

「契約当事者の地位の移転」の再構成（二）

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（以上三九号）
- 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
 - 第一節 総説——分解説から一体説へ
 - 第一款 問題の所在
 - 第二款 大陸法の概観
 - 第三款 フランスにおける議論
 - 第一項 前史——一九五〇年以前
 - 第二項 分解説と一体説——一九五〇年—一九六八年まで
 - 第四款 まとめ
 - 第二節 若干の類型的考察
 - 第一款 検討の対象
 - 第二款 賃借権の譲渡(1)——法的性質
 - 第一項 問題の所在
 - 第二項 註釈学派の時代

- 第三項 二〇世紀前半における展開
- 第三款 賃借権の譲渡(2)——要件・効果
 - 第一項 問題の所在
 - 第二項 一六九〇条の適否
 - 第三項 賃借権譲渡の効果
 - 第四項 賃借権譲渡のまとめ
 - 第四款 その他の類型
- 第一項 序 説
 - 第二項 一九八二年以前の破産院の見解
 - 第三項 売買の片務予約の譲渡
 - 第五款 まとめ(以上本号)
- 第三節 要件・効果の理論的考察
 - 第一款 問題の所在
 - 第二款 学説の検討(1)——ラルメの見解とその影響
 - 第三款 学説の検討(2)——近時における学説の傾向
 - 第四款 小 括
- 第四節 契約譲渡の機能的考察——フランス法のまとめに代えて
- 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

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

第一節 総 説——分解説から一体説へ

第一款 問題の所在

フランスにおいて合意に基づく契約譲渡が議論されるのは、一九五〇年以降のことである。その契機となったのは、既述の如く、同年にロンドンで行なわれた第三回国際比較法会議における、ドイツのハインリッヒ・レーマン(Heinrich Lehmann)による「契約譲渡」(Die Abtretung von Verträgen)の報告であった。

ところで、この時期のドイツにおける契約引受論では、次の二つの見解が大きく対立していた。一つは、契約引受を債権譲渡と債務引受との結合として構成する分解説(Zerlegungstheorie)であり、もう一つは、両者の結合とは異なる一体的な法律行為として契約引受をとらえる一体説(Einheitstheorie)である。このうち前説によれば、契約当事者の地位の移転は、債権譲渡および債務引受によって実現されるため、契約引受という独自の法制度を認める必要性は存しないことになる。けれどもドイツでは、分解説の放棄を主眼とした⁽¹⁾ピーパー(Pieper)論文の登場を契機として、右の対立は後説に収れんされてゆく。このような分解説から一体説へと移行する過程は、詰まる⁽²⁾ところ、「契約引受が独自の法制度として承認されるようになる過程」である、と考えられる。

フランスにおいても当初は、かかるドイツの学説を反映して、分解説と一体説との対立が見られた。しかしながら、フランスでは、比較的早い時期に契約譲渡を独自の法制度と解する一体説が承認され、問題はその要件および

効果をどのように考えるか、という点に絞られた。このことは、そもそもフランス民法が債務引受を認めていないという事実からすれば、容易に理解しえないことである。そこで本章の総説にあたる本節では、契約譲渡が独自の法制度として承認される過程、すなわち分解説から一体説への移行過程に焦点をあてて、大陸法全般の簡単な概観を前提に、フランス法における議論を検討する予定である。

(1) F. Brecher, *Literatur, Acp* 163, 1963, S. 520.

(2) 大窪 誠「ドイツにおける契約引受論」*法学五五巻三号一四七—一四八頁*(一九九一年)。

第二款 大陸法の概観⁽³⁾

一 ドイツにおける議論

(1) 萌芽

ドイツにおける契約引受論の萌芽は、一八六三年に公にされたベア(Behr)の論文に見られる。すなわち、ベアは、「債権譲渡と結合した債務引受が、権利および義務からなる契約関係のすべてをある程度譲渡するため実際的な手段を提供する。権利は債権譲渡により移転し、債務引受は義務の移転を行なう」と指摘する。そして、Aが向こう三年間Tに賃貸した家屋をNに売却する際に、「NがTとの賃貸借関係に加わる」との合意がなされた場合には、NはAの権利を譲渡されるとともに右賃貸借契約から生ずるAの義務をも引き受けることになり、⁽⁴⁾

「あたかもNが賃貸人であるかのように」NとTとの間に権利義務関係が生じる、という例を挙げている。⁽⁵⁾かかるベアの見解は、後の契約引受に関する分解説を示唆するものである。けれども、この問題が顧みられるのは、二〇世紀にはいつてからであった。⁽⁵⁾

(2) ジーバーとデメリウス

契約引受が本格的に議論されるのは、一九二〇年代初めの、ジーバー (Siber) とデメリウス (Demelius) との論争⁽⁶⁾にはじまる。

まずジーバーが、一体説を主張する。その理由は、契約関係には債権債務のほかに非独立の形成権やその表示の受領者の地位も含まれるため、債権譲渡と債務引受とによつては契約引受を行ないえない、という点に存した。これに対してデメリウスは、分解説を基礎づける。すなわち、法律に基づく契約引受を規定したBGB五七一条およびVVG六九条の文言に着目し、いずれの場合にも目的物の取得者が「契約関係から生ずる権利および義務に加わる」と表現されていることから、契約引受が債権譲渡と債務引受との結合にほかならないと主張する。そして、「任意の (willkürliche) 契約引受」についても、「債権譲渡と債務引受の結合によつて、個人的信頼関係に基づくもの (höchstpersönlich) でない限り、すべての契約関係を他人に譲渡しうる⁽⁷⁾」と結論づけている。

かかる一体説と分解説のうち、一九五〇年代まで通説として支持されていたのは後説であつた⁽⁸⁾。その理由は次の三点に求められる。

第一に、普通法時代には債務関係が債権と債務の総和として理解されていたため、契約引受という独自の法制度を認める必要がなかった、ということが指摘⁽⁹⁾されている。

第二に、BGB三〇五条に規定された契約自由の原則は、債務関係の内容の変更についてのみ妥当し、主体の交替に関する契約引受には適用されないと解されていたため、一体説が承認されなかつた、ということも挙げられている⁽¹⁰⁾。

第三に、より一般的な問題として、当時のドイツの解釈学が法体系の無欠缺性を前提とする概念法学の影響下に置かれていたため、一体説が承認されがたかつた、という事情も忘れてはならない⁽¹¹⁾。

(3) レーマン以降の見解

しかし、右の三つの要因は、それぞれ大きく変容する。すなわち第一に、「形成権」の概念が今世紀前半に確立し、債務関係は債権と債務とに分解されえない、ということが一般に認識されるに至った⁽¹²⁾。そして、右の概念が認められると、債権譲渡と債務引受との結合によっては、契約引受と同一の効果が達成されえないことになる。なぜなら、債権譲渡と債務引受とを同時に行なったとしても、契約当事者の地位から切り離すことができない形成権——例えば、継続的契約関係における解約権 (Recht zur Kündigung) ——および、右の地位と密接な関係にある権限——例えば解約の受領者たる権限——は、依然として旧契約当事者に残ってしまうからである。⁽¹³⁾

第二に、契約引受は、BGB三〇五条の契約自由の原則に基礎づけることができないため、法律上の根拠を欠く、という点も一体説の障害とはならなくなった。なぜなら、すでにBGBにいくつかの法律に基づく契約引受が認められていたほか、新たに立法者により契約引受の可能性が承認されるようになったからである。⁽¹⁴⁾

そして第三に、従来の概念法学的法律実証主義に対し、二〇世紀初頭に自由法運動が起こり、⁽¹⁵⁾ 法律についてより自由な目的的解释が認められるようになったことも指摘されている。⁽¹⁶⁾

かくして、一九五〇年に報告されたレーマンの見解は、分解説から一体説へと大きく傾斜する。すなわちレーマンは、「ドイツ法においても、契約当事者のすべての権利および義務に関する地位への第三者の加入は、統一的な効果に向けられた一つの契約によつて導かれうる」と、その結論を要約している。⁽¹⁷⁾ もっとも、「私見によれば、契約承継の法的效果が統一的な法過程に還元されうることは不可欠ではない。ここでは効果意思が重要である。すなわち、統一的な目的で債権譲渡と債務引受を統合し、旧契約当事者の法的地位全体に新契約当事者の加入をもたらすならば充分である。そして場合によっては、まず債権譲渡だけが行なわれ、後に契約引受の目的で債務引受が結合されるか、あるいはその逆でもよい⁽¹⁸⁾」とも述べている。それゆえレーマンの見解は、依然として契約引受を債権譲渡と債務引受との結合であると考える分解説に近い。そして、ドイツにおいて一体説が確立し通説化してゆくの

は、一九六三年に公にされたピーパー論文⁽¹⁹⁾以降のことであり、その意味で、レーマンの見解は、分解説から一体説へ移行するうえでの過渡的なものとして位置づけることができよう。

二 イタリアおよびポルトガルの新民法典

契約引受に関するドイツの議論は、イタリアおよびポルトガルの新しい民法典の制定に際して大きな影響を及ぼす。

まずイタリアでは、フランス民法典に立脚していた一八六五年の民法典に代わって、「市民のありとあらゆる一切の人的および職業的生活関係が規律されるべきもの⁽²⁰⁾」とされた新民法典が一九四二年四月二日に施行された。この法典は、「裁判官法によって規律されている多くの実質問題を、制定法として規定している点に」その「現代的性格」を有し⁽²¹⁾、一四〇六条以下に規定された「契約譲渡」(cession del contratto)もかかる性格の現われであると解される⁽²²⁾。そして、同法がドイツの一体説に従って契約譲渡を規定したことは、その定義規定からも明らかである。すなわち、一四〇六条は、契約の各当事者が相手方の承諾を条件として、未履行の債権債務とともに契約関係を第三者に譲渡しうる旨を規定し⁽²⁴⁾、債権譲渡と債務引受との結合という構成を採っていない。

ところで、イタリア民法典の契約譲渡の解釈に際して、注意すべき点は次の三つである。

まず第一に、相手方の承諾は契約譲渡の構成要素であり、譲渡人と譲受人との合意のみでは当事者間でも債権債務が移転しない、と解されている⁽²⁵⁾。

第二に、契約譲渡が有効に行なわれると、原則として譲渡人は免責される(一四〇八条一項前段)。ただし、相手方が「譲渡人を免責しない旨を表示」すれば、譲受人が債務を履行しない場合に譲渡人による履行を請求しうる(二四〇八条一項後段)。それゆえ、この場合には、相手方が譲渡人の免責を拒絶したとしても、契約は譲受人に移転することに注意を要する⁽²⁶⁾。

第三に、一四〇六条の規定は双務契約についてのみ適用され、片務契約に関しては一二六〇条以下の債権譲渡および債務引受の規定が適用される⁽²⁷⁾、と解されていることにも注意しなければならない。

以上のイタリア民法典における「契約譲渡」の規定に依拠して設けられたのが、一九六七年六月一日に施行されたポルトガル民法典の「契約上の地位の譲渡」(cessão da posição contratual)の款⁽²⁸⁾であった⁽²⁹⁾。その規定は次の通りである。

四二四条〔観念・要件〕

①双務的給付からなる契約においては、各契約当事者は、他方当事者が(譲渡)契約締結の事前または事後に譲渡に承諾した場合に、その契約上の地位を第三者に譲渡する権利を有する。

②他方当事者の承諾が譲渡より前になされた場合、譲渡はその旨の通知または承諾(reconhecimento)の時から効力を生ずる。

四二五条〔制度〕 譲渡の方式、(契約を)譲渡し、かつ、受領する能力、意思の欠缺および瑕疵、ならびに、当事者間の関係は、譲渡の基礎となる契約類型に応じて決定する。

四二六条〔契約上の地位の存在についての担保〕 ①譲渡人は譲受人に対して、譲渡時における譲渡された契約上の地位の存在を担保する。その範囲は、譲渡を行なう契約が無償であるか、または有償であるかに応ずる。

②債務の履行の担保は、それが合意された場合にのみ生ずる。

四二七条〔他方当事者と譲受人との関係〕 契約の他方当事者は、譲受人に対して、契約から生ずる抗弁を對抗しうる。しかし、譲渡に際して合意により留保しなかったならば、譲渡人との他の関係から生ずる抗弁権についてはこの限りでない。

以上のポルトガル民法典の規定は、ほぼイタリア民法典の規定に対応する。ただし、イタリアの規定(一四〇八条)と異なり、ポルトガルでは譲渡人の免責を認めない契約上の地位の譲渡

を明文化していない⁽³⁰⁾。それゆえ、この点から、「譲受人を譲渡人に代えるので、契約譲渡は契約関係から譲渡人を離脱させることを効果」とし、それこそが契約譲渡の「本質的効果である」とする評価も存する⁽³¹⁾。

また、ポルトガル民法典では、明文により、契約上の地位の譲渡の対象が双務契約に限られている点も注目される。

三 小 括

本款では、フランスに契約譲渡の概念が導入された一九五〇年前後の、この問題に関する大陸法の状況を概略した。すなわち、ドイツでは、「契約引受」を独自の法制度として承認するか否かをめぐり、それを否定する分解説と肯定する一体説とが対立し、徐々に後説が優位を占めつつあった。また、ドイツの一体説の影響を受けて、一九四二年のイタリア民法典は「契約譲渡」の制度を明文化し、さらに一九六七年のポルトガル民法典へと引き継がれてゆく。そうとすればこの時期は、合意に基づく契約当事者の地位の移転が独自の法制度として定着しはじめた時期であると解される。

そこで以下では、かかる時期に「契約譲渡」の概念に接したフランス民法学が、それに対応したかを検討する。結論を先取りすれば、フランスでも分解説から一体説へと移りゆく。けれどもそこでの議論は、ややドイツにおけるそれとは異なる面も存するように思われる。

(3) ドイツにおける契約引受の理論については、神田博司「契約譲渡論(一)——(二・完)」法学新報六八巻六号四二〇頁以下、七号四八八頁以下(一九六一年)が詳しい。加えて近時は次の二つの論文が注目される。すなわち、大窪・同前論文および斉藤充弘「契約上の地位の譲渡に関する一考察」帝京法学一七巻二号一六九頁以下(一九九〇年)の二編である。いずれも従来のわが国に断片的にしか行なわれていなかったドイツの契約引受論の紹介を補う詳細なものであり、本款の記述もそれらに負うところが大きい。なお、大窪誠「契約引受についての原契約相手方の同意拒絶」法経論叢一四号三七頁以下(一九九三年)。

(4) O. Bähr, Ueber die s.g. Verträge zu Gunsten Dritter, JhJb. 6, 1863, S. 182.

(5) 神田・前掲論文(注3)および大窪・前掲論文(注2)一四六頁。

- (6) 神田・同前四三四頁以下、齊藤・前掲論文(注3)一九二頁以下、大窪・同前一四八頁以下。
- (7) H. Demelius, *Vertragsübernahme*, JhJb 36, 1922, S. 254.
- (8) 大窪・前掲論文(注2)一四九頁。
- (9) 大窪・同前一五〇頁。
- (10) 大窪・同前一四三頁、一五〇頁および一五六―一五九頁、神田・前掲論文(注3)四三九―四四〇頁。
- (11) Ph. Malaurie, *La cession de contrat*, *Cours de Doctrat Paris II 1975-1976*, *Les cours de droit*, 1976, p. 207.
- (12) 大窪・前掲論文(注2)一五一―一五六頁。
- (13) Cf. K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. 1, 14. Aufl., München, 1987, § 35 III, S. 616f.
- (14) 具体的には、一九四二年二月二五日に公布された賃借人保護法(MSchG.)三〇条が挙げられる(H. Lehmann, *Die Abtretung von Verträgen*, *Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in London 1950*, Berlin, S. 386; H. Pieper, *Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt*, 1963, Köln und Berlin, S. 190f.)。なお、同条については、鈴木祿弥『借地・借家法の研究 II』(創文社、一九八四年)一六七頁、大窪・前掲論文(注2)一六五頁注63参照。
- (15) 概念法学と自由法運動について論じた文献は多いが、さしあたり、亀本洋「法解釈の理論」大橋智之輔ほか編『法哲学綱要』(青林書院、一九九〇年)二二〇頁以下。
- (16) Lehmann, *aaO*. (Note 14) S. 386.
- (17) Lehmann, *Id.*, S. 387.
- (18) Lehmann, *Id.*, S. 387f.
- (19) ピーパーの見解については、齊藤・前掲論文(注3)一九九―二〇五頁参照。
- (20) ツヴァイゲルト・ケッツ、大木雅夫訳『比較法概論―原論上』(東京大学出版会、一九七四年)一八〇頁。
- (21) ツヴァイゲルト・ケッツ・同前一八一頁。
- (22) ツヴァイゲルト・ケッツ・同前。
- (23) イタリアにおけるドイツの一体説の影響については、齊藤・前掲論文(注3)二二五頁。
- (24) イタリア民法典の規定については、風間鶴寿『全訳イタリア民法典』(法律文化社、一九七四年)二二〇頁のほか、Malaurie, *op. cit.* (note 11), P. 223 et *suiv.* を参照した。
- (25) Malaurie, *ibid.*, pp. 206-207; K.H. Neumayer, *La transmission des obligations en droit comparé*, *La transmission des obligations*, Paris, 1980, p. 254.
- (26) Neumayer, *ibid.*, p. 255.
- (27) Neumayer, *ibid.*, p. 256.

(28) ツヴァイゲルトロケット・前掲書(注20)一八八頁。

(29) 「契約上の地位の譲渡」は、ポルトガル民法典(Código civil)第二卷第一編第二章第一節第四款(subsecção)に規定されている。

(30) もっとも、当事者が譲渡人を免責しない契約上の地位の譲渡を認めることは自由であると解されている。Cf. Malaurie, op. cit. (note 11) p. 210.

(31) Malaurie, ibid.

第三款 フランスにおける議論

第一項 前 史——一九五〇年以前

一 二つの判決

すでに繰り返し述べたように、フランスに「契約譲渡」(cession de contrat)の概念が導入されたのは、一九五〇年のシャルル・ラップ(Charles Lapp)の論文⁽³²⁾の功績に帰する。しかし、それ以前に契約当事者の地位の移転という現象が存在しなかったわけではない。例えば、前章で検討した「法律に基づく契約譲渡」の議論や、次節で検討するであろう賃借権の譲渡(民法典一七二七条)をめぐる判例・学説の集積はその現われである。けれども、破毀院において「合意に基づく契約譲渡」が正面から争われた最も古いケースは、次の一八二七年の審理部判決である。

【7】破毀院審理部一八二七年七月三日判決(S. 8, I, 631.)

事案は次のようであった。Z会社はY会社との間で、Yに対し一定量の鑄鉄を継続的に供給する契約(marché)を締結した⁽³³⁾。しかるにYは、X会社が右契約の履行を引受けZに代金を支払うという約束で、その権利をXに譲渡した。そこでXはZに対し、YがZに支払うべき代金と同額の代金を提供して、鑄鉄の引渡を請求した。し

かしZは、Xに対してなんらの義務を負っていないことを理由として、右の引渡を拒絶した。そこでXは、Zに対しては鑄鉄の引渡を、また、Yに対しては、Zに右の引渡をさせ、それができない場合には、YがXから受領した譲渡代金を償還するよう求めて訴を提起した。これに対してYは、譲渡された契約の履行を請求するには一六九〇条(債権譲渡の對抗要件)の要件(債務者への通知)が必要であり、それを怠ったXに責任があると抗弁した。第一審は、YがZに代金を支払い、XはYの代わりにZから鑄鉄の引渡を受けることができる旨を判示し、契約譲渡の効果を否定した。そこでYは、Xとの間で譲渡契約を締結した時に自らはZとの契約関係からは離脱する旨を主張して控訴した。一八二五年一月二〇日のディジョン王立控訴院判決は、「慣習ととりわけ信義則に従って履行されねばならない商行為が問題となっている」本件には、そもそも民法典一六九〇条の適用がないという立場を採り、たとえその要件が満たされていても契約譲渡の効果が認められないという理由から、結論的には一審判決を支持した。Yは、一一三四条(意思自治の原則)および一六九〇条違反を理由に上告した。

破毀院は、まず、「Zは、自らが契約した者とは別の者を契約の当事者として承認することを強制されえない」と判示して、一一三四条についてのYの主張を排斥した。そして一六九〇条に関しては、「単なる債権譲渡には適用しうるが、個人的な関係により(sous des rapports particuliers)合意した当事者を結ぶ契約(marchés)には適用されない」と判示し、Yの上告を棄却した。

右の判決で論点となったのは、契約譲渡への一六九〇条の適否であり、原審・破毀院ともに問題を否定に解した。その理由を原審は、商行為に一六九〇条の適用がないことに求める。けれども学説は、そのように解する根拠が不明であること、⁽³⁵⁾ および、商行為にも一六九〇条の適用があるとした一八一三年一月二三日の破毀院判決(S. 4. 1. 473)と矛盾すること、⁽³⁶⁾ を理由として原審の判断に反対する。⁽³⁷⁾

他方、破毀院の理由づけは明確でない⁽³⁸⁾。しかし、次のようなデュヴェルジエ (Duvergier) の理解は注目値する。すなわち彼は、商行為につき一六九〇条の適用を認めなかったとして右判決を非難するのは誤りであるとする。そして、破毀院は、原審と異なり、契約の商的性格に着目したのではなく、譲渡の対象が単なる債権ではない、双務的な債務関係を生ぜしめる契約であることからその結論を引き出したと推測している⁽³⁹⁾。かかるデュヴェルジエの見解は、「契約譲渡」の概念を知らない一九世紀初頭のフランスで、問題の本質を的確にとらえたものであると評しえよう。

ところで、かかる学説の批判を考慮して、破毀院は次の判決で判例【7】を変更した。

【8】破毀院民事部一八五七年五月六日判決 (D. 1857, I, 289)

事案は簡略化すると次のようであった。Y会社はX会社に一〇〇リットルにつき一六〇フランで二〇〇たるの外産リキュール (trois-six) を譲渡する旨の契約 (一八五四年九月二七日付) をした。右リキュールは、同年末および翌年一月末にY会社が訴外A会社より一〇〇リットルにつき一二八フランで引渡を受ける予定であった。しかるにAは期日に引渡をせず、XはYに対してAに引渡をさせるよう催告をした。これに対してYは、Xの請求に根拠がないと主張する。その理由は、右の譲渡契約が債権譲渡の性格を有し、譲渡人は相手方である債務者の債務の履行を担保しない (一六九三条・一六九四条)⁽⁴⁰⁾、という点に求められた。マルセイユ商事裁判所の一八五五年二月一日判決は、Yの主張を容れ、Xの請求を棄却した。そこでYは、反対にXに対して一〇〇リットルにつき三二フラン⁽⁴¹⁾の譲渡代金を請求し、三月二七日の同裁判所の第二判決はこれを認容した。そして同年八月五日エクス控訴院判決もXの控訴を棄却し、Xは次のような理由で上告した。すなわち、本件売買契約は双務 (bilateral ou commutatif) 契約であり、「法は債務者の意に反する債権譲渡を認めても、債権者の意に反する債務の譲渡を認めない」ため、

譲渡の対象とはなりえず、したがって一六八九条以下の債権譲渡の適用がないとする⁽⁴²⁾。そして、もとの売主(A)が履行しないならば、YX間の契約も目的物の喪失により消滅すべきであり、しかもその消滅はYがAに履行を強制しないという過失によってもたらされるのであるから、かかるYの行為は許されないと主張した。

破毀院は、まず、本件YX間の契約が「契約(marchés)の譲渡であり、商品の売買ではない」とする。そして本件譲渡は「売買とは異なり、……無体財産権、債権ないしは第三者に対する訴権を対象とする」ものであるから、一六八九条以下が適用され、その要件を満たしていれば譲渡は完全に有効で、Aの債務不履行により消滅するものではないと述べ、次のように結論を下した。すなわち、「Yは、別の債務者を承認するよう強制されえないAに対して依然として債務を負っていたのであるから商品の引渡をAに請求する権利を譲渡しえない、ということはない。……したがって、YのXに対する譲渡代金の支払を命じ」たエクス控訴院に違法はない、としてXの上告を棄却した。

右の判決は、双務契約の譲渡であり、かつ、それが商人間の行為である事案に債権譲渡の規定を適用した点で、一八二七年判決を覆すものである。しかも、契約(marché)の譲渡を単なる商品の(再)売買と区別している点で、後の「契約譲渡」論の先駆けとなるものであったと解される。

二 若干の検討

ところで、右の二判決で注意すべき点は、次の二つである。

一つは、「マルシェ」(marché)の概念である。右の二判決で問題となったのは、いずれも「マルシェ」の譲渡であり、しかも——判例【7】では明確でないが——判例【8】では明らかに商品の売買と区別される概念とされ、そのことが結論にとって重要な事項であったと考えられる。それゆえ、かかる「マルシェ」がいかなる性質を

有し、商品の「売買」とはどのように異なるかが問題となる。

この問題についての、当時の考え方を知らうえで参考になるのは、破毀院民事部一八二七年四月四日判決⁽⁴³⁾に付された注釈である。それによると、商人が未だその所有に属していない商品の供給を約束した場合、学説はこれを他人物売買として有効であると解するが、そのような解釈は、売買とマルシェとを混同する「大きな誤り」を犯しているとする。そして、マルシェの具体例を次のように引用⁽⁴⁴⁾している。

「私は、あなたが営む事業に必要なすべての小麦を供給する (fournir) ことをあなたと約束する。この約束は、目的物がその種類によってしか指定されていない場合にも、そしてその割当てすら決められていなくとも、強制力を有している。私たちの意図する目的は、確かに小麦の移転であるけれども、その移転は、私たちが締結した契約の直接の対象ではない。すなわち、あなたが確保したのは (小麦を) 供給するという契約 (engagement) である。供給は、契約の遂行にとって不可欠のものではなく、後に (dès à présent) 補われるものである」。

かかるマルシェに対して売買の場合には、当事者の目的が「小麦の所有権を直接に取得すること」にあるとする。そして、マルシェと売買との違いは、「当事者の意思」にあると解⁽⁴⁵⁾している。

以上のようなマルシェの説明は、必ずしも明確でない。しかし、マルシェの具体例からは、それが一定の物を供給する契約であり、しかも履行期が将来の一定期間にわたるものであることが推測され、いわゆる継続的供給契約に該当するものであると解される。そして実際に、今日のフランスでは、マルシェをそのように解している。すなわち、コルニユ (Cornu) の編集した『法律用語辞典』によると、⁽⁴⁶⁾マルシェは「商品の引渡ないし労務の提供を目的とする契約」と定義されるほか、より特殊な用語法として「継続的な給付を含む契約」を意味するとされる。また、マルシェ・ドウ・フルニチュール (marché de fournitures) という語は、「当事者によりあらかじめ定められた条件で、商品の継続的な引渡を目的とする契約 (marché)」であると説明されている。

このような継続的供給契約を含む継続的契約が、フランスにおいて著しい発展を遂げたのは近年のことである。⁽⁴⁷⁾ それゆえ、コード・シヴィルが施行されて間もない先の二判決の当時には、未だ継続的供給契約という概念はなく、その性格を有するものを、「固有の性質と特別な効果を有する独自の契約」⁽⁴⁸⁾である「マルシェ」という概念で表していたものと推測される。そして実際に、判例【7】・【8】の事案は、ともに継続的供給契約に関するものであった。したがって、一九世紀初頭において、すでに継続的供給契約に関しては、契約の譲渡という現象が登場し、破産院もそれを通常の売買と区別していたことは注目に値しよう。

もう一つ注目されるのは、債権譲渡との関係である。先の二判決では、いずれも、マルシェの譲渡に債権譲渡の規定が適用されるか否かが問題とされた。とりわけ、判例【8】では、対抗要件(二六九〇条)の適否が論じられている。この点、ドイツ民法では、単に債権譲渡契約のみで当事者および第三者に譲渡の効力が生じ、⁽⁴⁹⁾債権譲渡の対抗要件の規定がない。それゆえ、契約引受論においても、債務引受の要件としての債権者の承諾が主として論じられ、債権譲渡の要件には格別の注意が払われていない。これに対してフランスでは、右のように債権譲渡につき対抗要件主義を採るため、後に検討するように、契約譲渡論においてもその適否が問題となる。この問題が、契約譲渡に関する最も古いケースである一八二七年判決においてすでに提示されている点は、フランス法独自の問題点を示すものとして注目される。そしてこの論点は、わが民法も債権譲渡の対抗要件主義(四六七条)をフランス法から継受しているため、わが国の解釈論にとっても重要であると思われる。

ともあれ、フランスでは、一九世紀の実務にすでに契約譲渡の現象が登場していたものの、学説の関心を惹かず、その本格的な議論は一九五〇年以降にはじまる。それゆえ以下では、約一世紀の月日を経た一九五〇年に焦点をあてることにする。

(32) Ch. Lapp, Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier, Strasbourg, 1950.

(33) M. Troplong, *Le droit civil expliqué, De la vente*, t. II, 3^e éd., Paris, 1837, n° 908, p. 416. によると、YがZと取引をはじめると、YがZと取引をはじめると、次のような事情が存在した。すなわち、Zは当初、訴外A会社との間で、Aに年間二〇万キロずつ、計八〇万キロの鑄鉄を供給する契約を締結し、Aは、四〇万キロの鑄鉄を受領した後、右契約をYに譲渡して、Zもそれを了承していた、とされている。

(34) わが民法四六七条一項では、債権譲渡の対抗要件としての通知は、「譲渡人カ之債務者ニ通知」すると規定されている。しかるにフランス民法典一六九〇条一項では、譲受人が債務者に対して債権譲渡の通知を行なう旨を規定する。

(35) Troplong, *op. cit.* (note 33) • A. Duranton, *Cours de droit français suivant le code civil*, t. XVI, 3^e éd., Paris, 1834, n° 505.

(36) Troplong, *ibid.*, pp. 417-418.

(37) ただし、トロロンは、Zへの譲渡の通知もしていない本件の場合には、Xを契約当事者としなかった判決の結論は妥当であるとする (Troplong, *ibid.* p. 418)。

(38) Troplong, *ibid.*, p. 417.

(39) Cf. Note, S. 1827, I, 631.

(40) 民法典一六九三条・一六九四条はそれぞれ次のように規定する。

一六九三条 債権またはその他の無体の権利を売却する者は、たとえ移転が担保責任（の約定）なしに行なわれても、移転の時のその存在を担保しなければならぬ。

一六九四条 債権その他の無体の権利を売却する者は、（担保責任）を約した場合で、かつ、その債権（譲渡）から得た代金を限度としてでなければ、債務者の支払能力について責任を負わない。

(41) この三二フランは、AY間の代金二二八フランとYX間の代金一六〇フランとの差額である。

(42) また、Xは、その先例として一六九〇条の適用を否定した一八二七年判決【7】を引用する。

(43) この判決の事案は次のようであった。一八一七年六月にフランス駐留中の連合軍軍団糧秣部がY会社のオーツ麦を一定量ずつ合計二二〇万リットル買う契約を締結した。その後Yは右契約を履行し、王室財産 (Eson royal) から代金 (約一九万フラン) の支払いを受けた。ところで、一八一六年四月二八日の法律第五条によれば、王室財産により支払われるマルシェの代金には一〇〇分の一税が課されることになっていたが、Yは右契約がマルシェではなく売買であると考へ、右の税を支払わなかった。そこで登記所 (enregistrement) がYに対して右の税金の支払いを請求した。争点となったのは、本件契約がオーツ麦の「売買」であるのか、あるいは「マルシェ」であるのか、という点であり、破産院は後者であると認定した (理由は不明)。

(44) Sirey 8, I, 562.

(45) Note, Sirey, *ibid.*, p. 563.

(46) G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, 1987, p. 490.

(47) とりわけ、「アメリカからもたらされた強力な影響が二〇年来我々の法領域に導入した、新しい特別な契約 (類型) は、実際上すべて

継続的なものである」との指摘がなされている (L. Aynés, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, Paris, 1984, p. 12. Cf. Ph. Malaurie, Contrats spéciaux, Cours de Maîtrise 1980-1981, les Cours de Droit, Paris, p. 39.)

(48) Note, Sirey, op. cit. (note 44), p. 562.

(49) 明石三郎『注釈民法(1)―債権(2)』(有斐閣、一九六五年)三七二頁。

第二項 分解説と一体説——一九五〇年—一九六八年まで

一 ラブの先駆的業績

フランスにおいて最初に「契約譲渡」の理論を提示したのは、一九五〇年にストラスブール大学に提出されたラブの博士論文であった。その見解の特色は、次の三点に集約される。

まず第一は、その題名(Ⅱ「双務契約の特定承継人への譲渡」)からも明らかのように、契約譲渡の対象を双務契約(contrat synallagmatique)に限定している点である。その理由は、片務契約(contrat unilatéral)の場合には、契約当事者が単に債権者であるか、債務者であるかのいずれかであり、その地位の譲渡については個別に債権譲渡ないし債務引受を問題にすれば足りる、ということに存する⁽⁵⁰⁾。そして双務契約の譲渡が実際上問題になる場合としては、それが「独立の作用」として生ずる場合と、「他の作用に附従する現象」として生ずる場合とがあるとし、前者については先の判例【7】・【8】を、また、後者については法律に基づく契約譲渡の例を挙げて⁽⁵¹⁾いる。

第二にラブは、双務契約譲渡の理論構成として、当時のイタリアおよびドイツの学説、とりわけドイツ(デメリウス)の分解説(théorie de la décomposition)とイタリアの一体説(théorie unitaire)とを紹介⁽⁵²⁾し、自らは分解説に立脚することを明らかにする。すなわち、契約当事者の各自が債権者でありかつ債務者でもある、という双務契約の性質からは、契約を債権と債務とに分解するのが必然的であるとする⁽⁵³⁾。そしてラブは、かかる見解に基づいて、双務契約の各要素、すなわち、債権債務および形成権(droit potestatif)の移転可能性を検討する⁽⁵⁴⁾。

ところで、右の各要素のうち、フランスにおいてとりわけその移転可能性が問題となるのは債務である⁽⁵⁵⁾。なぜなら、既述の如く、フランスでは債務引受が認められていないからである。ラブの見解の第三の特色としては、この問題に関して一九世紀末のゴドゥメの見解に依拠していることを指摘しうる。すなわちゴドゥメは、次のように述べて、契約自由の原則により、一二七一条以下の指図 (délégation) のほかに、債務の特定承継を認める指図を肯定した⁽⁵⁶⁾。

「法律 (具体的には、民法典一二七一条二号および一二七五条を指す―筆者注) は、旧債務者を免責して、旧債務を客観的に消滅し、かつ、新債務者を義務づける新しい債務を生ぜしめることを当事者が欲した、ということ推定する。この原則から、すべての債務の更改および完全指図 (délégation parfaite) の理論が帰結される。……しかし、その推定は覆せないものではない。すなわち、右の推定は、△推定を根拠として法律が一定の行為を無効とし、または裁判上の訴権を否定する場合には▽法律上の推定に反する証明を禁ずる、一三五二条二項の定式に抵触しない。それゆえ、当事者が、債務者を他の者に代えるために、債務の特定承継人への承継を行なうことを欲したならば、かかる当事者の意思は、完全な効果を生じなければならない。ただし、(法律とは) 反対の意思を推定する(場合) には、その証明責任は法律の推定を否定しようとする者が負う⁽⁵⁷⁾」。

右の見解は、指図 (délégation) が更改を生ずると規定する一二七五条が強行規定であるか否かを問題とする。そして、それを反対の意思表示がない場合の当事者の意思を推定する補充的なものであると解し、当事者の意思により、右規定に反して、債務の特定承継を実現する指図も認められる、と主張するものである。

ラブは、かかるゴドゥメの見解を支持するとともに、次のようにそれを補強する。

「一二七八条によって、相手方債権者 (delegataire) は、新しい債権に移転する先取特権および抵当権を明示的に留保することができる⁽⁵⁸⁾。これは更改の諸原則に対する大きな例外である。そして、かように法律がこれらの担保

の維持を認めている以上は、担保権の維持が客観的に同一性を有する旧債権の存続を多少なりとも前提とする、という趣旨で、法律が黙示的に債務の承継 (succession) の概念を認めていないかどうかを問題としうる⁽⁵⁹⁾。そして、結論的には、「当事者がまさにそれを欲するならば、指図の手段によつて真の債務承継を実現することが可能である⁽⁶⁰⁾」と主張する。

かくしてラプは、債権譲渡 (一六八九条以下) と指図による債務の特定承継とによつて、フランスにおいても契約譲渡が可能であると考えた。かかるラプの見解、とりわけ、指図による債務の特定承継を認める点は、後にオクタヴィオ・マイラ・ラマス (Octavio Maira Lamas) に支持された⁽⁶¹⁾のみで、広く承認されなかった。しかし、フランスにいち早く「契約譲渡」を紹介し、既存の法制度の中にそれを定着させようと試みて後の学説の関心を集めた点で、ラプの論文はその先駆的役割を充分に果たした、と評価することができる⁽⁶²⁾。

二 ベケ (Beque) とテレス (Teles) —— 国際比較法会議の報告者

ところで、先述した一九五〇年の第三回国際比較法会議では、「契約譲渡」に関して、レーマン教授のほかにもいくつかの報告が存在した。そのうち、後にフランス語で公表されたのは、モンプリエ大学のジャック・ベケ教授とリスボン大学のガルヴォン・テレス教授の各報告であった。いずれも短いものではあるが、フランスの学者の関心を集め、契約譲渡の研究の契機となったものであるため、その要点を指摘しておく。

まず、ベケの報告は、フランス法における契約譲渡の問題のみを扱っている。それゆえ第一に、その大半の部分を、これまでのフランスで問題とされてきた「法律に基づく契約譲渡」に割いている、という特色を有する。この点についてはすでに前章で述べた如く、従来の学説は契約の相対効 (一一六五条) の観点から検討してきた。しかしベケは、この問題が契約の効力ではなく、当事者の変更に関する「契約譲渡」の領域にあることを鋭く指摘する⁽⁶³⁾。そして「法律に基づく契約譲渡」の諸類型の検討から、契約譲渡の一般論を引き出そうと試みた。けれども

右の類型については、結局、当該契約がある財産の附従物 (accessoire) である特殊な場合であることを認めるに⁽⁶⁴⁾ すぎず、その試みは必ずしも成功していない。

第二にベケは、契約譲渡について分解説に立脚し、債権譲渡と債務の移転とを区別して考える。そして前者については一六九〇条の要件を要求し、⁽⁶⁵⁾ 他方、後者については債務引受が認められないため、指図ないし第三者のためにする契約 (stipulation pour autrui—一二二条) の手段によるしかない、と主張する。⁽⁶⁶⁾

そして第三に、譲渡の対象となる契約が、「即時履行契約」 (contrats à exécution instantanée) ではなく、「継続的契約」 (contrats à exécution successive) のみであることを指摘している点も⁽⁶⁷⁾ 見逃してはならない。

他方、テレスの報告は、より一般的に大陸法の状況を概観するものであり、⁽⁶⁸⁾ ここでは次の二点を指摘するにとどめる。

第一点は、契約譲渡の経済的および法律的機能が具体的に示されていることである。すなわち、テレスは、契約譲渡の対象を双務契約に限定したうえで、⁽⁶⁹⁾ 次の二つの場合に契約譲渡の利益があるとす。一つは再売買 (revente) との差異である。すなわち、BがAから一定量の商品を買ひ、未だ受領しないうちにCがそれを買ひ受ける用意がある場合、Bは右商品をCに転売すれば手早く確実な利益をあげることができる。けれども、そうするとBは、AB間とBC間との二つの売買契約に拘束される。加えて、CはAとの直接の契約関係にない、⁽⁷⁰⁾ という不都合が生ずる。かかる再売買の不都合を解消し、最も当事者の利益にかなうのが契約譲渡である、とする。また、もう一つは継続的供給契約の場合である。例えば、石炭の継続的供給契約を結んでいる炭坑の所有者がその炭坑を売却した場合、石炭の供給源を失うにもかかわらず右の供給契約は失効 (caducité) しない。他方、炭坑の取得者も契約関係が引き継がれることに利益がある。そこでこのような場合には、契約譲渡が「最も簡単かつ適切な」⁽⁷¹⁾ 解釈であるとす。

右の二つはすでにラブも指摘している⁽⁷²⁾。しかし、テレスの方がより詳細であり、かつ、継続的供給契約を強調している点で注目される。もともとテレスは、継続的供給契約よりも「契約の履行源の譲渡」に伴う契約譲渡の利益に力点が置かれており、その意味では、「別の法作用に附従的な現象としての」契約譲渡の利益を説明したものである、と解される⁽⁷⁵⁾。

第二点は、分解説の強調である。すなわちテレスは、契約譲渡を債権譲渡と債務引受との組合わせであると解するのが、「正しいテーゼ」であるとする⁽⁷⁶⁾。そして、一体説を、「譲渡」の概念と相いれない債務と譲渡可能な債権という、本来性質の異なる双務契約の要素を単一のアンサンプルと解する「間違った基盤に基づく」ものとして排斥する⁽⁷⁷⁾。また、債権譲渡と更改とを組み合わせるベケの見解に対しては、更改により旧債務が消滅し新債務に代わるため、双務契約における債権債務の相互依存性が失われ、契約譲渡の概念を実現しえない、と批判する⁽⁷⁸⁾。そして、契約による債務の移転が不可能であるフランス法では、契約譲渡が一般的な制度として認められていないと指摘する⁽⁷⁹⁾。

以上のテレスの見解——契約譲渡の重要性とそのフランスにおける実現不可能性の指摘——は、ラブやベケの業績と相まって、契約譲渡に対するフランス法の関心を集めた。そして、実際に、テレスの論文より後に出版される教科書では、契約譲渡の項目が設けられるようになるのであった。

三 エスマンおよびマルデイ＝レイノオの見解——当時の教科書の記述

テレスの論文が公にされてから三年後の一九五四年に、早くも「双務契約の譲渡」という一項目を設ける教科書が登場した。エスマン (Esmein) の改訂によるプラニオル (Planiol) = リペール (Ripert) の教科書がそれである⁽⁸⁰⁾。右項目で、エスマンは、契約譲渡の「難解さ」が、「債務譲渡の実現不可能性と、双務契約においては債権債務が本質的な相互依存関係 (interdependance essentielle) によって結ばれていることに由来する」⁽⁸¹⁾と考える。そして

契約当事者の地位を債権と債務とに分解し、前者については「一六九〇条の遵守を条件として」債権譲渡により移転しうるとする⁽⁸²⁾。また後者に関しては、譲渡人 (cedant) の相手方 (cede) の譲受人 (cessionnaire) に対する直接訴権が「第三者のためにする契約 (stipulation pour autrui) により正当化されうる」と解する。そしてかかる第三者のためにする契約は、「契約譲渡 (の合意) に黙示的に含まれているとともに、双務契約における債権と債務の相互依存関係によつて真実性 (vraisemblable) を有する」と説明する⁽⁸³⁾。

ここでエスマンの述べる、「双務契約における債権と債務の相互依存関係」とは、双務契約上の債権の譲渡が認められても、原則としてその譲受人は、「右債権の反対給付である債務の負担を引き受けることなくしては、右債権を請求しえない」とする考え方である⁽⁸⁴⁾。かかるエスマンの見解は、債務の移転に第三者のためにする契約を用いる点では後に否定されるが、双務契約の特質を強調した点では注目される。

右のプラニオル＝リペールの教科書以降、契約譲渡が大きく取り上げられた最初の教科書は、一九六二年に出版されたマルティ (Marty)＝レイノオ (Raynaud) の手に成るものである⁽⁸⁵⁾。その記述は詳細であり、かつ、契約譲渡を「法律に基づく譲渡」 (cession légale) と「合意に基づく譲渡」 (cession conventionnelle) とに分類した点⁽⁸⁶⁾に特色を有する。そして「(契約譲渡の) 説明につき理論的平面では」一体説と分解説とが対立しているが、「いずれの理論を採用にせよ、双務契約の譲渡の効果を、譲渡人の債権の移転と債務の移転という二重の観点から検討しなければならぬ⁽⁸⁷⁾」とする。この点「論理的には」双務契約における「債権と債務の相関関係 (corrélation) が権利の移転と同時に、譲渡人の債務の負担の譲受人への移転をもたらす⁽⁸⁸⁾」と説明する。けれども、「契約譲渡が単に契約に基づく場合」に、その効果を「法律的にいかにかに説明するか」が問題になるとし、マルティ＝レイノオは、「相手方 (cede) の承諾がこの問題を解決する⁽⁸⁹⁾」とする。すなわち、「フランスの現行法では、契約の合意に基づく譲渡は、相手方が譲渡に承諾しない限りいかなる効果も生じえないと思われる。そのかわり、かかる承諾は、譲受人を、譲

渡人が相手方に対して負っている債務の債務者となしうる⁽⁹⁰⁾」と述べている。そして、相手方の承諾がない場合にも契約譲渡の効果を第三者のためにする契約によって導く見解が存するけれども、かかる第三者のためにする契約は、「諾約者 (promettant ≡ 譲受人) に譲渡人と同一の債務を負わずに、それとは別の新債務を負わせる」ものであり、したがって、「当事者の意思にはまったく合致しない」として、先のエスマンの見解を批判する⁽⁹¹⁾。

かかるマルディ・レイノオの見解は、相手方 (cote) の承諾を本質的要件として、債務の移転ひいては契約譲渡を認めるものである。しかし、債務引受の認められていないフランス法で、いかに債務の移転を肯定するのかは右の時点では必ずしも明らかでない。

四 ラルメの見解——分解説と一体説との融合

一九六〇年代初頭までのフランスにおける契約譲渡論は、分解説が多数を占め、しかも債務引受が認められていないため、債務の移転については第三者のためにする契約ないし指図の手段が応用されていた。かかる状況を真向から批判し、契約譲渡の制度をフランス法に定着させたのが、一九六八年に提出されたクリスティアン・ラルメ (Christian Larroumet) の博士論文⁽⁹²⁾であった。その記述は、契約譲渡の概念、要件および効果の三つの章に分かれるが、本節では第一章を紹介するにとどめる⁽⁹⁴⁾。

まずラルメは、契約譲渡の対象を双務契約に限定する。すなわち、片務契約 (contrat unilatéral) の場合には、譲渡人が債権者か債務者かのいずれかであり、それゆえ、単なる債権譲渡または債務譲渡 (cession de dette) に還元される⁽⁹⁵⁾。

そして、契約譲渡の対象を右のように限定するところから、契約が即時に履行すべきもの (contrat à exécution instantanée) である場合には、譲渡人と相手方の債権債務がともに未履行であることを前提とする⁽⁹⁶⁾。しかし、継続的契約 (contrat à exécution successive) の場合には、譲渡人が将来に向かってのみその債権債務を移転する意思で

あるので、右前提が妥当しないとす⁽⁹⁷⁾。さらにラルメは、「契約譲渡が譲渡人に確かな利益をもたらすのは、とりわけ継続的契約に関してである」と述べる。すなわち、継続的契約が有用でなくなった場合に、契約譲渡によって譲渡人には、長期にわたって等間隔に分けてする (s'écheloner) 履行のリスクから免れうる、という利益がある。他方、様々の理由によって、相手方自身も当事者の交替に利益がありうるとす⁽⁹⁸⁾。

したがってラルメは、契約譲渡の対象を双務契約に限定し、かつ、即時履行契約よりも継続的契約の場合に、より有益であると解している。

ところでラルメは、契約譲渡の構成につき、基本的には分解説に立脚し、「双務契約の譲渡が債権譲渡と債務譲渡 (cession de dette) の二つで実現することは否定しえない」と主張す⁽⁹⁹⁾。ただし、以下の二点に注意を要する。

第一点は、フランス法における債務引受の肯定である。まず、フランス法の債務引受の不存在を強調し、その欠缺を埋めるため、便法 (expédient) でしかない指図や第三者のためにする契約で「我慢することを強いられる⁽¹⁰⁰⁾」とするベケの見解を、ラルメは、「真の契約譲渡をまったく実現しえない不適切な便法しか問題としていない」と批⁽¹⁰¹⁾判する。そして、「フランス私法の諸原則が……債務の移転……の承認に反対すると主張するのは誤まって」おり、債務の財産的性格の強化と契約自由の原則は債務の移転を認める方向へと導く、とする⁽¹⁰²⁾。しかし、債務の概念が変化し、その財産的性格が認められても、それが二当事者間の結びつき (lien) であることに変わりなく、債務者の「人的性格」(personne) は—その債務が債権者のための個人的信頼関係 (intuitus personae) に基づくものではないとしても—債権者にとって支払いの担保である。それゆえ、債務の移転はそれを債権者に強制することなく実現する手段がある場合にしか可能でない、と主張す⁽¹⁰³⁾。他方、契約自由の原則も公序 (ordre public) により制限される。そして、債権者の権利保護も公序の本質的な要請である。それゆえ、債務の移転を債権者に強制することは公序に反することになる。けれども、「かかる留保の下にフランス法では債務の特定承継人への移転が、独立してあ

るいはより広く契約譲渡の範囲内で、なんら禁止されていない」と述べている。⁽¹⁰⁴⁾

ところで、従来の多数説は、契約譲渡を債権譲渡と第三者のためにする契約ないし指図とを組み合わせることにより、肯定してきた。しかしラルメは、かかる手段が「経済的には」契約譲渡に近づくが、⁽¹⁰⁵⁾「契約当事者の地位の承継が(契約譲渡の)作用の基本的な要素であることは明らかなので、指図と第三者のためにする契約がそのような効果を生じうるといふのは非常に疑わしい」として、⁽¹⁰⁶⁾詳細に批判する。まず、第三者のためにする契約は、第三者に新しい権利を創設することを本質的な特徴とするため、要約者(≡譲渡人)と諾約者(≡譲受人)の合意に基づき受益者(≡相手方)の権利は、彼が要約者に対して有していた権利と一致せず、法律的には承継ではないことになる。⁽¹⁰⁷⁾それゆえ、要約者が受益者に対して有する抗弁を諾約者が主張することはできないことになる。また、債権譲渡と第三者のためにする契約との組み合わせでは、債権債務の相互依存性が中断するため、受益者は諾約者に対して解除権を行使しえない、⁽¹⁰⁸⁾という不都合が生ずるとする。

そしてラルメは、以上の第三者のためにする契約の問題点が、債権譲渡と指図の組み合わせないし二重の指図(double delegation)⁽¹⁰⁹⁾にも妥当する、⁽¹¹⁰⁾と述べる。すなわち、指図は契約「譲渡」と異なり、「被指図人と相手方との間に新しい権利関係を創設する」という問題である。⁽¹¹¹⁾この点に関し、前述の如く、ゴドゥメおよびラブは、契約自由の原則により債務の特定承継を認める指図を肯定していた。しかしラルメは、指図と債務引受との間には根本的な区別があるとする。すなわち、債務引受ないし契約譲渡の場合には、当事者の意思が、譲渡人の負っている債務そのものを譲受人に負担させることにある。しかるに、指図の場合、当事者は、譲渡人の債務とは無因の債務を被指図人に負わせる意思であり、かかる契約の無因性(nature abstraité)に指図の本質がある。したがって、「指図による債務承継の理論は、更改の効果をあまりに重視しすぎて、指図の根本的な性格を無視した」ものである、⁽¹¹²⁾として否定する。

かくしてラルメの見解は、契約譲渡の構成として、債務引受を肯定する点に第一の特色を有している。

第二点は、分解説と一体説との融合である。まずラルメは、双務契約の譲渡が債権譲渡と債務引受の両者で実現することを否定しえないとする。しかし、そのメカニズムが右の二つに分解されるのか、あるいは、「一体不可分の総体」(un tout unique et indissociable)と見なされるのか、が問題であり、この点については、前者と解する分解説と後者を支持する一体説とが対立する、と述べる⁽¹³⁾。そして、一体説に対する従来の批判を次の三つにまとめている。すなわち第一に、契約譲渡は債権者と債務者との二重の地位の移転であり、「實際上二つ存在するものを一つの作用と考える」のは正当化できない (injustifiable) ことを挙げる。また第二に、実務は既知のメカニズムで動くものであり、「あいまいな、議論のある、しかも立法者の規定していない手続き」では納得しないことを指摘する。そして第三に、一体説を支持する一部の学説は、双務契約を財産的価値として把握し、地役権の存在によって使用収益を制限される所有権の移転と同様に解して、同じ方法で債務により価値の減少した権利 (≡ 双務契約) を譲渡しようと構成するが、この見解は、債権債務の人的結びつきを無視するものであるとする⁽¹⁴⁾。

このうちラルメは、第三の批判を重視する。すなわち、一体説は、双務契約によって生ずる二当事者間の法律関係を考慮せずに、「契約が表す金銭的価値しかとらえようとしない」ものであり、「この限りでは賛成しえない」と述べている⁽¹⁵⁾。

しかしラルメは、そもそも、「双務契約の譲渡が実際に単一の作用であるのか、あるいは債権譲渡を債務引受に重ね合わせたものであるのか、という問題は、実務上および理論上の利益をまったく失っている」とする。その理由は、「実際、(契約譲渡に債権譲渡と債務引受との) 二重の作用を見出そうとしても、二つの作用は、要件に関してのみならず効果の点でも、分離しえないほどに相互に密接につながっている (imbriquée) ことを認めざるをえない」⁽¹⁶⁾ ことに求められる。そして要件の点では、相手方の承諾があれば債権・債務の両側面の譲渡が完成し、債権

譲渡の對抗要件(一六九〇条)は不要であるとする⁽¹¹⁷⁾。なぜなら、相手方が、譲渡人と譲受人との合意が契約の移転であることを知っていれば、その承諾は、債務者の交替だけでなく債権者の交替をも認めるものである、と解されるからである⁽¹¹⁸⁾。また効果の点でも、譲受人は債務を負わない限り、相手方に対して債権を行使することはできない。すなわち、「譲渡された契約から生ずる債権債務間の不可分性は、譲受人が譲渡人の契約当事者としての地位を取得する時を確定するために考慮されねばならない」とする⁽¹¹⁹⁾。

以上のラルメの見解は、契約譲渡が「法技術的には」債権譲渡と債務引受との組み合わせにより実現すると解しつつ、二つの作用の「著しい相互浸透」を認めることにより、実質的には一体説を採用したものと考えられる⁽¹²⁰⁾。

かかる主張は、後の学説に承認される。とりわけ、次に述べるように、双務契約における債権債務の相互依存性ないし一体不可分性は、契約譲渡における債務引受の承認へと結びつく。したがって、ラルメの見解は、契約譲渡論における分解説と一体説の対立を止揚するとともに、契約譲渡の制度そのものを確立する契機となったと考えられる。

五 ラルメ以降の見解——一九七〇年代〜現在(一九九四年)

(1) 序

一九六八年のラルメの論文以降、フランスでは、契約譲渡の概念構成をめぐる分解説と一体説との対立は影を潜め、代わりにその要件・効果に関する議論が中心を占めるようになる。それゆえ、フランスにおける契約譲渡の概念の定着を扱う本節では、ラルメの論文以降、分解説と一体説がどのように位置づけられ、現時点では契約譲渡が現行の法制度の中でいかに基礎づけられているか、ということ素描するにとどめる。

(2) マロリー (Maurie)

ラルメの論文以降で、契約譲渡に関する最初のまとまったモノグラフィーとしては、マロリーの『契約譲渡』を

挙げる⁽¹²²⁾。この論文は、合意に基づく契約譲渡の類型的考察を行なうものであり、総論的記述は少ない。それゆえ、分解説と一体説についての言及も簡単である。

まずマロリーは、分解説 (théorie de la décomposition) が技巧的 (artifice) であるとして、これを批判する。すなわち、「契約は一つのアンサンブルを構成し、近代法は絶えず契約上の作用の分離に抵抗してきた」と主張する。また、実際に、債務引受 (reprise de dette) が独立して行なわれることはまれで、ほとんどの場合、「施し物 (libéralité) をするのでなければ」債権譲渡や財産の売買に伴うため、契約を債権債務に分解するのは適当でないとする。他方、一体説 (théorie unitaire) については、債権と債務を分解せず契約の総体を譲渡するという当事者の意思に合致し、かつ、譲渡の対象が契約当事者の地位であるため客観的にも事態に適合する、とする⁽¹²⁴⁾。他方、一体説に対しては、契約の人的関係を重視せずにその財産的価値のみを強調するという批判があるが、「今日では、契約は経済的価値でしかないため、完全に譲渡可能である」と再批判する⁽¹²⁵⁾。それゆえ、マロリーが一体説を支持していることは明白である。

けれどもマロリーは、「契約譲渡が単一の作用か、あるいは債権譲渡と債務引受の重なり合いかという問題は、まったく抽象的であり、『概念法学』 (jurisprudence des concepts) に陥らせるものである」とする。そして、「この問題は：かなりアカデミックな領域に属するように思われる」と述べ、あまり関心を示さず、より実践的な契約譲渡の要件・効果の問題に議論を進めている⁽¹²⁶⁾。

(3) レイノオ

右のマロリーの論文は、一九七五年から一九七六年にかけて、パリ第二大学の博士課程で行なわれた講義に基づくものである。それに引き続き、一九七七年から一九七八年の第三期 (博士課程) 一年目 (D.E.A.) の契約法を担当したのがピエール・レイノオであった。

レイノオの関心は、主として契約譲渡の要件論、とりわけ相手方 (cede) の同意 (adhésion) の役割に向けられている。そして、分解説と一体説との対立については、ラルメの見解を引用し、二説が「たいして隔たったものではない」く、「相手方の意思の役割に関して、……異なった結論を導くか否かが重要」であり、結局は、いずれの見解を採るかにより結論が決まる、という問題の立て方をしていない⁽¹²⁷⁾。

一九八〇年に公にされたゲスタン (Ghestin) の論文も、右のレイノオの見解を継承する。すなわち、「原則の対立にもかかわらず、契約譲渡の分解説の支持者は、債権譲渡と債務引受が密接に結ばれていることを認めている」とし、すべての見解が、「少なくとも譲渡人を免責するために相手方の介入が必要である、と考える点では一致している⁽¹²⁹⁾」とする。そして、「真の問題は、かかる介入の範囲を明らかにすることである⁽¹³⁰⁾」と述べている。

かくして一九八〇年までに、契約譲渡をめぐる分解説と一体説の対立は重視されなくなり、むしろ要件・効果論に注目が集まるようになる。それはドイツにおけると同様に、フランス法においても契約譲渡が独自の制度として承認されたことを意味するものである。

(4) エネス (Aynès) およびマルティ＝レイノオ (第二版)

一九八〇年代以降は、双務契約における債権債務の相互依存性ないし不可分性の考え方が学界に浸透し、かかる観点から契約譲渡に関して、債務引受制度の不存在というフランス法の障害を乗り越える見解が有力化している。その先駆けとなったのは、一九八一年のグータル (Goutal) の論文⁽¹³¹⁾であり、彼が双務契約における債権債務のクウプルを明確に指摘したことは、すでに前章第四節に述べた通りである。

しかし、グータルの関心は、契約譲渡の全般にわたるものではなく、主として法律に基づく契約譲渡の類型に関するものであった。それゆえ、合意に基づく契約譲渡をも含む契約譲渡の一般論として、双務契約における債権債務の一体不可分性 (indissociable) を主張した功績は、パリ第一大学のローラン・エネスに帰せられる。

エネスはまず、契約譲渡の機能を次のように把握する。すなわち、「合意によるにせよ法律に基づくにせよ、契約譲渡は、契約上の権利ないし義務を移転するよりもむしろ、当事者の一方の交替にかかわらずその契約の継続 (continuation) を保障しようとするものである」。それゆえ、契約譲渡が「債務関係の移転を『もたらす』⁽¹³²⁾として、それは契約譲渡の究極の目的ではなく、かかる移転によって契約を保護することが重要である」とする。そして、個々の債権・債務はそれ自体が一つの財産的価値 (richesse) であるが、契約の財産的価値は将来の債権債務を生ぜしめる点にあるため、契約譲渡は、契約当事者の一方の交替にかかわらず「将来に向かって」契約の効力を存続させるものである⁽¹³³⁾、とする。

右のエネスの見解は、契約譲渡の対象が継続的契約 (contrat successif) であることを前提とする⁽¹³⁴⁾とともに、契約譲渡を債権譲渡・債務引受とは別個の制度としてとらえるものであるため、分解説の着想そのものを否定する⁽¹³⁵⁾。ただしエネスは、債権者の交替にもかかわらず、契約の債務的効力 (force obligatoire du contrat) が変化しない債権譲渡の制度には着目する⁽¹³⁶⁾。そして、「契約関係においては債務と債権が一体不可分である⁽¹³⁷⁾」ことから、「双務契約から生じた債務の移転は⁽¹³⁸⁾」、その債務の有効要件 (condition d'existence) ・コーズ (cause = 原因⁽¹³⁸⁾) である「債権の譲渡⁽¹³⁹⁾によって行なわれる」とする。

かかるエネスの見解を簡潔に要約しているのは、彼とマロリーとの共著による教科書の次の一節である。

「権利に相関的な (correlative) 義務は、まさにその権利の譲渡によって移転する。これに債務引受、指図ないし第三者のためにする契約を付加する必要はまったくない⁽¹⁴⁰⁾」。

そして、ヴェイル (Weill) = テレ (Terre) の教科書もこれに賛同するとともに⁽¹⁴¹⁾、かつて契約譲渡を詳細に取りあげたマルティ＝レイノオの教科書の改訂版においても、次のようにエネスの見解が支持されている。

「譲受人に対する譲渡人の債務の移転の真の説明は、双務契約の譲渡が、権利および義務の移転を同時にもた

らさなければならぬ、という見解に存する。というのも、(双務契約においては)前者(権利)が後者(義務)のコーズだからである。そして、これが契約譲渡の効果である⁽¹⁴²⁾」。かくして、双務契約における債権債務の一体不可分性を根拠として契約譲渡を認めるエネスの見解は、近時多数説になりつつあると解される⁽¹⁴³⁾。

- (50) Lapp, op. cit. (note 32), n° 7.
 (51) Lapp, *ibid.*, n° 3 et suiv.
 (52) Lapp, *ibid.*, n° 10 et suiv.
 (53) Lapp, *ibid.*, n° 16, n° 34 et suiv.
 (54) Lapp, *ibid.*, n° 19 et suiv.
 (55) なお、形成権の移転については、それを独立に譲渡することはできないけれども、債権および債務の移転の結果として形成権も移転すると解している (Lapp, *ibid.*, n° 31)。
 (56) E. Gaudemet, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, Paris, 1898, p. 287 et suiv., spéc. p. 306 et suiv.
 (57) Gaudemet, *ibid.*, pp. 307-308.
 (58) 一二七八条は、更改の場合の担保物権の移転につき、次のように規定する。すなわち、「旧債権の先取特権および抵当権は、旧債権に代わる債権に移転しない。ただし、債権者がそれを明示的に留保した場合には、その限りでない」。
 (59) Lapp, op. cit. (note 32), n° 38, p. 57.
 (60) Lapp, *ibid.*, p. 58.
 (61) O. Maira Lamas, *La cession de contrat en droit comparé*, Paris, 1960, n° 20, p. 52 et suiv.
 (62) 当時、ラップの論文は「一般に契約譲渡の実現への道を開き、それゆえに古典的モノグラフィイのカテゴリーに分類されるものである」と評価された (G. Flattet, *Bibliographie, Revue internationale de droit comparé* 1952, p. 377)。
 (63) J. Becqué, *La cession de contrats, Etudes de droit contemporain, contributions françaises aux III^e et IV^e Congrès internationaux de Droit Comparé*, Paris, 1959, pp. 91-92, p. 98 et suiv.
 (64) Becqué, *ibid.*, pp. 104-105.
 (65) Becqué, *ibid.*, p. 106.
 (66) Becqué, *ibid.*, p. 102. もっとも、ヘケも「この手段の不充分さを認識している。すなわち、指図と第三者のためにする契約は、「一時しのぎ

の手段 (palliatif) でしかなく」「不完全にしか (当事者の) 目的に合致しない」と述べている (ibid.)。

(67) Becqué, *ibid.*, pp. 90-91.

(68) I. Galvão Teles, *La cession de contrat*, *Rev. inter. droit comparé*, 1951, p. 231 et suiv. 彼は、ポルトガル、フランス、ドイツ、イタリアが対象とされている。

(69) Teles, *ibid.*, p. 217. 片務契約の場合には、「通常の債権ないし債務の移転によって解決される」とする (ibid., note(2))。

(70) Teles, *ibid.*, p. 218.

(71) Teles, *ibid.*, pp. 218-219.

(72) Lapp, *op. cit.* (note 32), n° 3 et n° 4.

(73) Teles, *op. cit.* (note 69), p. 218.

(74) Lapp, *op. cit.* (note 32), p. 11.

(75) この点は、法律に基づく契約譲渡を扱った前章 (立教法学三九号参照) の問題である。

(76) Teles, *op. cit.* (note 68), p. 230.

(77) Teles, *ibid.*, pp. 229-230.

(78) Teles, *ibid.*, p. 224.

(79) Teles, *ibid.*, p. 233.

(80) M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Obligations*, 2^e éd. par P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, Paris, 1954, n° 1147 bis. なお、この教科書を底本とした G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. II, Paris, 1957. には、契約譲渡についてまったく言及されていない。このことは、この問題に対する当時のフランス民法学の状況をうかがわせるものとして興味深い。

ちなみに、これまでのわが国でなされていたフランスの契約譲渡の唯一の紹介 (椿寿夫『注釈民法(1)―債権(2)』(有斐閣、一九六五年)四三一頁)も、右のプラニオール・リペール・エスマンの教科書の記述に基づいていることを付記しておく。

(18) Planiol, Ripert et Esmein, *ibid.*, p. 548.

(32) Planiol, Ripert et Esmein, *ibid.*

(38) Planiol, Ripert et Esmein, *ibid.*, p. 549.

(84) J. Becqué, *Note*, *J.C.P.* 1947, II 3510.—Planiol, Ripert et Esmein, *ibid.*, note(1)

(85) G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. II, vol. 1^{er}, *Les obligations*, Paris, 1962, n° 823 et suiv.

(86) Marty et Raynaud, *ibid.*, n° 824. なお、マルティ・レイノーオは、契約譲渡の第三のカテゴリーとして、*retraits* の制度をあげる (ibid., n° 826)。しかし、この制度は今日では契約譲渡と区別されているため、本稿では扱わない。その議論については Ph. Malaurie et L. Aynès,

Droit civil, Les obligations, 2^e éd., Paris, 1990, n° 792 et suiv., spéc. n° 793.

(87) Marty et Raynaud, *ibid.*, n° 829.

(88) Marty et Raynaud, *ibid.*, n° 831, p. 835.

(89) Marty et Raynaud, *ibid.*, p. 836.

(90) Marty et Raynaud, *ibid.*

(91) Marty et Raynaud, *ibid.*

(92) Ch. Larroumet, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Bordeaux, 1968, n° 81 et suiv.

(93) なお、ラルメがその博士論文を提出した年の三月に、ヴィラル (C. Vilar) が『フランス法における契約譲渡』(La cession de contrat en droit français) という題名の博士論文をモンプリエ大学に提出していた(主査ニベケ教授)。その主張は、従来、特定承継論の対象とされていた場合—法律に基づく契約譲渡の類型—と、合意に基づく契約譲渡の場合とを *après-acte* という理論により、統一的に基礎づけ、かつ、フランス法に定着させようと試みる意欲的なものであった (Vilar, *ibid.*, p. 217 et suiv.)。

右の *après-acte* とは、既存の契約に後に同意した者を「第三者とみなさず」契約当事者と解する、というドゥモグ (Demogue) の提唱した理論である。その具体例としてドゥモグが挙げたのは、次のような場合であった。すなわち、「主たる貸借契約が解約された場合、転賃借契約もまた原則として消滅するけれども、賃貸人が右転賃借契約を認識し、かつ、承認していたならば、彼は右契約の当事者となり、したがってそれを無視することはできない」とするものである (R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. VII, Paris, 1933, n° 656 bis.)

そしてヴィラルは、かかるドゥモグの見解から、「要するに、*après-acte* の理論によれば、第三者は、その同意のみによって……既存の契約の当事者になることができる」(Vilar, *ibid.*, p. 218) と解し、この理論を応用して、「譲受人が、相手方と譲渡人とを結ぶ契約に同意することにより契約譲渡を実現しうるとする」(*ibid.*, pp. 225-226)。ヴィラルによれば、このような解釈は、相手方の介入なしに契約譲渡を実現でき、かつ、相手方と譲受人との間の権利関係を確立することが可能となり、しかも、分解説を回避しうる点で優れている、とされる (*ibid.*, p. 226)。

しかし、かかるヴィラルの見解は、彼自らが認めるようにドゥモグの *après-acte* がほとんど評価されていなかった (Vilar, *ibid.*, p. 217) ことと相まって、まったく顧られることがなかった (もっとも、ブリュッセルのシモン教授はヴィラルの見解を支持している (L. Simont, *Cession de bail, La Transmission des obligations*, Bruxelles et Paris, 1980, p. 298 et suiv.))。その理由は明確でないが、*après-acte* の理論が特殊で、充分に基礎づけられていないことのほかに、それが契約の「譲渡」という概念と相いれないものであったからではないか、と推測される。

ともあれ、ヴィラルの論文は意欲作であったにもかかわらず、後の学説になんら反映していないため、本稿では本文から除外する。

(94) 契約譲渡の要件・効果は、本章第三節で扱う。

(95) Larroumet, *op. cit.* (note 92), n° 81. ただし、ラルメも、非常にまれではあるけれども、片務契約の譲渡が問題となるケースが存在すると

指摘する。その例として、無償委任ないし無償寄託の場合の受任者 (mandataire)・受寄者 (depositaire) の地位の譲渡が挙げられている。すなわち、かかる場合には、受任者ないし受寄者は、その委任者・寄託者に対して負っている債務を第三者に負担させるべく、契約当事者の地位を譲渡する利益を有している。他方、右第三者 (譲受人) の利益は、譲渡人自らによって提供される反対給付や、譲渡人への奉仕の意思にあるとする (Larroumet, *ibid.*)。しかし、これらの委任・寄託は、「不完全な双務契約」 (contrats synallagmatiques imparfaits) であって、譲受人が、委任事務の処理ないし寄託物の保管のために支出した費用の償還を相手方 (cède) に請求しうることを忘れてはならない」と述べている (Larroumet, *ibid.*, note(2))。

(96) いずれかがすでに履行されている場合には、単なる債権譲渡か、あるいは債務譲渡の問題になる」と解している (Larroumet, *ibid.*, n° 88, p. 178)。

(97) Larroumet, *ibid.*

(98) Larroumet, *ibid.*, pp. 178-179.

(99) Larroumet, *ibid.*, n° 103.

(100) Becqué, *op. cit.* (note 63), p. 109.

(101) Larroumet, *op. cit.* (note 93), n° 97, p. 218.

(102) Larroumet, *ibid.*, p. 221.

(103) Larroumet, *ibid.*

(104) Larroumet, *ibid.*, p. 222.

(105) Larroumet, *ibid.*, n° 99, p. 225 et suiv.

(106) Larroumet, *ibid.*, n° 100, p. 229.

(107) Larroumet, *ibid.*, n° 101, p. 229.

(108) Larroumet, *ibid.*, p. 235. Cf. Lapp, *op. cit.* (note 32), n° 39, p. 59.

(109) 債権譲渡と指図の組み合わせによると、債権の譲受人は、譲渡人 (cedant delegant) の指図により、被指図人 (délégué) として相手方 (cède-délegataire) に対して債務を負うことになる。また、二重の指図による契約譲渡の場合には、譲受人が債務については被指図人・債権に ついては指図の相手方となり、かつ、相手方は債務については指図の相手方・債権については被指図人となる。

(110) Larroumet, *op. cit.* (note 92), n° 102, p. 235.

(111) Larroumet, *ibid.*, p. 236.

(112) Larroumet, *ibid.*, pp. 241-242.

(113) Larroumet, *ibid.*, n° 103, pp. 242-243.

(114) Larroumet, *ibid.*, pp. 244-245.

- (115) Larrounet, *ibid.*, p. 245.
- (116) Larrounet, *ibid.*, pp. 245-246.
- (117) ただし譲受人は、譲渡人の債権者や特定承継人に権利を対抗するために、一六九〇条の手続きを履践する利益がある、とする (Larrounet, *ibid.*, p. 246 note(6))。
- (118) Larrounet, *ibid.*
- (119) Larrounet, *ibid.*, pp. 247-248.
- (120) Larrounet, *ibid.*, n°104, p. 249.
- (121) ラルメは、脚注においてではあるが、一体説のメリットを強調している。すなわち、契約譲渡における当事者の目的は、譲渡人の法的地位を譲受人に移転するという一点にあり、かつ、譲渡の対象も一つの総体としての契約関係である。それゆえ、分解説よりも一体説の方が、より当事者の意思に合致した構成であるとする (Larrounet, *ibid.*, p. 247 note(7))。
- (122) なお、マロリーの論文とはほぼ同時期のもので、Y. Flour, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit intentionnel privé*, Paris, 1977, n°352 et suiv. がある。しかし、この論文は、契約譲渡を一般的に扱うものではなく、特定承継論および法律に基づく契約譲渡のみを対象とし、かつ、そのタイトルが示すように、国際私法の観点から問題を分析するものであるため、本稿では取り上げない。
- (123) Malaurie, *op. cit.* (note 11), pp. 204-205.
- (124) Malaurie, *ibid.*, p. 206.
- (125) Malaurie, *ibid.*, p. 207.
- (126) Malaurie, *ibid.*, pp. 207-208.
- (127) P. Raynaud, *Les contrats ayant pour objet une obligation*, D.E.A. de Droit privé Paris II 1977-1978, Paris, 1978, pp. 92-94.
- (128) J. Ghestin, *La transmission des obligations en droit positif français*, La transmission des obligations, Paris et Bruxelles, 1980, n°93.
- (129) Ghestin, *ibid.*, n°95.
- (130) Ghestin, *ibid.*, n°96. かつ、近時のケスタンの教科書は、その立場を異にすることにつき、後注(143)参照。
- (131) J.-L. Goutal, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, Paris, 1981.
- (132) Aynès, *op. cit.* (note 47), n°3, p. 11.
- (133) Aynès, *ibid.*, n°6, pp. 14-15.
- (134) Aynès, *ibid.*, n°255 et suiv., spéc. n°297 et suiv.
- (135) Aynès, *ibid.*, n°91.
- (136) Aynès, *ibid.*, n°19. エネスは、「債権の本質的な移転可能性の原則が……債権者の交替にもかかわらず契約の債務的効力の永続性を示し」、そこから契約譲渡も明らかになる」と述べている (*ibid.*, n°20 et n°72)。

なお、債務引受 (reprise de dette) に関しては、BGBの制度が、相手方である債権者の同意がないと債務引受の効果を認めないため、基本的には「指図と同じく、債務の移転不可能性の原則を維持したものと認めざるをえない」として、契約譲渡論では不要である、とする (ibid., n° 69)。

(137) Aynès, *ibid.*, n° 93.

(138) フランス民法における「原因」(cause)の概念については、山口俊夫『フランス債権法』(東京大学出版会、一九八六年)四五頁以下に詳しい。同書によると、「causeとは、債務者が負担する債務の直接的な理由 (raison immédiate et directe) であり、「双務契約においては、各当事者の債務の cause は、相手方の負担する債務 (反対給付) である」とされる (四五頁)。かかる原因を契約の有効要件とする (フランス民法一〇八条) ことには、フランスでも議論がある。けれども、「双務契約においては、そもそも対応する債務の相関性は、causeの概念を前提とするものであり、「両当事者のそれぞれの債務が独立・併存のものとしてではなく…」、たとい一方の債務の目的が有効なものであっても、他方の債務の目的が欠缺ないし違法であれば、前者の債務も無効となるという相関性の根拠は、causeの根拠によってのみ説明されうるものである」(五一頁)とされる。そして、ドイツ民法、スイス債務法およびわが民法では、「causeの概念を正面から取りあげてはいないが、不当利得」ないし「不法原因給付」というとき、causeの概念が明示的または黙示的にそこで用いられている」と解されている (同前)。

(139) Aynès, *op. cit.* (note 47), n° 95, p. 76.

(140) Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil, Les obligations*, 4^e éd., Paris, 1993-1994, n° 791, p. 435.

(141) A. Weill et F. Terré, *Droit civil, Les obligations*, 4^e éd., Paris, 1986, n° 982, p. 959.

(142) G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Les obligations*, t. I, 2^e éd., Paris, 1988, n° 353, p. 365. もともと「マルチレイノオも」「しかしだからといって、契約譲渡が譲渡人を免責するというわけではない」と述べている。この問題については、本章第三節で扱う。

(143) 近時は、かかるエネスの見解、ひいては「契約譲渡」という制度そのものを批判する見解が登場している。

まず、エクスマルセイユ大学のブラン・セリオ (Alain Sériaux) は、そもそも「契約を譲渡しうるか」否かを問題とし、契約は単なる財産でなく、「二人ないし数人の間の関係である」から、「契約関係は譲渡されえないものである」とする。そして、契約の「譲渡 (cession) というよりもむしろ、契約関係における他方当事者に対する一方当事者の交替 (substitution) の概念を援用する方が正確である」と述べている (A. Sériaux, *Droit des obligations*, Paris, 1992, n° 176, p. 585)。もともとこの「交替」(substitution) という概念は、必ずしも明確ではない。けれども、ある学説は、これを「当事者の一方の撤退が契約関係を消滅させる」ことを前提に、「新しい契約を生ぜしめる」ものであると解している (Ch. Jamin, *Droit des obligations par le centre de droit des obligations de l'université de Paris I Panthéon-Sorbonne sous la direction de Jacques Ghestin*, J.C.P. 1992, *Chronique*, 3591, pp. 269-270)。

そして、右の見解をさらに展開したのが、新しいダスタンの教科書にとりいれられたパリ第一大学のクリストフ・ジャマン (Christophe Jamin) の見解である (J. Ghestin et M. Billiau, *Traité de droit civil, Les obligations, Les effets du contrat*, Paris, 1992, n° 1026 et suiv.)。ジャマンは、契約譲渡に関するエネスの一体説 (théorie moniste) が契約を財産としてとらえそれを客観化するものであるが、民法典一一三

四条(意思自治の原則)は契約を主観的なものと規定している、とする(Ghestin et Billiau, *ibid.*, n° 1043-n° 1045)。そして、かかる一三四条からは、「契約の」譲渡契約を締結したとしても、譲渡人は依然として相手方に対して債務を負い、「契約関係における当事者の一方を他の者と取り替える (*remplacer*) 作用をもたらす契約譲渡は認められない」と解している(Ghestin et Billiau, *ibid.*, n° 1046)。もっとも、相手方が契約を譲渡されたと主張する譲受人に承諾を与えた場合には、それ以降、その相手方と譲受人との間に当事者の関係が生じる。けれども、これは契約譲渡ではなく、相手方と譲受人との意思の合致により新しい契約(しかも、その内容は譲渡人と相手方との契約と同じである)が生じたのである、と説明する(Ghestin et Billiau, *ibid.*, n° 1047)。

以上の見解は、契約が譲渡可能な財産と異なる当事者間の関係であるということを前提に、契約「譲渡」(*cession*)を否定する。そして、それと同様の効果を、相手方の承諾を要件とした、当事者の「交替」ないし相手方と譲受人間の新しい契約によって説明するものである。

ところで、かかる見解は、契約当事者の交替を更改ないし指図によってしか認めないフランス民法典の規定、および、一九世紀以来の伝統的な解釈に合致する。そして、実際に、ジャマンも、「合意に基づく契約譲渡」の法制度を定着させるためには、債権の指図(*délégation de créance*)の法制度からアイデアを借り、かつ、「譲渡」という用語に内在する不確かさをなくすために、契約譲渡という表現を「契約指図」(*délégation de contrat*)という表現に代えることが望ましいであろう」と述べている(Ghestin et Billiau, *ibid.*, n° 1050)。

しかし、後に述べるように、判例、とりわけ近時の破産院判決(例えば、一九九二年一月七日の商事部判決)は、エネスをはじめとする近時の多数説に好意的であり、契約「譲渡」を正面から肯定している。それゆえ、契約譲渡そのものを否定するセリオおよびジャマンの見解がいかなる評価を得るかは、今後の問題である。

なお、セリオおよびジャマンも、「法律に基づく契約譲渡」の類型については、それが契約の「譲渡」であることを承認する。けれども、「」の場合には、法律が契約譲渡を規定し、契約の債務的効力の拡張を第三者に対してもたらすものであり」(Ghestin et Billiau, *ibid.*, n° 1053)、「」かも、「契約がある財産の附従物(*accessoire*)として移転され」、「無条件の契約譲渡ではない」(Seriaux, *ibid.*, p. 586)とする。

第四款 ま と め

一 契約譲渡の承認をめぐる議論

契約引受ないし契約譲渡の概念については、当初、分解説と一体説とが対立していた。この対立は、合意に基づく契約当事者の地位の移転の根拠を現行法の制度に見出しうるか、という問題に関するものでもあった。けれども、⁽¹⁴⁾より根本的には、「契約引受・契約譲渡」という制度を独自の法制度として承認しうるか否かの対立である。そして

フランス法を含めた大陸法の概観からは、分解説から一体説へ、という契約引受・契約譲渡の承認の過程をうかがうことができる。

ところで、右の議論をいち早く展開したのはドイツとイタリアであった。すなわちドイツでは、一九世紀半ばに債務の特定承継を認める債務引受が学説に承認され、B G Bが施行される前にはすでに分解説の萌芽が見られた。そして、一九二〇年代前半におけるドイツでの分解説と一体説の対立は、イタリア民法学に波及する。

ドイツにおいて右の議論が一体説に収れんし、契約引受が独自の法制度として確立したのは一九六〇年代のことである。それゆえ、契約引受の承認までに約半世紀の年月がかかったことになる。これに対してフランスでは、債務不移転の原則 (*principe de l'incessibilité de la dette*) の存在にもかかわらず、一九五〇年に「契約譲渡」の概念が導入されてからわずか一八年後に右の対立は収れんし、一つの法制度として定着した。かかる短期の間に契約譲渡が定着した理由としては、まず、ドイツで一体説が通説となり、イタリアおよびポルトガルの新民法典でも「契約譲渡」ないし「契約上の地位の譲渡」の明文が置かれたことを挙げうる。また、この時期には、概念法学が衰退し、法典に規定のない制度を承認しうる理論状況にあつたことも確かである。しかし、こうした外的要因にとどまらず、フランス法においても、従前から法律に基づく契約譲渡の類型に関しては議論の蓄積があつたこと⁽¹⁴⁵⁾、および、合意に基づく契約譲渡についても判例・実務がその存在を肯定していたことなど⁽¹⁴⁶⁾、契約譲渡を受容する素地ができていたことを忘れてはならない。

二 契約譲渡の要件・効果論について

ところで、合意に基づく契約当事者の地位の移転に関するドイツ——本稿では不十分にしか取りあげていないが——とフランスの議論を比較した場合、後者においては債権譲渡の對抗要件（二六九〇条）の適否が論点とされているのに対して、前者では債務引受に関する相手方の承諾のみが問題とされている、という差異が存する。かかる

差異は、両国の債権譲渡の構造の違い、すなわち、ドイツではフランス民法典一六九〇条に該当する規定が存在しない、ということに起因すると解される。そして、わが民法の債権譲渡はフランス民法に依拠し、その對抗要件の規定(四六七条)を有するため、この点に関するフランスの議論はわが民法の解釈論に有益であると考えられる。

他方フランスでは、ドイツおよびわが国におけると異なり、債務引受の制度が一般的には承認されていない。双務契約における債権債務の一体不可分性を強調し、債権譲渡とともに債務の移転を認めるエネスの見解が有力化している背景には、かかる債務引受の不存在をそれが回避しうる、という事情がうかがわれる。しかしそれだけでなく、エネスの見解は、契約譲渡を債権譲渡と同じ構造でとらえ、債務引受や更改よりも相手方の介入を小さくするという、より実践的な意図に基づく。また、エネス自らも認めているごとく、その見解は主として賃借権の譲渡をめぐる判例法理に支えられている⁽¹⁴⁴⁾。

そこで以下では、まず、次節において賃借権の譲渡をはじめとする若干の類型を扱ったのち、第三節で現在の契約譲渡論の主要な課題である要件・効果論等の理論的考察を行なうことにする。

なお、第四節では、比較法的考察のまとめとして前章および本章の全体を総括するとともに、契約譲渡の機能について言及する予定である。

(144) この点は、エネスも次のように指摘している。「契約譲渡の実現のプロセスについての一元性ないし二元性の議論は、不正確な議論であると考えられうる。それは真の問題、すなわち(契約譲渡の)作用の存在そのものの問題を覆い隠すものである」とする(Aynès, op. cit. (note 47), n° 74, p. 64.

(145) 前章参照。

(146) 本節第三款および次節参照。

(147) Aynès, op. cit. (note 47), n° 95, p. 76.

第二節 若干の類型的考察

第一款 検討の対象

一 序

前節では、フランスにおける「契約譲渡」概念の導入とその定着を、学説史の観点から叙述した。そしてそこでは、今日のフランス民法学が「契約譲渡」を独自の法制度として承認していることを明らかにしえた⁽¹⁾と考える。けれども右の概念は、わが国においても指摘されているように、「包括的かつ抽象的であり、したがってまた多義的⁽¹⁾でもある。それゆえ、契約譲渡の制度は、「非常に難解⁽²⁾」であり、その要件・効果についても議論が一致していない⁽²⁾。

そこで本節では、判例を中心に、合意に基づく契約譲渡に関する若干の類型を検討する。かかる類型的考察は、契約譲渡が現実に果たしている機能を明らかにするとともに、その対象および要件・効果を実務がいかに解しているかを知るうえで有益である、と考える。

二 対象の限定

ところで、合意に基づく契約譲渡が問題となる類型⁽³⁾は多様である。

まず、その要件・効果は法律に規定されているが、契約譲渡のイニシアティブが当事者に委ねられている、という意味での「合意に基づく契約譲渡」(cession conventionnelle de contrat réglementée par la loi)⁽⁴⁾として、前章で触れた、賃貸借契約の交換に関する一九四八年九月一日の法律第一三六〇号の七九条⁽⁵⁾、および、不動産開発契約(contrat de promotion immobilière)に関する民法典一八三一条の三が挙げられる。

また、狭義の「合意に基づく契約譲渡」の典型例としては、前節において言及した継続的供給契約の譲渡が挙げられる。⁽⁶⁾

本節で取りあげるのは、後者の類型に属する、賃借権の譲渡 (cession de bail par le preneur)⁽⁸⁾ および売買の片務予約の譲渡 (cession d'une promesse unilatérale de vente) の二つである。その理由は以下の通りである。

賃借権の譲渡に関しては、第一にそれが、合意に基づく双務契約の譲渡の最も古い例である、ということを目指しうる。すなわち、コード・シヴィルに明文を有し(一七一七条)、それをめぐる一九世紀から二〇世紀前半にかけての判例の集積が、「徐々に契約譲渡の基礎を築いた」とも評されている。⁽⁹⁾ それゆえ、賃借権の譲渡の検討は、フランスの契約譲渡を論ずるうえで不可欠であると考えられる。また第二に、従来のが国では、賃借権の譲渡(六一二条)を、債務引受論ひいては契約上の地位の譲渡論とは「無関係の問題として取り扱」ってきた。⁽¹⁰⁾ しかるに、次章で述べるように、わが民法六一二条は、構造が異なるとはいえ、フランス民法典一七一七条の影響を受けている。加えて、わが国でもフランスでも、賃借権の譲渡により賃借人が交替するという効果の点では差異がない。それゆえ、フランスにおける賃借権の譲渡の検討は、わが国の解釈論にとつても有益であると考えられる。⁽¹¹⁾

他方、片務予約はわが国になじみのない概念である。⁽¹¹⁾ けれどもフランスでは、近時、片務予約の譲渡について重要な破毀院判決が出されており、合意に基づく契約譲渡論の動向をうかがうためには、その検討が不可欠であると解される。

(1) 樺寿夫『注釈民法(1)債権(2)』(有斐閣、一九六五年)四七六頁。

(2) J. Ghestin, La transmission des obligations en droit positif français, La transmission des obligations, Paris et Bruxelles, 1980, n° 89, p. 66.

(3) Ph. Malaurie et L. Aynès (Droit civil, Les obligations, 2^e éd, Paris, 1990, pp. 419-420.) は、契約譲渡と区別されるべき類型 (faux exemples) として、次の三つを挙げている。

第一は、目的物の転売 (revente de la chose) である。すなわち、買主が目的物を転売した場合は、「同一の対象に関する独立した二つの(売買) 契約が順次に存在する」だけであり、「売買契約の譲渡ではない」。それゆえ、買主が代金を支払っていないとしても、もとの売主は転得者 (sous-acquéreur) に対して、右代金の支払の請求も解除もなさない。もっとも、「転得者がもとの売買の代金債務を負うことを承諾する場合」には、「契約譲渡により近づく」。しかしこの場合にも、もとの売主は転得者に対して解除訴権を行使しえず、このことは、「もとの契約が譲受人に譲渡されなかったことを示している」とする (ibid., n° 781)。

第二は、消費貸借契約の引受 (reprise de prêt) である。すなわち、ある物を取得するに際し借金をしてその代金を支払った買主は、その物を転売するときに、転得者が右貸金債務を負うことを望む場合がある。その例としてマロリー・エネスが挙げるのは、次のような場合である。

「一九八九年一月に、Aが代金一〇〇で不動産を取得した。Aは右金額を、B銀行から年賦金一〇、一〇年間で償還すべき消費貸借契約により借り受けて、支払った。一九九〇年一月に、Aは右不動産を代金一一〇でCに転売した。(この場合) Cは、消費貸借を引受け、かつ、要約した代金と貸金債務の未償還分との差額である二〇しかAに支払わない、とするのが簡便である」。

しかしマロリー・エネスは、この場合に問題となるのは「債務引受」であり、結局、「消費貸借契約の引受は契約譲渡ではなく、完全なし不完全な指図」の問題であるとする (ibid., n° 782)。

第三に、株主権 (droits sociaux) の譲渡も契約譲渡でない、とする。すなわち、その譲渡は「株主の地位」(qualité d'associé) という無体の権利 (droit incorporel) を対象とし、「会社契約における契約当事者の地位」の譲渡ではない、と説明する (ibid., n° 783)。もっとも、この点については異論もあり、マロリー自身は株主権の譲渡を契約譲渡であると解している (Ph. Malaurie, La cession de contrat, Cours de Doctat Paris II 1975-1976, Paris, 1976, p. 188)。しかしエネスは、前述の説明から、株主権の譲渡を、「契約譲渡よりむしろ(無体の権利の) 売買に類似する」ものとして把握している (L. Aynès, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, Paris, 1984, n° 291 et suiv., spéc. n° 292 et n° 294.)。

(4) この類型と狭義の合意に基づく契約譲渡との区別については、前章第一節参照。Cf. Ch. Larroumet, Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé, Bordeaux, 1968, n° 112 et suiv.

(5) 一九四八年法は、その後、一九八六年一月二三日の法律第一二九〇号により改正され、本稿第二章第一節(立教法学三九号九九頁)に引用した第七九条も、一九八六年法第二六条のIIIによって廃止された (J.C.P. 1987, III, 59552)。しかるに、一九八六年法を改正した一九八九年七月六日の法律第四六二号第九条 (J.C.P. 1989, III, 62913) では、一九四八年法第七九条と同様の規定が置かれている。すなわち、同条によれば、同一の所有者に属し、かつ、同一の集合建物内に位置する二つの住居を占有する二人の賃借人は、相互にその住居の交換を請求できる(一項)。そして、その場合には、「進行中の契約につき、各賃借人は当然に(その前主と) 入れ替わり、したがって、新しい入居者とはみなされない」(二項)と規定されている。

なお、一九八六年法が公布される前の居住用家屋の賃貸借契約には依然として一九四八年法が適用され、交換の対象となる住居の少なくとも

も一方に一九四八年法の適用がある場合には、一九八九年法第九条の適用はない(同三項)。それゆえ、この限りでは、一九四八年法第七九条が現在でも適用されることになる。

(6) 継続的供給契約の譲渡は、「双務契約の譲渡の一例」である。けれども、明文がなく、「完全に契約自由」の領域にある(Malaurie et Aynès, op. cit. (note 3), n. 785.) とされるためか、これに具体的に言及する文献・判例は意外に少ない。近時の判例としては、わずかに破毀院商事部一九八四年一〇月三〇日判決(Bull. civ. 1984, IV, n. 292; J.C.P. 1985, IV, 12)を指摘しうるにとどまる。その事案は次のようであった。Y石油会社はX給油会社の子会社であるA会社との間で、Aが大量に精油を買い取ることを考慮して、値引価格でAに精油を供給する契約を締結した。その後、XがAから右権利を取得し、YはXに精油を引渡したが、その代金として現行の通常価格をXに請求した。そこでXは、右代金の支払を拒み、Yに対してYA間で合意していた値引価格に引き下げるよう本件訴訟を提起した。原審は、右精油の引渡しが当事者の合意していない価格でなされたものと認め、Xの請求を認容した。Y上告。破毀院商事部は、原判決が一三四条(意思自治の原則)に反するとして、破毀差戻しとした。

右判決は、必ずしも明確ではないが、値引価格での精油の供給を拒んだY会社の意思を尊重したものと解される。

(7) なお、前者の類型(法律に規定された合意に基づく契約譲渡)については、次節で再び言及する。

(8) 本節で扱うのは、賃借人による賃借権の譲渡であり、前章で扱った、賃貸人による目的不動産の譲渡に伴う賃貸借関係の移転とは異なる。

(9) Aynès, op. cit. (note 3), n. 2.

(10) 椿・前掲書(注1)四七七頁。

(11) 片務予約については、わずかに、横山美夏「不動産売買契約の『成立』と所有権の移転(一)」早稲田法学六五巻二号二四―二五頁(一九九〇年)に紹介がある。なお、片務予約とわが民法の売買の一方の予約(五五六条)との関係については、横山・同前九一―一〇頁および同論文(二・完)早稲田法学六五巻二号二六八頁以下参照。

第二款 賃借権の譲渡(1)——法的性質

第一項 問題の所在

一 本款の目的

フランス民法典一七一七条は、賃借権の譲渡につき次のように規定する。

一七二七条 ①賃借人は、その権能を禁止されなかつた場合には、転貸する権利を有し、さらにその賃借権を他の者に譲渡する権利も有する。

②この権能は、全部または一部について禁止することができる。

③この条項は、つねに厳格である。

右の規定から明らかなように、フランスでは、賃貸人が禁止しない限り、賃借権の譲渡は自由に行なわれる⁽¹²⁾。問題となるのは、かかる賃借権譲渡の効果が賃借人の地位の移転をもたらすものであるか否か、換言すれば、その法的性質が双務契約の譲渡であるか否か、ということである。この問題は、とりわけフランスでは債務不移転の原則があるため、争われてきた。そして結論を先取りすれば、今日の判例および学説が、賃借権の譲渡を双務契約譲渡の典型例の一つであると解していることには、ほぼ異論がない⁽¹⁴⁾。しかし、その結論に到達するまでには学説の変遷があり、判例が主導的役割を果たしてきたことを見逃せない。そこで以下では、二〇世紀半ばまでのこの問題に関する判例および学説の展開を叙述する。かかる叙述は、今日その結論が一致しているため、う遠であるとも解される。けれどもわが国では、賃借権の譲渡が「債務引受論とは無関係の問題として取り扱われ」、契約上の地位の譲渡の一般論としても「売買の場合と比較すれば問題点ないし問題性がズレている」と理解されている⁽¹⁵⁾。それゆえ、賃借権の譲渡を契約譲渡の典型として位置づけるフランスの判例および学説の検討は、わが国の解釈論にとつても示唆を与えるに違いない。

二 具体的な論点

ところで、賃借権の譲渡に関して、二〇世紀半ばまでの判例および学説が問題とした具体的な論点は次の二点である。すなわち、第一点は、賃借権を譲り受けた者に対して賃貸人が直接訴権を有するか否かである。また第二点は、賃借権が転譲渡された場合に、第一賃借人ないし中間の賃借人が賃貸人に対して免責されるか否かである。

①	Cession permise	……………	Clause contraire permise
②	Cession permise	……………	Clause contraire interdite
③	Cession interdite	……………	Clause contraire permise
④	Cession interdite	……………	Clause contraire interdite

これらはいずれも賃借権の譲渡の効果論にかかわるものである。けれども第一点は、債務不移転の原則の存在にもかかわらず、賃借人に対する賃借人の債務が賃借権の譲受人に移転するか否かの問題である。それゆえ、まさに、一で述べたところの賃借権譲渡の法的性質の問題であると解される。

以下では、右の二点を併せて検討する。

(12) 賃借人の賃借権譲渡を禁止する条項が、「つねに厳格である」と規定する第三項の意味は必ずしも明確でない(Malaurie, op. cit. (note 3), p. 89 et suiv.)。しかし、右の条項に反して賃借権の譲渡がなされた場合、判例は次の三つの効果を認めている。すなわち、(1)当該賃貸借契約の解約(Com. 17 juillet 1965, Bull. civ. 1965, III, n° 443; 賃借権の譲渡に際し、公証人作成の公署証書を要する旨の条項に違反した事案。Civ. 3^e, 17 janvier 1969, Bull. civ. 1969, III, n° 50; Civ. 3^e, 18 juin 1969, Bull. civ. 1969, III, n° 492。譲渡に対する賃借人の承諾と公署証書の作成を要する旨の条項に反した事案)、(2)損害賠償(Civ. 3^e, 28 février 1973, Bull. civ. 1973, III, n° 159。賃借権の譲受人が、賃借権譲渡に承諾を要する旨の条項を無視して右賃借権を取得した自己の代理人に対して損害賠償(一九九二条)を請求した事案)、および、(3)条項に反して譲渡された賃貸借関係の期間満了後における更新拒絶の肯定(Com. 3 novembre 1965, Bull. civ. 1965, III, n° 559; Civ. 3^e, 7 mars 1972, Bull. civ. 1972, III, n° 153)の三つである。

もっとも、判例は、賃借人による賃借権譲渡の禁止ないし制限条項の「厳格」性を、権利濫用法理により緩和している、との指摘もなされている(Malaurie, *ibid.*, p. 92 et suiv.)。

(13) マロリーの指摘によると、賃借権譲渡に関する法律の規定には、次の四つの類型が存在する(*ibid.*, p. 89 = 上表参照)。
すなわち、第一は、譲渡禁止条項がない限り、原則として賃借権の譲渡が可能であるとするもの(①)であり、第二は、右条項の存在にもかかわらず譲渡が可能であるとするもの(②)である。また第三は、譲渡を認める条項がないと賃借権の譲渡ができないとする規定(③)であり、第四は、譲渡を認める条項があっても賃借権の譲渡が禁止されるとする規定(④)である。これらのうち、フランス民法典一七二七条は第一類型に属する。また、前節で触れた一九四八年九月一日の法律の第七八条は、(一九八九年七月六日の法律第八八条)は、第三の類型に属する。なお、わが民法六一二条も「賃借人ノ承諾」がないと賃借権の譲渡ができないと規定するため、基本的には第三類型に属していると考えられる。もっとも、わが民法六一二条がなぜこのような規定になっているのか、という問題については、次章で検討する予定である。

(14) 学説としては、Malaurie, op. cit. (note 3), p. 78; Larroutnet, op. cit. (note 4), n° 82 et suiv.; Aynès, op. cit. (note 3), n° 95 et suiv.; Ghestin, op. cit. (note 2), n° 90.

第二項 註釈学派の時代

一 序

ローマ法の時代には、家屋の賃貸借に関して、「賃借人がその一部ことに部屋を転貸することが普通に行なわれていた」と指摘されている。⁽¹⁶⁾ フランス民法典一七二七条は、かかるローマ法に従い、ガリ(Galli)によって起草されたものであった。⁽¹⁷⁾

もつとも、一八〇三年一月三十一日に國務院(Conseil d'Etat)で行なわれた審議では、賃借人に転貸および賃借権を譲渡する権利を認めることにつき議論がなされている。⁽¹⁸⁾ すなわち、プレ(Plet)は、所有権者の承諾なしに右の権利を賃借人に認めることが、「所有権の利益と所有権者に払われている尊重とに合致しがたい」とする。これに対し、ビゴ・プレアムヌー(Bigot-Préameneu)は、右の権利が家屋の賃借人にしか認められず、農地の小作人には認められない、と説いたが、ラクユエ(Lacue)は、そのように限定しても、賃借人が当該家屋を「汚らしく、迷惑な、あるいは危険な仕事をする者」に占有させうるため、右権利には依然として「大いなる不都合」があるとする。結局この論争は、次の三つの理由により、原案が維持されることで収められた。すなわち第一に、賃借人は、所有権者と同様に、自由に賃借物を使用する権利を有し、第二に、所有権者も「草案が認めるごとく、特別の要約によって」賃借人の権利に対処しうることが挙げられる(以上、カンバセレス(Cambacères))。加えて第三に、プレが危ぐする不都合に対しては、民法典一七二九条の賃貸人の解除権⁽¹⁹⁾により応じうるものが指摘されている(ビゴ・プレアムヌー)。

しかし、一七二七条による賃借権譲渡の効果については、民法典の起草過程ではなんら議論がなされていない。

それゆえ、この問題は、後の判例および学説に委ねられたのであった。

二 賃貸人の譲受人に対する直接訴権

(1) 註釈学派の見解

賃借権譲渡の効果に関する一九世紀後半の通説的見解は、賃貸人の譲受人に対する直接訴権を否定するものであった。その代表としてここでは、ローラン (Laurent) の見解を引用する。

ローランは、まず、賃借権の譲渡を債権の売買、すなわち債権譲渡であると解している。⁽²⁰⁾そして、「賃貸人が譲受人に対して直接訴権を有するか」という問いは「ナンセンスである」とする。なぜなら、「債権を譲渡しようとしても、債務を譲渡しえない」のだから、「譲受人は、賃貸人に対する賃借人の権利を買うが、賃借人の債務を買うことはない」と主張する。⁽²¹⁾それゆえ、ローランの見解によれば、譲受人は賃貸人にその権利を行使しうるが、賃貸人は譲受人になんら債権を有しないことになる。

もつとも、ローランも、賃貸人が譲受人に対して間接訴権 (債権者代位権¹¹一六六条) を行使することは可能であるとみる。けれども、譲受人が譲渡人に賃借権の代金を支払ってしまえば、「譲渡人は譲受人になんら債権を有しない」から、賃貸人は右訴権も行使しえないことになる。⁽²²⁾

右の通説的見解は、債務者がその債務を譲渡しえない、とする債務不移転の原則に従うものである。⁽²³⁾

これに対して、賃貸人の譲受人に対する直接訴権を肯定する有力な見解も存在した。けれども、その論拠は必ずしも一致していない。

例えば、トロロンは、転貸借および賃借権の譲渡後も、「賃借人が依然として賃貸人に債務を負うのみならず、さらに：賃借権の譲受人も賃貸人に「賃料支払の義務を負う」とし、その理由を譲受人が所有者の物を占有していることに求めている。⁽²⁴⁾

また、オーブリー＝ローは、「賃借権の譲渡が、賃借人に付与されないし負わされている、権利および義務の移転から成る⁽²⁵⁾」と主張する。その論拠は、「ある種の義務に服する権利は、その義務とともにしか譲渡しえない⁽²⁶⁾」という点に存する。

さらにギユアールは、より明確に、賃借権譲渡により「譲渡人が譲受人にその権利と義務とを移転」することを認めている。そして、債務を移転しえないとするローランの見解に対しては、確かに、「第三者に債務を負わせることにより自己の債務を免れえない、という意味では、第三者に債務を移転しえない」けれども、債務者がその債務を負ったまま自分の代わりに「その債務を支払うよう第三者に負担を負わせることは許される」と主張する。そして、これがまさに「賃借権譲渡の本質である」とする。すなわち、「賃借権は積極および消極に譲受人に移転され、譲受人は賃貸人⁽²⁷⁾にその債務の履行を請求しうるとともに、賃貸人は譲受人に譲渡された賃貸借に含まれている債務の履行を請求しうる。ただし、賃貸人は、譲受人から満足を得られない場合には、次に譲渡人に（債務の履行を）請求することができる」と結論する。

右のオーブリー＝ローおよびギユアールは、賃借権の譲渡を債権・債務の移転として理解していた。けれども、かかる見解は少数説にとどまっていた。

(2) 判例の見解

しかしこの時期の破毀院の立場は、以下に述べるように、通説的見解に反して賃貸人の譲受人に対する直接訴権を肯定している。

【9】破毀院民事部一八五七年一月二六日判決 (D. 1858, I, 104)

事案はおよそ次のようであった。製糖所を共有するAおよびBは、一八四五年に、Xの所有する土地を年三七五

○キログラム分の砂糖の代金を賃料として借り受けた。その後A・Bはそれぞれ自己の持分をCおよびYに譲渡したため、Xが右賃貸借契約に基づいて両者に右賃料の支払いを請求した。しかるにYは、右賃貸借にはなんら拘束されず、Xに対して現実に収穫された砂糖きびの代金しか支払義務を負わないと主張し、Xが本件訴訟を提起した。原審はXの請求を認容し、Yが上告した。破毀院民事部は、「他人の権利の行使を代位する者は、その権利の存在に結びつけられた債務を負う」との理由で、原審の判断を支持し、Yの上告を棄却した。

【10】破毀院審理部一八六三年一月四日判決 (S.1863, I, 539 ; D.1864, I, 38)

事案は複雑であるので単純化する。一八五三年二月に、未成年者Yの後見人がYの土地をAに賃貸した。この賃貸借契約は、右土地にミネラル・ウォーターの泉源が存在するか否かを調査するためになされたもので、期間は一年であった。ただし、右泉源が発見された場合には、賃料を一年に三〇〇フランとし、存続期間を三〇年間とする旨の合意がなされていた。同年七月にAは右賃借権をXに譲渡し、XはYに債権譲渡の通知(一六九〇条)をした。しかるにその後、成年に達したYとXとの間に紛争が生じ、Xが賃料の支払を拒絶したため、YはXの動産につき仮差押命令を得た。そこでXは、一八五三年二月の賃貸借契約の当事者ではなく、Yに対してなんら賃料支払義務を負うものではない、と主張して異議を申し立てたのが本件訴訟である。原審はXの請求を棄却し、Xが上告。破毀院も次のように判示して、Xの上告を棄却した。すなわち、「Xは、一八五三年二月五日の賃貸借契約の利益を享受するという明白な意思を表明していた。それゆえ、(賃借権の)譲受人(=X)が、……右契約上の権利を要求し、かつ、その契約が課す(右権利と)相関的な債務を免れるというのは、すべての法の諸原則に反することになる」。

【11】破毀院審理部一八七〇年五月二三日判決 (S. 1870, I, 283 ; D.P. 1872, I, 90)

事案は複雑であるので単純化する。Xは自己の土地を工場用地としてA会社に賃貸した。その際、XA間では、AがXの明示の承諾なしに右賃借権を転貸ないし譲渡することを禁ずる旨の特約がなされていた。しかるにA会社は解散し、右賃借権はXに無断でY会社に譲渡された。そこでXはY（およびA会社とその精算人）に対し、賃借借契約を解除して、現状回復に要する費用、解除までの賃料および損害賠償を請求した。原審は、Xの請求を認容し、一二〇〇〇フランの賃料と二四〇〇〇フランの損害賠償の支払いをYに命じた。そこでYは、XA間の賃借借契約上の義務を負わないことを理由として上告した。破毀院審理部は、Yが、任意にAに代わり、右賃借借から生ずる利益を得たのと同様に、Aの債務を負うことをも承認した旨を判示した原審を支持し、Yの上告を棄却した。

以上の破毀院判決からは、一九世紀後半にはすでに、賃借借契約における債権債務の相関性が肯定され、一七一七条に関しては債務も譲受人に移転する、ということが判例法上確立していた、と解される。⁽²⁸⁾

三 賃借権の譲渡人の免責について

ところで、賃借権の譲渡により譲受人に賃借借契約上の債権債務の移転が認められると、次に問題となるのが、それにより譲渡人が賃貸人に対して免責されるか否かである。とりわけ判例上問題となったのは、賃借権が転譲渡された場合に、中間者である旧賃借人が免責されるか、という点であった。この問題に関する一九世紀後半の代表的判例としては、次の破毀院判決を挙げることができる。

【12】破毀院民事部一八七六年六月一九日判決 (S. 1876, I, 465 ; D.P. 1877, I, 57)

一八五九年一月にXは、自己の所有する家屋をY₁に、年三〇〇〇フランの賃料で賃貸した。右契約には賃借権譲

渡を禁止する条項がなかったため、右賃借権は Y_1 から Y_2 へ、さらに Y_3 、 Y_4 へと転讓渡された。しかるに Y_4 が三分の賃料の支払いを怠ったため、 X は前記賃貸借契約を解除する(一七四一条)とともに、 $Y_1 \cdot Y_2 \cdot Y_3 \cdot Y_4$ に対して連帯して未払賃料および損害賠償を支払うよう求めた。第一審(セーヌ地方裁判所一八七三年三月二九日判決)は次のように判示して、 $Y_1 \cdot Y_4$ に対する請求のみを認容し、 $Y_2 \cdot Y_3$ に対する請求を棄却した。すなわち、「賃借権の讓渡の場合、賃貸人は、その意思の効果のみによつては双務契約から生ずる債務を免れない最初の賃借人、および、(賃借)場所を占有している讓受人を債務者とする。そして、賃貸人と契約をしていない中間の讓受人は、その占有に応じその期間内でのみ、賃貸人に対して義務を負う。それゆえ彼らは、各自の讓渡人により訴えられるにすぎない」とする。 X 控訴。原審(パリ控訴院一八七四年六月二三日判決)も第一審判決を支持したため、 X は上告した。破毀院民事部は、次のように判示して、 Y_2 および Y_3 に対する請求を棄却した原判決を支持し、 X の上告を棄却した。

「賃貸借の讓受人は、賃借人の権利を取得することにより、まさにそのことのゆえに、所有者に対して右の権利と相関的な(correlative)義務に服する。けれども、讓受人はその範囲でのみ、つまり、右の権利を有している間に彼によって引受られた債務についてのみ負担を負うのである。それゆえ、∴民法典一七一条により讓受人に認められた、転得者(sous-cessionnaire)のためにその権利を手放す権能を使うことにより、讓受人は、(賃借権の讓渡と)同時に将来に向かつて、当該権利の行使に排他的に結びつけられた債務を負うことをやめうるのである」。

右判決は、最初の賃借人(preneur originaire)および現に目的物を占有している讓受人が賃貸人に対して義務を負うことを前提とする。そして、中間の讓受人(cessionnaires intermédiaires)は、賃貸人に対して、賃借権を有している間のみ債務を負い、賃借権の讓渡後には当然に免責される、と解するものである。

かかる破毀院の見解は、下級審判決により支持されたばかりでなく、オーブリー・ローの教科書でも引用されている。⁽³⁰⁾

しかし破毀院が、最初の賃借人と中間の譲受人とを区別する理由は、必ずしも明らかではない。すなわち、理論的には、賃貸人に対する前者の債務を肯定するならば後者も同様に解し、あるいは、後者の債務を否定するならば前者のそれも否定に解した方が一貫する。

この問題を最初に指摘したのは、ギユアールであった。⁽³¹⁾けれども彼は、破毀院の解決が「明らかに、実務の観点では最も優れている」⁽³²⁾と解し、その理論的正当化を試みた。すなわち第一に、賃借人 (preneur originaire) と異なり譲受人は、賃貸人に対して、権利を有しかつその期間内でのみ義務を負うものであるため、右権利を譲渡した時に義務もなくなる、と主張する。⁽³³⁾また第二に、譲受人は譲渡契約の解除 (résiliation) により賃貸人に対する債務を免れるのであるから、それと同様に「新しい (賃借権の) 譲渡」によってもその債務を免れる、と説明する。⁽³⁴⁾

右のギユアールの解釈は、二〇世紀にはいると否定される。しかし、彼による問題点の指摘は、後に正当なものとして学説に受け入れられ、やがては破毀院の判例を変更させることになるのである。

四 小 括

賃借権の譲渡 (二七二七条) に関して、一九世紀末の註釈学派は一般に、譲受人への債務の移転を否定していた。しかし、この時期の判例はすでにそれを肯定に解していた。加えて、賃借権が転讓渡された場合に、賃借人は免責されないが、中間の譲受人は当然に免責されるという解釈が、確立した判例法理となっていたことは注目に値する。

(16) 船田亨二『ローマ法Ⅱ第三卷』(岩波書店、改版、一九七〇年)一九二頁。

(17) 一八〇四年二月二九日に立法院 (Corps législatif) で行なわれたガリによる趣旨説明では、賃借物を収益目的で他の者に貸すことが禁じ

- ふむらるるのローマ法の規定 (Nemo prohibetur rem quam conduxit, fruendam alii locare, si nihil aliud conventit. = L. 16, Cod. de Locato. L. 60, ff. eodem) を用ひたる (P.A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, t. XIV, W-Germany, 1968 (Réimpression de l'édition 1827), pp. 312-313 ; Loaré, La législation civile, commerciale et criminelle de la France, t. XIV, Strasbourg et Londres, 1828, p. 409)°
- (81) Fenet, *ibid.*, p. 236 ; Loaré, *ibid.*, pp. 330-331.
- (19) フランス民法典一七二九条(草案三五条)は次のように規定する。すなわち、「賃借人が賃借物を、それにあてられた使途以外の使途またはその結果賃借人に損害が生じることがある使途に用いる場合には、賃借人は、事情に従って賃借借を解除することがある」。
- (20) F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. XXV, Bruxelles et Paris, 1877, n° 205, p. 234.
- (21) Laurent, *ibid.*, n° 211, p. 239.
- (22) Laurent, *ibid.*
- (23) この点の回註の長髄とつて T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du code civil*, t. II, Paris, 1897, n° 282 ; J.-E. Labbé, *Note*, Paris 29 février 1876, S. 1876, 2, 329. なる A.M. Demante et E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de code civil*, t. VIII, Paris, 1873, n° 163 bis II, p. 242 et suiv. なる 賃借権譲渡を単なる債権譲渡であると解して、なるの証明せよと、譲受人に対する賃借人の訴権を認めらる。
- (24) R.T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code de l'échange et du louage*, t. I, Paris, 1840, n° 128, pp. 331-332.
- (25) C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, 4^e éd, Paris, 1871, § 368, p. 492.
- (26) Aubry et Rau, *ibid.*, note 18.
- (27) L. Guillouard, *Traité du contrat de louage*, t. I, 2^e éd., Paris, 1887, n° 340, pp. 362-363.
- (28) なるの回註の上級審判決とつて Paris, 22 juin 1894, D.P. 1895, 2, 71 ; Paris, 31 décembre 1896, D.P. 1897, 2, 515 ; Toulouse, 20 juillet 1897, S. 1899, II, 195. なる。
- (29) 上級審判決とつて Paris, 29 février 1876, S. 1876, II, 329, note J.-E. Labbé ; Paris, 7 février 1877, S. 1878, II, 15 ; Paris, 11 février 1879, S. 1879, II, 82 ; D.P. 1879, II, 135 ; Lyon, 30 juin 1887, S. 1889, II, 180 ; D.P. 1888, II, 59 ; Paris 31 décembre 1896, D.P. 1897, II, 515 ; Trib. paix Boissy-Saint-Léger, 11 juin 1902, *Gaz. Pal.* 1903, I, 22 ; Paris, 12 novembre 1920, S. 1921, II, 51.
- (30) C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. V, 5^e éd. par G. Rau, Ch. Falcaimaigne et M. Gault, Paris, 1907, § 368, p. 337 note 18 *quinquies*.
- (31) Guillouard, *op. cit.* (note 27), n° 347.
- (32) Guillouard, *ibid.*, n° 348. ギュブールは、最初の賃借人と目的不動産を占有している譲受人とが賃借人に対して債務を負うため、賃借人の利益が充分に保護されているとする。他方、中間の譲受人にとつても、判例の解決は、目的不動産の利用と関係がある訴権を免れることにな

るため、望ましいものである、と解している。

(33) Guillaouard, *ibid.*, p. 370.

(34) Guillaouard, *ibid.*, p. 369.

第三項 二〇世紀前半における展開

一 学説の展開

一七一七条に関する二〇世紀前半の学説は、一致して賃貸人の譲受人に対する直接訴権を肯定する。

もつとも、その理論的根拠については見解が分かれ、一方では、第三者のためにする契約 (*stipulation pour autrui*) を援用する見解も存在する。例えば、コラン (Colin) 、「キャピタン (Capitant) の教科書は、次のように説明している。

「(賃借権の) 譲渡人は、他の占有者 (＝譲受人) と代わる場合に、賃貸人に対する債権を譲渡するとともに、……右譲受人が今後は所有者に直接に (賃料を) 支払うべき旨の要約をすることを欲している。したがって、所有者を賃借権の譲受人の債権者としたのは、第三者のためにする契約である」⁽³⁵⁾。

しかし多数説は、一七一七条を債務関係の移転 (*transmission des obligations*) の考え方によって説明する。

例えば、科学学派の先駆をなしたポダン (Baudant) は、賃借権の譲渡を、「賃貸借契約から生ずる権利の移転、……換言すれば、賃貸借契約が賃借人に付与しかつ課している債権・債務の移転」である、と解している。⁽³⁶⁾

また、後のプラニオル・リペールの教科書でも、「(賃借権の) 譲渡が、譲受人に債権債務を同時に移転する」ことを認めている。⁽³⁷⁾⁽³⁸⁾

このように、法律構成については若干の対立があるものの、学説が一致して賃貸人の譲受人に対する直接訴権を

認めたのは、それを一貫して肯定した一九世紀の判例の影響によるものである、と考えられる。そして、この時期の学説の関心は、右の論点よりもむしろ、中間の譲受人の免責の可否に向けられていたのであった。

この問題について、最初に判例の立場を批判したのは、ボードロイ・ラカンティヌリー・ヴァールの教科書であった。すなわち、ボードロイ・ラカンティヌリー・ヴァールの採る結論は、「貸貸人がその訴権をすべての連鎖的譲受人 (cessionnaires successifs) に対して主張しうる」とするものである。なぜなら、「(貸貸人の) 直接訴権は、譲受人により取得された貸貸人に対する契約 (engagement) に基礎づけられるものであり、かかる契約はすべての連鎖的譲受人に取得され、かつ、何人も債権者の同意 (consentement) なしには他人に対する債務を免れえない」からである。⁽³⁹⁾

しかるに判例は、右の見解とは異なり、「貸貸人の直接訴権が排他的に現時点の譲受人に対して存在し、それ以前の前譲受人に対しては存在しない」と解している。⁽⁴⁰⁾ このような判例の見解を、ボードロイ・ラカンティヌリー・ヴァールは、「衡平および実務的考慮の観点では賛成しななければならない」としつつも、それを理論的に正当化しようと試みたギユアールの見解を詳細に批判する。⁽⁴²⁾ すなわち、第一に、ギユアールの見解は、債務関係の永続性 (perpetuelle) の原則になんら答えていないとする。また第二に、譲受人が一定期間のみ債務を負う意思であった、ということとはあまり重要でない。なぜなら、譲受人の債務は彼の意思ではなく原則の結果として生ずるものであり、かりに意思を重視すると、目的物の利用期間内においても貸貸人に対する債務の放棄を認めざるをえなくなるからである。さらに第三に、賃借権の譲渡は最初の賃借人 (preneur) を免責するものではなく、中間の譲受人も右賃借人と同じ条件で貸貸人に債務を負うはずであるとする。そして最後に、ギユアールは、賃借権の譲渡とその譲渡契約の解除とを同様に解していたが、両者はまったく異なるものであることを指摘している。

かかるボードロイ・ラカンティヌリー・ヴァールの見解は、賃借権譲渡により譲渡人が当然には免責されないこ

とを前提として、賃借人 (preneur) も中間の譲受人も同じく賃借人に対して債務を負うことを認めるものである。右の見解に同調したのが、プラニオル・リペール・ペローであった。すなわち、同教科書は、「賃借人に、最初の譲受人に対する直接訴権を否定するならば、必然的に連鎖する譲受人に対する直接訴権も認められえない」。しかし、「判例が右訴権を認めているのだから、賃借人にすべての連鎖する譲受人に対する直接訴権を認めるのが論理的である」とする。⁽⁴³⁾そして、従来の判例の解決は、「法律的には、最初の譲受人に対する賃借人の直接訴権の付与を基礎づける諸原則との一致が大変難しい」と批判する。⁽⁴⁴⁾

かかる学説の批判を浴びて破毀院も、最初の賃借人を含めてすべての譲受人に対する賃借人の直接訴権を肯定するか、あるいは、現に目的物を占有している最後の譲受人を除くすべての者に対するそれを否定するか、の二者択一の解釈を迫られることになる。

二 判例の展開

右のような学説の批判に依って、一九二〇年に破毀院民事部はついに、一八七六年の【12】判決を変更した。

【13】破毀院民事部一九二〇年七月二〇日判決 (S. 1921, I, 79)

事案はおよそ次のようであった。一九〇八年六月二三日、Yはその所有する店舗をAに、ワイン・バーとして利用すべく賃貸した。その後右賃借権は、AからX (第一次大戦で戦死)、XからBへと順次譲渡され、現在はBが右店舗を占有している。しかるにBは、右店舗の利用を逸脱し、相次いで騒ぎを起したため、警察に同店を閉めるよう命ぜられた。そこでYは、BおよびX (の未亡人) に対する賃貸借契約の解除を、一九一八年三月九日の法律一〇条二項⁽⁴⁵⁾に基づき調停委員会 (commission arbitrale) に申し立て、同委員会もこれを了承した。これに対してXは、賃借権の中間の譲受人であるためならBの債務不履行に参与していないことを理由に、右委員会の決定

(sentence) に異議を申し立てた。破毀院民事部は、次のように判示してXの上告を棄却した。すなわち、「賃借権の譲渡人は、譲受人と連帯して (conjointement)、賃料の支払義務のみならず、民法典一七二八条・一七二九条に基づき、善良な家父として賃借物を使用し、かつ、賃貸借契約で定められている用途と異なる用途で賃借物を用いてはならないとする義務をも負う」。

右判決は、中間の譲受人であるXの賃貸人に対する義務を肯定する点で、明らかに一八七六年判決の解決と矛盾する。けれども本件の事案は、そもそも一九一八年三月九日の法律一〇条二項の適用により、調停委員会が賃貸借契約の解除を決定したものである。それゆえ学説は、これをやや特殊なケースととらえ、破毀院による決定的な判例変更であるとは解していなかった。⁽⁴⁶⁾

かかる状況の下で出された判決が、次の破毀院民事部の注目すべき判決であった。

【14】破毀院民事部一九四七年一月七日判決 (J.C.P. 1947, II, 3510, obs. J. Becque)

事案は明確ではないが、およそ次のようであったと考えられる。Aの所有する商業用店舗の賃借権が転譲渡され、現在はBが譲受人となっている。この賃貸借契約の期限満了に際し、Aは、右契約中の条項に基づき、最初の賃借人であるXおよびBに対して、賃借場所を修繕して返還するよう請求した。そこでXは、右の目的を達するために、中間の譲受人Yに対して右修繕を請求したのが本件である。原審は、そもそも賃貸人も最初の賃借人および賃借物を現に利用している譲受人に対してしか権利を有さず、すべての中間の譲受人はなんら債務を負わないことを理由に、Xの請求を棄却した。X上告。破毀院民事部は次のように判示して、原判決を破毀し、事件をカーン控訴院に差戻した。

「民法典一七二七条・一七二八条⁽⁴⁷⁾の結果、特別の合意ないし特段の事情のない場合には、賃借権の順次の譲受人 (cessionnaires successifs) は、まさに賃貸借の双務契約譲渡 (cession du contrat synallagmatique) の効果により、賃貸人の債務者になる。すなわち、譲受人は、その資格で、しかも権利を再譲渡したにもかかわらず、賃貸借契約の期限満了まで、依然として賃貸人に対し右契約から生ずる債務を負う。そして、賃貸人に対して履行の責を負っている賃貸借契約の履行を自らが追及する最初の賃借人 (preneur primitif) は、賃貸人と同一視されねばならない」。

右の判決は、次の二点で注目される。

まず第一点は、賃借権の転譲譲渡の場合に、中間の譲受人の免責を認めないという一九二〇年判決【13】の法理を、確立した判例法理としたことである。すなわち、ベケは、右の判決で「民事部が、賃貸借の期限満了まで、中間者をも含むすべての譲受人に対する賃貸人の直接権の存在を認めた」ことにより、「破毀院は、一八七六年に採った立場を決定的に放棄した」と評している⁽⁴⁸⁾。

第二に、右の結論を導くに際して破毀院が、賃借権の譲渡を「双務契約の譲渡」であると明示している点が注目される。すなわち、この判決は、「契約譲渡」の概念を初めて承認したものであり、その直接の効果として賃借権の譲受人が賃貸人に対して債務を負う、と解している点に特色を有する⁽⁴⁹⁾。しかも破毀院は、契約譲渡の効果として譲渡人が当然には免責されず、賃借権が転譲譲渡された場合にすべての譲受人が賃貸人に債務を負い続ける、としている点も注目されよう⁽⁵⁰⁾。

右の一九四七年判決は、賃借権譲渡の法的性質とその効果論とを一挙に解決するものであった。そして、当時の学説は前者の問題については批判的であつたけれども⁽⁵¹⁾、破毀院は、以下の判決に見られるようにその立場を堅持し

てゆく。

【15】 破毀院社会部一九五四年一月二日判決 (D. 1955, I, 22 ; Rev. trim. dr. civ. 1955, 334, obs. J. Carbonnier) 事案はおよそ次のようであった。Aの家屋を賃借しているXは、Bを代理人として、本件賃借権をYに譲渡した。しかるに、当該譲渡契約には代金についての取り決めがなかった(ただし、判旨で述べるように、実際にはBが代金を横領していた)。そこでXは、右譲渡契約が、代金を定めていないため無効であるか、さもなければBが締結する権限を有していない贈与契約を構成するとして、Yに当該契約の無効を主張した。原審はXの請求を棄却したので、Xが上告。破毀院社会部は、次のように判示してXの上告を棄却した。

「(原審の)ポワティエ控訴院は、正当にも次のように判示した。すなわち、賃借権の譲渡は、譲受人のための債権譲渡のみならず賃料の支払債務および賃貸借の諸条件を履行する債務の譲受人への移転からなる、特別な性質(nature particuliere)の契約である。それゆえかかる合意は、売買に類似したものではなく、必然的に代金の要約を含むものではない。さらに、控訴院が指摘するように、本件の場合には、一九四〇年一月二七日に作成された公署証書には代金が表示されていなかったけれども、総額二〇万フランがXの不誠実な代理人であるBに交付され、Bがそれを横領した(という事情が存する)」。

右判決の事案では、Bが横領したにせよ、現実には賃借権の譲渡代金として二〇万フランが支払われている。それゆえ裁判所は、本件契約には代金の取り決めがなされていた、との理由でXの請求を棄却することも可能であったと解される。その意味では、賃借権譲渡を「特別な性質の契約である」と判示した部分は、傍論にすぎない。けれどもこの判決は、一九五一年にテレスが「提示した契約譲渡の分析に近づく」ものであり、「賃借権譲渡の奇妙

な様相に（学説の）注意を引き付けた」判決である、と評されている⁽⁵²⁾。

さらに右判決の二年後に、破毀院社会部は、一九四七年の民事部判決【14】を確認する次の判決を出している。

【16】破毀院社会部一九五六年一月九日判決（Gaz. Pal. 1957, I, 120 ; Rev. trim. dr. civ. 1957, 357, obs. J. Carbonnier）

X所有の農地の賃借人であるAがその賃借権をYに譲渡し、YはXの承認（ratification）を得て右賃借権をBに譲渡した。しかるにBが賃料を支払わないため、XがYに賃料を請求した。原審は、XがYの賃借権譲渡に許可を与えていることを理由にYの免責を認めて、Xの請求を棄却した。X上告。破毀院社会部は、次のように一九四七年判決の判旨を再説して、原判決を破毀した。

「賃借権の順次の譲受人は、まさに賃貸借の双務契約譲渡の効果により、賃貸人の債務者になる。そして、（右譲受人は）その資格で、しかも権利を再譲渡したにもかかわらず、賃貸借契約の期限満了まで、依然として賃貸人に對して右契約から生ずる義務を負う⁽⁵³⁾」。

右の判決により、賃借権の譲渡を双務契約の譲渡である、と解する破毀院の立場が確認された。そして、こののちも破毀院は、賃借権の譲渡を更改と區別する判決を出し⁽⁵⁴⁾、右の立場を今日に至るまで堅持しているものと考えられる。

四 小 括

民法典一七一七条の賃借権譲渡に関しては、一九四七年判決以降、双務契約の譲渡であると解する判例法理が確立する。そして学説は、次節で述べるように、かかる判例法理を出発点として契約譲渡の理論を展開し、賃借権譲

渡を契約譲渡の一類型である、と解することに異論はない。それゆえ、契約譲渡の検討に際しては、賃借権譲渡の考察が不可欠であると考えられる。

そこで以下では、要件および効果を中心に一九五〇年以降の賃借権譲渡の判例を概観する。

- (35) A. Colin et H. Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t. II, 4^e éd. Paris, 1924, pp. 538-539.
- (36) Ch. Bédant, Cours de droit civil français. La vente et le louage, Paris, 1908, n° 532.
- (37) M. Planiol et G. Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. X, avec le concours de J. Hamel et B. Perreau, Paris, 1932, n° 560, p. 695 (par Perreau). もつとも「ローは「他方で、賃借権の譲渡が第三者のためにする契約に分析される」とも述べらるる (Planiol et Ripert, *ibid.*)。それゆえ、同書は、賃借人の譲受人に対する直接訴権を認めるものの、その法律構成についてはあまり関心を示していない」と解される。
- (38) このほか、同書の見解によつて G. Baudry-Lacantinerie et A. Wahl, Traité théorique et pratique de droit civil, t. XX, Du contrat de louage, t. I, 3^e éd., Paris, 1906, n° 1140 ; L. Josserand, Cours de droit civil positif français, t. II, Paris, 1930, n° 1226.
- (39) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *ibid.*, n° 1161.
- (40) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *ibid.*
- (41) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *ibid.*
- (42) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *ibid.*
- (43) Planiol et Ripert, *op. cit.* (note 37), n° 562 (par Perreau).
- (44) Planiol et Ripert, *ibid.* なお、ここでいう「諸原則」については、オーブリー・ローおよびボードレイ・ラカンティニエールの教科書が脚注に挙げられている。それゆえ、譲受人への賃借上の債権債務の移転を示唆しているものと解される。
- (45) 一九一八年三月九日の法律は、賃借契約についての戦時における特則を定めたもので、第一編では、賃借契約の一方当事者が戦死した場合に、右契約解除につき、調停委員会が介入する旨を定めている。本件では、賃借権の譲受人である X が戦死しているため同法が適用され、「賃借人が善良なる家父として賃借場所を利用していない旨を証明」した「賃借人の請求により」(一〇条二項)、調停委員会が賃借契約の解除を決定したのである。
- (46) Note anonyme, S. 1921, I, 79 ; Planiol et Ripert, *op. cit.* (note 37), n° 562, p. 700 note (4)。
- (47) 民法典一七二八条は、賃借人の主たる義務を二つ規定する。すなわち、一つは、「善良な家父として、かつ、賃借契約がその物に与えた用途または合意がない場合には状況から推定される用途に従つて、賃借物を使用すること」であり、もう一つは、「合意した期限に賃料を支払うこと」である。

(48) J. Becqué, *Observation*, J.C.P. 1947, II, 3510.

(49) この点につき、債務不移転の原則を前提とするべしは、依然として、「第三者のためにする契約による説明が最も満足しうるものである」と主張し、破毀院の立場を批判している (Becqué, *ibid.*)。

(50) 一九四七年判決を評釈したカルボニエは、その理論構成を批判しつつも、結論を評価している。すなわち、「民事部によって援用された双務契約譲渡の概念に関して」は、「債権譲渡と混ざった真の債務譲渡 (もとの債務者の免責を伴う) を認める」点に「固有の利益」があり、それを否定する「判決の理由づけはまったく説得力がない」とする。けれども判決が債務者の免責を認めないことの背景には、「中間の譲受人が実際に、賃貸人の被った損害につき原因となる役割を果たしていた」という事情があるとして、その結論を肯定している (J. Carbonnier, *Observation*, *Rev. trim. dr. civ.* 1947, p. 202)。もっとも、次節で述べるように、カルボニエ自身は後に、一九四七年判決の論理を肯定するようになる。

(51) Becqué, *op. cit.* (note 48) ; Carbonnier, *ibid.*

(52) J. Carbonnier, *Observation*, *Rev. trim. dr. civ.* 1955, p. 334.

(53) この判決の事案では、第一に、賃借権譲渡に賃貸人の承認があることが注目され、原審はこの点を重視してYの免責を認めている。しかし第二に、本件事案は農地に関するものであるため農地法八三二条の適用があり、農地賃借権の譲渡は賃貸人の承諾があっても無効であるとされている。それゆえ、本件における賃貸人の承認は、「利害関係者が右の無効に目をつぶるための同意であった」(J. Carbonnier, *Observation*, *Rev. trim. dr. civ.* 1957, p. 357)と評価しうる余地があり、債務者の免責にはその旨の「明示の」表明が必要であるとす指図の規定(一二七五条)に照らせば、破毀院の結論が容認されうる (Note anonyme, *Gaz. Pal.* 1957, I, 121)。したがって本件では、裁判所が、さらに「右の賃貸人の承認の性質がいかなるものであったかを探究しなければならなかった」と考えられる (Carbonnier, *ibid.*, p. 358)。

(54) *Soc.* 6 janvier 1960, *Bull. civ.* 1960, IV, n° 7 ; *Soc.* 5 octobre 1960, *Bull. civ.* 1960, IV, n° 809.

第三款 賃借権の譲渡(2)——要件・効果

第一項 問題の所在

一 要件について

先述の如く、フランス民法典一七一七条はわが民法六一二条と異なり、賃借権の譲渡に際して「賃貸人ノ承諾」

を必要としない⁽⁵⁵⁾。それゆえ、賃借権の譲渡は、原則として賃借人と譲受人との間の譲渡契約により行なわれることになる。ただし、賃借権の譲渡は債権譲渡を含むため、債権譲渡の規定(一六八九条以下)の適用が問題となる。

とりわけ問題となるのが、債権譲渡の對抗要件の規定(一六九〇条)である。すなわち同条の適用を認めれば、譲受人は賃借人に対して賃借権譲渡の通知(signification)⁽⁵⁶⁾を行なうか(二項)、あるいは、公署証書において行なう賃借人の譲渡の承諾(acceptation 二項)がないと、譲受人は賃借人に賃借権譲渡を對抗しえないことになる。

この点については後述するように、一部の学説を除いて判例および多数説は、原則として賃借権譲渡にも一六九〇条の適用があると解している。けれども、常に一六九〇条の要件を満たさなければ賃借人に賃借権の譲渡を對抗しえないのか、換言すれば、一六九〇条の例外の認否については、判例・学説が必ずしも一致していない。そこで本款では、まず、賃借権譲渡の要件論として、一六九〇条の適否を検討する。

二 効果について

ところで、賃借権譲渡の効果としては、すでに前款で述べたように、最初の賃借人および中間の譲受人が譲渡により当然に免責されないと解する点では、判例および学説が一致している。しかし、右の賃借権の譲渡人が、いかなる範囲でどの程度の責任を賃借人に対して負うのか、という点が未だ問題として残されている。それゆえ、本款ではこの問題も簡単に扱う。

なお、以上の要件と効果とは相互に関連するものであるが、その全体的な考察は次節で行なうことにする。

(55) もつとも、賃借人により賃借権譲渡の権能を禁止された場合(二七二七条一項および二項参照)には、賃借権譲渡に際して賃借人の承諾が必要であることは、先述の通りである。

(56) この通知は、「通常書信又は口頭に依る単なる通知ではなく、執達史に依る送達の形式で為される」とされる。なぜなら、「確定日附又は証拠力を確保する」ためである。そして、「この方式が踏まれたか否かについて利害関係を有するのは譲受人であるから、通常はこの譲受人から請求する」とされている(木村健助・柳瀬兼助『佛蘭西民法Ⅳ』(有斐閣、復刊版、一九五六年)一〇六頁)。

第二項 一六九〇条の適否

一 一九二五年判決まで

一九世紀後半から二〇世紀前半の学説において、賃借権の譲渡（二七二七条）に一六九〇条の適用がない、と主張したのはオーブリー・ローのみであった。すなわち、オーブリー・ローは、一六九〇条が金銭の支払ないし種類物の引渡を目的とする債権のみに適用され、不動産ないし特定物に関する債権である賃借権には適用されないとする。そして賃借権の譲渡の場合には、「その譲渡の効果のみによって」第三者に対しても権利が移転する、と解していた。⁽⁵⁷⁾

しかし他の学説は一致して、賃借権も賃貸人に対する債権であることを理由に、賃借権譲渡を賃貸人に対抗するには一六九〇条の要件を満たさなければならない、と解していた。⁽⁵⁸⁾

かかる通説的見解を明確に支持した最初の判決が、次の一九二五年の破毀院判決である。

【17】破毀院審理部一九二五年五月四日判決 (1^{re} Espèce, D.P. 1925, I, 141)

争点となったのは、一六九〇条の要件を欠く賃借権の譲渡を賃貸人に対抗しうるか否かであり、破毀院審理部は次のように判示している。

「上告理由は、通知 (signification) を欠くゆえに賃借権の譲渡を所有者に対抗しえないと判示した原判決を非難するものである。けれども賃借権は、賃借人がその賃貸人に対して有し、かつ、賃借場所の使用にあたり賃借人の保持を目的とする債権である。したがって、賃借権の譲渡は、民法典一六九〇条に規定された手続を履践することによつてのみ第三者に対抗しうる、と判示した控訴院は、なんら法律に違背していない」。

右の判決は賃借権の譲渡に一六九〇条の適用を認めるものであり、オーブリー・ローの見解を明確に否定するものであった。しかし問題は、先述の如く、一六九〇条の適用を認めるにしても必ずその要件が満たされなければならないか否かであり、この点において判例は、徐々に要件を緩和する方向へと向かうのである。

二 要件の緩和

後に再び言及するが、一六九〇条の主たる機能は、賃貸人に賃借権の譲渡を知らせることにある。そうとすれば、賃貸人が一六九〇条の通知とは異なる手段により当該譲渡を知った場合には、同条の要件が不要であるとも解される⁽⁶⁰⁾。かかる観点から、賃貸人の譲渡についての「認識」(connaissance)を初めて問題としたのが、次の判決であった。

【18】破毀院審理部一九三三年二月二七日判決(D. 1934, I, 13, Rapport de Pilon)

賃貸人である不動産所有者の上告理由は、賃借権の譲渡が同者に通知されず・公署証書による承諾もしていないにもかかわらず、原判決が賃借権の譲受人に一九二六年六月三〇日の法律第二条の利益を認め⁽⁶¹⁾たのは一六九〇条に違背する、というものであった。破毀院審理部は、次のように判示して上告を棄却した。

「原審の認定した事実およびとりわけ譲受人・所有者間の争いのない事実からは、右所有者が(賃借権の)譲渡につき特別かつ独自の認識(*connaissance spéciale et personnelle*)を有し、それゆえ同意した(*acquiescer*)ことが認められる。かかる状況では、民法典一六九〇条に規定された手続を履践しなくとも、譲受人に一九二六年六月三〇日の法律の利益を要求する権利が認められ……原判決はなんら法律に違背していない」。

右判決は、一六九〇条の要件を満たしていなくとも、他の事情によりそれが補完されうることを認めたものであ

る。けれども、次の二点に注意を要する。

第一に、判決は賃貸人に賃借権譲渡についての「同意」(acquiescement)と「特別かつ独自の認識」(connaissance spéciale et personnelle)とを要求するが、これは「一種の冗語法 (pleonasmie) である」と解される。なぜなら、「同意があれば必然的に認識がある」からである。⁽⁶²⁾ そうとすれば右判決は、一六九〇条の通知ではなく、「公署証書による承諾 (acceptation)」に代わるものを認めたのであり、「認識」よりも「同意」に重点があると考えられる。

第二に、判決は「特別かつ独自の認識」を要求するため、かかる認識と「単なる認識」(connaissance simple)とを区別する「とらえ難いニュアンス (nuance subtile) について疑問が生じうる」⁽⁶³⁾ ことになる。

かかる二つの問題を解消したのが、次の破毀院商事部の判決であった。

【19】破毀院商事部一九四九年七月二一日判決 (J.C.P. 1949, IV, 130)

事案は不明。争点は、賃借権の譲渡を賃貸人が認識していたが、一六九〇条の要件が満たされていない場合に、譲受人に前記一九二六年六月三〇日の法律二条一項に基づく更新請求権が認められるか否かであった。破毀院商事部は簡潔に、「賃借権の譲受人に更新請求権を付与する一九二六年六月三〇日の法律二条一項が適用されるためには、所有者が (賃借権の) 譲渡に同意した (acquiescer) ことは必要ではない」と判示して、問題を肯定に解決した。

右判決では、もはや賃貸人の賃借権譲渡についての「同意」も「特別かつ独自の認識」も要求されず、「単なる認識」で充分であると解されている。それゆえ、一九三三年判決【18】で問題とされた第二の点は解消し、⁽⁶⁴⁾ さらに一六九〇条の通知と等価の手段が認められたことになるため、第一の問題も解決する。⁽⁶⁵⁾

ところで破毀院商事部は、一九五一年に次のような判決も出している。

【20】破毀院商事部一九五一年一月一七日判決 (J.C.P. 1951, II, 6297, note A. Cohen ; Rev. trim. dr. civ. 1951, 391, obs. J. Carbonnier)

事案は次のようであった。Y所有の建物の一部を賃借して営業を行っていたAが、その営業権を右賃借権も含めてXに譲渡した。その際にAは、右譲渡の意図をYに手紙により知らせていた(ただしこれは、一六九〇条の通知(signification)ではない)。そしてXはYに電話の設置のための許可を要請し、かつ、賃料を支払ったが、Yからはなんらの異議(protestation)も留保(reserve)もなかった。しかるにXが一九二六年六月三〇日の法律に基づき賃借契約の更新を請求したところ、Yは、賃借権譲渡につき一六九〇条の通知がなく、それゆえXの賃借権はYに對抗しえない、との理由で右請求を拒絶した。原審はXの請求を認容し、Yが上告。破毀院商事部は、「所有者が本件譲渡を知らされ、かつ、留保なしに譲受人によって支払われた賃料を受領することにより、右譲渡に黙示の同意をした(acquiescer)」ことが認められ、一六九〇条に関する原審の判断は「正当である」、と判示した。⁽⁶⁶⁾

右判決は、賃貸人が譲受人によって支払われた賃料を受領したという事実から、賃貸人の譲渡に関する黙示の「同意」を認めたものである。

かかる一連の一六九〇条の要件を緩和する破毀院判決―とりわけ一九四九年判決【19】―から、賃借権の譲渡に一六九〇条の適用がない、と主張したのがカルボニエであった。すなわち、判例の如く単なる認識で充分であるとすれば、かかる認識は賃貸人には常に存在する、と主張する。なぜなら、「法律的には、賃借家屋が所有者の管理下に置かれている」からである。⁽⁶⁷⁾ それゆえ、「裁判官は、(賃貸)家屋の占有者の交替が賃貸人の知らない間になされえない、ということ(68)を推定する十分な根拠があり、「一般的な命題としては、事実上の推定による債権者の認識の結果、…賃借権の譲渡は、形式主義的な通知の要請を免れることになる」と結論づけている。

かくして、一六九〇条の手續を要求する一九二五年判決【17】は、「形式上は尊重されたが、巧みにかいくぐられた⁽⁶⁹⁾」かに見えた。しかし一九六〇年以降、破毀院はその見解を変更し、カルボニエの右の分析を否定してゆくのである。

三 判例の転回——一九六〇年以降

一九六〇年代にはいると破毀院は、次の二つの判決により一六九〇条の要件を緩和する傾向を改め、その手續を尊重するようになる。

【21】破毀院商事部一九六一年二月一日判決 (Bull. civ. 1961, III, n° 467)

事案は複雑であるので簡略化する。Y所有の家屋の賃借人であるAが、その賃借権をX会社に現物出資した。この賃借権譲渡について一六九〇条の通知はなされなかったが、Yはそれを他の手續により認識し、かつ、Xから賃料を受領していた。しかるにYは、Xの賃貸借契約の更新請求を拒絶した。原審は、一六九〇条の要件が充足されていないことを理由にXの請求を棄却し、Xが上告した。破毀院商事部は以下の理由により、Xの上告を棄却した。すなわち第一に、「Xにより援用された司法手続外の行為は、民法典一六九〇条で必要とされた譲渡の通知の代わりになるには充分に正確かつ明白ではない」とする。また第二に、「立証されていないが、かりに何回かの賃料の支払がXの名を記した小切手でなされたとしても、Xを名宛人とした受取証の交付のないかかる弁済の受領によつては、法的手段により賃借人に認識されていなかった賃借人の交替を賃借人が承諾した (accepter)」、と結論することはできない」と判示した。

【22】破毀院第三民事部一九六九年一月二四日判決 (Bull. civ. 1969, III, n° 75)

事案は簡略化すると次のようであった。X所有の建物を賃借していたAおよびBが有限会社Yを設立し、その賃借権をXに通知せずにYに現物出資した。そこでXは、賃借権の譲渡に等しい右の現物出資を通知しなかったため、Yの賃借権がXに対抗しえないと主張した。ただし本件では、XがYより賃料の支払いを受け、Yに受取証を交付していた、という事情が存在した。原審は、Xが現物出資の方法で行なわれた本件譲渡を黙示的に承諾し、一六九〇条の通知をA・Bに免除した旨を認定して、Xの請求を棄却した。X上告。破毀院第三民事部は次のように判示してXの上告を棄却した。

「本件におけるごとく、賃貸人が他の方法により(賃借権)譲渡の認識(connaisance)を有し、かつ、Yが支払った賃料の受取証をとりわけ四回もYに引渡すことにより、異議なく譲渡を承諾した(accepter)(と認められる)場合には、民法典一六九〇条によって要求された通知(notification)が〈不要である〉と判示した原審(の判断)は正当である」。

右の判決【22】によれば、一六九〇条を不要とするためには、賃借権譲渡についての賃貸人の認識(Connaisance)および承諾(acceptation)が必要である。しかも、後者に関しては、譲受人に対する賃料の受取証の交付が重視されている。また、先の判決【21】でも受取証の交付のない単なる賃料の受領では、賃借権譲渡を承諾したことにはならない、とされている。

したがって、かかる二つの判決から、次の三つの命題が導かれることになる。⁽⁷⁰⁾すなわち、第一に、一六九〇条の手續が履踐されていない場合には、単なる認識では—それが「特別かつ独自の」ものであったとしても—賃借権の譲渡を賃貸人に対抗しえない。そして第二に、対抗を認めるためには賃貸人の「承諾」が必要とされ、第三に、受取証(quitance)を交付していない賃料の受領は、右の承諾には該当しない。

そして右のような分析は、一九七〇年代に出された五つの破毀院判決、とりわけ一九七五年の全部会 (Assem. plénière) 判決により確認されることになる。

【23】破毀院第三民事部一九七一年四月二二日判決 (Bull. civ. 1971, III, n° 247)

事案はおよそ次のようであった。一九五八年二月にXは、自己の所有する営業用建物をY₁に期間九年で賃貸した。そしてその契約書には、賃借人が所有者の承諾なしに賃借建物の全部ないし一部につき賃借権を譲渡または転貸しうる、との条項が存した。その後Y₁は、その営業権および右賃借権を自己の経営するA会社に譲渡し、一九六六年にはA会社がY₂会社に吸収合併された。そしてXは、Y₂名義で支払われた賃料を受領していた。しかるにXは、一九六七年一月に、右賃借権譲渡が一九九〇条に規定された通知を欠くため自己に対抗しえないとの理由で、本件賃貸借契約の更新を拒絶し、Y₁およびY₂に対して解除を請求した。原審(ニーム控訴院一九六九年七月二日判決)は、右譲渡が本件契約の条項に従ったものであり、しかもXが譲受人であるY₂からの賃料を受領したため、Xには一九九〇条の通知の欠缺を主張する利益がない、との理由でXの請求を棄却した。X上告。破毀院第三民事部は、「右条文に規定された形式を欠く場合に、賃借人が(賃借権の)譲渡を認識しかつ承諾したか否かを探究せず」に右のごとく判示した原審は理由不備であった」として、原判決を破毀し、事件をモンプリエ控訴院に移送した。

右判決は、賃借権譲渡についての賃貸人の認識のみならず承諾をも要求する点で、判例【21】・【22】を踏襲するものであった。

ところで、右事件の移送を受けたモンプリエ控訴院は、一九七二年五月一五日、右破毀院の判断に反対して、ニーム控訴院と同じ理由によりXの請求を棄却した。そこでXは再度同じ理由により上告し、事件は破毀院全部会

に付されることとなった。⁽⁷¹⁾

【24】破毀院全部会一九七五年二月一四日判決 (D. 1975, 349)

破毀院全部会は次のように判示してXの上告を再度棄却し、事件をエクス・アン・プロヴァンス控訴院に移送した。

「民法典一六九〇条に規定された手続のいずれかを履践することは、賃借権の譲渡を所有者に対抗しうるものとするために、次の場合にのみ不要となりうる。すなわち、所有者が右譲渡を認識 (connaissance) しただけでなく、明確に (sans équivoque) それを承諾した (accepter) 場合である。……それゆえ、承諾を認定することなく、譲渡の単なる認識で充分であると解した原審 (の判断) は、一六九〇条に違背するものである」。

右の全部会判決の法理は、このち相次いで破毀院第三民事部の三つの判決で確認され、今日では確立した判例法理となっている。

四 学説の対応

かかる判例法理を「過剰な形式主義であり、かつ、リテラリズムである」と述べて明確に批判したのがマロリーであった。⁽⁷³⁾

マロリーは、一六九〇条の要件の存在理由を検討する。そして理論的には、以下の三つのシステムが考えられるとする。

第一は更改である。すなわち、債権譲渡により相手方債務者が譲受人と権利関係を結ぶためには、その承諾が要求される、とするシステムである。これは、ユスティニアス法典以前のローマ法において、債権譲渡が更改の方法

によってしか行なわれえなかつたことに基づくものである。⁽⁷⁴⁾

第二は、譲渡人が債務者に対して有する権利を譲受人に占有させる (saisir) ための手続である。すなわち、フランス古法では、権利の移転は取得者の領主による認定 (investiture) によってしか行なわれえなかつた。例えば、売買契約はそれ自体で所有権を移転することではなく、取得者が認定され、それにより売買目的物の占有を確保する権限が与えられなければならなかつた。それと同様に債権譲渡においても、譲受人に債権の権利者であることを認めるために、定められた手続を履践することが要求されたのである。すなわち、譲渡の債務者に対する通知 (signification) は、権利の占有を認めるためのものであり、かかる通知は債権譲渡の本質的要件である、と解される。⁽⁷⁵⁾

第三のシステムは、債務者に債権譲渡を知らせる (informer) ことを目的とする。すなわち、譲渡人と譲受人との合意のみで債権は移転するけれども、それを債務者に知らせないと債務者が二重払いの危険を負うことになる。そこで債権者の交替を知らせるために通知が規定されたのであり、このように解すると、債務者が他の方法で債権者の交替を認識した場合には、通知は不要となる。⁽⁷⁶⁾

ところで、民法典一六九〇条は "saisir" の語を用いているため、本来は第二のシステムを問題としていたことは疑いない。⁽⁷⁷⁾ しかし、譲受人が通知または承諾により saisir されるのは、文言上「第三者に対して」のみである。それゆえ一六九〇条の要件を、譲受人の債権についての所有の認定 (ensaisinement) であると解することはできない。また、フランス民法典の下では、権利は原則として当事者の合意のみによって移転する。したがって、この点からも一六九〇条は第二のシステムを採用したものではない、と考えられる。⁽⁷⁸⁾

そこで判例および学説は一般に、一六九〇条の要件を「公示の手続」(formalités de publicité) であると解している。⁽⁷⁹⁾ しかしマロリーは、公示の手続と一六九〇条のそれとの間には、「決定的な差異が存する」とする。すなわ

ち、原則としてすべての公示は形式主義であり、それに代わる手続を認めない。これに対して一六九〇条では、債務者の公署証書による承諾に代わる黙示の承諾が認められている、とする。そしてマロリーは、一六九〇条に関してラルメの見解に従い、債務者とそれ以外の第三者とで公示か否かを区別する見解を主張している。⁽⁸⁰⁾ その見解によると、まず、「真の第三者」(vrais tiers) に対しては債権譲渡の契約を対抗することが重要であり、公示の手続が問題とされる。しかるに相手方債務者は右の第三者ではなく、彼については単に債権譲渡を知らせることが重要である。そうとすれば、債務者には、一六九〇条の手続のみならずなんらかの方法で譲渡が知らされれば充分である、ということになる。⁽⁸¹⁾

マロリーは、「かかる分析が、現実の判例の堅固さの前では、ややアカデミックであるというおそれがある」と述べている。けれども判例のように解すると、賃借権譲渡につき悪意の賃貸人に、「譲受人からその賃借権を奪うことによつて法的利得を与える」ことになる、としてこれを批判している。⁽⁸²⁾

右の見解を支持するのがレイノオである。⁽⁸³⁾ また、ゲスタンは、一六九〇条が不動産の公示と比較して「未発達であり、著しく劣る」けれども公示の手段である、と解している。そして、かかる公示の機能は、「契約の認識についての法律上の覆しえない推定を導く」ことにあるとするが、一六九〇条を唯一の手続とせず、「法律上の手続に等しい手続も同じ効果を有する」と主張する。そうして、「とりわけ、確実な方法で第三者が契約を認識したことが証明された場合には、その契約は必然的にかかる第三者に対抗しうる」と述べている。⁽⁸⁴⁾

他方エネスは、一六九〇条の機能が単に譲渡を債務者に知らせることにとどまらず、「契約の債務的効力を免れるために債務者が一一六五条(契約の相対効)を援用することを禁ずることにより、利害の対立を一挙に解決する」点に存する、と主張する。⁽⁸⁵⁾ それゆえエネスは、一六九〇条の通知を重視する。⁽⁸⁶⁾ けれども、債務者への通知の手続は一六九〇条の手続に限定されないとする。すなわち、「一六九〇条のいずれかの手続に特別の機能があるとしても、

それは、相手方（債務者）へ（譲渡を）知らせたことの証明の点で特に有利な方法である、というだけであり、（譲渡を）知らせるための排他的手段」であるといふことではない、と結論している⁽⁸⁷⁾。

したがって、学説は破毀院の立場に反して、一六九〇条の要件を緩和する方向にあると考えられる。

(75) C. Aubry et C. Rau, Cours de droit civil français, t. IV, 4^e éd., Paris, 1891, § 359, pp. 424-425 ; t. V, 5^e éd., op. cit. (note 30), § 359, pp. 196-197. もともと、かかるオーブリー・ローの見解は、同書の第六版でホスマンにより放棄されたこと（Aubry et Rau, t. V, 6^e éd. par P. Esmein, § 359, pp. 140-141 et note 25-2）。

(86) F. Laurent, Principes de droit civil, t. XXIV, Bruxelles et Paris, 1877, n° 480 ; L. Guillaouard, op. cit. (note 27), n° 317 et Traité de la vente & de l'échange, t. II, Paris, 1890, n° 792 ; Huc, op. cit. (note 23), n° 284 ; Beudant, op. cit. (note 36), n° 532 ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Saignat, Traité théorique et pratique de droit civil, De la vente et de l'échange, 3^e éd., Paris, 1908, n° 754 ; Colin et Capitant, op. cit. (note 35), pp. 537-538 ; Planiol et Ripert, op. cit. (note 37), n° 551 ; Josseland, op. cit. (note 38), n° 1224.

(89) この判決以前にも、下級審判決としては、Paris, 24 janvier 1873, D.P. 1874, II, 140 ; S. 1875, II, 335 が存在する。また、前掲の破毀院審理部一八六三年判決【11】は、賃借権の譲受人が賃貸人に対して一六九〇条の通知を行なった事実を前提としていた（Cf. Note anonyme, D.P. 1925, I, 141）。

(60) Malaurie, op. cit. (note 3), p. 98.

(61) 一九二六年六月三〇日の法律は、期間二年以上の営業用不動産の賃貸借契約の更新に関するものである（第一条）。そして第二条によれば、賃借人・譲受人およびその承継人は、賃貸借契約の期限満了前の一定期間内に所有者に更新請求を通告し（一項）、その通告の二月後に当事者の意思が合致しない場合には、当事者の請求により、裁判所が更新するように当事者を調停する（二項）、とされている（Gaz. Pal. 1926, 2, 775）。

(62) Malaurie, op. cit. (note 3), p. 99.

(63) J. Carbonnier, Observation, Rev. trim. dr. civ. 1951, p. 392.

(64) Carbonnier, ibid.

(65) Malaurie, op. cit. (note 3), p. 100.

(66) もともと本件では、Xの建物の利用が賃貸借契約に違反していたため、結論としては原判決が破毀されている。

(67) Carbonnier, op. cit. (note 63), p. 392. カルボニエは、賃借家屋が所有者の管理下にあることの根拠として、賃貸人の先取特権に関する二一〇二条一項および建物所有者の責任を定めた一三八六条を挙げてゐる。すなわち、二一〇二条一項は、「所有者は、（賃貸）家屋または農場に備え付けた動産がその同意なくして搬出されたときは、それを差押えることができる」と規定する。また、一三八六条は、「建物の倒壊が営繕の欠如の結果として、または建築の瑕疵によつて生じたときは、その所有者は、それによつて生じる損害について責を負う」と規定している。

- (68) Carbonnier, *ibid.*
- (69) Malaurie, *op. cit.* (note 3), p. 101.
- (70) Malaurie, *ibid.*, p. 102.
- (71) 一九六七年七月三日の法律第五二三号一五条 (Gaz. Pal. 1967, 2, 60) によると、ある事件が破毀されて移送を受けた裁判所が原判決と同じ判決をし、同一の当事者から同一の理由で再度破毀申立てがあった場合には、全部会による判決が必要とされる。そして、全部会が原判決を破毀するときは、自判することもできる(一六条一項)が、第三の裁判所に移送することも可能であり、その場合には、同裁判所は法律問題につき破毀院の判決に拘束されることになる(一六条二項)。なお、野田良之『概説フランス法』上(東京大学出版会、一九七八年)三五二―三五三頁。
- (72) Civ. 3^e, 5 mai 1975, Bull. civ. 1975, III, n° 150 ; 16 juillet 1975, Bull. civ. 1975, III, n° 252 ; 21 janvier 1976, Gaz. Pal. 1976, Panorama p. 78.
- (73) Malaurie, *op. cit.* (note 3), p. 104 et suiv. もともと以下のマロリーの分析は、ラルメの先駆的業績 (Larroumet, *op. cit.* (note 4), n° 31 et suiv., p. 56 et suiv.) に負かぬのである。
- (74) Malaurie, *ibid.*, p. 104 ; Larroumet, *ibid.*, n° 32.
- (75) Malaurie, *ibid.*, pp. 104-105 ; Larroumet, *ibid.*
- (76) Malaurie, *ibid.*, pp. 105-106 ; Larroumet, *ibid.*
- (77) 基本的なかかる立場を採る見解として、G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil*, t. II, Paris, 1957, n° 1670.
- (78) Larroumet, *op. cit.* (note 4), n° 35. なお、ラルメは「一六九〇条の文言が」「無意識に伝統とフランス古法のテクニカル・タームの影響を受けた」「一八〇四年の立法者の「失敗」である」と述べている。
- (79) Larroumet, *ibid.*, n° 36, p. 67, texte et note (1), p. 68, note (2) ; Malaurie, *op. cit.* (note 3), p. 106.
- (80) Malaurie, *ibid.* ; Larroumet, *ibid.*, p. 68.
- (81) Malaurie, *ibid.*, pp. 106-107.
- (82) Malaurie, *ibid.*, p. 107.
- (83) P. Raynaud, *Les contrats ayant pour objet une obligation*, D.E.A. de Droit privé Paris II, 1997-1978, p. 182. et suiv., spéc. p. 184.
- (84) Ghestin, *op. cit.* (note 2), n° 37, pp. 28-30. かかるゲストンの見解は、債務者と第三者とを区別しない点で、ラルメおよびマロリーの見解と異なるところ。
- (85) Aynès, *op. cit.* (note 3), n° 239.
- (86) Aynès, *ibid.*, n° 240 et n° 241.
- (87) Aynès, *ibid.*, n° 248.

第三項 賃借権譲渡の効果

一 問題の所在

すでに前款で述べた如く、賃借権譲渡（一七二七条）の効果としては、第一に、双務契約である賃借権譲渡が譲受人に移転し、賃貸人の譲受人に対する直接訴権が認められる。また第二に、判例によれば、右譲渡により譲渡人（賃借人）は当然に免責されず、賃借権が転譲譲渡された場合には、中間の譲受人も免責されないことになる。

かかる効果を前提とした場合、問題となるのは、右の譲受人および譲渡人が賃貸人に対していかなる範囲で責任を負うか、という点である。そこで以下では、それぞれの責任につき近時の判例がどのように解しているかを概観する。もつとも、この問題に関しては、未だ確立した判例法理が形成されていない。

二 譲受人の責任

賃借権の譲受人は賃貸借契約の当事者になるため、右契約の譲渡後に生じた債務を賃貸人に対して負うことには問題がない。

問題となるのは、かかる譲受人が賃借権譲渡の前に生じた債務・責任を負うか否かである。この点につき、次の二つの判決は問題を肯定に解している。

【25】 破毀院社会部一九五三年一〇月二二日判決 (Bull. civ. 1953, IV, n° 652)

事案は次のようであった。一九二四年にAは、種馬飼育所を建築するため、X所有の不動産を賃借した。そしてこの賃貸借契約では、右建物の骨組みに、害虫のつかない北部の樅を使用することが定められていた。しかるにAは右の材料を使用しなかった。一九三三年にAは右賃借権をYに譲渡し、Yが本件不動産を利用して賃貸借契約が

終了した。その際にXは、自己の不動産が前記の材料を使用せずには作られた骨組みの害虫により損害を蒙ったとの理由で、Yに対し損害賠償を請求した。原審は、本件建物がAによって建築されたものであり、「賃借権の譲受人の責任は、賃借権の譲渡より前に譲渡人によって犯された個人的なフォートの行為に及ばない」と判示して、Xの請求を棄却した。X上告。破毀院社会部は、次のように判示して原判決を破毀した。

「賃貸人は、賃借人により当該不動産を利用するに至った最後の占有者に対して、賃貸借契約終了時に認められる損害のすべてについて賠償を請求する権利を有する。ただし、右占有者が、賃借人が個人的に惹き起こした損害についてその者に対し求償権 (recours) を行使することは別(に認められる)」。

【26】破毀院社会部一九五七年六月二二日判決 (D. 1957, 598)

事案は次のようであった。一九四二年にAは自己の所有する家屋をBに賃貸した。Bは本件家屋でインクの製造業を営んでいたが、その営業により右家屋の床に重大な損害を与えてしまった。その後、一九四九年にBは右家屋の賃借権をYに譲渡し、Yは一九五二年にそれをXに譲渡した。一九五五年に原審であるリオン控訴院に、二つの事件が係属する。すなわち、一つは、右Bの賃借人としての義務の不履行を理由とする、AのBに対する賃貸借契約の解除を求める訴であり、もう一つは、XのYに対する賃借権の譲渡契約の解除を求める訴である。そこでリオン控訴院はかかる二つの事件を併合し、まずAのBに対する解除を認めた。そして、その解除をXY間の譲渡契約より前に遡及させ、民法典一六九三条⁽⁸⁸⁾の適用を認めて、XY間の賃借権譲渡を解除した。これに対してYは、AB間の解除がなされたのはXY間の譲渡の後であり、その譲渡の時には賃借権が存在した、との理由で上告した。破毀院社会部は、次のように判示してYの上告を棄却した。

「譲渡人は自らが有する以上の権利を譲受人に移転しえないので、続いて行なわれた二つの順次の譲渡は、解除

の可能性を有しその存在がまさに問題となる……賃貸借に関してしか行なわれえない。したがって、原審は……主たる賃貸借契約の解除を有効であると判決した以上、その日付がいつであるとしても、譲渡（契約）の解除を言い渡すことができた」のであり、その判決は正当である。

右二つの判決は、いずれも、賃借権の譲渡より前に存した譲渡人の債務不履行の事実が譲受人に影響を及ぼすことを肯定する。とりわけ、判決【26】は、最初の賃貸借契約が解除されるとその連鎖反応により、すべての譲渡が解消することを認めるものであり、その理由として「何人も自分が有する以上の権利を他人に譲渡することはできない」(Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet)との原則を適用している⁽⁸⁹⁾。しかし、このような判例の見解に従うと、譲受人は、賃貸人と譲渡人との間の事情を正確に知りえないため、不安定な立場に置かれることになる⁽⁹⁰⁾。

ところで破毀院は、一九六七年に右二つの判決と矛盾する次の判決を出している。

【27】 破毀院第一民事部一九六七年六月五日判決 (Bull. civ. 1967, I, n. 194)

事案の詳細は不明であるが、およそ次のようであった。Xは自己の所有する家屋をAに賃貸し、Aはその賃借権をYに譲渡した。ところで、右譲渡の前にAの責に帰すべき債務不履行があった。そこでXは、Aの債務不履行を理由として譲受人Yに対し契約の解除を求めた。原審はXの請求を棄却し、Xが上告した。破毀院第一民事部は以下の如く原判決を支持し、Xの上告を棄却した。

「原審は次のように判示した。すなわち、『適法に承諾された賃借権譲渡の後には、(賃借権) 契約の解除 (résiliation) は譲受人に対してしかなされえない。……そして、特定承継人である譲受人はその前主の債務を承継

しない』。また、『Yに対しては、なんら非難さるべきフォートが(Xにより)主張されていない』。そうとすれば、Xはもはや前の賃借人とはなんら権利関係がなく、賃貸借契約は譲渡の受益者Yに対して有効である、とした原審……の判断は正当である」。

右判決は、次の三つの命題から成る⁽⁹¹⁾。すなわち第一に、賃借権譲渡後の賃貸人による賃貸借契約の解除は、譲受人に対してしかなしえない。また第二に、譲受人は譲渡人の債務を負わないとされている。その理由は、特定承継人が前主の債務を負わないことにある。そして第三に、相手方(賃貸人)が譲渡人を免責した場合には、両者の間にはなんらの権利関係も存しないことになる。

結局、右判決によれば、賃貸人は譲渡人の債務不履行を理由としては譲渡人・譲受人のいずれに対しても解除を主張しえないことになる。かかる解決は、明らかに先の二判決に反するものであり、賃借権の譲渡時を基準として、それ以前の事情は譲受人に及ばないと解する判例と軌を一にするものと考えられる⁽⁹²⁾。

三 譲渡人の責任

ところで、右の問題とは反対に、賃借権の譲渡後に、譲渡人はいかなる範囲で譲受人の債務を負うであろうか⁽⁹³⁾。この問題につき次の判決では、譲渡人に重い責任が認められている。

【28】破毀院第三民事部一九七一年五月一九日判決 (Bull. civ. 1971, III, n° 324)

X所有の不動産がYに賃借され、Yはその賃借権をAに譲渡した。しかるに右不動産がAの惹起した火災により焼失したため、XがYに対して一七三三条・一七三五条の責任⁽⁹⁴⁾を追及した。原審がXの請求を認容したため、Yは次の二点を理由に上告した。すなわち第一に、賃借権の譲渡後には、譲渡人は譲受人の挙動を監督しえないため、

一七三三条の適用がないこと、第二に、Xに対してYとAが連帯債務を負う旨の合意は、譲受人の犯罪行為の結果を除外するものであること、の二点である。しかるに破毀院第三民事部は、次のように判示してYの上告を棄却した。

「反対の合意がない限り、賃借権の譲渡は賃貸人に対する債務、ことに民法典一七三三条および一七三五条より規定された火災の場合における責任の推定につき、譲渡人を免責しない」。

右判決は、譲渡人に、賃借権譲渡の後に譲受人が惹起した火災についての責任を負わせるものである。これに対して学説は、「かかる解決が行き過ぎ」である、として批判している。なぜなら、譲渡人は右のような責任を負うとはまったく予測せず、しかもかかる危険について保険をかけることを勧めるのは非常識だからである。⁽⁹⁵⁾

もつとも破毀院も、その立場は一貫しない。次の二つの判決は、いずれも譲受人による賃借家屋の不法占拠についての損害賠償が譲渡人に請求された事案である。けれどもその解決が、同じ第三民事部の判決でありながら、正反対になっている点で注目されよう。

【29】 破毀院第三民事部一九六八年七月一七日判決 (Gaz. Pal. 1968, 2, 322 ; Rev. trim. dr. civ. 1969, obs. G. Cornu)

事案はおよそ次のようであった。X所有の不動産の賃借人Yは、その賃借権をAに譲渡した。この譲渡に際してYは、Xとの間で、賃料の支払いおよび契約上の義務の履行についてはAと連帯して債務を負う旨の合意をした。その後Aが賃料の支払いを怠ったため、本件賃貸借契約は解除された。しかるにAは右解除のち三カ月の間、本件不動産を明渡さなかった。そこでXは、前記の特約に従いYに対して、Aの不法占拠による損害の賠償を請求した。原審はXの請求を認容し、Yが上告した。その上告理由は、前記特約が賃貸借契約の期間内における債務のみ

を対象とし、不法行為上の損害賠償の性格を有する本件の損害には適用されない、というものであった。

破毀院第三民事部は、まず、YがAの賃料債務のみならず、賃貸借契約上の「条件」(condition)の履行も担保したこと、および、右契約の終了時、とりわけ解除の場合に目的物を返還する債務が「賃貸借契約の黙示の条件」であることを認定した原判決を引用した。そして、「Yがその譲受人の立退きまで、連帯して(不法)占拠の損害を支払うべきである」と判示した原判決を正当であるとして、Yの上告を棄却した。

【30】破毀院第三民事部一九七三年二月一四日判決 (Bull. civ. 1973, III, n° 579 ; Gaz. Pal. 1974, I, 275 ; Rev. trim. dr. civ. 1974, 633, note G. Cornu)

事案は【29】判決とほぼ同じであった。すなわち、X所有の不動産を賃借したYが、Aに、賃借権を含む営業権を譲渡した。その譲渡に際して、Yは、「賃貸借契約上のすべての義務および条件の履行につき譲受人と連帯する」旨の特約をXと交わっていた。その後Aの賃料不払いにより右賃借権が解除され、XはYに対して右特約に基づき、未払賃料およびAの不法占拠による損害の賠償を請求した。原審は、【29】判決を引用してXの請求を認容した。Y上告。破毀院第三民事部は、次のように判示して原判決を破毀した。

「民法典二〇一五条の文言によれば、保証は契約された限度を越えて拡大することはできない。⁽⁹⁶⁾……(そして)不法占拠による損害は、民法典二〇一六条⁽⁹⁷⁾という債務の附従物とはみなされえない。他方、かかる損害は、権利なくして場所を占拠する者によって犯された不法行為上の (quasi-délictuelle) フォートのゆえにしか課されえないものであるから、賃貸借契約に係るものではない……」。したがって、原審の判断は、民法典一一三四条(意思自治の原則)、二〇一五条および二〇一六条に違背するものである。

【29】判決では、譲渡人が、契約解除後の譲受人の不法占拠に基づく損害を所有者に賠償しなければならないとされていた。しかるに右の【30】判決では、破毀院第三民事部はその立場を「急変」⁽⁹⁸⁾させ、右の問題を否定に解した。その論理は次のように構成されている。すなわち第一に、譲渡人は賃貸借契約から生ずる債務につき譲受人の保証人として担保する。しかし第二に、不法占拠に基づく損害賠償は、契約ではなく、譲受人によって犯された不法行為のフォートにより生ずる。それゆえ第三に、保証はかかる不法行為債務に及ばず、譲渡人は責任を負わないことになる。⁽⁹⁹⁾

この一九七三年判決【30】に対して学説は、一致して反対した。例えば、右判決に付された評釈 (Gaz. Pal, 1974, 1, 275) は、確かに、不法占拠に基づく損害賠償の根拠を「不法行為責任の規定に見出しうる」けれども、「賃貸借契約と無関係であるという主張は、……行き過ぎた法律万能主義 (juridisme excessif) から生ずる」とする。なぜなら、賃借権の譲受人が不法占拠者に変じたのは、その譲受人の債務不履行によるものであり、不法占拠による損害と譲受人の賃貸借契約の不履行との間には (因果) 関係が存するからである。

また、コルニュ (Cornu) も、「損害賠償は必然的に不法行為であることを意味せず、契約上の」⁽¹⁰⁰⁾ものである場合もあり、本件のような「不法占拠の損害賠償は賃料 (不払い) に引き続いて生ずる」ものである、⁽¹⁰¹⁾と主張する。

ところでコルニュは、一九七三年判決が保証契約の解釈を問題としていることは「実は重要ではない」とする。なぜなら、「かりに (賃借権の) 譲渡契約に、なんら譲渡人が……譲受人を保証する旨の条項がなかったとしても、賃借権の譲渡は……当然に賃貸借から生ずる債務を賃借人である譲渡人の債務として存続させるものである」⁽¹⁰²⁾からである。したがってコルニュは、賃借権の譲渡が原則として譲渡人を免責しないと解し、その責任には賃料債務のみならず解除後の譲受人による不法占拠の損害賠償も含まれる、という立場を採るものと考えられる。

以上の議論を踏まえてマロリーは、賃借権の譲渡の場合に譲渡人がいかなる範囲で責任を負うかという問題は、

結局は相手方(＝貸貸人)の意思による、と解している⁽¹⁰³⁾。

ところで、前述の如く、譲渡人の免責に関して相手方の意思の役割が小さい立法例は、イタリア民法典の契約譲渡の規定である⁽¹⁰⁴⁾。すなわち、同法一四〇八条一項前段によれば、「譲渡人は(契約当事者の)交替が相手方(＝被譲渡人)に対して有効となった時から、(右の)相手方当事者に対する債務を免れる⁽¹⁰⁵⁾」とされ、譲渡人の免責が推定されている。そして、相手方が「譲渡人を免責しない旨を表示」すれば、譲受人が債務を履行しない場合に譲渡人がその責任を負うことになる(一四〇八条一項後段)。かかるイタリア民法典の規定をフランスの賃借権譲渡に適用したのがカルボニエであった。すなわちカルボニエは、賃借権譲渡の場合における譲渡人の免責は、貸貸人の側の「最小限の承認」(minimum d'assentiment)にのみ依存する、と主張している⁽¹⁰⁶⁾。

これに対してマロリーは、フランスにおいては貸貸人の意思が、次の点で明確であるとする。すなわち、貸貸人は賃借権の譲渡の場合に、譲渡人に対するすべての権利を留保する、という意思を有すると解している。

かかるマロリーの見解は、譲渡人の免責を原則とするイタリア民法典の立場と異なり、原則として譲渡人の免責を認めず、その免責には貸貸人の意思表示を必要とするものである。そして、譲渡人の免責を原則として認めない点では、破毀院の立場と合致している、と解される。

(88) 一六九三条は次のように規定している。すなわち、「債権またはその他の無体の権利を売却する者は、たとえ移転が担保責任(の約定なし)に行われても、移転時のその存在を担保しなければならない」。

(89) Note anonyme, D. 1957, 598.

(90) Malaurie, op. cit. (note 3), p. 110.

(91) Malaurie, *ibid.*, pp. 114-115.

(92) 本稿第二章(立教法学三九号)参照。

(93) もっとも、貸貸人が譲渡人を免責した場合にはこの問題は生じない。すなわち、賃借権の譲渡により、賃借人の交替(substitution)と旧賃借人の免責(libération)が同時に行われる場合である。けれども、このようなケースは「実際にはたいへんまれであり、教室設例」にすぎ

ず、「一般的には、賃貸人が譲渡を承諾する際に、譲渡人に対するすべての権利を明示的に留保する」とされている (Maurie, *ibid.*, pp. 115-116)。

(94) 民法典一七三三条および一七三五条は次のように規定している。

一七三三条 賃借人は、(以下のことを) 証明しない限り、火災について責任を負う。

火災が偶然的事故もしくは不可抗力または建築の瑕疵によつて発生したこと。

または、火が隣家から移つたこと。

一七三五条 賃借人は、その家の者または転借人の行為から生じる毀損および滅失について義務を負う。

(95) *Maurie, op. cit.* (note 3), p. 117.

(96) 民法典二〇一五条は次のように規定する。すなわち、「保証は、なんら推定されない。保証は、明示的でなければならず、それが締結された限度を越えて拡大することはできない」。

(97) 民法典二〇一六条は次のように規定する。「主たる債務の無制限の保証は、その債務のすべての附従物 (*accessoire*) に及ぶ。最初の請求の費用および保証人に対して行なう最初の請求の通知後のすべての費用についても同様である」。

(98) *G. Cornu, Note, Rev. trim. dr. civ. 1974*, p. 633.

(99) *Maurie, op. cit.* (note 3), p. 118 ; *Cornu, ibid.*

(100) *Cornu, Note, Rev. trim. dr. civ. 1969*, p. 140.

(101) *Cornu, op. cit.* (note 98), p. 634.

(102) *Cornu, ibid.*, p. 633.

(103) *Maurie, op. cit.* (note 3), p. 119.

(104) 本章第一節参照。

(105) ただし、イタリア民法では、相手方の承諾が契約譲渡の構成要素とされている。すなわち、一四〇七条一項は、「当事者の一方があらかじめ、他方当事者が契約から生ずる法律関係につき第三者と交替することに承諾していた場合には、その交替は交替の通知を受けまたは交替を承諾した時から(契約譲渡に承諾した)当事者に対しては有効である」と規定する。

(106) *J. Carbonnier, observation, Rev. trim. dr. civ. 1957*, p. 358.

第四項 賃借権譲渡のまとめ

一 法的性質および要件・効果について

一八〇四年にフランス民法典に規定された「賃借権の譲渡」(cession de bail——一七二七条)は、長い間その法的性質に関して議論がなされていた。とりわけフランスでは、債務不移転の原則が存在するため、賃貸借契約上の債務が譲受人に移転するか、という問題が生ずる。

この問題に関する今日の判例および学説の到達点は、次の通りである。すなわち、賃借権譲渡が契約譲渡(cession de contrat)の一類型であり、双務契約における債権債務の不可分性を媒介として、賃貸借契約そのものが譲受人に移転する、という結論である。

右の結論を導く契機となったのは、二〇世紀半ば以降の、契約譲渡の概念をフランスに導入した学説の展開と、それをいち早く採り入れた破毀院判決の存在であった。とりわけ、一九四七年判決【14】は、賃借権の譲渡を明確に「双務契約の譲渡」であると位置づけた点で画期的な判決であり、後の学説に大きな影響を与えたと考えられる。

他方、賃借権譲渡の要件・効果についての判例法理をまとめると、およそ次のようになると解される。すなわち、賃貸人が賃借権の譲渡を禁じない限り(一七二七条一項・二項)、右譲渡は賃借人(譲渡人)と譲受人との合意によりなされる。ただし、それを賃貸人に対抗するためには、債権譲渡の対抗要件(一六九〇条)が必要であり、それが無い場合にも少なくとも、賃貸人の単なる認識(simple connaissance)ではない承諾(acceptation)が要求される。そして、賃借権譲渡により譲渡人は当然には免責されず、免責されるためには賃貸人のそれについての承諾が必要となる。また、賃借権の譲渡時を基準として、それ以前の譲渡人の債務を譲受人が負う、ということも原則として

否定される。

かかる破毀院の解決に対しては、学説上異論もありうる。しかし、賃借権譲渡をめぐる判例法理は、合意に基づく契約譲渡を考へる場合の一つの指針となりうるものである。

二 その他の類型について

もつとも、賃借権の譲渡が契約譲渡の一類型であるにしても、それにより契約譲渡の一般論が構成されうるわけではない。それどころか、「合意に基づく契約譲渡」が一般的に承認されることにすらならない。なぜなら、賃借権譲渡は、民法典一七一条に規定された法律上の例外である、とも解しうるからである。⁽¹⁰⁷⁾

それゆえ、合意に基づく契約譲渡については、さらに法律に規定のない譲渡をめぐる判例を検討する必要がある。そこで款を改めて、賃借権の譲渡以外の類型を検討することにする。

(107) 実際に、賃借権譲渡の場合に債務の移転、換言すれば賃貸人の譲受人に対する直接訴権が認められるのは、それが民法典に規定されているからであり、かかる直接訴権は法律に明文があるときにのみ認められる、と主張する見解が存在する (Cf. Josseland, op. cit. (note 37), n. 674)。

第四款 その他の類型

第一項 序 説

前款まで概観してきた賃借権譲渡 (一七一条) の場合を除くと、破毀院は、合意に基づく契約譲渡を否定に解していた。しかるに一九八二年、破毀院第一民事部は、売買の片務予約の譲渡に関する事案でついに契約譲渡を肯定するに至った。そこで以下では、まず、一九八二年以前の破毀院の見解を概観し (第二項)、その後売買の片務予約の譲渡を取り上げる (第三項) ことにする。

なお、次項において検討する判例の事案は、いずれも、実質的には契約譲渡が問題となるものである。けれども法律構成としては、指図ないし更改、あるいは第三者のためにする契約が争われている点に注意しなければならない。

第二項 一九八二年以前の破毀院の見解

一 債務不移転の原則(1)——指 図

破毀院は、賃借権の譲渡が双務契約の譲渡であることを明確にした一九四七年の前後においても、依然として他の類型については契約譲渡を認めていない。次の二つの判決はいずれも、一九四七年判決【14】と同じ民事部によるものであるが、債務不移転の原則を確認するものである。

【31】 破毀院民事部一九四六年二月二二日判決 (D.1946, 268)

事案は次のようであった。地方自治体であるXは、その行政区で採掘されるボーキサイトを継続してA化学会社に供給する契約をAとの間で結んでいた。しかるにAは、右契約を含むすべての財産をY会社に現物出資した。そこでXはYに対し、かかる現物出資による右契約の譲渡が無効であると主張した。原審は、Xの承諾がなくとも右契約譲渡がXに対抗する旨を判示して、Xの請求を棄却した。X上告。破毀院民事部は、まず、債務者の指図による更改を規定した一二七五条を引用して、次のように一般論を述べている。すなわち、「双務契約から生ずる相関的な債権債務関係 (obligations actives et passives) を当事者の一方に代わって第三者に移転することは、債務者の交替を目的とするため、他方当事者により承諾されない限りその者に対抗しえない」。そして本件に関しては、X A間の契約がAの代金債務を含むため、その契約の現物出資には一二七五条が適用されること、および、反対の意

思が明確に立証されない限り、債務者の人格 (Personnalité) が債権者にとって無関心であるとは推定されえないこと、を考慮して、Xの承諾を不要とした原判決を破毀した。

【32】 破毀院第三民事部⁽¹⁰⁸⁾一九七〇年六月五日判決 (Bull. civ. 1970, III, n° 387)

事案は次のようであった。Xは自己の所有する不動産をY₁に売却し、その代金を三月毎に支払う終身年金 (rente viagère) とした。そして期日にY₁が支払いを怠った場合には、右契約を解除する旨の合意がなされていた。その後Y₁は右不動産をY₂に売却し、Y₂が右年金の支払いを引き受けその旨をXに通知した。そして次の支払期日にXはY₂より年金の支払いを受けた。しかるにそれ以降Y₂が年金を支払わないため、XはY₂に対して年金の支払いおよび売買契約の解除を請求した。地方裁判所はXの支払い請求を認容し、解除の請求を棄却した。しかしY₂が無資力であったため、Xは改めてY₁に対し、年金の支払いおよび契約解除を求めて訴を提起した。原審は、Xが明示的にY₁からY₂への交替を承諾していなかったため、Y₁は年金の支払いを免責されない、との理由でXの解除を認め、Y₁上告。破毀院第三民事部は、原審が「指図は、債権者が指図を行なった債務者を免責する意図がある旨を明示的に申述した場合でなければ、なんら更改を生じない」と規定する一二七五条を正當に適用したと判示してY₁の上告を棄却した。

右二つの判決はいずれも、契約譲渡の事案について指図の規定 (一二七五条) を適用し、債務が契約譲渡によっては当然に移転しない旨を明らかにしたものである。

二 債務不移動の原則(2)——第三者のためにする契約

また、次の判決は、契約譲渡の事案に関して第三者のためにする契約 (一一二一条) を問題とする。しかし結論

的にはその適用を否定するものであり、この時期の合意に基づく契約譲渡に対する破毀院の姿勢をうかがわせる判決として興味深い。

【33】 破毀院第三民事部一九七三年四月一〇日判決 (D. 1974, 21, note Ch. Larroumet)

事案はラルメの評釈も参照すると、およそ次のようであった。一九六二年に、不動産仲介業者Xと建築会社Yとの間で次のような契約が締結された。すなわち、Xの仲介によりYが取得した本件建物の跡地に建築される予定の آپルトマンに関して、Xが販売交渉権を独占し、かつ、売買契約成立の場合にはYがXに三・五パーセントの手数料を支払う、との契約である。また、同契約中には、Yが第三者と交替することを前提とする条項も含まれていた。しかし、右 آپルトマンを建築中の一九六八年にYの資金繰りが苦しくなり、YはXの仲介を通さず直接に、右建築中の不動産をA会社に売却した。そこでXは、Yの右売買により前記契約の手数料を取得しえなくなったとして、Yに対し契約の解除と損害賠償を請求した。原審はXの請求を認容し、一〇万フランの損害賠償の支払いをYに命じた。そこでYは、次のような理由で上告した。すなわち、YとAとの交替はXY間でなされた双務契約の移転をもたらすものである。そして、XY間の右契約においてかかる交替を承諾していたのであるから、Xは必然的にAを契約当事者として承諾したことになる。そうとすればXは、本件請求をもちやYに対してなしえないはずである。

破毀院第三民事部は以下のように判示して、右のYの上告を棄却した。

「原審は……正当にも、『民法典一一一九条以下の文言によれば、第三者のためにする契約は第三者のために権利しか生ぜしめず、その者が関与せず要約された債務を負わしめられることはない』と判示した後、本件債務については、右第三者(II A)が当事者であった(XY間の)契約においてもなんら言及されていないため、Xに対し

て『Yが個人的に負ったものである』と認定した。したがって、『右債務の不履行につき、Yに対して行使された訴権は認容されるべきである』と判示した原判決は正当であつて、論旨は理由がない。

右判決は、契約譲渡の構成として第三者のためにする契約(一一二一条)を問題とするものであり、この点においてはエスマンをはじめとする当時の学説の影響がうかがわれる。しかし、その用い方が伝統的見解と異なる点に注意を要する。すなわち、伝統的な学説の図式によれば、第三者のためにする契約は譲渡人(Y)と譲受人(A)との間でなされ、第三者であるXが受益者となる。しかるに破毀院は、要約者をY・諾約者をX・第三者をAとする第三者のためにする契約を想定する。つまり、一九六二年になされたXY間の契約に第三者のためにする契約が含まれる、と解するものであり、学説の図式とは「諾約者と第三者との役割が逆である」と指摘されている⁽¹⁰⁾。しかしいづれにせよ、第三者のためにする契約では債務を「移転」(transmission)することが不可能であり、かかる契約を問題とする右判決は批判されている⁽¹¹⁾。

また、結論的にも右判決は、契約譲渡に第三者のためにする契約を用いることをも否定するものであり、この時期の破毀院は、契約譲渡を一般的に肯定することに「抵抗(resistance)を示していた⁽¹²⁾」と解される。

三 変化の兆し

しかし破毀院は、次の商事部判決においては債務引受を問題にし、従来堅持してきた債務不移転の原則を緩和するかの傾向を見せている。

【34】 破毀院商事部一九七五年二月一〇日判決 (Bull. civ. 1975, IV, n° 38)

事案は次のようであつた。Y会社に精油を供給する債務を負っていたX会社は、Z会社との間で右契約につきZ

がXに代わる、との契約を締結した。これに対してYは、一九六九年三月二〇日付の通知でZが精油を供給することに反対する旨を表明したが、翌日付の通知ではそれを承諾した。しかるにZがXY間の契約の履行を拒絶した。それゆえYはより高い価格で精油を購入しなければならず、その差額の支払いをXに請求した。そこでXは、Zを担保のために強制参加させた(フランス新民事訴訟法典三三四条以下)。原審は、Yによる最初の通知の時点でZがその債務から免れた、と解して、XのZに対する請求を棄却した。X上告。破毀院商事部は、最初の通知により、「債務引受(cession de dette)が債権者の反対のため実現しえなかつた」と解した原審の判断を正当であるとして、Xの上告を棄却した。^(出)

右判決は、結論的には否定したものの、理論的には債務引受を認めたものである、とも考えられる。しかし破毀院商事部は、五ヵ月後の次の判決では、再び、従前の債務不移転の原則を確認している。

【35】 破毀院商事部一九七五年七月八日判決 (Bull. civ. 1975, IV, n. 195)

事案はおよそ次のようであった。Y会社から商品を供給されているX会社は、その担保の代わりに右Yに一〇万デナールの貸付けをした。その後Yは右契約をA会社に譲渡し、Xはその譲渡を知らなからなら反対しなかつた。しかもXは、右貸付金の返還をなす旨のAの同意を得て、Aにその支払いを請求した。しかるにAが返還しなため、XはYに対して前記貸付金の返還を請求すべく本件訴を提起した。原審は、Yの債務関係がAに移転されたとして、Xの請求を棄却した。X上告。破毀院商事部は、一二七五条を引用し、「Xがそのもとの債務者を免責するつもりであったことを、明示的に表示したかを明確にすることなく、債務者の交替による更改を認めた」原判決を、理由不備であるとして破毀した。

右判決は、契約譲渡の事案に関して指図（一二七五条）ないし更改の規定を適用するものであり、判例【32】・

【33】と軌を一にする。すなわち、債務不移転の原則を維持し、債務者の交替は指図の規定による、と解する立場である。したがってこの時期の破毀院は、経済的にはともかく、法律的には合意に基づく契約譲渡を否定していた、と考えられる。

(108) 一九四七年七月二二日の法律以前の破毀院は、審理部・民事部・刑事部および社会部（一九三八年六月一七日のデクレにより新設）から成っていた。しかるに、右法律により、従来の審理部および社会部が廃止され、新たに三つの民事部を設置し、破毀院は三民事部と一刑事部の構成となる（なお、現在は五民事部と一刑事部の六部が存在する）以上、山口俊夫『概説フランス法Ⅱ上』（東京大学出版会、一九七八年）三四七頁参照）。それゆえ、【31】は単に民事部の判決であるが、【32】では第三民事部の判決となっている。

(109) 前節参照。

(110) Ch. Larroumet, Note, D. 1974, p. 23.

(111) Larroumet, *ibid.*, pp. 23-24. なお、前節でも述べたように、ラルメは、「相手方債権者が保護されるのであれば、債務引受 (cession de dette) を認めることになんら障害がない」と解している (*ibid.*, pp. 22-23)。

(112) J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, Paris, 15^e éd. 1991, n° 326.

(113) なお、Xは、二回目のYの通知により、YZ間に新たな契約が締結された、と主張した。しかし、この点についても破毀院は、かかる主張を否定に解した原判決を支持している。

第三項 売買の片務予約の譲渡

一 問題の所在

売買の片務予約 (promesse unilatérale de vente) とは、受益者 (bénéficiaire) の終局的売買契約締結の意思表示により、諾約者 (promettant) が終局契約を締結する債務を負う契約である⁽¹¹⁴⁾。

かかる片務予約は、終局的な契約締結までの当事者の意思の形成過程を問題とする前契約 (avant contrat) の一つに位置づけられる⁽¹¹⁵⁾。そして、受益者に終局契約を締結する (lever d'option) か否かの選択権—オプション権

——が留保されている点に特色があり、⁽¹¹⁶⁾両当事者が終局契約を締結する債務を負う双務予約 (promesse synallagmatique) と區別される⁽¹¹⁷⁾。

問題となるのは、片務予約が締結された後に受益者が右のオプション権を譲渡する場合、その要件および効果をいかに解するかという点である。とりわけ、片務予約の譲渡は、不動産売買・営業譲渡等の職業的仲介者による脱税の手段として利用された。⁽¹¹⁸⁾そこで、かかる脱税を防止するため、一般租税法典一八四〇条—Aとなった一九六三年一月一九日の法律第一二四一号七条は次のように規定し、片務予約およびその譲渡の無効をサンクションとして、片務予約の登録を義務づけている。すなわち、同条は、「不動産、不動産上の権利、営業権、不動産の全部または一部を対象とする賃借権および(一定の)持分証券 (titres des sociétés) に関する売買の片務予約はすべて、受益者による予約の承諾の日から一〇日以内に登録された公署証書ないし私署証書によって証明されなければ、無効である。右日付の一〇日以内に登録された公署証書ないし私署証書の対象とされなかった上記の予約の譲渡もすべて同様である⁽¹¹⁹⁾」、と規定する。それゆえ、片務予約の譲渡をめぐる紛争の多くは、受益者の交替が右規定の「片務予約の譲渡」に該当するか否かが争点となっている。

ところで片務予約は、従来の学説では民法典一一〇三条の片務契約の一つであると解されてきた。そうとすれば、片務予約の譲渡も単なる債権譲渡の問題に解消されうることになる。なぜなら、片務予約の諾約者のみが債務を負い、受益者は右債務に対応する債権を有するにすぎない、と考えられるからである。⁽¹²⁰⁾

けれども、右のように解するのは単純にすぎよう。なぜなら、受益者がオプション権を行使すれば終局的に売買契約が締結され、当該受益者は諾約者に対して代金支払債務を負うからである。それゆえ、受益者の有するオプション権は、「債権と潜在的な債務とが混合」したものである、と解することができる。⁽¹²¹⁾

したがって、片務予約の譲渡は双務契約譲渡の一類型であるとも考えられ、実際に判例は後述のようにかかる見

解に立っている。そこで以下では、片務予約の譲渡に関する判例を検討する。

二 片務予約の譲渡性

片務予約の譲渡に関する次の二つの古い裁判例は、そもそもこの契約の譲渡可能性を問題とした。そしてこの問題は、後述の破毀院判決【38】により肯定されるため、あえてここに紹介するまでもないとも考えられる。けれども、それらを検討することは、片務予約の譲渡に対する判例の立場を知るうえで不可欠であり、以下ではやや遠くではあるが、この問題から叙述をはじめめる。

【36】パリ控訴院一八四七年七月二日判決 (D. 1847, II, 127)

事案の詳細は不明であるが、およそ次のようであったと考えられる。YはAとの間で、Y所有の家屋につき、「Aが一八四七年七月一日以前にその取得を望めば」売却する旨の合意をした。その後Aは右期限の前にXに右契約を譲渡し、XはYに対して右契約の履行を求めた。原審は、Aの承諾以前に本件予約を譲渡することができない、との理由でXの請求を棄却した。X上告。パリ控訴院は、まず、売買の片務予約を有効と解しつつ、かかる合意が「Aにより決められた期限より前にAが承諾した場合にしか効力を生じえない」とする。そして本件では、「Aは、期間内に承諾 (acceptation) をしなかったため、自己に対する債務の履行につきYの同意 (consentement) なしに第三者と交替することはできない」と判示して、Xの上告を棄却した。

右判決では、Aの承諾とYの同意との論理的関係が判然としない。のみならず、そもそもAの承諾が何に関して必要であるのかもあいまいである。⁽¹²⁾ かりにそれがオプション権の行使を意味するとすれば、判決は、片務予約の譲渡を否定するものであると考えられる。

次の判決も、結論的には右判決と同様である。けれども、その論理はより明快である。

【37】 エクス控訴院一八六三年二月二日判決 (D.P. 1865, II, 129)

事案は次のようであった。一八五一年三月にYは、自己所有の建物をAに、期間一二年・賃料年額二七五〇フランで賃貸した。その際に、YA間において、「右賃貸借期間中、Aは代金六万フランでYの建物所有権を買う権限を有する」との合意がなされていた。その後Aは、右の売買の予約を含む賃貸借契約をBに譲渡し、一八六二年一〇月にXがBから右予約の権利のみを譲り受けた。そしてXはYに対し、一八五一年の売買予約に基づいて本件建物を買う旨の意思表示をした。これに対してYは、売買の片務予約が譲渡されえないものであると主張し、Xの右請求を拒絶した。第一審(マルセイユ地方裁判所)は、Xの請求を認容した。Y控訴。エクス控訴院は、まず、本件片務予約が有効であることを認めた。そして、「その予約が譲渡可能であるか否かを検討すべき」であるとして次のように判示し、結論的にはXの請求を棄却した。

「売買の予約は、それが締結された時には片務であるとしても、(終局契約が) 実現されるであろう時には双務契約となり、それゆえ、各当事者に双務的な権利および義務が生じることになる。ところで、一般的に、債権については第三者と交替しうるとしても、債務については、その債務を負っている相手方の承諾 (consentement) なしには、(債権と) 同様に第三者に代わることはできない。したがって、予約から生ずる権利が譲渡されると、その予約の諾約者 (souscripteur) は、自らが信頼した者を契約の履行の保証人 (garant) として確保することなく、その者とは別の買主を相手としなければならない」という結論は容認しがたい。

右判決は、売買の片務予約が潜在的には双務契約であることを認める。そして、片務予約の譲渡は、潜在的な債

務の譲渡を含むため、諾約者の承諾なしには有効でない、とするものである。

さて、右判決【37】を不服としたXは、賃借権譲渡の判例と同じく、権利を譲渡した後にも譲渡人が免責されないとすれば債務が移転してもなんら不都合はない、と主張して上告した。その上告審が次の判決である。

【38】破毀院民事部一八六六年一月二一日判決 (D. 1866, 1, 69)

破毀院民事部は次のように判示してXの上告を容れ、原判決を破毀した。

「ナポレオン法典一五九八条の文言⁽¹²³⁾によれば、売買の予約が譲渡の目的となることになんらの妨げもない。そしてその場合に、譲渡人は、譲受人との間でなされた要約がいかなるものであるとしても、予約の諾約者 (auteur) に対して、依然として直接に義務を負うものである」。したがって、Xの請求を棄却した原判決は右条文に違背し、破毀を免れない。

右判決は、売買の片務予約が譲渡された場合にも譲渡人は免責されず、諾約者に対して債務を負うとする。この債務は、譲受人が終局契約を締結した場合に生ずる売買代金債務である。それゆえ諾約者は、譲受人と譲渡人の両者を債務者とすることになる。そして、かかる結論は、賃借権譲渡をめぐる双務契約譲渡の判例法理と一致するものである。⁽¹²⁴⁾

三要 件——一六九〇条の適否

伝統的な判例および学説によれば、売買の片務予約が受益者に付与するオプション権は、諾約者に対する債権であり、物権ではない、と解されている。⁽¹²⁵⁾ そうとすれば、受益者による片務予約の譲渡は、債権譲渡の規定とりわけ一六九〇条に従わなければならない、ということが帰結される。⁽¹²⁶⁾

しかし判例は、以下に紹介するように、譲受人と諾約者との関係では一六九〇条の手續が不要であると解している。

【39】破毀院民事部一九三二年三月四日判決 (D. 1933, I, 73, note J. Radouant)

事案の詳細は不明であるが、およそ次のようであった。A所有の不動産につき、A B間で売買の片務予約が締結された。この契約はBからC、CからXと順次に譲渡され、XがAの相続人であるYに、右予約に基づき終局契約を結ぶよう請求した。これに対してYは、右片務予約の譲渡につき一六九〇条の手續が履踐されていないことを理由に、Xの請求を拒絶した。原審はXの請求を認容し、Yが上告した。破毀院民事部は、まず、「売買の片務予約から生ずる権利が物権ではなく債権であり、その結果、(右権利)の譲渡は民法典一六八九条および一六九〇条の規定に従う」とする。そして一六九〇条の手續は、「一般的には、譲受人がその取得した権利を第三者に対抗しうるために」必要である、と解している。けれども、右譲渡の後に終局契約を締結することにより、諾約者ないし第三者がなんらの不利益も被らない場合には、「(一六九〇条の)手續を履踐していないことは、譲受人が相手方債務者(ノ諾約者)に対してその債務の履行を請求することの妨げとはならない」とする。そして本件においては、Yが譲受人の権利と抵触する権利の存在を立証していないため、原判決は「民法典一六九〇条の手續の不遵守を理由としては」覆えさせえない、としてYの上告を棄却した。

【40】破毀院民事部一九三二年四月二二日判決 (Gaz. Pal. 1931, 2, 68)

事案はおよそ次のようであった。Y所有の不動産につき、Aを受益者とする売買の片務予約がY A間で締結された。そして、Aはその権利をXに譲渡するに際しYに譲渡を通知し、Yも、同通知を「拝受した」との公証人によ

る通知書 (lettre d'avis communiqué) のコピーに署名して、A に右通知の受領を知らせた。しかし、いずれも一六九〇条の要件を満たすものではなかった。それゆえ、X が Y に終局契約の締結を請求したところ、Y は、本件譲渡につき一六九〇条の手続が履践されていないことを理由に、右請求を拒絶した。原審は Y の主張を容れ、X の請求を棄却した。X 上告。破毀院民事部は次のように判示して、原判決を破毀した。

「民法典一六九〇条は）もっぱら第三者の権利を保障することを目的とし、かかる第三者に対して譲渡は、相手方債務者への通知の送達 (signification) ないし公署証書による右債務者の承諾がないと対抗しえない。したがって、(債権の) 移譲 (passation) の後に取得された権利を保全するために譲渡を排除すべき利益を有する者をすべて、『第三者』 (tiers) (の概念) により、理解しなければならぬ。…… (本件において) Y は、売買の片務予約の有効性……および、(A と) X との間で結ばれた譲渡の有効性につき、なんら異議を申し立てなかった。そして、譲渡後における譲渡人に対する債権債務の変化をなんら立証していないため、Y は、民法典一六九〇条の規定を援用するなんらの利益も権利もない」。

以上の二つの判決は、いずれも一六九〇条の目的を、片務予約の譲渡により権利関係に影響を受ける「第三者」の保護にある、とする。そして、右譲渡によりなんら不利益を被らない諾約者は右の「第三者」ではなく、かかる諾約者に対して譲受人は、一六九〇条の手続を踏まなくとも終局契約の締結を請求しうる、と結論する。

このような判決の立場は、先述した賃借権譲渡 (一七一七条) の場合の一六九〇条に関する判例法理と一致しない。なぜなら、賃借権譲渡の場合に判例は、譲受人が一六九〇条の手続を踏まないと賃貸人に賃借権の譲渡を対抗しえない、と解しているからである。それゆえ、**[39]・[40]** 判決に関しては、片務予約の譲渡の事案につき、諾約者と真の第三者とで一六九〇条の適用を異にした、という理解も可能である。⁽¹²⁷⁾ けれども、先述のごとく、賃借権譲

渡に関して一六九〇条が厳格に適用されるようになったのは一九七〇年代のことであり、片務予約の譲渡についての【39】・【40】判決の法理が今日でも妥当しうるかは疑わしい。この問題については、賃貸借契約と売買の片務予約との差異をも考慮した、慎重な検討が必要であると思われる。

ところで、一九五五年一月四日の不動産公示制度の改革に関するデクレ第二二号三七条により、不動産に関わる売買の片務予約は抵当権登記所 (bureau des hypothèques) に公示することができる(一号)ようになった。⁽¹²⁸⁾ ただしこの公示は、任意の公示であり、かつ、単に用益権者 (usager) に情報を提供するためのものにすぎない(三七条本文)。それゆえ、通常の不動産登記と異なり、第三者に対する対抗要件とはならない公示である。もつとも、片務予約の存在につき悪意の第三者には、その予約が公示されていなくとも対抗しうるとするのが確定した判例法理である。⁽¹²⁹⁾ そうとすれば右デクレの三七条の明文にもかかわらず、片務予約の公示により第三者の悪意が推定され、実質的には片務予約の公示が対抗要件としての機能を有することになる。⁽¹³⁰⁾

したがって、不動産に関する売買の片務予約の譲渡については、一六九〇条および一九五五年一月四日のデクレ三七条による公示の二つが問題となる。この両者の関係は、後者が満たされれば前者が不要である、とも解しうることがそうではない。なぜなら、実際に両者が対抗しうる第三者として想定する者が異なるからである。すなわち、デクレによる公示は、当該不動産の取得者に対して片務予約の受益者およびその譲受人を保護するものであるのに対して、一六九〇条は片務予約の二重譲渡につき第一譲受人を保護するものである。⁽¹³¹⁾ それゆえ、不動産売買の片務予約の譲渡には、以上の二つの公示が要求されることになる。

四 片務予約の譲渡の法律構成

さて、ここまで概観してきた売買の片務予約の譲渡は、合意に基づく契約譲渡の一類型であろうか。この点についてはすでに触れたように、一九八二年にそれを肯定する注目すべき破毀院判決が出されている。けれどもその判

決を紹介する前に、それまでの判例の状況を明らかにしておく。

一九八二年以前に売買の片務予約の譲渡の法律構成が問題とされたのは、先述した一般租税法典一八四〇条—A（一九六三年一月九日の法律七条）の適否をめぐる次の判決においてであった。

【41】破毀院第三民事部一九六九年七月二日判決（D. 1970, 150, note J.-L. Aubert）

事案はおよそ次のようであった。Y所有の土地につき、YとX₁間で以下のような条項を含む売買の片務予約が結ばれた。すなわち、「受益者であるX₁ないしはX₁の指定した取得者は、本件土地を三筆に分割して買うことができる。ただしその場合には、三つの売買契約が同時に（simultaneously）終局契約とされねばならない」旨の条項である。しかるに、X₁は自己の権利をX₂・X₃・X₄に譲渡し、X₂ら三人はそれぞれ別の公証人の下でオプション権を行使した。そこでYは、かかるオプション権の行使が一人の公証人の下でなされていないため、右条項の「同時に」という要件を満たしていないとして、X₁らとの交渉を打ち切った。X₁とX₄は、Yとの終局契約の締結を求めて本件訴訟を提起した。これに対してYは、X₁らによる右条項違反を主張するとともに、X₁の片務予約の譲渡が登録されていないため、一九六三年一月九日の法律七条により無効である、と主張した（以下では、本稿に関連する後者の主張についてのみを取り上げる）。原審は、X₁のX₂らに対する権利の移転（transmission）が第三者のためにする契約によるものであり、右法律七条の「譲渡」（cession）に該当しない、との理由でYの主張を退け、Xの請求を認容した。Y上告。破毀院第三民事部も、X₁とYとの間で結ばれた売買の片務予約が、X₁のために、その選択した取得者と交替する権限を認めていることを理由に、X₁とX₂らとの交替は第三者のためにする契約であって債権譲渡ではない、と判示した。そして、右法律七条の適用を否定した原判決を支持し、Yの上告を棄却した。

右判決は、 X_1 Y間の片務予約の条項が、Yを諾約者・ X_1 を要約者・ X_2 らを受益者とする第三者のためにする契約であると解し、 X_1 と X_2 らとの交替を一般租税法典(C.G.I.)一八四〇条—Aの「譲渡」でない、とするものである。けれども、この判決を評釈したオベールは、本件が売買の片務予約の「譲渡」の事案であると解し、右判決を以下の三点において批判した。⁽¹³²⁾

まず第一に、理論的には、第三者のためにする契約が事態に合致しないとす。すなわち、第三者のためにする契約は、直接に第三者(X_2)に権利を付与するものであり、この権利が要約者(X_1)に属することは決してない。にもかかわらず、本件のような片務予約の場合には、オプション権が初めに X_1 に帰属し、後に X_2 らに移転する。それゆえ、判決の構成は、「この点において、もとの受益者(X_1)と終局の取得者(X_2 ら)とを結ぶ関係を無視する」ものである、と批判する。

第二に、実質的にも、第三者のためにする契約では、一六九〇条の適用がないため、「オプション権の順次の『譲受人』に対して詐欺(fraude)が容易に行なわれる」おそれがある。

そして第三に、右の二つにもまして重要なことは、【41】判決のように解すると、売買の片務予約に受益者の交替に関する条項を入れておけば、容易に一般租税法典一八四〇条—Aの適用を回避しうるため、同条の目的が達成されえないことになる。

以上の学説の批判を考慮して、一九七一年に、破毀院第三民事部は、右判決を修正した。

【42】 破毀院第三民事部一九七一年六月四日判決 (Bull. civ. 1971, III, n° 357)

事案は次のようであった。一九六四年三月二日に、XY間において、Y所有のアパートマンにつき次のような売買の片務予約がなされた。すなわち、「XないしXが交替しようと思う者のために」同年五月一五日までXが、

右アパルトマンの所有権を欲すれば取得しうる旨の契約である。その際にXは、右予約が終局契約の締結に至らなかった場合の違約金として五万フランをYに支払った。そして五月一日にXは、その未成年の娘に右オプション権を譲渡し、自らは娘の法定代理人として、Yに終局契約を締結するよう催促した。しかるにYがこれに応じず、売買契約が締結されなかった。そこでXは、本件予約がその承諾の日より一〇日以内に登録されなかったため、一八四〇条—A (CGI) の適用により無効である、との理由で前記違約金の返還をYに請求した。原審はXの請求を認容し、Yが上告した。その上告理由は、一九六四年三月二日のXYの契約が第三者のためにする契約を構成するため、右規定の適用がない、というものであった。これに対して破毀院第三民事部は、次のように判示してYの上告を棄却した。

「原審が、一九六四年三月二日の契約が売買の片務予約を構成する、と認定したのは正当であり、……受益者のための、その選択に従い取得者と交替する権限は、なんら右性質決定を変更しうるものではない」。

右判決の争点は、片務予約の「譲渡」に関するものではなく、XY間の契約が一八四〇条—A (CGI) の「予約」に該当するか否かである。それゆえ右判決は、**【41】**判決を変更するものではなく、また、片務予約の譲渡の法律構成を明らかにするものでもない。

けれども、Yの第三者のためにする契約の主張を退け、一八四〇条—Aの適用を認めた右判決は、**【41】**判決の射程を明確にし、かつ、制限した、と解されている⁽¹³³⁾。

そして、売買の片務予約の譲渡の法律構成が明確に示されるのは、次の一九八二年判決においてである。ただしその事案は、右一八四〇条—Aに関するものではないことを付言しておく。

【43】破毀院第一民事部一九八二年二月一四日判決 (Bull. civ. 1982, I, n° 360 ; D. 1983, 416, note L. Aynès ; Rev. trim. dr. civ. 1983, 531, obs. F. Chabas)

事案はおよそ次のようであった。A所有の土地を目的とする売買の片務予約の受益者Xは、右土地の改良工事を
行なった後に、その権利をスーパー・マーケットの建築を企図しているB会社に譲渡した。その際(一九七一年五月
六日)にBは、右土地を取得したときに、Xが行なった工事の賠償金として二八万フランをXに支払う旨を約束し
た。その後Bも本件片務予約の利益をY会社に譲渡し、Yが右土地の所有者となり、そこにスーパー・マーケッ
トを建築した。そこでXはYに対して二八万フランの支払いを請求した。第一審はXの請求を認容し、Yが控訴。
原審も、Bは、Yに売買の予約の権利を譲渡することにより、同時にXに対して契約された債務をも譲渡するつも
りであったことを認定して、Xの請求を認容した。Y上告。その上告理由は、フランス法ではかかる債務の譲渡が
存在しない、というものであった。これに対して破毀院第一民事部は、次のように判示してYの上告を棄却した。
「双務契約の譲渡は、相手方(cedé)に、移転された契約によってその者に債務を負っている譲受人(cession-
naire)に対して、直接に追及する(poursuivre)ことを認めるものである。ところで、本件において控訴院は、地
方裁判所の理由を容れて、……次のように認定している。すなわち、BはYに、BX間で結ばれた一九七一年五月
六日の契約から生じた債権および債務のアンサンブルを譲渡した。したがって、Bが本件土地の取得者となった場
合にはXに支払うことを義務づけられている金額——その額に争いはない——をXに対して支払うようYに命じた
原判決は、法律上正当であり、Yの上告には理由がない。

右判決は、賃借権譲渡(一七二七条)のような明文が存在しない売買の片務予約の譲渡について、「双務契約の譲
渡」を肯定し、契約譲渡の相手方が譲受人に対して、直接に、債務の履行を請求しうることを認めた点に意義

を有する⁽¹³⁴⁾。ただし、この判決により契約譲渡に関する「すべての問題が解決されるわけではなく」、譲渡人の免責の⁽¹³⁵⁾

有無は依然として不明である⁽¹³⁶⁾。その意味では、右判決は今後の議論の出発点となるものである、と考えられる⁽¹³⁷⁾。

(114) 横山・前掲論文(注11)二四頁。

(115) 横山・同前によれば、「片務予約は、実際上もつとも利用度の高い前契約として、不動産売買に限らずあらゆる領域で様々な態様で用いられる」とされる。なお、横山・同前三八頁注七一参照。

(116) Malaurie, op. cit. (note 3), p. 126. 横山・同前二四―二五頁。

(117) もつとも片務予約には、受益者がオプション権を行使して終局契約を締結しなかった場合に、諾約者に対して固定化賠償 (indemnité d'immobilisation) と呼ばれる一定の金額を支払う旨の違約金 (dedit) 条項を伴うのが通常である。それゆえ、かかる違約金条項の存在により、受益者も実質的には売買契約を締結することを義務づけられるとすれば、双務契約との差異がなくなると考えられる。実際、破産院の判例にも、違約金条項の存在する片務予約を双務予約であると解する判決が存在した (Com. 6 janvier 1970, J.C.P. 1970, II, 16240, obs. PL.; Civ. 3e, 27 octobre 1975, D. 1976, 97, note E. Frank. — いずれも後述する一般租税法典 (Code général des impôts) 一八四〇条—Aの適用を否定した事案)。しかし、近時の判決は、違約金条項の存在だけでは双務予約に該当しない⁽¹⁾、として一般租税法典一八四〇条—Aの適用を肯定している。その理由としては、①売買代金(一三万フラン)に比して違約金(二万フラン)が五分の一にも達しないため、受益者に終局契約の締結を義務づけるものではないこと (Com. 9 novembre 1971, D. 1972, 62. — 営業権の売買の片務予約の仲介者が右規定の期間内に当該予約を登録しなかったため終局契約の締結に至らず、諾約者が仲介者に損害賠償を請求した事案。仲介者は本件予約が右規定の適用のない双務予約であると主張していた)、②違約金が諾約者の債務と「厳格にシンメトリー」(rigoureuxment symétrique) な債務でないこと (Com. 24 avril 1992, Bull. civ. 1972, IV, n. 120. — 事案は①とほぼ同じ。ただし、受益者が仲介者に損害賠償を請求した)、③違約金が諾約者の債務と「一般的にシンメトリー」(régulièrement symétrique) な債務でないこと (Com. 8 novembre 1992, J.C.P. 1973, II, 17565, obs. B. Boccara. — 事案は①・②とほぼ同じ。ただし、諾約者も受益者に対して終局契約に至らない場合に違約金を支払う合意をしていたため、受益者がその合意に基づき諾約者に違約金を請求した)、などが挙げられている。

他方、一九七五年七月九日の法律第五九七号 (Gaz. Pal. 1975, 2, 373) による民法典一一五二条の改正は、損害賠償額の予定を定める第一項に、次の項を付け加えた。すなわち、「裁判官は、合意された違約金 (peine) が明らかに過大または過小である場合には、それを減額し、または増額することができる。反対の約定はすべて、書かれなかったものとみなされる」。片務予約の場合の違約金も損害賠償額の予定であるため、右規定が適用される。そうであるとするれば、右規定により片務予約の違約金の額が合理的なものになるとともに片務予約が違約金条項の存在を理由として双務予約である、と解される余地もなくなることになる。なぜなら、違約金により受益者が終局契約の締結を実質的に義務づけられる、という事態が解消され、違約金が諾約者の債務と「厳格にシンメトリー」な債務であるとは考えられなくなるからである (Malaurie,

op. cit. (note 3), pp. 128-130)。

したがって、前記の判例法理が確立し、かつ、民法典一一五二条二項が存在する今日では、片務予約と双務予約は明確に区別される。ただしこの問題は、後述のごとく、片務予約が実質的には双務性を有することとは論理的に異なるものである。

(118) Malaurie, *ibid.*, p. 134. なお、横山・同前三八頁注(72)には、次のように片務予約による脱税の具体例が記されている。「たとえば、不動産業者は、不動産を購入する際に売主との間で、売主を予約者とし、受益者が交替することのできる片務予約を締結する。その後、不動産業者が第三者に目的不動産を転売するときには、第三者が受益者となるが、表面上は売主から直接第三者に不動産が譲渡されたかたちになるので、不動産業者は売上げに対する課税および所得税を免れることができる」。

(119) Gaz. Pal. 1964, I, 57.

(120) Malaurie, op. cit. (note 3), p. 120.

(121) Malaurie, *ibid.*, p. 126.

(122) Malaurie, *ibid.*, pp. 131-132.

(123) 民法典一五九八条は次のように規定する。すなわち、「取引されるものはすべて、特別の法律がその譲渡を禁止しなかったときは、売却する権利が保留される」。

(124) Malaurie, op. cit. (note 3), p. 133.

(125) 判例とくは「一八六六年判決【88】のほかは、Req. 20 janvier 1862, D.P. 1862, I, 564 ; Req. 26 mai 1908, D.P. 1909, I, 425 ; Req. 13 mars 1907, D.P. 1912, I, 315 ; Civ. 21 juin 1927, D.P. 1928, I, 51. がある。また、学説とくは、Aubry et Rau, 6^e éd., op. cit. (note 57), t. V, § 349, P. 9 ; Planiol et Ripert, op. cit. (note 37), n. 178. が挙げられる。もっとも近時は、オプション権を形成権 (droit potestatif) であると解する見解が有力であることにつき、横山・前掲論文(注11)三九頁注(75)参照。

(126) J. Radouant, Note, D. 1933, I, p. 76.

(127) Malaurie, op. cit. (note 3), p. 142.

(128) Gaz. Pal. 1955, I, p. 510. *supra*.

(129) Malaurie, op. cit. (note 3), p. 145. 横山・前掲論文(注11)二五頁および三九一四〇頁注(77)参照。

(130) Malaurie, *ibid.*

(131) Malaurie, *ibid.*, p. 146.

(132) J.-L. Aubert, Note, D. 1970, pp. 152-153.

(133) Malaurie, op. cit. (note 3), p. 138.

(134) もっともエネスは、本件の場合に、BのXに対する債務が債権と相関的なものであったかは疑わしいとする。そして、本件では、単に債務引受 (reprise de dette) が問題であったにすぎず、判決が「契約譲渡に言及したのは不要であり、かつ、不正確であった」と解している

(Aynès, Note, D. 1983, pp. 418-419 ; Malaurie et Aynès, op. cit. (note 3), n° 784, p. 422 note 8)。

(135) しかしシャバスは「いずれにせよ、一九八二年二月一四日の判決は条文の欠缺にもかかわらず、一体的な (tout entier) 双務契約の移転の有効性を認めることにより、一般原則を提示した点で注目し値する」と述べている (F. Chabas Obs., Rev. trim. dr. civ. 1983, p. 534)。

(136) Chabas, *ibid.*, pp. 532-533.

(137) なお、この判決以降も、合意に基づく契約譲渡に関しては、一九九二年に破毀院商事部の重要な判決が出されている。しかしこの判決は、契約譲渡の要件に関するものであるため、次節(立教法学四一号掲載予定)において言及する。

第五款 ま と め

一 片務予約の譲渡について

民法典一七一条に明文のある賃借権の譲渡を除いては、合意に基づく契約譲渡を否定していた破毀院は、ついに、一九八二年の第一民事部判決【43】によりそれを肯定するに至った。しかもこの判決の論理は、双務契約から生ずる債権債務のアンサンブルを承認し、それが一体的に譲受人に移転することを認めている。それゆえ、破毀院は、伝統的な契約譲渡についての分解説を否定する近時の学説に従ったものと考えられる。

ところで、右判決【43】では、双務契約譲渡の概念が承認されたが、その要件・効果は明らかではない。この点につき参考となるのは、右判決以前の売買の片務予約の譲渡に関する破毀院の立場である。それをまとめると、以下のようになるであろう。

まず要件について、一九八二年判決【43】は、単に譲渡人と譲受人との合意により契約譲渡を認め、それに対する相手方の承諾を必要としていない。しかし伝統的な判例および学説によれば、片務予約の譲渡については、相手方への公示方法として、債権譲渡の対抗要件(一六九〇条)が必要であるとされている。ただし、古い判例【39】・【40】では、相手方である諾約者に対しては右要件が不要である、と解されていた。けれども、この判例法理が今

日においても通用するかは疑問である。

また、売買の片務予約の譲渡は脱税の手段として用いられるおそれがあるため、一八四〇条—A (C.G.I.) の適用により、一定期間内に登録されなければ無効とされる。加えて、不動産売買の片務予約は、一九五五年一月四日のデクレ三七条により抵当権登記所に公示しうるものとされた。

他方、効果については、譲受人が直接に相手方に義務づけられる(一九八二年判決【43】)ほかは、必ずしも明らかではない。しかし、古い判決(一八六六年判決【38】)によれば、売買の片務予約が譲渡されても譲渡人は当然に免責されず、諾約者に対して依然として債務を負う、と解されている。この判決が今日も先例としての価値を有するかは明らかではない。しかし、右の結論は、前款第四項でまとめた賃借権譲渡の判例法理と合致する。そして、一六九〇条の適用を問題とする要件論に関しても、賃借権譲渡の場合と類似することが注目される。

二 要件・効果の理論的考察の必要性

ところで、一九八二年判決【43】により、双務契約の譲渡が一般的に承認されると、再び脚光を浴びるのは、賃借権譲渡をはじめとする「法律に規定された」合意に基づく契約譲渡の要件および効果である。なぜなら、これは法律に基づく特殊な類型ではなく、一般的に承認された合意に基づく契約譲渡の「一類型」であることになり、その要件・効果の検討は契約譲渡の一般論を構築するうえでの手がかりとなりうるからである。とりわけ、賃借権譲渡に関する判例の集積は、契約譲渡の要件・効果をめぐる学説に大きく影響を与えるものと思われる。

そこで以下では、右のような視点を踏まえて、合意に基づく契約譲渡の要件・効果に関する学説の動向に目を向けることにする。