

# 論文の内容の要旨

論文題目 イタリアと日本における契約譲渡 — 比較法的検討

氏名 オルトラーニ アンドレア

本論文は、前近代から現代に至るまでのイタリアと日本の法体系における契約譲渡論の発展過程を比較法の観点から考察するものである。

本論文の主な目的は、3つある。第1の目的は、イタリアと日本における契約譲渡の法理の発展と幾つかの実例を分析し、契約譲渡の本性を突き止めることである。第2の目的は、この契約譲渡論に最新の契約法研究の成果を補足することを通じて、契約譲渡法理の動的な側面を把握し、より深い理解を得ることである。第3の目的は、比較法の基礎的理論である法移植論において、契約譲渡の継受を具体的事例としながら、その価値と評価を検討することである。

では、そもそも契約譲渡とは何か。

現代のビジネスや取引実務の慣行では、債権や債務、契約、担保など様々な権利や法的地位が、頻繁に移転されている。そこにおいて、契約譲渡論は世界の学説において広く知られている法理である。

契約譲渡の起源は、債権譲渡である。ダイナミックに繁栄している現代の市場経済を規律する法体系においては、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権利が移転されている。また、物権や債権などの個々の私権のみならず、財産委付 (bonorum cessione) や営業譲渡などを通じて、全体的な法律上の地位自体も流通し、譲渡されている。日本の法学においても、もはやこの事実は否定しえない。

かつて債権譲渡を否認した古典ローマ法は、その一方で実務や商業のニーズに応じるため、建前のレベルでその否認を維持すると同時に、古典期以降、債権譲渡の禁止を乗り越えるような便法を図ってきた。古典ローマ法学説は洗練された契約譲渡の法理を生み出すには至らなかったものの、便法を通じて、ある取引関係を事実上移転させるための解決法が工夫されてきたのである。

なお、古典ローマ法においても、譲渡という現象は全く未知ではなかった。全ての人間にとって死は避けられないため、死亡による法的関係の譲渡（移転）は昔から避けられない二

ーズであった。もし、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、公平性を欠くことになるため、死亡を原因とした債権の譲渡（移転）を可能とする手段が認められた。これら一連の取り組みから相続法が発展してきた。したがって、生前の債権の譲渡は、近代法学者の観点からすれば、法的ないし技術的な側面は相続とかなり類似するものだが、このような類似は認められないことになる。生前の合意による譲渡は、古典ローマ法において死亡に起因する譲渡（移転）とは全く別の法的問題として意識されてきたのである。

債権譲渡の法理が整理されたのは、ボローニア大学革命によって復活した法学研究の成果である。アックルシウスの標準注釈では債権譲渡の制度が分析されており、物権と同様に債権も譲渡されることは認めざるをえないと主張されている。また、バルトルスも同様の主張を行っている。こうして、譲渡の洗練した概念は定着した。これらは、普通法（ユス・コムーネ）の時代には大して発展せず、近代と民法典編纂の時代まで基本的な変更が行われずに残されていた。

Mos italicus（中世におけるイタリア学風の法学）の台頭から数世紀を経て、ドイツ学説は民法典導入の直前に、債務引受の法理を洗練させた。その結果、ドイツ民法典にようやく債務引受の規範が導入されることになった。また、それによって、すぐに次の段階に発展することになる。すなわち、債権譲渡と債務引受に関する考察を基にして、契約譲渡の分解説が初めて主張された。契約関係が債権および債務によって構成されているという認識のもと、債権と債務の移転を結合した場合、一方の当事者の地位を第三者に移転させることが可能であると主張され始めた。このようにして、契約譲渡の分解説は誕生した。

しかし、程なく、契約譲渡論の分解説の欠陥が指摘され始めた。契約関係が主として相互の債権債務によって構成されていることは間違いがないが、両当事者は取消権や解除権などの様々な形成権を有するため、契約関係が債務債権だけで構成されているとは言えない。従って、一方当事者の地位を、包括的に第三者に移転する方法が求められることになった。このニーズに応じるのが契約譲渡の一体説である。一体説の核心は、契約上の地位は単に債権と債務の合成ではなく、債権および債務と形成権などによって構成されている。よって、その譲渡は単に債権譲渡および債務引受が合成された法律行為ではなく、特定の法律行為によって行われるべきである、ということにある。

当時、最先端で、その権威が世界中から高く評価されたドイツ学説において、契約譲渡の一体説が構築されたのは1920年代である。それから、他国の学説に普及していった。他国の学説からの反応は必ずしも好意的であったとは言えないが、少なくとも1950年代には契約譲渡論は世界中に広く知られていた。

このような他国の学説からの継受より、より重要な問題は、学説から成文法への移行である。これは、必ずしも論理的で予測できるパターンに基づいてはいない。

そこで、本論文では、この歴史的過程を分析するとともに、イタリア法および日本法における現代の具体例を検討したうえ、上記の3つの目的に取り組む。

以下、各章の概要である。

第1章では、ローマ法に焦点を当てて、契約譲渡の淵源である債権譲渡の禁止とそれを克服した便法について概観する。

第2章では、1942年のイタリア新民法典（現行民法典）の制定以前のイタリアにおける学説継受と契約譲渡論の進展について、民法典編纂よって契約譲渡の規範が導入されるまでの過程を概観する。

第3章では、現行イタリア民法典における契約譲渡の一般条文（民法典第1406～1410条）を分析する。

第4章以下では、現代の具体的事例を取り上げながら考察を深めていく。まず、イタリアであるが、イタリア法では契約譲渡という取引形態と親和性が高く、契約譲渡は様々な形で使用されている。そこで、第4章では、予備的契約、サッカー選手の移籍、賃貸借契約の譲渡という3つの重要な具体例を取り上げて、その現状を分析する。

一方、日本では、契約譲渡論は学説において早期から分析の対象となっていたが、立法レベルでは、現時点ではまだ承認されていないため、完全に比較の対象となり得る事例は賃貸借契約のみである。そこで、第5章は、日本の学説の進展を概観したのち、賃貸借契約の例を取り上げながら考察を進める。

終章となる第6章では、上述した本論文の目的に沿って、結論を提示する。イタリアと日本の契約譲渡論の誕生、継受及びそのあり方を並行的に分析し、比較することによって得られる知見は3点ある。

第1に、各々の国の契約譲渡論の分析は、契約譲渡という制度の本性および理念型を明らかにした。つまり、契約譲渡の存在意義は一体説に在する。債権譲渡および債務引受を認める法体系において、分解説に基づいた契約譲渡は何もイノベーションをもたらさない。契約譲渡の一体説のみが有意で、新たな制度の根拠となりうることである。このような取引において、各々の当事者の理念型としての目的も明らかにし、契約譲渡の理念型を描くことができる。すなわち、譲渡人は取引から離脱すること、被譲渡人は取引の安定性を維持すること、譲受人は取引の価値を譲受すること、これがそれぞれの当事者の抽象的な目的である。

第2に、契約譲渡の対象は何か、という問題を検討する。法学説は、古典ローマ法の債権債務の人的側面を強調した概念を乗り越えて、債権債務ないし契約上の地位を財産とした構成する概念に至った。何世紀もの間、法学説の対象とした「契約」は、契約書やその他の言語的かつ形式的な要素のみであった。しかし、最近の研究が示すのは、契約当事者の関係は、契約書以外に、様々な要素から構成されているという事実である。すなわち、契約法は“Law in the books”（書物の中の法・書面による法）に基づいているとしても、契約関係は“Law in action”（実際上の法）である。特に、当事者間の関係性や心理的傾向がもつ影響力は無視することができず、契約の交渉段階から履行ないし不履行に至るまで非常に重要な影響を与えているとすることができる。このような点は、現代法学にとって無視できないテーマである。契約譲渡の一体説の採用は画期的な進展であったが、今日契約譲渡を理解するためには一体説だけではなお不十分である。したがって、契約譲渡における解釈の諸問題を分析して、譲

渡される契約の多様な次元を把握できる。また、*intuitu personae* の契約の譲渡可否の根拠を批判的に再検討する。さらに、法学領域に関連する行動科学、認知科学および心理学的知見を援用することで、契約譲渡に際して、当事者の不履行の可能性が増えるという現象は観察されたため、契約譲渡論に対してどの帰結があらうかを検討する。

第3に、本論文の対象である契約譲渡論は、法継受の明快な典型的事例であり、比較法の基礎である法継受論の妥当性を検証するための好機を提供するものである。契約譲渡論は、ドイツ法学説によって提供され、イタリア学説および立法に継受されたことは明らかである。また、日本の学説は契約譲渡論を独自に打ち立てたわけではなく、外国法の文献を参照しながら、日本の法体系に知らしめていった。すなわち、日本においても、外国法の法理の継受があったと言える。この事実を考慮すれば、イタリア及び日本における継受のパターンや形式を比較的に分析することが可能であり、この作業を通じて法継受に関する諸理論を評価しうる点で、契約譲渡論は比較法原論においても意味のあるテーマであると考えられる。イタリアおよび日本の継受に関する検討は、言語、文化、地理などのハードルがあるにもかかわらず、法継受は可能であったことを示す。また、政治色がなく、高度に技術的な法理である契約譲渡のような法律制度の継受が、法文化と必然的な関係がなく、偶然からも生じうることを明らかにする。