

フランス法における指図 (la délégation) の概念

——フレデリック・ユベール (ポワチエ控訴院付弁護士) 『フランス法における指図に関する法律理論の試み』 (一八九九年・ポワチエ大学博士学位論文) 第二部『現行法』を素材として——

柴 崎 暁

La notion de la délégation en droit français-d'après Frédéric HUBERT
《Une essai sur la théorie juridique de la délégation en droit français》
(1899, Thèse Poitier, 2ème partie “Le droit actuel”).

はじめに

指図 (la délégation) とは、フランス民法において認められた法律行為である。ある者 (指図人 : le délégant) が、別の者 (被指図人 : le délégué) に対して、第三者 (指図受取人 : le délégataire) を受益者として債務負担 (engagement) を依頼する (inviter) 取引 (opération) をいう (STARCK, ROLAND et BOYER, Obligations 3. Régime

フランス法における指図 (la délégation) の概念——柴崎

(五九)

général, 4ème éd., 1992, n.81.)。實際上、指図受取人に債務を負っていた指図人が、別の債務者を提供する場合が多い（必ずしも既存債務のあることは要件ではない）。被指図人は、自己の名において、かつ、自己の計算で、新たな債務を負担する。効果として、指図人・指図受取人の関係（対価関係と称する）、指図人・被指図人の関係（資金関係と称する）の二方向に、既存債務の消滅、与信の成立、惠与の実現が行われる。

指図の制度の根拠は民法典一二七五・一二七六条である。

一二七五条「債務者が、債権者に対して義務を負う別の債務者を、債権者に供与することを目的とする指図は、債権者が指図をなした債務者を免責する意思を明示した場合でない限り、更改の効力を生じない。」

art. 1275. “La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s’oblige envers le créancier, n’opère point de novation, si le créancier n’a expressément déclaré qu’il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation.”

一二七六条「債権者が、指図をなした債務者を免責した場合には、被指図人が無資力となった場合であっても、債務者に対して遡求できない。但し、契約書に明らかに遡求権を留保したか、または、被指図人が指図の当時すでに破産を開始されていたか、もしくは、家資分産に陥っていたときはこの限りでない。」

art. 1276. “Le créancier qui a déchargé le débiteur par qui a été faite la délégation, n’a point de recours contre ce débiteur, si le délégué devient insolvable, a moins que l’acte n’en contienne une réserve expresse, ou que le délégué ne fut déjà en faillite ouverte, ou tombé en déconfiture au moment de la délégation.”

民法典一二七五条は、対価関係上の既存債務につき更改が起る要件（明示の更改意思）を定めており、これがある場合を、講学上「完全指図」、ない場合を「不完全指図」と呼んできた。しかし、この語法は「不完全」という言葉が「未完成」を想起させる（未完成指図は *delegatio inchoata* という別概念である）ので適切ではない。したがって近年の文献では、完全指図の代わりに「更改指図 (*la délégation novatoire*)」、「不完全指図の代わりに「単純指図 (*la délégation simple*)」との用語を宛てるものもある（TERRE, SIMLER et LEQUETTE, *Droit civil-Les obligations* (col. *«Précis Dalloz»*), 5ème éd, 1993, n.1341.)。ロー法では、指図人による給付指示が、*jussum* という一種の授權行為によって行われ、その履行として被指図人が *stipulatio* または *traditio* のような厳格な行為によって給付を行った。法源のなかでは、履行されざる給付指示も *delegatio* の語で示されることがあったが、これは現行法では「支払の指示」(*l'indication de paiement*)であって指図とは別概念（c.civ. art.1277）である（詳細は本文参照）。

指図の用途は様々である。債権譲渡、債務引受、更改、その他担保の手段としても利用されてきた。また、為替手形、商業信用状、あるいは責任保険における直接請求権など様々な制度に理論的な基礎を与えてきた。筆者はフランス手形理論の研究の途上この概念と遭遇し、その性質の理解に困難を覚えていた。本稿は、フランス法の指図概念を紹介することを目的とし、現代フランスの指図法理論に大きな影響を残したと考えられるユベール論文を採り上げるものである。これは筆者のフランス手形理論研究の準備作業たりうると同時に、民商法上の類似の制度と比較に資すべき主題として価値のあるものと思ふ。

délégation に「指図」の訳語を宛てることは、その内容の豊富さから言って不満が残る（指図人による一方的な指示とも受け取れるからである）。日本の現行民法の規定における「指図債権」、あるいはドイツ民法典の Anweisung（支払・受領権限を授与する指圖書であり、その書面性は本質的である。フランス語で表記すれば assignation になる）との混同も恐れられる。明治二三年民法財産編四九五条以下の規定では「嘱託」とされていたが、上柳克郎「フランス法における指図について」民商法雑誌二八巻一号一頁をはじめ、日本においては「指図」を用いるのが慣例になっているので、これに従った。この点につき、拙稿「手形の裏書譲渡に関する一考察」早稻田大学大学院法研論集六七号一六〇頁注8参照。旧民法財産編の「嘱託」規定に関しては、野澤正充『契約当事者の地位の移転』の再構成（一）「立教法学三九号一頁、特に一五頁以下に詳しい。

また、délégataire の訳語であるが、現代外国法典叢書・仏蘭西民法〔Ⅲ〕art.1275.によれば「被授權者」（後掲・池田＝松岡も同じ）、注釈民法⑫債権③§五・三一五・一八前注（石田）によれば「指図受領者」（野澤前掲も同じ）、上柳前掲においては「指図受取人」（イタリア法の delegazione を紹介する濱田一男「商業信用状の一考察」（二・完）「法学論叢四八巻三号五二五頁、梶山純「イタリアにおける指図とその理論的展開」（二）「八幡大学論集二四巻一号一四頁も同様に「指図受取人」、広瀬克巨「通過取得論序説（一）」法学新報九一卷八・九・一〇号二〇一頁では、ローマ法源の説明のなかで「指図受取人」を用いる）、伊澤孝平「指図（Anweisung）の本質（一）」法学協会雑誌四八巻一一号一頁においてはローマ法の delegatio については、これを「転付」と訳すことを前提に「受転付者」、現代法における Anweisung について「受取人」（ただしドイツ法の Anweisung は法典上定義づけられた特殊な意味を持つ以上、フランス法の délégataire をただそのように翻訳すればよいというものではない）、としており、いずれを採用するかは即断しかねる。さしあたり、ここではフランス法の指図制度の紹介を行った日本初の論説（と

思われる) ゆえ、右の上柳教授の訳語を尊重して「指図受取人」と称することにした。

ここでフレデリック・ユベール(論文公表当時ボワチエ控訴院付弁護士)の論文を取り上げる理由は次の通りである。この論文は一八九九年、ボワチエ大学の博士学位論文として書かれ、フランス民法学の指図研究史に重要な役割を果たした。ローマ法の指図については、すでに一八七九年にポール・ジッドが、『ローマ法における更改および債権の移転に関する諸研究』(Paul GIDE, *Études sur la novation et le transport des créances en droit romain*, 1879)の第四部『指図論』のなかで詳細な研究を行っていた(これはザルピウスの『ローマ法における更改と指図』(B. von Salpius, *Novation und Delegation nach römischen Recht*) (一八六四年)に並び賞せられる文献である―後者の文献に関しては石田前掲注釈民法四八一頁参照。また、石田喜久夫「更改に関する一考察」神戶法学雑誌一六卷一・二号がこれらの文献の存在を指摘する)。ユベールの論文は、ジッドが同書において展開したローマ法系指図に共通する理論的基礎を継承しつつ、フランス現行法の指図理論の構築を目的とした本格的モノグラフィであるといえる(これ以前にデュプレシスの一八六九年のパリ大学の学位論文 DUPLESSIS, *Étude sur la novation et la délégation en droit romain et en droit français*があるが未見である)。ユベール論文は、現在の学説によって乗り越えられた部分があるとはいえ、「不完全指図」と呼ばれていた指図を、更改の伴う指図との関係でむしろ逆に本則と位置づけたこと(これはジッド、ザルピウスらから受け継いだ視点である)、抗弁制限の原則を説明する際に、指図におけるコースの問題に一応の解答を与えたこと、などの功績がある。また、当時有力に主張された「指図Ⅱ第三者のためにする契約」説を批判し(近年フランスでこの異説が再登場しているという興味深い現象がある)、他方でこれもまた用語上指図と混同されていた―判例においてさえ―、債権譲渡(*la cession*)

sion de créance)との區別を明確にして一六九〇条の適用が無いことを明らかにし、もつて指図を他の制度に還元できない独自の (*sui generis*) 行為類型であるという認識を定着させたのもまた、ユベール論文である。

以下、この論文の第二部『現行法』の部分を紹介する。なお、文中の *numéro* による注記は、とくにことわりなき限り右ユベール論文の参照箇所である。

第一章 指図の法的性質と経済的機能 (n.85-148)

序 指図は更改ではない (n.87-99)

ユベールは、民法典のなかで指図が更改の箇所に規定されている事実から、指図が更改の一種であると理解されてきたことの誤りを指摘し、指図と更改とが別の範疇に属することを明らかにする。条文に明白なように、更改意思の明示されない限り、つねに不完全指図が推定される。ユベールは、不完全指図こそが本則であり、更改を伴う完全指図は、更改という *modalité* を伴う例外とみる。完全指図とは指図と更改の併存する複合行為である。民法典は、実務家が作った実務家のための法典であり、このような組み合わせは偶然の所産である。かつてポティエにおいては、指図は更改と混同され、フランス普通法学の趨勢も指図を債務者の交替する更改と考える傾向にあったが (n.87-88)、民法典の起草者は沈黙をもって伝統と決別した (n.93-95)。ビゴッドウーブレアムヌーおよびジョベールは、指図と更改とを混同すべきではないと戒めている。確かに、一二七五・一二七六条は指図人と指図受取人との間の既存債務を前提にするかのような表現をとっているが、既存債務を前提にする *solvendi causa* (弁済のため) の目的で行われる指図のほか、*credendi causa* (与信のため) の指図、*donandi causa* (惠与のため) の指図も存在しており (n.91)、同様のことは指図人・被指図人の間についてもいえる (n.90)。なぜなら、条文は

指図が更改を伴いうることをいうだけであって、更改そのものであるとは言っていない（さらには、指図人・被指図人の関係、指図成立時に旧債務が消滅するかどうか、ということには全く言及していない）からである。それは民法典が、ローマ法の指図のうち、一部のもののしか再現しなかったこと、したがって、条文で明示された場合以外にも指図は存在しうることを暗示している。民法典の沈黙は、柔軟に実際の取引に対応できるように、裁判官の手を縛ることのないよう「計算された沈黙」だったとユベールは主張する。

第I節 指図の経済的機能—指図の経済的目的はなにか—

ユベールは、ジッドの定義「指図とは、他人の指示に基づき行われる給付すなわち財貨の移転を言う」を引用する。この定義は、およそ給付＝財貨の移転 (*remise de valeur*) の経済的目的は、*solvere* (弁済) (*credere* (与信)、*donare* (惠与) の三範疇のいずれかにあると前提している (n.101)。ローマ法では、この「経済的目的」を *causa* と呼ぶが（それは行為の効果である）、フランスの現行法での *cause* とは「法律的目的」であり（行為の要件である）、ユベールによれば、両者は区別する必要がある（例えば消費貸借において債務者の貸金返還義務負担の経済的目的は—これによって本来返還すべき交付された物の返還を免れるという意味で—弁済原因に他ならない。これに対してフランス法の原因理論における債務の *cause* は先履行された目的物の交付そのものにある）。

指図においては、被指図人から指図受取人に対して行われる財貨移転が、対価関係・資金関係の二重の目的に基礎付けられる（ジッドのいう「出捐の *causa*」と「利得の *causa*」）。被指図人がなす出捐は、右三範疇のいずれかを目的とし、指図受取人がなす受領は、右三範疇のいずれかを目的としている（したがって、指図にはその目的に着目すれば九種類あることになる）。ローマ法の指図の議論がそのままこれに当てはまる（ただしフランス法は義務

設定指図のみを指図と呼ぶこと、かつ、被指図人による引受は無方式でよい点が異なる）。ユベールはジッドの定式に経済的目的の要素を補い、「指図とは、指示を与える者と、給付を行う者のために、この給付が二方向の契約関係を同時に実現すべく行われる、他人の指示に基づいて行われる財貨の移動である」という（n.103）。

第Ⅱ節 指図の法的概念。指図において当事者が三人であるのは単なる modalité の違いではなく、指図の成立要件である（n.105）。指図の効用は、他の制度でも実現できる場合があるが、役割が異なる三当事者の存在が指図の法的範疇を輪郭付けている。

一 被指図人による「直接の、かつ、新しい」債務負担が行われることは、民法典一二七五条の解釈上、指図に必要である（n.107）。しかもこの債務負担は既存の基本関係上の債務の存否から独立している。

ユベールは債務のコースを不適切な概念とみたり、別概念で置き換える主張には否定的である。そして、債務発生原因（cause efficiente）とも、動機（cause impulsive）とも区別される、コースの伝統的概念（双務契約における反対給付・要物契約における物の交付・惠与意思）に依拠する（n.109, 110）。その上で、なお被指図人の債務のコースには債務一般の議論をそのまま当てはめることはできないという（法律行為の有効な成立の要素としての cause ではなく、経済的目的（le but économique）としての cause を考える必要がある）。契約一般においては、契約上の地位と債務者としての地位は不可分であり、コースと義務とは analyse のみによって分離しうる（cause intrinsèque）のに対し、被指図人の債務は、純粹な財貨移転＝抽象的給付であるから、コースと義務とは faits によって分離される（cause extrinsèque）（n.111）。被指図人の engagement は、これを dette の側から見るのと、créance の側から見るのとではそのコースを異にする（n.112）。ユベール理論の最も個性的な特色は、この「二重

コーズ理論」である（指図のコーズについての最近の理論状況は、池田真朗＝松岡久和「シムレール教授『債権譲渡から契約譲渡へ』『新たな人的担保』」法律時報六六卷一二号一〇三頁にも触れられているが、現代通説では、被指図人は指図人との関係のみをコーズとして義務を負うとされている）

二 指図人による意思表示の性質―指図人が指図の成立によりいまだ述べたような経済的効果帰属を受けるのは、それが指図人の意思に基づいているからである。指図人の「指示」を説明するために、ドイツ普通法学は、ローマ法の *jussum*（授權）を継受し、*delegatio*＝*Anweisung*における指図人の意思表示は *jussum* であるとした。ゴドメ（Eugene GAUDEMET, *Etude sur le transport de dette à titre particulier*, 1898.）によれば、二重授權説（Otto Wendt）、被指図人への単一授權説（von Salpius）、指図受取人への単一授權説（Placinski）あるいは *jussum* と委任を混同する見解（Windscheid）があるという。フランス普通法学は、ローマ法の *jussum* の理論をそのまま *mandat* の語を用いて模倣しようとしたが、ユベールによれば、現行法の解釈としては、いずれの理論も採用むづかしい（n.113, 114）。

ローマ法では *mandat* は第三者効のない、受任者に委任事務処理義務を負わせる契約であって、委任の履行として行われる代理行為の効果が委任者に帰属するためには、別段の方式を持った *jussum* の履践を要した（GIDE, *op.cit.*, p. 468-470）。現行法の *mandat* は包括的な行為であって、受任者の義務の発生はいうまでもなく、それ自体で直接に本人への効果帰属が生じる。そこで、現行法において権限授与を構成するための立論は、指図が *mandat* を伴って行われるという考え方をとる。

しかし、指図が *mandat* を伴うならば、そこでは *mandat* によって発生すべき二つの訴権である *actio mandati directa*（委任者側の履行請求訴権）および *actio mandati contraria*（受任者側の費用償還請求訴権）が発生する

はずである。しかし、ユベール説では、対価関係についても、資金関係についても、この訴権は認められず、結局指図には委任は伴わない(n.122)。被指図人は自己の計算で、かつ自己の名において債務負担する。指図は三当事者の無方式の意思表示が備われれば成立する。jussum または mandat を想定すると、指図には代理権授与・債務負担の指示／その履行としての債務負担という二段階が存在することになってしまふ。ローマ法と異なり、諾成主義が支配するフランス法では受け入れがたい説明である(n.126)。

三 指図はそれ自体は一つの行為であるが、二つの契約関係(conventions)を同時に実現(réaliser)するところから、複合性(complexité)を持つ行為であるといえる(Cass. 24 janv. 1872, S. 72. 1. 31.)。仮に、指図人を含む二当事者が、指図の契約書案を作成していた場合には、その二者が pollicitants となり、残るもう一人に offre collective を行うことになるだけであつて(n.127)、別の行為が各段階で行われるのではない(この点で指図は、署名を一つの法律行為のユニットとしている手形行為の概念と整合しない—筆者)。

ユベールは、このような給付過程の節約を実現し、指示を受ける者が独立の債務負担をする制度として類似性(ressemblance)を持つものとして為替手形を掲げる。そして、タレール(Edmond THALLER, Traité élémentaire de droit commercial, 1898)を参照しつつ、為替手形が指図文句(La clause à ordre)を有する点、商事に属する点の相違があるとはいへ、両者には analogie があるとし、「指図」それは民事為替手形の一態様(une manière de la lettre de change civile)である」と結ぶ(n.130)。

このように、ユベールの指図概念は、mandat にも jussum にも還元不可能な固有のものである。そして、基本関係をなす二つの conventions と、被指図人の engagement という複数の要素を内在する複合行為であり、それらを切斷して取り出すことは不要な analyse と考えられている。被指図人の債務負担を抽象行為として考えることも

可能であろうけれども、この行為はそれ自体で完結しているのではなく、基本関係をコースズとしており、指図全体のなかで意味を持ちうる。ある債務負担を、それを包摂する法律行為から切断して分析することは、ローマ法の要式主義のもとでは正しい。しかし、方式から解放された近代的契約原理において、例えば売買契約を、金銭支払約束と、目的物引渡約束の二つに分解して理解することはふつう行われない。同様に指図において、被指図人の *engagement* を指図から切り離して考察しないことには、むしろ必然性があるというわけである。

第Ⅲ節 指図概念の限界 (n.131-148)

契約自由の原則によって、指図にとって本質的な効果を持たないように合意するとき、それは指図とは呼べないであろう (n.131) (この箇所はユベール説を踏襲している BADAREU-TOMSA, *De la délégation imparfaite*, 1914, p.83-107, によって補ったことをお断りしておく)。

一 第三者のためにする契約 (*la stipulation pour autrui*) と指図 (n.132-138; BADAREU-TOMSA, p.97 et s.)。受益者が直接訴権を持つ場合には、両者は類似する (n.132)。しかし、受益者の訴権は彼が同意を与える前に発生している (日本法は反対。民法五三七条二項。ただし、現代のフランス文献によると、受益同意前の権利発生を説明するのに事務管理による受益の確定または単独行為による債務負担の理論をもって説明しているようであり、当然に第三者に権利を付与するものとは考えられていないようである。TERRE, SIMLER et LEQUETTE, *op.cit.*, n. 495, 496, 497.)。指図人と被指図人とが、指図受取人に対して共同申込をしている場合に、指図受取人の同意前に指図人または被指図人が死亡した場合には申込は失効 (*caduque*) する。裁判所は、指図受取人の承諾前の権利を与えようとして、第三者のためにする契約の理論によりこれを補う (*cf.* n.153) 場合もある (n.133)。

指図を第三者のためにする契約の範疇に吸収し、あるいは代替せようとするのは、ランベールである。「法律生活は、一二七五条から退いて、一一二一条に推移してきた」。指図は、第三者のためにする契約の、より包括的な理論に包摂されるであらう。「不完全指図と第三者のためにする契約という二つの語は、同一の取引行為に適用されてゐる」(LAMBERT, *Du contrat en faveur de tiers*, 1893, 1 vol., n.208-214) (n.134)。ネベールは、この新しい学説を批判し、裁判所が、第三者のためにする契約を援用する実益のない場合には、いつも指図理論に回歸している事実を指摘する。それは裁判所の進歩が未熟なためではなくて、両者の行為類型が、その歴史的起源も、制度目的も、それらの構造も異にするがためである (GAUDENET, p.319) (n.135)。

民法典の理論によれば、これは、ローマ法・普通法以来認められてきた契約相対性の原則 (*Alteri stipulari nemo potest*, c.c. art. 1165) に対する例外であり、第三者のためにする契約は、要約者と諾約者との間に締結される約束の付随約款である。したがって、指図のような、二つの合意 (基本関係) が別々に存在せず、合意は一つである。当事者は二人の契約締結者であり、一人の第三受益者が二次的に加わるに過ぎない。受益者の権利のコーズは、諾約者が要約者に対して負担している給付のそれのみである (ユベール理論では、指図のコーズは二つ)。しかも、要約者は諾約者とのあいだの事情を援用して受益者に抗弁することができ、指図には抗弁の制限がある (n.136)。また、第三者のためにする契約では、要約者は自己の給付を諾約者の計算に帰せしめないものと看做される。要約者が受益者に対する義務を履行しても、諾約者は、受益者との関係で負担する債務を、自ら履行したものと看做されない。要約者と諾約者との関係は射伴契約でありうる。これに対して指図とは、給付過程の省略の制度である (n.137)。

二 委任 (le mandat) および支払の指示 (*l'indication de paiement*) と指図 (p.139-141; BADAREU-TOMSA,

p.96 et s.)。民法典一二七七条において認められる制度である「支払の指示」は、ポティエにおいては単なる委任であり、民法典も、またその後の学説(例、トロロン)もこれに従う。しかし、E.ピカールは、支払の指示を *délégation inchoata* (未完成指図) であると考える (Pandecte belge, cité par BADAREU-TOMSA, p.92)。バダルー・トムザによれば、支払の指示は、当事者の意思により、委任である場合もあれば未完成指図である場合もあるという。被指示者が指示者の名において指示者の計算で支払うべき内容の合意があれば委任である。被指示者が自己の名において指示者の計算で支払うべき内容の合意があれば未完成指図であり、これに受領予定者の同意が加わると指図になる。支払の指示が単なる委任である場合、指示者はつねに指示を撤回できる。これに対して、未完成指図の場合には、指図人である指示者は、他方当事者に利益ある限り (n.154) 指図を撤回できない (BADAREU-TOMSA, p.93) から、受領予定者の意思表示があり次第指図の効力が発生するのを妨げることができない。第三者のためにする契約の理論によって指図受取人が承諾前の権利を有する必要がある場合には、効力を否定することもできない (後述、n.160 に関する部分)。最初に作成された文書が支払の指示であっても、それは証拠の端緒であり、別証で補うことができる。

三 債権譲渡 (*la cession de créance*) と指図 (n.142-147; BADAREU-TOMSA, p.83 et s.)。判例においては用語上混同が見られる (Dijon, 9 fev. 1847; Limoges, 30 juil. 1891, etc.)。学説においては「概念として」混同が見られる。代表的な論者はワール (note Stray, 1899. I. 465) である。「第三者に対して自己が有していた債権を、自己の債権者に移転するために、関与するのは旧債務者である。したがって指図は、債権譲渡を包含する」。その結果、ワールは、民法典一六九〇条 (*) 所定的方式がなければ、指図も効力がないというのである。この見解はラロンビエールによって支持される (ラロンビエールは指図受取人を「すなわち譲受人」と呼ぶ)。

* 民法典一六九〇条 譲受人は、債務者に対してなされる移転の送達 (la signification) によってでなければ、第三者に対抗しえない。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対抗しうる。

このほか、指図を譲渡と呼ぶことはないが結論を同一にするトゥリエ、不完全指図の場合にのみ一六九〇条の指図への適用を認めるオーブリー及びローがある。反対にドゥモロンブ、ロラン、ギャルソネらにかかる方式の要求を否定する。完全指図の場合にはそれは債務の消滅の方法であり（ドゥモロンブ）、不完全指図の場合には *ad-promissio*（参加諾約）ただし、旧債務者の指示に基づかない点を考えると適切な語法であるか疑問がある。ちなみにボワソナードの発案にかかる明治二三年民法財産編における *adpromissio* は「随意干渉」 (*intervention spontanée*) の一種である「補約」とされていた）の手段である（ロラン）。

兩制度を決定的に分かつのは①当事者の数（指図は三人、譲渡は二人—債務者による譲渡承諾がある場合も存在するが、その場合に承諾が意思表示に該当したとしても、それは契約のモダリテの違いであって、要件ではない。指図における被指図人の意思表示は対抗要件ではなく成立要件である）、②原債権の存在（指図では特約ある場合を除いて要件ではない）、③譲渡の目的である債権を担保する担保権の移転（指図ではおこらない）、④抗弁の制限（譲渡の場合には承諾を与えても相殺の抗弁しか制限されず (c.c. art. 1295)、しかもそれが法定相殺であることから必要とされる相殺規定に特有の問題から生じる制度であること）、⑤求債権の存在。指図人は指図受取人からの求償に対し義務を負う。債権の売主は譲渡時点での債権の存在を担保すればよい（指図は *garantie* であり、譲渡は *speculation* である—バダルー—トムザ）。⑥既存債権について得た執行名義 (*titre exécutoire*) を利用し、あ

るいは既存債権が商事性を持っているからといってこれを新債務において援用することは許されないのが指図である。譲渡の場合には原債権はそのまま移転するのであるから、逆の結果になる。

少なくとも三名の当事者が行為に参加している場合には、それが指図であるのか譲渡であるのか、用語のうえでは明確でない場合も存在するであろう(実務では、*céder, transporter, déléguer* が区別なく使われることがある)。契約解釈については、文言に拘泥せず、当事者の真意に近いものを採用するのが民法典の原則である。E. ピカールは指図のほうが推定されるべきであるという主張をしている。ユベールは、担保権の移転・抗弁の留保・求償権の負担のいずれかが合意されている三当事者間における場合でも指図と言いうるが、原債権の商事性を維持し、または、原債権について得た債務名義の援用を許す旨の合意がある場合にばそれはもはや指図ではなく、この契約の効果は別段の合意のない限り譲渡として扱われるという(n.147)。

四 代位 (*la subrogation*) と指図 (n.148; BADAREU-TOMSA, p.96 et s.)。弁済者代位は、指図と違って、旧債務者の関与なしに行われる。また、指図は特に更改を明示しない限り、指図受取人が指図人および被指図人の両者への訴権を持つのに対し、代位では弁済者に二つの訴権が帰属することはない。さらに、法定代位の場合には、指図が合意の効果であるのと反対に、法律の規定によって生じる効果となる。

第二章 指図の要件 (n.149-177)

第I節 当事者間で必要な要件

指図は、その複合性にもかかわらず、合意の効力要件 (c.c. art. 1108) については、契約一般と同様である。行為能力 (*capacité*) のある三人の当事者が各々残る二名に向けての意思表示 (*consentement* = 同意) を行い、被指

図人が新しい債務を負担し（objet）、基本関係を満足する（cause）。三当事者の意思表示は「同意の瑕疵」（vices de consentement）に関する一般原則に服するので、詐欺・強迫・錯誤の瑕疵を帯び得る。三当事者の行為無能力も指図の効力を左右する。条件・期限などの様態（modalité）についても一般の契約と変わりがない（n.149）。三者の意思表示は同時に行われる必要はなく（Cass. 8 juillet 1834, S. 34. 1. 504, etc.）、二当事者だけが同意を与えている指図は「指図の草案」（projet de délégation）であり（n.152）、残り一人に対する共同申込（offre collective）が行われる（n.151）。三者の意思表示には方式を必要としなく（Cass. 13 germinal, 24 frimaire l'an X, etc.）（但し、一九八〇年七月一二日に改正された民法典一三二六条では、片務の金銭またはその他代替物の給付約束は、金額を明示した自筆証書による要式化が行われており、これは被指図人の engagement に適用されうる。池田＝松岡前掲一〇三頁参照）。

*指図の草案（projet de délégation）または未完成指図（delegatio inchoata）の本質——指図が未だ二名の意思表示しか備えていない場合に、それは①普通の申込（une offre ordinaire）であるのか、②支払の指示（une indication de paiement）であるのか、③第三者のためにする契約（une stipulation pour autrui）なのであろうか（n.153）。撤回可能性の問題から接近するならば、既に同意した二者のうち一方が、指図の完成について利益を持たぬ場合には、単独で指図の撤回が可能である（n.154）。しかし、この二者の双方が指図の成立に利益を有する場合には、両者の合意によってのみ撤回できる。指図の草案を支払の指示とする理解に立っても、撤回の可能性については右の議論をそのままではめるしかなからう（そのかぎりで支払の指示と解する特段の利益はないことになる）。第三者のためにする契約と解釈すると、すでに契約は成立しているのであって、一方的に当事者が同意を撤回することはできないことはいうまでもない。撤回可能な場合の指図の草案は第三者のためにする契約と解することはできないことになる。指図の草案を第三者のためにする契約と

する学説登場の動機は、指図人と被指図人とがすでに同意している指図に指図受取人が与える承諾は黙示的であり、とする判例の立場を理論付けようとしたことであつた。判例によれば、黙示的承諾の例として、一部受領・受領証の発行・利息の受取・指図人が被指図人に対して指図の条件につき与えた譲歩への賛同 (l'adhésion) などのほかに、執達吏による支払催告・裁判上の請求があるという。催告・請求についてはその矛盾が指摘される。「請求とは、権利を前提にしている。しかし権利の発生が請求を要件としている」という矛盾である。この矛盾を解決するためには、請求する前に、「何らかの権利」が発生している必要がある。それは、第三者のためにする契約によって発生した権利である (GAUDEMET, op.cit., p.282 et 340) (n.156)。ヒベールはこれに反批判を加え、請求をもって黙示的承諾とするなら一部受領などそれ以外の事実による黙示的承諾の必要がなくなること、確かに請求とは自己が権利者たる意欲を前提にしているが、その意欲とは外界に表明されたことがただの一度もないこと、を指摘する (n.157)。ユベールによれば、判例が第三者のためにする契約の觀念を援用したのは、既に同意した指図人の死後指図受取人が承諾を与えた場合の問題である (n.160)。これによつて判例は、*pollicitation* (offre の意) の構成が持つ欠陥 (n.159) を補つたに過ぎず、ランベールのいうように第三者のためにする契約が指図を駆逐したのではない。

第Ⅱ節 第三者への對抗要件——一六九〇条は指図に適用されず (n.163-164)

三者の意思表示の要件が整えば、第三者との関係でも、指図は有効である。私署証書による場合民法典一三二八条は、行為の日付を第三者への對抗に要求しているが、それ以上の方式は要求されていない。被指図人は行為の当事者であつて第三者ではないから通知による公示は始めから問題にならない。

第三節 完全指図に固有の問題（n.165-177）（略）

第三章 指図の効果（n.178-235）

第一節 指図人と被指図人との関係（資金関係）

被指図人が義務を負う給付によって、資金関係上、弁済・与信・恵与が実行される。指図受取人は、給付を指図人から直接受領したものと看做される（n.179）。

一 弁済原因の場合Ⅱ指図の効果は被指図人の免責である（n.180）。

被指図人が免責される時点は、被指図人が有効に（effectivement）指図受取人への義務を履行した時点である（n.181, 182）。フランス普通法学の解釈論（ex. POTHIER）は、*stipulatio debiti*の理論に由来する完全指図を議論の対象にしたので、更改の効力を認めていた。不完全指図を含める現行指図法の通則としては、更改が存在しないことが推定される。ところで、民法典一二七五条が直接対象にしているのは対価関係債務の更改である。しかし更改が推定されないという原理は資金関係についても同様に論じうる（BADAREU-TOMSA, op.cit., p.109）。このことは、指図人が指図受取人から遡求された場合に被指図人への再遡求を可能にするという衡平の見地からのみならず、指図人が遡求に応じない場合に指図受取人が、指図人が保有している資金債権を代位行使できるといふ実益を期待して認められるものである（BADAREU-TOMSA, op.cit., p.110. 指図人の再遡求権の根拠が連帯債務者の求償権または弁済者代位のように既存債務の残存以外の事由であるとすれば、資金債権の代位行使は理論上ありえない—筆者）。なお、旧債務に付随する担保は特段の合意なきかぎり指図受取人に承継されない（n.183）。

既存債務の存在を誤信して被指図人が引受けた場合には、被指図人は指図人に対して *conditio indebiti* 訴権を有する。少数説は、これを *mandat* 訴権と解する。不当利得でゆくと、受領者善意の場合に、返還を求めうる利息は、請求の日以降のもののみになり (c.c. art. 1378)、指図引受が黙示の追認を推定させるとすれば、非償弁済の錯誤の要件は存在しないからである。この場合には与信意思または恵与意思が推定され (次項)、これが債務負担の *cause* となり、与信意思ある場合には (黙示の委任または事務管理によって一筆者) 指図人への訴権が生じると考えられる。さらにまた、新債務負担には抗弁の制限があり、履行を免れ得ないゆえ、指図人をして、指図受取人による被指図人の免責をとりつけるように強いるため、あるいは不可避なる新債務の履行の結果生じる損失を補填すべき措置を強いるため、被指図人には事前求償権も認められると考えられており (n.184; BADAREU-TOMSA, op.cit., p.111)。¹⁾ このことは非償弁済訴権説では説明が付かない。

二 与信原因・恵与原因の存在する場合 (n.185)。指図は、貸付 (正確に言えばこれは消費貸借でなく、債務負担を委任し、委任事務履行費用債務が発生すると見たほうがよいのではないか一筆者)・贈与・交互計算・嫁資設定・和解など既存債務の弁済目的以外の法律関係を資金関係とし得る。与信・恵与の行為が取消されても、被指図人の新債務の効力には影響せず、不当利得訴権が生じるに過ぎない。

三 被指図人不履行時の遡求権について (n.186-187)。被指図人の新債務の不履行は、二つの基本契約の不履行になる。ユベールによれば指図受取人が、被指図人に裁判上請求 (*agit*) せざる場合にも、指図人は、被指図人に対して (指図受取人への履行を命じる判決を求めるか) 債務不履行責任を追及しよう (c.c. art. 1142)。判例は、抵当権付不動産の売却を資金関係・当該被担保債権を対価関係とした指図に、右の原理を適用し、不動産売主Ⅱ指図人に、買主Ⅱ被指図人の不動産委棄 (*délaissement*) への異議権を認めている。

第Ⅱ節 指図人と指図受取人との関係（対価関係）（n.188-202）。資金関係と同様に、指図受取人は、被指図人から給付を受け取るが、それは指図人から受け取ったものと看做され、弁済・与信・惠与の目的が満たされる。

一 弁済原因の存在する場合

指図人は、資金関係の場合と同様、被指図人による有効なる履行があつた時点で免責される（n.189）。指図人と被指図人との債務の連帯は推定されない（c.c. art. 1202）。債務関係（lien）が複数存在するだけでなく、債務の目的物（object）の複数の場合がある（例：一人の指図受取人に対して、指図人は小麦一袋を、被指図人は一定額の金銭を）からである。その結果、時効中断（c.c. art. 1206）・催告（c.c. art. 1207）・利息の発生の絶対的効力は認められない（n.190）。ユベールは、この場合、対価関係における給付義務は、被指図人による金銭支払という代物弁済により満足されると説明する。

古典的学説は、指図人が依然指図受取人の主たる債務者であると理解し、催告の抗弁も提出できず、被指図人の約束に固有の抗弁も主張できない（c.c. art. 2036）とする。学説は、同一の目的物の給付義務を負う二人の債務者への訴権が併存し、権利行使に関しては双方が独立的であり、一方の履行によって両者の義務が同時に消滅するという現象をとらえて、指図人と被指図人とが全部義務の（in solidum）債務者となっているものとの理解をしてきた（ユック、ロラン、コルメ・ド・サンテール、ドウモロンブ）（n.191）。この見解は批判される。指図人が、自己の債権者に新たな債務者を提供することは、自己への請求を必然的なものから蓋然的なものならしめようとする動機をもち（ゴドメ）、指図受取人は支払を受ける可能性を高めてもらう利益を享受するが、指図人は、無償で指図受取人の利益を図ってやるわけではないのである。そこでコヴィエロらは、指図人に検索の抗弁を認めるべきであるという（n.192）。しかし、ユベールが正当とする立場によれば、指図受取人に、催告を証明すべく義務づける

ことはできても、差押まで要求することはできないという。指図と保証は区別されなければならないからである(n.193)。

対価関係が誤想の既存債務であった場合に、指図人には指図受取人への求償権が認められ(n.194)、その内容は、指図人が指図受取人に、被指図人を免責するように請求するか、または、すでに被指図人から行われていた給付について、これを取り戻すかのいずれかである。そして、この求償権は *condictio indebiti* 訴権として説明できるといふ。しかし非償弁済の原理をここに適用するならば資金関係について論じたのと同じ批判が可能である。対価関係が *annuable* なものであるとき、指図に参加した以上、黙示の追認(*confirmation*)によって既存債務は存在し、利得の回復を問題にする必要がなく、他方、対価関係が *inexistante* だった場合には、与信意思または恵与意思が推定され、与信意思ある場合に指図人からの *recours* の行使が可能である。

二 与信または恵与原因による場合(n.195)。右の求償権の議論から分かるとおり、指図人は、指図受取人に対して貸付する意思で、あるいは贈与する意思で指図に参加する場合もある。

三 完全指図固有の問題(略)

第三節 新たな債務負担(被指図人・指図受取人)の関係(n.203-235)。指図の最も重要な効果である被指図人と指図受取人との間の法律関係の発生は、債権譲渡(*cession de créance*)における債務者(*cédé*)と譲受人(*cessionnaire*)の間に発生する関係とは、何の類似性もない。一六九〇条所定的方式を履践した後であっても、債務者(*cédé*)はなお譲渡人の *debiteur* としての *qualité* を失わない。移転されるのは、原債権そのものだからである。これと異なり指図では新たな債務負担が行われる。被指図人と指図受取人とは互いを知らず、この二者間にはコ

ズが存在していない。コースはその外側に求めるべきである（資金関係及び対価関係の双方がコースであり、そのいずれか一方が存在するかぎり被指図人は義務の履行を免れない）二重原因説は、ユベールがジッドから引き継いだ学説であるが、二〇世紀の学説——とくにCAPITANT, De la cause des obligations, 1922, LARROUMET, Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé, 1968, Thèse Bordeaux がよく引用される——は資金関係だけをコースと呼ぶべきであるとしている。なお、被指図人による債務負担のこのような性質は、指図が更改を伴うかどうかの問題とは関係がない。

一 引受の効果は三者の意思表示が備わって初めて生じる（n.204）。かかる直接の債務負担は、三当事者が意思表示を交換することで明示または黙示的に指図に承諾が与えられた時点以降に効力を生じる。それまでは、単なる指図の草案（un simple projet）か、申込（une offre）の意思表示が存在しているだけか、または支払の指示（une indication de paiement）が存在するに過ぎる（Paris, 7 juin 1875, et al., note 204-2）。指図人と被指図人との間で先に草案を作る（s'ébaucher）ことが済んでいた場合には、未だ指図に承諾を与えていない指図受取人予定者の「成立前の固有の権利」を認める目的で、第三者のためにする契約（stipulation pour autrui）が存在しているとの説もある（指図人と指図受取人との間で先に草案を作っていた場合には、第三者のためにする引受 promesse pour autrui の問題となるが——c.c. art.1119＝締約請合契約——「成立前の義務」というような問題は存在しえない）が、ユベールによると、判例は、少なくとも指図受取人が全く不確定の場合には、このような成立前の固有の権利を排除している。

二 抗弁の分類（n.205-220）。ここで抗弁の語はローマ法と同様に、実体的な防御方法の意味で（quant au

fond)用いられる。被指図人は、自己の行為無能力、弁済・更改・相殺による新債務の消滅、指図受取人の詐欺（指図人による詐欺では不十分。c.c. art. 1116）、強迫、錯誤による nullité を援用できる（n.205）。コースおよび目的物の不存在については後述（既存債務の問題は、ロー法では、*stipulatio debiti* の諸原則に則って解決が図られた。現行法では、問題は債務のコース論にかかわる。n.206-207）。

α 対価関係にもとづく抗弁（n.209-210）。資金関係は有効であるとすれば、被指図人は、対価関係に由来する抗弁を援用できない。被指図人は、対価関係上の事情に関与する心配も利益もない。被指図人が指図受取人に提供した給付が、指図人に対して行われたものと看做されるなら、被指図人は、指図人に対して對抗すべき防御方法を持たないことになるからである。しかし、被指図人が、同意の時点で指図受取人に対し、指図人と同一の範囲でのみ義務を負うとの約定をしている場合には、事情が異なる（不單純引受？）。この場合には、一種の債務の單純な移転（un simple transfert de dette）が起こり、新債務が生じるとはいえ、原始債務の銚型にはめられたものになる。このような特殊な場合にのみ、被指図人は新債務の範囲を限定し、旧債務の瑕疵の援用を許される（n.209）。このような不單純指図引受における特約の法的性質については①条件説、②目的物説、がある。ユベールによると、条件とは、将来のかつ不確定な事象をいう。ところが、ここでは、将来の事象が問題になっているわけではない。既存債務の効力に関する被指図人の誤認は、条件の問題とは関係がない。被指図人が既存債務についての抗弁を援用できるのは、被指図人自身の債務負担行為の目的物自体が「既存債務と同一のもの」に限定されているがためである（異種の目的物が負担されるとき旧債務と新債務の効力の連繫をもたせることは可能なのか疑問が残る）。なおまた、このような特約は例外的なものであり、その証明負担は、指図受取人からの追及を免れようとしてこの特約を援用し主張する被指図人の側に課せられる（n.210）。

β 資金関係にもとづく抗弁（n.211-220）。被指図人が旧債務の取消原因を知りつつ指図を引受けた場合には追認あるものと推定され、債務が不存在の場合には、被指図人の与信意思・惠与意思が推定される。被指図人が、既存債務の不存在であることを知らなかった場合にも同様である。この問題は、指図人の無資力の被害を決定的に負担するのは、被指図人か、それとも指図受取人か、という問題でもある（n.211）。指図の契約自体のなかで被指図人の既存債務が指定されている場合には、抗弁対抗が認められるので、被害の負担者は指図受取人となる。この特約は、債権譲渡（la cession de créance）の効果と類似するが同一ではない。この特約は、普通法上の完全な証明を被指図人に要求する、変則約款（la clause dérogatoire）である。そして、ユベール説によれば、この約款は、目的物（objet）の理論で説明される（ムールロンは、そこに条件の法理をみる。Cass, 11 nov. 1890 (S.92. 1. 269), n.212)。普通は、被指図人の既存債務を特定する表示は行われないので被指図人による抗弁対抗は認められない。この学説は、伝統的に、指図に関して採られてきたもので（例：ポチエ）あるだけでなく、ユベールによれば「フランス法の一般原則が、この立場を必然的に強いる」。

被指図人の既存債務に関する錯誤は、ユベールによると、「指図受取人との関係では」コーズの錯誤ではなく、動機の錯誤であり（この箇所は明らかに誤った説明である。LARROUMET, op.cit., n.233. 同論文は二重コーズ説自体を誤りとしているが、ユベール説に反対しない者も、この点ではラルームによる批判を妥当なものとするであらう一筆者）、被指図人の債務が通常有している二つのコーズ（対価関係）と債務のコーズ（資金関係）のうち後者のみが欠如するに過ぎない。民法典一一三一条は、コーズを合意の要件とするが、コーズが二つ必要であるとはいっていない。sum receptiに（自己が受領すべき物を・債務者でない者から）受領する債権者は他人の間の事情に煩わされる必要はない（ポティエ、デルヴァンクール、トゥーリエ、マルカデ、ドゥモロ

ンブ、オーブリおよびロー。その帰結として、ユベールによれば、被指図人が本当に指図人の債務者であったかどうかについて、指図受取人が知っていたかどうかは、詐欺のある場合は別段、問題にならない、といえるのである。この点、無因債務負担の概念を認めるカピタン説が単純了知説をとっているのは興味深い（n.213）。

この立場には一三七七条を援用した批判がある。同条は、ある債務が、自らを債務者と誤信した者によって支払われた場合には、債権者はたとえ自己に対して別の誰かが負担していた同一の目的物を受領した場合であっても、返還請求に対してこれを拒絶することができない旨を定める。即ち、*sum receipt*の法諺（「自己に帰属すべき物を受領した者に対しては、この者が、自己の債務者以外の者よりこれを受領している場合であっても、弁済者は、これを返還請求できない」—D.12. 6. 44. (Plautius)—）は、フランスの近代法では採用されていない（デュラントン、ラロンビエール、ユック、ロラン—これらの論者は、指図受取人が証書を毀滅した場合には一三七七条二項の例外が適用されるとしている）のである。これは、民法典が *dette* の側からみても、*obligation* の側からみても、コースを要求していることを履行の場面で言い換えたものである。ユベールによれば、一三七七条の適用される場面では、債権者に、相手方を債務者であるかどうか確認する義務があることが前提になっている。指図受取人の地位は、これとは全く異なったものである。かかる返還義務の原理が指図に適用できないことはすでにポティエ (*Traité des obligations*, n.602) において認められている解決である（n.214）。

この他、指図と譲渡とを混同する立場から、被指図人の債務負担の要件に債務の理由の実在性を掲げ、その欠缺を指図受取人に対抗できるとする異説がある。ユベールは、法は被指図人の既存債務を指図の要件にしておらず、当事者が特約によりこのような限定を設けないかぎり抗弁の対抗は認められず、かかる特約は存在しない推定を受ける、と反論する（n.215）。仮にこの異説によると、指図受取人は常に被指図人の既存債務について調査する義務

を負う。被指図人が過失ある錯誤によって指図引受の意思表示をした場合には損害賠償責任（c.c. art. 1382）を負うとはいへ、証明の困難性等を考慮すれば、指図受取人はあえて危険を冒すよりも、指図人から直接給付を取り立てるであろう。それは、指図によって節約することが期待されていた迂遠な給付過程ではなかったか（n.216）。この異説の誤りは明白としても、オーブリー及びローでさえ、将来予定されたコースの不成就、始めは存在したが途中で消滅したコース、不適法・不道德なコースの場合には、この説を—ユベールによれば誤って—採用しているという。

更に別の立場はコースたる既存債務を生じる合意が不存在の場合には対抗を認め、取り消しうべき場合には対抗を認めないというものである（GAUDEMET, p.246 et s. cf. cep. p.278）。確かに、まだ取消されていなければ債務は「存在」している。しかし、後に取消されれば、取消に遡及効が認められているから、結局（資金関係の当事者間では）コースが欠けるといわねばならない（n.216 note）。指図への同意による追認または与信意思の推定で説明する他にないであろう。破毀院はユベール説を明白に採用している——一八七二年一月二十四日の判決等（D.73. 1. 75. 及び他）Bordeaux, 2 avril 1835, D.35. 2. 113. Cass.31 mars 1852, D.52. 1. 161...etc.）。

「債権者〔指図受取人〕は、善意かつ自己の債務者〔指図人〕の同意を得て、彼〔指図人〕を免責し、彼の代わりに、義務負担の能力ある、無条件に自己〔指図受取人〕に債務を約する別の者を承諾しており、このように第一の債務者に交代すべき新たな債務者に対して、訴権を有することになる。この訴権は、新旧債務者のあいだに存在していたであろう法律関係の性質の如何を問わず認められる」（n.217）。

最後に、対価関係も資金関係ともに無効の場合。抗弁の対抗が認められる。それは、この場合の指図においては、コースは一つも存在しないからである。対価関係の欠如の場合であっても、資金関係がある以上は、*id quod debetur*（債務関係の対象）への義務負担があるといえるし、資金関係の欠如の場合であっても、対価関係がある以上は、*sum receptum* 給付の受領が存在するからである。ただし、資金関係無効・対価関係が贈与の場合に、コースが欠けることはないにもかかわらず（*sa cause = animus donandi*）、ユベールはボティエ（*Obligations*, n.602.）とともに、「衡平の見地から、「無償で利得を受ける者よりむしろ損失を被る者を救うべきである」とする。コース論からいえば疑問ある結論である。

三 担保権（n.221-229）（略）

四 権利の抵触（n.230-235）。

α 指図受取人の権利と、指図人の債権者との紛争

指図人の破産の場合に、指図人の債権者は民法典一一六六条に基づき、資金債権を代位して行使することができ。これを認めると、被指図人が指図受取人および代位権者の両者に二重に弁済することになってしまふ。被指図人が指図人と指図受取人との両者に同時に負担する債務は、指図受取人への弁済が行われることによって同時に消滅するものであり、差押さえても被指図人の指図受取人への履行を差止めない限り保全は効を奏しないものというべきであるが、抗弁制限の効果が認められる以上かかる履行の差止めは不可能であろう。ユベールも結論でこれに一致するが、その理由付けとして、指図人が被指図人に対して行った資金の提供は、資金債権という形態で指図人の手元に残存するものではなく、指図人の責任財産からは逸出したものである。この説明は前記（n.181-182）の、更改が推定されないので被指図人の免責はなく、かつ指図受取人の権利は指図人の権利を承継し

たものではないとの理解に矛盾する。ユベールは為替手形の場合には資金債権が所持人に黙示的に譲渡される一正確に言うとは法律上当然に移転する一ことを注記している（n.231）。この部分を資金債権の移転を指図の場合にも認める趣旨と読むバダルー＝トムザは、ユベールを批判し反対説を唱えている（BADAREU-TOMSA, op.cit., p.145-158. に詳細な検討がある）。

β 指図受取人の権利と、別の指図受取人との紛争

指図の性質から言って、同一の資金債務を消滅させるために、同一の被指図人が同一の指図人から依頼された複数の指図を、別々の指図受取人に対して引き受けても、それぞれは有効な債務負担であり、被指図人は各々の指図受取人に支払わねばならないから、権利の抵触は存在しない（BADAREU-TOMSA, op. cit. p.167.）。

結論（n.236-255）

最後に、ユベールは指図の機能に言及する。指図の適用例は無限に存在しているので、その機能を全て列挙することは不可能である。その一方で、現行法のもとでは、指図が実現してきた効用（抵当権の被担保債権者に対して代金を支払う旨承諾した第三占有者の地位、賃借権の譲渡、ポルトフィユの譲渡、会社持分権の譲渡、引換指図証による先物売買、帰属差押における特別配当）が、他の制度（委任および支払の指示、債権譲渡、第三者のためにする契約など）によっても実現可能であることも、またその効果が微妙に異なることも指摘される（n.236）。

ここでユベールは、財産権の移転（transmission）一般に関する類型をたてる。

「先験的に、所有権なり債権なりの何らかの財貨が、他人の財産中に移動する場合には、この権利移転（transmission）は、多様な方法で実行できると理解される。①まず、新たな権利者が移転の目的物の上に取得する権利

が、もともと移転の前主に属していた権利から完全に独立していることがありうる。移転の前主は不確実で疑わしい権利、不完全かつ抗弁権により抑止された権利しか有していない。この場合でも、新たな権利者は、確実かつ攻撃不可能なる権利を取得し、第一の権利者に対しては援用され得たであろう権利喪失原因のすべてから保護される。この場合に、権利移転の対象になる物とは、権利それ自体ではなく、専ら、その権利の目的物をなす物なのである。この物の価値は、*transfer* がこの物の占有を、先んじて占有が帯び得た全ての瑕疵または不適法 (*irrégularités*) から解放するので、一層現実化する。②しかし、反対に、*transfer* の範囲を特定し、旧権利者の権利または当該権利の発生原因に準拠する場合も想定できる。ここでも、真の意味で元来の権利が譲渡されるのではない。しかし、前の権利がこの取引行為 (*opération*) から発生する新しい権利にとっての基準となる。新しい権利 [「の厳格性」] の「緩和」は、古い権利に基づいて行われ、新しい権利は、古い権利に全面的に従属する。新しい権利は同一の権利喪失原因に服し、同一の抗弁権によって抑止される (*GIDE, p.432*)。③最後に、第三の手法。古い法律関係に従属した新しい法律関係ではなく、一歩進んで、「古い権利に」固有の性質と特有の性格とを伴い、単に権利者を変えるのみで、古い権利そのものが他人の財産権に帰属するに至ったという場合を想定できる。この最後の種類の譲渡は、明らかに、権利の目的物、すなわち、権利の内容に、何らの変更も加えることはなく、ただ、権利の主体がもはや同一ではないというだけである」 (*n.236*)。「筆者は、前二種の行為に *transfer* という総称を与えることにしたい。これらの行為を示すために、第一の場合には単純 *transfer* または財貨の *transfer*、他方、第二の場合には特定かつ具体的権利の *transfer* が存在するだけいえば済むかもしれない。反対に、最後の行為は、講学上、承継 (*succession*) という特殊な名称を持つ。…財産全体または個別に特定された目的物が対象である場合で、単に《法律関係そのものに影響しない消極的または積極的な主体の変更》 (*GAUDEMET, p.14*) が生じる時に、法

律關係における承継が存在する。《したがって、承継とは、純粹に法律關係の主体の変更である》(Savigny)。／ここで見られるのは、*succession*の觀念と*transfer*の觀念との根本的対立である。言い換えると、*succession*は、別人に代置される旧権利者をして、客觀的には持続されている法律關係から脱出せしめることを効果とする。これに対し、*transfer*とは、必然的に、古い法律關係を消滅させ、場合に應じて多かれ少なかれ古い法律關係に依存することもある新しい法律關係を創設することである」(n.239)。「兩者の觀念はただに理論上のものというだけではない。法律自体がその例を我々に提供している。…不動産の移転〔とは〕反対に、動産の移転(*transmission*)は、民法典二二七九条により、少なくとも善意の取得者にとっては、第一の種類の*transfer*に接近する(GIDE, p.433)」(n.240)。

さて、指図が実現できるのは右三種の*transmission*のうちいずれであるのか。*succession*はありえないことは指図の定義（新債務の設定）から明白である。あるとすれば、債權の*transfer*、債務の*transfer*、そして*transfer*がまったく生じない場合を考えうる(n.246)。*transfer*が必ず起る場合とは、特約によって被指図人が資金關係または対価關係上の既存債務を特定して、新債務の効力に連繋を与えている場合に限られる。資金關係を特定すると債權の移転になり、対価關係を特定すると債務の移転になるが、いずれにせよ承継の觀念とは相容れない(n.247-248)。ところが外国に目を転じると、プロシアのラントレヒト、ドイツ民法などの立法例は承継的債務の移転を認めているし、オーストリア民法の一四〇〇条は、フランスと酷似した指図(*assignation parfaite*)の規定にも関わらず、承継的債務の移転を認めるのである。ユベールも、債務の承継という觀念自体を否定するわけではないが、それは指図とは相容れない觀念であると主張する。この点でユベールはウンガー(Unger, Schuldübernahme,

p.5 et 8, cité par HUBERT dans n.249. note) という賛同者を持つ。債務の承継は、①合意成立時に旧債務者が免責され、②新債務は旧債務の性質をそのまま維持し、③二人の債務者間の合意によって成立するものであり、ここごとく指図の本質と対立する(n.249)。

指図の過去現在未来

このように、指図の用途は多様であるが、古典古代のローマ法では、債権譲渡の代用としてよく用いられた。ビザンチン帝国でのユスティニアヌス改革のため、債権の譲渡の諾成主義が認められてから指図は斥けられていったという。しかし、利用が稀になることと制度が消滅することとは別である(n.250)。近年まで、債務の移転方法としては指図が実用的とされていたのである。しかるに、今度は第三者のためにする契約が登場して債務移転に利用され、指図はまたも活躍の場を失う(n.251)。それでも指図は消滅しない。今度は、信用制度が指図の登場を要請するのである。友誼的関係の契約ではなく、投機と利益追及に突き動かされて行う契約においては、弁済の確実性Ⅱ抗弁の制限は不可欠である。指図は消滅するどころか発展を遂げる(n.252)。このような指図の効用はローマ人が既に知っていたものである。鑄造貨幣の稀少なローマでは、給付過程の節約をいやがおうにも強いられる。高利貸は文書契約の方式で債務者に指図を引き受けさせていた(徴税請負人(publicani)が属領民から取立てた税金を高利貸(argentarii)を通じて属領王に貸付ける際に利用されたのであろう―筆者)。こうして資金移動の過程が節約できたといわれている(n.253)。

現代では、「指図の帰結である」指図文句(la clause à ordre)と信用証券(des titres de crédit)の発生により、指図の役割は狭められたが、ユベールは、この現象を指してジッド(p.437)が、指図の最後の利用も完全に消滅し

たとするのは誤りであるという。「信用証券の中で最も主要な為替手形も、指図から派生し、指図の構造および指図の主要な性格を保存している。しかし、為替手形はある意味で特殊な規則に服するものであるから、『指図』の語法を普通の意味に保つ限り、結局指図という言葉が示す制度は商法においては完全に消滅してしまったことを認めざるを得ない」（p.254）（こゝで筆者は、名称の問題はいかなる法律効果をその呼び名から引き出すかの問題であることを想起する）。

ユベールは、指図が他の契約類型にいかにも浸食されようとも、消滅するのは遠い未来であると考えている。指図はむしろ、「そこから新たな制度の大群が発生する幹である」という。そればかりか、狭い制度目的のみに対応するように作られた技術は、あまりに細分化されすぎていて応用がきかないことを指摘し、そのために原始的制度が忘れ去られずに一定の有用性を保ちつづけている事実を強調して（p.255）論文を閉じるのであった。

おわりに

以上で紹介を終わる。部分的に省略した箇所もあるが、指図概念の梗概は把握できたことと思う。論旨は、カピタン等の「割り切りのよい」二〇世紀学説のそれと比較すると、フランス法の古典的学説、民法典の規定、破毀院判例のそれぞれに際どいバランスを取りながら「抗弁対抗不能」の結論を正当化しようとしていることが見て取れる。

さて、指図の研究は今日の我々にとっていかなる意義を有するものであろうか。

第一に、手形法理への示唆である。手形法における人的抗弁の対抗不対抗について、どのような原理にもとづいてそれを捉えるかは、単に理論に付ける名前の問題ではなく、きわめて実際的な意義を有する。とくにユベールが

強調する「二重原因論」は、「二重無権の抗弁」の議論そのものであるし、悪意の抗弁はなぜ抗弁事実の單純な了知ではなく「害意」を要件とするのか、また、属人性説といわれる学説の妥当性、後者間の事情の援用、という問題に解決の鍵を与えるであろう。さらに、指図の理論が、為替手形の法律關係に適用できるか（振出人⇨指図人、引受人⇨被指図人、受取人⇨指図受取人と置き換える）、或いは手形裏書に適用できるか（裏書人⇨指図人、過去の全ての手形債務者⇨被指図人、被裏書人⇨指図受取人と置き換える）、という問題は、エドモン・タレールの学説において取り上げられている。この学説は一八九八年を初版とする彼の概説書（*Traité élémentaire de droit commercial*）および、一九〇六—〇七年の論文『信用証券の法的性質』（*De la Nature juridique du titre de crédit*）（商法經濟法年報 *Annales de droit commercial et industriel français, étrangère et international* に連載）において「指図＋保証理論」というかたちで主張された。この、タレール説の簡単な紹介として、拙稿「手形の裏書譲渡に関する一考察」早稲田大学大学院法研論集六七号一三九頁以下、特に一四七頁以下を参照されたい。なお、筆者としては、要式性を前提とする強行法の体系である手形の説明に、直ちに指図理論を当てはめることの無謀さを指摘しておきたいが、同時に、フランスの学説が、タレール説を失敗作と評価していることについても、論点によっては疑わしい所があり、タレール批判の学説も無条件で受け入れることはできない。

また、いずれの論者についても、指図（*délégation*）と指図文句（*clause à ordre*）との関連については明快な定説もないまま、指図そのものがあまり議論されなくなったように思われるが、この論点は重要であると考えられよう（タレールは指図文句に指図の引受の意思を見る一拙稿・前掲「裏書譲渡」一五四・一五五頁参照）。この見解が定説にならなかったことの理由の学説的分析が必要である。この点、豊岳信昭「フランスにおける抗弁制限原則の歴史的展開—ジュネーヴ条約の採択に至るまで—」明治大学短期大学紀要五五号六〇頁以下は、正確なタレー

ル説批判の紹介であり、参照を要する）。

第二に、法制史上の関心。明治二三年日本民法典財産編において、指図は「嘱託」の名において規定されていたことがある。明治三二年の新民法でこの制度が削除されたのはなによえなのであろうか。経緯の詳細は筆者の知るところではないが、当時の世界各国の民事立法の趨勢でもあろうか、証券的債権の規定が充実したことがあろう。さらに、指名債権譲渡の異議を留めない承諾に、指図と同じような抗弁制限の効果を付与し（ただし譲渡契約不存在・無効・取消の場合にまで譲受人が保護されるわけでない）、併存する複数の債務者の、対外的義務の範囲、内部的求償権の問題などは連帯債務・保証債務の規定に委ねるなどして、指図の機能を補う手段を提供したことも考慮するべきであらう。

第三に、一のほか民商法分野の類似の制度の理解に役立てうる。右のように指図の機能を現在「分担」している制度にいくら指図の原理を応用するといっても、現行の法文があれば「応用」は必ずしも必要ではなからう。しかし、民商法に現在規定を欠如する制度の理解の指針としてはかなり有効である（例、債務引受、契約引受。野澤・前掲論文はこの点で旧民法の「嘱託」に注目したものである）。現行民法における、法文からはその理論的基礎が何であるのか一義的に決定できない問題についても同じことが言える。例えば、指名債権譲渡への異議を留めない承諾の効果についてもそうであらう。若干敷衍したい。

この問題については、既に池田真朗教授の手による優れた研究である『債権譲渡の研究』（一九九三）がある。ここでは、従来の公信力的構成に対する批判の根拠として、無留保承諾を与えた者の「意思的要素」が重視され、同制度がただに外観信頼保護の精神にのみ依拠する制度ではないことが強調されている（池田・同書三七五頁）。

池田教授は、無留保承諾の効果によって債務者が一方的に不利益を負担するのではなく、譲渡人にも民事的サンクションが及ぶとの見地から但書の重要性に注意を喚起する。

ところで、民法四六八条の「異議を留めない承諾」は、四六七条に言う「承諾」とは効果の面において、強力な抗弁制限の効力を伴う点で区別されるべきであり、なかんずく、その但書から窺い知れるように、ひとたび弁済、更改によって消滅した債権が「復活」するかのような様相を呈する。母法といわれるフランス民法典一二九五条が相殺のみを適用範囲とすること、かつこの抗弁制限は法定相殺（池田・同書三一五頁）というフランス法固有の事情に由来する疑いのあること、に比べると、極めて特殊なものと考えてよからう。フランス法の原則に照らせば、このような抗弁制限の効果は、指図にこそ認められるものであって、債権譲渡には認められない（フランスでも論争になっている問題ではあるが、いちおう相対的に多数の見解によれば―池田・同書三九六頁、註（三））。したがって、本条の効果を理解する上で、参照すべきなのは、むしろ指図の構造であろう。

四六八条二項但書における、「払渡シタル物」の取戻請求権、または、成立した更改後の新債務の不成立擬制は、無留保承諾がいかに「観念通知」とはいえ、新たに債務を負担する効果を法律によって付与された方式であって、かかる方式の履践をしたからにはこの効果が発生するという帰結については、承諾発信者が理性人たる以上認識しているものとして扱ってよい、ということを裏から規定したもののではないか。このとき、債務者は何を目的として無留保承諾という行動を行うのであろうか（*cur debetur?*）。それは *solvendi causa*（成立した更改後の新債務の不成立擬制）、*credendi causa*（「払渡シタル物」の取戻）、*donandi causa*（いずれも行使しない場合）のいずれかである。したがって、あたかも指図における被指図人が、弁済・与信・惠与の原因をもって見返りとし、新債務を負担するのと同様の利益状況のバランスが予定されているのである。

このように解すると、譲受人の「善意」要件の問題に直ちに影響してくる。譲受人は譲渡の目的である債権が消滅したことを知っているとだけでは履行を拒絶される理由のないものと言える。なぜなら、そのあとで払渡目的物の返還が予定されていることもありうるからである（むしろ無留保承諾をした以上かかる与信意思は推定される）。譲受人が偶然に原債権の消滅を知っていたことは抗弁事由にならない。法文には譲受人保護の要件に善意無過失を要求していない。これを敷衍すれば（最判昭和四二年一〇月二七日など後代の法律解釈をとりあえず捨象すると）譲渡人との詐欺的通謀をもって不正の利得を引き出そうとするときのみ、悪意の抗弁は認められると想像できよう（例えば、譲渡人が債務者に払渡目的物の返還をする旨確約したので、債務者は安心して無留保承諾を行ったが、譲渡人は言を左右にしてこれを返還しないばかりか所在不明となった、という事例を想定できよう。このような場合、譲渡の対価が異常に低額であることが多く、譲渡人・譲受人の双方には利益が生じる。債務者のみが不利益を受ける）。このような異説を申し立てることは、債権譲渡に異議なく承諾がなされる場合を delegation そのものであると主張することに直ちに繋がるものではない。譲渡承諾の要式性、譲渡における債権の同一性等の点では相変わらず譲渡は譲渡なのである。しかし、譲渡承諾が何の留保もなく行われるとき、その表意者は何も知らずに騙されて表意するものではなく、何らかの目的をもって行為しているのである。この解釈は右に述べてきた delegation の構造に示唆を受けたものである。

（付記）この資料紹介は、去る一九九四年一〇月二二日慶応義塾大学にて開かれた民商法研究会において行われた。参加者の討論により貴重な示唆を受けたことをここに記しておきたい。