

契約上の地位の譲渡と担保機能

吉 田 光 碩

1. は じ め に

民法（債権法）改正検討委員会による「債権法改正の基本方針」（以下単に「基本方針」という）は、契約上の地位の移転に関する定義規定を設ける（3.1.4.14）とともに、契約上の地位の移転に伴う担保の移転について規定を設ける提案をしているが（3.1.4.15）、契約上の地位の移転に固有の対抗要件制度は設けないこととし、契約上の地位の移転に伴う債権の移転に関する債権譲渡の対抗要件に関する規定の適用についても規定を設けないものとしている（3.1.4.A）。

対抗要件の規定をおかない理由としては、「契約法ないし債権法の総則レベルにおいて、一律に、たとえば現民法467条2項（中略）のような対抗要件を設けることは、移転の対象となる契約の多様性を考慮すると、無理がある。たとえば、不動産賃貸人の地位の移転の場合において、常に確定日付ある通知又は承諾がなければ、当該移転を第三者に対抗することができないとすべきかどうかは疑問である」ことがあげられる。

もっとも、債権総則としての対抗要件規定は設けないというだけで、種類・態様に応じた対抗要件規定をまったく置かないということではないともいえそうだが、そのような規定を設けることも検討されていないようである。

この点法制審議会においても、「中間的な論点整理」では契約上の地

位の移転について規定を設ける方針が示されている（56頁 第16 1）が、対抗要件制度については、創設するかどうかについて「更に検討してはどうか」としている（57頁 第16 4）。そしてその後の「論点の検討（10）」（部会資料38）では、規定を設けることについて「設けるものとしてはどうか」と積極提案がなされているが（16頁）、対抗要件については「設けないものとしてはどうか」と、消極的な提案が示されている（25頁⁽¹⁾）。理由として、①契約当事者間の人的結びつきが強いために、対抗要件で処理することになじまないものが多いと指摘されていること、②契約上の地位の移転一般に対抗要件制度を設けても、個別の債権譲渡の譲受人と契約上の地位の譲受人の関係に関する考え方如何によっては対抗要件具備の先後によっては決せられないこと、③契約上の地位の移転に関しては、賃貸借上の地位の移転、ゴルフ会員権の譲渡、事業譲渡に伴う契約上の地位の移転など、さまざまな類型があり、一般規定としての対抗要件として有意なものを創設できるかという問題があることなどがあげられている（26頁）。

対抗要件の規定を設けないことについて、松尾関係官は「個別の契約類型について契約上の地位の移転の対抗要件を観念することを妨げるのではなく、契約上の地位の移転が競合することが想定され、対抗関係で処理することが適切な契約類型があれば、別途対抗要件の在り方を検討すべきであるという考え方を前提とするものです」と説明しただけで、とくに反対する意見はなかったようである（第46回会議事録41頁）。

しかし、数は少ないかもしれないが、契約上の地位を包括的に譲渡担保に取ることは、将来的には需要が増すかもしれない。にもかかわらず、契約上の地位の移転に関する一般的な規定を置くだけで、その対抗要件について規定を置かなければ、担保としては、ほとんど意味のないものとなる（担保の発展を妨げることになる）ことはないのかという疑問が湧く。

松尾関係官の説明では対抗関係で処理することが適切な契約類型があ

れば別途検討することはやぶさかではないようである。そこで、そのような契約類型があり、その類型では対抗要件の規定の必要性があること及び、そのための対抗要件規定のあり方について以下に提言を試みたい。

2. 対抗要件を規定すべき契約類型

契約上の地位の移転につき本格的な検討を加えたのは、おそらく椿寿夫教授が最初であろう。教授は「『契約引受』ないし『契約上の地位の譲渡』という言葉は、包括的かつ抽象的であり、したがってまた多義的でもある」として、「民法上この概念が問題となりうる主な場合を列举するにとどめ、債務引受論では重要な指針として——特に債権者の承認問題における指標として（中略）ほとんどの学説が援用する『営業譲渡』は、一般営業債務のみならず労働関係の移転という面からも無視できない問題性をもつが、全面的に除外しておきたい」との留保をつけ、「売買契約上の地位」、「賃貸借契約上の地位」、「担保物権関係」を取り上げて概説する。しかしやはり対抗要件の問題は取り上げられていない⁽²⁾。

その後椿教授は「売買契約上の買主の地位の移転」と「不動産賃貸人が対象不動産を第三者に売却した場合と貸主の地位の移転」とについて比較的詳細な解説をするが⁽³⁾、そこでも対抗要件の問題はとくに論じられていない。

その後、野澤正充教授が⁽⁴⁾、フランスにおける契約譲渡の詳細な分析を踏まえて、問題を賃貸借契約における対象物の譲渡における契約上の地位の移転と、合意に基づく契約当事者の地位の移転の二つの類型に分けて議論を展開するが、やはりその段階では対抗要件の問題には触れていない。

契約譲渡に関して対抗要件の立法論を最初に展開したのは、池田真朗教授である。教授は野澤教授の研究を受ける形で、「ごく最近になって、ライセンス契約（フランチャイズ契約の意味か〔筆者注〕）の加盟者の地位の譲渡や、ゴルフクラブの会員権の譲渡のように、物権移転に関係

しない、その意味でより純粋な契約当事者の地位の移転の問題がクローズアップされるようになってきた。そこでは、単純に契約の存続を法がどう認めるかというだけではなく、契約の存続を合意した当事者の地位を他者からの侵襲から法がどう守るかということが問題とされ、そこで対抗要件（第三者対抗要件）の問題がより鮮明に浮かび上がってくるのである」と論じたうえで、対抗要件の立法論を提示している。⁽⁵⁾

提示される第三者対抗要件は以下のとおりである。⁽⁶⁾

- ① 契約譲渡の譲渡人・譲受人は、他方当事者の確定日付ある証書による契約譲渡の承諾によって、第三者に対抗することができる。
- ② 契約譲渡の譲渡人・譲受人は、当事者間での譲渡契約の有効な成立を別途証明することを条件に、他方当事者に対する確定日付ある証書による契約譲渡の通知または当該譲渡契約に基づく債権譲渡の民法467条2項に定める確定日付ある証書による通知もしくは同じく他方当事者の確定日付ある証書による債権譲渡の承諾によっても、第三者に対抗することができる。
- ③ 第1項の第三者対抗要件は、譲渡人もしくは譲受人が契約譲渡により譲受人を新当事者として公的機関にした登記・登録、または他方当事者が譲受人を新当事者と認めて公的機関にした登記・登録によって代替することができる。ただし、前者の場合は譲渡契約の有効な成立を別途証明しなければならない。
- ④ （賃貸人の地位の移転のように、物権移転に伴う契約当事者の地位の移転）の場合は、当該物権の移転の第三者対抗要件をもって、契約譲渡の第三者対抗要件とする。

というものである。

その後、民法（債権法）改正検討委員会の審議が進行する過程で、野澤教授も独自の対抗要件（債務者対抗要件を含む）に関する立法提案を行った。⁽⁷⁾ その内容は、以下のとおりである。

- (1) 契約譲渡に関して

契約上の地位の譲渡と担保機能

- ① 契約の当事者の一方（「譲渡人」）は、相手方当事者（「相手方」）との間の当該契約における当事者の地位を、第三者（「譲受人」）との契約又は法律の規定により、第三者に移転することができる。
 - ② 契約の譲渡は、相手方の承諾がなければ効力を有しない。ただし、契約の性質又は法律の規定により、相手方の承諾を要しないときは、この限りでない。
 - (2) 対抗要件に関して
 - ① 相手方が事前に承諾していた場合には、契約の譲渡は、譲渡人がその旨の通知を相手方に対してした時又は相手方がこれを了知した旨の表示をした時に効力を生じる。
 - ② 相手方の承諾が譲渡契約の後になされた場合には、契約の譲渡はその承諾の時に効力を生じる。
 - ③ 第1項の通知又は了知をした旨の表示及び前項の承諾が確定日付のある証書によってなされた場合には、契約の譲渡を相手方以外の第三者に対抗することができる。⁽⁸⁾
- というものである。

3. 契約上の地位の移転に関する担保実務

個別の債権ではなく、契約上の地位を担保に取るということは、これまでゴルフ会員権の譲渡担保実務で細々と⁽⁹⁾なされていた。ゴルフクラブは社団法人制、株主会員制、預託金会員制などの形態があるが、その圧倒的多数が預託金会員制のものである。

ここではこの形態のものについて実務解説を見てみると、「ゴルフクラブに対する対抗要件としては、ゴルフクラブに対する通知またはゴルフクラブの承諾が対抗要件となると考えられるが、ほとんどのゴルフクラブがその会則において会員権の譲渡（担保権設定）には理事会の承諾を要すると規定しており、理事会の承諾を得なければ、ゴルフクラブに対して会員権の担保権設定を対抗できない。（改行）第三者に対する対

抗要件については、争いがある。最判平8. 7. 12（民集50巻7号1918頁）⁽¹⁰⁾の多数意見は、ゴルフクラブへの確定日付ある証書による通知または承諾をもって第三者対抗要件としているが、反対意見は名義書換手続をもって第三者対抗要件とすべきとしており、また、この考えに賛同する学説も有力である。（改行）実務上は、ゴルフクラブ理事会の承諾を得て名義書換手続を進めるとともに当該承諾を確定日付ある証書で行うように努めるべきであろう」としている。

またその留意点として「ゴルフ会員権の場合、債務者（担保権設定者）が難色を示す等の事情から対抗要件の具備手続を留保することが多くなっている。このため、会員権が譲渡されたり、第三者が会員権を差し押さえたり、債務者（担保権設定者）が破産した場合などに対抗要件を備えても、対抗要件を否認されたりして第三者に対して担保権を主張できなくなるリスクがあるため、債務者の状況を監視しつつ、適切な時期に対抗要件を具備するようになるべきである」⁽¹¹⁾と解説する。

右の解説のうち、理事会の承諾を要する点については、野澤教授の立法論も、原則として相手方の承諾を要するとしており、池田教授の立法論における上記②でも、「当事者間での譲渡契約の有効な成立を別途証明することを条件に」第三者との関係では確定日付ある証書による通知で対抗要件を備えるとしていることの中に、相手方の承認⁽¹²⁾があることが、譲渡契約の成立要件として必要としていると考えられるので、とくにゴルフ会員権の契約上の地位の移転に特有の難点とはいえない。

問題となるのは、担保権設定者がゴルフクラブに譲渡の事実が知れるのを嫌がる傾向があるということである。この点は債権譲渡特例法の立法時に、債務者対抗要件と、第三者対抗要件を切り離して立法がなされたことが、参考になる。

後に述べるように、私としては、このようなゴルフ会員権の譲渡にこそ、「債権譲渡登記」に第三者対抗要件としての効力を与えたと同様に、「契約上の地位の譲渡登記」で第三者対抗要件を備えられるように工夫

契約上の地位の譲渡と担保機能

すればよいのではないかと考える。そうすれば当面は第三者対抗要件を留保しておき、機を見てこれを備える機会を探るといった姑息な手段を考える必要がないことになる。

賃貸借上の賃借人の地位の譲渡は、612条で無断譲渡・転貸が契約解除原因となっている⁽¹³⁾ので、賃借権自体を担保とする実務は行われていない。敷金返還請求権、保証金返還請求権など、将来現実化する金銭債権⁽¹⁴⁾を担保に取るのみである。

4. 債権譲渡と契約上の地位の移転との関係

不動産賃貸借において、605条及び借地借家法10条、31条によって賃借人に対抗される不動産の賃貸人が対象不動産を譲渡した場合は、賃貸借契約は当然に新所有者に承継され、従前の所有者は賃貸借関係から離脱すると解されており（大判大10. 5. 30民禄27輯1013頁，通説），その承継を賃借人に通知することは不要と解されている（最判昭33. 9. 18民集12巻13号2040頁）。そして承継される賃貸借契約の内容は従来の賃貸借と同一であるとされる⁽¹⁵⁾。

合意による賃借人の地位の移転は、当然に契約から生じた債権の譲渡を含むが、契約上の地位の移転に第三者対抗要件が備えられたとしても、それが包含する特定の債権（敷金返還請求権など）について別途他の第三者に譲渡されたり、第三者による差押がなされたときに、対抗要件の取得の先後で優劣が決まるとも考えられるが、判例も存在しないようなので、問題が残る。上述のように、部会資料でも「契約上の地位の移転一般に対抗要件制度を設けても、個別の債権譲渡の譲受人と契約上の地位の譲受人の関係に関する考え方如何によっては対抗要件具備の先後によっては決せられない」ことを問題点のひとつとしてあげている。

ところで債権譲渡の対抗要件についても当然今回の改正の範囲に含まれるが、最近の立法担当者案は、甲案として、「登記によって第三者対抗要件を具備した債権譲渡が民法上の第三者対抗要件を具備した債権譲

に優先するものとする」⁽¹⁶⁾との改正案を提示している。

もしこのような改正案がそのまま取り入れられるとすれば、ゴルフ会員権譲渡に関して判例が民法上の債権譲渡に関する対抗要件の規定を準用しているので、契約上の地位の譲渡が民法上の債権譲渡によって対抗要件を備えても、それが包含する預託金返還請求権の譲渡が登記によって対抗要件を具備していれば、常に債権譲渡が優先することになってしまいそうである。もし甲案を採用するのであれば、ゴルフ会員権の譲渡については、別途登記による対抗要件の具備を可能とする手当てを考えないと、片手落ちになるのではないか。

私としては、前述のように、現行の動産・債権譲渡特例法を改正して（あるいは、契約譲渡に関する特例法を制定して）、新たに契約譲渡登記ファイルを設け、たとえば契約上の地位を譲渡する場合、譲渡する契約の内容に金銭債権が要素として含まれる場合は、契約譲渡について登記による対抗要件の具備を可能にする、といった改正を行うべきであると考える。

なお、差押えとの優劣に関して、担当者は「差押えの効力要件に関する現在の民事執行法の規律を維持する場合には、債権譲渡と差押えとの優劣関係の判断基準が問題となるが、登記を具備した債権譲渡と差押えとの優劣は、登記と差押命令の送達の後で決せられる」と説明している⁽¹⁷⁾。契約上の地位の移転について登記による対抗要件の具備を認めるならば、契約譲渡に包含される債権について第三者が差押をした場合にも担当者の解説による基準で処理するということが考えられよう。

ただ、現行の動産・債権譲渡特例法では譲渡人が法人である場合に適用が限定されている。この限定を、「譲渡人が事業者である場合」という限定に改めることも考えられるが、ゴルフ会員権は事業を行っているわけでもない個人も所有していることが多く、そのような限定を付することも問題を残すので、その点についても考える必要がある。

5. 賃貸人の地位の譲渡と賃借人の地位の譲渡

賃貸人の地位の移転に関して部会資料は、「判例法理を条文上明記する方向で、更に検討してはどうか」とする一方で「判例は、賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意が旧所有者と新所有者との間にあったとしても、直ちには前記特段の事情には当たらず、賃貸人の地位が新所有者に承継され、旧所有者は賃貸借関係から離脱するとしている。このことを条文上明記するかどうかについては、実務上このような留保の特約の必要性があり、賃借人の保護は別途考慮することが可能であると指摘して、一律に無効とすべきでないとする意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか」との提案をする⁽¹⁸⁾。

後段の部分は、不動産の流動化実務で、賃貸人の地位を譲渡人にそのまま残したいという要望があるので、それへの対処の問題が残るが、基本的に判例法理をそのまま明文化するものであり、大きな問題は生じないだろう。

なお、確定された中間試案では、「不動産の譲受人に対して……賃借権を対抗できる場合には、その賃貸人たる地位は、譲渡人から譲受人に移転するものとする」としつつ、「譲渡人及び譲受人が、賃貸人たる地位を譲渡人に留保し、かつ、当該不動産を譲受人が譲渡人に賃貸する旨の合意をしたときには、賃貸人たる地位は、譲受人に移転しないものとする」旨の例外を規定している（第38-4-(2)、(3)）。

これに対して、賃借人の地位の譲渡に関して、立法担当者は612条2項について、「『賃貸人の当該行為が賃貸人に対する背信的行為と認めるに足らない特段の事情がある場合』に解除が認められないとする判例法理を明文化するとともに、これによって解除が認められない場合の法律関係を明確にすることの当否について、原則と例外の関係を適切に表現する必要性などに留意しつつ、更に検討してはどうか」との案を提示していた（前掲注〔18〕書363頁）。

しかし、この提案に対しては、第15回会議で、「明文化することによって、一定の事情がなければ無断で譲渡や転貸をしても解除ができないことが原則となってしまう懸念がある」との意見や、「信頼関係破壊の法理は借地借家法が適用されるような事案を念頭に形成されたものであり、借地借家法において賃貸人の承諾に代わる裁判所の許可の制度が導入された後においても、信頼関係破壊の法理が一般的な法原則として成り立っているかについては検証の必要があるとの意見が出され、さらに解除権が制限される場合の法律関係について、適法な転貸借や譲渡がされたとみなすことに対しては、賃貸人の利益が害されるおそれがあるとの懸念が示されたという（前掲注〔18〕書364頁）。

上述したように、今のところ契約上の地位を移転することによる担保取得は、ゴルフ会員権譲渡について細々となされている状況である。池田教授はライセンス契約の加盟者の地位の譲渡の需要が高まっているとされるが、こと金融実務においては、そのような契約上の地位の移転を担保として捉えることはしていないように見受けられる。

最も大きな需要があると見込まれるのは、賃借権自体の担保化である。賃借人の地位の譲渡に関しては、無断譲渡が契約解除事由とされていることがネックになってか、実務で広く行われるという状況にはなっていない。しかしこれが第三者対抗要件を伴って担保取得できるということになれば、需要はかなり広がってくるに違いない。ところが部会での意見が、612条2項の解除権の存続に固執し、賃貸人の利益のみを強調する姿勢にあるのでは、賃借人の地位の担保化はおよそ実現が困難となろう。

612条は賃借権の無断譲渡を禁止し、無断譲渡については契約解除事由となると規定する。しかし、形式上無断譲渡に該当してもそれが賃貸借当事者の信頼関係を破壊しないかぎり、契約解除はできないとするのが確立された判例法理である。部会の中ではこの判例法理の一般化を嫌う意見が声としては大きいように見受けられるので、この考え方が正し

いかどうかをむしろ検討する必要がある。しかし、中間試案では、賃借人の地位の譲渡に関しては、何ら触れられていない。

6. 信託関係破壊法理と借地借家法19条の許可制度

周知のようにもともと旧民法では、賃借権は物権とされ、譲渡・転貸は原則自由とされていたが、新民法では原則譲渡が禁止されることになった。しかしその当時は、「すでに旧民法編纂過程から執拗に主張されていた譲渡・転貸の自由に対する反対論（それは、まさに普通小作における『慣習』を根拠として地主層の利害を代弁するものにほかならなかった）が最終的に勝ちを制したことを意味していたのである。ただし、その後の同条の解釈論との関係では、右の説明で梅が、一方で旧民法の規定を賃借権の物権たることの結果ではないとすると同時に、他方では、賃借権を債権とした場合でも将来は譲渡・転貸を許す方向が不可避となるといいう見方を表明していた」といわれるように、現行612条は立法直後から規程を維持する合理性が疑われていたのである。

そして、戦後間もなく、最判昭28. 9. 25民集7巻9号979頁を嚆矢として、判例上、いわゆる「信託関係破壊の法理」が確立したのであり、612条は少なくとも判例上、全面的には肯定されて⁽²⁰⁾いない。

それでは土地賃借権の譲渡・転貸の許可制度についてはどうか。現行借地借家法19条は、旧借地法9条ノ2、9条ノ4をベースにしており、同条は昭和41年（1966年）の改正の際に追加された条文である。この条文に対する評価は、借地借家法の改正の際にも肯定的に評価され、これといった批判はされていない。その理由は借地権が一種の財産権であることからすると、その処分性を認めて権利を金銭化できるようにする必要があるし、そのような要請は、借地権者が借地上に建物を所有するときには、借地上建物の処分の自由性という点からも、また、投下資本の回収方法の多様性という点からも、一層大きなものになってくる反面、借地権設定者からしても、多くの場合、借地権者が変更したからといっ

て不利益がないことがあげられている⁽²¹⁾。したがって、この点においても、612条の合理性に対する批判的評価が固まっているといえ、逆にこのような制度が設けられたから、信頼関形破壊法理を再検証すべきだという理由とはならないのではないか。

7. 不動産賃借権の譲渡自由化の需要

上述のように、借地権については、地主が合理的な理由なしに譲渡の同意をしない場合に、借地非訟の手続で承諾に代わる許可の裁判の制度が設けられて、一定程度借地権の譲渡需要への配慮がなされている。しかし、これとても612条の制約があること否定するものではなく、その制約の下で、当事者間の利益の調整が図られたものである。そして、許可の裁判が申し立てられると、裁判実務としては、申立てを認容する際には、それに伴い通常、財産上の給付を命ずる付随処分がされ、その価格は、東京地裁本庁では、更地価格の10パーセントを一応の基準とし、個別事情により増減することが定着している⁽²²⁾。そして、この実務の運営は、「今日、都市部などにおいて借地権の譲渡・転貸にあたり、その承諾を得る代わりに名義書換料ないし転貸承諾料の支払がかなり一般化していることなどから、妥当とされ、裁判でも通例化している」といわれる⁽²³⁾。

しかし、借地権を譲渡担保にとっても、地主の承諾が得られなければ借地非訟の手続をし、それによって許可の裁判が得られても、更地価格の10パーセントもの高額の財産上の給付が必要であるならば、担保としての利用価値が大幅に低くなってしまう。したがって、借地権の担保化をすすめることが必要と考える場合には、どうしても現行借地非訟の手続では、制約が大きすぎるように考える。

一方、建物賃借権の場合には、借地非訟の手続に相当する規定も設けられていない。しかし、都市部などにおいてはとくに、立地条件がよい建物は、借家として利用できること自体が相当の財産権として評価され

る。このような賃借権についても担保化の需要は大きいはずである。やはりネックとなっている612条を根本的に改めることがどうしても必要なのではないだろうか。

現在は伝統的な抵当権や保証に頼って企業に融資することに強い反省が示されており、中小企業への融資の場面でも売掛金や流動資産を担保化するABLの手法を採用することの重要性がますます高まってきている。賃借権は資産価値の大きい債権であるにもかかわらず、612条の制約があるために、担保化ができない状況になっているのは、企業の資金調達をスムーズにするためにも見過ごすことはできない。

そこで、立法論として、612条の原則を改め、一定の場合には原則譲渡自由として、例外的に譲渡が賃貸借当事者の信頼関係を害する場合（譲受人が反社会的勢力に属する企業であったり、悪臭や騒音を出す事業者である場合などが考えられる）に、賃貸人は譲渡を拒絶できるとすることが考えられてもよいのではないか。そうすれば賃借権の譲渡に関する借地非訟の手続も、更地価格の10パーセントにも及ぶ高額な承諾料も不要となるだろう。

どのような場合に原則譲渡自由とするかの基準については、借地の場合は事業用の建物の所有を目的とする場合、借家の場合は対象建物が事業用の建物である場合を要件としておけばよいのではないかと私は考える。そうすれば、敷金や保証金などの金銭返還請求権を賃貸借の要素として含む場合には、私が提案する契約譲渡登記ファイルへの登記をすることによって、第三者に対する優先的な地位も確保できることになろう。

8. 賃借人（設定者）による債務不履行への対処

賃借権の譲渡（担保）が第三者対抗要件を備えたとしても、当該賃貸借契約が賃借人（担保権設定者）の債務不履行によって解除されてしまえば、担保自体が吹き飛んでしまう。その点については、借地上の建物の担保取得の際にも解決できない難問であった。実務書は「将来建物を

譲渡した場合にはその建物の譲受人にも借地権を認める旨および、賃料の不払い等借地人に重大な債務不履行があるときは契約解除前に通知する旨の承諾書を地主より徴求しておくことが望ましい」とするが、「もちろん、この地主の承諾書は担保権者と地主の契約であって、建物の譲り受け人や買受人との契約ではないので、地主を拘束できるものではなく効力の弱いものである」と、その弱点を端的に述べている。⁽²⁴⁾

しかし、612条の制約がなくなれば、担保権者は賃貸人に対しても直接の当事者の地位に立つので、不動産賃借権を譲渡担保として取得する際に、借地上の建物の担保の際に受け入れる念書と同様な承諾書を得ておけば、この点も解消されることになるはずである。

注

- (1) その後公表された「民法（債権関係）の改正に関する中間試案のたたき台（3）」（部会資料55 32頁）では、対抗要件制度は採り上げないと決まり、本年2月26日に確定された中間試案では、契約上の地位の譲渡が契約の相手方の承諾によって可能となるとする規定を設けるだけのものとされている。
- (2) 西村信雄編『注釈民法（11）』476頁以下〔椿〕（有斐閣1965）。
- (3) 椿「契約引受（上・中・下）」法セ1976年8月号68頁，9月号48頁，10月号42頁。
- (4) 野澤「『契約当事者の地位の移転』の再構成（1，2，3）」立教法学39号1頁，40号118頁，41号1頁（1994，1995）。
- (5) 池田「契約当事者論」別冊NBL51号169頁（1998）。
- (6) 池田・前掲注（5）論文177頁。
- (7) 野澤「『契約当事者の地位の移転』の立法論的考察（1）」立教法務研究1号26頁（2008）。
- (8) しかし、基本方針が対抗要件に関する規定を設けないとする案を公表したあと、野澤教授は「これに対しては、対抗要件制度を必要とする見解も存在する。しかし、契約上の地位は債権とは異なり、二重に譲渡されることはそう多くはない。そうだとすれば、対抗要件を立法ではなく解釈にゆだねる基本方針の提案は、妥当である」との見解を表明している（野澤「債権譲渡・契約上の地位の移転に関する民法の改正」ジュリ1419号127頁〔2011〕）。
- (9) 須藤正彦元最高裁判事（執筆当時は弁護士）は「ゴルフ会員権がこの

契約上の地位の譲渡と担保機能

ように契約上の地位である以上、これを担保の客体とするということは、契約上の地位を担保の客体とする一場合ということになる」とし、『『契約上の地位の担保』として扱えられるということは、その『契約上の地位』が単なる債権債務の機械的集積ではなく、担保の客体として客観的に独立し、かつ一体のものとして独自に扱えられる（担保権の設定および実行がなされる）がゆえでもある」と述べる（須藤「担保の客体としてのゴルフ会員権」ジュリ801号77頁〔1983〕）。

- (10) 法廷意見は「本件会員権は預託金会員制ゴルフクラブの会員権であり、その法律関係は会員と本件クラブを経営するAとの債権的契約関係であるが、会員権の譲渡については、譲渡を受けた者は、Aの承認を得た上、会員権について名義書換えの手続をしなければならないものとされている。右の趣旨は、会員となろうとする者を事前に審査し、会員としてふさわしくない者の入会を認めないことにより、ゴルフクラブの品位を保つことを目的とするものというべきであるから、Aとの関係では、会員権の譲渡を受けた者は、その承認を得て名義書換えがされるまでは会員権に基づく権利を行使することはできないが、譲渡の当事者間においては、名義書換えがされたときに本件ゴルフクラブの会員たる地位を取得するものとして、会員権は、有効に移転するものというべきである。そして、この場合において、右譲渡をA以外の第三者に対抗するには、指名債権の譲渡の場合に準じて、譲渡人が確定日付のある証書によりこれをAに通知し、又はAが確定日付のある証書によりこれを承諾することを要し、かつ、そのことをもって足りるものと解するのが相当である。」とした。
- (11) 五味廣文ほか監修『銀行窓口の法務対策3800講〔IV〕』1024頁（金融財政事情研究会 2009）
- (12) 池田・前掲注(5)論文180頁では、「そうすると、債権譲渡の対抗要件で代替した場合の問題点としては、契約上の地位の移転に必要な『相手方の承認』を要素として含まないという問題が残るが、この点は、①ここでの対抗要件は、当事者間では円満に契約上の地位の移転がなされた場合の譲受人（引受人）保護のために機能するものであって、債権譲渡の対抗要件で契約上の地位の移転の対抗要件を代替する場合は、あくまでも第三者対抗要件であって契約上の地位の移転自体の効力要件ではないということ、②先の考察のように、契約上の地位の移転は債権譲渡と債務引受の合体したものと考えないことから、債務引受の成立要件の要素までを契約上の地位の移転の対抗要件に反映させる必要もないという2点の理由で解決することができるのではなからうか」としている。
- (13) 612条は「その賃借権を譲り渡し」と規定しており、これが賃借人の契約上の地位の移転であるとは、ただちには解しがたい表現を用いている

が、起草者の梅博士は、613条の解説の部分で「本条ハ転借ノ場合ノミニ付テ規定セリ故ニ譲渡ノ場合之ニハ適用スルコトヲ得サルコト固ヨリナリ是レ他ナシ賃借人カ賃貸人ノ承諾ヲ得テ（而シテ初ヨリ特約アルトキハ総括ノ承諾ヲ与ヘタルモノト云テ可ナリ）其権利ヲ譲渡シタル場合ニ於テハ是ト牽連シタル義務モ亦共ニ之ヲ譲リタルモノト謂フヘシ」として、契約上の地位の譲渡と実質的に同じ趣旨の説明をしている（梅謙次郎『民法要義』巻ノ三債権篇653頁〔明法堂1897〕）。また、我妻栄博士もそのような考え方に立って、「賃借人の使用収益する債権の行使は、賃貸人の使用収益させる債務に比較すると、一層人的色彩が強い。これ、賃貸人の地位の譲渡性（中略）を認めることに比して、賃借人の地位の譲渡性（賃借権の譲渡及び賃借物の転貸の自由）を認めることが困難とされる理由である」と述べている（我妻『債権各論（中巻一）』449頁〔岩波書店1957〕）。なお、原田純孝「賃借権の譲渡・転貸」302頁（星野英一編代『民法講座5』〔有斐閣1985〕）、および詳細な沿革的分析については野澤前掲注(4)論文（立教法学41号74頁以下）も参照。

- (14) 借地上の建物に抵当権の設定を受けることは、実際に行われているが、判例（最判昭40. 5. 4民集19巻4号811頁）はこの場合、抵当権の効力は従たる権利である敷地賃借権にも及ぶとしているので、とくに敷地賃借権について別途担保をとることはしていない。
- (15) 幾代通編『注釈民法（15）』161頁以下〔幾代〕（有斐閣1967）参照。
- (16) 部会資料37 25頁。なお、その後確定された中間試案の甲案は、金銭債権の譲渡については、登記をしなければ第三者に対抗できないものとしている（第18-2-(1)）。
- (17) 部会資料37 32頁。
- (18) 『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』356頁（商事法務2011）。
- (19) 原田前掲注(13)300頁。
- (20) 半田吉信『契約法講義』319頁（信山社2004）。
- (21) 水本浩・遠藤浩編『基本法コンメンタール〔第2版〕新借地借家法』63頁〔加藤正男・吉田真澄〕（日本評論社2000）。
- (22) 稲葉威雄ほか編『新借地借家法講座2』51頁および57頁の注(26)〔田中敦〕（日本評論社1999）。
- (23) 稲本洋之助・澤野順彦編『コンメンタール借地借家法〔第2版〕』138頁〔鎌野邦樹〕（日本評論社2003）。
- (24) 五味廣文ほか編・前掲書注(11)240頁。

契約上の地位の譲渡と担保機能

[後注]

脱稿後、佐藤秀勝「契約上の地位の移転」円谷峻編『民法改正案の検討』第2巻（成文堂2013）36頁に接した。同書では審議会の議論状況にも触れている。