HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	債権譲渡禁止特約の効力に関する一疑問（１）
Author(s)	米倉, 明
Citation	北大法学論集, 22(3), 26-65
Issue Date	1971-11-25
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16130
Type	bulletin (article)
File Information	22(3)_p26-65.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

債権譲渡禁止特約の効力に関する一疑問（一）

米倉　明

一　問　題
二　民法四六六条二項の沿革（以上、本号）
三　「特約」の効力制限論（以下、二三巻一号）
四　譲受人の「善意」――無過失の要否――
五　結　び

一　問　題

(1)民法四六六条二項にいわゆる債権譲渡禁止特約（以下「特約」と略称する）は、第三者（その典型は譲受人）[1]が悪意の場合にはその者に対し当然に（悪意者なることの一事をもって）対抗しうると解されている。「特約」の効力

につき、物権的効力説を採ろうと、債権的効力説を採ろうと、変りはないといえるであろう。(2)

私が本稿において提示したい疑問はただ一点、次の点にあるといっても過言ではない。すなわち、はたして「特約」の効力（第三者に対する効力）を右のように解することに疑問の余地はないのか。「特約」の効力はより一そう制限的に解さるべきではないか。悪意の譲受人といえども、債権譲渡の取引社会における重要性を考慮するならば、「特約」をもって当然に対抗さるべきではなく、一方、「特約」をもって追求されている利益と、他方、悪意の譲受人側の債権譲渡（取引）の確実性という利益との比較において、「特約」対抗の成否を決せられるべきではないか。

右に述べたことについて、説明を追加しておこう。通常、悪意者は危険覚悟で取引すべきであり保護されるに値いしない旨説かれる。しかし、かかる立言を、常に無条件に適用さるべき公式として扱うとすれば問題がある。悪意者が保護されるに値いしないと考えられるのは、悪意者のなした取引(その確実安定も一つの重要な利益である)を犠牲にしても保護すべき利益が他にあるからであろう。かかる利益がない場合には（利益比較にさいしては、たとえば二重譲渡につき無差別説の説くように悪意者を犠牲にすることに伴う弊害も考慮せねばならぬ)、悪意者のした取引といえどもそのまま承認さるべきであろう。或る利益が悪意者のなした取引を犠牲にしてでも保護さるべしと考えられる利益か否かは、関係する諸制度、法律の目的・趣旨、その他法の一般原則から判断さるべきである。要するに、悪意者は悪意なるがゆえに即ち切り捨てという考え方が問題だというのである。このようなことはいうまでもないともいわれようが、すくなくとも「特約」対抗の可否をめぐる既存の見解に対しては、述べておく必要があるように思われる。

「特約」対抗の可否の問題についていえば、「特約」の悪意の譲受人に対する対抗の可否を決するにさいしては、前述したごとき利益の比較を行なうべきである。債権が重要な財貨としての地位を占めるに至り（銀行預金などは最

も安全確実な財貨である。その活用に対する希望はきわめて大きい)、その流通保障に対する需要が顕著となり、かつ、法もそれに応える努力を払ってきている事態[3]においては、「特約」を制度として承認することじたいも問題だけれども、それをさておいても、譲受人が悪意であるとの一事をもって債権譲渡に効力を当然に認めない(はたしてそうしてまで保護さるべき利益が――「特約」の場合にはとりわけて債務者に――存するか否かを不問に付したままに)のでは、右にいう需要に応ええないこと甚だしく、法の努力をも著しく阻害することになりかねない。これ私が、利益の比較を行ない「特約」対抗の可否を決すべきである、と主張したいゆえんなのである。そして、右の比較次第によっては、悪意の譲受人に対しても、「特約」を対抗できない場合が存してしかるべきではないか。それならば、悪意の譲受人に対して、どのような場合に「特約」を対抗しえ、どのような場合に対抗しえないのであろうか。本稿は、上述のごとき疑問を提示し、かつ、私なりの解答を提示しようと試みるものである。

そもそも、既存の見解のように、「特約」の効力について民法四六六条二項但書を反対解釈することによって事おわれりとし、悪意の譲受人に対しては「特約」を当然に対抗しうると結論する、その結果はどうか。「特約」などあえて締結しなくても、自己の利益を守ることができる者(銀行をみよ)が、この「特約」を利用して(それも約款を用いて周知させ)より一そうの安全を期する。その結果として(悪意でない譲受人が考えられなくなるとさえいえる)、債権取引が著しく阻害されることになるのであるが[4]、「特約」を締結しなくても自己の利益を守りうる者に、「特約」を通じて債権取引を阻害することを是認すべきなのか。右のような者は、「特約」によってどのような利益を追求しようと企図しているのか。その追求されている利益は、いかに悪意者がなしたとはいえ一旦なされた債権譲渡を無に帰せしめるに値いする価値を有するものなのか。これらの点につき、吟味することが必要である。そうでなければ、債権譲渡自由の原則(民法四六六条一項本文)を掲げてみたところで、無意味に帰するであろう。

すなわち、次のことに注意すべきである。「特約」はそれなくしても自己の利益を守りうるいわば経済的強者の活用するところとなっている反面、「特約」の利用を切に希望するであろういわば経済的弱者（債権者の交替によって取立が急になることを回避したい者――もっとも、私としてはかような希望に対し法的な保護を与えよというまでの積極的評価をもちあわせていない）は、「特約」を利用したくてもできない場合が多いのである。というのは、借財を申し込む経済的弱者――約款作成など問題外である――が、債権者の処分を制限するようなことがらを債権者にもちかけ、合意にまで至らせることはきわめて困難だからである。[5] とすれば、「特約」の対抗いかんの問題は、前述のごとく、経済的強者による「特約」利用を主として念頭におかざるをえず、そうなればそれだけよけいに（この場合には悪意者ばかり登場するとさえいいうるから）、悪意者に対して「特約」は当然に対抗しうる、といえるかどうか吟味せざるをえなくなるであろう。

要するに問題はこうなのである。およそ相手方が悪意であれば「特約」の効力を当然に（追求されている利益いかんを問わずに）対抗しうる、という考え方は――右で述べたように約款を介して相手方を悪意者たらしめる場合はむろん、そういう場合ではなくて、相手方として善意者が登場したり悪意者が登場したりすることが考えられる場合にしても――あまりに「特約」＝意思万能の考え方であってそれをそのままには容認しがたい。「特約」の効力を当然に対抗させた場合に生ずるであろう結果を考慮にいれて、「特約」の効力の対抗いかんにつき、結論を出すべきではないか。また、角度を変えてこうもいえよう。民法四六六条二項但書を反対解釈して、悪意者に対しては当然に「特約」を対抗しうるとの結論をひき出すに止まっているのであれば、形式論理偏重のそしりを免れない。右の形式論理を出発点として、解釈論をさらに発展させるべきではないか、と。

「特約」の効力について著名な問題として、「特約」は強制執行（転付命令による移転）を妨げえないか否か、と

いう問題があり、判例がこれを肯定（差押債権者の善意悪意を問わず妨げえない）とするに至ったことは周知の事実である。[6]「特約」の効力を制限する考え方は、強制執行の場合に限って採用さるべきではなく、債権譲渡の場合にも採用されてしかるべきであり、すくなくとも、右判例を契機として、「特約」の効力の妥当範囲を再検討すべきである。これが本稿執筆の動機なのである。

(2)さて、論述の順序は次のとおりである。

第一に、民法四六六条二項の沿革（制定の経緯）をとりあげる（二）。むろん、どのような条文についても、その制定経緯はそれじたいとして関心の的となりうる。その条文の立法趣旨に特段の疑問を生じない場合であっても、しかりといえるであろう。とはいえ、「特約」について規定している右法条の制定経緯は、とりわけて、関心の的となる。というわけは立法趣旨について疑問が生ずるからである。すなわち、一方で債権譲渡自由の原則を掲げながら、他方で、それに対する重大な制約となりかねない「特約」をそもそもなにゆえに承認したのか。これが問題である。あるいは、債権者交替によって第三債務者が不利益（新債権者によってきびしく取立てられる）を受けることを防止するのがねらいであったのか。[7]第三債務者のこうむることあるべき右のような不利益は、彼が弁済の準備を怠らなければ回避しうるのであって、不利益防止をはかるというようなことは彼の自己責任で処理すべき問題であり、債権譲渡を阻害してまで法が配慮すべき問題であろうか。右の点について、一体、右法条制定の過程において、どのようなことが考えられていたのか。また、そこでは、「特約」はどの程度のものとして評価されていたのか。つまり、「特約」は制度としてぜひとも承認しなくてはならぬものと評価されていたのか。そしてまた、「特約」は悪意の譲受人に対し当然に対抗しうると考えられていたのか。これらの問題は、本稿との関連において、とりわけ関心をひくのみならず、その検討は必要とさえいうことができる。

ここで予め断わっておきたい。この「沿革」については、すでに幾つかの研究があり、筆者としてはそれらに付加すべきものをあまりもちあわせていない。また、制定の経緯を知るうえにおいてはそれで十分でもある。それゆえ、本稿では、既存の研究に大きく依存した。筆者としては、既存の研究が未だ紹介していないしかし重要な資料を紹介するとともに[8]、その紹介を織り込んで、右法条の制定経緯を、主要な資料をもらさないという意味でまとめて提示することにした。これまでのところ、そのような作業は見当らず、本稿においてその任を果したいと考える次第である。

第二に、制定の経緯を一資料として参酌しつつ、「特約」の効力制限を問題とする（三）。本稿の中心論点ともいうべきは、まさにこの三にある。とりあげられる問題は(1)で述べたことと重なるが便宜上再録すれば――相手方が悪意の譲受人だからといって、これに対しては当然に「特約」の効力を対抗しうると考えるべきかどうか。場合を分けて考えるべきではないか。しからばどのように場合を分けるべきか。

ところで、「特約」の効力が悪意者に対しても制限されるべきだという結論を採用（「特約」の効力制限論――私はこれを採用する）した場合、それでは第三債務者が債権の譲受人とりわけ三百代言（譲渡屋）によって苦しめられる可能性[9]が増しはしないかという問題が生ずる。既存の見解ならば、「特約」を当然に悪意者には対抗しうるのに「特約」の効力制限論の下ではそのようにはいかなくなるからである。かような問題に関連して弁護士法七三条、信託法一一条に言及せざるをえない。しかし、両条ともに別稿を要するほどの大きな問題でもあり、余裕もないことでもあるので、かんたんに――それももっぱら弁護士法七三条について[10]――触れるに止めた。

第三に、民法四六六条二項但書にいわゆる「善意」とは、善意無過失の意味であると説かれるのが有力ないし通説であるけれども[11]、はたしてそのように解するべきかどうかを問題とする（四）。債権譲渡自由の原則を強調する立場

に立てば――「特約」の効力制限論は右原則を強調する立場であるといえよう――右「善意」は文字どおりに「善意」と解するべきであって、無過失を要しないと解するべきではないか。

もっとも、無過失の要否を論ずることには、実際上、どれほどの意義があるのか疑わしい、ともいえる。というのはこうである。(1)で述べたごとく、「特約」を最も利用している銀行等の金融機関は約款を介して利用しており、その約款の普及度が高いこと、金融取引の普及度の高いことにかんがみるとき、譲受人は善意であっても有過失と考えられる（推定）。[12] 否、それどころか、悪意とさえ考えられる（推定）[13] のである。悪意・有過失と考えられるくらいならば、善意有過失はどうか善意無過失はどうかを議論することの実益なし（結果はきまっている、譲受人は「特約」を対抗されるにきまっている、とさえいえる）といえるのではないか。

考えてみれば、「特約」を悪意者には当然に対抗しうるとし、さらに、「善意」には無過失を必要とする説は、金融機関にとってまことに有利な立場ということになるのである。しかし、それほどまでに金融機関に便宜を与えねばならぬものかどうか、再考する必要がある。そしてその再考にさいしては、既存の見解の一致点ともいうべき、悪意者に対する関係における「特約」万能という結論を吟味する（その効力を制限する）という問題（課題）が当然とりあげられてしかるべきである、と私は考える。

無過失の要否という問題は、右に述べたように、実は、本稿の中心論点ともいうべき「特約」の効力制限論ともつながりを有する問題なのである。かようなわけで、また、「特約」の効力制限論を別としても、無過失の要否という問題に関する既存の議論に対し私は検討・補充の必要を感じてもいるので、本稿においてとりあげることとした。

以上のごとき順序で叙述を進め、最後に、かんたんな要約を添えて結びとする（五）。

(1) ここでいう「第三者」(民四六六条二項但書) には譲受人以外の者もふくまれるのかどうか、という問題がある。たとえば、特約の存在を知らぬ保証人が譲受人に弁済その他の免責行為をした場合にも、その免責行為は有効であり、保証人は債務者に対して求償権を有すると説かれる (岡松・譲渡スコトヲ得ル債権ト譲渡スコトヲ得サル債権・法学新報一二巻一二号二四頁は第三者とは譲受人のみと限らない、もし譲受人のみに限るのであれば、民一九二条、二〇五条の適用により右但書とほとんど同一の結果を生ずると説く。石坂・日本民法第三編債権・第四巻・一二〇八頁、近藤＝柚木・註釈日本民法債権編総則中巻三六六―三六七頁)。さらには、右の場合、保証人が悪意であっても、譲受人が善意ならば、保証人の求償権を否定しえないとも説かれる (植林・注釈民法(11)・債権(2)三六五頁―私も賛成する)。民法四六六条二項にいう「第三者」の範囲の問題としては、右のような設例における保証人の求償権の問題、右のような設例における保証人 (求償権のある場合) の法定代位 (民五〇〇条) はどうなるかという問題 (民四六六条二項は類推適用されるか)、さらに、より単純な場合における保証人の求償権、法定代位 (古く、大判大正一四年四月三〇日民集四巻五号二〇九頁判民三四事件杉之原評釈は、法定代位について右類推適用を否定すべきだと説いた。結果の不当、取引安全阻害を理由とする。) はどうなるか、といった問題がある (債権者甲、債務者乙、保証人内として、甲乙間の債権に「特約」が存したとする。丙が甲に弁済したならば、丙の善意悪意を問わず、丙は乙に対し求償権を取得すると解すべきである。丙は善意たると悪意たると問わず、乙が甲に弁済しえないならば、甲に対して責任 (執行をうけることもある) を負わなくてはならず、そして、丙が弁済すれば乙は甲に対して免責されるのであるから、善意悪意を問わず丙が乙に対して求償権を取得するのはむしろ当然である。丙の法定代位についても、法定代位が丙の求償権の効力確保のために認められている以上――そして求償権は丙の善意悪意を問わず認められる――「特約」でもって任意に制限さるべきではない。法が求償権確保のために丙の主観・事情を問題とせずに一般的に認めた求償債権補強手段 (債権の効力秩序――強行的秩序というべきである) を明文の定めもなく、また、保証人が放棄するのでもないのに、「特約」で制限することを許すべきではない。そのほか、保証人が自己が責任を負うことあるべき債権について調査を十分し「特約」の存在を知ったならば、代位について「特約」を対抗され、調査もしないで漫然善意にとどまっていると「特約」を対抗されないという失当な結果にも導く。法定代位には民法四六六条二項は類推適用さるべきではないであろう。同様の理由で、任意代位 (民四九九条) の場合にも、民法四六六条二項は類推適用さるべきではないであろう)。法定代位・任意代位いずれにせよ、「特約」につき悪意の者 (保証人などの弁済者) が弁済前に (善意悪意の基準時点を弁済時とする) 「特約」の存在を理由に弁済をやめる (保証契約を解消する) ことができれ

ば悪意者には代位を認めないと解しても、その者が害をうけることを防げるからさしつかえないともいえる。しかし、はたして弁済をすることをやめることができるのか、また、それを認めた場合には、「特約」付債権については保証人その他第三者の資力を期待しえないことになり、実際上不便を生じはしないか。ここにはなお検討の余地がある。

かように「第三者」の範囲についても問題はある（本稿はこれらの問題について論じつくしている暇なく、一応右のように述べておくだけである）が、「第三者」の典型が譲受人であることに異論はないであろう。本稿では、第三者として譲受人のみを想定して議論を展開する。

なお、現行民法四六六条の起草者梅博士は、「善意ノ第三者」は一般の譲受人をふくむのか、普通の債権者をふくむのか、という質問に対し、「文字ノ上カラハ無論一切ノ第三者カ皆這入ルノテ」あって、後者もふくむつもりであるが、「此場合ニ於テ適用ヲシテアルノハ先ツ譲受人或ハ…質権者」であり（実際適用になるのは譲受人、質権者というのであろう――米倉注）、「通常ノ債権者テアルト譲受ケト云フコトカ少ナクシテ差押ト云フコトカ多イテアリマセウ」と答えている（法典調査会議事速記録二二巻一三〇―一三一丁）（差押と「特約」との関係についての梅博士の見解については二(5)参照）。「第三者」の範囲については、起草者も譲受人に限るとは考えていなかったこと明らかであるが、細かくは考えていなかったようである。それにしても、「第三者」の典型が譲受人であることには起草者も異論がなかったことがうかがわれる。

(2) 物権的効力説については我妻・譲渡禁止特約ある債権の差押・民法研究Ⅴ・一八八―一九〇頁、大判大正一〇年五月二八日民録二七輯九七六頁判民大正一〇年度八〇事件東評釈を参照。私も物権的効力説に従う。債権的効力説については、前注(1)掲出の杉之原評釈を参照。

物権的効力説のもとでは、悪意の譲受人に対して当然に「特約」を対抗しうる。債権的効力説のもとでは、債務者は悪意の譲受人に対し「特約」そのものを対抗しえないが「特約」についての悪意の抗弁権をもって対抗し弁済を拒絶しうるとされる。かように、「特約」そのものを直接にもち出して対抗しうるか、そうではなくて、悪意の抗弁権という形で対抗しうるかのちがいだけである。いずれにせよ、結局は「特約」をもって悪意者を排斥しうることになるのである。

物権的効力説を採っても、債務者による「特約」の利益放棄を認めざるをえない（「特約」の利益は通常は債務者のためにあり、そういう場合に債務者が放棄することは認めざるをえまい）から、放棄された場合には悪意の譲受人も正当な債権者と同じ地位につくことになる。他方、債権的効力説のもとでも、債務者による抗弁権放棄を認めざるをえず、放棄がされた場合には、

悪意の譲受人も正当な債権者となることが確定する。いずれにせよ、悪意の譲受人は、正当な債権者としての地位を確保しうるのである。

かようにして、いずれの立場を採っても、悪意の譲受人に対する対抗の可否については、構成のちがいを除けば差がないといえるであろう。

(3) 我妻・近代法における債権の優越的地位・三一頁以下。

(4) 銀行は実際においては多くの場合において「特約」の利益を放棄しているのかも知れない。この点については、実務に暗い私はなんらいうべきものをもたぬ。しかし銀行に対し逐一「特約」の利益の放棄を求め交渉することじたい取引の円滑を著しく阻害することというまでもあるまい。

(5) 磯谷・債権法論（総論）（改訂版）五九六頁参照。

(6) 最判昭和四五年四月一〇日民集二四巻四号二四〇頁。この判例が起草者梅博士の立場に帰したことにつき二(5)参照。

(7) 債権者交替により、債務者が不利益（急な権利行使の矢面に立たされる）をうけるおそれがあることはわが国ばかりではむろんない。いささか古い版だが手元のものをみれば――Esser, Schuldrecht, 3 Aufl. 1968, Bd I, Allg. T. § 55 V, S. 408; Carbonnier, Droit Civil, 4 (1969), [126], p.460.

(8) むろん見落しがなければのことであるが、法典調査会における議論の紹介、及び、民法修正案理由書附質疑要録所収の議論の紹介がそれである。厳密にいえば、後者については、後掲・福島論文・法時二五巻一一号八六頁注（一六）に、議論のうちの一部が紹介されているけれども、それはきわめてかんたんであるから、このさいよりくわしく紹介しておくこととした。

(9) 「特約」の効力制限論はさておき、債権譲渡を承認することによって、三百代言、譲渡屋がばっこして債務者を苦しめるという事態が生ずるのは、わが国のみではない。これもいささか旧版だが、Mazeaud, Leçon de Droit Civil, tome II, 1966, N°. 1256, p. 1027. 参照。本稿では、外国の三百代言対策いかにまでは及びえなかった。

(10) 見落しがあるかも知れないが、信託法一一条については比較的多くの研究がある（四宮・信託法・法律学全集五三―五五頁、大阪谷・訴訟信託の抗弁・民商二巻一号、田中・訴訟信託について――戦後の判例を中心に――法学研究三二巻四号、桜田・判例にあらわれた訴訟信託㈠――㈣判評九四号、一〇〇号、一〇六号、一〇八号を掲げておく）のに反し、弁護士法七三条については文献がほとんどない。それゆえ本稿では弁護士法七三条について触れておくこととした。

(11) 我妻・新訂債権総論・五二四頁、大判昭和一三年五月一四日民集一七巻一一号九三二頁判民昭和一三年度六二事件林評釈。

(12) 我妻・前掲書・五二四頁。ただし少なくとも過失を推定させる、とされる（傍点――米倉）ところからすれば悪意の推定も容れる余地あることを前提するのであろう。

(13) 近藤＝柚木・前掲書・三六八頁、於保・債権総論・法律学全集二七六頁。判例について、植林・前掲注釈民法(11)三六四頁を参照。

二　民法四六六条二項の沿革(1)

現行民法四六六条二項において「特約」が是認されるについては、明治九年七月六日太政官布告第九九号（後掲）が無視しえない影響を及ぼしている。そこで、右布告前（といっても江戸時代）はどのような状態であったか、を述べることから始める。

(1)江戸時代の幕府法にあっては、(2)債権譲渡（証文譲）の自由が承認されていた。ただし、江戸時代中葉以降、証文譲を悪用し、後の明治以降のいわゆる譲渡屋に似たものが登場して弊害を生じたので、(3)各種の制限が加えられるに至った。たとえば、天明年間（天明八年）に至ると（以後、幕末まで）譲渡された債権については、それが親子兄弟間において譲渡されたものに限って、出訴することを許されることになったのである（もっとも例外は存した）。しかし、これらの制限も、原則として出訴の条件に止まり、実体法上における譲渡行為の成立要件または有効要件ではなかった。この意味において、債権譲渡の自由が承認されていたといいうる。(4)

証文譲の性質も、今日の債権譲渡と同じく、新旧両債権者間の契約であって、譲渡契約の成立要件としても債務者の関与は不要であった。証文譲の現実のやり方としては、債権を表示する証書の移転による。その証書移転は、その

証書移転の旨記載ある譲証文を別に添えて交付するとか、あるいは、証書に移転の旨添書するとか、の方法によって行なわれたが、そのような場合に、譲証文及び添書面上には債務者の氏名の記載はされることなく、債務者は証文譲において、契約当事者として参加しなかったとみられる。[5]

効果としては、債権そのものが同一性を保って移転したのであり、債権譲渡と更改とは区別されていた。[6]

債権譲渡の債務者に対する対抗要件（現行民法でいえば、通知・承諾）はどうかといえば、譲渡された債権の出訴条件として債務者関与の下に譲渡がなされたことを要せず、債務者が譲渡のなされたことを知らなくとも、右債権の出訴は受理されたことからすれば、債務者に対する対抗要件としては通知も承諾も必要ではなかったといえるのであろう。[7] もっとも、各地の慣行のうちには、債務者に対する対抗要件として現行民法の通知に該当する「報知」を要する（またそれで足る）とするものが存したが、他方、承諾はどうかといえば、債権譲渡につき必要とされる承諾は通常の場合には対抗要件としての承諾ではなくて、そもそも譲渡契約成立の要件としての承諾であったのであり、対抗要件としての承諾は存しなかったとは断言しえないにしても例はすくないものであった。いずれにせよ、これらの慣行は、幕府法上はたんなる慣行に止まり、法律的意義を有しなかったものである。[8]

(2) 明治初年においては、[9] 債権譲渡は、債務者の関与なしに、新旧両債権者間の契約のみで（それ以外に別段の方式も要しないで）有効になされ、かつ、債務者にも対抗しえたものとみられる。[10] しかるに、債権証書の譲渡にからんで、代言人が介在して悪らつな行為をしたという事件があり、[11] 当時の新聞によりとりあげられ、[12] 当時、官民を問わず存したところの、代言人・代人に対する強い反感[13]その他の非合理的、反資本主義的な倫理が背景となって、次のごとき布告が生れることとなった。[14]

すなわち、明治九年七月六日太政官布告第九九号である。いわく、「金穀等借用証書ヲ其貸主ヨリ他人ヘ譲渡ス時

ハ其借主ニ証書ヲ書換ヘシムヘシ若シ之ヲ書換シメサルニ於テハ貸主ノ譲渡証書有之トモ仍ホ譲渡の効ナキモノトス此旨布告候事　但相続人ヘ譲渡候ハ此限ニアラス」[15]

かくして、債権譲渡をなすに当っては債務者をして借用証書の書換をなさしめることが必要となり、債権譲渡については債務者の承諾を要することになった（効力要件）といえるわけである。[16]

かくのごとき布告を発せざるをえなかった事情――前述のごとき背景が根本に存したわけだが――を明治九年三月三一日司法省原伺は次のように述べている。すなわち、「人民相互ヲ以テ貸金証書取引致シ候儀ニ付往々紛糾ヲ生シ候向有之裁判上困難不少何分取扱規則不相立ヨリノ儀ト存候間別紙草按ノ通御布告相成度」とあり、[17]この原伺を受けて、前述の太政官布告が発せられたのである。[18]

右布告は、債権取引に対する強力な制限を付するものであって、近代法の傾向である債権譲渡の自由の保障に反することが明らかである。[19]右布告に対する反対論もむろん存した。すなわち、右布告のように債権譲渡を規制するなら、債権者にとって不便を生じ、これがために金融を阻害することになろう、というのがそれである。しかし、このような議論は支持を見出すことができず、かえって、右布告支持の議論として、債権譲渡の自由を承認するのであれば債務引受の自由も承認しなくてはならない、しかし債務引受の自由を承認することは債権者を害するおそれがあるので肯認しえない、債務引受の自由が承認されえないとすれば債権譲渡の自由もまた承認されえない、という類の議論までも登場する仕末であった。このようなわけで、理屈ぬきとでもいえる状態で、右布告は元老院[20]及び世論[21]の強い支持をえたのである。

(3)旧民法（明治二三年三月二七日法律第二八号及び明治二三年一〇月六日法律第九八号）は、債権譲渡の自由を前提し、その趣旨の規定（権利移転を前提し、その公示方法、対抗要件を定める）を設けた（財産編三三三条五項、三

四七条一項)[22]。これに反し、「特約」については語るところなく[23]、立法者の意思は「特約」に対し否定的であった、「特約」をなしてもそれについては物権的効力を認めないものであった、と解することができる[24]。

(4)旧民法の立場は、それに先立つ明治九年太政官布告と真向うから対立するものである。そこには反対論が登場するであろうことが、当然に予想される。はたせるかな、例の民法典論争において、旧民法の債権譲渡自由肯定の立場は、延期派の好個の攻撃目標とされたのである。その点を次に述べておかねばならない。

江木衷ほか一〇名連名になる「法典実施延期意見」が法学新報第一四号(明治二五年五月二五日発兌)に発表され――その執筆者は江木衷である[25]――、そこにおいて、これら延期派の論客は、「新法典ハ社会ノ経済ヲ撹乱ス」という標題のもとに、旧民法が債権譲渡の自由を承認することを攻撃した。その要旨はこうである。旧民法は、個人の権利の保護に主眼をおき、私権の絶対を確定するにのみ急であり、経済社会における弱肉強食の自由活動を奨励し、いやしくも金銭的利益については弱者に対して仮借するところが全くない。いやしくも金銭的利益については「徳義ノ制裁ヲ容ルヽコトヲ許サズ。債権者ハ債務者ニ与フルニ一片ノ告知書ヲ以テスル以上ハ何人ニモ其債権ヲ譲渡スルコトヲ得セシムルハ財産篇第三百四十七条ニ認ムル所ナリ。故ニ甲乙親友間ノ貸借モ忽チニシテ高利貸ニ対スル債務ト化シ、最モ恐ルベキ債主ニ対スル義務ト変ズベシ。」と論難し、かくのごとく旧民法は、個人の権利とりわけ金銭的権利の実現・保護に主力を注ぎ、「法学家ノ所謂個人主義ノ法典ナリ……眼中人民ノ社会的共同体ヲ認メズ、一国一社会ヲ以テ恰モ数多特立ナル個人ノ算数的総計ト誤解シ、一個人ノ絶対的私権利ヲ確定セバ以テ社会ノ須要ニ応ゼルモノト為セリ。」ときめつけている[26]。

右のごとき議論に対し、断行派の論客、梅謙次郎ほか六名は連名して(執筆者は梅謙次郎[27])「法典実施意見」(明法誌叢第三号明治二五年五月二一日発兌)を公けにし、その九として、「債権ノ譲渡ハ敢テ慣習ニ悖ラズ」という標題

を掲げ、延期派に対して反論した。すなわち、まず、甲乙親友間の貸借も忽ちにして高利貸に対する債務に変るとの議論に対しては、高利貸に債権を譲渡するような債権者は決して親友ではあるまいと応酬し、続いて次のように説いた。たしかに、知らぬ人に対し義務を負うことは知っている人に対して義務を負うよりは不愉快であるにはちがいないけれども、「従来ノ慣習ニ於テモ既ニ此事アリ仮令直接ニ之レヲ譲渡スルコトヲ許サズトスルモ債権者高利貸ニ委任状ヲ与ヘ債務者ヨリ請求スル権ヲ得セシメンカ是レ直接ニ之レヲ譲渡スル毫モ異ナルトコロアラザルナリ故ニ我ガ民法ニ告知ノ法ヲ定メタルハ敢テ従来全ク無キ所ヲ創設スルニ非ズ唯狡猾ノ債権者ガ窃ニ一旦譲渡シタル債権ノ弁済ヲ受ケ其他其権利ヲ行使シ以テ譲受人ノ権利ヲ害スルノ弊ヲ杜絶セント欲シタルニ過ギザルナリ」、[28]と。後に（次の(5)参照）「特約」を承認した梅博士も、この段階では債権譲渡の自由の全面承認（したがって「特約」承認には否定的であったであろう）という立場を採っていたわけである。

右の「法典実施意見」のほかに、断行派からの反論を追加しておく。右意見と共通点もあるが、それよりも、次の(5)で紹介する磯部四郎委員の見解と同断とさえいえるものがあり、磯部見解は断行派の人々の共感をえるものであったことを示唆することにもなるであろう。水町袈裟六「法典実施意見書ニ対スル弁駁」（明治二五年五月九日）がそれである。まず、債権譲渡を承認すべきことについては、財産権は特別事情のない限り売買していけない理はないのであって延期論者といえどもこのことは認めるであろう。財産権の大部分を占める債権がどうして売買していけない理があろうか。もしその売買を制限しまた債務者の承諾を必要とするならば、多数株式会社は一体成立しうるのか。延期派こそかえって社会の経済を撹乱するものにほかならぬ、と論じたうえ、債権譲渡に害ありとの延期派の議論に反駁していわく、「……延期論者カ其害トシテ挙示スルモノハ唯々親友間ノ貸借忽チニシテ高利貸ニ対スル債務ト化シ去ルト云フニ過キス思ハサルモ亦甚シ若シ果シテ親友間ノ貸借ナラシメハ親友タル貸主ニ何ソ其債権ヲ高利貸ニ譲

渡スルコトアラン之ヲ高利貸ニ譲渡スルカ如キハ親友ノ誼ニ非サルナリ且ツ債務者予メ返済ノ期ヲ定メ利子ノ率ヲ定メヲケリ債権者其人ヲ異ニスト雖モ当事者ニ於ケル既定ノ契約ハ変スルコトナシ債務者ニ於テ何ノ害カ之レアラム何ノ苦ムコトカ之レアラム然リ而テ直ニ此規定（旧民法財産編第三百四十七条のこと――米倉注）ヲ以テ社会ノ経済ヲ攪乱スト信スルハ迷信亦甚シカラスヤ」[32][33]、と。

法典論争については以上の叙述からその大略を想定しうるであろう。

(5)第七二回法典調査会（明治二八年三月二二日）において、現行民法四六六条の原型ともいうべき条文が原案（第四百八十九条）として提出され（原案説明者は梅博士であった）、審議された。右原案は、次のとおりであった。「第四百八十九条　債権ハ之ヲ譲渡スコトヲ得但其性質カ之ヲ許ササルトキ又ハ特別契約ヲ以テ之ヲ禁シタルトキハ此限ニ在ラス　前項ノ特別契約ハ之ヲ以テ善意第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」　現行民法四六六条と同様に原則として債権譲渡を承認し（性質上不可譲渡な債権を別として）、例外として「特約」を承認するとともに、その「特約」は善意の第三者には対抗できない、とする。問題は、なにゆえに、かような規定を設けることになったか、そして、審議の途中でいかなる点が議論されたか、である。次に審議の過程での議論をみることにする。まず、梅博士の説明をみよう。

第一に、「特約」を承認した点について。旧民法ならびに多数の外国立法例は債権譲渡自由を承認し、「特約」を許さないのであるけれども、日本の事情を顧慮した場合、「特約」を承認せざるをえなかったのである。「特約」を許す許さぬは国々の慣習により事情に応じて定まるべきことである（傍点――米倉）。右にいう日本の事情とは、従来、日本では債権譲渡は概して認められてきてはおらず、その当時の法にしても債権は証書を書きかえないと移らないということになっており（前述太政官布告第九九号参照）、これは譲渡を認めているのではなくて更改を認めてい

るのではないかと思われる位であること、法典論争の一争点として債権譲渡自由の可否が争われたくらい、債権譲渡自由に対しては抵抗が強いこと、であり、かような事情のもとにおいて、債権譲渡の自由を無制限に承認することは妥当でない。それゆえに、原則として譲渡を許しておき、「特約」をもって譲渡を禁ずることができるというように規定したのである。[31]

第二に、善意の第三者保護について。「特約」の存することを知らないで債権を譲受けた者が、「特約」によって害されるのは不都合であるから、第二項を設けて、善意の第三者を保護することにしたのである。[32]

本稿テーマとの関連においては、以上の二点のみをとりあげておけば一応足るともいえるけれども、重要な問題であり（ついでに言及するだけの価値もある）、しかもまた、当面の問題（「特約」を承認したのはなぜか）とも重要な関連を有するので、次の点についても触れておく。

すなわち第三に、「特約」を承認することは弊害をもたらさないかどうか、とりわけて、「特約」と差押との関係について。「特約」をもって譲渡を禁止しうることを承認するならば、債務者は自己の意思により、自己の債権を差押ええない財産と化することができ、共同担保を害することになりはしないか。「特約」がかような結果をもたらすのであれば、とうてい承認されえないであろう。この点に関し、梅博士の説明はこうであった。当事者の意思により差押禁止財産を作出することは弊害を伴うので許されない。このことは、差押債権者の善意悪意により答を左右すべきものではない。差押禁止財産の任意作出を禁ずるということを原則としておき、養料のごときものはあるいは例外として許してもよい。一般には、民訴法に列挙されているもの以外については、差押を禁じえない。民訴法には差押禁止財産としてその主要なものがふくまれており、それでも不足であるならば、民訴法を補充すればよい。差押の結果、取立がなされることもあろうし、あるいは、転付のごとき譲渡も生じうるし、場合によっては、競売もされその

場合にも譲渡が行なわれることになる。差押の結果生じることある譲渡は強制譲渡だから承認さるべきであって、本条にいう譲渡とは任意譲渡の意である（傍点――米倉）。要するに、「特約」のカバーするのは任意譲渡なのであるから、「特約」によっていかに譲渡が禁止されても、差押・強制譲渡にまでも禁止は及ばないのである。かく解するならば、「特約」の承認は差押を妨げることになると憂慮するに及ばない。そして、本条にいう譲渡が任意譲渡をさすことは、あえて明記しなくても、次条（原案第四百七十条――指名債権譲渡の対抗要件。現行民法四六七条と同文。これも任意の譲渡にのみ適用あるものである）からもわかることである。[33]

ちなみに、「特約」と転付命令との関係についての通説及び前掲最高裁判例の説くところは、すでに、ここにおいて述べられていたといってよいのであろう。

以上三点を要約すれば、「特約」を承認することは日本の国情に適合し、善意者保護規定を加えることによって取引安全を害することはなく、さらに、「特約」を承認しても一般債権者を害することもないということになる。かくして、前記原案は作成・提案されるに至ったのである。

さて、上記のごとき梅博士の説明に対する議論はどのようなものであったのか。結論を先にいえば、議論は存したにせよ、梅博士の説明に服したか、すくなくとも梅博士を論破することができず、結局、原案は修正されることなく可決されたのである。[34]

議論の過程を通覧すれば、上述第二点についてはほとんど議論らしい議論なく、省略しても本稿にとり影響はないので省略する。上述第三点についても同断である。この点についての議論といっても、磯部四郎委員が、譲渡は「特約」で禁じられているが差押は妨げられないと（梅博士は）説くが、差押の結果、競売にまで至ることがあり、そうなればどうしても譲渡が前面に出てくる。強制譲渡は禁じられないのか、「特約」のカバーするのが任意譲渡である

というにしても、原案のままではそのことがわからないのではないか、そのことがわかるようにしておく必要がありはしないか、という趣旨の質問ないし意見具申をしたくらいのものであった。[33] これに対する梅博士の応答は、上述第三点から十分に推察されうるであろう。上述第一点に関しては、注目すべき主張がなされたので、それを次に紹介しておく必要がある。

磯部四郎委員は、原案第一項のうち「又ハ特別契約ヲ以テ之ヲ禁シタルトキ」及び第二項全部を削除せよと主張し、要旨次のように論じた。[36]

すなわち、「特約」は善意の第三者に対抗しえないと定められているので、「特約」の力は弱いようにみえるけれども、「特約」を債権証書に記載することによって、第三者はほとんどの場合「特約」の存在を知ることになり、実際上、「特約」は強力であるといえる（もっとも、強制執行の場合には「特約」は無力であるが、この場合は別論である）。「特約」はかように強力であり、債権の取引を妨げることになる。財産（債権はその一部）の取引を妨げる法律はあまり立派な法律ではない。財産の取引は害のない限りは自然にしておきたい。

ところで、なぜ人は「特約」するのか、どうして債権譲渡を人はきらうのか。債権者が交替すると甚だ面倒であるから、債権者は交替しないで欲しいというのがその理由なのであろう。しかし、これは大いに問題である。というのはこうである。「又是迄債権ノ譲渡トカ何トカ云フ事柄ヲ大変人ハ嫌ヒマスルケレトモ詰リ借リタ金ヲ期限ニ返サウト云フ考ヘカアレハ債権者ハ代ッテモ構ハナイ話テアル是迄ハ弱イ債権者テアッタモノカ今度ハ強イ債権者カ出テ来ルト夫レカ為メニ迷惑ヲスルヤウナコトモコサイマセウケレトモ併ナカラ自己カ約束ヲ守ッテ借リタ金ヲ返シテ往ケハどんな債権者カ代ッテモ決シテ恐ルルコトハナイ」はずだからである。磯部委員によれば、人が債権譲渡を嫌うのは、惰弱心のしからむるところである。この点に関し、その論法はなかなか鋭い。「今日人カ債権ノ譲渡ヲ嫌ウノハ

只今申シタ通リ唯債務者の惰弱カラシテ債権者ノ篤実ヲ奇貨トシテ成ル可ク自己ノ弁済ヲ怠ラウト思ッテ居ル時分ニ厳重ナル債権者ノ出ルコトヲ恐レテ債権ノ譲渡ヲ嫌ウト云フ惰弱心カラ生スル弊害テアリマス債権者カ何百人代ッタ所テ自分カ期限ニチャント履行スルト云フ覚悟サエシテ居レハ恐レルニ足ラヌ話テ債権者ハ其債権ヨリ多ク請求スルト云フコトハ決シテアリマセヌ」（傍点――米倉）。

右にみたごとくであるから、「特約」を承認することは、惰弱心にもとづく旧来の弊を新法のうちへもちこむことにほかならず、賛成しえない。[37] また、「特約」を締結すると、債権者は債権を譲渡することができなくなり、従ってまた、債権者じしんの債務を、債権を譲渡することによって弁済（代物弁済）するという便法も利用できなくなる。「特約」を是認するならば、かような不便もまた生じてくるのである。[38] このような二点（旧弊をもちこむこと及び不便をこうむること）から、磯部委員は、「特約」是認しえずとし、前述のごとき削除を提案したのである。[39]

磯部委員の右議論に対しては、何らの議論もされず、いわば黙殺された形となり、結局、同委員の削除案は消滅したものと扱われたのである。同委員の説くところ――債権者の交替を嫌うのは債務者側の惰弱心のしからしむるところである――は、一理あるにしても（そのことを認めざるをえないにしても）、従前の慣習、権利行使・義務履行に対する国民一般の考え方・意識、法典論争のさい登場したほどの強い反対論もおそらく存したこと、を前提にすれば、磯部案を採用することは問題外であると考えられたのであろう。

(6) 民法修正案理由書においては、その第四百六十九条[40]として、次のように説かれている。債権の譲渡は外国立法例の一般に許すところであり、本案はこの点に関しては、旧民法及び諸外国と同一主義を採用した。日本古来の慣習として債権の自由な譲渡を認めず、現今でもなお、往々にして、これを禁ぜよと主張する者があるので、法典の態度をはっきりさせるために、明規することとし、債権は自由に譲渡されうるものであることを原則とし、例外として、性

質上譲渡しえぬもの、「特約」をもって禁じたものについては譲渡しえぬこととした。第二項は、当事者間の契約によって善意の第三者を害さないようにするために設けたものである。「特約」が差押を妨げないかどうかについては、不譲与物は必ずしも不差押物とすることを要しないのであって、債権者はこの合意による不譲与物を差押えて債務の弁済に供せしめうるから弊害はない、と説明している。(41)

(7)民法修正案理由に対してなされた質疑を次にみることにしよう。質疑においては、谷沢竜蔵議員の質問に梅博士が答えている。その答弁は、他のいずれの資料にもまして梅博士の考えをはっきり示しているように思われる。(42)

谷沢議員の質問は二点あったが、本稿に関係あるのは、次の点である。すなわち、債権譲渡は我国においては随分弊害のあったことであり（この弊害とは沿革からみても譲渡屋のばっこをさすとみてよかろう――米倉注）債権譲渡には種々の制限がおかれてあるくらいであるのに、かかる制限は全く必要ないのみならず、かくのごとく債権譲渡の自由を認めなくてはならぬという理由は何か。

梅博士は次のように答弁した。

第一に、「特約」を承認せざるをえなかったことについて。日本の現行法では、債権譲渡にあたっては債権証書を書換なくてはならぬ。今日の裁判例では、債権者の承諾をえなくてはならぬという解釈になっている。かつはまた、日本の慣習にしても、債権譲渡の自由を許してはいない。外国の多くの立法例は、債権譲渡の自由を認め、「特約」を無効とするものまである。しかし、日本の場合に、そのような例にならうとすれば、いかにも慣習を破ることになる。慣習を破れば種々の弊害が生ずるであろう。そこで、外国にはきわめて例のすくない主義を採用して、原則としては譲渡性を承認することにし、しかし当事者が反対の意思表示をなした場合には譲渡しえない、すなわち当事者がその債権を他人に譲渡することを望まない場合にはその意思に従わなくてはならないことにした。このように定めれ

ば、弊害はまずないであろう。具体的方法としてはこうである。もし債務者が、その債権が他人に譲渡されることを望まないのであれば、その旨をはじめに断わっておけばよく、たんなる口頭の意思表示では実効性がない場合が多かろうから、債権証書にその旨記載しておくのがよい。債権証書に記載してあれば、善意の第三者は実際上ありえなくなり、そうなれば弊害はなくなるであろう。[43]

第二に、原則としては譲渡性を承認することについて。梅博士の議論では譲渡性を原則として承認することが前提となっている。なぜ原則としては承認するのか。慣習・国情を顧慮するのであれば、債権の譲渡を禁止することをもって原則としたらどうなのか。この点に関する梅博士の説明は、これまでのところ、見当らなかったけれども、ここに至って、梅博士の説明に接することができる。それはこうである。今日（むろん当時のことである——米倉注）のごとき開けた世において債権は原則として譲渡しえぬということは、とうてい行なわれる論ではない。すでに今日、かの書換を要するという条件すらも、或る場合には、非常に邪魔なものとなっている事実がある。それくらいであるなら、原則は、各国と同様に、譲渡性を承認するのが、今日の日本の事情に適合するであろう。[44]

(8)制定の経緯からははずれるけれども、起草者の見解を確認する意味で、最後に、梅・民法要義巻之三における民法四六六条の解説[45]に眼をとおしておこう。

まず、原則として債権の譲渡性を承認し、かつ、そのことを明言したのは、次の理由による。権利は原則として譲渡しうるものであって、このことは、通常、明文をおくまでもなく当然のこととして認められているが、債権についてのみは、債権は人と人との関係なるがゆえに、あるいは、性質上譲渡しえないとか、あるいは、当事者の意思において譲渡を許さないことが多いと説く学説もあり、そこで、原則として債権の譲渡性を承認する旨明言しておくのである。

次に、「特約」を承認したわけはこうである。債権者は往々にして当初の債権者に対して義務を負うことを承諾するけれども、他の人に対して義務を負うことは承諾しない意思を有すること稀でない。この意思は相当の理由があり、必ずしも公益上これを禁ずる必要はない。ことに日本では、従来、債権の譲渡を許さないのを本則としたがゆえに（前掲太政官布告第九九号参照）、今全く当事者の反対意思を認めないならば、すこぶる慣習に反し実際に行なわれがたい憂いがある。

また、善意の第三者保護の理由はこうである。原則として債権は譲渡性を有する。ゆえに通常の場合においては第三者はそれを信じて譲受ける（質取する）であろう。しかるに後日「特約」を対抗されるならば、第三者は妨害される。そのために債権の融通を妨げ折角一項で原則として債権譲渡を承認した精神に反することになるおそれがある。それゆえに、善意の第三者を保護することにしたのである。

(9)以上が民法四六六条二項の（正確には一項もの）制定経緯である。ここでまとめをかねて次のことを述べておきたい。

第一に、制定の経緯において、日本の当時の慣習（ないしは事情）に考慮が払われたことは明らかである。その慣習をどのように評価するかはさておいて、ともかくも、慣習を顧慮して、「特約」を承認せざるをえなかった（直接的動因としては、旧民法延期派のごとき、債権譲渡自由に対する強力な反対説の存在していたことが挙げられるであろう）、これが立法者＝起草者＝梅博士のおかれた立場であったのであろう。当時の事情（とりわけ反対説の存在、それに、おそらく、民法典を早く仕上げるには妥協せざるをえなかったであろう）からみて、慣習を顧慮した（それを立法上も反映させた）ことは、やむをえなかったこととして了解することができる。

第二に、梅博士じしんは、もともと債権譲渡自由の承認（「特約」という例外のないもの）を希望したのであり、

「特約」の承認には積極的ではなく、慣習にやむなく譲歩したのではないかと思われる。もっといえば、譲歩したような形をとりつつも（そしてそれによって反対説に対処しつつも）、実は、債権譲渡自由が貫徹されるという実質は逃がさないで済むだろうと考えていた、ともいえなくはないのである。

梅博士が債権譲渡の承認の方に傾くのは、旧民法断行派のリーダーであったこと（(4)参照）からも了解されうるであろう。さらにこうもいえよう。梅博士ともあろう学者がいたずらに旧来からの慣習のみに眼をうばわれて終るはずはなく、それはそれとして把握したうえで、将来はどうなるかを洞察していたに相違ない。梅博士は、過去及び現在はともかくとして、将来は債権譲渡の自由はより幅ひろく承認されざるをえないこと、否それどころか、すでに当時においても債権譲渡自由に対する要請は大なるものであること（慣習に譲歩することだけが国情に合致するとはいえぬ。当時の国情はすでにそのようにいえたのである）、を見透していたのであって（(7)第二参照）、このことと、旧民法の断行を声を大にして唱えたこととをあわせ考えるならば、債権譲渡自由の承認に積極であって、「特約」の承認には消極であったであろう、と推測することも許されるのではないか。あるいはまた、法典調査会の席上、これまた断行派の有力者磯部委員[46]の「特約」に対する消極的見解に対し、梅博士がなんら論評していないのも（(5)参照）、「特約」に対してはやはり消極的見解を持していたからではないか（磯部見解に共感を覚えつつも、しょせんは慣習に譲歩せざるをえぬことを見越して磯部見解を黙殺した）と推察されなくもない。もとより、「特約」について全くの否定的見解を持していたとは思われない。そのことは、民法要義の解説（(8)参照）からもうかがうことができる。しかし、右解説から知りうる見解は「特約」承認を積極的に肯定していたことの証左ではなく、やむなく承認することの正当化とみるべきではなかろうか。

「特約」を承認することに決すれば、一見、断行派が譲歩したごとくみえるけれども、この譲歩はあまり大きなも

のではない。梅博士は――磯部委員も(5)参照)――「特約」を債権証書に記載することによって、善意の第三者は実際上なしともいえる状態がもたらされ、債権譲渡禁止の実効を確実におさめることができると説く。かくして延期派は勝利を手中にしたかのごとき観がある。しかしそのようには必ずしも断言しえないのである。そもそも債務者は実際上「特約」を債権証書に記載しうる(させうる)のであろうか。おそらくはできないであろう。記載以前に「特約」締結じたいもできまい。締結したとしても、記載まですることについては債権者が同意しない場合もすくなからずあろうし、同意を強制する権利はむろん債務者になく、強制するような事実上の力もないのが普通だからである。「特約」を債権証書に記載しうる債務者は、通常、経済的に強い立場にある債務者に限られるが、そのような者は「特約」など締結しなくとも債権者交替によって困ることはないのである。延期派の考えていたのは、債権者の交替によって困惑する経済的に弱い立場にある債務者ではなかったか。かような債務者は実際上「特約」を債権証書に記載しえず、従ってまた、「特約」を善意の第三者に対抗しえないのである。かくては延期派の勝利というも内容きわめて貧弱なものである。「特約」を承認するといっても、右にいう強い立場にある債務者はそもそも「特約」を利用することはない――その必要がないから――であろうし(しかし梅博士がかかる推測をしていたとすればそれは外れたことになる)、右にいう弱い立場の債務者は「特約」をもって債権譲渡を妨げることが事実上できないのであるから、債権譲渡自由は十分に貫徹することができる。かように梅博士は考えていたのではあるまいか。このように考えれば、民法四六六条二項が「特約」を承認することとなっても、実質的にはあまり大きな意義はなく、債権譲渡自由の全き承認を希望する立場にとってもほぼ満足いく法条ということになるわけである。

もっとも、梅博士が債権譲渡の自由を希望していたといっても、いわゆる譲渡屋に対する対策は不要であるとまで考えていたとは思われない。しからばどのような対策を考えていたのか。当時としても代言人に対する規制は存した

のであり[47]、代言人でない者（譲渡屋）についてはそのような規制を及ぼしえないけれども、民法施行後は譲渡屋のなした債権譲渡は公序良俗違反（民九〇条）の行為であるとして、その私法上の効力を否定することにより、譲渡屋のなす債権譲受を抑制することが可能だとも考える余地がある[48]。従って、いかにしても、「特約」を承認しなければ困るともいいきれないわけである。梅博士が譲渡屋の横行を承知のうえで、債権譲渡自由を希望していたとすれば、譲渡屋対策としては譲渡制限とは別のルートをもってあてるべきだと考えたのであろう。そして、別のルートがあるのに「特約」を承認することによって債権の流通をそこねる可能性（債権証書に「特約」を記載して善意者をしめ出すことによってこの可能性は大きくなる）をつくり出すのは行き過ぎであるともいえるであろう。もっとも「特約」を対抗しうるのは相手が譲渡屋である場合に限るとでも解するなら別であるが、それにしても、別のルート（民九〇条違反なら善悪不問）があるのに「特約」を譲渡屋対策専用に利用するのはむだでもあろう。あるいはまた、こうもいえよう。梅博士が「特約」は実際には利用されることがすくないだろうとの推測に立っていたとすれば、譲渡屋対策に「特約」をあてることを考えたりせず、その対策としてはもっぱら他のルートを考えていたであろう。しかし、譲渡屋対策についての梅博士の見解は今のところ私には不明であり、今後探索したいと考える。

第三に、今後（三、四）の解釈論との関連において次のことを述べておきたい。解釈論を正面から展開するのは三、四に譲り、ここでは制定経緯、立法者＝起草者の意思との関連において示唆される方向を述べるにすぎない。

(イ)「特約」承認は当時の慣習に譲歩した結果であるが、その慣習は、債権者交替によるきびしい取立から債務者を守るところにその主眼点があったものといえよう。換言すれば、「特約」を利用する者としてはいわば弱い債務者——資力が乏しく弁済にあたり猶予を乞うことを希望しなくてはならぬほどの——が予定されていたということである。弁済にあたりなんら困惑しないような資力の確固としたいわば強い債務者（銀行等）が「特約」を利用する——

そしていやがうえにも自己の利益を守る――ことは予定されていなかったのであって、かかる強い債務者の「特約」利用を制限・排斥するとしても、制定の経緯に照らして許されぬことではないであろう。かようにして、「特約」の第三者に対する効力を制限する一つの考え方が示唆されるのである。

さらには――右に述べたように弱い債務者にのみ「特約」利用を許すと解するにしても――譲受人の側も問題となりうる。譲受人が悪意の（この制限は条文上いたしかたない）譲渡屋である場合に限って「特約」を対抗させるべきだ、それ以外の譲受人にはそれが悪意者であろうとも、「特約」を対抗させるべきでないといえないか。「特約」を承認するさいにもっぱら問題となっていたのは、きびしい取立から弱い債務者を保護することであったが、そのきびしい取立をする者として譲渡屋が念頭にあったといってよい。それならば、譲受人のうち悪意の譲渡屋に対して弱い債務者のみをして「特約」を対抗させれば十分なはずである。[49] 善意の譲渡屋に対しては対抗しえないという譲渡屋対策上の不徹底さ（これに対しては弁護士法七三条、信託法一一条違反の法律行為の私法上の効力否定という形で対処する）[50] を免れぬしても、こと悪意者を問題とする限りは、右のように解することが、立法の沿革にてらして必要かつ十分な解釈である。[51] かようにして、ここでも「特約」の第三者に対する効力を制限する考え方が示唆される。

(ロ)前段の(イ)の最初に述べたごとき主眼点についても（ひいてはそれをふくむ慣習についてということにもなる）、すでに当時、起草者梅博士も属する一派による消極的評価が有力であったこと前述のとおりである。債権者が交替すると取立がきびしくなるから困る、だから債権者を交替させないことに利益を見出す、というような議論は当時はともかく、今日是認されるべきかどうか問題である。もはや今日では、義務者は義務をきちんと履行させられて当然なのだと考えるべきであり、法律の上でも、そうでない考えのはいる余地を閉ざすべきではないか。不当なやり方の取立に対しては刑法その他の手段で対処すべきである。

債権によっては債権者が変った場合にも――性質上不可譲渡の債権とまではいえなくとも――債務者に従前どおり給付をさせることが妥当ではないと考えられる債権（三(2)(ロ)(iii)を参照）もあるだろう。そのような債権について「特約」の利用を許すことには賛成しうるけれども、それ以外の債権について、とりわけて、取立のきびしくなることを回避するために、「特約」利用を許すことは大いに問題である。制定の過程において右のような「特約」利用が予定されていたとはいえ、その態度を今日当然に承継することには疑問の余地があり、私は承継すべきではないと考える。またこう解することが起草者の意にも適合するであろう。なるほど(8)において梅博士は、債務者が当初の債権者以外の者に対して義務を負うことを承諾しない意思を有すること稀でなく、その意思には相当の理由がある（是認されるべきであるというのであろう）と述べているけれども、このことは右で述べたような債権（性質上譲渡しえないものではなくとも、新債権者に対し給付させることが妥当でないような債権）についてはあてはまるにしても、どのような債権についても、そしてどのような利益追求であるか問わずにあてはまるとは私には思えないし、梅博士がしかりと思っていたかどうかは疑わしく（前述第二を参照）、かりにそのように思っていたとしても、それに追随すべきではあるまい。

(ハ)起草者梅博士は「特約」を制度としてぜひとも必要なものと考えていたというよりは、当時の事情からやむなく「特約」を承認したこと前述のとおりである。とすれば、「特約」の効力の妥当範囲をできるだけ狭く解釈する――それだけ債権譲渡自由の領域を拡げることになる――ことこそ、起草者の意にそうことになるのである。「特約」が悪意者に対しても当然に対抗できない場合があるのではないかというような議論は、制定の過程においては見当らなかったけれども、右のような起草者の意からすれば、悪意者に対する「特約」の効力を制限することはむしろその意にかなうのであって、今日の金融機関のように約款を介して善意者を事実上しめ出してしまい、その結果、債権譲渡

自由を事実上無意味化することは大いに問題であり（起草者がたとえ是認するつもりであったとしても、今日の問題として黙視しえないと考える）、起草者の本意としないところであろう。なるほど梅博士は、(7)において、「特約」を債権証書に記載することにより善意の第三者を事実上なからしめ、「特約」の実効性を確保できると述べているけれども、これは債権譲渡自由に反対する一派に対する弁明（説得をはかる方便）に止まり、債権譲渡自由の無意味化なる結果の生ずることまでも肯定するものではあるまい。梅博士が右のように述べているのは、譲渡屋のごとき者のばっこ（梅博士が(7)において「特約」及びその証書記載により弊害はなくなる旨述べているさいの弊害とはかかる者のばっこをさすこと文脈上明らかである）は「特約」及びその証書記載によって防止しうる、譲渡屋対策としては十分の手段があるといっているのである。かくして、譲渡屋対策を心配する反対派に対して答えているわけである。しかし梅博士としては、債権譲渡自由が空文に帰することまでも認めるつもりはなく、譲渡屋対策が十分なものとなるのあまりそのような空文化がもたらされることになりはしないか、なるとしたらそのような事態は承認しがたいと考えていたのであろう。債権譲渡自由の方を「特約」承認よりも重視していた梅博士については、このように解するのがむしろ自然であろう。[62]

(ニ)解釈論との関連ということからすれば、民法四六六条二項但書の「善意」について触れておかねばならぬ。制定の過程では、この善意に無過失を要するか否かという問題は全くとりあげられておらない。起草者もその他の関係者も問題を意識しなかったのであろう。あるいは、後の解釈に委ねたのかも知れないが、とにかく、議論の対象にされていない。慣習を積極的に評価し債権譲渡をできる限り制約したいとの立場に立てば、無過失を要するという結論を採用することになるであろう。しかし、すでにくり返し述べているように、起草者としては債権譲渡自由の伸張を志向していたのであるから、善意のみで足り無過失を要しないという結論の方が起草者の意思には適合するであろう。[63]

債権譲渡自由を強調するのであれば、次のような考え方も生じうるのではあるまいか。すなわち、債権はいわば定型的に譲渡性ある（性質上不可譲渡の債権、法律によって不可譲渡とされた債権は別として）ものと定められており、譲受人はそれを前提としていれば（別に特に注意、調査しなくても）保護されるべきである。他方「特約」により譲渡性を奪うことも認められてはいるが、そのような例外（定型に対する信頼を破るような）は、たまたま譲受人が悪意の場合に限って対抗しうるに止まるべきである（さらに「特約」の効力制限論によれば悪意者といえども当然に対抗されるとは限らないことになる）。「特約」の効力について、物権的効力説（「特約」そのものの対抗）を採ろうと債権的効力説（抗弁権の対抗）を採ろうと、右の点に変りはない。いずれの効力を主張するにしても、その相手方は悪意者に限られるべきであり、善意者には「特約」を対抗しえない。「善意」には無過失を要しないのである。起草者がどのように考えていたのかは断言しえないけれども、右のように解することも起草者の意思にそわなくもない（前述(8)における善意者保護の理由説明は右のように解する余地あるともみえるが、やはり断言しえない）、と私は考える。

民法四六六条二項但書の条文そのものは「善意」としか表現しておらないこと、右にみたように起草者の意思もたんなる善意で足るとの立場に傾くものと推測されること、起草者の意思いかんを度外視しても、現代においては制定当時にもまして財貨としての債権の流通安全が強く要望されていること、これらの点からみた場合、現在の有力説のように「善意」には無過失を要すると説くことには、疑問を容れる余地が十分にある。「善意」には無過失を要しないと解する（それだけ、無過失必要説よりも「特約」の第三者に対する効力を制限することになる）べきではないか。

(ホ)要するにこうなのである。民法四六六条二項は「特約」を承認している。この「特約」の第三者に対する効力を

今日どのように解するべきか、一考を要する。当時においてもすでに「特約」承認を問題とする見解が有力であった（立法者＝起草者じしんも多分にそれに加わっていたとみられる）のに、加えて、債権譲渡自由（安全）に対する要求がますます増大している現代において、「特約」承認が悪意者に対する関係においては条文解釈上無制限のものと解しうるからといって、それを文字どおりに無制限のものと解する（悪意者に対しては当然に「特約」を対抗しうると解する）のは――さらには、「善意」には無過失を要すると解して「特約」を対抗しうる範囲をそれだけ拡大するのも問題である――大いに問題である。私見によれば、現代においては、かりに立法者意思に反しようとも、「特約」の第三者に対する効力をより一そう制限するべきである。換言すれば、債権譲渡自由の妥当範囲を既存の見解よりも一そう拡大するべきである。そのような方向をめざす解釈論を試みるべきである。まして、そうすることが立法者の意思にも適合するのであれば――民法四六六条二項についてはしかりといえよう――なおさらである。

端的にいえばこうである。民法四六六条二項における「特約」承認については、その合理性につき制定当時から疑いを容れられ立法者じしんもそれにくみしていたとみられるのであり、他方、今日においては「特約」の第三者に対する効力について既存の見解のごとく解することは――悪意者に対する関係についていう限り既存の見解はすなおな解釈といえるが――妥当ではない。かように、「特約」承認が、当初から、及び、今日において、合理性、妥当性に疑いを容れられているとすれば、「特約」の第三者に対する効力をなるべく狭く限定するべきである（(イ)―(ニ)すべて「特約」の第三者に対する効力制限を指向している）。そうすることが立法者意思にも適合し、かつ、今日における右条項の運用としても妥当である。

ところで、「特約」の第三者に対する効力をなるべく狭く限定する、その限定づけはいかになさるべきか。それが三以下の問題にほかならない。

(1) 甲斐・注釈民法(11)債権(2)三三八頁、植林・同注釈民法三四八頁にきわめてかんたんな概観がある。

(2) 諸藩における制度がどのようなものであったかについての文献を私は当面知りえなかった。幕府法上の効力が常にそのまま諸藩に及ぶものではなかったことだけはたしかであるとされる（金田・徳川時代における債権及び債務の移転・法政研究一巻一号三頁）。

(3) 金田・前掲論文六頁。同論文七頁には、地方落穂集追加巻四の四六二頁所出文政十年村々申合の条々中に、「一村々の内へ公事師と唱へ他の貸金を引受、俄之下人に被抱御差紙を願、又は出入の腰押等致し、村方を騒立候もの有之由、右者不届之儀に付、右躰之者有之候はゞ、不隠置密々可申上候事」という記載があることが紹介されている。同論文六―七頁には、このほかにも後の譲渡屋のごときものの登場を推測させる資料の紹介がなされている。公事師に対する信望の薄かったことについては、ラビノウィッ（後藤訳）日本弁護士の史的発達・アメリカーナ3号三頁参照。

(4) 金田・前掲論文六頁、一三頁以下、二八―二九頁。出訴条件に止まっていたにせよ、そのような制限のあることに着眼して、債権譲渡は制限されていたのだともいえるであろう。

(5) 金田・前掲論文三五―三七頁。

(6) 金田・前掲論文三八頁。

(7) 金田・前掲論文三五―三六頁、四〇―四一頁。

(8) 金田・前掲論文三九―四一頁。なお債務者以外の第三者に対する対抗要件はどのようなものであったのかについては、今のところ、私には不明である。

(9) 前述したごとき天明八年の制限は、幕末まで施行されたようであるが、明治にはいると早急に消滅し、親子兄弟の続柄にはない者の間における債権譲渡も、裁判上保護をうけるに至ったものとみられる（金田・前掲論文・一五頁）。

(10) 福島・日本資本主義の発達と私法(二)・法時・二五巻二号六一頁参照。なお、石井・日本法制史概要・二三一頁、高柳・日本法制史(二)・一三三頁も参照。対抗要件としてなんらの方式・行為も必要でなかったのかどうかについては、必ずしもはっきりしないが、一応、本文のように理解しておく。この点については、専門家の御教示を乞う次第である。

(11) 福島・前掲論文・法時二五巻二号六二頁注(三)によれば次のとおりである。「某が一七二年前（寛永二年）に土井大炊守利勝に大判六百枚小判二万余両を預けた。その古証文を代言人の土井直が譲受け、土井利興に返還請求の訴を起した。九年二月一四日

横浜毎日新聞。」

(12) 明治九年二月二七日東京日日新聞は社説において、「負債主ノ承認ナキ借用証文譲渡ハ訟廷ニ於テ無効タルベシ」との法律を制定すべきことを提案した（明治九年三月二日横浜毎日新聞もこれに賛成した）とのことである（福島・前掲論文・法時二五巻二号六一頁、六二頁注(四)）。

(13) 福島・前掲論文・法時二五巻二号六一頁。同論文六二頁注(六)には、地方官の眼には次のように映じたとされている。「代人ナルモノハ人民未開ノ地ニ於テハ只ニ苦情ヲ醸成シ徒ラニ民費ヲ濫消スルマテニシテ独リ其益アルヲ見サルノミナラス却テ民治ニ相響キ他日如何トモスヘカラサルニ至ラン」（明治一〇年四月長野県伺、内務省日誌同年二七号）。当時の代言人に対する世間の評価については、ラビノウィツ・前掲論文・アメリカーナ3号五—六頁参照。

(14) 福島・前掲論文・法時二五巻二号六一頁。同論文によれば、当時においては代言人・代人に対する強い反感のほか、官民を問わず、商人・高利貸に対する深い憎悪もあり営利を追求する商法の世界の外に、零落していく士民の大衆層を包括した、非合理的、反資本主義的、封建的な社会がひろく残存しており、これらの社会層の倫理を反映して明治九年太政官布告第九九号が生れたとされる。現行民法四六六条二項における「特約」承認の社会的基礎もやはり同断とみてよいのであろう。そして、今日において、右のような社会的基礎がどの程度存在しているか、存在しているとしても、そのことを解釈のうえにはたして反映するべきか、反映するべきだとしてもどの程度であるべきか、ということがまさに問題とさるべきである。

(15) 法例案纂・民法全・第三版、明治九年（太政官記録掛編纂、明治一〇年）八二三頁。

(16) 福島・前掲論文・法時二五巻二号六一頁、同・財産法（法体制準備期）・日本近代法発達史1・二五頁。布告は自由にではないにせよ債権譲渡を認めていた（債務者の承諾を効力要件とするにせよ）というよりは、そもそも債権譲渡を認めておらなかったのではないかという見方も成り立つ余地がある。すなわち、梅博士はいわく、「我国ノ今日ノ有様ヲ以テ考ヘルニ従来債権ニ譲渡ト云フモノハ概シテ認メテ居ラナイノテス現行法（明治九年七月六日太政官布告第九九号—米倉注）ニ於テモ御承知ノ通リ証書ヲ書替ヘナケレハ権利カ移ラナイト云フコトニナツテ居リマスルカ或ハ法理カラ云ツテ見タナラハ現行法ノ譲渡ハ其ノ譲渡テナクシテ証書ヲ書替ヘルト云フ位テアリマスカラ寧ロ債権者ヲ改メル所ノ更改テハアルマイカト思ハレマス位テアリマス」（法典調査会議事速記録二二巻一二四—一二五丁）。

(17) 前掲・法例案纂・八二三頁。

(18) 前掲・法例彙纂・八二四頁には、本文掲載の司法省原伺に対して、「七月六日指令　伺之趣聞届第九十九号ノ通布告候事」とあることから明らかである。

(19) 福島・前掲論文・法時二五巻二号六一頁、同・前掲論文日本近代法発達史1・二五頁。

(20) 福島・前掲論文・法時二五巻二号六一頁。同論文六二頁注(一五)によれば、この布告が債権者に不便を生じて云々という議論は中島信行のものであって、反対者（中島の見解への賛成者もふくめ）は他に存しなかった。債務引受の自由否認をもち出しての議論は陸奥宗光のものであった。政府委員は、従来の慣行では、債権証書の譲渡は自由であり、譲渡後は相殺権の行使ができなくなると述べた。

(21) 福島・前掲論文・法時二五巻二号六一頁、六二頁注(一六)、及び、同・前掲論文・日本近代法発達史1・二五頁、二八頁注(16)。前者六二頁注(一六)には、当時の新聞が布告に対して、「一般人民ノ為ニハ一大幸福ト云フベキ也」と強い支持を与えたことをうかがわせる記事の引用がある。

(22) 福島・前掲論文・法時二五巻四号三二頁は、旧民法のこのような構造を、進歩的意義を有すると評価している。財産取引の自由の保護を進歩的と呼べば、そのようにいえるのであろう。条文を紹介しておく。財産編三三三条五項「債権ノ引渡ハ証書ノ交付ヲ以テ之ヲ為ス」、同三四七条一項「記名証券ノ譲受人ハ債務者ニ其譲受ヲ合式ニ告知シ又ハ債務者カ公正証書若クハ私署証書ヲ以テ之ヲ承諾シタル後ニ非サレハ自己ノ権利ヲ以テ譲渡人ノ承継人及ヒ債務者ニ対抗スルコトヲ得ス」

(23) 例外としては、財産取得編一六九条一項二項、一七〇条を挙げうるに止まる。一六九条一項二項「無償ノ終身年金権ハ設定者ニ於テ之ヲ譲渡スコトヲ得ス且差押フルコトヲ得サルモノト定ムルコトヲ得右約款ハ設定証書ニ記入シタルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」、一七〇条「終身年金権ノ譲渡及ヒ差押ノ禁止ハ其一事ノミヲ要約シタルトキト雖モ二事共ニ存立ス」（右一六九条一項について、及び、それが例外であることについて次注(24)に掲げる梅博士の説明を参照。ほかに、民法修正案理由書附質疑要録4・第四百六十九条の理由も参照）

(24) 旧民法の建前については、我妻・前掲論文・民法研究V・一八五―一八七頁のほか、梅博士の説明（法典調査会議事速記録二二巻一二二丁以下）が参照さるべきである。後者の説明は詳細なものである。本稿では、これらの文献に譲ることにする。

(25) 東川・博士梅謙次郎・八九頁。

(26) 星野通・民法典論争資料集・一七九―一八〇頁、東川・前掲書・九九―一〇〇頁。なお、この「意見」に名を連ねた者は（あ

まり意味あるとは思えぬが参考までに挙げておく)、江木のほかに、高橋健三、穂積八束、松野貞一郎、土方寧、伊藤悌治、朝倉外茂鉄、中橋徳五郎、奥田義人、山田喜之助、岡村輝彦の一〇名であった(星野通・前掲書・一八五頁、東川前掲書・九〇頁)。

(27) 東川・前掲書・八九頁。連名の論客は、本野一郎、寺尾亨、高木豊三、栗野慎一郎、杉村虎一、加藤高明の六名であった(東川・前掲書一一〇頁)。

(28) 星野通・前掲書・二四一頁、東川・前掲書・一二九頁。

(29) 星野通・前掲書・二六二頁。

(30) このついでに、断行派の議論をもう一つ挙げておく。その調子はかなり激越なものであり、論争の激しさをうかがわせる。和仏法律学校校友会・法典実施断行意見・法律雑誌第八八四号(明治二五年五月二五日発兌)、同第八八五号(同年六月二五日発兌)がそれである(星野通・前掲書・二二八―二二九頁による)。いわく、「論者又曰ク金銭ノ利益ニハ羣末モ徳義ノ制裁ヲ容ルルコトヲ許サズ債権者ハ債務者ニ与フルニ一片ノ告知書ヲ以テ債権ノ譲渡ヲ得セシム故ニ親友間ノ貸借モ忽チ高利貸ニ対スル債務ト化シ去ル可シ豈恐ル可ケンヤト徳義ノ制裁ヲシテ地ヲ払ハシメ親友間ノ貸借ヲ高利貸ニ移スガ如キ敢テ情誼ヲ忍ハシムルニ足リタルモノ果シテ何故ゾ其本ヲ究メズ徒ラニ其末ヲ喋々ス論者ノ識見ノ鄙陋ナル知ル可キノミ論者ハ債権譲渡ノ結果ヲ恐ル然ラバ敢テ問ハン論者ハ其結果ノ或ハ弊害ヲ醸生センコトヲ恐レテ債権ノ譲渡ヲ禁セントスルカ」、と。反駁の意気のみ急にして論旨必ずしも十分に展開されていない感をうけることであろう。「其本を究メズ」の「其本」とは何か。親友に対する債権を高利貸に移すというようなことをするほど徳義の抑制が失なわれたその原因のことなのであろう。その原因とは何であるというのか。右「意見」には明確な説明が見当らない。法律の不備、権利義務関係の不明確なために各人勝手なことをしてもそれを法的に取締ることができず、する方もされる方も各人勝手なことをすることについて恐れるものがない(むしろ勝手なことをしないと損だと考える)という事態が生じ、ひいては徳義心が失われ、ついには親友に対する債権を高利貸に譲渡してもなんとも思わぬに至る。かくして「其本」は法律の欠如・不備である(よって、民法典の断行は急務である)。このような趣旨なのであろう。延期派が、旧民法は個人の権利保護に主眼をおき、経済社会における弱肉強食の自由活動を奨励するものだと難じているのに対して、右「意見」は「嗚呼何等ノ奇論何等ノ怪説ゾ」とし、経済社会をして徳義がすたれ信用地に墜ち、弱肉強食の自由活動に放任し弱者をして権利を防衛しえないような事態に至らしめたのは、「是レ皆法律ノ不備不完ニシテ権義ヲ明カニシ信用ヲ保護

スルニ足ラザルナキニ職由スルニ非ズヤ」とする。このような議論からすれば「其本」について前述したことはおそらく成り立つであろう。そして右「意見」は、「其本」を除去すれば、債権譲渡によって弊害など生ずることはなくなるのだ（「其本」の除去―民法典の断行はやはり急務である）と主張したかったのであろう。

(31) 法典調査会議事速記録二二巻一二四―一二五丁。更改云々については、注(16)を参照。

(32) 法典調査会議事速記録二二巻一二六丁。

(33) 法典調査会議事速記録二二巻一二五―一二六丁、一三一―一三三丁。差押と「特約」との関係において、差押債務者の善意悪意を問わないかどうかについては、梅博士の説明はいささかわかりにくい（右速記録一三一丁）けれども、記録の文脈からみて、善意悪意を問わないと解してよいと考える。

(34) その後、どのような経過で現行条文のような形となったかについては及びえなかった。問題はもはやたんなる条文の体裁の問題でしかないともいえるもので、追求するまでのこともないであろう。

(35) 法典調査会議事速記録二二巻一三〇―一三一丁、一三二丁。

(36) 法典調査会議事速記録二二巻一三三―一三五丁。

(37) 弁済期が到来しても債権者に頼んで猶予してもらうのに便だからというので（債権者が交替するとそのようなことは期待しがたくなる）、「特約」を締結するのは「惰弱心」のしからしめるところといえようが、債務者も資力が十分で弁済には心配がないという場合でも、債務者にしてみれば、債権者の交替によって新債権者の確認の必要とか債務者が銀行の場合なら新通帳の作成の必要とかの手続をふまねばならなくなる。かような手続履践を回避するだけのために、債務者が「特約」を締結することを希望するとしたら、それは非難さるべきことか。このような場合については、磯部見解は考えていなかったのであろう。もし考えていたとしたら、手続履践を回避したいなどというのは、それもまた、「惰弱心」のしからしめるところときめつけたのではないか。「惰弱心」のしからしめるところかどうかはともかくとして、手続履践を回避したいから「特約」を締結するということを是認するべきなのだろうか。検討を要する問題である（三(2)(ロ)(i)(a)において触れる）。

磯部見解のいう惰弱心を法的にどのように評価するかは別として、かかる惰弱心（債権者に対し好意を期待する）は当時の国民ばかりでなく、今日の国民にも存するであろうし、また、わが国の国民にのみ存するわけでもない。新債権者に対しては好意を期待することができなくなる。そこでそのような新債権者と関係をもたねばならなくなるのは債務者にとり苦痛、不快でもあ

ることになる。いささか旧版だが手近のものをみるとLarenz, Schuldrecht, Bd. I, Allg. T. 8 Aufl., 1967, §30 II, S. 345参照。

好意などはじめから期待する必要がない場合でも（弁済に困ることのないほど資力に恵まれている場合）、また、先述のごとき手続煩雑をいとわぬとしても、なお未知の債権者と交渉をもつことは不愉快に感じるのではあるまいか。理屈からいえば、債権者がだれに変ってもどうでもよさそうなものだが、実際には、むろん程度は千差万別であるにせよ、不愉快に感じるであろう。実際にも、未知の者は債務者の資力十分なること、誠実な人間であることを知らないので、弁済期の到来する前から――旧債権者ならこれらのことを十分知っているためにしなかったであろうに――弁済がきちんとなされるや否やを打診するなど（他人にも債務者の人柄をきくなどする）することがあろう。これも不愉快の一因となりうる。

カルボニエは、債権者の変更は債務者にとってどうでもよいと考えうるのはきわめて抽象的な理論においてのみであり、債務関係はサイコロジカルな関係であって、未知の債権者に対して債務者は敬意を払わず、敵意を抱くこともある旨説いている（傍点―米倉）。Carbonnier, op. cit., [126] p.460. 社会学的にはそのような事実があるにしても、それを法的にどのように評価するかは別問題であり、私としては消極に解する。

(38) ここで不便だと説かれていることの逆、債務を弁済するために債権を譲渡することができるということは、債権譲渡の実益の一つとして挙げられることである。Mazeaud, op. cit., N°. 1256, p.1027.

(39) 「特約」を締結することに債権者が同意しなければよいではないか、「特約」さえ締結しなければ、磯部委員の説く二点もそもそも生じようがない。しかし、このような理が通らない場合が多かったというのが実情であったであろう。すなわち、磯部見解が「特約」承認に反対したのは、次のような事情があったからなのだろうか。わが国民一般の債務なるものに対する観念は「乙カ甲ヨリ金円ヲ借入ルルハ独リ其金銭ナル目的ニノミ着眼スルモノニ非スシテ貸主タル甲ノ身分職業性質等ヲモ考慮ノ内ニ加ヘ之ニ基キテ金銭ヲ借入ルルモノ」であって、債権者が貪欲な者か、温厚篤実な君子人かを考慮して借入れるのが普通なのである（磯谷・前掲書・五九五―五九六頁）から、「特約」締結を申込まれた債権者が断われないような温厚篤実な債権者である場合もすくなくとも当時はまだ多くみられたのかも知れない。そして債務者はそれをいいことにしてなかなか弁済しないということになりがちだったのかも知れぬ。

しかし、右のような事情も債権者自からの招いたことといえなくもないが、その点はおくこととしても、一方で債権譲渡の自由が承認されるに至った場合には、金融をしたあげく、さらに自己の処分権を制限する「特約」の締結にまで応ずるのはやはり

「君子人」であってあまり多くはなく、債務者としては締結申込をすることも困難な場合がはるかに多くなるのであって、磯部見解のように心配するには及ばないであろう（磯谷・前掲書・五九六頁参照）。

(40) 民法修正案理由書附質疑要録4によれば、法典調査会（二(5)参照）において可決をみた条文と同じ文言の条文が第四百六十九条として提示されている（もっとも前者はその第二項に「善意第三者」とあったが、後者では「善意ノ第三者」とある）。日本学術振興会・民法修正案には第四百六十五条として、現行民法第四六六条と同文が掲載されている（法典調査会案を土台にして、これに抹消の線を引き、かつ修正している。条文番号も土台は第四百六十七条となっているのをこれまた修正して第四百六十五条となっている）。この間の消息については及びえなかったし、本稿ではそこまで及ぶ必要もないであろう。

(41) 差押と「特約」との関係についての立法者の見解を、民法修正案理由書を手がかりにして早くから推測していたのは、我妻・前掲論文・民法研究V・一八七頁（昭和七年）である。いわく、「理由書は譲渡禁止の特約ある債権もその差押は妨げないものと解したのではあるまいか。」と。まさにそのとおりであったことは、法典調査会での梅博士の説明(二(5))から明らかである。なお、理由書のいう「弊害」とは、「特約」によって差押が排除されるとすれば債権者と債務者との共謀により債権者の債権者を害することになりかねない弊害をさしていることは、理由書原文から明らかである。もっとも理由書そのものの表現の仕方は意味不明であり、右のように解するべきであろう。この点も我妻・前掲論文・民法研究V・一八八頁注（二三）に指摘されている。法典調査会における梅博士の説明（議事速記録二二巻一二五丁、一三一丁）にかんがみてもしかりといえる。

(42) 民法修正案理由書附質疑要録7・一三四―一三五頁。

(43) 磯部委員も述べているところである（法典調査会議事速記録二二巻一三四丁―二(5)参照）。実際には、債務者が債権者に「特約」について同意させることじたい困難ゆえに、「特約」を証書に記載して云々などということは現実性に乏しい（磯谷・前掲書・五九六頁参照）。この点について梅博士（及び磯部委員）がどのように考えていたかは不明である。

(44) かような説明で終っており、これに対する反応は知る由もない。民法典論争の時（四年前）からさほどの年月を経ているともいえないのに、債権譲渡自由を原則とすることについて何らの反論もなくなったのであろうか。いささか早すぎる変りようといえる（福島・前掲論文・法時二五巻一一号八六頁一段及び注（一六）参照）。「特約」が承認されたから、「特約」を利用すれば目的はとげられるとでもかつての延期派は考えたのであろうか（そのような考え方はあまり実効性がないことについて、前注(43)、次の本文(9)第二参照）。

(45) 梅・民法要義巻之三・二〇三頁以下。

(46) 東川・前掲書・八六頁は、断行派の主なる人物を列挙しており、その中の一人に磯部四郎の名がある。

(47) 明治九年代言人規則二条、一四条、明治一三年代言人規則二二条、明治二六年弁護士法一五条、三一―三四条を参照（桜田・判例弁護士法の研究・附録による）。

(48) 磯谷・前掲書・五九七―五九八頁は、当事者が出訴する価値なしと判断して出訴しないでいる債権を買取り訴訟を起し利益をえることを一種の業務とするがごときは、または、信託譲渡の形式により多数の債権譲渡をうけ、訴訟をしたうえ譲渡人とその利益を分配するがごときは、濫訴健訟いたずらに国家の公器たる裁判を利用してその威信をそこなうものであって、これらの目的をもってする債権買収の行為は民法九〇条の規定する公序良俗違反の行為であるとして譲渡屋の横行を抑圧しうる旨説く。公序良俗違反だとするさいの根拠づけの仕方にはあるいは異論の余地もあろうが、右違反として抑圧するのは、考慮すべき方法ではあろう。なお、実際には暴力団による債権取立（それも業としてであろう）がなされていることが、しばしば指摘されている（たとえば、札幌地判昭和四六年二月二三日判時六二四号九七頁）。暴力団が取立てる場合にはおそらく訴訟を提起するのではなく、より直接的に実力を発動するのであろう。暴力団による取立の場合には、債権額の半額が取立引受けの相場となっており、かくして入手した金円は暴力団の資金源となっているともいわれる（取立屋と愚連隊・ジュリスト一九七号一七頁）、右の場合、債権譲渡がなされることが多いのであろうか、それとも取立委任に止まることが多いのであろうか、資料不足のためいずれとも確言しえない。いずれにせよ、かかる法律行為は公序良俗違反・無効と解するべきであろう。問題は、弁護士法七三条、信託法一一条違反の法律行為の私法上の効力いかんにかかわるものであり、三(3)において言及する。

(49) ここでは可能な考え方を述べておくだけであって、私じしんが最終的にもかように考えているというのではない。私としては次のように考える。制定の過程では、「特約」承認にさいしてもっぱら譲渡屋から弱い債務者を保護することが念頭にあったとはいえるにしても（従って善意の譲渡屋にも対抗できるべきだとの考え方も生じうる。後注(51)参照）、だからといって、「特約」は譲渡屋に対してのみ対抗させるべきだというのは、立法の直接の目的にとっては十分とはいうものの、「特約」の第三者に対する効力の妥当範囲を狭く限定しすぎるものである。或種の債権については、譲受人（悪意者）が譲渡屋でなくとも、「特約」をもってこれに対抗しうると解すべきである（三(2)ロ(iii)参照）。債権譲渡自由を強調する立場を採用するにしても、或種の債権については右のように処理するべきであり、「特約」承認にさいしてこのようなことが予定されていなかったにしても、それは

許容さるべきである。というのは、或種の債権に関しては、債権関係における個性が債権取引を阻害しても尊重さるべきだからである。

(50) 譲渡屋対策との関連についていえばこうである。私としては、譲渡屋が善意たると悪意たるとを問わず（さらに「特約」の存しない場合も）、すべて、弁護士法七三条、信託法一一条違反の法律行為の私法上の効力いかんの問題として処理すべきだと考える。そのわけはこうである。弁護士法七三条、信託法一一条は債権譲渡に関する民法の規定（四六六条一項二項）に対する特別法（解釈上ひき出される違反行為の私法上の効力否定を前提して）と解するべきである。かように、譲渡屋対策としてはそれをまさにとりあげる手段（右二条）がある以上、それにまかせるべきで（善意悪意を問わず、さらに、「特約」のない場合もふくめてそれでまかなう）、また、それで十分であるし、その方が処理の仕方としても一本化してすっきりすることになる。

(51) 「特約」を悪意の譲受人のうちで譲渡屋にのみ対抗させると解するに止まらず、さらにすすんで、民法四六六条二項但書の「善意ノ第三者」には譲渡屋はふくまれないと解することができないか。「特約」承認のさいにはもっぱら譲渡屋から弱い債務者を保護することが考えられていたのであり、そうだとすると、譲渡屋についてはその善意悪意は問うべきではないし、譲渡屋（善意にせよ）には債権譲渡の自由を保障する必要もないといえるからである。かような解釈も絶対成り立たぬともいえまい。善意者について縮小解釈不可というのであれば、そもそも悪意者についてのそれも不可ということになるはずであり、もし後者を認めるならば前者も認めざるをえまい。かような解釈を採れば、「特約」を締結しておくことによって、弁護士法七三条、信託法一一条違反の法律行為の私法上の効力いかんを論ずるまでもなく譲渡屋（善意悪意を問わず）を排除しうるわけである。これらの法条違反の法律行為の私法上の効力いかんは、「特約」の存しない場合にのみ問題となることになる。しかし、私見としては、譲渡屋対策としては、「特約」の有無を問わず、また、「特約」ある場合に譲渡屋の善意悪意を問わず、これらの法条違反の法律行為の私法上の効力いかんを問題とすることで対処するべきであると考える（前注を参照）。

(52) この譲渡屋対策の問題については先述(9)第二参照。

(53) 梅・債権債務ノ承継ヲ論ス・法政大学三十週年記念論文集（明治四二年）所収、においても、「特約」が善意者に対抗しえない旨説かれているけれども、「善意」について無過失を要するか否かという問題は全くとりあげられていない（同書三七頁）。