

「契約当事者の地位の移転」の再構成（三・完）

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
 - 第二節 若干の類型的考察（以上、四〇号）
 - 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
 - 第一節 特定の財産の譲渡に伴う「契約当事者の地位の移転」
 - 第一款 問題の所在
 - 第二款 商法六五〇条の考察

第三款 民法六〇五条の再検討

第一項 問題の所在

第二項 現行民法典施行以前の大審院判決

第三項 民法六〇五条と賃借権の登記

第四項 小括

第四款 解釈的提言

第二節 合意に基づく「契約当事者の地位の移転」

第一款 問題の所在

第二款 賃借権の譲渡(1)——沿革的考察

第一項 民法六一二条の制定

第二項 学説の展開

第三項 若干の考察

第三款 賃借権の譲渡(2)——要件・効果

第四款 解釈的提言

第三節 まとめ

終章 「契約当事者の地位の移転」の意義と機能（以上、本号）

第三章 フランスにおける契約譲渡の理論(2)——合意に基づく契約譲渡

第三節 要件・効果の理論的考察

第一款 問題の所在

一 序

前節まで述べた如く、フランスでは近時、合意に基づく契約譲渡が独自の法制度として破毀院により承認されるに至った。しかし、その要件および効果については、未だに学説の間でも見解が一致していない。そこで本節では、この点についての従来の見解をまとめるとともに、今後の展望を明らかにすることを試みる。そのための準備作業として、以下ではまず、契約譲渡の要件・効果の問題点を提示しておく。

二 要件について

合意に基づく契約譲渡の要件として学説に争いのない点は、当該契約が譲渡可能でなければならない、ということである。すなわち、法律⁽¹⁾ないし合意により譲渡が禁じられている (incessible) 契約は、契約譲渡の対象とはなりえない。ただし、その禁止が主たる債務の債権者 (相手方) の保護を目的としている場合には、右債権者が契約譲渡を承諾することにより当該禁止を解除することができる。もっとも、その禁止が同時に公序に関するものであれば、債権者 (相手方) の承諾によっても契約譲渡をなしえないことは、前節第二款の冒頭で述べた通りである。

また、右のように契約譲渡を禁ずる法律ないし合意がないとしても、当該契約が当事者間の人的信頼関係 (intuitu personae) に基づいて締結されている場合には、契約譲渡の対象とはなりえない。なぜなら、かかる契約における当事者の交替は、その契約の目的を覆し、その結果、債務的効力の消滅をもたらすからである。ただし、次の二点に注意を要する。

まず第一点は、この場合にも相手方の承諾があれば、当該契約は譲渡の対象になる、ということである。そしてこの点に関しては、破毀院商事部の注目すべき判決⁽²⁾が出されている。

【44】破毀院商事部一九九二年一月七日判決 (Bull. civ.IV, n°3, p.3; J.C.P. 1992, I, 3591, n°17, obs. Ch. Janin; Rev. trim. dr. civ. 1992, 762, obs. J. Mestre)

事案はおよそ次のようであった。Y会社はリース会社であるAとの間で、一九八三年二月三一日を確定期限とするコンピューター・ハードウェアのリース契約を締結した。しかるに一九八二年一月一〇日、Aの清算手続が開始され、同二四日に清算人 (syndic) が右契約をX会社に譲渡した。そこでYは、一九八三年三月および四月に、右契約が期間の定めのない契約であることを理由に、Xに解約の申し入れをした。これに対してXは、Yが期限内に右契約を解約するには、その期限までのリース料総額の九〇パーセントに相当する契約上の損害賠償を支払わなければならないとして、Yにその支払を求めた。原審はXの請求を認容し、Y上告。その上告理由は、本件契約がAとの人的信頼関係 (intuitu personae) に基づいて結ばれたため、その性質上譲渡の対象にはなりえない、というものであった。

破毀院商事部は、まず、「ある契約が当事者 (cocontractant) の人格 (personne) を考慮して結ばれたという事実、他方当事者が (契約譲渡に) 承諾した以上、第三者にその債権債務関係が譲渡されることの障害にはならな

い」と判示した。そして本件に関しては、Aの清算人がYに契約譲渡の事実を知らせた後にも、Yが一九八三年三月までリース料をXに支払い、しかもXの技術的なサーヴィスを受けていたとの事実を認定した。そうして、かかる事実のもとでは、「Y社がX社に対する当該契約譲渡を承諾する (accepter) 意思を明確に表示した」ものと認められることができると判示して、原判決を支持しYの上告を棄却した。

右の判決は、「人的信頼関係に基づく (intuitu personae) 契約の譲渡が、相手方の承諾 (consentement) に服する」ことを明らかにしたものである。⁽³⁾

第二点は、金銭債務については右の intuitu personae が問題にならない、とされていることである。なぜなら、この場合に債権者が信頼を置くのは債務者の支払能力の点であり、かかる契約の譲渡を認めても、債権者は新しい債務者により債権の満足を受けうるからである。⁽⁴⁾

以上の、法律、合意または intuitu personae に基づき譲渡しえない契約については、かりに譲渡契約が結ばれたとしても、当該契約譲渡は無効である、と解されている。⁽⁵⁾

右の点と異なり、契約譲渡の要件となるのは、一六九〇条の要件と債務引受ないし債務者の交替に要求される相手方 (債権者) の承諾との関係である。すなわち、本章第一節で触れたように、ドイツでは後者の点のみが問題とされた。⁽⁶⁾ しかるにフランスでは、債務者の交替に対する債権者の承諾とともに、賃借権譲渡の判例で明らかにした如く、債権譲渡の対抗要件 (一六九〇条) の適否が問題となる。それゆえ、かかる二重の要件が「混乱をもたらす」⁽⁷⁾ のであり、それをいかに調整するかが契約譲渡の要件論の最大の課題となる。

加えて、契約譲渡に一六九〇条の要件が必要であるとした場合にも、その手続が必ず履践されなければ相手方に当該契約譲渡を対抗しえないか、という問題が生ずる。そしてこの点についての判例は、すでに賃借権の譲渡に関

連して概観した通りである。

三 効果について

他方、契約譲渡の効果については、それが契約当事者の地位を移転し、相手方 (cede) と譲渡人 (cedant) との契約関係—債権・債務のみならず形成権等の付随的権利・義務をも含む—が譲受人 (cessionnaire) に将来に向かつて特定承継される点では争いが無い。

問題となるのは、右の場合に譲渡人が免責されるか否かである。そして、その免責が認められない場合には、譲渡人がいかなる範囲で責任を負うか、という点も問題となる。

右の効果論は要件論とも関連し、いかなる要件があれば譲渡人が免責されるか、という問題に還元されうる。それゆえ以下の叙述に際しては、各問題ごとに項目を区別せず、論者ごとにその主張を検討する予定である。そしてその論者としては、今日の判例および学説が一致して承認する契約譲渡の一体説をフランスにおいて初めて実質的に基礎づけた、クリステイアン・ラルメ (一九六八年) を最初に取り上げる。

なお、フランスの判例および学説によれば、契約譲渡の対象は、双務契約かつ継続的契約に限定され、その範囲も将来に向かつてのみ問題とされている。しかし、この点については契約譲渡の機能と関連するため、本節ではなく次節で扱うことにする。

- (1) 法律により譲渡が禁止されている契約としては、前節で触れた農地法八三二条 (現在は、L. 411-35) の農地賃借権が挙げられる。
- (2) メストル (Mestre) は、この判決により、マロリーおよびエネスの主張した契約譲渡の理論が、「決定的に (学説の) 多数を獲得した」と評してやる (J. Mestre, *Obs.*, *Rev. trim. dr. civ.* 1992, p. 762)。
- (3) Mestre, *ibid.*, p. 763. もっとも、「この判決の定式から、逆に、人的考慮のない契約の譲渡が (相手方の承諾なしに) 自由になされる、という結論づけることができるか」否かは、「今後のより大きな」問題である、とされている (Mestre, *ibid.*)。
- (4) また、かりに新債務者 (譲受人) が無資力であるとしても、旧債務者 (譲渡人) の免責を認めなければ相手方債権者に不都合はない。もっともこの点は、契約譲渡の効果論にも関わる問題である。

(5) ここまでの叙述につき、本稿ではとりあえず、判例を中心に記述された次の文献を参照した。J. Schmidt-Szalewski, *Jurisprudence française, t.V, Droit des contrats*, Paris, 1989, n° 398 et suiv.

(6) その理由は、すでに述べたように、ドイツではフランス民法典一六九〇条やわが民法四六七条に相当する債権譲渡の對抗要件に関する規定がない、という法制の違いに由来する、と考えられる。

(7) K.H. Neumayer, *La Transmission des obligations en droit comparé, La Transmission des obligations, Bruxelles et Paris, 1980, p. 276.*

第二款 学説の検討(1)——ラルメの見解とその影響

一 ラルメの見解

すでに本章第一節で述べた如く、合意に基づく契約譲渡に関してラルメは、一六九〇条が不要であり、相手方の譲渡に対する承諾 (consentement) のみが要件として重要である、という立場を採る。

問題となるのは、その承諾の「役割と範囲」をいかに考えるかであり、この点についてラルメは、以下の二つの見解が存在しうる、と述べている。⁽⁸⁾

第一の見解は、相手方の承諾が契約譲渡の成立要件である、と主張する。すなわち、この見解は、契約の相対効 (一一六五条) の観点から、なんら関係のない相手方と譲受人との間に権利関係を創設するのが相手方の承諾であるとする。それゆえ、その承諾がないと右両者間になんら関係が生ぜず、単に債権譲渡と履行引受 (promesse d'exécution) が存在するにすぎないことになる。⁽⁹⁾ 加えて、相手方が契約譲渡による譲渡人の免責の意図を知らされた時から、右の「権利関係の創設」と「譲渡人の免責」とは法律的に結合され、これに対する相手方の承諾は、「一つでありかつ不可分である」とする。そして、右二つの効果はこの相手方の承諾の時からしか生じない、とされている。⁽¹⁰⁾

右の見解によれば、契約譲渡の成否が相手方の承諾によるため、契約譲渡の制度も指図 (délégation) に近づき、

債権譲渡からは遠くなる。⁽¹¹⁾ この見解を主張するのがマルティレイノオ（初版）であることは、既述の通りある。⁽¹²⁾

これに対して第二の見解は、譲渡人と譲受人との合意で契約譲渡の効力が生じ、相手方の承諾は、右譲渡人の免責を認めることを目的とする、⁽¹³⁾ と考える。この見解によれば、譲渡人・譲受人間の契約譲渡の合意により、相手方と譲受人との間の権利関係が生じることになる。⁽¹⁴⁾ そして相手方の承諾は、それを単に確認し、かつ、譲渡人を免責する効果を有するにすぎない、と解されている。

以上の二つの見解のうち、フランス法ではいずれが支持されるべきか。この点につきラルメは、賃借権の譲渡を双務契約譲渡であると判示した一九四七年一月七日の破毀院判決（**【14】**判決）を引用する。この判決によれば、契約譲渡に相手方の承諾を必要とせず、しかもその場合に譲渡人の免責を認めないため、相手方の承諾は譲渡人の免責を目的とする⁽¹⁵⁾ としか考えられない。それゆえ、かかる破毀院の立場は、第一の見解とは相容れず、⁽¹⁶⁾ 第二の見解によつてしか正当化されえないとし、ラルメ自身も判例を支持して後説に与している。⁽¹⁷⁾

右のように解すると、相手方が契約譲渡に承諾すれば、譲渡人は決定的に契約関係から離脱する。しかし、相手方が右承諾を拒絶した場合、および、その承諾の有無が未定の時点において、譲渡人の免責をいかに解するかが問題となる。

まず前者の場合、ラルメは、原則として契約譲渡の目的の一つ（譲渡人の免責）が達せられないため、その譲渡が無効となるとする。ただし、当事者の意思解釈により、譲渡人が譲受人の保証人として相手方に債務を負う旨を認めることも可能である、と主張する。⁽¹⁸⁾

また後者の場合、フランスの判例によれば譲渡人は当然に免責されず、相手方に対して債務を負うことになる。このとき、譲受人の債務と譲渡人の債務との関係が問題となり、次の二つの考え方があるとする。すなわち、一つは、両者が連帯債務を負うとするものであり、もう一つは、譲渡人が二次的責任を負うとするものである。このう

ちラルメは、債権者の承諾なしに債務者に対する権利を変更しえないとの理由で、後者を否定する⁽¹⁹⁾。そうして、両者の責任は連帯債務に近い関係である、と解している⁽²⁰⁾。

以上のラルメの見解をまとめると次のようになる。すなわち契約譲渡は、債権譲渡と同様に、譲渡人と譲受人の合意により相手方に効力を生ずる。その際に、一六九〇条の要件は不要である。けれども、右の契約譲渡を確認し、かつ、譲渡人を免責するために相手方の承諾が必要とされ、かかる承諾がなされるまでは譲渡人が免責されず、譲渡人および譲受人は相手方に対して連帯債務に近い債務を負う⁽²¹⁾。

右のラルメの見解およびその議論の進め方は、以下に述べるように、主要な学説に少なからぬ影響を与えている。

二 ラルメの影響を受けた諸学説

(1) マロリー (一九七六年)

合意に基づく契約譲渡 (cession conventionnelle) に関するマロリーの見解は、ラルメの見解と同じく、相手方の承諾 (consentement) を重視する。そして、この承諾の欠缺や拒絶の場合に、譲渡人が免責されないのは当然であるが、さらに譲渡人・譲受人間の譲渡契約が無効となるか否かが問題であるとする⁽²²⁾。

この問題につきラルメは、一般論として相手方の承諾が契約譲渡の本質的要件か否かを議論し、それを否定に解した。しかるにマロリーは、すべてを当事者の意思解釈の問題であるとする⁽²³⁾。すなわち、譲渡人がその債務を免れる場合にのみ契約を譲渡する旨を明示していれば、相手方の承諾は契約譲渡に必要である。けれども、譲渡人が債務を負うことを承認すれば、相手方の拒絶は譲渡になんら影響しないとす。ただし、マロリーによれば、後者は「ノーマルな状況ではない」というのも、契約譲渡の目的は「契約当事者の地位を譲受人に移転すること」であり、「このことは譲渡人の契約からの離脱、つまり免責をもたらす」からである⁽²⁴⁾。それゆえ、「フランスで一般に受

容されている見解に反して」マロリーは、「相手方が譲渡を承諾したという事実のみで、譲渡人が契約関係から離脱する」と主張する。そして、「契約譲渡の目的は、相手方に二人の債務者を与えて有利にすることではない」と述べている。⁽²⁵⁾

かかるマロリーの見解は、相手方の承諾があればその趣旨にかかわらず譲渡人が免責され、承諾を拒絶した場合にのみ、当事者（特に譲渡人）の意思解釈の問題とするものである。したがって、結論的には、譲受人の免責についてのみ相手方の承諾を必要とするラルメの見解と大差がない⁽²⁶⁾、と解される。

(2) レイノオ（一九七八年）およびゲスタン（一九八〇年）

マロリーの論文に引き続いて公にされた、レイノオおよびゲスタンの各論文は、そのテーマが契約譲渡のみを対象とするものではないためか、契約譲渡の要件・効果に関してはラルメの見解を敷えんと⁽²⁷⁾とどまる。

ただし、ゲスタンの見解に関しては、次の二点で注意を要する。

まず第一に、相手方が承諾を拒絶した場合、マロリーと同じく、譲渡契約における譲渡人の意思解釈を問題とする。けれどもゲスタンは、その意思が明確でないときには、「譲渡人を免責せずに、補充的 (subsidaire) に、譲受人とともに責任を負わせる」という、相手方の意思の一般的な推定に合致するよう解釈すべきである、と主張⁽²⁸⁾する。その結果、相手方の承諾の拒絶により契約譲渡が無効になるのは、譲渡人が明示的に免責を条件とした場合に限られる、と考えられる。

また第二に、ゲスタンは、契約譲渡に債権譲渡が含まれていることを理由に、一六九〇条の適用を認める判例法理が正当である、と解している。けれども、「債権譲渡と相関的な債務引受が一六九〇条の手續に従うか」という問題があり、この点について「現行法はなんら答えていない」と指摘⁽²⁹⁾している。

三 小 括

以上の諸見解は、それぞれニュアンスが異なるが、いずれも契約譲渡の要件としては、相手方の同意 (adhesion) ないし承諾 (acceptation) を重視する点で共通する。⁽³⁰⁾ このような考え方の背景には、ラルメルが引用するサレイユの債務引受論、ひいてはドイツの債務引受論の影響がうかがわれる。そして、まさにこの点において、次に述べる近時の学説の傾向と—結論的には大差ないが—その出発点を異にしているのである。

- (8) Ch. Larroumet, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Bordeaux, 1968, n°108.
- (9) Larroumet, *ibid.*, n°109, p. 261.
- (10) Larroumet, *ibid.*, p. 267.
- (11) Larroumet, *ibid.*, p. 262.
- (12) 本章第二節 (立教法学四〇号一四〇頁以下) 参照。
- (13) Larroumet, *op. cit.* (note 8), n°110. この見解は、ドイツの債務引受論をフランスに導入し、その場合に相手方 (債権者) の介入を最小限にしようと試みたサレイユの論文に想を得て、ラルメルが主張したものである。
- (14) しかし、相手方の関与していない契約により、その者と譲受人との間に権利関係を生ぜしめるのは、契約の相対効 (一一六五条) に反するのではないかとどう疑問が生じうる (G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t.II, vol. 1^{er}, *Les obligations*, Paris, 1962, n°828, p. 834)。そして、第一の見解は、まさにこの点についての配慮から主張されたものであった。けれどもラルメルは、債権譲渡 (二六八九条以下) を契約の相対効の例外であると解し、債権譲渡と契約譲渡をパラレルに考えて、後者も右原則の例外である、と主張する (Larroumet, *ibid.*, pp. 272-273)。この点からも理解されうるように、第二の見解は、契約譲渡を債権譲渡に近づけようとするものである。
- (15) Larroumet, *ibid.*, p. 278.
- (16) Larroumet, *ibid.*, p. 276.
- (17) Larroumet, *ibid.*, pp. 278-279.
- (18) Larroumet, *ibid.*, n°125.
- (19) Larroumet, *ibid.*, n°127, p. 298.
- (20) Larroumet, *ibid.*, p. 301. しかし、ラルメルは、契約譲渡の時を基準として、譲渡人と譲受人との抗弁権が異なるため、「真の連帯債務」ではない、と主張する。
- (21) Larroumet, *ibid.*, n°134.

(22) Ph. Malaurie, La cession de contrat, Cours de Doctrat Paris II 1975-1976, Paris, 1976, p. 233.

(23) Malaurie, *ibid.*

(24) Malaurie, *ibid.*, p. 234.

(25) Malaurie, *ibid.*, p. 236.

(26) ただし、マロリーは、譲渡人がその意思解釈により免責されない場合における譲受人との多数当事者の債務関係を、連帯債務であると解している。その根拠は、右の場合にも、「目的の単一性」および「債務関係の多重性」という連帯債務の特徴が備わっている点に求められている。(Malaurie, *ibid.*, p. 235)。

(27) P. Raynaud, Les contrats ayant pour objet une obligations, D.E.A. de Droit privé Paris II 1977-1978, Paris, 1978, pp. 93-100 ; J.

Ghestin, La transmission des obligations en droit positif français, La transmission des obligations, Bruxelles et Paris, 1980, n° 94 et suiv.

(28) Ghestin, *ibid.*, n° 97.

(29) Ghestin, *ibid.*, n° 99. なお、レイノオも、ラルメのように一六九〇条を不要としうるか疑問である、とする。けれども、一六九〇条を要求する破毀院判決を引用するにとどまり、その立場は必ずしも明確でない (Raynaud, *op. cit.* (note 27), pp. 176-177)。

(30) ただし、相手方の承諾を契約譲渡の本質的要件（成立要件）とするのではなく、譲渡人の免責のために必要とすることは、すでに述べた通りである。その意味では、相手方の承諾の実質的な役割は、次款で扱う近時の学説と大差ない、と考えられる。

第三款 学説の検討(2)——近時における学説の傾向

一 カルボニエの見解（一九五七年—一九九一年）

時はやや遡るが、契約譲渡がフランスで議論されはじめて間もない一九五七年に、今日の理論を先取りするかのように如き見解が登場した。ジャン・カルボニエの見解がそれである。その特色は、契約譲渡⁽³¹⁾の要件・効果を考察するに際し、フランスの法律および判例の分析から出発した点に存する。けれども、カルボニエの記述は簡潔であり、その論拠も必ずしも明確でないためか、後の学説に顧みられることがなかった。まずカルボニエは、契約譲渡の要件を「原則として自由である」とする。ただし、法律の明文⁽³²⁾により、あるいは、契約の性質⁽³³⁾上、相手方の承諾が要求される場合がある⁽³⁴⁾。そして、「契約譲渡に相手方の承諾が不要とされる場合にも、契約譲渡は必然的に債権譲渡を

含むため、一六九〇条に従って相手方に通知されなければならない、と思われる」と述べている。⁽³⁵⁾

また契約譲渡の効果として、「譲受人は、最初の契約当事者の権利義務を承継する」と解している。ただし、債務の面では「譲渡は不完全 (imparfaite) でしかなく、債権者は、「債務者として譲受人を得るけれども、譲渡人を明確に免責しない限り、その者に対する債権を失わない」とする。⁽³⁶⁾

右の見解は、要するに、譲渡不可能な契約の譲渡を可能とするために相手方の承諾を必要とし、それ以外の契約の譲渡については一六九〇条のみを問題とする。そして、譲渡人の免責は当然には認められないけれども、契約当事者の地位は相手方の承諾とは無関係に譲受人に移転する、と解するものである。

かかるカルボニエの見解は、結論的には前款で紹介した見解と大差がない。しかし、契約譲渡の要件としては一六九〇条のみを考慮し、譲渡人は免責されないが契約譲渡は有効であるとする考え方は、フランスの判例法理と一致する。のみならず、次に述べる近時の立法の動向にも合致するものである。

二 民法典一八三一条の三

合意に基づく契約譲渡を法定した近時の重要な条文として、前章で触れた⁽³⁷⁾ 民法典一八三一条の三が存在する。すなわち、同条一項は、不動産開発契約の注文者が、その「計画の完成前に」相手方の承諾なしに右契約を譲渡することができ、その場合に「譲受人は、権利および義務を含む契約の全体につき、当然に右注文者に代わる」と規定する。そして同条二項は、右の場合に、譲渡人が譲受人の債務の履行につき「担保責任を負う」旨を規定している。右条文は、一九七一年七月一六日の法律第五七九号の三二条⁽³⁸⁾により、民法典第三編に第八章の二として挿入されたものである。しかし当初は、右第二項が規定されず、同項は後に、一九七二年七月一一日の法律第六四九号二条により付け加えられたものである。⁽³⁹⁾ それでは、なぜ、右の譲渡人が担保責任を負う旨の規定が加えられたのであろうか。

この点につき、右条文の草案を起草したアンドレ・ティスラン (André Tisserand) は、一九七二年六月二七日に行なわれた国民議会の審議において次のように説明している。

「民法典の新しい一八三二条の三は、注文者に、その権利を譲受人に対して譲渡することを認めている。そして譲受人は、積極的および消極的に契約のアンサンブルにつき、当然に右注文者に代わることになる。この場合、開発者 (promoteur) を介して注文者が契約した者 (＝相手方) は、(右譲渡に) 反対しえない。

しかし当然のことながら、譲受人がその債務を履行しない場合には、右相手方は、強いられた譲渡から被害を蒙ってはならない。それゆえ、最初の契約当事者である譲渡人は、自らが締結した契約の適切な履行につき (契約の譲渡後も) 責任を負ってしかるべきである」⁽⁴⁰⁾。

右説明によると、不動産開発契約の譲渡は相手方の関与なしになされるため、その者に損害を与えないよう譲渡人に担保責任を負わせる、というのが立法趣旨である。

かかる見解は、契約譲渡への相手方の関与を不要とする点でカルボニエの見解に一致する⁽⁴¹⁾。そして、右規定は近時の学説に大きな影響を及ぼすことになる。

三 近時の学説

(1) エネス (一九八四年) およびマロリー・エネス (一九八五年—一九九〇年)

契約譲渡に関する近時の労作としては、ローラン・エネスの一九八四年の論文が挙げられる⁽⁴²⁾。その研究は、契約譲渡の適用領域を明確に限定し、この制度の有する不明瞭さを排除することを目的とした意欲的なものである。けれどもこの点は次節で言及することとし、ここでは、契約譲渡の要件・効果に関するエネスの見解を、それが要約されたマロリー・エネスの教科書から引用する。

まず、契約譲渡の要件としては、「(当該) 契約が譲渡可能であれば、相手方の承諾 (consentement) は不要で

ある⁽⁴³⁾とする。そして、相手方の承諾があつたとしても、それは「せいぜい、譲受人の人格の承認 (agrement) と過去に向かつての譲渡人の免責を目的とする」ものである、と解している。⁽⁴⁴⁾

ところで、一六九〇条の要件については、右教科書では触れられていない。この点につき、エネスの論文では、理論的には相手方への通知が必要である、とされている。⁽⁴⁵⁾しかし、一六九〇条の手続は、「相手方に (契約) 譲渡を認識させるためのものでしかなく」、これが履踐されていなくても譲渡は有効である。⁽⁴⁶⁾加えて、相手方に譲渡を知らせるために、右手続を厳格に遵守する必要もないと主張する。⁽⁴⁷⁾

したがってエネスは、一六九〇条の要件を重視していない、と解される。

他方、契約譲渡の効果は、「原則として、将来に向かつてのみ生ずる」とする。すなわち、「契約の譲受人は、譲渡後の債務関係についてしか債務者および債権者にならない」。そして、「譲渡人は同様に義務を負つたままであるとしても、… 補充的債務者 (debiteur subsidiaire) として」義務を負う、とする。⁽⁴⁸⁾

最後に、解除権・更新権等の形成権は、「(契約) 譲渡の後には、譲受人のみに帰属し、かつ、譲受人に対してしか行使しえない」とする。なぜなら、契約譲渡は契約当事者の交替にもかかわらず、契約の継続を認めるための制度であるからである。換言すれば、契約譲渡後にも、契約の債務的強制力、原因 (cause) および対象は同じであり、「ただ当事者の一方が別の者に代わる」だけだからである。⁽⁴⁹⁾

以上のエネスの見解を要約すれば、契約譲渡は譲渡人と譲受人との合意のみで可能となり、その場合に譲渡人は補充的債務者として債務を負うことになる。そして、相手方には、一六九〇条の手続をはじめとするなんらかの手段で、右譲渡の存在を認識させれば充分である、とされている。

(2) マルティンレイノオ (第二版—一九八八年)

右のエネスの見解とともに、近時の見解として注目されるのは、マルティンレイノオの教科書の第二版の記述で

ある。というのも、既述の如く同書では、初版（一九六二年）の見解が大幅に改められているため、この問題についての今後の学説の動向をうかがうことができるからである。

合意に基づく契約譲渡 (cession conventionnelle de contrat) の要件に関してマルティンレイノオは、まず、当該契約が譲渡可能 (cessible) であることを挙げている。すなわち、*intuitu personae* や法律および譲渡禁止条項による制限のないことである。⁽⁵⁰⁾

次に、相手方の承諾 (accord) の要否についてはラルメの分析に従い、二つの考え方が存在する、とする。すなわち、相手方の承諾が、(1) 契約譲渡の成立要件であるとする立場と、(2) すでになされた契約譲渡の単なる確認にすぎないとする立場、の二つである。⁽⁵¹⁾

しかし、マルティンレイノオは、「譲渡人の免責が契約譲渡の目的ではないと考えれば、この問題は別なふうに解決される」と述べる。すなわち、「相手方の承諾は、(契約) 譲渡の実現には不要」であり、ただ、*intuitu personae* および譲渡禁止条項等により契約譲渡をなしえない場合に、その契約の「譲渡を可能にするために要求される」にすぎない、とする。⁽⁵²⁾

そして、賃借権譲渡をめぐる判例も、相手方の承諾を不要としていることを指摘する。ただし、相手方の承諾は「譲渡をその相手方に対して『対抗しうる』ものとする」けれども、「民法典一六九〇条の手續のいずれかが満たされれば、右承諾は不要である」と解している。⁽⁵³⁾

そこで、一六九〇条の「手續の役割を明らかにすることが問題」となる。この問題については、次の二つの見解がありうるとする。すなわち、一つは、相手方に譲渡を知らせ、相手方の二重払いの危険を防ぐための手段であると解する見解である。この見解によれば、一六九〇条の手續は、「本質的なものではなく、相手方への他の伝達手段によって代えられうる」ものとなる。⁽⁵⁴⁾ もう一つは、一六九〇条が単に相手方を譲渡につき悪意にするのではな

く、「譲渡人による債務不履行を理由として譲渡された契約を解除する権利を、相手方から奪う」機能を有するとする。⁽⁵⁵⁾そして、マルティンレイノオは、マロリーに形式主義的であるとして批判された一九七五年の全部会判決⁽⁵⁶⁾を引用して、後説に与する。すなわち、「相手方に譲受人との契約の継続を強いるために、右相手方に(契約)譲渡を知らせるものとしては、一六九〇条の適用は有用である」と主張している。⁽⁵⁷⁾

他方、譲渡人の免責については、「少なくとも相手方がその免責に同意しない限り、契約譲渡は譲渡人を右相手方に対する債務から解放しない」とする。そして、かかる結論が「とりわけ、相手方債権者の承諾なしに実現する合意に基づく譲渡に関して」妥当し、契約譲渡が「譲渡人の免責を目的とするものではない」という点を再度強調している。⁽⁵⁸⁾ただし、右の場合の「譲渡人の地位は、主債務者 (debiteur principal) として債務を負うのではなく、担保ないし保証責任 (garant ou caution) としてのみ負う、という方向で変更されることが、一般的に容認される」とする。⁽⁵⁹⁾その根拠としては、譲渡人が譲受人の債務を担保する旨を規定した、民法典一八三一条の三および一九四八年九月一日の法律七九条三項が挙げられている。⁽⁶⁰⁾

以上のマルティンレイノオの見解が、エネスの見解および近時の判例・立法の影響を強く受けたものであることは、その脚注から明らかである。そして結論的にも、相手方の承諾を不要とし、また、譲渡人は担保ないし保証という補充的責任を負う点で、エネスの見解と軌を一にする、と考えられる。

(31) ただし、一九五七年の初版では、「契約譲渡」という語は用いられているものの、独立した項目としてではなく、「債務引受」(cession de dette)の形態、すなわち、「債権の譲渡に附随する債務の譲渡」(cession de dette accessoire à l'aliénation d'une créance)として位置づけられている。そして、契約譲渡の対象を、「債権および債務の複合である双務契約」に限定している (J. Carbonnier, *Droit civil*, t.II, 2^e partie, Les obligations, Paris, 1957, n.210, p.746)。このような点から、当時のカルボニエが契約譲渡の法的性質をいかなるものと解していたかがうかがわれよう。なお、後の版では「契約譲渡」が、債務引受の節 (section) の中ではあるが、独立した項目として扱われている (*Droit civil*, t.IV, 7^e éd., 1972, n.127, p.472)。

(32) 例として、先に触れた農地法八三二条のほか、賃借権譲渡に関する一七一七条の原則の例外である次の法律が挙げられている。すなわち、

一九四八年九月一日の法律第一三六〇号の七八条であり、同条は、居住ないし營業用の賃借権に関して、賃借人に、「反対の条項または、賃借人の承諾がなければ」転貸および譲渡を禁止している (Gaz. Pal. 1948, 2, 376)。

(33) これは、契約が *intuitu personae* である場合を指し、その例として民法典一八六一条を挙げている。すなわち同条は、組合持分の譲渡 (*cession des parts sociales*) に関して、「すべての組合員の承認 (*agrément*) がなければ、譲渡することができない」(一項) と規定する。

(34) ここでカルボニエが述べている「相手方の承諾」は、結局、本節第一款に指摘したように、譲渡の禁じられた契約を譲渡可能なものとする趣旨で要求されているにすぎない。それゆえ、契約譲渡の成立要件ないし譲渡人の免責のために必要とされる「相手方の承諾」とは、理論的に区別される。

(35) Carbonnier, *op. cit.* (note 31), 1^{re} éd., p. 746.

(36) Carbonnier, *ibid.* かかる譲渡人の責任につき、カルボニエは、二つの賃借権譲渡が同時に行なわれる賃借権の交換を規定した、一九四八年九月一日の法律の七九条三項を引用する。ただし同項は、第二章冒頭 (立教法学三九号九九頁以下) に指摘した通り、「譲渡人の債務を二次的なものとし、かつ、五年間に制限する」(Carbonnier, *ibid.*) ものである。

(37) 第二章第四節第一款 (立教法学三九号一七二頁以下) 参照。

(38) Gaz. Pal. 1971, 2, 320.

(39) Bulletin Législatif 1972, 374.

(40) Journal officiel de la République française, Débats parlementaires, A.N., 1972, p. 2868.

(41) この年 (一九七二年) に改版されたカルボニエの教科書 (7^e éd., *op. cit.* (note 31), n° 127, p. 472) では、「現代の立法者は、契約譲渡が当然にもとの契約の相手方 (債権者) に対抗するものとして、いくつかの契約譲渡を明示的に規定した」とする。そして、先の一九四八年九月一日の法律七九条三項に加えて、「さらにより明確な」例として次のように記述している。すなわち、「(民法典) 一六〇一条の四を改正する一九六七年七月七日の法律は、建築予定不動産の取得者がその契約上の利益を第三者に譲渡する場合には、率直に (*sans détour*) 売主に対する義務を免れる旨を規定する。しかるに、不動産開発契約においては、異なった規定がなされている (一九七二年七月一日の法律二二条により改正された一八三一条の三)」。

なお、右の一六〇一条の四の規定とその立法趣旨、および、一八三一条の三との異同については、第二章第四節 (立教法学三九号一七〇頁以下) 参照。

(42) L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, 1984.

(43) Ph. Malaurie et L. Aynès, *Cours de droit civil, Les obligations*, 2^e éd., Paris, 1990, n° 790. なお、エネスは、契約譲渡の対象となりえない契約として、次の三つの場合を挙げている。すなわち、第一は、人的信頼関係に基づいて (*intuitu personae*) 結ばれた契約である。その例としては、請負・委任等の「なす債務」 (*obligation de faire*) が挙げられ、かかる場合には、「債権者の満足は債務者のパーソナリティに依存する」とする。他方、金銭債務の場合には、債務者の支払能力についての考慮が譲渡の妨げにはならない、と解している。なぜなら、その場合

には、保証人になるという譲渡人の約束が、相手方にこの上ない保証を付与する」(Maurie et Aynès, *ibid.*, p. 426, note 30) からである。

第二に、当該契約が、「その主たる効力を生じていない」ことが要求される。なぜなら、「(契約)譲渡は、その契約が当事者となった第三者との間で続けられることを前提とする」からである。その意味では、「継続的契約のみが譲渡の対象になりうる」とする。

第三は、譲渡禁止 (*incessibilité*) 条項の付された契約である。ただし、この条項は、「性質上の *intuitu personae* を表示するにとどまる」場合もある。けれども、*intuitu personae* でない契約の「譲渡を禁ずるためには、譲渡禁止条項が不可欠」であり、換言すれば、この条項は「契約の流通を妨げる」ことになる。それゆえ、法律がかかる条項を無効とする場合があり、その例として、一九五三年九月三〇日のデクレ第 九六〇号の三五条が挙げられている (Maurie et Aynès, *ibid.*, note 34)。すなわち、同条によれば、「賃借人に、その営業権ないし企業の取得者に対する賃借権の譲渡を禁ずる旨の合意は、たとえいかなる形式をとろうとも、無効である」とされている (Gaz. Pal. 1953, 2, 659)。

(44) Malaurie et Aynès, *ibid.*, n° 790.

(45) Aynès, *op. cit.* (note 42), n° 237 et *suiv.*, *spéc.* n° 242.

(46) Aynès, *ibid.*

(47) Aynès, *ibid.*, n° 247.

(48) Malaurie et Aynès, *op. cit.* (note 43), n° 791.

(49) Malaurie et Aynès, *ibid.*

(50) G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Les obligations*, t.I, 2^e éd., Paris, 1988, n° 350, p. 359. なお、譲渡禁止条項が有効ならば、それに反してなされた契約譲渡は無効となる。また、契約譲渡を相手方の承認 (*agrément*) にかからしめる条項については、相手方がその承認を不当に拒絶した場合、裁判所が代わりに許可を与えることができる、とする。

(51) Marty et Raynaud, *ibid.*, p. 360. この点につき、マルティレイノオの初版では、(1)の考え方が採られていた (Marty et Raynaud, *op. cit.* (note 14), n°828, p. 834)。

(52) Marty et Raynaud, *ibid.*, p. 360.

(53) Marty et Raynaud, *ibid.*, p. 361.

(54) Marty et Raynaud, *ibid.* の見解は、ラルメおよびマロリーの主張するものである。

(55) Marty et Raynaud, *ibid.* マルティレイノオは、エネスの見解としてこの考え方を引用する。ただし、エネスは先述の如く、一六九〇条の手続を有用であるとしつつも、それが唯一の手段であるとは解していない。そして、この点において、以下に述べるマルティレイノオの見解と異なる。

(56) 前節判例【24】(立教法学四〇号一八九頁) 参照。

(57) Marty et Raynaud, *op. cit.* (note 50), p. 362.

(58) Marty et Raynaud, *ibid.*, p. 365.

(59) Marty et Raynaud, *ibid.*

(60) Marty et Raynaud, *ibid.*, note (5).

第四款 小 括

近時におけるフランスの契約譲渡論は、右のマロリー・エネスおよびマルティ・レイノオに代表される如く、相手方の承諾を不要と解する方向へと向かっている⁽⁶¹⁾。もつとも、その承諾を必要とするラルメの見解も、結論的には右方向と大きく隔たらない。なぜなら、相手方の承諾は単に契約譲渡を確認し、かつ、譲渡人を免責するために要求されるにすぎないからである。そして、このように相手方の承諾の役割が小さく解される背景には、ラルメの見解にも引用されていたように、一九四七年以降の賃借権の譲渡に関する判例法理の存在が大きく影響していると解される。

しかしラルメの見解では、その出発点をサレイユの債務引受論、ひいてはドイツ民法学に置くため、終局的には相手方の承諾を不要であるとは解しえない。これに対して、フランスの判例法理から出発する近時の学説は、相手方の承諾を不要とし、相手方に譲渡を知らせる手段としての一九九〇条を問題とする。そして、ラルメの見解を基本的に支持していたマロリーおよびレイノオが後説に与したという事実は、ラルメの議論がその歴史的役割を終え、⁽⁶²⁾ 契約譲渡がフランス法の独自の制度としての歩みを踏み出したことを意味するものと解される。

他方、契約譲渡の効果論では、相手方の免責の意思表示までは、譲渡人が譲受人の債務につき補充的責任を負う、とする点が注目される。というのは、ラルメが指摘した如く、債権者の承諾なしにその債務者に対する権利を二次的なものに変更することは、原則としてできないはずだからである。けれども、理論的には、契約譲渡により契約当事者の地位が譲受人に移転した以上、譲渡人が主債務者であると解するのは正当でない⁽⁶³⁾。また、形式的に

は、一九四八年九月一日の法律七九条三項および民法典一八三一条の三が、譲渡人に補充的責任しか負わせていない、という近時の立法の動向が参照される。

譲渡人が補充的責任を負うとする近時の見解は、かかる理論的および形式的理由に基づくものと解される。

なお、判例・学説に争いのない点ではあるが、当該契約が法律ないし特約により譲渡を禁止もしくは制限されている場合、および、*intuitu personae*である場合には、それに反してなされた契約譲渡は無効とされる。そして、右の譲渡禁止が公序に基づくものでない限り、相手方の承諾があれば譲渡が可能となりうる、ということに再度の注意を促しておく。

(61) マロリー・エネス、マルティン・レイノオのほか、カルボニエも依然としてその見解を堅持している (J. Carbonnier, *Droit civil*, t.IV, *Les obligations*, 15^e ed., Paris, 1991, n° 324, pp. 570-571)。しかし他方、今日においても契約譲渡を一般的に承認せず、債務の移転は更改ないし指図によって行なわれなければならないとする見解もごく少数ながら存在している (Ph. Malinvaud, *Droit des obligations, Les mécanismes juridiques des relations économiques*, 5^e ed., Paris, 1990, n° 303 et suiv.)。なお、第三章第一節第三款第二項注 (143) 参照 (立教法学四〇号一五四頁以下)。

(62) もっとも、ストラスブル学派のシムレル (Ph. Simler) の見解は、結論的にはラルメの見解と一致する。すなわち、要件に関しては、「債務の譲渡と同時に、契約当事者の地位の譲渡は、…(譲渡契約に) 譲渡人の相手方の承諾がなければ、その相手方に対抗しえない」とする。そして、かかる相手方の承諾があれば一六九〇条が規定する通知は不要である、と解している (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 5^e ed., Paris, 1993, n° 1213)。また、効果についても、更改がなされなければ譲渡人は、契約譲渡後に生じた債務をも依然として負うとする。しかも、その場合に譲渡人が負う債務は、保証債務ではない。なぜなら、「更改がなければ、債務はその当初の主たる債務としての性質を維持する」からである (Terré, Simler et Lequette, *ibid.*, n° 1215)。それゆえ、合意に基づく契約譲渡の要件および効果については、フランスにおいても、今後さらに議論が続けられよう。

なお、一九九四年三月二八日に姫路獨協大学において行われた、シムレル教授の「債権譲渡から契約譲渡」と題する報告につき、池田真朗教授による紹介がある (法律時報六六卷一二号九四頁以下 (一九九四年))。

(63) *Malaurie, op. cit.* (note 22), p. 234. とりわけ、双務契約譲渡の理論的基礎を、双務契約における債権債務のアンサンブルに求めるとすれば、譲渡人が主たる債務を負うとする結論は、右原則を「放棄した」ことにならう (*Malaurie, ibid.*, p. 117)。

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

一 序

前章および本章では、フランスにおける契約譲渡の理論を学説の区別に従い、「法律に基づく契約譲渡」(cession legale du contrat)と「合意に基づく契約譲渡」(cession conventionnelle du contrat)の二つの類型に分けて、個別的に検討した。その検討によれば、右二つの類型では、相互に共通する点を有し、また、相異なる点が存在した。そこで本節では、フランス法のまとめとして、右二つの類型の異同を明らかにしておくことにする。とりわけ、その相異点を明らかにすることは、各類型の基本的な特色を際立たせることになるであろう。また、両類型は、少なくとも「契約譲渡」である、という点では共通している。それゆえ、両者のその他の共通点は、契約譲渡の制度が一般的に有する特質であり、そこから、この法制度に内在する独自の機能が明らかになると考えられる。以下では、まず、二つの類型の相異点から考察してゆくことにする。

二 相異点の検討

二つの類型の相異点は、主として契約譲渡の要件および効果の面に現れる。すなわち、前者の面では、一六九〇条の適否および相手方 (cede) の承諾 (ないし同意) の要否が問題となる。また、後者の面では、譲渡人の免責の可否が問題となる。ただし、相手方が譲渡人を免責する旨の意思表示をすれば、いずれの類型においても譲渡人が免責される点では争いが無い。それゆえ、ここでの問題は、かかる相手方の免責の意思表示がない場合に、譲渡人がいかなる責任を負うか、あるいはまったく責任を負わないか、という点に存する。

以上の諸点を一覧表にまとめたのが表IVである。⁽¹⁾この表からも明らかのように、二つの類型では、顕著な相異点が存在する。すなわち要件の面では、法律に基づく契約譲渡が、相手方の承諾のみならず一六九〇条の要件も不要

表 IV

類型 要件・効果	法律に基づく契約譲渡				合意に基づく契約譲渡	
	民法典 1743	労働法典 L.122-12②	保険法典 L.121-10	民法典 1601-4	(a)-1948年9月1日の法律 79条 (b)-民法典1831-3	判例・学説
民法典1690条	×	×	×	×	(a)-79②により,相手方に 通知が必要 (b)-不明	○
相手方の承諾	×	×	×	×	×	×
譲渡人の免責	△	○	○	○ (反対説あり)	×	×

○…必要ないし肯定 ×…不要ないし否定 △…見解の対立があり, いずれとも決しえない

であるとするのに対し、合意に基づく契約譲渡では、少なくとも一六九〇条の適用がある⁽³⁾と解されている。また、効果の面では、前者が譲渡人の免責を認める⁽⁴⁾のに対して、後者はそれを否定に解している⁽⁵⁾。

右の差異は、なぜ生じるのであろうか。

まず、法律に基づく契約譲渡は、すでに述べたように、⁽⁶⁾対象となる契約がある特定の財産と密接な関連を有するため、その財産の譲渡に随伴して生じる、という基本的特色を有している。換言すれば、この類型の契約は、ある特定の財産を考慮して (intuitu rei) 結ばれるため、その財産の所有権の譲渡により本来的には機能を失い終了すべき運命にある。それを法律が、契約関係を存続させるために、当事者の交替を強制したのである。それゆえ、その要件も、基本的には、契約の目的となる財産の所有権の所在に従うことが認められる。すなわち、所有権の所在が明らかであれば、一六九〇条により契約譲渡を相手方に知らせる必要がなくなる。また、かかる契約は、その財産の所有者にのみ利害を有するため、譲渡人はもはやなんらの利害も有さず当然に免責されることになる。

他方、合意に基づく契約譲渡は、右のように目的物の譲渡に随伴するものではなく、契約関係そのものの譲渡である。この場合に問

題となるのは、相手方に契約の新しい当事者が誰であるかを知らせることと、その者の支払能力の有無である。それゆえ、一六九〇条の要件が必要とされるとともに、譲渡人の免責も当然には認められないことになる。ただし、相手方の関心が主として支払能力の点にあるとすれば、譲渡人が譲受人の債務につき担保ないし保証責任を負うことにより、相手方の不安は解消されよう。それゆえ、譲渡人は右のような補充的責任を負う、とするのが近時の傾向である。

さらに、契約が当事者の支払能力のみならず、人的信託関係に基づいて (intuitu personae) 締結された場合には、原則として契約譲渡の対象とはなりえない。もつとも、相手方が右の利益を放棄すれば、すなわち契約譲渡に承諾をすれば、右契約の譲渡が可能になると解されている⁽⁸⁾。

以上の点から、次のことが帰結される。すなわち、契約には、人的要素の強いものからその希薄なものまでが存在し、その程度に応じて契約譲渡の要件および効果が変化しようということである。換言すれば、人的信託関係に基づいて (intuitu personae) 締結された契約では、それを譲渡可能なものとするために相手方の承諾が必要とされる。一方、ある目的物を考慮して (intuitu rei) 締結された契約は、その目的物の所有権の移転に随伴するため、一六九〇条も不要であり、かつ、譲渡人も免責されることになる。そして、契約当事者の支払能力のみを問題とする契約は、右の両者の中間に位置するものと考えられる (表V参照)。

契約当事者の地位の移転を考察する場合には、まず、当該契約が右の区分のいずれに位置するかを明らかにする必要がある、と解される。

三 共通点の検討

契約譲渡の二つの類型に共通するのは、次の三点である。まず第一に、譲渡の対象が双務契約であること、および第二に、継続的契約であることである。そして第三に、契約譲渡は、その譲渡時を基準として、将来に向かつて

表 V

契約の人的要素	契約における当事者の着眼点	契約譲渡の要件	契約譲渡の効果
強 ↑ ↓ 弱	(a) <i>intuitu personae</i> ↑ (b) 当事者(債務者)の 支払能力 ↓ (c) <i>intuitu rei</i>	① 相手方の承諾 ② (b) に同じ 民法典1690条適用 不要	① を欠くと無効 ① があれば (b) に同じ 相手方の意思表示があるまで 譲渡人は免責されない 譲渡人は免責

のみ契約が譲受人に移転する、という点も共通する。この第三点は、いわゆる契約譲渡の効果の時的配分の問題である。

このうち、第一点については判例および学説が一致して肯定する。しかし、その背景には、債務の移転が原則として認められていないフランスにおいて、債権債務が不可分である双務契約の概念を援用することにより、その移転を説明しようという意図が存在する。換言すれば、双務契約の概念の強調は、債務不移転の原則を認めるフランスの特殊事情に基づく、とも考えられる。そしてフランスの学説が主張する如く、片務契約の譲渡はすべて、債権譲渡または債務引受の問題に解消されうるのかは、なお検討の余地がある。けれども、実際に問題となるケースが双務契約に関するものであること、および、片務契約譲渡の多くは債権譲渡ないし債務引受の問題として処理しうることから、さしあたり、「契約譲渡の真の領域は双務契約である」と⁽⁹⁾と考えても、そう不都合はないであろう。

他方、第三に挙げた契約譲渡の効果の時的配分の問題は、それ自体の理論的正当性も問われなければならないが、そもそも対象となる契約が継続的契約であることから帰結されるものである。そうとすればここでの焦点は、契約譲渡の対象が継続的契約であることに絞られる。そして、結論を先取りすれば、まさにこの点に契約譲渡の独自の機能が存するのである。

まず、法律に基づく契約譲渡が継続的契約に関してその意義を有することは明らかである。すなわちこの類型では、契約当事者の一方が自己の所有する特定の

財産（不動産・保険目的物・営業権）を譲渡すると、もはやもとの契約当事者間で継続的契約（賃貸借契約・保険契約・労働契約）を維持する利益がなく、当該契約は終了せざるをえなくなる。それゆえ、右の場合に契約譲渡を認めることは、譲渡人・譲受人および相手方の三者の意思に合致するのみならず、契約の効力をできる限り存続させることを可能にする⁽¹¹⁾。

右の点は、合意に基づく契約譲渡についてもほぼ同じように考えられる。

例えば、既述の如く⁽¹²⁾ラルメは、契約譲渡の対象を継続的契約のみに限定しない。けれども、継続的契約の場合、長期間等間隔に分けて履行することのリスクを負う譲渡人にとっては、かかる契約関係から離脱しうる契約譲渡の制度は「確実な利益をもたらす」ものである、とする。

そして、契約譲渡の対象を継続的契約に限定するマロリー⁽¹³⁾エネスは、継続的供給契約 (contrat de fourniture) を例にして、次のように、より具体的に契約譲渡の機能を示している。

「継続的供給契約は、販売業者 (commerçant distributeur) が（五年ないし一〇年の）一定期間内に、一定量の商品のある製造業者、輸入業者ないし卸売り商（＝供給者 fournisseur）から定期的に買うことを義務づけられる合意である。その代わり、右供給者は販売業者に商品の一部を引渡す義務を負う。そしてかかる合意は、独占販売条項 (clause d'exclusivité) を含む場合がある。それゆえ、多様な継続的供給契約により供給者 (concedant) と販売業者 (concessionnaire) を結びつけている排他的供給契約 (concession commerciale) は、次の点で重要な役割を果たしている。すなわち、右契約は、生産者から消費者への販売網を編制することを可能にする。そして、より一般的に、生産者と販売業者の間の（フランチャイズ、ライセンス、下請契約、代理店契約等の）協同契約 (contrats de collaboration) を構成する。そして、かかる協同（関係）は、安定性 (stabilité) をもたらすことになる。

さて、供給者または販売業者の一方がその営業を譲渡した場合、（継続的供給ないし排他的供給）契約が右（営業

の) 譲渡後にも存続するとすることが、取得者、売主および売主の相手方の利益になりうる。⁽¹³⁾ それゆえ、継続的供給契約 (ないし排他的供給契約) は、しばしば、営業譲渡の売主が取得者に契約の存続を義務づける旨の (条項を) 規定する。ただし、当事者の一方 (通常は販売業者) がその個人的資質のゆえに選ばれた場合には、反対に (契約) 譲渡を禁ずる (旨の条項が規定される)。

なお、継続的供給契約は営業権の一要素ではないので、その契約が譲渡可能であれば、契約譲渡が営業権の売買につけ加わることになり、一般的には、譲渡人と譲受人との間の合意 (accord) によりなされている⁽¹⁴⁾。

右のマロリー・エネスの見解は、要するに、継続的契約の場合、当事者間には協同関係が生じ、安定性がもたらされる。けれども、その一方が営業譲渡などにより契約を履行しえなくなると、右安定性も破壊されることになる。そこで、かかる安定性を維持するために契約譲渡が認められる、という主張である。

ところで、法律に基づく契約譲渡は、目的物の譲渡により、当事者の一方が継続的契約の履行をなしえない場合における契約の運命を問題とした。そして、合意に基づく契約譲渡も、営業譲渡などなんらかの理由により、当事者の一方が継続的契約を履行しえない場合に問題となる。これらの場合に、伝統的な契約理論によれば、他方当事者 (相手方) は履行不能を理由として損害賠償を請求しうるが、⁽¹⁵⁾ 従前の継続的關係に基づく安定性は破壊されることになる。そして、新しい当事者と新たな法律関係を結ぶためには、その者と交渉し、その者の資質を調査し、かつ、契約締結の手續を踏まねばならない。このような「伝統的解決は、∴継続的契約の締結がもたらす経済的、人的およびしばしば感情的 (affectif) な負担を軽視している」と批判されている。⁽¹⁶⁾

そうとすれば、契約譲渡の機能は、継続的契約による安定性 (stabilité) を維持するために、契約当事者の一方の変更にもかかわらず、将来に向かって契約の効力を存続させることにあると解される。⁽¹⁷⁾ そして、まさにこの点において、契約譲渡は単なる債権譲渡や債務引受とは区別される。すなわち、いずれも「契約当事者の狭い枠から契

約の債務的効力をはみ出させる」制度であるが、「債権譲渡、指図ないし債務引受、および直接訴権」は、第三者の債務の履行による契約上の債務の消滅、つまり支払いを目的とするものである。これに対して契約譲渡は、右とは逆に、当事者の一方の交替にもかかわらず契約上の債務の継持を目的とする。それゆえ、契約譲渡だけが、第三者に契約当事者の地位を付与するのである。⁽¹⁸⁾

右のような理解が正しいとすれば、契約譲渡の領域は継続的契約に限定されるとともに、独自の法制度としての存在理由を有する、と考えられる。そして、契約譲渡を債権譲渡と債務引受との重なり合いとして理解することは、契約譲渡の制度の本質を見誤るものである、と解される。

四 日本法への示唆

以上のフランス法の分析からは、次章で行なわれるであろう日本法の再検討に際して、さしあたり次の二つの示唆が与えられる。

一つは、法律に基づく契約譲渡に相当する類型、すなわち、特定の財産の譲渡の随伴する契約当事者の地位の移転を合意に基づくそれから区別する必要がある、ということである。なぜなら、両類型はその性格・要件および効果を異にするからである。

ところで、特定の財産の譲渡に随伴する契約当事者の地位の移転の代表例としては、フランス民法典一七四三条に相当するわが民法六〇五条が挙げられる。この規定については、すでに第一章で述べた如く、従来は「契約上の地位の譲渡」の特殊な場合として考察されてきた。すなわち、我妻博士の状態債務説やそれ以前の「法律上ノ債務引受」という説明がそれである。けれども、フランス法において検討した如く、右類型も契約譲渡の一類型であることは間違いない。それゆえ、わが民法六〇五条の再検討を中心に、それがいかなる制度であり、いかなる規制に服すべきであるのかを、いま一度考察し直す必要があると思われる。

もう一つは、従来のが国で「契約上の地位の譲渡」と呼ばれてきた、合意に基づく契約当事者の地位の移転の再検討の必要性である。すなわち、この問題につきわが民法は、無批判的にドイツの議論を導入してきた。そしてこの点は、ドイツが右問題の先進国であったことを考えると、あながち不当でもない。けれども、右制度は未だわが国に定着したとは考えられない。それゆえ、この問題と関連する債権譲渡等の法制度が近似するフランスの議論を参照することは、右制度の「定着」に資するものであると解される。とりわけ、フランスにおいて、合意に基づく契約譲渡の代表例とされてきた賃借権の譲渡は、わが民法でも再検討に値しよう。

それでは、右の二つの示唆を踏まえて、わが国に再び目を転ずることにする。

(1) もっとも、表Ⅳのすべての項目において、判例および学説が一致しているわけではない。しかし、その詳細はこれまでの検討に譲り、ここでは全体的な傾向を示すにとどめる。

(2) 前述のように、相手方の承諾を重視するラルメの見解によれば、契約譲渡の要件としてはそのみで充分であり、一六九〇条の適用は必要ない、とされる(前節参照)。しかし、この見解も、理論的には一六九〇条の適用を前提としそのメリットを認めつつ、相手方の承諾との二重の要件を課する必要があるとするだけである。それゆえ、一六九〇条を完全に排除するものではないことに注意を要する。

(3) 法律に規定された「合意に基づく契約譲渡」の一つである一九四八年九月一日の法律七九条では、一六九〇条の系統に代わる相手方への通知が法定されている(二項)。それゆえ、一六九〇条の適用はないが、実質的にはそれを要件とする趣旨である。なお、民法典一八三一条の三に關しては、今後の実務および学説の集積が待たれる。

(4) ただし、民法典一七四三条に關しては、賃貸人の免責を否定するのが多数説であり、肯定する見解は少数有力説にとどまっている。けれども、合意に基づく契約譲渡ではかかる見解の対立すら生じていない。そしてまさにこの点に、両類型の基本的な違いがあると考えられる。

(5) この場合の譲渡人の責任を、近時の立法(表Ⅳ参照)および学説は、担保ないし保証という二次的・補充的責任である、と解していることは前述の通りである。

(6) 第二章第五節(立教法学三九号一九二頁以下)参照。

(7) 例として、委任契約および請負契約が挙げられよう。ただし、委任契約における受任者の地位の譲渡とは異なるが、受任者の復任権についてフランス民法典一九九四条は次のような立場を採っている。すなわち、委任契約において復任権が禁止されていない限り、受任者は右権利を有し(一項一号参照)、その場合の委任者の保護は、「受任者が復受任者の行為に付自ら行為を為したるときと同様の責任を負へば足る」(川上太郎『佛蘭西民法「Ⅴ」―財産取得法(4)―現代外国法典叢書(18)(有斐閣、復刻版、一九八八年)九一頁)とするものである(一項本文)。それ

ゆえ、委任が人的信頼関係に基礎を置くものであるとしても、立法者はそれを特に重視していなかった、とも考えられる。しかし、学説上、「有償委任の場合に委任者が特に受任者の能力や才能に着眼して委任を為したるときは、受任者は自ら委任事務を処理するの黙示の合意を為したるものと看做され、復委任権を有しない」と解されている(川上・同前)。かかる復委任は、契約譲渡と利益状況が近く、参考になると思われる。

(8) 譲渡禁止条項および公序 (ordre public) に基づく譲渡の禁止については、前節参照。

(9) Ch. Larroumet, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Bordeaux, 1968, n° 81, p. 160.

(10) この類型では、契約譲渡の利益が相手方(貸借人・保険会社・労働者)に認められることは容易に理解される。そして、譲渡人も契約譲渡により、履行不能による損害賠償責任を回避しうることになる。他方、譲受人は、自己の取得した目的物につき右のような契約の存在を知りうる状況にあるため、それにより不測の損害を蒙ることはないと思される。もともと、保険契約の移転については、譲受人にも、新たに保険契約を結ぶまでの間に保険のない状態が生じる、ということがなくなるため、メリットがあると思われる。なお、以上の点につき、第二章(立教法学三九号)参照。

(11) 第二章で述べた如く、法律に基づく契約譲渡の理論は、契約譲渡の概念が承認される以前には、附従物理論ないし特定承継論により説明されていた。それゆえ、その長所は、特定承継論の有するそれとまったく同じである。すなわち、「第一に、社会経済的見地からは、ある財産に権利義務が結合し、一つの経済的価値を有するに至ったものを、法律的に同一の運命に従わせることは、その財産の効用を全うさせるという点で有益である。また第二に、そう解することによって、問題となつて前主の契約の効力を存続させることが可能になる。そしてその結果は、前主の債務者を不当に利することなく(債権の移転)、かつ、前主の債権者に不測の損害を与えない(債務の移転)という長所を有することになる(野澤正充「契約の相対的効力を特定承継人の地位(五・完)」民商一〇〇巻六号一〇八〇頁(一九八五年))」。

(12) 第三章第一節第二款第二項(立教法学四〇号一四一頁以下)参照。

(13) マロリー・エネスは、相手方の利益については特に説明していない。しかし、「取得者の利益」としては、継続的供給契約がその営業に必要不可欠な手段であることを指摘する。また、「売主」については、営業譲渡により「右契約が終了すれば、損害賠償を支払わされる危険にさらされる」とする(Ph. Malaurie et L. Aynès, *Cours de droit civil, Les obligations*, 2^e éd., Paris, 1990, n° 785, p. 423)。

(14) Malaurie et Aynès, *ibid.*, pp. 422-423.

(15) ただし、損害賠償を請求するには、場合によっては訴訟になるかも知れず、いずれにせよ「難しい過程」を経なければならぬ(L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, 1984, n° 5, p. 14)°。

(16) Aynès, *ibid.*

(17) Aynès, *ibid.*, n° 6, p. 15.

(18) Aynès, *ibid.*, n° 167, p. 124.

第四章 日本法の再検討

第一節 特定の財産の譲渡に伴う「契約当事者の地位の移転」

第一款 問題の所在

一 フランス法との対比

フランスにおける法律に基づく契約譲渡の古典的な類型としては、賃貸人の地位の移転を規定した民法典一七四三条、保険契約の移転に関する保険法典L・一二一条の一〇（一九三〇年七月一三日の法律一九条）、および、労働契約の移転を定めた労働法典L・一二二条の一二第二項（一九二八年七月一九日の法律）の三つが挙げられる。この三つに共通する基本的性格は、契約譲渡が特定の財産の譲渡に伴う、という点である。そして、かかる契約譲渡の法理がわが国にも妥当するか否か、換言すれば、特定の財産の譲渡に伴う契約当事者の地位の移転の可否を論ずるに際しては、さしあたり、右の三類型に対応するわが国の法制を検討するのが適当であると考える。なぜなら、その検討により、この問題に対する彼の地とわが国の、立法者および判例・学説の考え方の異同を明らかにしうるからである。

そこでわが国の法制を顧みると、まず、賃貸人の地位の移転については、第一章でも述べたように、民法六〇五条が挙げられる。また、保険契約の移転に関しては、商法六五〇条が存在する。しかるに、わが国には労働契約の移転を定めた規定が存在しない。それゆえ、この問題につき、わが国ではいかなる解決が図られているか、という点から検討をはじめることにする。

二 船員法四三条

労働契約の移転の問題につき、わが立法者がどのように考えているのかを知る手がかりとしては、次の船員法四三条の規定が存在する。

船員法四三条

①相続その他の包括承継の場合を除いて、船舶所有者の変更があつたときは、雇入契約は、終了する。

②前項の場合には、雇入契約の終了の時から、船員と新所有者との間に従前と同一条件の雇入契約が存するものとみなす。この場合には、船員は、前条の規定に準じて雇入契約を解除することができる。

右規定の趣旨は、「船舶所有者が変更しても海員の労働関係はただちに消滅することなく、従前の船舶所有者の代りに新所有者が当事者となつて関係がそのまま継続するを原則とする」⁽²⁾ものである。しかるに法律は、この趣旨を「そのまま率直に規定することなく」、一面において、旧船舶所有者と船員との雇入契約は終了する（一項）とし、他面において、右船員と新所有者との間に従前と同一の雇入契約が存するものとみなしている（二項）。かかる規定の仕方を、末弘巖太郎博士は、「技術の貧困」と題する一文において、次のように批判している。すなわち、このような規定が設けられるのは、「船舶所有者変更の場合に旧所有者と海員との間に存する労働関係が所有者の変更によって法律上当然に新所有者との間に移転するゆえんを理論的に説明し理解する法的技術を欠いているからである」とする。⁽³⁾そして「在来の民法的理論」によれば、労働契約は旧所有者と船員との間の「個人法的債務関係」であるから、「船舶所有者の変更によつて旧所有者の地位が法律上当然に新所有者に移転することは理論上どうしても考ええない」。また、かりに新旧両所有者間に労働契約の移転に関する合意があるとしても、船員の「承諾なきかぎり債務関係の移転は理論上全く考ええないわけである。それにもかかわらず事物の性質はその当然移転を絶対に要求しているから、法律は窮余、」右のような規定を設けて、「わずかに事のつじつまを合わせているので

ある」と述べている。⁽⁴⁾

それでは、労働契約の移転を「そのまま規定することは不可能であろうか」。この点につき、末弘博士は、「労働法上の労働関係の特質を如実にとらえてその本質を理解し、これをそのまま法的に処理する原理と技術とを案出しさえすれば、右に掲げたようなまわりくどい規定は全く無用となる」とする。⁽⁵⁾ すなわち、元来、労働法上の労働関係は、雇主と労働者との「個人法的債務関係とみるよりは、むしろ個々の労働者が当該企業においてもっている地位と考えらるべきものであり」、労働者の権利義務は、右地位を取得した結果、「その地位に関し当該企業の内部的規則によって定められているところが自動的に発動して彼らに所定の権利：義務」を付与するにすぎないのである。それゆえ、「企業の同一性が保たれている以上、∴在来労働者が旧企業主に対してもっていた権利義務はすべて当然に新企業主との間に移転すべきが当然である」と解している。⁽⁶⁾

右の船舶法四三条からは、従来のわが国では、企業の所有者の変更により労働契約は終了し、新所有者との間に同一条件の労働契約の締結が擬制されていたことが推測される。⁽⁷⁾ そして、末弘博士の指摘によれば、その場合に労働契約の当然の移転を認めないのは、「法的技術の貧困」の結果であるとされる。その指摘はおおむね妥当であり、⁽⁸⁾ 本稿で扱う特定の財産の譲渡に伴う契約当事者の地位の移転は、まさに右の「技術の貧困」を補うことを目的とするものである。

三 商法六五〇条および民法六〇五条の問題点

ところで、かかる「技術の貧困」は、保険契約の移転に関する商法六五〇条にもうかがわれる。すなわち、同条は次のように規定する。

商法六五〇条 ①被保険者カ保険ノ目的ヲ譲渡シタルトキハ同時ニ保険契約ニ因リテ生シタル権利ヲ譲渡シタル

モノト推定ス。

②前項ノ場合ニ於テ保險ノ目的ノ讓渡カ著シク危險ヲ変更又ハ増加シタルトキハ保險契約ハ其効力ヲ失フ。
右規定に関しては、解釈論および立法論上、以下の問題点がある⁽⁹⁾とされている。

まず解釈論としては、第一に、右規定が被保険者の「権利」のみを定め、義務について明らかでない点が問題となる。

また第二に、右保険債権の移転に債権讓渡の對抗要件（民法四六七条）を必要とするか否かが明確でない。

第三に、讓渡人の免責も明らかではない。この点につき文理解釈上は、「被保険者」と明示されているため被保険者たる地位の移転が推定され、讓渡人は保険契約者としての地位を有し、その結果「他人のためにする保険契約」となる⁽¹⁰⁾、と考えることも可能である。

そして、立法論としては、保険者に解約権を付与していない点、および、右規定が推定規定にとどまる点が批判されている。

他方、民法六〇五条については、第一章で述べた如く、その制定過程の段階から賃貸人の権利義務の移転を効果とすることが明らかにされている。しかし、同条は賃借権に登記を要求するため、その後の議論は、契約当事者の地位の移転の問題としてよりも、むしろ、賃借権の對抗ないし一七七条の對抗問題の側面からなされている。けれども、一七七条の場合と異なり六〇五条の場合には、建物保護法や判例によりその要件が緩和されている。また後述するように、沿革的にもそもそも大陸法と異なり、わが国では「売買は賃貸借を破る」という原則が存在しなかつたのではないか、との疑いもある。それゆえ、六〇五条が登記を要求する意味を、契約当事者の地位の移転の側面から再検討する必要があると思われる。

そこで以下では、まず、商法六五〇条をめぐる議論を簡単に概観し、次に民法六〇五条の沿革を取り上げ、最後に、特定の財産の讓渡に伴う契約当事者の地位の移転に関する若干の解釈的提言を行うことにする。

- (1) 同法四二条は、期間の定めのない雇入契約につき、「船舶所有者又は船員が二十四時間以上の期間を定めて書面で解除の申入をしたときは、その期間が満了した時に終了する」と規定する。
- (2) 末弘巖太郎「技術の貧困」『民法雑誌』(上) 末弘著作集(日本評論社、第二版、一九八〇年) 八〇頁。なお、この論文は、現行船員法四三条に対応する旧船員法二八条について著わされたものであり、規定の内容に変更はないが、契約の一方当事者が「海員」とされている。
- (3) 末弘・同前。
- (4) 末弘・同前八〇―八二頁。
- (5) 末弘・同前八二頁。
- (6) 末弘・同前八一―八二頁。
- (7) 末弘博士は、このような解決に関して、一般的に、「法律家は複雑多岐な形で発生する社会事象をとかく既成の原理ないし概念の中に押しこみたがるものである」とする。しかし、そのような解釈には限界があり、その場合に「われわれのとるべき態度は、まず第一に当該の原理ないし概念を再検討してその適用力の範囲を明確にすることであり、その結果もしも当該の事柄がその範囲内に入りえないことが発見されたならば、新たにその事柄を処理するに適する原理ないし概念を創造することではなければならない」と主張している(末弘・同前七八―七九頁)。
- (8) ただし、労働契約の「本質」を、労働者がその地位を取得した結果、当該企業の内部的規則により自動的に権利義務が付与されるため、「個人法的債務関係」ではない、と解する点には問題がある。確かに、労働契約関係の「一般的特色」としては、労働契約の内容の多くが就業規則や労働協約によって定められることが多い、ということを指摘しうる(労働契約の白地性―菅野和夫『労働法』(弘文堂、第二版補正版一九八九年) 五八―五九頁)。しかし、この特色から企業の所有者の変更の場合における労働契約の移転を導くのは難しい。むしろこの点は、労働法学者および民法学者の多数が説くように、「近代の労働関係では、労働者は使用者個人よりも企業自体に雇傭されて」いることから導かれる、と解される(今井宏『新版注釈会社法』(有斐閣、一九九〇年) 二〇一頁)。その背後には、失業防止の観点が存することはもちろんである。
- (9) 石田満「保険の目的物の譲渡(四)」損害保険研究二七巻一号一七六―一七八頁(一九六五年) 参照。
- (10) 損害保険の場合、被保険利益の主体として保険事故発生するとき保険金の支払を受ける権利をもつ者を被保険者という。通常は、保険契約者が同時に右の被保険者であるが、別人である場合として、他人のためにする保険契約が規定されている(商法六四七条)。以上につき、金子宏ほか編『法律学小辞典』(有斐閣、新版、一九九四年) 九三七頁「被保険者」の項を参照。

第二款 商法六五〇条の考察⁽¹¹⁾

一 商法六五〇条の趣旨

保険契約者がその所有物に保険をつけた後にその目的物を他の者に譲渡した場合、譲渡人である被保険者は所有者としての被保険利益を失うため、原則として右保険関係は消滅する。しかし、かかる原則によると、譲受人はその目的物について改めて保険に付さねばならず、それまでの間に無保険状態が生ずることになる。また、譲渡人は、「保険がついたまままで売れるなら売買代金を少し高くして保険料を回収する余地があるが、そうでないと未經過期間分の保険料を浪費した結果となる」。加えて、保険者にとっても顧客を失うおそれがある⁽¹²⁾。

そこで商法六五〇条は、保険の目的物の譲渡における譲渡人・譲受人および保険者の通常の意味を考慮して、この場合には保険契約上の「権利ヲ譲渡シタルモノト推定」する。しかし、右規定は「権利」のみを定め、保険契約者としての義務である保険料支払義務や被保険者として法が課している各種の義務⁽¹³⁾については規定していない。それゆえ、かかる義務ないし保険契約そのものが譲受人に移転するのかが問題となる。

二 保険契約者の地位の移転

(1) 立法過程

現行商法六五〇条の原形は、ロエスレル草案七〇一条に基づく旧商法（明治二三年四月二六日公布）六四〇条に存する。その規定は次のようなものであった。

旧商法六四〇条

① 保険ハ被保険物ノ譲渡其他被保険利益ノ転付ニ因リテ当然新取得者ニ移ル。但譲渡人カ利益ヲ留置キタル場合又ハ第六百五十四条⁽¹⁴⁾ノ場合又ハ保険者カ転付ニ付キ承諾ヲ与フル権利ヲ明示シテ留保シタル場合ハ此限ニ在ラス。

②然レトモ總テノ場合ニ於テ被保險者ハ其為シタル転付ヲ遅延ナク保險者ニ通知シ又保險者ハ保險カ記名ナルトキハ新取得者ノ名ニ書替フルコトヲ要ス。

右規定は、VVG六九条およびフランス保險法典L・一二一条の一〇と同じ原則に立脚し、保險の目的物の讓渡により保險契約が當然に讓受人に移転する旨を明記していた。

しかし、旧商法は、いわゆる「法典論争」により施行が延期され、明治三一年七月一日から施行されたものの、⁽¹⁵⁾

同三二年六月一六日の現行商法の施行により廃止された。その現行商法六五〇条(草案三二〇条)を起草したのは、岡野敬次郎博士であつた。明治三〇年(一八九七年)五月七日の午後三時三〇分より開かれた第七九回商法委員会の冒頭では、同博士による趣旨説明が行われている。⁽¹⁶⁾それによると、保險の目的物を讓渡した場合の保險契約の取り扱いについては、「種類ノ主義アリテ、其内最モ寛大ナル主義ハ保險契約ヲ以テ目的物ニ附従スルモノトシ其目的物ヲ讓渡ストキハ共ニ当然權利モ移転スルモノト」する。他方、「最モ嚴格ノ説ニ於テハ保險契約ハ更改ヲ以テ移転スルモノト」する。しかし、前者によれば「畢竟保險契約ヲ以テ物ト看做シタルノ嫌」があり、また、「保險者が予想外ノ負担ヲ被ルトノ不都合アルヲ以テ固ヨリ穩当」でなく、後者も「当ヲ得」ない。そこで岡野博士は、「右兩説中ニ於テ折衷主義ヲ採用シ当然移転スルニ非ラズ又当然消滅スルニアラズシテ即チ保險契約ノ目的ノ讓渡ガ著シク危険ヲ変更シ又ハ増加シタルトキハ其保險契約ハ効力ヲ失フモノトシタ」のである、と述べている。⁽¹⁷⁾

右草案に対しては、以下の三つの修正が提案されている。⁽¹⁸⁾すなわち第一は、債權讓渡の對抗要件(民法四六七条)との整合性から、「原文ヲ『權利ヲ讓渡シタルトキハ遅滞ナク保險者ニ通知シ其承諾ヲ得ルコトヲ要ス』ト修正」すべきである(阿部泰蔵)、とする。また第二は、「本条ヲ改メ被保險者が保險契約ノ目的ヲ讓渡シ其讓渡ヲ保險者ニ通知スルトキハ危険モ亦讓渡シタルモノトス」る(富谷銈太郎)。そして第三に、「本条第一項末段ノ『推

定』ヲ『看做』ト修正スルノ説」(土方寧)が提案された。

このうち、前二者は対抗要件に関する修正案であるが、いずれも賛成者がなかった。また、第三の修正案は、「賛成者アリテ採決シタルモ消滅シ」⁽¹⁹⁾ている。

以上の審議からは、現行商法六五〇条が、保険契約を目的物の附従物とする考え方と、更改により譲渡人に移転すると解する立場との「折衷」案として規定されたこと、および、債権譲渡の対抗要件を立法者が不要と解していたことが明らかとなる。

ところで、右審議では、義務の移転になんら触れていない。しかし、右草案はわが国に債務引受の議論が導入される以前に起草されたものであること⁽²⁰⁾、および、右商法委員会の構成員の多くは債務の移転を否定に解していた民法の立法者と重なることを考慮すると、「義務の移転」が立法者の念頭になかったのはやむをえない。そうとすれば、立法者は商法六五〇条において、譲受人への義務の移転を積極的に否定したのではなく、これについての十分な検討をなしえなかつただけである、と考えられる。そしてこのことは、後に、右条文の起草者である岡野博士自らが、「我商法ハ保険契約ニ因リテ生シタル権利ト云ヒ義務ニ及バ」ないが、「原則トシテハ取得者ハ被保険者ノ保険者ニ対シテ有スル権利義務ヲ承継スルノ主義ヲ明ニスルヲ立法上策ノ得タルモノト信ス」⁽²²⁾、と改説している点からも確認されうるのである。

(2) 学説の動向

現行商法の施行後、義務についてはなんら触れていない六五〇条に関して学説は、その文言を重視し、保険契約者としての義務が当然には譲受人に移転しない、と解していた。

例えば、従来の通説⁽²³⁾を代表する大森忠夫博士は、立法論としては、「譲渡人の有していたすべての保険契約上の権利義務が当然に譲受人に移るものとし、別に保険者および譲受人に解約権を認めるのが適当である」⁽²⁵⁾と解しつ

つ、解釈論としては次のように主張している。

「被保険者が保険の目的とともに保険契約によって生じた被保険者としての権利を譲渡したときは、譲受人は被保険者となり、被保険者としての権利のみならず、法が被保険者たる者に課している各種の義務……もまた譲受人たる新被保険者が負担することとなる。もつとも保険契約者の地位には当然には変化を生ぜず、旧被保険者が保険契約者であった場合には、その保険契約者としての権利義務、ことに保険料支払義務は当然には譲受人に移転することなく、爾後その保険契約は他人のためにする保険契約となる⁽²⁶⁾」。

右は、被保険者が保険の目的物の譲渡とともに、譲受人との合意により保険契約上の被保険者としての権利を譲渡した場合である。しかし、そのような合意がなくとも、商法六五〇条では、かかる効果が「推定」される⁽²⁷⁾。

したがって、右の通説によれば、商法六五〇条により「被保険者」の地位が譲受人に移転し、譲渡人は保険契約者として保険料支払義務を負うところの他人のためにする保険契約（商法六四七条）が生ずることになる。

しかし、近時の代表的教科書である西島梅治教授の『保険法〔新版〕』は、石田満博士の研究を踏まえて、「商法六五〇条の『被保険者』は、これを保険契約者と解すべきである」とする。その理由は、次の三点から、譲渡人が保険契約から離脱し、譲受人が「名実ともに契約の主体である『自己のためにする保険契約』が成立すると解するのが妥当」であることによる。すなわち、「①譲渡人が譲渡後も保険契約者として保険料支払義務や損害発生の通知義務（商六五八条）などの諸義務を負うことは譲渡人に酷であり、反面、保険料減額請求権（商六四四条）、契約解除権（商六五三条）、保険証券交付請求権（商六四九条一項）などの権利が依然として譲渡人のもとに残るとするのは譲受人の地位を不安定にし、譲渡当事者の意思に反すること、②譲渡人が保険の目的物について事故招致したときは商法六四一条の適用により保険者が免責されることとなるのは、譲受人に酷であること、③保険実

務においても、讓受人が保険契約者および被保険者の地位を全面的に承継することを原則とし、かつこれが讓渡當事者の合理的意思に合致すること⁽²⁸⁾、の三点である。

そして西島教授は、保険の目的物の讓渡後には、各種の義務は「すべて讓受人が負担し、讓渡人はこれらの義務から解放されるのが合理的であるから、商法六五〇条によって移転を推定される対象は、たんなる保険請求権だけでなく、義務をもふくむ保険関係の全体であると解すべきである⁽²⁹⁾」とする。

右の見解は、商法六五〇条の解釈論として、保険の目的物の讓渡に伴い、義務をも含む保険契約が讓受人に移転することを肯定するものである⁽³⁰⁾。

(3) 若干の考察

商法六五〇条により、保険の目的物の讓渡に伴い、義務をも含む保険契約の移転が認められるか。この問題を、近時の有力説（石田・西島）は肯定に解する。しかし、従来の通説は、条文の文言に忠実に従い、保険契約上の義務の移転を認めず、讓渡人が保険契約者の地位にとどまる他人のためにする保険契約（商法六四七条）が生ずる、と解している。もともと、かかる通説も、立法論としては右の有力説と結論を同じくする。それゆえ、ここでの真の問題は、右六五〇条が「保険契約二因リテ生シタル権利」の移転のみを規定しているにもかかわらず、解釈論として義務の移転をも含ませうるか、という点に帰着する⁽³¹⁾。

ところで、本稿の検討からは、当時（BGB施行以前の一九世紀末）の立法者が、フランス民法の影響を受け、債務の移転ないし特定承継を認めていなかったことが明らかである⁽³²⁾。それゆえ、商法六五〇条に関しても、義務の移転が当然の如く規定されなかった、ということが推測される。しかるに、第一章に述べたように、民法の分野では、明治四〇年代以降ドイツの債務引受論が紹介され、石坂博士の研究により大正時代にはわが国に定着するに至った。そうとすれば商法六五〇条が義務の移転を明記しなかったのは、当時のわが国の法律学の状況によるもの

であり、立法者の積極的な議論の結果ではなかった、と考えるのが妥当である。

したがって、義務の移転に関して商法六五〇条の文言に拘泥するのは適切ではなく、むしろ、その制定以降に民法において債務引受が承認された、ということ根拠として、同条は義務の移転を含むと解釈することが可能である。それゆえ、近時の有力説の議論は、解釈論としても十分に成り立ちうるものであると考えられる。⁽³³⁾

三 民法四六七条の適否

ところで、商法六五〇条の解釈に関しては、一項により推定される「保険契約二因リテ生シタル権利」の譲渡につき、債権譲渡の対抗要件（民法四六七条）の適否も問題となる。この問題に関して従来通説は、民法四六七条の適用を否定し、かかる対抗要件が不要であるとする。しかし、その根拠は必ずしも明白でない。すなわち、通説は、対抗要件が必要であるとすると、目的物の譲渡とは別に保険金請求権のみを譲渡する場合と同じになり、商法六五〇条の存在理由が失われること、および、これを不要と解しても、同条二項により保険者が不測の損害を蒙ることがないこと、の二つを根拠とする。⁽³⁴⁾けれども、前者に対しては、商法六五〇条により、「目的物譲渡当事者間の関係に於ての権利移転を推定することはそれだけで十分に意味が認められる」という批判がある。⁽³⁵⁾また、後者についても、保険者は危険の著増の有無にかかわらず、保険契約者（または被保険者）の交代の事実を知ることにつき利害関係を有する、と批判されている。⁽³⁶⁾

そこで、商法六五〇条一項の「権利」の譲渡を保険者に対抗するためには、「保険者に対してこれを通知しまたはその承諾を求めることを要するものと解」する対抗要件必要説が主張され、大審院もかかる立場を採っていた。⁽³⁷⁾しかるに近時は、対抗要件不要説に立ちつつ、保険者が保険契約者（または被保険者）の交替の事実を知ることにつき利益を有している、という必要説の指摘を考慮して、譲渡人または譲受人が保険の目的物の譲渡の事実を保険者に通知する義務を負う（商法六五七条二項の類推適用）、とする見解が有力に主張されている。⁽⁴⁰⁾

右の有力説によれば、保険債権の譲渡の對抗要件（民法四六七条）は必要でないが、保険の目的物を誰に譲渡するか、または譲渡したのか、を保険者に通知しなければならないことになる。ここで結論を先取りすれば、まず、特定の財産の譲渡に伴う契約当事者の地位の移転の類型では、その特定の財産の譲渡が重要であり、契約はそれに附随するものであると解される。そして前述の如く、商法六五〇条は右類型に含まれると考えられる。そうとすれば、この場合にも、保険の目的物が誰に譲渡されることが保険者に通知されれば、保険者は保険契約者を知りうることになる。したがって、基本的には、右の有力説が妥当であると思われる。

四 小 括

商法六五〇条一項⁽⁴¹⁾は、保険の目的物の譲渡に伴い、「保険契約ニ因リテ生シタル権利ヲ譲渡シタルモノト推定」し、義務については触れていない。それゆえ通説は、右の文言に忠実に従い、解釈論としては、⁽⁴²⁾保険料支払義務を含む保険契約者の地位が譲受人に移転せず、保険債権（被保険者の地位）のみが移転する、と主張する。しかし、右規定の制定過程の検討からは、必ずしもその文言に忠実に従う必要はなく、解釈論としても保険契約者の地位の移転を認める近時の有力説を充分に採りうる、と解される。

また、債権譲渡の對抗要件（民法四六七条）の要否については、不要説が通説である。ただし近時は、不要説を前提としつつ、保険の目的物の譲渡につき保険者に通知すべきである、とする見解が有力に主張されている。

ところで、以上の検討により、商法六五〇条はその文言にかかわらず、実質的にはVVG六九条およびフランス保険法典L・一二一条の一〇と同じく、特定の財産の譲渡に伴う「契約当事者の地位の移転」の一類型である、と解しうる事が明らかとなった。しかし、商法六五〇条に関する従来の説明では、この規定のように解することが当事者の「利害と通常の意味」に合致するというだけで、なぜ、保険の目的物の譲渡に保険契約が随伴するのかが理論的に明確ではない。

そこで以下では、右の点に留意しつつ民法六〇五条を再検討し、わが国におけるこの類型の「契約当事者の地位の移転」の法理を明らかにする。

(11) 商法六五〇条に関しては、石田満教授による以下の一連の研究が存在する。①「保険の目的物の譲渡にともなう保険関係の変動―ドイツ保険法の歴史的展開―」北大法学論集一四巻一号一七四頁以下(一九六三年)、②「保険の目的物の譲渡―わが商法六五〇条の解釈と批判的考察―(一)―(七・完)―」損害保険研究二六巻二号一四頁以下、三号一三三頁以下、四号八四頁以下、二七巻一号一六一頁以下、二号一五五頁以下、四号一四〇頁以下、二八巻一号二二三頁以下(一九六四年―一九六六年)、③「保険の目的物の譲渡」私法三〇号一六二頁以下(一九六八年)、④「保険の目的物の譲渡―承認裏書に関する約款の効力を中心として―」『保険契約法の諸問題』(一粒社、一九七二年)九七頁以下、⑤「アメリカ法における保険の目的物の譲渡」同前書一〇九頁以下。それゆえ、本稿では、右研究との重複をできる限り避けるとともに、この問題については簡単に概観するにとどめる。

(12) 西島梅治『保険法〔新版〕』(悠々社、一九九一年)二二三頁。なお、かかる六五〇条の趣旨は、フランス保険法典L・一二一条の一〇について説かれていることと同じである(第二章第三節第一款第三項(立教法学三九号一三八頁以下、特に一四〇―一四二頁)参照)。

(13) 被保険者の義務としては、損害防止義務(商法六六〇条)、損害発生時の通知義務(商法六五八条)、危険変更・増加の通知義務(商法六五七条二項)および検査応諾義務(火災約款四条)が挙げられる。

(14) 旧商法六五四条は、現行商法六五〇条二項に相当する危険の変更・増加について規定している。

(15) ただし、会社・手形・破産の規定は、明治二六年七月一日から施行された。

(16) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会商法委員会議事要録』日本近代立法資料叢書19(商事法務研究会、一九八五年)四八九頁以下(以下、「法典調査会」と記す)。

(17) 法典調査会・同前四九〇頁。

(18) 法典調査会・同前四九二頁。

(19) 法典調査会・同前。

(20) 第一章(立教法学三九号)参照。

(21) とりわけ、債務の移転については更改を重視し、債務引受を否定に解していた梅謙次郎博士も、本件審議に名を連ねている(法典調査会・前掲書(注16)四八九頁)。

(22) 岡野敬次郎「保険契約ニ因リテ生シタル権利ノ移転ト保險ノ目的ノ移転」法協二九巻一号四七―四八頁(一九一一年)。

(23) 商法六五〇条(昭和十三年改正以前は四〇四条)の解釈論および立法論につき、同旨の立場を採るものとして、松本丞治『保険法』(有斐閣、一九一五年)一三二頁、水口吉蔵『保険法論』(清水書店、第五版、一九二〇年)五四九頁、小町谷操三「保険の目的物の譲渡」法学一五

卷一号三〇頁（一九五一年）、田中誠二『新版保険法』（千倉書房、一九五二年）二〇四頁、伊沢孝平『保険法』（青林書院、一九五七年）二一三—二四頁および二七頁、石井照久（鴻常夫増補）『海商法・保険法』（勁草書房、一九七六年）二〇三—二〇四頁、鈴木竹雄『新版商行為法・保険法・海商法』（弘文堂、全訂第一版、一九七八年）八八—八九頁などがある。

(24) 西島梅治『保険法』現代法学全集26（筑摩書房、一九七五年）一頁「はしがき」によると、「『大森保険法学を通して大森保険法学を乗りこえる』。これは、…大森保険法学により保険法に関する学問的興味をかき立てられた研究者の共通の悲願であった」とされている。

(25) 大森忠夫『保険法』（有斐閣、補訂版、一九八五年）一七八頁。

(26) 大森・同前一七六一—一七七頁。

(27) 大森・同前一七七頁。

(28) 西島・前掲書（注12）二二四頁。

(29) 西島・同前二二五頁。

(30) 同旨の見解として、古くは、三浦義道『保険法論』（巖松堂書店、一九二二年）二一六—二一七頁がある。また、西島教授が参照されたのは、石田博士の一連の研究、とりわけ、石田・前掲論文（注11③）一六三頁である。なお、石田満『商法（保険法）』（青林書院新社、一九七八年）一五四頁。

(31) 近時の有力説は、義務の移転を認めることが実質的に妥当である、という実質論を強調する。しかし、そのような実質的価値判断は、従来の通説も肯定するところのものであり、ただ、商法六五〇条の文言上、解釈論としては右の実質論を採りえない、と主張する。それゆえ、近時の有力説は、この点についての決め手を欠き、議論が水掛け論に終始していた、とも解される。

(32) 第一章第二節（立教法学三九号一五頁以下）参照。

(33) なお、従来の通説は、商法六五〇条の効果が被保険者の地位の移転にとどまる、と解する根拠として、同条が義務について触れていないことのほか、「被保険者」と明記している点を挙げている。この点につき、石田博士は、「保険契約者は一般的には被保険者でもあり、また『他人のためにする保険契約』の場合における被保険者が保険の目的を譲渡することを考慮して『被保険者カ：』と規定したとも考えられる」と説明する（石田・前掲論文（注11③）一六三頁）。しかし、義務の移転を認めない立法者は、通説のように解して「被保険者カ：」と規定したとも推測されうる。この点は明らかではないが、かりにそう解しても、本稿の立場からは右文言に拘泥すべきでないことは本文に述べた通りである。

(34) 松本・前掲書（注23）一三一頁、石井II鴻・前掲書（注23）二〇四頁、伊沢・前掲書（注23）二二八—二二〇頁、

(35) 大森忠夫「判批」民商二〇巻五・六合併号四七頁（一九四六年）。

(36) 大森・同前。

(37) 大森・前掲書（注25）一七六頁、田辺康平『現代保険法』（文眞堂、一九八五年）一七五頁。

(38) 大審院昭和一九年四月二八日判決（民集二三巻九号二五一頁）。事案はおよそ次のようであった。Xは、建築請負人であるYとの間に家屋

の建築についての請負契約を締結した。その契約によれば、建物の引渡前にはその所有権はYに属し、その引渡によってXに移転すること、報酬金は建築工事の進行に従い一部ずつ順次に支払うこと、および、Yは本件建築中の建物につきYが被保険者となる火災保険契約を締結すべきこと、が取り決められた。そこで、昭和十三年六月二十五日に、Yは右約定に基づきA保険会社との間に、保険金額一万円・期間一年の火災保険契約を締結した。その後、本件建物が完成し、Xは同年一月二日に残金を完済して建物の引渡を受け、それにより所有権も取得した。一月四日、YはAとの右保険契約を合意解除した。しかるに、一月二日、本件建物が火災により焼失し、Xは、右解除のため保険金を受け取ることができなかつた。そこでXは、商法六五〇条によりYの保険契約上の権利も譲受けたことになり、Yが保険契約を解除しえないにもかかわらずこれを解除しXに損害を与えた、との理由でYに損害賠償を請求した。本件訴訟の争点は、YのXに対する義務違反が存するか否かであるが、その前提問題として、Yの合意解除により、XはAに対する保険金請求権を失うか否かが問題となる。この問題につき、大審院は次のように判示して、Xの請求を棄却した原判決を破棄した。すなわち、「(保険金請求権は)Xノ譲受ケタル権利ニシテ其ノ権利ハ即指名債権ニ外ナラサルカ故ニ、譲渡人タルYカ其ノ譲渡ヲ保険者ニ通知セサル為保険者カ善意ニテYト右解約ノ合意ヲ為シタルカ如キ事実関係ナリトセンカ該譲渡ヲ以テ保険者ニ對抗スルヲ得ズ。右解除ノ合意ハ其ノ譲渡ナカリシ場合ト同様ノ効力ヲ生シテ右ノ権利ハ消滅シ譲受人タルXハ之ヲ損害セラレタルモノト云フベク、譲渡ノ通知ヲ為サズシテ右解約ノ合意ヲ為シタルYハ特別ノ事情ナキ限り故意又ハ過失ニ因リXノ権利ヲ侵害シタルモノニシテ:(Xに対して) 損害ヲ賠償スル義務アルモノト謂ハザルベカラズ」。

なお、右判決の評釈としては大森・前掲注(35)のほか、石井照久・判例民事法昭和一九年度一七事件、および、石田満・商法(保険・海商)判例百選(別冊ジュリスト五五号、一九七七年)四六頁がある。

(39) なお、盛岡地裁昭和四五年二月一三日判決(下民集二巻二・二号三二四頁)は、商法六五〇条の「権利の移転は通知又は承諾という對抗要件なくして保険会社に対抗しうるものと認めるのが相当である」と判示し、對抗要件不要説を採っている。

(40) 石田・前掲論文(注11③)一六三―一六四頁、前掲書(注30)一五二頁、西島・前掲書(注12)二二五―二二六頁、田中・前掲書(注23)二〇五頁。

(41) ただし、自動車保険契約においては、保険の目的である自動車を買換える場合が多く、しかもその場合、保険契約者としては、保険契約を目的自動車とともに譲渡するのではなく、被保険自動車を入れ換えることにより引き続き自己のために使おうとするのが通常である。そこで、自家用自動車総合保険(SAP)普通保険約款一般条項五条は、商法六五〇条を否定し、次のように定めている。

五条 ①被保険自動車が譲渡……された場合であっても、この保険契約によって生ずる権利および義務は、譲受人…に移転しません。ただし、保険契約者がこの保険契約によって生ずる権利および義務を被保険自動車の譲受人に譲渡する旨を書面をもって当会社に通知し保険証券に承認の裏書を請求した場合において、当会社がこれを承認したときは、このかぎりではありません。

②当会社は、被保険自動車が譲渡された後(前項ただし書の承認裏書請求書を受領した後を除きます。)に、被保険自動車について生じた事故については、保険金を支払いません。

以上のSAP約款につき、東京海上火災保険株式会社編『損害保険実務講座6自動車保険』(有斐閣、一九九〇年)二三三―二三四頁および

び六二二頁参照。

(42) なお、保険法研究会（その創会の趣旨およびメンバーについては、後掲書の鈴木竹雄会長による序文を参照）が一〇年間にわたる研究の結果、一九七三年に完成した損害保険契約法改正試案六五〇条は、次のように規定する。

改正試案六五〇条 ① 保険の目的物の譲渡があったときは、譲受人は保険契約から生ずる権利および義務を承継する。

② 保険の目的物の譲渡人または譲受人は、保険者にその譲渡を遅滞なく書面で通知しなければならない。

③ 前項の規定による譲渡の通知があった時にすでに支払時期の到来している保険料については、第一項の規定にかかわらず、保険者は、譲渡人に対してのみ請求することができる。

④ 保険者は、保険の目的物の譲渡があったことを知った後（一五）日以内に、保険契約を将来に向って解除することができる。この場合には、保険者は、譲受人に対し、少くとも（一〇）日前に、その予告をしなければならない。譲受人は、予告をしないで保険契約を将来に向って解除することができる。

⑤ 譲渡人または譲受人が第二項に規定する譲渡の通知をしなかったときは、譲渡のあった日から（一五）日を経過した後に生じた保険事故については、保険者は、その損害をてん補する責任を負わない。

⑥ 前項の規定は、合併または強制競売による保険の目的物の移転の場合に準用する。

以上の、商法六五〇条の改正試案およびその作成理由・経過については、石田満「保険の目的物の譲渡」損害保険事業研究所創立四〇周年記念『損害保険論集』（一九七四年）一三七頁以下、特に一四二—一四三頁参照。

第三款 民法六〇五条の再検討

第一項 問題の所在

民法六〇五条は、不動産の賃借権が「登記」された場合には、その不動産の取得者（譲受人）に対しても効力を生ずる旨を規定する。そして、この規定により、目的不動産の譲渡に伴い賃貸人の地位（権利義務）が移転する、と起草者（梅）が考えていたこと、および、その理論的説明として、「法律上ノ債務移転」（石坂・末川）・「依物性」（横田）ないし「状態債務」（我妻）の概念が提唱されたことは、第一章に述べた通りである。

ところで、近時の通説である状態債務説によれば、賃貸借関係が目的物と結合し、賃貸人の地位は「目的物の所有者という状態 (Zustand) によって決まるものである」と説明される。しかし、六〇五条は賃貸借に「登記」を要求するため、右の状態債務が生ずるのは、賃借権が登記された場合に限られることになる。そうとすれば、第一章第六節で指摘した如く、「登記」の有無と「状態債務」との論理的関係を明確にする必要がある、と考えられる。

また、右の点とも関連するが、六〇五条が「登記」を要求することから、賃借権の対抗力の問題が一七七条の対抗問題とパラレルに解釈される傾向がある。⁽⁴³⁾しかし、一七七条の対抗問題の場合は、すべての問題が登記の有無により解決されることが原則である。⁽⁴⁴⁾しかるに、六〇五条の場合には、現行民法典が施行されて間もない明治四二年には、建物保護法による重要な修正が行なわれ、右六〇五条の「登記」は必ずしも要求されなくなる。その背景には、いわゆる地震売買の弊害が存したことは周知の通りである。けれども、法理論的には、かかる修正を容易に許容した点に一七七条と六〇五条との差異が存在する、とも考えられる。それゆえ、両者の間にいかなる差異が存するのか（あるいはまったく同じであるのか）が問題となると思われる。

以上の二つの問題点は、結局は、なぜ六〇五条が「登記」を要求するのか、という問題に帰着する。なぜなら、いずれも、六〇五条が「登記」を要求することを前提として生ずる問題だからである。そうとすれば、ここで再び、六〇五条の制定過程ないしそれ以前に遡る必要がある。

そこで以下では、右の問題を明らかにするために、まず、現行民法典施行以前の賃貸人の地位の移転に関する大審院判決を取り上げ、次いで、六〇五条の制定過程に目を向けることにする。

(43) 第一章第五節第三款で触れた、近時の半田・安達論争の争点は、まさにこの点に存した。

(44) この点は、既述の如くフランス法においても同様であり、物権の対抗問題では登記に代わる手続が認められないのが原則である。もっとも、判例および学説により実質的には右原則が緩和されてきている点は、わが国（例えば、背信的悪意者排除論や九四条二項類推適用論など）でも同様である。

第二項 現行民法典施行以前の大審院判決

一 序

本項では、現行民法典が施行される明治三十一年（一八九八年）以前の大審院判決を紹介する。その理由は、この時期の大審院判決が、「当時の司法を知るもつとも基本的の資料であるのみでなく、そのなかにその頃の社会・経済の諸情勢が如実に反映されているがゆえに、法史・社会史・経済史の研究にとつても極めて価値の高い素材となる」⁽⁴⁵⁾からである。

ところで、大審院が創設されたのは明治八年（一八七五年）であるが、その判決録の第一輯が刊行されたのは明治二十八年（一八九五年）のことである。それゆえここでは、叙述の便宜上、右の明治二十八年を時期区分の境界線とする。

なお、以下に紹介する判決の事案は、いずれも賃貸借ないし小作権の目的不動産が譲渡されるものであることを付言しておく。

二 明治二十八年以前

まず最初に、ボワソナード草案の完成後間もない、明治一五年（一八八二年）の大審院判決から検討してゆく。

【一〇】 大判明治一五年三月二三日⁽⁴⁶⁾

事案はやや複雑である。Yは、明治二年に本件土地をその所有者A（兵庫県）より借受け、又小作人Bに耕作させて小作米を領収していた。Xは明治一〇年一〇月、兵庫県丙第八三号布達に従い右土地の払下げを受けた。ところで、当時の兵庫県下では小作に関して「前年六月ヨリ翌年七月迄ヲ一期」とするのが慣例であり、Yは明治一一

年六月分までの小作米を領収した。しかし右の布達では、従前の借地人は「地主確定迄ノ間」土地を「借り受クルモノト」する旨規定されていた。そこでXは、明治一〇年一〇月に自分が地主として確定したのであるから、一月以降翌年六月までの八月分の小作米を返還するようYに請求した。原審（大阪上等裁判所）は、次のように述べ、Xの請求を棄却した。すなわち、「Xハ明治十年十月ニ在テ該地ノ所有者タルAヨリ之ヲ買受ケタルモノナレハ法理上Xハ前所有者ノ代権人ト見做スヘキヲ以テAトYトノ間ニ為シタル契約ハXモ亦之レニ従ハサルヘカラサルナリ」。X上告。大審院は、AY間の契約が丙第八三号布達に従うものか否か、および、YB間の小作米契約の一期が慣例（前年六月―翌年七月）と暦年（一月―十二月）とのいずれに従うものか、という二点を審理せず、右法理を適用した原判決を「審理不尽ノ裁判ナリ」として破毀し、事件を広島控訴裁判所に移送した。

右の判決では、特定承継人に前主の契約が及ぶという「法理」を、大審院が否定していない点が注目される。

【二一】大判明治一七年一月二八日⁽⁴⁸⁾

事案は次のようなものであった。XはA所有の家屋を借受け、敷金としてAに金七〇〇円を差し入れた。その後右家屋はAの借金のため公売に付され、Yの所有に帰した。そこでXは、右家屋を明渡すに際し、Yに対して右敷金の返還を請求した。原審（大阪控訴裁判所）は、「(Yが)右敷金ノアリシ事ヲ承知セサリシモノトスルモ敷金ノ性質タル素ヨリ借家ニ付着スルモノナレハ之ヲ弁償スルノ義務ヲ負ハサルヲ得ス」と判示して、Xの請求を認容した。これに対してYは、敷金契約が「純然タル対人権ノ契約」であり、契約の効力は第三者に及ばないことを理由として上告した。大審院は、次のように判示して上告を棄却した。

「抑モ敷金ナルモノハ貸主カ其家屋ヲ賃貸スルニ方リテ借主ヲシテ之ヲ差入レシムルノ権利ヲ有シ明渡シノ時ニ

於テ之ヲ返還スヘキノ義務ヲ生スルモノニシテ其貸借ニ供スル家屋有ルヲ以テ其敷金ノ權義アルモノナレハ敷金ハ家屋即チ物權ニ屬スヘキモノト論セサルヲ得ス。故ニYカ該家屋ヲ買得セシ上ハ敷金ヲ請求シ得ル權モ之ヲ返戻スヘキ義務モ併セテ之ヲ有スルモノトス⁽⁴⁹⁾。

右は敷金契約の移轉の可否が問題となつたケースであり、大審院は敷金を債權ではなく物權であるとしてこれを肯定している。しかし大審院は、翌年に出した次の判決では、右の性質論を回避し、前主の契約が「当然」に新所有者に承継されるとする。

【二二】大判明治一八年一月二三日⁽⁵⁰⁾

Xの先代と本件土地の所有者であるYの前主との間でなされた「永借契約」の効力が、XY間で争われた事例。原審が永借契約を物權であると解したのに対し、大審院は、「土地家屋貸借ノ如キハ对人權ト物上權トニ論ナク前所有者カ為シタル契約ハ後ノ所有者ニ於テ繼承スヘキハ当然」である、と判示してYの上告を棄却した。

なお、右判決以降の大審院は、賃借權ないし小作權が物權か否かということの問題としていない⁽⁵¹⁾。

三 明治二八年—三一年

この時期の大審院判決としては、以下の五つを挙げることができる。

【二三】大判明治二八年四月二五日民録一輯三四一頁

事案は、小作人Yと土地所有者Aとの間で従来の小作米（宛口米）を改正増加する旨の契約がなされた後、Aか

ら右土地を譲受けたXがYに対して右契約の履行を請求した、というものであった。原審（大阪控訴院）は、「現今小作権ヲ人権ナリト看做ス可キコトハ裁判上既ニ明許シ来ル所ナレハ（該）契約モ亦之ヲ人権ト看做サ、ル可カラス。其レ已ニ之ヲ人権ト看做ス上ハ該契約ノ効力ガYトAトノ間ニ止リテ該地所々有権ニ随伴シ他人ニ移ル可キモノニアラ」ず、と判示してXの請求を棄却した。X上告。大審院は、次のように判示して原判決を破毀した。

「抑モ小作権カ人権ナルト物権ナルトニ拘ハラズ權利ハ齊シク財産ニシテ且其地主ハ所有權ト共ニ之ヲ他人ニ讓渡スコトヲ得可キモノナルカ故ニ、會テAヨリYニ卸シ置キタル小作地ヲXニ於テAヨリ讓受ケタル以上Xハ右ノ小作地ニ對スルAノ特定承継人ニシテ其當時Aカ右ノ小作地ニ關シ有シタル權利ハ悉皆Xへ移転ス可キ筋ニ付キ……宛口米ノ改正増加ヲ請求スル權利モ亦Xへ移転ス可キコトハ勿論ナリ」。

【二四】大判明治二九年五月一五日民録二輯五卷四四頁

他人に賃貸中の不動産につき、その所有者Yと譲受人Xとの間で家賃收取権の帰属が争われた事案。大審院は、XY間に特別の合意がない限り、右権利が所有権移転の時、すなわち売買契約成立の時よりXに移転することは「当然ノ條理」である旨判示した。

【二五】大判明治二九年一〇月九日民録二輯九卷三四頁

A所有の不動産につきAX間で二五年の賃貸借契約（小作契約）が締結された後、Yが右不動産をAより買受けため、XY間で賃貸借契約の承継が争われた事例。原審（東京控訴院）ではXが勝訴した。それゆえYは、賃貸借が「契約当事者間ノミノ關係ニシテ直ニ之ヲ以テ当事者以外ノ者ニ迄對抗シ得ヘキモノト断言スヘカラス」との理由で上告した。これに対して大審院は、次のように述べている。すなわち、「小作契約ハ地所ニ附從シタル一種

ノ権義ニシテ地所々有権ノ移転ニ随ヒ之ヲ繼承スヘキモノト為シ来レルコトハ我国古来ノ慣例ナリ。しかし、右慣例は「小作人カ地所ノ所有主ヨリ小作地ノ引渡ヲ得テ實際占有シタル場合ニ適用スヘキモノニテ未タ曾テ地所ノ引渡ヲ受ケサル場合ニマテ及ホスヘキモノニアラス」。その理由は、第一に、「登記法ニ規定ナキ今日ニ於テ小作地ノ占有ヲ必要トセス単ニ小作契約ノ成立ノミヲ以テ足レリトスルトキハ地所ノ買受人ハ何程注意調査セントスルモ小作契約ノ存在ヲ知ルニ由ナキ」こと、また第二に、「地所ノ所有主ハ或一方ニ対シ小作契約ヲ為シタルト同時ニ之ヲ他ノ一方ニ売渡スモ買受人ハ之ヲ繼承セサルヘカラサルカ如キ結果ヲ生シ單純ナル合意ノ効力ヲシテ無關係ノ第三者ニ影響セシムルコトニ至リ不條理ナル」ことにある。そうして、本件ではさらにXの占有の有無を審理すべきであるとして、原判決を破毀し、事件を宮城控訴院に移送した。⁽⁵²⁾

【二六】 大判明治三〇年三月五日民録三輯三卷五一頁

前主の締結した小作契約を土地の特定承継人が承継するか否かが争われた事例。大審院は、【二五】判決と同一の判示をし、本件では小作人が未だ土地を占有していないとして、問題を否定に解した。

【二七】 大判明治三〇年五月七日民録三輯五卷四一頁

前主と賃貸借契約を締結した小作人Xと、当該土地の取得者Yとの争い。Yの上告理由は、小作契約が「法律上物権ノ性質ヲ有スヘキモノニアラス（民法第六〇五条）」、というものであった。これに対して大審院は、「地所ノ賃貸借契約ハ法律上物権ノ性質ヲ有スルモノニアラサルコトハ上告人申立ノ通りナルト雖モ該契約ハ一種ノ権利トシテ地所ノ所有主ニ追隨スルコトハ我邦古来ノ慣習」である、と判示しYの上告を棄却した。

以上の大審院判決のうち、【一三】は、賃借権（小作権）が物権・債権のいずれであるか、という性質論を回避している点で、それ以前の判決（【一二】）と変わらない。また、【一四】は、不動産所有権の移転に際して家賃収取権の帰属が争われた事例であり、他の判決と問題状況をやや異にする。しかし、賃借契約の移転が論理的前提となるため、実質的には他の判決と同趣旨のものであると解される。

ところで、【一五】および【一六】は、次の二点で従来の判決と異なる。すなわち第一に、小作契約が土地所有権とともに特定承継人に移転すると解する点では同じであるが、その根拠を「我国古来ノ慣例」に求めていること、および第二に、右慣例が適用されるには現実の占有が必要とされること、の二点である。そして、【一七】も、賃借契約が土地所有権に「追随スル」のが「我邦古来ノ慣習」である、と判示している。

四 小 括

現行民法典施行以前の大審院判決の検討からは、次の三点を指摘することができる。すなわち第一に、前主の締結した賃借契約が土地所有権の譲渡に伴い特定承継人に移転する、という結論が一貫して認められていた、ということが明らかとなる。

また第二に、右結論の根拠として、かつては、敷金契約を物権であると解した判決（【一一】）も存在した。けれどもその後は、右結論が「当然ノ條理」（【一四】）ないし「古来ノ慣例」（【一五】・【一六】・【一七】）である、とされている。

したがって、右の二つからは、「売買は賃借を破る」というローマ法の原則を前提としていたフランスおよびドイツと異なり、わが国では、土地所有権に伴い賃借も移転することが慣習として広く認められていた、ということが推測されうる。

ただし、第三に、右の慣習は賃借人が実際に土地を占有していた場合にのみ適用される（【一五】・【一六】）点に注

意を要する。すなわち、右の「現実の慣習なるものが、封建的ゲヴェーレの効果にもとづくものであった」と解しうる余地がある。もつとも、この点は判文上は必ずしも明確ではない。というのも、【二五】および【二六】判決では、占有を要件とする趣旨を、それがないと「地所ノ買受人」が「小作契約ノ存在ヲ知ル」ことができない、ということに求めているからである。つまり大審院は、占有に公示の機能を認めていたことになる。

しかしいづれにせよ、わが国では、賃貸借契約が土地所有権の譲渡に「随ヒ」特定承継人（譲受人）に移転する、という慣習が存在したことは注目に値する。そして、かかる慣習を前提にして民法の起草者たちがいかなる考へのもとに民法六〇五条の「登記」を要件としたのか、が次に問題となる。

(45) 我妻栄代表『明治前期大審院民事判決録』序文（一九五六年）。

(46) 明治前期大審院判決録刊行会編『明治前期大審院民事判決録』（三和書房、一九六一年）四六頁（以下、「前期民録」と記す）。

(47) 当時の司法省は、フランス語の“*ayant cause*”（承継人）に「代権人」という訳語を当てていた。例えば、明治十三年（一八八〇年）五月一四日より開始された司法省法学校でのボワソナードの講義を筆記した、司法省『ボワソナード氏起稿・民法草案財産篇講義二一人権之部』二七二頁以下および三二八頁以下では、「代権者」という訳語を用いている（加太邦憲、一瀬勇三郎、藤林忠良共訳）。

(48) 前期民録10（一九六三年）三一四頁。

(49) なお、本判決では、Yが公売の時に敷金の存在を知っていたか否かも論点となった。この点につき大審院は、Yが右事実を容易に知りうるため、善意であったとするYの主張に「確信ヲ置キ難シ」とした原審の判断を維持した。

(50) 前期民録11（一九五九年）三九七頁。

(51) 前期民録13—I収録以降、明治二八年までの判決としては、大審院明治二〇年二月二六日判決（増島六一郎編『大審院判決例民事集第二巻・裁判粹誌』（裁判粹誌社、一八八九年）六五頁）を挙げうる。大審院は、Xの小作していた土地をその所有者Yが第三者に譲渡した場合、かかるYの行為がXとの双務契約に反するか否か、という争点につき、次のように判示した。「小作ノ契約ハ其地所ニ付随スルヲ以テYカ小作証中ノ地所ヲ他へ売却セシト雖モ小作人ノ其買得者ニ向テ原約ノ履行ヲ求メ得ヘキ筋ナルヲ以テ原約者ヲ違約ト云テ得ス」。

(52) 本件の事案はやや特殊であった。すなわち、AはXの実子であり、Xがその「身代ヲ譲リテヨリ放蕩ニ流レ遂ニハ先祖伝来ノ本訴ノ地所ヲ売却」しようとした。そこでXは、長期賃貸借契約が存在すればこれを買う者がないと考えて、「Xカ小作ヲ為スコトニシ」て、Aとの間に賃貸借契約を締結した、という事情がある。したがって、実質的に考えると、Xよりも不動産の取得者Yを保護すべき事案であり、大審院もかかる点を考慮したものと解される。

(53) 渡辺洋三『土地・建物の法律制度(上)』(東京大学出版会、一九六〇年)一〇二頁。渡辺教授は次のように指摘する。すなわち、「土地を所持し、事実上それを支配進退している農民は、その事実的支配の効果として、その権利をある程度第三者に対抗しえた。また所有者の側からいっても、温情的小作関係を前提とするかぎり、冷酷に小作人を追いだすということは通常考えられないことだったのである。したがって、地主が変つても賃借人がひきつづきその土地を所持しつづけるということは、かなり普通の慣習として一般的に承認されていたようである」。

第三項 民法六〇五条と賃借権の登記

一 起草者・梅謙次郎の見解

第一章で述べた如く旧民法典はボワソナードの見解に基づき、賃借権を物権とし、登記によって対抗力が生ずる旨を規定していた(財産編三四八条・三五〇条)。そして、いわゆる「法典論争」を経て、主査委員会において賃借権が債権であると決せられたことも前述した通りである。

ところで、債権である賃借権に登記制度を結びつけたのは、現行民法典六〇五条を起草した梅謙次郎委員であった。同委員は、明治二八年六月一四日に行われた第九四回法典調査会において、その理由を次のように述べている。⁽⁵⁴⁾

「…賃借借ヲ物権トスル目的ハ只一ツデアツテ、ソレハ尤モノ目的ト思フ。賃借借ハ少ナクモ不動産ニ付テハ第三者ニ対抗スルコトガ出来ルヤウニシタイト云フノガ賃借借ヲ物権トスル唯一ノ目的デアラウト思フ。併シ是レハ、賃借借ヨリ人権フ生ズルトシテ置イテモ得ラレルコトデアアル。…賃借借ト云フモノハ人権デアルト云フ主義ヲ取ツテ居ル総テノ国ニ於テハ、賃借借ハ或ル範圍ニ於テハ第三者ニ対抗スルコトヲ得ルト云フコトニシテアル。ソレハ私ノ考ヘマスノニ無理屈デナイ。物権デナケレバ第三者ニ対抗スルコトガ出来ヌト云フコトハ無論ナイ。人権デモ第三者ニ対抗スルコトガ出来テ少シモ可笑シクナイ。権利ノ範圍ヲ極メナイノハ立法者ノ勝手デアリマスカラ、立法者ガ之ヲ第三者ニ対抗サセヌ方ガ便利ト思ヘバ第三者ニ対抗サセヌデ少シモ差支ナイ。サレバコソ、現ニ

商法ニハ、雇傭ノ契約デスラ第三者ニ對抗スルコトノ出来ルト云フコトニナツテ居ル。賃貸借ノ如キ者ハ、或条件ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトが出来ナケレバナラヌコトハ当然デアル。故ニ立法上ハ或ル条件ヲ以テ之ヲ許シテ宜カラウ。ソレガ為メニ何モ差支ノ起ルコトハナイコトデアル。其様ニ考ヘマシタ。

右の見解からは、起草者（梅）が、「賃借権を債権にするということと、対抗力の問題とをきりはなして考えていた」ことがうかがわれる。すなわち、起草者は、「旧民法とちがい賃借権を債権にしたからといって、論理必然的に第三者対抗力がなくなるわけではなく、債権的構成をとりながら第三者対抗力をあたえることは立法政策上可能である、という立場をとっていた⁽⁵⁵⁾」と考えられる。

二 評 価

ところで、右の梅博士の見解で注目されるのは、賃貸借が「或条件ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトが出来ナケレバナラヌコトハ当然デアル」と述べている点である。すなわちこの発言から、梅博士は、結論として賃貸借契約が目的不動産の新所有者に対抗することができなければならぬと解していたこと、および、その条件としては「或条件」とするのみで「登記」を条件とすることを明言していないこと、が明らかである。そうとすれば、渡辺洋三教授の指摘される如く、「起草者の価値判断が、賃借権の対抗力を承認すべき点にあつたことは、おそらくうたがい」がなく、「登記の問題は、この価値判断を前提としたうえでの技術的問題として考えられていたのであり、それほど重要な問題とは考えられていなかった⁽⁵⁶⁾」と解される。つまり、賃貸借契約は、目的不動産の所有者が交替しても当然に新所有者に承継され、その場合に、新所有者が不測の損害を蒙らないための公示技術の問題として「登記」が要求されたにすぎない、と考えることができる。そしてこのような考えは、前項で検討した大審院判決、ひいてはわが国の慣習に合致するものである。それゆえ、六〇五条を起草した梅博士は、当然のことながら、かかる慣習および大審院判決を念頭に置いていた、ということが推測されうる⁽⁵⁷⁾のである。

(54) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会・民法議事速記録四』日本近代立法資料叢書4（商事法務研究会、一九八四年）三二〇―三二一頁。

(55) 渡辺・前掲書（注53）一〇一頁。

(56) 渡辺・同前一〇二頁。

(57) なお、渡辺教授は、封建的温情的小作関係を背景として、賃借権に對抗力を認めるべきであるとする起草者の価値判断が、「慣習擁護論者」によつても、大きな抵抗なく受け入れられたのであろうとする。そして、「そうだとすると、起草者はいろいろと外国の法律をひきあいにだして説明しているけれども、對抗力をみとめるという価値判断は、結局において、封建的温情的小作関係の維持を、そのよりどころとするものであったようにおもわれる。」（同前一〇二―一〇三頁）と述べている。

右の指摘は、起草者が当時の慣習を背景としていた、という歴史的事実の認識としては異論がない。しかし、後述の如く、梅博士は封建的小作関係がやがては解体してゆくものと考えていた。そうとすれば、少なくとも梅博士は、「封建的温情的小作関係の維持」ではなく、むしろ、フランスをはじめとする「外国の法律」と同じく、賃借人の保護という視点を有していた、と解される。

第四項 小 括

以上の検討を要約すると次のようになる。まず、民法六〇五条の成立以前に大審院では、一貫して賃貸人の地位が目的不動産の譲渡に伴い新所有者に移転する、という結論が認められていた。この結論は、封建的温情的小作関係を背景とするものであるが、わが国「古来ノ慣例」である。そして、六〇五条の起草者である梅博士は、かかる従来の判例および慣習を前提として、目的不動産の譲渡に伴い賃貸借契約が移転するのを原則であると解し、その場合の新所有者（特定承継人）が不測の損害を蒙らないよう公示の技術として「登記」を要求したにすぎない、と考えられる。

右のように考えると、六〇五条の「登記」は単に第三者に賃貸借の存在を知らせることのみを目的とし、一七七条の対抗要件としての「登記」とは異なるものとなる。

しかし、右のような立法者の意図にもかかわらず、「賃借権の登記が義務づけられない以上、登記の問題は、立

法者の考えたような単なる公示技術的問題にとどまらず、むしろ、賃借人は登記をなしえないことよって対抗力をもちえないという実体的問題にまで発展していった⁽⁵⁸⁾。そして、賃貸人の地位の移転を承認すべきであるとの「価値判断をもちながら、いわば認識をあやまったために、現実には逆の結果を招くことになった」という矛盾が、「他の規定にききかけて、対抗力の規定についてのみ、いちはやく明治年間に」建物保護法が制定されること、「二つの理由である」⁽⁵⁹⁾（傍点原文）と指摘されている。

かかる理解を前提とすると、「不動産の用益権が、建物保護法、借家法、農地法等によつて、登記なしに対抗力を与えられるようになりつつある」という登記制度の「重要な動揺」は、「不動産用益権を保護すべしという新しい理想の下に」生じた⁽⁶⁰⁾、というよりもむしろ、六〇五条の起草者が公示の技術として「登記」を選択したことにその主たる原因を内包している、と解することができよう。

(58) 渡辺・前掲書（注53）一〇四頁。

(59) 渡辺・同前一〇四―一〇五頁。渡辺教授は、建物保護法の成立理由の一つを次のように述べている。すなわち、「建物保護法の背後にあった矛盾は、いうまでもなく直接的には地震売買の弊であった。……この種の現象は、そもそも民法が慣習を否定したことに端を発しているのであり、したがって、慣習をもう一度尊重することによつてこの種の弊害を防ぐことができると考えられたのである。この点で、建物保護法は、立木法と同様、国家法上一度否認された慣習法の再現という意味をもつたのである。いいかえれば、地主が変わつても借地人がその土地を利用できるという考え方は、別に当時の人にとつて新しい考え方ではなく、むしろある程度慣習によつてみとめられた当然のこととさえ考えられていたのであり、したがって、このような当り前の考え方をとり入れた建物保護法は、それほど大きな心理的抵抗なく成立しえたのである」（同前一七五―一七六頁）。ただし、右の慣習の尊重は、民法以前のそれとは社会的基礎を異にしていた、とも指摘されている。すなわち、「民法以後、とりわけ日露戦争以後の状況においては、地主と借地人との間の法的権利義務関係Ⅱ対抗関係がしだいにあらわとなり、両者の感情的関係が破られてゆく過程で、あらためて、新地主も借地人を追い出せないという原則を一般的に確認する必要があるに至つたのである」（同前一七六頁）とする。なお、一九九二年（平成四年）に借地借家法が施行され、建物保護二関スル法律（および借地法・借家法）は廃止された（借地借家法附則二条）。しかし、旧建物保護法一条は、基本的には借地借家法一〇条一項に承継されている。もつとも、同法二条は、建物滅失後の借地権の対抗力を確保する方法として、現地での「揭示」という方法を採用するため、次の二つの点において、「借地権の対抗力の問題を扱う制定法の姿勢に大きな転換が生じた」とされている。すなわち、「一つは『建物保護』から『借地権保護』への転換であり、もう一つ

は「建物登記簿一辺倒」ともいべき姿勢から「現地主義加味」ともいべき姿勢への転換である」。とりわけ、後者の点は、「明治四二年以来の『建物登記簿一辺倒』の姿勢を修正した」ものであり、限られた範囲においてはあるが、借地権の対抗力をよりゆるやかに認めるものである、と考えられる。以上につき、広中俊雄『注釈借地借家法Ⅱ新版注釈民法(5)別冊』(有斐閣、一九九三年)八四八頁以下参照。

(60) 我妻栄Ⅱ有泉亨補訂『新訂物権法(民法講義Ⅱ)』(岩波書店、一九八三年)四七頁。

第四款 解釈的提言

一 原則

フランス法の「法律に基づく契約譲渡」に対応する、現行商法六五〇条および民法六〇五条の検討からは、わが国においても、「特定の財産の譲渡に伴う契約当事者の地位の移転」の法理を認めることが可能であると考ええる。

すなわち、民法六〇五条が、目的不動産の譲渡に伴い賃貸人の地位が移転する旨を規定していることは争いが無い。そしてその沿革を遡ってゆくと、わが国では右の結論が原則であり、同条はその原則を明文化したにすぎないと解される。また、商法六五〇条については、その文言上争いの余地があるが、少なくとも立法論としては保険契約者の地位の移転を明記すべきである、との価値判断では学説が一致している。そして解釈論としても、右の結論に近づける見解が有力であり、同条の沿革をたどる本稿の検討からも、かかる解釈が合理的なものであると考えられる。

そうとすれば、右の商法六五〇条および民法六〇五条からその共通点を抽出し、その背後にある、「特定の財産の譲渡に伴う契約当事者の地位の移転」という原則的⁽⁶¹⁾法理を承認すべきである、と考える。

しかるに、従来のが国では、右の問題についての十分な考察がなされていない。すなわち、この問題を意識的に論じたのは、石坂音四郎博士のみである。すでに第一章で触れたように、石坂博士は、ドイツ普通法時代の債務引受論および立法の動向から、「近世ノ学説及ヒ立法ハ財産ノ移転ニ伴フテ債務カ必然的ニ移転スヘキコトヲ認ム

ルノ傾向ヲ有ス⁽⁶²⁾と指摘する。そして、かかる「觀念ヲ認ムルコトヲ得ルトキハ從來ノ難問ハ容易ニ解決⁽⁶³⁾」されうるとする。けれども、わが国にはこの規定がなく、このことは「大ナル不備⁽⁶⁴⁾」であると述べている。また、先述のように末弘巖太郎博士も、労働契約の移転に関する規定を欠くわが国の法律を、「法的技術の貧困」であると嘆じられていた。

しかし、民法六〇五条に規定された賃貸人の地位の移転は、まさに、「特定の財産の譲渡に伴う」契約当事者の地位の移転の問題である、と考えられる。にもかかわらず、従来、この問題が意識されなかった理由の一つとしては、同条が公示の技術として「登記」を要求したために、一七七条の對抗問題の側面が強調されすぎたことが挙げられる。つまり、賃貸人の地位の移転は、それが目的不動産の譲渡に随伴するのではなく、對抗要件としての賃借権「登記」の対抗力の結果である、と解されてきたのである。

もつとも、右のような従来の解釈は、決して誤りではない。なぜなら、そのような理解は、六〇五条が「登記」を要求したことの論理必然的な結果であり、かつ、次に述べるように、当事者の合理的な意思の推定のみによっては六〇五条の結論は導かれえないからである。けれども、對抗問題の側面のみを目を向けると、この問題の本質をとらえることはできないであろう。というのも、なぜ賃貸借契約そのものが譲受人に移転⁽⁶⁵⁾のか、また、賃借権に對抗要件がない場合にいかなる解決を原則と考えるのか、⁽⁶⁶⁾ということが、右の解釈からは明らかにならないからである。

右の問題につき、本稿は、特定の財産の譲渡に伴う契約当事者の地位の移転を原則とする。すなわち、目的不動産の譲渡に伴い、賃貸人の地位が原則として移転する、と解するものである。その理論的根拠は次に検討するが、基本的には右に触れた如く、当事者の合理的な意思の推定に求められる。そうとすれば、賃借権の對抗要件の有無によって、右の結論に本質的な差異はない。けれども、賃貸人の地位の移転に反対の特約を排除し、その移転を譲

受人に強制するところに、民法六〇五条の存在理由がある、と考えられる。⁽⁶⁷⁾

二 理論的根拠

右の如く、特定の財産の譲渡に伴う契約当事者の地位の移転を原則とする考えは、実質的には、当事者の意思の推定に基礎づけられる。この点を端的に示すのが商法六五〇条である。すなわち、保険契約者がその目的物を譲渡した場合、同者は所有者としての被保険利益を失うため、本来的には保険契約は消滅することになる。けれども、そうすると、譲受人は改めて保険契約を締結しなければならず、それまでの間は無保険状態となる。また、譲渡人も未経過分の保険料を回収しえず、他方、保険者も顧客を失うおそれがある。それゆえ、「保険の目的物の譲渡における譲渡人・譲受人および保険者の利害と通常の意味を考慮して、この場合には保険契約が当然には消滅せず」、保険契約者の地位が譲受人に「原則的に移転したものと推定」されるのである。⁽⁶⁸⁾

しかし、右のような推定が認められるのは、より根本的には、当該契約が、当事者の人的信頼関係よりもむしろ、ある特定の財産の効用を全うするために結ばれる、ということに基づく。すなわち、賃貸借契約も、保険契約も、いずれも目的物の所有権と密接な関連を有し、その所有権なくしては存続しえず、かつ、その所有権の経済的効用を高めるものである。そうとすれば、これらの契約は、本来、特定の財産に着眼して結ばれた (*in iure rei*) 非個人的なものであり、「誰が」その財産の所有者であるのか、ということよりもむしろ、その所有権が「誰に」帰属しているか、ということが重視される、と解される。

そして、右のように解してはじめて、特定の財産の譲渡に伴う契約当事者の地位の「原則的」移転が導かれるのである。⁽⁶⁹⁾ かかる観点なくして当事者の「利害と通常の意味」の考慮のみによっては右の原則を導くことはできない、と思われる。

ところで、わが国の従来の法理論では、ある財産の効用を全うさせるためにその財産の移転に他の財産が随伴す

るものとして、主物・従物の制度（八七条）が存在する。この理論は、「要するに、経済的關係における物の主従的結合体を、個人の権利を不当に侵害しない範囲で、同一の法律的運命に従わしめようとする制度であり、今日の社会では、「集合物の觀念とともに、重要な意義をもつものである」と指摘されている⁽⁷⁰⁾。けれども、その代表例として通常挙げられるのは、庭と石どうろう・五重の塔・取りはずしできる庭石などであり、右の指摘にかかわらず、従物理論は今日ではさほど重視されていない。

このように、わが国の主物・従物制度が経済的にあまり重要な意義を有していない理由は、その規定の複雑な沿革に求められると考える。すなわち、「従物ハ主物ノ処分ニ随フ」と規定するわが民法八七条二項は、ボワソナー草案一六条三項（最終草案四二条二項）に基づく旧民法典財産編四一条二項⁽⁷¹⁾に由来する⁽⁷²⁾。同草案に付されたボワソナーの注釈では、フランス民法典一六一五条が引用され、右一六条が「附従物は主物に従う」(accessorium sequitur principale) という「法と道理の一般原則の適用である⁽⁷⁴⁾」とする。ところで、ボワソナーが活躍した当時のフランス民法学では、附従物 (accessoire) は物と一体化したものに限られ、民法典一六一五条は、「附従物は主物に従う」という一般原則を具体化したものである、と考えられていた⁽⁷⁵⁾。かかる考えは、右草案一六条に付されたボワソナーの注釈と一致する。それゆえ、同草案を明文化した旧民法典財産編四二条二項の「従タル物」(accessoire) も、独立の存在ある物は含まない趣旨であった、と解される⁽⁷⁶⁾。

しかるに、現行民法八七条一項の「従物」の定義を規定するに際して、立法者が参照したのはドイツ民法第一草案七八九条であり、これに「倣ヒ」、従物とは「他ノ物」、すなわち独立の物であると規定された⁽⁷⁷⁾。そして、後の学説は一般に、「有体性を基調とする物の概念ならびに物の単位を重視」し、八七条二項を「たんに主物の処分に当たつての当事者の意思解釈の規定にすぎない」と解していた⁽⁷⁸⁾。かかる解釈によれば、従物の対象も主として有体物に限定されることになる⁽⁷⁹⁾。

しかし、前述の八七条二項の沿革からすれば、我妻博士が指摘されたように、従物制度は「決してドイツ民法草案の如く独立の存在ある物を特に行為者の意思によって共通の運命に随わしめんとする強い意味を有するものとは考えられない」。「換言すれば民法第八七条第二項の淵源たる旧民法財産編第四一条第二項は決して独立の存在ある従物を行為者の意志によって主物と共通の運命に随わしめうることを定めたのではなく、物の客観的結合の存する場合には法律的運命においても共通なることを定めた規定といわねばならない⁽⁸⁰⁾」。そしてフランスでは、今世紀にはいり従物の概念が拡張され、独立の物・権利も含まれるようになる⁽⁸¹⁾。売買目的物の譲渡に伴う瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権の移転⁽⁸²⁾、ひいては法律に基づく契約譲渡も従物理論により説明⁽⁸³⁾されている。そうとすれば、わが国における、特定の財産の譲渡に伴う契約当事者の地位の移転も、民法八七条二項およびその背後に存在する、「従物は主物に従う」という一般原則に根拠づけられる、と考える。

なお、民法六〇五条の賃貸人の地位の移転については、我妻博士の提唱された状態債務説も存在する。同博士がこの概念をわが国に導入された意図は、右の従物理論や集合物論と同じく、各種の権利義務の結合したものの有する経済的価値をそのまま法律に反映させようとする点に存した。しかし、「状態債務」の概念は不明確であるとともに、わが民法になじみがない。それゆえ、我妻博士の右の意図は理解しうるが、状態債務概念は不要であると考え⁽⁸⁴⁾える。

以上の結論を要約すると、本稿は、まず、民法六〇五条および商法六五〇条を、「特定の財産の譲渡に伴う契約当事者の地位の移転」として把握する。そして、その原則的移転を、右二つの条文の趣旨および民法八七条二項から帰結される、「従物は主物に従う」(accessorium sequitur principale) という一般原則に根拠づけるものである⁽⁸⁵⁾。

三 具体的帰結

右のように解した場合の具体的帰結としては、さしあたり、以下の三点を指摘しうるであろう。

(1) 对抗要件のない賃借権について

まず第一に、政策論ないし立法論としてではなく、解釈論として、对抗要件のない賃借権の保護を広く認めることが可能になる、と考える。すなわち、本稿の立場を理論的に徹底すれば、賃借権に对抗要件がない場合にも、新所有者（特定承継人）に不測の損害を与えない限り、換言すれば、新所有者が賃貸借契約の存在を知らなかったこと、または、反対の意思が存在したことを立証しない限り、賃貸人の地位の移転が原則的に肯定されうることになる。しかし先にも触れた如く、少なくとも建物保護法の制定時にはこの問題が実体的な「对抗問題」として認識されてきたこと、および、登記制度のもつ客観性・画一性の利点を考慮すると、右の如く解しうるかはなお検討の余地がある。

もっとも、右との関連で注目されるのは、表示の登記により建物保護法一条の对抗力を認めた昭和五〇年二月一日の最高裁判決（民集二九卷二号八三頁）である。すなわち、同判決は、借地権者がその地上建物につき職権による表示の登記⁽⁸⁶⁾しか存しなかった事案に関して、次のように判示して右土地の譲受人の建物収去・土地明渡請求を棄却した。

「建物保護ニ関スル法律一条が、建物の所有を目的とする土地の借地権者（地上権者及び賃借人を含む。）がその土地の上に登記した建物を所有するときは、当該借地権（地上権及び賃借権を含む。）につき登記がなくても、その借地権を第三者に対抗することができる旨を定め、借地権者を保護しているのは、当該土地の取引をなす者は、地上建物の登記名義により、その名義者が地上に建物を所有する権原として借地権を有することを推知しうるからであり、この点において、借地権者の土地利用の保護の要請と、第三者の取引安全の保護の要請との調和をはかるうとしていたものである。この法意に照らせば、借地権のある土地の上の建物についてなされるべき登記は権利の登記にかぎられることなく、借地権者が自己を所有者と記載した表示の登記のある建物を所有する場合もまた同条に

いう「登記シタル建物ヲ有スルトキ」にあたり、当該借地権は対抗力を有するものと解するのが相当である」。

右判決については、建物保護法の趣旨に鑑み、借地人名義の表示の登記があれば「登記シタル建物」を有する場合にあたる、「⁽⁸⁷⁾としてに過ぎない」との評価も存在する。しかし、その上告理由が指摘するように、「建物ノ表示ノ登記」(不動産登記法九一条)は、登記官の職権登記(同二五条の二)、罰則を伴う所有者の申請義務(同九三条一項・一五九条の二)および不動産の現況についての登記官の職権調査(同五〇条)が認められる点で、権利の登記とその建前を異にする。それゆえ、右判決の立場は、民法一七七条の対抗問題からは理解しえないものであり、また、「建物の大部分について課税のための表示登記が借地人名義でなされているとすれば、今後は借地権の対抗力の問題はおきないことになる」⁽⁸⁸⁾。そうとすれば、この問題は、従来の民法一七七条の対抗問題的発想を転換して、所有権の譲渡に伴う賃貸人の地位の移転という側面からの考察も必要である、と解される。

なお、本稿の結論は、新所有者に、賃貸人の地位の移転に反対の意思が存在した場合にはその移転を認めない。それゆえ結論的には、従来の学説に照らすと、単なる悪意者排除説と背信的悪意者排除説との中間に位置づけられる、と思われる。

(2) 賃貸人の地位の移転の対抗要件および譲渡人の免責

第二に、賃貸不動産の譲受人はいかなる要件を備えていれば、賃借人に対して賃料請求権ないし解除権を行使しうるか、という問題がある。この問題に関して判例は、民法一七七条を適用する。すなわち、賃借人は当該不動産の所有権の得喪につき利害関係を有する第三者であるから、新所有者は、所有権の移転登記を経由しなければ右賃借人に対して賃貸人の地位を主張することができない、と判示する⁽⁸⁹⁾。そして新所有者は、右登記を経由していればよく、賃貸借の承継を賃借人に通知する必要はないとする⁽⁹⁰⁾。

かかる判例理論に対しては、この場合には、所有権者が賃借権の存立を認めただうで、それを前提として権利を

行使するのであるから、一七七条の対抗問題は生ぜず、登記は不要であるとする有力な反対説⁽⁹¹⁾が存在する。

本稿は、右の有力説の批判を正当であるとしつつも、この類型の契約当事者の地位の移転では「誰に」所有権が帰属したかが重要であるから、その点を明確にする登記が要求される、と考える。また、この場合に問題となる契約は、目的物の所有権者にしか利害がないものであるから、譲渡人は当然に免責される、と解される。

もつとも、このような結論は、新所有者が「状態債務の付着した所有権を取得する」と解する従来の通説によっても導かれる。⁽⁹³⁾けれども、その前提とする「状態債務」の概念がわが民法に適切でないことは、前述した通りである。

(3) 明文にない「特定の財産の譲渡に伴う契約当事者の地位の移転」

第三に、民法六〇五条や商法六五〇条のような明文がない場合にも、契約が特定の財産と密接な関係を有するときは同様の解決が認められる。⁽⁹⁴⁾例えば、わが国に規定がないが、本稿の考え方は、営業譲渡に伴う労働契約の移転に関する立法論ないし解釈論の指針となると考える。

また、地上権者が土地所有者との間で定期に地代を支払う旨の契約（二六六条）が、右当事者の一方が交替した場合にも新当事者との間で存続する、⁽⁹⁵⁾という結論も、基本的には「特定の財産の譲渡に伴う契約当事者の地位の移転」に含まれる、と解される。⁽⁹⁶⁾

なお、右の点に関連して、近時出された次の最高裁判決が注目される。

【二八】最判平成三年一〇月一日判時一四〇四号七九頁

事案はおよそ次のようであった。A所有の土地・建物のうち土地に抵当権が設定された後に、Aの債権者が土地および建物につき強制競売を申し立て、その後に抵当権者の申立てによる任意競売事件が記録添付された。昭和五

九年四月二日、Xが右任意競売手続により土地を競落して、A所有の建物のために法定地上権が成立した(民法三八八条)。その後、Yが、昭和六一年三月二〇日に強制競売手続により本件建物を取得し、同時に本件法定地上権を承継した。しかるに地代についての協議が成立しないため、XはYに対して本件法定地上権が成立した昭和五九年四月二日からの地代の確定を求めて本訴を提起した。争点となったのは、地上権者が交替した場合に、旧地上権者(A)の未払地代の支払義務を新地上権者(Y)が承継するか否かであり、第一審・第二審ともに否定に解したためXが上告。最高裁は次のように判示してXの上告を棄却した。

「民法三八八条の規定に基づき、競売の結果、建物の所有を目的とする法定地上権が成立した場合において、法定地上権の成立後に右建物の所有権を取得した者は、建物所有権を取得した後の地代支払義務を負担すべきものであるが、前主の未払地代の支払債務については、右債務の引受けをした場合でない限り、これを当然に負担するものではない。そして、同条ただし書による法定地上権成立時の地代の確定がなく、その後に右建物の所有権を取得した者に対する地代を算定するために、法定地上権が発生した当時の適正地代を認定する必要があるとしても、右の理が変わるものではない」。

右判決は、地上権の移転に伴う地代支払契約⁽⁹⁷⁾の移転という観点からとらえた場合、前主の既発生⁽⁹⁷⁾の債務については特に債務引受をしない限り、新地上権者に移転しない、と解する点で重要である。すなわち、契約当事者の地位の移転の効果としては、既発生債務についてはこれを当然に含めず、将来生ずべき債務の移転のみを認めるものである。

しかし、右の点は、契約当事者の地位の移転に共通する問題であるため、次節において言及する。また、それと関連して、取消権・解除権の移転の可否に関しても次節で取り上げる予定である。

(61) 商法六五〇条につき、従来の通説の立場から伊沢孝平博士は、被保険者の交替に保険者の承諾を不要とする理由に関して次のように指摘している。すなわち、「保険の目的物の譲渡があったときは、保険契約上の権利の移転があったものと推定したのは、その根本において、仏・独・端西等の立法例と同じく、保険関係を非個人的なものとして、目的物に付随して移転するのを原則としたものと考えたからである。若し、商法が、被保険者の個性を重視しているのならば、権利の移転を推定したこと自体が不合理である。そうとすれば、特に商法六五〇条の規定を俟つまでもなく権利の移転には、原則として保険者の同意又は承諾は不要なのである」(伊沢孝平『保険法』(青林書院、一九五七年)二一九頁)。

右の指摘は、保険契約の本質を鋭くとらえ、その移転を原則であると解するものである。

(62) 石坂音四郎「債務引受論」法協三〇巻六号六六頁(一九一二年)。なお、第一章第三節第二款(立教法学三九号三六頁以下)参照。

(63) 石坂・同前六四頁。

(64) 石坂・同前六八頁。

(65) この点で、第一章第五節第三款で述べた、近時の六〇五条をめぐる半田II安達論争は、いずれも一つの側面のみを強調するものであった、と考えられる。すなわち、半田教授は、質貸人の地位の移転をすべて当事者の意思解釈の問題とする。しかし、そのように解すると、反対の意思を表示する新所有者に対しても質貸人の地位の移転が強制されることの説明ができない、と解される。他方、安達教授のように、当事者に質貸人の地位の移転についての合意がない場合をすべて対抗力の問題とすると、質貸人の地位の移転は、単に「法定効果」であると解さざるをえず、それ以上の議論の進展を望みえない。

(66) この点につき、従来は無批判に、「売買は質貸借を破る」というローマ法の原則に依拠していた、と解される。しかし、前款に述べた如く、わが国では「売買が質貸借を破らない」というのが「古来ノ慣例」であり、起草者もかかる慣習を念頭に六〇五条を制定した。そうとすれば、従来の見解には再考の余地があると思われる。

(67) その意味では、商法六五〇条は「推定」規定にとどまるため、単なる確認規定にすぎず、存在理由がない。むしろ立法論としては、学説が一致して承認する如く、一方で保険契約者の地位の承継を強制し、他方で保険者および譲受人に解約権を付与する、とするのが適切である、と考えられる。なお、改正試案六五〇条一項および四項参照(前掲注42)。

(68) 西島・前掲書(注12)二二三—二二四頁。

(69) 保険契約につき、この点を指摘するものとして、伊沢・前掲書(注23)二一九頁。なお、前掲注(61)参照。

(70) 我妻栄『新訂民法総則(民法講義I)』(岩波書店、一九六五年)二二二頁。

(71) 旧民法典財産編四一条二項は次のように規定する。「主タル物ノ処分ハ従タル物ノ処分ヲ帯フ但反対ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス」。

(72) 我妻栄「抵当権と従物の関係について」『民法研究IV』(有斐閣、一九六七年)四七頁。

(73) G.E. Boissonade, *Projet de code civil Pour l'empire du Japon*, t. I, 2^e éd., Tokio, 1882, p. 16. なお、フランス民法典一六一五条は、売買における売主の引渡義務につき、次のように規定する。すなわち、「物を引き渡す義務は、その附従物およびその恒常的な使用にあてられたもののすべてを含む」。

(74) G.E. Boissonade, *Projet de code civil pour l'empire du Japon*, t. I, nouvelle éd., Tokio, 1890, n. 73 bis, p. 104. なお、星野英一「日本民法典に与えたフランス民法の影響」『民法論集Ⅱ第一巻』(有斐閣、一九七〇年)一四九頁注(七)、我妻・前掲論文(注72)四七頁。

(75) 野澤正充「契約の相対的効力と特定承継人の地位(二)」民商一〇〇巻一〇二七—一〇二八頁(一九八九年)。

(76) 星野・前掲論文(注74)一四九頁注(七)も、「ボアソナードは従物と、附合の効果が問題になる物とを同じに考えていたようである」と指摘する。

(77) 星野・同前一四四頁。

(78) 田中整爾『新版注釈民法(2)』(有斐閣、一九九一年)六三四頁。

(79) 八七条は権利についても「準用」される、と解されている。しかし、その対象が主として有体物であるためか、従来、権利についてはあまり積極的に「準用」されていない。

(80) 我妻・前掲論文(注72)四八頁。

(81) 野澤・前掲論文(注75)(二)民商一〇〇巻二二九〇頁。

(82) 野澤・同前(三)民商一〇〇巻四号六五一頁以下。

(83) 本稿第二章(立教法学三九号)参照。

(84) 以上の、状態債務説の評価とこれに対する私見については、野澤・前掲論文(注75)(五・完)民商一〇〇巻六号一〇八三頁および一〇八六頁注83参照。

(85) かくして、民法二二〇条を手がかりとして提唱した特定承継論(野澤・同前一〇七五頁以下)は、「特定の財産の譲渡に伴う契約当事者の地位の移転」に発展的に解消せしめられることになる。

(86) しかもその登記は、借地権者の先代を所有者とし、かつ、その名義にも誤りがあつた(正しくは「鎌治」と記すべきところを、「謙治」と記されていた)という事実が認定されている。

(87) 吉田真澄「判批」ジュリスト・昭和五〇年度重要判例解説五三頁。

(88) 山田卓生「判批」別冊ジュリスト・民法判例百選Ⅱ債権(第三版)一二三頁。

(89) 大判昭和八年五月九日民集一二巻一一二三頁、最判昭和五年一月三〇日民集四巻一〇号六〇七頁、最判昭和四九年三月一九日民集二八巻二二五頁。

(90) 大判昭和三年一〇月一二日新聞二九二〇号一〇頁、最判昭和三年九月一八日民集一二巻一三三二—一三三三頁。

(91) 川島武宜『民法I総論・物権』(有斐閣、一九六〇年)一六八頁以下および一七一頁、舟橋諄一『物権法』法律学全集18(有斐閣、一九六〇年)一八九頁以下、鈴木祿弥『物権法講義』(創文社、三訂版、一九八五年)一一〇頁。

(92) この点で、商法六五〇条の改正試案が保険の目的物の譲渡についての通知を要求していることとパラレルに考えられる。

(93) 幾代通『新版注釈民法(15)債権(6)』(有斐閣、一九八九年)一九〇—一九二頁。

(94) もつとも、いかなる契約がかかる場合に該当するか、という判断基準が問題となる。この問題については、さしあたり、その契約が特定の財産の所有者にしか履行しえない性質のものであるか否か、という基準を提示するとどめておく。けれども、問題となる類型は限られており、右の判断は実際にはさほど困難ではない、と思われる。なお、野澤・前掲論文(注75)(五・完)一〇七九—一〇八〇頁参照。

(95) 鈴木祿弥『注釈民法(7)Ⅱ物権(2)』(有斐閣、一九六八年)四二二頁。

(96) 地代債務と地上権との関係について、かつては右債務を、「純然タル」債務とする見解(富井政章『民法原論第二巻物権』(有斐閣、大正二年合冊版復刻、一九八五年)二〇九頁)、地上権の内容になるとする見解(川名兼四郎『物権法要論』(金刺芳流堂、一九一五年)一四二頁)、および、債務であるが登記(不動産登記法一一一条)したときは地上権と結合して譲受人に移転する、とする見解(中島玉吉「地上権ノ地代ニ就テ」法学新報二二卷六号一頁以下(一九二二年))の三つが存在した。これに対して鳩山秀夫博士は、第三の見解を支持しつつもその理由づけを次のように批判した。すなわち、「若シ(第三説の)論者ノ如ク地代債務ヲ以テ性質上地上権ト結合關係ヲ有セストストキハ、何ガ故ニ登記ニ因リテ突然其性質ヲ変ズルヤ。我民法上登記ハ對抗要件ニ過ギザルガ故ニ、之ニヨリテ權利義務ノ性質ニ変更ヲ生ズルモノトハ解スルト能ハズ」。そうして、「地代債権及ビ地代債務共ニ性質上土地所有權及ビ地上権ト結合關係ヲ有」し、ただ「之ヲ登記セザルトキハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズ」と主張する(「地代債務ト地上権トノ關係」法学志林一八卷五号九五—九六頁(一九一六年))。

右の鳩山博士の見解が、この問題に関する現在の通説である。けれども、これに対しては、今日では「地代の定期払いをしないということはまだである」ことを理由に、「地上権譲受人は原則として地上権に附着する地代支払義務の存在を予想しているというべきだから、たとえ地代についての登記がなくともこの義務をも当然に承継する、と解すべきではあるまいか」とする有力説(鈴木・前掲書注99)四二二頁)が存在する。

本稿の立場は、基本的には右の有力説と同じである。けれども、地代支払義務の登記がない場合には、譲受人がその存在を知らないとき、または、それを負わない意思があったときは当然承継を認めるべきではない、と解される。

(97) もつとも、本件は法定地上権の事案であり、その地代は当事者間の協議または裁判によって決められる(民法三八八条但書)。しかし、この問題の範囲において旧地上権者の債務が新地上権者に移転するか、という点にある。そして、かかる観点からは右債務が合意に基づいて生じたか否かにより結論が異なることはない、と考えられる。

第二節 合意に基づく「契約当事者の地位の移転」

第一款 問題の所在

一 序

本節では、従来のわが国において「契約上の地位の譲渡」ないし「契約引受」として議論されてきた、合意に基づく契約当事者の地位の移転を対象として取り上げる。

ところで、フランスでは、右の類型に相当する「合意に基づく契約譲渡」の典型例として、賃借権の譲渡(民法典一七二七条)が挙げられる。そして、第三章で概観した如く、賃借権譲渡をめぐる判例および学説が、今日の契約譲渡論の基礎を築いたと述べても過言ではない。しかるにわが国では、賃借権譲渡(六一二条)の問題が契約上の地位の譲渡論から除外されるか、または、軽視されてきた、との観が否めない。その理由の一つは、次に述べる如く、わが民法六一二条とフランス民法典一七二七条の構造の違いに求められる。けれども、結論を先取りすれば、かかる規定の差異にもかかわらず、わが民法においても、合意に基づく契約当事者の地位の移転のモデルとして賃借権の譲渡(六一二条)を想定しうるのである。

二 賃借権譲渡の問題点

(1) フランス民法典一七二七条との差異

わが民法六一二条は、賃借権の譲渡につき次のように規定する。

六一二条 ①賃借人ハ貸貸人ノ承諾アルニ非サレハ基権利ヲ譲渡シ又ハ賃借物ヲ転貸スルコトヲ得ス。

②賃借人カ前項ノ規定ニ反シ第三者ヲシテ賃借物ノ使用又ハ収益ヲ為サシメタルトキハ貸貸人ハ契約ノ解除ヲ

為スコトヲ得。

右規定は、賃借権の譲渡に「賃貸人ノ承諾」を必要とする（一項）点で、その自由を原則とするフランス民法典一七二七条一項と異なる。そして、その承諾がないまま賃借権の譲渡がなされた場合には、賃貸人は賃貸借契約を解除し（二項）、譲受人に対しては自己への賃貸物の引渡を求めうる、というのが条文上の建前である。それゆえ、以下の考察に際しては、賃借権譲渡につき、賃貸人の承諾がある場合とない場合とを分けるのが便宜である。

(2) 賃貸人の承諾がある場合

まず、賃貸人の承諾がある場合の賃借権の譲渡に関して、近時の学説は、それが債務引受を含むことを肯定しつつ、通常の債務引受ないし契約上の地位の譲渡とは異なる、と解している。

例えば、星野英一教授は、賃借権の譲渡では、免責的債務引受に対する「債権者つまり賃貸人の承諾の必要性は、通常とは異なり、問題にしなくてよい」とする。その理由は、「民法六一二条一項によりそもそも賃借権の譲渡に賃貸人の承諾が必要とされているので、改めて議論する必要がない」という点に求められる。⁽¹⁾ この見解によれば、相手の承諾を条件とする契約上の地位の譲渡の通説的見解との論理的整合性が、一応保たれることにはなる。⁽²⁾

けれども、すでに繰り返し述べた如く、わが民法の起草者は債務引受（とりわけ免責的債務引受）の制度を認めないなかつた。それゆえ、民法六一二条一項の「賃貸人ノ承諾」は、免責的債務引受に対する債権者の承諾とはその趣旨を異にする、と推測される。そうとすれば、右の「賃貸人ノ承諾」と契約当事者の地位の移転との関係、換言すれば賃借権の譲渡と後者との関係を沿革的に遡って「改めて議論する必要が」ある、と解される。

(3) 賃貸人の承諾がない場合

また、賃借権の無断譲渡の場合には、譲受人は用益権限を取得したことを賃貸人に対抗しえないため、⁽³⁾ 従来、契約上の地位の譲渡が問題とされることはなかつた。ところが、第二次大戦後の住宅事情の悪化に伴い、六一二条二

項による「解除」を制限する下級裁判所の判決が相次ぎ⁽⁴⁾、昭和二八年に、ついに、「賃借人が賃貸人の承諾なく第三者をして賃借物の使用収益を為さしめた場合においても、賃借人の当該行為が賃貸人に対する背信行為と認めるに足らない特段の事情がある場合においては、同条の解除権は発生しないものと解するを相当とする」という最高裁判決⁽⁵⁾が出された。そして、この判例法理(信頼関係理論)⁽⁶⁾が確立し、かつ、この場合には賃借権の譲受けを賃貸人に対抗しうる、と解されるに至り⁽⁷⁾、はじめて「契約上の地位の譲渡」論との関連が問題とされるようになった。すなわち、賃借権の無断譲渡をした者が賃貸借契約から完全に離脱するか否か、という問題である。そしてこの問題からは、賃借権譲渡の効果としての譲渡人の免責の可否という、より一般的な問題が導かれることになる。

三 叙述の順序

ここまでの簡単な考察に基づき、以下ではまず、六一二条一項の「賃貸人ノ承諾」の趣旨を中心とした賃借権譲渡の沿革的考察を行なうことにする(第二款)。そして、この考察からは、賃借権の譲渡(六一二条)が、合意に基づく契約当事者の地位の移転の一類型であることが明らかにされよう。

次に第三款では、賃借権の譲渡の要件・効果を問題として取り上げる。そして第四款では、賃借権譲渡の考察から、わが国における合意に基づく契約当事者の地位の移転の解釈論的モデルを提示する。その際には、従来議論されてきた取消権および解除権の移転についても触れるつもりである。

なお、第三節では、二つの契約当事者の地位の移転のまとめを行ない、その意義と機能については終章で取り上げる予定である。

(1) 星野英一「借地・借家法」法律学全集20(有斐閣、一九六九年)二八五頁。

(2) 同旨の見解として、来栖三郎「契約法」法律学全集21(有斐閣、一九七四年)三四七―三四八頁、椿寿夫「債権譲渡・債務引受と契約上の地位の移転とはどのように異なるか」『民法学4』(債権総論の重要問題) (有斐閣、一九七六年)二九九頁。

(3) 我妻栄「債権各論中巻一(民法講義V)」(岩波書店、一九五七年)四五七頁。

- (4) 広中俊雄『債権各論講義』(有斐閣、第五版、一九七九年)一七四頁。
- (5) 最判昭和二八年九月二五日民集七卷九号九七九頁(借地権譲渡の事案)。
- (6) 最判昭和三〇年九月二二日民集九卷二二九四頁(賃借権の無断譲渡)、最判昭和三二年五月八日民集一〇卷四七五頁(無断転貸)。なお、広中・前掲書(注4)一七五頁。
- (7) 広中俊雄『新版注釈民法(15)』(有斐閣、一九八九年)二八三―二八四頁参照。

第二款 賃借権の譲渡(1)―沿革的考察

第一項 民法六一二条の制定⁽⁸⁾

一 旧民法典の規定

近時における六一二条の理解は、前款に触れた通りである。けれども、その理解が適切であるか否か、換言すれば、賃借権の譲渡に対する「貸貸人ノ承諾」の趣旨を探究するためには、再び旧民法典の時代にまで遡る必要がある。

ボワソナード草案に基づく旧民法典の賃借権譲渡の規定は、次のようであった。

財産編一三四条

①賃借人ハ賃貸借ノ期間ヲ超エサルニ於テハ其賃借権ヲ無償若クハ有償ニテ譲渡シ又ハ其賃借物ヲ転貸スルコトヲ得。但反対ノ慣習又ハ合意アルトキハ此限ニ在ラス。

②(略)

③右孰レノ場合ニ於テモ賃借人ハ賃貸人ニ対シテ其義務ヲ免カルルコトヲ得ス。但賃貸人カ転借人ト更改ヲ為シタルトキハ此限ニ在ラス。

④(略)

右規定は、賃借権の譲渡を原則として賃借人が自由になしうるとする点で、現行民法六一二条と異なり、フランス民法典一七一七条に従うものである。けれども、フランスには右の第三項に相当する明文が存在せず、この点にボワソナードの見解が反映している。

そこで、賃借権の譲渡に関するボワソナードの見解を検討する。

ボワソナードは、明治一四年(一八八一年)二月二日に行なった司法省法学校での講義では、「賃借ノ権ハ物権ナルカ故ニ之ヲ売却スルヲ得可シ。凡テ物権ハ之ヲ売却スルヲ得可ケレハナリ」⁽⁹⁾と述べている。しかし、その後の注釈では、「概して権利は、物権・債権を問わず、譲渡可能である。……権利は、例外を除いて、それらが帰属する者の自由な処分に委ねられている」⁽¹⁰⁾とする。つまり、賃借権は物権であるから譲渡しうるのではなく、およそ権利一般が譲渡可能であることを明示する。それゆえ、「法律によって賃借権の譲渡(cession du bail) または転貸(sous-location)を禁ずる理由はない」⁽¹¹⁾ことになる。けれども、「賃貸人は、契約によって賃借人のかかる権能を禁ずることとは可能である」とする。その理由は、賃借権の譲渡・転貸によって「高級品や精巧な物を破損するおそれがある」⁽¹²⁾という点に存する。

ところで、ボワソナードは、「賃借権の譲渡・転貸によって、賃借人が賃貸人に対する債務を免れえないのは当然である」とする。なぜなら、新賃借人が義務を果たすことができない場合がありうるからである。⁽¹³⁾「賃貸人は、旧債務者に代わる債務者として新賃借人を承諾(accepter)しない限り、新賃借人からの損害を蒙るいはなく、かかる事態を法は『更改ヲ為ス』(faire novation)⁽¹⁴⁾と称している」と説明する。⁽¹⁵⁾

以上のボワソナードの見解を要約すると、賃借権も権利であるため譲渡可能である、しかし、それによって旧賃借人(譲渡人)が当然に債務を免れることはなく、その免責には賃貸人の承諾(＝更改)が必要である、ということになる。かかる解釈は、第三章で述べたフランスの判例および学説の理解と合致する。

二 梅博士の見解—現行民法典の規定

賃借権譲渡の自由を原則とした旧民法典に対して、その禁止を原則とする現行民法六一二条（原案六一五条）を起草したのは、梅謙次郎博士であった。博士はその理由を、明治二八年六月二一日の第九六回法典調査会において、次のように述べている。

「既成法典ニハ此賃借権ト云フモノガ物権トナツテ居リマスルガ、其結果トハ私ハ見マセヌケレドモ、兔二角、賃借権ノ譲渡又ハ賃借物ノ転貸ト云フモノヲ許スノヲ原則トシテ居ル。特ニ禁ジテナケレバ出来ルトシテアリマス。而シテ此賃借権ト云フモノヲ抵当ニスルコトサヘモ許シテアリマス、ケレドモ是ハ我国ノ最モ多クノ土地ニ行ハレテ居ル慣習ニ反スルヤウデアリマス。之ニ付キマシテハ民事慣例集杯ヲ調べテ見マシタガ、小作ニ付テハ概シテ昔カラ小作権ノ譲渡又ハ小作地ノ転貸、復貸ト云フモノハ可ナリ盛ニ行ハレテ居ルヤウデアリマス、ケレドモ小作権丈ケニ付テ見テモガ許シテ居ル地方ト許サナイ地方トどちらガ多イカト云フト許シテ居ル地方ノ方ガ少ナイ、許サナイ地方ノ方ガ多イ……仮リニ小作文ケニ付テ考ヘテ見テモ既ニ多数ハ譲渡又ハ転貸ヲ許サヌト云フ方デアル。殊ニ小作以外ノ場合、宅地又ハ家屋ノ貸借別シテ家屋ノ貸借夫レカラ動産ノ貸借杯ハ是ハ各地デ復貸ト云フモノハ許サヌ、其権利ヲ譲渡ス杯ト云フコトハ許サヌノガ大多数ノヤウデアリマス。夫レデ詰リ此既成法典ノ規定ト云フモノハ我邦ノ今日ノ慣習ニハ何ウモ反シテ居ルト云ツテ宜カラウ、将来ハ何ウシテモ許ス方ニ段々傾テハ往クヤウデアリマスカラ今ヨリ十数年ノ後ニハ既成法典ノ通りデモ宜イカモ知レマセヌガ、今日ニアツテハ慣習ニ違ツタ方が多カラウト思ヒマシタカラ採リマセヌデ反对ノ方ヲ規定致シマシタ」⁽¹⁶⁾（句読点—筆者）。

右見解からは、立法者が、固有の人的信頼関係を基礎とする小作に関する慣習に基づき、賃借権の譲渡を禁じたことが明らかである。⁽¹⁷⁾つまり、賃貸借契約は *intuitu personae* であるがゆえに譲渡を禁じられたのであり、「賃貸人ノ承諾」はかかる禁止を解除する趣旨で規定されたと解される。そうとすれば、少なくとも立法者には、「賃貸

人ノ承諾」に、債務引受ないし債務者の交替に対する債権者の承諾という趣旨を含ませる意図はなかつた、と考えられる。

けれども、右の「賃貸人ノ承諾」の趣旨は、民法典の公布直後に出された注釈書により、早くもあいまいなものとなる。

三 『帝国民法正解』の見解

賃借権の譲渡に関する『帝国民法正解』の注釈は、この時期の著作としてはめざらしく詳細である。同書はまず、六一二条が賃借権の譲渡に賃貸人の承諾を必要とする理由を、「主トシテ当事者殊ニ賃貸人ノ意思ヲ推測シテ定メタルモノナリ」と概括的に提示し、⁽¹⁸⁾以下にその説明を次のように加える。すなわち、「債権ハ債権者ノ自由ニヨリ売買譲与スルヲ得ルモノ」であり、「是レ物権債権タルヲ問ハス自己ノ財産ハ自由ニ之ヲ処分シ得ルヲ原則トスルハ近世ノ時勢ニ適ス」るものである。⁽¹⁹⁾しかしながら、賃借権は「普通ノ債権ト異ナ」り、「賃借人ハ債権ヲ有スルト同時ニ借賃支払ノ義務ヲ負ヒ居ル者」である。⁽²⁰⁾そのため、「賃借権ノ譲渡ト言フトキハ賃借権ニ包含セル權利ノミヲ譲渡スモノナリヤ又ハ権利トトモニ之レニ附着セル義務ヲモ譲渡ス者ナリヤ」という問題が生ずるが、いづれにせよ「余輩ハ賃借権ノ譲渡ニハ賃貸人ノ承諾ヲ要ス」と主張する。なぜなら、「借賃ニ関シテハ賃貸人ハ賃借人ノ資力ヲ信シテ賃貸借ノ契約ヲ結」んだからである。⁽²¹⁾

右の如く解すると、「次ニ権利ノミヲ譲渡シ義務ハ之ヲ譲渡サストスルカ」または、「義務ヲモ譲渡ストスルモ賃借人ハ連帯若クハ保証ノ如キ担保ノ責ヲ負フモノトスレハ賃貸人ハ借賃ニ関シ何等ノ不利益ヲモ蒙ラ」ないため、その承諾は不要ではないかという疑問が生ずる。しかし、前者については、「賃貸人ハ自己ノ物件ヲ使用スル者ト之ニ対シテ借賃ヲ支払フ者トノ別人タルヲ欲セサルヘシ」と、また後者については、「義務者ノ変更スルトキハ自然ニ紛議ヲ生スルニ至ルナリ」と反論する。⁽²²⁾そうして、後者をさらに敷えんして、賃貸人の賃借人に対する信用

は、「之ヲ財産ニ見積リ若クハ道理上ニ表ハスコト難キ場合ニ於テモ少クトモ感情ノ点ニ於テ動カスヘカラサルモノ」があるから、「原則トシテハ自由ノ讓渡轉貸ヲ許サストシ唯賃貸人ノ承諾ヲ經タルトキハ此限ニ在ラストスル」ことは、「当時我国ニ於テ賃貸人多数ノ意思ニ協フモノ」⁽²⁴⁾であるとする。

右の注釈の後半部分は、法典調査会で梅博士が言及した「慣習」の内容をより詳細に述べたものである。これに對して前半部分は、賃借人の債務の移転に着目し、その観点から「賃貸人ノ承諾」を基礎づけるものである。かかる債務の移転に関する議論は、法典調査会の審議からうかがわれず、BGBの公布前であるこの時期においては異例に属するものであった。それゆえ、右の見解からは、後に債務引受の論文を著した仁井田博士⁽²⁵⁾の問題関心が強く反映していたことが推測されうるのである。

四 小 括

賃借権の讓渡に關し、旧民法および現行民法はいずれも賃貸人の意思的関与を要求する。けれども、その趣旨はまったく異なることに注意しなければならない。すなわち、前者においては、賃借権讓渡の自由が認められ、讓渡人の免責についてののみ賃貸人の承諾（＝更改）が必要とされるのに対し、後者においては、賃借権讓渡の禁止を除し、讓渡可能なものとするために「賃貸人ノ承諾」（六一二条一項）が要件とされるのである。

右の差異は、現行民法典の起草者が、賃貸借契約を人的信賴關係に基礎をおく（*intuitu personae*）契約である、と解したことに基づく。それゆえ、六一二条の起草段階では、旧民法典のような、債務者の交替に対する債権者の承諾という趣旨は含まれていない。

しかし、右の点は後の学説により不明確となる。すでにその兆しは、『帝国民法正解』の注釈にあらわれていたが、次に述べる如く、大正時代以降は債務引受論の展開に伴い、ますます「債務の移転」という側面が強調されてゆくのである。

- (8) 本項が対象とする時期は、第一章の民法学史の時期区分に従うと、旧民法典の時代から第一期(明治四三年)までに相当する。
- (9) 司法省『ボフソナード氏起稿・民法草案財産編講義Ⅱ物権之部』(刊行年不詳)五四七頁。
- (10) G.E. Boissonade, *Projet de code civil pour l'empire du Japon*, t. I, 2^e éd., Tokio, 1882, n° 192, p. 250.
- (11) Boissonade, *ibid.*
- (12) Boissonade, *ibid.*, pp. 250-251.
- (13) Boissonade, *ibid.*, p. 251. ボフソナードは、より具体的に、次のようにも述べている。「賃借権の譲与又ハ転貸ヲ為セシ時ニ於テ買主又ハ第二ノ賃借主ノ貧困ニシテ其価又ハ賃銀ヲ払フ能ハサル時ハ第一ノ賃借主ハ賃借主ニ対シテ之ヲ払ハサルヲ得サル」(司法省・前掲書(注9)五四八頁)ものである。
- (14) 旧民法典一三四条三項但書(草案一四二条三項)参照。
- (15) Boissonade, *op. cit.* (note 10), n° 192, p. 251.
- (16) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会・民法議事速記録四』日本近代立法資料叢書4(商事法務研究会、一九八四年)三八五—三八六頁。
- (17) 川村泰啓「借家の無断転貸と民法第六二二条(一)」法学新報六三卷二号二四頁以下および二九頁以下、同(二・完)三三九頁以下(一九五六年)、渡辺洋三『土地・建物の法律制度(上)』(東京大学出版会、一九六〇年)一〇五頁以下、特に一〇六頁、山田卓生「借地法の生成と展開(一)―宅地利用権の譲渡転貸を中心にして―」社会科学研究一八卷二号一四五—一四七(一九六六年)星野・前掲書(注1)二八〇頁以下。
- (18) 松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎『帝国民法正解Ⅱ第三編債権』(二八九七年)一一四〇頁。
- (19) 松波仁保・仁井田・同前一一四〇—一一四一頁。
- (20) 松波仁保・仁井田・同前一一四一頁。
- (21) 松波仁保・仁井田・同前一一四一—一一四二頁。
- (22) 松波仁保・仁井田・同前一一四二頁。
- (23) その具体例として、「富人ナルカ故ニ家屋ヲ貸与シタリ富人ニ非ラサルモ高貴ノ人ナルカ故ニ貸与シタリ富モ位モナキモ親戚ナルカ故ニ貸与シタリ何人ニモ貸与スルノ意思アルモ新平民浮浪ノ輩等ニハ貸与スルヲ欲セストノコトアラン」ということが記されている(松波仁保・仁井田・同前一一四三頁)。
- (24) 松波仁保・仁井田・同前。
- (25) 第一章第三節(立教法学三九号四一頁)参照。

第二項 学説の展開

一 大正時代の通説的見解

賃借権譲渡の法的性質および「賃貸人ノ承諾」の趣旨につき最も議論がなされたのは、第一章の時期区分に従えば、第二期（明治四三年—大正一〇年）であつた。すなわち、この時期の通説はこれを賃借人の地位の譲渡であると解し、賃借権譲渡の結果、譲渡人である旧賃借人が賃貸借関係から離脱する、と解していた。以下では、かかる通説を代表するものとして、横田秀雄博士と中島玉吉博士の見解を紹介する。⁽²⁶⁾

まず、横田博士は、賃借権を「一ノ債権」であるとし、原則として「賃借人ハ債権ノ譲渡ニ関スル一般ノ原則ニ従ヒ之ヲ他人ニ譲渡スルヲ得ル」とする。しかし、賃借人の「資力並ニ其性行ノ如何ニ依リ」、賃貸人は賃料債権を満足しえず、あるいは目的物の滅失・毀損のおそれがあるため、六一二条は賃借権の譲渡に賃貸人の承諾を要する旨を規定したとする⁽²⁷⁾。そして、賃借人が、かかる賃貸人の承諾を得て賃借権を譲渡した場合、「借賃支払ノ債務も亦必然的ニ譲受人ニ移転ス」とし、その理由を、「賃借権ハ借賃支払ノ義務ト分離スヘカラサル関係ヲ有シ常ニ必ラス同一ノ主体ニ帰属スヘキモノナレハナリ」と述べている。そうして、「賃借権譲渡ノ結果、譲受人ハ譲渡人ノ契約上ノ地位ヲ継承シテ賃借人トナリ、賃貸借契約ヨリ生スル権利関係ハ爾後賃貸人ト譲受人トノ間ニ於テ存続シ、譲渡人タル旧賃借人ハ全然契約関係ヲ離脱スルモノナリ」と結論づけている。⁽²⁸⁾

右の見解は、賃借権を債権であるとする点で、六一二条の文理には忠実である⁽²⁹⁾。しかし、賃借人の義務がその権利と不可分であると解する理論的根拠が明らかでなく、後に末弘博士の批判にさらされることになる。

また、中島博士も、賃借人の義務の面に着目する。すなわち、「賃借権ハ借賃支払ノ義務ト常ニ相伴フモノニシテ、譲受人ノ資力不十分ナルトキハ借賃ノ延滞等ノ理由ニヨリ賃貸人ノ利益カ害セラルル虞」があるため、六一二

条は賃借権の譲渡を賃貸人の承諾ある場合にのみ許したとする。そして、かかる賃借権譲渡の結果として、「賃借人ハ全然賃貸借関係ヨリ離脱シ譲受人其地位ヲ承継シ賃貸人ニ対シテ直接ニ権利義務ヲ有スルニ至ルヘシ」と主張する⁽³⁰⁾。

右の見解は、債務引受論と論理的に整合するけれども、六一二条に関する起草者の立法趣旨とは合致しない。そしてこの点は、後に鳩山博士によって指摘されることになる。

二 末弘博士の見解

以上の通説の見解に反対したのは、末弘徹太郎博士であった。博士は、賃貸人の承諾がある場合、賃貸借上の権利が「凡テ譲受人ニ移転ス」としつつも、「賃借人ノ債務亦同時ニ移転スベキヤ否ヤ」は問題であるとする。そして、保管義務・返還義務等の「賃借人ノ権利ニ当然附随シテ之ト不可分的関係ニ立テル義務」は譲受人が当然に負担するが、「借賃債務ハ必ズシモ当然ニ移転スルモノニアラズ」とする。なぜなら、賃借人の権利と義務とが「決シテ不可分的関係ヲ有スルモノ」ではないからである。それゆえ、借賃債務を移転するには、「特別ナル債務引受ノ行為」が必要とされる。もともと、「借賃債務ハ賃借人ノ権利ト密接ノ関係ヲ有シ両者同一人ニ存スルヲ常態トスルガ故ニ、意思不明ナルトキハ賃貸人、賃借人及ビ譲受人ノ三当事者ハ何レモ賃借権ト同時ニ借賃債務ヲモ移転スルノ意思アルモノト解スル」のが正当であるとする。そうして、賃借権の譲渡により賃借人の地位が移転するという通説に対しては、「法理上何等ノ根拠ナシ」と批判している⁽³¹⁾。

右の見解には、賃借人の地位を権利と義務とに分解し、後者の移転が債務引受による点に、欧米留学以前の末弘博士の学風であった「精ち周到」さが現れている。しかしそれは、取りも直さず、当時の日本の法律学の主流をなしていた概念法学の反映であったと評することができよう⁽³²⁾。

三 鳩山博士の見解

以上の学説を詳細に検討し、かつ、その対立の止揚を試みたのは、鳩山秀夫博士である。

博士はまず、六一二条一項の趣旨を次のように丹べている。すなわち、「賃借権ハ一ノ債権ナルモ其内容タル使用収益ノ方法程度ハ人ヲ異ニスルニ依リテ差異ヲ生ズベキガ故ニ法典ハ我国従来ノ慣習ニ從ヒ原則トシテ讓渡ヲ許ササルモノトナセリ」。そして、中島博士の見解を意識したものと解されるが、「讓渡ヲ禁止シタルハ以上ノ理由ニ基クモノニシテ賃借人ノ権利ガ賃借人ノ義務ト不可分ナル關係ヲ有スルガ故ニアラス」と明記し、賃貸人の承諾が「賃借人ニ賃借権ノ讓渡権ヲ与フル意思表示」である、⁽³³⁾と主張する。

そして、右の承諾がある場合の賃借権讓渡の効果につき、これを「賃借人タル地位ノ讓渡」と解する「通説」と、「之ニ反シテ」賃借債務の移転には、「特別ナル債務引受ノ行為」を要するとする「末弘」説を挙げ、⁽³⁴⁾後者を前提としつつ、結論的には前者に従っている。すなわち、賃借物の保管義務・返還義務は「賃借人ノ権利ト性質上不可分ノ關係」にあるため、当然讓受人に移転するが、賃借債務は賃借人の権利と「双務契約ヨリ生ジタル権利義務ノ關係ヲ有スルニ止マリ性質上当然不可分的關係ヲ有スルモノ」ではないため、「当事者ガ之ヲ分離シテ……依然讓渡人ノミ之ヲ負担スルモノトスル特約ヲ為ストキハ其特約ニ從ハザルベカラズ」とする。けれども、かかる特約のない場合には、「借賃債務モ亦讓受人ニ移転スルモノト解スルヲ正当トス」と主張する。その理由は次の二点である。まず実質的理由として、賃借権讓渡の当事者および賃貸人が「通常将来ニ對スル關係ニ於テハ讓受人ノ借賃債務ヲ負担スルモノトナスノ意思ヲ有ス」ることを挙げる。また、形式的理由としては、民法三一四条を挙げている。というのも同条は、賃貸人が讓受人の動産の上にも先取特権を有する旨を規定するが、これは「讓受人ガ讓渡ニ因リテ当然債務者トナルコトヲ前提トシタルモノ」と解されるからである。⁽³⁵⁾

なお、鳩山博士は、すでに弁済期にある借賃債務については、「特ニ債務引受行為アルニ非ザレバ讓渡人ハ其債

務ヲ免ル、コトヲ得ズ」としている⁽³⁶⁾。

四 第二期のまとめ

第二期における賃借権譲渡の議論に関しては、以下の点に留意する必要がある。

まず第一に、六一二条の趣旨に関しては、鳩山博士の見解が起草者の見解に合致する。すなわち、前述の如く起草者(梅)は、賃借物の使用収益の点に着目して賃借権譲渡に賃貸人の承諾を要するとしたのである。それゆえ、同条の立法趣旨の理解としては、中島博士の見解は適切ではない。

第二に、賃借権譲渡の効果に関して、借賃債務の移転に「特別ナル債務引受ノ行為」を必要とする末弘説も、通常はかかる当事者の意思が推定されるとするため、結論的には通説および鳩山説と大差がない。そして末弘博士が、意思の推定の根拠を、借賃債務が賃借人の権利と「不可分的関係」ではないが、「密接ノ関係ヲ有シ両者同一人ニ存スルヲ常態トスル」点に求めていることは、フランスにおける双務契約の一体性の議論を想起させる。

第三に、この後、鳩山博士の見解が我妻博士に承継され、通説化されてゆくことに注意を要する。

なお、この時期に、六一二条の賃借権譲渡の解釈を通して、「契約ノ譲渡」一般に言及する見解が登場した⁽³⁷⁾ことも注目値する。けれども、これは一判例研究にすぎず、その後の学説に顧みられることはなかった。

五 その後の学説の動向

いわゆる第三期(大正一〇年—昭和二〇年)以降は、賃借権譲渡についての議論の進展が見られない。すなわち、一方では、これを賃借人の地位の移転と解する見解が存在する⁽³⁸⁾。しかし他方、第二期の末弘・鳩山説の流れを汲み、賃借権を権利と義務とに分解して考察する見解も存在する。例えば、末川博士は、賃借権譲渡を「一種の債権譲渡である⁽³⁹⁾」とし、その効果として、「物の利用に関する権利及びそれと不可分離の関係にある賃借物の保管や返還の義務の如きが譲受人に移るのは明白である⁽⁴⁰⁾」とする。しかしさらに、「賃貸借は双務契約であるから、他方で借賃

支払の債務を伴ふのであるが、この債務はどうなるか」という問題を提起する⁽⁴¹⁾。そうして、「特にこれを分離して譲渡人が従来通りに負担する」旨の特約がない限り、「一般には譲受人がこれを負担するに至ると解してよいのであって、別に債務引受行為を要するとはいへぬ⁽⁴²⁾」と解する。なぜなら、「賃借権譲渡の契約当事者は勿論・承諾を与へる賃貸人も亦譲受人において借賃支払の債務を引受くべきことを前提として意思を表示するものと観るべきだから⁽⁴³⁾」である。かかる見解は、第二期の鳩山博士の見解と同旨であると解される。

もつとも、いずれの立場においても、賃借権を譲渡した旧賃借人が、新賃借人と併存的に債務を負うことなく賃借契約から離脱する、と解する点では争いが無い⁽⁴⁴⁾。その理由は必ずしも明確ではないが、賃借権の譲渡の場合には、賃貸人の「承諾」が必要とされるためであると考えられる⁽⁴⁵⁾。

ところで、賃貸人の承諾の趣旨については鳩山説に従いつつ、賃借権譲渡を「賃借人の地位の譲渡」であると解し、従来の見解をまとめたのが我妻博士である。

まず博士は、賃借権においては、使用収益のやり方に人によって差異があることを否定しえないとし、「賃借人の使用収益する債権の行使は、賃貸人の使用収益させる債務に比較すると、一層人的色彩が強い」と指摘する。そして、このことが、「賃貸人の地位の譲渡性（売買は賃貸借を破らずという原則）を認めることに比して、賃借人の地位の譲渡性（賃借権の譲渡及び賃借物の転貸の自由）を認めることが困難とされる理由である⁽⁴⁶⁾」とする。

右の見解は、賃借契約が人的信頼関係に基づく契約⁽⁴⁷⁾であるためその譲渡性が制限される、と解するものであり、六一二条一項の立法趣旨に合致する。そして、このように解すると、同条の「賃貸人ノ承諾」は、「賃借人に対して、その目的物に対する用益権限を物権的効力を生ずるように、承継的に移転しまたは設定的に移転することを可能ならしめる権能を与える意思表示である⁽⁴⁸⁾」ということになる。つまり、譲渡の禁止を解除し、賃借権譲渡を可能ならしめるために、「賃貸人ノ承諾」が要求されるのである。

ただし、我妻博士も、右の「賃貸人の承諾があるときは、譲渡した者は賃貸借関係から離脱し、譲受人が代つて賃借人となる」と主張する⁽⁴⁹⁾。そうとすれば、六一二条一項の「賃貸人ノ承諾」は、賃借権の譲渡を可能にするともに、譲渡人(旧賃借人)の契約関係からの離脱を認める、という二重の趣旨を有することになる。

なお、賃借権譲渡の前にすでに生じていた債務(例えば、延滞賃料債務や賃借人の保管義務違反による損害賠償債務など)は、「とくにそれについて引受ける契約がない限り、移転しない」と解している⁽⁵⁰⁾。

右の我妻博士の見解は、賃借権の譲渡が賃借人の地位の譲渡であることを認めるものであるが、その他の点では鳩山説に与している。そして、本款の冒頭に挙げた近時の星野教授の見解は、賃借権の譲渡を分析的に、「賃借人の有する権能の移転」と債務の引受とに分けて考察する点で、より一層、末弘・鳩山説に近づくものであると解される。

(26) このほか同旨の見解として、富井政章『民法原論Ⅱ第二巻物権』(有斐閣、大正二二年合冊版復刻、一九八五年)三六八頁、薬師寺伝兵衛「民事判例研究Ⅱ賃貸借契約ノ譲渡」法学志林二二巻二号九三頁(一九一九年)がある。このうち、後者は、賃借権の譲渡を契機として「契約ノ譲渡」に言及した点で注目される。すなわち、契約自由の原則により「三面契約に依ツテ」「我民法ノ解釈上契約ノ譲渡ヲ認メテ差支ナキモノト信ズル」(八五頁)と主張する。そして、かく解しても「何等第三者ノ権利ヲ害スルコトナク、又取引ノ紛糾ヲ来スモノデモナク、当事者ノ意思ニ適合スル」(八六頁)とする。さらに、「契約ヲ譲渡ス旨ノ契約ニハ、必ずシモ譲渡サレル契約ノ当事者及ビ譲受人ノ三人間ニ於ケル三面契約ニ抛ルヲ必要ト」せず、「(1)債務引受ニ付キ新旧債務者間ノ引受契約ヲ債権者ガ承諾スルヲ示テ足ルトナス説ニ従ヘバ、契約ノ譲渡ハ、譲渡人譲受人間ノ譲渡契約ト譲渡サレル契約ノ他ノ当事者ノ譲渡ヲ承諾スル旨ノ意思表示トニヨリ完成スルモノト云フコトガ出来ル。又(2)債務引受ニ付キ債権者ト引受人トノ間ノ引受契約ヲ要スナス通説ニ従ヘバ、契約ノ譲渡ハ、譲渡人譲受人間ノ譲渡契約ト譲渡サレル契約ノ他ノ当事者ト譲受人トノ間ノ債務引受契約トニヨリ完成スルモノト云フコトが出来ル」(九二―九三頁)と述べている。この小論は、賃貸借契約の移転、とりわけ賃借権の譲渡(六一二条)に着目し、そこから「賃貸借契約以外ノ債権契約モ亦譲渡シ得」ることを推論する(八三頁)もので、後の契約引受ないし契約上の地位の譲渡論の先駆けとなるものであった。しかし、一判例研究ということもあってか、学説としては注目されなかつたようである。

(27) 横田秀雄『債権各論』(清水書店、五版、一九一四年)五一五―五一六頁。

(28) 横田・同前五―七一―五一八頁。

- (29) 六二二条は、「賃借人ハ……其権利ヲ讓渡シ」と規定し、義務を明記していない。
- (30) 中島玉吉『民法釈義Ⅱ卷之二下・物権編下』（金刺芳流堂、一一版、一九二五年）六八二頁（初版、一九一六年）。
- (31) 末弘巖太郎『債権各論』（有斐閣、五版、一九二〇年）六二二―六二四頁。
- (32) 末川博「末弘博士と日本の法学・序説」法律時報二三卷一―四頁（一九五一年）。
- (33) 鳩山秀夫『増訂日本債権法各論（下巻）』（岩波書店、一九二四年）四七四頁。
- (34) 鳩山・同前四七五頁。
- (35) 鳩山・同前四七六頁および四七七頁註一九。
- (36) 鳩山・同前四七六頁。
- (37) 薬師寺・前掲論文（注26）。
- (38) 穂積重遠『債権各論及び担保物権法（講義案）』（有斐閣、訂正再版、一九三二年）六〇頁、林信雄「判例を中心としたる債権法各論」（凡進社、一九三五年）二三四頁、近藤英吉『債権法各論』（弘文堂、一九三三年）一一〇頁、戒能通孝『債権各論』（巖松堂書店、再版、一九四五年）二〇九頁。
- (39) 末川博「賃借権の讓渡」民商二卷六号三一頁（一九三五年）。
- (40) 末川・同前論文三三頁および「債権各論Ⅱ第一部」（岩波書店、一九三九年）一八四―一八五頁。
- (41) 末川・同前論文。
- (42) 末川・前掲書（注40）一八五頁。
- (43) 末川・前掲論文（注39）三三頁。
- (44) 前掲注（38）に掲げた文献および末川・同前。
- (45) 例えば、末川・同前三四頁は、六二二条が賃借権の讓渡性を制限する理由を、「借賃支払債務の安定をはかるといふ点」にも求めている。そうとすれば、賃借人が承諾すれば、借賃支払債務も移転すると解して差支えない。けれどもかかる理解が、六二二条の立法趣旨に沿ったものではないことは、前述の通りである。
- (46) 我妻・前掲書（注3）四四九頁。
- (47) より具体的には、賃借人が、賃借物を利用する賃借人を個人的に信頼して賃貸借契約を結ぶ、という趣旨である。これに対して、賃借人の側は、賃借人の個性よりもむしろ目的物に着目して契約を結ぶことにつき、前節参照。
- (48) 我妻・前掲書（注3）四五五―四五六頁。
- (49) 我妻・同前四六一頁。ただし、我妻博士のこの部分の記述はやや明確性を欠き、この場合の賃借人の承諾が、賃料支払債務の移転に対するものである、とも解しうる。けれども、前後の文脈からすれば、本文のようにこれを賃借権の讓渡についての承諾ととらえる方が適切である、と考える。

(50) 我妻・同前。

第三項 若干の考察

一 賃借権譲渡の法的性質

賃借権の譲渡に関する学説の沿革をたどると、ほぼ一貫して、これを賃借人の地位の譲渡とする見解が通説的地位を占めていたことが明らかとなる。⁽⁵¹⁾

もつとも、右の通説に対しては、賃借権を権利と義務とに分解し、後者(とりわけ賃料債務)の移転については債務引受契約の有無が問題になる、とする有力説(末弘・鳩山)が存在した。しかし、右の有力説が主張された当時には未だ契約当事者の地位の移転が議論されていなかったこと、および、その背景には概念法学の影響を否定しえないことを考慮すると、今日、右の見解を維持するのは適切でないと考ええる。むしろ、「契約上の地位の譲渡」の概念が承認された今日では、賃借権譲渡の実体をそのまま法律的に反映して、これを「賃借人の地位の譲渡」ととらえる通説が妥当であると解される。

けれども、右の通説においても、六一二条一項が「賃貸人ノ承諾」を要求するため、賃借権譲渡を一般の「契約上の地位の譲渡」とは異なるもの⁽⁵²⁾と理解してきた。そうとすれば、ここでの実質的な問題点は、右の「賃貸人ノ承諾」の趣旨をいかに理解するか、ということに帰着する。

二 「賃貸人ノ承諾」の趣旨

六一二条が賃借権の譲渡を原則として禁じたのは、賃貸借契約が賃貸人の賃借人に対する人的信頼ゆえに結ばれることを理由とすること、および、同条の「賃貸人ノ承諾」が右の禁止を解除し、賃借人に賃借権譲渡の権能を付与するものであることには、学説上異論がない。問題となるのは、右の承諾に免責的債務引受に対する債権者の承

諾の趣旨が含まれるか否か、換言すれば、賃貸借契約における「人的信託関係」に賃借人の賃料債務の支払能力と
いう観点が含まれるか否かである。⁽⁵³⁾

この問題につき、近時の学説は右の点が含まれることを当然の前提とする。けれども、理論的には、六一二条の
「賃借人ノ承諾」には債務引受の観点は含まれないと考える。その理由は以下の通りである。

まず第一に、六一二条の立法趣旨が挙げられる。すなわち、同条が賃借権の譲渡を禁止したのは、賃借権の使用
収益の方法・程度が人により異なるからであり、鳩山博士が指摘した如く、賃借人の義務の存在を考慮すること
ではない。それゆえ、「賃借人ノ承諾」も、右のような人的信託関係に基づく (intuitu personae) 契約の譲渡の禁
止を解除するためになされるのであり、債務者の交替に対する債権者の承諾とはその趣旨を異にする。

もつとも既述の如く、起草者が想定していた人的信託関係は、当時の半封建的小作関係に基づくものであった。
けれども、かかる小作関係の解体した現代では、賃借権譲渡の自由を原則とするならばともかく、六一二条にそれ
とは異質の債務引受の観点を盛り込む解釈は妥当ではない。その意味では、右の趣旨が基本であることを改めて確
認する必要があると考える。

第二に、六一二条に債務引受の観点を含ませることは、債権者の承諾を軽視する方向に向かう債務引受論と相反
することになる。すなわち第一章で述べた如く、わが国の債務引受論は、債権者の承諾を要せず、その「承認」を
条件とする方向 (我妻) に進み、さらには設定的承継 (於保) や無効行為の転換の理論を用いて併存的債務引受を
認定する (四宮・椿) ことにより、債権者の承諾を不要とする見解が主張されている。しかるに、賃借人の債務に
関してのみ債権者 (賃借人) の承諾がなければ譲渡しえない、⁽⁵⁴⁾ というのでは、一般の債務引受論との論理的整合性
を欠くことになる。

第三に、賃借人の資力の問題は、フランスにおけると同様にわが国においても、譲渡人 (旧賃借人) を当然に免

責せず、併存的責任を負わせることにより充分にカバーされうるものである。そうとすれば、実質的にも、六一二条一項の趣旨に、賃借人の資力の問題を含める必要はない、と解される。⁽⁵⁶⁾

第四に、従来の学説は一般に、六一二条一項の「承諾」を、「譲渡・転貸の行われる前に、一般的に(何人に譲渡・転貸するも妨げなしとの承諾)」なすことができる、と解している。⁽⁵⁷⁾しかし、かかる結論は、賃借人の資力の問題を考慮する立場からは容易に導かれえない、と考える。なぜなら、賃貸人は、譲受人の資力を個別的に判断するほかに、事前に・包括的に予測しうる問題ではないからである。

右の結論は、当該目的物の性質が人による使用収益の方法・程度の差異を考慮する必要がない、という観点から始めて導かれうるものである、と解される。

以上の理由により本稿は、理論上、六一二条一項の「賃貸人ノ承諾」に免責的債務引受に対する債権者の承諾の趣旨を含めないことを主張する。けれども現実的には、一つの賃貸人の承諾が、①賃借権譲渡の禁止を解除し、かつ、②譲渡人の免責を認める、という二つの趣旨を含むことを認定しても差支えないと考える。なぜなら、①を許容する賃貸人が同時に②の意思を有する場合も充分にありうるからである。

しかし、右のように解しても、なお①と②とを理論的に区別する実益は存在する。というのも、第一に、従来の解釈によれば、賃貸人は譲受人(新賃借人)の支払能力をも考慮して賃借権譲渡の承諾の可否を決することになる。けれども、右の両者を区別すれば、賃貸人は譲受人の支払能力に若干の不安がある場合に、賃借権譲渡を許容しつつ①、譲渡人の免責を認めない⁽⁵⁸⁾②という中間的な解決が可能となる。つまり、当事者に、より多様な問題解決の基準を提示しうることになるのである。

また第二に、①と②の区別は、次款で扱う賃借権の無断譲渡の問題についても重要な視点を提供するだけでなく、賃借権譲渡の自由を認める立法論に際しても、譲渡人の免責の可否を考える場合に有用である、と解される。

(51) 近時の、広中・前掲書(注7)二七二頁も、「承諾をえて賃借権譲渡がなされると、賃借人の契約上の地位が一体をなして譲受人に移転し、譲渡人は賃借関係から離脱する」と解している。

(52) 星野教授の言葉を借りれば、免責的債務引受ないし契約上の地位の譲渡を「改めて議論する必要がない」類型である、と解されてきた。

(53) この問題は、賃借権の無断譲渡・無断転貸の場合における賃借人の解除権を制限するための「信託関係理論」をめぐって議論されてきた。すなわち、賃借契約における「信託関係」とは何を意味するのか、という問題である。

もっとも、従来の議論は賃借人の資力が当然に含まれると解し、むしろそれを代表例とする「即物的ないし物質的な」信託に限定されるか否かを問題としていた(この問題を概観するものとして、原田純孝「賃借権の譲渡・転貸」『民法講座5』(有斐閣、一九八五年)三四五頁以下)。

しかし、次に述べる本稿の立場からは、少なくとも理論的には、賃借人の資力の点を除外した広い意味での人的要素(立法者が想定していた半封建的小作関係に基づく人的要素でないことは当然である)を基本とすることになる。

(54) この点については、さらに本節第四款で言及する。

(55) フランスにおいては、一般に *intuitu personae* に債務者の支払能力の問題を含めていない。この点については、すでに第三章で指摘した通りである。

(56) なお、この問題は、賃借権の無断譲渡の場合に、より鮮明に現れることになる。それゆえ、次款で再び言及する。

(57) 我妻・前掲書(注3)四五六頁など。

(58) この場合に、賃借人の意思に基づき、譲渡人は賃料債務につき連帯して責任を負うか、あるいは、譲受人の保証人となる等の解決が認められよう。なお、この問題については次款参照。

第三款 賃借権の譲渡(2)―要件・効果

一 譲渡人の免責の可否

賃借権譲渡の効果として譲渡人(旧賃借人)が免責されるか否かという問題は、賃借権の無断譲渡がなされ、賃借人の解除権(六一二条二項)がいわゆる信託関係理論により生じないとされる場合に、最も鮮明に現れる。なぜなら、この場合には賃借人の意思的関与(承諾)がまったくなされないからである。

この問題に関しては、賃借人の承諾がないにもかかわらず譲渡人(旧賃借人)の免責を認めると賃借人の利益を

害するため、譲渡人に併存的責任を負わせるべきである、とする見解が存在する⁽⁵⁹⁾。しかし、この見解に対しては、「賃借権譲渡人に負わせる併存的責任の存続期間ないし解消方法をどうするかという厄介な問題があるし、また、併存的責任のゆえに賃借人にとって賃借権譲受人≡新賃借人の債務不履行を理由とする解除がむずかしくなりかねない」との批判がある⁽⁶⁰⁾。

そこで、かかる批判を考慮して、原則としては併存的責任を不要とするが、ただ、譲渡人のもとに生じた債務についてのみ併存的債務引受がなされると解すべきである、とする見解⁽⁶¹⁾が存する。また、譲渡人は、一応は賃貸借の当事者ではなくとも、なお、譲受人が爾後賃借人に対して負担すべき債務につき、「一種の保証人として、第二次的責任を負う」と解する見解も提示されている⁽⁶²⁾。

二 昭和四五年の最高裁判決

右のような状況において、この問題に正面から応えたのが、次の最高裁判決であった。

【一九】最判昭和四五年二月一日民集二四卷一三号二〇一五頁

X所有の土地の賃借人Aは、昭和三〇年、その地上に所有する建物を実子Y₁に贈与し移転登記を了した。これは、Aが、相続財産を生前に分配する計画の一環としてなしたものである。その後、Aは、右土地の賃料を引き続き支払っていたが、昭和三四年一月一日以降の支払いをしなかった。それゆえXは、同年九月二三日にAに対し延滞賃料を七日以内に支払うよう催告し、その支払いがないときは賃貸借契約を解除する旨の意思表示をした。これに対しAは、五カ月分の賃料を支払ったが、残額を右期間経過後に提供し、Xに受領を拒絶されたため弁済のための供託をした。Xは、Y₁に対し建物収去土地明渡を、また、現在本件建物を賃借しているY₂に対し、建物退去土地明渡を請求した。原審は、「およそ借地上の建物所有者が該建物を他に譲渡した場合には借地権も原則として建物

とともに移転するものと解すべきであるから、本件建物の譲渡にともない本件土地の賃借権もまたAからY₁に譲渡せられたもの」と認めたが、本件賃借権の譲渡には、「Xに対する背信的行為と認めるに足らない特別の事情がある」ため六一二条による解除を否定した。しかし、賃料不払いによる解除を認め、Xの請求を認容した。Y₁・Y₂上告。最高裁は次のように判示して、原判決を破棄差戻した。

(1) 「土地の賃借人がその地上に所有する建物を他人に譲渡した場合であつても、必ずしもそれに伴つて当然に土地の賃借権が譲渡されたものと認めなければならないのではなく、具体的な事実関係いかんによつては、建物の譲渡人が譲渡後も土地賃貸借契約上の当事者たる地位を失わず、土地の転貸がなされたにすぎないと認めるのを相当とする場合もあるというべきところ、本件において、AとY₁との身分関係および建物譲渡の目的が前示のとおりであり、譲渡後もAにおいて賃料の支払、供託をしていることなどの事情を考慮すれば、AはY₁に本件土地を転貸したものと認める余地がないわけではない。しかるに、原判決は、右の事情をなんら顧慮せず、この点をさらに審究することなく、借地上の建物が譲渡されたことの一事をもつて、たやすく土地賃借権が譲渡されたものと認めたのである」。

(2) 「しかし、土地賃借権の譲渡が、賃貸人の承諾を得ないでなされたにかかわらず、賃貸人に対する背信行為と認めるに足りない特段の事情があるため、賃貸人が右無断譲渡を理由として賃貸借契約を解除することができる場合においては、譲受人は、承諾を得た場合と同様に、譲受賃借権をもつて賃貸人に対抗することができるものと解されるところ……、このような場合には、賃貸人と譲渡人との間に存した賃貸借契約関係は、賃貸人と譲渡人との間の契約関係に移行して、譲受人のみが賃借人となり、譲渡人たる前賃借人は、右契約関係から離脱し、特段の意思表示がないかぎり、もはや賃貸人に対して契約上の債務を負うこともないものと解するのが相当である。したがつて、本件において、原判示のとおり土地賃借権が譲渡されたものであるならば、Y₁は、賃借権の譲受をもつ

てXに対抗することができ、適法な賃借人となったものであり、他面、Aは、賃貸借契約上の当事者たる地位を失い、昭和三四年九月当時Xから賃貸借契約解除の意思表示を受けるべき地位になかったものと解すべきである。してみれば、原判決は、AからY₁に土地賃借権が譲渡されたものと認めるにつき審理を尽くさなかったものというべく、さらに、右賃借権譲渡の事実にかかわらず、Aの賃料債務の不履行を理由として同人に対してなされた解除の意思表示によって、本件土地賃貸借契約が有効に解除され、Y₁はXに対抗しうべき占有権限を有しないものであるとしたことは、賃借権譲渡の法律関係についての前示のような法理の判断を誤り、ひいては理由にそごを来たしたものといわなくてはならない。

右判決は、一般論として、譲渡人が賃貸借契約から離脱することを明らかにしている(判旨②)。しかし、判旨(1)に示唆されている如く、本件事案は賃借権の譲渡でなく転賃に関するものであった可能性が存する。したがって、「本件は、右の一般論を宣明するには必ずしも適切な事案ではなく、一般論が厳密な意味で判例としての価値を有するのは疑問である⁽⁶³⁾」という評価は妥当であると解される。

三 考 察

この問題は、次の二つの視点から検討されなければならないと考える。

第一は、信託関係理論にいう「信託関係」の判断に際して、賃借人(譲渡人)および譲受人の資力が考慮されるか否かである。かりにこれが考慮されるとすれば、譲渡人の免責を認めても賃借人には不利益がない、とも解される。そして、従来の学説は、かかる観点から譲渡人の免責を肯定していたように思われる。

けれども、六一二条一項の「賃借人ノ承諾」が譲渡の禁止を解除するものであり、譲渡人の免責と区別されるべきことは前述した通りである。そうとすれば、前者(譲渡禁止の解除Ⅱ六一二条)の問題である信託関係理論は後者

(譲渡人の免責)に及ばず、その判断に際しては、右の資力の問題が当然には考慮されえない、と考える。

また第二に、承諾の機会を奪われた賃貸人の意思をまったく無視しうるか否か、という問題がある。かりに右の第一の点で譲受人の資力が考慮されるとしても、なお賃貸人には、自分の知らない譲受人が爾後賃借人となるのであるから、譲渡人に併存的責任を負わせる旨の意思が存する場合もあると思われる。そうとすれば、賃借権譲渡の可否は信託関係理論により決するにしても、譲渡人の免責の最終的な決定は賃貸人に委ねるのが妥当であると考えられる。そして、賃貸人に譲渡人を免責する意思がない場合にも、裁判所は、三当事者の意思および利害を考慮して、なるべく「譲渡人は、譲受人が爾後賃貸人に対して負担すべき債務につき、一種の保証人として二次的責任を負う」旨を認定すべきである、と解される。

なお、右の考察は、賃借権の無断譲渡でない事案(例えば、賃貸人が事前に・包括的に賃借権の譲渡を「承諾」した場合)にも、基本的には妥当する、と考える。

四 賃借権譲渡の要件―四六七条の適否

ところで、賃借権譲渡の要件としては、債権譲渡の對抗要件(四六七条)の適否が問題となる。これについては、やはり賃借権の譲渡に「賃貸人ノ承諾」が必要とされているためか、従来あまり論じられていない。けれども、次の最高裁判決は注目に値しよう。

【二〇】最判昭和五一年六月二一日判時八三五号六七頁

事案はおよそ次のようであった。A所有の土地をBが賃借し、Aの承諾を得てYらに転貸した。Yは本件土地上に建物を建築し所有していたところ、右土地の賃借権がBからXに譲渡された。しかし、この賃借権の譲渡については、BからYへの通知もなく、Yがそれを承諾したことも認定されていない。右の事実のもとで、Xは、Yの賃

料不払いを理由に賃貸借契約を解除し、建物収去・土地明渡を求めてYに訴を提起した。原審は、右の通知・承諾がなければ、XがYに対して土地の転貸人としての地位を主張できないことを理由に、Xの請求を棄却した。X上告。その上告理由は、「本件についての賃貸借に関する債権譲渡の通知もしくは承諾は全て本件土地所有者であるAに対してなされていれば足り、Yに対してする必要はない、というものであった。これに対して最高裁は、次のように判示してXの上告を棄却した。

「右事実関係の下においては、本件土地の賃借権の譲渡（転貸人の地位の承継）を受けたXは、その譲渡人がそれを右土地の転借人であるYらに通知をせず、又はYらが右譲渡を承諾しない以上、Yらに対し、その転貸人としての地位を主張し得ないとした原審の判断は、正当として是認することができる」。

右判決は、「賃借権の譲渡」に四六七条の適用を認めるものである。けれども、その事案および判旨からも明らかなく、右判決は実質的には「賃貸人の地位の譲渡」に関する。それゆえ、賃借権譲渡の賃貸人に対する対抗要件の要否とは問題を異にする。

しかし、目的不動産の譲渡に伴う賃貸人の地位の移転と異なり、右の場合は合意に基づく転貸人の地位の譲渡の事案である。そして、かかる場合は賃借人の地位の譲渡とパラレルに考えられるため、⁶⁴必要があれば四六七条の適用がありうる、と解される。もつとも、賃借権譲渡の多くの場合には、六一二条一項の「賃貸人ノ承諾」が四六七条一項の債務者の「承諾」をも包摂することになり、四六七条の適用は問題とならないと思われる。けれども本稿の立場では、例えば、賃借人が事前に・包括的に賃借権の譲渡を承諾した後には賃借権が転譲譲渡される事案では、四六七条の適用が要請される、と考えられる。

(59) 鈴木祿弥「賃借権の無断譲渡と転貸」総合判例研究叢書Ⅱ民法(1)(有斐閣、一九五八年)五一頁、椿寿夫「不法占拠」同前(2)(有斐閣、一

九六五年）八八頁。

(60) 広中・前掲書（注4）二二七頁および（注7）二八五頁。

(61) 星野・前掲書（注1）三四八頁および同『民法概論III（債権総論）』（良書普及会、一九七八年）二三一頁。

(62) 鈴木祿弥『借地法II下巻』（青林書院新社、一九七一年）二二三四頁および二二四〇頁注（2）。

(63) 星野英一「判批」法協八九卷八号一〇三〇頁（一九七二年）。

(64) なぜなら、この場合の転貸人の地位の譲渡は目的物の譲渡に随伴するものではなく、したがって、「附従物は主物に従う」の原則が適用されないからである。

第四款 解釈的提言

一 賃借権譲渡（六一二条）のまとめ

本節第二款および第三款において検討した賃借権の譲渡（六一二条）に関する本稿の見解をまとめると、以下のようになる。

まず、賃借権の譲渡は賃借人の地位の譲渡であり、本稿にいう「合意に基づく契約当事者の地位の移転」の類型である、と解される。けれども、従来のわが国の学説では、賃借権の譲渡には「賃貸人ノ承諾」（六一二条一項）が必要とされるため、右の観点からの考察がなされなかった。

そこで、六一二条一項の「賃貸人ノ承諾」の趣旨を再検討すると、同条が賃借権の譲渡を原則的に禁止したのは、賃貸借契約が賃貸人の賃借人に対する人的信頼関係に基づいて（*intuitu personae*）結ばれるからであり、右承諾はかかる禁止を解除する趣旨であることが明らかとなる。つまり、①六一二条一項の承諾は、賃借権の譲渡の禁止を解除し、賃借人にその譲渡を可能ならしめる趣旨でなされることになる。

そして、右の承諾がなされて賃借人がその賃借権を譲渡すれば、譲受人は将来に向かって賃借人の地位を取得する。この場合、理論的には、譲渡人が当然には免責されず、②譲渡人の免責には賃貸人の承諾（免責の意思表示）

が必要とされる。貸貸人が右の免責を認めない場合における譲渡人の責任は、基本的には貸貸人との合意で決められるが、かかる合意のない場合には、三当事者の意思と利害を考慮して、譲渡人は爾後の譲受人の債務につき、一種の保証人として二次的・補充的責任を負う、⁽⁶⁵⁾と認定すべきである。

また、譲受人が賃借権の譲渡を貸貸人に対抗するためには、四六七条一項の通知または③貸貸人の承諾が必要である。

もつとも、現実的には、以上の三つの承諾(①・②・③)は、一つの承諾でなされる⁽⁶⁶⁾。けれども、賃借権の無断譲渡の場合には、②の承諾が独立して問題となる。加えて、貸貸人が賃借権譲渡を事前に・包括的に承諾(①)した場合には、右の三つは区別されうると解される。

ところで、以上の賃借権譲渡の分析は、第三章で概観した、フランス民法学の「合意に基づく契約譲渡」の理論と合致する。すなわち、その典型である賃借権の譲渡(フランス民法典一七一七条)とわが民法六一二条とは規定の構造を異にする。けれども、フランスにおいても一般的に、その性質上、人的信頼関係に基づく(intuitu personae) 契約は譲渡が不可能であり、その禁止が同時に公序に反しないものであれば、相手方の承諾により右禁止を解除しうる、と解されている。そして、賃借権の譲渡については、彼の地ではそれが右の場合に該当しないと立法者が考えていたのに対して、わが国では立法者が、賃借権を右の intuitu personae に該当すると解していた点に、両国の規定の相違が存するだけである。それゆえ、その前提の違いをひとまず置けば、その余の部分では同様に解釈されうるのも、いわば当然である。

そうとすれば、逆に、賃借権の譲渡を根拠ないしはモデルとして、わが国においても「合意に基づく契約当事者の地位の移転」の一般理論を構築することが可能であると考える。

二 合意に基づく契約当事者の地位の移転の要件および効果

そこで右の一般理論を考察すると、まず、要件としては、当該契約が譲渡可能であることが挙げられる。すなわち、ある契約が当事者の合意により（四六六条二項参照）、またはその性質上（四六六条一項但書参照）譲渡を禁じられている場合には、相手方の承諾がない限り、契約当事者の地位の移転の対象とはなりえない、と解される。

債務引受に関してではあるが、右の点を最初に明らかにしたのは於保博士であった。博士は、「債務の性質による移転制限」として、次の三つの場合を挙げている。すなわち、為す債務または作為債務の多くが属する「債務者の変更によってその給付内容が全く変更する債務」、「債務者の変更によって債務の履行に著しい差異を生ずる債務」⁽⁶⁷⁾および「特定の債務者との間に決済せらるべき特殊の事由がある債務」、の三つである。そして、これらの場合は、「本質的・絶対的な非譲渡性ではなくして、債権者の承諾なき移転が禁ぜられるものにすぎ」ず、「したがって、この制限をうける債務の引受には債権者の承諾が要件とされることになる」とする。けれども、於保博士は、「性質上の移転制限のために債権者の承諾を必要とするということと、この場合には債権者が引受契約の当事者として加入しなければならないということとを混同してはならない」と注意を促している⁽⁶⁸⁾。

右の於保博士の指摘は、そのまま合意に基づく契約当事者の地位の移転に妥当する。すなわち、六一二条一項につき検討した如く、契約の譲渡制限を解除するための相手方の承諾とその契約の債務者の交替（譲渡人の免責）に対する相手方の承諾とは、明確に区別されねばならない、と解される⁽⁶⁹⁾。

次に、合意に基づく契約当事者の地位の移転は、三当事者の合意により行なう（三面契約）ことももちろん可能であるが、基本的には債権譲渡と同じく、譲渡人および譲受人の合意でなしうると考える。ただし、譲渡人は自己の意思のみによって当然にはその債務を免れえないから、譲受人の債務につき併存的責任を負うものであり、その免責には相手方の意思表示を必要とする。そして、かく解することにより、債務者の交替による相手方の不利益は

生じないものと考えられる⁽⁷⁰⁾。

また、右の場合に、相手方に契約当事者の交替を知らせるために、債権譲渡の対抗要件の規定(四六七条一項)が準用されると考える。

ところで、合意に基づく契約当事者の地位の移転の効果としては、原則として、将来に向かってのみ契約当事者の地位が譲受人に特定承継される、と解される。かかる解釈は、契約当事者の地位の移転の主たる領域が継続的契約である、という認識を前提とする。しかし、当事者(譲渡人および譲受人)があえて、既発生の債権債務をも含めて契約当事者の地位を移転する場合および一時的契約(＝即時履行契約)を対象とする場合には、これを否定する理由もないため、相手方に不測の損害を与えない限り肯定すべきである。けれども、これらの場合を例外とし、継続的契約を原則とすることは、契約当事者の地位の移転の機能をいかに解するか、という問題とかわる。それゆえ、この点については終章で論ずることにする。

なお、合意に基づく契約当事者の地位の移転により、譲渡人が当然にはその債務を免れず、爾後譲受人のもとに生ずべき債務についても併存的責任を負うべきことは前述の通りである。ただし、その場合の併存的責任の性質をいかに解すべきかが問題となる。立法論としては、フランス法における如く、一定期間内、譲渡人は一種の保証人として保証責任を負うとするか、あるいは、わが民法五六九条の債権の売主の担保責任に対応する、債務の売主の(当然の)担保責任のような規定を設けることが望ましい。けれども、解釈論としても、当事者の意思および利害を考慮して、右の如き二次的・補充的責任をなるべく認定すべきである、と考える。

三 取消権および解除権の移転の可否

ところで、従来のわが国における、「契約上の地位の譲渡」論において、その、「重要な」法律的機能であると解されていた取消権および解除権の移転をいかに考えるべきか。この問題は、なお十分な検討が必要であるが、さし

あたり以下のように解しておく。

まず、取消権については、一二〇条の「承継人」に特定承継人が含まれるか、という問題とかかわる。なぜなら、契約当事者の地位の譲受人も右の特定承継人に該当する、と考えられるからである。⁽⁷²⁾

この問題については、別の機会に述べた如く、取消権が無能力者または瑕疵ある意思表示をした者を保護するものであり、特定承継人にはそのような保護を及ぼす必要がないことを考慮すると、一二〇条の「承継人」とは一般承継人の意味であり、特定承継人は含まれない、と解するのが正当である。⁽⁷³⁾ また、同条の沿革からも特定承継人は含まれないと考えられる。⁽⁷⁴⁾ そして、同条を起草した梅博士は明らかに右の「承継人」に特定承継人も含まれると解していたが、それが、博士の誤解に基づくものであり、法典調査会での審議においても十分な議論が尽くされたと評しがたい。⁽⁷⁵⁾ そうとすれば、立法論のみならず解釈論としても、一二〇条の「承継人」には特定承継人は含まれない、と解すべきである。そして、かりに立法者の意思を尊重してそれを含めると解しても、その場合の特定承継人とは「契約上の地位の譲受人」に限られる。⁽⁷⁶⁾ けれども、「契約上の地位の譲渡があった場合には、追認をなしうる状態で行なわれたときは法定追認（一二五条五号またはその類推適用）になり、取消しえなくなる」と解される。⁽⁷⁷⁾ それゆえ、法定追認を生じない場合、例えば、「取消しうべき行為であることを当事者双方が諒解したうえで契約上の地位の譲渡が行なわれた場合」⁽⁷⁸⁾（一二五条但書参照）にしか、取消権の移転が認められないことになる。したがって、いずれにしても、契約当事者の地位の移転にとって、取消権の移転はあまり重要な意味をもたない、と考えられる。⁽⁷⁹⁾⁽⁸⁰⁾

また、解除権の移転については、基本的には、契約当事者の地位の移転における効果の時的配分の考え方が妥当する。すなわち、先に触れた如く、継続的契約を対象とする移転では、原則として将来に向かってのみ契約当事者の地位が譲受人に移転する。それゆえ、既発生の債権債務および解除権は譲渡人に帰属し、将来生ずべき解除権お

よび解除権の行使を受くべき地位のみが譲受人に移転するのを原則とする。解除制度の趣旨が自己の債務を免れる点にあり、かつ、右の解除が遡及効のない継続的契約の解約(告知)であることを考えると、かかる結論は妥当である⁽⁸¹⁾と解される。

ただし、契約当事者の地位の移転の当事者(譲渡人および譲受人)が、合意により、既発生の債権債務をも含むすべての契約関係を移転する場合には、それを否定する必要もないため、譲渡人のもとに生じた解除権も移転する⁽⁸²⁾と考える。そしてこの理は、継続的契約でない一時的契約(即時履行契約)についても妥当しよう。

しかし、終章で述べる如く、右の場合(とりわけ一時的契約)は、契約当事者の地位の移転が機能する本来の領域ではないため、既発生の債権債務を移転する旨の明白な意思が必要とされる、と考える。

四 その他の問題

なお、フランス法では、契約譲渡の対象を双務契約に限定し、片務契約の譲渡は債権譲渡ないし債務引受の問題に還元されうる、と解している。けれども、この問題をそのように単純化しうるかは、さらに検討が必要である。

また、右の点とも関連するが、フランスでは、契約譲渡の法律構成として、双務契約の一体性ないし債権債務の不可分性を強調する。この点については、かつてのわが国においても、質借権の譲渡に関して同様の議論(末弘・鳩山)が見受けられた。けれども、フランスと異なり、債務不移転の原則を採らないわが国では、右の点を強調する必要性は存しない、と思われる。もともと、契約当事者の地位の移転を一体的に解する説明のレベルでは、右の理解が有用であるとも考えられるが、いずれにせよ、わが国では過去の議論にすぎない。

しかし、フランスの契約譲渡の理論は、全般的に、わが国の議論を再検討するうえで重要な指針を提示した、と考えられる。

(65) なお、かかる保証債務は、質借契約が継続的契約であることに鑑みて、相当期間(目安としては、商法二九条の二年程度か)をもって終

了する、と解すべきである。また、賃貸人が譲受人との間に契約関係を継続し特別の事情が認められれば、右期間前にも譲渡人に対する黙示の免責の意思表示を認めうるであろう。

(66) ただし、③は観念の承諾と解されているため、他の二つとはその法的性質を異にする。けれども、①・②は③を包摂するのみならず、現実にはこの三つを区分することが困難である、と思われる。

(67) この例として、於保博士は、雇傭(六二五条二項)・委任(一〇四条)・寄託(六五八条一項)を挙げている(於保不二雄「債権総論」(有斐閣、一九五九年)三〇二頁)。ところで、かかる於保博士の見解を支持する近時の奥田昌道教授の教科書では、右の例に加えて賃借権の譲渡が挙げられている。すなわち、「賃借権の譲渡や賃借物の転貸につき賃貸人の承諾が必要とされているのも、賃借権の行使と賃借物の保管義務とは不可分の関係にあり、後者の履行は賃借人ないし転借人の人柄に依存するところが大きく、賃貸借においては当事者間の信頼関係が重視せられるからである」と指摘している(奥田昌道「債権総論」(悠々社、増補版、一九九二年)四七〇頁)。

(68) 於保・同前。

(69) 第一章(立教法学三九号七五頁以下)で紹介した昭和三〇年の最高裁判決【八】も、かかる観点からの見直しが必要である。すなわち、この事案におけるY・A間の売買契約は、AがYの土地を埋立て宅地として順次売却する旨の継続的契約であり、Aの為す債務(埋立工事)が含まれている。そして、Aから右契約を譲受けたXは、Yが埋立工事を行なっていたため、Yに対して右契約の確認を求めたのであり、まさに、為す債務が争点となるものであった。そうとすれば、本件事案の解決としては、右契約のAからXへの譲渡にそもそもYの承諾が必要であった、とも考えられる。それゆえ、結論的には同じ(Xの請求棄却)であるが、かかる論点を看過してAの金銭債務の引受を論じた最高裁の判断は問題である、と解される(もつとも、原審が指摘した如く、そもそもXの請求自体が明確でなかったことに問題があった、と考えられる)。

(70) 従来のが国の債務引受論によれば、譲渡人と譲受人との併存的責任を認めるためには、併存的債務引受を認定しなければならぬ。しかし、併存的債務引受は、新たな債務の負担行為であり、債務の特定承継を認めるものではない。そこで於保博士は、債務者と引受人との間の債務引受契約により、「前債務者は免責されることなく、しかも、引受人は同一債務を承継する効力を生ずる」という「設定的債務引受」の概念を提唱した(於保・同前三〇六―三〇七頁)。本稿も、契約当事者の地位の移転につき同様の立場に立つものである。けれども、「設定的債務引受」という概念を用いる必要はなく、そう解するのが自然であり、かつ、形式的には賃借権譲渡(六一二条)の解釈から本文の結論が導かれる、と考える。

(71) この場合、譲渡人はできる限り契約関係からの離脱を欲するとともに、譲受人は自らが契約当事者として債務を負うことを合意している。他方、相手方としては、さしあたり自己の債権が満足すれば異論がないはずである。というのも、当該契約が人的信頼関係に基づく場合には、すでに契約当事者の地位の移転につき承諾を与えているため、この段階では、債務者の支払能力の点のみを考慮すればよいからである。そうとすれば、譲渡人が二次的責任を負うことにより相手方も不測の損害を蒙らず、他の当事者の意思にも沿うものと思われる。

もつとも、譲渡人が自己の免責を条件として契約当事者の地位の移転に合意した場合には、相手方が免責の承諾をしなければ、右合意も無効となる(停止条件の条件の不成就ないし解除条件の条件の成就―一二七条参照)と解せざるをえない。けれども、後述する如く、契約当事者

の地位の移転が現実に行なわれる場面では、右のような場合はほとんどないと考えられる。その意味では、いわゆる教室設例にすぎないと解される。

(72) この点につき従来の学説は、必ずしも明らかではないが、契約上の地位の譲渡を相続のような一般承継に近いものとして把握していたように思われる。けれども、右の制度は、「特定の」契約当事者の地位のみを移転するものであるから、法的人格を包括的に承継する相続等の一般承継とは異なると思われる。

(73) 野澤正充「契約の相対的効力と特定承継人の地位(五・完)」民商一〇〇巻六号一〇七五頁(一九八九年)。

(74) 野澤・同前(四)民商一〇〇巻五号八七三―八七四頁。

(75) 野澤・同前八七四頁以下。

(76) 野澤・同前(五・完)一〇七五―一〇七六頁はこのように解していた。

(77) 四宮和夫『民法総則』(弘文堂、第四版、一九八六年)二二六頁注(2)。

(78) 四宮・同前。

(79) フランスでは、わが国の取消権に相当するものとして、相対無効(*nullité relative*)の制度がある。しかし、契約譲渡との関連で右の相対無効を主張する権利が問題となった事案は、「非常に古い判決」にしか見出せず、「さして検討に値しない……教室設例」(*hypothèse d'école*)にすぎない、との指摘がなされている(Ph. Malaurie, *La cession de contrat*, *Cours de Docteur Paris II 1975-1976*, Paris, 1976, p. 213)。

(80) 以上の取消権および次に検討する解除権の問題は、基本的には、合意に基づき契約当事者の地位の移転のみならず、特定の財産の譲渡に伴う類型にも妥当する、と解される。

(81) もっとも、例えば賃貸借契約における解除の趣旨が、信頼関係の喪失に対するサンクションであるとすれば、賃借人の賃借人に対する債務不履行に基づき、新しい賃貸人が契約を解除する、と解することもできよう(Malaurie, *op. cit.* (note 79), pp. 214-216)。

(82) 第一章(立教法学三九号五五頁以下)で扱った大正一四年【四】および昭和五年【六】の二つの大審院判決も、具体的事案は必ずしも明らかでないが、かかる観点から考察しうると考える。すなわち、いずれも一時的契約に関するものであるが、相手方がすでに債務不履行の状態に陥っている時点で、譲渡人がその「契約上の一切ノ権利」を譲渡した事案であるため、当事者は合意により、既発生の権利義務および解除権を譲渡したものと解される。そして、四六七条一項の要件も満たしているため、判決と異なり、Xに解除権の行使を認めるべきであったと考えられる。なお、具体的事件の解決としても、後に加藤一郎教授が指摘した如く、右の結論が妥当であったのではなからうか。

第三節 ま と め

「契約当事者の地位の移転」(本章第一節および第二節)に関する本稿の結論を要約すると、以下の通りである。

まず、右の制度は大きく二つの類型に分けることが可能である。すなわち、一つは、「特定の財産の譲渡に伴う契約当事者の地位の移転」であり、もう一つは、「合意に基づく契約当事者の地位の移転」である。

このうち前者は、民法六〇五条の賃貸人の地位や商法六五〇条の保険契約者の地位にみられる如く、当該契約が目的物の所有権と密接な関連を有し、その所有権の経済的効用を高める関係にある。それゆえ、かかる契約当事者の地位は、目的物の譲渡に伴うものを「原則」とする。そして、譲渡人は契約関係から離脱し、また、相手方には目的物の所有権の所在を知らせれば足りる、⁽¹⁾という結論が導かれる。けれども、この原則は、実質的には当事者の意思の推定に根拠づけられるとともに、目的物の譲受人に不測の損害を与えるおそれがある。それゆえ、右譲受人が、当該契約の存在を知らなかったこと、またはその移転に反対の意思が存在したことを立証した場合には、右原則は適用されないと考える。ただし、賃借権に対抗要件がある場合には、賃貸人の地位の移転が強制される点に、明文（民法六〇五条・借地借家法一〇条）の存在理由があると思われる。

なお、右の原則は、実質的には当事者の意思の推定を根拠とするが、より根本的には、当該契約が特定の財産に着眼して結ばれた (*intuitu rei*) 非個人的なものであることに基礎づけられる。そして、形式的には、先の二つの条文および民法八七条二項の背後に存在し、物の客観的経済的結合を同一の法律的運命に従わせる、「附従物は主物に従う」 (*accessorium sequitur principale*) という一般原則を根拠とするものである。

他方、「合意に基づく契約当事者の地位の移転」は、広くは契約自由の原則に基礎づけられる。けれども、その典型的なモデルは、賃借権譲渡の規定（民法六一二条および旧民法典財産編一三四条一項・三項）に見出すことができる。すなわち要件としては、まず、当該契約がその性質上ないし当事者の合意により譲渡を禁じられていないこと、が挙げられる。そして、右の禁止が存する場合には、相手方の承諾により、その禁止を解除することが必要となる。

次に、譲渡可能な契約については、譲渡人および譲受人の合意によりその契約当事者の地位を譲渡しうるが、相手方にその旨を知らせる（四六七条一項）とともに、相手方に不測の損害を与えないため、譲渡人の免責には相手方の承諾（免責の意思表示）が必要である、と解される。

また、効果としては、契約当事者の地位が原則として将来に向かってのみ譲受人に移転し、当事者があえて合意しない限り、既発生の債権債務および解除権は移転しない、と考える。

なお、譲渡人が免責されない場合の併存的責任の法的性質については、当事者の意思および利害を考慮して、なるべく二次的・補充的責任（保証ないし担保責任）を認定すべきである。また、契約当事者の地位の移転は、取消権の移転についてはさしたる実益がないものと考えられる。

ところで、以上の二つの類型は、それぞれ法的根拠・要件および効果を異にするが、いずれも「契約当事者の地位の移転」であることに変わりはない。すなわち、いずれも原則として、譲渡人の「契約当事者の地位」を将来に向かって譲受人に移転するものである。

そうとすれば、かかる二つの類型の共通点から、わが国における「契約当事者の地位の移転」の機能ないし存在理由と、その意義とを探ることができる、と考えられる。

（1）不動産の場合（民法六〇五条）は登記であり、また、保険契約の場合（商法六五〇条）は目的物の譲渡の通知で足りる。

終章 「契約当事者の地位の移転」の意義と機能

一 機能的考察の必要性

第一章の冒頭でも述べた如く、従来わが国では、「契約当事者の地位の移転」につき十分な議論がなされてきたとは解しがたい。その原因にはいくつかのものが考えられるが、根本的には、この制度が他の制度と比較して、

いかなる独自の法律のおよび経済的機能を有しているのかが明らかにされなかつたことに起因すると思われる。すなわち、従来用いられてきた「『契約引受』ないし『契約上の地位の譲渡』」という言葉は、包括的かつ抽象的であり、したがってまた多義的でもある⁽¹⁾。それゆえ、この制度の有する機能を明確にすることにより、逆に、「契約当事者の地位の移転」の意義を限定しうるのではないであろうか⁽²⁾。

本稿は、右のような考えに基づき、「契約当事者の地位の移転」の意義を提示して、これまでの議論をしめくくることが出来る。

二 転売との区別

まず、わが国における「契約引受」論の第一人者である椿教授は、「契約引受の機能」を次のように把握する。

「資本主義社会においては、自分がある契約によつて権利を得る、義務を負う、それをそっくりそのまま他人に譲るといふ現象、がらの悪いことばで言えばブローカー的な契約が行なわれます。ブローカーというのは、われわれの社会では何も恥ずべきものではないわけです。買うことにしておカネは出さないので、そっくり利益を得て転売することができるといふ制度は、何もおかしなものでもないわけです。……おカネを全部払つてしまえば、契約引受にはなりません。いったん皆さんのものになって、それを皆さんが売ることになり、二つの売買契約があるだけです。ところが、金を払わないで、たとえば一〇〇万円で買うことにしたものを、そっくりそのまま二〇万円で転売するということは、利潤追求にとつてはプラスでしょう。それから、……もし契約引受という制度をわれわれが認めなければ、資金のない人は、いまのようなこつちにあるものをあつちに移すという取引に参加できなくなります⁽³⁾」(傍点原文)。

右の見解は、いわゆる転売のケースを「契約引受」によつて処理するものである。そして確かに、二つの売買契約に拘束される中間者(右のブローカー)にとつては、合意に基づき契約当事者の地位を移転し、自らは契約関係

から離脱できれば、その方が有利であると解される。それゆえ、かかる類型も否定する必要はなく、契約自由の原則により可能であると考ええる。

しかし、右の結論は、所有権の転売に債務引受を組み合わせることによっても得られるものである。すなわち、右のケースの争点は結局は売主に対する債務を誰が支払うか、という問題に帰着する。そうとすれば、ブローカーは所有権を転売し、その買主に右債務も免責的に引受けさせれば同様の結論となる。とりわけ、従来⁽³⁾の通説の如く、「契約引受」に相手方の承諾が必要であるとすれば、要件の点でも同じことになるであろう。また、椿教授のように「契約引受」には右の承諾を不要とし、譲渡人にも併存的責任を負わせるとすれば、結局、契約関係から離脱するという右ブローカーの目的は達せられないことになる。

そうとすれば、右のケースは「契約当事者の地位の移転」に固有の領域ではなく、むしろ原則としては「転売」である、と解すべきである。⁽⁴⁾

三 法律のおよび経済的機能

それでは、「契約当事者の地位の移転」の機能ないし独自の存在理由をいかに解すべきであろうか。

まず、右の制度がわが国で問題となる場合としては、一時的契約（＝即時履行契約）につき当事者の一方が債務不履行をしたため、他方が投下資本を回収し、自らは契約関係から離脱する目的で契約上の地位を譲渡した、と考えられる事例も存在する。⁽⁵⁾けれども、それ以外はすべて継続的契約を対象とするものであり、かつ、原則として移転の時から将来に向かつてのみ譲受人が契約当事者になる、と解される。

例えば、「特定の財産の譲渡に伴う契約当事者の地位の移転」の類型では、契約当事者の一方がその所有する目的物を譲渡すると、もとの契約当事者間ではもはやその継続的契約を維持する利益が失われ、本来的には右契約が終了せざるをえない状況にある。にもかかわらず、従前の契約の効力を維持するため、右制度を認めるものであ

る。

また、「合意に基づく契約当事者の地位の移転」は、判例集から当事者の具体的な動機を推知することはできないが、その多くの場合は、当事者の一方が営業譲渡などによりその継続的契約を履行しえない状況で、右契約の効力を存続するためになされる、と推測される。

かかる機能をかつてのわが国で指摘したのは、神田博士であった。博士は、「契約譲渡の経済的機能」として、次の二点を明記している。すなわち第一に、「契約関係においては、一連の理由から債権の行使をなし得ず、あるいは債権行使について何ら利益をもたない場合がある。たとえば：営業主が営業譲渡の後、営業に伴う雇傭契約についてもはや何らの利益も有しなくなった場合などである」とする。また第二に、「全契約上の債務の移転についての当事者の利益があげられる」。つまり、「契約関係においては、義務の履行が予定したよりも困難であったり、または当事者が自らの責に帰すべき事由により義務を履行し得なくなる場合が生ずる」とし、その例として、「製品を供給すべき義務を負った工場経営者が履行源 (Erfüllungsquelle) なしは履行財産 (Erfüllungsgut) であるところのその工場を第三者に譲渡するような場合」を挙げている。そして、このような二つの場合には、「契約譲渡」が「すべての関与者にとって単なる」債権譲渡や債務引受よりも「望ましい状態にある」とする。

神田博士は、「契約譲渡」を単に「契約関係における当事者の権利義務を包括した地位を第三者に譲渡する法律行為である」と定義し、「法律に基づく契約譲渡・契約引受」をその視野に含めていない。それゆえ、右の経済的機能の考察に際しては、契約関係を債権 (第一点) と債務 (第二点) とに分けて論じているにすぎない。しかしその内容は、実質的にはそれぞれ、「特定の財産の譲渡に伴う」類型と「合意に基づく」類型の、各「契約当事者の地位の移転」の経済的機能に対応するものである。

そうとすれば、わが国における「契約当事者の地位の移転」の機能も、フランスの近時の学説による指摘と同様

に、継続的契約による安定性を維持する（経済的機能）ために、契約当事者の一方の変更にもかかわらず、将来に向かつて契約の効力を存続させる（法的機能）ことにある、と解される。⁽¹²⁾そして、かかる機能の面から、「契約当事者の地位の移転」の意義を規定することにより、この制度の守備範囲を限定することが可能である、と考える。

四 意 義

「契約当事者の地位の移転」は、広くは、「契約自由の原則に基づき契約当事者の地位を第三者に移転すること」と定義されうる。この定義は一種の同義反復⁽¹³⁾であるが、そもそも「契約当事者の地位の移転」という用語自体がフランス法における「契約譲渡」の定義であるため、⁽¹⁴⁾それも致し方ない。

しかし、狭義においては、「特定の財産の譲渡に伴い、または、合意に基づいて、継続的契約における当事者の地位が将来に向かつて第三者に移転すること」と定義すべきである。

かかる「契約当事者の地位の移転」の意義は、この制度と単なる債権譲渡や債務引受との適用領域の違いを明確に示すとともに、その原則的な機能を明らかにするものであると考える。

そして、右の意義はまた、「契約当事者の地位の移転」という未知の領域に踏み込んだ本稿の結論を、端的に示すものでもある。

そこでこの結論が、新たな議論の出発点となることを願いつつ、ひとまず稿を閉じることにする。

(1) 椿寿夫『注釈民法(II) 債権(2)』(有斐閣、一九六五年) 四七六頁。

(2) 椿・同前も次のように指摘する。すなわち、「或る抽象的・包括的な言葉を『法的概念』として使用するときには、いうまでもないだろうが、その有効限界に注意すべきである。もし機能に即した類型的把握をせずして、契約一般ないし問題性を異にする場合へまで拡大するならば、抽象度の高さや基盤の相違のゆえに、かえって技術的概念としての有用性を損じよう」。

もつとも、椿教授は右のような認識のもとに、「貸借契約上の地位の譲渡」をその考察の対象から除外した(同前四七七頁)。けれども、本稿は右の類型をも含めて広く考察し、そこから共通点を抽出してこの制度の機能を明らかにしようとするものである。

(3) 椿寿夫「契約引受(上)」法学セミナー一九七六年八月号六九―七〇頁。

(4) もつとも、当事者が明確に「契約当事者の地位の移転」を合意している場合には、契約自由の原則上、あえて否定する理由はない。けれども、かかるケースを安易に「契約当事者の地位の移転」に含めることは、「転売」との区別をあいまいにし、右の制度そのものが不明確となる。それゆえ、本稿は、このようなケースを原則として「転売」である、と考える。なお、本稿とは反対に、かかる場合を「原則として買主の地位の譲渡と解すべきであろう」とする見解として、須藤正彦「売買契約上の地位の譲渡はどう考えるべきか」『講座・現代契約と現代債権の展望 1』（日本評論社、一九九〇年）二二七頁がある。

(5) 第一章の大審院判決【四】および【六】のケース。ただし、合意に基づく契約当事者の地位の移転に関しては、いかなる見解に依拠したとしても、譲渡人は当然には免責されないため、かかる目的は達せられない。

(6) 第一章の判例【五】および【八】参照。

(7) 神田博司「契約譲渡論（一）」法学新報六八巻六号二九頁（一九六一年）。

(8) 神田・同前三〇頁。

(9) 神田・同前三〇―三二頁。

(10) 神田・同前二四―二五頁。

(11) ただし、神田・同前二四頁注8は、「法律上の契約移転」として、民法六〇五条を挙げている。

(12) 詳しくは、第三章第四節参照。

(13) Cf. P. Raynaud, *Les contrats ayant pour objet une obligation*, D.E.A. de Droit privé Paris II 1978, Paris, 1978, p. 89.

(14) その意味では、従来のが国で一般的に用いられていた「契約上の地位の譲渡」も概念というよりはむしろ、その定義内容であった、と考えられる。