慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	債権譲渡に関する民法(債権法)改正の問題点 : 対抗要件と将来債権譲渡についての法制審議会部会資料を基にした検討
Sub Title	Problèmes sur la cession de créance dans la réforme du Code civil (Les obligations) : surtout concernant les formalités d'opposabilités et la cession de créances futures
Author	池田, 真朗(Ikeda, Masao)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2011
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.19 (2011. 3) ,p.67- 96
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	豊泉貫太郎教授, マキロイロバート教授, 退職記念号 = Essays Commemorating the Retirement of PROFESSOR TOYOIZUMI KANTARO, PROFESSOR ROBERT MCILROY Presented by Their Colleagues and Former Students テーマ企画 : 民法(債権法)改正へ向けて(その1)
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20110325-0067

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

テーマ企画―民法（債権法）改正へ向けて（その1）

債権譲渡に関する民法（債権法）改正の問題点

――対抗要件と将来債権譲渡についての法制審議会部会資料を基にした検討――

池　田　真　朗

はじめに
Ⅰ　法制審議会開催までの経緯における問題点と本報告の検討対象について
Ⅱ　債権譲渡の対抗要件
Ⅲ　将来債権譲渡
Ⅳ　小括――よりよい民法（債権法）改正のために

はじめに

本稿は、2010年11月27日に慶應義塾大学で開催された民法（債権法）改正シンポジウム（詳細は本誌本号の鹿野菜穂子教授の紹介を参照）における筆者の報告をほぼそのまま採録し、かつ、後半で、原稿を準備しながら報告では時間の関係で割愛し、報告後の質問に答える形で補充した部分も含めて一稿としたものである。当日は、「実務と学理の協働」という副題のもと、債権譲渡のテーマでは、奥国範弁護士と筆者とで報告をし、筆者のいささか直裁な報告と、奥弁護士の冷静で目配りの行き届いた報告がセットになって、バランスが取れたようにも思われる（奥弁護士の論考は、他の２テーマの実務家の報告とともに、本誌次号に掲載の予定である）。このような報告は、客観的な論文の形式に整えて掲載することが望ましいとも考えられるが、本稿はあえて当日の報告の雰囲気

をある程度維持して活字にする次第である。聞くところによると、法制審議会民法（債権関係）部会の審議は、中間整理が2011年４月に公表され、引き続きパブリックコメントが求められるという段階とのことで、筆者として、本誌発刊時点（2011年３月）で読者に伝えるべき問題状況というものもあると認識してのこととご理解いただきたい。

Ⅰ　法制審議会開催までの経緯における問題点と本報告の検討対象について

１　法制審議会開催までの経緯における問題点

2009年11月に開始された今回の法制審議会民法（債権関係）部会での法改正の審議の開始は、現在実務家や消費者団体などにはさまざまな疑問や戸惑いを生じさせているようであり、一部の学者からは強い（あるいはかなり激烈な）批判を浴びせられているが[1)]、一方で一般市民の間にはほとんどといってよいほど反応の見られない状況が続いている。そのひとつの大きな原因は、今回の法制審議会開始が、わが国の近年の立法作業に見られるいわゆるデュープロセスを満たしていないことにあると思われる。

このところのわが国の立法の進め方は、審議会開催以前に所轄官庁が各界の委員を集めた研究会等を開催し、広く各界の意見を集約してから審議会（法務省の場合であれば法制審議会）にかける、というものであった。私が関与した直近の立法である電子記録債権法（2007年６月成立・公布、2008年12月施行）の場合もしかりである（同法の検討は経済産業省の研究会に始まり、法務省、金融庁で

1）代表なものとして、加藤雅信「民法典はどこにいくのか（その１）法制審の議論にみる民法典改悪への懸念」法律時報82巻９号（2010年）86頁以下、同「民法典はどこにいくのか（その２）比較法学の憧憬の地、西洋は、日本国民の安住の地か？」法律時報82巻10号（2010年）68頁以下、同「民法典はどこにいくのか（その３）法務省民事局の法制審・民法部会の立ち上げは、閣議決定違反か」法律時報82巻11号（2010年）57頁以下、同「民法典はどこにいくのか（その４）歴史は繰り返す―連続するデュー・プロセス違反」法律時報82巻12号（2010年）57頁以下。その他、角紀代恵「債権法改正の必要性を問う」法律時報82巻２号（2010年）75頁等参照。

の研究会を経て、共管となった法務省と金融庁の双方での審議会に至った[2])。

ところが、今回は、民事の基本法の大改正であるというのに、学者グループだけの検討がいくつかされただけの段階で、法制審議会が開始されてしまったのである。法務省が何を急いだのか、いまだに非常に不可解であるといわざるを得ない。それが、現時点の、民法債権法改正への議論が世間でもまた政府部内でも盛り上がらない状況[3]、そしてそれどころか、各界の反発すら招いている状況につながっていると感じられるのである。

したがって、この改正論議を進めるのであれば、各界の意見が急ぎ表明・結集されて法制審議会の議論に反映されるようにすべきであることはもちろん、事態は、このまま今回の審議会が続く（一般には中間試案から答申という形で進行する）ことに同意してよいのかという是非を論じる必要のあるところまで来ているように思われる。このような問題状況の認識を共有したうえで、どのような方向に向かうべきであるにせよ、建設的な意見を出し合うというのが、本シンポジウムの存在理由のひとつではないかと考える次第である。

2　本報告の議論の検討対象について

とりあえず、私と奥弁護士の債権譲渡グループの報告は、法制審議会民法（債権関係）部会において配布された「民法（債権関係）の改正に関する検討事項」の債権譲渡の部分を主たる対象にする。なお、同資料は、部会における調査・審議の準備に用いるために各回の会議の前に委員・幹事ら関係者に配布されるものであり、当該回の会議終了後は公開扱いとなるものと理解して使用する。本報告で用いるのは、「民法（債権関係）部会資料」の 9-1「民法（債権関係）

2）電子記録債権法の立法の経緯については、池田真朗＝太田穣『解説　電子記録債権法』（弘文堂、2010年）３頁以下参照。

3）たとえば、平成22年６月18日閣議決定（すなわち全省庁合意）の「新成長戦略―「元気な日本」復活のシナリオ」には、債権法改正は一言も触れられていない（なおこの「新成長戦略」では、会社法等は言及されているが、民法と関係するものとしては、「金融戦略」の項目の中に、債権法とは直接関係のない「動産譲渡登記制度の検証」が入っているくらいである）。

の改正に関する検討事項⑷【前半】」、同じく 9-2「民法(債権関係)の改正に関する検討事項⑷詳細版【前半】」である(以下本報告ではこれらを「検討事項」と総称する。なお、本文引用の「検討事項」の頁数は、詳細版のものである)。

つまり、本報告は、現在法制審議会部会の審議が開始されている以上、とりあえずはこの部会に事務局から出された検討すべき事項とされるものを検討対象とする、ということであって、そこでは、特定の学者グループの試案を議論のたたき台にするものではないことを最初に強調しておきたい。

例えば、民法(債権法)改正検討委員会の提示した試案「民法(債権法)改正の基本方針」[4] は、同委員会の事務局長が自ら明言しておられたように、単なる１つの学者グループの試案に過ぎず[5]、そのことはこの部会の審議でも最初に確認されているようである。しかしこれが一般には、他の立法提案とは別格で、すでに一定の基本的な改正方針を示したものと受け止められたようである(筆者は、この「基本方針」を読んだ実務家や市民の方々から、今般の債権法改正は、もう基本的な方針が決まっていて今後この内容から変わることはないのかという質問を多数受けた)。しかも同委員会には学者以外に法務省のメンバーも参加していただけに、世間に大きな誤解を招いたことは否めない[6]。その意味では、単なる学者グループが、(他の改正案を提示したグループと異なり)自分たちの試案に「改正の基本方針」と名づけたのは、非常に不遜でありまたミスリーディングであったと感じる[7]。私自身もこの検討委員会の全体会議のメンバーではあったが、この委員会の立案それ自体や、このネーミングの作業に参加できたわけではない。私自身は、この検討委員会の全体会議の中でも、消費者契

4) 民法(債権法)改正検討委員会『債権法改正の基本方針』(NBL904号、2009年)。その他の主要な学者グループの試案は、民法改正研究会『民法改正　国民・法曹・学界有志案』(法律時報増刊、2009年)(なお民法改正研究会のその１つ前の段階の案は、『民法改正と世界の民法典』(信山社、2009年)に収録されている)、時効研究会(金山直樹編)『消滅時効法の現状と改正提言』(別冊NBL122号、2008年)などがある。

5) 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、2009年)43頁。なお、法務省民事局も、次注6)の議事録等でも明らかなように、この民法(債権法)改正検討委員会を一貫して外部の私的な勉強会と位置づけていた。

約法を民法に大幅に取り込む等の議論に際して、その不遜な態度を批判して謙虚さを強く求める反対論を述べていることは、途中まで公表されている全体会議の議事録から確認していただきたい。ともあれ、この検討委員会の立案を担当したメンバーは、現在の法制審議会部会にも多数、委員ないし幹事として参加しているが、こういうネーミングをするいささか尊大な発想それ自体が、先のデュープロセス論とあいまって、実務界や市民団体の抵抗感をあおったように思えることは、ここではっきり指摘しておきたい。

6）正確には、世間に誤解を招いたというだけでなく、この法務省委員も参加した「一学者グループ」の提案を実際に法制審議会部会の有力な方向性としていこうとするプロセスがあったことを詳細に論証しようとするのが、加藤雅信・前掲注1)論文である。ただし本シンポジウム報告では、そこまでは触れずに、市民感覚からの議論に留め、ともかくも客観的に部会資料の「検討事項」を報告の検討対象にすえるという姿勢で臨んでいる。ただ、一点客観的な情報を加えておけば、法務省が債権法改正の準備作業に着手したことを公表した平成19年の段階で、当時内閣府に設けられていた規制改革会議では、この、民法（債権法）改正検討委員会という、実際には法務省関係者も加わっていた「民間の学者の研究会」に検討をゆだねる法務省の態度に対して、「事実上、公的な検討と連動した私的な組織が外にあるというのは、きわめて問題のある検討体制なり、政策の進行の方法ではないかと強く疑問を持ちます」「失礼ながら、外部民間組織を何らかの隠れみのに使おうとされているかのごとき印象を持たざるを得ないのです。それは行政の在り方としておかしいと思います」などという強い批判を受けていたことが近時明らかにされている（加藤雅信・前掲注1)論文のうち「民法典はどこにいくのか（その４）」法律時報82巻12号60頁に引用される、規制改革会議横断的制度ＷＧ第１回基本ルールＴＦ（平成19年４月６日）議事録８頁以下参照。

7）筆者が確認したところでは、民法（債権法）改正検討委員会では、このネーミングの理由を、「具体的な条文案にまで至らない前段階の提案であるから『基本方針』とした」としているが、この日本語が一般市民にそのように理解されるとは筆者には理解しがたい。ちなみにこの検討委員会案には、「市民にわかりやすい民法」を目標としながら、ほかにも、債務不履行の損害賠償のところで「債務者が引き受けていなかった事由」という表現を、債務として引き受けていなかったという意味ではなく「リスクとして引き受けていなかった」という意味で使おうとするなど（前掲注4)NBL904号136頁【3.1.1.63】)、日本語感覚に疑問を感じる用語法が少なくない。

Ⅱ　債権譲渡の対抗要件[8)]

１　通知承諾型と登記型――並存か登記一元化か

債権譲渡の対抗要件については、部会資料「検討事項」では、Ａ案、Ｂ案、Ｃ案の３案が挙げられている。このうちＣ案は、原則的に現在の民法467条の、確定日付による通知・承諾という対抗要件と、動産債権譲渡特例法の債権譲渡登記による対抗要件の並存を維持した上で、必要な修正を試みるというものであるが、Ａ案は、登記制度を利用することができる範囲を拡張する（たとえば、個人も利用可能とする）とともに、債権譲渡の対抗要件については、現在の民法対抗要件を廃して、登記による対抗要件に一元化するものである（学者グループの案でいうと、前掲注4)の民法改正研究会の案はＣ案の並存型であり、民法（債権法）改正検討委員会の案がＡ案である)。

この論点に対する私の現時点の基本的スタンスは、Ａ案のいう登記一元化の将来の可能性は評価しつつも、①現時点では社会のIT化の進捗度からして時期尚早であり、かつこの問題は法制審議会の検討可能範囲を超える、②通知・承諾型のメリットも再評価すべきである、という２つの理由から、Ｃ案の並存型を支持するというものである。以下詳論する（なおＢ案は、「債務者をインフォメーション・センターとはしない新たな対抗要件制度（例えば、現行民法上の確定日付のある通知又は承諾に代えて、確定日付のある譲渡契約書を債権譲渡の第三者対抗要件とする制度）を設けるという考え方」であるが、これはもともとＡ案がうまくいかない場合の代替案のようでもあり、この案では現行規定よりさらに公示力の低いものとなりそうなので、現段階では論議する必要を認めない)。

コンピューター上の登記登録による対抗要件は、私が立案に参加した国連国際債権譲渡条約（2001年成立、未発効）の起草作業の中でも事務局が世界統一

8）この問題については、筆者はすでに別稿で論じている。池田真朗「債権譲渡・債務引受・契約上の地位の移転（譲渡）―法制審議会部会の配布資料「検討事項」の概観を中心に」池田真朗＝平野裕之＝西原慎治編『民法（債権法）改正の論理』（別冊タートンヌマン、新青出版、2010年）１頁以下参照。

の対抗要件システムとして目標としていたものであって[9]、私自身、2001年に出版した第2論文集『債権譲渡法理の展開』に収録した論文の中で、将来は通知・承諾でなく登記に一本化される時代が来る可能性を予言したが[10]、それは、そこにも明示したように、「その時代には、親族間の譲渡等でも、個人が登記登録のシステムにアクセスすることの負担はそれほど考慮しなくても良い状況にあると予測されるからである」[11] という前提で書いていたのであり、問題はまさに、それが今なのかという話なのである[12]。

そしてさらに、今日では考慮すべき新たな問題が加わっている。それは、登記一元化の問題は、単なる登記システム全体の問題から、わが国の行政システムIT化の問題に波及し、それを抜きにして考えることはできない、ということなのである。

つまり、登記一元化の問題は、一見、現在の債権譲渡登記制度の改良発展によって解決できる問題にみえるが、登記に一元化して個人までその対象に含め、しかもコンピューター化することになると、個人番号制度、すなわちいわゆる国民総背番号制の議論が避けられない（現在の債権譲渡登記は、わが国の登記のコンピューター化・オンライン化の第一号なのであるが、譲渡人は法人に限定されている）。つまり、単なる法務省所轄の登記の改良問題ではなくなるのである。そのうえ、これは日本学術会議の法学委員会「IT社会と法分科会」（委員長は私）が2008年に既に情報の匿名性、可視性、追跡可能性という観点から報告書[13]を出しているところに関連するが、わが国においては、コンピューター化した

9）池田真朗『債権譲渡法理の展開』（債権譲渡の研究第2巻）（弘文堂、2001年）197頁、203頁。

10）池田・前掲注9)『債権譲渡法理の展開』160頁。

11）前掲注10)同頁。

12）池田真朗『債権譲渡と電子化・国際化』（債権譲渡の研究第4巻）（弘文堂、2010年）409頁。

13）日本学術会議第1部法学委員会「IT社会と法分科会」（委員長池田真朗）報告「電子社会における匿名性と可視性・追跡可能性―その対立とバランス」（平成20年7月24日公表）（同報告書は、日本学術会議ホームページの平成20（2008）年の報告という項目http://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-20-h60-2.pdfから閲覧可能）。

ものの利用度・普及率の低い行政制度が多々あることが問題にされており、今後は新しい全国規模の行政制度の電子化においては、内閣官房等が各省庁間の調整をして、費用対効果の無駄をなくす観点から、システムやデータの共通利用等を考えるべきとの方向で議論がされている。この点、私は、既に発表した論文で、「今後の問題は、国単位で電子化・IT化に関する新制度を設計する場合に、この「匿名性と可視性・追跡可能性との最適バランスの探求」というような視点が、所管の各省庁でばらばらに考えられるのではなく、できれば統括的な組織によって、より包括的な目配りがされるようになるべきということである。」と書いた[14]。なお日本学術会議の同分科会では、2011年現在も、この問題を含めて、政府の新しいIT戦略に対する検討と提言を準備中である。このような段階で、債権譲渡の第三者対抗要件を登記に一元化する問題は、私見では、法制審議会民法（債権関係）部会の能力を超えた議論と考える。しかし別稿[15] でも指摘したように、法務省は現在のところそういう認識にいたっていないように見えるのである。しかしながら、この法制審議会民法（債権関係）部会が、将来構想を提言する部会であるならばともかく、実際の法律を改変する立法案を国会に提示する部会ということであるならば、実現できないこと、あるいは不確定要素のあることを立法提案ですることは不適切であることはいうまでもない。

くりかえすが、そもそも、登記一元化は、ひとり法務省だけで決められる問題ではないことをしっかり認識すべきである。現行の法人限定の債権譲渡登記・動産譲渡登記システムの改良の問題（これは法務省だけでやってもできるかもしれないが、それでも、経済産業省等が関与する取引ニーズとの関係は配慮する必要がある）と、対象を法人から個人に広げて登記一元化する問題とは、次元が異なる。後者の一元化は、国のIT政策にどうしても関係がでてくる問題である。国のコストを考えると、健康保険、年金、納税等のシステム作りと協調しつつ検討されなければならないのは当然である。まず個人番号データについ

14）池田・前掲注12)『債権譲渡と電子化・国際化』283頁。

15）池田・前掲注8)『民法（債権法）改正の論理』13頁。

て、既存の、たとえば、現在提案が準備されているとの情報もある住基ネット(住民基本台帳ネットワーク)のものを活用するのか等の話になると、省庁間のすりあわせが前提になる。そういう性質のものを法務省単独でしかも立法案として国会に出せるはずがない。加えていえば、今般の債権法改正審議それ自体が、もともと出だしの段階で、内閣府の規制改革会議で鋭い批判を浴びていたことも明らかにされているところである[16)]。もし、そんな大げさな話ではない、個人についても登記したければ個人の電子認証を取ればとりあえずはそれでよい、などというのであれば、それは、先ほど触れたように、現状の国民のITレベルから言えば、明らかな負担増であり、市民間、親子間の債権譲渡などを考えた場合(民法ではそういうレベルの取引も対象となる。またそういう場合でも、譲渡人がその後差押えを受けない保証はないので、譲受人の権利確保のためには対抗要件具備が必要になる)、そういう法律をこの時点で作ることは、国民生活にとって改悪以外の何ものでもない(仮に、万が一、法務省サイドがこの登記一元化を新しい法律の目玉とか話題つくりのポイントにしたいなどと考えているのであれば、その発想自体が現実の立法の姿勢としては糾弾されるものであることは言うまでもなかろう。この問題の有用性を認識するのであれば、今回の法制審議会では軽々に中間試案などに含めず、他省庁の動きを見極めつつ今後一定期間の検討を蓄積するべきである)。

結局、債権法改正は、今回の部会の作業でできることとできないことをはっきり仕分けして、今後、立法案を作る場面と将来の検討課題を提示する場面を明確に分けるべきであろうと私は考え、そのことを強く主張したい。そして、

---

16) 前掲注3)でも触れた点とは別に、加藤・前掲注1)論文のうち「民法典はどこにいくのか(その3)」(法律時報82巻11号57頁以下)に掲記される平成19年4月6日の規制改革会議横断的制度WG第1回基本ルールTF議事録では、債権法の抜本的改正作業を始めるが内容・方向性は白紙であるとする法務省側の発言に対して、「抜本見直しを行うという結論は決めて、それを公文書で公表されているお方が、イメージすら一つも例を挙げられない。それは異常なことでしょう」「無責任でもあります。政府として見直すんだといいながら、具体例は一つも申し上げられる段階にないというそんなおかしな話は、どこで通る常識ですか」などとの批判がされている(加藤・同論文58～59頁参照)。

私見を忌憚なく述べるならば、将来の検討課題に含まれる部分については、今回の法制審議会民法関係部会は、中間報告後はそのまま強引に立法案作りに進むのではなく、いったん審議会活動は解散なり休止なりして、各界の専門家と関係省庁の関係者を結集したＷＧによる研究会活動からスタートしなおすのが適切ではないかと思われる。つまり、冒頭に述べた立法のデュープロセスを踏む作業に戻るべきであろうと考えるのである。

なお、一点理論的な分析を加えれば、登記一元化の提案の裏には、通知・承諾型の対抗要件について不完全であることの批判が強調されているように感じる（ことに民法（債権法）改正検討委員会案の論法にそれが顕著である）。通知・承諾型には、債権譲渡が譲渡人と譲受人の２者だけでできる契約であることを考慮すると、通知・承諾によって債務者に情報が集まる、つまり対抗要件と債務者保護を２つ重ね合わせているという基本構造に対する一定の肯定的な評価があることは当然なのであって、このメリットをもう一度評価する議論がなされるべきであろう。そして、この通知・承諾型の現実的なメリットという点は、当然ながら実務でも認識されているところであろうから、本シンポジウムの奥弁護士の報告でも触れられるであろうと期待するところである。なお、この問題は、次の論点である承諾を権利行使要件から外そうという提案に対する強い批判とつながるところである。

ちなみに、国外の投資家などからは、登記に一元化されたほうが外部からの可視性が高まるという主張がされることは容易に予想される。それは確かにそうなのであるが、海外の投資家の利益のために民法をその方向に変えるということは、それだけでは国民の支持を得られないであろう。民法である以上、市民の使い勝手や費用負担の問題を十分にケアした上での立法提案となるべきことは言うまでもない。なお、ここでは詳論はしないが、債権譲渡の対抗要件を登記に一元化しても、対抗要件具備前の差押えには劣後することは現在の議論では変わりがなく、この点は一元化しても登記のみをケアすればよいということにはならないということも指摘しておこう。

2　承諾を債務者権利行使要件から（第三者対抗要件、債務者権利行使要件のいずれからも）外す提案に対する批判

現在の民法および動産債権譲渡特例法の債務者対抗要件は、いずれも、債権者側からの通知または債務者からの承諾を必要としているが、「検討事項」は、「このうち、債務者の承諾については、債権譲渡の当事者である譲渡人及び譲受人が、債務者との関係では引き続き譲渡人を債権者とすることを意図し、あえて債務者に対して債権譲渡の通知をしない（債務者対抗要件を具備しない）場合にも、債務者が債権譲渡の承諾をすることにより、譲渡人及び譲受人の意図に反して、譲受人に対して弁済するという事態が生じうるという問題が指摘されている。以上のような指摘に対応するために、債務者の承諾を債務者対抗要件としないこととすべきであるという考え方が提示されているが、この点についてどのように考えるか」という問題提起がされている。

この問題提起は、別稿でも述べたとおり[17]、今回の「検討事項」の中でも最も不可解なものである。いったいこの「以上のような指摘」を民法（債権法）改正検討委員会以外のどこがしているのか、十分に調査をしてほしい[18]。仮に他からも同様な指摘があるとしても、その問題は、どれだけ重要な欠陥で、承諾を債務者対抗要件（権利行使要件）から外すなどということとどちらが悪影響が大きいことなのか、冷静に考えてみていただきたい。

「検討事項」の詳細版では、その具体例として、「例えば、債権を担保として譲渡したときに、当該債権を譲渡人が債務者から回収した上で、譲受人からの借り入れの返済に充てるという取引を行う場合が考えられる」としている。しかしこれは、現実には譲渡人と譲受人の間で交渉して処理すればかなりの場面で問題が解決できることであって、これを理由に承諾を対抗要件から外すまでの重大な問題とは思われない（この点も実務界の評価を十分に聴いていただきたい）。そもそも、債権譲渡をしておきながらそれを隠そうとするような取引を

17）池田・前掲注8)『民法（債権法）改正の論理』13頁以下。

18）この「指摘」は、民法（債権法）改正検討委員会編『詳解　債権法改正の基本方針Ⅲ』（商事法務、2009年）301頁に見られるものである。

保護するために、条文の構造を変えようとするのは本末転倒である。

この最後の点は、30数年にわたり債権譲渡を研究してきた者として強く言っておきたい。債権譲渡は、危機対応型の苦し紛れの多重譲渡の時代から、正常業務の中の資金調達取引に、大きなパラダイムシフトを遂げた[19)]。将来債権譲渡に関する平成10年代からの一連の最高裁判決も、債権譲渡特例法登記の制定も、債権譲渡を、可視性の高い、安定的な取引に高めてきている。これは、そういう、トータルな歴史的認識も踏まえた債権譲渡観に基づいた提案であろうか。

承諾を対抗要件(権利行使要件)から外すことには私は強く反対する。承諾を対抗要件としないことのほうが明らかに弊害が大きい。現在の取引実務でも、債務者の承諾によって債権譲渡が安全確実にできているという評価がされている[20)]。つまり、取引上、債務者の承諾があることを評価して債権譲渡(すなわち、それを引き当てとした融資契約)に入る例も多いのである(この点、筆者は、「承諾をなくしても通知が権利行使要件であるなら通知をすればよいだけのことである」という発言を聞いたことがあるが、これこそ、実務を知らない学者の頭だけで考えた議論である)。また、後述関連論点２の弊害もある。結局、承諾はもっとも簡易かつ確実な、債務者に対する権利行使要件と考えるのが素直である[21)]。

３　「検討事項」の挙げる関連論点

(1)　関連論点１　対抗要件概念の整理

「検討事項」は、さらに関連論点を２つ挙げている。この対抗要件概念の整理は、「債務者対抗要件」という表現を債務者への「権利行使要件」とするもので、これは私が年来の持論として書いてきたところで[22)]、もちろん賛成であるが、これは、学理的にはともかく、使い手の市民にとっては、たいした違い

19)　池田真朗『債権譲渡の発展と特例法』(債権譲渡の研究第３巻)(弘文堂、2010年)16頁以下。

20)　天野佳洋ほか・座談会・銀行法務21・700号(2009年)４頁、とくに15～17頁参照。

21)　池田・前掲注12)『債権譲渡と電子化・国際化』417頁。

のある問題ではない。もっとも、前掲『基本方針』はその名称と債務者の弁済すべき相手の指定の規定をリンクさせて考えているようであるが[23]、譲受人が債務者に対して権利行使が可能となる要件と、債務者が誰に払わなければならないかあるいは拒絶できるかの決定(後述の債務者保護の問題)は別の問題である。

⑵　関連論点２　総論及び第三者対抗要件の見直しでＡ案（登記一元化案）を採る場合の債務者対抗要件の在り方

これは、前掲の総論及び第三者対抗要件の見直しでA案（登記一元化案）を採る場合の債務者対抗要件の在り方というものである。「A-e 案」というのが、「譲渡人又は譲受人からの登記事項証明書を交付した上での通知のみを債務者対抗要件とする考え方」であり、「A-f 案」というのが、「譲渡人又は譲受人からの登記事項証明書を交付した上での通知を原則的な債務者対抗要件とするものの、譲渡人による登記事項証明書を交付しない通知も債務者対抗要件として認め、登記事項証明書を交付する通知と登記事項証明書を交付しない通知が競合した場合には、登記事項証明書を交付する通知が優先するという考え方」とのことである。

これはまさに、登記一元化としてかつ承諾を権利行使要件から外した場合に調整を図らなければならなくなる弊害である。つまり、A-e 案の登記事項証明書を付した通知だけでは実際に不便になることが明瞭だからである。この点、現在は、民法の通知・承諾と動産債権譲渡特例法の登記が２本立てになっており、かつ動産債権譲渡特例法４条２項では、債務者の承諾も権利行使要件としているので、なんら問題がない。つまり、上記の２本立てのＣ案にして、承諾を外さなければ問題がないのである。結局のところ、だからＡ案つまり登記一元化案は良くない、ということも言えるし、また、Ａのｅ案かｆ案かという前

22）池田真朗『債権譲渡の研究』（弘文堂、1993年）78頁（同増補２版、2004年、同頁）、池田真朗「対抗要件・権利保護資格要件・権利行使要件」池田真朗ほか『マルチラテラル民法』（有斐閣、2002年）78頁。

23）前掲注4)NBL904号222頁。

に、承諾を権利行使要件にしておけば、問題はかなりの程度に少なくなるのである。つまりここでは、登記一元化を提案して、かつ承諾を対抗要件から外すことによって、現れてくる弊害を除去するための新たな問題をわざわざ作り出しているのである。またA-e 案では不便だからといって持ち出すA-f 案については、なぜ問題をこのように複雑しなければいけないのか、という疑問が法律学の素人でも湧いてくるであろう。問題を自分たちで作り出して、こういうことを考えるのが債権法改正作業なのか、これで民法は改良されることになるのか、よく考えていただきたいところである。

4　債務者保護のための規定の明確化

「検討事項」は、さらに債務者保護のための規定の明確化について提案しているが、この点は本報告では省略する（詳細は別稿[24]参照）。一言だけ言えば、「検討事項」がいう、債権譲渡は債務者の関与なく行われるためできる限り債務者の不利益が少なくなるように配慮する必要がある、というのは確かなことである。その意味で、「検討事項」が掲げる場合のうち、現行規定に基づいて判例が形成してきた二重譲渡の優劣決定基準を明文化する提案（「検討事項」の挙げる２～４のケース）は、現行規定に近い対抗要件制度を維持するのであれば、可視化や予測可能性の増大という意味では当然行ってよいことであろう。一点、「検討事項」の挙げる５の、「譲受人がいずれも債務者対抗要件を具備しているが、第三者対抗要件を具備していない場合」については、Ａ案の「債務者は、いずれの譲受人からの請求も拒絶することができるが、いずれかの譲受人に対して弁済すれば免責されるとする考え方」のほうが、Ｂ案（「債務者は、いずれの譲受人に対しても弁済を拒絶できず、いずれかの譲受人に対して弁済すれば免責される」）よりも、債務者保護に資するし、現在の下級審判決（札幌高判昭和31.

24）本報告の前半部分の対抗要件に関する報告内容については、全体として、池田・前掲注8）『民法（債権法）改正の論理』１頁以下に準拠している。とくにこの債務者保護の方策の部分は同16頁以下参照。

12. 14高民集9巻10号640頁）にもそぐう（つまり債務者は最終的にいずれかが第三者対抗要件を具備するのを待って弁済するという行動を取ることもできる)。この部分でも、私見は基本的な発想として、弁済すべき先についても債務者の判断の自由の確保を図ることが適切と考える。

ちなみに、今回の報告では、時間の関係で譲渡禁止特約の問題は報告内容から外しているが、債務者保護ということの意味を正確に確認するために、一言しておく。譲渡禁止特約については、銀行預金債権など禁止特約を付することに取引上の必然性のある場合と、単なる大企業債務者のエゴの問題（取引上の必然性はないのだがただ知らない債権者が来ると事務処理が面倒だなどという場合）をしっかり区別すべきであろう。つまり、もともと債務者は支払先が変わっても同じ債務を同じ時期に支払うだけで、債務者の負担が重くなるわけではないのである。「債務者の利益保護」という命題においては、正確に問題設定がされる必要がある（ここでも、私は、電子記録債権法の審議をしていたときに唖然とした経験がある。中小企業に属する委員が、売掛債権等を使った資金調達のためには譲渡禁止特約を排除してほしいという訴えをしたのに対して、大企業に属する委員が、将来何かあったら困るという漫然とした反対論を唱え、さらにある政府委員から、それなら中小企業も譲渡禁止特約をつければよいではないかという意見が出たことである。力関係で弱い中小企業が、大企業から何か購入した場合の債権に仮に譲渡禁止特約をつけようとしても、そういう特約はつけたくてもつけられない、つまり、そういう面倒なことを言うのであれば今後取引をしない等の対応をされてしまう、という実態が理解されていなかったのである。私見が、こういう場面では実務の意見が多数集積される必要があると強調する所以である)[25]。

なお、この債務者保護のための規定の明確化の部分ではその他実務上問題になるポイントとして「供託」や「検索サービス」の論点があげられようが、こ

25）筆者は、債権法改正と譲渡禁止特約の問題については、これまでにいくつかの論考を公にしているが、最新のものは、以下の本文および注27)に掲記する、『資産流動化に関する調査研究報告書』第6号（リース事業協会、2010年）1頁以下の論文である。

れらについては、奥報告(次号掲載)に譲ることとする。

Ⅲ　将来債権譲渡

１　総説と検討の方向

この部分も、法制審議会資料「検討事項」にほぼ沿って検討する。なお、この将来債権譲渡に関する部分については私はシンポジウム前に活字にした別稿[26]では扱っておらず、シンポジウム直後に公刊されたリース事業協会の調査研究報告書に掲載した論文[27]で記述した。以下は、そこに書いたことをそのまま記載し一部を要約したものである。

将来債権譲渡については、そもそも民法でどこまで規定するべきか、立法哲学の問題が問われる。というのも、この分野は、詳細に書けば市民にとってのわかりやすさや可視性が増すという単純な状況にはなく、詳細に規定すればするほど、関係当事者の利害対立が非常に明瞭になってくる可能性がある部分であるからである。それは、端的には、後述するように、同じ弁護士の立場であっても、資産流動化を扱う弁護士と、倒産処理を扱う弁護士では、正反対の利害が衝突することに示される。

「検討事項」では、まず、「⑴将来債権の譲渡が認められる旨の規定の要否」という項目が掲げられている(31頁)。将来債権が譲渡可能であることは、もはや当然のことではあるが、もちろん明文規定を置くほうがよいであろう。他国の最近の立法例や立法提案を見ても、そうしているようである。

その場合に、いわゆる「将来債権」とは、現在の判例法理からして、将来発生すべき債権であって、現在具体的な発生根拠となる契約が存在しているかい

26)前掲注8)『民法(債権法)改正の論理』１頁以下。

27)池田真朗「民法(債権法)改正と債権流動化―譲渡禁止特約と将来債権譲渡に関する法制審議会部会の「検討事項」の分析を中心に―」『資産流動化に関する調査研究報告書』第６号(リース事業協会、2010年)１頁以下(以下「リース事業協会報告書論文」として引用)。この報告書は2010年11月公表予定で奥付もそうなっているが、実際にはシンポジウム当日には間にあわず、翌12月初めに発刊された。

ないかを問わず、また発生可能性の多寡を問わず（以上最判平成11. 1. 29民集53巻１号151頁）、それが譲渡されたものであるか否かを識別できる程度に特定することによって、有効に譲渡できるもの（最判平成12. 4. 21民集54巻４号1562頁）と考える。

なお、実務家の一部には、「将来債権は譲渡契約時にはまだ債権ではない」[28]という理解が見られるが、わが国の判例法理はそのような区別をしておらず、「債権」と「将来債権」を別のものと考える理解は誤りである。もちろん、現実に発生しなければ実際に請求することはできないが、請求権としての債権は、将来発生すれば請求できる権利として、現時点で「当事者が合意によって発生させる債権」として、譲渡しうる[29]。

２　将来債権譲渡の有効性の限界（公序良俗論）

つぎに「検討事項」は、上記⑴の関連問題として、「公序良俗の観点からの将来債権譲渡の有効性の限界」を掲げている。これは、公序良俗の観点から、将来債権譲渡の有効性の限界に具体的な基準を設けることが望ましいという考え方について、どのように考えるか、という問題提起である。

確かに、判例（前掲最判平成11. 1. 29民集53巻１号151頁）は、将来債権譲渡契約は、「公序良俗に反するなどとして、その効力の全部又は一部が否定されることがある」と言及している[30]。私も、そのこと（将来債権譲渡が公序良俗違反の観点から効力を否定される場面がありうる）自体に否定的であるわけではない。しかし私見は、立法論としては、公序良俗の観点からの将来債権譲渡の有効性の限界を法文で書くことも、公序良俗違反の具体例を規定することも反対であ

28）たとえば伊藤達哉「将来債権譲渡担保の未決着の論点をめぐる法的考察」金融法務事情1873号（2009年）48頁以下。

29）とりあえず、ここでの議論に必要な前提としてここまでを記述する。さらに先の議論としては、いわゆる将来債権の権利移転時期の問題がある。これは債権法改正の立法論で論じるべき（論じなければならない）問題とは必ずしも思われない。ちなみに、私見はいわゆる契約時移転説である（池田・前掲注19)『債権譲渡の発展と特例法』204頁)。

る。これは、それらによって、不相当な制限付けがされる可能性があるからである。

そもそも、包括的な将来債権譲渡であっても、基本的に、公序良俗違反になるケースは少ないと考えられる。つまり、「譲渡人の得る一切の債権」の譲渡ということであっても、もし莫大な対価を得ている譲渡であれば、それは経済的・実質的には借金の返済なのであって、必ずしも公序良俗に違反しないものという場合も多いのである。どのような対価を得た譲渡であるか、その譲渡がなかった場合には譲渡人は事業を継続できたのかどうか、等のことからあくまでに個別に判断すべきことであろう。そしてそのことは、まさに前記最判平成11. 1. 29が縷々述べているところなのである(前掲注30)での引用部分参照。学説等では、引用部分の最後の結論だけが強調されすぎているきらいがある)。そもそも一般条項の一般条項たる所以は、その適用のための基準等を明らかにできるものではないから一般条項として存在するとも言える。従って、公序良俗違反かどうかは、個別判断にとどまるのであって、その可能性について条文にうたう必要はない(というよりも、うたうべきではない)と考えるものである[31)]。

3　将来債権譲渡と譲受人の地位の変動(将来債権譲渡の対抗力の限界)

(1)　問題提起

これは重要問題である。「検討事項」では、①不動産の賃料債権の譲渡後に

30)　複数年にわたる将来債権譲渡の効力を承認した前掲最判平成11. 1. 29民集53巻１号151頁は、「契約締結時における譲渡人の資産状況、右当時における譲渡人の営業等の推移に関する見込み、契約内容、契約が締結された経緯等を総合的に考慮し、将来の一定期間内に発生すべき債権を目的とする債権譲渡契約について、右期間の長さ等の契約内容が譲渡人の営業活動等に対して社会通念に照らし相当とされる範囲を著しく逸脱する制限を加え、又は他の債権者に不当な不利益を与えるものであると見られるなどの特段の事情が認められる場合には、右契約は公序良俗に反するなどとして、その効力の全部又は一部が否定されることがある」ものの、譲渡の目的となる債権が適宜の方法により特定されることを前提に、かかる契約も原則として有効であり、譲渡の目的とされる債権の発生可能性の程度によってその効力は当然に左右されるものではないとしたものである。

31)　以上池田・前掲注27)リース事業協会報告書論文13頁。

賃貸人が不動産を譲渡した場合における当該不動産から発生する賃料債権の帰属、②売掛債権の譲渡後に事業譲渡等によって事業が譲渡された場合における同一事業から発生する売掛債権の帰属、③将来債権を含む債権の譲渡後に倒産手続が開始された場合における管財人等の下で発生した債権の帰属、の３点についてＡ説からＩ説までが掲げられている（32頁以下）。

まず、①不動産の賃料債権の譲渡後に賃貸人が不動産を譲渡した場合における当該不動産から発生する賃料債権の帰属に関して、Ａ説は、賃料債権の譲受人は、将来債権譲渡の効力を新賃貸人に対抗でき、将来債権譲渡の対象となった賃料債権は、すべて賃料債権の譲受人に帰属するという考え方であり、Ｂ説は、賃料債権の譲渡人（建物の譲渡人）である旧賃貸人が締結した賃貸借契約に基づき発生した賃料債権は、賃料債権の譲受人に帰属し、建物の譲受人である新賃貸人が新たに締結した賃貸借契約に基づき発生した賃料債権は、新賃貸人に帰属するという考え方である。Ｃ説は、賃料債権の譲受人は、将来債権譲渡の効力を新賃貸人に対抗できず、不動産の譲渡後に発生する賃料債権は、すべて新賃貸人に帰属するという考え方である。

次に、売掛債権の譲渡後に事業譲渡等によって事業が譲渡された場合における同一事業から発生する売掛債権の帰属については、Ｄ説は、債権の譲受人は、将来債権譲渡の効力を事業の譲受人に対抗することができ、将来債権譲渡の対象となった売掛債権は、すべて債権の譲受人に帰属するという考え方である。Ｅ説は、事業の譲受人が締結した個別契約から発生する債権については、基本契約と個別契約の結び付きが弱い場合には事業の譲受人に帰属し、基本契約と個別契約の結び付きが強い場合には債権の譲受人に帰属するという考え方である。またＦ説は、債権の譲受人は、将来債権譲渡の効力を事業の譲受人に対抗することができず、事業の譲渡後に発生する売掛債権は、すべて事業の譲受人に帰属するという考え方である。

最後に、将来債権を含む債権の譲渡後に倒産手続が開始された場合における管財人等の下で発生した債権の帰属については（必ずしも特定の種類の債権の譲渡を念頭に置くのではなく、管財人の地位をどのように理解するかという観点から

整理するという前置きで分類がされているが）、Ｇ説は、債権の譲受人は、将来債権譲渡の効力を管財人等に対抗することができ、将来債権譲渡の対象となった債権は、すべて債権の譲受人に帰属するという考え方であり、Ｈ説は、将来債権譲渡の対象となった債権のうち、管財人等が締結した契約に基づき発生する債権については、譲渡人（管財人等）に帰属し、倒産手続前に譲渡人が締結した契約に基づき発生する債権については、債権の譲受人に帰属するという考え方である。またＩ説は、債権の譲受人は、将来債権譲渡の効力を管財人等に対抗することができず、倒産手続開始後に発生する債権は、すべて倒産手続が開始された譲渡人（管財人等）に帰属するという考え方である。以下これらについて順次検討する。

なお、これらの点については、学者グループの立法提案も謙抑的である。前掲の民法改正研究会の案は、将来債権譲渡については、立法による解決よりは判例その他解釈論での合意形成にゆだねる態度を取っている[32)]。また民法（債権法）改正検討委員会は、譲渡可能という基本規定のほかに、「将来債権が譲渡された場合には、その後、当該将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者に対しても、その効力を対抗することができる」という唯一の提案をしているが[33)]、実はこれが実務界でかなりの激論を呼ぶ種になっている[34)]。この点も以下で詳論する。

⑵　不動産の賃料債権（将来債権）の譲渡後における賃貸人の不動産譲渡と賃料債権の帰趨

前記Ａ説は、譲渡人が債権の譲受人に譲渡したのは、不動産から生み出される賃料債権であるところ、譲渡人は、その譲渡の段階では将来分まで建物の収益価値を把握しているため、当該将来債権の譲渡はその契約で定められた期間及び金額について有効であり、その後の建物の譲受人は、当該期間・金額につ

32）前掲注4)『民法改正　国民・法曹・学会有志案』167頁以下参照。
33）前掲注4)NBL904号220頁【3.1.4.03】⑵参照。
34）池田・前掲注12)『債権譲渡と電子化・国際化』414頁参照。

いて収益部分の失われた建物を譲り受けたことになるとするものである。B説は、賃料債権は契約から発生するものであるところ、建物の譲受人が新たに締結した賃貸借契約に基づき発生する賃料債権については、譲渡人の処分権が及んでいなかったため、新しい賃貸借契約に基づき発生する賃料債権について、将来債権譲渡の効力を対抗することはできないとするものである。また、C説は、賃料債権は賃貸不動産の物権的処分に対抗しえないことや、譲渡人は、建物の譲受人の下で発生する賃料債権の処分権を有しないことを根拠とする。

この3説のうち、まずC説は、実質的に将来債権譲渡を認めたことにならず、現在の判例法理の考え方と相容れないと思われる。すなわち、将来債権譲渡担保と国税債権の優劣が争われた最判平成19. 2. 15民集61巻1号243頁では、「将来発生すべき債権を目的とする譲渡担保契約が締結された場合には、債権譲渡の効果の発生を留保する特段の付款のない限り、譲渡担保の目的とされた債権は譲渡担保契約によって譲渡担保設定者から譲渡担保権者に確定的に譲渡されているのであり、この場合において、譲渡担保の目的とされた債権が将来発生したときには、譲渡担保権者は、譲渡担保設定者の特段の行為を要することなく当然に、当該債権を担保の目的で取得することができるものである」と判示されている。したがって、A説かB説かの議論はなお残るとしても、C説の考え方は、(担保としての譲渡であっても真正譲渡であっても)判例法理を前提とすれば採り難いというべきである。実際、C説では、現在実務で想定されている、プロジェクト・ファイナンスのような債権譲渡を用いた資金調達スキームが成り立たないことになろう。国際的にも多くの賛同は得られないと思われる。

それではA説とB説の比較はどう考えるべきであろうか。もちろん、新しく規定を置くという場合には、この両者とも考え方として可能ではある。しかし、上記最高裁平成19年判決の論理を素直に取った場合は、まずA説の考え方がでてこよう。その上で、B説の論理のキーワードを考えれば、譲渡人の「処分権」ということになろう。つまり、建物譲受人が新たに締結する契約については、譲渡人の処分権は及んでいないのだから、そこまでは将来債権譲渡の効力は及ばないというわけである。

しかし、平成11年判決から平成19年判決まで、積み重ねられてきた判例法理の論理は、例えば、某ビルの第〇〇号室の賃料債権を向こう５年間、という特定の仕方でする将来債権譲渡は有効であるということであって、したがって、まずその譲渡契約の段階で、譲渡人は５年分の賃料債権の「処分権」を有していると考えるべきではなかろうか。さらに、複数年の将来債権譲渡契約の有効性を認めた最判平成11. 1. 29民集53巻１号151頁は、「右債権が見込みどおり発生しなかった場合に譲受人に生ずる不利益については譲渡人の契約上の責任の追及により清算することとして、契約を締結するものと見るべき」とするのであるから、上記の例でいえば、５年分の賃料債権は有効に処分されたといえるはずなのである。もっとも、不動産の賃貸人の地位は所有者の地位に随伴するという意見もあろうが、それは、新所有者が新債権者としての地位を主張するために不動産取得の対抗要件具備以外に別途の対抗要件具備を要しない、という意味にとどまるのであって、賃料債権者の地位と所有者の地位が別主体に帰属すること自体はなんら不可能ではない。

実際、Ｂ説では、将来債権譲渡をした後に意図的に建物を譲渡し、建物譲受人が旧賃貸契約を合意解約して新契約を締結しなおす等の行動に出た場合、将来債権譲渡担保で融資した融資者の立場が不当に害される可能性がある（その意味で、契約締結主体で分けることには疑問もある。賃貸人の地位の移転のケースでは、表現としては、後述する⑷の立法提案にある「譲渡人の契約上の地位を承継した者」かどうかを判断基準とするほうが、若干実質的な判断ができる場合もありそうであるが、ただこの文言では、後述するように、倒産ケースでは「承継人」か「第三者」かの性質決定の問題が起こる)。逆に、賃料が一定期間将来債権譲渡されている建物については、その収益が得られない分を差し引いた評価額で譲渡契約がなされればよいのである。したがって、私見はＡ説を支持する[35)]。

35）以上池田・前掲注27)リース事業協会報告書論文15～16頁。ちなみに、賃料収入の得られない部分が存在することを隠して契約した場合の紛争処理は別の法理でなされるべきであって、その種のトラブル発生の可能性を理由に将来債権譲渡の可否を論じるのは適切ではなかろう。

(3) 売掛債権（将来債権）の譲渡後の事業譲渡

こちらも上述と同様の理由でまずＦ説は採りえない。「検討事項」は、ここでもＤ説かＥ説かの説明において、「処分権」を基軸に説明をしている（これは後述するように民法（債権法）改正検討委員会の議論の影響が強いと思われる）。それによると、Ｄ説は、「事業から生じる債権については、譲渡人が広く処分権を有することから、将来債権譲渡の効力を事業の譲受人に対抗できるとする見解であ」り、Ｅ説は、「基本契約と個別契約の結び付きが弱い場合には、譲渡人が個別契約についての処分権を有していないと考えられることから、将来債権譲渡の効力を事業の譲受人に対抗することができないが、基本契約と個別契約の結び付きが強い場合には、譲渡人が個別契約に基づき発生する債権についても処分権を有していたと考えることができるとするものであり、基本契約と個別契約の結び付き方に配慮しなければならないとする見解である」とのことである。しかしこれは、いかにも学者の頭で考えた分類である。いったい、基本契約と個別契約の「結び付き」の強さ弱さを訴訟代理人はどう証明し、裁判官はどう判断するのか。千差万別の契約のある中で、どういう「判断基準」を立てるのか。仮に判断基準がそれなりにできたように見えたとしても、こういう規定を作って、紛争解決に資する、使い勝手の良い、可視性の高い民法ができるのか。私は、議論の発想自体に非常に違和感を覚えるところである。

具体的に考えても、判例が有効と認める例のような、たとえば「B1からB10までの取引先に向こう３年以内に売却した寝装品の売掛代金債権」を対象とする将来債権譲渡があって、譲渡人からの事業譲渡を受けたケースでは、基本契約と個別契約の「結び付き」の強弱という判断基準で事業譲受人に将来債権譲渡の効力が及ぶか及ばないかを判断するのは適切であろうか。加えて、（ここでは詳論しないが）事業譲渡という概念をどう捉えるか（いくつかの類型的考察が必要ではないか）という問題もある。ここでも「処分権」というキーワードは必ずしも十分に機能していないように思われるのである。以上の考察から、筆者は、予測可能性、安定性という見地から、ここでもＤ説を支持する[36)]。

36）以上池田・前掲注27）リース事業協会報告書論文16～17頁。

⑷　将来債権譲渡後の譲渡人の倒産（倒産手続開始後に管財人のもとで発生した債権の帰趨）

これが実務では現在一番の争点になっているようにみえる。民法に規定を置くことが適切かどうかも十分に検討しなければならないところである。

まず、先にも触れたように、民法（債権法）改正検討委員会は、将来債権譲渡について、有効に譲渡しうるという基本規定以外に、唯一、「将来債権が譲渡された場合には、その後、当該将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者に対しても、その効力を対抗することができる」という提案をしている（『債権法改正の基本方針』【3.1.4.02】〈2〉）。しかし、これが弁護士業界から多数の議論を呼んでいる。つまり、管財人がここで言う承継人に入るのか、それとも入らない「第三者」なのかという議論である（当然のことながら、流動化業務に携わる弁護士からは、管財人は第三者ではなく、承継人の部類に入るという主張がなされ、倒産業務に携わる弁護士からは、管財人は当然第三者であるという主張がなされるわけである）。民法（債権法）改正検討委員会は、同委員会の前掲『基本方針』の発表段階で、同検討委員会の案としては管財人を第三者と見る方向と読み取られ、同検討委員会の担当者（沖野眞巳委員）がそれを否定して、同検討委員会としては管財人が第三者に入るかどうかについては、倒産法の問題でもあり、債権法のみで片付けられることではなく、今後の議論にゆだねる趣旨であるという釈明をしたりしたところである[37)]。

しかし、それであれば、そもそも上記【3.1.4.02】〈2〉のような規定を置いて、管財人は承継人か第三者という一律の性質決定をさせるような発想自体が民法の条文としては不適切なのではないかとも思える。民法としては、そういう基準を立てて判断をさせるようなことはせず、判断を倒産法やその他の特別法にゆだねるというやり方にもかなり説得力があると思われるのである。

ちなみにこの点については、平成21年10月の金融法学会でも議論があった。その一部を紹介すると、井上聡弁護士の報告に対して小粥太郎教授（上記検討

37）池田・前掲注12)『債権譲渡と電子化・国際化』414頁参照。

委員会の該当部分準備会メンバー）が提出した質問票（井上弁護士が読み上げ）では、以下のように述べられている（いささか長くなるが、公平を期するために途中を省略せずに引用する)。

「世の中には将来債権を包括的に譲渡した譲渡人が倒産した後に発生した債権についても、将来債権譲渡の効力を及ぼすべきであるという主張があることは確かだと思います。このような立場からいたしますと、検討委員会試案【3.1.4.02】〈2〉は、譲渡人倒産後に発生した債権について、将来債権譲渡の効力を否定する可能性があるものとして批判されることになります。しかし逆に、倒産手続の目的をきちんと実現するためには、あまりに包括的な将来債権譲渡の効力を認めることは適当でなく、一定の制約をかけるべきだという主張もございます。このような立場からいたしますと、検討委員会試案【3.1.4.02】〈2〉は、包括的な将来債権譲渡の規制手段としては不徹底だと批判されることになるかもしれません。この点に関する検討委員会試案は、私の理解いたしますところによれば、将来債権譲渡が大事なのか、倒産手続の目的実現が大事なのかという争いには直接は立ち入らないというスタンスを採っている。政策的にどちらの立場もそれなりに理由はあるけれども、どちらの立場から見ても、理屈からいって、認めざるを得ないような線引きを提案するもので、条文として形にならないとしても、取引法の基本的な原理から導き出せる内容だろうと思っております。検討委員会の提案内容のかぎは「譲渡人の処分権」というもので、単に譲渡人に処分権がないような将来債権については、処分の効果が生じるはずがないということをいっているものと理解しております。くどいようですが、第三者の財産については、原則として、譲渡人には処分権がないので、それを譲渡しても譲渡の効力は生じないという当たり前のことをいっている（以下略)」[38] というのである。

しかし、問題は、この「当たり前」と表現されていることが将来債権譲渡の局面で本当に「当たり前」といえるのかということであろう。つまり、結局(「承継人」の裏返しの)「第三者」と「処分権」というキーワードが、理屈の上では明瞭な概念であっても、現実の紛争局面で明確に機能するのか、つまり個々の

ケースで「第三者」といえるか、「処分権」の有無が明瞭か、というところでの議論に逢着するのである。少なくとも、現時点の弁護士業界での議論の沸騰ぶりを見ると、「将来債権譲渡が大事なのか、倒産手続の目的実現が大事なのかという争いには直接は立ち入らないというスタンスを取っている」のであれば、【3.1.4.02】〈2〉のような紛議を招く規定は提案すべきではないといえそうである。

そして、この小粥教授の質問に対して井上弁護士は、「私自身は、……検討委員会試案が、第三者の財産については、譲渡人には処分権がないから原則として譲渡の効力が生じない旨を提案されたことは、理解しているつもりです。検討委員会試案が公表される前に第３準備会の中ではいろいろな議論があったようですけれども、最終的な結論自体は、いまのようなニュートラルなものであると理解しておりまして、ただ私は、その立場に立った場合であっても、管財人は実体問題における第三者ではないと考えるべき旨を申し上げたものです」[39] と答えるのである。井上弁護士の発言はこう続く。「他人の財産を処分することができないというのは、まったくそのとおりでして、ただ将来債権の譲渡がなされた場合に、その後、譲渡人が倒産した場合の倒産手続における債務者あるいは管財人が、果たして実体法上の帰属主という意味での他人、第三者になるかどうかという点については、私自身は、平成19年の最高裁の判決を前提にいたしますと、第三者とはいえないのではないかと考えるわけです。すなわち、将来債権は、譲渡人が譲渡時に処分権を有していれば、確定的にその

38）シンポジウム記録「債権法改正と金融取引」金融法研究26号（金融法学会、2010年）100頁。なお、同記録では、沖野眞已教授が、シンポジウムで筆者からの質問に時間的な制約で答えられなかった部分を注記として補充して記述して下さっているが、そこでも、「試案は、将来債権を生じるもととなる財産、例えば賃貸目的物や事業が譲渡されたような場合の、主体をまたがって将来債権譲渡の効力が問題となる場合を念頭に、将来債権の処分権という観点からの規律を明示することを提案しております」と書かれている。また、管財人については、「譲渡人倒産の場合をどうとらえるかは、倒産法の議論を待つ必要があり、直ちに決められるものではありません。他方、倒産管財人の地位をめぐる一般論だけの問題でもなく、将来債権の処分権がどこまで認められるのかという観点から、その位置付けを探る必要があると考えております（以下略）」と記述されている（同金融法研究115頁）。

時点で譲渡されると判示されていますから、その後、譲渡人が処分権を失うに至っても――例えば倒産手続の開始その他で譲渡人だった人が処分権を失い、管理権限が管財人に移ったとしても――そのこと自体は以前になされた処分に影響を及ぼさないと読むのが自然ではないかと思います」[40] と。私見は、前掲(2)の記述からも明らかなように、この井上弁護士の平成19年判決の読み方に賛同するものである（したがって、私見でも、譲渡人は処分権をもって将来債権を譲渡したものであって、また倒産手続が開始されてもそのことは以前になされた処分には影響しない、と考える)。

ちなみに、近年の裁判実務での考え方では、将来債権譲渡担保の効力が倒産手続の開始後に新たに生じる債権にも及ぶとする見解が実務では大勢という認識もあるようであるが[41]、2005年の論考で、消費者金融会社が将来債権に譲渡担保権を設定するケースについて、反対の見解を示していた裁判官もある[42]。

以上の考察をした上で、改めて「検討事項」のＧ説からＩ説を見てみよう。「検討事項」では、以下のように解説される（ここもそのまま引用する）（35頁以下)。

> 「Ｇ説の考え方は、最判平成19. 2. 15民集61巻１号243頁を前提とすると、管財人等は、債権発生時に譲渡人に債権の管理処分権がないことを理由として将来債権譲渡の効力を否定することができないことから、債権の譲受人は、倒産手続開始後に生じた債権についても将来債権譲渡の効力を管財人等に対抗することができるとする見解や、管財人等の第三者性は、対抗要件の具備の有無について問題となるだけであり、債権の帰属の面では管財人等も譲渡人の一般承継

39）40）前掲注38)シンポジウム記録・金融法研究26号101頁。

41）東京地裁破産再生実務研究会『破産・民事再生の実務〔新版〕(下)』（金融財政事情研究会、2008年）164頁では、「管財人の活動によって得られた財産が更生会社と異なる財産を構成するわけではなく、一体として更生会社の財産となることなどを理由として、開始後に発生する債権にも担保権の効力が及ぶとするのが実務の大勢であり……民事再生手続でもこれと同様と解される」という記述がある。

42）鹿子木康「東京地裁における会社更生事件の実情と課題」NBL800号（2005年）141頁は、「DIP更正手続開始後にDIPファイナンスを原資として取引を継続し新たな貸付を行った場合に……は、担保の効力が及ばないと解すべきではなかろうか」としている。

人であることから、譲渡人は管財人等の下で発生する債権の処分権を有しており、債権の譲受人は管財人等に対して将来債権譲渡の効力を対抗できるとする見解である。他方、H説は、管財人等は、倒産手続開始前の譲渡人とは区別された手続機関であり、外部の法律関係においても、譲渡人と区別された第三者としての地位を認められているから、管財人等が締結した契約に基づき発生する債権については、譲渡人の処分権が及んでいなかったことを理由として、債権譲渡の効力を管財人等に対抗することができないとするものである。Ｉ説は、H説同様に、管財人等を第三者として考える立場であるが、管財人等の活動の成果として発生する債権等については譲渡人の処分権が及んでいなかったことや、特に再生型の倒産手続においては、倒産手続開始後に発生する債権の譲渡の効力を一切対抗することができないと考えなければ、再生手続を阻害するということを理由とする見解である。」と。

私見を述べる前に、問題を整理したい。ここでは、民法で決めるべき部分と、倒産法の判断にゆだねるべき部分を的確に分けるべきである。ことに、倒産手続の中でもいくつかの分類を置き、再生型の手続において管財人側の優位性の確保がもっとも重要になる等の議論は、有益な検討方法ではあるが、まさに倒産法制の論理の中で処理されるべき問題であり、民法改正で論じるべき範疇を超えている。そうすると、倒産法の議論に前提の制約条件を与えるような民法規定を置くべきではないことになる。だとすると、先にも述べたように、検討委員会案の【3.1.4.02】〈2〉のような規定は、普遍的に妥当する「当たり前」の内容のものとは必ずしも思われないのである。したがって、ここでも、A説から始まってＩ説までを列挙し、賃料債権、売掛債権、倒産場面、と同じような「処分権」概念で問題を整序しようとする「検討事項」の問題設定（そしてそれは明らかに検討委員会試案に強く影響されている）それ自体が、はたしてベストのものか（さらにいえば適切なものか）という疑問が湧くのである。そもそもまったく別のアプローチの仕方はないものだろうか。

ちなみに、私見は、G説、H説、Ｉ説を評せよと言われれば、ここまでの記述でも理解されるとおり、G説に与する。それは、流動化を支援するためとい

うような政策論からではなく、上記平成19年判決までの判例法理の到達点から考えればそれが最も素直な判断であるというのが最大の理由である。他の理由は、処分権のありかも含め、まさに上記「検討事項」が紹介するとおりである。Ⅰ説は、結局実体法の論理よりも倒産法の論理が優先するとするものであり、法体系全体の問題としてそう決定されれば従わざるを得ないが、民法の世界での判断としては出てこない解答である。なお、仮にH説を採った場合は、解釈問題がいろいろ出てくると思われるが、少なくともそこでいう「管財人等が締結した契約」とは、まったくの新規契約だけをいうべきであって、同一相手先と反復してする契約は、H説のいう管財人の下で行われた契約ではないこと等をはっきりさせるべきと考える。

なお、「検討事項」は、最後に「将来債権譲渡の対抗力の限界について規定をおく場合の規定の在り方」として、前記検討委員会試案【3.1.4.02】〈2〉を紹介し、この考え方によると、採用されるのはB説とE説であり、そして管財人等の地位を承継人と考えればG説、第三者と考えればH説となるとし、さらにⅠ説の立場からは批判があると紹介するが（36頁）、この部分は（紹介だけで）何を言おうとしているのか、意味ないし意図が不明である。もし安易に結論として検討委員会試案の方向で取りまとめようとする意図で書かれているのであれば論外であるし、そのような詮索がされるような書きぶりで終わるのは「検討事項」の提示として適切ではなかろう[43)]。

Ⅳ　小括――よりよい民法（債権法）改正のために

以上、本報告は、法制審議会部会配布資料「民法（債権関係）の改正に関する検討事項」を資料として、対抗要件と将来債権譲渡の問題にしぼって検討したものである。ただし、実際の法制審議会部会でこれらの論点が検討された平成22年４月13日の会議では、弁護士会の速報記録等に接した範囲では、１回の

43）以上池田・前掲注27）リース事業協会報告書論文17～21頁。

会議の時間的制約もあり、各委員の意見の表出はあっても、必ずしも深い論議が展開されたとはいえない部分も多いように思われる。民法（債権法）という基本法をなぜ今、どのように直すのか、というもっとも基本的な観点に立ち戻りつつ、法曹、実務家、市民の各人がそれぞれの立場で、できるだけ多くの意見を、法制審議会部会の構成員に届くように表出することが、今、何よりも求められているように思う次第である。

最後に、若干の付言をしたい。学者は研究対象に対して謙虚であるべきというのが私の持論である[44)]。民法の場合の研究対象は、民法典でありかつその使い手であり適用対象となる市民そのものである。民法研究は、市民に対する謙虚さを持ってしなければならないのである。

法務省の当局者も、民法改正を他の法律の改正と同様に考えたら間違いではないだろうか。私は、民法は、本来、市民社会の慣行を法のレベルに引き上げる性質のものであって、業法のように取引社会を監督官庁がコントロールするものでもないし、またお上が市民にルールを下げ渡すものでもない、と考えている。その意味で、実務と市民の目線の重視が絶対に必要である。

また、民法ルールの国際化というのは改正の重要な観点・要素ではあるが、中村哲医師が、「「国際化」の致命的な欠陥は、下から上を見る視点の欠落である」[45)] と言っているのは、分野や文脈こそ違え、法の世界でも見事にあてはまる名言であると考える。国際化の観点から議論を推し進めることは、どうしても上から目線の押し付けになる。民法改正は民意によって、民意に従ってなされるべきである、というのが、私の本報告の最大の主張である。

44）池田・前掲注12)『債権譲渡と電子化・国際化』434頁。

45）中村哲『辺境で診る辺境から見る』（石風社、2003年）127頁。