

| | |
|------|----------------------------|
| タイトル | <論説>債権譲渡と債務者の異議を留めない承諾 |
| 著者 | 遠山, 純弘 |
| 引用 | 北海学園大学法学研究, 39(2): 161-183 |
| 発行日 | 2003-09-30 |

債権譲渡と債務者の異議を留めない承諾

遠 山 純 弘

一 民法四六八条一項本文によれば、指名債権の譲渡において譲渡人（旧債権者）と譲受人（新債権者）との間の債権譲渡を譲渡債権の債務者が異議を留めずに承諾したときは、債務者は、譲渡人に対抗することができ、債権譲受人に対抗することができなくなる⁽¹⁾。このように、債務者の異議を留めない承諾に無制限に抗弁切断の効力を与え、債権の譲受人の保護に厚い点においてこの規定は、諸外国に類をみない、近代法の異色であるとされる⁽²⁾。そして、判例・通説は、この規定の適用をその文言から帰結されるところ——民法四六八条一項は、単に「債務者カ異議ヲ留メスシテ前条ノ承諾ヲ為シタルトキハ」とだけ言う——よりも制限するものの、それでもなお同条の広範な適用を認め、債権取引の安全あるいは譲受人の保護を図っている⁽³⁾。

もつとも、私は、このような民法四六八条一項の適用に関する判例・通説の考え方にただちに賛成することはできない。判例・通説に従った同条による取引の安全あるいは譲受人の保護は、私には行きすぎのように思われる。われ

われは、債務者の異議を留めない承諾に関する判例・通説の検討においてわが国の判例・通説が債務者の保護を軽視し、過度に取引の安全あるいは譲受人の保護を重視しているのを見ることができよう(三参照)。債権譲渡の解釈論における出発点とは何であろうか。債務者の異議を留めない承諾に関する議論の現状にかんがみると、われわれは、改めて債権譲渡の解釈論における出発点を確認し、もう一度債務者の異議を留めない承諾に関する議論を検討する必要があるように私には思われる。

二 そこで、われわれは、債務者の異議を留めない承諾に関する問題を検討する前に、まず債権譲渡を解釈する際の基本原則を確認しておく必要がある。それはきつと民法四六八条一項の解釈にも影響を及ぼすだろう。

わが国の民法は、原則として債権の譲渡性を認める(民法四六六条一項本文)。債権譲渡は、譲渡人(旧債権者)と譲受人(新債権者)との諾成・無要式の契約によって行われる。もちろん、譲渡人と譲受人との間で行われた債権譲渡の効果は、譲渡契約によってただちに債務者に及ぶわけではなく、その効果を債務者に及ぼすためには、債務者に対する通知または債務者の承諾が必要とされている(民法四六七条一項)。その点では、法律は、譲渡の過程に債務者が何らかの形で関与することを前提にしていると言うことができるかもしれない。しかし、債権譲渡の効果それ自体は、債務者に対する通知や債務者の承諾がなくても、譲渡人と譲受人との合意のみによって発生する。言い換えれば、債権譲渡それ自体への債務者の関与は不要とされた。それゆえ、われわれは、それによって債務者に生ずる不利益に對して十分に配慮しなければならない。

ところで、われわれが債権譲渡を適切に解釈するための出発点を探そうとするならば、ネルが適切に述べるように、法律が無視したある区別に目を向けるべきであろう。⁴ 法律は、契約に基づいて発生する契約債権の譲渡と、事務管理、

不当利得、不法行為から生ずる債権のように、法律の規定に基づいて発生する法定債権の譲渡を区別していない。しかし、この法律が無視した区別は、債権譲渡を適切に解釈するための重要な手がかりをわれわれに与えてくれる。法定債権においては、法律の規定に基づいて債権が発生するから、債務者は自己の債権者を選び出すことはできない。それゆえ、債権譲渡によって債権者が変わることになっても、法定債権の債務者にとっては、それほど問題はない。これに対して、契約に基づいて発生する契約債権においては、状況は異なる。債務者は、契約自由の原則に従って自己の契約の相手方、つまり、債権者を選択することができる。ところが、債権譲渡とは、まさしく債権者の変更に他ならない。このように、債権者の変更にもかかわらず、債務者を債権譲渡に関与させないとすれば、法律は、近代私法の基本原則とされる契約自由の原則を侵害することになる。それゆえ、われわれは、ネルに賛成して、近代私法の基本原則とされる契約自由の原則の侵害に対する包括的な保護を債務者に与えなければならない⁽⁵⁾。まさしく債権譲渡における債務者の保護は、立法者によるお恵み (Gnadenakt) として与えられるものではなく、債務者の関与を債権譲渡から外したことに伴う必然的なコロラリー (das notwendige Korrelat) であり、言い換えれば、債権者の債権処分の自由に伴う必然的なコロラリーである⁽⁶⁾。したがって、債務者の保護は、債権譲渡の解釈論における解釈原則となるべきものであって、われわれは、解釈が疑わしい場合には、債務者の有利になるように判断しなければならない。また、この債務者の保護は、法律が債権譲渡に関して契約債権の譲渡と法定債権の譲渡とを区別せず、両債権を一律に扱っていることから、法定債権の債務者にとっても利益となるだろう。

もつとも、このように、債権譲渡の解釈論において債務者の保護を解釈原則とする考え方に対して次のように言われるかもしれない。すなわち、今日の取引社会において債権取引は重要な役割を果たしているため、債権譲渡を容易にする必要があり、それゆえ、解釈に際しては、債務者の保護よりも、むしろ、取引の安全あるいは譲受人の保護を

重視して考察すべきである、と。しかし、たとえ今日の取引社会において債権取引が重要な役割を果たしており、本来譲渡を予定していないはずの指名債権ですら、資金調達手段としてその流動化が要請されているとしても（五参照）、すでに述べたことから、債権譲渡によって生ずる不利益をそれに関与しない債務者に負担させることは許されないであろう。⁽⁷⁾

とは言え、債権取引において取引の安全や譲受人の保護が債務者の保護によって完全に否定されるわけではない。そこで、債権譲渡における債務者の保護についてなお次のことを付言しておくことが有益であろう。まず債務者の保護といっても、それは、債権譲渡後における債務者の地位をそれ以前よりも強化したり、債権譲渡がなかったならば債務者が置かれていたであろう状況よりも債務者を有利な状況に置くということを意味するものではない。債務者の保護は、債権譲渡がなかったならば債務者が置かれていたであろう状況よりも債務者を不利な状況に置かないということの意味するにすぎない。⁽⁸⁾つまり、債務者の保護とは、債権譲渡の有無にかかわらず債務者の置かれている状況を変えない（Das Prinzip Status quo Schutzes）ということの意味するにすぎない。これは、債務者を債権譲渡に関与させないことに伴う当然の帰結であろう。また、債務者の保護は、盲目的なドグマ（blindes Dogma）ではなく、法学における他の概念と同様に、削り落とされたり、制限されたりする。債務者の保護は、あくまで債権譲渡の解釈論における原則としての意味を有するにすぎず、個別具体的な事案において取引の安全や譲受人を保護する必要性和債務者の事情を考量して、取引の安全や譲受人の保護を図ることまで否定するものではない。さもないければ、債権譲渡における法形成は阻害されるだろう。債務者の保護が債権譲渡の解釈論における解釈原則になるということは、債権譲渡の解釈に当たって、とりわけ債務者の利益と譲受人の利益とが衝突する場合の判断に当たって、絶えず債務者の保護が守られているかを注意深く吟味しながら、個別具体的な事案において取引の安全や譲受人を保護する必要性

と債務者の事情を考量して、取引の安全や譲受人の保護を図っていくことを意味するにすぎない。⁽⁹⁾ 別な言い方をすれば、債務者の保護が原則であるから、取引の安全や譲受人の保護を図ろうとする場合には、それを保護すべき積極的な理由づけを必要とし、その理由づけに成功しない場合には、原則通り債務者が保護されるというにすぎない。

三 以上のように、債権譲渡における債務者の保護は、債権者の債権処分の自由に伴う必然的なコロラリーであり、法律の規定のドグマティックが拠り所とし、また債権譲渡の法の解釈と継続的形成が行われる出発点となるべき観点である。それゆえ、われわれは、判例・学説が債権譲渡の解釈において債務者の保護という観点を十分に顧慮しているかどうかを絶えず吟味しなければならない。しかし、残念ながら債務者の保護という観点は、ドイツの判例・学説に関してネルが指摘するのと同様に、⁽¹⁰⁾ わが国の判例・学説においても軽視されることが少なくない。それは債務者の異議を留めない承諾に関する議論の中にも見ることができ。

そもそも民法四六八条一項の規定は、私には疑わしく思われる。⁽¹¹⁾ この規定は、債務者に異議の表示を求め、その異議の表示によって債務者が抗弁を保持するとしている。しかし、債務者は、債権譲渡に関与しないのであるから、それによって生ずる不利益から保護されることすらあれ、何故自ら異議を表示しなければならないのだろうか。このような規定の仕方は、ネルが述べるように、本末転倒ではなからうか。⁽¹²⁾

もつとも、このような立法論的な問題点は一先ず置き、次に解釈論に関する問題点を取り上げよう。まず民法四六八条一項の要件に関する議論に目を向けてみよう。民法四六八条一項による債務者の抗弁喪失が認められるためには、債務者が異議を留めない承諾をしたことが必要となる。通説によれば、異議を留めない承諾とは、「一切の抗弁をしない」とか、「異議を述べない」という積極的な表示を伴う必要はなく、無留保の承諾も異議を留めない承諾となる。⁽¹³⁾

かし、異議を留めない承諾によって一切の抗弁を喪失させるという重大な不利益を債務者に負担させるならば、単なる債務者の無留保の承諾が異議を留めない承諾になるとするには疑問がある⁽¹⁴⁾。また、明文上の要件ではないが、判例・通説は、民法四六八条一項の合目的な解釈から、譲受人が同規定による保護を受けるために、譲受人が善意、つまり、譲渡債権に抗弁が附着していることを知らないことを要求する⁽¹⁵⁾。もつとも、譲受人に善意の他に、無過失を要求するかどうかに関しては争いがある⁽¹⁶⁾。しかし、かりにここで―もしかすると判例はそうかもしれないが―譲受人に善意しか要求しないとすれば、そのような解釈は、債務者の保護を軽視するだけでなく、債務者に一切の抗弁を喪失させるという重大な不利益を負担させるにもかかわらず、譲受人に自己が保護されるために必要なことをするため、その動機づけも与えない。なぜなら、そのような解釈が正当化されるならば、譲受人が抗弁について何も知らなければ、それ以上何もしない方が、つまり、実際に抗弁が附着していないかどうかを確かめることなどしない方が懸命だ、ということになるからである⁽¹⁷⁾。

さらに、民法四六八条一項の制度趣旨の議論と関連する⁽¹⁸⁾、私の考えによれば、最も重要な問題が取り上げられるべきであろう。現在の判例・通説とされる公信説によれば⁽¹⁹⁾、債務者の異議を留めない承諾による抗弁喪失が認められる理由として、債務者の異議を留めない承諾に対する譲受人の信頼保護ということが言われる。このような公信説の考え方の基礎には、債務者が異議を留めない承諾する場合には、譲受人は、譲渡債権が存在する、あるいは譲渡債権には抗弁が附着していないと信頼する、という考え方があり、しかし、何故譲受人は、債務者の無留保の承諾やすでに作成された承諾書―その書面においては「異議を留めない」旨の文言が用いられているとしても―への債務者による署名など、単なる債務者による承諾の表示から、譲渡債権が存在する、あるいは譲渡債権には抗弁が附着していないと信頼してもよいのだろうか。債務者がむやみやたらと抗弁を放棄したり、旧債権者（譲渡人）に対する信用供与

(Kreditgewährung) の危険を好んで引き受けることがありうるだろうか。⁽²⁰⁾ 通常の事案においてこれを肯定することは、ドイツの新派(modern)に賛成して、⁽²¹⁾ 私には難しいと思われる。ドイツの新派が述べるように、また民法四六八条二項にその端初を見ることができるといふことは、債務者が抗弁を保持するといふことは、債務者にとつて当然かつ自明なこと(Das Natürlich-Selbstverständichste)であり、むしろ、債務者が抗弁を放棄することは例外的なことであり、異例なことであろう。⁽²²⁾

それゆえ、われわれは、債務者による承諾の表示について次のように考えるべきであろう。すなわち、ドイツの新派に賛成して、債務者による承諾の表示には、原則として抗弁が留保されていると考えるべきであり、⁽²³⁾ わが国の判例・通説が考えるように、債務者による承諾の表示から、譲受人が、譲渡債権が存在する、あるいは譲渡債権には抗弁が附着していないと信頼する、といふことを解釈論の出発点とすべきではないだろう。⁽²⁴⁾

また、右に検討した債務者による承諾の表示に対する譲受人の信頼という問題を一先ず置くとして、公信説に従つた民法四六八条一項の適用が妥当な結論に至るかどうかにも私には疑問である。⁽²⁵⁾ 右に述べたように、公信説は、債務者の異議を留めない承諾による抗弁喪失を債務者の異議を留めない承諾という事実と公信力を与えて譲受人を保護し、指名債権の譲渡の安全を図るものであるとする。しかし、そもそも譲受人が被る不利益や損害は何から生ずるのであるろうか。譲渡債権が存在しない、あるいは譲渡債権に抗弁が附着しているといふことによつて譲受人が被る不利益や損害は、債務者の異議を留めない承諾それ自体から生ずるのではなく、⁽²⁶⁾ 債権譲渡あるいはその原因行為である与信行為から生ずるのではなからうか。そうであるならば、債務者の異議を留めない承諾による抗弁喪失を債権譲渡そのものから切り離して、債務者の異議を留めない承諾という事実そのものに公信力を与えて譲受人を保護し、指名債権の譲渡の安全を図ろうとすることが妥当な考え方であるといふことができるのだろうか。そもそも譲受人が被る不利益

や損害と債務者の異議を留めない承諾との間には因果関係はなく、また譲受人は、債務者の異議を留めない承諾を信頼して与信や債権譲渡を行う必要はないから、債権譲渡と譲受人の信頼との間にも因果関係はない⁽²⁷⁾。何故債務者は、自己の行為と関係がない損害まで、言い換えれば、自己に原因がない損害まで負担しなければならないのだろうか。何故債権譲渡の時点において必ずしも譲渡債権の存在や譲渡債権に抗弁が附着していないことに対する信頼を有しない譲受人が、譲受人の被る不利益や損害について原因がない債務者の犠牲においてこのような保護を受けるのだろうか。自己責任を原則とするわが国の民法において何故このような結論が正当化されるのだろうか。ましてわれわれの債権譲渡における解釈原則である債務者保護の原則から、何故このような結論が正当化されるだろうか。むしろ、債権譲渡の時点において譲渡債権の存在や譲渡債権に抗弁が附着していないことに対する信頼を有しない譲受人は、自ら譲渡債権の不存在や抗弁の附着に対する危険を引き受けたと考えるべきであり⁽²⁸⁾、このような譲受人にあえて債務者の抗弁喪失という有利な保護を与える必要はないのではなからうか。

もつとも、このことから、債務者の異議を留めない承諾による抗弁喪失を、公信説の立場から、債務者の異議を留めない承諾を信頼して債権譲渡を行った者を保護するものであると考えるならば⁽²⁹⁾、債権譲渡後に異議を留めない承諾がなされた場合の抗弁喪失を説明することはできない⁽³⁰⁾。なぜなら、債権譲渡後に異議を留めない承諾がなされるならば、債権譲渡時における譲渡債権の存在や譲渡債権に抗弁が附着していないことに対する譲受人の信頼はないからである。これに対して、債権譲渡とその後引き続き債務者の異議を留めない承諾を一体として法的に意味あるものと把握し、債務者の意思に法的非難性を認めることによって債権譲渡後になされた債務者の異議を留めない承諾による抗弁喪失を根拠づけようとしても⁽³¹⁾、私には説得力があるとは思われない。なぜなら、債権譲渡とその後引き続き債務者の異議を留めない承諾を一体として法的に意味あるものと把握するとしても、債権譲渡後に債務者の承諾がなさ

れる場合には、實際上、譲渡債権の存在や譲渡債権に抗弁が附着していないことに対する譲受人の信頼がないことあるいは債権譲渡に対する債務者の帰責性がないことには変わりがないからである。⁽³²⁾

もしかすると、債務者の異議を留めない承諾を債務者の債務承認あるいは処分授權の意思表示であると考えられるならば、⁽³³⁾債権譲渡と債務者の異議を留めない承諾との関連を問題とせずに、債務者の抗弁喪失を認めることができるかもしれない。しかし、そもそも民法四六八条一項の制度趣旨を債務者の債務承認あるいは処分授權の意思表示であると考えること自体が適切であるかどうかの問題は一先ず置くとして、⁽³⁴⁾この場合にも、すでに述べたように、債務承認の意思であれ、処分授權の意思であれ、債務者が通常そのような意思を有するのか、という根本的な問題を提起することができよう。われわれの立場によれば、債務者による承諾の表示には、原則として抗弁の留保が含まれていると考えられるので、単なる債務者による承諾の表示を、債務承認の意思であれ、処分授權の意思であれ、債務者の意思表示であると考えすることはできない。

以上の議論から、われわれは、わが国の判例・通説が債務者の保護を軽視し、過度に取引の安全あるいは譲受人の保護を重視しているのを見ることができらう。しかし、わが国の判例・通説は取引の安全を重視するあまり、極めて単純かつ素朴な疑問をこれまで問題とすらしなかった。何故債務者がむやみやたらと抗弁を放棄したり、譲渡人に対する与信の危険を好んで引き受けるのだろうか。譲受人が債務者による承諾の表示から、譲渡債権が存在する、あるいは譲渡債権には抗弁が附着していないと信頼する、と考えることが何故正当化されるのだろうか。また、何故債務者は、自己の行為と関係なく生じた損害まで負担しなければならないのだろうか。何故債権譲渡の時点において譲渡債権の存在や譲渡債権に抗弁が附着していないことに対する信頼を有しない、つまり、譲渡債権についての危険を引き受けたはずの譲受人が債務者の犠牲において保護されるのだろうか。取引の安全か。われわれが民法四六八条

一項を適切に解釈しようとするならば、われわれは債権譲渡の解釈論における出発点に立ち帰らなければならない。

四 以上のように、債務者が抗弁を保持するということは、債務者にとって当然かつ自明なことであり、むしろ、債務者が抗弁を放棄すること、あるいは抗弁の留保を控えるということは例外的なことであり、異例なことであろう。それゆえ、ドイツの新派に賛成して、通知の場合がそうであるように、債務者による承諾の表示には、原則として抗弁の留保が含まれていると考えるべきであり、かりに譲受人がそれを信頼して与信や債権譲渡を行ったとしても、それだけで債務者の抗弁喪失を認めるべきではなからう。したがって、私の考えによれば、民法四六八条一項の制度趣旨としてこれまで主張されてきたいずれの考え方に従うとしても、債務者の異議を留めない承諾による抗弁喪失を認めるためには、債務者が譲渡人に対して有する抗弁を放棄したと思わせるほどの債務者の例外的な態度の存在を必要とし、⁽³⁵⁾そのためには、債務者による承諾の表示だけでは不十分であり、それ以上の特別な拠り所を必要とすべきであろう。つまり、ドイツの新派に賛成して、債務者の抗弁喪失を認めるための債務者の異議を留めない承諾の判断に当たっては、単なる債務者による承諾の表示だけではなく、常に当該紛争における状況を総合的に判断すべきことにな⁽³⁶⁾ろう。そのような厳格な前提のもとで債務者が異議を留めない承諾をしたと判断できる場合に初めて、債務者の抗弁喪失を認めることができるのではなからうか。

また、債務者の異議を留めない承諾による抗弁喪失が認められる根拠を譲受人の信頼保護あるいは債務者の承諾行為に対する帰責性に求めるならば、すでに述べたように(三参照)、与信や債権譲渡に誘因を与えていない債務者にそれによって生ずる不利益や損害を負担させる理由はなく、また譲渡債権の存在や譲渡債権に抗弁が附着していないことに対する信頼を有しない譲受人を保護する理由もないので、譲受人の信頼保護の立場をとるならば、譲受人が債務

者の異議を留めない承諾を信頼して与信や債権譲渡を行ったことを、あるいは承諾行為に対する債務者の帰責性に求める立場をとるならば、与信や債権譲渡が債務者の異議を留めない承諾によって行われたことを必要とすべきではなからうか。

以上のことから、われわれは、原則として次の場合に債務者の異議を留めない承諾がなされたと考えることができ、それゆえ、債務者の抗弁喪失を認めることができるのではなからうか。すなわち、債務者の異議を留めない承諾による抗弁喪失が認められる根拠を譲受人の信頼保護あるいは債務者の承諾行為に対する帰責性に求めるならば、原則として、譲受人が与信や債権譲渡を譲渡債権に附着しているすべての抗弁が排除されるという条件(Bedingung)にかからしめる場合⁽³⁷⁾、あるいは譲受人がきちんとした契約条件(eine förmliche Bedingung)を定めて、その条件によれば、債務者の承諾があるからこそ与信をするという場合に、債務者の異議を留めない承諾による抗弁喪失を認めることができるのではなからうか⁽³⁸⁾。

さらに、債務者の異議を留めない承諾を、債務承認の意思であれ、処分授権の意思であれ、債務者の意思表示であると考えるとしても、右に述べたように、そのような債務者の意思は、債務者による承諾の表示だけではなく、常に当該紛争における状況との総合的な判断によって認定されるべきであろう。もともと、ここで注意すべきなのは、ドイツの新派が主張するように、債務者が自ら債権譲渡の過程に関与したとか、譲受人による譲渡人への与信に経済的な利害関係を有しているというだけでは⁽³⁹⁾、債務承認の意思であれ、処分授権の意思であれ、債務者がそのような意思を有していると判断するのに十分ではないと思われる。なぜなら、ネルに賛成して、たとえ債務者が与信を促したとしても、通常彼は、この与信についての危険を与信者である譲受人のもとに残しておこうと考える、と思われるからである⁽⁴⁰⁾。それゆえ、この場合にも、とりわけ与信や債権譲渡前の承諾が問題となる場合には、原則として、譲受人が

与信や債権譲渡を譲渡債権に附着しているすべての抗弁が排除されるという条件にかからしめる場合か、譲受人がきちんとした契約条件を定めて、その条件によれば、債務者の承諾があるからこそ与信をするという場合に、債務者が債務承認の意思あるいは処分授權の意思を有すると認めることができるのではなからうか。

もつとも、以上のように考えるならば、債務者による承諾の表示それ自体によって損害を被った譲受人の保護をどのように図るのか、という問題が生ずる。われわれの立場によれば、譲受人が与信や債権譲渡を譲渡債権に附着しているすべての抗弁が排除されるという条件にかからしめる場合か、譲受人がきちんとした契約条件を定めて、その条件によれば、債務者の承諾があるからこそ与信をするという場合でなければ、原則として譲受人は民法四六八条一項の保護を受けない。しかし、それは、決して債務者の承諾の表示によって損害を被った譲受人に何らの保護も与える必要はないということの意味するものではない。われわれの立場によれば、このような譲受人は、民法四六八条一項による保護を受けないというにすぎない。私の考えによれば、このような譲受人の保護は、ドイツの新派が適切に述べるように、⁽⁴¹⁾債務者に対する損害賠償請求によって図られるべきであろう。なぜなら、われわれの立場によれば、債務者による承諾の表示だけでは、ましてそれが与信や債権譲渡と何らの関係も有しない場合には、一切の抗弁喪失という譲受人に有利な効果を認める理由がないというにとどまり、わが国でもすでに指摘されているように、承諾の表示をした債務者の帰責性、さらに、そのような承諾の表示によって譲受人に損害が発生することまで否定するわけではないからである。⁽⁴²⁾

五 われわれの債務者の異議を留めない承諾に関する解釈によれば、これまでの判例・通説における解釈と比べて、譲受人の保護は限定的になり、また譲受人にとっては、煩雑な手続が要求されることは否めない。しかし、これまで

述べてきたところによれば(三参照)、われわれの解釈が限定的ではなく、むしろ、これまでの解釈論が譲受人の保護に偏りすぎていたのではなからうか。

ところで、近時、中小企業の売掛債権の流動化に伴い、とりわけ中小企業の売掛債権の譲渡における一括決済方式に関連して、受託金融機関が優先権を確保する方策として、債務者の確定日付のある(包括的)承諾―通常、異議を留めない承諾が利用される⁽⁴³⁾―が利用され、現在徐々に広まりつつある、ということが指摘されており、⁽⁴⁴⁾このような債権取引の近時の状況にかんがみるとき、われわれの解釈は、そのような債権取引の障碍になるのではないか、ということが危惧される。しかし、債務者の異議を留めない承諾による譲受人の保護は、債務者の犠牲で行われることを忘れてはならない。何故合理的な理由もなしに債務者に犠牲が押し付けられなければならないのだろうか。譲受人が保護されるといふならば、保護されるだけの理由が、あるいは債務者に犠牲を強いるならば、それを強いるだけの理由が必要ではなからうか。このことは、中小企業の売掛債権の流動化が問題となる場合においても同様にはまるはずではなからうか。⁽⁴⁵⁾かりにこの疑念に対して債権流動化の促進や取引の安全ということが言われるとしても、そのような考え方が本当に債権流動化の促進や取引の安全に資するのかは、私には疑わしく思われる。なぜなら、如何に債権の流動化が言われるとしても、だから債務者の保護が無視されてよい、ということにはならないであろうし、また債務者には債権譲渡の承諾に対する抵抗感がある、という実務家の指摘にかんがみるとき、⁽⁴⁶⁾債務者に犠牲を強いることによつて譲受人の保護を図ることが本当に債権流動化の促進や取引の安全に繋がるのかは疑問だからである。私の考えによれば、そのような不安感を持つ債務者に積極的に債権譲渡への協力を促すためには、むしろ、より一層の債務者の保護が重要であるように思われる。

これまでのわが国の解釈論は、債務者を積極的に債権譲渡の交渉に関与させるための解釈を打ち立てることを怠つ

てきた。通知と異なり、承諾の場合には、債権譲渡を債務者に知られることを危惧する必要はない。それゆえ、債務者を債権譲渡の交渉の中に関与させることは、一―手続が煩雑になるということを除けば一―何ら問題がないはずである。⁽⁴⁷⁾ 法律が債権譲渡への債務者の関与を不要としたとしても、通知の場合と異なり、承諾の場合には、債務者が不利益を被る可能性があるならば、債務者を債権譲渡に関与させることが望ましいのではなからうか。しかし、これまでの解積論は、法律が債権譲渡への債務者の関与を不要としたことに伴って、解釈によって債務者を債権譲渡に関与させようとすることも怠ってきた。

「取引の安全」という観念は、時に法律の規律のドグマティックが抛り所とし、法の解釈が出発点とすべき観点を覆い隠す。否、それどころか「取引の安全」という観念があたかも解釈原則であるかのごとく考えられることも少なくない。「取引の安全」の保護を図ることは否定されないとしても、それは、わが国の民法の体系において例外であることを忘れてはならない。われわれは、「取引の安全」というわれわれが進むべき道を覆い隠す霧を取り払い、改めてわれわれが進むべき道を確認しなければならない。

注

(1) なお、本稿においては、指名債権の譲渡のみを考察の対象とし、指図債権、記名式所持人払債権あるいは無記名債権などの証券的債権の譲渡は考察の対象としない。それゆえ、以下において単に「債権譲渡」と言うときは、指名債権の譲渡を言う。このように、指名債権の譲渡と証券的債権の譲渡を区別して取り扱うことは、一般に学説でも認められているところであり(西村信雄編『注釈民法(11)』〔有斐閣、一九七三年〕三四一頁(甲斐道太郎執筆)、池田真朗『債権譲渡の研究〔増補版〕』〔以下、「池田・研究」とする。〕〔弘文堂、一九九七年〕四〇五頁、潮見佳男『債権総論〔第2版〕II』〔信山社、二〇〇一年〕五一三頁などを参照)、また、形式的には、法律自体が両債権で譲渡に関する取り扱いを異にしていることから(指名債権の譲渡に関しては、民法四六七条、四六八条。証

券的債権の譲渡に関しては、民法四六九条ないし四七三条)、実質的には、流通を目的とする証券的債権の譲渡に流通を目的としない指名債権の譲渡に関する原則を当てはめることは適當ではないから指名債権の譲渡と証券的債権の譲渡を区別して取り扱うことが許されよう。

(2) 我妻栄『近代法における債権の優越的地位』(以下、「我妻・優越的地位」とする。)(有斐閣、一九七七年)三四―五頁、安達三季生「指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾(一)」(以下、「安達・第一論文(一)」とする。)(『法学志林』五九卷三―四合併号(一九六二年)三五、五三頁、西村編・前掲注釈民法三八七頁(明石三郎執筆)(以下、「明石・注釈」とする。)、石田喜久男・西村峯裕「異議を留めない承諾の効力」、『叢書民法総合判例研究』(一粒社、一九七六年)二頁、西村峯裕「債権譲渡と異議を留めない承諾」、『金融法の課題と展望』(日本評論社、一九九〇年)一三六頁、池田真朗「民法四六七条・民法四六八条(指名債権の譲渡)」、『民法典の百年Ⅲ』(以下、「池田・百年」とする。)(有斐閣、一九九八年)一一六頁。

(3) 我妻・優越的地位三五頁は、民法四六八条一項が異色あるものであるがために、これを狭く解釈せんとする学説を生じつつあることは、興味ある現象というべきであるとする。

(4) Nörr=Scheyhing=Pöggeler, Sukzessionen, 2. Aufl. (以下、「Nörr, a. a. O.」)と「(Tübingen, 1999), §1. ノット・ヴォルフガング・ネル」契約の相手方を選ば自由と債権譲渡」西村重雄・児玉寛編『日本民法典と西欧法伝統―日本民法典百年記念シンポジウム』(九州大学出版会、二〇〇〇年)四〇二―四頁。

(5) Nörr, a. a. O., §§1, 41, 7. ネル・前掲論文四〇三―四頁。債権譲渡における債務者の保護について Vgl. auch v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Erste Hälfte, (München und Leipzig, 1914), §60 V, S. 394; Kornblum, "Schuldnerschutz bei der Forderungsabtretung", BB1981, S. 1296ff.; Nörr=Scheyhing, Sukzessionen, (Tübingen, 1983), §7 (Scheyhing); Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., (München, 1987), §34IV; v. Olshausen, Glaubigerrecht und Schuldnerschutz bei Forderungsübertragung und Regreß, (Köln, Berlin, Bonn, München, 1988), §§3, 4; Nörr=Scheyhing=Pöggeler, Sukzessionen, 2. Aufl., (Tübingen, 1999), §9 III (Pöggeler); Esser=Schmidt, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, Tb. 2., 8. Aufl., (Heidelberg, 2000), §37 I 4. 4. 4. 債務法改正後のものについて Medicus, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 13. Aufl., (München, 2002), Rn. 728.

(6) それゆえ、債権譲渡があってもそれは譲渡債権を特定承継するだけであるから、譲受人は、債務者が譲渡人に対して抗弁を対抗することができるという関係を当然に承継するわけではなく、債務者が譲渡人に対して有する抗弁を譲受人に対抗することができること

を認めたのが民法四六八条二項である、という考え方、すなわち、同規定によって初めて譲受人に対する債務者の抗弁の對抗が認められる、という考え方には(伊藤進「差押と相殺—第三者の権利関与と相殺理論」星野英一編集『民法講座第4巻債権総論』〔有斐閣、一九八五年〕三八八頁)、私は賛成することはできない。

- (7) 鳩山秀夫「法律生活の静的安全及び動的安全の調整を論ず」『近代法における信義誠実の原則』(以下、「鳩山・信義誠実」とする。)(有斐閣、一九七五年)三〇—二頁も、動的安全の保護には重要な二つの制限があるとする。それは、第一に、動的安全の保護のために静的安全の基礎を動揺させてはならず、それゆえ、真の権利者は、原因なしに損害を受けないのが原則である、と述べられていることから、動的安全が保護されるのは、真の権利者に損害について原因がある場合ということになる。第二に、静的安全を犠牲として動的安全を保護するためには、常に取引の需要があることを要するとする。なお、債権の流動化における債務者の保護の重要性に関して、後述五を参照。

- (8) Vgl. v. Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. I, (Leipzig, 1910), §12 III 1, S. 394. ちゅうご、前掲注(5)の文献を参照。

- (9) 鳩山・信義誠実二七頁も、静的安全、動的安全を如何に調整すべきかという問題に対する判断は、各個の具体的場合についてこれを決定しなければならないとする。

- (10) Nörr, a. a. O., §1, 7. ネル・前掲論文四〇三—四頁。

- (11) 星野英一『民法概論III(債権総論)』(良書普及会、一九八八年)二一〇頁および奥田昌道『債権総論(増補版)』(悠々社、二〇〇〇年)四四四頁も、債務者の異議を留めない承諾に法律がなぜこのような強い効果を認めたのかは、必ずしもはっきりしないとする。

- (12) ネル・前掲論文四一—三頁。

- (13) 石田||西村・前掲書三三三頁、明石・注釈三九二頁、淡路剛久『債権総論』(有斐閣、二〇〇二年)四五六頁などを参照。また、判例において、通説のように、無留保の承諾も異議を留めない承諾になるということを明示的に述べたものはないが、学説では判例も同様に解していると考えられている(石田||西村・前掲書三三三頁、明石・注釈三九二頁を参照)。もっとも、実務書や契約書式に関する文献を見る限り、「後日の紛争を避けるためにも、債務者の『異議をとどめない』旨付記した承諾書をとるよう努力すべきである」との指摘を見ることができ(大野勝彦「債権譲渡による債権回収」『債権回収の法務と問題点』(経済法令研究会、一九八九年)二二三頁)、また債権譲渡承諾書の書式において「異議を留めません」などの積極的表示を伴う文言が用いられているのを少なからず見ることができ(大野文雄『和解・債権譲渡・債務引受・代物弁済 新版契約全集』(青林書院新社、一九七五年)七〇〇六一—一頁、堀

内仁ほか監修『新銀行取引書式集—債権回収編—』（経済法令研究会、一九八八年）九七一—九頁、大野文雄・矢野正則著『精選版新版契約全書下巻』（青林書院、一九八九年）一七六七—七三頁、椿寿夫ほか編集『新版債権回収の法律相談法律相談シリーズ』（有斐閣、一九九一年）六七頁、淡路剛久ほか編著『目で見る民法教材（第2版補訂）』（有斐閣、二〇〇〇年）六六頁、本田開・富川泰志『すぐに役立つ債権回収の書式・交渉マニュアル』（日本実業出版社、二〇〇二年）一〇三—四頁など。それゆえ、債権譲渡の承諾に関する実務においては、積極的表示を伴う文言が記載された承諾書によって承諾がなされる場合、さらに、すでに作成された承諾書に債務者が署名あるいは記名捺印をするだけという場合も少なくないのではないかと推測され、以下の考察においては、この点も踏えた考察が必要であろう。

- (14) さらに、民法四六八条一項の制度趣旨の理解と関連して、単なる債務者の無留保の承諾が異議を留めない承諾とすることに對する疑念について後述を参照。また、無留保の承諾も異議を留めない承諾になるとする通説の考え方に対して、学説において次の指摘がなされている。有泉亨「大判昭和九年七月一日事件評釈」、『判例民事法昭和九年度』（東京大学出版会、一九三四年）三五七頁は、譲渡人に対しては異議を留めない旨の積極的表示を要するとする。すなわち、承諾は債務者から積極的になされるものではなく必ずや譲渡人または譲受人の通知または要求に応じてなされるのが通常であろうが、その際譲渡人と債務者との間には債権の性格、債権に附着する諸種の抗弁等について既に相互的な諒解が存するから特別の留保をなさなくとも抗弁を身につけたまま債権の移転が考えられていると見るべきであつて、かかる承諾を早計に異議を留めないものと信じた譲受人をも保護する必要はないとする。また、磯村保ほか著「債権譲渡」、『民法トライアル教室』（有斐閣、一九九九年）二四八頁（磯村保執筆）は、本来譲受人は四六八条二項にしたがつて抗弁の對抗を受けることを原則とするのであるから、例外的に抗弁の切断が生じるためには、債務者の承諾が譲受人の誤つた期待を惹起するような積極的な事情が必要というべきではなからうかとする。

- (15) 大判昭和九年七月一日民集一三卷一五一—六頁、最判昭和四二年一〇月二七日民集二二卷八号二一六一頁。学説に関して、淡路・前掲書四六三頁を参照。もっとも、処分授權説によれば、債務者が抗弁事由の存在を知りつつ敢えて異議を留めない承諾をすると、その承諾と授權には錯誤のような意思表示の瑕疵はないから、譲受人はたとえ抗弁事由の存在を知って譲り受けたとしても、抗弁の切断された新たな債権を取得する（安達三季生「指名債権譲渡における異議を留めない承諾、再論」（以下、「安達・第二論文」とする。『法学志林』八九卷三—四号（一九九二年）一一二頁）。

- (16) 譲受人の過失の問題に関する判例・学説の状況に関して、淡路・前掲書四六三頁を参照。

- (17) このような考え方に対して、実務書において譲受人は「可能なかぎり債務者（譲渡人—括弧内、筆者）とともに第三債務者を訪問

して説得を尽くし、承諾を得られるよう努力することである」との指摘がなされていることは注目すべきであろう（本田⇨富川・前掲書一〇四頁）。

(18) 民法四六八条一項の制度趣旨に関する判例・学説の議論状況をまとめ、それらを検討するものとして、西村・前掲論文一三六一―四四頁、淡路・前掲書四五六一―六三頁などを参照。

(19) 前掲大判昭和九年七月一日、前掲最判昭和四二年一〇月二七日。我妻栄『新訂債権総論』（以下、「我妻・債権総論」とする。）（岩波書店、一九九一）五三七頁以下、柚木馨⇨高木多喜男『判例債権総論〔補訂版〕』（有斐閣、一九七一年）三六七頁、明石・注釈三九一頁、松坂佐一『民法提要〔第四版〕』（有斐閣、一九九七年）二〇四頁、星野・前掲書二一〇頁、前田達明『口述債権総論第三版』（成文堂、一九九七年）四〇九頁、林良平（安永正昭補訂）⇨石田喜久夫⇨高木多喜男『債権総論【第三版】』（有斐閣、一九九六年）五〇六頁など。また、後述する禁反言説（後掲注〔24〕を参照）の立場からも、譲受人の信託保護ということが言われる（鳩山秀夫『増訂改版日本債権法（総論）』（以下、「鳩山・債権法」とする。）〔岩波書店、一九三三年〕三六一頁、潮見・前掲書五五七頁）。

(20) Strecker, “Zur rechtlichen tragweite bestätigender Schuldanerkenntnisse nach Abtretung von Forderungen”, BB1965, S. 480; Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, (München, 1971), S. 103f.; Reinicke, “Das deklaratorische Schuldanerkenntnis”, NJW1970, S. 888f.; Marburger, “Sicherungszession und Schuldbestätigung: zur sog. “Annahme der Abtretung””, DB1973, S. 2129; Nörr, a. a. O., §4V. ネル・前掲論文四一〇頁。

(21) そもそもドイツ民法典には、債務者の承諾による抗弁喪失を規定した条文はない。もともと、ドイツ民法四〇四条（譲受人に対する債務者の抗弁の対抗）が任意規定であることを前提に（Vgl. Heinrichs = Roth, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§241-432), 4. Aufl., [München, 2001], §404, Rdnr. 19.）従来の判例・通説は、債務者が「譲渡の承認（Abtretungsannahme）」や「譲渡の確証（Abtretungsbestätigung）」をした場合には、債務者による抗弁の放棄として債務者が譲渡人に対して有する抗弁を譲受人に対抗できなくなると解してきた（Verzichtstheorie）（RGZ83, 184; BGH LM §406 BGB Nr. 2. Vgl. Larenz = Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Besonderer Teil, Hb. 2, [München, 1994], §61 II b.）。「しかし、近時、担保のための債権譲渡の事案を中心として、このような判例・通説の考え方に疑問を提起する学説が現われ」（Strecker, a. a. O., 479ff.; Canaris, a. a. O., S. 102ff.; Reinicke, a. a. O., S. 888; Marburger, a. a. O., 2125ff; Soergel = Zeiss, Kommentar zum BGB, 12. Aufl., [Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1990], §404, Rdnr. 8; Larenz = Canaris, a. a. O., §61 II b; Staudinger = Marburger, Kommentar zum BGB, 13. Aufl., [Berlin, 1997], §781, Rdnr. 32-5; Nörr, a. a. O., §4V, 7.）判例も債

債務者の譲渡承認や譲渡の確証による抗弁放棄を認める場合を制限する傾向にある (BGH WM 1957, 756; WM1959, 406; 1972, 1398; NJW1983, 1903; 1971, 2220. その他の判例については Vgl. Strecker, a. a. O., S. 479f.; Marburger, a. a. O., S. 2125f.; Larenz = Canaris, a. a. O., §61 II b.; Nörr, a. a. O., §4V. ネル・前掲論文四〇九—一頁などを参照)。このように、債務者の譲渡承認や譲渡の確証による抗弁放棄を認める場合を制限しようとする近時の判例・学説を、ネルは「新派 (moderni)」と呼ぶ。なお、最近のドイツにおける債務者による債権譲渡の承認に関する判例・学説の詳しい状況については Vgl. Larenz = Canaris, a. a. O., §61 II b.; Nörr, a. a. O., §4V.

(22) 現実には、有価証券と異なり、指名債権を動産のように転々流通させる要請が大きいわけではなく、本当は抗弁がついているのに、それを知りながら債務者が異議を留めずに承諾をするなどという、教室設例的な事例が裁判になることも多くはない、との指摘 (内田貴『民法Ⅲ債権総論・担保物権』〔東京大学出版会、二〇〇二年〕二二—三四頁)、あるいは小規模企業で債務確認が短時間でなされる場合はともかくとして、通常は債務確認に時間がかかるうえに、相殺などの抗弁を主張されることも少なくないから、実際には債務者から承諾が得られることは少なく、困難である場合が多い、との指摘からも (本田川富川・前掲書一〇三—一〇四頁)、債務者が抗弁を保持することが通常であり、むしろ、債務者が抗弁を放棄することは例外的なことであると考えることができるだろう。

(23) 債務者による承諾の表示には、原則として抗弁の留保が含まれていると考えることに対して、民法四六八条一項の解釈論として成り立つか疑問である、との批判がある (五十嵐清「書評」『法制史研究』五一号〔二〇〇一年〕三二—三三頁)。おそらくこの批判は、民法四六八条一項が、債務者が異議を留めない承諾をした場合に、債務者は譲受人に対して抗弁を對抗することができないとしていることから、その反対の帰結として、債務者が譲受人に対して抗弁を對抗するためには、積極的に異議を留めた承諾を、一われわれの立場によっても、債務者が譲受人に対して抗弁を對抗するために、異議を留めた承諾をしなければならないことは、民法四六八条一項の反対解釈から否定しないのであるから—より正確に言えば、積極的に抗弁事由を主張しなければならないと考えていることに基づくのではなからうか。つまり、この場合の異議を留めない承諾とは、積極的に抗弁事由を主張しない承諾ということになる。しかし、何が異議を留めない承諾になるか、条文の表現を用いるならば、如何なる場合に「債務者カ異議ヲ留メスシテ：承諾ヲ為シタ」ということができるかは、解釈の問題である。民法四六八条一項は、無留保の承諾のように、積極的に抗弁事由を主張しない承諾が異議を留めない承諾になるとは一言も言っていない。それゆえ、債務者が譲受人に対して抗弁を對抗するために、債務者が積極的に抗弁事由を主張しなければならない—そのような承諾だけが異議を留めた承諾になる—という反対解釈は、民法四六八条一項からは当然には帰結されない。また、同規定は、債務者が異議を留めない承諾をした場合に、債務者は譲受人に抗弁を對抗することが

できなくなるとだけ言う。それゆえ、同規定は、債務者が異議を留めない承諾をした場合にだけ、債務者は譲受人に抗弁を対抗することができなくなると言っていると考えることも可能である。つまり、―後述するように(四参照)、私はこの立場を採るが―同規定は、債務者が異議を留めない承諾をしたと評価できる場合に初めて、条文の表現を用いるならば、債務者が「異議ヲ留メスシテ：承諾ヲ為シタ」と評価できる場合に初めて、債務者は譲受人に抗弁を対抗できなくなるといふにすぎず、さもなければ、債務者は、原則通り譲受人に対して抗弁を対抗することができると考えることは、同規定の解釈には反しないであろう。

以上のことから、債務者による承諾の表示には、原則として抗弁の留保が含まれているという解釈、別な言い方をすれば、債務者による承諾の表示がなされたにとどまる場合には、債務者の異議を留めた承諾がなされた―そして、後述するように、異議を留めない承諾がなされたというためには、さらなる事情を必要とする―と解釈することも、同条の解釈として成り立ちうると思われる。

さらに以下のことを付言しておこう。たしかに債務者が譲受人に対して抗弁を対抗するために、債務者は積極的に抗弁事由を主張しなければならないという解釈が民法四六八条一項の反対の帰結として成り立ちうることは否定できない。しかし、われわれの問題あるいは同規定が債権譲渡の領域に属する以上、それらは、債権譲渡における解釈原則、すなわち、債務者保護の原則の支配に服する。それゆえ、債務者に不利になるような解釈は制限されなければならない。したがって、右に述べたように、債権譲渡に関与しない債務者が積極的に抗弁事由を主張しなければ、譲受人に対して抗弁を対抗することができなくなるといふ解釈が条文から当然に帰結されるわけではない以上、そのような債務者にとって不利な解釈には、私は賛成することはできない。

(24) 債務者による承諾の表示には、原則として抗弁が留保されていると考えるわれわれの立場によれば、債務者による承諾の表示がなされた場合に、その後譲受人からの請求に対して債務者が抗弁を主張したとしても、それだけでは、禁反言説が考えるように、債務者の矛盾行為があると判断するのに十分ではないだろう(禁反言説に関して、鳩山・債権法三五二頁、三六〇頁以下、平井宜雄『債権総論(第2版)』(弘文堂、一九九四年)一四三頁、潮見・前掲書五五七頁を参照)。また、二重法定効果説のように、債務者の異議を留めない承諾による抗弁喪失を、異議を留めない承諾という行為の「意思」的要素に対して法が与えた特殊な効果であると考えられるとしても(二重法定効果説に関して、池田・研究四一三頁以下を参照)、われわれの立場によれば、債務者による承諾の表示には、原則として抗弁が留保されているのであるから、債務者による承諾の表示がなされただけでは、―たしかに後述するように(四参照)、われわれの立場によっても、承諾の表示をした債務者の帰責性は(池田・研究四一七頁は、「譲受人に対する一種の注意義務違反に基づく責任」という。)否定されないと―抗弁喪失を生じさせる異議を留めない承諾がなされたと判断するのに十分ではないだろう。それゆえ、禁反言説あるいは二重法定効果説に従うとしても、―もつとも、二重法定効果説に関しては、そもそも「意思」的要素

素という概念自体が不明確であるという問題があるが(安達・第二論文八九頁、淡路・前掲書四六二頁などを参照)——債務者の異議を留めない承諾は、債務者による承諾の表示だけではなく、後述するような(四参照)、より厳格な前提のもとで判断されるべきであろう。

(25) なお、債務者の異議を留めない承諾による抗弁喪失を債権譲渡から切り離して考える限りにおいて、つまり、債権譲渡が債務者の異議を留めない承諾によってなされることを要求しない限りにおいて、以下に述べる問題は、禁反言説あるいは二重法定効果説にも当てはまるであろう。

(26) もちろん、後述するように、債務者の異議を留めない承諾——もつとも、われわれの立場によれば、債務者の異議を留めない承諾ではなく、債務者による承諾の表示ということになるが——によって譲受人が不利益や損害を被る場合もありうるだろう。

(27) Streckler, a. a. O., 481; Marburger, a. a. O., S. 2129.

(28) 実際、債権譲渡後に債務者の承諾が得られない場合や債務者が積極的に抗弁事由を主張して承諾をした場合には、譲受人は債務者の抗弁の対抗を受けることになるだろう。

(29) 禁反言説あるいは二重法定効果説の立場から、債務者の異議を留めない承諾による抗弁喪失を、異議を留めない承諾によって債権譲渡を行わしめたことに対する債務者の帰責性に求めるとしても同じことが当てはまる。

(30) 西村・前掲論文一五六頁。

(31) 西村・前掲論文一五六頁。

(32) また、ここで言われている債務者の異議を留めない承諾がわれわれが言うところの債務者による承諾の表示であるならば、すでに二重法定効果説に対して述べたことがここでも当てはまるだろう(それに関して、前掲注〔24〕を参照)。

(33) 債務承認説に関して、石坂音四郎『民法研究第三卷』(有斐閣書房、一九一四年)三二四—六頁、同『日本民法債権編第四卷』(有斐閣、一九一六年)一二三—一頁以下を参照。処分授權説に関して、安達・第一論文七五頁以下、同「指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾(2) (3)」、『法学志林』六〇巻一号(一九六三年)三二二頁以下、六一巻二号(一九六四年)三九頁以下、同・第二論文一〇頁以下などを参照。

(34) なぜなら、かりに民法四六八条一項の制度趣旨を債務者の債務承認あるいは処分授權の意思表示であると考えることができなくとも、同条の効果としてではなく、通常の意味表示の効果として債務者の抗弁喪失を認める場合にも、以下に述べる問題が生ずるからである(内田・前掲書二一三—四頁によれば、長年の取引相手の一次的窮状を救うつもりで、相殺可能な債務について、異議を

留めずに承諾を与えるということはありうるとする。また、ドイツの新派は、原則として債務者の承諾の表示による抗弁放棄を否定するが、債務者が債権譲渡に利害関係を有している場合には、債務者の抗弁放棄を認める (Vgl. Strecker, a. a. O., S. 481; Canaris, a. a. O., S. 103ff.; Reinicke, a. a. O., S. 888; Marburger, a. a. O., S. 2130. なお、判例に関しては、これらの文献を参照)。しかし、ネルは、彼らに反対して、たとえ債務者が与信を促したとしても、彼は、この信用についての危険を与信者である譲受人のもとに残しておこうと全力を尽くすであろうし、また譲受人もそのように債務者が危険について不安感を有している、と通常は考えるから、債務者が債権譲渡に利害関係を有しているというだけでは、債務者の抗弁放棄の意思があると考えるのに不十分であるとする (Nörr, a. a. O., §4V. ネル・前掲論文四二二頁)。なお、そもそも民法四六八条一項の効果は債務者の債務承認あるいは処分授権の意思表示として考えることが適切かどうかの問題は、同条の制度趣旨に関するその他の考え方も含めて改めて別な機会に検討したい。差し当たり債務承認説に対する批判として、鳩山・債権法三六〇―二頁、安達・第一論文五三頁以下、明石・注釈三八八頁、池田・研究三三二―三、三九八―九頁、西村一三七―八頁、淡路・前掲書四五六頁などを参照。処分授権説に対する批判として、明石・注釈三九〇―一頁、池田・研究三三六―七、四〇四―九頁、西村・前掲論文一三九―四一頁、淡路・前掲書四五九、四六二頁などを参照。

(35) ここで単に譲渡債権に抗弁が附着していないと思わせる債務者の態度というだけでは、私の考えによれば、不十分であろう。なぜなら、異議を留めない承諾が行われる具体的な状況にかんがみると、そのような基準では、従来の実務に対して決定的な違いをもたらさないように思われるからである。

(36) Strecker, a. a. O., S. 48; Canaris, a. a. O., S. 103f.; Reinicke, a. a. O., S. 888; Marburger, 2130ff.; Nörr, a. a. O., §4V. ネル・前掲論文四二二―二頁。さらに、磯村・前掲論文二四八頁の指摘も参照 (それに関して、前掲注〔14〕を参照)。

(37) Marburger, a. a. O., S. 2128. Vgl. auch Reinicke, a. a. O., S. 887f.

(38) Nörr, a. a. O., §4V. ネル・前掲論文四二二頁。

(39) Strecker, a. a. O., S. 479; Canaris, a. a. O., S. 103; Reinicke, a. a. O., S. 888; Marburger, a. a. O., S. 2126f.

(40) Nörr, a. a. O., §4V. ネル・前掲論文四二二頁。

(41) Strecker, a. a. O., S. 481; Canaris, a. a. O., S. 103ff.; Reinicke, a. a. O., S. 888; Marburger, a. a. O., S. 2130ff.; Nörr, a. a. O., §4V. ネル・前掲論文四二二頁。

(42) 承諾の表示をした債務者に対する損害賠償請求の法律構成に関しては、ドイツの新派において争いがある。默示的に締結された情報提供契約で説明するもの (BGH NJW1990, 513; Strecker, a. a. O., S. 479)、信頼責任で説明するもの (Canaris, a. a. O., S. 104ff.;

- Larenz = Canaris, a. a. O., §61 II b; Marburger, a. a. O., S. 2130.) 契約締結上の過失 (culpa in contrahendo) で説明するもの (Larenz = Canaris, a. a. O., §61 II b; Marburger, a. a. O., S. 2130.) がある。なお、承諾の表示をした債務者の帰責性に関して、私は、債務者は、承諾 (表示) につき義務はないけれども、承諾の表示をすると決めた者は、注意義務違反のないようにそれをしなければならぬ、という考え方に賛成したい (Marburger, a. a. O., S. 2130f.; Nörr, a. a. O., §4V. ネル・前掲論文四一二頁)。
- (43) 池田真朗ほか「座談会債権の流動化による中小企業金融の円滑化」『ジュリスト』一二〇一年(二〇〇一年)二四頁(小野傑発言部分)、小野傑「金融法的側面からの評価と課題―流動化関連の法的問題点の分析・検討」『ジュリスト』一二〇一年(二〇〇一年)四八頁を参照。
- (44) 池田真朗「中小企業債権の流動化―民法的側面からの評価と課題」『ジュリスト』一二〇一年(二〇〇一年)三九―四〇頁を参照。なお、一括決済方式に関しては、小野・前掲論文四七―九頁を参照。
- (45) なお、中小企業の売掛債権の譲渡における一括決済方式に関して言えば、このような取引形態は、そもそも手形レス化の一形態として発展してきたものであるとされる(それに関して、池田真朗ほか「座談会」一八頁(小野[傑]発言部分)を参照)。それゆえ、一括決済方式とは、形式的には、指名債権譲渡の形態をとるが、実質的には、有価証券の譲渡がさらに発展した形態であると言うことができ、それを民法上の指名債権譲渡の法制度で処理すること自体が適当なのか、という問題もあろう。
- (46) それに関して、本田・富川・前掲書一〇四頁などを参照。また、債権流動化の問題との関連でも、売掛債権担保融資保証制度に関する座談会において「異議なき承諾に関して、私どもの認識では、結構売掛先の抵抗感が強いですね。とくに相殺権の放棄とか、抗弁権を放棄するという点において、かなり抵抗感があるのではないかと見ています。」との発言、あるいは「非常に迷いが生じているお客様が多くて、第三債務者の理解を得られれば当然に承諾ということになるのですが、なかなか理解が得られないということがあります。」との発言(「座談会」売掛債権担保融資保証制度の特徴と運用上の留意点)『金法』一六四三号(二〇〇二年)三二頁(松本洋発言部分)〔中村廉平発言〕がなされている。
- (47) 集合債権譲渡担保における通知の問題に関して、小林秀之・角紀代恵『手続法から見た民法』(弘文堂、一九九三年)一一五―一六頁などを参照。最近のものとして、前掲『金法』一六四三号三二頁(中村廉平、松本洋発言部分)を参照。
- (48) この点に関して、すでに見た本田・富川・前掲書一〇四頁の指摘が参考にならう。