

「契約当事者の地位の移転」の機能的考察（二）

— 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

第二章 具体例の検討（以上五三号）

第三章 日本とフランスにおける近時の議論

第一節 序 説

第二節 フランス——一九九七年の破産院商事部判決

第一款 学説の対立

第二款 判例の展開

第三款 今後の展望と課題（以上本号）

第三節 日本—ゴルフ会員権の譲渡をめぐる裁判例

第四節 まとめ

第四章 全体的考察

おわりに

第三章 日本とフランスにおける近時の議論

第一節 序 説

一 問題の所在

前章においては、主として賃貸借契約を素材に、その契約当事者の地位の移転につき相手方の承諾の要否を検討した。その検討からは、賃貸人の地位の移転については相手方（賃借人）の承諾が不要であるが、賃借人の地位の移転（賃借権の譲渡）に関しては相手方（賃貸人）の承諾が不可欠であることが明らかとなつた。そして、前者は「特定の財産の譲渡に伴う」契約当事者の地位の移転に属し、また、後者は「合意に基づく」地位の移転であり、⁽¹⁾両者はその類型を異にすることをも示唆した。

もつとも、特定の財産の譲渡に伴う類型については、賃貸人の地位の移転以外にも具体例を挙げ、その一般化に努めたが、合意に基づく類型に関しては賃借権の譲渡のみを対象としていた。それゆえ、相手方の承諾を要するという右の結論が、賃借権の譲渡（民六一二条一項）に特有の問題である、と解しうる余地がある。

そこで本節では、賃借人の地位の移転以外の「合意に基づく契約当事者の地位の移転」を対象とし、それについての相手方の承諾の要否を検討する。そして、その検討は、右承諾の趣旨に鑑み、「契約当事者の地位」が自由に譲渡されうるものなのか（また、そう解すべき必要があるのか）という、第一章で提起した問題に連なることに注意を要する。

二 検討の対象

右の問題を考察するため、本章では、フランスおよび日本における近時の議論を取り上げる。すなわち、フランスに関しては、一九九〇年以降の判例および学説を紹介する。その一部はすでに前稿において触れたが、一九九〇年五月六日に破毀院商事部から重要な判決が出されているため、この判決をめぐる議論が中心となる。⁽²⁾

他方、日本においては、昭和四〇年代のゴルフ・ブームの到来に伴い預託金会員制のゴルフクラブが増加し、その会員権をめぐる紛争も頻発した。とりわけ、ゴルフ会員権の法的性質は、当該ゴルフクラブに対する契約上の地位であるとの認識が一般的である。⁽³⁾ そうであるとすれば、ゴルフ会員権の譲渡なし譲渡担保をめぐる紛争は、まさに「契約当事者の地位の移転」の一場合であると解される。そして、この問題を二つの類型に分ける本稿の視点からは、ゴルフ会員権の譲渡はそれに先行する財産の移転がないため、「合意に基づく契約当事者の地位の移転」に含まれる。

もつとも、ゴルフ会員権の法的性質が「契約上の地位」であるとしても、後述のように、わが国においてはやや特殊な問題があるようにも思われる。⁽⁶⁾ そこで本章では、ゴルフ会員権の譲渡を「契約当事者の地位の移転」の中に入どのように位置づけるかが課題となる。

(1) この二つの類型の関係および基本的な差異については、第四章において「全般的（に）考察」する。

(2) 野澤・再構成（二）立教法学四〇号一五四一一五五頁（注143）、および、同（三・完）立教法学四一号四頁以下。本稿の記述も、この部分に関しては重複する。

(3) たとえば、後掲・最高裁昭和五〇年七月二十五日判決（民集二九巻六号一一四七頁）は、原審の事実認定を肯定し、ゴルフクラブ会員権が、当該ゴルフクラブの理事長の管理運営するゴルフ場施設を所有する訴外会社に対する「契約上の地位であり、その内容として会員は、訴外会社所有のゴルフ場施設を同規則に従い優先的に利用しうる権利及び年会費納入等の義務を有し、入会に際して預託した入会保証金を五年の据置期間経過後は退会とともに返還請求することができ」とする。

(4) ゴルフ会員権に関する先駆的な業績としては、須藤正彦弁護士による一連の研究があり、それらは『ゴルフ会員権の譲渡に関する研究—契約上の地位の譲渡の一態様として』(信山社、一九九二年)にまとめられている。

(5) 池田真朗「契約当事者論」『債権法改正の課題と方向』別冊NBL五一号(一九九八年)一七九頁。

(6) 「契約当事者の地位の移転」の一般論を扱う前稿において、ゴルフ会員権の譲渡を取り上げなかつたのは、筆者のかかる認識に基づく。

第二節 フランス一九九七年の破毀院商事部判決

第一款 学説の対立

一 議論の出発点—ローラン・エネス(一九八四年)

(1) はじめに

フランスにおいては、一九五〇年代以降「契約譲渡」(cession de contrat)が学説の注目を集め、その一つの到達点となつたのが、一九八四年に公にされたローラン・エネス(Laurent Aynès, パリ第一大学教授)の博士論文⁽⁷⁾であった。その内容はすでに前稿で紹介したが、近時のフランスにおける議論の出発点となるものであるため、こゝでは、本稿の副題でもある「契約の譲渡可能性と相手方の承諾(の要否)」という観点から改めて要約する。

(2) 契約の自由譲渡性

まず、エネスは、合意に基づく契約譲渡(cession conventionnelle de contrat)の要件として、「(当該)契約が譲渡可能であれば、相手方の承諾(consentement)⁽⁹⁾は不要である」とする。もつとも、エネスによれば、「すべての契約が原則として譲渡可能である」⁽¹⁰⁾ため、相手方の承諾は原則として不要であるところとなる。その理由としては、契約を譲渡しても、契約法の基本原則に反しないことがあげられている。⁽¹¹⁾すなわち、「譲受人が契約当事者

になるため、契約譲渡は契約の相対性 (*relativité contractuelle*) の原則 (民法典 165条) に抵触⁽¹⁾せず、また、契約の有効要件 (民法典 1108条) であるコードル田約が契約譲渡によつて変更すれば、「合意の債務的効力 (force obligatoire de la convention) の原則 (民法典 1131条) を破る」となる⁽²⁾が、契約譲渡の場合には「コードと目的はそのまま維持される⁽³⁾」。したがつて、契約の自由譲渡性に「反対するいかなる適法な理由も存在しない」とする。

しかし、エネスが契約の自由譲渡性を承認するより実質的な理由は、契約がひとたび締結されると、それを締結した当事者的人格 (personne) と区別された「一つの財産となり、他の財産と同じく自由に流通する (circuler)」⁽⁴⁾う考えに基づく。換言すれば、個々の債権 (および債務) は「それが生じれば一つの財産 (une richesse)」⁽⁵⁾となり、契約は「その将来性、すなわち、将来の債権債務関係を生ぜしめる適性 (aptitude) を有する」点にその財産性がある、⁽⁶⁾と主張する。

(3) 自由譲渡性の例外

ただし、エネスは、右のような契約の自由譲渡性の例外として、次の二つの場合を認めている。⁽⁷⁾

第一は、相手方当事者の人的資質を考慮して (intuitu personae) 契約が締結される場合である。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契約譲渡の妨げにはならない、と解している。なぜなら、エネスは相手方の承諾なしには譲渡人の免責を認めないため、この場合には、「保証人になるという譲渡人の約束が、相手方にの上ない保証を付与する」となるからである。⁽⁸⁾

もとも、相手方の人的資質を考慮して結ばれた契約であつても、その「相手方が契約譲渡に同意した場合には、譲渡が有効になる」とする。けれども、相手方がその同意を拒絶した場合には、契約譲渡を認めることができ

ない。なぜなら、「契約の相手方当事者の選択は、本質的にはその者の質 (qualité) の評価に依存し、裁判官が自らその評価を行うことはできない」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」とが要求される。なぜなら、「(契約) 譲渡は、その契約が(新たに)当事者となつ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。それゆえ、「売買のような財産権の譲渡を目的とする契約 (contrat translatif) は譲渡の対象になりえず、…現実には、再売買(revente)」を構成するに至らない。つまり、「継続的契約 (contrats successifs) のみが譲渡の対象になりうる」とする。

第三は、譲渡禁止 (inaccessibilité) 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」ことをその目的とする。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、一九五三年九月二〇日のデクレ第九六〇号の第三五条が挙げられている。⁽¹⁷⁾ 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らうとも、無効である」⁽¹⁸⁾ とされている。

(4) 契約譲渡の要件・効果

以上のように、エヌスは、原則としてすべての契約が譲渡可能であると解し、それに対する相手方の承諾も不要であるとする。ただし、契約が当事者の人的資質を考慮して (*intuitu personae*) 結ばれた場合には、その限りでない。しかし、」のようになると、契約譲渡によって生じうる相手方の不利益が問題となる。というのも、相手方の承諾なしに契約当事者の交替を認めると、その一般財産が変更するため、相手方に不測の損害を与えるおそれがあるからである。

この問題につき、エネスは、譲渡人の当然の免責を認めないとにより対処する。そして、「譲渡人が（契約譲渡前と）同じく（相手方に対し）義務を負つたままであるとしても、…それは、相手方（cédé）に由らが選択しない契約当事者を強制する」とによるものであるから、譲渡人は保証人として（en qualité de garant）」義務を負うにすぎない。⁽¹⁹⁾

他方、債権譲渡の第三者対抗要件としての通知・承諾（民法典一六九〇条）⁽²⁰⁾については、「相手方は契約譲渡に対する第三者として権利を有しないのである」から、不要であるとする。換言すれば、契約譲渡の相手方は、一六九〇条にいう「第三者」ではない、ということになる。⁽²¹⁾ もつとも、エネスも、相手方に契約譲渡を知らせるために、一六九〇条の通知が有効である」とは認めている。⁽²²⁾ けれども、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」、これが履践されていなくとも譲渡は有効であり、また、相手方に譲渡を知らせるために、この手続を厳格に遵守する必要もない、と主張する。⁽²³⁾

なお、契約譲渡の効果につきエネスは、「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、譲渡の後に生じた（債権）債務関係についてしか債務者および債権者にならず、また、解除権・更新権等の形成権についても、「（契約）譲渡の後は、譲受人のみに帰属し、かつ、譲受人に対しあ行使しえない」と解している。⁽²⁵⁾

結局、エネスによれば、「契約譲渡は、契約の継続を可能ならしめるものであり、債務関係の移転を目的とするものではないから、契約の主觀的変更（modification subjective du contrat）の一形式とみなされうる」となる。⁽²⁶⁾ すなわち、「（契約の）債務的効力は同一性を保ち、コードもそのままで、目的も変更せず、ただ契約当事者的一方が他の者によつて代わられる」制度である、と解かれている。

二 問題の提起—アラン・セリオ（一九九一年）

(1) 一九八〇年代の問題状況

エネスの博士論文が公刊された一九八四年当時のフランスでは、「契約譲渡」が学界の大きな関心を集めていた。その要因となつたのは、次の二つである。

まず第一に、右論文の二年前、破毀院第一民事部が「双務契約の譲渡」を正面から認める判決を出したことがあげられる。⁽²⁷⁾この判決は、明文の存在しない売買の片務予約の譲渡につき、「双務契約の譲渡」を肯定し、相手方が譲受人に対して、直接に債務の履行を請求しうることを認めた点に意義を有する。しかし、その要件および効果は明らかでなく、後の議論に委ねられることとなつた。

第二に、エネスの論文の翌年（一九八五年）、フランス倒産法の大改正が行われ、「世界に冠たる極めてラジカルな更正主義」⁽²⁸⁾が採用されるに至つた。その更正主義の一環として、八五年改正では、企業の譲渡が規定されている。すなわち、企業の裁判上の更正および精算に関する一九八五年一月二十五日の法律第九八号によれば、企業が倒産した場合に、まず更正手続 (redressement judiciaire) が開始され（三条以下）、その後の調査期間 (période d'observation=裁判所による更正手続開始判決から原則として三か月以内（八条二項）) の間に企業の更正か精算かが決められる（一六条以下）ことになる。⁽²⁹⁾そして、右調査期間内に「裁判所は、（更正）計画を確定または裁判上の精算を宣誓する」（八条二項）。この更正計画には、「企業の経営の継続を前提として、その収益金からの弁済を予定する継続計画 (plan de continuation)」と、「企業の第三者への譲渡を前提として、その譲渡代金からの弁済を予定する譲渡計画 (plan de cession)」の二つがあり、実務においては後者が「圧倒的に主流であるわれ」⁽³⁰⁾ている。⁽³¹⁾そして、同法八六条は、企業の譲渡に伴う契約譲渡について、次のように規定している。

第八六条 ① 裁判所は、管理人から交付された債務者の契約の相手方当事者による見解に基づき、事業の維持に必要なリース契約、賃貸借契約または財産ないしサービスの供給契約を決定する。

② （譲渡）計画を確定する判決は、…これらの契約の譲渡をもたらす。

③ これらの契約は、あらゆる反対の条項にかかわらず、裁判所が、契約の相手方当事者を審尋し、または適式に呼び出した後に事業の継続を確保するため課すことのできる弁済猶予の留保の下で、手続の開始の日に有効な条件で履行されなければならない。

④ (一九九四年六月一〇日の法律第四七五号による追加—省略)

右の契約譲渡は、「企業」という特定の財産の譲渡に随伴し、かつ、法律の規定に基づくものである。⁽³²⁾ それゆえ、「合意に基づく契約譲渡」とはその類型を異にする。けれども、右規定は、契約当事者の一方の交替にもかかわらず、契約関係を継続させることをその目的とするものであり、前述したエネスの見解を裏付けるとともに、この制度に対する学界の関心を高めるものであった。⁽³³⁾

(2) エネス説への疑問

エネスの見解が注目を集めることで、これに反対したのが、エクスマルセイユ大学のアラン・セリオ (Alain Sériaux) であった。その提起した問題点は、そもそも「契約を譲渡しうるか」否かである。⁽³⁴⁾ そして、エネスの見解を念頭に、学説の中には「契約譲渡が債権譲渡と同じように存在する」と解し、「その考え方を一般に信じさせていれる」けれども、セリオは、「まったく納得しがたい」とする。その理由は、契約が単なる財産でなく、「二人ないし数人の間の関係 (rapport)」であり、「譲渡されえないものである」ということにある。そうして、セリオは、契約の「譲渡 (cession)」というよりも、むしろ、契約関係における他方当事者に対する一方当事者の交替 (substitu-

tion) の概念を援用する方が正確である」と述べ、「譲渡するものは、契約ではなく、利益（権利）と不利益（債務）を伴う契約当事者の地位（qualité）である」と主張する。

しかし、セリオの提示する「交替」（substitution）という概念は、必ずしも明確ではない。そこで、リール大学

⁽³⁵⁾

のクリストフ・ジャマン（Christophe Jamin）は、これを「当事者的一方の撤退が契約関係を消滅させる」ことを前提に、「新しい契約を生ぜしめる」ものである、と解している。すなわち、一方当事者の撤退により契約は消滅し、「もはや存在しない（契約）関係における当事者の地位を取得することはできない」から、当事者の「交替」は、新しい契約を生ぜしめる概念であるとする。⁽³⁶⁾

セリオの教科書の第一版（一九九八年）では、右の説明を受け容れ、次のように述べている。すなわち、「契約譲渡の観念はまったく不要（nul besoin）」であり、「前述のように、譲渡人の権利および債務の譲受人による引受（adoption）」つまり、同一の契約関係における当事者の交替」が認められるとする。そして、「古い（契約）関係は消滅し、新しい（契約）によつて代わられるとみなす」べきであるとする。⁽³⁷⁾

（3）特定の財産の譲渡に伴う契約の「譲渡」

なお、セリオも、契約「譲渡」の概念をまったく否定するわけではなく、法律が認める一定の場合には、契約譲渡を認めるべきであるとする。すなわち、「労働契約の譲渡（労働法典L・1111条の111）、保険契約の譲渡（保険法典L・1111条の10第一項およびL・1111条の1）、賃貸借契約の譲渡（民法典一七四三条）および…債務超過の企業の更正手続における契約の裁判上の譲渡（一九八五年一月二十五日の法律八六条）」であり、「これらの場合には、疑いなく、契約の譲渡」が認められるとする。もつとも、これらは、「任意の譲渡ではなく、法律によつて課される」ものであり、しかも、「譲渡される右の契約は、ある財産の附従物（accessoires）として、自動的に（d'office）譲渡される」のである。それゆえ、「これらの場合に基づいて、契約譲渡の一般理論を導くのはいかにも困難である」

とする。⁽³⁸⁾

(4) 結論

かくして、セリオは、自らの見解を次のように結論づけている。すなわち、「通常は、契約の譲渡について論じるのは誤りであり、現実には契約当事者の交替を問題とすべきである。…（ただし）契約がある財産の附従物として移転される場合には、契約譲渡が存在する。…しかし、かかる場合は、純然たる（pure et simple）契約譲渡を構成しない（契約の）附従的な移転である」⁽³⁹⁾。

右のセリオの見解は、ゲスタンの弟子たちに受け継がれてゆく。

三 ゲスタンの弟子たち (élèves de Ghestin)

(1) 序説

「契約譲渡」の概念について、現在のフランス債権法の重鎮であるジャック・ゲスタン (Jacques Ghestin, 元パリ第一大学教授)⁽⁴⁰⁾ は、かつてこれを否定していなかつた。しかし、その弟子であるマルク・ビリオ (Marc Billiau, ニール第二大学専任講師)⁽⁴¹⁾ およびジャマンは、右のセリオの見解を支持し、それをさらに展開して、現在のゲスタンの教科書を改訂している。この両者の見解は、ほぼ一致するけれども、ややニュアンスの異なる点も存する。⁽⁴²⁾ そこで以下では、かかる点に留意しつゝ、ビリオの見解から紹介する。

(2) ビリオ

ビリオは、まず、契約譲渡に関するエネスの一体説 (théorie moniste) ⁽⁴³⁾ が、契約を一つの財産としてとらえ、それを客觀化するものであるとする。すなわち、契約を締結した当事者の意思よりも、その契約の社会的有用性の優位を認める考え方である。けれども、民法典111四条（意思自治の原則）は、合意が「それを行つた者に對して

は」法律に代わると規定し、契約を主觀的なものと解している。それゆえ、かかる一一三四条からは、「(契約の)譲渡契約を締結したとしても、譲渡人は依然として相手方に対して債務を負い」、「契約関係における当事者の一方を他の者と取り替える (remplacer) 作用をもたらす契約譲渡は認められない」と主張する。⁽⁴⁵⁾

もつとも、ビリオも、相手方が契約を譲渡されたと主張する譲受人に承諾を与えた場合には、その承諾の時より後は、その相手方と譲受人との間に当事者の関係が生じるとする。しかし、これは契約譲渡ではなく、相手方と譲受人との意思の合致により新しい契約（しかも、その内容は、譲渡人と相手方との契約と同じである）が生じたのである、⁽⁴⁶⁾と説明する。

右の見解は、契約が譲渡可能な財産と異なる当事者間の関係であるということを前提に、契約「譲渡」(cession) を否定する。そして、それと同様の効果を、相手方の承諾を要件とした、相手方と譲受人間の新しい契約によって説明するものであり、「交替」(substitution) という概念を援用するセリオの見解とその軌を一にする。また、ビリオの見解は、契約当事者の交替を更改 (novation) ないし指図 (délégation) によってしか認めないフランス民法典の規定、および、一九世紀以来の伝統的な解釈に合致する。⁽⁴⁷⁾ そして実際に、ビリオも、「合意に基づく契約譲渡》の法制度を定着させるためには、債権の指図 (délégation de créance) の法制度からアイディアを借り、かつ、《譲渡》という用語に内在する不明確さをなくすために、契約譲渡という表現を《契約指図》(délégation de contrat) という表現に代えることが望ましいであろう」と述べている。その背景には、すでにフランス法では重視されなくなつた「指図」(délégation)⁽⁴⁸⁾の制度を博士論文のテーマとして選択した、ビリオに特有の考慮が働いていると思われる。

なお、ビリオも、「法律に基づく契約譲渡」(cession légale de contrat) の類型については、それが契約の「譲渡」であることを承認する。けれども、「この場合は、法律が契約譲渡を規定し、契約の債務的効力の拡張を第三者に

対してもたらす」例外的なものであると解している。⁽⁵¹⁾

この後ビリオは、改めて契約譲渡に関する雑誌論文を発表している。⁽⁵²⁾しかし、その内容は右の見解と異ならず、現行法では契約譲渡が認められること、したがって、契約譲渡ではなく、「単に《契約指図》のみを取り上げることではないのだろうか」と、その主張を読者に問いかけることにより、稿を閉じている。⁽⁵³⁾

(3) ジャマン

イ 契約「譲渡」の否定

ジャマンも、契約の「譲渡」を否定し、相手方の承諾がもとの契約と同じ内容の「新しい契約を創設」⁽⁵⁴⁾すると解する点では、右のビリオの見解と同じである。すなわち、契約は「当事者間の結びつき (lien)」であり、譲渡人から譲受人への当事者の交替は、「契約の構成要素の一つを奪う」となり、それによって契約を消滅させることになる⁽⁵⁵⁾から、認められないとする。けれども、相手方の承諾 (consentement du cédé) がある場合には、その承諾は、相手方の関与なしに「なされた行為を単に承認する (ratifier) ものではなく、(譲渡契約) に不可欠のもの (consubstantiel)」であり、「譲受人と相手方の間に新しい契約を生ぜしめるものである」と主張する。⁽⁵⁶⁾

ただし、ビリオが右の結論に際して「指図」の制度を援用するのに対し、ジャマンは、指図に言及せず、以下のように相手方の承諾の役割を強調する点に特色を有する。

ロ 相手方の承諾の役割

まず、ジャマンは、エネスの見解を次のように要約する。すなわち、「一部の学説は、相手方の同意 (accord) が不要である」とし、ただ「人的資質を考慮して (intuitu personae) 締結された契約とそれ以外 (の契約) を区別」して、前者の契約を譲渡するには相手方の承諾が必要であるとする。⁽⁵⁷⁾

しかし、ジャマンによれば、右のカテゴリーは現実を反映したものではない。なぜなら、「契約の相手方当事者

は、経済目的の実現を第一に考えていたとしても、そのパートナーの人柄 (personne)、あるいはその支払能力に無関心ではいられないことは、社会学者でなくとも「とりわけ、⁽⁵⁸⁾ 契約譲渡の本来の領域を形成する継続的履行契約 (contrats à exécution successive) において問題となる」からである。そして、契約譲渡に際しては、相手方の承諾が不可欠であることを強調する。すなわち、「あらゆる契約の合意に基づく譲渡は、相手方が、将来の譲渡人と締結した契約において譲渡に反対した場合だけでなく、契約譲渡を許可しなかつた場合にも、原則として不可能である」とし、「相手方の承諾なしには契約の譲渡が不可能である、との原則」を主張する。⁽⁵⁹⁾

もつとも、ジャマンは、右の相手方の承諾が、譲渡人と譲受人との間の譲渡契約の時になされる必要はないとする。すなわち、「相手方が、その契約の譲渡に先がけて承諾を与えることができる」とし、その場合には、相手方は「譲渡契約の第三者となる」から、債権譲渡の対抗要件としての通知（民法典一六九〇条）が要求されるとする。けれども、相手方がすでに契約譲渡に同意している以上、「契約譲渡は相手方に対抗できるため、右の通知はもはや有益ではない」と述べている。⁽⁶⁰⁾

ハ 二つの論点の区別

ところで、ジャマンの見解で注意を要するのは、①契約の「譲渡」の可否と、②契約譲渡における相手方の承諾の要否、という二つの論点が混在している点である。すなわち、②につき、「相手方の承諾なしには契約の譲渡が不可能である」との「原則を認めたとしても、その承諾が譲受人と相手方との間の新しい契約を生ぜしめるか否か（①—筆者注）は、別の問題」だからである。そしてジャマンは、かつての論文においては①のみを論じ、そもそも契約の「譲渡」が不可能であって、相手方の承諾による「新しい契約の創設 (création)」を主張していた。⁽⁶¹⁾ しかし、後の論文では、この結論をその注において維持しつつもこれを強調せず、むしろ、相手方の承諾があれば契約⁽⁶²⁾⁽⁶³⁾

「譲渡」が可能であるかのようないふれにせよ、相手方の承諾を条件として、譲渡人の免責も認められうる」とする。⁽⁶⁴⁾

右のような改説の背景には、後述のような、契約譲渡をめぐる判例理論の展開があることは否定しえない。そして、相手方の承諾を要件とする「指図」の制度を前提とするビリオの見解では、そもそも②相手方の承諾の要否が論点とならないことを考えると、両者の考えに隔たりが生じていると解される。

(4) 評価

以上のような「契約譲渡」の概念を否定する見解を、フランス法学界の中でどのように位置づけるかは難しい。とりわけ、契約の「譲渡」を完全に否定するビリオの見解は、定評のあるゲスタンの概説書において述べられているため、「少數説ではあるが、…有力」⁽⁶⁵⁾な見解として把握することも可能である。

しかし、ビリオの見解に対しても、それが「当事者の意思にまったく合致しない更改 (novation) を前提とするものであるため、説得的ではない」⁽⁶⁶⁾との批判がなされている。また、破毀院の判例は一貫して契約「譲渡」を肯定し、とりわけ近時の判例（後述）がこれを正面から認めていることも注目に値する。そして、かかる判例の展開に合わせるかのように、ジャマンもその主張を転換させつゝあると解される。

したがって、これらの諸点を総合すると、ビリオ（およびセリオ）の見解は、フランスにおいてはなお、有力であるとは解しがたい。

四 論争点のまとめ

ところで、セリオの提起した問題は、そもそも、「契約」が他の財産と同じように譲渡しうるかというものである。また、ビリオの見解も、その「契約指図」(délegation de contrat) というやや特異な法律構成を除けば、契約

の譲渡可能性を問題とするものであった。そして、これらの見解が、「すべての契約は原則として譲渡可能である」とするエネスの主張のアンチーゼルント登場したことに大きな衝撃を待たない。すなわち、フランスにおいては、「この数年間、契約の譲渡可能性 (cessibilité des contrats) の問題が、多くの学説の疑問を喚起した」⁽⁶⁸⁾のである。もひとも、右の問題は必ずしも新しるものではない。けれども、ジャマンが、その戦線を契約「譲渡」の可否から相手方の承諾の「役割」に移したことを境に、「学説の関心は、契約譲渡に対する相手方当事者の承諾の問題に集中した」といふよう。

ルノード次款においては、相手方の承諾に関する近時の破壊院の立場を検討する。

- (7) L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984.
 - (8) 詳譯・再構成 (11) 立教法學団〇卯一四七頁迄トニムラ (11・訳) 四一卯一四頁以下。
 - (9) Ph. Malaurie et L. Aynès, *Cours de droit civil, Les obligations*, Gujat, 2^e éd., 1990, n° 790, p. 426. 詳譯・同前 (11・訳) 一四一—一五頁参考。おひくも、クロニー＝ルネの教科書の現在の版 (第九版、一九九八年) では、後に述べるような破壊院判例の展開を考慮して、この部分の記述を削除してしまった (9^e éd., n° 790, pp. 458-460)。しかし、その基本的な考えは変化してこなさ。それゆえ以下では、原則として、右教科書の現在の版を元用する。
 - (10) Malaurie et Aynès, *ibid.* (9^e éd.), n° 790, p. 458.
 - (11) Malaurie et Aynès, *ibid.* (9^e éd.).
 - (12) エネスは、契約のコーベル田的が変更しない債権譲渡の制度に着目し、契約譲渡を債権譲渡にならぬ (Aynès, op. cit. (note 7), n° 19, p. 31. 詳譯・再構成 (11) 立教法學団〇卯一四八頁参照)。なお、筆者が参加した、パリ第一大学のD.E.A.における一九九七年度のルネスの講義は、「債権譲渡、契約譲渡および契約の集団 (groupe de contrat) 講義」がテーマであり、そこでは契約譲渡を債権譲渡に近づけ、同様の制度として扱ふべきであることを強調してこた。
 - なお、本文に挙げられた民法典の規定は、以下の通りである (規定の訳は、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典—物権・債権関係』法務資料四四一号 (一九八二年) による)。
- 第一一〇八条** 合意の有効性について、以下の四つの条件が基本的である。
- 義務を負ふ当事者の意思

その者の契約を締結する能力

約務の内容を形成する確定した目的 (objet)

債務における適法な原因 (cause)

第 I - II 四回条 ① 適法に形成された合意 (convention) は、それを行った者に於しては、法律に代わる。

② 合意は、やれを行つた相手との互換性または法律が許す原因によるものでなければ、撤回するにかからぬ。

③ 合意は、誠実 (bonne foi) を履行しなければ、効力を有しない。合意は、第二回類を何の書であるかなど、かつ、1111条により規定された場合 (第三回類のためのやく約) ではされば、第三回類の規制に服する。

- (13) L. Aynès, *Les clauses de circulation du contrat : les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PU Aix-Marseille, 1990, p. 131 et suiv.
- (14) Aynès, op. cit. (note 7), n° 6, pp. 14-15.
- (15) Malaurie et Aynès, op. cit. (note 9, 9^e éd.), n° 790, p. 459. ただし、監釋・再構成 (II)・訳) は教法學回1号18-19頁 (注43) 参照。
- (16) Malaurie et Aynès, ibid., p. 459 note 2.
- (17) Malaurie et Aynès, ibid., p. 459 note 7.
- (18) Gaz. Pal. 1953, 2, 659.
- (19) Malaurie et Aynès, op. cit. (note 9, 9^e éd.), n° 791, p. 460. ただし、回教社書の第一版では、譲渡人が、「補充的債務者として (en qualité de débiteur subsidiaire)」義務を負ふことを定めた (2^e éd., n° 791, p. 427)。
- (20) ハラハラ民法典 1 大九〇条は、債権譲渡の第三者対抗要件について次のよう規定する。

1 大九〇条 ① 譲受人は、債務者に対して行う移転の通知 (signification) によつてでなければ、第二回類に対抗することができない。

② ただし、譲受人は、本件証書による債務者が行う移転の承諾による回換に、(第三回類) 对抗することができる。

- (21) Malaurie et Aynès, op. cit. (note 9, 9^e éd.), n° 790, p. 460.
- (22) Aynès, op. cit. (note 7), n° 248, pp. 177-178 が、1 大九〇条の井統が、「相手方 (債務者) < (譲渡を) 知らせたりの証明の点特に有利な方法であれ』 とする。
- (23) Aynès, ibid., n° 242, p. 175.
- (24) Aynès, ibid., n° 247, p. 177. ただし、この證明は、監釋・再構成 (II) は教法學回1号18-19頁を参照。
- (25) Malaurie et Aynès, op. cit. (note 9, 9^e éd.), n° 791, p. 460.
- (26) Malaurie et Aynès, ibid.

(27) Civ. 1^{re}, 14 décembre 1982, Bull. civ. 1982, I, n° 360 ; D. 1983, 416, note L. Aynès ; Rev. trim. dr. civ. 1983, 531, obs. F. Chabas. ジの罪
決していたが、斬撃・再構成 (11) に敷法判団〇印[11] 1頁参照。

(28) 山本和彦「ハッハス倒産法の近況」田松法第, 10印 (一九九五年) 110頁。

(29) ニのよう、一九八五年法の特色は、海に更正手続が開始された点にあり、ニの点を除いて、母立一本主義から再建先行主義（山本・同前四七頁）と表現でもよい。しかし、ヨーロッパ諸国における、「集団手続 (procédure collective)」を服せしめられた企業のうちの約九〇ペーヤヘルが裁判上の精算に類した手続の対象となり、更正は成功した（企業）だねか」ペーヤヘルは「やむ」の指摘がなわれて（P. Crocq, Propriété et garantie, L.G.D.J., 1995, n° 513, p. 458）。ただし、ハッハス法云々、「大原則のみならず」（企業の継続による譲渡）結論の成功率は、100%ペーヤヘルは「やむ」（Crocq, ibid., pp. 458-459, note 5）。されど、「やむ」再建手続開始判決を下したのは、業務家が「集団手續」であるの批判がなれば、一九九四年の法改訂では臨時精算判決を許容するに至った（三本・同前四八頁）」1段の修正が図られた。

(30) 山本・同前五九一六〇頁。

(31) 規定の記述、佐藤鐵男・町村泰賀「一九八五年のハッハス倒産法に関する法文の翻訳 (1)」北大法外編集三八巻1印 111 1頁を参照した。

(32) A. Sériaux, Droit des obligations, PUF, 1992, n° 176, p. 586.

(33) ニの「大変の倒産法改訂」による倒産法改訂の歴史書・讃文における、最終譲渡が取扱いされた点に注目する。その点で、ハッハス法の文庫を導入するに至る。C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien, 2^e éd., 1996, n° 956 et suiv., p. 565 et suiv. ; Y. Guyon, Droit des affaires, t. II, Entreprises en difficultés, Redressement judiciaire-Faillite, Economica, 6^e éd., 1997, n° 1290, p. 322 et suiv. ; D. Fabiani, Les conditions de la cession des contrats dans la loi de 1985, Rev. jurisp. com. 1987, 41 ; J. Paillasséau, J.-J. Caussain, H. Lazaraki et Ph. Peyramasre, La cession d'entreprise, Dalloz, 3^e éd., 1993.

(34) Sériaux, op. cit. (note 32), n° 176, p. 585. ただしハッハス法の歴史書の最新版 (2^e éd., 1998, n° 180, p. 656-657) は異なる。

(35) Sériaux, ibid. (2^e éd.), n° 180, p. 656.

(36) Ch. Jamin, Droit des obligations par le centre de droit des obligations de l'université de Paris I Panthéon-Sorbonne sous la direction de Jacques Ghestin, J.C.P. 1992, Chronique, 3591, pp. 269-270.

(37) Sériaux, op. cit. (note 32, 2^e éd.), p. 656.

(38) Sériaux, ibid., p. 657.

(39) Sériaux, ibid.

(40) J. Ghestin, La transmission des obligations en droit positif français, La transmission des obligations, L.G.D.J., 1980, n° 94 et suiv., p. 69 et suiv. 『ハッハス倒産法の近況』 (11) に敷法判団 1 印 1 頁参照。

(41) J. Ghestin et M. Billiou, Traité de droit civil, Les obligations, Les effet du contrats, L.G.D.J., 1992, n° 1026 et suiv., p. 985 et suiv. 『

- は、同教科書の第三回（一九九四年）では、改訂者として新たに「ヤマハが加わったこと」、ノルドは第三版から引用する。ただし、この点に誤りがある。金澤・冉構成（11）立教法医学〇印 1991年1月5日（注13）の記述を抽出する。
- (42) むしろ本筋とは、山田が、多くの多くの着想をヒヤリへの取扱い（op. cit. note 36）から離れてくる所へと見られる。
- (43) Ghestin et Billiau, op. cit. (note 41), n° 1043, p. 1001.
- (44) Ghestin et Billiau, ibid., n° 1045, pp. 1003-1005.
- (45) Ghestin et Billiau, ibid., n° 1046, p. 1005.
- (46) Ghestin et Billiau, ibid., n° 1047, pp. 1005-1006.
- (47) ノルドの記述は、本稿の出発的な考え方とは、金澤・冉構成（1）立教法医学〇印 1991年1月5日（注13）の記述を抽出する。
- (48) Ghestin et Billiau, op. cit. (note 41), n° 1050, p. 1010.
- (49) J. Ghestin, Préface de la thèse de M. Billiau. 「ベタハダ、西國の通説が「父モダ（親）の親戚のモハレ）をたゞ數えられ（parent pauvre）」と並んである。
- (50) M. Billiau, La délégation de créance. Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations, L.G.D.J., 1989.
- (51) Ghestin et Billiau, op. cit. (note 41), n° 1053, p. 1012.
- (52) M. Billiau, Cession de contrat ou «délégation» de contrat? (Etude du régime juridique de la prétendue «cession conventionnelle de contrat»), J.C.P. éd. G, 1994, Doctrine, 3758.
- (53) Billiau, ibid., p. 202.
- (54) Jamin, op. cit. (note 36), p. 270.
- (55) Ch. Jamin, Cession de contrat et consentement du cédé, D. 1995, Chronique, p. 131.
- (56) Jamin, ibid., p. 132 note (6).
- (57) Jamin, ibid., pp. 131-132.
- (58) Jamin, ibid., p. 132.
- (59) Jamin, ibid.
- (60) Jamin, ibid.
- (61) Jamin, ibid., p. 132 note (6).
- (62) Jamin, op. cit. (note 36), p. 270.
- (63) Jamin, op. cit. (note 55), p. 132 note (6).
- (64) Jamin, ibid., p. 132.
- (65) 西田・福澤謙次（注13） 1411回

- (66) F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 6^e éd., Dalloz, 1996, p. 974 note 2.
(67) 従来の破毀院の判決は「民事裁判所の判決」前述の「九八一年の案」民事裁判所の判決を含む。断罪・再構成(1) 東洋法学会誌一五(1996)五頁以下参照。
(68) M.-L. Izorche, *Information et cession de contrat*, D. 1996, Chronique, p. 347.
(69) Izorshe, ibid.

第一款 判例の展開

一 一九九七年判決まで

(1) 序 説

「双務契約の譲渡」を明確に認めた一九八一年一一月一四日(後述【一】)の破毀院第一民事部判決以降、一九九七年までの間に、破毀院は一度にわたりて契約譲渡に関する判決を公にしてゐる(後述【一】・【二】)。そのいずれもが、契約譲渡に対する相手方の承諾の要否にかかるものであった。けれども、それぞれの事案の特殊性から、破毀院の態度はなお「不確定」(incertitude)であると言わねばならない。

(2) 人的資質を考慮した契約の譲渡

あや第1の判決【一】は、「人的資質を考慮して (intuitu personae) (結ばれた) 契約の譲渡が、相手方の承諾 (consentement) に服する」ことを明かにしたものである。

【一】 破毀院商事部一九九一年一月一四日判決 (Bull. civ. IV, n° 3, p. 3; J.C.P. 1992, I, 3591, n° 17, obs. Ch. Jamin;

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、一九八三年一一月一一日を確定期限と

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。しかるに一九八一年一月一〇日、Aの精算手続が開始され、同二四日に精算人（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が期限前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ぬとして、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の人的資質を考慮して（intuitu personae）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。

破壊院商事部は、まず、「ある契約が相手方当事者（cocontractant）の人的資質（personne）を考慮して結ばれた」という事実は、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の精算人が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のリース料をXに支払い、しかもXの技術的なサービ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の譲渡を承諾する（accepter）意思を明確に表示した」とのと認め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。

右判決は、当事者の人的資質を考慮して締結された契約については、相手方の承諾がないと譲渡しえないとする点では、先のエヌスの見解に合致する。そこで、ジャック・メストル（Jacques Mestre、エクス・マルセイユ大学教授）は、右判決【1】により、マロリーおよびエヌ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」と評している。⁽⁷²⁾けれども破壊院は、エヌスの主張するように、「すべての契約が原則として譲渡可能である」とは述べていない。すなわち、「右判決の定式から、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

由になれる、ということを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た。⁽⁷³⁾

(3) 相手方の事前の承諾

第一の判決【2】は、相手方があらかじめ契約譲渡を承諾していた事案につき、相手方のさらなる承諾が不要である旨を判示したものである。

【2】 破毀院第三民事部一九九二年七月七日判決 (Bull. civ. III, n° 111, p. 73 ; D. 1994. 597, note J.-P. Clavier)

事案は次のようであった。Yは、一九八六年六月二六日付の私署証書で、その所有する農地をA会社に売却した。その契約書においては、Aが保証人になるのであれば、Aは自由に他の者に「代わる (se substituer) 権限」が認められていた。すなわち右契約は、単なる売買契約ではなく、Aに終局的な売買契約を締結するか否かの選択権—オプション権—が留保され、かつ、その権利を第三者に譲渡することができる。「売買の片務予約」 (promesse unilatérale de vente)⁽⁷⁴⁾ である。⁽⁷⁵⁾ そしてAは、右条項に基づき、一九八六年七月一日にXと交替した。しかるにYは、右AX間の契約譲渡の後、その土地の一部をAに譲渡し、残部をA会社の業務執行者であるYの息子に賃貸した。そこでXがYに対して、売買契約の解除を求めて訴を提起した。原審は、次の二つの理由によりAからXへの契約譲渡を認めず、XはYに解除権行使しえないとしてXの請求を棄却した。すなわち、①「XのためにAによつてなされた契約譲渡は、たゞえ売主 (Y) があらかじめ原取得者から新取得者への交替を認めていたとしても、Yに対抗するためには、民法典一六九〇条に従つて、債権の移転の通知 (signification) が要求される」。また、②「Yによる (契約) 譲渡の存在の認識は、…債権の移転に対するYの黙示の承諾」とはならない。⁽⁷⁶⁾ つまり、「相手方 (Y) の承諾なしには契約譲渡は認められ」⁽⁷⁷⁾ ず、XはYに対して解除権行使しえないことになる。X上告。

破毀院第三民事部は、①を認めて②を否定する。すなわち、原判決の①と②を引用した後、①には触れず、②に

ついて次のように述べている。「取得者（A）との間で交わされた私署証書において、Yが認めた交替（substitution）の権限には、原取得者（A）による交替された取得者（X）を保証（する）という条件のほかは、いかなる条件も付加されていない」。したがって、契約譲渡につきYの承諾を要求した原判決は、民法典一一三四条（意思自治の原則）に反するとして破棄され、カーン控訴院に移送された。

右の事案は、売買の片務予約の譲渡に関するものであり、それが「双務契約の譲渡」であることには異論がない⁽⁷⁸⁾。問題となるのは、その契約譲渡があらかじめ相手方に承諾されていた場合にも、なお譲渡の時に、①債権譲渡の対抗要件（民一六九〇条）の手続が要求されるか、また、②相手方の承諾も必要か否かである。

この問題につき原審は、その両者を要するとした。しかし、破毀院第三民事部【2】は、①債権譲渡の対抗要件（一六九〇条）は必要であるが、②相手方の承諾はY A間の契約の内容になつていないため不要であるとし、これを要求した原判決が意思自治の原則（民一一三四条）に反するとした。この判決は、「契約譲渡の相手方への対抗（opposabilité）を民法典一六九〇条の規定に服せしめる」点で、「契約譲渡の制度と債権譲渡のそれとの間の明確な歩み寄り（rapprochement significatif）をめたらす」ものである。けれども、その事案は、相手方があらかじめ契約譲渡に承諾している場合であり、より一般的に、「譲渡人と譲受人の間で結ばれた合意（accord）（のみ）で契約譲渡を有効になしうるか」は、問題として残されている⁽⁸⁰⁾。

（4）小括

一九九七年までの判例法理をまとめると、以下のようなになる。

まず、当事者の人的資質を考慮して（intuitu personae）結ばれた契約は、原則として譲渡できない。しかし、相手方の承諾があれば、譲渡の禁止が解除され、かかる契約も譲渡可能となる（判例【1】）。また、相手方があらか

じめ契約譲渡を承諾している場合には、譲渡人と譲受人の契約によって、当該契約を譲渡することができる。ただしその場合には、相手方に契約譲渡を対抗するために、債権譲渡の対抗要件（民一六九〇条）の手続が要求される（判例【2】）。

かくして、判例においては、契約「譲渡」（cession）が1つの制度として確立するとともに、その要件も次第に明らかになってきた。しかし、人的資質を考慮した契約であることが明確でなく、かつ、相手方があらかじめ承諾していない契約の譲渡に対する相手方の承諾の要否は、なお残された課題であった。

II 11つの破毀院商事部判決

かかる状況において右の課題に応えたのが、一九九七年五月六日に出された11つの破毀院商事部判決であった。

【3】 破毀院商事部一九九七年五月六日判決 (D. 1997. 588, 2^e Espèce, note M. Billau et Ch. Jamin ; arrêt n° 1260 P+B, Quot. jur. 23 septembre 1997, p. 5, note P.M. ; Rev. trim. dr. civ. 1997. 936, obs. J. Mestre)

事案はおよそ次のようであった。Y会社とA会社がメンテナンスの契約を締結し、その契約によれば、A会社に、「前該契約から生じる権利義務を自由に譲渡し、または、その営業のすべてにつき、Aの選択した（他の企業と）交替する（substituer）」などが認められの権限が確保されていた。そして、A会社がX会社と交替し、X会社がY会社に対してもメンテナンス料の支払を求めたといふ、Y会社はこれを拒絶した。原審はX会社の請求を認容し、Y会社が上告した。その上告理由は、契約当事者の第三者への交替は、あらかじめ相手方（Y）に通知されるか、または、相手方が譲渡契約の当事者にならないと、相手方に対して対抗しえないというものであった。

破毀院商事部は、AY間の契約には、当事者の交替（substitution）につき、「Y会社への通知も、その承認

(agreement)（が必要である）」も認められていないから、Y会社はその欠缺を主張しえないと理由で、「(Yの)上告理由は正當でない」と判示した。

【4】 破毀院商事部一九九七年五月六日判決 (D. 1997. 588, 1^{re} Espèce, note M. Billau et Ch. Jamin ; arrêt n° 1261 P+B, Quot. jur. 23 septembre 1997, p. 6, note P.M. ; Répertoire du Notariat Defrénois, 1997. 977, obs. D. Mazeaud) Y会社とA会社との間で、期間を一年とする継続的な商品売買契約が締結された。しかるに、A会社がX会社と交替し、X会社がY会社に対して代金の支払を求めたところ、Y会社がこれを拒絶した。原審はX会社の請求を認容し、Y会社が上告した。

破毀院商事部は、次のように判示して原判決を破毀した。すなわち、「控訴院は、A会社とY会社の間で締結された契約においてあるいはその締結後に、Y会社がその契約当事者の交替につき承諾 (consentement) を与えたか否かを探求することなく」判断を下したものであり、「その判決には法的理由がない」。

右の二つの判決のうち、**【3】** 判決は、AY間の契約においてあらかじめAの契約譲渡の権限が認められ、その契約譲渡につき相手方 (Y) への通知・承諾の要否が争われたものである。その意味では、契約譲渡に関する債権譲渡の対抗要件 (民一六九〇条) の適否が真の争点であったと解される。けれども、破毀院商事部は、「通知 (information) または承認の欠缺が契約譲渡の障害とはなりえない」とを判断したにとどまり⁽⁸¹⁾、民法典一六九〇条の適否といふ「重要な問題は解決されなかつた」と解されている。

他方、**【4】** 判決は、継続的売買契約における当事者の交替につき相手方の承諾を要求するものであり、この問題に関する学説の「論争を一挙に解決した」⁽⁸²⁾点で重要である。そいや、**【4】** 判決に対する学説の対応を検討する。

三 学説の対応

(1) マゾーの反論

【4】判決に対しても、まず、エネスの見解を支持する立場からデニ・マゾー (Denis Mazeaud, パリ第二大学教授) が反対を表明した。その論旨は、「債権者にとって重要なのは、単に契約が維持されることであつて、それが維持されれば（当事者の）人格 (personne) はほとんど問題とならない」から、「契約の履行が原債務者的人格と不可分である例外的な場合」を除き、「合意に基づく（契約）譲渡の有効要件として相手方当事者の承諾を要求することは不要である⁽⁸³⁾」というものである。そして、「契約の相手方当事者は、…そのパートナーの人柄…に無関心ではいられない」という前述のジャマンの見解を引用し、これに対して次の二つの反論を試みる。まず、「契約の相手方当事者の人格に関心を有するか否かという事実は、それがある契約当事者を契約の締結に導く動機 (motifs) であるかぎりは、法的平面では全く無関係である⁽⁸⁴⁾」と指摘する。また、契約当事者は、「ひとたび契約が締結されれば、その契約が期日通りにかつ的確に履行される以上は、もはや相手方当事者の同一性を気にかけない」とする。

かくして、マゾーは、破毀院の課した相手方の承諾という要件が、「（契約）譲渡の手続を不必要に重くし、譲渡が有用であり無害である場合にもそれを禁じることになる」⁽⁸⁵⁾とまとめている。

かかるマゾーの見解は、エネスの見解に従い、契約譲渡を、契約の消滅に代えて契約を存続させる唯一の制度であると積極的に評価⁽⁸⁶⁾するとともに、契約が当事者の人的資質を考慮して結ばれた特別な場合を除いては、原則として譲渡可能であるとするものである。

(2) ビリオリ・ジャマンの賛同

右の見解とは異なり、【4】判決を支持するのは、ビリオリ・ジャマンの評釈である。すなわち、破毀院商事部の

【4】判決によれば、「以後、合意に基づく契約譲渡 (cession conventionnelle de contrat) は、いかなる場合においても、相手方の承諾を要する」とことなる。もつとも、判決では、契約譲渡に相手方の承諾が要求される理由は明確ではない。⁽⁸⁷⁾けれども、ビリオ＝ジャマンは、その理由を、契約が当事者の人的資質を考慮して (intuitu personae) 締結されたか否かにかかわらず、「契約の履行に際しては、契約の相手方当事者的人格がどうでもよい」とではない」という点に求めている。⁽⁸⁸⁾そして、この限りでは、後述するエネスの理解と一致し、【4】判決の理解としては適切である、と解される。

しかし、ビリオ＝ジャマンは、相手方の承諾が要件とされると、「契約譲渡の概念に影響を及ぼす」となると主張する。すなわち、「相手方が新しい契約当事者を承認した場合にしか、譲渡契約がその効力を生じない」とすると、「相手方と譲受人との間に新しい契約が形成されると主張することは不合理ではないように思われる」とする。そして、契約「譲渡」の観念を否定し、相手方の承諾によって新たな契約が譲受人との間に生じるとする、従前のビリオの見解が再説されている。⁽⁸⁹⁾

(3) エネスの見解

注目されるのは、「すべての契約が原則として譲渡可能」であり、相手方の承諾は不要であるとの主張を破毀院に否定されたエネスの評釈である。

イ ビリオ＝ジャマンへの反論

エネスは、まず、【4】判決により、「契約譲渡は、相手方の（譲渡契約時）現在のまたは事前の承諾がなければできない」という規範が定立したことを確認する。⁽⁹⁰⁾そして、ある評釈者（ビリオ＝ジャマン）は、【4】判決から、「この判決が契約の移転的譲渡 (cession translatable) の観念を非難した」との結論を引き出し、「第三者による一方当事者の交替が、《譲受人》との間の新たな契約の締結を前提とする」と主張するが、「かかる演繹は、危険 (dangerous)」

gereeuse) でありかつ疑わしい (contestable)」とする。

まず、「危険」とは、相手方の承諾により新しい契約が生じるとすると、その契約は従前の契約とコードを異にし、「譲渡された契約の継続を（考えていた）契約当事者の意思に反する」ということである。すなわち、「相手方のためにまたは相手方が設定していた担保権は消失し、契約の（履行）期および期間は新しくなり、（利息や情報提供義務などの）契約の形成と形式を規定する諸規定は改めて尊重されねばならず…」相手方と譲受人は、その意思に反する結果となり、「驚愕するであろう」とされる。⁽⁹¹⁾

また、「疑わしい」のは、ビリオ＝ジャマンの主張が、「すべての承諾が…つねに契約の形成 (formation du contrat) を目的としてなされ)、かつ、その承諾をした者がつねに契約当事者になる」という「公準 (postulat) に基づく」点である。なぜなら、「法律が、契約の当事者になるとなく、その契約に同意を与える」とを要求する場合は多く」かかる例として、たとえば民事会社における持株券 (parts sociales) の譲渡に関する民法典一八六一条が挙げられる。⁽⁹²⁾

口 相手方の承諾の役割

それでは、【4】判決にいう「相手方の承諾」の役割 (role) は何か。エネスによれば、それは、「契約を譲渡可能なものとするにとどまる」。⁽⁹³⁾ 換言すれば、「(相手方) の同意 (accord) の役割は、その相手方を契約の当事者とするのではなく、(契約) 譲渡の権限の行使に対する障害を取り除く」とある。⁽⁹⁴⁾ とわれている。そして、「契約が当事者の意思または法律によって譲渡可能な場合に、契約譲渡の相手方への対抗可能性 (opposabilité) は、…(債権譲渡の対抗要件の) 手続あるいは (なんらかの) 通知 (information) または特別な手続によってなされうるものであつて、いずれにせよ、相手方の承諾によるものでは決してない」とする。⁽⁹⁵⁾

かくして、エネスによれば、「譲渡の合意は二当事者の契約 (=二面契約) ではない」とになる。⁽⁹⁶⁾

ハ 契約の譲渡可能性

より根本的な問題は、一般的に契約が譲渡可能であるか否かである。この問題につき、エネスは、「*この譲渡可能性が、…契約に内在する性質である*」とし、「(契約が)特に当事者の人的資質を考慮している (intuitu personae)場合または譲渡禁止条項の存在する場合を除いて、すべての契約は本質的に譲渡可能 (cessible) である」と解している。⁽⁹⁸⁾しかるに、「(破毀院) 商事部はこれとは異なる解決をした。すなわち、相手方の承諾がない場合には、契約は譲渡不可能 (inaccessible) である」とする。しかし、エネスによれば、かかる破毀院の解決と自らの見解が、「少なくとも、(相手方の) 承諾の目的 (という点) では明確に一致する」とする。その目的とは、「契約を譲渡可能にする」ということであり、「それゆえ、その承諾は、契約の締結時または事後になされ⁽⁹⁹⁾る」とになる。

なお、エネスは、破毀院の判決では問題となつていなかが、譲渡人の免責についても次のように述べている。すなわち、「譲渡人は、(契約) 譲渡の後においても、譲受人と併存的に債務を負うであろう」とする。⁽¹⁰⁰⁾もつとも、この点は、従来の自説を繰り返し述べたにすぎない。

四 小 括

(1) 判例のまとめ

一九九七年の二つの判決 ([**3**]・[**4**]) を前提に、合意に基づく契約譲渡に関する破毀院の立場をまとめると、以下のようになる。

- ① 当事者の人的資質を考慮して (intuitu personae) 結ばれた契約に限らず、契約は原則として譲渡できない。ただし、相手方の承諾があれば、譲渡の禁止が解除され、契約は譲渡可能 (cessible) になる (判例 [**4**])。
- ② 相手方があらかじめ契約譲渡を承諾している場合には、譲渡人と譲受人の契約によって、当該契約を譲渡す

ることができる（判例【2】・【3】）。その場合に、相手方に契約譲渡を対抗するために、債権譲渡の対抗要件（民一六九〇条）の手続が要求されるか否かについては、【3】判決は答えていない。けれども、【2】判決を前提になると、債権譲渡の対抗要件としての通知・承諾が要求されることになる。

なお、契約が譲渡された場合に、譲渡人が免責されるか否かについては、破毀院の判決がなく、なお残された問題である。

(2) 学説のまとめ

右の判例法理に対して、エネスおよびマゾーは、人的資質を考慮して契約および譲渡禁止条項がある契約を除き、原則として契約が譲渡可能であるとする。ただし、契約が当事者の人的資質を考慮して結ばれたか、または譲渡禁止条項により譲渡できない場合には、事前または事後に相手方の承諾があれば、譲渡禁止が解除され、当該契約は譲渡可能となる。したがって、契約が譲渡可能であるか否かという出発点の理解は異なるが、相手方の承諾の役割が契約を譲渡可能にすることにあると解する点では、破毀院とエネス＝マゾーの見解に隔たりはない。

これに対しても、ビリオ＝ジャマンの見解は、契約譲渡に常に相手方の承諾を要するという結論においては、破毀院の立場と異なる。しかし、ビリオ（＝ジャマン）によれば、相手方の承諾の役割は、譲受人との間に新しい契約関係を創造することにあり、契約の「（移転的）譲渡」を否定する点で、破毀院の理解とは大きく異なる。かかるビリオ（＝ジャマン）の見解は、債務者の交替を更改ないし指図によつてしか認めず、債務の特定承継（＝免責的債務引受け）を否定するフランス法の伝統に根ざしたものである。けれども、破毀院が契約「譲渡」（cession）の概念を承認し、かつ、倒産法にも契約譲渡の制度が採用された今日においては、やや異質な見解であると思われる。

- (70) Jamin, op. cit. (note 55), p. 131.
- (71) J. Mestre, Obs., Rev. trim. dr. civ. 1992, p. 763. たゞ、判決【一】ノハシトサハ、ヤドニ前稿（野澤・再構成（11）・完）立教法學園1991頁
ズルト）トモトス。
- (72) Mestre, ibid., p. 762.
- (73) Mestre, ibid., p. 763.
- (74) 株主の出資手続ノハシトサハ、野澤・再構成（11）立教法學園1991頁シテ参照。
- (75) 株主の出資手続ノハシトサハ、「双務契約の譲渡」トモトス。先に触れた破産院第一民事部1981年11月1日判決が明かにした。ノハ
シテの事実ノハシトサハ、野澤・再構成（11）立教法學園1991頁参照。
- (76) Rouen, 16 janvier 1991, cité par J.-P. Clavier, Note, D. 1994, p. 598.
- (77) Clavier, ibid.
- (78) 前掲注（72）参照。
- (79) Jamin, op. cit. (note 55), p. 131.
- (80) Jamin, ibid.
- (81) M. Billiau et Ch. Jamin, Note, D. 1997, p. 591.
- (82) D. Mazeaud, Obs., Répertoire du Notariat Defrénois 1997, n° 1, p. 978.
- (83) Mazeaud, ibid., n° 4, p. 980.
- (84) Mazeaud, ibid., n° 6, p. 981.
- (85) Mazeaud, ibid., n° 11, p. 983.
- (86) Mazeaud, ibid., n° 5, p. 980.
- (87) M. Billiau et Ch. Jamin, Note, D. 1997, p. 589.
- (88) Billiau et Jamin, ibid.
- (89) Billiau et Jamin, ibid., p. 591.
- (90) L. Aynès, Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé, D. 1998, n° 1, p. 25.
- (91) Aynès, ibid., n° 3.
- (92) Aynès, ibid., n° 4. 出版業1ハタチ1条1項は次のヨリハ規定ナラ。ヤヌウハ、「株券はアグレの構成員の承認（agrément）がなければ、譲
轉ハシベナシ」。
- (93) Aynès, ibid., n° 7, p. 26.
- (94) Aynès, ibid., n° 11.

(95) 前述のように、エネス自身は、債権譲渡の対抗要件に関する民法典一六九〇条の手続を重視せず、他の手続によって相手方に契約譲渡の事実が知らせられればそれでよし、といふスタンスを探つてゐる。

(96) Aynès, op. cit. (note 90), n° 8, p. 26.

(97) Aynès, ibid.

(98) Aynès, ibid., n° 9.

(99) Aynès, ibid.

(100) Aynès, ibid., n° 10.

第三款 今後の展望と課題

I 問題の所在

前款までの検討から、近時のフランス法においては、「契約譲渡」(cession de contrat) が一つの法制度として、実定法および判例法の中に定着しつつあることが明らかになつたと思われる。もともと、その要件および効果は依然として明確でなく、とりわけ要件の点では、相手方の承諾が必要であるか否かが争われている。すなわち、原則としてこれを必要とする破壊院商事部と、不要とするエネスの見解とが対立しているのが現状である。しかし前述のようだ、この二つの見解は、相手方の承諾の役割が契約を譲渡可能にするにある、といふ点では一致する。それゆえ、本質的な問題は、原則として契約が譲渡可能である (cessible) か否かに存すると解される。

II 主觀説と客觀説の対立

右の問題は、学説のレヴェルでは、契約の概念に関する主觀説 (conception subjective) と客觀説 (conception objective) の対立⁽¹⁾として現れる。すなわち、前者は、意思自治の原則を規定した民法典一三三四条一項に基いて、

契約当事者は、相手方の承諾なしに契約を譲渡することによつて、その契約を一方的に破棄することはできないと主張する。かかる立場からすれば、契約は原則として譲渡不可能であり、それを可能とするのが相手方の承諾である、ということになる。これに対して、後者は、契約も一つの財産権であるから、他の財産権と同じく、相手方の承諾なしに自由に譲渡できると主張する。もつとも、客観説の論者も、契約が人的な結合であることを否定するものではない。しかし、委任契約のように人的資質を考慮する (*intuitu personae*) 契約を除き、通常の契約においては、契約の相手方の人格 (personne) は契約を締結する動機にはなりえても、法的平面では考慮の対象にならない、と考えるのである。⁽¹⁰⁾

しかし、右の契約の概念に関する主觀説と客観説の対立は、それぞれ契約の有する一つの側面を強調するものであつて、決め手を欠き、平行線をたどるように思われる。そして、両説のいずれに軍配が挙がるかは、将来の議論を待たなければならないことは当然である。けれども、別の視点から、その帰趨を現時点で予測することは不可能ではないと考える。その視点とは、契約譲渡の対象となる具体的な契約類型からのアプローチである。

三 繼続的契約の譲渡可能性

(1) 契約譲渡の対象

契約譲渡の主たる対象が継続的契約であることには、今日では異論がない。そして、判例においても、現実に問題となるのは、継続的商品売買契約やメンテナンス契約などの継続的契約である。そうであるとすれば、抽象的に契約の概念を問題にするのではなく、右の継続的契約が、相手方の承諾なしに原則として譲渡可能であるか否か、を検討するのが適切であると解される。

(2) エネスの見解

右の問題と関連して、エネスは、継続的(供給) 契約 (contrat de fourniture) およびその一類型である特約店契約 (contrat de concession) を例に、契約譲渡の機能を次のようないくつか説明している。⁽¹³⁾

「継続的供給契約は、販売業者 (commerçant distributeur) が、(五年ないし) 10年の) 一定の期間内に一定量の商品を、ある製造業者、輸入業者または卸売業者 (=供給者 fournisseur) から定期的に購入することを義務づけられる旨の合意である。その代わり、右の供給業者は、販売業者に対して、その商品の一部を引き渡す義務を負う。

そして、かかる合意は、排他的販売条項 (clause d'exclusivité) を含む場合がある。たとえば、継続的供給契約の一項であつて、許諾者 (concédant) と特約店 (concessionnaire) とを結びつける特約店契約 (concession commerciale) は、次の点で重要な役割を果たしてゐる。すなわち、右契約は、生産者から消費者への販売網の編成を可能にするのである。このことは、より一般的に、生産者と販売業者の間のすべての協力契約 (contrats de collaboration=フランチャイズ契約、ライセンス契約、下請契約、代理店契約など) においても同様である。そして、かかる協力 (関係) は、安定性 (stabilité) をもたらすところとなる。

ところで、供給者または販売業者的一方がその営業を譲渡した場合には、その譲渡後においても (従前の) 契約が存続するとするところが、営業の取得者、譲渡人および譲渡人の相手方の利益になりうる (取得者については、継続的供給契約がその営業に必要不可欠な手段であり、かつ、譲渡人にとっても、[営業の譲渡により] 契約が終了するとすれば、損害賠償を支払わざるという危険にさらされる)。それゆえ、継続的供給契約 (ないし特約店契約) は、多くの場合に、営業の譲渡人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、当事者の一方がその人的資質のゆえに選ばれた場合には、反対に (契約) 譲渡を禁じる (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、契約譲渡は、一般的には、譲渡人と譲受人との間の合意によつてなされる営業権の譲渡に付加されることになる」。

右の見解を要約すると、次のようになる。すなわち、特約店契約などの継続的契約においては、当事者間に協力関係が生じ、それにより契約関係の安定性がもたらされる。しかし、当事者の一方が営業譲渡などによつてその契約を履行しえなくなると、契約関係の安定性が破壊される。そこで、契約関係の安定性を維持するために、契約譲渡が認められるとする。

かかる見解は、契約譲渡の制度の沿革⁽¹⁴⁾および現実の裁判例⁽¹⁵⁾に照らすと、適切であると思われる。もつとも、右の見解は、継続的契約が原則として譲渡可能であるか否かを明らかにするものではなく、継続的契約を締結するにあたり、「当事者の一方がその人的資質のゆえに選ばれた場合」とそうでない場合とがあることを指摘するにすぎない。

ところで、かりに契約譲渡の制度が存在しなければ、当事者の一方がその営業を譲渡すると、その当事者が締結していた継続的契約はどうなるであろうか。

この点につき、エヌスはその博士論文において次のように述べている。すなわち、伝統的な契約理論によれば、営業を譲渡した当事者の債務は履行不能となり、その相手方は損害賠償を請求しうるが、従前の継続的契約に基づく安定性は破壊される。そして、相手方および営業の譲受人は、それぞれ新しい当事者と新たな法律関係を結ぶことになるが、そのためには、その者と交渉し、その者の資質を調査し、かつ、契約締結の手続を踏まねばならない。エヌスは、このような「伝統的解決が、…継続的契約の締結がもたらす経済的、人的、そして多くの場合には感情的（affectif）な負担を軽視している」と批判する。

右の見解で注目されるのは、エネス自身も、継続的契約の締結に際して相手方当事者の「資質を調査」することが不可欠である、と考えている点である。そして、この点を強調すると、継続的契約は、多くの場合に（むしろ原則的には）、当事者の人的資質を考慮して（*intuitu personae*）締結される契約であり、相手方の承諾なしには譲渡が不可能であると解することもできる。

(3) 特約店契約に関する近時の議論——「枠組契約」の分析

継続的契約の多くが当事者の人的資質を考慮して結ばれる契約であることを示唆するのが、近時のフランスにおける「枠組契約」(contrat-cadre) の理論である。¹¹⁸⁾ いう枠組契約の理論とは、長期にわたる継続的契約につき、当事者間の基本的な枠組みを定める「枠組契約」と、そこから派生し、その枠組みを具体化する複数の個別的契約（売買など）からなる「実施契約」(contrats d'application) とに区別するものであり、わが国の継続的契約における「基本契約」と「個別契約」の区別に対応する。

右の枠組契約は、流通業者と複数の小売商との間で締結され、これによって消費者に対する販売網が形成されることになる。たとえば、枠組契約の一つである特約店契約は、製造業者や卸売業者のような許諾者 (concédant) が、限定的な人数の商人を特約店 (concessionnaire) とし、その特約店が一定の義務を履行することを条件に、特定の商品の一一定区域内での一手販売を認めるものである。¹¹⁹⁾ この場合に、契約譲渡との関連で問題となるのは、特約店契約の当事者の一方である特約店がその営業権を第三者に譲渡したときに、右特約店契約も許諾者の承諾なしに営業権の譲受人に譲渡されるか否かである。

右の問題につき、先のエネスの見解をあてはめると、次のように解されよう。すなわち、この場合に契約譲渡を認めなければ、従前の特約店契約は終了し、許諾者は新しい特約店を探さなければならず、そのためのコストがかかることになる。そこで、かかるコストを回避するために、許諾者の承諾なしに（特約店）契約の譲渡を認めるべ

きである、といふことになる。

しかし、現実の枠組契約においては、右のような解決は採られていない。すなわち、「枠組契約には、たいてい、相手方（供給者＝特約店契約の場合には、許諾者一筆者注）が譲受人を承諾する旨の同意条項が契約譲渡の要件」として明記され、「人的資質を考慮した契約（intuitu personae）である」とが、（枠組契約書に）刷り込まれている（imprimé）」ふれる。そして、このことは、「ふりわけフランチャイズ契約および選択的流通契約（distribution selective）において」顕著である、との指摘がなされている。⁽¹⁰⁾

右の指摘は、枠組契約の締結過程を考慮すれば、適切であると思われる。ところの、供給者は、右契約を締結するに際して、多くの候補者（plusieurs variantes）の中から、その職業的適性や（自己の商品の）販売地としての特性などの「客観的な資質を基準として」パートナーの選択を行うのが通常であるからである。そうであるとすれば、継続的契約の中でもとりわけ、現代の経済社会において重要な地位を占める枠組契約の多くは、当事者の人的資質を考慮した（intuitu personae）契約であり、その譲渡は原則として許されず、相手方（たとえば、供給者・許諾者）の承諾が要件となる、と解される。

(4) 展望

合意に基づく契約譲渡に関しては、契約が原則として譲渡可能であり、これに対する相手方の承諾は不要である、と解するエヌスの理論も依然として有力である。けれども、破毀院は、相手方の承諾を契約譲渡の要件とすることを明確にした【4】判決⁽¹¹⁾。また、近時のフランスにおける継続的契約論は、（合意に基づく）契約譲渡の主たる対象である継続的契約の多くが、その当事者の人的資質を考慮して締結されるものであり、原則として相手方の承諾なしには譲渡できないものであることを示唆する。

それゆえ、今後は、相手方の承諾が合意に基づく契約譲渡の要件になる、という見解がフランスにおいて支配

的になることが予測される。

四 残された課題

もつとも、右の相手方の承諾の目的は、エネスが指摘するように、あくまで契約を譲渡可能にすることにある。それゆえ、かかる承諾があらかじめなされている場合（たとえば、当初の契約において契約譲渡が認められているとき）に、当該契約譲渡を相手方に主張するための対抗要件の要否は、別に考えられねばならない。

右の問題につき、破毀院は、債権譲渡の対抗要件（民一六九〇条）の手続の履践を要求する（【2】判決）。しかし、エネスは、相手方に契約譲渡を知らせるために右の手続が有効であることを認めつつ、これを厳格に遵守する必要はないとして主張し、破毀院と対立している。また、契約譲渡による譲渡人の免責の可否については判例がなく、この点は今後の課題であるといえよう。

しかし、より大きな問題は、法律に基づく契約譲渡⁽¹¹⁾と合意に基づく契約譲渡の異同にあると思われる。すなわち、両者はいずれも「契約譲渡」であるが、後者においては、契約譲渡に相手方の承諾が必要とされるのに対して、前者では、一般的に相手方の承諾が不要とされている。⁽¹²⁾かかる違いは、いかなる理由に基づくものであろうか。この問題は、フランスにおいてはあまり議論されていない。けれども、「契約当事者の地位の移転」という制度の全体を統一的に理解するには、避けては通れない問題であるように思われる。

もつとも、右の最後の点は、後に「全体的考察」（第四章）を行ふ際に提示することとし、次節においてはひとまずわが国に目を転じて、近時のゴルフ会員権の譲渡をめぐる裁判例を素材に、契約の譲渡可能性を検討する予定である。

- (101) Mazeaud, op. cit. (note 82), n° 1, p. 978.
- (102) Mazeaud, ibid., n° 6, p. 981.
- (103) Ph. Malaurie et L. Aynès, Cours de droit civil, Obligations, Cujas, 9^e éd., 1998, n° 784, p. 455. たゞ、野澤・再構成（II・訳）立教法学四一四二六—一七頁。
- (104) わくかん詔ある法律に基いて契約譲渡（cession légale de contrat）を、契約關係の安定性を図るべくしたいたつてば、野澤・再構成（I）立教法学三九号一一八頁およそ一四四頁参照。
- (105) 現実の裁判例における合意に基づいて契約譲渡が、継続的契約を対象としているもの、野澤・再構成（I）立教法学四〇号一一八頁以下参照。
- (106) L. Aynès, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, *Economica*, 1984, n° 5, p. 14.
- (107) 案組契約にてよどぎ、野澤正充「有償譲渡における金額の決定（I）（II）」立教法学五〇号一八六頁（一九九八年）、五一号一頁（一九九九年）およびその一部を、一九九九年三四月一〇日に行われた田仏法学会における報告のためにまとめた、同「案組契約と実施契約」田仏法学一一一即（一〇〇〇年刊行予定）がある。
- (108) 中田裕康『継続的売買の解消』（有斐閣、一九九四年）一一六〇頁。たゞ、野澤・訳前（I）一一一四頁以下参照。
- (109) P.-H. Antonmattei et J. Raynard, *Droit civil, Contrats spéciaux*, Litec, 1997, n° 42, p. 45.
- (110) Antonmattei et Raynard, ibid., n° 32, p. 32.
- (111) 法律に基づく契約譲渡には、次の二つの場合がある。すなわち、①立法者が、契約を譲渡するか否かの自由を当事者に委ねつけ、その要件および効果を確定する場合と、②立法者が契約の移転を強制する場合である。このうち、①は、実質的には「合意に基づく契約譲渡」と異なる。それゆえ、合意に基づく場合と区別されるのは②であり、具体的には、本稿が「特定の財産の譲渡に伴う契約当事者の地位の移転」として挙げた二つの類型（立教法学五三号九〇一九一頁）が問題となる。以上の点について、詳しくは、野澤・再構成（I）九八頁以下参照。
- (112) わが国についで、本稿（I）立教法学五三号九一頁以下では、賃貸人の地位の移転を例に説明した。しかし、より一般的にフランスの議論を参照するものとして、野澤・再構成（I）九〇頁以下を参照。