

European Legal Culture

18

Andrea Ortolani

大陸法における債権および契約の譲渡——

ローマ法の法制史的一考察

La cessione del credito e la cessione del contratto
nel diritto continentale: considerazioni in prospettiva
storica sul diritto romano

Suggested citation

Ortolani, Andrea, "大陸法における債権および契約の譲渡——ローマ法の法制史的一考察",
[La cessione del credito e la cessione del contratto nel diritto continentale: considerazioni in
prospettiva storica sul diritto romano, (in giapponese)], CDCT working paper 30-2014/ European
Legal Culture 18, available at <http://www.cdct.it/Pubblicazioni.aspx>

ACKNOWLEDGMENTS

The research leading to these results has received funding from the University of Torino under the agreement with the Compagnia di San Paolo - Progetti di Ateneo 2011 - title of the Project "The Making of a New European Legal Culture. Prevalence of a single model, or cross-fertilisation of national legal traditions?" academic coordinator Prof. Michele Graziadei.

La presente pubblicazione è frutto della ricerca svolta nell'ambito del Progetto di Ateneo 2011 "The Making of a New European Legal Culture. Prevalence of a single model, or cross-fertilisation of national legal traditions?", coordinatore scientifico Prof. Michele Graziadei, finanziato dalla Compagnia di San Paolo.



La cessione del credito e la cessione del contratto nel diritto continentale: considerazioni in prospettiva storica sul diritto romano

Abstract

IT *Questo è il primo di una serie di studi dedicati alla cessione del contratto, in prospettiva storica e comparata, nei sistemi italiano e giapponese.*

L'analisi qui condotta riguarda le origini romanistiche dell'istituto della cessione del credito: se ne ripercorre la nascita ed i primi passi, evidenziando le rigidità che impedirono l'evoluzione verso la cessione del contratto.

Keywords: cessione del contratto, cessione del credito, diritto giapponese, diritto italiano, diritto romano.

Assignment of Claims and Assignment of Contracts in Continental Law: A Historical Inquiry on Roman Law

Abstract

EN *This is the first of a series of studies on the assignment of contracts, in historical and comparative perspective, in Italian and Japanese law.*

This paper investigates the origins of the theory and practice of the assignment of claims in Roman Law. It traces its development, highlighting the hurdles that prevented a further evolution towards the recognition of the assignment of contracts.

Keywords: Assignment of Contracts, Assignment of Claims, Italian Law, Japanese Law, Roman Law.

大陸法における債権および契約の譲渡—— ローマ法の法制史的一考察

ANDREA ORTOLANI - オルトラーニ ・ アンドレア

1. 問題の所在
2. 債権および契約の譲渡の理論的 (dogmatic) 枠組み
 - (1) 債権譲渡の概念
 - (2) ローマ法における権利の分類と取得
3. 債権譲渡の禁止原則とその克服
 - (1) 譲渡禁止原則と最初の便法
 - a 譲渡禁止原則
 - b 債権譲渡の例：相続
 - c 生前の債権譲渡
 - d 委任による譲渡
 - (2) 準訴権 (actio utilis) による譲渡
 - (3) 債権譲渡の実質的な成立
 - (4) 債権譲渡の新たな禁止および制限
4. 債務の譲渡 (債務の引受)
 - (1) 債務引受の起源
 - (2) 文書契約による債務引受
5. 証券による債権譲渡
6. 結論

1. 問題の所在

債権譲渡とは何か。契約譲渡とは何か。

現代のビジネスや取引実務慣行の世界では、債権や債務、契約、担保など様々な権利や法的地位は、頻々と移転される。

ダイナミックに繁栄している現代における市場経済を規律する法体系では、物権といった絶対的な私権、あるいは債権債務といった相対的な私権のみならず、選択権や予約権などの複合的な法律上の地位が移転される。物権や債権などの個々の私権のみならず、財産委付 (*bonorum cessio*) や営業譲渡、相続などを通じて、全体的な法律上の地位自身も流通し、譲渡される。法学はこの事実を否定してはならない¹。

しかし、様々な造詣深い法体系では、債権といった個別私権の譲渡と契約といった全体的で複合的な法律上の地位の譲渡は明確に区別されている。しばしば、特に前近代的法体系では、債権譲渡および死因相続は認められているものの、契約譲渡は認められていない。

本論文の目的は、以上の区別を踏まえたうえで、契約譲渡の根源である債権譲渡の誕生に遡り、契約譲渡に目配りをしながら、ローマ法における債権譲渡の法理に焦点を当てつつ、その初期的発展の展開に焦点をあてることである。

¹ 現実が法律上の理論と一致しなければ、法学は現実を拒否してはならない。逆に、法学は、現実に適応するように理論を考え直し、再考し、変更する必要がある。

2. 債権および契約の譲渡の理論的 (dogmatic) 枠組み

2. (1) 債権譲渡の概念

債権および契約譲渡という制度を理論的枠組みに位置付け、分析することが必要である。

債権譲渡という言葉は、債権の債権者である譲渡人が第三者である譲受人に、私権を移転することを指す。元の債務関係の債務者は、譲渡人ではなく、譲受人に対して債務を履行しなければならない。場合によって、元の債務者の同意が要件とされる。この債権譲渡の極端に簡潔な定義は、現代法学において一元的概念として浮き上がった。契約当事者といった法律上の地位などの個々又は複合的権利譲渡に際して、譲受人という一方当事者が権利を取得し、譲渡人という他方当事者が権利を喪失する、との一元的で、一般的適用可能な概念と理論は、近代法学の克服の産物である²。

前近代的な法体系ないしその法学において、個々の債権債務関係の譲渡に対して不信感があり、強く反対された。ましてや、複合的で、債権と債務を含有する契約の譲渡は一貫して不可能だと主張され、了承されなかった。

しかし、古典ローマ時代において既に、経済や交易の進行の圧力が、債権の移転を可能とするような形態の存在が必要だということを明らかにした。なお、ローマ法体系の特徴的な形式主義においては、公然と立法を通じて債権ないし契約の譲渡を認めるための法改革を導入することは容易ではなかった。

² GUIDO ASTUTI, “Cessione - a) Premessa storica”, Enciclopedia del diritto VI, Giuffrè (Milano) 1960 (以下、「ASTUTI」という), p. 805.

公然、明白に法体系の形式主義に衝突することなく、個々の債権の譲渡という効果を達成するための法的策略を設計し導入したフォーマント³は、法学（学説）だった。

2. (2) ローマ法における権利の分類と取得

ローマ法における債権ないし契約譲渡の特質を形作ったローマ法の固有の特徴は、三つある。

まず、第一番目として、対物訴権（*actio in rem*）と対人訴権（*actio in personam*）の根本的な区別である。前者は、物権を保護し、誰に対しても提起可能な訴権であった。後者は、債権債務関係の当事者のみに対して提起可能な訴権であった。

ローマ法では、権利はその実質ではなく、かかる訴権の違いによって区別された。従って、債権ないし契約譲渡は、現代の法律家が考える相対的な権利の移転であるが、当時ローマ法では、債権譲渡は訴権の移転として考えられていた。厳密にいうと、債権譲渡は対人訴権の移転としてのみ捕え得る制度であった。

次に、第二番目として、ローマ法における重要な物の分類は、財産の物理的なものと経済的なものとの結合性と関連していた。それは取得および譲渡方法に際して重要な区別であった。つまり、ローマ法では単一物と集合物（*universitas rerum*）は識別されていた。集合物はまた、物の集合物

³ 「フォーマント」という概念は、法体系の「構成要素」を指す。現代西洋法体系にて主なフォーマントは、立法（立法者）、法学（学説）と判例法である。RODOLFO SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, The American Journal of Comparative Law, 39 (1) (Winter, 1991), pp. 1-34; RODOLFO SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)*, The American Journal of Comparative Law 39 (2) (Spring, 1991), pp. 343-401.

と権利の集合物に区別された⁴。単一物は個別のものである。物の集合物（*universitas facti*）は有体物の総体であり、物理的または経済的に結合された物であった。他方、権利の集合物という概念は、法的に結合された有体物および無体物を指した。よって、家畜群または倉庫の商品は物の集合物であり、相続財産または特有財産（*peculium*）は、権利の集合物であった⁵。

最後に、第三番目として、債権ないし契約譲渡に関連する分類に関するもので、生前（*inter vivos*）の行為と死因（*mortis causa*）の行為の区別である。ローマ法でももちろん、生前と死因の法律行為の区別は知られていた。

債権ないし契約譲渡といった生前の行為は、個人の自由に由来する行為である。近代法思想は意思の優位性および個人の自由を活かすため、債権ないし契約といった権利譲渡に対して嫌悪感を発揮していない。最も近代的な民法典および非国家法規範は契約譲渡のみならず、ましてや債権譲渡も認めている。

しかし、前近代的の法体系では、以下に触れる理由のため、原則として生前の個別の債権譲渡ましてや契約譲渡を認めてはいなかった。

死因の権利譲渡はまた違う事実と結びついている。全ての人間は死ぬ。死因相続はこの避けられない事実由来している。ほとんどの人は、死亡した瞬間に誰かに対して債権者であったり、反対に誰かに対する債務者であったりしており、何らかの債権債務関係の当事者であるといえる。死亡によって、あらゆる債権債務関係が消滅するとすれば、この結果は公平性と相いれない。プラグマチズムの観点からみると、債権債務関係や他の法

⁴ ゲオルク・クリンゲンベルク著（瀧澤栄治訳）『ローマ物権法講義』大学教育出版（岡山）2007年、（以下、「クリンゲンベルク・物権」という）5頁。

⁵ クリンゲンベルク・物権、5頁。

律上の地位を相続人に移転できるような方法がなければ、非常に不都合な結果が生ずることになる。

従って、ローマ法の法制史のなかでは、死亡を原因として債権を譲渡できるような手段が存在していた。学説は、この手段を類推的に解釈し、生前における個別の債権譲渡を認めるようになった。しかしながら、ローマ法では、契約譲渡は認められていなかった。

3. 債権譲渡の禁止原則とその克服

3. (1) 譲渡禁止原則と最初の便法

3.(1).a 譲渡禁止原則

古典ローマ法では、原則として、生前の債権譲渡も死因による債権譲渡も認められていなかった⁶。この原則は、対人訴権によって生み出された債権債務関係の元来の概念の構造に由来し、この債権債務関係は当事者を拘束する関係として考えられている。

ガイウスの提要において、彼は、物の個別取得および所有権 (*dominium*) と他の物権 (*iura in re aliena*) の譲渡方法を論じてから、債務関係の場合は譲渡できないと明白に主張している：

「債権債務関係は、いかなる仕方で締結されたものであっても、〔握取行為、法定譲渡、引渡し〕いずれによっても移転できない。すなわち、ある者が私に負っている債務を、あなたに対して負担するように私が望む

⁶ SEITI INO-OUET [井上正一著] , *De la cession des créances en Droit romain et en Droit français – Thèse pour le doctorat soutenue le 4 juillet 1881, Dijon, 1881* (日本立法資料全集別巻242) (以下、「INO-OUET」という) , p. 2.

場合には、有体物を他人に譲渡するいずれの仕方によっても私はこれを行うことができない。7 (Gai. 2, 38⁸)」

債権の譲渡禁止の原則は、対人訴権の訴訟上構造および債務 (obligatio) 概念と強く結びつけられた。古代ローマの法律家の法意識にとって、債務関係は、人的関係であり、債権者に債務者を繋げるものとしてみられ、両当事者の個性との関係は浅からぬものがあつた⁹。古典時代には、債権債務関係の当事者は不変で、特定名義での譲渡は不可能であつた。当事者の交替の結果を生み出す債権の譲渡は、不適正であり想像上不可能なものとなされてきた¹⁰。

3. (1). b 債権譲渡の例：相続

但し、ガーイウスの提要において、物や権利の移転方法に関して、単一物や物権の移転方法 (「ひとつひとつの物が〈…〉われわれに取得される¹¹」 “singulae res nobis adquiruntur”, Gai. 2, 97¹²) と集合物の包括的な

⁷ ガーイウス著 (早稲田大学ローマ法研究会訳 ; 佐藤篤士監訳) 『法学提要』東京 (敬文堂) 2002年 (以下、「ガーイウス」という)、61頁。

⁸ “Obligaciones quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt: nam quod mihi ab aliquo debetur, id si uelim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum; sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri. quae dicitur nouatio obligationis”, GAIUS (ed. MARTIN DAVID), *Gai institutiones, secundum codicis veronensis apographum studemundianum et reliquias in aegypto repertas*, Leiden, 1948 (以下、「GAIUS」という), p. 39.

⁹ WILLIAM WARWICK BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian* (3rd ed. rev. by Peter Stein), Cambridge University Press, 1963 (以下、「BUCKLAND」という), p. 294.

¹⁰ ASTUTI, p. 806; 森田三男「債権譲渡の沿革の一考察——ローマ法、ドイツ法を中心として」、専修法学論集 10号 1頁～28頁, 1971年 (以下「森田」という)、6頁。

¹¹ ガーイウス、74頁。

¹² GAIUS, p. 97.

移転方法（「物がどのような仕方でわれわれに包括取得されるか¹³」 “*per universitatem res nobis adquirantur*”, Gai. 2, 97¹⁴）、に関して二つの処分方法がある¹⁵。

後者の例は、包括承継（*successio in (universum) ius*）、相続財産の法廷譲渡（*in iure cessio hereditatis*）、全財産売却（*bonorum venditio*）やユールウス法に基づく財産委付（*bonorum cessio ex lege Julia*）、自権者養子縁組（*adrogatio*）、夫権服従（*conventio in manum*）という5つのタイプがある¹⁶。包括承継と相続財産の法廷譲渡は死因行為で、その他のものは生前行為であった。死因行為と生前行為が区別されていたものの、指摘すべき重要なポイントは、上記の両行為は実質的に権利の譲渡が行われるものであったということである。

つまり、古代時代から、債権債務関係は当事者の個人性のみならず、当事者の財産と結びつけられることが認められるようになった。包括相続の場合、物とその関連する物権ないし対物訴権だけではなく、債権債務関係（*obligationes*）ないし対人訴権も相続人に譲渡された。

よって、当事者の死亡にあたって、物追求訴権（*actio reipersecutoria*）にかかる債権債務関係は債権者の相続人および債務者の相続人に譲渡された¹⁷。懲罰的民事訴権（*actio poenalis*）の場合は、債務者の相続人ではなく、債権者の相続人に対してのみ譲渡された¹⁸。

また、自権者養子縁組（*adrogatio*）および自主者（*sui juris*）女性の夫権服従（*conventio in manum*）の帰結であった頭格最小消滅（*capitis*

¹³ ガーイウス、74頁。

¹⁴ GAIUS, p. 97.

¹⁵ ASTUTI, 806.

¹⁶ MATTEO MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo (Palermo), 1993（以下、「MARRONE」という）, p. 739.

¹⁷ MARRONE, p. 738.

¹⁸ MARRONE, p. 738.

deminutio minima) の場合、養子または女性の債務は消滅したが、かかる債権は家長 (pater familias) に譲渡された¹⁹。

3. (1). c 生前の債権譲渡

生前の行為で、特定名義で単一の債権を譲渡できるような法的制度は存在しなかった。

しかし、すでに指摘したように、交易および動産の商業の発展のため、当時の経済的構造においては債権を譲渡できるような制度は必要であった。

ローマ法では、私法の根本的かつ伝統的規範を変えることは、非常に困難であった。従って、ローマ法においては、しばしば法的策略たる手法によって進化してきた。つまり、ローマ法の法律家は表立って元来の制度や原則を保守しながら、それを乗り越えて、革新的効果を生み出す便法を図った例が多い。ローマ法という学問自体は、まさにこの便法の誕生とその発展の分析であるに他ならないと考えられている。

債権譲渡の最初のスキームも法的策略の結果として行われたものだった。

ガイウスによると、債権を譲渡することを目的として、物権が移転されることと同様な効果を生み出す制度は、別に更改があった²⁰。つまり、譲渡の効果を生じさせるためには、

「私の指図により、あなたがその者と要約することが必要である。その結果、その債務者は私から解放され、あなたに拘束されることになる。これは債権債務関係の更改と言われる。²¹ (Gai. 2, 38²²)」

¹⁹ MARRONE, p. 739.

²⁰ 森田、6頁。

²¹ ガイウス、61頁。

²² “(...) sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri. quae dicitur nouatio obligationis”, GAIUS, p. 39.

更改を行った場合、既存の債権債務関係は消滅し、それに代わって新たな債権債務関係は新たな当事者の間に成立する²³。厳密にいうと更改は債権債務関係の移転ではない。つまり、当事者の変動に際して、旧債権債務関係がそのまま生存し譲渡するのではなく、旧当事者の間の旧債権債務関係は消滅した後、新たな当事者の間に新たな債権債務関係が発生することになる。従って、旧債権債務関係に付随する諸種の権利ないしその他の法律上地位は（保証など、利息の計算など）新たな債権債務関係には移転しない²⁴。

この当事者の交替を伴う更改は、場合によって債権者または債務者の一方のみを交替させた。ここで法的に便宜上利用された制度は、指図（*delegatio*）であり、通常、全当事者の同意のもとで行われたものであった²⁵。

3. (1). d 委任による譲渡

債権譲渡の実際的効果を達するために、債務者の協力を必要とするなどの更改の弱点を超える制度が求められた。古典時代において既に、ローマの法律家はもう一つの便法を考案した²⁶。

つまり、債務者の協力を必要としなくても、債権者たる譲渡人が譲受人を代訟人（*cognitor*）または訴訟代理人（*procurator ad litem*）として任命した場合、譲受人は直接被譲渡人たる債務者に対して債権の履行を請求

²³ ゲオルク・クリンゲンベルク著；瀧澤栄治訳『ローマ債権法講義』大学教育出版（岡山）2001年、（以下、「クリンゲンベルク・債権」という）121頁；船田享二著『債権』東京（岩波書店）1970年（以下、「船田」という）、609頁。

²⁴ INO-OUET, p. 10; MARRONE, p. 740; 船田、609頁。

²⁵ クリンゲンベルク・債権、125頁。

²⁶ BUCKLAND, p. 295.

できることになる²⁷。この方法は、ガイウスの法学提要に下記の通り言及されている。

「更改がなされなければ、あなたはあなたの名義で訴えることは出来ないであり、あなたは私の名義で、あなたも私の訴訟代理人または委託事務管理人として訴えなければならない。²⁸ (Gai. 2, 39²⁹)」

従って、自己の利益のための委託事務管理人 (*procurator in rem suam*) たる譲受人は被譲渡人に対して訴訟を提起した場合、譲受人は譲渡人と同じ訴権 (*actio*) を行使することができ、その結果譲受人は譲渡人と全く同じ地位に移転することになる³⁰。訴訟上の方式 (*formula*) においてはこの状況が反映されることになる。つまり、原告の請求が表示 (*intentio*) されるところには、まだ譲渡人の名義が残されているが、判決権限附与の表示 (*condemnatio*) には、かかる判決の効力を受ける委託事務管理人 (*procurator*) が記載されることになる³¹。

この便法に従うと、旧債権債務関係に付随する諸種の権利ないしその他の法律上地位は消滅せず、遅滞の日数に影響はないという譲受人の利点もあった³²。また、債務者たる被譲渡人の同意も必要なかった、という極めて重要な利点も存した。

²⁷ MARRONE, p. 740.

²⁸ ガイウス、6 1 頁。

²⁹ “Sine hac uero nouatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri.” GAIUS, 39.

³⁰ ANTONIO GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1984, (以下、「GUARINO」という) p. 732; BUCKLAND, p. 520; 森田、8 頁。

³¹ “Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam conuertit” (Gai. 4, 86), GAIUS, p. 142. 「他人の名義で訴訟を行う者は、本人の名義で請求の表示をするのに対して、判決権限の表示は自分の名義にする Gai. 4, 86」ガイウス、2 1 1 頁。BIONDO BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1965 (以下、「BIONDI」という) , p. 356.

³² ASTUTI, p. 807.

しかし、この便法においては、いくつかの重要な問題点も残されていた。まず、ローマ法の形式的な訴訟の構造のため、譲受人は、争点決定 (*litis contestatio*) の時点以降のみ、債権の履行を自己の名で請求できることになり、争点決定時点以前においては、譲受人は譲渡人の受任者の法律上地位にあるにとどまった。つまり、譲渡人において権利は消滅しなかったため、譲渡人は、依然として更改、免除し、訴訟の提起を通じてその権利について請求することなどは可能であった。極端な場合には、譲渡人は再び他の者に債権を譲渡することが可能でさえあった³³。

また、争点決定の時点まで、被譲渡人は譲渡人に対して弁済し、債権が解消されることも可能であった³⁴。またここでも極端な場合には、訴訟代理人の任命に関する譲渡人と譲受人間の同意があったにも拘らず、争点決定時点まで譲渡人たる原債権者自身が債務者を訴えることも認められていた³⁵。

さらに、債権者たる譲渡人と譲受人との間の契約は単なる委任契約だった。ローマ法の委任契約の特徴としては、履行が開始した時点までに、一方当事者の死亡、または委任者の撤回があったときは、委任は消滅した³⁶。従って、争点決定があった場合、その時点まで、譲受人には債権の履行を取得できないリスクがあった。また、譲受人が死亡した場合、委任は消滅し、相続人には債権が移転できなかった。

³³ GUARINO, p. 733; 森田、10頁。

³⁴ MARRONE, p. 740

³⁵ ASTUTI, p. 807.

³⁶ “Sed recte quoque contractum mandatam, si dum adhuc integra res sit, reuocatum fuerit, euanescit. Item si adhuc integro mandato mors alterutrius alicuius interueniat, id est uel eius, qui mandarit, uel eius, qui mandatam suscepit, soluitur mandatam (Gai. 3, 159-160)”, GAIUS, p. 106. 「けれども、有効に成立した委任も委任事務に着手する前に撤回されたときは効力を失う。同様に、当事者の一方、つまり委任をした者か委任を受けた者が委任事務の着手前に死亡した場合にも委任は解消される (Gai. 3, 159-160)」 ガーイウス、163頁。

従って、古典時代の末には、譲受人の地位を譲渡人に対して強化し、債務者に対して保護されるように、より効率的に債権を譲渡できる方法が学説と勅法によって構成されるようになった³⁷。

3. (2) 準訴権 (*actio utilis*) による譲渡

以上の不便を除くために、勅法は様々な善後策を導入した。

まず、通知、通告 (*denuntiatio*) に関連した発展に触れる必要がある。当時には、この通知の利用は徐々に普及した。債権譲受人が被譲渡人たる債務者に債権関係が譲渡されたことを通知した場合、その時点後、被譲渡人は譲渡人に弁済しても解放されないことになった³⁸。また、被譲渡人たる債務者が一部弁済などの方法で实际的に債権譲渡を承認した場合にも、同じ効果が生じた³⁹。

Antoninus Pius (皇帝アントニヌス・ピウス、138年～161年)の勅法は相続財産に際して債権譲渡の問題点を解決した。すなわち、債権を含有した相続財産が売却された場合、買主たる譲受人には、相続財産に属する債権の履行を請求するため、準訴権 (*actio utilis*) を行使できることを認めた。

よって、相続財産の買主たる債権譲受人は、相続人の受任者として(他人の名で、*alieno nomine*)ではなく、自己の名において(*suo nomine*)権利を主張し、独立に訴訟を提起することになった⁴⁰。従って、委任契約の撤回または債権譲渡人たる委任者の死亡が生み出す不安定さによる不利益は解消された。

³⁷ 船田、611頁。

³⁸ MARRONE, p. 742, p. ASTUTI 807.

³⁹ ASTUTI, p. 807; INO-OUET, p. 17; 森田、11頁。

⁴⁰ クリンゲンベルク・債権、147頁; GUARINO, p. 733.

さらに、債権が譲渡されてから、債権者たる譲渡人が債務者に対して正訴権（*actio stricti iuris*）を提起した場合、債務者は悪意の抗弁を提出することが可能となった⁴¹。

その後の勅法ではこの制度が拡張された。すなわち、相続財産の売買だけではなく、特定の債権の買主、嫁資を受けた夫、間接遺贈によって債権を譲り受けた者のために以上の準訴訟が認められることになった。

ユスチニアヌス帝法では、債権の贈与を受けた者も準訴権を行使できることになった。

この事例にも準訴権を行使できることになったため、債権譲渡は委任契約の規範から完全に切り離れるようになった⁴²。

3. (3) 債権譲渡の実質的な成立

従って、3世紀から、様々な便法を通じて、ローマ法に固有の形式的障害にも関わらず、実質的に債権を譲渡することは可能となった。ローマ法体系の構造と概念的枠組みのため、債権という実質的關係の譲渡は認められなかった。但し、訴権の移転を通じて、その実質的な結果を発生させることになった。すなわち、上記の発展の最終的帰結としては、訴訟上の地位だけではなく、債務関係自体の移転も可能と認められるようになった。

ユスチニアヌス時代には、債権譲渡は譲渡人と譲受人の合意によって発生した。

原則として、債権者たる譲渡人の財産に属するのであれば、契約や不法行為に由来する債権は、全て譲渡することが可能だった。例外的に、関係者の個性に強く結びつけられた債権のみ譲渡不可能だった。例えば、家族関係に基づいた扶養義務の債権などがこれに該当した⁴³。

⁴¹ 船田、612頁。

⁴² MARRONE, p. 741; GUARINO, p. 733.

⁴³ ASTUTI, p. 809.

ローマ法において、譲渡の要件としては、正当原因 (*iusta causa*) が常に必要であった。譲渡の当事者の関係は、売買契約、物の交換、嫁資の供与、贈与などといった有償または無償の行為に基づき、さらにその原因の観点から、譲渡の対象となる債権と譲渡を行う行為は、密接に結びついてきた。例えば、典型的な事例であった債権の売買 (*venditio nominis*) の場合、譲渡人は債権の実際的支払能力 (*bonum nomen*) ではなく、債権の存在 (*verum nomen*) を保証しなければならなかった⁴⁴。贈与といった無償権原の譲渡の場合は、譲渡人は悪意についてのみ責を負った。

通常、債権譲渡は任意行為である。売買、贈与などで、債権は譲渡された。

しかし、法定債権譲渡の事案もある。それは、債務関係が他の法律関係との関連した、または他の法律関係の目的である場合である。例えば、債権の遺贈 (*legatum*) の場合、または委任者のために受任者や本人のために事務管理者が債権を取得した場合、かかる債権を受遺者または委任者や本人に譲渡すべきである⁴⁵。

またある時には、任意的に訴権が譲渡される。例えば、売買契約の場合、引渡し以前に売主から対象物が盗まれた場合、売主は盗賊に対する訴権を譲渡すれば、責任から解放された。他の場合、債権を譲り受けることは、買主ないし他の当事者の権利である。例えば、弁済した連帯債務者は、債権者に対し、債権者の他の連帯債務者に対する訴権を譲り受ける権利を有する (訴権譲渡の利益 *beneficium cedendarum actionum*) ⁴⁶。

⁴⁴ 「債務名義が売られたときは、とケルススはディゲスタの第六巻で、売主は負債者が富裕であることを担保してはならない。しかしながら他のことが合意されるのでなければ、負債者であることを担保すると書いてある。Ulp. Dig. 18, 4, 4」 江南義之訳『学説彙纂の日本語への翻訳』(1)、東京1992年(信山社)(以下、「学説彙纂」という)、468頁。ASTUTI, p. 809.

⁴⁵ BIONDI, p. 358.

⁴⁶ クリンゲンベルク、150頁; BIONDI, p. 358.

3. (4) 債権譲渡の新たな禁止および制限

債権の譲渡が記の便法を通じて認められるようになるとともに、訴権や債権の譲渡においては濫用の事例も発生することになった。特に、債権譲渡が投機の目的で行われること、または債権が権勢家に譲渡されることが増加した⁴⁷。

古典期の末では、被譲渡人たる債務者を保護するため、債権譲渡の濫用を防ぐ諸種の勅法は導入された⁴⁸。

コンスタンティヌス一世は係訴中の債権（つまり、争点決定の行われた債権）の譲渡を禁じた。ユスチニアヌスはこの禁止を肯定し、債権譲渡を発生させた法律行為を無効となる規定を設けた⁴⁹。

債権は苛酷な譲受人たる債権者に譲渡しないように、古典期でも徴税関係者ないし国庫や皇帝への譲渡は禁止された⁵⁰。また、ホノリウスおよびテオドシウス二世の勅法は、422年に、身分か社会地位や他の事情で債務者より圧倒的に優位な地位にある者への債権譲渡（*cessio in potentiolem*）を禁止した⁵¹。

ユスチニアヌスの勅法は、被後見人に対する債権に関して、後見人へ譲渡することを禁じた。

禁止の規定とは別に、債権譲渡が普及するとともに、他の濫用を防ぐために、諸種の制限が導入された。

まず、投機目的である者が、貧しく、支払能力が安定しない債務者に対する債権を、または回収し難い債権を、職業的に、安く、一括購入して、購買することになった。その後、その者は債務者を苦しめて債権の全額の支払いを請求する事例が多く見られた。

⁴⁷ INO-OUET, p. 24; 船田、614頁。

⁴⁸ ASTUTI, p. 809.

⁴⁹ ASTUTI, p. 809.

⁵⁰ キリンゲンベルク、150頁；ASTUTI, p. 809.

⁵¹ MARRONE, p. 742

なお、原則として、債権譲渡の場合、債権は譲渡人から譲受人に移転し、債権自体は何も変更しないことは、債権譲渡の根本的な原則であり意義であるに違いないが、これに関する問題を防ぐため、506年のアナスタシウス法（*Lex Anastasiana*）は、債権の譲受人が譲渡人に支払った額より高く被譲渡人に請求することを禁じた。具体的に、訴訟が提起した場合、債務者はその訴権を「打破できる抗弁（*exceptio legis Anastasiana*）」といった裁判上の方法を導入した⁵²。

債権が譲渡された場合、その債権に付随する保証などの運命について、文献の記載は同一ではない⁵³。ある資料では明白に保証などは移転するとして肯定する、また他の資料においては保証などは譲渡人の同意があった限りにおいて譲渡するとする。Astutiによれば、以上の矛盾は委任訴権（*actio mandati*）および準訴権（*actio utilis*）のそれぞれの制度から生ずる当然の違いであると主張している。つまり、委任訴権において、保証などは、当事者の間、移転に関して合意（極端な場合、暗黙の合意でも）がなければ、移転しないし、逆に、準訴訟の場合は、保証などの移転は債権譲渡における自動的なあるいは当然の効果であるとする⁵⁴。

また、委任訴権は、譲渡人に対して提起できる全ての抗弁は譲受人にも提起できる。また、被譲渡人は譲受人に反訴請求も提起することができた。逆に、準訴訟の場合、債務者たる被譲渡人は対人的抗弁および合意約束の抗弁（*exceptio pacti*）や反訴請求を主張することができなかった⁵⁵。

⁵² GUARINO, P. 734; ASTUTI, P. 809.

⁵³ ASTUTI, P. 809.

⁵⁴ ASTUTI, P. 809.

⁵⁵ ASTUTI, P. 809.

4. 債務の譲渡（債務の引受）

4. (1) 債務引受の起源

債務の引受に対しては、債権の譲渡と同様なローマ法に内在的な制度的な障害があった。

古典法において、債務の引受は、債務を引き受ける (*expromissio*⁵⁶) といった更改の種類のみで行うことは可能であった。この場合、第三者たる債務を引き受ける者（以下、「債務引受人」）は、債権者に対して債務者たる債務譲渡人に責を負う債務と同様の問答契約 (*stipulatio*) をした。従って、債権者たる（債務の）被譲渡人と債務者たる譲渡人の元の債務関係は消滅し、被譲渡人と譲受人の間で新たな債務関係が成立することとなる⁵⁷。この便法のデメリットは、付随の保証は更改の理由で、元の債務関係と同時に消滅することになってしまうことである⁵⁸。

債務者たる債務譲渡人は第三者たる債務引受人を代訟人 (*cognitor*) または訴訟代理人 (*procurator ad litem*) として任命するとの選択肢も可能であった⁵⁹。但し、以上の方法で債務者が解放されたわけではなかった。債権債務関係を巡る紛争が発生した場合は、債権者は債務者に対して訴権を行使することは可能であった。債権者が債務引受人に対して訴訟を提起した場合、争点決定 (*litis contestatio*) の時点以降は債務引受人のみが拘束されることになるが、債権者について債務譲受人に対して訴訟を提起することを強要する方法もなく、債権者は常に原債務者を訴えることも可能であった⁶⁰。

⁵⁶ この制度は、*delegatio debiti* との名前でも知られていた。MARRONE, p. 731.

⁵⁷ GUARINO, p. 734; MARRONE, p. 731.

⁵⁸ GUARINO, p. 734.

⁵⁹ GUARINO, p. 734.

⁶⁰ ASTUTI, p. 809.

4. (2) 文書契約による債務引受

これまで論じた方法と制度以外にも、別の方法で債務を引き受けることも可能だった。すなわち、文書契約でも債務引受がなされた。

共和期の末以降、家長 (*pater familias*) が家の収入と支出を金銭出納簿 (*codex accepti et expensi*) に記入し、それを管理するとの慣行が普及した。

ガーイウスによると

「文書による債権債務関係は、例えば移転記入によって生じる。ところで、移転記入は物から人へ、人から人へという2つの方法によって生じる。⁶¹ (Gai., 3.128⁶²)」

と記されている。このように、移転記入債務 (*nomina transcripticia*) の方法であり、その種類としては2種類があった。一つは、物より人へ移転記入 (*transcriptio a re in personam*) することであり、または人より人への移転記入 (*transcriptio a persona in personam*) するという制度であった。前者は、債務の権原の更改であったため、債権債務譲渡とは関係ない⁶³。しかし、人から人への移転記入は、債務の譲渡を完遂する方法であった。

ガーイウスの提要に挙げた例は下記の通りである。

⁶¹ ガーイウス、155頁。

⁶² “Litteris obligatio fit ueluti in nominibus transscripticiis. fit autem nomen transscripticium duplici modo, uel a re in personam uel a persona in personam”, GAIUS, p. 101.

⁶³ “<A re in personam trans>scriptio fit, ueluti si id, quod tu ex emptio causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. (Gai. 3,129)”, GAIUS, p. 101. 「〈物から人への移転〉記入は、例えば、あなたが売買または賃約または組合を原因として私に対して負担するものを私があなたへの支出として記入する場合に生じる。Gai. 3,129」ガーイウス、155頁。

「人から人への移転記入は、例えば、ティティウスが私に対して負担するものを私があなたへの支出として記入した場合、すなわちティティウスが私に対する支払人としてあなたを指図した場合に生じる。⁶⁴ (Gai. 3,130⁶⁵)」

つまり、人より人への移転記入をする場合、債務者（たる債務譲渡人）の依頼を受け、第三者たる債務引受人の合意の下で、家長は入金帳簿（*codex accepti*）において債務者が負う額を納金したかのように記入し、支出帳簿（*codex expensi*）に第三者たる債務引受人に以上の額を貸金したかのように記入した。このスキームによって、元の債務者が負う債務は消滅し、第三者たる債務引受人には同じ債務が発生した。厳密にいうと、この便法は更改との同様のスキームに基づいている制度だが、諾成契約である更改と違って、人より人への移転記入は文書契約だった⁶⁶。

文書契約の実務は、証券の一つの出発点である。

5. 証券による債権譲渡

これまで述べてきた方法は、債権の譲渡を通じて債務関係の流通を可能とする便法であった。

しかし、上記方法を使用せず、債権譲渡との同じ効果に達することが可能であった。それは、譲渡を可能とする条項付きである裏書可能な（流通証券・商業証券・為替手形）であった。

古典ギリシアやヘレニズム時代から、文言債権と無因債権の概念は知られていた⁶⁷。

ガーイウスによると、

⁶⁴ ガーイウス、155頁。

⁶⁵ “A persona in personam transcriptio fit, ueluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est si Titius te pro se delegauerit mihi.” GAIUS, p. 101.

⁶⁶ MARRONE, p. 630.

⁶⁷ ASTUTI, p. 810.

「文書による債権債務関係は、自筆証書や共書（syngraphum：同一の証書が2枚作られ、両当事者によって署名された。各当事者が1枚ずつ保管しておく）によって、すなわちある者が自分が債務を負うこと、あるいは自分が与えることを記入する場合に生じると考えられる。⁶⁸（Gai. 3, 134⁶⁹）」

証券に記載された付随条項によって、振出人は債権者およびその相続人にだけでなく、あらゆる被裏書人に債務を履行することを宣言していた。

この条項に関しては、多くの議論がなされた。一説によると、この条項によると証券は無限に流通することが可能であった。他方、他の学説によると、以上の条項が元の債権者たる債権譲渡人の継承者を指していたため、被裏書人は債権の履行を求めようとした場合、元の債権者の受任者たる債権譲受人であること、または債権の淵源である特定名義を立証することを必要とした。

いずれの場合においても、以上の条項付き証券は現代の（流通証券・商業証券・為替手形）祖先としてみなさる。付随条項を参照すると、特に所持人のための条項は、証券の引渡しによってかかる債権も譲渡したということを示唆する。

証券は同時に、物理的な観点からは動産であり、法的な観点からは債権を表彰するものであるということによって、文書と権利を結合させるという効果は定着しはじめた。このような発展によって、債権の譲渡は動産である証券と同じ規範に従うことになった⁷⁰。

⁶⁸ ガーイウス、156頁。

⁶⁹ “Praeterea litterarum obligatio fieri uidetur chirographis et syngraphis, id est, si quis debere se aut daturum se scribat, ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat.” GAIUS, p. 101.

⁷⁰ ASTUTI, p. 810.

6. 結論

大陸法の出発点であるローマ法では、債務関係は神聖な鎖の様に、元の債権者と元の債務者を結びつけた。そのため、古典時代には、債権者と債務者の地位を移転することは、不可能なものであった。

しかし、法律家が構築した法体系は生活や交易の要求から乖離し、要求と法体系が衝突した場合、通常、人々の要求が優越する。経済の発展や社会の新たな要求に対応できない学説は法律家の部屋に止まることが運命付けられている。

債権譲渡は、以上のパターンの典型的な例であるといえることができる。古典的な債権債務関係の通説は、原始的概念に根差して、原始的法意識を反映するものであった。しかし、経済的な発展を理由として、債権譲渡を不可能とする学説は、かえりみられなくなった。

まず、債権譲渡の不可能の理論を最初に攻撃したのは、相続に関わる状況であった。被相続人の様々な法律上の地位、特に被相続人の債権の相続人への移転を否定することは、公平の観念や社会通念に反する。従って、被相続人の債権はその相続人に移転できることは承認された。しかし、債権といった法律上の地位の移転の概念が承認され、それが法体系に導入されると、それに類似する制度を否定する理由の説得力はなくなり始めた。従って、債権の移転といった効果をもたらす制度を導入することに拍車をかけた。

以上示したように、ユスチニアヌス時代においては、債権譲渡の制度は充分進化し、のみならず契約譲渡の法理のためにも機が熟していたかもしれないと、いえよう。しかし、ヨーロッパにおけるゲルマン民族の大移動は、ローマ法と異なる法意識を普及させ、債権譲渡を否定するゲルマン法の固有の考え方が改めて一般となった⁷¹。その上、中世前期において、学問として法学は殆ど忘れ去られ、諸法理の進化、特に債権譲渡の法理に関

⁷¹ ASTUTI, 811.

しては、むしろ後退を引き起こした。言うまでもなく、契約譲渡に関する議論は一切行われなかった。

11世紀のボローニャ大学が引き起こした法教育革命でヨーロッパ法学は新たに生まれ変わった。ローマ法における債務関係の原始的概念から、ユスチニアヌス時代の債権譲渡と債務引受までの進化を考察すれば、両当事者の全体的法律上の地位の移転、すなわち契約譲渡という制度の承認は、上記の進化の次の論理的段階になるのではないかと考えられる。

しかし、ボローニャ時代で、債権譲渡の法理を含めてローマ法大全は再考されたが、以上の触れた歴史的な発展には十分に注意が払われなかったため、委任による譲渡と準訴権による譲渡の共存と対立は理解されていなかった。この不十分の理解は、債権譲渡に対してそれ以上の発展のハードルとなった。普通法 (*ius commune*) の学説は以上の法理を洗練したが、債権譲渡から契約譲渡への革命的な進化は行われなかった。

以上のとおり、債権譲渡および債務引受を可能とした発展は、その後の二つの非常に重要な制度の前駆となった。まず、債権譲渡の法理の承認は、契約譲渡の前提である。前者がなかったら、恐らく学説や立法者は後者の契約譲渡も承認しなかっただろう。また、債権譲渡の可能性は、証券に関する「権利の化体」理論とも密接に結びつけられている。証券の存在に対して、債権譲渡だけでは十分条件ではないが、権利の化体という法理の発展には、債権譲渡の法理が必要条件であることはいうまでもない。

このように、債権譲渡と契約譲渡の根本的な再考や契約譲渡自身の承認は、近代法学の克服の産物であり、20世紀だけで、契約譲渡を含む権利譲渡の一般理論の発展は完成したのであった⁷²。

⁷² このテーマは、これからの研究の対象となる。