハ賃借人タル権利義務ヲ有セサルモノトス。……然ラハAハ解約申入ヲ為シタル当時既ニ賃貸借関係ヲ脱退シ賃借人ニアラサル者ナレハ其解約申入ハ効力ヲ生セサルモノト謂ハサルヲ得ス」。

右判決は、旧所有者が賃貸借関係を「脱退」する理由を、「旧所有者ハ目的物ヲ譲渡スルニ依リテ賃貸借ニ付キ何等利害関係ヲ有セサルニ至ル」という実質論に求める点で、通説、とりわけ末弘説の影響がうかがわれる。そして、この判決以降、岡松¹¹鳩山説はその支持者を失つてゆくことになる。

(52) 横田秀雄『債権各論』(清水書店、五版、一九一四年)五二八頁(初版、一九二二年)。なお、同「賃貸借登記ト物権取得者ノ賃金請求権」法学志林二二卷一四三―四七頁(一九一〇年)。

(53) 末弘徹太郎『債権各論』(有斐閣、五版、一九二〇年)五九七頁(初版、一九一八年)。

(54) 不動産登記法一三二条参照。

(55) 不動産登記法一一・一一二条参照。

(56) 末弘・前掲書(注53)五九七―五九八頁。なお、既発生債権は旧所有者に帰属し、新所有者に移転しない旨を明示している(同前五九八頁注四三参照)。

(57) 嘩道・前掲論文(注49)一〇六頁および薬師寺伝兵衛「民事判例研究¹¹賃貸借契約の譲渡」法学志林二二卷二号(一九一九年)八三―八四頁も同旨。

(58) 岡松参太郎「無過失損害賠償責任論」(有斐閣、一九五三年)三〇四―三〇五頁註六七。

(59) 先訴の抗弁は、わが民法の検索の抗弁に相当する(BGB七七一条参照)。

(60) 鳩山・前掲書(注45)四六八頁註七。

(61) 鳩山・同前四六六―四六七頁。鳩山博士は、「之レ法典ガ単ニ物権取得者ニ『対抗スルコトヲ得』ト規定セズシテ賃貸借が『効力ヲ生ズ』ト

規定シタル所以ナリ」とする。

(62) それゆえ、その移転は債権譲渡（四六六条以下）の手續による。鳩山・同前四六七頁。

(63) 鳩山・同前四六七―四六八頁。

(64) 末川・前掲論文（注44）二五三頁。

第四款 「契約当事者の地位の移転」の萌芽——横田秀雄博士（大正九年―一〇年）

一 序

債務引受論がほぼ定着した第二期の終わりになると、当然の如く、債権・債務を合わせた契約当事者の地位の移転が議論の対象となる。その先鞭をつけたのが、大正九年から一〇年にかけて公にされた横田秀雄博士の論文「債権債務ノ移転ヲ論ス」⁽⁶⁵⁾であった。もともと同論文は、その表題が示すように、債権譲渡・債務引受のみならず相続も含めて広く債権債務の移転を扱うものであるが、ここでは契約当事者の地位の移転に関連する部分を紹介するにとどめる。

二 売買契約の移転

横田博士は、まず、権利関係の承継を一般承継と特定承継とに分け⁽⁶⁶⁾、後者には、次の三つの場合があるとする。すなわち、承継人が「其先人ノ債権ノミヲ承継スル」場合、「債務ノミヲ承継スル」場合および「債権ト債務トヲ併せて承継スル」場合の三つである⁽⁶⁷⁾。そして、第三の場合の例として、「丙者カ乙者ニ対スル甲者ノ白米代金ノ債権ヲ譲受クルト同時ニ甲者カ乙者ニ対シテ負担スル白米給付ノ債務ヲ引受ケ」る場合を挙げ、かかる場合には「丙ハ先人甲ノ地位ヲ承継シテ当事者トナリ、甲ハ全然契約関係ヲ離脱ス」る、と述べる。つまり、白米の売買は「当事者ニ更迭ヲ生ジタルニ拘ハラズ尚ホ其同一性ヲ保チテ存続スル」のであり、「換言スレバ、一ノ契約ヨリ生ズル効果ノ全部ニ付キテ主体ノ変更アリタルトキハ契約当事者ニ転換ヲ生スル」のである⁽⁶⁸⁾、と解している。

右の見解は、契約当事者の地位を債権と債務とに分解し、その両者が移転すれば契約当事者の地位も移転すると解するものである。

三 賃貸借契約の移転

しかしながら横田博士は、「賃貸借契約ヨリ生ズル債権債務」の場合には、「其債権債務カ結合シテ一ノ法律関係ヲ形成シ分離スベカラザル関係ヲ有スル」ため、「其債権債務ヲ包括シテ之ヲ他人ニ移転スル場合ハ格別、個個ニ之ヲ他人ニ移転スルコトヲ得ズ」と解している。⁽⁶⁹⁾ その例として、賃借権の移転に伴う借賃支払債務の移転が挙げられている。⁽⁷⁰⁾

さらに博士は、「債権債務ガ所有権其他ノ物権ニ結合シ之レト分離スルコトヲ得サルカ為メ対世効ヲ有スル場合ニ於テハ其債権債務ハ依物性 (propter rem) ヲ有スルモノトシテ其附着スル所有権其他ノ物権ト共ニ移転シ之レト運命ヲ同フスルモノナリ」と述べ、かかる債権債務が「依物性ヲ取得スル場合」の一つとして、「登記ヲ経タル不動産ノ賃貸借」を挙げている。すなわち、六〇五条により「不動産ヲ賃貸シタル旧所有者ノ債権債務ハ其所有権ノ移転ト共ニ新所有者之ヲ承継シ、賃貸借契約ハ同一ノ内容範囲・同一ノ制限条件ノ下ニ新所有者ト賃借人トノ間ニ存続シ、旧所有者ハ賃貸借関係ヲ離脱ス」とし、「換言スレバ、此場合ニ於ケル賃貸人ノ権利義務ハ賃貸借ノ目的タル不動産ノ負担トシテ依物性ヲ有シ、不動産ノ所有権ト共ニ其承継人ニ移転スルモノトス」と述べている。⁽⁷¹⁾

右のほか横田博士が「依物性」を有する場合として挙げたのは、「土地所有権ニ結合スル地代小作料ノ債権、地上権ニ結合スル地代小作料ノ債務」⁽⁷²⁾ および、二八六条・二五四条である。⁽⁷³⁾

四 小 括

横田博士の見解で留意すべき点は、次の二点である。

第一点は、一つの契約から生ずる債権および債務が移転した場合に、契約当事者の地位の移転があるとする点で

ある。これは、後述するように、契約当事者の地位の移転を債権譲渡と債務引受とに還元する分解説と同一の発想に基づく。

第二点は、「依物性」という概念である。すなわち、横田博士の見解は、かつて石坂博士が「法律上ノ債務移転」として挙げた六〇五条、二八六条等に関して右の概念による説明を試みた点に特色を有する。

しかしながら、右の「依物性」は必ずしも明瞭でなく、加えて参考文献の引用がないため、横田博士が依拠した外国法⁽⁷⁴⁾および学説も不明である。それゆえ、第二期末に出された横田説は、従来の議論から一步を踏み出しつつも、学界に寄与するところが少なかつた、と考えられる。

(65) 横田秀雄「債権債務ノ移転ヲ論ス」法学新報三〇巻二二号(一九二〇年)、同三一巻一七号(一九二二年)。

(66) 横田・同前三〇巻二二号八一〇頁。

(67) 横田・同前一〇頁。

(68) 横田・同前一一二頁。

(69) 横田・同前三三頁。

(70) 横田・前掲論文(注65)三一巻三七―三八頁。

(71) 横田・同前三八―三九頁。

(72) 横田・同前三八頁および二九―三七頁。

(73) 横田・同前四〇―四一頁。

(74) 大審院判事であった横田博士の法的思考にドイツ民法学説の影響が強くみられる、との指摘がある(北川善太郎『日本法学の歴史と理論』(日本評論社、一九六八年)二四五頁および一三五頁)。もつとも、横田博士は、帝国大学法科大学仏法学科の卒業であり、そのせいか、「その解釈論は、ドイツ流のそれに徹底したものではないところがある」との指摘もなされている(北川・同前二四二頁註36)。

第五款 ま と め

一 債務引受論について

冒頭に述べた如く、第二期はわが国にドイツの債務引受論が導入され、かつ、定着した時期であった。現行民法典の施行後、起草者たちの反対にもかかわらず早くも早期に債務引受が定着した背景としては、ドイツ民法学の全盛という一般的傾向のほか、以下の事情を指摘しうる。すなわち、債務引受制度が債務の同一性を維持しつつ債務者の交替を可能にするため、経済取引の要求に合致すること、わが国には債務の特定承継を認めないローマ法の伝統がなかったこと、および、旧民事訴訟法六九九条が「債務ノ引受」を明記していたことなどである。

もっとも、この時期の有力な学説(石坂・鳩山・末川等)は、ドイツにおけると異なり債務者・引受人間の契約に債権者が同意するという免責的債務引受の形態を否定していた点に注意を要する。

二 賃貸人の地位の移転について

ところで第二期には、賃貸借契約の移転が判例および学説上問題になった。より具体的には、①賃借権に對抗力がない場合、または②対抗力がある場合における目的不動産の譲渡に伴う賃貸人の地位の移転、が問題となる。これらをめぐる第二期の議論を横断的に概観すると、まず第一に、通説はいずれの場合も賃貸人の「地位」が移転すると解していた。

また第二に、効果としては、旧賃貸人(①・②)が賃貸借関係を離脱する点で共通する。ただし②に関しては、旧賃貸人が免責されないとする有力説(岡松・鳩山・末川)が存在する。しかし大審院は、右の離脱を肯定した(三)判決)。

右の点とも関連するが、第三にその要件が問題となる。すなわち、譲渡当事者の合意に加えて相手方の承諾の要

否が問題とされた。まず②では、賃貸人の地位が当然に移転するため、賃借人の承諾は不要である。けれども前述の有力説では、旧賃貸人の離脱に「同意」⁽⁷⁵⁾が必要とされる(鳩山)。次に①の場合には、相手方の承諾を不要とする判例(二二)と必要とする判例があり、学説は後者を支持している。しかし、そもそもかかる形態の免責的債務引受が認められるか否かについて議論があり、債務引受論との整合性が問題となる。

ところで第四に、いずれの場合にも、契約当事者の地位の移転時を基準として将来発生すべき債権・債務のみが移転する、という鳩山博士の指摘に留意すべきである。すなわち博士は、既発生 of 債権債務の移転には、個別の債権譲渡・債務引受の手續が必要であるとする。

三 契約当事者の地位の移転について

債務引受の定着および賃貸借契約の移転をめぐる議論は、必然的に契約当事者の地位の移転の議論に結びつく。すなわち第二期の終わりには、前主の「債権ト債務トヲ併セテ承継スル」ことによりその「地位ヲ承継」する、と主張する見解(横田)が登場した。しかし、契約当事者の地位の移転が本格的に問題とされるのは、次の第三期以降のことである。

なお、第二期には、六〇五条の効果としての賃貸人の地位の移転が、「法律上ノ債務移転」(石坂・末川)ないし「依物性」という概念によって説明されていた(横田)ことは記憶に留めておかなければならない。

(75) 本稿では、承諾・承認・同意を同義語として用いている。すなわち、「承認」とは私法上、「一定の事実を認めること」であり(『新法律学辞典・第三版』(有斐閣、一九八九年)七三四頁)、「承諾」は、「一定の事実の承認あるいは一定の事実への同意の意に用いられることもある」(同前七三一頁)。もっとも本稿では、原則として「承諾」という語を用いることにする。

第四節 第三期・大正一〇年——昭和二〇年

第一款 売買契約上の地位の移転をめぐる大審院判決

一 三つの大審院判決

債務引受が定着した第二期を承けて、第三期には、債権譲渡と債務引受を包摂する「契約上の地位の譲渡」⁽¹⁾が学説上注目されるに至る。その契機となったのが、次の大正一四年判決をはじめとする三つの大審院判決である。

【四】 大判大正一四年二月一五日民集四卷七一〇頁。⁽²⁾

事案は次のようなものであった。大正八年一〇月に雑穀商AがYから大豆を買う契約をなし、内金をYに交付した。Xは、右契約の履行期を経過した翌九年二月六日にAよりその権利一切の譲渡を受け、かつ、Aの負担する代金支払債務を引受けた。ただし、AよりYに対し債権譲渡の通知をしたが、債務引受についてはYの承諾がなかった。その後、同月一八日、XはYに対し大豆を二五日までに引渡すよう催告したが、Yが応じないので二六日に本件売買契約を解除し、内金の返還および損害賠償を請求した。これに対しYは、AX間の債務引受契約に關与していないため、XがYに売買契約上の債務を負わず、したがって解除権も有していない、と抗弁した。原審はXの請求を棄却。Xは、双務契約上の権利の譲受には代金支払義務も当然随伴するから特にYの承諾が必要でなく、解除権も当然にXに移転すると主張して上告した。これに対し、大審院は次のように判示して、Xの上告を棄却した。

(一) 「売買契約ニ基ク買主ノ権利カ第三者ニ譲渡セラレタル場合ニ於テモ、其ノ代金支払ノ債務ハ第三者カ特ニ適法ナル債務ノ引受ヲ為ササル限りハ依然トシテ買主ニ残存スルモノニシテ、買主ノ権利ノ譲渡ニ当然随伴シ

テ第三者ニ移転スルモノニ非サルナリ。而シテ債務ノ引受ハ債務者ノ意思ニ反セサル限り債権者ト引受人トノ間ニ於テ之ヲ為スコトヲ得ヘキモノナルヲ以テ、叙上ノ場合ニ於テ第三者カ代金支払債務ノ引受ヲ為スニハ債権者タル売主トノ間ニ之カ契約ヲ締結スルコトヲ必要トスルモノナルコト論ヲ俟タサル所ナリ。然ラハ原判決カ論旨摘録ノ如ク判示シ本件ノ如キ双務契約ニアリテハ債権ノ讓渡アレハ当然債務ノ引受アリト云フヲ得ス。債務ノ引受ヲシテ法律上有効ナラシムルニハ独リ讓渡人タルAト讓受人タルXトノ契約ヲ以テ足レリトセス、必スヤ更ニ其ノ債権関係ノ相手方タルYノ同意ヲ要スルモノト為シタルハ相当ニシテ論旨ハ理由ナシ。

(二) 解除権ハ契約ヲ解除スル権利ナルヲ以テ契約当事者タル地位ニ在ル者ニ非サレハ之ヲ有スルコト能ハサルハ言ノ俟タサル所ニシテ、売買契約ニ基ク買主ノ権利ヲ讓受ケタル者ハ単ニ其ノ権利ノ讓受人タルニ止マリ売買契約ノ当事者タル地位ヲ承継スル者ニ非サルヲ以テ、該売買契約ノ解除権ハ右権利ノ讓渡ニ当然随伴シテ讓受人ニ移転スルモノニ非サルナリ。然ラハ原判決カ本件ノ如キ双務契約上ノ債権ノ讓渡ニ在リテハ之ニ從タル解除権ハ全債権関係ト共ニノミ讓渡スルコトヲ得ルモノニシテ、契約ヨリ生スル一方ノ債権若ハ債務ノミヲ讓渡スルニ過キサル場合ニハ解除権ヲ讓渡スルコトヲ得サルモノト解シタルハ相当ニシテ論旨ハ理由ナシ⁽³⁾。

【五】 大判昭和二年一月一六日民集六卷七〇六頁。

事案はおよそ次のようであつた。Xは、Aが石炭商であるBとの間に石炭の継続的供給契約を締結した際に、Aの依頼に依じ、Aの物上保証人としてその不動産に根抵当権を設定した。その後、ABCの合意によりCが売主であるBの地位を承継し、Aに石炭を供給した。そしてCは、その代金債権および右根抵当権をYに讓渡し、YがAの債務不履行を理由に根抵当権を実行して、Xの不動産を競落した。そこでXは、右根抵当権がBのAに対する将来の代金債権を担保するものであり、CのAに対する債権を担保するものではないから、右競売が無効であるとして訴を提起した。原審はXの請求を棄却し、Xが上告した。大審院は次のように述べて、Xの上告を棄却した。

「前示ノ如キ売買契約ニ於テ売買当事者及第三者間ノ契約ヲ以テ売主ノ有スル契約上ノ権利義務ヲ第三者ヲシテ承継セシムルコトハ固ヨリ有効ニシテ、斯ノ如キ場合ニ於テハ第三者ハ売主タル地位ヲ取得シ買主ニ対シ直接ニ売買ノ目的物ヲ給付スル義務ヲ負フト同時ニ代金ノ支払ヲ受クル権利ヲ取得シ得ルモノト謂フベク、所論ノ如ク叙上ノ売主タル地位ノ承継アリタル場合ニ於テハ将来ノ債権ノ譲渡又ハ将来ノ債務ノ引受アリタルモノニシテ将来債権債務カ成立シタルトキ譲渡人又ハ被引受人ハ夫々一旦債権者又ハ債務者ト為リ之レト同時ニ直ニ譲受人又ハ引受人ガ其ノ権利義務ヲ承継スベキモノト謂フヲ得ザルナリ」。

【六】 大判昭和五年三月二九日法律評論一九卷民法五一二頁

A Y間で木材の売買契約が成立し、買主であるAがYに内金を支払ったにもかかわらず、Yは木材の引渡債務を履行しなかった。その後Aは、その「契約上ノ一切ノ権利」をXに譲渡し、その旨をYに通知した。そこでXがYに改めて木材引渡を催告し、右契約を解除して内金の返還を請求した。争点となったのは、解除権が契約当事者の地位に随伴するものであることを前提としつつ、XがAの契約当事者の地位を承継したか否か、という点である。原審は、本件においてかかる地位の承継を否定し、Xの請求を棄却した。そこでXが上告。大審院は次のように判示してXの上告を棄却した。

「売買契約ニ其ク買主ノ権利カ第三者ニ譲渡セラルルモ代金支払ノ債務ハ其ノ第三者カ適法ナル債務ノ引受ヲ為ササル限り依然トシテ買主ニ残存スヘキカ故ニ、買主ノ権利ノ譲渡ハ之ヲ売買契約ノ当事者タル買主ノ地位ノ移転ト同視スルヲ得サルハ勿論ナルノミナラス、買主カ相手方ニ対シ代金支払ノ債務ヲ負フ以上ハ売買契約ノ当事者タル買主ノ地位ハ右相手方ノ同意アルニ非サレハ之ヲ第三者ニ移転スルヲ得サルコト言フ俟タス。然ラハ買主ノ地位ノ移転ヲ債権ノ譲渡ニ外ナラストシ譲渡人ト譲受人トノ契約ニ依リ右地位ノ移転ヲ生スルモノトスル所論ハ理由ナキノミナラス、抑解除権ハ債権契約ヲシテ初メヨリ存在セサリシト同一ノ効果ヲ生セシムルコトヲ曰

的トスル権利ナルカ故ニ、売買契約ノ解除権ハ該契約ノ当事者又ハ其ノ当事者タル地位ヲ承継シタル者ニ於テノミ之ヲ有シ得ヘク買主ノ権利ノミノ譲受人ハ当然ニ解除権ヲ譲受クルモノニ非サルコトハ当院ノ判例トスル所ナリ(大正十四年(オ)第千二十三号同年十二月十五日判決参照)。本件ニ付之ヲ觀ルニ……XハAヨリ買主ノ權利ヲ譲受ケタルコトヲ主張スルモノニ過ギザルガ故ニ其ノ譲受ノ事実アリトスルモノノミニ依リXハ本件売買契約ノ当事者タル地位ヲ承継シタルモノト謂ヒ得ベキニ非ズ。從テXハ該契約ノ解除権ヲ有セザルモノトス。然ラバ原判決ガ上告人ノ主張スル買主ノ権利ノ譲渡ハ右解除権移転ノ効力ヲ生ゼザルモノトシ、Xノ解除ヲ前提トスル本訴ノ請求ヲ不当ナル旨判示シタルハ相当」である。

二 若干の指摘

以上の判決は、いづれも売買契約における契約当事者の地位の移転を問題とするものである。これらに関する私見は後述する(第四章)ことにして、ここでは注意すべき点をいくつか指摘しておく。

まず第一に、理論構成の面では、大審院が契約当事者の地位の移転から特に債務引受を抽出し、債務引受が有効であれば契約当事者の地位の移転が認められるとしている点(四)・(六)が注目される。換言すれば、売買契約における当事者の地位の移転に関しては、「それを債務の引受の効力の問題に還元するのが、判例の態度⁽⁴⁾」であると解される。

第二に要件の点では、売買契約の両当事者および譲渡人の三面契約により、契約当事者の地位が移転することに問題がない(五)⁽⁵⁾。問題となるのは、【四】および【六】判決において、大審院が債務者と引受人との契約に債権者が承諾するという形態の免責的債務引受を認めた、とも解されうることである⁽⁶⁾。なぜなら、前述の如く、第二期の学説は一般にかかる債務引受を否定していたからである。もつとも、大審院が債権者の承諾を「付随的なものとするのか、それとも三面契約を要求する趣旨なのかは」判文上必ずしも明らかではない⁽⁷⁾。

第三に効果の点では、契約当事者の地位の移転に伴い解除権が移転することに異論がない。そして【四】および【六】判決では、売主Yの承諾がないため契約当事者の地位の移転が否定され、その結果、Xの解除権も否定されている。けれども、かかる結論にはやや問題がある。というのも実質的には、Xに契約上の権利を譲渡して契約関係から離脱したAに解除権を認める利益があるか疑問である。他方、Yは債務不履行をしたにもかかわらず、契約の解除を免れることになり妥当でない。そうとすれば、XのYに対する解除権の行使を認める方が、結論的には妥当であるとも解される。後述するように、第四期には、かような「具体的利害」の検討を通じて、「契約引受ないし契約上の地位の移転という観念」を「不要であるばかりか有害」ではないか、と解する学説⁽⁸⁾が登場することに注意を要する。

ところで、右の第二点と関連するが、以下に述べるように第三期には、債務者と引受人との契約による債務引受を肯定する見解が多数となる。そうして、かかる債務引受論の進展は、契約当事者の地位の移転の法理を大きく前進させることになるのである。

- (1) 我妻栄『債権總論(民法講義IV)』(岩波書店、一九四〇年)三六九頁。
- (2) この判決の評釈としては、乾政彦『判例民事法II大正一四年度』一一五事件五五六頁のほか、加藤一郎「債務引受と契約引受」『判例演習債権法I』(有斐閣、一九六三年)一六〇頁、高島平蔵「債務引受・契約上の地位の移転」『続判例百選六四頁(一九六一年)』、山崎寛「免責的債務引受の要件」『民法判例百選II(第三版)』七四頁(一九八九年)がある。
- (3) 本判決には、末弘厳太郎博士の評釈(『判例民事法II昭和二年度』一〇八事件五一六頁)がある。
- (4) 四宮和夫「債務の引受」『総合判例研究叢書民法(4)』(有斐閣、一九六〇年)七二頁。
- (5) 末弘博士は【五】判決の評釈において、「苟も原契約の当事者双方及び承継人の三方的合意ある以上、有効に地位の承継ありたりと解すべきこと理論上当然であり、それゆえ、「私は本判決によって従来明文なかりし此問題に付いて一新判例を得たることを喜ぶの外、特に多く論ずべきものを見出さない」と述べている(前掲注(3)五一九頁)。
- (6) 乾・前掲論文(注4)五六〇頁。
- (7) 乾・同前、四宮・前掲論文(注2)七二頁。

第二款 債務引受から契約当事者の地位の移転へ

一 債務引受論の展開

債務者と引受人との契約による免責的債務引受を否定する見解は、第二期に多数を占めていたが、第三期には少数説となった⁽⁹⁾。その転機となったのは、欧米留学からの帰朝後に出版された末弘巖太郎博士の体系書であった⁽¹⁰⁾。

末弘博士は同書において、次のように述べている。すなわち、「旧新債務者の契約のみによつて債務引受の効果を生ぜしめ得ざること勿論であるが、後より債権者之を追認するに於いては其時以後其効果を生ぜしむるを妨げない⁽¹²⁾」。そして、これに対しては「反対説があるけれども債権者の追認を無効とすべき理由は少しもない⁽¹³⁾」とする。なお、末弘博士は、「契約当事者たる地位の全体的承継」にも言及し、これは債権譲渡・債務引受と「全然別物」であり、「契約当事者双方及び承継人の三面契約を以て有効に」なしうるとするのが「一般の解釈である」と述べている⁽¹⁴⁾。

右の末弘博士の見解をより詳細に述べたのが、近藤英吉・柚木馨の両教授による注釈書である。すなわち同書は、債権者の承諾を無効行為の追認(一一九条)であると解し、「債務の引受は、債権の処分以外ならぬから、非権利者の処分行為に対する権利者の追認が、無効行為の追認として有効なる限り、債務者引受人間の引受契約に対する債権者の同意も、亦之を有効なるものと解すべきである⁽¹⁵⁾」とする。

また、田島順博士も、債務者・引受人の債務引受契約を債権者が追認した場合にも有効であると解し、右の見解と同じ結論を採る。けれども、債権者の「追認」を無効行為の追認ではなく、「非権利者の処分に対する追完⁽¹⁶⁾」であるとする点で、その説明を異にしている。

二 我妻博士の見解

以上の学説の展開を踏まえ、さらに「契約上の地位の譲渡」の経済的重要性を認識しつつ、債務引受論を進展させたのが、昭和一五年(一九四〇)に出された我妻栄博士の見解であった。

博士はまず「契約上の地位の譲渡」に言及し、次のように述べている。すなわち、「契約、殊に継続的な契約上の地位に伴ふ債権は、これと結合する債務と共に譲渡せられる場合が少くなく、「かかる場合には、箇々の債権の譲渡と箇々の債務の引受とが別々に行はれるものにはあらずして、一箇の契約上の地位が譲渡せられるもの、と見るを至当とする」。もつとも、「この契約上の地位の譲渡については民法に特別の規定なく、これを如何に規律すべきかは重要且つ困難な問題である」としている。⁽¹⁷⁾

ところで我妻博士は、債務引受の社会的作用においても、右の「契約上の地位の譲渡」を重視した。すなわち、債務引受は、「その債権の経済的基礎たる責任(債務者の一般財産)を変更することとなり、債権の価値を増大する作用を営む」ほか、同一契約上の債権債務が「合して一箇の法律上の地位を構成し、これを一括して移転することは契約関係に流動性を与へる作用を営む」⁽¹⁸⁾とする。加えて、「近代に於ける営業乃至企業が種々の法律関係並に事実関係と共に債務をもその構成部分となすことは顕著な事実であり、又その移転が経済上極めて重要な作用を営むことも言を俟たざる所であるが、債務引受はその一内容として特殊の意義を有すべきことも容易に理解し得る所であらう」⁽¹⁹⁾と述べている。そして、かかる認識を背景に、債権者の承認を「停止条件として効力を生ずる」⁽²⁰⁾債務者・引受人間の債務引受契約を肯定する。その理由は、第一に、「債務引受に於て債権者の地位を考慮すべきは、ただ責任(債務者の一般財産)の変換により経済上の不利益を蒙らしめざる一点に尽き」、そうとすれば「その意思に対しては効力発生の要件たる地位を与へれば必要にして充分」である、ということにある。また第二に、「實際上より見るも、新旧債務者間の債務引受を認めざれば債務引受を認むる実効は甚しく減殺せられる」ことになる。そし

て第三に、契約上の地位の譲渡を挙げている。すなわち、「契約上の地位や企業の譲渡に於てこれに包含せられる債務の移転を輕易に認める為めには、先づこの理論を確認することが出発点であり、「然る後に、債権者の承認を、場合により、事情に即し―債務者の地位が所有権その他のものと結合し又は企業に包含せられる為にその移転が債権者の不利とならざるとき―これを軽視する途を進むことが、契約上の地位の移転や企業の移転の法理を築く捷徑であらう」とする。⁽²¹⁾

かかる我妻博士の見解は、今日では、「すこぶる巨視的かつ説得力に富む論拠を示し、この形の債務引受がひろく通説的に承認されるにいたった基盤を作り上げた」と評されている。⁽²²⁾

三 小 括

第三期における我妻説の特色は、次の二点にある、と考えられる。

第一の特色は、「契約上の地位の譲渡」の重要性を指摘したことである。とりわけ、債務引受の社会的作用に着目し、「契約上の地位の譲渡」を中心に据えて債務引受論を立論した点は、従来の学説に無かつた発想であつた。

また、右の点とも関連するが、第二に、債務引受における債権者の意思的関与を本質的なものとせず、「ただ責任（債務者の一般財産）の変換により経済上の不利益を蒙らしめざる」ためのものであることを明示した点も、従来の学説と異なる。これは、我妻博士自らが述べたように、債務の移転が債権者の不利とならない場合には債権者の意思を軽視する、という途を開くことになる。

ところで、債務者・引受人間の契約による債務引受を認める我妻博士の見解は、第三期の終わりにすでに支持⁽²³⁾され、第四期には通説となる。そしてかかる我妻説の普及に伴い、契約当事者の地位の移転もまた、学説の注目を集めていった、と考えることができる。

(9) 中島玉吉『債権総論』（金刺芳流堂、再版、一九二八年）三七九頁、吾孫子勝『債権法要論』（巖松堂書店、一九二八年）二〇八―二〇九

頁、相原文雄「債務引受契約と第三者の為にする契約との異同(一)」慶応法学研究一五巻二号一七―一九頁(一九三六年)。なお、林信雄教授は、その体系書『判例を中心としたる債権法論(総論)』(凡叵社、三版、一九三七年)二八五―二八六頁には、債務者と引受人との契約による債務引受の記述が無いが、その後の論文では、必ずしも否定していない(「債務の引受について」民商九巻二号二二九―二三〇頁(一九三九年))。

(10) 末弘巖太郎『債権総論』(一九二八年)。

(11) もつとも、それ以前にもかかる形態の債務引受を肯定する見解として、乾・前掲論文(注2)五六〇―五六一頁および中治武二「免責的債務引受契約に就て(一)」同志社論叢一八号九五頁以下(一九二五年)がある。とりわけ後者は、未完の論文であるが、これまで「法律上ノ債務移転」(石坂)として説明されていた二八六条および二五六条を、「状態債権(又は物的債権)(Zustandsobligation od. Realobligation)」である(中治・同前九九頁)としている点が興味深い。

(12) 末弘・前掲書(注10)二一〇頁。

(13) 末弘・同前二二一頁註六。

(14) 末弘・同前二二二頁註八。

(15) 近藤英吉・柚木馨『註釈日本民法(債権編総則)中巻』(巖松堂書店、一九三五年)四六〇―四六一頁。

(16) 田島順『債権法』(弘文堂、一九四〇年)二三〇頁。

(17) 我妻栄『債権総論(民法講義IV)』(岩波書店、一九四〇年)三六九頁。

(18) 我妻・同前三九二頁。

(19) 我妻・同前三九二―三九三頁。

(20) もつとも、後に、結果は異なるが、「近時の通説」に従い、債権者の承認を「条件」と改めている(我妻・『新訂債権総論(民法講義IV)』(岩波書店、一九六四年)五六八頁)。

(21) 我妻・前掲書(注17)三九六―三九七頁。

(22) 椿寿夫『注釈民法(1)』(有斐閣、一九六五年)四五三頁。

(23) 例えば、浅井靖信『日本債権法総論』(京都印書館、再版、一九四六年)二五二―二五三頁(初版、一九四二年)、岡村玄治『債権法総論』(巖松堂書店、五版、一九四四年)二七三頁。とりわけ後者は、【六】判決を担当した岡村判事の著作であり、「債権者ノ同意ヲ条件トシテ」効力を生ずる債務者・引受人間の債務引受契約を「最も自然ノ経過」である、と解している点で興味深い。

第三款 いわゆる「敷金の附従性」について

一 昭和二年の大審院判決

日露戦争以後、借地について問題とされていた「地震売買」の弊害が借家関係についても生じ、その結果、大正一〇年に制定された借家法⁽²⁴⁾は次の一条を規定した。

一条一項 建物ノ賃貸借ハ其ノ登記ナキモ建物ノ引渡アリタルトキハ爾後其ノ建物ニ付物権ヲ取得シタル者ニ対シ其ノ効力ヲ生ス

かかる借家法の下で問題とされたのが、賃貸目的物である建物の所有権の移転が当然敷金の移転を伴うか否かであり、その契機となったのは、次の大審院判決であった。

【七】 大判昭和二年一月二日民集六卷一七号七一六頁

事案は次のようなものであった。Xは、AおよびBからその共有する木造瓦葺三階建劇場を活動写真興行の目的を以て借り受け、同時に敷金一万円を交付し、右劇場の引渡しを受けた。その後、大正一三年に右劇場は競売に付され、Yが競落し所有権移転登記をした。それゆえ、借家法一条により従前の賃貸借関係がXY間において継続したが、同年一月XYの合意により右賃貸借が解除され、XはYに本件劇場を返還した。そしてXは、先にAおよびBに交付した敷金をYに請求したがYが応じないため訴を提起した。原審は、「敷金契約ハ賃貸借契約ニ従タル契約ニシテ其ノ内容ヲ為スモノニ非ス」との理由で、Yが敷金契約を承継しないとし、Xの請求を棄却した。X上告。大審院は次のように述べて、原判決を破棄した。

「敷金ナルモノハ賃借人ニ於テ債務不履行アルトキ当然之ヲ賃料ノ弁済ニ充当スヘク若其ノ不履行ナキトキハ賃貸借終了ノ際之ヲ返還スヘキモノナルカ故ニ、借家法第一条ノ規定ニ依リ旧所有者トノ賃貸借カ其ノ賃借家屋

ノ所有権ヲ取得シタル新所有者ニ対シ其ノ効力ヲ有シ賃貸借カ依然存続スル場合ニハ、旧所有者ニ差入レタル敷金ハ旧所有者ニ対スル賃料ノ延滞ナキ限り当然所有権ノ移転ト同時ニ新所有者ニ移転シ該賃貸借ノ終了セサル以上之カ返還ヲ求め得ヘキモノニ非ス。從テ斯ル場合ニハ右敷金ニ相当スル金額ヲ旧所有者ヨリ新所有者ニ引継キ新所有者ノ為ニ担保ノ効力ヲ保有セシムヘキモノトス。然レトモ敷金ハ賃貸借契約ノ要素ニ非スシテ特約ニ因ル担保關係タルニ過キサルヲ以テ、賃貸家屋ノ所有権移転ノトキ新所有者ニ移転スヘキ敷金存スル場合ニ於テモ新所有者ニ於テ敷金ノ差入ヲ不用ナリトスルトキハ、新所有者ハ敷金ヲ承継スルコトナキモノナレハ其ノ賃貸借終了ノ場合ニ之カ返還義務ヲ負フヘキニ非サルコト勿論ナリ。故ニ新所有者ニ於テ敷金ヲ承継スルコトナシトシ從テ賃貸借終了スルモ新所有者ニ敷金返還ノ義務ナシトスルニハ宜シク右ノ如キ之ヲ不用ト為シタル事実アルカ又ハ前所有者ニ於テ延滞賃料ニ充当シ剰余ナカリシコトヲ明ニセサルヘカラス」。

この判決において留意すべきは、次の二点である。

第一に判決は、借家法一条により賃貸借關係が存続する場合、敷金も「当然所有権ノ移転ト同時ニ新所有者ニ移転」することを認めている。しかし、その理由を、賃借人の敷金返還請求権が賃貸借終了時に発生する、という点にのみ求めるのは、「いささか形式的に失する⁽²⁵⁾」と解される。

第二に判決は、新所有者が敷金を不要として、これを承継しない自由を認めている。けれども、この点は評価が分かれる。

以下では、右の二点を中心に、右判決に対する学説の対応を検討する。

二 学説の対応

【七】 判決に関しては、第三期を代表する我妻栄、末川博の両博士による評釈が出されている。

まず末川博士は、判決の結論に賛成する⁽²⁶⁾。そして敷金が当然に新所有者に移転する、という右第一点に関して

は、次のような実質的理由を挙げている。すなわち第一に、敷金は担保の意味を有するが、他の担保よりも「賃貸借に対して特に密接な関係の下にある」とし、第二に、敷金は賃貸借に附従して授受されるのがわが国の慣習であるとする⁽²⁷⁾。また第三に、かく解しないと借家人は、「建物の所有者が変わる毎に敷金についての処置を講じなければならぬという不利益な地位に置かれる」が、「建物の所有権の移転の如きは借家人の全然関知するところではない」から、かかる不利益を課することは許されないと述べている⁽²⁸⁾。

なお、本判決に直接関係しないが、敷金が新所有者に移転した場合に旧所有者が免責されるか否かについて、「斯かる場合には一種の併存的債務引受が法律上認められて旧所有者は特別の免責事由（返還請求権を有すべき賃借人の于与を必要とする）がない限り新所有者と相並んで敷金返還の義務を負ふものである」と付言している⁽³⁰⁾。

他方、我妻博士は、ドイツの理論を検討し、敷金が新所有者に移転する実質的理由として後に通説となる状態債務（Zustandsobligation）説を導入した。すなわち、「家屋の賃貸借が目的物の引渡によって爾後目的物の所有権を取得する者に対して効力を生ずるといふ法制の下においては、かかる賃貸借関係は目的物の引渡によって目的物と結合し、ドイツ学者のいわゆる“Zustandsobligation”ないし“Zustandsschuldverhältnis”となり、債権関係の各時の当事者たる地位（die jeweilige Trägerschaft des Schuldverhältnisses）は目的物の所有者という状態（Zustand）によって決まるものであると考えなければならない」とする⁽³⁰⁾。

もつとも、我妻博士自ら、ドイツにおいて右の理論は、「主として、『物権に非ずしてしかも第三者に対して効力を生ずる債権関係』なる特殊のものを説明せんとする理論的構成に過ぎないようである」（傍点原文）と述べている。にもかかわらずそれを導入する理由は、「この賃貸借関係を所有者たることに結合せる一の包括的關係と見る理論」が、「ただその移転を個々の債権の譲渡および個々の債務の引受と見ずして包含的に考察しうるといふ理論的便宜を供するのみならず、更に、賃貸人の権利義務を所有権と結合せる一種の経済的地位と見ることを暗示す

る」(傍点原文) ことにある。⁽³¹⁾ この点を詳言すれば、「従来の法律理論においては、総ての経済的地位は、個々の、しかして各種の、権利義務に分解せられてそれぞれ異なる原則に従つて規律せられた」。それゆえ、「各国の民法は個々の所有権、債権もしくは債務の移転に関しては詳細な規定を有するけれども、これらの権利の集合の移転に関する規定は寥々たるものであり、これらの権利義務の集合せる地位の移転に関してはほとんど全くこれを欠く。然し、近世の経済社会において各種の権利義務の種々の態様における結合が一の地位として経済的に特殊の価値を有するに至つた以上、法律もまたこれを特殊の立場から取扱わねばなら」ず、その適例が「賃貸借と結合せる不動産所有権者の地位である」ということになる。なぜなら、「目的物の賃貸借は実には所有権の経済的作用に過ぎ」ず、「結合せられたる賃貸借は実には所有権の實質的内容に他ならない」からである。⁽³²⁾ (傍点原文)。

そうして我妻博士は、「右の如き思想の下に」、敷金が「所有権の移転に伴つてその当然移転せらるべきことは……常に肯定せらるべき」である、と結論づけている。⁽³³⁾

ところで、以上のように「賃貸借関係を所有権と結合して移転する一箇の地位」と解し、そこに敷金を包含せしむると、新所有者がその承継を拒絶するのは「むしろ原則の縮小」ということになる。⁽³⁴⁾ また、實質的にも、「敷金は一面賃貸人の権利の担保なると共に、他面に賃借人の使用収益請求権の担保たる作用をなす」。それゆえ我妻博士は、「賃貸人譲受人間の敷金不承継の特約および譲受人の敷金承継の拒絶を……許さざるものと解すべきである」⁽³⁵⁾ とする。この点において、我妻博士の見解は、右を肯定に解する大審院および末川博士の見解と異なるものである。

(24) 渡辺洋三『土地・建物の法律制度(上)』(東京大学出版会、一九六〇年)二九一頁以下、特に三一五頁以下。なお、借地借家法三一条一項。

(25) 我妻栄『判例民事法昭和二年度』一一〇事件五二四頁(一九二七年)。

(26) 末川博「敷金と賃貸借の目的たる建物の所有権移転」法学論叢二〇巻三号八〇二頁以下(一九二八年)。

(27) 末川・同前八〇六頁。

- (28) 末川・同前八〇七頁。
- (29) 末川・同前八〇八頁。
- (30) 我妻榮「敷金の附従性」『民法研究VI債権各論』(有斐閣、一九六九年)一五八一—一五九頁(初出、法学志林三〇卷九号一〇四六頁以下(一九二八年))。なお、ドイツの参照文献として、Oertmann: Gierkeの注釈書が挙げられている。
- (31) 我妻・同前一五九頁。
- (32) 我妻・同前一五九—一六〇頁
- (33) 我妻・同前一六〇頁。
- (34) 我妻・同前一六五頁。
- (35) 我妻・同前一六七頁。

第四款 ま と め

我妻博士に代表される第三期は、契約当事者の地位の移転が学説上正面から採り上げられた時期であった。とりわけ、我妻博士による社会経済的視点からの「契約上の地位の譲渡」の重要性の指摘は、この問題に対する学説の関心を著しく高めたと考えられる。

それに加えて、債務引受を「契約上の地位の譲渡」の中に位置づけ、債務者・引受人間の契約による免責的債務引受を肯定したのも我妻説に拠るところが大きい。もともと、その場合にも債権者の関与が必要である。けれども、それは、債権者に債務者の交替による経済的不利益を蒙らせないためであり、あくまで副次的なものに過ぎないことに注意すべきである。

ところで、第三期には、同じく我妻博士により、ドイツの状態債務説が導入されたことも特筆に値する。その契機となったのは、敷金の移転に関する大審院判決であるが、右の理論はより一般的に、賃貸借関係が目的物の所有権と結合することを肯定するものである。それゆえ、状態債務説は、これまで単に「法律上ノ債務移転」と説明さ

れていた六〇五条による貸借契約の移転を理論的に基礎づけるものとして注目される⁽³⁶⁾。

以上の我妻博士によって蒔かれた種子は、第四期に花開き、一応の実を結ぶことになる。その意味で第三期は、これまで問題とされてきた単なる債務者の交替から契約当事者の地位の移転への、ターニング・ポイントであったと評することができる。

(36) なお、この場合に旧貸借人が当然に免責されるか否かについて、第二期には有力な否定説(岡松・鳩山)が存在した。しかし第三期ではかかる否定説が支持者を失い、旧貸借人の免責を認める見解が通説的地位を維持した。例えば、第二期に六〇五条に関して新旧所有者の併存的債務引受を認めていた末川博士も、「物権取得者との間に貸借関係が移ればこれに伴って、貸借人の義務もすべて移ると観て、旧貸借人は免責されるものと解する方が妥当である」と改説している(末川博『債権各論Ⅱ第一部』(岩波書店、一九三九年)一八二頁。なお、戒能通孝『債権各論』(巖松堂書店、再版、一九四五年)二〇二頁(初版、一九四二年)も同旨)。

第五節 第四期・昭和二〇年——現在

第一款 前期・昭和二〇年—三〇年

一 背景

「法解釈学の不振」によって特徴づけられる第二次大戦後の一〇年間は、特色ある教科書・体系書が少ないことが指摘されている⁽¹⁾。

かかる状況にあつて注目されるのが、昭和二六年(一九五二)に刊行された柚木馨博士の『判例債権法総論Ⅱ下巻』である。なぜなら同書は、わが国に初めて、ドイツの「契約引受」(Vertragsübernahme)という概念を導入したものである⁽²⁾。

ところで、右の体系書が刊行された前の年(一九五〇年)は、契約当事者の地位の移転にとって、比較法上重要

な年であった。というのも、この年にロンドンで一三年ぶりに開催された第三回国際比較法会議 (Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung) において、「契約の譲渡」 (Die Abtretung von Verträgen) がテーマの一つとされたからである。その際、代表報告を行なったのは西ドイツのハインリッヒ・レーマン (Heinrich Lehmann) であったが、⁽³⁾このことは、当時の西ドイツ国内において、すでに契約引受ないし契約譲渡に対する関心が高まっていたことを示すものである。そして、右の報告はフランスにも紹介され、⁽⁴⁾学界の関心を喚起している。実際フランスにおいて契約譲渡 (cession de contrat) が盛んに議論されるようになったのは、一九五〇年以降のことであり、その意味でも、右の国際会議はエポック・メイキングな出来事であったと解される。

わが国でも、ドイツの契約引受が注目されたのが昭和二六年以降である、という事実も、かかる比較法的見地からは十分に納得しうるところである。

二 柚木博士の見解

柚木博士の「契約引受」に関する見解に触れる前に、まず債務引受論を検討する。

柚木博士も結論的には、債権者の追認があれば債務者・引受人間の債務引受契約が有効であると解している。その理由は、右の形態が「引受において通常行われる過程であるのみならず、特に契約上の地位の譲渡においてこの方法の有効性を否認することは、かかる譲渡を事実上不可能ならしめる」⁽⁵⁾ことにある。この点、我妻説の影響がうかがわれる。もつとも理論構成の点では、債権者の承諾を「条件」とする我妻説と異なり、一一三条・一一四条の無権代理の追認を類推する。すなわち、「新旧債務者間のみの契約が債権者の債権の処分または少くともこれに対する処分類似の干渉を包含する」から、無権代理に関する一一三条および一一四条を類推して、「かかる契約は債権者が追認をなすに非ざればその効力を生ぜざるものとし、而して引受人はその追認の有無を催告しうる」と解している。⁽⁶⁾

次に、「契約引受」(Vertragsübernahme) に関しては、これを「契約当事者たる地位の承継を目的とする契約」であると定義し、契約自由の原則を根拠に認めている。⁽⁷⁾ しかし、「かかる契約引受は原契約当事者及び引受人の三面契約によるべきである(継続的供給契約につき、昭二・一二・一六民集七〇六頁)」とする。その理由は、引受契約が「債務の引受をも包含し、従って原契約の相手方をも当事者たらしめる必要がある」ことにある。⁽⁸⁾ そして、契約引受の効果としては、「契約当事者たる地位に固有な解除権」の移転が挙げられている。⁽⁹⁾

三 小 括

右の柚木説は、ヨーロッパにおいてドイツの契約引受論が注目されたのと時期を同じくして、わが国に「契約引受」という概念を導入した点で興味深い。しかし、以下の点には注意を要する。

第一に、柚木博士の体系書は、ドイツの学説に関して文献の記載が無く、ドイツのいかなる見解に依拠したものであるか必ずしも明らかではない。

第二に、同書は「判例の総合研究を中心的素材」⁽¹⁰⁾ とするものであり、契約引受の要件および効果も、ドイツ民法のそれではなく、わが国の判例に即して説かれていることも事実である。

そして第三に、柚木博士は、「契約引受」を「三面契約によるべきである」として、昭和二年の大審院判決【五】を引用する。しかし前述の如く、この判決は三面契約がなされていた事案である。それゆえ、この判決を素材に、大審院が三面契約を要求していると解するのは妥当でない。⁽¹¹⁾

第四に、柚木博士は、債権者の追認があれば債務者・引受人間の債務引受契約が有効であると解しつつ、他方、契約引受の場合には、そこに債務引受を含むことを理由に、常に三面契約を要求するのは矛盾である。

以上の諸点を考慮すると、柚木説を、わが国にドイツの契約引受論を導入したものと解することはできない。にもかかわらず、戦後のわが国における「契約引受」の理論は、柚木説をその出発点としている、と言っても過言で

はない。なぜなら、「契約引受」に関する柚木博士の定義が、そのまま以降の学説に承継されてゆくからである。⁽¹²⁾ それゆえ、わが国における「契約引受」ないし「契約上の地位の譲渡」の理論は、その出発点から問題を内包していた、と考えられるのである。

- (1) 星野英一「日本民法学史(3)」月刊法学教室一〇号一五頁(一九八一年)。
- (2) 柚木馨『判例債権法総論Ⅱ下巻』(有斐閣、一九五二年)一九七頁。
- (3) H. Lehmann, Die Abtretung von Verträgen, Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in London 1950, Berlin, 1950, Vorwort S. 382.
- (4) G. Teles, La cession de contrat, Rev. inter. de droit comparé 1951, p. 217.
- (5) 柚木・前掲書(注2)一九一—一九二頁。
- (6) 柚木・同前一九二頁。
- (7) 柚木・同前一九七頁。
- (8) 柚木・同前一九七—一九八頁。
- (9) 柚木・同前一九八頁。
- (10) 柚木馨『判例債権法総論Ⅱ上巻』(有斐閣、一九五〇年)「はしがき」一頁。
- (11) この判決に関して、四宮和夫博士も次のように述べている。すなわち、「本判決は、三面契約をもって債務引受のなされた場合に関するものであり、判文も『固ヨリ有効ニシテ』と述べているところから見て、つねに三面契約で行うことを要求する趣旨のものと解することはできない」(「債務の引受」綜合判例研究叢書Ⅱ民法(14)(有斐閣、一九六五年)七一頁)。
- (12) 例えば、四宮・同前六九頁、神田博司「契約譲渡論(一)」法学新報六八巻六号二四—二五頁(一九六六年)など。

第二款 中期・昭和三〇年—四〇年

第一項 概 説

戦後の激動期を経て社会が安定してきたこの時期は、また、法解釈学の復興期でもあった。本稿のテーマに関し

てこの時期の特色を挙げると、次の二点に集約される。

第一点は、第三期に我妻博士によって提唱された状態債務説が積極的に展開されたことである。とりわけ、同博士の手に成る『債権各論Ⅱ中巻一(民法講義V)』(昭和三二年)は、右の見解をわが国の通説的地位に押し上げることとなった。

また第二点は、「契約引受」ないし「契約上の地位の譲渡」がわが民法の概念として定着したことである。そうして、この問題に関しては、最も議論が進展した時期であったと考えられる。

本款では、右の二点について順次検討を加えることにする。

第二項 状態債務説の展開

一 状態債務説の通説化

「敷金の附従性」に関して提唱された我妻博士の状態債務説は、石外克喜教授によって積極的に支持される。すなわち、同教授は、不動産所有権の譲渡に伴う賃貸借関係の移転を規定したBGB五七一条をめぐるドイツの議論を紹介し、「状態債権の立場に立つて解釈するを妥当とする」と結論づけている。⁽¹³⁾

かかる状態債務説を、より体系的にわが民法に組み入れたのは、我妻博士自身であった。博士は、「賃借権が売買によって破れずに、買主(目的物の譲受人)に対抗することができるとする場合は法律関係をどう説明すべきか」について、「賃貸借関係が賃貸目的物の所有権と結合する一種の状態債務関係(Zustandsobligation; Zustandsschuldverhältnis)として所有権とともに移転する」というドイツの理論を、「わが建物保護法や借家法の解釈としても採るべき」である、と述べている。⁽¹⁴⁾ その実質的理由は、賃貸人の使用収益させる義務が實際上稀薄になっていること(15)に求められる。⁽¹⁵⁾ そして、この見解を前提として、我妻博士は、賃貸人の地位が新所有者に移転した場合には、「旧賃

貸人はその関係から離脱する」と解している⁽¹⁶⁾。

二 賃貸人の地位の譲渡

ところで、賃貸人の債務が稀薄となったことは、賃借権に対抗力がない場合の賃貸人の地位の譲渡に関しても、従来と異なった解釈を導くことになる。すなわち、従来の判例および学説では、賃貸人の地位に債務が含まれるため、その譲渡は「債務引受の方法によることを要し、賃貸人と譲受人との間の契約だけではできない」と解されてきた。

しかし、一方、債務引受における債権者の意思的関与が副次的なものと解されてきた。他方、賃貸人の債務は、右のように「實際上それほど個人的な色彩を有せず、目的物の所有者であることによつてほとんど完全に履行することができる」と考えられている。加えて、「賃借人にとつても、売買によつて賃貸借が破れ、旧賃貸人に対して債務不履行の責任を問うことができるだけになるよりも、譲受人が地位を承継してくれる方が遙かに有利である」。そうとすれば、賃借人の意思的関与なしに、「賃貸人と譲受人の契約だけで、その地位の譲渡ができると解する」ことも可能である⁽¹⁷⁾。

以上の見解も、我妻博士の提唱したものであり、博士はかかる立場からかつての大審院判例を再評価している。すなわち、賃借人の承諾を不要とした大正四年判決^{【二】}を正当とし、それを要するとした判決⁽¹⁸⁾も、「賃借人は異議を述べて承継を阻止し得るといふだけの意味と解すべきであろう⁽¹⁹⁾」と述べている。

三 小 括

以上の我妻説は、この問題に関する以後の判例および学説に少なからざる影響を及ぼす。すなわち、学説は状態債務説を支持し、賃貸借関係の当然承継を認める最高裁判例⁽²⁰⁾をこの理論によつて説明することになる⁽²¹⁾。また、後述する如く、最高裁は、賃借権に対抗力がない場合の賃貸人の地位の譲渡に賃借人の承諾が不要である旨を判示した

(最判昭和四六年四月二三日)が、これも、我妻説に従ったものと解される。

しかしながら、右の状態債務説には問題も多く、その批判と現状については款を改めて述べることにする。

(13) 石外克喜「独逸民法第五七一条の法的効果―賃貸人の地位の法定移転の性質」和歌山大学経済理論三三号四六頁(一九五六年)。

(14) 我妻栄『債権各論Ⅱ中巻一(民法講義V)』(岩波書店、一九五七年)四二〇頁。もともと我妻博士は、この場合の賃貸借関係の移転を「法律上当然の移転」として、それ以上の理論構成は不要とする見解(Enneccerus)も紹介している。

(15) 我妻・同前四四二頁および四五二頁。我妻博士は、賃貸人の使用収益させる債務が、「特約で変更し得るものであり、実際上は、次第に軽減され、現在では、目的物を契約に適した状態で賃借人に引渡せば、その後は、単に賃貸人の使用収益を忍容するだけの消極的な内容になっている場合が多い」と述べている(同前四一五―四一六頁)。

(16) 我妻・同前四五二頁。

(17) 我妻・同前四四七―四四八頁。もともと、「賃貸借の承継を賃借人に強いる理由はない」ため、「賃借人がそれを欲せず、直ちに異議を述べれば、承継される賃貸借関係の拘束を免れることはできる」と解されている(同前四四八頁)。

(19) 我妻・同前四四八頁。

(20) 借家法一条一項に関するリーディング・ケースとして、最判昭和三九年八月二八日民集一八巻七号一三五四頁。また、同じく借家法一条一項の對抗要件を備え、賃貸人の地位が当然承継されることを前提とした判例として、最判昭和三六年九月二九日民集一五巻八号二二二八頁および最判昭和三八年九月二六日民集一七巻八号一〇二五頁(転貸許可の特約の承継が肯定されたケース)が挙げられる。

(21) 例えば、幾代通編『注釈民法(15)債権(6)』(有斐閣、一九六六年)一六一頁以下(幾代通執筆)。なお、同・新版(一九八九年)一八八頁以下も、状態債務説が「実際に適する」とする。

第三項 契約引受論の展開

一 昭和三〇年の最高裁判決

昭和三〇年から四〇年にかけては、わが民法学において「契約引受」ないし「契約上の地位の譲渡」が最も議論された時期である。その幕開けとなったのは、次の最高裁判決であった。

【八】 最判昭和三〇年九月二九日民集九巻一〇号一四七二頁

事案は概ね次のようであった。Y所有の土地につきYA間で売買契約が締結され、その代金は、買主Aが右土地の埋立工事を実施し、その上で宅地として売却する都度坪五〇〇円の割合で売主Yに支払うことにより完済する約束であった。その後、Xは、Aから右売買契約に基づく一切の権利行為を譲受け、直ちに埋立工事をするため現地を視察したところY自ら埋立工事をしているのを発見した。そこで、XはYに対し本件契約の確認を請求した。原審は、Xの請求が「多少明確を欠く」としつつも、Aの埋立工事がYに対する義務であるため、結局、「Aの本件契約上の地位即ち本件双務契約上の権利義務一切を包括して譲受けたと主張して、その確認を求めているもの」と解した。そうして、「契約上の地位乃至権利義務一切の包括的譲渡」にはYの承諾が必要であるが、本件にはそれがないとしてXの請求を棄却した。X上告。最高裁は、「埋立工事の義務がAにあるかどうかの問題をしばらく措くも、Aは坪五百円の割合の金員の支払義務を有することは明らかであるから、原判決が前記のように契約上の地位乃至権利義務一切の包括譲渡については、債権者であるYの承諾なくしては同人に対して効力を有しない旨を判示して、Xの請求を認めなかったことは、結局正当である」と判示して、Xの上告を棄却した。

右判決は、契約当事者の地位の移転に関するものであるが、AX間の債務の移転を問題にして、かかる債務引受にはYの承諾が必要であると解している。その意味では、債権者が承諾すれば債務者・引受人間の債務引受契約を有効であるとする通説に従ったものと考えられる。

右判決を評釈した椿寿夫教授もかかる点を指摘し、「この一般的命題からすれば、本判決も別段詳細に云々する必要はさしてない⁽²²⁾」と述べている。しかし同教授は、債務者・引受人間の債務引受契約に債権者の承諾を要するという「一般的命題」そのものに疑問を呈する。すなわち、「債権者の同意・承諾が効力要件として厳存する限り……結果は、取引の需要ないし保護に背を向けることが少なくな⁽²³⁾」いとする。そして、債権者の承諾が必要とされるのは、「債権者の地位が、債務者の変更に伴って生ずることあるべき無資力の危険にさらされるのを防止することに

求められるべきであり、かつそれにつき⁽²⁴⁾と解し、「取引の安全を阻害せず、しかも同時に債権者の安全をもちかろうとすれば」、契約上の地位の譲渡に債権者が承諾しない場合、「債務については、譲渡人と譲受人を併存的債務引受人にし、譲渡通知で、債権者に対する対抗力を与えてよい、とする解釈の方が妥当ではなからうか」と結論づけている。⁽²⁵⁾

右の見解は、契約上の地位の譲渡に含まれる債務の移転について、債権者の承諾がある場合には免責的債務引受を、また、それが無い場合には併存的債務引受を認めるものである。けれども理論的には、両債務引受が必ずしも同質ではないため、かかる解釈が可能であるかは問題となる。すなわち、先述の如く、免責的債務引受は債務移転行為であるのに対し、併存的債務引受は債務負担行為である、という法律的性質の差異がある。⁽²⁶⁾しかし椿教授は、債務引受に関する別の論文において、両債務引受の要件の接近を指摘し、両者の「交流」を示唆している。⁽²⁷⁾

以上の見解は、後に「契約引受」論の第一人者と目される椿教授の、この問題に対する基本的方向性が示されている点で興味深い。

二 於保教授の見解

椿教授の見解と軌を一にしつつ、「設定的債務引受」という新しい概念を用いて「契約上の地位の譲渡」を考察するものとして、於保不二雄教授の見解が挙げられる。

於保教授は、「債務者・引受人間の契約を債務引受の基本形態と考える」ことを示唆⁽²⁸⁾し、免責的債務引受については、「債務者と引受人との間の債務引受契約によって、引受人が同一債務を承継し、かつ、前債務者が免責の効果をうけるためには、債権者の承認を必要とする⁽²⁹⁾」と解する。しかし、「これでは、契約上の地位の譲渡や財産・営業・企業の譲渡の実状には応じえない⁽³⁰⁾」として、「設定的債務引受」を提唱する。すなわち、「債務についても設定的譲渡の法理を適用⁽³¹⁾」し、債務者と引受人との契約のみによって、「前債務者は免責されることなく、しかも、引

受人は同一債務を承継する効力を生ずる⁽³²⁾とする。

右の「設定的債務引受」という概念は、必ずしも明確でない。しかし、結論的には併存的債務引受と同じ効力を生ぜしめるものであり、ただ従来の併存的債務引受が債務負担行為であると解されていたのに対し、「同一債務の承継」を認める点で理論的に差異があると考えられる。そうとすれば、椿説との差異は、併存的責任を免責的債務引受から併存的債務引受への転換によって認める(椿)か、あるいは「設定的債務引受」という概念を用いる(於保)か、という理論構成の違いに帰着する。

結局、かかる於保教授の見解は学説の支持を得られなかったが、その原因は、右の概念の不明確さに求められる⁽³³⁾と考えられる。

三 四宮博士の判例分析

ところで、この時期の特色の一つとして、判例研究の隆盛が挙げられる⁽³⁴⁾。昭和三二年より刊行された、『総合判例研究叢書』も、かかる判例研究の一環として位置づけられるものであるが、その中の四宮和夫博士による「債務の引受」は、債務引受のみならず「契約の引受」についても従来の判例を緻密に分析した点で注目される。

四宮博士は、まず契約引受の要件を取り上げ、判例の傾向としては次の点に注目すべきであるとする。すなわち、「売買契約の引受にあつては、売買契約の相手方の承認を必要とする根拠は、契約の引受が債務の引受を含み、債務の引受には債務者の同意を要する、という理論にいつも求められているのに対し、賃貸人の地位の引受にあつては、賃借人の承認を必要とする場合でも、原則として、債務の引受のことにふれられていないばかりでなく、抽象論としてであるにせよ賃借人の承認不要とする判決さえ現われている」という点である。かかる売買契約と賃貸借契約との差異から、四宮博士は、契約引受に関して、「一律に、そのなかからとくに債務の引受を抽出しそれについての債権者の承認の有無を問うことが、かならずしも適当ではないこと」、および、「債権者がわの意思を顧慮

する程度は移転される法律関係の実体によって区別すべきであること」を指摘する⁽³⁵⁾。そして具体的には、売買契約の場合、債務者の責任財産が重大な関心事であるため、特に債務引受を抽出して相手方の承認を問題とするのに対し、賃貸借契約の場合には、賃貸人が誰であるかは問題とならないため、賃借人の承認が軽視される⁽³⁶⁾、と解している。

そうして四宮博士は、右の分析を前提に、「債務者の地位が所有権その他のものと結合しまたは企業に包含されるために、その移転が債権者になんら不利とならない事情のあるときは、承認を軽視すべきものとし⁽³⁷⁾、あるいはさらに進んで、そのような場合には、承認を不要とし、または、拒絶を権利濫用と解したり承認を容易に認定するな⁽³⁸⁾どすべきだと主張」する学説を挙げて、「これこそ、今後の判例をみちびくにふさわしい理論というべきである⁽³⁹⁾」と結論づけている。

なお、契約引受の効果としては、将来の債権債務が直接に引受人に帰属すること、および、解除権の移転を指摘するにとどまる⁽⁴⁰⁾が、併存的債務引受の項で「併存的契約の引受」(Vertragsbeitritt)に触れている点が注目される。すなわち、債務者・引受人間の免責的債務引受契約が債権者の承認を欠く場合に、これを併存的債務引受に転換して認定することが可能か否かが問題となる。四宮博士は、この転換を、「いわゆる無効行為の転換の一つ」として肯定するが、さらにかかる理論を契約引受の場合にも及ぼして、右の「併存的契約の引受」をわが国で認めるべきか否かを問題とする。けれども、この点については、「判例にとって将来の課題となることであろう⁽⁴¹⁾」と述べるにすぎない。

以上の四宮説は、これまでの学説が抽象的議論に終始したのに対し、具体的な判例の分析を通して債権者の意思的関与を軽視する方向を明らかにした点に、説得力を有する。実際、この後に出された我妻博士の新しい体系書も、かかる四宮博士の分析を前提とし、「契約上の地位の譲渡」の要件としては、三面契約ではなく、「相手方の承

認で足りる」という結論を導いている。⁽⁴²⁾ また、四宮博士の指摘した「併存的契約の引受」は、後に椿教授によりその積極的導入が試みられることになる。

したがって、四宮博士の見解は、契約当事者の地位の移転を考えるに際し、看過しえないものであると解される。

四 ドイツにおける議論の紹介―神田博司「契約譲渡論」

この時期の学説は、椿^{II}四宮説に代表されるように、ドイツの契約引受の理論に着目し、それをわが解釈論に定着させようと試みていた。しかしながら、ドイツにおける議論の紹介は、断片的なものに過ぎなかった。

かかる状況において、ドイツの学説をわが国に本格的に紹介したのは、神田博司教授の論文⁽⁴³⁾であった。ここでは、同論文のポイントを列挙することにする。

第一に、契約譲渡の概念については、柚木説に従い、「契約関係における当事者の権利義務を包括した地位を第三者に譲渡する法律行為である」と定義する。⁽⁴⁴⁾ もっとも、六〇五条による貸貸人の地位の移転は、「法律上の契約移転」として契約譲渡から区別している。⁽⁴⁵⁾

第二に、契約譲渡の「法的基礎」として、「分解説」と「統一説」の対立を紹介している点が注目される。すなわち、前説は、「契約関係を債権と債務に分解し、……債権の譲渡と債務の引受によって当事者地位の譲渡が行われ得る」と考えるのに対し、後説は「契約関係は債権債務に尽きず、したがって契約譲渡は債権譲渡と債務引受に分解し得ない一つの統一的な過程である」と主張する。⁽⁴⁶⁾ この問題は、後に触れるように大陸法ではかつて議論があり、「分解説」から「統一説」へ、という変遷を示している。しかしながらわが国では、当初から「一箇の契約上の地位が譲渡されるもの」⁽⁴⁸⁾と考えられてきたため、かかる対立は存在しなかった。⁽⁴⁹⁾ けれども、昭和三八年の加藤一郎教授による問題提起により、まさにこの点が問題とされるようになるのである。

ところで第三に、従来問題とされてきた当事者の要件に関しては、我妻説に従い、「譲渡人・譲受人間の契約による契約譲渡を認め、それに対する原契約相手方の同意を効力発生要件とする構成を採れば足りる⁽⁵⁰⁾」とする。そしてさらに、右の同意を軽視する方法として、黙示の同意を認めること⁽⁵¹⁾、および、「譲渡人を免責させない留保づきの同意」を認めること⁽⁵²⁾を挙げる。けれども、あくまで相手方の同意を必要とするため、それを不要とする「契約参加」(Vertragsbeitritt=併存的契約の引受(四宮))には消極的である、と解される⁽⁵³⁾。

以上の神田教授の論文は、ドイツの学説およびイタリア新民法典を参照したものであり、かかる比較法的視点を提供した点に意義を有する、と評することができる。

四 加藤一郎教授の問題提起

「契約引受」ないし「契約上の地位の譲渡」という用語が、わが民法学に定着しかけたこの時期に、かかる観念が「不要であるばかりか有害なものではないだろうか」という「かなり思い切った批判⁽⁵⁴⁾」をしたのは、加藤一郎教授であった⁽⁵⁵⁾。同教授は、Yから大豆を買ったAが、Xにその権利一切を譲渡し、かつ、代金支払債務を引受けさせたところ、Yの債務不履行によりXがYに対して売買契約を解除した、という事案に関する前掲大正一四年の大審院判決【四】を素材に以下のような批判を展開した。

まず論理的には、契約引受には債務引受が含まれ、これに対するYの承諾がないのであるから契約引受は効力を生じないことになり、解除権がXに移転しないとすする判決に、「疑問をさしはさむ余地はなさそうである⁽⁵⁶⁾」とする。しかし結論としては、Xに解除権の移転を認めても不都合はない、と主張する。その理由はこうである。まず、「Aは、解除の効果としてYに対する代金債務を免れることになるが、それによってなにも不利益を受けることはない」。しかも、契約解除の利益は、実質的には契約関係から脱落しているAにはなく、「Aの代金債務の履行を引き受けたXにある」と考えられる。他方、「相手方Yについてみても、債務不履行があった以上、契約を解除され

てもしかたがない」と解される。⁽⁵⁷⁾

かくして、加藤教授は、「契約引受という包括的な観念をもち出すと、債務引受にYの同意が必要である以上、それを内包する契約引受にもYの同意が論理的に必要なということになるが、解除権の移転に関する具体的利害から見ていくと、Yの同意は必要がなさそうであり、かかる観念は、「便利ではあるが、具体的な分析には不要であるばかりか有害なのではないだろうか」⁽⁵⁸⁾という結論に到達する。

右の見解によれば、契約当事者の地位を個々の債権・債務に分析し、その移転を個別的に考察することになる。しかし、右の場合に、Xに解除権を認めることが具体的に妥当であるとしても、なぜ解除権が移転するのか理論的には必ずしも明確でない。けれども、加藤教授の見解は、従来のやや抽象的な契約引受論の問題点を、具体的な事案の分析を通して鋭く衝いた点で、後の議論に波紋を投ずることになる。

五 椿教授の見解——「契約引受」論の集大成

昭和三九年（一九六四）、「わが民法の現行の姿を明らかにすることを直接の目的」とする『注釈民法』の刊行が開始された。その第一巻（翌四〇年）に収められた、椿寿夫教授の「後注〔債務引受、契約引受〕」は、従来の学説を詳細に検討し、かつ、教授自身の見解を積極的に提示したものであり、この問題に関しては、今日なお、これを凌駕する文献は存在しない。ここでは、椿教授の契約引受に関する見解のみを扱うことにする。

椿説の特色は、要するに、相手方の承諾なしに契約当事者の地位の移転を認める点にある。すなわち、「原契約の相手方が契約引受に同意しない場合における対策」として、ドイツの「契約加入」をわが民法に導入するのである。この「契約加入」とは、四宮博士の「併存的契約の引受」および神田教授の「契約参加」と同じく、Vertragsbeitrittの訳語であり、「契約上の『権利』などの移転に『債務共同引受』（併存的債務引受—筆者注）が結びついた形態の契約である」と説明される。そしてかかる契約加入は、当初の契約上の債務が免責的に移転せ

ず、「かえって加入者(引受人)がその債務について共同的責任を負う」点で、契約引受とは区別されるとする。⁽⁵⁹⁾
 ところで、右の契約加入は、「契約引受が行なわれたけれど、免責的債務引受に対する原契約相手方の同意が得られなかった場合に、生ずる」⁽⁶⁰⁾とされ、その効果は併存的債務引受がなされた場合と同じになる。それゆえ、契約加入を認めるためには、前提として、免責的債務引受から併存的債務引受への転換を認めることが肝要となる。樁教授は、これまでの同教授による一連の研究で示唆されていた如く、この点を肯定に解する。⁽⁶¹⁾そして、「売買契約上の地位の譲渡」に関しては、譲渡人・譲受人間の契約引受に相手方の同意がない場合には、契約加入を認めることにより契約の移転を認める、という「同意不要論」を明らかにしている。⁽⁶²⁾

右の「同意不要」契約加入論では、さらに「解除権の取扱い」が問題となる。すなわち、相手方の同意がない場合にも、契約加入により解除権が移転するか否かである。この点についてドイツでは見解が分かれているが、樁教授は「肯定してよいのではないか」と述べている。その理由は以下の実質論に求められる。すなわち、原契約の相手方は、「みずからの側で債務不履行を生ぜしめなければ、解除権の発動を受けないのだから、解除権の主体に変更があっても、そのことで不利益を受けるとはいえ」ず、また、債務不履行を生ぜしめながら「契約はお前としたのではない」というのも、いささか勝手である。他方、「契約譲渡人の立場を考えると、契約加入は、意図されていた契約引受のいわば転換だから、彼から解除権が失われても、不当とはいえない」と解している。⁽⁶³⁾かかる実質的判断には、加藤教授の分析の影響がうかがわれる。

もっとも、樁教授は、契約引受という観念を有害とする加藤説に関しては、「解除権だけに問題が尽きるのか、機能的類型化をしたらどうか、などを考えてみる必要がある」⁽⁶⁴⁾り、「今後の問題」である、と述べている。

(22) 樁寿夫「債務を伴う地位の譲渡と債権者への対抗力」民商三四巻二号二二二頁(一九五六年)。

(23) 樁・同前二二二頁。

- (24) 椿・同前一二三頁。
- (25) 椿・同前一二四頁。
- (26) 四宮・前掲論文(注11)二七頁。
- (27) 椿寿夫「判例債務引受法」『民法研究II』(第一法規、一九八三年)七八頁以下、八八―八九頁、一〇〇頁(初出、大坂府立大学経済研究六号・一一号、近大法学六卷二―三号(一九五七―一九五八年))。
- (28) 於保不二雄『債権総論』法律学全集20(有斐閣、一九五九年)三〇一頁。
- (29) 於保・同前三〇六頁。なお、於保教授は、「債務者免責のための債務者の承認」と「債務の移転制限による債権者の承認」とを区別しなければならぬ、と主張する(同前三〇七頁注(10)および三〇二頁参照)。この点は、本稿にとって看過しえない指摘である(第四章参照)。
- (30) 於保・同前。
- (31) 於保・同前三〇七頁および三〇八頁注(一四)。なお、於保「公示なき物権の本質」京都大学法学論叢五八卷三号二三―二四頁(一九五二年)参照。
- (32) 於保・同前三〇六頁。
- (33) 「設定的債務引受」について、椿教授は、「債務者と引受人の契約でなされる併存的債務引受」を正面からすなおに認めても事は足りるので、必ずしも上の概念を必要としないのではないか、と思う」と述べ、「要は、用語でなく実体の把握である」ことを強調している(椿寿夫『注釈民法(1)―債権(2)』(有斐閣、一九六五年)四六七頁)。
- (34) 星野英一「日本民法学史(3)」月刊法学教室一〇号一八頁(一九八一年)。
- (35) 四宮・前掲論文(注11)八五頁。
- (36) 四宮・同前八五―八七頁。
- (37) 我妻栄『債権総論(民法講義IV)』(岩波書店、一九四〇年)三九六―三九七頁。
- (38) 山中康雄『債権法総則講義』(巖松堂書店、一九四八年)一五三―一五四頁。
- (39) 四宮・前掲論文(注11)八八頁。
- (40) 四宮・同前九〇―九二頁。
- (41) 四宮・同前二七―二八頁。
- (42) 我妻栄『新訂債権総論(民法講義IV)』(岩波書店、一九六四年)五八〇―五八一頁。
- (43) 神田博司「契約譲渡論(一)―(二・完)」法学新報六八卷六号・七号四二〇頁以下(一九六一年)。なお、神田教授は、「契約譲渡」(Vertragsübertragung: Abtretung von Vertrag)という語を用いるが、これは、「契約引受」と同義である(同前四二八頁注(1)参照)。
- (44) 神田・同前四二四―四二五頁。
- (45) 神田・同前四二二頁および四二四頁注(8)。

- (46) 神田・同前四三四頁。
- (47) 第三章第一節参照。
- (48) 我妻・前掲書(注37)三六九頁。
- (49) むしろ、「一箇の契約による契約上の地位の包括的譲渡を認めること」を前提として、同一契約上の「債権と債務とが別々にしかし同一相手方に移転された場合には、契約の引受があったと認めるべきか」が、一部の学説により問題とされている(四宮・前掲論文(注11)八八―八九頁、柚木・前掲書(注2)一九八―一九九頁)。
- (50) 神田・前掲論文(注43)四九〇頁。
- (51) 神田・同前四九三頁。
- (52) 神田・同前四九八頁。
- (53) 神田・同前五〇七頁注(44)。
- (54) 椿・前掲書(注33)四三〇頁。
- (55) 加藤一郎「債務引受と契約引受」判例演習債権法Ⅰ(有斐閣、一九六三年)一六七頁。
- (56) 加藤・同前一六六頁。
- (57) 加藤・同前一六七頁。
- (58) 加藤・同前。
- (59) 椿・前掲書(注33)四三〇頁。なお、椿教授は、契約引受を次のように定義している。すなわち、「或る契約(主として双務契約)から生じた個々の債権または債務(代金支払義務が適例)だけでなく、契約当事者たる地位そのものが(それゆえ解除権・取消権など形成権をも含めて)包括的に第三者へ移転せしめられること、とりわけ、さような移転を目的とする契約、の意である」。そして、「わが国で契約引受と契約上の地位の移転といわれる場合、それは、もっぱら当事者の意思ごとに契約による場合を説明するものとしてであり、たとえばエッサー(Esser, Schuldrecht, 2 Aufl. § 25, 4) のごとく法定契約引受(gesetzliche Vertragsübernahme)といった観念を問題にする見解は、みあたらない」と付言している(椿・同前)。
- (60) 椿・同前四三四頁。
- (61) 椿・同前四七五―四七六頁および四六五―四六六頁。
- (62) 椿・同前四七八頁。
- (63) 椿・同前四七八―四七九頁。
- (64) 椿・同前四三〇頁。

第四項 小 括

この時期の、契約当事者の地位の移転に関する理論状況をまとめると、次のようになる。

まず第一に、通説によれば六〇五条等の効果は、賃貸人の債務が實際上稀薄になっていることを理由に、賃貸借契約が目的不動産の所有権に結合して新所有者に移転する状態債務である、として説明される。

第二に、賃借権に対抗力がない場合にも、賃貸人の債務の稀薄化により、賃貸人の地位の譲渡には賃借人の承諾が不要である、とする見解（我妻）が登場した。

これに対して第三に、売買契約上の地位の譲渡に関しては、そこに免責的債務引受が含まれるため、相手方（債権者）の承諾を要する、と解するのが判例である。しかるに学説上は、ドイツの「契約加入」という概念を媒介に、相手方の承諾のない場合にも、債務については併存的責任を負わせつつ、契約の移転を認める見解（権）が有力に展開された。

しかしながら、他方で、契約引受ないし契約上の地位の譲渡という観念が不用であるとする有力説（加藤（一））が登場し、学説はなお混沌としている。

かかる状況は、基本的には今日においても変わっていない。けれども、この後、賃貸借契約の移転に関しては若干の新展開が見られることになる。それゆえ、次款では、賃貸借契約を中心に検討を行なうことにする。

第三款 後期・昭和四〇年—現在

一 総論——契約上の地位の譲渡

昭和四〇年以降に刊行された債権総論の教科書には、必ずと言ってよいほど、「契約上の地位の譲渡」ないし

「契約引受」という一項目が設けられている⁽⁶⁵⁾。しかし、その説明は簡潔であり、内容的にも昭和三〇年代の議論の域を出していない。それゆえ、ここでは、今日における学説の状況を素描するにとどめる。

まず、「契約上の地位の譲渡」の呼称は様々であるが、定義に関しては、「契約の当事者たる地位の承継を目的とする契約」とする点で一致している。そして効果も、解除権・取消権の移転が認められることに異論がない⁽⁶⁶⁾。

次に要件論では、三面契約ならばもちろん、譲渡人・譲受人の契約を相手方が承諾すれば有効である、と解する点も一致している。しかし、さらに進んで、譲渡人と譲受人との併存的責任を認めつつ、相手方の承諾を不用とするか否かに関しては、積極説も有力であるが未だ多数でない、というのが現状である。

また、契約上の地位の譲渡は、その内容として債務の引受のほかには債権譲渡をも含むため、相手方の承諾に加えて債権譲渡の對抗要件(四六七条)の要否が問題となる。この点に関する学説の態度は必ずしも明らかではないが、鈴木禄弥教授は、「かかる手続を省略しうるところにも、『契約上の地位の譲渡』という制度のメリットがある⁽⁶⁸⁾」と述べ、債権譲渡の對抗要件を不要であると解している。

なお、「契約上の地位の譲渡」の項で、賃借権の譲渡に言及する教科書は少なく⁽⁶⁹⁾、また、賃借人の地位の移転も、契約上の地位の譲渡の「特殊なもの」として扱われている⁽⁷⁰⁾。

二 各論——賃借人の地位の譲渡

右のように、契約上の地位の譲渡一般についてはさしたる議論がなされていないが、賃借人の地位の譲渡に関しては、賃貸目的物である土地所有権の譲渡とともにそれが合意された場合に、賃借人の承諾を不要とする旨を判示した最高裁の重要判例が出されている。

【九】 最判昭和四六年四月二三日民集二五卷三号三八八頁

事案は複雑である⁽⁷¹⁾ので単純化する。Xは、昭和二三年五月、Yより本件土地を期間二〇年・建物所有の目的で賃

借したが、空地の状態で放置しておいたところ、昭和三六年十一月、Yが右土地所有権をAに譲渡し移転登記をした。その際、YA間に、借地権付売買であることについて十分な諒承があった。昭和三七年三月、Bは、Aから本件土地を譲り受け、Xが五月に建物を建築しようとしたのに対し、立入禁止・工事禁止の仮処分をした。そこでXは、Yに対し、借地権の侵害を理由に損害賠償を請求し、かりにこれが認められない場合には、賃貸人の義務の履行不能に基づく損害賠償を請求した。原審は、賃貸人の地位の譲渡には借地人の承諾が不要であることを理由に、YがAに本件土地を売却したことによってXの借地権が喪失したとは認められず、それゆえYには債務不履行がないとして、Xの請求を棄却した。X上告。最高裁は、YがAに対し、本件土地の所有権とともにXに対する賃貸人たる地位をもあわせて譲渡した、という原審の事実認定を肯定し、次のように判示してXの上告を棄却した。

「土地の賃貸借契約における賃貸人の地位の譲渡は、賃貸人の義務の移転を伴うものではあるけれども、賃貸人の義務は賃貸人が何びとであるかによって履行方法が特に異なるわけのものではなく、また、土地所有権の移転があつたときに新所有者にその義務の承継を認めることがむしろ賃借人にとって有利であるというのを妨げないから、一般の債務の引受の場合と異なり、特段の事情のある場合を除き、新所有者が旧所有者の賃貸人としての権利義務を承継するには、賃借人の承諾を必要とせず、旧所有者と新所有者間の契約をもつてこれをなすことができる」と解するのが相当である。

叙上の見地に立つて本件をみると、……YとX間の賃貸借契約関係はAとX間に有効に移行し、賃貸借契約に基づいてYがXに対して負担した本件土地の使用収益をなさしめる義務につき、Yに債務不履行はないといわなければならぬ。

右判決が我妻博士の見解に基づいて、賃借人の承諾を不要と解したことはほぼ間違いない。⁽⁷²⁾問題となるのは、かかる場合に譲渡人≡旧所有者が免責されるか否かである。

この問題に関しても、譲渡人に併存的責任⁽⁷³⁾ないし保証責任⁽⁷⁴⁾を負わせるべきである、と主張する見解が存在する。しかし、賃貸人の債務の主なもの⁽⁷⁵⁾は修繕義務で、賃借人に及ぼす影響が少ないことを理由に、譲渡人が賃貸借から離脱すると解するのが、依然として多数説⁽⁷⁵⁾であると考えられる。

三 状態債務説からの乖離

ところで、賃借権が対抗力を有する場合に、賃貸目的物の所有権譲渡に伴い賃貸借契約が当然承継されることを、通説は「状態債務」概念を用いて理論構成していることは既述の通りである。けれども現在では、かかる状態債務説に対して以下の問題点が指摘されている。

まず、状態債務説を支持する通説の中でも、その概念の実益については疑問が呈されている。例えば、鈴木(禄)教授は、状態債務説を、「土地賃借権が物権か債権かの問題をたくみに回避しつつ」、土地所有者⁽⁷⁶⁾賃貸人と解するため、「巧妙な法的構成」であると評価する。しかし、「かかる概念が事態を説明するためにどれほど有益かは、疑わしい⁽⁷⁷⁾」としている。また、星野英一教授も、具体的に何がかかる状態債務(債務)として当然承継されるかについては、個別的・実質的判断を行なっている⁽⁷⁸⁾。そうとすれば、「状態債務」というドイツの概念を導入する実益は、必ずしも明確でないと考えられる。

他方、状態債務説は今日のドイツではもはや通説的地位を失い、「ドイツ最高裁判所も、五七一条の解釈にあたってこの理論を採用していない」との指摘⁽⁷⁹⁾がなされている。

かかる状況において、近時は、右の状態債務概念を用いずに、賃貸人の地位の移転の統一的な説明を試みる見解が登場している。例えば、半田正夫教授は、判例・通説が賃貸人の地位の移転の問題をあまりにも対抗要件の具備に密着させて考えている、と批判する⁽⁸⁰⁾。そして、賃貸人の地位の移転が不動産所有権の譲渡に伴うか否かは、もっぱら所有権譲渡契約における当事者の意思解釈に委ねるべきであり、「対抗要件の具備とは無関係に処理すべき問

題」であるとし、この観点から次のように結論する。すなわち、不動産の譲受人は、①賃借権に対抗力がない場合、「その意思解釈により」不動産の所有権のみを取得し、また、②対抗力がある場合、「同様にその意思解釈により」不動産所有権のみならず、賃貸人の地位をも取得する、と解している。⁽⁸¹⁾

右の半田教授の問題提起を受けとめつつ、なお対抗問題の視点を重視するのが安達三季生教授である。同教授は、「単なる意思解釈によって①②の命題を導き出すのは不可能である」と、半田説を批判する。⁽⁸²⁾そして、問題を基本的には、所有権の譲渡が、「I賃貸人の地位を承継する旨の合意を伴う場合と、II伴わない場合」の二つに分け、Iは当事者の意思解釈の問題であるとするが、IIは対抗力の問題であるとする。とりわけ、IIの場合で、賃貸借が対抗力を有するときに、譲受人が賃貸人たる地位を承継するのは、「賃借権に対抗力が備わっている結果生じる法定効果」であると説明する。⁽⁸⁴⁾

以上の半田・安達説は、従来の学説が「状態債務」概念と対抗問題に拘泥していたのに対し、問題を類型化して、よりきめ細かな当事者の意思解釈から理論的説明を試みた点に特色があると解される。

四 小 括

現在までのところ、「契約上の地位の譲渡」の一般論については、昭和三〇年代の議論から進展がない。そして、賃貸人の地位の移転に関しても、我妻博士の提唱になる状態債務説が依然として通説的地位を占め、その基本的発想は最高裁に支持されている。しかし近時は、右の状態債務説に対して、様々な角度から問題が提起されはじめている、と解される。

(65) 星野英一『民法概論III(債権総論)』(良書普及会、一九七八年)二二七頁、松坂佐一『民法提要II(債権総論)』(有斐閣、第四版、一九八二年)二一九頁、林良平ほか『債権総論』現代法律学全集8(青林書院、改訂版、一九八二年)四九一頁(高木多喜男執筆)、石田喜久男ほか『債権総論』(成文堂、一九八三年)一一二頁(大島俊之執筆)、鈴木祿弥『債権法講義』(創文社、改訂版、一九八七年)三七五頁、遠藤浩ほか『民法(4)債権総論』(有斐閣、第三版、一九八七年)二三九頁(佐藤隆夫執筆)、奥田昌道『債権総論(下)』(筑摩書房、一九八七年)四八〇頁、

川井健『債権法II 債権総論(下)』(日本評論社、一九八八年)三五五頁、水本浩『債権総論』(有斐閣、一九八九年)二五二頁、安達三季生『債権総論講義』(信山社、第二版、一九九一年)二六八頁、前田達明『口述債権総論』(成文堂、第二版、一九九〇年)四三一頁、北川善太郎『債権各論II 民法講義IV』(有斐閣、一九九三年)一五二頁。なお、森泉章ほか『民法講義4 II 債権総論』(有斐閣、一九七七年)二七七頁(伊藤進執筆)および平井宜雄『債権総論』(弘文堂、一九八五年)一一一―一二二頁は、「契約上の地位の譲渡」を注で扱うにすぎない。

(66) 星野・前掲書(注65)二一九頁は、加藤(一)説を考慮し、「誰が解除権を有するかについては類型ごとに考えるべきであり、契約(上の地位)の移転という観念を用いる実益は必ずしもない」とする。しかし、「といて、一つ一つの権利義務について譲渡の意思表示や対抗要件：や相手方の同意を必要とすると解するのは不便であり、結論的には一箇の意思表示による移転と対抗要件具備、相手方の同意：ですむとすべきであるから、このような観念を認める実益はやはりあると認めてよい」と解している。

(67) 積極説としては、林ほか・前掲書(注65)四九二頁(高木)、奥田・前掲書(注65)四八一頁、安達・前掲書(注65)二六七頁。もつとも、奥田教授の説明は、他説とやや異なっている。すなわち、同教授は、相手方の「承諾の必要性の根拠」を問題とし、債務の移転では、「①移転性自体の問題―給付の一身専属性(代替性の有無)、つまり、承諾により移転性制限を解除しうるかどうかの問題と、②債務者の責任財産の変換からくる債権者の不利益の回避(債権者の利益保護の問題―これは、債務者(譲渡人)の併存的責任を認めることにより解決しうる)―とがある」とする。そして、「これを契約引受に適用」して、次のように解している。まず、「(1)地位の譲渡において、債務につき性質上の移転制限の存しない場合には、譲渡人・譲受人間の合意のみによる契約引受の成立およびその有効性を承認しうるであろう(ただし、債務については譲受人の併存的責任を残す―併存的債務引受として)。ただし、相手方に対する対抗要件としては、通知もしくは登記(貸貸人の地位の譲渡の場合)を要する。(2)地位の譲渡につき、債務の移転性に制限のある債務を伴うときには、移転性制限の解除のために相手方(債権者)の承諾が必要であり、(3)両者を通じて、譲渡人を併存的責任から免責するについては相手方の承諾を必要とする」と主張する(同前四八〇―四八一頁)。かかる奥田教授の見解は、債務者免責のための債権者の承諾と債務の移転制限による債権者の承諾とを区別する於保博士の見解(於保・前掲書(注28)三〇二―三〇三頁および三〇六―三〇七頁、同(新版)(一九七二年)三三三―三三五頁および三三七―三三九頁)に従うものである(奥田・同前四七二頁)。

(68) 鈴木・前掲書(注65)三七八頁。

(69) 星野・前掲書(注65)二二二頁、水本・前掲書(注65)二五二頁、松坂・前掲書(注65)二二〇頁。なお、遠藤ほか・前掲書(注65)二四〇頁(佐藤)は、賃借権の譲渡が「契約上の地位と関連をもつことについてはほとんど論議されない」と指摘している。

(70) 安達・前掲書(注65)二六九頁。

(71) 本件は二度目の上告事件であり、事件の経過については、鈴木重信「最高裁判所判例解説」法曹時報二四卷一号一六五頁以下および広中俊雄・判例評論一五三号二三頁以下を参照。

(72) 水本浩「判批」民商六六卷一号一七六頁(一九七二年)、鈴木・同前二七五頁。

(73) 広中俊雄「判例評釈」判例評論一五三号一三二頁以下および『債権各論講義』(有斐閣、第五版、一九七九年)一六二頁、安達・前掲書(注

(74) 石田讓「民事判例研究」法協九〇巻五号八三二頁は、質貸人の保証責任を以下のように構成する。「まず、質貸人の地位移転に関する質貸人と新所有者の合意の中には、新所有者の履行義務を保証する旨の、質貸人の質借人に対する意思表示が含まれている、と考える。次に、質借人が質貸人の保証責任を追求した場合は、右の意思表示の承諾の意思表示がなされたものと考えられる。以上のようにして、質借人が質貸人の保証責任を追求した場合は、両者の間に常に保証契約が締結されたものと構成しうるであろう。ただし、この保証責任は、「民法六二二条、六〇〇条の趣旨に照らして質貸人の地位移転の時から一年とするのが妥当であり、「このように解すれば、質貸人と質借人の利害のバランスがとれる」としている。なお、石田助教は、無断質借権の譲渡が解除しえない場合にも、右の場合と平行に、譲渡人が保証債務を負担するのが妥当であると解している（『民法V（契約法）』（青林書院新社、一九八二年）二二六頁）。

(75) 星野・前掲書（注65）二二二頁、鈴木・前掲書（注65）四一三頁。

(76) 鈴木・前掲書『借地法Ⅱ下巻』（青林書院新社、改訂版、一九八〇年）九五三頁。

(77) 鈴木・同前六一〇頁。

(78) 星野英一「借地・借家法」（有斐閣、一九六七年）四二六―四三二頁。

(79) 佐賀徹哉「質借権の物権化に関する一試論」『現代私法学の課題と展望Ⅱ上』（有斐閣、一九八一年）一一二頁。

(80) 半田正夫「質貸中の不動産の譲受人と質借人の関係についての一考察」『法と権利I』民商七八巻臨時増刊号(1)三二九―三三〇頁（一九七八年）。

(81) 半田・同前三二二頁。

(82) 安達三季生「質貸人の地位の譲渡」『現代契約法大系―第3巻』（有斐閣、一九八三年）二二九頁。

(83) 安達・同前二四二頁以下。

(84) 安達・同前二四九頁。

第六節 総括と問題の所在

一 序

従来のわが国における契約当事者の地位の移転に関する議論は、大きく次の三つの特色を有していると考えられる。

まず第一に、その議論された期間が非常に短いことが挙げられる。すなわち、「契約上の地位の譲渡」が意識的に取り上げられたのは、戦前の我妻博士による指摘を除くと、昭和三〇年から四〇年までのわずか一〇年間にすぎ

ない。もつとも、この一〇年間には、椿教授・四宮博士の見解をはじめとし、加藤一郎教授の問題提起を含めて、実り多い議論がなされていた。けれども、この問題の重要性の指摘(我妻)に比して、その後の議論に盛り上がりをおくのは寂しい限りである。

第二に、右の点とも関連するが、この問題は学説を中心に議論されてきたものである。もちろん、本章で概観した如く、大審院および最高裁の「契約上の地位の譲渡」に関する判例も存在する。しかしその数は少なく、加えて、債務引受には債権者の承諾が必要であるという「一般的命題」で処理されうる事案であるため、「別段詳細に云々する必要はさしてない」ものであった。それゆえ、実務よりも学説中心に議論されてきた観がある。そしてそのためか、ドイツの契約引受論が日本的にアレンジされることなくそのまま無批判的に導入され、その枠を未だに踏み出していないのが現状である。しかも、第一点からも推測しうる如く、従来の学説が前提としてきたドイツの議論は、一九五〇年代のものであったことに注意しなければならない。

ところで、第三に、売買契約の「契約上の地位の譲渡」と異なり、賃貸人の地位の移転は古くから議論されてきた。その理由としては、六〇五条の存在が挙げられるが、この規定をめぐる判例の数の多さも忘れてはならない。それゆえ、従来のわが国における契約当事者の地位の移転は、主として賃貸人の地位の移転をめぐる問題であった、と述べても過言ではない。

そこで以下では、右の三点を踏まえて、まず、賃貸人の地位の移転の問題点を摘示し、次いで「契約上の地位の譲渡」についての問題の所在を明らかにする予定である。

二 賃貸人の地位の移転

賃貸人の地位の移転は、賃借権に対抗要件がある場合(六〇五条等)とそれがない場合とで解決が異なる。

まず前者の場合には、不動産所有権の譲渡に伴い当然に賃貸人の地位も譲受人に移転する、と解されている。そ

の説明として、かつては「法律上ノ債務移転」（石坂）ないし「依物性」という概念（横田）が用いられていたが、我妻説以降は状態債務説が通説化している。しかし、「状態債務」という概念は必ずしも明確ではない。かりに我妻説の如く、「賃貸借関係が賃貸目的物の所有権と結合する一種の状態債務関係」であるとすれば、賃貸借契約は対抗要件の有無に関わらず目的物の所有権に随伴する、と考えるのが論理的に一貫する。けれども判例および学説は、対抗要件のない賃借権については、賃貸人の地位が「当然に」移転することを認めていない。そうとすれば、状態債務であるか否かは、当該債務関係の「性質」ではなく、対抗力の有無によって決せられることになる。それゆえ、対抗要件ないし対抗問題と状態債務との論理的関係が問題となる。そして、状態債務の概念が、その本国のドイツでも今日では用いられていないことを考えると、右概念がわが国において必要かつ適切であるのか、ということが再検討されてしかるべきである。

また、賃借権に対抗要件がない場合にも、最高裁は、一般の債務引受の場合と異なり、「新所有者が旧所有者の賃貸人としての権利義務を承諾するには、賃借人の承諾を必要とせず、旧所有者と新所有者間の契約をもってこれをなすことができる」と解している（判例【九】）。しかし、そう解する理論的根拠は必ずしも明らかではなく、この場合が一般の債務引受ないし「契約上の地位の譲渡」と、なぜ・どのように異なるのかを明示する必要がある。加えて、前述の如く、賃借権が対抗要件を具備している場合の解決、すなわち状態債務説との論理的整合性が問題となる。

三 いわゆる「契約上の地位の譲渡」

他方、売買契約における買主の地位の譲渡をはじめとする、「一般の」契約上の地位の譲渡に関しては、さらに多くの問題点が存在する。

まず、先の賃貸人の地位の移転は、右の契約上の地位の譲渡の「特殊なもの」として扱われている。けれども、

それが如何なる点において「特殊なもの」であるのか明確ではない。それゆえ、両類型の異同、および、差異があるとすればその理由を明らかにする必要がある。

次に契約上の地位の譲渡の要件としては、それが債務引受を含むという理由で、相手方の承諾が必要とされる。そしてこの論法によれば、債権譲渡も含まれるため、債権譲渡の對抗要件(四六七条)としての通知・承諾も要求されることになる。けれども、両者を要求するとすれば、結局、契約上の地位の譲渡は、債権譲渡と債務引受とを合わせて行なった場合と、少なくとも要件の点では同じことになる。そうとすれば、独自の制度としての存在理由を問われることとなろう。

また、右の「相手方の承諾」は、それを契約上の地位の譲渡の成立要件とする(三面契約説)趣旨ではなく、「大體において、承認をもって足りるとする方向に進んでいる」とされる。すなわち、契約上の地位の譲渡は、「契約の一方の当事者と譲受人との間の契約によつて、他方の当事者の承認を条件として、効力を生じさせることができる」と解されている。⁽²⁾なぜなら、「経済取引が客観化し、契約は債権者・債務者の個人よりも、その契約の生じた経済的な基礎に着目されるようになったときには、その契約上の地位も、相手方に不当な不利益を与えない限り、自由に移転しうるといふべきであり、その不当な不利益を防止する手段としては、相手方の承認で足りるといふべきだからである」⁽³⁾。

しかし、たとえ「承認」であるにせよ、相手方の意思が「条件」とされる限りは、契約当事者の地位の「自由な移転」は実現しえない、とも考えられる。その意味では、樁教授の「同意不要論」が注目に値する。けれども後述の如く、樁教授の見解は、理論的に問題を含んでいる。それゆえ、相手方の意思の介入を不要としうるか否かはさらに検討しなければならない。

ところで、契約上の地位の譲渡の効果としては、債権譲渡・債務引受では移転しえない取消権や解除権も譲受人

に移転する、と解する点では争いが無い。

問題となるのは、まず、譲受人に移転する債権・債務の範囲である。すなわち、我妻博士は、「その契約の趣旨に従って将来生ずる債権債務」のみならず、「その契約からすでに生じた債権債務」も移転する、と主張する。しかし、契約当事者の地位の移転の時を基準として、将来発生すべき債権債務のみが移転し、既発生の債権債務の移転には、個別の債権譲渡・債務引受の手續が必要であるとする見解も存在する。⁽⁴⁾ それゆえ、契約当事者の地位の移転により、既発生の債権債務が移転するか否かが問題となる。

次に、要件論とも関連するが、譲渡人の免責の有無が問題となる。とりわけ、契約上の地位の譲渡に相手方の意思的関与を不要とすると、譲渡人の免責が当然には認められない、という点には異論がない。ただし、その場合の法律構成が問題となる。一つの解決としては、この場合の譲渡人と譲受人との併存的責任を、併存的債務引受ないし契約加入により構成することが考えられる。⁽⁵⁾

しかし、免責的債務引受および契約上の地位の譲渡では、譲渡人の債務の特定承継が実現されるのに対して、併存的債務引受ないし契約加入は新たな債務の負担行為であり、両者の法的性質はまったく異なるものである。それゆえ、かりに論者が示唆する如く、無効行為の転換の一つとして契約加入を肯定しても、⁽⁶⁾ それにより「経済的」には、契約当事者の地位の移転を実現しうるが、「法律的」にはあくまで地位の「移転」と区別されねばならない、と解される。⁽⁷⁾ それゆえ、契約当事者の地位の自由な移転が社会経済上要請されるとすれば、相手方の承諾を不要とし、かつ、契約当事者の地位の特定承継を法律的に可能とする理論を考究しなければならぬ、と考える。

四 契約当事者の地位の移転の機能

最後に、最も根本的な問題であるが、以上の「契約当事者の地位の移転」は、法律上あるいは社会経済上いかなる機能を有しているかが検討されなければならない。とりわけ、債権譲渡ないし債務引受と異なる独自の機能がな

いとすれば、右制度の存在理由はないかまたは非常に小さなものとならざるをえない⁽⁸⁾。そして、従来のわが国の議論では、この点の分析が充分になされてこなかった、と考えられる。例えば、近時の学説は、この制度のメリットを取消権や解除権の移転に求める傾向がある。けれども、この問題は、実際には、具体的な当事者間の利害や個人的な形成権の制度趣旨⁽¹⁰⁾を考慮して解決されうる、とも考えられる。加えて、取消権や解除権は、契約のノーマルな状態ではない、いわば病理現象に際して生じるものである。そうとすれば、かかる形成権の移転は、制度の積極的なメリットとはならない、と解される。

そこで、以下のフランス法の検討に際しては、これまで述べてきた個別的な問題点に加えて、「契約当事者の地位の移転」という制度が有する機能に留意しつつ、叙述を進めてゆくことにする。

(1) 近時、ドイツの契約引受論を詳細かつ沿革的に紹介する以下の論文が公にされている。いずれも、これまで充分になされていなかったドイツの議論の紹介を補うものとして注目に値する。齊藤充弘「契約上の地位の譲渡に関する一考察」帝京法学一七卷二号一六九頁(一九九〇年)、大窪誠「ドイツにおける契約引受論」法学五五卷三号一四二頁(一九九一年)、同「BGBにおける法定契約引受」法経論叢一三号二八頁(一九九二年)。

(2) 我妻栄『新訂債権總論』(岩波書店、一九六四年)五八〇頁。

(3) 我妻・同前五八一頁。

(4) 古くは、質貸人の地位の移転に関してではあるが、鳩山秀夫『増訂日本債権法各論(下巻)』(岩波書店、一九二四年)四六七―四六八頁。

また、近時、「契約引受」に関して、四宮和夫「債務の引受」『総合判例研究叢書Ⅱ民法(14)』(有斐閣、一九六〇年)九〇頁がある。

(5) 四宮・前掲論文(注4)二七―二八頁、椿寿夫『注釈民法(1)Ⅱ債権(2)』(有斐閣、一九七〇年)四七八頁。

(6) 四宮・同前、椿・同前四六五―四六六頁。

(7) もちろん、無効行為の転換として、かかる併存的債務引受ないし契約加入を認定することは可能である。けれども、併存的債務引受は一般に第三者のためにする契約(五三七条)であると解されている。そして椿教授の提唱された「契約加入」も、右の併存的債務引受を前提とするため、やはり理論的には第三者のためにする契約を前提とせざるをえない。ところで、第三章で述べるように、二〇世紀半ばのフランスの学説は、債務の移転が認められないため、契約譲渡を第三者のためにする契約(フランス民法典一一二一条)により構成していた(例えば、椿・同前四三一頁が引用したプラニオル||リペール||エスマンの教科書など)。そうとすれば、契約加入論は、椿教授が「幼稚であつて参照価値にとほしい」と批判するフランスの理論と同じである、と考えられる。

(8) 例えば、この制度によらずとも、個別的な債権譲渡と債務引受の組み合わせにより同じ結果が実現可能であるとすれば、契約当事者の地位の移転を認めることは、「便利ではあるが、具体的な分析には不要である」(加藤一郎「債務引受と契約引受」判例演習債権法Ⅰ(有斐閣、一九六三年)一六七頁)とも解されかねない。

(9) 加藤・同前。なお、「契約引受・契約加入」を認める椿教授も、「解除権の取扱い」については、実質的に加藤教授と同様の利益衡量を行っている(椿・前掲書(注5)四七八―四七九頁)。

(10) 例えば、無能力や意思表示の瑕疵を理由とする取消権は、当該表意者を保護する制度であるから、表意者本人、その代理人または一般承継人に限り行使しうる(一二〇条)と解することが可能である。

第二章 フランスにおける契約譲渡の理論(1)——法律に基づく契約譲渡

第一節 総説

一 契約譲渡の二類型

フランス民法学では、契約譲渡(cession de contrat)⁽¹⁾を「契約における当事者の地位の移転」(transmission de la situation de partie à un contrat)⁽²⁾であると定義し、民法典に規定はないが、今日その制度の存在を否定する見解は存しない。

ところで、序章および前章で述べた如く、わが民法学では、「契約上の地位の譲渡」ないし「契約引受」を、「契約当事者たる地位の承継を目的とする契約」と定義し、その発生原因を当事者の合意に限定してきた。しかしフランスの契約譲渡では、当事者の合意に基づいて行なわれる場合のほかに、法律の規定に基づいて生ずる場合が存在する。しかも両者は、その法律構成および要件・効果を異にする。それゆえ本章では、後者の「法律に基づく契約譲渡」を概説し、前者の「合意に基づく契約譲渡」については、次章で検討を加える予定である。

二 法律に基づく契約譲渡

ところで、契約譲渡が法律に規定されている場合でも、その規定の仕方には、以下の二つの場合が存在する。

一つは、立法者が、契約を譲渡するか否かの自由を当事者に委ねつつ、契約譲渡の要件・効果を確定する場合である。⁽³⁾ その一例としては、次の、賃貸借に関する一九四八年九月一日の法律第一三六〇号第七九条⁽⁴⁾を挙げることができる。

七九条 ①居住権 (maintien dans les lieux) の受益者であるすべての所有者、賃借人 (locataire) および占有者 (occupant) は、家族のより良い利用のために、その占有する場所を交換することができる。ただし、所有者は、確実かつ正当 (sérieux et légitimes) と認められる理由により、その交換を禁ずる権利を有する。

②各交換者 (chaque échangeiste) は事前に、裁判外の行為 (acte extra-judiciaire) または配達証明書留郵便 (lettre recommandée avec demande d'avis de réception) によって、その所有者に知らせなければならない。所有者がその交換の禁止を欲するならば、所有者は、訴権の喪失前、すなわち、第四六条以下の規定により一五日以内に、管轄裁判所に訴えなければならない。

③交換は当然に、各交換当事者 (chacun des coéchangistes) がその本来の所有者に対して有する債権および債務の移転をもたらす。しかし、各交換当事者は右の所有者に対して五年間、自己に替わってその場所を占有している者の債務の履行を担保 (garant) する。ただし、新契約が右占有者と結ばれた場合はその限りでない (以下、第四、五項省略)。

右は一定の場合に賃貸借契約の交換を認めることにより、「相互かつ同時に二つの契約譲渡⁽⁵⁾」が行なわれることを規定する。そして、その要件としては、譲渡以前に各交換者がその所有者に通知することを義務づける (二項) とともに、効果の点でも、次のように法定した。すなわち、譲渡人 (cedant) は、相手方 (cédé) の契約当事者と

しては免責されるが、新賃借人（cessionnaire）の債務につき五年間の担保責任を負う（三項）ものとする。⁽⁶⁾ ただし、右の契約譲渡を行なうか否かは、あくまで当事者の意思に基づく。したがって、右の場合は、法律に規定された契約譲渡であるが、実質的には、次章で検討する予定の「合意に基づく契約譲渡」の一場合に含めるのが適切であると解される。⁽⁷⁾

これに対してもう一つは、立法者が契約の移転を強制する場合である。その代表例として、学説が一致して挙げるのは次の三つである。すなわち、賃貸人の地位の移転を規定した民法典一七四三条、営業譲渡に伴う労働契約の移転を規定した一九二八年七月一九日の法律、⁽⁸⁾ および、目的物の譲渡に伴う保険契約の移転を規定した一九三〇年七月一三日の法律の第一九条である。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾

右の三つの場合には、原則として当事者が契約譲渡のイニシアティブを有していない。⁽¹¹⁾ それゆえ本稿では、かかる場合を狭義の「法律に基づく契約譲渡」（cession légale du contrat）として、その法律構成・要件および効果を本章で扱うことにする。とりわけ本章では、右の場合のうち、最も古くから議論されてきた民法典一七四三条を中心に取り上げるとともに（第二、三節）、近時の立法の動向にも留意する予定である（第四節）。

なお、「法律に基づく契約譲渡」は、種々の点で、「合意に基づく契約譲渡」と異なるけれども、その経済的および法律的機能は同一であり、前者の分析が後者の理解にとって不可欠であることは当然である。⁽¹²⁾

(1) フランスでは一般に「契約譲渡」という語が用いられているが、ドイツ民法学にならって「契約引受」（reprise de contrat）という語を用いる見解も存する（例えば、J.L. Goutal, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, Paris, 1981, n° 397 et suiv.）。

(2) P. Raynaud, *Les contrats ayant pour objet une obligation*, D.E.A. de Droit privé Paris II 1977-1978, Paris, 1978, P. 89 ; J. Chesin, *La transmission des obligations en droit positif français*, La transmission des obligations, Paris, 1980, n° 89, PP. 65-66.

(3) Ch. Larroumet, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Paris, 1968, n° 112.

(4) *Gazette du Palais*, 1948.2.376. ただし、本文に記載した条文は、一九五八年二月二七日のオルドナンス第一三四三号第二二条（*Gaz. Pal.*, 1959.1.48）により改正された後のものである。

- (5) Larroumet, op. cit. (note 3), n° 115.
 - (6) Larroumet, *ibid.*
 - (7) Larroumet, *ibid.*, n° 112.
 - (8) Code du travail, Art. L. 122-12 al. 2.
 - (9) Code des assurances, Art. L. 121-10
 - (10) ドイツ民法第611条の1「法律に基づく契約引受」(gesetzliche Vertragsübernahme = Lehmann, Esser) ならく「法律に基づく契約關係の移転」(gesetzlicher Übergang eines Vertragsverhältnisses = Larenz) とし、等語が共通して挙げらるるは、本文の三つの場合である。すなわち、賃貸人の地位の移転を規定したBGB五七一条、保険契約に関するVVG六九条および労働契約に関するBGB六一三条aである。J. Esser-E. Schmidt, Schuldrecht, I, Teilband 2, 5. Auflage, Heidelberg, Karlsruhe, 1976, § 37 IV, S. 265; K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, I, 14. Auflage, München, 1987, § 35 III, S. 617; Münchener Kommentar, II, 2. Auflage, München, 1985, S. 1340. なお、一九七二年にBGB六一三条aが規定される以前の文献で、前二者を挙げるものとして、H. Lehmann, Die Abtretung von Verträgen, Deutsche Landesreferate Zum III. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in London 1950, Berlin-Tübingen, 1950, S. 382 f.; L. Enneccerus-H. Lehmann, Schuldrecht, Tübingen, 1958, § 87, S. 350.; J. Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe, 1960, § 25, S. 78 f. und 3. Aufl. 1968, § 56 IV, S. 423; H. Pieper, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, Köln-Berlin, 1963, S. 211; H.C. Ficher, Vertragsübernahme und droits relatif au bien, AcP 165, 1965, S. 32 ff.)。
- BGB五七一条については、すでに触れたので、ここでは、VVG六九条およびBGB六一三条aに若干言及する。
- まず、一九〇八年五月三〇日の保険契約法(VVG)第六九条は次のように規定する。
- 六九条** ① 保険の目的物が保険契約者(Versicherungnehmer)から譲渡された場合、取得者は所有権を保持する間、譲渡人に代わって、保険関係から生ずる保険契約者の権利および義務に加入(eintritt)する。
- ② 加入の時に進行中の保険期間に相当する保険料は、譲渡人と取得者が連帯債務者として負担する。
- ③ 保険者(Versicherer)は、保険関係により彼に対して生ずる債権に関しては、譲渡の通知が到達した時からその譲渡の自己に対する効力を認めなければならない。BGB四〇六条から四〇八条の規定が準用される。
- 右の規定によれば、保険目的物の譲渡に伴い、保険契約関係も取得者に当然に移転することとなる。ただし、VVGは、保険者および取得者に、保険契約の解約権を認めている(七〇条)。すなわち、保険者は、一月の予告期間を付して保険関係を解約でき(二項)、取得者はかかる予告期間なしに解約できる(二項)。
- 以上のVVGの規定の沿革については、石田満「保険の目的物の譲渡にともなう保険関係の変動—ドイツ保険法の歴史的展開—」北大法学論集一四卷一号一七四頁以下(一九六三年)に詳しい。とりわけ、VVG六九条の立法に際しては、「ドイツ民法第五七一条第一項が賃貸借關係の継続を認めたことの影響も見逃しえない」(同前一九四頁)との指摘が興味深い。なお、同「保険の目的物の譲渡(一)―(七・完)―」損害保

険研究二六卷二号一四頁、三号一三二頁、四号八四頁、二七卷一号一六一頁、二号一五五頁、四号一四〇頁、二八卷一号二一三頁以下参照。

次に、労働契約の移転に関しては、一九七二年、BGB六一三条aに以下のような規定が置かれた。

六一三条 a ① 営業の全部またはその一部 (Betrieb oder Betriebsteil) が、法律行為により他の営業主 (Inhaber) に移転された場合、その営業主は移転の時に現存する労働関係から生ずる権利および義務に参加する。

② 旧使用者は、第一項による義務については、それが移転の時より前に生じ、かつ、移転の時よりのち一年以内に期限が到来するものである限り、連帯債務者として新営業主とともに負担する。右の義務が移転の時より後に期限が到来する場合には、旧使用者は、移転の時にすでに経過した分の期間に相当する範囲でのみ責を負う。

③ 第二項は、法人が合併または変更により消滅する場合には適用されない。一九六九年一月六日公布の変更法 (Umwandlungsgesetzes) 第八条は、影響を受けない。

右の規定の沿革については、山下眞弘「営業譲渡と労働関係についての比較法的考察」島大法学二五号四二頁以下(一九八一年)、今野順夫「営業譲渡と解雇—西ドイツにおける法理の展開—」行政社会論集(福島大学)二巻一号一頁以下(一九八九年)参照。なお、一九七七年二月一四日、営業、事業所またはその一部の譲渡の場合における労働者の権利の保障に関し、EC加盟国の法律を調和させるために、EC指令(directive)第一八七号が出された。かかる指令に基づき、一九八〇年、BGB六一三条a第一項に若干の追加がなされ、かつ、第四項が追加されている。この改正については、今野・同前一二三頁以下参照。また、EC指令を中心に、その前後のベルギー、フランスおよびドイツにおける、営業譲渡に伴う労働契約の移転を概観したものととして、V. Bertrand, Transfert des contrats de travail et cession d'entreprise, Bruxelles, 1988.

(11) Larroutet, op. cit. (note 3), n. 112.

(12) 従来のが国における議論は、両者をまったく別のものとして扱い、このような視点が欠落していた、と考えられる。

第二節 法律に基づく契約譲渡の理論(1)

—— 民法典一七四三条をめぐる一九世紀—二〇世紀初頭の見解

第一款 フランス民法典一七四三条の制定

一 問題の所在

フランス民法典一七四三条は、賃貸借契約の目的不動産が譲渡された場合の賃借権の「対抗力」につき、次のよ

うに規定する。

一七四三条 ①賃貸人が賃貸目的物 (*choses louées*) を売却する場合には、取得者は、公署証書による賃貸借契約 (*bail authentique*) またはその日付が確定される賃貸借契約を有する定額小作人、分益小作人 (*colon partiaire*) または賃借人 (*locataire*) を立ち退かせる (*expulser*) ことができない。

②ただし、取得者は、賃貸借契約によりその権利を留保した場合には、非農事財産 (*biens non ruraux*) の賃借人を立ち退かせることができる。⁽¹⁾

右第一項が、「単に取得者に対する賃借人の権利の対抗 (*opposabilité*) を定めただけでなく、法律上かつ強制的に賃貸借契約の譲渡を課す」ものであることは、⁽²⁾今日の学説において異論がない。しかし、その理論構成・要件および効果は必ずしも明らかではない。とりわけ、なぜ前主 (≡賃貸人) の締結した賃貸借契約に目的物の特定承継人である取得者が拘束されなければならないのか、という点が、契約の相対的効力の原則 (*principe de l'effet relatif du contrat* ≡フランス民法典一一六五条) との関係で問題とされてきた。加えてフランスでは、債務引受 (*cession de dette*) の制度が認められず、また、今世紀半ばまで「契約譲渡」という概念が知られていなかったため、⁽³⁾右規定の理論的説明は学界の関心事であった。それゆえ本節では、かかる点を中心に一八〇四年民法典の編纂過程から検討してゆくことにする。

二 沿革⁽⁴⁾

ところで、周知のようにローマ法では、賃貸人 (≡新有権者) が目的不動産を譲渡した場合、取得者は賃借人に明渡を請求することができた。すなわち、「売買は賃貸借を破る」 (*Vendage passe louage*) というのが原則であった (≡*loi Emptorem*)。その根拠は、第一に、取得者の物権が賃借人の債権に優ること、第二に、取得者は賃貸人の相続人ではないためその債務を負わないこと、の二点に存する。⁽⁵⁾ もっとも、右の原則により賃貸借契約そのもの

が解約されるわけではなく、債権債務は存続するため、賃貸人は賃借人に対して損害賠償をすることが義務づけられる。そこで賃貸人は、売買契約の条項により、取得者に賃貸借の維持を義務づけうる(6)ことが認められていた。

かかる *loi Emptorem* の原則は、フランス古法に受け継がれたけれども、一八世紀後半には、いくつかの点で緩和(8)されている。とりわけ、目的不動産の譲渡に際し取得者に賃貸借の維持を義務づける条項が、賃貸人によって売買契約に「頻繁に挿入され、一八世紀後半の公証人証書(売買契約書)ではひとつの定式となっていた(9)」とされている。

しかし、右の「一時しのぎの手段」(*palliati*)が無視されると、賃借人は不意に明渡を要求されることになり、借地経営の安定が損なわれる(10)。そこで中間法時代には、*loi Emptorem* の原則がとりわけ農業の進歩を妨げることが理由に、その立法による修正が行なわれた。すなわち、憲法制定国民議会 (*Assemblée Constituante*) の一七九一年九月二八日—一〇月六日のデクレによる農事法典第一章第二節第二条および第三条(11)である。

二条 六年またはそれ以下の賃貸借契約において……新しい特定承継人 (*acquereur à titre singulier*) の権利に関する条項が存在しないときには、不動産譲渡の場合における賃貸借契約の解除 (*resiliation*) は、合意によつて (*gré à gré*) しか行なわれない。

三条 六年を超える賃貸借契約において右の権利に関する条項が存在しないときには、不動産譲渡の場合、新しい特定承継人は、自らその所有地を耕作することを条件として、解除を請求することができる。ただし、定額小作人に少なくとも一年前に解除を通知し……かつ、定額小作人が賃貸借の終了まで引き続き経営または耕作したる得たであろう利益を、小作料の価格および解除の時になされていた前払いと改良に基づいて、鑑定人の評価に従い、事前に定額小作人に賠償し(なければならぬ)。

右の規定は、『売買は賃貸借を破る』という原則を農地賃貸借について否定した点で、ローマ法の原則からすれ

ば重要な例外を創出し……また旧制下の賃貸借法と比較すれば、賃貸借維持特約に関する原則と例外とを逆転させるものであった」と評されている⁽¹²⁾。そしてこれにより、農地賃借権の安定化が促進された。しかし他方、農地を除く他の不動産については、依然として *loi Emptorem* の原則が適用されていた⁽¹³⁾。そこで、かかる不調和を一般的に修正し、右の原則を廃棄したのが、一八〇四年のフランス民法典一七四三条であった。

三 立法過程における議論

(1) 国務院での審議

民法典一七四三条に対応する起草委員会草案五六条は、若干の修正を受けたのち、一八〇三年二月三十一日(共和暦一二年雪月九日)に国務院に提出された(修正草案五〇条)。そこでの議論は、ドゥフェルモン(*Deferron*)の次の質問から始まる。すなわち、「なぜ私署証書による賃貸借契約には、この条文が公署証書による賃貸借に与える効果を認めないのか⁽¹⁶⁾」。これに対しトレイヤール(*Treihard*)は、それを認めると「詐欺(*fraude*)を助長する」からである、と答えている⁽¹⁷⁾。こののち議論の大半は、カンバセレス(*Cambacères*)の提起した次の問題に費された。すなわち、一七四三条の下では「家屋の価値を損なうことを認めざるをえない⁽¹⁸⁾」のではないか、という問題である。その議論の中から、*loi Emptorem* の原則を否定する論拠となると、次の三点が挙げられる。

まず第一は、トロンシェ(*Tronchet*)の見解である。すなわち、「*loi Emptorem* は根拠を有するけれども、それは結局、特定承継人(*successeur a titre singulier*)でしかない取得者は一般承継人のように前主の債務(*engagements personnels*)を負わされることはない、⁽¹⁹⁾という些末なもの(*subtilite*)でしかない。(ところで)憲法制定国民議会以降、この二つの法律は廃棄された。しかし、紛争や訴訟が生じないように、明確にそれらを廃するのが適切と考えたのである⁽²⁰⁾」とする。この見解は一七四三条を、「農事法典の延長上」に位置づけ、「賃貸借維持特約の慣

行化を前提として「理解するものである、と解される。⁽²¹⁾

第二にベルリエ (Berlier) は、「(賃貸借の) 処遇を後の行為 (＝売買) に従属させることはできないし、そうしてもならない⁽²²⁾」と説明する。

そして第三に、ビゴ・ブレアムヌー (Bigot-Préameneu) は、loi Emptorem が「衡平と、契約に対して当然与うべき信頼とに合致しえない⁽²³⁾」と述べている。

以上の見解のうち、賃貸借契約が取得者の下でも維持されることの理論的説明としては、第一および第二の見解が重要である。⁽²⁴⁾ なぜなら、前者は賃貸借維持特約の慣行を前提とする点で後の学説と共通し、また後者は他の立法者により支持されることになるからである。

(2) 法案の成立まで⁽²⁵⁾

右の修正草案は、一八〇四年二月六日 (共和暦一二年雨月一六日) に國務院から議民院 (Tribunat) に送付され、その立法部の審査を経て、二月二五日 (風月五日) に國務院の最終法案 (redaction definitive) 三六条⁽²⁶⁾として確定した。この最終法案は、二月二九日 (風月九日) に立法院 (Corps législatif) に提示され (ガリ (Galli) による理由説明)⁽²⁷⁾、三月一日 (風月一〇日) に立法院から議民院へ送付 (四日後にムリコー (Mouricault) による報告)、および、三月七日 (風月一六日) の立法院での討議 (ジョベール (Jaubert) による演説) を経て成立した。かかる経過のうち、一七四三条 (法案三六条) の論拠を明確にしているのは、ムリコーの報告およびジョベールの演説である。

まずムリコー⁽²⁸⁾は、「人は自ら有する以上の権利を他人に移転することができないのが原則ではないのか」と述べる。すなわち、「確証される賃貸借契約によって、合意された期間につきその物の享受を放棄してそれを賃貸人に保障することを約束し、しかも、その主たる債務がまさに賃借人に享受させることにある譲渡人が、その所有 (権) を、どうしてこの債務から自由なものとして第三者に売却し、あるいは遺贈することができるのか」とする。

そしてこれまで、「新取得者に(賃借人の)放逐権を付与することで売買を助長していると信じてきたが、実は、そうして右の原則を破ることにより、農業経営や工場や製造所の確立を阻害していたのである」。それゆえ、「原則に立ち戻り、各人にその有するもの、すなわち、契約が彼に約束し彼に確保すべきところのものを保持させるべきであろう」とする。

かかる見解は、「何人も自分自身が有している以上の権利を他人に譲渡することはできない」(Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet) というローマ法の原則を適用するものである。

ところで、立法院でのジョベールの演説は、「農業の利益」という実質的理由を強調する。すなわち、「公共の利益のために改革が望まれるのは、とりわけ農地の賃貸借に対してであり、「農業の発展にとつては、長期賃貸借(Bail a longues années)が最も有用である」と主張する。なぜなら、賃貸借契約の安定化は、小作人に土地への投資が償還されると確信させることにより、それを結果的に助長することになるからである。そして、「国家にとつて最も重要なもの」は所有権の移転ではなく、「新しい取得者が(登場した)場合にも、農業の利益を他のすべての考慮に優先すること」である、と述べている。しかしジョベールは、一七四三条の草案について実質的根拠を力説しつつも、わずかにその理論的根拠に触れている。すなわち、「なぜ第三者の利益が無関係な売買によって害されるのか、なぜ新権限が先に存在する権限を損ねるのか」とする。かかる発言からジョベールも、Nemo plus juris原則を念頭に置いていたことがうかがわれる。

四 小 括

民法典一七四三条の沿革および起草過程の検討から、「売買は賃貸借を破る」というloi Emptoremの廃棄が、借地経営の安定化による農業の促進に実質的根拠を有することは疑いない。しかし、その理論的根拠は必ずしも明らかでない。立法者の中には、loi Emptorem自体が認めていた、売買契約における賃貸借維持特約の慣行化を前

提とする者(トロンシエ)も存在した。しかしその多くは、*Nemo plus juris* 原則に根拠を見出していた(ベルリエ、ムリコー、ジョベール)ことを指摘しよう。

けれども、次款で述べるように、民法典施行後にまず登場する註釈学派においては、早くも後者が少数説となる。そして前者は、第三者のためにする契約(*stipulation pour autrui*)の制度と結びつき、多数説を形成してゆくことになるのである。

- (1) 本文に掲げた規定は、一九四五年一月一七日のオールドナンスによる改正後のものであり、それ以前には第二項が存在せず、但書として「賃貸借契約において賃貸人がこの権利(＝解除権)を留保したときはこの限りにあらず」と規定されていた。したがって、賃貸人の解除権の留保が今日のように非農事財産の賃貸借の場合に限定されず、一般的に認められていたと解される。なお、この点については、本章第三節第二款第三項参照。
- (2) Ph. Malaurie et L. Aynès, *Cours de droit civil, Les contrats spéciaux*, 3^e éd., Paris, 1989, n° 671 ; Cf. Ph. Remy, *Rev. trim. dr. civ.* 1990, p. 101.
- (3) L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, 1984, n° 1.
- (4) 賃借権の対抗力の沿革については、すでに以下の優れた研究が公にされている。すなわち、ローマ法に関しては、星野英一「不動産賃貸借法の淵源」『民法論集』第三卷(有斐閣、一九七二年)二七二頁以下、特に三二一頁以下、また、フランスの旧制末期からコード・シヴィルの編纂過程までを扱ったものとして、原田純孝『近代土地賃貸借法の研究—フランス農地賃貸借法の構造と史的展開』(東京大学出版会、一九八〇年)がある。
- (5) M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. X, *contrats civils*, 2^e éd. par J. Hamel, F. Givord et A. Tunc, Paris, 1956, n° 648, p. 937.
- (6) A.E. Giffard, *Précis de droit romain*, t. II, Paris, 2^e éd., 1938, n° 125, p. 82. 星野・前掲書(注4)三一一—三一一二頁。
- (7) A. Loysel, *Institutes Coutumières*, 1607, Livre III, Titre VI, reg. 1^{er}. ; J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, nouvelle éd., 1777, Liv. I, Du louage, Titre IV, Sect. III, IV, p. 51.
- (8) 原田・前掲書(注4)九七一—一〇一頁。
- (9) 原田・同前九七一—九八頁。Cf. Planiol et Ripert, *op. cit.* (note 5), n° 648 ; *Œuvres de R.-J. Pothier, Les traités du droit français*, t. II, nouvelle éd., par M. Dupin, n° 292 et n° 299.
- (10) R. Dallant, *Les positions actuelles de l'article 1743 du code civil*, J.C.P. 1958, I, 1431.

- (11) 28 septembre = 6 octobre 1971, Décret concernant les biens et usages ruraux et la police rurale. の規定は、J.B. Duvergier, Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Règlements, Avis du conseil-d'Etat, t. III, 1834, p. 376. にある。また、その立法過程については、原田・前掲書(注4)三二九頁以下。
- (12) 原田・同前三三二頁。
- (13) Dallant, op. cit. (note 10).
- (14) フランス民法典における「賃貸借」規定の立法の経緯に関しては、原田・前掲書(注4)三八七頁以下、特に四二二頁以下に詳しい。それゆえ本稿では、その最終段階である國務院(Conseil d'Etat)での審議から一原田論文との重複を承知しつつ必要な限りにおいて一検討することとする。
- (15) P.A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, t. II, 1968 (réimpression de l'éd. 1827), p. 559.
- (16) Fenet, t. XIV, p. 251; Loaré, La législation civile, commerciale et criminelle de la France, t. XIV, 1828, I, n° 40.
- (17) Fenet, *ibid.*
- (18) Fenet, *ibid.*; Loaré, op. cit. (note 16), I, n° 41.
- (19) loi Emptorem と loi ABEde をさす。後者は、ローマ法が賃貸人に自己使用のための一方的な解約権を認めた原則である(原田・前掲書(注4)九六頁参照)。
- (20) Fenet, op. cit. (note 16), p. 251.
- (21) 原田・前掲書(注4)四四九頁。
- (22) Fenet, op. cit. (note 16), p. 252. 原田・同前四四九—四五〇頁。
- (23) Fenet, *ibid.*
- (24) 第三の見解は、理論的説明というよりもむしろ実質的理由に含まれる、と解される。
- (25) 以下の記述は、原田・前掲書(注4)四四六—四四七頁および四五〇頁参照。
- (26) Fenet, op. cit. (note 16), p. 297.
- (27) Fenet, *ibid.*, p. 314; Loaré, op. cit. (note 16), p. 411, n° 10.
- (28) 以下のムリコーの報告は、Fenet, *ibid.*, p. 331; Loaré, *ibid.*, pp. 432-433. ただし、訳は原田・前掲書(注4)四五〇頁による。
- (29) Fenet, *ibid.*, pp. 352-353, spéc. p. 353; Loaré, *ibid.*, pp. 458-459, n° 7. 原田・同前四五〇頁および四五四頁注(62)。

第二款 註釈学派の見解

一 序

一八〇四年にフランス民法典が施行されてからの約一〇〇年間は、「所与の実定法規範の論理的操作と、必要な場合には立法者意思の探求とにのみ基づいて法学を組立てる」註釈学派が大勢を占めた⁽³⁰⁾。しかし一七四三条の理解については、その立法者意思が必ずしも明確でないため、かかる註釈学派においても様々な見解が登場した。例えば、トロロン (Trop long) は、一七四三条が賃借権を相対権 (≡ 債権) から絶対権 (≡ 物権) のカテゴリーに移した、と主張する⁽³¹⁾。けれども当時の支配的見解は、ローマ法以来の伝統である賃借権 ≡ 債権的構成を前提とした。もっとも、かかる前提の下でも、一方では、賃借人が取得者に賃借権を対抗するには現実の占有を必要とする主張する見解 (デュラントン ≡ Duranton)⁽³²⁾ が存在し、他方では、一七四三条の場合に「特定承継人は……一種の法定代位 (subrogation legale) により、賃貸人の債権だけでなく債務をも承継する」と解する見解 (ムルロン ≡ Mourlon)⁽³³⁾ が存在した。

本稿では、右のように議論の錯綜する状況に登場した、「註釈学派の最高峰」と称されるオーブリー (Aubry) とロー (Rau) の見解から叙述する。

二 オーブリー・ローの見解

(1) Nemo plus juris 原則の拡張

オーブリー・ローは、賃借権が債権であることを前提に⁽³⁴⁾、一七四三条により「取得者がその前主によって締結された賃貸借契約を尊重するよう義務づけられる」理由を、「何人も自分自身が有している以上の権利を他人に譲渡することはできない」という Nemo plus juris 原則に求めている⁽³⁵⁾。もっとも、オーブリー・ローも、かかる原則が

物権の二重譲渡の場合にしか適用されないことを認めている。けれども、「法典の起草者は、所有者が……単に使用収益に関する債権の譲渡により所有権の行使を制限した場合にも、右原則の適用を認めるのが公正かつ有益であると判断し」て、一七四三条において *Nemo plus juris* 原則を「拡張」したのである、と解している。⁽³⁶⁾

他方、オーブリー＝ローは、取得者が賃貸人の債権・債務を承継すると解する見解に対して、次のように批判する。「かかる見解は、特定承継人が前主の債務を負わない、という原則に反し、以下のような容認し難い結果を生ずることになる。すなわち、取得者は賃貸借契約を中断させる権利を奪われるだけでなく、賃料の支払請求をしなくとも、その契約が売主（＝賃貸人）に課すすべての債務を履行することを強いられることになる」とする。⁽³⁷⁾

結局オーブリー＝ローの見解によれば、一七四三条の場合は、*Nemo plus juris* 原則の適用により、目的不動産の取得者は使用収益権の制限された所有権を取得したことになり、前主の賃貸借契約（とりわけ債務）を承継したのではない、ということになる。⁽³⁸⁾

(2) 特定承継論との関連①—オーブリー＝ローの定式

ところで、別稿で述べたように、フランスでは、前主から特定の財産を譲り受けた特定承継人が、その財産と密接に関わる権利ないし義務をも承継する、という議論（以下、「特定承継論」と総称する）がなされている。その出发点となったのが、オーブリー＝ローの定式と呼ばれる次の一節であった。すなわち、「特定承継人は、その前主がまさにその物のために取得したすべての権利および訴権を享受する」という定式である。⁽⁴⁰⁾しかるに、一七四三条の場合も、前主（＝賃貸人）の締結した賃貸借契約が目的不動産の取得者に対して効力を及ぼすという点で、右の議論の延長線上に位置づけることが可能である。そこで、この点についてオーブリー＝ローがどのように考えていたか、を検討する。

オーブリー＝ローの教科書をひもといてみると、一七四三条についての詳細な記述が、賃貸借に関する第四巻の

ほかに、右の定式を記した箇所(第二巻)にもなされていることがわかる。もつとも、オーブリー・ローは、一七四三条の理論的説明に右の定式を用いることを明確に否定する。すなわち、前主が締結した賃貸借契約から生ずる債権に関しては、「特別な譲渡をしない限り、賃借目的物の取得者は、その履行を賃借人に強いることはできない」とする⁽⁴¹⁾。なぜなら、オーブリー・ローが特定承継人に移転されると考えている前主の権利・訴権とは、特定承継人に移転される物と一体化し、その物の附従物(cessoire)となるものに限られ、契約から生ずる債権はそこに含まれないからである⁽⁴²⁾。ただし、附従物の一例として、解除権(action résolutoire)が挙げられている点には注意を要する。というのも、賃貸借契約において賃貸人が留保した賃借人を立ち退かせる権利(一七四三条但書)を、目的不動産の取得者が行使しうる理由として、オーブリー・ローは、一一二一条(第三者のためにする契約)とともに右定式の根拠条文である一一二二条を挙げているからである⁽⁴⁵⁾。

他方、債務に関してオーブリー・ローの定式は適用されず⁽⁴⁶⁾、一七四三条により「不動産の取得者が……売買より前に売主によって合意された賃貸借契約を尊重する義務を負う」⁽⁴⁷⁾のは、Nemo plus juris原則の適用の結果である、と解している。

(3) 小括

以上のオーブリー・ローの見解をまとめると、次のようになる。

まず結論としては、一七四三条の適用がある場合にも、取得者は、前主の賃貸借契約を承継するわけではなく、賃貸借により使用収益を制限された所有権を取得するにすぎない。したがって取得者は、賃借人に対して賃貸借契約上の債権を主張しえず、また、その債務も負わないことになる。

右の結論は、以下の二つの理由に基づく。すなわち、第一に、一七四三条の理論的根拠がNemo plus juris原則に存すること、第二に、賃貸借契約上の債権・債務は、目的不動産に一体化する附従物ではないから、その特定承

継人への移転を認めることは契約の相対的効力の原則(一一六五条)に反すること、の二点である。

かかるオーブリー・ローの見解は、ローマ法の原則に忠実であるとともに、一七四三条の立法者意思に厳格に従ったものである、と評することができる。けれども、一七四三条に関するオーブリー・ローの見解は、後続の註法学派の学者たちによって否定されてゆくことになる。

三 オーブリー・ロー以降の通説的見解

(1) 理論構成

オーブリー・ロー以降に公にされた註法学派の見解は、一七四三条に関し、一致してオーブリー・ローに反対して、不動産の取得者が賃貸借上の債権のみならず債務をも負担する、と解している。すなわち、コルメ・ドゥ・サンテール (Colmet de Santerre) は、「賃借人が(不動産の)旧所有者に対してと同様に新所有者に対して結びつけられ、それは「不動産売買契約の黙示の条項の結果である」とする。また、ローラン (Laurent) は、「取得者が賃貸人の地位を取得して、その権利を承継し、かつその義務を負う」とする見解が、「一七四三条に与えうる唯一の法律的説明である」と解している⁽⁴⁹⁾。さらにギユアール (Guilouard) も、一七四三条により「取得者は、賃貸人のすべての権利を積極的に承継するのと同様に、賃貸人によって契約されたすべての債務を消極的に承継する」とし、かかる結論は、「取得者が当該賃貸借を維持することに同意したと法律が推定した」ことによる、と主張する⁽⁵⁰⁾。そしてこののち、ユク (Huc)⁽⁵¹⁾ およびボードリュ・ラカンティヌリー (Baudry-Lacantinerie)⁽⁵²⁾ ヲヴァール (Wahl) の教科書でも同じ立場が採られている。

以上の通説的見解は、要するに、旧制下における不動産売買契約中の賃貸借維持特約を一七四三条により法律上推定した⁽⁵³⁾、と解するものである。そして実質的理由としては、かく解することがその沿革に沿うとともに、取得者に賃貸借契約上の債務を負わせることが、賃借人の権利を保障するという一七四三条の趣旨に合致する⁽⁵⁴⁾、という点

も挙げられている。

他方、通説は、オーブリー・ローの見解を次の二点で批判する。

第一に、オーブリー・ローは起草者（ムリコーおよびジョーベル）の見解に依拠するが、この点に関しては、起草者の見解がそもそも沿革に反して誤っている、と指摘する。とりわけローランは、「起草者の言が誤まっているとしても、それが公の演説に見出されるという理由により、真実となるのであろうか」と、シニカルな問いかけをしている。⁽⁵⁵⁾

第二に、オーブリー・ローは、取得者が前主の賃貸借契約上の債務を負わされるとすれば、その賃料支払請求権を放棄しても依然として債務を負わされることになって不当であるとした。しかしこの点についても、かかる状況は、一般に賃貸人が賃料債権を放棄してもなお債務を負わされることと同様であり、なんら不当ではない、と再批判されている。⁽⁵⁶⁾

かくして、一七四三条に関するオーブリー・ローの見解は他説の支持を得られず、その教科書の第六版では、改訂者であるエスマン（Esmein）により訂正されることになる。⁽⁵⁷⁾

(2) 通説内部における相異点

以上の通説は、一七四三条の効果に関して、前主の賃貸借契約を不動産の取得者が維持すると解する点では一致する。しかし、次の二点ではその見解を異にしている。すなわち、賃貸人（＝前主）の免責の有無、および、賃貸人の留保した解除権を取得者が行使しうるか、という二点である。

まず、目的不動産を売却した賃貸人が賃貸借契約から離脱し、賃貸人としての債務を免れるか否かについて、ローランは次のように述べ、その免責を示唆している。

「（一七四三条により取得者が賃貸人の債務を負う、とする見解は）すべての当事者の利益に合致し、かつ、その関

係を単純にする。すなわち、賃借人は、その使用収益を継続し、取得者の債務者かつ債権者となる。また、取得者は、賃貸借から利益を得て、目的物を占有する賃借人に対し直接訴権 (action directe) を有するとともに、賃借人に義務づけられる。他方、売主(＝賃貸人)は目的物と無関係になるので、当然にそれを占有する者(＝賃借人)とも無関係になる⁽⁵⁸⁾。

しかし、ボードリイ・ラカンティヌリー・ヴァールは、「債務者が、その契約上の負担を第三者に負わせることによつて、自らその債務を免れることはできない(ので)、以後賃借人は一人の債務者を有することになる⁽⁵⁹⁾」と述べて、賃貸人の免責を否定している。

次に、賃貸人が賃貸借契約において留保した解除権(一七四三条但書)を取得者が援用するためには、目的不動産の売買の際に明示的に右権利の譲渡が行なわれなければならないか、という問題については、オーブリー・ロー以降の学説は一致して、かかる明示の譲渡がなくとも取得者は当然に右解除権を行使しうる、と解している。しかし、右権利は賃貸人が賃貸借契約の当事者として留保したものであるため、なぜそれ取得者が行使しうるかについては理論的説明が求められる。この点につきオーブリー・ローは、第三者のためにする契約を規定する一一二一条、および、先述の「オーブリー・ローの定式」の根拠となる一一二二条を挙げていた。しかし、両者の論理的関係が明らかでないため、以後の学説に若干の混乱が生ずることになる。

まずローランは、賃借人を立ち退かせる権利も売買目的物に関する権利であると解し、「右目的物の売買は、当然にすべての附従的権利 (drois accessoires) を含む」と説明するとともに、一七四三条により「買主が賃貸人の権利義務を代位する」こと、および、賃貸人による解除権の留保は取得者のためであるから、第三者のためにする契約を規定した「一一二一条の原則を援用しうる」こと、を挙げている⁽⁶⁰⁾。また、ギユアールは、一方で、賃貸人による解除権の留保が、不動産所有権の売却を容易にするため賃貸人の利益になるとともに、取得者のためにもなき

れたものであると解しつつ、他方で次のように述べている。すなわち、「取得者は物の所有者となることによって、売主がその物に関して有するすべての権利、つまり、その物の附従物を承継する。そうとすれば、右の解除権は、その物の価値を増加させるので、唯一その利益を享受しうる新しい所有者に帰属しなければならない」とする⁽⁶¹⁾。以上の見解はいずれも、オーブリーローに従い一一二一条および一一二二条を並列的に挙げて取得者の解除権の行使を肯定するものである。

これに対してユクは、解除権を不動産の附従物であると解し、第三者のためにする契約に関する一一二一条の援用を不要とする。すなわち、「物の価値を増進させる効果を有するこの（解除）権は、その物の附従物とみなさるう。ところで、附従物に関しては、明確な引渡しが必要である。つまり、その物の買主は、契約の効果のみによつて直接に（附従物を）与えられる」と述べる⁽⁶²⁾。そして、かかる結論を認めるために、「時になされるように、一一二一条を引き合いに出すことは不要である。なぜなら、その適用は、多くの障害を生ぜしめる原因となりうるからである」と主張する⁽⁶³⁾。

こののち二〇世紀半ば以降は、賃貸人の解除権の特定承継人への移転が、特定承継論ないし附従物論の一貫として位置づけられる。しかし、その萌芽は、すでに、右の註釈学派の議論に見出されうるのである。

(3) 特定承継論との関連②——ドゥモロンブの見解

さらにこの時期には、一七四三条の効果も特定承継論との関連で論じられるようになる。すなわち、先のオーブリーローの定式では、その適用範囲が物と一体化する附従物に限られていた。けれども、ドゥモロンブ(Denolombe)は、それをさらに拡張して、一一二二条の解釈により物に関する契約上の債権が特定承継人に移転する、と主張した⁽⁶⁴⁾。それゆえ、賃貸借契約が目的不動産の取得者に当然に移転するという一七四三条も、右の特定承継論により説明することが可能となる。実際ドゥモロンブが、一一二二条の箇所で一七四三条に言及している点⁽⁶⁵⁾

は注目に値する。しかしその記述は明確でなく、一七四三条と特定承継論との関係は、二〇世紀にはいり再び問題となるのである。

- (30) 山口俊夫「フランス法学」碧海・伊藤・村上編『法学史』(東京大学出版会、一九七六年)一九八頁。
- (31) R.T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, L'échange et du louage*, t. II, Paris, 1840, n° 473 et suiv., spéc. n° 491 et suiv.
- (32) A. Duranton, *Cours de droit français suivant le code civil*, t. XVII, 3^e éd., Paris, 1834, n° 138 et suiv. チャントンは「農業および工業の利益」が一七四三条の「真の理由」であると解し(*ibid.*, n° 138) 賃借人が、売買の時に確定日付ある賃貸借契約を有するが、未だ使用収益を始めていない場合には、「農業または工業の利益が害されていない」から、取得者に賃借権を対抗しえないとする(*ibid.*, n° 139)。また形式的理由として、右の場合には賃借人を「立ち退かせる」(*expulser*) ことにならないため、一七四三条の適用がないと主張する(*ibid.*)。すなわち、*expulser* という語が、現実に使用収益をしている者の存在を前提とする、と解するのである。かかる見解によれば、一七四三条は、土地を占有している賃借人のために留置権(*droit de rétention*)を認めるのと同じ結果になる(Cf. *Chambéry*, 28 novembre 1862, S. 1863, 2, 87)。しかし、右の見解は、シャンベリー控訴院の一八六二年一月二八日判決(*ibid.*)により明確に否定された。すなわち、シャンベリー控訴院は、沿革的に賃借人の占有の有無によって区別されなかった点に着目し、「条文の表現および外観に気をとられることなく、立法者の真の意図がいかなるものであったかを探究すれば、それは、古い諸原則に反し、かつ、ローマ法から取り出された命題(「売買は賃貸借を「破る」)に対応させる意図であったことを確信」しうる、と述べる。そうして、一七四三条の *expulser* という語は、「賃貸借契約を破る(*rompre le bail*)」という表現と同じ」であると解し、賃借人の占有の有無を問題としない、と結論づけている。なお、Cf. Troplong, *ibid.*, n° 493 et suiv.
- (33) F. Mourlon, *Répétitions écrites sur le troisième examen du Code Napoléon*, t. III, 6^e éd., Paris, 1863, n° 766, p. 302.
- (34) オブリーローは、一七四三条により賃借権が債権ではなく物権になったと解するトロロンの見解を、次の二点で批判している。すなわち第一に、「賃貸借契約を維持する債務は、賃貸目的物のすべての所有者ないし占有者に課されるのではなく、賃貸人の承継人にしか負われない」ことを挙げ、万人に対する物権とは異なることを指摘する。また第二に、形式的理由として一七二七条を挙げている。同条は、例えば暴力行為によって賃借人の使用収益を妨げた者が賃借目的物についてなんらかの権利を主張する場合、賃借人は、担保のために賃貸人に訴訟に参加させなければならず、かつ、賃貸人の名を示して参加を要求するときには、訴訟から脱退しなければならぬ旨を規定する。そこでオブリーローは、「もし賃貸借契約から生ずる使用収益権が物権であるならば、賃借人は、賃貸人を担保のために参加させる必要がなく、(当然に)それを防禦する資格を有し、また、訴訟からの脱退を要求されることもない」と述べている。そして結論としては、「賃借人の使用収益権の期間および範囲がいかなるものであるとしても、それは債権(*droit personnel*)以外の何ものでもない」と解している(C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, 4^e éd., Paris, 1871, § 365, 3^e et note 7, p. 471)。

- (35) Aubry et Rau, *ibid.*, § 369, p. 501.
- (36) Aubry et Rau, *ibid.*, pp. 501-502, note 32 et 33.
- (37) Aubry et Rau, *ibid.*, note 32.
- (38) なお、一七四三条によれば、賃借権を取得者に「対抗」するには、賃貸借契約が公正証書によってなされているか、あるいはその日付が確定されることが必要とされる。しかるに、オーブリー・ローは、右の要件がない場合にも目的不動産の売買の時に取得者が賃貸借の存在を認識していれば、賃借人を立ち退かせることができないと解する。すなわち、「取得者は、その取得の時に賃貸借の存在のみならずその賃貸借に定められた期間を認識し、かつ、売主が(目的物の)譲渡の場合の解除権を留保しなかったことを知っていたことが証明された場合には、賃貸借契約に確定日付がないという事情が存しても、かかる取得者には賃借人を立ち退かせることが認められない」と述べている (Aubry et Rau, *ibid.*, § 369, p. 502)。なお、Cf. Douai, 11 août 1837, S. 1838, 2, 106.
- (39) 野澤正充「契約の相対的効力と特定承継人の地位(一)」民商一〇〇巻一〇八頁以下(一九八九年)。
- (40) 野澤・同前一二六頁。
- (41) C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. II, 4^e éd., Paris, 1869, § 176, p. 72.
- (42) Aubry et Rau, *ibid.*, p. 71 *texte et note 5*. 野澤・前掲論文(注36)一二七頁。
- (43) Aubry et Rau, *ibid.*, もともと「こゝで挙げられた例は、売買代金の不払いによる解除権が、その代金債権の譲受人に当然に移転する」と云ふのである。
- (44) Aubry et Rau, *op. cit.* (note 34), p. 502.
- (45) Aubry et Rau, *ibid.*, p. 502 note 34. なお、一三二条の二は、野澤・前掲論文(注39)参照。
- (46) Aubry et Rau, *op. cit.* (note 41), § 176 bis, p. 74 et *suiv.* 野澤・同前一二八頁。
- (47) Aubry et Rau, *ibid.*, pp. 72-73.
- (48) A.M. Demante et E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de code civil*, t. VII, Paris, 1973, n° 189 bis, p. 278.
- (49) F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. XXV, Bruxelles et Paris, 1877, n° 392.
- (50) L. Guillaouard, *Traité du contrat de louage*, Livre III, Titre VIII du code civil, t. II, Paris, 3^e éd., 1891, n° 369.
- (51) T. Huc, *Commentaire théorique & pratique du code civil*, t. X, Paris, 1897, n° 344.
- (52) G. Baudry-Lacantinerie et A. Wahl, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Du contrat de louage, t. I, Paris, 3^e éd., 1906, n° 1313.
- (53) 原田・前掲書(注4)三四四頁(注24)参照。
- (54) Guillaouard, *op. cit.* (note 50), p. 401.
- (55) Laurent, *op. cit.* (note 49), p. 436.
- (56) Guillaouard, *op. cit.* (note 50), p. 401; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.* (note 52), p. 759.

- (75) C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. V, Paris, 6^e éd. par P. Esmein, 1952, § 369, p. 278 note 32. 434' の第五版(一九〇七年)では、依然として第四版の見解が維持せられた(Aubry et Rau, *ibid.*, 5^e éd. par G. Rau, Ch. Falcaimaigne et M. Gault, 1907, pp. 360-361 note 32.)。
- (76) Laurent, *op. cit.* (note 49), n° 392, p. 437.
- (77) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.* (note 52), n° 1314, p. 760.
- (78) Laurent, *op. cit.* (note 49), n° 395, pp. 439-440.
- (79) Guillaouard, *op. cit.* (note 50), n° 371, pp. 402-403.
- (80) Huc, *op. cit.* (note 51), n° 344. ただし、ユクは附従物の理論を一六一五条の解釈から認めよう(*ibid.*, p. 120 et suiv., spec. pp. 123-124)。
- なお、野澤・前掲論文(注39)一二七—一二八頁参照。
- (81) Huc, *ibid.*, n° 344. 434' のような「障害」が生ずるのかは、テキストからは明らかでない。
- (82) 野澤・前掲論文(注39)一三〇—一三二頁。
- (83) C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, Paris, 1877, n° 282, p. 268.

第三款 科学学派とその周辺

一 序

一八五二年のルイ・ナポレオン・ボナパルト (Louis Napoléon Bonaparte) による第二帝政以降、フランスの資本主義は飛躍的に発展する。とりわけ、同年に設立されたクレディ・モビリエ (Société Générale de Crédit Mobilier) を中心とした銀行と政府による鉄道建設の推進は、「直接間接にフランス近代工業の発展を加速しフランス産業資本の確立を促進した」と評されている。⁽⁶⁶⁾ かかる資本主義の発展とそれに伴う経済および社会状況の変化は、註釈学派を動揺させた。そして一九世紀末には註釈学派の法典万能主義を批判して、制定法の欠缺を認め、その補充のためには社会生活の中の生きた法規範を科学的に探究しなければならないとする、いわゆる「科学学派」が登場する。⁽⁶⁷⁾

この時期の主張の中で本稿にとって重要なものは、次の二点である。すなわち、民法典に規定のない債務引受を

認めようとする試みがなされたことと、一七四三条の説明としてドイツの状態債務説がフランスにも紹介されたことである。もつとも、かかる学説の背景には、右のような資本主義の発展に伴う法学方法論の転換のほかに、一九〇〇年に施行されたBGBおよびドイツ民法学の影響があることも見逃せない。

二 債務引受論導入の試み

(1) 序

すでにわが国でも紹介されているように、⁽⁶⁸⁾債務引受が法律上問題とされるのは、一八五三年にドイツでデルブリュック (Delbrück) の論文が公にされてからのことである。⁽⁶⁹⁾

かかる債務引受の理論をフランスにもたらしたのは、BGB施行の直前である一八九〇年のサレイユ (Saleilles) の論文⁽⁷⁰⁾および一八九八年のゴドゥメ (Gaudemet) の論文⁽⁷¹⁾であった。それらの内容については、本稿では立ち入らないけれども、以下ではその要旨を、後に出版されたゴドゥメの教科書⁽⁷²⁾に基づいて叙述する。

(2) 債務引受の問題点

まずゴドゥメは、債務引受 (transport de dette) の経済的機能が「通貨の授受なしに (債務の) 決済を容易にする」ことにあり、債権譲渡の機能と類似する、と考える。そして債務引受の態様としては、履行引受 (transport interne)、併存的債務引受 (transport cumulatif) および免責的債務引受 (transport privatif ou parfait) の三つがあり、⁽⁷³⁾債務引受の立法上の問題点は最後の免責的債務引受にあるとする。なぜなら、その特色は、①旧債務者の免責、②債務に付与された保証と抗弁を存続させつつ、債務の特定承継を行なうこと、および③右二つの効果を、債権者の利益を保障しつつ新旧債務者の合意により実現することにあるが、それらを肯定するには次の二つの障害を越えなければならないからである。すなわち、第一に、フランスでは債務の特定承継が認められないという原則があり、第二に、債権者に債務者の交替を強制することはできない、⁽⁷⁴⁾という二つである。

しかし、第一の障害に関してゴドゥメは、それが、債務を純粹に人的なつながりであるとするローマ法の古い概念に基づくとする。そして、かかる概念は、今日では債権譲渡が認められたことにより放棄され、債務も債権の消極的側面でしかないのだから、論理的には債務の特定承継も認められねばならないとし、「後者なしに前者を認める近代法は、途中で計画を止めたのである」と述べている。⁽⁷⁵⁾

また第二の障害を越えるためには、債権者の介入が必要であるとする。そして、その方法としては、債権者を當事者とする立法例（スイス債務法）も存する。けれどもゴドゥメは、BGBにならって、「債権者の権利を保護するためには、債務の移転が、債権者の承諾まで彼に対抗しえないとすれば十分である」と主張する。⁽⁷⁶⁾

以上の点から、ゴドゥメは、免責的債務引受が法律上可能であると解している。

(3) フランス法における解釈

ところで、債務引受を認めないフランス法では、同様の効果を達するために、次の二つの手法が用いられている。

一つは、指図 (delegation) による債務者の交替である。すなわち、民法典一二七五条によれば、債務者が債権者に他の債務者を付与し、その者が債権者に対して義務を負う旨の指図は、債権者が指図を行なった債務者を免責する意思を明示した場合に更改を生ずることになる。かかる場合には、債務者が交替し、旧債務者は免責される。けれども、これにより債務の特定承継が実現するわけではないため、明示の留保がないと旧債務の保証および抗弁は失われる。加えて、債権者が當事者として加入することが要求されるため、指図は債務引受と同一の目的ないし効果を達成しうるものではない。⁽⁷⁷⁾

もう一つは、第三者のためにする契約（二二二一条）の援用である。すなわち、債権者A（受益者）に対して債務を負っているB（要約者）が、C（諾約者）との間で自己の債務をAに支払うよう約束した場合には、第三者A

のためにする契約が成立し、Aは直接Cに対して債務の履行を請求しうることになる。この手法は、債権者の介入を不要とするため、指図よりも有用である。けれども、第三者のためにする契約では、もとの債務者が免責されず、また、債権者は新しい権利を取得することになり、新債務者の債務がもとの債務者のそれと同一とは解されない。したがって、この手法によっても免責的債務引受を実現することは不可能である⁽⁷⁸⁾。

そこでゴドゥメは、指図・第三者のためにする契約のほかには債務引受をフランス法の下でも認めるべきであると、それを認めても、フランス法の基本原則に反しない、と主張する⁽⁷⁹⁾。もつとも、かように主張するゴドゥメ自身も、法律の改正なしにフランスの実務が債務引受を認めることはほとんどありえない、と予測する。すなわち、債権者の承諾の効力や保証の存続等、多くの問題を条文の指針なしに解決することは困難であり、「フランスの実務は、むしろ、指図と第三者のためにする契約を債務引受に近づけるために、それらを柔軟に用いるよう試みるであろう」し、「そうすることが、不意に新しい概念を導入するよりも、より簡単かつ自然である」と述べている⁽⁸⁰⁾。

(4) フランスにおける債務引受論の衰退

サレイユとゴドゥメによって、フランスへの導入が試みられた債務引受論は、このうち、契約自由の原則 (*principe de la liberté des conventions*) を根拠に、若干の有力説に支持された⁽⁸¹⁾。しかし、「残念なことに」両者の試みは学説に大きな影響を与えず⁽⁸²⁾、結果的には失敗に終わった⁽⁸³⁾。その理由としては、以下の二点を指摘しうる。

第一に、フランスの判例および学説は、「広く解釈されうる条文に確固たる基礎を見出しえない概念を認めることに大きなためらいがある⁽⁸⁴⁾」とされている。とりわけ判例は、債務引受を一致して否定している⁽⁸⁵⁾。

第二に、債務引受を認める実益がそれほど大きくない、とも考えられている。というのも、一方では、ゴドゥメが予測したように、指図や第三者のためにする契約の柔軟な適用により実際の問題を解決しうるからである⁽⁸⁶⁾。例えば、本稿で扱ってきた一七四三条の説明に関しては、債務引受を肯定する論者も、それを債務引受の一場合である

とは考えない⁽⁸⁷⁾。すなわち、ゴドゥメおよびボードリイ・ラカンティヌリー＝バルド⁽⁸⁸⁾ (Bardé) は、一七四三条の沿革を重視して、目的不動産の取得者が前主の賃貸借契約上の債務を負うのは、「法律によって推定された第三者のためにする契約」による、と解している。

他方、近時は、「実際において債務の移転が生ずるのは、グローバルな作用である契約譲渡の場合でしかない」との指摘もなされている⁽⁹⁰⁾。

実際、サレイユとゴドゥメによって試みられた債務引受論は、半世紀のちに契約譲渡論が登場することによって、再び脚光を浴びることになる。けれども、その問題は次章で扱うことにする。

三 ドイツの状態債務説の紹介

ところで、第一章で述べたように、フランス民法典一七四三条に相当するわが民法典六〇五条の説明には、ドイツ民法学から導入された「状態債務」概念が用いられている。かかるドイツの見解は、興味深いことに一九世紀末のフランスにも、ゴドゥメによって紹介されていた。すなわち、ゴドゥメは、一七四三条の場合を含めて、より一般的に「一定の物に附従する負担の移転」を問題とし、次のような具体例を挙げている。

「私はP (＝Primus 第一の者) に対して、Pが資源を採掘するために私の土地に立ち入る旨の義務を負担した。

(その後) 私は右土地をS (＝Secundus 第二の者) に売却する。PはSに右債務の履行を請求しうるか⁽⁹²⁾」。

この場合、Pの「私」に対する権利が物権であるとき、または、債務であっても土地の売買に際し、「私」とSとの間で債務の移転につき「特別な合意」が存在するときには、問題が肯定される。しかし、そのような「特別な合意」の存しないときにも、ゴドゥメは、「私」とSとの間で黙示の第三者(P)のためにする契約(二二二条)を認めて、PのSに対する請求を肯定するのが当事者の意思に合致する、と解している⁽⁹³⁾。そして、同様の結論がドイツでは、次のような理論によって肯定されているとする。すなわち、「ある債権が、その人的権利としての性格

を失わずに、特定の者に対して向けられるのではなく、ある物を占有する（何人であれ）すべての者に向けられることがありうる。この場合には、債務の主体 (sujet passif) は客観的状況により決定される」とし、「かかる債権は主体の不特定 (Unbestimmtheit des Subjekts) なるものである⁽⁹⁴⁾」とする理論である。

ここでゴドゥメが参照したのは、シュトーブ (Stobbe) およびヴァイントシャイト (Windscheid) の教科書⁽⁹⁵⁾であり、そこでは「状態債務」(Zustandsobligation) という概念は用いられていない。しかし、その主唱者とされるクローメ (Crome)⁽⁹⁶⁾ の教科書では、右のヴァイントシャイトの見解に基づき、状態債務概念に言及する⁽⁹⁷⁾。それゆえ、ゴドゥメがフランスで紹介したのは、まさに状態債務説の内容であったことが明らかとなる。

しかし、わが国におけると異なりフランスにおいては、右見解が定着することはなかった。というのも、ゴドゥメ自らが、右見解の価値を認めつつ、次の二点の批判をしたからである。すなわち第一に、いかなる債務が状態債務となるかが明らかでなく、ドイツの学者も特殊な場合を列挙するのみで一般的な定式を確立していない、と批判する⁽⁹⁸⁾。また第二に、ある物に関する債務が状態債務か否かを外部から認識することができず、それゆえ、その物の譲渡の事実のみによって取得者を義務づけると取得者に不測の損害を与えることになる。したがって、この見解によっても、「個人的に義務を負う約束をしなかったその物の後続の所有者 (propriétaires successifs) は、明示ないし推定された特別な合意なしには義務づけられえない⁽⁹⁹⁾」ことを指摘する。

後にヴェイル (Weill) も、一七四三条の説明に際し右の状態債務説に言及した。けれども、ゴドゥメの批判に従い、それを否定に解している⁽¹⁰⁰⁾。

四 小 括

この時期のフランス民法学は、一九〇〇年に施行されたBGBおよびドイツ民法学の影響を受け、債務引受や状態債務説の導入が試みられた。しかし、一七四三条に関しては、依然としてその沿革に従い、法律により推定され

た第三者のためにする契約と構成するのが支配的見解であった、と考えられる。

- (66) 藤瀬浩司『資本主義世界の成立』(ミネルヴァ書房、一九八〇年)二二〇—二二二頁。
- (67) 山口・前掲論文(注30)二〇〇—二〇二頁。
- (68) 第一章第三節参照。
- (69) Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinen und prussischem Rechte, Berlin, 1853.
- (70) R. Saleilles, De la cession de dettes, Annales de droit commercial, 1890, p. 1.
- (71) E. Gaudemet, Etude sur le transport de dettes à titre particulier, Paris, 1898.
- (72) E. Gaudemet, Théorie générale des obligations, Paris, 1937 publiée par H. Desbois et J. Gaudemet, p. 474 et suiv.
- (73) Gaudemet, *ibid.*, p. 475.
- (74) Gaudemet, *ibid.*, pp. 476-477.
- (75) Gaudemet, *ibid.*, p. 476.
- (76) Gaudemet, *ibid.*, p. 477.
- (77) Gaudemet, *ibid.*, p. 478. なお、本文で挙げたのは完全指図 (délégation parfaite) であるが、このほかに債務者が免責されない不完全指図 (délégation imparfaite) も解説上認められている(第一章第二節参照)。これは併存的債務引受に対応するが、やはり債権者が当事者となることを前提とするため債務引受とは異なる(77)。(Gaudemet, *ibid.*)。
- (78) Gaudemet, *ibid.*, pp. 478-479.
- (79) Gaudemet, *ibid.*, p. 479. Cf. Saleilles, *op. cit.* (note 70), n° 38 et suiv.
- (80) Gaudemet, *ibid.*, pp. 479-480.
- (81) G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, Traité théorique et pratique de droit civil, t. XIV, Des obligations, t. III, 3^e éd., Paris, 1908, n° 1758 et suiv. spec. n° 1766; L. Josserand, Cours de droit civil positif français, t. II, Paris, 1930, n° 830; M. Planiol et G. Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. VII, obligations, 2^e partie, 2^e éd. par P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, Paris, 1954, n° 1147; G. Marty et P. Raynaud, Droit civil, t. II, 1^{er} vol., Les obligations, Paris, 1962, n° 802; J. Carbonnier, Droit civil, t. IV, Les obligations, 12^e éd., Paris, 1985 (1^{ère} éd., 1956), n° 127, p. 546 et suiv.
- (82) Ch. Larroutet, Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé, Bordeaux, 1968, n° 82, p. 164.
- (83) 債務引受を前提とする A. Colin et H. Copicant, Cours élémentaire de droit civil français, t. II, 10^e éd. par L. Julliot de La Morandière, Paris, 1953, n° 642 et suiv.; G. Ripert et J. Boulanger, Traité de droit civil, t. II, Paris, 1957, n° 1300 et suiv.; R. Savatier; La théorie des obligations, Paris, 1967, n° 246; B. Stark, Droit civil, Obligations, Paris, 1972, n° 2365; H., L. et J. Mazeaud, Leçons de droit

civil, t. II, 1^{er} vol., Obligations, 7^e éd. par F. Chabas, Paris, 1985, n° 1281.

- (84) Larroume, op. cit. (note 82), p. 165.
- (85) Cass. civ., 16 juin 1966, D. 1966, 481, note Voulet ; Cass. civ., 12 mars 1946, D. 1946, 248 ; Paris, 6 février 1967, D. 1967, 402 ; Paris, 16 février 1965, Gaz. Pal. 1965, I, 386.
- (86) フラニオル＝リヌール＝ラドゥマンも「フランス法では、ほとんど同等の手続が存在するため、真の債務引受 (cession de dette) を設ける必要性は必ずしも表面化しない」と述べている (Planiol, Ripert et Radouant, op. cit. (note 81), n° 1147, p. 547)。
- (87) しかし、ジョスランは、一七四三条を「フランス民法典が暗黙のうちに債務引受 (transport de dette) を認めた」規定であるとする。すなわち、「(一七四三条の) 結果は、取得者が貸貸借から生ずる債務につき譲渡人を承継するという見解によってしか説明されえない」と述べている (Josserand, op. cit. (note 81), n° 830, pp. 402-403)。
- (88) Gaudemet, op. cit. (note 71), pp. 388-394.
- (89) Baudry-Lacantinerie et Barde, op. cit. (note 81), n° 1765, p. 91.
- (90) J. Chestin, La transmission des obligations en droit positif français, La transmission des obligations, Bruxelles et Paris, 1980, n° 81, p. 61.
- (91) Gaudemet, op. cit. (note 71), pp. 374-394.
- (92) Gaudemet, ibid., p. 375. このケースは、Cass. req., 8 mars 1880, S. 1881, I, 445. を参照して作られている。
- (93) Gaudemet, ibid., p. 376. この場合、第三者のためにする契約によると、もとの債務者Pが免責されないという不都合が生ずるが、それはさほど重要でない」とされる。なぜなら、金銭債務の場合と異なり、この場合には土地を譲渡した「私」には本件債務を履行しえないため、「債権者はほとんどいつも譲渡された財産の現実の所有者に履行を請求する」からである (ibid., pp. 376-377)。かかる実質論は、一一二二条ないし附従物概念を前提とする特定承継論と同じである。けれどもゴトヌメは、一一二二条による特定承継人への前主の債務の移転を否定する (ibid., pp. 381-382. なお、野澤・前掲論文 (注9)) 同前 (一三三頁) ため、第三者のためにする契約を用いることになる。
- (94) Gaudemet, ibid., p. 382.
- (95) 筆者が参照したものは、O. Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts, Bd. III, 3. Aufl. von H. Lehmann, Berlin, 1898, § 223 ; B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, 9. Aufl. von T. Kipp, Frankfurt, 1963, § 291.
- (96) 佐賀徹哉「賃借権の物権化に関する一試論」林良平遠暦記念『現代私法学の課題と展望』上 (有斐閣、一九八一年) 一一〇頁。
- (97) C. Crone, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Recht des Schuldverhältnisse, Tübingen und Leipzig, 1902, § 138, S. 7f. und Anm. 23.
- (98) Gaudemet, op. cit. (note 71), p. 383.
- (99) Gaudemet, ibid., pp. 383-384. なお、ゴトヌメはかかる見解が、プロイセンのラント法 (Landrecht) の規定に基づいていることを指摘する。す

なわち、ラント法によれば、特定承継人は、目的物の取得の時に、その物に関して前主が契約した債務を認識していれば、その債務を負うとされている」とする (ibid., p. 384 texte et note 2)。

(101) A. Weill, *La relativité des conventions en droit privé français*, Paris, 1939, n° 531.

第四款 ま と め

一 一七四三条の法律構成

一九世紀のフランス民法学は、「契約譲渡」の概念を知らず、しかも、ローマ法以来の債務不移転の原則に忠実であった。それゆえ、一七四三条に関しても、当初は、目的不動産の取得者が前主の賃貸借契約上の債務を承継することはない(オーブリー・ロー)と考えられていた。しかし次第に、取得者が賃貸人の地位に代わり、その権利のみならず義務をも負う、とする見解が大勢を占めた。そうなると、かかる一七四三条の効果を、債務不移転の原則との関係でいかに理論的に説明するかが問題となる。

この問題に関して学説が参照したのは、同条の沿革であった。すなわち、旧制下における不動産売買契約中の賃貸借維持特約の慣行を根拠に、同条を、法律によって推定された第三者のためにする契約として説明する見解が通説となる。しかし、第三者のためにする契約の法理は、取得者が賃借人に対して負う債務が、従前の賃貸借契約上のそれと同一のものではないことを前提とする。それゆえ、債務不移転の原則には反しないものの、実態に即した理論構成ではなかった。したがって、この点が後に批判の対象となることは、容易に推測されうることである。

二 社会・経済的背景

ところで、右の一七四三条をめぐる議論は後の契約譲渡論の先駆けとなるものであるが、一九世紀から二〇世紀初頭における契約譲渡の領域が、主として賃貸人の地位の移転であったという事実は、当時の社会・経済的背景に

起因する。すなわち、フランスは、一九世紀の半ばに資本主義が飛躍的に発展したとはいえ、依然小農の国であり、⁽¹⁰¹⁾農業経済の発展のためには借地農の経営の安定が不可欠であった。そして、それを実現する手段として、法的側面では、賃貸借契約の安定性を確保することが要請される。より具体的には、契約当事者の一方である賃貸人が交替しても新しい賃貸人の下で従前の賃貸借契約が存続することが必要とされるのであり、それを結果的に実現したのが一七四三条であった、ということになる。

もつとも、右の賃貸借契約の安定性の要請はすでに旧制下においても生じ、その解決のために不動産売買契約中の賃貸借維持特約が慣行化されていた。それゆえ、かかる沿革に照らして学説は、一七四三条を第三者のためにする契約の法理により説明しえたのである。けれども、一八九〇年代中葉から第一次大戦（一九一四—一九一八年）にかけての世界的経済の繁栄に伴うフランスでの急速な商工業の発展は、右のような沿革を有しない領域においても、契約関係の安定性を要請する。すなわち、次節の冒頭に扱う労働契約および保険契約の領域であり、そこでは、賃貸借に用いた法理が必ずしも適合しえないことになる。したがって次節では、かかる問題に直面し、未だ契約譲渡の理論が紹介される以前（一九五〇年代以前）のフランス民法学の動揺を概観する。その時期区分は、ほぼ二つの世界大戦の間に位置づけられるものである。

(101) 吉田静一『近代フランスの社会と経済』（未来社、一九七五年）二二三—二二四頁によると、「フランスの有業人口のなかで、農（林・漁）業人口がしめる比率は、一九世紀後半において四〇％代を決して割ることなく、しかも二〇世紀初頭においてさえこの比率に著しい変動をこうむることがなかった」とされ、しかも農業経営分布については、「小中経営の急速な分解は一九世紀後半のフランスに認めることができず、かえって中経営が増加しさえしている」ことが明らかにされている。したがって、「フランスにおいては農業問題が、他のヨーロッパ諸国に比してたえず無視しえぬ比重をもちつづけた」と考えられる（吉田・同前二二三頁）。

第三節 法律に基づく契約譲渡の理論(2)——二〇世紀前半における展開

第一款 労働契約および保険契約の移転

第一項 序 説

一 二つの立法

二〇世紀にはいると、法律に基づく契約譲渡は、その領域を次の二点で拡大した。一つは、一九二八年七月一日の法律(Ⅱ労働法典L・一二二条の一二第二項)に基づく労働契約の移転であり、もう一つは、一九三〇年七月一日の法律の第一九条(Ⅱ保険法典L・一二二条の一〇)に基づく保険契約の移転である。

労働法典L・一二二条の一二第二項⁽¹⁾ 特に相続、売買、合併、組織変更⁽²⁾ (transformation du fonds)、法人成り⁽³⁾ (mise en société) によって、使用者の法律上の地位に変更が生じた場合には、その変更の日に進行中のすべての労働契約は、新しい企業主⁽⁴⁾ (entrepreneur) とその企業の従業員との間に存続する。

保険法典L・一二二条の一〇⁽⁴⁾ ① 保険契約者⁽¹⁾ (assuré) の死亡または保険目的物⁽²⁾ (chose assurée) の譲渡の場合には、保険契約は当然に相続人または譲受人のために存続する。この相続人または譲受人は、保険契約者が契約に基づき保険者⁽³⁾ (assureur) に対して負担していたすべての債務を履行する責を負う。

② ただし、保険者、相続人ないし譲受人は、契約を自由に解除しうる。保険者は、保険目的物の確定的帰属者が保険証券を自己名義に書き換えることを請求した日から三月の期間内に、保険契約を解除することができる。

③ 保険目的物の譲渡の場合には、譲渡人は払込期限の到来した保険料の払込義務を保険者に対して負い続ける。ただし、譲渡人が保険者に書留郵便により譲渡を通知した後に払込期限の到来する保険料について、譲渡人は保証人 (garant) としてさえも免責される。

④ 複数の相続人または複数の譲受人が存在する場合には、保険契約が存続する限り、これらの者は連帯して保険料支払義務を負う。

⑤ 保険契約者の死亡または保険目的物の譲渡の場合に、相続人または譲受人が契約の解除を選択するとき、年次保険料額を超える金額を損害賠償として保険者に与えることを約束するあらゆる条項は無効である。⁽⁵⁾

二 若干の比較

右二つの規定は、いずれも、ある特定財産の譲渡に伴い契約が移転する旨を定めている。すなわち、労働契約の移転は企業そのものの移転が前提となり、また、保険契約の移転は保険目的物の譲渡に伴う。そして前者は、それが「公の秩序」 (ordre public) に基づくと解され、強行規定とされている。⁽⁶⁾ 他方、後者も当事者の意思とは無関係に、当然に保険契約が目的物の譲受人に移転する強行規定であると解されている。⁽⁷⁾ もっとも、同条第二項では、保険者および譲受人の双方に解除権を認めるため、結局、両者のどちらも契約を解除しない場合には、契約の移転に同意したものと推定することが可能である。それゆえ、この限りでは、当事者の意思に基づいて保険契約が譲渡されたとも考えうる。けれども、保険目的物の譲渡後で、かつ、右解除権の行使前に保険事故が発生した場合には、保険者は目的物の譲受人に保険金を支払う義務を負う。⁽⁸⁾ したがって、この点ではまさに当事者の意思と無関係に保険契約の移転が認められるのであり、同条の効果も当事者の意思ではなく、立法者の意思に基づくものである、と解される。⁽⁹⁾

また、譲渡人の免責について保険契約法は、第三項でそれを明示的に認めている。すなわち、同項によれば、譲

渡人は、既発生の保険料支払債務を負担するが、払込期限未到来の債務については、保険者に保険目的物の譲渡を通知すれば完全に免責されることになる。したがってこの免責は、ドイツやわが国で認められている免責的債務引受の場合と異なり、保険契約の相手方 (cede) の意思によるものではないと解される。⁽¹⁰⁾

これに対して労働契約の移転の場合には、かかる譲渡人の免責についての明文がない。それゆえ、理論的には、譲渡人が当然に免責されず、少なくとも保証人として債務を負う、と解することも可能である。⁽¹¹⁾ けれども、判例は譲渡人の免責を認め、⁽¹²⁾ 学説もそれに従っている。⁽¹³⁾ ただし、判例・学説は、企業の譲渡より前に労働契約より生じた債務については譲渡人が負う、とする点で一致する⁽¹⁴⁾ため、結局、譲受人には、労働契約が将来に向かってのみ移転することになる。

三 小 括

右の簡単な比較からは、前記二つの法律がほぼ同じ状況の下に契約当事者の地位の移転を認め、その要件および効果においても格別の差異がない、ということが帰結される。そこで以下では、かかる契約の移転がいかなる考え方に基づいて認められたか、という点に焦点をあて、それぞれの立法の経緯を略述する。

なお、前節で扱った民法典一七四三条と右二つの法律との関係は、次款で取り上げる予定である。

- (1) 「特許」(notamment) という語から明らかのように、以下の場合には例示的列挙である (V. Bertrand, transfert des contrats de travail et cession d'entreprise, Bruxelles, 1988, p. 24)。
- (2) 例えば、有限会社 (société à responsabilité limitée) が株式会社 (société anonyme) に変更した場合 (Cass. soc., 10 mars 1982, J.C.P. 1982, IV, p. 168 ; Bull. 1982, V, n° 154, p. 115) が挙げられる。
- (3) mise en société を認定し本規定を適用した判例として、Cass. soc., 19 mai 1958, Bull. 1958, IV, n° 612, p. 454 ; Cass. soc., 7 juillet 1981, J.C.P. 1981, IV, p. 351。
- (4) 規定の訳は、岩崎稜監訳『フランス保険法典Ⅰ』(生命保険文化研究所、一九八五年)四八―四九頁に基づき、適宜改めることにする。
- (5) なお、現行保険法典は、同第六頁で、本条の規定が陸上動力車 (véhicule terrestre à moteur) の譲渡の場合には適用されない旨を明記

し、また、L・一二二条の第一第一項では、右の場合に保険契約が、譲渡翌日0（〇零）時から法律上当然に停止する、との特則を規定している。これは、一九五八年二月二七日の法律第二〇八号第一条（Gaz. Pal. 1958, 1, 189）および一九五九年一月七日のオールドナンス第一一三号第二条（Gaz. Pal. 1959, 1, 162）により挿入されたものであり、それ以前には、一九三〇年法一九条がすべての損害保険に適用されていた。しかし、同条を自動車保険に適用した結果、次のような実務上の不都合が生じた。すなわち、多くの人がかかる法律の規定を知らないため、一方では自動車所有者が、その自動車を譲渡した後にも別の自動車に従前の保険を利用しようと信じて不利益を蒙り、他方では、取得者も自ら保険に加入してしまうため、保険会社に混乱を生じせしめたのである。そこで、自動車を含む陸上動力車につき、前記の特則が設けられるに至った」とのことである（Cf. M. Picard et A. Besson, *Les assurances terrestres en droit français*, t. I, *Le contrat d'assurance*, 4^e éd. par A. Besson, Paris, 1975, n° 233）。けれども、一九三〇年七月二三日の法律（Gaz. Pal. 1930, 2, 1102）にはかかる特則が存しないため、本文では省略した。

(9) M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, *Contrats civils*, 2^e éd. par A. Rouast, R. Savatier, J. Lepargneur et A. Besson, Paris, 1954, n° 850, p. 93 ; Ch. Larroumet, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Bordeaux, 1968, n° 118, p. 289. 近時の判例としては、Cass. soc., 16 octobre 1980, Bull. 1980, V, n° 743, p. 547（反対の特約を否定）；Cass. soc., 27 octobre 1981, Bull. 1981, V, n° 826, p. 614（当事者の労働契約の継続に関する合意を不要とした）；Cass. soc., 3 mars 1982, Bull. 1982, V, n° 134, p. 100 ; Cass. soc., 7 janvier 1985, Bull. 1985, V, n° 2, p. 1.

(7) Picard et Besson, op. cit. (note 5), n° 232 et n° 238.

(8) ここでは、一応、譲受人を被保険者であると仮定している。

(6) Larroumet, op. cit. (note 6), pp. 289-290.

(10) Larroumet, *ibid.*, n° 120, p. 290.

(11) Cf. Larroumet, *ibid.*

(12) リーディング・ケースとされるのは、破毀院民事部一九三三年七月二二日判決（Gaz. Pal. 1933, 2, 841）である。事案は次のようであった。XはY会社の被用者であったが、Y会社がその営業をA会社に譲渡したため、一九二八年七月一九日の法律により改正された労働法典第一編第二三条第七項の適用により、A会社の下で労働を提供することとなった。しかし、A会社の待遇が従前のXY間の労働契約の内容より劣ったため、XはAとの契約を解除し、営業を譲渡したYに対して損害賠償を請求した。原審はXの請求を認容したため、Yが上告した。そこで破毀院は、次のように判示して原判決を破毀した。すなわち、「法律上の地位を変更した使用者は、同条（労働法典第一編第二三条第七項）が規定する如く、新しい企業主に進行中の労働契約とともにその事業（affaire）を移転することによって、すべての債務を履行したことになる。したがって、使用者（＝譲渡人＝筆者註）は、後に、新しい企業主と労働者との間に生じた不和（*désaccord*）の結果もたらされた労働契約の中断を理由として損害賠償の責を負ういわれはない」。

もっとも、破毀院も、期限の定めのある労働契約が営業譲渡に伴って移転した事案につき、当事者の意思解釈により、譲渡人が右期限まで

譲受人の労働者に対する契約の履行を保証したことを認定しうる場合には、譲渡人と譲受人の連帯責任を肯定する (Cass. Civ., 7 avril 1932, Gaz. Pal. 1932, 2. 142, sous-note b)。

(13) Planiol et Ripert, op. cit. (note 6), n° 850, p. 94 ; J. Becqué, La cession de contrats, Etudes de droit contemporain, Contributions Françaises aux III^e et IV^e Congrès internationaux de Droit Comparé, t. II, Paris, 1959, p. 96 ; C. Lapp, Essai sur la Cession de Contrat Synallagmatique à titre Particulier, Strasbourg, 1950, n° 51 ; Bertrand, op. cit. (note 1), pp. 149-150.

(14) Cass. soc., 17 octobre 1962, D. 1963, 48. 近時の判例として Cass. soc., 30 mai 1980, Bull. V, n° 469, p. 354 ; Cass. soc., 8 juillet 1982, Bull. 1982, V, n° 473, p. 351 ; Cass. soc., 13 octobre 1983, Bull. 1983, V, n° 492, p. 351. いずれの判決も、特に理由を付せず、使用者の法律上の地位の交替より前に労働契約から生じた債務は、反対の特約がない限り原則として、旧使用者に帰属する旨が判示されている。なお、学説に関しては、前注(13)の文献を参照。

第二項 労働契約の移転 (一九二八年七月一九日の法律)

一 立法以前の状況

一九二八年以前の判例は、一般に労働契約を「個人的信頼関係によって」(intuitu personae) 締結されるものと解してきた。その結果、企業が譲渡された場合には、譲受人が労働契約の維持につき明示または黙示に同意しない限り、労働契約は終了⁽¹⁵⁾し、当該労働者は、その契約の相手方である使用者(＝譲渡人)に対して損害賠償を請求しうるにすぎなかつた⁽¹⁶⁾。

かかる状況において注目されるのが、劇場における俳優の労働契約に関する若干の判例である。すなわち、かつてのフランスでは劇場の演劇監督(directeur)に強い権限が認められ、俳優との契約も「個人的信頼関係による」ものであり、演劇監督の交替は当該契約の中断を意味していた⁽¹⁷⁾。しかるに、一九六四年一月六日の劇場の自由に関するデクレ⁽¹⁸⁾は、かかる演劇監督の特権を否定する。それゆえ、俳優との契約における人的信頼関係性も弱まり、右デクレ以後の裁判例では、おおよそ次のような判旨の下に、前主(演劇監督)の締結した俳優との契約が前主を承

繼した演劇監督に移転すると解している。すなわち、「劇場経営 (entreprises théâtrales) の演劇監督は、一八六四年一月六日のデクレ以来、もはや特権を有していないのであるから、アーティストは彼らに対して個人的に雇われたのではなく、まさに劇場経営に対して雇われたのである。したがって、アーティストの契約は、演劇監督によってその承継人に有効に譲渡されうる」⁽¹⁹⁾。

かかる裁判例は、俳優の合意が演劇監督の人的要素を考慮してなされるよりも、むしろ、企業そのものに対してなされるのが通常である、という考え方に基づくものであると解される⁽²⁰⁾。

しかし、右の場合は例外であり、一般に判例は、労働契約を個人的信頼関係に基づく (intuitu personae) 契約であるとし、企業が譲渡されても労働契約は当然には移転しないと解していた⁽²²⁾。それゆえ、企業の譲渡の場合には労働者が解雇され、その地位は不安定なものとなっていた。

ところで、第一次世界大戦終結直後に施行された一九一八年一月二三日の法律は、⁽²³⁾ 右大戦に召集された者が復員後にもとの職場に復職しうることを保障するものであった。問題となったのは、大戦中に営業譲渡がなされた場合に、復員した者が営業の譲受人に対して右法律に基づき復職を請求しうるか否かである。そしてこの問題に関する判例は、否定に解するもの (破毀院民事部)⁽²⁴⁾ と肯定に解するもの (破毀院審理部)⁽²⁵⁾ とに分かれていた。

また、使用者の法律上の地位が変更した場合の労働契約 (とりわけ、契約上の債務) の移転につき、第三者のためにする契約 (stipulation pour autrui) を問題とする判例⁽²⁶⁾ や、指図 (délégation) を問題とする判例⁽²⁷⁾ が混在していた。

このようにやや錯綜した状況において、以上の問題を一律に解決したのが、前記の一九二八年七月一九日の法律であった。そこで以下ではその立法過程における審議を検討する。

二 立法過程——国会での審議

解雇を定める労働法典第一編第二三条を改正する一九二八年七月一九日の法律に関しては、当初、三つの法律案

が下院 (Chambre des députés) に提出された⁽²⁸⁾。そのうち、労働契約の移転の規定を設けていたのは、ブロン (Bron) による法律案だけである。すなわち同法律案は、その第五条に次のような規定を置いていた。

第五条 使用者の法律上の地位の変更の場合 (相続、売買、合併または組織変更、法人成り等) には、その変更の時に進行中のすべての労働契約は、当然に継続する⁽²⁹⁾。

ところで、右規定の由来は明らかでないが、右法律案の趣旨説明によると、同法律案がアルザス (Alsace) = ロレーヌ (Lorraine) 地方の法律に多くを依拠していることは明らかである。この点を、ブロンは次のように述べている。

「被用者は長い間この条文 (労働法典第一編第二三条―筆者注) の根本的な改正を切望していた。問題はすでに、アルザスおよびロレーヌでは、よりの確かかつソシアルな仕方⁽³⁰⁾で解決されていた。それゆえ、右二つの地方の母国への返還は、二つの法律の同化、より正確にいえば統合 (fusion) の観点から問題を惹き起こした。そしてこのことは、労働法典の大部分の規定にとっても同様である。(中略)アルザス=ロレーヌ問題およびブロンら下院議員のグループが審議をしてこの法律案が成立した旨の経緯を述べたのち)アルザスとロレーヌは、他のあらゆる県よりも被用者に有利な多くの法律を有している。その利益を偉大なフランス全土に及ぼす良い機会ではないのか⁽³¹⁾」。

右の言を前提とすれば、前記第五条もアルザス=ロレーヌの、ひいてはドイツの法律ないし学説に由来するものであることが推測される⁽³²⁾。

さて、右法律案第五条は、一九二七年六月二二日の審議 (通常国会 (session ordinaire) 第二会期 (2^e séance)) に提出された草案には規定されず⁽³³⁾、労働立法委員会に差し戻された後の本会議への報告の中で、初めて草案化された⁽³⁴⁾。この草案は下院で可決されたのち上院 (Sénat) の審議に付されたが、そこではさしたる議論もなく可決されている。ただし、一九二八年六月二八日の上院議員パスケ (Pasquet) による本会議への報告は注目に値する。

なぜなら、同報告は、ブロンの法律案がフランス法にアルザス・ロレーヌの現行規定の一部を導入するものであり、その特色が被用者の地位を安定させる規定に見出されること⁽³⁵⁾、および、労働契約の移転を規定する草案第七項（ブロンの法律案では第五条）がアルザス・ロレーヌの法律を借用したものであることを明らかにして、先の推測を裏付けているからである。

三 法律構成——小括に代えて

前述の如く、一九二八年七月一九日の法律は、前主が労働者と締結した契約が企業の特定承継人に及ぶことを認めるため、契約の相対効ないし債務不移転（non-transmission de dette）の原則に反するものである⁽³⁷⁾。しかるに、右の法律に関する立法過程の検討からは、それがいかなる法律構成により正当化されるのかは明らかにされなかった。

この点につき学説は、黙示の第三者のためにする契約や債権・債務の法律に基づく譲渡により説明を試みる。しかし、どの説明も不充分であり、右法律の規定を「法的に説明するのは困難である」とされて⁽³⁸⁾いる。

最後に、本稿の検討からは、労働契約がその人的信頼関係性（*intuitu personae*）を次第に稀薄化してゆく過程がうかがわれる。しかしこの点は、次の保険契約の検討により、一層鮮明化することになるであろう。

- (15) Lyon, 18 mars 1885, Gaz. Pal. 1885, 2, 559（鉄道会社の営業譲渡の事案）； Paris, 21 novembre 1903, D.P. 1905, 2, 13（営業譲渡の事案）。
- (16) Cf. Paris, 11 avril 1908, D. 1909, 2, 196.
- (17) Note, D.P. 1883, 2, 93.
- (18) D.P. 1964, 4, 17； J.B. Duvergier, *Collection Complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat*, Paris, 1864, p. 8.

(61) Trib. civ., Seine, 8 décembre 1888, Gaz. Pal. 1888, 2, 642. の判決要旨。同様の裁判例として、Paris, 8 juillet 1882, D.P. 1883, 2, 93； Gaz. Pal. 1881-1882, 2, 265. もっともいずれも前の演劇監督と契約した俳優が、当該劇場を特定承継した演劇監督に対して右契約の効力が及ばない旨を主張したので、右監督が前主の契約を承継した旨を主張し、その俳優に対して債務不履行に基づく損害賠償を請求した事案である。した

がって、労働者保護の観点から規定された一九二八年の法律とは問題状況が異なっている。

(20) A. Weill, *La relativité des conventions en droit privé français*, Paris, 1939, n° 520, p. 899. ただし, Note, D.P. 1883, 2, 93 は、一八六四年のデクレ以後の劇場自由制の下でも、原則としてアーティストの契約は監督に対する人的なものであるとする。けれども、実際には、演劇監督は、その個人的利益よりむしろ経営の利益を重視して契約するのである、とも指摘している。

(21) ただし、劇場以外の領域で同様の解決を認めた裁判例として、Paris, 4 août 1896, D.P. 1897, 2, 476 note M. Planiol. がある。事案は次のようであった。Xは、建築会社を経営するYに家具の設計係として三年の期間で雇われたが、右期間の経過前にYがAに右会社の営業を譲渡した。そこでXは、Yに対して労働契約の中断による損害賠償(八〇〇〇フラン)を請求した。第一審はXの請求を認容し、YがXに一五〇〇フランを支払うよう命じた。Y控訴。パリ控訴院は次のように判示して、Xの請求を棄却した。「XY間の」契約が締結されたのは、Yの人格を考慮してのことではなく、まさに企業の性質とXの特別な能力のゆえである。それゆえ、YとXとの間に個人的にはなんらつながりがなく、Xに対する契約条件が守られなかったとしても、…かかる違反を理由としてXは、いかなる場合においても、企業の譲渡人ではなくその譲受人に對してしか(損害賠償の)請求をすることができない」。

なお、右判決を評釈したプラニオルは、被用者の契約が、人ではなく物でしかない企業に対してなされた、と解する判旨を妥当でないとしつつも、その結論を当事者の黙示の意思により肯定している (Note, *ibid.*)。

(22) かかる見解の背後には、契約の相対的効力の原則、および、フランス民法典に債務引受の規定がないという事情が存在する、と指摘されて 32 (Bertrand, *op. cit.* (note 1), p. 22)。

(23) D.P. 1919, 4, 1. Cf. Loi du 23 juin 1921, *Gaz. Pal.* 1921, 2, 612.

(24) Cass. civ. 20 avril 1920, D.P. 1920, 1, 109, *Ire Espèce*, note H. Lalou.

(25) Cass. req. 1^{er} juillet 1920, D.P. 1920, *ibid.* 2^e *Espèce*.

(26) Cass. req. 11 juillet 1904, D.P. 1906, 1, 289 (1^{er} arrêt). A・Bの設立したY₁会社がその期間の満了により解散したのち、B・Cが新会社Y₂を設立し、Y₁会社の経営および従業員を引き継ぐ合意をしたにもかかわらず、Y₁の従業員であったXを解雇したため、XがY₁およびY₂に損害賠償を請求した事案。破毀院審理部は、Xに有利な第三者のためにする契約を認定した原判決を支持した。

(27) Cass. civ. 3 janvier 1928, D.P. 1928, 1, 81. 事案は次のようであった。会社経営者Yはその妻Aへの財産分与の代物弁済として、被用者との契約を履行するとの約束で、その営業をAに譲渡した。しかるに、Aは、Yに三年間の契約で雇われていたXを、一月分の給料を支払っただけで解雇した。そこで、XはYに対して雇傭契約の解消を理由に損害賠償を請求した。原審は、XY間の契約がYの人格を考慮したものではないから、雇傭契約は営業譲渡により中断されずAに適法に移転するとして、Xの請求を棄却した。X上告。破毀院民事部は、指図の規定(民法典一二七五条)をあげて、YのXに対する債務がAに移転されることにつきXの承諾がない場合には、YがXに対して有効にその債務を免れることはないとして、原判決を破毀した。

(28) Proposition de loi de R. Coty, *Journal Officiel, Documents parlementaire (chambre des députés)*, 1925, Annexe n° 1858, pp. 1350-1351

(27) Chambre des députés (1876) ; Proposition de loi de A. Brom et plusieurs de ses collègues, chambre des députés, 1925, Annexe n° 2133, pp. 237-239 ; Proposition de loi de A. Paulin, chambre des députés, 1926, Annexe n° 2775, pp. 461-462.

(28) Proposition de Brom, *ibid.*, p. 238.

(29) 周知の如く、アルザス＝ローレンヌ地方は、一八七〇—一八七一年の普仏戦争の結果ドイツに割譲され、第一次大戦後再びフランス領となった。

(30) Proposition de Brom, *op. cit.* (note 28), pp. 237-238.

(31) 先述の如く、ドイツでは、営業譲渡に伴う労働契約の移転が BGB に規定されたのは一九七二年のことである。けれども、一九二三年の一般労働契約法草案二五条にすでに同様の規定が存在することにつき、今野順夫「営業譲渡と解雇し西ドイツにおける法理の展開」行政社会論集 二巻一号四頁（一九八九年）。

(32) Projet de loi, Chambre des députés, 1927, Annexe n° 4601, pp. 895-896.

(33) Rapport fait au nom de la commission du travail par L. Duval-Arnould, Chambre des députés, 1928, Annexe n° 5511, pp. 660-662. 草案第七項（文言は現行法に同じ）。同報告では、同条がプロンの法律案に依拠するものであることを明らかにしている（*ibid.*, p. 661）。

(34) Repport fait au nom de la commission du commerce, de l'industrie, du travail et des postes par L. Pasquet, Journal Officiel, Documents parlementaires, Sénat, 1928, Annexe n° 581, p. 584. (27) Sénat (1876)。

(35) Rapport de Pasquet, *ibid.*, p. 585.

(36) Planiol et Ripert, *op. cit.* (note 6), n° 850 bis, p. 93

(37) Planiol et Ripert, *ibid.*

第三項 保険契約の移転（一九三〇年七月一三日の法律）

一 立法以前の状況

例えば火災保険のような損害保険契約を締結した後に保険契約者 (assuré) が保険目的物を譲渡した場合には、その者にもはや保険契約の利益が存しないため、当該保険契約がどうなるかが問題となる。⁽³⁹⁾

この問題はフランスでは古くから争われ、一九世紀の中葉には、民法典一一二二条を根拠に保険者が目的物の特定承継人のために契約したものとみなし、あるいは、民法典一六一五条に基づき保険契約を目的物の附従物 (ac-

cessoire) と解して、保険契約が保険者と目的物の特定承継人との間に存続すると主張する見解が存在した。⁽⁴⁰⁾ しかるに、一九世紀末にはかかる見解が否定され、判例および学説は、保険目的物の譲渡により、反対の特約がない限り保険契約が終了する、と解するに至った。その実質的理由は、保険契約が「個人的信託関係に基づいて」(intuitu personae) 締結される、という点に求められる。⁽⁴¹⁾ すなわち、保険(業)者(assureur)が危険の評価を行なう場合には、保険契約者の支払能力・警戒心(vigilance)・モラル等の人的要素が重要であるから、保険契約者の交替は保険者の不利益になるため認められない、と説明される。⁽⁴²⁾ また、形式的理由として、保険契約は双務契約であるため債務を含むが、フランス民法典では債務引受(cession de dette)の規定がなく、債務の特定承継が認められないため、⁽⁴³⁾ 保険契約の当然の移転も認められないこと、⁽⁴⁴⁾ および、目的物の取得者は保険契約の当事者でないため保険者となんらの法的関係がない(＝契約の相対効)ことが指摘されている。

なお、この時期の代表的な裁判例として、以下のものが挙げられる。

【1】 ナンシー控訴院一八九三年六月二〇日判決(D.P. 1893, 2, 492)

Aは、一八八二年に、その所有する製粉所(moulin)を目的としてY保険会社との間で火災保険契約を締結し、一八九〇年一二月に右物件をXに売却した。その際、AX間では右保険契約につきなんらの合意もなされなかった。しかるに、翌一八九一年六月に右製粉所が焼失したため、XはYに対して右保険契約に基づき保険金の支払を請求した。原審はX勝訴(理由は不明)。Y控訴。ナンシー控訴院は、⁽⁴⁶⁾ 保険契約が所有権の附従物(accessoire)ではなく、すなわち、一種の物権ではない双務契約であることを認めたのち、次のように判示して原判決を破棄した。

「新所有者は現実にはまったく賠償金を請求することはできない。なぜなら、彼と保険者との間にはなんらの権利関係がなく、また、賠償請求権は、契約当事者その人(personne)に結び付けられた債権であって、特定承継人に移転しえないものだからである。他方、売主(＝保険契約者)は、保険事故(sinistre)の償還を(保険者に

対して) 請求しえない。なぜなら、売買の効果により、売主は目的物についての合意に関して利益を有さず、したがって、当該保険契約も解除されたことになるからである。……結局、……Y会社の保険に入らず、Y会社とまったく契約しなかった被控訴人(X)は、右会社となら権利関係がないものと判断する」。

【2】 破毀院審理部一九〇七年一月四日判決 (S. 1908, I, 337, note J. Hémar)

Aはその所有する製粉所にY会社の火災保険をかけたが、Aの破産により右製粉所は競売に付され、一九〇四年二月一二日にXが落札した。しかし、同年三月一日、右製粉所が火事により部分的に焼失したため、XはYに対して保険金の支払いを請求した。なお、本件では、AY間の契約に基づきYが発行した保険証券には、次のような条項が記載されていた。すなわち、「保険の目的の売却または贈与の場合、売主または贈与者は、一月の期間内にそのことを保険会社に申告し、かつ、新所有者が保険を継続する旨の契約書を保険会社に届けなければならぬ。さもないと、右期間の経過により、保険は当然に解約され、保険者は保険会社に対し、期限の到来した保険料に加えて一年分の保険料に相当する金額を損害金として支払う責を負う」。かかる事実関係の下で、原審 (Orléans, 4 août 1905, D.P. 1906, 2, 292) は、保険の目的である不動産の所有権が移転した場合、「保険契約はその所有権移転 (mutation) の時に必然的に終了する」としつつ、右条項を第三者Xのためにする契約 (一一二一条) であると認定して、Xの請求を認容した。Y上告。破毀院審理部も、右条項がその期間内は第三者のために保険契約を延長する趣旨であることを認め、原判決を支持した。

右二つの判決は、いずれも保険目的物の譲渡により保険契約が終了することを前提とするものである。しかし、かかる解決は、当事者に以下のような不利益をもたらすことになる。⁽⁴⁷⁾

まず、保険目的物の譲渡人である保険契約者 (assuré) は、保険者 (assureur) との合意により、保険契約の任意解約の場合に保険者に対して損害賠償を支払うことを義務づけられていることが多い。加えて、保険契約者が目

的物の代金を所有者から完全に支払われていない状態で保険事故が発生すれば、保険者は保険契約者に対して、また、取得者に対しても保険金を支払う必要がないため、結局、保険契約者はその担保を失い、右の代金債権を回収しえないおそれがある。

また、保険目的物の取得者は、自動的に譲渡人の保険契約を利用しえないため、自ら新たに保険契約を締結しなければならぬ。けれども一般に、物の取得前に保険をかけることはないので、保険契約を結ぶまでの一定期間、無担保の状態が生ずることになる。⁽⁴⁸⁾

他方、保険者は、常に目的物の譲渡という事態が生じうるため、絶えず保険契約の利益を失うおそれがあるだけでなく、取得者が他の競合する保険会社と契約することにより、顧客を失うことになる。⁽⁴⁹⁾

以上の不利益を避けるため、実務では、【2】判決の事案の如く、保険会社が保険契約の延長条項を保険証券に挿入したり、あるいは、保険契約者が目的物の譲渡に際して、売買契約中に取得者が保険契約を継続する旨の条項を加えていた、とされている。⁽⁵⁰⁾

他方、学説も、損害保険契約を *intuitu personae* であると解する一九世紀末の見解を批判する。例えば、エマール (Hémar) は、「現行法においては火災保険契約がもはや人的性格 (*caractère personnel*) を帯びていない」とする。すなわち、契約の締結に際して保険契約者の人格は二次的に考慮されるにすぎず、一次的に考慮されるのは、保険目的物の性質およびその使用により広がる危険の範囲であると考えられる。そうして、保険は、「現状では、広範に保険目的物の所有権に結びつけられているとみなされねばならず、一一二二条により一般承継人に移転するのと同様に、「明示または黙示の譲渡によって取得者ないし特定承継人に移転されなければならない」と解している。⁽⁵²⁾

このような理論状況において制定されたのが、前記の、一九三〇年七月一三日の法律第一九条であった。

二 立法過程——国会での審議

保険契約に関する一九三〇年法の草案は、一九二五年四月七日に下院に提出されている。その際のゴダール (Godart) による趣旨説明でまず注目されるのは、先に引用したエマールの名前が挙げられていることである。すなわち、ゴダールの趣旨説明は、次の言葉によって始まる。

「皆さん、以下の草案の規定を説明するには、法案起草準備委員会の名で、パリ大学法学部教授ジョセフ・エマール氏とセーヌ商事裁判所判事セザール・アンセイ (César Ancey) 氏により政府に提出された、すぐれた報告を再現する以上のことはなしえないと考えます⁽⁵³⁾」。

右の言葉からは、エマールがこの法律の起草に際し、指導的役割を演じたこと、とりわけその第十九条にはエマールの見解が大きく反映されていることが推測される⁽⁵⁴⁾。そして、右説明に述べられた第十九条の立法理由を検討すると、かかる推測が的を射たものであることは明らかである。なぜならそこでは、以下のように前述のエマールの見解が「再現」されているからである。すなわち、「本条の適用がある物保険は、*intuitu personae* により締結される人的契約ではない。確かに、保険契約者の配慮 (*diligence*)、支払能力およびモラルの質を知ることが、保険者にとってまったくどうでもよいことではない。しかし、それは大部分の契約についても同様である。(物保険において保険者が) まず検討するのは、保険目的物そのもの、すなわち、その性質・それについてなされる利用により生ぜしめられる危険の範囲である。信用および支払能力は、……少なくとも、保険料が前払いされている場合には、たいして重要ではない。したがって、保険目的物に対して行なわれる、危険の性格を変じない無償ないし有償での移転は、契約条件を改訂しない。つまり、保険目的物の移転は、それ自体によって危険の増加をもたらすということになりえないのである⁽⁵⁵⁾」。

ところで、保険目的物の譲渡に伴う保険契約の移転の効果については、次のように述べられている。

「物保険は、保険契約者の死亡の場合には相続人のために、また、目的物の譲渡の場合には保険契約者から取得者のために継続する。譲渡人は、依然として保険者に期限の到来した保険料を支払う義務を負うけれども、将来に向かつては免責される。すなわち、期限未到来の保険料に関しては、書留郵便により譲渡の通知をした後には、保証人としてさえ義務を負わないことになる。相続人および取得者は、その前主と同じ範囲で拘束されるであろう。すなわち、彼らは(前主と)同一の権利を援用しうるし、また、期限未到来の保険料を支払わねばならない。そして、相続人および取得者は、被相続人(*de cuius*)ないし売主の地位を得るので、(相続人・取得者が)複数存在する場合には、その支払いにつき連帯責任を負う⁽⁵⁶⁾」。

また、当事者の解約権については、次のように説明されている。

「しかしながら、物保険契約がその通常の本質に反して、人的性格を帯びる例外的な場合に備えて、また、相続人あるいは取得者の配慮、支払い能力ないしモラルが契約の危険を増加しうるまでに不十分な場合を考慮して、解約を請求しうる権利が保険者に認められる。そして、保険契約の両当事者を平等にするために、公平の観点から、同様の権利を相続人ないし取得者に認めたのである⁽⁵⁷⁾」。

以上の報告を要約すると、まず、物保険契約は、当事者間の「個人的信頼関係に基づいて」(*intuitu personae*)締結されるのではなく、むしろ、目的物自体を考慮して(*intuitu rei*)結ばれるものであり、それゆえに、契約当事者が交替しても契約関係が終了しない、と解されている。そして保険目的物の譲渡の場合には、保険者への譲渡の通知を基準として、将来に向かつてのみ、譲渡人の契約当事者の地位が取得者に移転するとされ、右譲渡人は既発生の債務は負うが未発生の債務については免責される、と考えられている。また、保険者には、新しい保険契約者が強制されることにより著しい不利益が生ずる場合を考慮して、契約の解約権が認められ、公平の観点から保険契約者にも解約権が付与されている。

かかる立法趣旨の報告は、一九二六年八月五日（通常国会第二会期）の審議においても行なわれ、このうち草案は下院で採択されて、⁽⁵⁹⁾上院の審議に付された。⁽⁶⁰⁾しかし、上院では同条についてさしたる議論も行なわれず、⁽⁶¹⁾一九三〇年七月八日に採択されている。⁽⁶²⁾

三 小 括

一九三〇年七月一三日の法律第一九条に関する以上の検討からは、次のことを指摘しうる。すなわち、立法者および判例・学説が、一定の契約に関して個人主義的解決を修正したことを示している、ということである。⁽⁶³⁾この点につきローマ法では、契約は当事者間の人的つながりであると解され、当事者の交替は完全に否定されていた。しかし、社会における取引の発達に伴い、一定の契約類型では当事者間の人的信頼関係性が稀薄化し、当事者の交替にもかかわらず契約関係が存続するという解決が、むしろ当事者の利益状況に合致する、と考えられるようになる。つまり、契約の *intaitu personae* からの離脱である。

本項で示した、一九三〇年七月一三日の法律第一九条は、まさに右の過程を如実に表わすものである、と解される。そして、いかなる場合に右のような契約関係の存続が要請されるか、ということを一般的に明らかにすることは、今後の本稿の課題の一つとなるであろう。

なお、同条の法律構成や労働契約に関する一九二八年法との総合的検討は、後に民法典一七四三条の検討を含めて行なうことにする。

(59) Picard et Besson, op. cit. (note 5), n° 231.

(60) Cf. J. Lepargneur, De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs d'obligations relatifs au bien transmis, Rev. trim. dr. civ. 1924, p. 517 et suiv. ; Weill, op. cit. (note 20), n° 521, p. 900. レンブルニョールによれば、この問題は、一八〇四年フランス民法典を施行したベルギーにおいても生じ、ベルギーの破産院も同様の見解を採用していた、とのことである。また、一九二四年当時、すでに、ドイツ・オランダ・イタリア・スペイン・ポルトガル・チリ・スイスで保険契約がその目的とともに当然に移転する旨が明文文化されていた

ことなどが指摘されている (Lepargneur, *ibid.*, pp. 517-518)。なお、一一二二条、一六一五条に関するレパニョールの見解については、野澤正充「契約の相対的効力と特定承継人の地位(二)」民商一〇〇巻二号二八五頁以下(一九八九年)。また、ベルギー民法典とフランス民法典の關係については、山田誠一「共有者間の法律關係(四・完)」法協一〇二巻七号二九三—二九四頁(一九八五年)参照。

(41) J. Hénard, note, S. 1908, I, 337; A. Colin et H. Capitant, *Cours Élémentaire de droit civil français*, t. II, 4^e éd., Paris, 1924, p. 679; Weill, *ibid.*, p. 901.

(42) Hénard, *ibid.*

(43) Hénard, *ibid.*

(44) Picard et Besson, *op. cit.* (note 5), n° 231, pp. 376-377.

(46) 前述の如く、当時は、附従物が物と一体となる権利に限定され、契約上の権利は附従物とならない、と解されていた。なお、附従物の概念が拡張され、そこに債権も含まれると解されたのは二〇世紀半ばのことである(野澤・前掲論文(注40)二九〇—二九二頁)。

(47) Hénard, *op. cit.* (note 41), p. 337; Picard et Besson, *op. cit.* (note 5), n° 231, p. 377.

(48) 実際、上記二つの判例はかかる事案に属する。

(49) その対策として、保険者は、あらかじめ保険契約者と損害賠償の支払いを合意しておくが、その金額は期限未到来の保険料より安いため、保険者の不利益は解消されないと解されている(Hénard, *op. cit.* (note 41), p. 337)。

(50) Hénard, *ibid.*, p. 338; Picard et Besson, *op. cit.* (note 5), p. 377.

(51) エマールによれば、保険者は、保険料が前払いされ、しかも、期間内に支払われないときは契約を解除しうるため、保険契約者の信用や支払能力に関心がない、とされる(Hénard, *ibid.*)。

(52) Hénard, *ibid.*

(53) *Projet de loi relatif au contrat d'assurance* par J. Godart, *Chambre des députés*, 1925, Annexe n° 1544, p. 637.

(54) 実際、下院での報告における「条文の検討」(examen des articles)の第一九条の項は、エマールの作成したものであることが明らかにされている(*projet de loi, ibid.*, note (1))。

(55) *Projet de loi par Godard, ibid.*, p. 642.

(56) *Projet de loi par Godard, ibid.*

(57) *Projet de loi par Godard, ibid.*

(58) *Rapport fait au nom de la commission d'assurance et de prévoyance sociales chargée d'examiner le projet de loi relatif au contrat d'assurance*, par R. Lafarge, *Chambre des députés*, 1926, Annexe n° 3316, pp. 1165-1166. 報告の内容は「タールのそれと異なるとは全く同一である」。

(59) *Adoption, Chambre des députés, Débat*, 1926, n° 30, p. 3852.

(9) Projet de loi, Sénat, 1926, Annexe n° 646, p. 28.

(19) Rapport par J. Godart, Sénat, 1927, Annexe n° 571, p. 728 ; Avis présenté au nom de la commission de législation civile et criminelle, par Curral, Sénat, 1930, Annexe n° 395, p. 1005.

(29) Adoption, Sénat, Débat, 1930, n° 9, p. 1469.

(39) Cf. Weill, op. cit. (note 20), n° 521, pp. 901-903.

第二款 特定承継論の展開とその影響

第一項 序 説

一 契約の相対効の動揺

前款で述べた一九二八年法および一九三〇年法第一九条は、いずれも、前主の締結した労働契約ないし保険契約に、目的物の特定承継人 (ayant cause à titre particulier) が拘束される旨を規定していた。それゆえ、これらの法律は、契約の相対効の観点からは、原則に対する例外を規定したことになる。

ところで、右の二つに加えてこの時期には、契約の相対効に対する例外的解決が、法律および実務において、相次いで認められていた。すなわち、労働組合の発達に伴う集団契約の展開・直接訴権 (action directe) の立法による拡張および第三者のためにする契約 (一一二二条) の判例による拡張である。⁽⁶⁴⁾

かかる契約の相対効に対する例外領域の拡大は、これまで「神聖不可侵の原則」とされてきた契約の相対効の原則性を大きく動揺せしめるものであった。⁽⁶⁵⁾

二 特定承継論の通説化

右のような状況の下において、フランス民法学に台頭してきたのが、オーブリー・ローの定式を出発点として展開されたレパルニョール (Leparguer—一九二四年) = ヴェイル (Weill—一九三九年) の特定承継論であった。その内容については、すでに別稿で紹介した。⁽⁶⁶⁾ それゆえ、以下では、できうる限りそれとの重複を避けつつ、特定承継論と契約当事者の地位の移転との関連を述べるため、叙述の対象を次の二つに限定する。

第一に、双務契約の移転を対象とする。すなわち、特定承継論では、前主から特定の財産を譲り受けた特定承継人は、その財産と密接に関連する債権を取得するが債務は負わない、と解するのが通説である。しかしそうすると、前主がその財産に関して双務契約を締結した場合にはいかに解するのが問題となる。この場合、双務契約も特定承継人に移転すると考えれば、それは契約当事者の地位の移転の一場合であるとも解される。それゆえ以下では、前主が特定の財産に関連して双務契約を締結した場合を中心に検討する。

第二に、前款に挙げた一九二八年および一九三〇年の法律以降の学説を取り上げることとする。それゆえ、ここではレパルニョールの見解⁽⁶⁷⁾ (一九二四年) には触れず、ドゥモグ (Demogue) の見解 (一九三三年) から検討を加える予定である。そして実際にフランスでは、ドゥモグの教科書以降、一九二八年および一九三〇年の法律が、民法典一七四三条を含めて、特定承継論の一貫として位置づけられてゆくのである。

(64) その内容については野澤・前掲論文(注40)二八二—二八三頁。

(65) 野澤・同前二八三—二八四頁。

(66) 野澤・同前二八五頁以下。

(67) レパルニョールについては、野澤・同前。

第二項 双務契約の移転と特定承継論

一 ドウモーグの見解

(1) 特定承継人への権利の移転

特定承継論に関するドウモーグの立場は、やや複雑である。⁽⁶⁸⁾

まず、ドウモーグは、一一二二条の「承継人」には特定承継人も含まれると解するレパルニヨールの見解に従いつつ、⁽⁶⁹⁾「物のためになされた契約はまさにその物の附従物 (accessoire) である」と主張する。すなわち、「附従的権利が移転可能であるとの考え方によって、取得者が、その前主により、物の良好な利用 (bonne exploitation) のために締結された契約を援用しうる」という結論を導きうるとする。⁽⁷⁰⁾

他方、ドウモーグは、同じ結論を、「今日では広く支持されていない」第三者のためにする契約によっても認めうるとする。すなわち、物を譲渡すると自らには役立たず、その特定承継人には大いに利益がある、という契約を締結した者は、自分自身のためだけでなく、「二次的には (subsidiatement) その取得者のために」要約する (stipuler) 意図であった、と解している。そしてこの解釈によれば、特定承継人は、一一二二条の「承継人」に含まれなくても、前主の要約を利用しうるとする。⁽⁷²⁾

しかし、右二つの見解のどちらを優先するのは、必ずしも明らかではない。

(2) 双務契約の移転

ところでドウモーグは、特定承継人の意思に反して負担を負わせることができないため、特定承継人への債務の移転を否定する。⁽⁷³⁾ それゆえ、前主が物に関して双務契約を締結した場合に、特定承継人はその債務を援用しうるかが問題となる。⁽⁷⁴⁾

この問題につき、ドゥモロンブは債務の移転が認められないため債権も援用しえないと解したが、⁽⁷⁵⁾ドゥモーグは、第三者のためにする契約により問題を肯定に解する。すなわち、「最初の契約当事者が、自らのために、かつ、二次的には取得者のために契約するつもりであった、と考へうる場合には、その取得者に利益となり、同時に義務づける、という第三者のためにする契約が認められる。かかる第三者は、右の要約(stipulation)を承認するか、あるいは拒否するかを選択をなしうるのである」とする。⁽⁷⁶⁾そして、このような双務契約の移転が実際に問題となる場合として、一九二八年七月一九日の法律および一九三〇年七月一三日の法律第一九条を挙げ、次のように述べている。「この二つの法律は非常に重要である。これらは、判例が指し示したものの、あまりに個人主義的な学説が遠ざけようとしていた道に、立法者が決然と入り込むことを示している。立法者は……承継人の権利・義務を認めることを目的としているのである」。⁽⁷⁷⁾

(3) 民法典一七四三条について

さらにドゥモーグは、「近時の法律の解決以上に明確な解決をコード・シヴィルが含んでいる」とする。すなわち、「一七四三条が特定承継人に対して認める賃貸借の効力である」。⁽⁷⁸⁾しかしこの条文は難解であり、かつ、様々な見地から説明されている」が、ドゥモーグは、「法律が、賃貸借を二次的には(目的物の)取得者に有利かつ不利となる契約である、とみなすことを強いる」ものであり、そこに「第三者のためにする契約の拡張」を認めうるとする。⁽⁷⁹⁾そして、一七四三条の効果として、不動産の取得者はその前主である賃貸人の権利を承継するだけでなく、賃貸借契約の履行をも義務づけられるが、⁽⁸⁰⁾「原則として、その取得より前の利用およびその反対給付である賃料債権には関係がない」⁽⁸⁵⁾とし、既発生の債権債務が移転しないことを明らかにしている。他方、「原賃貸人は、賃貸借の継続中は、依然として賃貸借契約に義務づけられる」とし、その免責を認めない。⁽⁸²⁾

(4) 小 括

以上のドウモーグの見解は、彼自身の手になる次の一節に要約される。

「特定承継人に対して債務的効力を及ぼそうとするならば、今日まで君臨したあまりに個人主義的な考え方を考慮しないようにしなければならない。問題は、特定承継人の自由を損なわずに、債務の効力を拡張することにある。そして、この解決不可能な問題は、いくつかの点で緩和されうる。(第一に)……債務を物権にすることができれば、かかる債務は特定承継人に移転する。第二に、物の良好な利用や保持のために取得した債権は、反対の徴候がない限り、附従物として黙示的に (implicite) 特定承継人に譲渡されたものとみなされうる。しかし、債務に関しては同様に解されない。なぜなら、この場合には、承継人の自由を尊重しなければならないからである。けれども、物に関して双務契約が締結された場合には、第三者に、その契約を一括して受け入れるか否かの自由を残しつつ、右契約に二次的な第三者のためにする契約を認めることができる。最後に、いくつかの特別規定が契約の移転 (transmission des contrats) を規定している。すなわち、民法典一七四三条、労働法典二三条、一九三〇年七月一三日の法律一九条等である。将来は、企業によって結ばれた契約が特定承継人を拘束し、かつ有利にする、というように、これらの例外が拡張する方向に向かうであろう⁽⁸³⁾」。

二 ヴェイルとキャラストラン (Calastren)

特定承継論の主唱者であるヴェイルの見解については別稿に述べたので、⁽⁸⁴⁾ここでは同者による、一七四三条・一九二八年七月一九日の法律および一九三〇年七月一三日の法律第一九条に関する理論的説明に焦点を絞ることにする。

まず、ヴェイルは、特定承継人への債務の移転を認めないが、⁽⁸⁵⁾右の諸規定は立法者がそれを肯定したものであると解する。⁽⁸⁶⁾それゆえ、かかる債務の移転がいかなる理論的根拠に基づくものであるかが問題となり、それについて

は以下のようなテクニックがあるとする。

第一に、物権の概念を拡張し、一定の債権を物的負担 (charge réelle) ないし物的債務 (obligation réelle) として、特定承継人に移転すると解する見解がある⁽⁸⁷⁾。しかし、かかる物権の拡張は学説においても一致して認められていないわけではなく、しかもそれを認めると、特定承継人はその存在を知りえないために害されるおそれがある⁽⁸⁸⁾。それゆえ、ヴェイルはこの見解を否定して、問題を物権の領域ではなく債権の領域で検討すべきであるとする⁽⁸⁹⁾。

そこで債権の領域として、まず更改を問題とする。しかし更改は、債権者の介入が常に必要とされるため不適切であり⁽⁹⁰⁾、結局ヴェイルは、債務の移転の手續として、第三者のためにする契約が次の点でより優れていると主張する。すなわち、この手續によれば、債権者の介入が不要であり、しかも債権者にとっては旧債務者の免責なしに新債務者が加わるため有利となる、と述べている⁽⁹¹⁾。そして、第三者のためにする契約によると免責的債務引受 (transport de dette parfait) が実現しえない、という批判に対しては、それによる不都合が、現実には大きくないと反論する。というのも、債権者は、まず自己の権利を直接に満足せしめうる目的物の現実の所有者 (譲受人) に請求し、その者が無資力の場合にのみ旧債務者に請求するであろうし、また、取得者を唯一の債務者とする意思を示すのが通常だからであるとする⁽⁹²⁾。

要するにヴェイルの見解は、特定財産の移転に伴う債権の移転に関しては一二二条の特定承継論で説明し、債務の移転に関しては第三者のためにする契約 (stipulation pour autrui) によって説明するものである⁽⁹³⁾。

しかしながら、債務の移転を第三者のためにする契約で説明することに対しては、次のような根本的な批判がある。すなわち、その手續によれば債権者が取得するのは新たな権利であって、従前の債務関係が新債務者に承継されるわけではないから実態に合わない、という批判である⁽⁹⁴⁾。

後に第三章でも言及するが、当時、右のような認識は広く浸透し、第三者のためにする契約説はその勢力を失い

つつあった。実際ヴェイルも、特定承継人への目的物に関する債権の移転は一一二二条で対応しうるため立法者の介入が不要であるが、債務の移転にはその介入が必要である旨を述べている。⁽⁹⁵⁾ それゆえ、第三者のためにする契約による説明の限界を意識していたことがうかがわれる。

ところで、ヴェイルと同じ年に契約の相対効に関する論文を公にしたキャラストラン⁽⁹⁶⁾は、特定承継論については、ドゥモグおよび次に述べるエスマン (Esmein) に従い、以下のように解している。

「(特定の財産と) 相関的な債権はすべて一般に附従物であり、かつ、附従的な債権は常に相関的であると言わねばならない。すなわち、相関的な債権は明らかに、ある財産に有用な債権であり、また、附従的な債権は、その財産にしか有用でない債権である。しかるに、『附従物は主物に従う』(accessorium sequitur principale) という法格言は、物権しか規定しない。それゆえ、一一二二条は、このラテン語の原則をフランス語に翻訳し、かつ、その適用を債権に及ぼしたものである。⁽⁹⁷⁾」

そしてキャラストランは、財産と密接な関係を有する債権が附従物である、と解するドゥモグおよびエスマンの見解を引用したのち、「条文上の見地からは、財産に有用な債権の特定承継人への移転は一一二二条に根拠を有する」と述べている。⁽⁹⁸⁾

他方、キャラストランは、特定承継人への債務の移転を否定する。⁽⁹⁹⁾ そこで、民法典一七四三条・一九二八年七月一九日の法律・一九三〇年七月一三日の法律第一九条による契約の移転は、「法律がもたらした一一六五条(契約の相対効)に対する明白な例外である」とし、それ以上の法律構成を行なわない。⁽¹⁰⁰⁾

かかるキャラストランの見解は、右規定について、第三者のためにする契約の推定により説明する見解を「承諾がないのに合意の推定を援用するのは法律的でない」と否定し、単に「現実の経済的利益」の要請により立法者が認めた「契約の相対効の原則に対する例外」である、と解するものである。⁽¹⁰¹⁾

三 デュ・ギャロー・ドウ・ラ・メシュニー (Du Garreau de la Mechenie) の見解

特定承継人への債権の移転を認めて債務の移転は否定する見解が多数を占める中で、後者についても肯定に解したのが、別稿でも紹介したデュ・ギャロー・ドウ・ラ・メシュニー(一九四四年)⁽¹⁰²⁾であった。

デュ・ギャローは、債権の移転のみを肯定する通説を、衡平の点で特定承継人に利益のみを与えるのは妥当でないし、また、法律上も、双務契約から生じた債権と債務とを分離するのは適当でない、と批判する。⁽¹⁰³⁾しかし、「債務者の交替は、おそらく、原債務者のみを信用していた債権者を害するであろう。そしてこの点で、債務の譲渡を困難にする障害に直面する⁽¹⁰⁴⁾」と述べる。けれども、次のように解して、結論的には、一二二条を根拠に、移転される物に関する債務の移転も特定承継人の承諾 (acceptation) を条件として肯定すべきである、と主張する。⁽¹⁰⁵⁾

「いくつかの債務は、移転される物と切り離し難く結びついてるように思われる。すなわち、それらは、その物の現実の所有者によってしか履行されえない債務である。かかる債務の特定承継人への移転は、債権者にとって確実に有利となるであろう。なぜなら、原債務者はもはやその義務を果たすことができず、また、損害賠償を認めても債権者にはおおよその (approximative) 満足しか与えないだろうからである。それゆえ、債務関係 (lien obligatoire) の安定性 (stabilité) および継続性 (continuité) は、常に望ましいことであると思われる⁽¹⁰⁶⁾」。

右のデュ・ギャローの見解によれば、一七四三条や労働契約および保険契約の移転は、特定の財産に密接に関係する双務契約の特定承継人への移転を認める理論の一貫として位置づけられることになる。⁽¹⁰⁷⁾

さらに、デュ・ギャローの見解は、同論文の次の一節に要約されうる。

「特定承継人は、その前主によって契約された債務が彼に移転される権利の附従物を構成する場合には、その債務に関して第三者とみなされず、前所有者に入れ替わる (と解する) のが正当である。この点で、債務関係の存続を説明するために、一般承継人 (ayants cause universels) が問題となる場合に援用される、人格承継 (con-

tinuation de la personne) の考え方に類する考えをここで引き合いに出すのは不可能なことではないであろう。

しかしながら、……特定承継人の承継する範囲は、彼が取得する財産のまわりに集まる積極的および消極的要素に限られる。つまり、特定承継人がその前主を承継するとしても、それはただ、特定の財産の所有者として（そのなる）だけのことである。換言すれば、特定承継人は、所有権者の地位 (qualité) を、それが含んでいる権利義務とともに、承継するのである⁽¹⁰⁹⁾。

かかる見解によれば、結果的には「契約当事者の地位の移転」が実現される。けれども、その理論的説明として、一一二二条により相続等の一般承継と同じく特定承継人に前主の人格が承継される⁽¹¹⁰⁾、と解するのは、今日の学界の水準からみれば疑問の余地がある⁽¹¹¹⁾。しかし、右論文が公にされたのは「契約譲渡」論がフランスに紹介される前の一九四四年のことである。それゆえ、かかる時期的な制約を考慮すれば、右のような理論構成もまた、やむをえないものであったと考えられる。

そして右の理論の当否はともあれ、デュ・ギャローをはじめとする当時の特定承継論は、フランスにおける契約譲渡論の萌芽になるとともに、今日なお「契約当事者の地位の移転」を考察するうえで、重要な指摘を含んでいるようにも考えられる。

四 エスマン

時期的にはやや前後するが、ヴェイル以降の特定承継論に大きな影響を及ぼしたものとして、エスマンの見解を挙げる事ができる。その特色は、すでに指摘したように、「その物を有する者だけが行使しうる権利というのは、その物の附従物ではないだろうか」と主張し、附従物概念を債権にまで拡張する点に存する⁽¹¹²⁾。しかし、次の二点では、レパルニョール等の見解と同じである。すなわち、その条文上の根拠を一一二二条に求める点⁽¹¹³⁾、および、双務契約から生じた債権については、その反対給付である債務の履行を条件として、つまり、相手方に同時履行の抗弁

権を認めて、前主の債務を履行せずとその債権を行使する特定承継人の請求を拒みうるとしたうえで、その移転を肯定する点である。⁽¹¹⁴⁾

また、一七四三条をはじめとする三つの双務契約の移転は、法律による例外である、と解している。⁽¹¹⁵⁾

ところでエスマンは、この後オーブリー・ローの教科書を改訂する。それゆえ、一九五〇年以降のエスマンの見解については、同書のエスマン改訂版を参照することにより、その一端を垣間見ることが可能である。

まず、オーブリー・ローの定式が記された第二巻では、参考文献としてレパルニヨールおよびデュ・ギャローの論文が挙げられ、⁽¹¹⁶⁾以下の三点にその影響を見出すことができる。

第一は、物に附従して特定承継人に移転される債務の基準を明らかにした点である。すなわちエスマンは、オーブリー・ローの定式が、「一一六六条(債権者代位権)に用いられた一身専属権(droits attachés à la personne)という表現とまったく同様に、一つのレッテル(étiquette)であって基準(critère)とはならない」とする。⁽¹¹⁷⁾そして、「オーブリー・ローによって提示された命題は、……契約解釈の結果でしかない」として、次のように述べている。⁽¹¹⁸⁾

「当該権利が譲渡可能であるとすれば、明示の譲渡がない場合には、(その移転は)当事者の黙示の意思に拠る。そして通常、当事者は、次のような場合に(権利の移転を)望むものである。すなわち、物の譲渡人がその物をもはや占有していないために、権利の行使につきなんら正当に主張しうる利益を有さず、かつ、取得者にとって利益となる場合には、その権利の移転が認められねばならない」。

かかる基準をとりわけ強調したのはデュ・ギャローであり、⁽¹¹⁹⁾右見解もその影響によるものと解される。

第二にエスマンは、債務の移転をも肯定する。まず双務契約から生じた債権については、「それを主張する者が反対給付である債務を満たさねばならない」としつつ、⁽¹²⁰⁾「もっとも、物の譲渡契約において、(特定承継人が)その物に関する譲渡人の債務を引受ける場合には、それにより相関的な権利の譲渡も認められる」と述べる。⁽¹²¹⁾そしてさ

らに、「特定承継人は、物の取得の際に債務（の存在）を認識し、かつ、引受けることを承諾した場合には、移転される物に関する前主の債務を負うことになる」と主張する。⁽¹²²⁾

第三点は、一七四三条の効果である。同条の効果につき、既述の如くオーブリー・ローは、不動産の取得者が賃貸借契約上の債務を負うことはないと解していた。しかしエスマンは、かかるオーブリー・ローの見解が「優位を占めなかった」⁽¹²³⁾と述べてそれを放棄し、「取得者は賃貸借契約から生じた義務を負う」⁽¹²⁴⁾と本文を改めている。また、契約各論に関する第五巻でエスマンは、右のオーブリー・ローの見解に従うと、「その地位を失わずにいる賃借人に対して、賃貸人の債務を誰も履行しないことになり」、「容認し難い」とする。他方、「不動産を売却した者は、もはやその不動産を支配していないがゆえに、（賃貸人としての）債務を満たすことができず、唯一不動産の取得者だけがそれをなしうる」という実質的理由により、取得者は前主の賃貸借契約を負うと主張する。⁽¹²⁵⁾そして、かかる観点から、不動産の譲渡人は、賃借人の承諾なしに、「賃貸人としての義務を負わなくなる」と解している。⁽¹²⁶⁾

一七四三条に関する右の解釈は、前記第一点の債権の移転についての「基準」と同じ判断に基づくものである、と考えられる。

五 小 括

本稿では、一九二八年および一九三〇年の法律に加えて、一九世紀から問題とされてきた一七四三条による双務契約の移転が、一九二〇年代後半以降に台頭してきた特定承継論の一貫として位置づけられてゆく過程を概観した。とりわけ、その債務の移転の説明に関しては、第三者のためにする契約 (stipulation pour autrui) を援用する見解が徐々にその通説的地位を失ない、代わりに、単に法律による契約の相対効の例外とする見解（キャラストラン）、および、双務契約そのものが特定の財産に附従して特定承継人に移転することを認める見解（デュ・ギャロー、エスマン）⁽¹²⁷⁾が有力となった。

ところで、右有力説は、一定の双務契約が特定の財産の所有者に対してしか利害を有さず、その財産を譲渡すればもはやその者になんら利害関係がなくなる、という実質論を根拠としている。⁽¹²⁸⁾ かかる理解を前提とすれば、一七四三条の場合に不動産の譲渡人は、賃借人の承諾なしに当然に賃貸人の債務を免れることが認められうる。しかしその結論は、一九五〇年代には依然として少数説にとどまり、通説は、賃借人の承諾なしに旧所有者が免責されることはない、と解していた。⁽¹²⁹⁾

さて、ここまでの議論は、一七四三条等の法律に基づく契約譲渡の理論的説明に関するものであった。しかし、そこで提唱された特定承継論は、単に理論の面だけでなく、より実践的な面にも応用されている。すなわち、前主(旧賃貸人)の解除権の特定承継人への移転の問題である。それゆえ次項では、一七四三条の効果論の一つとして、賃貸人の解除権の移転を扱うことにする。

- (98) R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. VII, *Effets des obligations II*, Paris, 1933, n° 676 et suiv., p. 33 et suiv.
- (99) Demogue, *ibid.*, n° 676.
- (70) Demogue, *ibid.*, n° 684.
- (71) かかるドゥモールの見解は、結局、一・二・三を形式的根拠にしつつ、附従物が主物とともに移転することを認めるオープリーローの定式を基礎として、その附従物概念を債権にまで拡張するものである、と位置づけられる(野澤・前掲論文(注40)二九〇—二九二頁)。
- (72) Demogue, *op. cit.* (note 68), n° 674.
- (73) Demogue, *ibid.*, n° 685.
- (74) Demogue, *ibid.*, n° 686.
- (75) Demogue, *ibid.* はドゥモロンブの見解を引用する。なお、ドゥモロンブの見解については、野澤正充「契約の相対的効力と特定承継人の地位(一)」民商一〇〇巻一号一三二頁(一九八九年)。
- (76) Demogue, *ibid.*
- (77) Demogue, *ibid.*, n° 687 et n° 688.
- (78) Demogue, *ibid.*, n° 690.
- (79) Demogue, *ibid.* もっともドゥモールは、第三者のためにする契約よりもむしろ、代理などを含む「他人のための契約」(contrat pour

autrui) の拡張」である」と解している。しかし、この点は学説により否定されている (Cf. Larroumet, op. cit. (note 6), n° 99, p. 226, note (7))。また、ドゥモーンは、別の個所では「一七四三条が賃借人のための黙示の契約により説明されている」とも述べている (ibid., n° 693)。

結局、ドゥモーンの見解は、当時の通説的見解と同じく、第三者のためにする契約により一七四三条を説明するものである」と理解しよう。

- (80) Demogue, *ibid.*, n° 693 et n° 694.
- (81) Demogue, *ibid.*, n° 694.
- (82) Demogue, *ibid.*
- (83) Demogue, *ibid.*, n° 697. なお、当時のドゥモーンがレナルニョールの見解に大いに関心を示していたことをうかがわせるものと、R. Demogue, *Obs.*, *Rev. trim. dr. civ.* 1927, n° 36, p. 669 et n° 37, pp. 669-671.
- (84) 野澤・前掲論文 (注40) 二八五頁以下。
- (85) Weill, op. cit. (note 20), n° 512 et suiv., spéc. n° 512. 野澤・回論。
- (86) Weill, *ibid.*, n° 521 (l'art. 19 de la loi du 13 juillet 1930), n° 523 (l'art. 174 C. civ) et n° 526 (loi du 19 juillet 1928).
- (87) 「物的債務」のこころを、野澤・前掲論文 (注40) 三〇〇頁および三〇二頁注 (12) 参照。
- (88) Weill, op. cit. (note 20), n° 528.
- (89) Weill, *ibid.*
- (90) Weill, *ibid.*, n° 529.
- (91) Weill, *ibid.*, n° 530, p. 920.
- (92) Weill, *ibid.*, n° 530, pp. 921-922.
- (93) Weill, *ibid.*, n° 532, p. 923.
- (94) Cf. Larroumet, op. cit. (note 6), n° 101 et suiv.
- (95) Weill, op. cit. (note 20), n° 532.
- (96) S. Calastreng, *La relativité des conventions*, Etude de l'Article 1165 du Code Civil, Paris, 1939.
- (97) Calastreng, *ibid.*, p. 110.
- (98) Calastreng, *ibid.*, p. 111.
- (99) Calastreng, *ibid.*, p. 181.
- (100) Calastreng, *ibid.*, p. 180, p. 225 et suiv.
- (101) Calastreng, *ibid.*, p. 227.
- (102) J.-H. du Garreau de la Méchenie, *La vocation de l'ayant cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur*, *Rev. trim. dr. civ.* 1944, p. 119. 本の区名をこころを、野澤・前掲論文 (注40) 二九二頁以下。

- (103) Du Garreau de la Méchenie, *ibid.*, p. 220. 野澤・同前二九四頁。
- (104) Du Garreau de la Méchenie, *ibid.*, p. 222.
- (105) Du Garreau de la Méchenie, *ibid.*, pp. 230-237. 野澤・前掲論文(注40)二九三—二九六頁。
- (106) Du Garreau de la Méchenie, *ibid.*, p. 223.
- (107) Du Garreau de la Méchenie, *ibid.*, p. 227, p. 231 et *suiv.* もともと、これらの規定は特定承継人の意思に反しても契約の移転が認められる点で、なお例外的性格を有するものとなる(Cf. *ibid.*, p. 232)。
- (108) デュ・キヤローが一一二二条を根拠条文として、附従的概念の拡張により特定承継人への権利義務の移転を認めることについては、Du Garreau de la Méchenie, *ibid.*, p. 226. 野澤・前掲論文(注40)二九〇—二九一頁。
- (109) Du Garreau de la Méchenie, *ibid.*, pp. 237-238.
- (110) Du Garreau de la Méchenie, *ibid.*, p. 232.
- (111) Cf. Ch. Larroutet, *Droit civil*, t. III, Les obligations 1^{re} partie, Paris, 1986, n° 781 et n° 783. 野澤正充「契約の相対的効力と特定承継人の地位(三)」民権一〇〇卷四号六五四頁(一九八九年)。
- (112) M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, Obligations, 1^{re} partie, 2^e éd. par P. Esmein, Paris, 1952, n° 331, p. 422. 野澤・前掲論文(注40)二九〇頁。
- (113) Planiol, Ripert et Esmein, *ibid.*, p. 423.
- (114) Planiol, Ripert et Esmein, *ibid.*, pp. 423-424, et n° 332, p. 427. したがって、正確には、前主の債務が特定承継人に移転することを認めるものではない。この点について、野澤・前掲論文(注40)二八九頁参照。
- (115) Planiol, Ripert et Esmein, *ibid.*, pp. 426-427.
- (116) C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. II, 7^e éd. par P. Esmein, Paris, 1961, § 176, n° 69, note 1 et § 176 bis, n° 71, note 1.
- (117) Aubry et Rau par Esmein, *ibid.*, n° 69 note 2, p. 104.
- (118) Aubry et Rau par Esmein, *ibid.*, pp. 104-105.
- (119) デュ・キヤローの *intuitu rei* の基準について、野澤・前掲論文(注40)二九三頁。
- (120) この主張が、ヤビド Planiol, Ripert et Esmein, *op. cit.* (note 112), pp. 423-424 et p. 427 にあつて明らかになつてゐる。
- (121) Aubry et Rau par Esmein, *op. cit.* (note 116), p. 107
- (122) Aubry et Rau par Esmein, *ibid.*, § 176 bis, n° 72, p. 111. 444th *ibid.*, p. 112, note 13 に挙げられてゐる判例 (Req., 12 décembre 1899, S. 1901, 1, 497 note A. Tissier) について、野澤・前掲論文(注40)二九八—三〇二頁。
- (123) Aubry et Rau par Esmein, *ibid.*, n° 69, p. 106 et n° 72, p. 112, note 15.
- (124) Aubry et Rau par Esmein, *ibid.*, n° 72, p. 112 texte et n° 70, p. 108 texte.

(125) C. Aubry et C. Rau, Droit civil français, t. V, 6^e éd. par P. Esmein, Paris, 1952, § 369, pp. 277-278 texte et note 32.

(126) Aubry et Rau par Esmein, *ibid.*, § 359, p. 142, note 26. もっとも、エスマンは「かかる一七四三条や一九三〇年七月一三日の法律第一九条による保険契約の移転の場合が例外であって、原則としては、債権者の承諾なしに債務者が免責されることはない」と主張する。すなわち、「双務契約から生ずる権利を譲渡する者は、その譲渡により右契約上の義務を免れることはできない。譲渡人は、譲受人との間にいかなる要約をなしたとしても、債権者がその免責に同意しない限りは、原契約を締結した相手方（＝債権者）に対して依然として人的に義務づけられる」（*ibid.*, p. 142 texte）と述べ、「このことは、債務者の支払い能力および良心（conscience）が（債権者にとって）もっとも重要な問題であることにより正当化される」（*ibid.*, p. 142 note 26）と解している。この点は、次章に扱う「合意に基づく契約譲渡」の検討に際して、再び問題となるであろう。

(127) Cf. G. Marty et P. Raynaud, Droit civil, t. II, 1^{er} volume, Les obligations, Paris, 1962, n° 241, p. 222.

(128) 「一七四三条に關し、かかる見解を支持するものとして、R. Dallant, Les positions actuelles de l'article 1743 du code civil, J.C.P. 1958, I, 1431.

(129) Cf. Larroumet, *op. cit.* (note 6), n° 120, p. 291 texte et note 4.

第三項 一七四三条の⁽¹³⁰⁾効果——解除権の移転

一 序

(1) 一七四三条の改正

一九四五年以前は、一七四三条但書により、賃貸人が賃貸借契約において、不動産を売却した際に賃借人を立ち退かせる権利（＝解除権）を留保することが認められていた。それゆえ、前節で述べた如く、右解除権が特定承継人に移転するか否かがオーブリー＝ローの定式との関連で論じられてきた。しかるに、一九四五年一〇月一七日のオルドナンス（＝小作法 Statut du fermage）は、右解除権の留保を農事財産の賃貸借には認めず、⁽¹³¹⁾非農事財産（biens non ruraux）の場合に限定した。⁽¹³²⁾そこで、以後は主として、賃借人の債務不履行により生じた前主の解除権を特定承継人が援用しうるか否か、が問題とされるようになる。

(2) 形成権の帰属

ところでフランスでは、本来、形成権 (droit potestatif) の概念が存在せず、後にドイツおよびイタリアからもたらされた⁽¹³³⁾とされている。それゆえ、目的不動産の譲渡に伴う賃貸借契約の解除権の帰属について、ドイツ・イタリアとフランスとは、その考え方に違いのあることが指摘されている⁽¹³⁴⁾。すなわち、前者においては、第一に、賃借人の不履行が目的物の譲渡後にもなお継続しているか否かを問題とする。そして、例えば賃貸目的物の毀損のように問題が肯定される場合には、譲受人 (目的物の取得者) が解除権を行使しうるとする。また第二に、賃料不払いのように債務不履行が譲渡後に継続しない場合には、解除の趣旨に照して考察されることになる。すなわち、解除の目的が賃借人に債務の履行を促すことにあるとすれば、譲受人は、未履行の既発生債権については売主 (目的物の譲渡人・原賃貸人) により特に譲渡されない限り債権者でないから、右解除権を行使しえない。しかし、解除の目的を不履行による信頼喪失に対するサンクションであると考えれば、賃借人は原賃貸人に対してと同じように譲受人に対しても不履行をするおそれがあるので、譲受人の解除権の行使が肯定されると考えられる⁽¹³⁵⁾。

これに対してフランスでは、「奇妙なことにこの問題が、賃貸借の理論においてではなく、債務法の一般論において検討されてきた⁽¹³⁶⁾」とされている。すなわち、次に述べるように、解除権の移転も特定承継論の一貫として位置づけられているのである。

二 学説の傾向

フランス法では、解除権の帰属も原則的には当事者の意思解釈の問題とされている。つまり、売主は、譲受人に当該権利を譲渡する意思が存したか否か、という問題である。けれども、オーブリー・ローの定式以降、右の問題は、何が譲渡された財産の附従物であるかという、より客観的な命題として提示されている⁽¹³⁷⁾。とりわけ、先に述べたデュ・ギヤローおよびエスマンの影響により、当事者の客観的な利益の有無を基準として解除権の移転を考察す

るのが学説の傾向であると解される。すなわち、当該解除権の行使につき、目的物を譲渡した者にもはやなんらの利益もなく、特定承継人へのみ利益が存する場合⁽¹³⁸⁾には、特定承継人が右権利を行使しうる⁽¹³⁹⁾、と主張する⁽¹⁴⁰⁾。

右の見解に従えば、目的物の譲渡以前に生じた債務不履行を理由とする解除権であつても、特定承継人がそれを行使する可能性が肯定される。

三 判例の立場

しかし破毀院は、次の二つの判決により、右の学説の傾向から「離れ」⁽¹⁴¹⁾ (éloignement) した。

【3】 破毀院社会部一九五七年二月二〇日判決 (D. 1958, 1, 81, note R. Lindon)

A所有の農地をYが賃借したが、YはAに対して賃料を支払わなかった。その後Aは右土地をXに売却し、Xは右債務不履行を理由としてYに対し賃借の解除を請求した。原審は、Xには右土地を取得する以前になんら損害がなく、その取得の日より後にYによって犯された不履行しか主張しえない、との理由によりXの請求を棄却した。X上告。破毀院は、「賃借の解除が、賃借人に対する賃借人の債務不履行へのサンクションである」から、「Xは、Aに帰せしめられるべきであつた履行遅滞を援用することはできない」と判示して、Xの上告を棄却した。

【4】 破毀院社会部一九五八年五月一六日判決 (D. 1958, 1, 464, obs. J. Carbonnier, Rev. trim. dr. civ. 1958, p. 421)

事案は次のようであつた。Yは、A所有の آپルトマンを賃借し、一九四八年九月一日の法律第一三六〇号第七八条⁽¹⁴²⁾に反してそれをBに転貸していた。一九五四年九月、右転貸借関係は終了したが、その翌月一六日にAより右 آپルトマンを譲受けたXは、Yに対して右転貸借を理由に賃借契約の解除を請求した。これに対してYは、右転貸借が目的不動産の売買より前に終了した旨を主張したが、原審は、「売主の(特定)承継人である取得者が、売買目的物について売主に認められているすべての権利を行使しうる」と判示して、XのYに対する解除を肯定した。Y上告。破毀院は、次のように判示してYの上告を容れ、原判決を破毀した。

「賃貸借契約は、当事者間に債権しか生じないので、不動産の取得者は、原則として、売買より前の賃貸借契約違反 (manquement) を理由として賃借人に (解除を) 請求することはできない。ただし、適法に通知された債権譲渡または売買契約において合意された明示の代位 (subrogation) がある場合はこの限りではない」。

右二つの判決のうち、【4】判決では、一七四三条により、賃借人に物権が認められるとする見解が明確に否定されるとともに、取得者が賃貸人の地位を当然に代位 (subrogation) する (一二五〇条参照) のではないことも明らかになっている。⁽¹⁴³⁾ そしていずれの判決においても、不動産譲渡の時点を基準として、それ以前の権利関係が取得者に移転しないことを明示している。

ところで、右二つの事案はいずれも、賃借人の義務違反が前主 (原賃貸人) の下でなされ、取得者の下になら不履行が継続していなかった。換言すれば、その義務違反は一人に対して犯されたフォートであって、不動産に対してのそれではない。それゆえ、不動産の毀損の事案では異なる解決、すなわち、取得者に解除権の行使を認めることも理論的には可能である。⁽¹⁴⁵⁾ けれども、破毀院は、右の判決以前に毀損 (degradation) の事案につき、不動産の譲渡以前に生じた賃貸人の権利が取得者に移転しない旨を明らかにしている。⁽¹⁴⁶⁾ したがって、破毀院は一貫して、不動産の譲渡時を基準に、それ以前の権利は取得者に移転せず、将来に向かってのみ賃貸借契約が移転することを認めている、と解することができる。

四 小 括

一七四三条の効果としての解除権の移転の有無は、一九世紀末のオープンロー以来、それが不動産の附従物 (accessoire) ないし密接に関係する権利であるか否か、という観点から議論されてきた。そして二〇世紀半ばには、不動産を譲渡した売主にもはや解除権の行使につき利益がないことを理由に、特定承継人への移転を肯定する見解が有力となる。

しかし、判例は右の学説の傾向に反し、不動産譲渡時を基準に、それ以前の債務不履行に基づく権利（解除権・

損害賠償請求権）が特定承継人に移転しない、と解している。そして近時の学説は、かかる判例の立場を、ある財産と密接な関係を有する権利がその財産とともに特定承継人に移転する、という特定承継論（含、附従物理論）の「限定的解釈のあらわれ」⁽¹⁴⁶⁾、あるいは、一つの境界であるとして肯定するに至っている。⁽¹⁴⁷⁾

⁽¹³⁰⁾ 一七四三条の要件論としては、賃借人が保護されるためには常に、「公署証書による賃貸借またはその日付が確定される賃貸借契約」が必要とされるか否かが問題となる。すでに本章第二節注（38）で触れたように、オーブリー・ローは、不動産の取得者が賃貸借の存在を認識していた場合には一七四三条の適用があると解し、一部の学説および判例もそれを肯定していた。しかし多数説は、単なる認識では足りないと解している。けれども、判例および学説は、次の方法によりその要件を緩和してきた。

第一は、一三二八条を柔軟に解釈する方法である。すなわち、同条によれば、私署証書は、その内容（substance）が封印調書もしくは財産目録調書のような、公の吏員によって作成される証書（＝公署証書）において認定される（constatee）日から第三者に対して確定日付を有することになる。それゆえ、私署証書による賃貸借契約であっても、賃貸目的不動産の売買契約の公署証書においてその内容（substance）が認定されれば（constatee）一七四三条の「確定日付」を有するとされ、かかる賃借権は取得者に対抗しうると解されている（par ex. Soc., 25 mai 1961, Gaz. Pal. 1962, 1, 5 ; Rev. trim. dr. civ. 1962, p. 351 obs. G. Cornu. 不動産売買契約の公署証書に、当該不動産のうち納屋の付属家屋に期間の定めのない賃貸借契約がなされている旨、および、賃借人の氏名が明示されていた事案。破毀院は、賃借権の「現実かつ確実性」（*réalité et consistance*）が公署証書の記載から帰結されると判示して、確定日付の存在を否定した原判決を破毀した）。しかし、一三二八条に規定する「内容」に該当するためには、売買契約中に単に賃貸借の存在が言及されているだけでは足りず、その本質的要素が記載されていないならばならない。それゆえ、この方法にはおのずから限界がある、とされている（Civ. 3^e, 4 mars 1971, Bull. civ. III, n^o 153, p. 110 ; Rev. trim. dr. civ. 1976, p. 794, obs. G. Cornu ; D. 1971, Somm. p. 154 ; J.C.P. 1971, IV, p. 97. 賃借人の氏名、賃借地の面積、範囲、期間および賃料等の記載がなかった事案。破毀院は一三二八条および一七四三条の適用を否定した）。

第二の方法は、一七四三条が公の秩序に関する強行規定でないことを理由に、不動産の取得者が、明示または黙示に、賃貸借の對抗要件の欠缺を主張する利益を放棄した旨を認定するものである（Civ. II juillet 1949, J.C.P. 1949, II, 5120, obs. E. Becqué. — 取得者が賃借人から賃料を受領した事案。Soc., 15 juillet 1953, D. 1953, 729, note P. Létis ; Gaz. Pal. 1953, 2, 316 ; J.C.P. 1954, IV, p. 39. — 取得者が、売買契約に際して賃借人の存在を「まったくよく」（*parfaitement*）認識している旨を陳述し、かつ、賃料を請求した事案）。しかし、この方法は、取得者が売買の際に賃借権の存在を認識していただけでは足りず、その行動が明らかに對抗要件欠缺の主張の放棄と解しうる場合にしか適用しえない、という限界がある。なぜなら、「認識が消極的な意識の状態であるのに対して、放棄は意思的な行為である」からである（J. Carbonnier,

Obs., Rev. trim. dr. civ. 1954, p. 117 ; Dallant, op. cit. (note 128), III.)。

第三に、一七四三条の法律構成とも関連するが、売買契約中に賃借人のための黙示の第三者のためにする契約 (stipulation pour autrui 一一二一条) を認定する見解も存する (Carbonnier, *ibid.* et Rev. trim. dr. civ. 1958, p. 420)。この見解によれば、売買契約中の単なる賃貸借の存在についての記載から、右の契約を認定しうることになる。けれども、少なくとも売買契約に賃貸借の記載が必要であり、単なる賃貸借についての認識では不十分である (P. Remy, Obs., Rev. trim. dr. civ. 1990, p. 102) とされている。

以上の三つの方法は、いずれも、取得者の賃貸借の存在についての認識に悪意が一七四三条の對抗要件を補完しえない、ということ为前提とする。しかるに、第四に、オーブリーロー以降、取得者が売買以前に右の認識があれば賃貸借を排除しえないとする学説が存在する。かかる立場に立つ近時のものとしては、J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction générale*, Paris, 1977, n° 636, p. 514 (第三者が、その権利の取得以前に、私署証書につき個人的に認識していれば、その者は右証書の確定日付の欠缺を主張しえないとする) ; H. L. et J. Mazeaud ; *Leçons de droit civil*, t. III, 2^e vol., 2^e partie, 5^e éd. par M. de Juglart, Paris, 1980, n° 1088, p. 413 (悪意が確定日付と等価であると解し、賃借人は、取得者がその不動産の取得以前に賃貸借の存在を認識していたことを証明すれば、一七四三条により保護されるものとする)。

ところで近時、破毀院第三民事部は、右第四の見解を肯定するに至った。

まず、破毀院第三民事部一九七六年一月一五日判決 (Bull. civ. 1976, III, n° 18, p. 13 ; Rev. trim. dr. civ. 1976, p. 794 obs. G. Cornu) は、賃貸目的不動産が競売に付された事案につき、競売人が競売前に物件明細書 (cahier des charges) の添付文書 (dires annexés) により賃貸借の存在を認識していた場合には、一七四三条より賃借人を排除しえないとした原判決を支持した。しかし、この事案では、右の「認識」が競売の際の文書の記載に基づくものであるため、黙示の第三者のためにする契約の手法を用いた場合と異ならない、という評価 (Cornu, *ibid.*, p. 796) も可能である。しかるに、破毀院第三民事部一九七六年七月二二日判決 (Bull. civ. 1976, III, n° 305, p. 233) は、傍論ではあるが、次のように判示した。すなわち、賃借人は、不動産の取得者が「賃貸借の存在を認識していたことを主張・立証しない以上」、確定日付を有しない期間の定めのない賃貸借契約を右取得者に対抗しえない、とする。

さらに、破毀院第三民事部一九八九年七月二〇日判決 (Bull. civ. 1989, III, n° 169, p. 92 ; Rev. trim. dr. civ. 1990, p. 101, obs. G. Cornu) は、より明確に、取得者の認識を問題とした。事案は次の通りである。YはA所有の不動産を期間の定めのない賃貸借契約によって賃借し、書店を営んでいた。しかるにXは、右不動産をAより買い受け、Yに対して立ち退きを請求した。原審は、本件賃貸借についてのXの単なる認識が確定日付を付与するものではない、としてXの請求を認容した。Y上告。破毀院は、Xが、Yの期間の定めのない賃貸借契約の存在を売買より前に認識していたか否か、を問うことなく判断した原判決を破毀した。

右判決により、一七四三条の要件として問題とされるのは、「もはや賃貸借に対する取得者の黙示の承諾ではなく、賃貸借の単なる認識である」ということになる (Cornu, *ibid.*, p. 103)。

なお、一七四三条に関する右判決と不動産物権変動における對抗問題との関係は、今後検討されるべき課題である。

- (131) Art. 44, Ordonnance n° 45 = 2380 du 17 octobre 1945, Gaz. Pal. 1945, 2, 352. なお、柳瀬兼助『佛蘭西民法(IV)』現代外国法典叢書(17) (有斐閣、復刻版、一九八八年)二七八頁以下によると、右オルドナンスは、「自由主義資本主義の立場に立った民法の賃貸借に比し、社会主義的な点が少なからず存」し、「強行的性質を持つ」とともに、小作人を「賃貸人によって与えられる単なる一時的な享有権を有する者」と考えず、「耕作の継続保持、小作人及びその家族の土地の保有を保護せんが為に小作人に幾多の特権を与え」るものである、と説明されている。同オルドナンスによる一七四三条の改正も、かかる小作人の保護の一貫として位置づけることが可能である。
- (132) 右オルドナンスによる一七四三条の改正は、その後の一九四六年四月一三日の法律第四六〇六八二号 (Gaz. Pal. 1946, 1, 362) においてもそのまま維持され、現行一七四三条に至る。
- (133) Ph. Malaurie, La cession de contrat, Cours de Doctrat Paris II 1975-1976, Paris, 1976, pp. 211-212.
- (134) Malaurie, *ibid.*, p. 214 et suiv. ; Cf. H.C. Ficker, Vertragsübernahme und droits relatifs au bien, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 165, Tübingen, 1965, S. 32.
- (135) Malaurie, *ibid.*, p. 214. なお、マロリーの参照したイタリヤの文献は、Carlos-Alberto da Mota-Pinto, Cessao da posição contratual, 1970, n° 70, pp. 490-495.
- (136) Malaurie, *ibid.*, p. 215.
- (137) Malaurie, *ibid.*
- (138) なお、債務不履行をした賃借人にとっては、解除権を行使する者が原賃貸人と特定承継人のいずれであっても特にその立場が不利になるといふことはない、と解される。
- (139) わが国における「契約上の地位の譲渡」論でも、解除権の移転につき同様の実質的な利益衡量がなされている点は注目に値する (加藤一郎「債務引受と契約引受」『判例演習Ⅱ債権法Ⅰ』(有斐閣、増補版、一九七三年)一六六—一六七頁、および、椿寿夫「注釈民法(1)Ⅱ債権(2)」(有斐閣、一九六五年)四七九頁)。第一章参照。
- (140) この立場に立つ見解として、A. Choteau, A propos du refus à l'acquéreur de l'action en résiliation du bail pour manquements antérieurs du preneur, D. 1959, Chronique, p. 271 et suiv., spéc. p. 275. 近時の見解として、J. Flour et J.-L. Aubert, Les obligations, vol. I, nouvelle éd. par J.-L. Aubert, Paris, 1986, n° 444. また、Malaurie, *op. cit.* (note 133), pp. 215-216 も基本的には同じ立場に立つ。しかし、マロリーは、利益を有しているという事実だけではその権利を行使するのに十分ではなく、さらに「資格」(qualité)も必要であるとする。すなわち、譲受人は未履行の賃料につき債権者ではないから、いかに解除を請求しうるかが問題となり、「その点で、A (賃借人) が B (原賃貸人・譲渡人) に債務を履行しなかったという事実は、たとえ A の C (譲受人) に対する態度が正当であるとしても、C を害することになるのではないだろうか」と述べている (*ibid.*, p. 216)。この見解の背景には、先にマロリー自身が提示したイタリヤの学説の影響がうかがわれる。
- (141) J. Carbonier, Obs., Rev. trim. dr. civ. 1958, p. 421.

(142) 民法典一七二七条一項によれば、賃借人は原則として転貸する権利を有し、さらにその賃貸借を他の者に譲渡する権利も有する。しかるに、一九四八年九月一日の法律 (Loi N° 48 = 1360 du 1^{er} septembre 1948, Gaz. Pal. 1948, 2, 371) 第七八条一項は、居住用ないし職業用の賃貸借につき、「賃借人は、賃貸借契約における反対の条項または賃借人の同意がなければ、その賃貸借を転貸する権利も譲渡する権利も有さない」との特則を規定している (Gaz. Pal. 1948, 2, 376)。

(143) Carbonnier, op. cit. (note 141), p. 421.

(144) Carbonnier, *ibid.*, p. 422 ; R. Lindon, Note, D. 1958, 1, 82.

(145) Civ. 8 mai 1917, D. 1917, 1, 99 ; S. 1921, 1, 25 note G. Appert (賃借人による目的不動産の毀損に対する損害賠償請求権 (一七三二条) の帰属が問題となった事案) : Civ. 19 mars 1919, D. 1919, 1, 89 (事案は不明) ; Civ. 25 mars 1924, D. 1926, 1, 30 ; S. 1924, 1, 59 (損害賠償請求権の事案。不動産の取得前の毀損を理由とする前主の賃借人に対する権利は取得者に帰属しない、という原則を認めつつ、債権譲渡の特約を認定して取得者の賃借人に対する請求を認容した原判決を支持した)。なお、Civ. 1^{re}, 13 janvier 1964, Gaz. Pal. 1964, 1, 274 は、賃借人の過失によりセントラル・ヒーティングの配管が凍結し毀損したため、その修繕費を不動産を売却した旧賃借人が右賃借人に請求した事案 (ただし、右売買より前に賃貸借は終了し、賃借人は立ち退いていた)。破産院は、右損害賠償請求権が反対の特約がない限り不動産の取得者に移転しないことを認めるとともに、「賃貸借が終了し、したがって新取得者とならば権利関係の存しない右賃借人は、賃貸借期間中の契約上の債務の履行をその旧賃借人に対してしかなしえない」と判示して、旧賃借人の請求を認めた。

(146) G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. II, 1^{er} vol., Les obligations, Paris, 1962, n° 239, p. 219 ; 2^e éd., 1988, n° 265, pp. 277-278.

(147) H. L., et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, 1^{er} vol., Obligations, 7^e éd. par F. Chabas, Paris, 1985, n° 754, pp. 861-862.

第三款 ま と め

一 契約当事者の地位の移転の理論構成について

本節では、第一次大戦後から第二次大戦直後までの時期、より正確には一九五〇年代までの法律に基づく契約譲渡についての議論を概説した。

この時期の議論の特色としては、次の二点を指摘しうる。

まず第一に、民法典一七四三条に加えて、一九二八年七月一九日の法律および一九三〇年七月一三日の法律第一

九条等、契約当事者の地位の移転の認められる類型が増加したことである。そしてその背景には、当事者間の個人的信頼関係に基づいて (intuitu personae) 結ばれると解されていた契約が、産業の発達とともにその人的色彩を弱めてゆく、という変化が認められた。

第二に、契約の相対効の動揺とともに学界に台頭してきた特定承継論が、右の三つの法律の理論的説明として用いられたのもこの時期であった。ただし、特定承継論の中の支配的見解は、特定承継人への債務の移転を否定するため、双務契約の移転を認める右の法律をいかに説明するかが問題となる。この点につき当初は、一九世紀の通説に従い、債務については第三者のためにする契約を援用する見解も存在した(ヴェイル)。しかし、かかる見解は実態に合致しないため次第に力を失い、今日の学説は、単に法律による例外とする説(キャラストラン)と、特定承継人に債権のみならず債務の移転をも肯定する説(デュ・ギャロー)とに分かれている⁽¹⁴⁸⁾。

以上の議論は、後に述べるように、契約譲渡全般を考察するうえで重要な契機を含んでいる。けれども、フランスでは結局、かかる議論から契約譲渡の一般理論を構築することはなかった、と解されている⁽¹⁴⁹⁾。

二 三つの法律の共通点

ところで、本款の冒頭でも若干の比較を試みたが、一九二八年七月一九日の法律と一九三〇年七月一三日の法律第一九条との間には、その要件・効果等にいくつかの共通点が存在した。そこで、右二つの法律に前節の民法典一七四三条を加えて、契約当事者の地位の移転を認める三つの法律を比較すると、それらがいずれも強行規定であることのほかに、以下の七つの共通点を有することを指摘することができる。

第一に、その対象となる契約(賃貸借・労働契約・保険契約)がいずれも双務契約であり、第二に、ある財産と密接な関係を有し、その財産の所有者の移転に伴い右双務契約も移転する点が共通する。そして第三に、いずれもその要素として債権譲渡を含むが、債権譲渡の對抗要件(一六九〇条)は不要である⁽¹⁵⁰⁾。また第四に、双務契約の移転に

対する相手方の承諾も不要である。

第五に、譲渡人(旧所有者)の契約関係からの離脱(＝免責)を挙げうる。しかし、この点には若干問題がある。すなわち、労働契約および保険契約の移転に関しては、譲渡人が相手方(労働者ないし保険者)の承諾なしに免責されることに異論がない。けれども、賃貸人の地位の移転(一七四三条)については、実質的な状況が右二つの法律とまったく異ならないにもかかわらず、⁽¹⁵⁾多数説は、賃借人の承諾がない限り譲渡人の免責を認めない。ただし、譲渡人は目的不動産の譲渡により当然にその債務を免れる、と解する少数説(エスマン)が存在することは、前述した通りである。

第六は、契約譲渡の効果の時的配分(repartition temporelle)の問題である。すなわち、保険契約の場合は明文(二九三〇年法第一九条第三項)により、また、労働契約の場合には判例・学説により、譲渡時を基準として、既発生の債権債務は取得者に移転しないとされている。換言すれば、取得者に移転する契約関係は将来に向かってのみであり、遡及的に移転するわけではない。これに対して、一七四三条の場合には、解除権の移転について述べたように、学説は、既発生権利でも目的物の附従物と解されるときは、その権利の特定承継人への移転を肯定していた。しかし、判例は一貫して既発生権利の移転を原則として否定し、近時の学説もこれに追随する。したがって結論的には、右三つのいずれの場合にも、目的物の譲渡時を基準に契約関係は将来に向かってのみ移転し、既発生債権債務は特別の合意がない限り移転しないと解されている。

最後に、右の点とも関連するが、賃貸借契約・労働契約および保険契約は、いずれもその契約関係が一定期間継続する、いわゆる継続的契約である点が共通する。

さて、以上七つの共通点⁽¹⁶⁾が契約当事者の地位の移転に特有の性質であるのか、また、相互にいかなる関係を有するのかという問題については、さらに広汎な検討が必要とされる。それゆえ次節では、かかる問題に留意しつつ、

近時の立法および学説の動向をうかがうことにする。

(148) Marty et Raynaud, op. cit. (note 146), n° 241, p. 222 ; 2^e éd., n° 267, p. 281.

(149) Larroumet, op. cit. (note 6), n° 82. なお、この点については次節以下に再説する。

(150) J.L. Goutal, Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat, Paris, 1981, n° 364 et suiv. ; L. Aynès, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, Paris, 1984, n° 246. なお、一九三〇年法第一九条第三項但書によれば、譲渡人は、保険者に書留郵便により譲渡を通知した後に払込期限の到来する保険料については、保証人としてさえ義務を負わなくなるため、右通知をすることに利益を有する。しかし、そうした利益にかかわらず、「保険者になんら通知がなされなかったとしても、なお取得者に目的物の所有権とともに保険契約は移転される」と解されている (Picard et Besson, op. cit. (note 5), n° 238, p. 386)。

(151) Larroumet, op. cit. (note 6), n° 120, p. 291. ラルメは、三つの規定で譲渡人の免責につき差異を設けるのは「非論理的」(illogique)であるとしつつも、「立法者の反対の意思なしに、契約の移転が当然に譲渡人の免責をもたらすと解することは認め難い」と述べている。

(152) 強行規定であることを含めれば共通点は八つとなる。けれども、これらの場合が強行規定であるとされるのは、いずれもそれが「公の秩序」であるという政策判断に基づく。それゆえ、法理論の分析を目的とする本稿の対象からは、ひとまず除外しておく。

第四節 法律に基づく契約譲渡の理論(3)——近時の動向

第一款 フランス民法典一六〇一条の四

第一項 問題の所在

一 民法典の二つの規定

一九六〇年以降の法律により、フランス民法典は、新たに、二つの契約譲渡に関する規定を有するに至った。⁽¹⁾ 一つは、一九六七年七月七日の法律による民法典一六〇一条の四⁽²⁾であり、もう一つは、一九七一年七月一六日の法律および一九七二年七月一日の法律による民法典一八三一条の三⁽³⁾である。

まず前者は、建築予定不動産の売買 (vente d'immeuble à construire) における買主 (条文上は「取得者」(acquéreur) と表わされる) たる地位の譲渡につき、次のように規定している。

一六〇一条の四 ①建築予定不動産の売買について取得者が保持する権利の譲渡は、売主に対する取得者の義務を法律上当然に譲受人 (cessionnaire) に移す。

②売買が委任を伴っている場合には、その委任は、売主と譲受人との間で追行される。

③これらの規定は、生存者間の任意的もしくは強制的な移転 (mutation) または死亡による移転のすべてに適用される。

右の建築予定不動産の売買とは、「売主が契約に定める期間内に不動産を建造する義務を負う売買であり(一六〇一条の第一項)⁽⁴⁾、その定義からも明らかのように、継続的契約の一つである。また、売買の方式としては、売主がその完成時に不動産を引渡すことを約し、買主がその引渡しを受け、かつ、その引渡しの日はその代金を支払うことを約する「完成時一括移転方式」(vente à terme — 一六〇一条の第二項)と、売主が土地についての権利並びに既存の建築物の所有権を取得者に直ちに移転することを約する「完成前順次移転方式」(vente en l'état futur d'achèvement — 一六〇一条の第三項前段)との二つがある(一六〇一条の第二項)。そして、後者の方式によれば、将来の工作物はその施行に応じて取得者の所有となり、他方、取得者は工事の進ちよくに応じてその代金を支払う義務を負う(一六〇一条の第三項後段)ことになる。したがって、いずれの方式によるにせよ、建築予定不動産の売買が一般の売買と同じく、同時履行の抗弁が認められる双務契約であることは疑いない⁽⁵⁾。

次に、右一六〇一条の四と最も近い内容を有する⁽⁶⁾とされる民法典一八三一条の三は、不動産開発契約 (contrat de promotion immobilière) に関連する。すなわち、不動産開発契約とは、「『不動産開発者』(promoteur immobilier) と呼ばれる者が、合意された価格で、請負契約の方法により一または数個の建造物の建築計画の実現に

あたらせる義務を注文者に対して負う、共通の利益を有する委任 (mandat) であり、右不動産開発者は、「合意した報酬と引換に、同一の目的に資する法律上、行政上および財産上の業務の全部ないし一部にみずからあたり、またはあたらせる」ことになる (一八三一条の第一項)。かかる不動産開発契約の譲渡につき、一九七一年七月一六日の法律による民法典一八三一条の三は次のように規定していた。

一八三一条の三 ①計画の完成前に、注文者が仕事について有する権利を譲渡する場合には、譲受人は、権利および義務 (activement et passivement) を含む契約の全体につき、当然に右注文者に置き代わる。

②開発者に与えられる特別の委任は、その開発者と譲受人との間で継続する。

③開発者は、注文者の同意 (accord) がなければ、その注文者に対して締結した義務の履行につき第三者と代わることができない。

④不動産開発契約は、不動産票 (fichier immobilier) にその記載をした日からでなければ、第三者に対抗することができない。

そして、一九七二年七月一日の法律第二二条は、右の第一項に次の一文を付け加えた。

(一九七二年七月一日の法律第六四九号)

《譲渡人 (cedant) は、譲渡された契約により注文者が負わされていた債務の履行につき担保責任を負う》

かかる一文が追加された理由は後に触れることになるが、以下ではさしあたり、一六〇一条の四と一八三一条の三との簡単な比較的検討を行なうことにする。

二 比較的検討

右の二つの規定を比較すると、まず、契約譲渡の対象となる契約が、いずれも双務契約であり、かつ、継続的契約である点で共通する。すなわち、一六〇一条の四が対象とする建築予定不動産の売買が右二つの性質を有するこ

とは前述したが、一八三一条の三の不動産開発契約も、その内容は有償委任であるため、双務契約であり、かつ、継続的契約であると解される。また両規定とも、契約譲渡に関して相手方(売主—一六〇一条の四・不動産開発者—一八三一条の三)の承諾が不要とされていることも共通する。

他方、相異点としては、一八三一条の三の場合、譲渡人が相手方に対して担保責任(＝保証債務)を負う(一九七二年七月一日の法律)旨を規定するが、一六〇一条の四にはかかる譲渡人の免責の有無につき明文がなく、その結論が解釈に委ねられていることが挙げられる。

ところで、前節まで検討してきた「法律に基づく契約譲渡」はいずれも、当事者に契約譲渡に関するイニシアティブがなく、ある財産の移転に伴って契約が強制的に移転する場合であった。しかるに、一八三一条の三では、委任契約である不動産開発契約それ自体の譲渡が問題となる。加えて、譲渡するか否かは当事者の意思に委ねられ、法律は契約譲渡の要件および効果を規定するにとどまっている。それゆえ学説は、一八三一条の三の場合を、法律に規定された契約譲渡ではあるが、実質的には「合意に基づく契約譲渡」の一類型⁽⁷⁾として位置づけている⁽⁸⁾。したがって、本稿も、一八三一条の三を次章において検討することにする。

これに対して一六〇一条の四の場合には、取得者が譲渡する「権利」とは何か、文言上必ずしも明らかではない。なぜなら、建築予定不動産の売買における「権利」としては、売主が負っている「契約に定める期間内に不動産を建造する義務」(一六〇一条の一第一項)に対応する権利と、当該不動産の所有権との、二つのものを想定するからである。そしてそのいずれと解するかにより、同条が従来の法律に基づく契約譲渡の規定と異なるものであるか否か、が明らかになると解される。また、この問題とも関連するが、先述のように一六〇一条の四の規定からは譲渡人の免責の有無が明らかでない。

したがって、以下では、右の二つの問題を順次検討してゆくことにする。

(1) 民法典以外でも、契約譲渡を規定するものとして、近時、企業の法定更生および法定清算に関する一九八五年一月二五日の法律第九八号が制定されている。同法は、「企業の保護、その活動および雇用の維持ならびに負債の会計検査を可能ならしめるための法定更生 (redressement judiciaire) の手続を定めた」(一条一項)のものであり、その法定更生は、「監督期間の終わりに裁判所の決定により決められたプランに従い確保される」(一条二項一文)。そして、右プランは「企業の継続ないしその譲渡」を決め(同二文)、「そのいずれの解決も不可能である場合には」「法定清算 (liquidation judiciaire) に移行する」(同三文)ことになる。

かかる同法の趣旨に従い、八一条以下では企業の譲渡 (cession de l'entreprise) が規定され、その場合に裁判所 (tribunal) は、「(営業) 活動に必要なリース (crédit-bail) 契約、賃貸借契約または財産・サービスの継続的供給契約」の譲渡を強制することができる旨を規定している(八六条一項)。

右規定の検討は別の機会に譲るが、基本的には、契約譲渡のイニシアティブが当事者にはなく、しかも、企業の譲渡に随伴する契約の譲渡という点で、法律に基づく契約譲渡の「類型であると解される」(Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, J.C.P. 1985, III, 56711.)。

(2) Art. 4, Loi n° 67-547 du 7 juillet 1967, Bulletin Législatif, 1967, 456.

(3) Art. 32, Loi n° 71-579 du 16 juillet 1971, Gaz. Pal. 1971, 2, 320. なお、後にも触れるように、民法典一八三一条の第一項には、一九七一年七月二日の法律により第二文が追加された (Art. 22, Loi 72-649 du 11 juillet 1972, Bulletin Législatif, 1972, 374)。

(4) 一六〇一条の第一項は、「当初は建築予定不動産の売買とともに建築中の不動産の売買 (vente d'immeuble en cours de construction) をも規定していた (Art. 1, Loi n° 67-3 du 3 janvier 1967, Gaz. Pal. 1967, 1, 49)」。しかし、現実には、経済的理由による仕事の中断や所有権者の住所が不意に変更するなど、未完成不動産の売買には様々な動機があり、それらを一律に建築予定不動産と同じ規制に服せしめるのは妥当でない」との理由により、立法者は、一九六七年七月七日の法律において一六〇一条の第一項から建築中の不動産の売買を削除したのである (Rapport fait au nom de la commission de la production et des échanges sur les propositions de loi de M. Wagner, Journal officiel, Documents de l'Assemblée Nationale 1967, Annexe n° 325, pp. 1762-1763. 以下「Rapport de Wagner」として引用する)。

(5) Cf. Ph. Malaurie, La cession de contrat, cours de Doctorat Paris II 1975-1976, Paris, 1976, p. 59.

(6) Malaurie, *ibid.*

(7) 同様の規定として、一九四八年九月一日の法律第一三六〇号第七九条第一項が存在することは、前述(本章第一節)の通りである。

(8) P. Raynaud, Les contrats ayant pour objet une obligation, D.E.A. de Droit privé Paris II 1977-1978, Paris, 1978, pp. 81-82 et pp. 89-90; J. Ghestin, La transmission des obligations en droit positif français, La transmission des obligations, Paris, 1980, n° 91, pp. 66-67. インノー (Raynaud) およびゲスタン (Ghestin) は、「法律に基づく契約譲渡を、ある財産の移転の結果生ずる場合と契約譲渡の結果生じた場合とに区別し、一八三一条の三を後者の場合に含めている。ただし、レイノーが一六〇一条の四も一八三一条の三と同様に理解しているのに対して、ゲスタンは、一六〇一条の四を建築予定不動産という財産の移転の結果生ずる契約譲渡である」と解している。なお、この問題は本節

で後述する。

第二項 譲渡される「権利」の性質

(1) デュラン (Durand) の見解⁽⁹⁾

建築予定不動産の売買において、取得者が保持し、かつ、譲渡する「権利」(二六〇一条の四)がいかなるものであるかについては、学説が対立している。

まず、デュランは、移転される権利の性質が仕事の進ちよく状況に応じて変化してゆく、という認識から出発する。すなわち、不動産の建築工事がほとんど進ちよくしていない場合には、取得者の権利は仕事(＝為す債務)の履行を請求しうる債権からなる。また、建築物がほとんど完成したときは、不動産所有権が最も重要な要素となる。したがって、譲渡される権利は、債権と不動産との混成的(mixtes)なものであり、かつ、仕事の履行に応じ、漸次不動産になるという漸進的(evolutifs)なものである、と主張する。

近時において、右の見解を支持するのがエネス(Aynes)である。エネスは、「実際に、譲渡人の権利の移転が、一方では再売買(revente)を生じ、他方では契約譲渡が生ずることは疑う余地がない」とする。すなわち、土地および現存する建築物については売買が問題となる。また、不動産の建築予定部分の竣工については、合意に基づく契約譲渡の問題となり、「譲受人はその売主ではなく、直接に建築売主の債務者になる(二六〇一条の四)」と解している。そして、「かかる二元論的分析が、公証人の実務に適合するように思われる」と述べている。⁽¹⁰⁾

(2) マロリー (Maurie) の見解

右の二元説に対して、マロリーは一元説を主張する。まず、マロリーは、デュランのような仕事の進ちよく状況に応じた割合評価(ventilation)があまりに複雑であり、容認し難い、と批判する。⁽¹¹⁾そして、「権利が混成的であ

り、合意が複雑である場合には、その契約を細かく分析して、様々な規定の弁別的な (distinctive) 適用に従わせるよりもむしろ、(契約の) 主たる要素 (element principal) となるものを探究することによって、右契約に単一の性質を付与する」のが法解釈の原則である、と述べている。⁽¹²⁾

そこで、何が建築予定不動産の売買における「主たる要素」であるか、が問題となる。この問題につきマロリーは、不動産所有権であると結論する。その理由は、当事者が建築物をあらかじめ土地に合体せられたものと解していること、および、ローマ法の二つの法格言、すなわち、「土地の上の物はすべて土地に帰属する」(Superficies solo cedit=Gaius) と「建築されるものはすべて土地に帰属する」(Omne quod inaedificatur solo cedit=Digeste) に求められる。そして、一六〇一条の四では不動産所有権の譲渡が問題となり、その他の権利関係は附従物として移転すると解して、「附従物は主物に従う」(Accessorium sequitur principale) の原則を援用している。⁽¹³⁾

(3) 小 括

一六〇一条の四の「権利」、すなわち、建築予定不動産の売買の目的物が何か、という問題につき、学説は、土地と現存する建築物の不動産所有権および契約上の債権とする二元説(デュラン、エネス)と、土地所有権であるとする一元説(マロリー)とに分かれている。そして前説によれば、一六〇一条の四は、所有権の再売買と合意に基づく契約譲渡を規定したものと解されるが、後説では、土地所有権の譲渡とそれに伴う附従物の移転を規定したことになる。

ところで右の対立は、次に検討する譲渡人の免責の問題に微妙な影響を投げかける。⁽¹⁵⁾

なお、権利の性質に関する立法者の見解は必ずしも明確ではない。しかし、次項に述べるように、立法者は、一元説を前提としていとも考えられる。

(9) J.M. Durand, Cession des droits résultant d'une vente d'immeuble à construire, 8^{ème} Journée d'Etude du Cridon-Paris, Versailles, 17

novembre 1975, p. 51 cité par Malaurie, op. cit. (note 5), p. 64.

(10) L. Aynès, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, Paris, 1984, n° 309.

(11) Malaurie, op. cit. (note 5), p. 65. また、マロリーは、実質的にも、権利の性質如何により、建築予定不動産の売主の先取特権 (privilege) の効力に差異が生ずるとする。すなわち、右の権利が不動産であるとすれば、売主はその代金につき不動産売主の先取特権 (二一〇三条一号) を有する。それゆえ、登記をすれば、取得者がその権利を譲渡しても売主は譲受人に対して先取特権を追求しうることになる (二一〇八条・二一〇八条の一)。これに対して、右権利が契約上の債権および未だ不動産とならない動産であるとすれば、売主は動産先取特権 (二一〇二条四号) を有するにすぎない。そして、通説によれば動産先取特権は追及力を有しないため、取得者が右権利を譲渡すれば売主はその先取特権を行使しえない (Malaurie, ibid., p. 64)。なお、動産先取特権の追及力については、G. Marty, D. Raynaud et P. Jestaz, Droit civil, Les sûretés ; La publicité foncière, 2^e éd., Paris, 1987, n° 442.

(12) Malaurie, ibid., p. 65. かかる解釈の具体例として、交換と売買との混合契約が挙げられている。すなわち、ある物が差額清算金 (soutle) を加えた別の物と引換えに譲渡された場合、原則的には、差額清算金が非常に重要であるときは売買として扱われる、と説明する。そうして、負担付贈与 (donation avec charge) についても解決は同じであるとする (ibid.)。

(13) Malaurie, ibid., pp. 66-67.

(14) より具体的には、建築請負契約が問題となるであろう。

(15) もっとも、二つの問題は必ずしも論理必然的に結びつくものではない。

第三項 譲渡人の免責

一 問題の所在

前述の如く、建築予定不動産の売買は双務契約であり、取得者は権利を有するとともに代金支払義務を負う。そして、一六〇一条の四は、取得者がその権利を譲渡した場合には、右の義務についても「法律上当然に譲渡人に代える (substituer)」旨を規定する。しかるにこの場合、取得者がその義務を当然に免責されるか否かが条文上明らかではない。もっとも、「代える」(substituer) という語は通常の意味では、当事者の交替 (changement) と前主の免責 (libération) との二つを含む、とも考えられる。しかし、法律的には必ずしもそう解されない。なぜなら

例えば、更改の方法について規定した次の民法典一二七一条二号および三号では、当事者を「代える」(situer) ことと債務者の免責 (décharger) とを同時に明記し、後者を前者に当然に含めていないからである。

一二七一条 更改は、以下の三つの仕方で行なわれる。

- 一 債務者が債権者に対して旧債務に代わる新債務を締結し、旧債務が消滅するとき
- 二 新債務者が旧債務者に「代わり」、旧債務者が債権者によって「免責される」とき
- 三 新たな契約の効果によって、新債権者が旧債権者に「代わり」、債務者が旧債権者に対して「免責される」

とき

加えて、債務引受ないし債務者の交替の場合、一般法では、旧債務者の免責に相手方(債権者)の承諾が必要とされる。それゆえ、一六〇一条の四の場合に相手方(≡売主)の承諾なしに譲渡人(≡取得者)が免責されるか否かは、同条の解釈問題となる。以下では、この点に関する立法者の見解および学説の対立を概説する。

二 立法者の見解

一六〇一条の四を起草したワグナー (Wagner) は、国民議会 (Assemblée Nationale) で行なわれた一九六七年六月一五日の審議において、次のように報告し、同条が取得者を当然に免責するものであることを明らかにしている。

「一般法では、取得者は、転得者 (sous-acquéreur) に自己の有する契約上の諸権利を譲渡したとしても、売主に対して依然として債務を負うことになる。そうでなくするためには、売主が、転得者によって契約された債務負担 (engagement) を考慮して、取得者を免責することに承諾しなければならぬであろう。

ところで、建築予定不動産を取得した住居の応募者 (candidat au logement) が、その権利を第三者に譲渡せざるをえなくなった場合には、当該契約から完全に免れることを認めるのが適切である。かかる場合につき、新しい一

六〇四条の一は次のように規定している。すなわち、取得者によってなされた譲渡は、譲渡人の債務に関して譲受人に代えりとする。(そして)この処置は、売主をなんら害するものではない。なぜなら、売主は、誰にでもアパートマンを提供し、取得者の人格 (personne) を考慮して契約するのではないからである⁽¹⁶⁾。

ワグナーは、譲渡人である取得者の免責を認め、その根拠を売主が取得者の人格を考慮しない、という点に求めている。かかる見解は、建築予定不動産の売買契約が、当事者の人的信頼関係に基づいて (intuitu personae) 結ばれるのではなく、目的物 (＝建築予定不動産) を中心として締結される (intuitu rei) という考えを前提とするものである。そして、この点において、一六〇一条の四はまさに、一九二八年法の労働契約の移転および一九三〇年法第一九条の保険契約の移転と共通の基盤に立つ規定である、と考えられる。

なお、右草案は、一九六七年六月二三日に国民議会で可決された⁽¹⁷⁾のち、上院 (Sénat) の審議に付された。しかし上院では、一六〇一条の四につきまったく異議が唱えられずに、同二九日に可決されている⁽¹⁸⁾。

三 通説的見解

一九六七年七月七日の法律第五四七号第四条により民法典に一六〇一条の四が加えられると、学説の大勢は、右の立法者の見解に従い譲渡人の免責を肯定するに至った。

例えば、サン・アラリイ (Saint-Alary) は、一九六七年法の注釈において次のように述べている。

「譲渡人がその相手方 (cede) に対して免責されるためには、相手方の同意 (adhesion) を必要とする一般法に反して、この (一六〇一条の四) 場合には、かかる同意が必要ではない。すなわち、譲受人は、当然に、取得者の売主に対する債務につき代わるのである。そして、売主はもはや譲受人としか関係がない⁽¹⁹⁾」。

このほか、カルボニエ (Carbonnier) およびマゾー (Mazeaud) の各教科書も、売主の承諾なしに譲渡人が免責されることを肯定している⁽²⁰⁾。

ところで、一六〇一条の四の譲渡される権利を、不動産所有権と建築請負契約上の債権との二元的にとらえる見解では、後者の観点を強調することにより、一般法に従って売主の承諾がない限り譲渡人が免責されない、と考えることも可能である。⁽²¹⁾ けれども、二元説に立つエネスは、次のように述べて、譲渡人の免責を肯定している。

「学説上、譲渡人の免責は議論の的となっている。(しかし)私の考えでは、(建築予定不動産の売買)契約の目的物の特殊性を考慮すると、かかる免責は疑問の余地がない。なぜなら、完成前順次移転売買の場合には建築物の返還が、また、完成時一括移転売買の場合には売主に有利となる所有権の維持が、(代金債権のための)充分な担保となるからである」⁽²²⁾ (括弧内筆者)。

右の見解は、譲渡される権利が、単なる債権だけでなく不動産所有権を含んでいる、という点に着目したものである、と解される。

さらに、グータル (Goutal) は、譲渡時を基準として、将来生ずべき契約の効力については免責が不当でないとする。⁽²³⁾ すなわち、完成前順次移転売買 (一六〇一条の三) の場合に取得者は、土地および譲渡時に現存する建築物の代金債務についてはすでに履行期が到来しているため免責されないが、将来の工作物に関しては免責される。また、完成時一括移転売買 (一六〇一条の二) では、譲渡前に不動産が取得者に引渡されていれば、取得者は既発生⁽²⁴⁾の代金債務を免れないけれども、未だ引渡しがなるときはその債務を右不動産の譲渡により免責される、と解している。

以上の通説的見解は、基本的には立法者 (ワグナー) の見解に従うものである。

四 マロリーの見解

右の通説的見解に対してマロリーは、譲渡される権利が不動産所有権であるという一元説に立ちつつ、譲渡人の免責を否定する。⁽²⁵⁾ なぜなら、売主の承諾なしに譲渡人の免責を肯定すると、譲受人に支払能力がない場合に売主が

危険を負うことになり、不当であるからである。⁽²⁶⁾しかし、譲渡人の当然の免責を否定すると、一六〇一条の四は「一般法に何も加えず、それゆえまったく不用である」ということにもなりかねない。⁽²⁷⁾けれどもマロリーは、売主が契約譲渡に反対しても譲受人との間に直接の権利関係を認める点に、一六〇一条の四の存在理由があると解している。⁽²⁸⁾

- (16) Rapport de Wagner, op. cit. (note 4), p. 1763.
- (17) Discussion et adoption, J.O., Documents A.N., 1966-1967, p. 2141.
- (18) Proposition de loi adoptée par l'Assemblée Nationale, J.O., Sénat, 1966-1967, n° 326 ; Rapport par J. Voyant, Sénat, 1966-1967, n° 338 ; Discussion et adoption, L. n° 150.
- (19) R. Saint-Alary, La vente d'immeubles à construire et l'obligation de garantie à raison des vices de construction, Commentaire de la loi n° 67-3 da 3 janvier 1967 modifiée et du décret n° 67-1166 du 22 décembre 1967, J.C.P. 1968, I, 2146, n° 16. ただし「サン・マロリーは」かかる取り扱いが売主に不利益となることを認めている。すなわち「一六〇一条の四が売主をなんら害しない」というワグナーの見解に反して、次のように述べる。「実際には、建築予定不動産の売買契約が *intuitu personae* により結ばれるのではないとしても、勤勉な建築プロモーター（＝売主）が取得者のある種の質、とりわけ、その支払能力を考慮しないとは考えにくい。しかるに、新しい一六〇一条の四の規定は、転得者の支払能力を評価し、それが充分でないと思われる場合には譲渡に反対することを不可能にする。したがって、今後生ずる危険は、取るに足りないものではなう」(ibid., n° 16)。
- (20) J. Carbonnier, Droit civil, t. IV, Les obligations, 12^e éd., Paris, 1985, n° 127, p. 551 ; H., L., et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, obligations 7^e éd. par F. Chabas, Paris, 1985, n° 1283, p. 1271.
- (21) Malaurie, op. cit. (note 5), p. 69 以下れば、二三説に立つテランは、建築予定不動産の売主が買主の支払能力を考慮すると解し、立法者の見解に反対している。
- (22) Aynès, op. cit. (note 10), n° 352, p. 241 note 38.
- (23) J.-L. Goutal, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, Paris, 1981, n° 418, p. 301.
- (24) Goutal, *ibid.*, pp. 301-302.
- (25) Malaurie, op. cit. (note 5), p. 74.
- (26) Malaurie, *ibid.*, pp. 69-70.
- (27) Malaurie, *ibid.*, p. 71.

(28) Malaurie, *ibid.*, pp. 71-72. なお、売主が譲渡人を免責しなかった場合に、譲渡人が売主に対して主債務者として責任を負うのか、あるいは、一種の保証として二次的責任を負うかは一つの問題である (*ibid.*, p. 74)。この点については次章で扱うが、マロリーは、譲渡人が一種の保証責任を負うと考えている (*ibid.*, pp. 234-235)。

第四項 まとめ

一 譲渡人の免責について

一六〇一条の四の場合に、「権利」の譲渡人である取得者は、相手方（売主）に対する債務を当然に免れるであろうか。

この問題につき、立法者および通説は、売主の承諾なしに譲渡人が免責されることを肯定する。その理由としては、建築予定不動産の売買契約が当事者の人的信頼関係を考慮して結ばれるものでないこと（ワグナー）ないし目的不動産を担保とすれば売主が損害を蒙らないこと（エネス）が挙げられている。

しかし、債務者の交替には少なくとも相手方の承諾が必要であるという一般法に従い、譲渡人が当然には免責されない⁽²⁹⁾と解する少数説（デュラン、マロリー）も存在する。

二 譲渡の対象について

ところで、前節まで検討してきた法律に基づく契約譲渡の類型では、特定の財産の譲渡に附従して契約が移転し、譲渡人が当然に免責されると解されてきた。⁽²⁹⁾これを表にすると譲渡の目的と譲渡人の免責の有無との間に、いちおうの対応関係が認められる（表II）。しかるに、民法典一六〇一条の四に関しては、学説が錯綜している（表III）。その原因は、一六〇一条の四の譲渡される、「権利」の特殊性に求められよう。すなわち、一六〇一条の四の場合、不動産（土地および現存する建築物）とともに現存しない部分については建築請負契約そのものが譲渡され

表 II 法律に基づく契約譲渡 (労働契約・保険契約・民法典 1743 条の場合)

| 譲渡の対象 | 譲渡人の免責 (相手方の承諾不要) |
|-------|----------------------|
| 特定の財産 | 有 |
| | 無 |

(§ 1743 について争いあり)

表 III 民法典 1601 条の 4 の場合

| 譲渡の対象 | 譲渡人の免責 (相手方の承諾不要) |
|--------------|----------------------|
| 不動産 | 有 |
| 不動産 + 建築請負契約 | 無 |

① : Wagner ② : Malaurie ③ : Aynès ④ : Durand

る、という事実を否定しえない。しかし、それを法律上一元的に評価する（マロリー）か、二元的に解するか（エネス）で学説は異なる。そして譲渡人の免責については、不動産と請負契約とのいずれに着眼するかにより、さらに学説が分かれるため、問題はより複雑となるように思われる。

一六〇一条の四に関するフランス民法学の状況は、なお流動的である。けれども、少なくとも立法者および通説は、それを従来の法律に基づく契約譲渡の延長線上に位置づけている。したがって、本稿ではこの問題に関するフランスの議論にこれ以上は立ち入らず、立法者および通説の見解を前提に論を進めてゆくことにする。

三 法律に基づく契約譲渡の特色について

さて、一六〇一条の四について右の見解を前提とすれば、建築予定不動産の売買契約の移転も前述した法律に基づく契約譲渡の特色を有すると解される。すなわち、右契約が双務かつ継続的契約であることはもちろん、目的不動産の譲渡に伴う契約の移転であり、それにつき債権譲渡の對抗要件も売主の承諾も不要とされ、また、譲渡人の当然の免責が認められることになる。⁽³⁰⁾

それでは、以上の共通点は相互にいかなる論理的関係を有するのであろうか。この問題を考えるに際しては、とりわけ、特定の財産の譲渡に附従して契約関係が移転する点が重要であるように思われる。というのも、同じような状況において、法律の規定がない場合にも、判例により契約関係の移転が認められることがあるからである。それゆえ次款では、そのような判例を取り上げて、法律に基づく契約譲渡に関する近時の学説を検討することにする。

(29) ただし、前述の如く、民法典一七四三条については争いがある。

(30) なお、効果の時的配分については学説が明らかでない。けれども、先述の如く、グータルは、「一六〇一条の二および一六〇一条の三が契約の既往の効力と将来の効力とを明確に振り分けている」と指摘して、時的配分を肯定している (Goutal, op. cit. (note 23), n. 418)。

第二款 近時における学説の動向

一 序

これまで本稿において検討してきた法律の規定は、特定承継論の一貫として位置づけられるとともに、フランスに「契約譲渡」の概念がもたらされた後には、法律に基づく契約譲渡として理解されるに至った⁽³¹⁾。

ところで先述の如く、特定承継論に関する通説的見解によれば、物に関する債権はその物とともに特定承継人に移転するが、債務の移転は法律の規定のない場合には否定されていた。しかるに破毀院は、一九六〇年代に二つの判決により、物に関する債務の特定承継人への移転を肯定する。そこで、近時の学説にも、かかる判例の影響を受けて、特定承継論、ひいては法律に基づく契約譲渡の理論を再検討する動きが見られる。

以下では、まず、右の二つの判決を紹介し、次に、近時の新しい学説の動きを概観する。

二 二つの判決

一九六〇年代に出された次の二つの判決は、いずれも前主が特定の財産に関して双務契約を締結したのち、右財産を売却した事案に関する。

【5】 破毀院第一民事部一九六〇年二月二一日判決 (Bull. civ. 1960, I, n° 559, p. 455)

事案は明確でないが、概ね次のようであったと推測される。すなわち、一八〇七年に製粉所をそれぞれ所有するAおよびBの間で、両者に水を供給するダム (barrage) の修繕および保存費用を折半で負担する旨の契約がなされた。その後、AはX会社に、また、BはYにそれぞれ右製粉所を譲渡した。そして、XはYに対し右契約に基づきダムの修繕費を請求したのが本件訴訟である。原審は、右契約から生じた債務が移転された財産の経済的利用に密接に関連することを理由に、その債務を引き受けることにつきYの黙示の承諾があるとして、Xの請求を認容し

た。Yは、債務の移転には明示の承諾が必要であり、黙示の承諾によってそれを肯定した原判決は一一六五条(契約の相対効)に違反する、と主張して上告した。これに対し破毀院は、次のように判示して、Yの上告を棄却した。

「特定承継人が、少なくとも黙示的に契約上の負担を承諾した場合には、債務はその者に消極的に (passive-ment) 移転する。そして、かかる (黙示の) 承諾は、当該負担がその不可分の反対給付となる権利の利用から帰結されうる。(本件の場合には) Yは、自らその申立てにおいて認めているように、これまで当該ダムの維持による一定の機能を享受していた。したがって、原審がYに一八〇七年に……締結された契約を尊重すべきである旨を判示したのは、正当な意思解釈によるものである……」。

【6】 破毀院第三民事部一九六六年一月一五日判決 (Bull. civ. 1966, III, n° 486, p. 431)

事案は次のようであった。ホテルの経営者であるYは、そのホテルに内線電話を設置するため、X電話会社と電話加入契約を締結した。その後Yは、右ホテルの営業権をZに譲渡し、Zは、右契約によって設置された電話を数カ月使用した後に、右加入契約を自己の名義に書き換えることを拒絶した。そこでX会社がYに対して、電話の使用料および契約の解約による損害の賠償を請求した。これに対してYは、Zが右損害賠償をX会社に支払うべきであるとして、担保のための強制参加(フランス新民事訴訟法典三三四条以下)によりZを訴訟に引き込んだ。争点となったのは、右YZ間のいずれがX会社との契約の相手方であったか、という点である。この問題につき原審は、YZ間の営業権の譲渡契約において、X会社との電話加入契約をZが承継することにつきなんら明示の要約がないとしても、営業譲渡はすべての進行中の契約を包含し、したがって電話加入契約の売買をも含んでいる旨を判示して、Yの請求を認容した。そこでZが上告した。その理由は、右XY間の契約が営業譲渡により自動的に移転される営業権の要素でない、ということである。しかるに破毀院は、当事者(Y・Z)の意思解釈により、当事者がす

べての契約を含む営業権全体の譲渡を意図したことを認定した原判決を支持して、Zの上告を棄却した。

右の二つの判決は、学説の注目を集めるには至らなかった。けれども、一九八一年のグータル(Goutal)の論文は、右の判決を契機として、以下に述べるように、債務についても附従物理論を適用することを提唱している。

三 グータルの見解

既述の如く、特定承継論ないし附従物理論においては、債務は附従物となりえず、それゆえ特定承継人に移転することはない、というのが通説である。⁽³²⁾しかるに、グータルは、買主(特定承継人)が物に関する前主の権利を取得するという結論を認めつつ、債務の移転を認めないのは不当である、とする。その理由は、実質的には、かく解すると売主よりも買主の方が有利となり妥当でない、という点に求められる。⁽³³⁾また、理論的には、債務も附従物(accessoire)になりうることを挙げて⁽³⁴⁾いる。この理論的側面を詳述すると、次のようになる。

まず、グータルは、双務契約から生ずる権利と義務のクuppル(couple)を問題とし、「このクuppルが緊密に結びついたものであるとすれば、そのクuppルの要素の一方の取得により、もう一方を取得する意思を演繹することが可能である」と⁽³⁵⁾する。そして、双務契約の場合には、そこから生じた権利義務を一体として移転するのがその債務関係の本質であり、かかる「事物の本質」(nature des choses)からすれば、契約の解体(démembrement)を実現する債権譲渡は、特別な人為的作用(operation artificielle)である、と主張する。それゆえ、グータルは、「債権譲渡だけが問題となっていることを明示せずに債権者の資格を取得した者は、それによって債務者の資格をも引き受けたものといわねばならない」と⁽³⁶⁾述べている。そして、かかる双務契約における債権債務の「相関関係の原則」(principe de corrélation)が、譲渡される財産に関して前主の締結した契約上の債務の特定承継人への移転を正当化する、つまり、この債務が双務契約から生じた場合には、特定承継人は、債権者として振舞うことにより債務者にもなる、と⁽³⁷⁾解している。そうして、かかる観点から、先の二つの判決を説明する。すなわち、一九六〇年

判決【5】に関しては、特定承継人の明示の承諾がないならば債権の移転が認められない、との上告理由に依えて、破毀院が、右の承諾（黙示の）を、その債務と相関的な権利の利用から導き出している点を指摘する⁽³⁸⁾。また、一九六六年判決【6】に関しては、破毀院は明示していないけれども、ホテルの取得者が数カ月の間当該電話を使用していたという事実が、その電話についての債務の承継を認めるうえで重要であると解している⁽³⁹⁾。

ところで、グータルは、以上のような双務契約における債権債務のクuppルの考え方が、契約譲渡を、債権譲渡と債務引受 (reprise de dette) とに分解して (dépecer) とらえるのではなく、一体的なもの (ensemble) として観念する見解に結びつくことを明らかにしている⁽⁴⁰⁾。しかし、この点は次章で扱うことにし、以下では、法律に基づく契約譲渡に関するグータルの見解を紹介する。

まず、グータルは、これまで本稿が「法律に基づく契約譲渡」として扱ってきた類型を、より一般的に、契約譲渡がより重要な行為の附従物 (accessoire) として生ずる場合であるとする。すなわち、契約譲渡が、不動産の売買・建築予定不動産の売買・保険目的物の売買に附従して生ずる場合であり、かかる場合には、譲渡が黙示でなされる、と解している⁽⁴¹⁾。そして、先の二つの判決【5】・【6】をここでも引用し、「譲受人 (cessionnaire) は、契約が彼に与えている権利を行使することによって、……その権利と不可分の地位を受け容れたという黙示の意思 (volonté implicite) を示した、すなわち、ア・プリオリに、彼は債務者になるという意思を黙示的に表明した、と解さなければならない」と述べている。このように解する根拠は、先のクuppルの考え方にあり、その点をグータルは、「双務契約から一体的に生じた債権および債務が一体的に (ensemble) 移転する、⁽⁴²⁾ というのは事物の本質である」と、再びゴチックで強調している。

ところで、契約譲渡が目的物の移転に附従して生ずる、と解した場合に、要件論としては、次の二点が問題となる。すなわち、第一点は、右の場合の債権の移転につき、債権譲渡の對抗要件（二六九〇条）が必要とされるか否

かである。また、第二点は、債務の移転につき、前主の相手方 (cede) である債権者の承諾が必要か否かである。⁽⁴³⁾

まず先に、第二点に関してグータルは、この場合の契約当事者の地位の移転が譲渡人 (cedant) と譲受人 (cessionnaire) との行為によって生じ、譲渡人の相手方の介入が不要であることを明示する。⁽⁴⁴⁾ その理由は、必ずしも明確でないけれども、契約が目的物の附従物となる類型では、当該目的物を有していない譲渡人に対しては、相手方がその債権を行使する利益がもはや失われるため、債務者の交替についての承諾を問題とする余地がない、という点に存すると解される。⁽⁴⁵⁾

右のように解すると、契約が譲渡人と譲受人との合意だけで移転することになり、この場合の契約譲渡は債権譲渡に近づくことになる。そこで、相手方に契約譲渡を対抗するには一六九〇条の要件が必要か否か、という第一点⁽⁴⁶⁾ が問題となる。けれどもグータルは、この点についても一六九〇条の形式を不要である、と解している。⁽⁴⁷⁾ その理由は以下の分析に基づく。

まず、グータルは一六九〇条に規定されている債権譲渡の通知が、次の三つの機能を有しているとする。すなわち、第一に、相手方である債務者に債権の譲渡を知らせること、第二に、第三者に対して譲渡を公示すること、そして第三に、債務者が債権者であった譲渡人の請求に従う必要がない、という「時」を明確に確定すること、の三つである。しかるに、契約がある財産の譲渡に附従して移転する場合には、以上の機能を有する通知は不要であるとする。なぜなら、現実には、主たる契約の履行—すなわち、目的物の移転—⁽⁴⁸⁾により、契約譲渡が相手方 (cede) や第三者に客観的に明らかとなるからである。⁽⁴⁹⁾

なお、この場合の契約譲渡の効果として譲渡人が免責されるか否かに関し、グータルは、一七四三条を例に挙げ、将来に向かっては免責されると解している。その理由は、目的不動産の譲渡人がもはや賃貸人としての債務を履行しえず、他方、それを満足させうるのは取得者 (譲受人) だけであり、したがって、賃借人 (相手方) は、債

務者の交替によりなら不利を受けない、という点に存する⁽⁵⁰⁾。かかる理由づけは、特定承継論において、特定承継人に債務の移転を認めるデュ・ギャロー・ドウ・ラ・メシユニー (J.-H. du Garreau de la Méchenie) の見解と軌を一にする⁽⁵¹⁾と解される。

四 小 括

以上のグータルの見解を要約すると、次のようになる。

まず第一に、法律に基づく契約譲渡の類型は、いずれも、双務契約がある財産の附従物 (accessoire) としての財産の譲渡に伴い譲受人に移転する場合である。ただし、フランスでは、特定承継人への債務の移転が認められていない。そこでグータルは、双務契約から生じた債権と債務が不可分一体のものであるとし⁽⁵²⁾、かかる考えを媒介として双務契約上の債務の移転を肯定する。

第二に、右のように解すると、契約譲渡がその契約と密接な関係を有する財産の譲渡に随伴するため、要件・効果は後者に即して考えることになる。すなわち、財産の移転が公示されれば相手方 (coûté) は契約譲渡を知りうるため、債権譲渡の對抗要件 (一六九〇条) が不要となる。また、当該契約はその財産の所有者にしか利益がないため、通常の債務者の交替 (更改・債務引受) と異なり、相手方の承諾 (acceptation) は不要であり、かつ、譲渡人 (cedant) も譲渡時以降は免責され、契約関係から離脱する。

そして、近時のフランスの学説は、法律に基づく契約譲渡に関しては、グータルの見解とほぼ同様の理解を示している、と解される。例えば、マロリーは、法律に基づく契約譲渡の特色として、第一に、「契約譲渡が常に、その契約と関係のある財産の譲渡 (alienation) に附従する」ことを挙げる。そして、かかる契約譲渡に関しては相手方の承諾 (consentement) が不要であること、および、譲渡人が免責されることを指摘する⁽⁵³⁾。また、レイノー (Raynaud) も、法律に基づく契約譲渡が財産の譲渡の結果として生ずる類型であることを認め⁽⁵⁴⁾、ゲスタンもそれ

を承認している。⁽⁵⁵⁾

さらに、マルティイレイノの教科書では、「契約が移転される財産に関わる一定の場合に、右財産の譲渡が、その取得者の利益にかつ負担になるよう契約の移転を導く」と述べ、このことは、「合意の相対性の検討に際し、ある財産に関する権利および義務の移転がその財産の譲渡の結果であるという、より一般的な問題として」すでに提示されているとする。⁽⁵⁶⁾ すなわち、その「より一般的な問題」とは、特定承継論ないし附従物理論のことであり、かくして法律に基づく契約譲渡は特定承継論の一貫として位置づけられることになる。

(31) 法律に基づく契約譲渡として扱う教科書は、Ph. Malaurie et L. Aynès, Cours de droit civil, des obligations, Paris, 1985, p. 584 et suiv. ; Carbonnier, op. cit. (note 20), pp. 549-551 ; G. Marty et P. Raynaud, Droit civil, Les obligations, t. II, 2^e éd., Paris, 1988, n° 346.

(32) 例えは、G. Goubeaux, La règle de l'accessoire en droit privé, Paris, 1969, n° 303 ; A. Weill et F. Terré, Droit civil, Les obligations, Paris, 4^e éd., 1986, n° 512.

(35) Goutal, op. cit. (note 23), n° 347.

(36) Goutal, *ibid.*

(37) Goutal, *ibid.*, n° 340.

(38) Goutal, *ibid.*, n° 346.

(39) Goutal, *ibid.*, n° 350.

(40) Goutal, *ibid.*, n° 351.

(41) Goutal, *ibid.*, n° 352 et 353. グータルは次のように問題を提起する。すなわち、「破毀院は、…取得者が、その売主によって締結された室内電話サービスの加入契約の効力を拒絶する前に、数カ月間その設備を利用していたことを摘示した」けれども、「逆に、取得者が注意深くその利用をしなかったならば、どのように判断したであろうか」。そして、その場合に、「控訴院は、明らかに債権者として振舞うことを拒絶した者が、それにより債務者にならないという意思を表わした」と解釈したのではないだろうか」と述べ、「このことは、黙示 (tacite) ではあるけれども、当該契約を譲渡の対象からはずすという意思の疑う余地のない (indubitable) 表明となったであろう」と解している。

(40) Goutal, *ibid.*, n° 355.

(41) Goutal, *ibid.*, n° 362.

(42) Goutal, *ibid.*, n° 363.

(43) Goutal, *ibid.*, n° 361.

- (44) Goutal, *ibid.*, n° 365.
- (45) なぜなら、グータルは、前主の相手方が譲渡の効果を拒否する明確な利益を有する場合には、少なくとも黙示的に相手方が承諾したときに、譲渡は彼に対して効力を生じない、と述べているからである (Goutal, *ibid.*, n° 365.)。
- (46) 債権譲渡の對抗要件につき、一六九〇条は次のように規定している。
- 一九六〇条 ①譲受人は、債務者に対して行なう移転の通知 (signification) によってでなければ、第三者に對抗することができない。
- ②ただし、譲受人は、公署証書において債務者が行なう移転の承諾 (acceptation) によって同様に、「第三者」に對抗することができる。
- (47) Goutal, *op. cit.* (note 23), n° 364.
- (48) グータルは、先の二判決を引用し、製粉所 (一九六〇年判決) ないし電話が設置されていた営業権 (一九六六年判決) の占有の取得を具体例として挙げている (Goutal, *ibid.*, n° 366.)。
- (49) Goutal, *ibid.*
- (50) Goutal, *ibid.*, n° 415 et n° 416. なお、一六〇一条の四に関しては前款参照。
- (51) デュ・ギヤローの見解については、野澤正充「契約の相対的効力と特定承継人の地位」(二)「民商一〇〇巻二号二九三頁以下 (一九八九年)。
- (52) もともと、次章で述べるように、双務契約上の債権債務の一体性 (couple, ensemble) ないし相互依存性 (interdependance) は、デュ・ギヤローをはじめ、二〇世紀半ばの学説によりすでに指摘されている。
- (53) Malaurie, *op. cit.* (note 5), p. 231.
- (54) Raynaud, *op. cit.* (note 8), pp. 81-82.
- (55) Chestin, *op. cit.* (note 8), n° 90. ただし、前述の如く、一六〇一条の四については、レイノーとゲスタンとでは見解が異なっている。
- (56) Marty te Raynaud, *op. cit.* (note 31), n° 346.

第五節 まとめ

一 法律に基づく契約譲渡の機能

本章では、契約譲渡が法律により強制される場合を検討した。その「法律」とは、具体的には、民法典一七四三条(第二節)、労働法典L一二二二条の一二第二項・保険法典L一二二二条の一〇(第三節)および民法典一六〇一条の四(第四節)である。

これらの法律に共通した基本的特色としては、いずれの契約もある特定の財産と密接な関連を有するため、その財産の譲渡に随伴して契約譲渡が生ずる、という点を挙げる事ができる。換言すれば、各契約は、その財産の所有者にとってのみ意義を有し、所有権を譲渡すれば機能を失い、原則として終了すべき運命にある。けれども右法律は、かかる場合に契約譲渡を強制し、当事者の一方の交替にもかかわらず契約関係の存続を認めたのである。

ところで、伝統的な契約概念では、当事者の人的要素が強調されたため、当事者の交替が容易に認められなかった。したがって、当事者の交替にもかかわらず契約関係の存続を認める契約譲渡の観念は画期的であり、契約譲渡の法律的機能もまさにこの点に存すると解される。そして、特定の財産と密接な関連を有する契約につき、古くから契約譲渡が認められたのも、その契約の人的要素の希薄さにあると考える。すなわち、本章で扱った契約は、いずれも当事者の人的信頼関係により締結される (*intuitu personae*) のではなく、むしろ、ある財産・目的物を考慮して (*intuitu rei*) 結ばれるものである。そうとすれば逆に、人的要素の強い契約は、契約譲渡の対象とならないと考えられるが、その問題は次章で扱うことにする。

二 特定承継論から契約譲渡論への展開

さて、フランスでは、一九世紀末以降、法律に基づく契約譲渡の類型を、特定承継論ないし附従物理論により理論構成してきた。すなわち、前主から特定の財産を譲り受けた特定承継人 (*ayant cause à titre particulier*) がその財産に関する権利・義務をも承継する、という理論である。もともと、フランスでは債務引受が認められていないため、従来の学説は債務の移転の説明に腐心してきた。けれども、近時は、双務契約から生じた債権債務の一体性に着目し、かかる双務契約上の債務も附従物として移転すると考える見解が有力化している (グータル)。

他方、契約譲渡の観念が承認された今日では、一七四三条等を、単に「法律に基づく契約譲渡」として位置づける見解が一般的である。けれども、そのように位置づけたところで、かかる契約譲渡が次章で扱う「合意に基づく

「契約譲渡」とどのよう異なるのか、という実質的内容が明らかになるわけではない。この点を明らかにするためには、契約譲渡の觀念がフランスに導入される以前に展開された特定承継論による分析が、なお有益であると解される。すなわち、その分析によれば、契約がある財産の譲渡に随伴する場合には、その財産の譲渡が重要な行為となるため、契約譲渡の要件としては、債権譲渡の要件（一六九〇条）が不要であり、また、債務引受の要件に見られるような相手方の承諾も不要となる。さらに効果として、当該契約はその財産の所有者にしか意味がないため、譲渡人には契約関係からの離脱が認められうる。そして実際に、かかる結論は、前記の法律の解釈とほぼ合致するものと解される。

ところで、右の解釈は、究極的には当事者の意思の推定を根拠としている。⁽¹⁾ そうとすれば、法律の規定がない場合にも、契約がある財産と密接な関係を有していれば、同様の結論を認めることが可能である。⁽²⁾ そして、かかる解釈を前提とすれば、「法律に基づく契約譲渡」という類型は、より一般的な類型—例えば、契約が物の譲渡に附随する場合—に吸収されることになる。

しかし、右のように解する見解（グータル）は少数であり、多数説は、法律に規定がない右の類型については、契約譲渡を認めていない。その理由は、法律の明文がない場合には債務の移転を認めない、というフランスの伝統的な考え方によるものと解される。

三 合意に基づく契約譲渡への展望

以上のように、法律に基づく契約譲渡は、その基本的特色を、当該契約がある財産と密接な関係にあり、その財産の譲渡に随伴して移転する点に有する。他方、次章で扱う合意に基づく契約譲渡は、かかる特色を有しない。それゆえ、両者は、要件・効果に関して、異なる規制に服することが予想される。しかし、いずれも、「契約譲渡」であることには変わりがない。それゆえ、先に提示した「法律に基づく契約譲渡」の特色の中で、その固有の部分を

除いた他の点は、「合意に基づく契約譲渡」にも共通するのではないかと思われる。そうして、かかる共通の部分を検討することにより、「契約譲渡」という制度全体の特色が明らかになると考える。

そこで以下では、従来のが国でも「契約上の地位の譲渡」として議論されてきた、「合意に基づく契約譲渡」を対象とする。

- (1) P. Raynaud, *Les contrats ayant pour objet une obligation*, D.E.A. de Droit privé Paris II 1977-1978, p. 82.
- (2) 第四節第二款の判例【5】および【6】参照。