

松山大学論集
第二十三卷第一号抜刷
平成二十三年四月発行

民法四六七条とドイツ民法第二草案（一）

古
屋
壮
一

民法四六七条とドイツ民法第二草案（一）

古
屋
壮
一

- 一 本稿の目的
- 二 ドイツ民法第二草案の特定とその検証
 - 1 特定かつ検証すべきドイツ民法第二草案の規定
 - 2 ドイツ民法第二草案三四二条（以上、本号）
 - 3 ドイツ民法第二草案三五〇条
 - 4 ドイツ民法第二草案三五一条
 - 5 ドイツ民法第二草案三五三条
 - 6 ドイツ民法第二草案三五四条
 - 7 小括
- 三 日本法への示唆
 - 1 民法四六七条二項の解釈論への示唆
 - 2 民法四六七条一項の解釈論への示唆
- 四 おわりに

一 本稿の目的

日本民法四六七条（日本民法の規定については以下、「日民四六七条」というように表記する）は、フランス民法一六九〇条にその沿革を有するものとされている。⁽¹⁾ただ、日民四六七条の前身であり、同条と内容が同一である甲号議案四七〇条について、起草を担当した梅謙次郎起草委員は、フランス民法一六九〇条、同一六九一条の他に、⁽⁴⁾オーストリア一般民法、イタリア民法、ポルトガル民法、スイス債務法、モンテネグロ財産法、スペイン民法、⁽⁴⁾スペイン商法およびベルギー民法草案等の外国法典における規定を参照しているのであるが、その参照された外国法典の規定には、「独二草三五二、三五三、三五四」⁽⁵⁾が含まれている。これは、ドイツ民法第二草案三五一条、三五三条および三五四条のことである。甲号議案四七〇条は、その沿革をフランス民法一六九〇条に有するとしても、梅起草委員は、フランス民法の規定のみを参照したのではなく、それと同じ程度にドイツ民法第二草案の規定も参照したと考えられる。このことは、梅起草委員自身がドイツ法とフランス法の参考の程度がほぼ同じであると述べていることから明らかである。⁽⁶⁾また、穂積陳重起草委員付の起草委員補助である仁保亀松も、⁽⁷⁾ドイツ民法第二草案は日本民法典編纂時において最新の立法モデルであり、日本民法典編纂時までの法律の発展に最もよく対応しているから、日本民法典編纂にあたってドイツ民法第二草案を参照することは重要なことであると述べている。⁽⁸⁾それゆえ、ドイツ民法第二草案もまた、甲号議案四七〇条の趣旨と内容に影響を与えた可能性がある。換言すれば、甲号議案四七〇条が對抗要件主義を採用したことは、フランス民法一六九〇条とドイツ民法第二草案三五二、三五三、三五四条等を比較検討することによって導かれた可能性がある。甲号議案四七〇条や日民四六七条の趣旨を正確に理解するためには、そして、日民四六七

条における解釈論のあるべき方向性を見出すためには、ドイツ民法第二草案を説明することが必要であるように思われる。ドイツ民法第二草案の解明は、日民四六七条の解釈論を展開する大前提であると考えられるのである。

こ)で注意すべきは、債権、讓渡制度に限定して見てみても、ドイツ民法第二草案は一八九四年にベルリンの J. Gutentag から出版された、「ドイツ帝国民法典草案。第二読会。編集委員会の決定に基づく。第一編から第三編まで(総則、債務関係法、物権法)。官版。」(Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Zweite Lesung. Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission. I. bis III. Buch. Allgemeiner Theil. Recht der Schuldverhältnisse. Sachenrecht. Auf amtliche Veranlassung. J. Gutentag. 1894.)、すなわち官版第二草案⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾だけではなく、官版第二草案に先立って公表された三つの第二草案を含む四つの第二草案からなるということである。以下、その三つの第二草案を示しておく。

一つ目の第二草案は、Pionier 社版とよばれるもので、表紙には「ドイツ帝国民法典草案第二読会のための委員会(第二委員会)。ドイツ帝国民法典草案。第二読会。編集委員会の決定に基づく。第二編。債務関係法。第一章から第六章まで。」(Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Zweite Lesung. Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission. II. Buch. Recht der Schuldverhältnisse. 1. bis 6. Abschnitt.)とこう記載があり、一八九二年にベルリンの Pionier 社から刊行されている。⁽¹¹⁾ Pionier 社版は、非売品であり、「第二委員会委員の利用に供するために製作されたものであり、それゆえ、それぞれの条文において、当該条文に対応した委員会議事録の箇所(頁番号——筆者註)について言及している」と説明されている。⁽¹²⁾ なお、Pionier 社版は、第二章の規定について特記事項があるときは、当該規定に脚注を付けてこれを記載している。

二つ目の第二草案は、第二委員会起草委員補助の Mandy の私撰版である。⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾ Mandy の私撰版は、表題を「第二読会におけるドイツ帝国民法典草案」としており、雑誌 Archiv für die Civilistische Praxis に一八九二年四月から連載され、⁽¹⁵⁾ 債権譲渡を含む部分については、一八九二年一〇月末に公表された。⁽¹⁶⁾ Mandy は、連載の開始にあたって自らの私撰版について、「草案 (Mandy の私撰版における第二草案——筆者註) の文言および脚注は、編集委員会が編集した草案に忠実である。しかし、後者に含まれている委員会 (第二委員会——筆者註) の議事録を参照するように指示することは、脚注または草案における個々の条文から一貫して省略されている。それは、委員会の議事録が専ら草案編集以外の作業に関する委員会の指示を内容としており、委員会の議事録は、第二草案と第一草案の関係をはっきりさせるためには (第二草案の規定の本質的な趣旨を明らかにするためには——筆者註)、不要であるように思われるからである。」と述べている。⁽¹⁷⁾ ただ、Mandy の私撰版もまた、第二草案の規定について特記事項があるときは、脚注でこれを記載している。

三つ目の第二草案は、いわゆる Reatz 版である。Reatz 版の表紙には、「ドイツ帝国民法典草案の第二読会。ギーセン弁護士会の幹部の一員である弁護士であり、法律顧問官の Reatz がドイツ弁護士会幹部の委託を受けて、第一読会と対比して叙述し、第二読会の議事録を基に注釈を加えたもの。」という記載があり (Die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich unter Gegenüberstellung der ersten Lesung. Im Auftrage des Vorstandes des Deutschen Anwalvereins dargestellt und aus den Protokollen der zweiten Lesung erläutert von Justizrath Dr. Reatz, Rechtsanwalt zu Gießen, Mitglied des Vereinsvorstandes.)、債権譲渡を含む第二分冊は、一八九三年に公表されている。⁽¹⁸⁾ ただし、Reatz は、第二分冊に掲載されている第二草案は一八九二年六月現在のものであるとしている。⁽¹⁹⁾ そうすると、Pionier 社版、Mandy の私撰版および Reatz 版は、すべて同一の第二草案を掲載している可能性はありそうであるが、⁽²⁰⁾ Reatz 版は、第二草案の掲載方法という形式

的な点で（レイアウトの点で）、Pionier 社版や Mandy の私撰版と異なっている。後者は、第二草案の規定を第一草案の規定と対比せず、第二草案の規定のみを掲載し、それに対応する第一草案の条文番号を第二草案の各規定において括弧書きで記載しているにすぎないのであり、これをもって両草案の関係は一応明らかにされているとしている（第二草案に引き継がれなかった第一草案の規定については、その第一草案の規定に関連する第二草案の規定の脚注において、引き継がないことが決議された旨を示している⁽²¹⁾）。他方、前者は、頁の右側に第二草案の規定を掲載し、左側にその第二草案の規定に対応している第一草案の規定を掲載している（第二草案に引き継がれなかった第一草案の規定については、右側の第二草案の部分において、引き継がれない旨が表示され、その直後に括弧書き等で引き継がれない理由が記載されている。Reutz は、このようなレイアウトで第二草案を紹介することについて、「本書の目的は、第一草案と第二草案とを対比し、両者の関係を明確にするとともに、第二草案が第一草案に対してその内容や形式の点で進歩していることを読者に認識させ、それによって、現時点における立法能力からすれば、ドイツの統一的な立法の偉大な作品が本質的に完璧なものであるという喜ばしい確信を読者に抱かせることにある。」と説明している⁽²²⁾。ただ、「両草案の規定を単純に対比することは、断然多くの人を満足させるにちがいないが、起草者が意図したところ（第二草案の立法趣旨——筆者註）に従い、第一草案とは異なる第二草案の規定について理解することが必要であり、好ましい。それゆえ、第二委員会の重大な根拠づけについては、第二委員会議事録の内容を適当な範囲で引用している」という⁽²³⁾。確かに、Reutz 版の第二草案に付けられた脚注は、後述するように、Pionier 社版や Mandy の私撰版とは異なり、第一草案から第二草案への変更点とその理由を示しているが、第二草案の規定の本質的な趣旨については述べていない。

一八九四年に公表された官版第二草案よりも前に公表された、Pionier 社版（一八九二年）、Mandy の私撰

版（一八九二年）および *Revised* 版（一八九三年）という三つの第二草案は、第二草案として公式に確定されたものではなく、「暫定第二草案」とよばれている⁽²⁴⁾。甲号議案四七〇条が起草されたのは一八九五年（明治二八年）三月であるから、梅起草委員は、官版第二草案および暫定第二草案の両方を参照しえたことになるが、具体的にそのうちのどれを参照したのかについては、これまで明らかにされてこなかったといつてよい。梅起草委員が甲号議案四七〇条の起草にあたり参照した第二草案を特定することは、日民四六七条の趣旨について、これまで以上に正確に理解することを意味し、同条の解釈論のあるべき方向性を示すことにつながる。また、四つの第二草案のうち、梅起草委員が参照した第二草案を絞り込むことができない場合においても、四つの第二草案の内容に差異がないことが確認されたならば、実質的には、梅起草委員が参照した第二草案を特定できたとはいえる（形式的にも、「四つの第二草案すべて」という形で特定されたといえる）と考える⁽²⁶⁾。それゆえ、本稿は、①梅起草委員が甲号議案四七〇条を起草するにあたり、フランス民法一六九〇条と同程度に参照したドイツ民法第二草案を官版第二草案および暫定第二草案から特定してその内容を解明し、そのことにより、②日民四六七条の趣旨を正確に把握して、同条の解釈論の方向性についての示唆を得ることを目的としたい。

本稿は、前述の①および②の目的に則って、次の二において、梅起草委員が参照したドイツ民法第二草案を官版第二草案および暫定第二草案から特定し、その内容を検証（解明）することにした。四つの第二草案の中から梅起草委員が参照した第二草案を特定できない場合は、参照された可能性がある四つの第二草案すべてについて、その内容を明らかにしていくことになる。具体的には、法典調査会民法議事速記録に記載されている第二草案三五一条、三五三条および三五四条とその周辺の規定に限定して、各第二草案の内容を確認し、その内容に差異が認められるかどうかを見ていくわけである。内容に差異が認められなければ、梅起草委員が参照した第二草案は、特定されたと評価しうる。そして、解明された第二草案の内容と第二委員会議事録（債権

譲渡を含む部分は、一八九七年に公表された）を比較検討することも、求められるであろう。第二草案に書かれていない内容が第二委員会議事録に書かれているのであれば、梅起草委員は、甲号議案四七〇条起草時にその内容を知りえなかつたといえるのである。梅起草委員の第二草案に対する把握の時間的、事情による限界を確認することは、第二草案の甲号議案四七〇条への影響の限界を示すことである。このことは、梅起草委員が把握しえなかつた、第二草案の内容の一部を参考にして、日民四六七条の趣旨を再検討することを要求するであろう。さらに、本稿は、二を受けた三において、日民四六七条の趣旨について考察し、日民四六七条の解釈にあたってとるべき方向性を若干示しておきたい。

二において梅謙次郎起草委員が参照した第二草案を特定し、その内容を明らかにする前に、ここで、①近時の民法（債権法）改正事業、および②梅起草委員が生涯にわたって親交をもった、松山高等商業学校（松山大学の前身）創立者の一人である加藤恒忠（拓川）（一八五九（安政六）年—一九二三（大正一二）年）について少しく触れておきたい。

近時の民法（債権法）改正事業は、以下に示す四点の改正の必要性をその基礎として⁽²⁷⁾いる。第一点。現行日本民法典は、権利義務の主体である「人」について、経済的合理人という「抽象的な人」を想定しているが、消費者という「具体的な人」も想定し、消費者保護を図るべきである⁽²⁸⁾ということ。第二点。一般市民は、民法典における条文について、当該条文の文言から導くことができ⁽²⁹⁾ない、当該条文から乖離した判例学説による解釈を知らなければ、当該条文の内容を把握しえないが、これは、「民法典が一般市民のための法典である」ということに反しており、当該条文に関する判例学説の解釈をその条文に盛り込むべきである⁽²⁹⁾ということ。第三点。一般市民が民法典の規定を読んでも、当該規定に優先する特別法上の規定を知りえず、正当に保護されるべき法的利益を享受しえない危険があることに鑑み、一定の特別法上の規定を民法典に取り込むか、または、

民法典の規定を読めば特別法上の規定を知ることができるようにするべきであるということ。第四点。世界的に行われている民法典編纂事業にあわせて現行日本民法典を改正することは、日本の国際的プレゼンスを高めることにつながるということ。⁽³⁰⁾しかし、民法（債権法）を改正するといっても、現行民法の規定をベースとして検討せざるをえないのであり、そうであるならば、第一点から第三点は、当該規定の趣旨を正確に理解した上で指摘されるべきことであるといえる。日民四六七条に限って言えば、梅起草委員が参照したドイツ民法第二草案をはじめとする外国法典の趣旨と内容が必ずしも十分に明らかにされておらず、同条の趣旨が正確に理解されているとはいえない。債権譲渡については特に、第一点から第三点の改正の必要性は、論理的前提を欠いているように思われる。さらに、民法の財産法部分は、取引や市民生活における権利義務関係を規律するという意義を有しているが、その意義は、それ以上でもそれ以下でもなく、財産法部分を改正することは、わが国の国際的プレゼンスを高めることと無関係であると考えられる。第四点も、改正の必要性としては妥当ではないのではなからうか。債権譲渡の規定だけでなく、他の制度の規定についても、起草委員が参照した外国法典の趣旨と内容が完全に説明されているとはいえない以上、民法（債権法）の改正には慎重であるべきである。

次に、加藤恒忠（拓川（たくせん））と梅起草委員との親交について若干紹介しておこう。⁽³¹⁾⁽³²⁾正岡子規の叔父であり、松山大学の前身である松山高等商業学校（一九三三年創立）創立者の一人である拓川は、一八七六年（明治九年）に正則二期生として司法省法学校（全寮制）に入學したが（同期生に、原敬、陸羯南、国分青崖、福本日南および河村讓三郎らがいた）、西南戦争後の急激なインフレーションにより、寮の食事の質と量が低下したことから学校側と対立し（いわゆる「賄征伐事件」である）、一八七九年（明治一二年）に放校処分を受けてしまう（原、陸、国分および福本らも同様であった）。⁽³³⁾⁽³⁴⁾この賄征伐事件により、正則二期生に欠員が生じたため、一八八〇年（明治一三年）に補欠入学試験が実施され、東京外国語学校を首席で卒業した梅が、正

則二期生として司法省法学校に入學したのである。⁽³⁵⁾そして、梅は、一八八四年（明治一七年）に司法省法学校を首席で卒業し、一八八六年（明治一九年）二月から一八八九年（明治二二年）七月まで、リヨン大学に留學した。⁽³⁶⁾拓川と梅の親交が記録上確認されるのは、この頃である。拓川は、旧藩主の養子である久松定謨のフランス留學に随行して一八八四年（明治一七年）からパリに在住していたが、その随行の任を終えた後、原敬（當時はパリ公使館書記官）の斡旋により、一八八六年（明治一九年）六月に外務省交際官試補となり、外交官としての道を歩み始めていた。⁽³⁷⁾記録によれば、外交官となった拓川は、一八八八年（明治二一年）一二月三日にリヨンを訪れているが、梅は、翌四日に拓川を訪ねて会食をしている（梅は、五日にも拓川を訪ねている）。そして、一八八九年（明治二二年）八月には、拓川と梅はともに、ライプツィヒおよびドレスデンへと旅行している。⁽³⁹⁾また、一八八九年（明治二二年）八月一日付で拓川が原敬宛にベルリンから送った書簡において、「司法省連ニテ当地（ベルリン——筆者註）ニ居ルハ杉山ト梅博士ノミ。」という記述がある。⁽⁴⁰⁾梅は、同年一月にベルリン大学に留學する。^(41の1)拓川と梅の関係を解明することは、今後の課題としたいが、これらの記録は、梅がリヨン大学に留學した頃から、二人の間に親交があったことを示しており、^(41の2)拓川が梅の留學について支援していた可能性を示唆しているように思われる。梅は、一八九〇年（明治二三年）に留學を終えて帰国し、一八九三年（明治二六年）から法典調査会民法起草委員として民法起草に従事することになるが、⁽⁴²⁾拓川と梅の親交は、梅の帰国後も続いた。このことは、拓川が右膝の静脈炎のために一九〇二年（明治三五年）三月一八日から同年四月二日まで入院した際、梅が同年三月三〇日（日曜日）に拓川を見舞っていることから明らかである。⁽⁴³⁾⁽⁴⁴⁾拓川は、一九〇七年（明治四〇年）に外交官を退官した後、衆議院議員、貴族院議員、パリ講和会議における西園寺公望全権の随員（一九一八年（大正七年））、および、シベリア出兵を中止し事態の收拾を図る役割を担う、シベリア派遣特命全権大使（一九一九年（大正八年））を、さらに、一九二三年（大正一一年）

から松山市長を務め、松山高等商業学校創立に身を賭して奔走したが、開校（一九二三年（大正十二年）四月二五日）を見届けることなく、松山市長在任中の同年三月二六日に病死した。⁴⁵松山高等商業学校は、拓川の利他の志がなければ誕生することはなかったといえる。

松山大学は、二〇一一年四月から二〇一三年（創立九〇周年）三月まで、松山大学 GP (Good Practice)「松山大学の三恩人とその周縁の再考証——『校訓三実主義』の再検証をめざして——」を実施し、松山大学創立者の一人である拓川をはじめ、民法制定過程の研究で知られる星野通教授（やはり松山大学の前身である松山商科大学の第二代学長）等の顕彰を行う。実施期間中には、大型のシンポジウムを開催するとともに、顕彰事業の成果をまとめた出版物も刊行する予定である。民法研究者をはじめとする関係各位のご協力をお願い申し上げます。

話が横道にそれたが、以下、日民四六七条の趣旨を正確に把握し、日民四六七条の解釈論への示唆を得るために、二において、梅起草委員が甲号議案四七〇条を起草するにあたって参照したドイツ民法第二草案について、これを官版第二草案および暫定第二草案から特定し、その内容を明らかにすることにしよう。

二 ドイツ民法第二草案の特定とその検証

1 特定かつ検証すべきドイツ民法第二草案の規定

梅起草委員が甲号議案四七〇条を起草するにあたって参照したドイツ民法第二草案は、官版第二草案および三つの暫定第二草案のどれであろうか。同条が起草されたのは一八九五年（明治二八年）三月であることから、梅起草委員は、官版第二草案（一八九四年）、Pionier社版（一八九二年）、Mandyの私撰版（一八九二年）お

よび Revid 版（一八九三年）のすべてを参照したと考えるべきであろう。

確かに、穂積陳重起草委員付の起草委員補助である仁保亀松は、一八九三年九月から「翻訳 独乙民法草案」というタイトルで、上段に第一草案の規定を、下段にそれに対応する第二草案の規定および第二草案において新たに新設された規定を（第二草案において削除された第一草案の規定は、下段に「削除」と記載されている）掲載し、第二草案を法学協会雑誌において連載の形で紹介している。⁽⁴⁶⁾ 仁保は、第二草案について、一二巻五号（一八九四年五月）において、第一編総則の部分（第二草案一条から二〇四条まで）の紹介を終えた後、一二巻六号（一八九四年六月）から一四巻三号（一八九六年三月）まで、第三編物権法の部分（第二草案七七七条から一二〇二条まで）を掲載しているが、仁保の翻訳は、一四巻四号（一八九六年四月）以降の法学協会雑誌には見当たらない。⁽⁴⁷⁾ こうしてみると、仁保による第二草案の紹介は、総則と物権法で終了しているようにも思えるが、法学協会雑誌に掲載された仁保の翻訳は、法曹会発行の雑誌「法曹記事」二七号（一八九四年二月）以下に転載されており、⁽⁴⁸⁾ 第二草案第二編債務関係法の部分（第二草案二〇五条から）⁽⁴⁹⁾ は、法曹記事三八号（一八九五年一月）以下において掲載が開始されていることに注意すべきである。法曹記事における第二編債務関係法の部分の翻訳は、法学協会雑誌には掲載されておらず、法学協会雑誌の翻訳の転載ではない（法曹記事オリジナルの翻訳である）。この翻訳はなぜ、法学協会雑誌に掲載されず、かつ、法学協会雑誌に先行して法曹記事に掲載されたのであろうか。仁保は、第二草案が当時最新の立法モデルであり、社会経済の発達に最もよく対応していることから、日本民法典編纂にあたって大いに参考となるとして、第二草案を第一草案と対比する形で翻訳し、紹介しているのである。⁽⁵⁰⁾ それゆえ、仁保自身、日本民法典が公布される段階に至っては、この翻訳は有用ではないと認識していたはずである。法学協会雑誌一四巻三号（一八九六年三月）までに掲載された第二草案第三編物権法に続いて、第二編債務関係法の翻訳を一四巻四号（一八九六年四月）以下において紹

介すると、民法（前三編）の公布（一八九六年四月二七日）と時期が重なってしまい、翻訳の意義を減殺することになる。仁保は、翻訳の意義を保つため、第二編債務関係法について、あえて法学協会雑誌には掲載せず、法学協会雑誌の連載に先行して法曹記事において紹介したのではないかと推測される。債権譲渡の条文は、法曹記事四二号（一八九五年五月）に掲載されている（六七頁から七六頁まで）。前述のように、仁保は、一八九三年九月から第二草案を紹介していることからすると、Pionier 社版、Mandry の私撰版および Reauz 版を手でできたであろうが、そのうち、仁保の翻訳のように第一草案と対比しつつ第二草案を紹介する Reauz 版を底本とした可能性が高いといえそうである。起草委員補助が日本民法典の起草に際して Reauz 版を参照していたとすれば、起草委員もまた、それを手もとに置いて参考にしていたといえるかもしれない。ただ、①仁保が Reauz 版を底本としたことを述べていないこと、②Reauz 版は第一草案から第二草案への変更点とその理由を脚注で示しているが、仁保の翻訳には脚注自体がないことに鑑み、仁保の翻訳の底本が Reauz 版であると断定することは——Reauz 版が底本である可能性は高いとしても——できないように思われる。⁽⁵¹⁾ こうしてみると、仁保が翻訳した暫定第二草案を特定することはできず、仁保は、起草委員補助として、すべての暫定第二草案を参照したとみるべきであり、また、債権譲渡については一八九五年五月に翻訳していることにより、官版第二草案も参照したものと考えらるべきであろう。やはり筆者は、二の冒頭で述べたように、梅起草委員は甲号議案四七〇条の起草に際して、三つの暫定第二草案と官版第二草案を参照したと理解したい。

梅起草委員は、ドイツ民法第二草案については、同草案三五一条（三五一条が準用している三五〇条を含む）、三三三条および三五四条を参照して甲号議案四七〇条を起草したとされていることから、⁽⁵²⁾ 日民四六七条の趣旨をこれまで以上に正確に理解するためには、官版第二草案と暫定第二草案のすべてについて、右の規定の内容と趣旨を明らかにする必要がある。そして、この解明の結果、右の規定の内容と趣旨が官版第二草案および暫

定第二草案のすべてにおいて同じものであったならば、梅起草委員が参照した第二草案について把握できたことになり、日民四六七条の趣旨をより完全な形で確認し、日民四六七条の解釈論への示唆を得ることになる。

なお、本稿は、第二草案三四二条についても、その内容と趣旨を明らかにすべきであると考ええる。後述するように、同条は、ドイツ民法三九八条と同一内容の規定である。⁽⁵³⁾ドイツ民法三九八条は、「債権は、譲渡人と譲受人との間の債権譲渡契約締結により、譲渡人と譲受人との間だけではなく、債務者および債務者以外の第三者に対する関係でも、譲渡人から譲受人へと移転するという原則」、すなわち、「債権の特定承継原則 (das Prinzip der Sondernachfolge in die Forderung)」を採用したものである。⁽⁵⁴⁾ドイツ債権譲渡法は、債権の特定承継原則に支配されており、たとえば、ドイツ民法四〇七条一項は、債権の特定承継原則により、譲渡について知らされない債務者が譲渡人を債権者であると信じ、譲渡人に対してした弁済を特別に有効とする。⁽⁵⁵⁾また、ドイツ民法四〇八条一項は、債権の多重譲渡の場合において、債権の特定承継原則により、①第一譲受人のみが新債権者となること、②債務者は第一の譲渡について知らされないことから、債務者が第二譲受人からの履行請求を受けて第二譲受人を新債権者と信じて、第二譲受人に対してした弁済を特別に有効とする。⁽⁵⁶⁾さらに、ドイツ民法四一〇条は、債権の特定承継原則により、債権譲渡について知らされない債務者が表見譲受人に対して無効な弁済をしてしまい、真正な債権者（原債権者または真正な譲受人である新債権者）に対して二重弁済を強いられることから、譲渡人（旧債権者）が交付した譲渡証書の交付、または譲渡人による譲渡についての債務者に対する通知がなければ、譲受人は譲渡債権を債務者に対して行使できないとする。譲渡証書の交付または通知が、譲受人が自らの権利者としての資格 (Legitimation) を証明する方法となっているのである。⁽⁵⁷⁾こうしてみると、債権の特定承継原則の採用を宣言するドイツ民法三九八条は、債権譲渡法における他の規定を支配しているといえる。それゆえ、ドイツ民法三九八条と同一内容の規定である第二草案三四二条は、同草案三

五一条、同草案三五三条および同草案三四四条を支配すると解されるのである。第二草案三五一一条、同草案三五三条および同草案三四四条の内容と趣旨を把握するためには、同草案三四二条のそれを解明しなければならぬ。このことは、日民四六七条の趣旨をさらに正確に理解し、同条の解釈論について示唆を得るための大前提であるといえよう。また、梅起草委員は、日民四六六条の前身である甲号議案四六九条の起草（一八九五年三月）にあたり、第二草案三四二条も参照している⁽⁵⁸⁾。第二草案三四二条は、甲号議案四七〇条の参照欄において記載されていないものの、梅起草委員は、甲号議案四七〇条の起草の際に、当然第二草案三四二条も参照したといつてよい。以上の理由から本稿は、第二草案三四二条についてもその内容と趣旨を解明しようとするのである。

2 ドイツ民法第二草案三四二条

第二草案三四二条は、次のような規定である。

「債権は、債権者その他の者との契約によって、債権者からその者に移転することができる（債権譲渡）。新債権者は、その契約の締結によって、旧債権者と交代する。」

第二草案三四二条の文言は、暫定第二草案および官版第二草案のすべてにおいて、全く同一であり、脚注を付されていない。同条は、債権の特定承継原則の採用を宣言するものである。

債務法部分草案および第一草案もまた、債権の特定承継原則を採用していた⁽⁵⁹⁾。債務法部分草案理由書（一八八二年）と第一草案理由書（一八八八年）は、債権の特定承継原則を採用する趣旨について、次のように説明する。

債権譲渡契約当事者ではない債務者は、譲渡につき善意で、譲渡後に旧債権者に対して無効な弁済をしてし

まい、二重弁済の危険を負うことになるが、その危険は、旧債権者に対する弁済を有効とすることによって除去されるべきである。しかし、債権譲渡の効果である債権の移転が譲渡契約当事者間では生じるものの、債務者に対する関係では生じないとすることは、譲渡契約の効果について論理的矛盾を生じさせることになる。それゆえ、債権譲渡契約の効力は絶対効であるとし（債権の特定承継原則を採用し）、譲渡につき善意の債務者による旧債権者に対する弁済は、その弁済を例外的に有効とする特別な規定（債務法部分草案一五条第一文並びに第四文および第一草案三〇四条一項）によって有効とされるべきである。⁽⁶⁰⁾⁽⁶¹⁾

債務法部分草案理由書および第一草案理由書は、債権の特定承継原則を採用する理由について、債権譲渡契約締結によって譲渡契約の効力が完全に債務者に対しても及ぶということだけを説明しており、債権譲渡契約の効力が債権の二重譲渡の場合における第二譲受人といった、債務者以外の第三者に対しても、譲渡契約締結によって完全に及ぶことを説明していないことに注意すべきである。

それでは、ドイツ民法第二草案三四二条が債権の特定承継原則を採用する趣旨は、どのように説明されているのであろうか。一八九二年から一八九四年の間に公刊された暫定第二草案および官版第二草案は、これについて何ら述べていない。ただ、その趣旨が説明されていないこと、および第二草案三四二条が債務法部分草案や第一草案と同様に債権の特定承継原則を採用していることから、第二草案三四二条が債権譲渡契約の債務者に対する効力について債権の特定承継原則を採用する根拠は、債務法部分草案理由書および第一草案理由書が説くそれと同じであるとみることができるとする。一八九五年三月に甲号議案四七〇条を起草した梅起草委員も、第二草案三四二条（債権の特定承継原則）の趣旨をこのように部分的に理解していたと考えられる。また、梅起草委員は、第二草案三四二条が債権譲渡契約締結によってその効力を完全に債務者以外の第三者にも及ぼすことから、債権の多重譲渡の場合、第一譲受人が常に新債権者となること（複数譲受人間の優劣決定基準は債権

譲渡契約締結の先後であること）は認識していたであろう。そして、梅起草委員は、債権の特定承継原則はフランス民法一六九〇条の對抗要件主義と異なり、通知または承諾によって債務者を譲渡債権の帰属に関する公示機関（インフォメーション・センター）とはしておらず、債権取引の安全の点で問題があると評価していたのではなからうか。甲号議案四七〇条の起草にあたり、債務者以外の第三者に対する関係で對抗要件主義を採用する関係で（二項）、對抗要件主義は、債務者に対する関係でも維持されたのであろう（一項）⁽⁶²⁾。譲渡債権は、譲渡人と譲受人が債権譲渡契約を締結することにより、譲渡人から譲受人へと移転し、債務者に対する関係でも（不完全に）移転するが、通知または承諾がない限り、譲渡人の下にも不完全に帰属しており、それゆえ、通知前または承諾前に債務者が譲渡人に対してした弁済は、有効とされ、債務者は、二重弁済の危険から解放されることになる。⁽⁶³⁾

しかし、第二草案三四二条は、特に債務者以外の第三者に対する関係で債権の特定承継原則を採用する趣旨について、何も説明を加えていないのだろうか。一八九七年に公表された第二委員会議事録のうち、債権譲渡を含む第一巻（『民法典草案第二読会のための委員会議事録。Achilles 博士、Gebhard 博士および Spain 博士によって編集された、帝国司法庁委託版。第一巻。総則および債務関係法第一章並びに第二章第一節。』）⁽⁶⁴⁾は、債権譲渡契約の効力を譲渡契約締結のみによって完全に債務者以外の第三者に対して及ぼすことの根拠として、債務者を譲渡債権の帰属に関する公示機関（インフォメーション・センター）とすることはできないことを指摘する。第二委員会議事録によれば、譲受人が譲渡人の使者または代理人として譲渡について債務者に通知することは、債権譲渡契約の原因となる契約（たとえば、担保権設定契約）における信義則上の義務（契約の相手方の利益に配慮する義務）に違反するという。第二委員会議事録は、このことについて、例を用いて次のように説明している。

「銀行等の与信機関は、鉄道建設等の大規模な事業について相当な信用を建設事業者に対して供与する場合には、しばしば、信用受領者の下に生じた発注者に対する請求権を担保権設定のために譲渡してもらうが、発注者には譲渡についての通知は、なされない。何となれば、建設事業者の担保権設定契約上の利益は、与信機関と建設事業者の関係が公にならないことを要求するからである。」⁽⁶⁵⁾

ドイツ民法第二草案は、債務者を譲渡債権の帰属に関する公示機関（インフォメーション・センター）として債権取引安全を図るべく、通知を対抗要件とすると、譲渡人の経済的信用危殆を惹起し、そのことは譲渡の原因となる契約における信義則上の義務に違反すると考えているといえる。それゆえ、かなり多くの場合において、債務者に対する譲渡についての通知はなされないとしている。⁽⁶⁶⁾ 第二草案は、債務者に譲渡を通知することにより、債務者を公示機関（インフォメーション・センター）とするフランス民法一六九〇条の対抗要件主義について、「債権を取得し、若しくは、債権を担保にとり、または、強制執行の方法で債権を差し押さえようとする者は、当該債権がまだ債権者に帰属しているかどうかを債務者に問い合わせて確認することができる」という利点があることを認めつつも、右の理由で譲渡についての通知がなされないことから、「当該債権を譲り受け、または、当該債権を差し押さえようとする者は、一般的に、当該債権がすでに譲渡されているかどうかを債務者に問い合わせない。」⁽⁶⁷⁾として、債務者を公示機関（インフォメーション・センター）であると理解することはできないとする。こうして、第二草案は、債務者以外の第三者について、通知を対抗要件とせず、債権譲渡契約の効力は譲渡人と譲受人による譲渡契約締結によって完全に債務者以外の第三者に及ぶとするのである。なお、債権の二重譲渡の場合において、債務者が第一の譲渡につき善意で第一譲受人に劣後する第二譲受人に対して弁済したときは、債権譲渡契約当事者ではない債務者に第一譲受人に対するさらなる弁済を強いることは不公平であるから、債務者の第二譲受人に対する無効な弁済を特別に例外的に有効とする規定を置

くべきであるとする。⁽⁶⁸⁾⁽⁶⁹⁾

本稿は、甲号議案四七〇条が一八九五年三月にはすでに起草されていたことに鑑み、梅起草委員は一八九七年に公表された債権譲渡部分の第二委員会議事録を同条の起草にあたって参照しえなかつたことを強調しておきたい。譲渡人と譲受人との間の債権譲渡契約締結により、譲渡契約の効力が債務者以外の第三者に対しても完全に及ぶとし、通知または承諾によって債務者を譲渡債権の帰属に関する公示機関（インフォメーション・センター）とはしないドイツ民法第二草案三四二条について、梅起草委員は、一八九五年三月の時点で、その趣旨を知りえなかつた（梅起草委員がその趣旨を知りえたのは、一八九七年以降）。つまり、梅起草委員は、譲渡人が譲渡人の使者または代理人として譲渡について債務者に対して通知することは譲渡の原因となる契約における信義則上の義務に違反するため、債務者に譲渡債権の帰属の情報を与えることができず、債務者をその帰属に関する公示機関（インフォメーション・センター）とみることはできないという認識を持ちえなかつたのである。一八九五年三月の時点で趣旨が明らかとされていないドイツ民法三四二条は、梅起草委員にとって評価が不可能な規定であり、それゆえ、梅起草委員は、債権取引安全の観点からフランス民法一六九〇条の対抗要件主義を採用し、甲号議案四七〇条を起草したと考えられる。たしかに、梅起草委員自身、債務者以外の第三者から譲渡債権の帰属に関して照会を受けた債務者が虚偽の回答をした場合、債権取引の安全が害される危険性を認めている。しかし、梅起草委員は同時に、債務者が債務者以外の第三者に対して譲渡債権の帰属について虚偽の回答をしても、何ら債務者の利益とはならないし、虚偽の回答は債務者の法的責任（不法行為責任）を生じさせることから、そのような虚偽の回答がなされることは稀であるとする。そして、不完全ではあるものの、債務者は譲渡債権の帰属に関する公示機関（インフォメーション・センター）たりうるのであり、債権取引の安全は相当程度図られるとする。⁽⁷⁰⁾

梅起草委員は、ドイツ民法第二草案三四二条の趣旨（譲渡人および譲受人による債権譲渡契約締結によって、譲渡契約の効力が債務者以外の第三者に対して完全に及ぶ趣旨）を時期的な問題で知りえなかつたのであり、債務者は譲渡債権の帰属に関する公示機関（インフォメーション・センター）たりえないという認識がなかつたといえる。すべての債権譲渡について、通知または承諾が譲渡人の信用危殆を生じさせるとはいえないものの、担保のための債権譲渡の場合は通常、不動産、動産、債権の順に担保権が設定されることに鑑み、通知または承諾による譲渡人の信用危殆の危険は、なお存するとみるべきであろう。また、債権譲渡契約当事者ではない債務者に法的不利益を与えてはならないという債権譲渡法の基本理念により（日民四六八条二項⁽⁷⁾）、債務者に債務者以外の第三者に対する回答義務を負わせることはできない。それゆえ、債務者は、債務者以外の第三者から譲渡債権の帰属について照会があった場合において、債務者以外の第三者に回答することもあるが、回答しないこともあるといえる。債務者が譲渡債権の帰属について回答するかどうか不確定であるということ、債務者が公示機関（インフォメーション・センター）とはいえないことを意味している（公示の不確実性の問題）。以上のことからすれば、債務者以外の第三者に対する関係でも債権の特定承継原則を維持する第二草案三四二条は、日民四六七条二項の解釈論に示唆——たとえば、確定日付説の再評価というように——を与えるのではあるまいか。

なお、梅起草委員は、ドイツ民法第二草案三四二条の趣旨を一八九五年三月までの時点で把握していたならば（仮に、第二委員会議事録のうち、債権譲渡の部分が一八九五年三月までに公表されていたならば）、債務者に対する関係でも債権の特定承継原則を採用する方向に傾いた可能性がある。何となれば、譲渡人および譲受人による債権譲渡契約締結により、譲渡契約の効力が債務者以外の第三者に対して完全に及ぶと解することについて評価しうる以上、論理必然的に、債務者に対しても同様に解されるからである。つまり、日民四六

七条一項は、譲渡人および譲受人による債権譲渡契約締結によって譲渡契約の効力が債務者に対して完全になじぶことを前提としていふと考へることができふ。そして、日民四六七条一項は、債権譲渡契約当事者ではない債務者は表見譲受人に無効な弁済をしてしまひ、真正な債権者（原債権者または真正な譲受人である新債権者）に対して二重弁済を強いられる恐れがあるが、その危険を除去するため、通知または承諾によつて譲受人に自らの権利者（新債権者）としての資格（Legitimation）を証明させるものと解することができさうである。⁽⁷²⁾

また、この証明を担保するため、譲受人が通知または承諾（権利行使要件）を具備するまでは、譲受人は、自らに完全に帰属してゐる譲渡債権を債務者に対して行使（履行請求）できないことを定めた規定こそ、日民四六七条一項であるといえさうである。もちろん、譲渡について知らない債務者が無権利者である譲渡人に対してした弁済を特別に例外的に有効とし、新債権者への二重弁済の危険を債務者から除去することは、譲渡人、譲受人および債務者間の公平に鑑み、必要不可欠であるといえる。しかし、譲受人に権利者（新債権者）としての資格を証明させ、債務者が表見譲受人に対して無効な弁済をすることを防止する債権譲渡法の規定は日民四六七条一項以外にないことから、日民四六七条一項が譲受人の権利行使要件について定めてゐる規定であると解すれば、譲渡につき善意で譲渡人に対して弁済した債務者の保護は、日民四六七条一項によつて図ることはできず、日民四六七条一項以外の規定によつて図られるべきである。日民四六七条一項が担う権利行使機能によつて法的利益を受けるのは、譲受人であるのに対し、債務者のかかる弁済を特別に例外的に有効とし、債務者保護を図ることによつて法的利益を受けるのは、債務者であつて、権利行使機能と債務者保護機能は互いに対立するのである。⁽⁷⁴⁾

甲号議案四七〇条が起草された一八九五年三月の時点で、梅起草委員が参照した官版第二草案および暫定第二草案は、第二章案三四二条の趣旨について全く言及しておらず、それは、一八九七年の第二委員会議事録に

おいてはじめて説明されていることから、第二草案三四二条の趣旨は、日民四六七条の解釈に示唆を与えようように思われる。ただ、甲号議案四七〇条の起草にあたって梅起草委員が参照した、第二草案三四二条（債権の特定承継原則）が支配している第二草案の他の規定（第二草案三五一条（三五一条が準用している）三五〇条を含む）、二五三条および三五四条）について、官版第二草案および暫定第二草案は、第二草案が債権の特定承継原則を採用する趣旨を明らかにしていないのだろうか。もし、第二草案三五〇条、三五一条、三五三条および三五四条の各規定について、債権の特定承継原則が採用されている趣旨を官版第二草案および暫定第二草案が説明しているならば、梅起草委員は、ドイツ債権譲渡法における債権の特定承継原則について価値判断を加えた上であえてこれを採用せず、フランス民法一六九〇条の對抗要件主義を評価し、これに基づいて甲号議案四七〇条を起草したことになる。この場合、第二草案三四二条は、日民四六七条の解釈論に示唆を与えないであろう。そこで、本稿は以下、右の各規定の内容と趣旨について、官版第二草案および暫定第二草案が右の各規定の内容と趣旨を全く説明していないか、または、債権の特定承継原則が採用された趣旨を明らかにしていないのであれば、第二草案三四二条はやはり、日民四六七条の解釈論に示唆を与えうるであろう。

(1) 池田真朗『債権譲渡の研究』（増補二版）（弘文堂、二〇〇四年）一四頁以下、同「民法四六七条・四六八条（指名債権の譲渡）」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅲ 個別的観察（2）債権編』（有斐閣、一九九八年）一〇一頁以下、西村信雄編『注釈民法（11）』（有斐閣、一九六五年）三七一頁（明石三郎執筆）、於保不二雄『債権総論』（新版）（有斐閣、一九七二年）三〇七頁以下等を参照。なお、フランス民法一六九〇条は、次のような規定である（池田前掲書三五〇頁より引用）。

「①譲受人は、債務者に対してなされる移転の送達によってでなければ、第三者に對抗しえない。
②ただし、譲受人は、債務者によって公正証書においてなされる移転の承諾によっても同様に（第三者に）對抗しうる。」

- (2) 池田・前掲注(1)『債権譲渡の研究』一五頁参照。
- (3) 福島正夫『清水誠編『明治民法の制定と穂積文書』(民法成立過程研究会、一九五六年)五二頁以下所収の「民法原案起草分担保」のうち、五四頁の部分参照。
- (4) フランス民法一六九一条は、次のような規定である(木村健助『柳瀬兼助(柳瀬兼助補遺)』『仏蘭西民法(Ⅳ)』財産取得法(3)『復刻版』(現代外国法典叢書17)(有斐閣、一九八八年)一〇七頁より引用)。
- 「讓渡人又ハ讓受人ガ移轉ラ債務者ニ通知スル迄ニ債務者ガ讓渡人ニ支払ヲ為シタルトキハ、債務者ハ之ニ依リ有効ニ免責ス。」
- (5) 法務大臣官房司法法制調査部監修『民法第一議案』(日本近代立法資料叢書13)(商事法務研究会、一九八八年)(以下、『民法第一議案』と略す)一九七頁、同『法典調査会民法議事速記録三』(日本近代立法資料叢書3)(商事法務研究会、一九八四年)(以下、『法典調査会民法議事速記録三』と略す)五二三頁。
- (6) 梅謙次郎『開会ノ辞及ヒ仏国民法編纂ノ沿革』『仏蘭西民法百年記念論集』(法理研究会出版、一九〇五年)(岡孝編『法政大学図書館、法政大学ポアソナード記念現代法研究所監修』『梅謙次郎著作全集CD版3』(丸善、二〇〇三年)に所収)三頁以下を参照。
- (7) 仁井田益太郎『穂積重遠』平野義太郎「仁井田博士に民法典編纂事情を聴く座談会」法律時報一〇卷七号(一九三八年)一七頁の仁井田発言、星野通『明治民法編纂史研究』(ダイヤモンド社、一九四三年)一六二頁、七戸克彦『法典調査会の構成メンバー——その人選に関する「政策評価」』ジュリスト一三三二号(二〇〇七年)一〇八頁を参照。
- (8) 仁保亀松「翻訳 独乙民法草案」法学協会雑誌一一卷九号(一九九三年)七七六頁を参照。
- (9) ① 引用にあたっては、J. Gutentag と略すことにする。
- ② (9)の2「官版第二草案」という表現は、岡孝教授が用いられている(岡孝『民法起草とドイツ民法第二草案の影響』法律時報八六七号(一九九八年)五四頁を参照。本稿は、この岡孝教授の御論稿から示唆を得て執筆したものである)。本稿は、岡孝教授の表現にしたがった。なお、大中有信教授は、「公定版」という表現をされている(石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』(九州大学出版会、一九九九年)の末尾に収録されている「ドイツ民法典編纂資料一覧」xxi頁[大中有信執筆]を参照)。
- また、官版第二草案は、「帝国司法庁の指示と校閲を受けて、発達段階にあるドイツ帝国民法典草案を掲載したもの」と説明されている(Bibliographie des Bürgerlichen Rechts. Verzeichnis von Einzelschriften und Aufsätzen über das im Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich vereinigte Recht sachlich geordnet von Dr. Jur. Georg Maas, Bibliothekar bei dem Reichsgericht.

- 1888-1898, 1899 (Archiv für Bürgerliches Recht. Sechzehnter Band. 1899.) (以下、Bibliographie des Bürgerlichen Rechts と略す)、S. 31 Fn.)。
- (10) 岡・前掲注(9の2)五四頁を参照。
- (11) Pioneer 社版は、現在のところ、一橋大学社会科学古典資料センターのギールケ文庫に所蔵されていることが確認されている(この情報については、岡・前掲注(9の2)五六頁注(11)、岡孝「法典論争から明治民法成立・注釈時代」水本浩二・平井一雄編『日本民法学史・通史』(信山社、一九九七年)九九頁注(23)を参照)。筆者は、二〇一〇年八月に沖野眞巳教授(一橋大学(当時))と同センターの協力を得て、Pioneer 社版を閲覧することができた。
- (12) Bibliographie des Bürgerlichen Rechts, a. a. O. (Fn. 9-2), S. 31 Fn.
- (13) Planck は、第二草案の Generalreferent であり、Mandry は、第二草案の親族法担当の Spezialreferent(総則担当)の Spezialreferent は、Gebhard、債務関係法担当の Spezialreferent は、Jacubeky、物権法担当の Spezialreferent は、Künzel、相続法担当の Spezialreferent は、Rügel (Rügel の辞任後は、Bömer) であるが、(Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrage des Reichs = Justizamts, bearbeitet von Dr. Achilles, Dr. Gehard, Dr. Spahn, Band I. Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse Abschn. I, Abschn. II Tit. I, 1897, S. VII. 以下、Protokolle と略す)、Generalreferent は、「総括報告者」、Spezialreferent は、「個別報告者」または「報告者」と訳されている(たとえば、石部雅亮『ドイツ民法典編纂史概説』石部・前掲注(9の2)四二頁以下、久保還暦『西洋法制史料選 Ⅲ近世・近代』(創文社、一九七九年)二七二頁、二七四頁(好美清光執筆)、平田公夫『ドイツ民法典を創った人びと(1)』岡山大学教育学部研究集録五六号(一九八一年)一九八一年)六九頁、同『ドイツ民法典を創った人びと(2)』岡山大学教育学部研究集録五八号(一九八一年)二六頁以下、同『ドイツ民法典を創った人びと(3・完)』岡山大学教育学部研究集録六〇号(一九九二年)二八三頁以下を参照)。それゆえ、筆者は、Generalreferent を「起草委員」、Spezialreferent を「起草委員補助」と解し、Mandry を「第二委員会起草委員補助」と表現した。
- (14) 「私撰版」という表現は、大中・前掲注(9の2)xxii頁から引用した。
- (15) AcP79 (1892), S. 124-182.
- (16) AcP79 (1892), S. 457-500. なお、大中・前掲注(9の2)xxii頁の「AcP79, 1892, S. 473-500」の記述は、「AcP79, 1892, S. 457-500」の誤植であると思われる(傍点は、筆者がつけたための)。
- (17) AcP79 (1892), S. 124.

- (18) なお、第二分冊は、第一分冊、第三分冊と合本されて第一巻として一八九四年に刊行された (Reutz, Die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich unter Gegenstellung der ersten Lesung. Erster Band. Buch I—III. Allgemeiner Theil. Recht der Schuldverhältnisse, Sachenecht. 1894.)。本稿は、Reutz 版を引用する際は、一八九四年に刊行された合本版を用いることにしたい (Reutz と略して引用する)。なお、この周辺の事情については、岡・前掲注 (9) の 2) 五六頁注 (14) を参照 (筆者は、岡孝教授 (学習院大学) がフライブルク大学で発見された第二分冊について、その複写を岡教授からいただいた。岡教授には、記して感謝申し上げる次第である)。
- (19) Reutz, a. a. O. (Fn. 18), S. III und VII.
- (20) 岡教授も、この可能性を指摘される (岡・前掲注 (9) の 2) 五四頁参照)。
- (21) Vgl. Vorbemerkung in Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Zweite Lesung. Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission. I. Buch. Allgemeiner Theil. 1892. Pionier, Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Zweite Lesung. Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission. II. Buch. Recht der Schuldverhältnisse. 1. bis 6. Abschnitt. 1892. Pionier (以下「Pionier」略す), S. 41. Und vgl. AcP79 (1892), S. 124.
- (22) Reutz, a. a. O. (Fn. 18), S. VII f.
- (23) Reutz, a. a. O. (Fn. 18), S. VII.
- (24) 岡・前掲注 (9) の 2) 五四頁、岡孝「近時の民法 (債権法) 改正事業の問題点」下森傘寿『債権法の近未来像』(酒井書店、二〇一〇年) 二六六頁以下を参照。
- (25) 『民法第一議案』(前掲注 (5)) 一九七頁、『法典調査会民法議事速記録三』(前掲注 (5)) 五一三頁を参照。
- (26) 岡教授も、この確認作業の意義を指摘されている (岡・前掲注 (9) の 2) 五四頁を参照)。
- (27) 内田貴「いまなぜ「債権法改正」か? (下)」NBL 八七二号 (二〇〇八年) 七二頁以下を参照。
- (28) 内田貴「債権法の新時代——「債権法改正の基本方針」の概要——」(商事法務、二〇〇九年) 一九頁以下も参照。
- (29) 内田・前掲注 (28) 一三頁以下も参照。
- (30) 内田・前掲注 (28) 三一頁以下も参照。
- (31) 松山大学法学部長の妹尾克敏教授によれば、加藤恒忠は、郷里松山を流れる石手川を隠喩的に表現することにより、自ら

の出自に対する誇りを表そうとして、雅号を「拓川」にしたという(このことについては、松山大学学園報 CREATION 一六八号(二〇一一年)四頁を参照された)、(<http://www.matsuyama-u.ac.jp/creation/168/creation.htm>)から閲覧可能)。また、大野慶一「外交官加藤拓川の生きざま」伊予史談三二二号(一九九八年)六七頁も、「拓川とは石手川のことであり、終生石手川を愛し、松山を愛した情熱の人であった」という。本稿は以下、加藤恒忠のことを「拓川」とよぶことにしたい。

(32) 拓川と梅起草委員との親交については、岡孝教授に情報のご提供をいただいた。また、山内讓教授(松山大学)より、拓川に関する貴重な資料をいただいた。記して感謝申し上げる。

(33) 正則二期生と賄征伐事件については、七戸克彦「現行民法典を創った人びと4」法学セミナー六五六号(二〇〇九年)八九頁、鈴木正裕『近代民事訴訟法史・日本2』(有斐閣、二〇〇六年)三〇頁以下(なお、本書三二頁によれば、賄征伐事件の原因は、急激なインフレーションだけではなく、別のところにも求めることができるようである。つまり、「彼らは日頃、寮で官給の食事をとっていたが、たまの日曜日に外出すると(外出は、日曜日その他の休日にかぎって、許されていた)、これもまた官給の小遣いを使つてたらふく食事をして帰る。だから賄係としては、いつもより少な目の夕食を用意した。しかし、これが誤算だった。二〇歳か、それを少し過ぎたばかりの食い気ざかりの時分である。外でさかんに大喰いしてきたはずなのに、寮へ戻つてまた食事をしようとする。ところが、その食事が足りない。」ということも、原因であったという。)、島津豊幸『加藤拓川傳——ある外交官市長の生涯——』(改定版)(松山大学、一九九七年)二四頁以下、高須賀康生「明治法學教育成立期の三人——児島惟謙・加藤恒忠・穂積陳重——」伊予史談二八一号(一九九一年)三九頁以下を参照。

(34) 拓川が賄征伐事件に関与した背景には、司法省法學校の校長(植村長)が薩摩藩出身者であったことから(七戸・前掲注(33)八九頁、鈴木・前掲注(33)三二頁および四八頁注(21)、高須賀・前掲注(33)四〇頁を参照)、「薩長への反発」という感情があつたとされている(大野・前掲注(31)六八頁を参照)。拓川の父である大原観山(儒學者)が出仕していた松山藩(石高一五万石)は、明治維新時に朝敵の指定を受け、土佐藩や宇和島藩等の隣藩に占領された上、明治新政府に一五万両という過酷な賠償(分割賠償ではなく、一括賠償)を命じられた。その結果として、松山藩につながる者すべてが、生活に困窮するようになったのである(大原観山と同じ儒學者の中には、餓死する者もいたという)(西尾典祐「至誠」評伝・新田長次郎(中日出版社、一九九六年)二二頁以下および一六一頁を参照。なお、新田長次郎(雅号は、伊予松山藩温泉郡山、西村出身であることから(西尾・前掲書一五頁を参照)、「温山(おんざん)」である)もまた、松山高等商業學校創立者の一人である(松山高等商業學校、松山経済専門學校、松山商科大学、松山大学および松山短期大学の卒業生の同窓会は、「温山会」と称されている。))。このことからしても、拓川が薩長藩閥に対して向かつて立つ気概を持っていたことは、容易に推

測できるであろう。

- (35) 七戸・前掲注(33)八九頁、鈴木・前掲注(33)三五頁、岡孝「明治民法と梅謙次郎——帰国一〇〇年を機にその業績を振り返る——」法学志林八八巻四号(一九九一年)三〇頁を参照。ちなみに、当時病弱であった梅は、拓川が合格した一八七六年(明治九年)の正則二期生の入学試験に「体格不良」で合格できなかったという(七戸克彦「現行民法典を創った人びと3」法学セミナー六五五号(二〇〇九年)六六頁を参照)。
- (36) 岡・前掲注(35)三〇頁を参照。
- (37) 詳しくは、鈴木・前掲注(33)三三頁以下、島津・前掲注(33)三八頁以下を参照。なお、拓川は、一八八四年(明治七年)にバリの法科単科大学にも入学している(島津・前掲注(33)四三頁および一四二頁を参照)。拓川は、司法省法学校から放校処分を受けた後も、法律学を修めようとしていたものと思われる。
- (38) 重松清行編『拓川集 日記篇』(拓川会、一九三二年)二二六頁を参照。
- (39) 重松・前掲注(38)二八頁を参照。
- (40) 原敬文書研究会編『原敬関係文書 第一巻 書翰篇一』(日本放送出版協会、一九八四年)四三一頁。
- (41の1) 岡・前掲注(35)五頁および三〇頁を参照。
- (41の2) なお、国府青崖によれば、「補缺で(司法省法学校に——筆者註)這入つて来た中に梅とか手塚とか田部とか云ふ連中」「手塚」は、手塚太郎のこと、「田部」は、田部芳のことであり、彼らは、梅と同様、東京外国語学校出身者である(鈴木・前掲注(33)三五頁を参照)。——筆者註)があつたが、其中でも梅は驚くべき秀才でなか／＼よく出来た、後に法政局長官(「法制局長官」の誤植であろう(梅は、一八九七年(明治三〇年)に法制局長官に就任している(岡・前掲注(35)三三頁を参照))。——筆者註)になつた人だが、仏蘭西でも各教科共に満点で、仏蘭西人を驚かしたものだど加藤が云つてゐた」という(重松清行編『拓川集 追憶篇』(拓川会、一九三三年)一七頁)。
- (42) 星野・前掲注(7)一六二頁、岡・前掲注(35)四頁および三二頁、七戸・前掲注(7)一〇六頁を参照。
- (43) 重松・前掲注(38)六二頁を参照。
- (44) 本文において紹介した拓川と梅の親交を示す記録は、江戸恵子氏によって調査および整理されており、大変参考になる(岡孝編『法政大学図書館、法政大学ポアソナード記念現代法研究所監修』『梅謙次郎著作全集CD版』(丸善、二〇〇三年)に所収の江戸恵子「梅謙次郎年譜」を参照)。
- (45) このことについては、大野・前掲注(31)六八頁以下、鈴木・前掲注(33)三四頁、島津・前掲注(33)一四四頁以下、

重松清行編『拓川集 拾遺篇』(拓川会、一九三三年)の附録二頁以下の「加藤恒忠略年譜」、西尾・前掲注(34)二二六頁以下を参照。

(46) 仁保・前掲注(8)七七五頁以下(第一編総則から(第二草案一条から)紹介されている)。第二回目の紹介は、一一卷一〇号(一八九三年一〇月)八六三頁以下においてなされている。なお、第三回目(一一卷一一号(一八九三年一月))以降の紹介は、法学協会雑誌の附録において行われ、頁番号も、附録の通し頁番号となっており(岡・前掲注(9)の2)五六頁注(12)を参照)、第三回は、一七頁から三八頁まで、第四回(一一卷一二号(一八九三年二月))は、三九頁から五六頁までとなっている。ただ、第五回(一二卷一号(一八九四年一月))はなぜか、三九頁から始まっている(四八頁まで)。第六回(一二卷二号(一八九四年二月))は、第五回を受けて、四九頁から始まっており、第七回(一二卷三号(一八九四年三月))以降の附録の通し頁番号も、すべて連続している。

(47) 岡・前掲注(9)の2)五六頁注(12)、岡・前掲注(11)八七頁および九八頁注(20)、岡・前掲注(24)二七二頁注(22)を参照。さらに、筆者は、附録も含めた形で法学協会雑誌のバックナンバーを所蔵している京都大学附属図書館と立命館大学図書館で調査を行ったが、一四卷四号以降の法学協会雑誌において、仁保の翻訳を発見することはできなかった。なお、法学協会編『法学協会五十周年記念 法学協会雑誌総索引(自第一号至第五〇卷)』(復刻版)(信山社、一九九二年)の「著者名索引」一一二頁および「事項索引」一四七頁によれば、一四卷の各号附録に仁保の翻訳が掲載されているという。しかし、実際には仁保の翻訳は、一四卷については、二号(一八九六年二月)と三号においてのみ掲載されている。

(48) 岡・前掲注(9)の2)五六頁注(12)、岡・前掲注(11)八七頁および九八頁注(20)、岡・前掲注(24)二七二頁注(22)を参照。さらに、筆者は、附録も含めた形で法学協会雑誌のバックナンバーを所蔵している京都大学附属図書館と立命館大学図書館で調査を行ったが、一四卷四号以降の法学協会雑誌において、仁保の翻訳を発見することはできなかった。なお、法学協会編『法学協会五十周年記念 法学協会雑誌総索引(自第一号至第五〇卷)』(復刻版)(信山社、一九九二年)の「著者名索引」一一二頁および「事項索引」一四七頁によれば、一四卷の各号附録に仁保の翻訳が掲載されているという。しかし、実際には仁保の翻訳は、一四卷については、二号(一八九六年二月)と三号においてのみ掲載されている。

(49) 第二編債務関係法の部分には、本文の頁番号とは別に、一から始まる通しの頁番号が付けられている。

(50) 前掲注(8)を参照。

(51) 岡・前掲注(9)の2)五四頁を参照。なお、②については、仁保が「煩雑ナルニモ拘ラス第一草案及び第二草案ヲ併記スル所以ハ第二読会ニ於テ第一草案ヲ増補シ又ハ削除セシ所多キヲ以テ単ニ之ヲ対照スルニ於テモ亦タ得ル所ナキニシモアラ

サレハナリ」と述べているところから（仁保・前掲注（8）七七六頁（傍点は、筆者が付したものの）、仁保は、Reutz版について、脚注をあえて省略して翻訳したともいえそうである。しかし、第二章の規定に脚注が付されているのにそれを訳出しないことは、第二章案をできる限り正確に紹介するという仁保の翻訳の趣旨と合致しないように思われる。

(52) 前掲注（5）を参照。

(53) 暫定第二草案および官版第二草案の三四二条は、「Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem Anderen auf diesen übertragen werden (Abtretung). Mit dem Abschlusse des Vertrags tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers.」（ドイツ語）となるが（Pionier, a. a. O. (Fn. 21), S. 31, AcP79(1392), S. 491, Reutz, a. a. O. (Fn. 18), S. 175, J. Gutentag, a. a. O. (Fn. 9-1), S. 108）（下線は、筆者が付いたもの）、ドイツ民法三九八条は、「一 番目の下線部に ついて」 「anderen」と「二 番目の下線部についで」 「Abschluss」としているにすぎず、両者の内容は同一であるといえる。

(54) 拙著『ドイツ債権譲渡制度の研究』（嵯峨野書院、二〇〇七年）一五頁以下を参照。

(55) 古屋・前掲注（54）七九頁以下を参照。

(56) 古屋・前掲注（54）七六頁以下を参照。

(57) ドイツ民法四一〇条については、古屋・前掲注（54）四〇頁以下を参照。

(58) 『民法第一議案』（前掲注（5））一九七頁、『法典調査会民法議事速記録三』（前掲注（5））五一四頁を参照。

(59) 債務法部分草案第四章「債権及び債務の特定承継」第一節「債権の移転」一条（以下、債務法部分草案の規定については、「債務法部分草案一条」というように表記する）は、「債権関係から生ずる債権は、債務者の同意を要することなく、旧債権者から新債権者へと移転することができる。旧債権者は、債権の移転によって、債権者の地位を失い、債権の移転を受けた者が、現在の債権者と交代する。」と規定し、第一草案二九三条は、「債務関係から生ずる債権は、新債権者に対して、債務者の同意を要することなく移転することができる（債権の移転）。債権の移転によって、旧債権者は、債権者の地位を失い、新債権者が、債権者となる。」と規定する。

(60) 古屋・前掲注（54）一六頁以下を参照。

(61) 債務法部分草案一五条は、次のような規定である。

「債務者が支払の当時債権の移転について知らなかったときは、債権の移転後に旧債権者に対して支払をした債務者は、その債務を負わない。新債権者は、債務者が債権の移転後にその移転を知ることなく旧債権者とした債権に関する法律行為について、その法律行為が有効であることを認めなければならない。債権の移転後に旧債権者と債務者との間でその債権に関

して訴訟が係属した場合において、債務者が防御のために債権の移転を援用できた時に債権の移転について知らなかったときは、確定判決の効力は、債務者に有利に新債権者に対しても及ぶ。債務者が債権の移転を知っていたことは、新債権者がこれを証明しなければならない。」

第一草案三〇四条は、次のような規定である。

「①新債権者は、債務者が債権の移転後に旧債権者に対して債務の履行のために給付をしたこと、及び債権の移転後に旧債権者と債務者との間でその債権に関する合意があったこと、又は債権について旧債権者と債務者との間で法律行為があったことにつき、これらが有効であることを認めなければならない。ただし、給付及び合意があり、又は、法律行為があった時に債務者が債権の移転を知っていたときは、この限りでない。

②債権の移転後に旧債権者と債務者との間でその債権に関して係属した訴訟において、確定判決があったときも、同様である。ただし、債務者が債権の移転を援用できた時にこれを知っていたときは、この限りでない。」

(62) 梅謙次郎『民法要義卷之三債権編』〔訂正増補二四版〕(有斐閣、一九〇六年)二〇八頁以下を参照。

(63) 梅・前掲注(62)二〇八頁以下。

(64) 前掲注(13)を参照。

(65) 以上については、Protokolle, a. a. O. (Fn. 13), S. 381を参照。

(66) Vgl. Protokolle, a. a. O. (Fn. 13), S. 381.

(67) Vgl. Protokolle, a. a. O. (Fn. 13), S. 381.

(68) Vgl. Protokolle, a. a. O. (Fn. 13), S. 381f.

(69) 第二委員会議事録は、債務者の第二譲受人に対する無効な弁済を特別に例外的に有効とする規定の例として、第一草案三〇四条を準用する第一草案三〇五条をあげてゐる(Protokolle, a. a. O. (Fn. 13), S. 383)。第一草案三〇五条は、次のような規定である。

「既に移転した債権を旧債権者が第三者に譲渡した場合において、劣後するその譲渡についてのみ知っており、最初の移転について知らなかった債務者のために、第三〇四条の規定を準用する。既に生じた債権の移転のために無効である、裁判所の命令による債権の移転、法律に基づいて生じるが、既になされた債権の移転のために無効である、債権の移転の承認に関する証書を交付することも、劣後する債権の譲渡と同様である。」

(70) 以上については、梅謙次郎『債権債務ノ承継ヲ論ズ』〔法政大学創立三十周年記念論文集〕(法政大学、一九〇九年)四七

頁以下、梅・前掲注(62)二〇九頁以下を参照。

- (71) 我妻栄『新訂債権総論(民法講義Ⅳ)』(岩波書店、一九六四年)五一六頁、奥田昌道『債権総論』(増補版)(悠々社、一九九二年)四四〇頁、林良平(安永正昭補訂)Ⅱ石田喜久夫Ⅱ高木多喜男『債権総論』(第三版)(青林書院、一九九六年)四九三頁以下(高木多喜男執筆)を参照。

- (72) 拙稿「ドイツ債権譲渡制度における譲渡契約の効力と対抗要件」私法七〇号(二〇〇八年)一八九頁以下、古屋・前掲注(54)四〇頁以下を参照。Vgl. Protokolle, a. a. O. (Fn. 13), S. 396ff.

- (73) ここでは、日民四六七条一項の「対抗することができな」とは、「債権の行使を認めさせることができない」というように解することになろう。

- (74) 拙稿「通知前または承諾前に債務者が譲渡人に対してした弁済が有効とされる法的根拠についての覚書——ドイツ債権譲渡法における機能分化の視点から——」松山大学論集二三卷三号(二〇一〇年)二九五頁、古屋・前掲注(72)一九二頁を参照。