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

Title	債権譲渡禁止特約再考
Sub Title	Une réexamen de la clause de non-cession de créance
Author	池田, 真朗(Ikeda, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1999
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.72, No.12 (1999. 12) ,p.205- 244
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	新田敏教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19991228-0205

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.

債権譲渡禁止特約再考

池田真朗

一　はじめに――問題の所在
二　実務取引上の問題状況
三　譲渡禁止特約に関する国際的な趨勢
四　従来の判例と学説
五　今日の実務の問題意識からの判例再検討
六　起草趣旨再考
七　譲渡禁止特約の利用
八　小括と展望

一　はじめに――問題の所在

わが民法は、債権の譲渡性を承認した民法四六六条において、当事者が意思表示によって譲渡を禁ずることができ（同条二項本文）、ただしその特約は善意の第三者には対抗できない（同条二項但書）と、譲渡禁止特約の有

効性とその第三者効を明定している（なお判例[1]は、重過失は悪意と同様に取り扱うべきとして、この二項但書の「善意」を「善意・無重過失」としている）。したがって、禁止特約につき善意の譲受人は、問題なく債権を有効に取得しうるが、譲受人が悪意（重過失）者の場合は譲渡は無効と考えられている（この要件・効果の点については後に再び述べる）。この規定についてはこれまで、一部の有力学説が、譲渡禁止特約が一方当事者（具体的には債務者たる金融機関）の便宜のためのみに結ばれている場合には悪意者に対しても特約は対抗できないと主張していたが[2]、それ以外の学説は、ほぼ条文通り善意の第三者には対抗できないとするか[3]、判例のいう善意・無重過失の第三者には対抗できないという解釈論を採用してきた[4]（中には善意・無過失を要件とする少数説も存在する[5]）。いずれにしても、最初の説以外は、譲渡禁止特約の対第三者効力を基本的に肯定することになる（これら学説状況についても後に再説する）。

ところが、最近、いわゆる債権流動化や集合債権譲渡担保等、資金調達のために指名債権を大量に譲渡する取引が実務界で一般化するにつれて、資金調達を図る譲渡人たる企業と、その資金を供給する譲受人たる特別目的会社や信託銀行等にとって、この譲渡禁止特約の存在が、それらの取引を行う上で弊害になるという見解が示されるようになってきた。勿論、これがそのような特定の形態の取引の当事者による要請に止まるのであれば、民法四六六条の解釈論自体においてそれを検討する必要は必ずしもない。政策的な理由のみで、一般法たる民法の解釈論を調整することは適切とはいえないからである（また、後述するように、現代的金融取引においては、債務者の立場に立つ金融機関等が、新たな形でこの譲渡禁止特約を活用しようとしているという実務の現状があること等も把握されなければならない）。

しかしながら、この譲渡禁止特約を認める規定を置くのは、実は世界の近代民法の中では大変少数派に属する。

このような特約による譲渡禁止を規定しない国が多数であり、中には積極的にこのような禁止特約の対外的効力を否定する国もある。そして、立法過程を精査すると、わが民法の起草者も、そのような（少数派であるという）状況を十分承知の上で、あえてわが民法典に取り込んでいたことがわかるのである。

では、起草者たちはどのような理由でこの規定を採用したのか。その理由如何によっては、現代の解釈論ないし立法論として、四六六条二項の規定の存在自体を再考する必要も出てくる可能性があるのではないか。さらに、現代における債権譲渡禁止特約の用いられ方や用いられる場面は、債権譲渡取引の発展によって、立法段階で予定されていたものとはかなり異なるものになってきているのではないか。それを検証することによっても、この規定の有用性・合理性の有無が明らかになるのではないか。本稿の執筆の意図は、まさにそれらの点の解明にかかる。

（1）最判昭和四八年七月一九日民集二七巻七号八二三頁
（2）米倉明「債権譲渡禁止特約の効力に関する一疑問（二）」北大法学論集二三巻一号九頁以下。
（3）近藤英吉＝柚木馨・注釈日本民法債権総則（中）三六七頁、加藤一郎・民法演習Ⅲ一四三頁。
（4）高木多喜男・民商法雑誌七〇巻六号一〇九頁、中馬義直・基本法コンメンタール民法Ⅱ一一二頁等。
（5）我妻栄・新訂債権総論五二四頁、林千衛・判例民事法昭和一三年度62事件等。

二　実務取引上の問題状況

最初に、具体的に実務取引上の問題点を確認しておこう。従来の判例・学説が検討の対象としてきた預金債権

についての譲渡禁止特約の伝統的な問題は省略することにして、ここでは最近の問題状況を中心に論じる。

(1) 債権流動化と譲渡禁止特約

近年盛んになってきた、売掛債権や立替金債権等の債権流動化においては、流動化を図る企業等が、取引先に対して有する多数の指名債権をまとめて特別目的会社や信託銀行等に譲渡し、資金を得る。その譲受人となった特別目的会社等は、譲受債権をもとに資産担保証券を発行して投資家に売却したりするのが典型的な債権流動化の手法である。この場合、譲受人たる特別目的会社等が証券を発行したりする段階は、有価証券法理の適用場面となるが、流動化を図る企業等（オリジネーターと呼ばれる）が、特別目的会社等に債権を譲渡する段階は、民法上の指名債権譲渡となる。このような、売掛金等の指名債権を資金調達に用いる方法は、従来の金融機関からの有担保借入（間接金融）と異なり、オリジネーター自身による直接金融であり、また社債の発行のようなオリジネーターの信用力による資金調達ではなく、個々の債権の信用力（具体的には個々の債権の第三債務者の信用力）による資金調達ということで、場合によっては、担保提供可能物件の少ない企業や、自己の格付けの低い企業でも利用可能な資金調達方法である。また、リース会社、クレジット会社等、顧客への立替金債権等を無数に持つ企業の資金調達方法としても有効であるのは周知の通りである。[1] したがって、このような企業の資金調達のための指名債権譲渡は、経営の危機的な状況においてなされる代物弁済としての債権譲渡などとははっきり区別して、企業の正常業務内での新しい資金調達方法として位置づけられるべきものである。

さて、そのような債権流動化手法において、特別目的会社等が資産担保証券を投資家に販売する場合には、その利率等は、当然のことながら、譲り受けた債権の総額についての、第三債務者からの回収率予測等を勘案し決

定される。したがって、譲り受けた多数の債権の中に譲渡禁止特約付のものがあり、その特約の認識が争われた結果、それらの権利が取得できないということになれば、当然それら資産担保証券の商品設計にも影響することになる。また、それぞれの債権に譲渡禁止特約が付されているかどうかを調査することも譲受人側のコスト増になる。結局、譲渡債権の集合の中にそのような権利移転のかなわない債権が含まれていれば、それだけオリジネーターとしては効率のよい資金調達はできなくなるということで、譲渡禁止特約は債権流動化の阻害要因となるのである。

このような指摘は、近時多数の実務家から指摘されているところであるが、国際取引の世界においても、譲渡禁止特約の対外効の否定は、多数の国の合意を得る趨勢にある。その点は次の三で紹介する。

(2) 譲渡禁止特約の有効性と対第三者効の妥当性

しかし、問題はそれほど簡単ではない。第一には、そもそも譲渡禁止特約の当事者間での有効性と、その対第三者効の妥当性とは全く別の問題であることが認識されなければならない。第二には、現代の金融取引においては、新たな形でこの譲渡禁止特約を活用する必要のある取引が増加してきていることもまた確かであるということが理解されなければならないのである。

まず第一の点について、理解の容易な預金契約を例にとって述べよう。わが国においては、一般の銀行預金契約について、預金者側の選択の余地のない契約条項として、譲渡禁止条項が附されている。金融機関がそれを附す主たる狙いは、自己の預金者に対する貸付債権の回収を預金債権との相殺によって図る利益を確保する点にあることは明らかであるが（他に従来金融機関が理由として挙げていた、預金者の変更による事務処理の煩雑化を避ける

などの点は、禁止特約に対外効を持たせるに足りる合理性のある理由ではない）、わが国の場合は、預金担保貸付取引等をする場合だけでなく、単純に個人が預金口座を開設する段階で既にこの譲渡禁止特約が例外なく付される形になるのが特徴である。

この点で各国の取扱いを見れば、預金を貸付金の担保とするために個別に譲渡禁止特約を結ぶこと自体は、各国で広く行われており、またそのような特約自体は、契約における当事者自治の観点から、問題なく有効と認められているようである。(2) しかし、譲渡禁止特約の有効性を明定していない諸国（たとえば、大陸法系ではフランス、イタリア、スペイン等、英米法系ではアメリカ合衆国、カナダ、オーストラリア等）では、すべての預金契約に自動的に譲渡禁止特約条項が含まれるという状況は存在しないということは確認されなければならない。(3) したがって、譲渡禁止特約を法が明定して認めるか、法の規定なしに当事者自治（契約自由）の問題として認めるかの差異は、（皆無ではないが）それほど大きくない。結局、中心的な問題は、その譲渡禁止特約の第三者効を法が一律に承認することの可否にかかるということになるのである。

(3) 新種金融取引と譲渡禁止特約

さらに右に掲げた第二の点であるが、最近では、預金者と金融機関というような単純な図式ではなく、さまざまな金融取引の中で、仕組みの中で譲渡禁止ないし一定の者以外への譲渡禁止を組み込んだものが現れてきていることにも注意しなければならない。そこでは、金融機関同士の取引もあれば、企業間の取引や決済を金融機関が仲介する形態（たとえば、後述するいわゆる一括決済方式等）もある。デリバティブ、スワップ、ネッティング等、それ自体は民法学の対象領域を超える新種金融取引の中で、この譲渡禁止特約がどのような役割を果してい

るのかも分析されなければならないのである。

（1）リース会社・クレジット会社が利用する債権流動化のための仕組みを設定した、わが国における流動化立法のパイオニアと位置づけられるものが、平成五年施行の、「特定債権等に係る事業の規制に関する法律」（特定債権法）であるのは、周知のところである。

（2）（3）フランス、アメリカ合衆国、カナダ、オーストラリア等の諸国については、後述のＵＮＣＩＴＲＡＬ国際契約実務作業部会の出席メンバーにこれらの状況を口頭で確認した。

三　譲渡禁止特約に関する国際的な趨勢

(1) 概説

世界各国の近代民法は、等しく債権の譲渡性を認めている。したがって、譲渡禁止特約は、本来存在する指名債権の譲渡性を、当事者間の合意によって例外的に奪うものである、という認識がまず共通の前提にあるといってよい。実際に、この特約による譲渡制限の明定は、世界的に見ても、ドイツ民法三九九条などわずかの例のみある少数派の規定である（この点については、さらに後に詳細に述べる）。フランス民法、イタリア民法、スペイン民法などには存在せず、もちろんこれらにおいては特約による譲渡禁止は対外的効力を持たない（当事者間でそのような特約をすること自体は禁じられていないが第三者には主張対抗できない）趣旨と解される（わが国のボアソナード旧民法も譲渡禁止特約を置いていなかった）。そればかりか、以下に述べるアメリカ合衆国のように、明文で譲

渡禁止特約の無効を規定する国もある。

すでに一〇〇年前の段階で、わが民法制定の際の法典調査会に提出された議案四六九条（現行四六六条）に付された参照条文は、オーストリア民法、ポルトガル民法、スイス債務法、モンテネグロ民法、ベルギー民法草案、ドイツ民法第一草案、同第二草案、その他プロシア、ザクセン民法のものであるが、[1] そこで起草者も説明する通り、これらのほとんどが譲渡禁止特約の定めを置かない例として参照されているのであり、わずかにスイス債務法とドイツ民法（第二）草案だけが譲渡禁止の特約を許す規定として参照されているのである。

(2) アメリカ統一商事法典における譲渡禁止特約の取扱い

現在では、わが国の国際債権取引の最大の取引先国と思われるアメリカ合衆国の統一商事法典（UCC）が、その第九編（9-318（4））で、譲渡禁止特約は一般的に無効（効力を持たない）との規定を置いている。つまり、売掛債権等については、債権の譲渡担保権者は、譲渡禁止特約やその他の法による譲渡制限があっても、完全な担保権を取得するのである。しかし周知のように、UCCは改正作業の最終段階に至っており、この規定も改正案では九―四〇六条となる予定である。改正第九編は、その適用範囲を約束手形（promissory note）や、新設概念である「支払無形財産」（payment intangible）[2] の売買にまで広げているが、この適用拡大範囲に対しては、改正九―四〇六条は適用されないことになっている。

(3) UNCITRAL（国連国際商取引法委員会）の条約草案

さらに、この傾向は、新たに制定作業が進められている国際条約の中でも明らかに示されようとしている。U

NCITRAL（国連国際商取引法委員会）の国際契約実務作業部会[3]では、一九九五年一一月から、資金調達のための国際債権譲渡（国内債権の国際譲渡や国際債権の国内譲渡も含む）につき、その有効性の確保や対抗手続の統一化を図って、国際債権譲渡条約草案の起草作業を続けてきた。起草作業部会は、ほぼ年二回のペースで一九九九年春のニューヨーク会期まで合計七回開催され、八回目の一九九九年一〇月のウィーン会期で、草案の全体像がほぼ固まるところまでこぎ着けている。

この条約草案中でも、譲渡禁止特約の規定が置かれる予定で、一九九九年一〇月のウィーン会期の前の段階では、同草案未定稿第一〇条が、「譲渡の契約による制限」という見出しで、「①債権の譲渡は、最初の又は後続の譲渡人と債務者又は後続の譲受人との間の、譲渡人が債権を譲渡する権利をいかなる方法で制限する約定にもかかわらず、効力を有する。②本条のいかなる規定も、譲渡人のその約定違反の義務又は責任に影響を及ぼすものではない。その約定の当事者でない者は、約定違反の責任を負わない。」としていた。[4]これは、一九九七年一一月会期での同草案未定稿一三条が、「①債権は、譲渡人及び債務者間の譲渡人の債権を譲渡する権利をあらゆる方法で制限する約定にもかかわらず、譲受人に移転する。②本条は、譲渡人の債権を譲渡する権利をあらゆる方法で制限する約定に反して譲渡されたことによる譲渡人の債務者に対する義務又は責任に何らの影響を及ぼさない。しかし、譲受人はそのような違反について債務者に責任を負わない。」としていたものが、その後の会期の検討を経て、「債権の移転」という構成が「譲渡の有効性」に関するものに変わり、さらに後続譲渡（転々譲渡）の場合の譲渡禁止特約の規定（当初は別に規定されていた）と合体し、また「譲受人は違反の責任を負わない」という表現から「その約定の当事者でない者は約定違反の責任を負わない」という表現に変化したものである。なお、一九九九年三月会期までは、この条文（この段階では第一二条）の第③項として、「本条は、ローン契約、預

金口座、独立信用保証状、個人的、家族的又は日常的な目的のための契約及び政府調達契約から生じる債権には適用されない」との規定が括弧付つまり採否未定として置かれていたが、同会期での論議の末、この第③項はいったん削除とされた。[5] ただし、政府調達契約（政府その他の公的機関が債務者となる契約）については、別途規定を置き（一九九九年三月会期での同草案未定稿第一二条）、「第一〇条及び第一一条は、債務者が政府機関である場合において、譲渡された債権の支払いを担保する人的または物的担保権を設定した債務者その他の者の権利及び義務に影響を及ぼすものではない」としたのである（第一一条は担保権の移転に関する規定である）。これは、いささか違和感のある規定であるが、最先進国以外の一部の加盟国が、国または地方公共団体が債務者ないし担保設定者である場合には、譲渡禁止特約の有効性や譲渡された債権の担保権の不随伴を認めるよう、強く主張したために設けられた規定である（ただし後述のように、一九九九年一〇月会期で再度取扱いが変わる）。

いずれにしても、このUNCITRAL国際債権譲渡条約草案一〇条においては、譲渡禁止特約の扱いについて、特約は対外的に無効、特約を結んだ当事者（譲渡債権者と債務者）間では有効で破れば債務不履行だが、その場合も譲受人は責任を負わない、という構成で一貫してきた。勿論、債務者の相殺の利益等、わが国で論じられる点が禁止特約の効力を認めるべきという意見として出されなかったわけではない。しかしそれらは少数にとどまった。

そして一九九九年一〇月のウィーン会期では、[6] 前掲第一〇条の第①項についてはそれほど議論がなくそのまま支持され、第②項の、「その約定の当事者でない者は約定違反の責任を負わない」の部分の意味、つまり譲受人その他の第三者が責任を負わないという点をどのような場合にも負わないとするのか等明確にすべきという議論がされ、結局、「単に当該禁止条項を認識しているという理由では」責任を負わないという文言が付加された。[7]

これは、譲受人等が積極的に債務者を害する意図等を持っている場合は別論とするという趣旨である。この点についても、作業部会の当初の意思は、先に掲げた旧案からも読み取れるように、譲受人は責任を負わず、ただ不法行為責任は、本条約外で適用される各国法に委ねるというものであった。[8] そこでは、譲受人が明瞭に信義に反する行動を取った場合が考えられていた。そして、単に譲受人が譲渡禁止特約の存在を知っていただけでは、譲受人の責任の問題は起こらない、なぜならもしそのような認識だけで責任を負う可能性があるとすると、潜在的な譲受人がこの資金調達のための債権譲渡取引に入ることを妨げるからというのが、作業部会の大勢の議論であったのである。[9] 右の追加の修文は、この趣旨を明瞭にしたものである。

しかしながら、一方で、たとえば預金を担保に取る金融機関が譲渡禁止特約を用いることは、世界の多くの国でも従来から当然行われてきたところであるし、最近の新種金融取引においても、実務では譲渡禁止特約を活用している。これらの点については、UNCITRALでも、オブザーバー参加の国際機関である、ヨーロッパ共同体銀行連盟、国際ファクターズチェーン（FCI）等から検討を求める意見が出された。そこで、一九九九年一〇月の会期では、デリバティブ、スワップ、クリアリング・ハウス、ネッティング等の先端的な金融取引については、①そもそも本条約の適用範囲から除外するか、②条約の範囲内に入れておいて譲渡禁止特約の効力を認める等必要な手当てをするという、二つの方向が、適用除外を定める条約草案未定稿第四条のところで改めて議論されたのである。その結果、この②の方向が大勢の支持を得て、そのラインでの改訂案が、ヨーロッパ共同体銀行連盟とアメリカ合衆国から出され、さらにアメリカ案を補正するカナダ案も出された。

具体的には、最初のヨーロッパ共同体銀行連盟案は、銀行預金や新種金融取引から生じる債権を適用除外としようとするもので、デリバティブなどを定義する規定も置こうとするものであった。これに対してアメリカ案は、

取引債権ないし商業債権（trade receivables 仏訳では créances commerciales）という概念を新たに設定し、それを商品の売買や貸借またはサービスの供与についての原因契約から発生する債権と定義して、それら以外の債権（右のような先端的金融取引によって発生する債権がそこに含まれる）について、本条約の一部の条文の適用を除外する規定を置くというものである。ただしアメリカ案は、銀行が債務者として支払義務を負う取引形態について債務者を保護すれば良いのだからという発想で、債務者の権利義務に関する規定を大幅に適用除外にすれば、譲渡禁止特約のところはこのままでよいという結論になる。さらにカナダ案は、アメリカ案のいう取引債権ないし商業債権の定義までは入れず、その適用除外の規定ぶりを更に簡略化しようとするものである。

議論の結果、結局作業部会は一本化した成案を得られず、第四条 bis（後に条文番号が整理されて新第五条）として二本立ての variante を持った規定を仮案としてまとめ、最終決定を二〇〇〇年六月にニューヨークで開かれるＵＮＣＩＴＲＡＬ総会の席上での議論にゆだねることになった。

なお政府調達契約のほうは、最先進国グループから、そもそもなぜ国家のような強い債務者が保護されなければならないのかという基本的な疑問や、国の債務を対象にした債権譲渡がとくに開発途上国との関係では重要な意味を持つのでこれを適用除外としては実務的にも問題であるという意見が出されたが、結局未定稿第一二条そのものは削除して、条約の最終条項の中で、各締約国が宣言によって、第一〇条・第一一条を債務者が政府であるときは適用しないようにできるとの措置が取られることになった。

したがって、このまま条約案が完成となれば、ＵＮＣＩＴＲＡＬ条約では、譲渡禁止特約は譲受人に対しては譲受人の善意・悪意を問わず無効ということになる（ただし前述のように、新種金融取引等には適用除外とするか別規定の設定が留保されている）。

（1）正確には、オーストリア民法一三九二条、一三九三条を先頭に、ポルトガル民法七八五条、スイス債務法一八三条、モンテネグロ民法六〇三条、ベルギー民法草案一七二八条一七二九条、ドイツ民法第一草案二九三乃至二九六条、同第二草案三四二乃至三四四条、プロシア国法一部一一章三八二条、三八三条、三八九条、ザクセン民法九五三条、九六二条、九六四乃至九六六条である。学振版（日本学術振興会版）法典調査会民法議事速記録二二巻一二二丁、同商事法務版法典調査会民法議事速記録三（日本近代立法資料叢書3）五一四頁。

（2）これは、いわゆる一般無形財産（後述）の売買が第九編の適用範囲から除外されているため、一般無形財産の中で「支払請求権を構成する」一般無形財産や「弁済期の到来した、または到来する金銭に関する」一般無形財産の売買に限って第九編の対象とすることにし、それを「支払無形財産」と呼ぶことにしたものである（鈴木淳人「米国統一商事法典第9編の改正について―債権譲渡に係る対抗要件の自動的具備の問題を中心に―」日本銀行金融研究所ディスカッション・ペーパーNo. 99-J-2 一二～一三頁参照。なお鈴木氏はこれを「支払無体財産」と訳している）。一般無形財産とは、「物品、売掛債権、動産抵当証券、権限証券、証券、……および金銭以外のすべての動産」と定義される（UCC現行九―一〇六条）。具体例としては、証券や動産抵当証券に表象されていないローン債権や知的所有権等が該当する（鈴木・同論文三頁。なお鈴木氏はこれを「一般無体財産」と訳している）。鈴木氏の解説によれば、一般無形財産の売買には金融機関の証書貸付債権の売買が含まれており、従来はこれがUCC第9編の適用範囲外であったが、支払無形財産という担保財産のカテゴリーを新設して、その売買成立と同時に対抗要件にあたるものの具備を認めたことによって、関係当事者間の優劣関係が明確化し、金融機関による証書貸付債権の売買取引が簡易かつ迅速に行えるようになるという（鈴木・前掲論文一四頁）。

（3）すでに周知のことかもしれないが、UNCITRALは、国連総会直属の委員会の一つで、国際取引における統一条約（ウィーン売買条約など）や、モデル法（最近のものでは電子商取引や国際倒産に関するもの）の作成に当たっている。このところわが国では、一テーマの作業部会ごとに学者が一人派遣される形を取っており、国際債権譲渡に関しては、第一回から筆者が日本代表として参加してきた。

本条約草案は、広義の債権流動化、つまり、売掛債権等を大量に譲渡して（ないしは譲渡担保として）資金調達を

図る取引の、世界的な増加に対応しようとするものである。その際、譲渡する債権が国際性のあるものであれば、現状では、国際私法に従い、契約の有効性や対抗要件具備等につき準拠法を確定して、その規定に従うことになる。しかし、対抗要件具備方法等が国によりさまざまに異なって規定されているので、大量の債権の譲渡においては、それを調査し履践する手間とコストが、債権による資金調達の障害となるのは自明のことである。売掛債権等の指名債権による、より低コストでの資金調達を実現し発展させること、そこに本条約草案の基本的な狙いがあるわけである。

UNCITRALの事務局は、当初、電子化された世界統一の登録システムの実現をもくろんだのだが、これは時期尚早として多くの参加国から反対され、現段階では、優先権の規則については代替的な二つのルールが草案に盛り込まれる形になっている（ただしこの部分はまだ草案が完全には確定していない）。登録による優先システムと、譲渡契約の時期を基礎とする優先システムである。譲渡契約時を基礎とするシステムは、契約時の証明の問題等に難点を含むのだが、ヨーロッパの一部の国と開発途上国によって主張されている。しかしそもそも優先ルールが代替的に複数あるのでは統一条約にならないのであり、わが国は繰り返し会議中で優先ルールの一本化を主張してきたが、大勢の容れるところとなっていない（以上は、池田真朗「UNCITRAL国際債権譲渡条約の行方」銀行法務21五六八号一頁で紹介したところである）。

(4) UNCITRAL国際契約実務作業部会第三〇期報告書（A/CN. 9/456, English version p. 63）

(5) UNCITRAL国際契約実務作業部会第三〇期報告書（A/CN. 9/456, English version p. 63）

(6) 一九九九年一〇月のUNCITRAL国際契約実務作業部会第三一期会期については筆者が他の公務のため後半しか出席できず、前半は早川眞一郎東北大学教授が代わって出席した。以下同会期での第一〇条や第四条の審議部分は、事務局のまとめた仮報告書とともに、筆者が個人的に早川教授から報告を受けたものをもとに記述している。早川教授のご協力とご教示に対し、ここに明記して御礼を申し上げる。

(7) この草案第一〇条の修正箇所の英文は、on the sole ground that it had knowledge of the agreement となる。なお、UNCITRAL国際契約実務作業部会第三一期報告書は、二〇〇〇年一月にUNCITRAL事務局から公表される予定である。したがって、本稿執筆時（九九年八月執筆、同一〇月追補）では、未だ出典のレファレンスを

付すことができないことをお断りしておく。

(8) UNCITRAL国際契約実務作業部会第三〇期報告書（A/CN. 9/456, para. 107 English version p.27-28)

(9) UNCITRAL国際契約実務作業部会第三〇期報告書（A/CN. 9/456, para. 107 English version p.28)

四　従来の判例と学説

それでは、このような近時の取引上の要請に対して、わが国の従来の判例・学説はどのような状況にあったか。結論からいえば、このような取引上の（禁止特約の効力に異を唱えるような）要請に対処するごとき判例は未だに現れていないようである。従来の議論は専ら、①民法四六六条二項但書の「善意」の要件とか、②禁止特約付債権の差押えの可否、さらには③譲渡禁止特約の法的効力、等について論じられてきた。また③に関連して、④譲渡禁止特約ある債権を譲渡した場合にその後の承諾により譲渡が遡及的に有効となるか否かの論点があるが、これに関しては筆者は既に別稿で論じている。[1] 以下では、①～③についての概略を紹介しておくにとどめる。

(1)　民法四六六条二項但書の「善意」の要件

民法四六六条二項は、意思表示による譲渡禁止を認めるが、その但書は、その意思表示は善意の第三者には対抗できない、つまり譲渡禁止特約のある債権であっても、善意の第三者はこれを有効に譲り受けることができる、と規定している。これについて、先にも注で掲げた最一小判昭和四八年七月一九日（民集二七巻七号八二三頁）は、善意の譲受人であっても、譲渡禁止特約の存在を知らないことにつき重過失のある者は、債権を取得することが

できないとし（「重大な過失は悪意と同様に取り扱うべきものであるから」という）、この「善意・無重過失」が判例上確立した要件となっている。

これに対して学説はどのような状況にあるか。まず四六六条二項但書の要件については、やや古くから、善意でありさえすればよく過失の有無は問わないとする説もあるが[2]、右昭和四八年判決以降の多数説は、判例のいう「善意・無重過失」に賛同するようである。債権の譲渡性は原則であり、できるだけ広く認めるべきであるから善意に限り無過失は要しないが、重過失は悪意と同視すべきものであるから、というのがほぼ一般の理由付けである。これに対して、一部の学説（我妻説等）は善意・無過失を要求する[3]。この説は、「表見的なものの信頼を保護して取引の安全をはかる制度だからである」というが、私見は、この四六六条二項の理解に表見法理を持ち込む考え方は明らかに不適切と考える。法が原則として与えた債権の譲渡性とその制限特約の対外効の評価の問題は、個別取引の外観を信頼した善意・無過失の第三者の保護の問題とは明らかに異なるからである[4]。逆に、先にも紹介した一部の有力説は、特約によって追求されている利益によって分けて考えるべきで、たとえば、債権者・債務者間の特殊な人間関係を維持するための特約のように、特約によって追求されている利益が譲渡人・譲受人の利益より優先されてしかるべき場合は、特約は悪意者には対抗できるが善意・無重過失の者には対抗できず、それ以外の、特約がもっぱら（ないしは主として）債務者の利益を追求する場合では、悪意者にも対抗できないとする（米倉説）[5]。

(2) 譲渡禁止特約のある債権の差押の可否

譲渡禁止特約のある債権を差し押さえることができるかについては、かつての判例は、差押債権者が転付命令

を得た場合について、その命令を取得した時に善意であるときにのみ転付命令は有効だとしていたが（大判大正一四年四月三〇日民集四巻二〇九頁等）、現在の最高裁は、譲渡禁止特約のある債権であっても、差押債権者の特約についての善意悪意を問わず、差押えおよび転付命令の対象となりうるとしている（最二小判昭和四五年四月一〇日民集二四巻四号二四〇頁）。

一方学説はどうか。すでに起草者は、譲渡禁止特約があっても差押えは許されることを明瞭に述べ、当事者の意思で勝手次第に差押禁止財産を作出することは弊害があるのでいけないという説明をしていたのであるが[6]（この点は六で再度触れる）、一時は学説も、旧判例のように差押債権者が転付命令を得たときに善意である場合のみ転付命令は有効とするものが多数であった。しかし、やがて学説は、四六六条二項は譲渡の禁止であって一般の移転禁止の規定ではなく、私人の意思で強制執行の客体たる性質を奪うことは執行法の法意にも反し、一般債権者は担保たる債務者の総財産の一部が特約で担保力を失うことになって不利益を被る、等の理由で判例に反対するようになる。これらの学説が現在の判例たる右昭和四五年最高裁判決を引き出したともいえ、今日では、譲渡禁止特約についての善意悪意を問わず、差押えおよび転付命令の対象となりうるということに学説上まず異論はないとされる。しかし結局この点は、梅謙次郎起草委員の説明が当初から十分に理解されていれば、論点となるほどのこともなく、差押えおよび転付命令の対象となりうるという結論で決していたというべきであろう。

(3) 譲渡禁止特約付き債権の譲渡の法的性質とその遡及効

譲渡禁止特約に反する譲渡がなされた場合、通説は、禁止特約は債権の譲渡性を物権的に奪うもので、特約に違反して債権を第三者に譲渡した場合、債権者の義務違反を生じるだけでなく、悪意の債権譲受人に対しては債

権移転の効果が生じないとする物権的効力説を採っている。[7] これに対して、一部学説は、譲渡禁止特約は、債権者と債務者との間で相対的に譲渡することができない債権を発生させるのにすぎないので、譲渡禁止特約に反してされた悪意者に対する債権譲渡の原因である債権契約そのものは有効であり、債務者は悪意の譲受人に対して譲渡無効の主張ないし悪意の抗弁をなしうるにすぎず、譲渡の承諾によって抗弁権を失うだけであるという、債権的効力説を主張している。[8] また最近では、債権譲渡を広く認めるべきであるという観点から、債権的効力説を支持する論者が現れていることが注目される。[9]

これに対して判例は、最一小判昭和五二年三月一七日民集三一巻二号三〇八頁が、承諾があると「債権譲渡は譲渡の時にさかのぼって有効となる」と表現しているので、譲渡禁止特約について物権的効力説を採っていると一般に判断されてきた。[10] しかし、これは譲渡禁止特約について債権的効力説を採っても同じ結論に至ることは指摘されていた。[11] それどころか、譲渡禁止特約付き債権の譲渡を承諾によって遡及的に有効とするためには、債権的効力説のほうが説明ははるかに簡明である。つまり、右にもみたように、債権的効力説からいえば、譲渡自体はもともと譲渡の時から有効で、債務者の承諾は抗弁権の放棄ということになるからである。[12] これに対して物権的効力説によれば、債権譲渡は承諾があるまでは無効である。したがって、承諾によって新たに譲渡可能性を得、また対抗要件を得るとの考え方も当然にありうる（この場合は民法一一九条但書を類推適用することになり、「無効ナルコトヲ知リテ追認ヲ為シタルトキハ新ナル行為ヲ為シタルモノト看做ス」ということで遡及効はないことになる）。[13][14] しかし最高裁は、最一小判平成九年六月五日民集五一巻五号二〇五三頁で、遡及的有効を確認した上で「民法一一六条の法意に照らし、第三者の権利を害することはできないと解するのが相当」と判示して、この遡及効の問題については判例上の解決を示した。この判決の分析と遡及効の構成の問題については、筆者は別稿[15]で論じたの

でここでは繰り返さない。[16]

以上がわが国の民法四六六条二項の譲渡禁止特約をめぐる判例・学説の大要の紹介である。こうしてみると、議論は当然のことながら現行規定の解釈論に終始し、その規定の要件論効果論を精緻化してきているのであるが、このような問題把握が、先に紹介した現代の実務の問題意識と相当に乖離していることにも否応なく気付かされるのである。

(1) 池田真朗「譲渡禁止特約のある債権の譲渡とその承諾による遡及効の対第三者効—最高裁平成九年六月五日第一小法廷判決をめぐって」金法一四九九号一一頁以下

(2) 前掲の近藤＝柚木・注釈日本民法債権総則（中）三六七頁、加藤一郎・民法演習Ⅲ一四三頁。後述の米倉説も、善意については無過失を要しない説であった（米倉明・債権譲渡禁止特約の効力に関する一疑問（一）」北大法学論集二二巻三号三九五頁（昭和四六年）。

(3) 前掲の我妻栄・新訂債権総論五二四頁、林千衛・判例民事法昭和一三年度62事件の他、畑口紘・ジュリスト四〇九号一二六頁。

(4) 甲斐道太郎編・債権総論（現代民法講義Ⅳ）二六五～二六六頁〔池田真朗執筆〕。

(5) 米倉・前掲「債権譲渡禁止特約の効力に関する一疑問（二）」北大法学論集二三巻一号九頁以下。

(6) 第七二回法典調査会議事速記録の梅謙次郎起草委員の趣旨説明。学振版（日本学術振興会版）法典調査会民法議事速記録二二巻一二四～一二五丁。同商事法務版法典調査会民法議事速記録三（日本近代立法資料叢書3）五一六頁。

(7) 横田秀雄・債権総論七五六頁、我妻・前掲書五二四頁等。ただしここでの「物権的」「債権的」という用語法が必ずしも適切でないことは奥田昌道・債権総論〔増補版〕四三二頁注（8）が正当に指摘するとおりである。

(8) 杉之原舜一・判民大正一四年度三四事件。

(9) 前田達明・口述債権総論〔第三版・平成五年〕四〇〇頁。同説は立証責任分配の観点からも債権的効力説が適切とする。

(10) 平井一雄・金判五三四号二頁、飯塚和之・判タ三五三号一二二頁、榎本恭博・NBL一四三号一二頁、同・最判解民事編昭和五二年度一一五頁等。中馬義直・昭和五二年度重要判例解説ジュリスト六六六号七一頁も、「基本的には物権的効果説に立つらしくみえる」と評する）

(11) 平井・前掲評釈・金判五三四号五頁。

(12) 前田・前掲口述債権総論四〇一頁等。

(13) 川名兼四郎・債権法要論四五〇頁

(14) ただし無効行為の追完を積極的に承認する川島説では、一一九条でも必ずしも追認の遡及効を否定するものではないと読むものもあるが（川島・民法総則四一三～四一五頁についての米倉・前掲評釈一二九頁の紹介）、これは一一九条の文言解釈としていささか難があろう。

(15) 池田真朗・前掲論文・金法一四九九号一一頁以下。

(16) なお、この平成九年六月五日判決を素材に、民法理論における「絶対的構成」と「相対的構成」の二つの基本的思考方法を対比させて論じる優れた視点を持つ論考として、北居功「譲渡禁止特約付き債権の譲渡と差押えとの対抗関係―最高裁平成九年六月五日判決を契機に―」tâtonnement二号四八頁以下がある。

五　今日の実務の問題意識からの判例再検討

それでは、以上のように民法四六六条二項の要件・効果論を精緻化してきた判例法理の進展を今日的な眼で見直すと、どのようなことになるのであろうか。

代表的な判決である、前記の最高裁昭和四八年判決（最一小判昭和四八年七月一九日民集二七巻七号八二三頁）は、「重大な過失は悪意と同様に取り扱うべきものであるから、譲渡禁止の特約の存在を知らずに債権を譲り受けた

場合であっても、これにつき譲受人に重大な過失があるときは、悪意の譲受人と同様、譲渡によってその債権を取得しえないものと解するを相当とする」とした上で、「銀行を債務者とする各種の預金債権については一般に譲渡禁止の特約が付されて預金証書等にその旨が記載されており、また預金の種類によっては、明示の特約がなくとも、その性質上黙示の特約があるものと解されていることは、ひろく知られているところであって、このことは少なくとも銀行取引につき経験のある者にとっては周知の事柄に属するというべきである」とする。そして、原審が当該債権の譲受人（脱退被控訴人）の善意を認定したことを、「判示のごとき事実関係のもとにおいては首肯しえないではないけれども」としながら、「原審はさらにすすんで釈明権を行使し、脱退被控訴人に重大な過失があったかどうかについての主張立証を尽くさせるべきであった」とするのである。

そうすると、この判決は、①重過失を悪意と同視する、②銀行預金に譲渡禁止特約が付されているのは銀行取引につき経験のある者にとっては周知の事実である、という二段の論法を採る結果、銀行取引経験のある譲受人の場合には、善意と主張してもほとんど重過失があることになり、結局、（預金の種類によってはという限定は付くが）銀行取引においては銀行預金の譲渡禁止特約に関する善意無重過失の者はまず存在しないということになる。

したがって、本判決は明らかに金融機関側に非常に有利な判決であり、また、理論的に言えば、合意の相対効を対外的に一歩広げて認める形で、民法四六六条二項の適用範囲を拡大した判決ということができよう。ただし、学説の評価には、本判決が譲受人善意という原審認定に拘束されたものであろうことを考慮すると、判旨の射程範囲は狭く解すべきであるとか[1]、重過失の認定には慎重であるべきであるとするものがある[2]。

このような結論は、まず後述の起草者の意図に沿うものであるのかどうか疑問が大きいが、その前に、事案の

解決としてもこのような判決を下すべき必然性があったかどうかを検証する必要もあろう。本判決の事案は、以下のようなものであった。

訴外A会社が、Y銀行（被告・控訴人・上告人）に対する本件預金債権をX（原告・脱退被控訴人、訴訟はZが承継）に譲渡し、譲渡通知は昭和三六年二月九日にYに到達した。他方Yは、本件預金債権に同年二月四日付で根質権を取得し、これを同月一〇日、一六日に実行してAに対する手形買戻債権を回収し、手形をAに返還した。右手形は、Yの質権実行によって、担保目的物の第三取得者（質権設定された本件預金債権の譲受人）としてYに法定代位したXに返還されるべきなのに、Yは過失によってこれをAに返還し、Xの求償権行使を妨げ、Xに損害を与えたとして、XがYに不法行為に基づく損害賠償を請求したのが本件である。

第一審はXの主張を容れ、Yが敗訴した。Yは控訴して、本件各預金債権には譲渡禁止の特約があり、Xはこの特約の存在につき悪意であったと主張したが、控訴審は、Aの倒産によってXら債権者が取引代金の代物弁済として預金債権を譲り受けたもので、その際預金証書をYが占有していた等の理由でXの善意を認定した。そこでYより上告し、本件のごとき銀行預金にはすべて譲渡禁止の特約があることは公知の事実であり、Xは当然これを知悉していたことは明らかである等を主張した。

本件では、Xへの債権譲渡の通知がYに到達した日と、Yが本件預金債権に根質権を設定した日が非常に接近している。質権設定のほうが早かったので、銀行Yが質権を実行できることには問題がないのだが、その後の手形の返還についてYがXの存在を全く無視して、倒産したAに返却してかまわないという点には疑問が残ろう。(3)

結局本件は、預金債権を譲り受けたり担保に取ったりしても、金融機関には勝てないことを示したものである。一般論としては、金融機関が自行への預金を自行からの融資の回収の引当てとする手法の確実性を法的に保障し

たものといえるが、個別事案からみると、銀行にそれ以上の「権限」を与えているという感さえある。高木教授も評釈でほぼ同様の趣旨を述べて、特約を対抗しようとする銀行側に「正当の理由」を要求する提案をしておられるし、(4) 前掲の米倉説の主張も、端的にこの種の感覚に発するものではないかと思われる。

この結論は、金融機関の業務遂行を保護するという政策論には合致するが、逆にいえば、預金者たる企業等にとっては、銀行預金を担保にする資金調達の道は完全に閉ざされたということになり、客観的に見れば、銀行預金債権だけが（禁止特約の存在が公知の債権として）一般の貸金債権や売掛金債権とは異なる性質を持つことを認められたということになるのである。しかもこの結論は、先にみた世界の趨勢からすれば、かなり突出した特異な結論ということになるのではなかろうか。

さらに、この結論を一律に適用すると不都合が生じることは、たとえば最近の裁判例の中でも明らかになっている。それは、銀行が預金債権につき死因贈与を受けた者に対して信義則上譲渡禁止特約を主張することができないと判示した、東京高判平成九年一〇月三〇日金法一五三五号六九頁である。本件は、銀行の預金債権が死因贈与され、贈与者が死亡した後、受贈者が贈与者の相続人らに対して預金債権の名義を変更する手続を請求する訴訟で勝訴して判決が確定し、その旨が相続人全員から銀行に通知された後で受贈者が銀行に対して譲受けを主張したところ銀行がこれを争って、受贈者から確認請求訴訟が提起されたというものである。第一審はまず死因贈与契約の成立を否定してその余の争点を判断せずに受贈者の請求を棄却したため、控訴された。控訴審では、死因贈与契約の成立を認めた上で、銀行からの譲渡禁止特約の存在の抗弁に対し、「被控訴人銀行は、本件預金の受寄者であって、本件預金債権の帰属主体が誰であるかが明白がどうかについては利害関係を有するものの、本件預金債権の帰属主体が誰であるかそのものについては被控訴人銀行が固有の利害関係を有するものではない

ことも明らかである」「このように本件預金債権の帰属主体が控訴人であることが明白であり、その帰属主体が誰であるかについては利害関係がないのに、受託銀行である被控訴人銀行において、本件預金債権につき譲渡を禁止する特約があることを理由に控訴人が本件契約に基づき本件預金債権を譲り受けたことを否認することは、信義則上許されないものとするのが相当である」と判示したのである（原判決取消、確定）。

この高裁判決自体は、至極妥当な結論を示している（実際そうでなければ、銀行は譲渡を否定しえて相続人も債権を取得しえないという全く不合理な結論になる）。しかし、客観的に評価すれば、この高裁判決は、民法四六六条二項があり、かつ前掲の四八年最高裁判決の解釈の拘束があるからこそ、信義則を使って論理構成しなければならなかったものと見られるのである。つまり、譲渡禁止特約が悪意の譲受人には対抗でき、かつ銀行取引の経験のある者の場合は特約の存在は公知の事実であるということになると、ここでも銀行は譲渡禁止特約の存在によって譲渡を否定できてしまうので、その明らかに不当な主張を何らか一般条項を使って制限する、と構成せざるをえないことになる。本判決に対して、「新たな理論を提示したものとして実務上注目される」とした掲載誌コメントもあるが[3]、このケースでは、もし端的に「譲渡禁止特約の効力が受贈者に及ばない」とする論理構成が可能であったならば、裁判官も進んでそう判示したのではなかろうか。

（1）寺田正春・民法判例百選II七七頁

（2）高木多喜男・前掲民商法雑誌七〇巻六号一一八頁。鈴木正和・手形研究二一一号一四頁は、経験者であるとの一事で重過失を認めることは避けるべきとする。

（3）原審の認定では、手形がAではなくXに引渡されていれば、三三八万余円の手形の取立ができ、その範囲でAに対するXの求償権が満足を得られたとされている（民集二七巻七号八三九頁参照）。

（4）高木・前掲民商法雑誌七〇巻六号一一九～一二〇頁は、「原審が、Xとしてはむしろ悪意を推認しうる場合であ

ったにかかわらず、善意を認定した背後には、Y銀行の特約にあぐらをかいた軽率さを感じとり、これを敗訴せしめるために、あえて善意を認定したのではないかとも思われる」とし、「かかる実例を見ると、特約は、善意の譲渡人に対抗し得ないとするのみでなく、もう一つの枠を設け、債務者に「正当の理由」のないときには対抗し得ないという制限をつけるべきではないかと思う」と述べている。

(5) 金融法務事情一五三五号七〇頁。

六　起草趣旨再考

そこで、我々は出発点に立ち返ろう。わが民法が、譲渡禁止特約を明定し、その第三者効を（善意者には対抗できないという形で）承認した、その当初の趣旨はどのようなところにあったのかを確認しておきたい。(1)

法典調査会でこの規定が審議されたのは、明治二八年三月二二日の第七二回法典調査会である。その段階での条文番号は第四八九条で、内容は次のようなものであった。

第四百八十九条　債権ハ之ヲ以テ譲渡スコトヲ得但其性質カ之ヲ許ササルトキ又ハ特別契約ヲ以テ之ヲ禁シタルトキハ此限ニ在ラス前項ノ特別契約ハ之ヲ以テ善意第三者ニ対抗スルコトヲ得ス

提案趣旨説明に立った梅謙次郎起草委員は、既成法典（ボアソナード旧民法典）にはこのような条文はないけれども、「併シ其精神タルヤ特別ノ明文又ハ債権ノ性質カ之ヲ許ササル場合ノ外ハ皆如何ナル債権ト雖譲渡スコトヲ得ルト云フコトテアルノハ蓋シ疑ヲ容レナイ所テアリマス」と説き起こし、(2) さらに有体物の譲渡というものは明文のない限り禁ずることのできないものであることを述べた上で、「本統ニ言ヘハ同シク権利ノ譲渡テアル物権ノ譲渡カ然ウ云フコトテアル以上ハ債権ノ譲渡ニ付テモ特別ノ規定カナイ限リハ矢張リ同様ナ立法者ノ精神

テアツタラウト推測スルニ難アラヌト考ヘマス。是ハ外国ノ立法例ニ於キマシテモ最モ多イ所テアル。澳太利葡萄牙モンテネグロ、普魯士、索遜等ノ民法ニ於キマシテモ皆此債権ノ譲渡ヲ禁スルト云フコトハ許サナイト云フ精神カ見エテ居リマス。就中白耳義草案獨逸民法第一読会ノ草案ニ於キマシテモ明文ヲ以テ此譲渡ヲ禁スル特約ト云フモノヲ禁シテ居ル。特約ヲ以テ債権ヲ譲渡スコトヲ得サルモノトスルコトハ出来ヌト云フコトヲ明カニ書イテ居ル。」[3]と説明している。梅起草委員はさらに、その他フランス、イタリア、スペイン等の民法には明文はないが、これらの民法ではその解釈において当事者の意思で債権を譲渡禁止とすることができないことはたぶん争いのないことと考えているとし、「故ニ外国ノ立法例ヲ見ルト無論特約ヲ以テ譲渡ヲ禁スルト云フコトハ出来ヌトナツテ居ル方カ大変ニ多イノテス。殆ト皆然ウナツテ居ル」としながら、「然レトモ本案ノ如キ例モ丸テナイテハナイ」として、「瑞西（スイス）債務法並ニ獨逸民法草案ニ於テハ本案ノ如クニナツテ居リマシテ即チ其特別契約ヲ以テ譲渡ヲ禁スルコトヲ許シテ居ルノテス」と少数例を挙げるのである。[4]

それでは、起草者がこれだけ世界的に少数派の立法を、「本案の如き例もまるでないではない」としてあえてした理由はどこにあったのか。それが大いに問題となる。梅委員は続けていう。「此ヤウナルコトハ其国々ノ慣習ニ依リ事情ニ応シテ固ヨリ一様ニスルコトハ出来ヌノテアリマス。我国ノ今日ノ有様ヲ以テ考ヘルノニ従来債権ニ譲渡ト云フモノハ概シテ認メテ居ラナイノテス。現行法[5]ニ於テモ御承知ノ通リ証書ヲ書替ヘナケレハ権利カ移ラナイト云フコトニナツテ居リマスルカ或ハ法理カラ云ツテ見タナラハ現行法ノ譲渡ハ其ノ譲渡テナクシテ証書ヲ書替ヘルト云フ位テアリマスカラ寧ロ債権者ヲ改メル所ノ更改テハアルマイカト思ハレマス位テアリマス。且又諸君モ御記憶テイラツシヤイマセウカ彼ノ法典延期問題ノ盛ナルトキニ債権譲渡ヲ勝手ニ許スト云フコトカ法典延期ノ一ツノ点ニアツテ居ツタ位テ[6]、夫レニ依テモ日本ノ今日ノ有様ニ於テハ債権譲渡ヲ絶対ニ許スト云フ

コトハ與論ニ反スルト云フコトモ言ヘヌノテアリマス。[7] 夫故ニ本案ハ原則ハ譲渡ヲ許シテ置テ特別契約ヲ以テ之ヲ禁スルコトカ出来ルト云フ斯様ニ致シタノテアリマス」[8]と。

そしてさらに梅委員は、「縦令譲渡ヲ禁シテアツテモ民事訴訟法ニ定ムル所ノ正当ノ手続ヲ以テ之ヲ差押フルコトヲ得ルト云フコトニナツテ居テ宜シイ訳テ然ウナクテハナラヌ」[9]と、譲渡は禁じても差押えはできるのだから債権者を害するという弊害はないと説明し、「債権者ノミナラハ[10]善悪ノ第三者カ譲渡ヲ禁シテアルノテ知ラナ[11]イテ譲受ケタリ何カシテ夫レニ対シテ譲渡ノ禁制カ効力ヲモツト云フヤウナコトニナツテハ不都合テアラウト思ヒマス。余リ例ハ見マセヌ元来特約ヲ許シテ居ルノカ極ク例カ少ナイノテアリマスカラ、ケレトモ本案ニ於テハ第二項ヲ設ケテ善意ノ第三者ヲ保護スルコトニ致シマシタ。且又特約ヲ以テ譲渡スコトヲ許サヌト云フコトハ弊害ハナク而シテ今日ノ日本ノ国情ニ最モ通スルテアラウト思フテ斯様ニ致シタ訳合ヒテアリマス」[13]と結ぶのである。そして法典調査会の議論の中では、磯部四郎委員から、この譲渡禁止の特別契約はもともと強制執行などには勝てない弱い力しかないものであり、債務者は債権者が変わろうと期限が来たら債務額の弁済を履行すればいいだけの話であって、特別の契約をもって自己の財産の処分権までも拘束してどれだけの益があるかという理由で、現行四六六条二項にあたる部分の削除案が出されたものの賛成がなく、結局提案通りに可決されるのである（書きぶりは後に修正されて現行の二項にまとめられる）。

そうすると、特約による譲渡禁止を認めたのは、第一には、当時の「現行法」たる太政官布告による証文譲りという方法が、未だいわゆる債務者抜きの債権譲渡契約を認めたものではなく、むしろ三面契約としての更改に近いものであったという事実に配慮し、第二には、旧民法制定時にもあった、当時のわが国における債権譲渡制度導入への抵抗を、緩和するためであったといえる。そして、起草者自身、債権の譲渡性が原則として広く認め

られ、譲渡禁止特約を禁じる国が多いことまで十分に認識した上で、あえてわが国の当時の国情に合わせて置いた規定であったことが明白である。この点はすでに米倉教授も、四六六条の立法沿革を検討した研究の中で、この規定が譲渡屋対策等、立法当時の特殊日本的なまた時代的な背景を持ったものであることを強調しているが[14]、ここでは、梅起草委員の言う通り、それまで証文譲りという方法で債権証書を書き換えるという方法しか行われて来なかったわが国において、純然たる（債務者の参加なしの）債権譲渡契約を認める際の抵抗感に配慮したという事実により着目したい。

もし右の点を重視するならば、この規定は、自由な債権譲渡を認めるに当たっての抵抗に対処するための、いわば過渡的な性格を持っているという評価もあながち不当ではなかろう。そしてそのことは、いみじくも、すでに右に紹介した法典調査会における磯部四郎委員の現行四六六条二項部分削除案の中にも端的に示されているのである。

磯部委員の削除案は、より正確に掲記すれば、「此四百六十九条中『又ハ特別契約ヲ以テ之ヲ禁シタルトキ』ト云フ丈ケノ文字ト第二項トヲ削除スル説」[15]であり、その論理の概要は右に紹介した通りであるが、その理由を述べる中で磯部委員は、「同シ人権テアリマシテモ財産ノ一部テアリマスカラ財産ノ運転ヲ拘束スル法律ト云フモノハ余リ立派ナ法律テハアルマイト私ハ考ヘマス。成ル可ク財産ノ運転ハ害ノナイ限リハ自然ニシテ置キタイト云フ考ヘテアリマス」[16]と述べている。つまり、すでに磯部委員は、債権の財産としての運用移転を制限する法律は適切なものではなく、なるべく自由にしておくべきであるという見解を明らかにしていたのであり、法典調査会委員の中でも少なくとも一部には既にこのような認識があったことがわかるのである。さらに磯部委員は、「今日人カ債権ノ譲渡ヲ嫌ウノハ只今申シタ通リ唯債務者ノ惰弱カラシテ債権者ノ篤実ヲ奇貨トシテ成ル可ク自

己ノ弁済ヲ怠ラウト思フテ居ル時分ニ厳重ナル債権者ノ出ルコトヲ恐レテ債権ノ譲渡ヲ嫌ウト云フ惰弱心カラ生スル弊害テアリマス。債権者カ何百人代ツタ所テ自分カ期限ニチヤント履行スルト云フ覚悟サヘシテ居レハ恐レルニ足ラヌ話テ債権者ハ其債権ヨリ多ク請求スルト云フコトハ決シテアリマセヌ」と問題を的確に指摘し、「此度新法ヲ設ケルニ付テ是迄ノ感情ニ拘束セラレテ尚ホ此中ニ其痕跡ヲ止メテ置クト云フコトハ甚タ面白クナイコトト考ヘマス」と言い切っているのである。(17)

しかし磯部提案のあと、質疑は穂積八束委員の「性質カ之ヲ許ササルトキ」についての質問に移って終了し、磯部提案には何の応答もないまま、箕作麟祥議長が「磯部君カラ修正案カ出テ居リマスカ賛成者カナイカラ消滅シタモノト見マス」として本条可決と処理されたのである。(18)

要するに、今日の民法四六六条二項は、こういうレベルの規定として置かれたのである。磯部委員の正論は無視された。(19)梅委員が「今日ノ日本ノ国情ニ最モ通スルテアラウト思フテ」と言った、その時代のわが国では、そもそも譲渡禁止特約が可能なことを明定すること自体に固有の意味があったのである。

ということは、(契約自由の原則からして、そのような特約を当事者の内部的な効果だけを意図して合意できること自体はいつの時代でも承認できるであろうから、問題はまさにそれを外部的に対抗できる、つまり譲渡禁止債権を当事者の合意のみで作出できる点にあることは確認しておかねばならないが、そのような外部的に対抗できる趣旨としての)四六六条二項の「過渡的な性格」は、この点で既に明らかといえよう。そうすると、この起草趣旨なり立法趣旨というものは、もはや今日の指名債権譲渡取引の進んだ社会には必ずしも適合的なものではないし、また起草者はこのような時代にまでこの規定に固執する意思を有してもいなかった、といえるのではなかろうか。

私見は、個々の条文の解釈にあたって、立法当初のその条文の立法趣旨または起草趣旨を確定し、それをいわ

ば解釈方程式の定数として、もしその後に、立法段階での社会状況を前提とした利益判断に大きな変更を加えるような社会変化や取引形態の変化等があれば、その要素を解釈方程式の変数として加えて、今日の最も適切と考えられる結論を導く、という解釈方法論を採用している。[20] したがって、まず起草者の起草趣旨を確認するところから始まる解釈論であるため、多くの場合は、いわゆる起草段階・立法段階の起草趣旨・立法趣旨を重視するのである。しかしながら、いささかパラドキシカルな表現になるが、まさにこの解釈方法論に則していえば、四六六条二項は、解釈方程式の最初の定数部分としては起草者があえて国情に合わせて置いた規定であることがはっきりしているが、もともと取引社会の発展段階からみれば過渡的な政策的規定であったと見られるのであり、その後の社会変化（取引社会の慣行の変化定着）を変数として解釈論に取り入れた場合、もはや当初の定数部分のみでの解釈を貫くことには合理性がない（または著しく希薄になっている）といえる規定ではないかと思われるのである。

今日の諸外国での取扱いも合わせて考えると、譲渡禁止特約が対外効を持つという規定は、その合理性がかなり疑われる。勿論、前述のように債務者債権者間で譲渡禁止特約を結ぶこと自体は契約当事者自治の観点から当然に認められようが、わが民法四六六条二項但書のように善意の第三者にのみ対抗できないのではなく、すべての第三者に対抗できず、ただ特約違反の譲渡をされた債務者はそれによって損害を被れば損害賠償を譲渡人に請求できる（譲受人には、譲受人に債務者を害する意図等のない限り、何も賠償責任等は追求できない）という取扱いが、先のＵＮＣＴＲＡＬ条約草案にも示されるように、現在の国際取引社会では最も支持を受けるのではなかろうか。そして「今日の日本の国情」からしても、債権の流動性の確保の要請は一層強まりつつあることは誰も否定しないであろう。当事者の内部的な都合での禁止特約のために譲受人が不利益を被る状況は、決して望まれていない

のである。

(1) 周知のように、この問題に関するわが国の最大の業績は、米倉明「債権譲渡禁止特約の効力に関する一疑問(一)(二)」北大法学論集二二巻三号二六頁以下、二三巻一号一頁以下(昭和四六年、四七年)である(後に同・債権譲渡――禁止特約の第三者効――(昭和五一年)に再編して収録)。以下の法典調査会民法議事速記録等の資料についても内容は同論文に紹介済である。ただし同論文は、それぞれの発言等を現代語に直して紹介しているので、本稿では、読点を加えた以外はそのままの表記で引用することとする。

(2) 梅委員は、既成法典がその趣旨であったという根拠として、旧民法財産取得編第一六九条の「無償ノ終身年金権ハ設定者ニ於テ之ヲ譲渡スコトヲ得ス且差押フルコトヲ得サルモノト定ムルコトヲ得」との規定を挙げ、これが例外的に譲渡できないというのであるから他の規定のない一般の債権は当然譲渡性を認められていると説明している。学振版(日本学術振興会版)法典調査会民法議事速記録二二巻一二二丁。同商事法務版法典調査会民法議事速記録三(近代立法資料叢書第三巻)・五一四頁

(3) 学振版法典調査会民法議事速記録二二巻一二四丁、同前掲商事法務版三・五一五頁。引用にあたり、読みやすさのために句点のみを筆者が加えた(読点は原文のまま。以下同様)。

(4) 学振版法典調査会民法議事速記録二二巻一二四丁、同前掲商事法務版三・五一五頁。

(5) これは明治九年七月六日太政官布告九九号(法令全書明治九年七三頁)であり、そこでは、「金融等借用証書ヲ其借主ヨリ他人ニ譲渡ス時ハ其借主ニ証書ヲ書換ヘシムヘシ若シ之ヲ書換ヘシメサルニ於テハ貸主ノ譲渡証書有之トモ仍ホ譲渡ノ効ナキモノトス此旨布告候事、但相続人ヘ譲渡候は此限ニアラス」としていた。池田真朗・債権譲渡の研究四五頁(同増補版同頁)注(16)参照。

(6) この点についても前掲池田・債権譲渡の研究四五頁(同増補版同頁)注(16)参照。

(7) 文脈からして「言ヘル」の誤記か(「言えなくもない」との意味になるはずである)。もともと法典調査会の議事速記録(復刻元の学術振興会版)には仮名タイプのため誤記が散見される。

(8) 学振版法典調査会民法議事速記録二二巻一二四〜一二五丁、同前掲商事法務版三・五一六頁。

(9) 学振版法典調査会民法議事速記録二二巻一二四～一二五丁、同前掲商事法務版三・五一六頁。
(10) 前後の引用部分からすると、ここは「単に『債権者に対抗できる』とだけ規定したならば」という意であろう。
(11) この「善悪」は、前後の文意からして明らかに「善意」の誤記（ミスタイプ）と思われる。
(12) この「禁シテアルノテ」も「禁シテアルノヲ」の誤記（ミスタイプ）であろう。
(13) 学振版法典調査会民法議事速記録二二巻一二六丁、同前掲商事法務版三・五一六頁。
(14) 米倉・前掲「債権譲渡禁止特約の効力に関する一疑問（一）」北大法学論集二二巻三号四八頁以下
(15) 学振版法典調査会民法議事速記録二二巻一三三丁、同前掲商事法務版三・五二〇頁。
(16) 学振版法典調査会民法議事速記録二二巻一三四丁、同前掲商事法務版三・五二一頁。
(17) 学振版法典調査会民法議事速記録二二巻一三五丁、同前掲商事法務版三・五二一頁。
(18) 学振版法典調査会民法議事速記録二二巻一三八丁、同前掲商事法務版三・五二三頁。
(19) 米倉教授は、前掲論文で、梅博士が債権譲渡自由の承認に積極であって、「特約」の承認には消極であったであろう、と推測することも許されるのではないか、と述べられるところに続けて、「断行派の有力者磯部委員の「特約」に対する消極的意見に対し、梅博士がなんら論評していないのも、「特約」に対してはやはり消極的見解を持していたからではないか（磯部見解に共感を覚えつつも、しょせんは慣習に譲歩せざるをえぬことを見越して磯部見解を黙殺した）と推察されなくもない」とされる（前掲論文（一）北大法学論集二二巻三号四九頁）。私見もこの米倉教授の「推察」には大いに共感を覚えるが、ただし立法資料として法典調査会議事速記録を読むときは、磯部削除案が無反応に無視された事実だけが立法趣旨の判断材料となるのである。
(20) 池田・前掲債権譲渡の研究三～五頁（同増補版同頁）参照。

七　譲渡禁止特約の利用

ただ、以上のような諸考察から直接に譲渡禁止特約の立法論としての廃止論などを述べるのが適切かどうかは、実務において譲渡禁止特約がどのように用いられているのかを検討した上でないと、最終的に判断できないと考えられる。

勿論、伝統的な銀行預金契約における譲渡禁止特約については、判例・学説ともに従来多くの検討がなされている。そこで、ここでは、最近の実務における譲渡禁止特約の新たな利用例と考えられるものを、特に先述の債権流動化との関連で摘示して考察したい。

それは、いわゆる「一括決済方式」といわれるものである。(1) これは、もともとは企業の手形発行廃止のニーズから始まったものであるが、わが国の銀行では昭和六一年一〇月の大蔵省事務連絡を受ける形で「一括支払いシステム」として取扱いを開始した。当初は「債権譲渡担保方式」と「一括手形併用方式」の二種類でスタートしたが、前者の債権譲渡担保方式が一般的になったとされる。これは、下請け企業等が保有する売掛債権を金融機関に譲渡担保に供し、当座貸越を受けることで資金調達を図るもので、当該金融機関は、支払い企業からの期日代金の支払いによって融資回収を図る。しかしこの方法では国税徴収法二四条等との関係で親事業者（下請け代金債権の債務者となる元請け企業等）に二重払いリスクがあったことから、昭和六三年に基本契約書の条項を改定した（いわゆる「停止条件付代物弁済条項」――停止条件付債権譲渡契約として契約の効力は譲渡人債権者の支払停止等を停止条件として発生することとする――の挿入）。しかし平成五年に至り、この「停止条件付代物弁済条項」の有効性が裁判で争われるようになり、平成一〇年一月と二月には東京高裁判決によりその代物弁済条項（一括支払

システム約定第三条の二）[2] も国税債権との関係で効力を否定されるに至って[3]、現在、最高裁で係争中である。

そこで、二重払いリスクを負わない改良型の一括決済方式として、ファクタリング方式と信託方式[4]に注目が集まった。前者のファクタリング方式は、企業は売掛債権をファクタリング会社に売却し、売却代金は企業に資金需要に応じて支払いし、ファクタリング会社は銀行借入等で資金を調達するというもので、これも法的根拠は民法の債権譲渡である。すなわち、支払企業（債務者。請負でいえば元請け事業者）が受託機関たるファクタリング会社に多数の取引先への債務の一括支払いを委託し、取引先納入企業（債権者。請負でいえば下請け事業者）が受託機関に債権を譲渡し、債務者たる支払企業は受託機関にその債権譲渡を承諾し、受託機関はその債務を納入企業に弁済するというもので、一つの支払企業を中心に、その支払企業の取引先である多数の納入企業の債権をすべて受託機関に譲渡させて、受託機関から譲渡代金が納入企業に支払われるという取引である。このような一括決済によって、従来は九〇日程度のサイトをつけて個々に手形で支払ってきたものが、手形がなくなり印紙代等も節約できるという、支払企業にとっては相当に大きなメリットが生まれる。また、この一括決済方式は、納入企業にすれば、保有している売掛債権の信用力をベースにファイナンスを受けるという点では、売掛債権の流動化で資金調達を行うのと同様の経済的効果もあるわけである。ただし、いわゆる売掛債権流動化は、一つの納入企業（多くの場合大企業）が多数の支払企業に対する債権をまとめて流動化するという、納入企業を主体とする資金調達手法であるのに対し、この一括決済システムは、多数の納入企業を相手とする一つの支払企業（多くの場合大企業）のニーズから出発している資金調達手法であることを見忘れてはならない（したがって一括決済方式の納入企業は、その多くを中小企業が占める）。

このようなファクタリング型（および信託型）一括決済方式がかなり行われるようになってきたのだが、この

ファクタリング型（および信託型）一括決済方式では、納入企業の売掛金債権や請負代金債権がファクタリング会社等によって立替払いされる形になるため、納入企業の債権が他へ二重に譲渡されたりしない、ということがこのシステムを維持する一つのポイントとなる。そこで、一括決済方式の委託者たる支払企業は、債権者たる納入企業が当該債権を二重譲渡しないようにする予防策の一つとして、この譲渡禁止特約を用いているのである。勿論、このシステムの中でも、納入企業の支払企業に対する債権は、受託機関に譲渡はされるのであるから、ここでの譲渡禁止の意味は、受託機関以外の他者への譲渡禁止ということになる。具体的には、支払企業と納入企業の間の取引基本契約において、相互の承諾のない限り他者への債権譲渡を禁止する条項を入れる。そして、支払企業と受託機関の間の一括支払方式に関する基本協定書の中に、納入企業が各売掛債権を受託機関に譲渡するにあたって、支払企業は異議を留めずに承諾し、納入企業と支払企業との間の譲渡禁止特約を解除するという条項を置くのである。

これは一例であるが、この例で端的にわかるように、譲渡禁止特約の存在は、確かに債権流動化を仕組む譲渡人と譲受人にとっては障害になるが、逆に相手の債務者の側からすれば、今日的にも禁止特約自体を利用する新しいニーズが存在するということになろう。ただ、後者の場合も、当事者以外の第三者にまで対外効を生ぜしめる必要がどこまであるのかは、さらに問題とされなければならないであろう。(5)

（1）以下、一括決済方式に関する記述については、第一勧業富士信託銀行、日本興業銀行、セントラルファクター株式会社等の実務家の方々のご教示を得た。特に第一勧業富士信託銀行太田達男氏および日本興行銀行田吉禎彦氏からは関係資料のご提供をいただいた。記して学恩を感謝する。

（2）一括支払システム約定第三条の二は、譲渡担保債権に対して国税徴収法二四条などの規定に基づく譲渡担保権者

に対する告知が発せられたときは、当座貸越債権は自動的に期限が到来し、同時に譲渡担保債権は当座貸越債権の代物弁済に充当される旨の代物弁済規定である。

(3) 東京高判平成一〇年一月二九日・東京高判平成一〇年二月一九日金融法務事情一五一二号二二頁。平成一〇年一月二九日判決の判決要旨は、「一　本件代物弁済条項が有効であるとしても、右代物弁済は、譲渡担保財産である本件債権を確定的に譲渡担保権者に帰属させることになるもので、実質的には譲渡担保権の実行というべきであり、国税徴収法二四条五項で除外している「弁済」に該当しない。二　本件代物弁済条項には滞納処分が先行している場合について何ら特別の取扱いをする旨の約定がないのであるから、右条項は告知処分の時を基準として代物弁済の効力を発生させる趣旨であると解するほかなく、差押処分の発信時に譲渡担保債権で当座貸越債権の代物弁済を受けるものとは解しえない。」というものである。平成一〇年二月一九日判決の要旨第二点は、「本件代物弁済条項は国税徴収法二四条に違反するものであり、譲渡担保権者が国税債権者との間では、右合意の効力を主張できないため、国税債権者が法二四条に基づいて譲渡担保権者に対して物的納税責任を追及するとしても、租税法律主義に反するということはできない。」というものである。

(4) 信託方式は、納入企業が保有する売掛債権を信託銀行に一括支払信託し受益権を取得し、それを第三者へ譲渡して期日前資金化する方法である。この場合は基本的には信託法の問題となるのでここでは詳論しない。

(5) 譲渡禁止特約が二重譲渡防止にどれだけ実効性があるかも問題であるが、これは納入企業の企業倫理の問題でもあり、私見では、禁止特約違反の納入企業がその後の取引から排除されるという形で制裁を受けるのが正論と考える。また、譲渡禁止特約に対外効がなければ、譲渡がなされて譲受人が優先する対抗要件を具備した場合には、債務者たる支払企業もしくは受託金融機関がリスクを負担することになるが、将来的にはこのリスクに対する保険による処理も考えられてよいはずである。

八　小括と展望

(1)　譲渡禁止特約プロパーにおける現代の解釈論として

私見は、譲渡禁止特約の第三者効の合理性について否定的であり、立法論としては四六六条二項全体の削除を提案したいと論じたことがある。[1] 二項全体を削除すると、譲渡禁止特約は当事者間での効力を持つのみで第三者には第三者の善意・悪意を問わずまったく対抗できなくなる。禁止特約があるのに譲渡した場合にも譲渡は有効で、債務者から譲渡人に損害賠償の請求をなしうるに止まる。そして譲受人は債務者に通知して対抗要件を備えれば、後に債務者の承諾――譲渡禁止を解く合意を含む――があろうとなかろうと、通知後の差押債権者に優越できることになる（譲受人には、例外的に背信的な害意まで認められるような場合――取引的不法行為が成立する――でなければ損害賠償責任の問題も起こらないと考えられる）。そして、現行法の解釈論としては、字句通りならば禁止特約に反する譲渡は物権的に無効とするのが素直であろうが、右に考察した起草趣旨（立法趣旨）の時代的限界を考え、現行規定においても説明の仕方としては（結論にほとんど差は出ないと思われるものの）あえて債権的効力説に賛成したいと述べたのである。[2]

その基本姿勢は変わらないが、しかしながら、本稿でも摘示した通り、実務では新たな形で譲渡禁止特約の利用を必要とする新種金融取引が生じている（その利用形態自体適切かどうかは別論として）という事実も認めなければならない。四六六条二項全体廃止論の妥当性は、それらの実務への影響を十分に確認した上でないと決することができないと思われる。筆者としてはさらになお実務界での譲渡禁止特約の活用状況を精査し、その有用性、対外効を否定した場合の不都合等を検討し、本稿で概観したアメリカＵＣＣやＵＮＣＩＴＲＡＬ国際債権譲渡条

約草案における適用除外規定による処理方法も参考にして、改めて立法論ないし解釈論を展開したいと考えている。

(2) 理論面での展望——譲渡禁止特約論から「特約の対抗（対抗不能）」論へ

さらに付け加えなければならないことは、わが国の譲渡禁止特約論が一〇〇年前の取引社会での議論であってすでに状況が大きく変化しているとすれば、現代の譲渡禁止特約——当事者が新たな取引形態の中でこの特約を活用する——をめぐっては、理論的に、また取引社会での合理性の追求から、新たな「譲渡禁止特約論」が生まれる可能性があるということである。それはどこから生まれうるかといえば、債権譲渡について当事者が特約で当該債権の譲渡性を剝奪しうるか、という今や完全に過去のものとなった分析視点からではなく、特約の対抗理論一般からであろう。つまり、仮に四六六条二項が存在しない国においても、一般論として、特約の第三者対抗の視点から、第三者の特約についての認識等を要件にして、譲渡禁止特約の第三者効力を導くことができるのではないか[3]ということである。もしそれが可能であるならば（あるいはすでにそのように運用している国があるならば）、結論において四六六条二項が存在する場合とかなり類似した運用となることが考えられる。すなわち、譲渡禁止特約の効力を認めてただ善意の第三者には対抗できないとするわが民法の規定と、そのような規定を持たない国での、一般論として特約の第三者効は否定されるものの第三者の悪意を要件としてその者に対する特約の対抗を認めるという考え方とが、（アプローチとしては正反対の角度からなされているのであるが）結論的にはかなり接近したものになることが想定されるのである。そのような結果に至るのであれば、いわば現代的要請から四六六条二項を（立法趣旨とは異なった次元で）再評価し正当化することもあながち不可能ではない（ただし特約の

第三者対抗の構成で論じるのであれば、いわゆる債権的効力説になじむことになろう)。

このような問題意識からすれば、本稿でなしえなかった検討として、①実務的には、(四六六条二項に対応する規定を持たない)現代フランス等での金融取引上での譲渡禁止特約の活用[4]とその判例上の保護についての研究が必要になり、②理論的には、既にわが国でも主として若い世代の学者の間で紹介や分析がなされている、現代フランスの対抗理論ないし対抗不能理論[5]をこの問題との関連で見直す作業が必要となろう。これらの検討については、別稿で追加したい。

いずれにしても、債権譲渡禁止特約論は、二一世紀に向けてさらに深化発展の余地を大いに残している論点であることは間違いないと考えるものである。

(1)(2) 池田・前掲「譲渡禁止特約のある債権の譲渡とその承諾による遡及効の対第三者効—最高裁平成九年六月五日第一小法廷判決をめぐって」金法一四九九号二一頁。

(3) たとえば、既に片山直也教授の紹介するところでは、フランスでは、古くカラストランが「債権はそれを認識していた第三者に対してのみ対抗可能である」としていたが(Calastereng, La relativité des conventions, Etude de l'article 1165 du Code civil, 1939, p. 412)、近時デュクロは、「第三者の固有の利益」および「法律関係の安全の利益」に鑑みて、対抗(可能)の実効を、「第三者の可能な認識に係らしめるべきとする(Duclos, L'opposabilité (Essai d'une théorie générale), Bib. dr. privé, t. 179, 1984, no. 9, p. 30)。片山直也「一般債権者の地位と『対抗』」法学研究六六巻五号二六頁参照(平成五年)。これらの学説が同国において実務と判例にどう反映されているかが問題となる。

(4) フランスの金融取引における当事者間での譲渡禁止約定の代表例として、フランス銀行協会が作成している先物取引契約の約定書ひな型第一一条四項は、「本契約、すべての取引、または一方当事者に生じるいかなる権利義務も、相手方当事者の事前の承諾なしには移転もしくは譲渡しえない」と定める(Convention-cadre AFB relative aux

opérations de marché à terme, 1994, p. 12)。筆者はこの資料を、UNCITRAL国際契約実務作業部会にヨーロッパ共同体銀行連盟代表としてオブザーバー参加している、フランス銀行協会顧問のピエール・デュカロワ Pierre DUCAROIR 氏から一九九九年一〇月会期で頂戴した。時間的制約で本稿最終締切りまでに内容の検討をすることができなかったが、同氏の好意には深甚の謝意を表するものである。

(5) フランスにおける「対抗」または「対抗不能」の一般理論についての検討業績として、前掲の片山論文の他、佐賀徹哉「物権と債権の区別に関する一考察（一）～（三）完」法学論叢九八巻五号二七頁以下、九九巻二号三六頁以下、三号六二頁以下（昭和五一、五二年）、加賀山茂「対抗不能の一般理論について―対抗要件の一般理論のために―」判例タイムズ六一八号六頁以下（昭和六一年）、七戸克彦「『対抗』のフランス法的理解―不動産物権を中心に―」慶應義塾大学法学研究科論文集二六号六五頁以下（昭和六二年）、同「対抗要件主義に関するボワソナード理論」法学研究六四巻一二号一九五頁以下（平成三年）、吉田邦彦・債権侵害論再考（平成三年）四三〇頁以下を挙げておく。また、合意の相対効を定めたフランス民法一一六五条の関係では、高畑純子「フランスにおける契約の相対性原則をめぐって」法と政治三八巻二号一一六頁以下（昭和六二年）、野澤正充「契約の相対的効力と特定承継人の地位（一）」民商法雑誌一〇〇巻一号一一三頁以下（平成元年）がある。

〔追記〕 はなはだ完成度の低い論文で忸怩たるものがあるが、本稿を新田敏先生に捧げる。昭和五〇年（一九七五年）四月、私が慶應義塾大学法学部の助手に就職した際に、先生が私を案内して学内の事務部門に挨拶回りをして下さったことを、昨日のように思い出す。塾法学部では、民事訴訟法ゼミから民法に残られた斎藤和夫教授を除けば、民法ゼミからは私が新田先生の後一六年ぶりの民法助手採用者であった。あれからもう四半世紀が過ぎる。ここに改めて多年のご学恩を深謝し、先生の益々のご健康と、ご研究のさらなるご発展をお祈りするものである。

（本論文の一部は、大学院高度化推進費の助成を受けた慶應義塾大学大学院法学研究科プロジェクト科目「国際債権流動化法」の研究成果である。）