

「契約当事者の地位の移転」の機能的考察（一）

—— 契約の譲渡可能性と相手方の承諾 ——

野澤正充

はじめに

第一章 問題の提起

第一節 「機能」に関する従来の学説の問題点

第一款 我妻博士の見解

第二款 椿教授の見解

第三款 小 括

第二節 「機能」と要件・効果の関連性

第三節 「機能」の再検討の必要性

第二章 具体例の検討

第一節 序 説

第二節 特定の財産の譲渡に伴う場合

第三節 合意に基づく場合（以上本号）

第三章 日本とフランスにおける近時の議論

第四章 全体的考察

おわりに

はじめに

一 本稿の目的

「契約当事者の地位の移転」に関する論文(以下、「前稿」とする⁽¹⁾)を公にしてから、五年が経過しようとしている。この間、学界からの公的な場での反応は、必ずしも多くはなかった。けれども、池田真朗教授による紹介⁽²⁾および一九九八年度の私法学会シンポジウムでの右テーマに関連する報告⁽³⁾は、筆者にとって幸甚の至りである。もっとも、同教授の見解と筆者のそれとは若干の相違があり、しかもその相違は右テーマの基本的な視点にかかわるものである。そうとすれば、この相違を明らかにしておくことも、右テーマを考えるうえで少なからざる意味があると思われる。

ところで、筆者の見解は、前稿執筆の時と大きく変わっていない。しかし、当時必ずしも明確でなかったいくつかの点につき、今日ではやや確信が持てるようになった。その背景には、「契約当事者の地位の移転」の対象となる継続的契約に関して、筆者の研究が若干進展したという事情⁽⁴⁾があげられよう。他方、この問題につき、比較法の対象となるフランスにおいても重要な破毀院判決が新たに出され、議論の進展が見られた。また、わが国においても、右テーマのうちの、やや特殊な問題であるゴルフ会員権の譲渡につき最高裁判例および下級審裁判例が相次ぎ、議論が活発になっている。

そこで本稿は、前稿以降における日仏の議論を紹介しこれを体系化するとともに、主として「契約当事者の地位の移転」の要件につき、前稿の時点であいまいであった部分を明確にすることを目的とするものである。

二 本稿の視点と対象

もつとも、本稿のテーマは前稿と同じであるため、それとの部分的な内容の重複は避けられない。しかし、前稿は、「契約当事者の地位の移転」の議論を沿革的に跡づけるものであったのに対し、本稿は、その有する機能の観点から要件（および効果）を明らかにすることを試みる。その意味では、本稿は、前稿の最後に提唱された視点⁽⁶⁾から出発するものであるとともに、沿革的研究ではなくその理論的体系の構築を目指すものである。それゆえ、本稿は、実質的には前稿と重複するものではないと考える。

また、「契約当事者の地位の移転」を「特定の財産の譲渡に伴う」場合と「合意に基づく」場合とに類型化すべきこと、および、前者の要件・効果に関しては、筆者の見解は前稿と変わっていない。しかし、合意に基づく契約当事者の地位の移転については、その有する機能⁽⁷⁾の観点から、要件をより整理する必要があると思われる。そこで本稿は、主として、従来から「契約上の地位の譲渡」ないし「契約引受」の典型例として論じられてきた「合意に基づく契約当事者の地位の移転」を対象とする。

なお、用語法について一言する。まず、契約当事者の地位を移転する契約の当事者を「譲渡人」および「譲受人」とし、譲渡人の相手方、すなわち、原契約における相手方当事者を単に「相手方」と表記する。また、本稿では前稿と同様に⁽⁸⁾、フランス法の紹介に関しては「契約譲渡」（ドイツ法では「契約引受」）とし、日本法の紹介については、原則として従来の多数説に従い「契約上の地位の譲渡」の語を用いる。そして、表題の「契約当事者の地位の移転」という語は、以上の概念と一応区別されつつそれらのすべてを包括するものである⁽¹⁰⁾。

(1) 野澤正充「契約当事者の地位の移転」の再構成（二）（三・完）立教法学三九号（四一）号（一九九四年、一九九五年）（以下、「再構成」とする）。なお、これに関連する拙稿に、「契約当事者の地位の移転」私法五七号（一九九五年）一七二頁、「契約上の地位への代位の可否」別

冊銀行法務21「代位弁済—その実務と理論—」(一九九五年) 八七頁、「免責的債務引受の要件」および「契約上の地位の譲渡」民法判例百選II「第四版」七六頁以下(一九九六年)がある。

(2) 池田真朗「契約当事者の地位の移転」法学教室一九四号(一九九六年)九〇頁。

(3) 池田真朗「契約当事者論—現代民法における契約当事者像の探究」『債権法改正の課題と方向—民法一〇〇周年を契機として—』別冊NB L五一号(一九九八年)一四七頁。なお、私法学会シンポジウムでの同教授による報告は、私法六一号二五頁以下(一九九九年)に掲載されている。

(4) 野澤正充「有償契約における代金額の決定—契約の枠とその具体化—」(一)・(二)立教法学五〇号(一九九八年)一八六頁および同五一号(一九九九年)一頁。また、一九九六年四月から一九九八年三月にかけてのパリでの在外研究において、契約譲渡(cession de contrat)に関する第一人者であるクリスティアン・ラルメ(Christian LAROMET)教授(パリ第二大学)およびローラン・エネス(Laurent AYNES)教授(パリ第一大学)に直接師事し、この問題を議論できたことも大きな経験であった。ここに記して、両先生への感謝を表したい。

(5) 池田(真)教授は、ゴルフ会員権の譲渡を契約当事者の地位の移転の主要な問題であると解されている(たとえば、池田・前掲論文(注3)一七九頁および後掲の同教授による一連の判例評釈参照)。しかし筆者は、後述のように、これを「契約当事者の地位の移転」のやや特殊な応用問題の一つである、と考えている。この点にも、池田教授と筆者の「契約当事者の地位の移転」に対するアプローチの違いが現れている、と解される。

(6) 前稿の終章のタイトルが「『契約当事者の地位の移転』の意義と機能」であり(立教法学四一号一〇五頁)、そこではその機能的考察の必要性を説きながらも、結論のみしか提示できなかった。

(7) 野澤・再構成(三・完)立教法学四一号一〇七頁以下。

(8) 野澤・再構成(一)立教法学三九号九頁注(11)参照。

(9) ただし、後述する椿寿夫教授のように、この問題につきドイツ法をモデルにわが国の制度を構築する見解を紹介する場合には、その原典に従って「契約引受」の語を用いることにする。

(10) なお、近時は、「契約上の地位の移転」という語を用いる例が多いようである。前稿で指摘したように、この制度が、当事者の合意に基づいてその地位が譲渡される場合と、「特定の財産の譲渡に伴う」場合ないし法律の規定に基づく場合とを含むものであるとすると、「契約上の地位の移転」という語は従来の「契約上の地位の譲渡」(「合意に基づく場合しか対象としない」と比較すると、より適切であると思われる。この点については、野澤・同前四頁参照。

第一章 問題の提起

第一節 「機能」に関する従来の学説の問題点

第一款 我妻博士の見解

一 序

「契約当事者の地位の移転」については、明文がないけれども、今日これを認めることに異論はない。しかし、これまでは十分な研究がなされなかったため、後述のように、その要件および効果については学説が一致しない。のみならず、その前提として、なぜこの制度が必要なのか、という機能も十分に解明されていないのが現状である。

もともと、沿革的にみると、この制度の機能が十分に意識されなかったのも、やむをえないことであった。というのも、まず民法典に債権譲渡が規定され（四六六条以下）、ついで大正時代に債務引受が承認されると、その延長線上に「債権ト債務トヲ併セテ承継スル⁽¹⁾」契約当事者の地位の移転が登場するのは、理の当然であったからである。

二 我妻博士の視点

(1) 経済的機能

右の状況において、「契約上の地位の譲渡」の社会的作用（機能）に初めて着目したのは、我妻栄博士であった。すなわち我妻博士は、同一契約上の債権債務が「合して一箇の法律上の地位を構成し、これを一括して移転することとは契約関係に流動性を与へる作用を営む」とする。また、「近代に於ける営業乃至企業が種々の法律関係並に事実関係と共に債務をもその構成部分となすことは顕著な事実であり、又その移転が経済上極めて重要な作用を営むことも言を俟たざる所である」とし、「債務引受はその一内容として特殊の意義を有す⁽²⁾」⁽²⁾とする。

ここでは、次の二つの点が注目される。一つは、「契約関係」が「流動」するものであり、「契約上の地位または営業ないし企業⁽³⁾」の「移転が経済上極めて重要な作用」である、との指摘である。この指摘からは、我妻博士が、「契約当事者の地位」を営業権や企業とならぶ一つの財産であるととらえ、債権の譲渡と同じく、その自由かつ安全な譲渡を目指していることがうかがわれる。つまり、博士によれば、「契約当事者の地位の移転」の経済的機能は、「契約当事者の地位」という一つの財産権の自由な移転⁽⁴⁾にあるといえよう。その背景には、博士の昭和二八年（一九五三）の名著である『近代法における債権の優越的地位』と同じ問題意識⁽⁵⁾があることは否定できない。

もう一つは、債務引受が右の契約上の地位の譲渡において重要な役割を果たす、とする点である。この点については、我妻博士の後の教科書が、より明確に次のように述べている。すなわち、「債務の移転は、多くの場合、それ自身として意義があるのではなく、その債務を包含する契約上の地位……の移転として意義をもつ⁽⁶⁾」⁽⁶⁾のであり、かかる経済的必要が、「近世法をして債務引受という制度を公認させるに至った⁽⁷⁾」⁽⁷⁾とする。

右の文脈からは、「契約上の地位の譲渡」の要件として、債務引受が重視されるであろうことが推測されよう。

(2) 法律的機能

ところで、我妻博士は、「契約上の地位の譲渡」という法制度の独自性、つまり、他の法制度では代替できない法律的機能を次の点に求めている。すなわち、個別の債権譲渡・債務引受と異なり、「単にその契約から生じた

個々の債権・債務だけでなく、契約に伴う取消権・解除権、さらには、その契約が反復的ないしは継続的な場合には、それを反復・継続することによって生ずる債権債務のすべてを譲渡することもできる⁽⁸⁾。これは、①契約当事者の地位に伴う形成権(取消権・解除権)、および、②継続的契約において将来生じうる債権債務の移転にこの制度の独自性を認めるものである。もっとも、②に関しては、現に存在しない債権であっても、すでにその発生原因である法律関係が存在し、その発生を確実に予測できる将来の債権については譲渡が認められる、とするのが判例および通説⁽¹⁰⁾である。したがって、②は、将来の債権の譲渡(ないし将来の債務の引受)によっても対処が可能であり、「契約上の地位の譲渡」の法律的機能は①にあることになる。そして実際に、現在の多数説は、取消権・解除権の移転に「契約上の地位の譲渡」の法律的機能を求めている⁽¹¹⁾、と解される。

しかし、右のように解すると、この制度の経済的機能と法律的機能との間に齟齬が生じることになる。すなわち、「契約上の地位の譲渡」の経済的機能は「契約当事者の地位」という一つの財産権の自由な移転にあり、また、その法律的機能は個別の債権譲渡と債務引受によっては移転しえない取消権や解除権の移転にあるとすると、この二つの機能の間には関連性がない、と考えることができよう。

(3) 小 括

「契約上の地位の譲渡」の機能に初めて着目した我妻博士の見解は、現在の多数説を形成するに至っている。しかし、その主張する経済的機能と法律的機能との間の論理的な関連性は希薄である。そこで一方では、次にみるように、経済的機能はともかく、その法律的機能に疑問を投げかける見解が有力に展開され、他方では、第二項で述べるように、経済的機能を徹底しようとする見解が登場することになる。

三 取消権・解除権の帰趨

(1) はじめに

我妻博士(および多数説)によれば、契約上の地位の譲渡の法律的機能は、個別の債権譲渡・債務引受によって移転しえない取消権および解除権の移転にある、ということにある。しかし、これに対しては、取消権や解除権の移転は、具体的な当事者の利害や形成権の制度趣旨を考慮して決すべきである、との有力な批判が展開されている。ここでは、まず、解除権の移転から検討する。

(2) 解除権の移転

前稿の繰り返し⁽¹²⁾になるが、解除権の移転に関して「契約引受」ないし「契約上の地位の譲渡」という概念が、「不要であるばかりか有害なのではないだろうか」という批判をしたのは、加藤一郎教授であった。すなわち同教授は、Yから大豆を買ったAがXにその「権利一切」を譲渡し、かつ、代金支払債務を引き受けさせたところ、Yの債務不履行を理由にXがYに対して右売買契約を解除したという事案につき、かかるXの解除権を否定した大審院大正一四年一月五日判決を素材に、以下のような批判を展開した。⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾

まず論理的には、契約引受には債務引受が含まれ、これに対するYの承諾がないので契約引受はその効力を生じないことになり、解除権がXに移転しないと大審院の結論に「疑問をさしはさむ余地はなさそうである」とする。⁽¹⁵⁾

しかし、結論的には、Xへの解除権の移転を認めても不都合はないと主張する。その理由としては、当事者の具体的な利害があげられる。すなわち、「Aは、解除の効果としてYに対する代金債務を免れることになるが、それによつてなにも不利益を受けない」とはならない。しかも、契約解除の利益は、実質的には契約関係から脱落しているAではなく、「Aの代金債務の履行を引き受けたXにある」と考えられる。他方、「相手方Yについてみても、債務

不履行があつた以上、契約を解除されてもしかたがない」と解される。⁽¹⁶⁾

そして、かかる当事者の利益衡量に基づき加藤教授は、Xへの解除権の移転を認め、「契約引受という包括的な観念をもち出す」必要がないとする。⁽¹⁷⁾つまり、同教授によれば、契約当事者の地位を個々の債権・債務および形成権に分析し、その移転をそれぞれ個別的に考察することになる。

しかし、右の見解は、かりにXに解除権を認めることが妥当であるとしても、なぜ解除権が移転するのかが理論的には必ずしも明確でない。⁽¹⁸⁾とはいえ、かかる加藤教授の見解が学界に与えた影響は大きく、今日に至るまで解除権の移転を当事者の利益衡量によって決する見解は後を絶たない。⁽¹⁹⁾

そうとすれば、右の見解の当否はともかく、解除権の移転を「契約当事者の地位の移転」の法律的機能とする点⁽²⁰⁾は、一般的に支持されているわけではない。

(3) 取消権の移転

1 従来⁽²¹⁾の通説(鳩山・我妻)とその問題点

他方、取消権の移転の可否は、これまで、取消権者について規定した民法一二〇条の「承継人」とは何か、という問題との関連で論じられてきた。⁽²¹⁾

まず、従来の学説は、同条の「承継人」に「特定承継人」が含まれるとする点では異論がない。しかし、その「特定承継人」の意味については議論がある。すなわち、通説は、前主から個々の財産を譲り受けた特定承継人であるとする。⁽²²⁾たとえば、「所有者が詐欺されて地上権を設定した後に、その土地をこの者から譲り受けた者」⁽²³⁾がこれに該当しよう。

もっとも、通説も、一二〇条以下の取消権は、無能力者または瑕疵ある意思表示をした者を保護するために認められるものであるから、取消しうべき行為によって生じた権利・義務(右の例では土地所有権)そのものと密接に

結びつくものではなく、かかる取消権によって保護される当事者の有する法律上の「地位」と結びつくものであることは認められている。⁽²⁴⁾ けれども、この地位が、「取消しうべき行為によって取得した権利に随伴するのを常とする」⁽²⁵⁾と解しているのである。

しかし、右の解釈は、結論的には取消権そのものが土地所有権に付着すると解するのと同じであり、その根拠は不明である。また、なぜ土地を譲り受けたにすぎない特定承継人に取消権を認める必要があるのか、という点にも疑問が呈されている。⁽²⁷⁾

2 近時の有力説 (四宮)

そこで、近時の有力説は、取消権が契約当事者の地位と不可分であることを徹底させ、ここでいう特定承継人は「契約上の地位の譲受人」⁽²⁸⁾であると主張する。すなわち、「取消は契約自体の効力をくつがえす行為であるから、契約上の地位を譲り受けた者でないとなしえない」とするのである。⁽²⁹⁾ そして、一二〇条の「承継人」に特定承継人も含まれるとすれば、「理論的」には、かかる解釈が唯一の解決であると思われる。⁽³⁰⁾

しかし、民法の起草者が、「契約上の地位の譲渡」はもちろん、債務引受も否定していたこと⁽³¹⁾を考えると、右の解釈は「沿革的」にはありえない。

3 検討

民法一二〇条の「承継人」とは、別の機会に述べたように、⁽³²⁾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。その理由は次の二つである。すなわち第一に、同条の沿革から⁽³³⁾は特定承継人は含まれない、と解される。また第二に、実質的にも、取消権が無能力者または瑕疵ある意思表示をした者の保護を目的とするものであることからすれば、単にその者から個々の財産を譲り受けたにすぎない特定承継人に取消権を認める必要はないはずである。

そうとすれば、従来の議論に反し、民法一二〇条の解釈と「契約当事者の地位の移転」とは論理的関連性は無い、ということになる。

ところで、以上の議論とは別に、取消権は「契約当事者の地位」と不可分であり、その譲渡に伴って譲受人に移転する、ということは考えられる。しかし、これに対しては、四宮和夫博士の次の指摘⁽³⁴⁾が妥当する。すなわち、「契約上の地位の譲渡があつた場合には、追認をなしうる状態で行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。それゆえ、法定追認を生じない場合、たとえば「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われた場合」（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。⁽³⁵⁾

四 ま と め

契約上の地位の譲渡の機能に関する我妻説の特色は、次の二点に要約されよう。すなわち第一は、その経済的機能を「契約当事者の地位」という一つの財産権の移転に求めつつ、取消権および解除権の移転を法律的機能とした点であり、第二は、債務引受の機能を契約上の地位の譲渡のなかに位置づけた点である。このうち第二点は、後述のように、契約上の地位の譲渡の要件および効果に反映する。⁽³⁶⁾

他方、第一点に関しては、その指摘する経済的機能と法律的機能の関連性の希薄さが問題となることのほかに、法律的機能の妥当性に疑問が呈されている。すなわち、①学説による、解除権の移転は当事者の利害を考慮して決すべきであるとの指摘⁽³⁷⁾のほかに、②取消権の移転はあまり重要な意味をもたないことが指摘されている。加えて、

前稿で述べたように、③取消権や解除権は契約のノーマルな状態ではない、いわば病理現象に際して生じるものであり、その移転は「契約当事者の地位の移転」の制度の積極的なメリットにはならない、と解される⁽³⁸⁾。

そこで、本稿の主題からは、右の経済的機能と法律的機能の分離を是正し、我妻博士の指摘による経済的機能を法的側面でも徹底させたのが次の椿寿夫教授の見解である、と位置づけることができよう。

(1) 横田秀雄「債権債務ノ移転ヲ論ス」法学新報三〇巻一二号(一九二〇年)一〇頁。野澤・再構成(一)立教法学三九号五〇頁以下。

(2) 我妻栄「債権總論(民法講義IV)」(岩波書店、一九四〇年)三九二―三九三頁。野澤・同前六一頁。

(3) 我妻栄「新訂債権總論(民法講義IV)」(岩波書店、一九六四年)五一―頁。

(4) 我妻博士は、債権譲渡の経済的機能を次のようにとらえる。すなわち、「債権を譲渡することは、投下した資本の流動化を図るために極めて適切な手段であるばかりでなく、自分の有する債権を自分の債務の担保や弁済の手段と」することができる。それゆえ、その「譲渡の自由を拡大し、かつ、その安全性を促進する」必要がある(我妻・同前五一―頁)。そして、かかる債権譲渡の延長線上に「契約上の地位の譲渡」を位置づける博士の見解によれば、「契約上の地位の譲渡」も右の債権譲渡と同じ経済的機能を営むことになるであろう。

(5) 我妻栄「近代法における債権の優越的地位」(有斐閣、一九五三年)。とりわけ、その中核をなす第三章「債権の財産化」では、債権が「その純主観的人格の關係から、客観的經濟的關係に推移する発達」(同書二八頁)の過程が描かれるとともに、種々の権利義務を含む企業の移転可能性が明らかにされている(一九五頁以降)。

(6) 我妻・前掲書(注3)五一―頁。

(7) 我妻・同前五一―頁。

(8) 我妻・同前五七九―五八〇頁。

(9) 判例としては、古くは、将来生ずべき利益配当請求権(大判明四三・二・一〇民録一六輯八四頁)および将来の期間に対する賃料請求権(大判昭五・二・五新聞三〇九三九頁)の譲渡を認めたものがある。また、最高裁になってからは、医師が診療報酬支払担当機関に対して有する将来の診療報酬債権を第三者(信用組合)に譲渡したという事案につき、「診療報酬債権が」将来生じるものであっても、それほど遠い将来のものでなければ、特段の事情のない限り、現在すでに債権発生の原因が確定し、その発生を確実に予測しうるものであれば、始期と終期を特定してその権利の範囲を確定することによって、これを有効に譲渡することができる」と判示したものがある(最判昭五三・一二・一五判時九一六号二五頁)。

もつとも、右昭和五三年の最高裁判決は、「それほど遠い将来のものでなければ」という限定を付し、しかもその事案は将来の一年間にわた

る債権の譲渡に関するものであった。そこで、この判決をうけて執行実務では、医師の有する将来の診療報酬債権については、差押命令発令の時点から（札幌高決昭六〇・一〇・一六金法一一二六号四九頁）「将来一年分程度：は、差押えの対象とすることができる（最高裁判所事務総局編『民事執行事件に関する協議要録』民事裁判資料一五八号（一九八五年）一五〇頁、篠田省二「将来の診療報酬債権の差押えの限度」金法一一四八号（一九八七年）一六頁）、と解していた（なお、将来の診療報酬債権の差押えにつき、東京高決昭五四・九・一九金法九二六号四三頁）。しかし、これに対しては、「一年で区切ることになんの根拠もない」との指摘がなされていた（中野貞一郎『民事執行法』（青林書院、第二版、一九九一年）五二七頁。なお、丸山健「債権譲渡をめぐる裁判例」金法一四四八号（一九九六年）三二二頁参照）。

かかる状況において、最高裁判平成二一年一月二九日の第三小法廷判決（民集五三卷一五〇頁）は、右昭和五三年判決が将来債権の譲渡の「有効性に関する一般的な基準を明らかにしたものとは解し難い」とし、「始期と終期を明確にするなどして譲渡の目的とされる債権が特定されれば、八年三か月の期間にわたる将来債権の譲渡も有効である旨を判示した。この判決により、これからは、「債権が特定されれば、五年先、十年先の将来債権でも譲渡が可能となり、債権の流動化、債権の担保利用がなされやすくなる」（堀竜児「判批」金法一五三九号（一九九九年）一頁）ことが期待されよう。

(10) 我妻・前掲書（注3）五二七頁、西村信雄編『注釈民法(1)債権(2)』（有斐閣、一九六五年）三六八―三六九頁（植林弘執筆）、林良平ほか『債権総論』現代法律学全集8（青林書院、改訂版、一九八二年）四三八頁（高木多喜男執筆）、安達三季生『債権総論講義』（信山社、第二版、一九九一年）二二八頁、奥田昌道『債権総論』（悠々社、増補版、一九九二年）四二七頁、前田達明『口述債権総論』（成文堂、第三版、一九九三年）三九九頁、平井宜雄『債権総論』（弘文堂、第二版、一九九四年）一三二―一三三頁、潮見佳男『債権総論』（信山社、一九九四年）四五頁、平野裕之『債権総論』（信山社、第二版、一九九五年）三四七頁など。

(11) 林ほか・同前四九一頁（高木）、奥田・同前四八〇頁、前田・同前四三二頁、平井・同前一五七頁、潮見・同前四九一頁、平野・同前四四七頁、鈴木祿弥『債権法講義』（創文社、二訂版、一九九二年）四九〇頁、近江幸治『民法講義IV（債権法総論）』（成文堂、一九九四年）三〇八頁、中井美雄『債権総論講義』（有斐閣、一九九六年）三一六頁、野村豊弘ほか『民法III―債権総論』（有斐閣、第二版補訂、一九九九年）二一〇頁、内田貴『民法III』（東京大学出版会、一九九六年）二二二頁など。

(12) 野澤・再構成（一）立教法学三九号八一頁以下。

(13) 大判大一四・一二・一五民集四卷七一〇頁。事案は明らかではないが、およそ次のようであったと思われる。Aは大正八年一〇月にYとの間で、Yから大豆一貨車分を買いその履行期を同年末とする旨の契約をし、内金として百円をYに交付した。Xは右履行期を過ぎた翌年二月六日にAよりその「権利一切の譲渡を受け」、かつ、Yの負担する代金支払債務を引き受けた。ただし、AよりYに対し債権譲渡の通知をしたが、債務引受についてはYの承諾がなかった。その後Xは、Yに相当の期間を定めて履行を催告したがYが応じないので右売買契約を解除し、内金の返還および損害賠償を求めて訴を提起した。これに対してYは、AX間の債務引受契約に關与していないため、XがYに売買契約上の債務を負うことはなく、したがってXには解除権もない、と抗弁した。原審はXの請求を棄却し、Xが上告した。

大審院はXの上告を棄却し、次のように判示した。

(一) 「売買契約に基く買主の権利が第三者に譲渡せられたる場合に於ても、其の代金支払の債務は第三者が特に適法なる債務の引受を為さざる限りは依然として買主に残存するものにして、買主の権利の譲渡に当然随伴して第三者に移転するものに非ざるなり。」そして、債務引受は譲渡人Aと譲受人Xの契約だけでは認められず、「必ずや更に其の債権関係の相手方たるYの同意を要する」とする。

(二) 解除権は「契約当事者たる地位に在る者に非ざれば之を有すること能わ」ず、「売買契約に基く買主の権利を譲受けたる者は単に其の権利の譲受人たるに止まり、売買契約の当事者たる地位を承継する者に非」ず。

この判決の評釈としては、野澤・再構成(一)立教法学三九号五九頁(注2)に指摘したもののほか、野澤正充「免責的債務引受の要件」民法判例百選II「第四版」(一九九六年)七六頁がある。

(14) もつとも、この判決の事案では、AがXに「権利一切」として何を譲渡したのかが、必ずしも明らかではない。なぜなら、理論的には、次の二つの理解が可能であるからである。すなわち、①AのYに対する目的物引渡請求権(ないし所有権)がXに譲渡され、あわせてその債務もXに引き受けられたとするか、または、②A・Y間の売買契約上の買主の地位(契約当事者の地位)がXに譲渡されたとする理解である。そして判決文からは、大審院は①の理解に立ち、(免責的)債務引受の要件を論じるとともに単なる債権の譲受人であるXには解除権がないとしたことがうかがわれる。これに対して学説は、一般に②と解し、契約上の地位の譲渡の要件を論じている。

この判決については、別に詳細に論じる必要があるが、結論を先取りすれば、①と解するのが適切であると思われる。なぜなら、後述(本稿第二款)のように、この事案のような一回的な売買契約では「契約当事者の地位の移転」を認める実益がなく、この制度は継続的契約についてのみ実益を有するからである(野澤・再構成(三)立教法学四一号一〇六頁以下も参照)。したがって、大審院の理解が妥当であり、XはYに對して解除を主張しえないと考える(百選II・同前七六―七七頁の私見を改める)。なお、川井健ほか編「新・判例マニユアルII債権総論」(三省堂、一九九九年刊行予定)判例75(野澤執筆)参照。

(15) 加藤一郎「債務引受と契約引受」判例演習債権法I(有斐閣、一九六三年)一六六頁。

(16) 加藤・同前一六七頁。

(17) 加藤・同前。

(18) 野澤・再構成(一)立教法学三九号八二頁。

(19) この点につき、加藤教授の見解に従うものとして、西村編・前掲書(注10)四七八―四七九頁(椿寿夫執筆)、星野英一「民法概論III(債権総論)」(良書普及会、一九七八年)二二八―二二九頁、安達三季生「債権総論講義」(信山社、第二版、一九九一年)二六八―二六九頁など。

(20) もつとも、明らかに契約当事者の地位の移転がなされた場合には、その譲受人に解除権(ないし将来の解除権および解除権の行使を受ける地位)が移転することに異論はなからう。そこで私見は、解除権の移転が「契約当事者の地位の移転」の「目的」(法律的機能)ではなく「結果」である、という立場から、これを契約当事者の地位の移転の効果論に位置づける。すなわち、継続的契約を対象とする「契約当事者の地位の移転」では、原則として将来に向かつてのみ契約当事者の地位が譲受人に移転する(効果の時的配分)。したがって、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けるべき地位が譲受人に移転するのを原則とする(野澤・再構成(三)

・完) 立教法学四一〇一(一頁)。なお、この点については後述するが、かかる考えを支持するものとして、池田真朗「契約当事者の地位の移転」法学教室一九四号(一九九六年)九五頁がある。

(21) 星野・前掲書(注19)二二九頁。なお、野澤・同前一〇〇頁参照。

(22) 学説の状況については、野澤正充「契約の相対的効力と特定承継人の地位(五・完)」民商法雑誌一〇〇巻六号(一九八九年)一〇六頁以下参照。

(23) 我妻栄『新訂民法総則(民法講義I)』(岩波書店、一九六五年)三九五頁。なお、この点についての我妻説が、鳩山秀夫博士の見解を承継したものであることにつき、野澤・同前一〇六九頁以下参照。

(24) 我妻・同前。

(25) 我妻・同前。

(26) このような解釈が、かつては多数説であった(野澤・前掲論文(注22)一〇六七―一〇六八頁)。

(27) たとえば、幾代通『民法総則』(青林書院、第二版、一九八四年)四三〇頁注(二)。野澤・同前一〇七二頁参照。

(28) 四宮和夫『民法総則』(弘文堂、第四版、一九八六年)二二五頁。

(29) 四宮・同前二一六頁注(2)。

(30) 前稿では、一二〇条の解釈として、かかる理論的な可能性の余地を一応は留保していた(野澤・再構成(三・完)立教法学四一〇一(一頁))。

(31) 債務引受に対する起草者の見解については、野澤・再構成(二)立教法学三九号二五―三〇頁参照。なお、契約当事者の地位の移転が学説において議論されるのは、大正時代以降のことである(野澤・同前五〇頁参照)。

(32) 野澤・前掲論文(注22)一〇七五頁以下、同・再構成(三・完)一〇〇頁。

(33) 一二〇条(修正原案一二二条)は、旧民法典人事編七二条二項と同財産編三一九条を合わせて一つにしたものであり、前者のもととなったフランス民法典二二五条は明確に特定承継人を排除していた。この点につき詳しくは、野澤正充「契約の相対的効力と特定承継人の地位(四)」民商法雑誌一〇〇巻五号(一九八九年)八六六頁以下、とりわけ八七三―八七四頁。なお、一二〇条を起草した梅謙次郎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は評しがたい(野澤・同前八七四頁以下)。

(34) 四宮・前掲書(注28)二一六頁注(2)。

(35) 野澤・再構成(三・完)立教法学四一〇一(一頁)。なお、実際においても、取消権の移転が争われた判例はなく(一二〇条に関してではあるが、幾代・前掲書(注27)四二九頁)、また、フランスにおいてもこの問題は「教室設例」にすぎないとの指摘がなされている(野澤・同前一〇三頁注(79))。

(36) 本節第二款参照。

(37) 前注(20)のように、本稿はこの立場をとらない。

(38) すなわち、契約当事者の地位の移転が、法律的には取消権や解除権の移転を認めるためにある制度であるとするれば、譲受人が容易に契約を解消しうる、という利点はある。しかし、そのために、わざわざこの制度を利用する者がどれだけ存在するか疑問である。また、この法律的機能はその経済的機能とどのように関連するのか(つまり、取消権・解除権の移転を認めると、契約当事者の地位という財産権の移転が促進されるのか)は、我妻説では意識されていない。

第二款 椿教授の見解

一 経済的機能の強調—債権譲渡への接近

我妻博士の見解以降、契約当事者の地位の移転の議論を飛躍的に発展させたのは、椿寿夫教授の「契約引受」論であった。⁽³⁹⁾ その特色は、とりわけ要件論に現れ、相手方の承諾なしに契約当事者の地位の移転を認める点に求められる。しかし、かかる主張には、同教授の把握する「契約引受の機能」が色濃く反映されている点に注目すべきである。

椿教授の指摘する「契約引受の機能」とは、一言で述べれば、「契約当事者の地位」を、債権と同じく一つの経済的価値を有する財産ととらえ、その譲渡を促進させることにある。もつとも、この点に限れば、それは我妻博士の指摘する経済的機能と何ら変わりはない。しかし、椿教授は、かかる経済的機能を法律的にも徹底させ、右のように契約引受に対する相手方の承諾を不要とし、要件の点でも債権譲渡への接近を試みる。⁽⁴⁰⁾ 以下では、その主張をより詳細に検討する。

まず、椿教授が「契約引受」の典型例として想定するのは次のような場合である。すなわち、BがAからその所有する絵画を一〇〇〇万円で買う契約をし、代金を支払う前に、その買主の地位をCに一二〇〇万円で譲渡した。

この場合に、椿教授の説明によれば、BがAに代金を全額支払ってしまうと契約引受にはならず、「二つの売買契約があるだけ」となる。しかし、代金を支払わずに、一〇〇〇万円で「買うことにしたものを、そっくりそのまま（二二〇〇万円で）転売するということは、利潤追求にとってはプラスで」あり、「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、いまのようなこっちにあるものをあっちに移すという取引に参加できなくな⁽⁴¹⁾」るとする。これは、契約引受を自己資金なしに取引に参加するための制度、つまり投資のための制度ととらえるものであり、この点において、投下資本の流動化をその機能の一つとする債権譲渡⁽⁴²⁾と共通する。そして椿教授は、かかる視点から、「契約当事者の地位」という一つの財産権の自由な移転を促進し、その取引の安全を図るために、債権譲渡と同じく、「契約引受」の要件も簡略化すべきである旨を主張する。より具体的には、契約引受に相手方（債権者）が承諾しない場合にも、「債務については、譲渡人と譲受人を併存的債務引受人にし、譲渡通知で、債権者に対する対抗力を与えてよい、とする解釈の方が妥当⁽⁴³⁾」であると結論づけている。

二 転売との関連—椿説の問題点

右の椿教授の見解は、先の我妻博士の見解を法律的にも徹底させ、「契約当事者の地位」という財産権の譲渡を促進し、債権譲渡に近づけようとするものである。そして、かかる経済的機能を前提にすると、後述のように相手方の意思的関与を要する我妻説よりも論理的に一貫するため、説得力を有することになる⁽⁴⁴⁾。

ところで、この点の理論的な検討は後に行うことにし、さしあたり先の具体的な設例（絵画の転売のケース）に即して考えると、右の見解には問題がなくはない⁽⁴⁶⁾。すなわち、確かに、二つの売買契約に拘束される中間者Bにとっては、その契約当事者（買主）の地位をCに移転し、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。しかし、この結論は、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、右の設例の争点は、結局は、売主Aに対する代金債務を誰が負うか、という問題に帰着する。そうとすれば、Bは絵画の所有権(ないしその引渡請求権)を転売し、その買主Cに右債務も免責的に引き受けさせれば同様の結論となる。とりわけ、従来の通説のように契約上の地位の譲渡に相手方の承諾が必要であるとすれば、要件の点では、右の場合に免責的債務引受を認めることと同じになるであろう。また、椿教授のように「契約引受」に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Bの目的は達せられないことになる。

結論的には、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「目的物の転売」として構成すべきであると考える。そうして、「契約当事者の地位の移転」の典型例が何かは、これまでの沿革および具体例から導くのが適当であると思われる⁽⁴⁷⁾。

(39) 椿寿夫「後注「債務引受、契約引受」西村編・前掲書(注10)四二六頁以下(以下、「椿・注釈民法」とする)、とりわけ四七四頁以下。もつとも、その見解の萌芽はすでに、最高裁昭和三〇年九月二九日判決(民集九卷二〇号一四七二頁)の評釈である、椿寿夫「債務を伴う地位の譲渡と債権者への対抗力」民商法雑誌三四卷二号一二二頁(一九五六年)に現れている。なお、この点につき、野澤・再構成(一)立教法学三九号七五頁以下参照。

(40) 要件に関しては、本章第二節参照。

(41) 椿寿夫「契約引受(上)」法学セミナー一九七六年八月号六九一七〇頁。

(42) もつとも、民法の定める指名債権譲渡においては、かかる投下資本の流動化という機能は「うすい」ことが指摘されている(林ほか・前掲書(注10)四三二―四三三頁(高木))。民法の指名債権譲渡の主たる機能は、後述のように、債務引受と同じく、債務の簡易な決済手段にあると解される。

(43) 椿・前掲論文(注39)一二四頁。なお、この点は、後に本章第二節で詳述する。

(44) 筆者も前稿では、「契約当事者の地位の自由な移転が社会経済上要請されるとすれば」という留保のもとに、「相手方の承諾を不要とし、かつ、契約当事者の地位の特定承継を法的に可能とする理論を」模索した(野澤・再構成(一)立教法学三九号九六頁)。しかし、現在では、右の留保事項を改めて検討する必要があると考えている。そして、まさにこの点が、本稿の目的である。

なお、後述するように(第二章)、フランスではローラン・エネス教授が、細部においては異なるが、椿教授と同様の視点に立つ。また、わが国では近時、池田真朗教授が「契約当事者の地位の移転」の債権譲渡への接近性を主張されている。

(45) 本稿第二章以下参照。

(46) 以下の点は、すでに前稿で指摘したことである(野澤・再構成(三・完)一〇六一—一〇七頁参照)。

(47) 本稿第二章参照。

第三款 小 括

以上の検討から、これまでの学説はほぼ異論なく、「契約上の地位の譲渡」ないし「契約引受」の経済的機能を「契約当事者の地位」という一つの財産権の移転に求めてきた、ということが明らかになったと思われる。もともと、法的側面においてそれをどこまで徹底させるか、という点では見解が分かれている。すなわち、従来の通説(我妻)は、債務引受を重視し、契約上の地位の譲渡に対する相手方の承諾の要件を緩和させつつ要求するのに対して、有力説(椿)は、債権譲渡になぞらえ、譲渡人の免責を認めずに、相手方の承諾を不要とする。このように、「契約当事者の地位の移転」の経済的および法律的機能をいかにとらえるかという問題は、その要件および効果に反映することになる。そこで、次の節では、右の機能との関連でその要件・効果の問題点を簡単にまとめておく。

もともと、「契約当事者の地位の移転」の経済的機能についてのこれまでの学説の理解が適切であるか否かは、改めて問題にする必要がある(第三節)と思われる。

第二節 「機能」と要件・効果の関連性

一 要件論—相手方の承諾の要否

まず、契約上の地位の譲渡の要件につき従来の通説は、それが債務引受を含むとの理由により相手方の承諾を必要とする。もつとも、この「相手方の承諾」は、それを契約上の地位の譲渡の成立要件とする（三面契約説）趣旨ではなく、「大体において、承認をもって足りるとする方向に進んでいる」とされる⁽¹⁾。すなわち、契約上の地位の譲渡は、「契約の一方の当事者と譲受人との間の契約によって、他方の当事者の承認を条件として、効力を生じさせることができる」と解されている⁽²⁾。なぜなら、「経済取引が客観化し、契約は債権者・債務者の個人よりも、その契約の生じた経済的な基礎に着目されるようになったときには、その契約上の地位も、相手方に不当な不利益を与えない限り、自由に移転しうるというべきであり、その不当な不利益を防止する手段としては、相手方の承認で足りるといふべきだからである」⁽³⁾。

右の結論は、契約上の地位の譲渡において債務引受を重視するとともに、できる限り「契約当事者の地位」の自由な移転を認めようとする我妻博士の見解から当然に導かれる帰結である。

しかし、かかる通説に対しては、次のような二つの批判がなされている。

第一に、右の論法によれば、契約上の地位の譲渡には債権譲渡も含まれるため、債権譲渡の対抗要件（四六七条）としての通知または承諾も要求されよう。しかし、債務引受の要件である相手方の承諾に加えて、債権譲渡の対抗要件も要するとすれば、結局、契約上の地位の譲渡は、債権譲渡と債務引受とを合わせて行った場合と、少なくとも要件の点では同じことになる。そうとすれば、その独自の制度としての存在理由が問われることになる⁽⁴⁾。

第二は、椿教授による批判である。すなわち、「債権関係・契約関係の包括的移転を促進すべき需要があるなら

ば、原契約相手方（Ⅱ債権者）の承認を一々要求しては、とうていその需要に応じえない⁽⁵⁾との批判である。もつとも、椿教授も、相手方の「同意なしで（契約上の地位を）譲渡できるとするのは彼の地位を不安にする⁽⁶⁾」と考え、そこから、「併存的債務引受ないし原債務者の非免責とする一方で、原契約相手方（Ⅱ債権者）の同意ないし承認を不要とみる解釈⁽⁷⁾」論を提唱する。これが椿教授の「同意不要論⁽⁸⁾」であり、その内容は契約当事者の地位の移転の効果論にかかわるため、次項において取り上げる。

ただし、右の椿教授の見解に関しては、次の点に注意を要する。すなわち、同教授は、「契約における人的要素が退潮している⁽⁹⁾」旨の我妻博士の指摘を徹底させ、たとえ「承認」であるにせよ、相手方の意思が「条件」とされる限りは、契約当事者の地位の「容易な移転を妨げることに変わりがない⁽¹⁰⁾」と解している。しかし、果たして我妻博士が指摘するように、契約関係における「人的要素」は「退潮している」のであろうか。また、それとの関連で、「債権関係・契約関係の包括的移転を促進すべき需要がある⁽¹¹⁾」か否かを、もう一度再検討する必要があるように思われる。

二 効果論—譲渡人の免責の可否

契約上の地位の譲渡の効果に関しては、譲受人に移転する債権・債務の範囲⁽¹¹⁾のほかに、譲渡人の免責の有無が問題となる。

この問題につき、従来の通説は、相手方の「不当な不利益を防止する手段として」相手方の承諾（承認）を要件とし、譲渡人の免責を認めている⁽¹²⁾。その背景には、契約上の地位の譲渡において免責的債務引受を重視する通説の基本的な考えが存することはいうまでもない。

これに対して、契約当事者の地位の自由な移転を認める椿教授は、譲渡人の免責を認めず、したがって相手方の

承諾が不要であると主張する。すなわち、この場合に通説が相手方の承諾を要求するのは、免責的債務引受におけると同じく、契約当事者（債務者）が交替することによりその責任財産が減少し、相手方に不測の損害を与えることを防ぐためである。⁽¹³⁾ そうとすれば、譲渡人の免責を認めず、譲受人との併存的責任を認めれば、相手方には不測の損害はなく、その承諾も不要となる⁽¹⁴⁾とする。そこで、椿教授は、契約上の地位の譲渡（契約引受）に対する相手方の承諾を不要とし、譲渡人と譲受人の併存的責任を、ドイツの契約加入の理論を媒介として、併存的債務引受であると構成する。すなわち、「契約引受が行なわれたけれど、免責的債務引受に対する原契約相手方の同意が得られなかった場合」に、併存的債務引受と同じ効果をもたらす契約加入が「生ずる」とする。⁽¹⁵⁾ その前提としては、免責的債務引受につき相手方（債権者）の承諾がない場合の併存的債務引受への転換を認める必要があるけれども、椿教授はこの点を肯定に解する。すなわち、「債権関係・契約関係の包括的移転を促進すべき需要があるならば、……（相手方の）承諾がないけれども譲渡したい旨の意思を認めうるときには、併存的債務引受ないし原債務者の非免責とする一方で、原契約相手方（＝債権者）の同意ないし承諾を不要とみる解釈」論を提唱する。⁽¹⁶⁾

かかる椿教授の見解は、相手方の承諾を条件とする我妻博士の見解をさらに推し進めてその意思的関与を不要とし、契約上の地位の譲渡を債権譲渡に近づけるものである。そして実際に、椿教授は、契約上の地位の譲渡に債権者が承諾しない場合、「債務については、譲渡人と譲受人を併存的債務引受人にし、譲渡通知で、債権者に対する対抗力を与えてよい」⁽¹⁷⁾とする。ここに至って、「契約当事者の地位」⁽¹⁸⁾は一つの財産権として、債権と同じく自由な譲渡が可能となり、その促進を図る椿説は完結することになる。

右の見解に対しては、その前提となる「契約関係の包括的移転を促進すべき需要」の有無を検証する必要があることのほかに、法理論的には次の問題点が指摘されている。⁽¹⁹⁾ すなわち、免責的債務引受および契約上の地位の譲渡では、譲渡人の債務の特定承継が実現されるのに対して、併存的債務引受ないし契約加入は新たな債務の負担行為

であり、両者の法的性質はまったく異なるものである。したがって、かりに椿教授の示唆するように、無効行為の転換の一つとして契約加入を肯定しても、それにより「経済的」には契約当事者の地位の移転を実現しうるが、「法律的」にはあくまで地位の「移転」と区別されねばならない、と解される。換言すれば、椿教授の「同意不要論」では、契約当事者の地位の譲受人への特定承継は実現されえないと考える。

(1) 我妻栄「新訂債権総論(民法講義IV)」(岩波書店、一九六四年)五八〇頁。もともと、近時の池田教授の見解は、立法論ではあるが、契約当事者の地位の移転の要件につき三面契約説をとる(池田真朗「契約当事者論」『債権改正の課題と方向』別冊NBL五一号(一九九八年)一七六頁)。その内容と評価については、後述する。

(2) 我妻・同前。

(3) 我妻・同前五八一頁。

(4) 野澤・再構成(一)立教法学三九号九五頁。

(5) 椿寿夫「注釈民法(1)債権(2)」(有斐閣、一九六五年)四六五頁。

(6) 椿・同前。

(7) 椿・同前四六六頁。

(8) 椿・同前四七八頁。

(9) 椿・同前。

(10) 椿・同前。

(11) 我妻博士は、「契約上の地位の譲渡の効果」として、「将来生ずる債権債務」のみならず、「その契約からすでに生じた債権・債務が移転する」と解している(前掲書(注1)五八一頁)。しかし、これに対しては、将来生ずべき債権債務のみが移転し、既発生の債権債務については、個別の債権譲渡・債務引受の手續が必要であるとの見解も存する。この点については、野澤・再構成(一)立教法学三九号九六頁参照。

(12) 我妻・同前五八一頁。

(13) 椿寿夫「債務を伴う地位の譲渡と債権者への対抗力」民商三四卷二号一三三頁(一九五六年)。

(14) 椿・注釈民法(注5)四六七―四六八頁は、併存的債務引受につき、「免責的なそれと異なり、債務者の増加によって責任財産の増大をきたすことがあっても減少はなく、担保も消滅しない」とする。そして、「はつきりいえば、併存的債務引受における債権者の承認は、ザッハリッヒな立場に立つかぎり不要であろう」と述べている。

(15) 椿・同前四三四頁。なお、同四三〇頁も参照。

(16) 椿・同前四六五―四六六頁。なお、同四七五―四七六頁も参照。

(17) 椿・前掲論文(注13) 一二四頁。

(18) この椿教授の見解がその後の学説に与えた影響は大きく、大窪誠助教授による一連の研究(「ドイツにおける契約引受論」法学五五巻三号(一九九一年)一四二頁、「BGBにおける法定契約引受」岩手県立盛岡短期大学・法経論叢一三号(一九九二年)二八頁)、「契約引受について」の原契約相手方の同意拒絶」同・法経論叢一四号三七頁)および須藤正彦弁護士による研究(「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』(日本評論社、一九九〇年)一九五頁(同「ゴルフ会員権の譲渡に関する研究」(信山社、一九九二年)三頁所収))も、右見解をその出発点とする。そして、筆者の前稿もまた、「契約当事者の地位の自由な移転が社会経済上要請されるとすれば、相手方の承諾を不要とし、かつ、契約当事者の地位の特定承継を可能とする理論を考究しなければならない」(野澤・再構成(一)立教法字三九号九六頁)ことをその出発点とする点において、椿教授の「同意不要論」の「呪縛」を免れていない。

(19) 野澤・同前九六頁。

(20) しかも、免責的債務引受から併存的債務引受への「転換」が認められるべきかについては、なお疑問の余地がある。すなわち、無効行為の転換が認められるためには、「両法律行為の効果社会的ないし経済的目的を同じく」することが必要である(四宮和夫『民法総則』(弘文堂、第四版、一九八八年)二二二頁)。しかるに、免責的債務引受(＝債務の簡易な決済)と併存的債務引受(＝債権の担保)とはその経済的機能を異にし、当事者の利益状況からは、免責的債務引受が無効であると知っていれば併存的債務引受の効果を欲した、と認めることは難しい。なぜなら、引受人との債務関係を簡易に決済するために免責的債務引受に合意した債務者からすれば、併存的債務引受と認められると、引受人が債権者に任意に弁済しない場合にはその目的を達することができない(かえって引受人と間の法律関係が錯綜するおそれもある)からである。そうとすれば、免責的債務引受から併存的債務引受への転換は否定に解すべきであろう。

第三節 「機能」の再検討の必要性

一 従来の学説のまとめ

前節において指摘した要件および効果の問題点はすべて、「契約当事者の地位の移転」の機能をいかに解するか、という問題に帰着する。すなわち、既述のように従来の学説は、「契約上の地位の譲渡」ないし「契約引受」の経

済的機能を「契約当事者の地位」という一つの財産権の移転に求め、その促進を目的として制度（要件・効果）を構築してきた。たとえば、我妻博士は、契約当事者の地位の自由な移転を妨げるかつての三面契約説を退け、そこに含まれる（免責的）債務引受に着目してその要件を緩和した。そして椿教授は、我妻説をさらに徹底させ、免責的債務引受から併存的債務引受への（無効行為の）転換を認めることにより相手方（債権者）の承諾を不要とし、契約当事者の地位の移転を債権譲渡に近づけることを主張する。

このように従来の学説は、「契約当事者の地位の移転」という制度が有する経済的機能の理解に関してはほぼ一致がみられ、それを法的にどこまで徹底するかという点で対立していた、と解することができる。換言すれば、契約当事者の地位の移転を、その自由譲渡性を前提とする債権譲渡に近づけることができるか、という争いであったと解される。

二 従来の学説の問題点

しかし、これまでの学説は、わが国はもちろん諸外国における具体例の十分な検討なしに、「契約当事者の地位」を個別の債権または債務になぞらえて、その移転可能性を前提にしてきたように思われる。そのことは、契約当事者の地位の移転の制度につき、各論者が想定する典型例の違いに端的に現れよう。すなわち、我妻博士が、主として企業や営業に含まれる継続的な取引関係を念頭に置くの⁽²⁾に対して、椿教授は一回的な売買契約上の買主の地位の譲渡を想定する。また、近時は、ゴルフ会員権の譲渡を念頭にその理論を構築する見解も存する⁽³⁾。

このように、「契約当事者の地位」には多種・多様な類型があり、それらを一樣に、一つの財産権である個別の債権（または債務）の移転と同じに考えてよいかは検討に値する。とりわけ、前述のように、一回的な売買契約上の買主の地位の譲渡を目的物の「転売」として把握すると、なにが契約当事者の地位の移転に固有な領域であるの

かを明らかにする必要がある。そのためには、従来のわが国および諸外国で「契約当事者の地位の移転」の問題とされてきた具体例を検討することが不可欠である、と思われる。そしてその検討は、これまでの学説が当然の前提としてきた契約当事者の地位の移転の「経済的機能」に再検討を迫るものとなるであろう。

もつとも、右のうちの具体例の検討は、すでに前稿においてある程度まとまった考察をし、それが継続的契約を対象とするものであることを明らかにした。そして結論的には、本稿は、前稿の結論と同じく、「契約当事者の地位の移転」の機能を、「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、将来に向かって契約の効力を存続させる（法律的機能）⁽⁴⁾ ことにある」と理解する。問題となるのは、かかる理解がその要件・効果にどのように反映するかである。より具体的には、とりわけ、契約当事者の地位の移転における相手方の承諾の要否および（かりにそれが必要であるとすれば）その趣旨をいかに解するかが問題となる。

三 検討の順序

以下では、まず、「契約当事者の地位の移転」の具体例につき、右の論点（相手方の承諾の要否）を中心に前稿の検討を簡単に要約し（第二章）、ついで、この問題に関する近時のフランスおよびわが国の判例を検討する（第三章）。そして、全体的な考察（第四章）においては、右に示した契約当事者の地位の移転の機能に関する本稿の視点から、その要件および効果の体系化をめざす。

なお、本稿の末尾（おわりに）では、筆者の視点と一九九八年度の私法学会において提示された池田教授の見解との異同を明らかにする予定である。

(1) 契約当事者の地位の移転が「契約当事者双方及び承継人の三面契約を以て有効に」なされうる、という三面契約説の代表として、末広厳太

郎「債権総論」(一九二八年)二二二頁註八がある。なお、野澤・再構成(二)立教法学三九号六〇頁参照。

(2) 我妻栄「新訂債権総論(民法講義IV)」(岩波書店、一九六四年)五一〇―五一二頁、五七九―五八〇頁。

(3) 池田真朗「契約当事者論」別冊NBL五一号(一九九八年)。

(4) 野澤・再構成(三)立教法学四一号一〇九頁。

第二章 具体例の検討

第一節 序説

一 賃貸借契約における当事者の地位の移転

すでに前稿で指摘したように、「契約当事者の地位の移転」が現実の問題となる多くの場合は、賃貸借契約における当事者(賃貸人または賃借人)の地位の移転である。とりわけ、わが国においては、民法六〇五条と関連して、目的不動産の譲渡に伴う賃貸人の地位の移転が古くから争われてきた⁽¹⁾。他方、賃借人の地位の移転(賃借権の譲渡⁽²⁾民法六一二条)は、わが国では、必ずしも契約当事者の地位の移転の問題として扱われてこなかった、という指摘がなされている⁽²⁾。しかし、賃借権の譲渡に関する学説の沿革をたどると、むしろこれを「賃借人の地位の譲渡」と解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⁽³⁾。また、フランスにおいては、賃借権の譲渡をめぐる判例の集積が、契約譲渡論の発展に大きく貢献したことは否定しえない⁽⁴⁾。そうとすれば、現実の問題とされた契約当事者の地位の移転の典型的な類型としては、賃貸人の地位の移転と賃借人の地位の移転とをあげることができると考える⁽⁵⁾。

二 二つの類型

もつとも、同じ賃貸借契約においても、賃貸人の地位の移転と賃借人のそれとは利益状況を異にする。すなわち、前者はつねに目的不動産の譲渡に伴って移転されるのに対して、後者は、基本的には、譲渡人(賃借人)と譲受人との合意のみによって移転されるからである。そこで前稿では、右の二つの場合に依じて、「契約当事者の地位の移転」を次の二つに類型化した。⁽⁶⁾ まず、賃貸人の地位の移転に対応する類型として「特定の財産の譲渡に伴う契約当事者の地位の移転」を、また、賃借人の地位の移転に対応する類型として「合意に基づく契約当事者の地位の移転」をそれぞれ設定した。そして、学説において一般的に争われる(継続的な)売買契約における当事者(とりわけ、買主)の地位の譲渡は、目的物の移転に随伴するものではないため、後者の類型に属することも前稿と同じである。

ところで、右の二つの類型が、なぜその利益状況を異にするのかは後述⁽⁷⁾として、以下では、「相手方の承諾」の要否という論点から、どのように利益状況を異にするかを明らかにする予定である。

(1) 野澤・再構成(一) 立教法学三九号九三頁。なお、フランスおよびドイツにおいても、この類型が伝統的に問題とされたことにつき、同九八頁以下参照。

(2) 椿寿夫「契約引受(上)」法学セミナー二五七号六八頁。

(3) 野澤・再構成(三) 立教法学四一八〇頁以下。

(4) 野澤・再構成(二) 立教法学四〇号一五八頁以下。

(5) もちろん、契約当事者の地位の移転の典型的類型は、この二つに限られるものではない。しかし、ここでは、判例実務で実際に問題とされた代表例として、賃貸借契約を指摘することが可能である。

(6) 野澤・再構成(三) 立教法学四一八二頁。

(7) 本稿第四章参照。

第二節 特定の財産の譲渡に伴う場合

一 概 説

(1) 三つの典型例

契約当事者の地位の移転の中には、ある特定の財産の譲渡に伴ってそれが行われる場合がある。この類型は、ヨーロッパにおいても、また、わが国でも古くから問題とされたものであり、具体的には次の三つの場合が典型である。

第一は、目的不動産が譲渡された場合の賃貸人の地位の移転である。これは、フランス民法典一七四三条⁽¹⁾およびBGB五七一条に規定され、わが民法では六〇五条⁽²⁾および借地借家法一〇条・三一条の問題となる。もつとも、六〇五条は、賃借権に登記がある場合にのみ賃貸人の地位が目的不動産の新所有者に移転する旨を規定したため、従来の学説はこれを一七七条の対抗問題と平行な問題としてとらえてきた。しかし、契約当事者の地位の移転の観点からは、特定の財産の譲渡に伴う類型の一場合として扱われることになる。

第二は、目的物の譲渡に伴う損害保険契約の移転があげられる。これは、フランス保険法典L・一二一条の⁽³⁾一〇およびVVG六九条に規定され、わが国では商法六五〇条の問題となる。ただし、商法六五〇条は、フランスおよびドイツの法制と異なり、保険契約上の「権利」の移転のみを定め、保険契約者としての各種の義務については規定しない。⁽⁴⁾それゆえ、同条によって保険契約者の地位が目的物の譲受人に移転するか否かについては議論がある。けれども、近時の有力説はこれを肯定に解し、かつ、通説も、立法論としては保険契約者の地位の移転を認めるべきである、と主張する。⁽⁵⁾したがって、この問題を契約当事者の地位の移転の一場合として把握すること自体には、異論はないと解される。

第三は、企業ないし営業の譲渡に伴う従業員の労働契約の移転であり、フランスでは労働法典L・一二二条の一二第二項⁽⁶⁾に、また、ドイツではBGB六一三条aに規定が置かれている。しかるに、わが国にはこれらに対応する明文がなく、船員法四三条⁽⁷⁾のような特別な規定がある場合を除いては、民法六二五条一項の問題として処理されている。もつとも、学説においては、六二五条一項を厳格に適用して個々の労働者の承諾がなければ労働契約が移転しないと解するのは少数であり、多数説は営業譲渡に伴う労働契約の移転を肯定する⁽⁸⁾。その理由は、労働契約関係にあつては使用者（企業主）が変更しても労務の内容に変更をきたすことなく、また、使用者の義務も、その個人的な要素に左右されず、いわば企業と労働者の関係と化しているからなら変化しない、という点に求められる⁽¹⁰⁾。換言すれば、「使用者・労働者間の人的関係は、企業と労働者の関係というふうに客観化ないし物化しているから、雇用関係はそのまま営業譲受人との間に移行する⁽¹¹⁾」と解されている。そうとすれば、わが国では明文の規定はないが、解釈論としては、フランスおよびドイツにおけるとほぼ同じ結論⁽¹²⁾が採られている、と解される⁽¹³⁾。

(2) 三つの例の共通点

右の三つの「特定の財産の譲渡に伴う契約当事者の地位の移転」は、その対象、および機能に関して共通点を有している。まず、対象となる契約（賃貸借契約・保険契約・労働契約）は、いずれも継続的契約であることが共通する。そして、その継続的契約は、ある特定の財産（賃貸借の目的不動産・保険の目的物・企業）と密接な関連を有するため、その財産が譲渡されると、本来的には契約そのものが無意味となり終了するはずである。けれども、そうすると当事者に一定の不利益が生じることになる。そこで、古くから法律ないし判例・学説が「契約当事者の地位の移転」を認めて、当事者の一方の交替にもかかわらず、従前の契約関係の存続を図つてきた⁽¹⁴⁾、と解される。換言すれば、この場合における契約当事者の地位の移転の機能は、継続的契約によつてもたらされる契約関係の安定性を維持するために、当事者の交替にもかかわらず従前の契約関係を維持することにあるといえよう。

それでは、要件・効果はどのように解されているであろうか。ここでは、とりわけ相手方の承諾の要否を明らかにするために、賃貸人の地位の移転を取り上げることにする。

二 相手方の承諾の要否—賃貸人の地位の移転

(1) 問題の所在

民法六〇五条に関しては、賃借権に対抗要件（登記または借地借家法一〇条・三一条）があれば、賃貸人が代わっても賃借権が存続することに異論がない。すなわち、賃借権に対抗要件がある場合には、賃貸人の地位が不動産の譲受人（新所有者）に当然に承継されるというのが確立した判例の準則であり、相手方の承諾の要否は問題とされない。⁽¹⁵⁾

問題となるのは、賃借権に右の対抗要件の存しない場合である。この場合に判例および通説は、賃貸人の地位の新所有者への当然承継を認めず、⁽¹⁶⁾それについての新旧両所有者間の合意の有無を問題とする。そして、かかる合意が認められる場合に、さらに賃借人の承諾が必要であるか否かについては、大審院の判例が分かれていた。⁽¹⁷⁾

(2) 我妻博士の見解と最高裁昭和四六年判決

右の状況において、賃貸人の地位の譲渡には賃借人の承諾が不要である、と主張したのは我妻博士であった。その理由は、①賃貸人の債務が「實際上それほど個人的な色彩を有せず、目的物の所有者であることによってほとんど完全に履行することができる」こと、および、②「賃借人にとっても、売買によって賃貸借が破れ、旧賃貸人に対して債務不履行の責任を問うことができるだけになるよりも、譲受人が地位を承継してくれる方が遙かに有利である」ことの二点に存する。⁽¹⁸⁾そして、かかる我妻博士の見解に依拠して、⁽¹⁹⁾「特段の事情のある場合を除き、新所有者が旧所有者の賃貸人としての権利義務を承継するには、賃借人の承諾を必要と」しない旨を判示したのが、有名

な最高裁昭和四六年四月二三日判決(民集二五卷三号三八八頁)⁽²⁰⁾である。

この判決の事案は、単純化すると次のようであった。Xは、昭和二三年五月二六日にYより本件土地を建物所有の目的で賃借し、空地のまま放置しておいたところ、Yは、昭和三六年一月二五日に右土地所有権をAに譲渡し移転登記も済ませた。その際Y・A間には、本件売買が借地権付であることについての十分な諒承がなされていた。Bは、昭和三七年一月一七日に右土地をAから譲り受け、Xが建物を建築しようとしたのに対し立入禁止、工事禁止の仮処分をした。そこでXは、Yに対し、賃貸人の義務の履行不能に基づく損害賠償を請求した。原審は、Yが「Aに対し本件土地の所有権とともに賃貸人の地位を譲渡する旨契約したものである」と認定した。そして、かかる「賃貸人の地位の譲渡はそれについて借地人の同意がなくても借地人に対して有効である」から、YがAに本件土地を売却したことによってXの借地権が喪失したとは認められず、それゆえYには債務不履行がないとしてXの請求を棄却した。Xは、Xの承諾なしに行われたY・A間の賃貸人の地位の譲渡契約が無効である、と主張して上告した。

最高裁は、Xの上告を棄却して、次のように判示した。

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

叙上の見地に立つて本件をみると、……YとX間の賃貸借契約関係はAとX間に有効に移行し、賃貸借契約に基づいてYがXに対して負担した本件土地の使用収益をなさしめる義務につき、Yに債務不履行はないといわなければならぬ。したがって、これと同趣旨の原判決の判断は正当である。」

(3) 残された問題

目的不動産の譲渡に伴う賃貸人の地位の移転につき、相手方（賃借人）の承諾を要しないとする最高裁の結論には、学説上異論がない。しかし、この判決により、賃貸人の地位の移転の要件・効果のすべてが明らかにされたわけではない。ここでは、さしあたり、次の三つの問題を指摘しておく。

まず第一に、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、賃借権が對抗要件を有する場合に、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旨を判示する⁽²¹⁾。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⁽²²⁾。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くえで、それを前提として権利を行使するのであるから、一七七条の對抗問題は生ぜず、したがって登記は不要であるとする有力な反対説が存在する⁽²³⁾。けれども、多数説は判例の結論を支持しているといえよう⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾。

第二に、賃貸人の地位の譲渡人である旧所有者が、賃借人の承諾なしに免責されるか否かである。この点については、賃借人の不利益を回避するために、譲渡人に併存的責任ないし保証責任を負わせるべきである、との主張も存在する。しかし、賃貸人の債務の主なものとは修繕義務であって、賃借人に及ぼす影響が少ないことを理由に、讓

渡人が賃貸借契約から離脱すると解するのが多数説⁽²⁸⁾であり、結論としてYの債務不履行責任を否定した右判決も、この立場に立っていると考えられる。

第三に、右判決にいう、賃貸人の地位の移転につき賃借人の承諾を必要とする「特段の事情のある場合」とはいかなる場合を指すのかが問題となる。かかる文言は、例外的なケースに配慮する最高裁判決の常とう手段と解されなくもない。けれども近時は、右の点が具体的に争われた裁判例も存在する⁽²⁹⁾。そして、かかる「特段の事情」の検討は、賃借人の承諾を必要としないという原則に再検討を迫るものであり、この問題は後に改めて考察する⁽³⁰⁾。

三 小 括

目的不動産の譲渡に伴う賃貸人の地位の移転に関して最高裁は、賃借権に対抗要件がない場合にも、新旧両所有者の合意によって賃貸人の地位が移転し、相手方(賃借人)の承諾は不要であるとして、これを容易に認める傾向にある。そして、相手方の承諾を不要とすることは、保険契約⁽³¹⁾および労働契約の移転においても同様である。また、これらの場合に、債権譲渡の対抗要件(四六七条)が不要であり、かつ、譲渡人が免責されることも共通する。つまり、「特定の財産の譲渡に伴う契約当事者の地位の移転」においては、一般の債務引受および「契約上の地位の譲渡」(＝合意に基づく契約当事者の地位の移転)と比較して、その要件(とりわけ、相手方の承諾)が緩和されているといえよう。

- (1) フランス民法典一七四三条の沿革については、野澤・再構成(一) 立教法学三九号一〇二頁以下。
- (2) 民法六〇五条については、野澤・再構成(三・完) 立教法学四一四六頁以下。
- (3) フランス保険法典L・一二一条の一〇については、野澤・再構成(一) 立教法学三九号一二九頁以下。
- (4) 商法六五〇条の沿革については、野澤・再構成(三・完) 立教法学四一四三六頁以下。

- (5) 野澤・同前三八頁以下。
- (6) 野澤・再構成(一) 立教法学三九号一二九頁以下。
- (7) 野澤・再構成(三) 立教法学四二号三二頁以下。
- (8) 来栖三郎『契約法』(有斐閣、一九七四年) 四二八頁。
- (9) 田中耕太郎『改正商法総則概論』(有斐閣、一九三八年) 三四三頁、我妻栄『債権各論』中卷二(民法講義V) (岩波書店、一九六二年) 五六八頁、有泉亨『労働基準法』(有斐閣、一九六三年) 一二六―一二七頁、大隅健一郎『商法総則』(有斐閣、新版、一九七八年) 三二二頁、幾代通『新版注釈民法(16) 債権(7)』(有斐閣、一九八九年) 六五―六六頁、安枝英紳・西村健一郎『労働基準法(労働法II)』(青林書院、一九九六年) 四九七頁など。
- (10) 我妻・同前。
- (11) 幾代・前掲書(注16) 六五頁。
- (12) ただし、フランスおよびドイツの規定では、企業の譲渡に伴い労働契約も新しい企業主に当然に移転するとされるのに対して、わが国の解を異にする。しかし、わが国では、かかる労働契約の移転の合意が推定されると解されている(我妻・同前) ため、実質的にはフランスおよびドイツの解決と異ならないと思われる。
- (13) この問題につき下級審裁判例は、営業譲渡に伴う労働契約の移転を肯定するもの(東京地決昭二五・七・六労民集一卷四号六四六頁、広島高裁岡山支判昭和三〇・六・二〇労民集六卷三三三三九頁、大阪高判昭三八・三・二六高民集一六卷二号九七頁・労民集一四卷二号四三三九頁・判時三四一号三七頁、神戸地裁姫路支判昭三八・一・二一労民集一四卷六号一四三四頁、大阪地判昭三九・九・二五労民集一五卷五号九三七頁、大阪高判昭四〇・二・一二判時四〇四号五三三頁、松山地判昭四〇・五・二六労民集一六卷三三三九四頁・判時四二二号五六頁、福岡地判昭四八・一・三一判一七二号七二頁、東京地決昭四九・三・二〇判時七四二号一四〇頁・判夕三一九号二五八頁、横浜地判昭五六・二・二四労民集三二卷一号九一頁・判三六九号六八頁、名古屋地判昭五八・一〇・二二判四二二二二号四二頁、名古屋高判平七・八・二三判六八八九号六八頁など)と、否定するもの(東京高判昭二四・九・二〇刑事裁判資料五五号二六三頁、岡山地判昭三〇・一・二九労民集六卷一号三〇頁、奈良地裁葛城支判平六・一〇・一八判夕八八一号一五一頁、東京高判平七・五・二三労民集四六卷三三三九八頁・判夕八八五号一〇六頁・判六八一号三七頁、東京地判平九・二・一九判時一五九六号一一五頁)とに分かれている。しかし、多くの判決は、労務者の承諾なしに労働契約の移転を認めているといえよう。
- (14) たとえば、フランスでは、民法典一七四三条は借地農の農業経営の安定のために認められた(野澤・再構成(一) 立教法学三九号一〇三頁以下、一二八頁)。また、労働契約の移転は、労働契約関係の安定により労働者の生活を保護するために認められた(同前一三三頁以下)。さらに、保険契約の移転も、保険契約者および目的物の取得者にとっては無保険の状態を回避するために、また、保険者にとっては保険契約の利益および顧客を失わないために、古くから認められている(詳しくは、同前一四〇頁以下)。これらの事情は、わが国においてもほぼ同様である

と思われる。

- (15) この結論を、従来の通説は「状態債務」の概念を用いて説明する(我妻栄『債権各論Ⅱ中巻一(民法講義V)』(岩波書店、一九五七年)四二〇頁)。しかし、賃借権に対抗要件がある場合に、たとえ譲受人(新所有者)が反対しても、賃借人の地位の当然承継が認められるのはまさに対抗力の結果であり、「状態債務」という特殊な性質の債務が存在するからではない(野澤・再構成(一)立教法学三九号九四頁、再構成(三・完)立教法学四一号一〇四頁)。そうとすれば、「状態債務」概念は不要であると解される。
- (16) 半田正夫「判批」民法判例百選Ⅱ「第三版」七九頁。
- (17) 賃借人の承諾を不要とする判決として、大判大四・四・二四民録二二輯五八〇頁が、また、これを必要とするものとして、大判大六・一一・一九民録二三輯二二五五頁および大判大九・九・四民録二六輯一二四〇頁がある。
- (18) 我妻・前掲書(注15)四四八頁。
- (19) 鈴木重信「最高裁判所判例解説」法曹時報二四卷一号一七五頁、水本浩「判批」民商法雑誌六六卷一号(一九七二年)一七六頁。
- (20) この判決の評釈としては、前注(16)および(19)の文献のほか、広中俊雄「判批」判例評論一五三号一二九頁、野澤正充「判批」民法判例百選Ⅱ「第四版」八〇頁がある。
- (21) 大判昭八・五・九民集一二卷一一二三頁、最判昭二五・一一・三〇民集四卷一一号六〇七頁、最判昭四九・三・一九民集二八卷二号三二五頁。
- (22) 大判昭三・一〇・一二新聞二九二〇号一〇頁、最判昭三三・九・一八民集一二卷二三号二〇四頁。
- (23) 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』(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、北川善太郎『物権(民法講要Ⅱ)』(有斐閣、一九九三年)七四―七五頁。
- (24) 我妻栄・有泉亨『新訂物権法(民法講義Ⅱ)』(有斐閣、一九八三年)一五九頁、星野英一『借地借家法』(有斐閣、一九六九年)四二四頁、幾代通『新版注釈民法(5)債権(6)』(有斐閣、一九八九年)一九〇頁など。
- (25) この問題についての私見は、野澤・再構成(三・完)立教法学四一号六六頁。
- (26) 広中・前掲評釈(注20)一三二頁。
- (27) 石田穰「判批」法学協会雑誌九〇巻五号八三二頁。
- (28) 星野・前掲書(注24)二二二頁、鈴木祿弥『借地法(下)』(青林書院新社、改訂版、一九八〇年)四一三頁など。
- (29) 東京地判平四・一・一六判時一四二七号九六頁。さらに近時、この問題につき最高裁の注目すべき判決が現れている(最判平二・三・二五判時一六七四号六一頁)。
- (30) 本稿第四節参照。
- (31) 保険契約の移転については、野澤・再構成(三・完)立教法学四一号三六頁以下。

第三節 合意に基づく場合

一 民法六一二条一項の「承諾」

同じ賃貸借契約においても、賃貸人の地位の譲渡が原則として相手方（賃借人）の承諾なしに行われるのに対して、賃借人の地位の譲渡（＝賃借権の譲渡）は、相手方（賃貸人）の承諾が明文上要件とされている（六一二条一項）。そして、その趣旨につき有力な見解は、免責的債務引受に対する債権者（賃貸人）の承諾を含むものである、と解している⁽¹⁾。この見解によれば、相手方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保たれることになる。そして確かに、現実には、賃貸人の「承諾」に、免責的債務引受に対する債権者としての承諾が含まれることも否定しえない。

しかし、前稿で指摘したように、わが民法の起草者は債務引受（とりわけ免責的債務引受）の制度を認めていなかった⁽²⁾。それゆえ、民法六一二条一項の「賃貸人ノ承諾」は、本来的には、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、と解される。そこで、前稿においては、かかる観点から同条の沿革を検討した⁽³⁾。その結果、民法の起草者は、賃借権譲渡の自由を否定し、原則としてこれを禁じるとともに、その禁止を解除し、賃借権を譲渡可能なものとするために「賃貸人ノ承諾」を要件としたことが明らかとなった⁽⁴⁾。

右の起草者の見解をうけて、これをより明確にし、後の我妻博士の見解に影響を与えたのが鳩山秀夫博士であった⁽⁵⁾。その見解は、まず、「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従ヒ、原則トシテ譲渡ヲ許サザルモノトナセリ」とし、賃借権譲渡の禁止の趣旨を明らかにする。そして、「譲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関係ヲ有スルガ故ニアラズ」と明示し、この場合の賃貸人の承諾が「賃借人ニ賃借権ノ譲渡

権ヲ与フル意思表示」である、と主張した⁽⁶⁾。

かかる六一二条の沿革からは、同条一項の「貸貸人ノ承諾」の趣旨を次のように理解するのが適切である。すなわち、賃貸借契約における賃借人の地位（賃借権）は原則として譲渡できないけれども、この禁止は、賃借人の交替によって目的物の利用の仕方が異なることによる貸貸人の不利益を考慮してのことである。それゆえ、賃貸人の承諾があれば、右の禁止を解除することが可能であり、六一二条一項の「承諾」はこの禁止の解除、換言すれば、賃借人に対して賃借権の譲渡を認める意思表示である、と解される。

二 合意に基づく場合の「相手方の承諾」の要否

ところで、右の賃借人の地位（賃借権）の譲渡は合意に基づく契約当事者の地位の移転の一場合であり、六一二条一項の解釈からは、後者の場合にも相手方の承諾が要件となる、とも解される。すなわち、「契約当事者の地位」は原則として譲渡が認められず、その禁止（譲渡制限）を解除するために相手方の承諾が要件となる、と考えられる⁽⁷⁾。

しかし、賃借権の譲渡については六一二条という明文があり、しかも、これを賃借人の譲渡と解しても、「契約上の地位の譲渡」の特殊な類型として把握することも可能である。換言すれば、賃借権譲渡に関する六一二条一項の解釈を、一般的に「合意に基づく契約当事者の地位の転移」に及ぼすことには、なお慎重な検討を要する。

そこで次章においては、賃借権の譲渡以外の「合意に基づく契約当事者の地位の転移」の要件、とりわけ相手方の承諾の要否に関する近時のフランスおよびわが国の判例を検討する。そしてその検討からは、「契約当事者の地位」が原則的には譲渡できないものであり、その制限を解除するために「相手方の承諾」が要求されることが明らかになると思われる。

- (1) 星野英一『借地借家法』(有斐閣、一九六九年)二八五頁。同旨の見解として、来栖・三郎『契約法』(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。
- (2) 野澤・再構成(一) 立教法学三九号一五頁以下、とりわけ二六頁以下。
- (3) 野澤・再構成(三・完) 立教法学四一号七四頁以下。
- (4) 野澤・同前七六頁以下。
- (5) 野澤・同前八二頁。
- (6) 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。
- (7) 野澤・再構成(三・完) 立教法学四一号九八頁は、かかる観点から、①契約の譲渡制限を解除するための相手方の承諾と、②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区別した。かかる理論的な区別は本稿においても維持されうるが、前稿では、いかなる場合に①の承諾が必要とされるのか、換言すれば、そもそも契約当事者の地位は原則として譲渡可能であるのか、という点の検討が充分ではなかったと考える。そして、その点を明らかにするのが、まさに本稿の主要な目的である。