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

Title	民法(債権法)改正論議と債権譲渡規定のあり方
Sub Title	
Author	池田, 真朗(Ikeda, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	2008
Jtitle	慶應の法律学 民事法 : 慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集 (2008.) ,p.25- 47
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BA88453692-00000004-0025

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.

民法（債権法）改正論議と債権譲渡規定のあり方

池田真朗

一　はじめに
二　民法改正自体の基本思想
三　民法という法典の性格付け
四　各論1――債権譲渡禁止特約の問題
五　各論2――判例法理の進展を取り込む追加的改正
六　各論3――特別法や特例法を取り込む改正
　――動産債権譲渡特例法の影響
七　各論4――理論的な不整合（説明の困難さ）を除去する改正
八　各論5――将来債権譲渡についての規定
九　各論6――取り込みが遅れている規定の追加
　――債務引受と契約譲渡
十　通知型対抗要件システムの維持か改変か
十一　まとめ

一　はじめに

民法ことに債権法分野については、ヨーロッパの各国において具体的な改正や改正に向けての議論が盛んになっている。わが国でも、一般にはそれほどの議論の盛り上がりは見られなかったものの、二〇〇八年春現在、法務省のメンバーも加わった民法（債権法）改正検討委員会（座長・鎌田薫早稲田大学教授）での検討作業が進行しつつあり、[1] また二〇〇八年一〇月の日本私法学会では、別の二つの学者グループ（加藤雅信上智大学教授をリーダーとするグループと金山直樹慶應義塾大学教授をリーダーとするグループ）が民法改正をテーマに報告をする。筆者は、たまたまその計三集団のいずれにも委員等として関係している。

さて、筆者が年来の中心的な研究テーマとしてきた債権譲渡は、民法典の中でも、この四半世紀に非常に大きな展開を遂げたという意味では、一、二を争う重要分野と言ってよい。その急激な展開は、債権譲渡自体が、危機に瀕した事業者等が苦し紛れに行う決してほめられない取引から、資金調達のために正常な経済活動の中で頻繁に行われる取引に大きく転換したことによって起こっている。[2]

したがって、この機会に、民法（債権法）改正論議の中で債権譲渡規定をどう扱うべきかを論じておきたい。しかしながら、債権譲渡については、後述するように、その議論の立脚点をどう取るかによって、おそらく改正提案がまったく異なってしまうと思われる。加えて、本稿執筆段階（二〇〇八年七月）では、まだ各グループの検討結果は外部に公表されていない。そこで、ここでは、債権譲渡規定の見直しについて私見としてひとつの方向性を提示することは避け、考えられる発想とその選択肢を広く摘示して考察を加えることとしたい。[3] ただ、いずれにしてもたとえば多重譲渡の優劣基準や将来債権譲渡についての何らかの規定を置くことなどは必要になろうし、また、隣接領域である債務引受や契約譲渡についての規定を置くことは、諸外国の立法例を見ても必須と

なることは明らかである。

（1）この民法（債権法）改正検討委員会については、事務局長を務める内田貴法務省参与の紹介文がある。内田貴「いまなぜ『債権法改正』か」NBL八七一号一六頁以下、八七二号七二頁以下、同「債権法改正の意義」NBL八七二号一頁ほか。同委員会は、二〇〇六年一〇月に組織されたもので、全体で三〇名あまりで構成され、二〇〇九年三月の試案公表を目指している。なお、同委員会の全体会議の議事録は、ホームページに公開されている（アドレスは、http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/）。

（2）池田真朗「債権譲渡に関する判例法理の展開と債権譲渡取引の変容」川井＝田尾編『転換期の取引法―取引法判例10年の軌跡』（商事法務・二〇〇四年）二九五頁以下参照。

（3）なお筆者は、本稿の概要にあたるものを「債権譲渡の見直しの発想と選択肢」として、法律時報臨時増刊『民法改正を考える』（二〇〇八年九月）二三九頁以下に発表している。

二　民法改正自体の基本思想

まず、民法改正というそのこと自体の意味づけないし基本思想であるが、現時点でも論者によってかなりの見解の相違があるように思われる。つまり、①現在運用上の不都合が具体的にあるとされる部分を修正する、というレベルにとどめるべきという意見もあるし、[4] ②特段不都合がなくても、判例学説の（少なくとも確立した判例法理の）進展があるならばそれを取り込み、法律の可視性を上げるべきであるという意見もある。③さらに、現在不都合はなくても、今後一〇年、二〇年を見据えて、あるべき姿をこの機会に立法すべきという積極論もあろう。この③の立場と重複するかもしれないが、④世界的な立法動向や、国際的立法提案にできるだけ合わせる方向で改正を考えるべき、という議論もある。

筆者としては、現時点では極力これらの諸見解に公平に対処したいが、ただ、民法という、市民生活にとってもっとも身近な、私法の基本法を扱うにあたっては、（筆者は、そもそも民法の大部分の規定は、市民社会の取引形態や市民感覚を法が吸い上げて規定とするものと考えているので）もっぱら学者の知的関心のみを先行させた改正論議には、与しがたいという感覚を持っている。学者は、あくまでも謙虚に、民法の使い手であり対象者である市民のために、民法改正の議論をするべきである。

いずれにしても、これら基本思想の違いによって、債権譲渡の部分の議論は大きく変わってくる。つまり、前記①のような発想からすれば、そもそも規定の見直しの是非なり必要性の有無という段階から検討されるべきであるが、他方、判例や学説の進展を取り入れるとか、国際動向に合わせるということになれば、直ちにかなりの改正案の提示が可能になると思われるのである。

（4）二〇〇八年三月一日・二日に上智大学において開催された「民法改正国際シンポジウム―日本・ヨーロッパ・アジアの改正動向比較研究」（民法改正研究会〔前記加藤グループ〕主催。筆者が司会を務めた）でも、ドイツのリーゼンフーバー・ボッフム大学教授から、「壊れていないところを修理する必要はない」という考え方が紹介された（同シンポジウムの内容は、「シリーズ・日本民法改正試案提示の準備のために」として、ジュリスト一三五三号以下に数号にわたって掲載されている）。

三　民法という法典の性格付け

さらに、具体的な改正論議に入る前にもうひとつ論じておかなければならないことは、民法典そのものの性格付けである。つまり、民法典は、あくまでも市民生活の基本的一般的な規範と性格付けられるべきものなのか、

それとももはや取引社会を整序するための規範と割り切ってよい存在になっていると見るのか、ということである。債権譲渡について具体的にいえば、親子間の債権を兄弟間で譲渡するような債権譲渡をも念頭に置いてルールを考えるのか、そのような形態は捨象して、もっぱら資金調達手段や決済手段としての債権譲渡をイメージしてルール作りをすればよいのか、という問題である（ことに、債権譲渡に関しては、企業の資金調達においても、基本的に民法の債権譲渡規定（およびその特例法）の対象となるという法状況[5]があり、本質的に取引法の色彩が強い分野となっているという特殊性がある）。

このいずれに立つかによって、個々の立法案はまた大きく異なることになるのである。そしておそらくはこの民法典全体の性格付け（加えて債権譲渡固有の状況の勘案）の問題が、債権譲渡においては立法案の最終的選択に決定的な影響を与えるように思われる。

なお、右の議論は、民法の取引法化、商事化という問題として把握されているが、もう一方で、本来民法が扱う、市民としての自然人も、「消費者という色のついた人」が主となり、「取引の世界に登場する登場人物が、多くの場合、商人か消費者かという色つきの人になったとき、民法の想定する人の意味も変化せざるを得」ないという見解が示されている[6]。しかし、この点についても、世界的にもなお両論があるのであり、前掲の二〇〇八年三月の民法改正国際シンポジウムでは、オランダ代表のハートカンプ・ラドブート大学教授（元オランダ最高裁判所主席法務官）は、消費者法や商法までも民法典に取り込もうとするオランダ民法典の立場を説いていたが、二〇〇五年に公表されたフランス債務法改正案をまとめた本人であるフランス代表のカタラ・パリ第二大学名誉教授は、なお民法がニュートラルなものであるべきことを強調し、民法典に消費者法を決して取り込まず、商事法的な処理ともはっきり区別するという同教授の見解（そしてそれは現在までのフランスの立法の方向性でもあり、[7]フランスは民法典とは別に「消費法典」（消費者法典ではない）を有している）を明瞭に述べている。

（5）資産担保証券を発行しての債権流動化等は、もちろんそれぞれの商事分野の法律の規制に服することになるが、資金調達目的であっても指名債権の譲渡それ自体は商行為法の問題にならず（商法五〇一条以下参照）、ただ会社がその事業のためにする指名債権譲渡は会社法五条によって商行為となるのみであり、かつ会社法等では指名債権譲渡に関する特段の規定がなく、結局、企業等が指名債権を譲渡する場合は、対抗要件等全般について民法および動産債権譲渡特例法の規定によって規律されることになる。

（6）内田貴・前掲論文NBL八七二号七四頁。

（7）前記民法改正国際シンポジウム報告資料で、カタラ教授は、自ら編纂した改正草案について、「まず何よりも、その核心は、民事法に特有の考え方を示すことである。すなわち、一般性と中立性という機能における民事法の優位を復活させることである。民法典は、すべての市民に対して、分け隔てなく適用される。（中略）消費者の保護のように、問題となっている法的状況と、商業的な利益のように、求められている社会的な利益に応じて、契約的な均衡をより効率的ないし安全な方向に調節するのは、民法典以外の法典や法律である。民法典にとって、債務法編は、最も一般的な規定を置くところでなければならず、特別法の個別的な利益を包含しつつ調節する、現実に即した普通法を規定するものである」と記述している（ピエール・カタラ「民法典から債務法改正草案へ」〔野澤正充訳〕『民法改正国際シンポジウム―日本・ヨーロッパ・アジアの改正動向比較研究』〔シンポジウム配布資料〕一九頁。ジュリスト一三五七号一三八頁に収録。ちなみにハートカンプ教授の報告は、アーサー・S・ハートカンプ「オランダにおける民法典の公布」〔平林美紀訳〕ジュリスト一三五八号一三四頁以下）。なお筆者はシンポジウム終了後、カタラ教授にこの点が同教授の明確な基本コンセプトであることを直接確認した。〔追記〕筆者は未見であるが、フランスでは二〇〇八年七月に、新たに司法省による民法（契約法部分）改正草案が発表されたとのことである。

四　各論1――債権譲渡禁止特約の問題

もし、現在運用上の不都合が具体的にあるとされる部分を修正する、というレベルにとどめるべきという意見に立つとすると、債権譲渡分野は全体にそれほど大きな不都合があるわけではない、という議論も成り立たないわけではない。ただ、現在の条文で実務において最も問題とされているのは、民法四六六条二項の譲渡禁止特約である。これが、前述した企業等の資金調達取引にとって大きな阻害事由になっていることは、盛んに議論されているところである。

すでに拙著に詳細に紹介しているように、[8]そもそも世界的にもこのような明文規定を置く国は従来から大変少数派であり（明治民法制定当時からヨーロッパの主要国ではドイツ民法、スイス債務法くらいであり、梅謙次郎ら起草委員もその事実を正確に認識していた）、加えて今日の国際的傾向も、アメリカ統一商事法典ＵＣＣや、ユニドロワ国際商事契約原則（ＰＩＣＣ）二〇〇四（第九・一・九条）のように全面的に譲渡禁止特約の効力を否定するものから、ＵＮＣＩＴＲＡＬの国連国際債権譲渡条約（二〇〇一年成立、未発効）のように対象債権に限定を加えつつ効力を否定するもの（同条約九条）等、（いずれも商事取引を主として念頭に置くものであるが）否定例が多数であるということは間違いないからである（なお、ヨーロッパ契約法原則（ＰＥＣＬ）の一一：三〇一条では、将来の金銭債権の譲渡については譲渡禁止特約の効力が制限されるが、[9]その他の場合は債務者が譲渡に同意するか、譲受人が特約について善意無過失でなければ譲渡禁止特約が有効としているが、これについては、もっぱらファクタリングにおける債権譲渡の安定性を狙ったものと説明されている）。[10]

もっとも、そこで問題になるのが、前述の民法典の性格付けである。商事分野ないし取引法分野を視点の中心に置いた議論では、かなり説得的に譲渡禁止特約の否定ないし制限を語れるとしても、基本法たる民法の世界で

は、このような特約を保護すること自体は契約自由の観点から許容されるべきであり、また実際に多様な取引形態がありうるのだから、禁止特約を有効とする規定を残しておいてもよい、という議論も強い。すなわち、譲渡禁止特約の資金調達取引上の弊害は明らかであるとしても、条文として削除するとか、積極的に効力否定の規定を置くまでには至らない、という議論である。一般法としての民法という位置づけからすれば、結局このような見解が優位を占めることになることは十分に予想できる。

しかしながら、仮にわが民法四六六条を現状維持するとなると、おそらくはわが国固有の不適切な問題が残るように思われる。というのは、わが民法四六六条一項二項は、本来の規定からすれば、契約の相対効を定めたものとして、文字通り譲渡禁止特約を知らない善意の第三者にはこの特約は効果がない、と適用範囲を比較的限定できたはずなのであるが、判例が（預金契約における譲渡禁止特約の存在の公知性などを理由に掲げつつ）重過失は悪意と同視しうるという論法で善意要件を「善意無重過失」と置き換えた（最判昭和48・7・19民集二七巻七号八二三頁）ところから、現在のわが国では、現実には結局譲受人が一定レベルの調査をしないと（重過失を認定されて）譲渡禁止特約を対抗されてしまう可能性が高い、という誤った方向でこの規定を処理することが確立してしまった。ここに問題の根本がある（その結果、譲受人に調査義務を課すごとき裁判例まで見られることは、本来の規定の趣旨から遠く離れるものであって非常に遺憾である）[11]。したがって、この問題点を重視するならば、現行債権譲渡規定を全体にそれほど不都合がないと見る立場からも、民法四六六条二項の表現には何らかの修正が加えられるべきという議論が提示されることに合理性がある。

さらに、もうひとつの検討を加えておこう。確かに金融取引の一部などで、相手方が変更されては困る取引などがあることは広く認められているのであって、一律に譲渡禁止特約の効力を否定する明文規定を置くことは行き過ぎであるという見解に従うにしても、現行規定の四六六条一項（債権の譲渡性を宣明した規定）のみを残し、

二項の規定を全面的に削除した場合はどうなるか。要するに、禁止特約を当事者間で結ぶことは契約自由として可能であるとしても、その特約の対外効についてはまったく特別規定がない、という状態にするのである。

実はこれが現在のフランス民法典の債権譲渡規定における形態である。つまりフランス民法は、譲渡禁止特約に関しての明文規定を持たない。その場合は、どのような結論になるのか。特別の規定がなく、一般論としての合意の相対効の原則が優先するとなれば、譲渡禁止特約は、もちろん締結当事者間では有効であっても、債務者は、譲渡禁止特約について悪意の、つまり実際には禁止特約を結んだ段階でそれに関与していたような譲受人に対してでなければ、譲渡禁止特約を対抗できないはずである。そして、フランスの近年の破毀院の判決は、まさにその理を明らかにしている。[12]

したがって、わが国でも、民法四六六条の一項を維持しつつ二項を削除すれば、（解釈論に委ねられる部分は残るのだが）善意の第三者が保護される場面は相当に増えることになろう。そのような観点からすれば、この四六六条二項削除案も一案として検討の対象になるべきである。[13] ただし、このような形態の立法は、結局その後の解釈に委ねる部分が大きくなるため、利用者の予測可能性は低くなり、その意味では好ましい立法とは言えないという批判が当然になされよう。そうすると結局、右のフランス破毀院判例の論理を一般化したような、「譲渡禁止特約は、譲受人が譲渡の時にその存在を知っていたことを債務者が証明した場合に限って対抗しうる」というような規定を明文で置くことも考えられるわけである。[14]

（8）　池田真朗『債権譲渡法理の展開』（弘文堂・二〇〇一年）三〇四頁以下。

（9）　ヨーロッパ契約法原則（ＰＥＣＬ）については、ことに本稿のテーマに関して、藤井徳展「ヨーロッパ契約法原則（ＰＥＣＬ）における債権譲渡法制―債権譲渡による資金調達という視点を中心に据えて―（一）（未完）」大阪市立大学法学雑誌五

三巻四号三六九頁以下が詳細に紹介している。

(10) 内田貴「ユニドロワ国際商事契約原則二〇〇四—改訂版の解説(2)」ＮＢＬ八一二号七三頁。もっともＰＥＣＬは内田論文も紹介するように、消費者取引をも射程に含んでいると考えられるので、国際間の商事取引を適用対象とするユニドロワ原則などよりも譲渡禁止特約の有効な場面を多く認めるのも当然といえよう。

(11) 池田真朗・判批・判タ一一五〇号八七頁、同金法一七四八号三六頁、同・判タ一二四一号三七頁以下参照。たとえば大阪地判平成15・5・15金法一七〇〇号一〇三頁は、「調査義務」を措定し、その「調査義務」が尽くされなかったことを重過失としている（池田・前掲判タ一一五〇号八九頁）。加えていえば、同判決の事案では、債務者は早々に供託をしていて、譲渡人の管財人が、譲渡人と譲受人との間の取引基本契約書に譲渡禁止特約が存在していたことを（同契約書を管財人が探し出してきて）主張している（同・判タ一一五〇号九四頁、一二四一号四三頁参照）。本来債務者の利益保護のために付されたはずの譲渡禁止特約が、このような用いられ方をしていることに対しても、何らかの立法上の対処が必要であろう。

(12) Cass. com. 21 nov. 2000, D. 2001, p. 123. 事案はダイイ法の事案。譲受人金融機関が、譲渡禁止特約のある原契約の締結当事者になっていないのであれば、債務者は譲受人に譲渡禁止特約を対抗できないとしたもの。債務者が譲受人に譲渡禁止特約を対抗できるとしていたパリ控訴院の裁判例 CA Paris, 26 janv. 1996, Dalloz Affaires 1996, p. 352, RJ com. 1996, p. 188, note Grua; RTD com. 1996, p. 310, obs. Cabrillac を否定したものである。ただし学説には、なお譲渡禁止特約の有効性を肯定する議論もある。

(13) ちなみに、二〇〇六年に発表されたカタラ教授による「フランス債務法および時効法の改正草案」では、譲渡禁止特約そのものに関する明文規定は存在しないのだが、本文で後の七に掲げるように、「債務者は書面で譲渡人に対する全部または一部の抗弁を明示的に放棄して承諾したのでなければ、負債に内属するすべての抗弁を譲受人に対抗しうる」とする趣旨の規定を置く中に、「債務の移転不可能性を含め」という文言を入れている（カタラ草案一二五七条。この移転不可能性 intransmissibilité が債務の性質によるものを指すのか、禁止特約によるそれを含むのかは未確認である）。

(14) 譲受人が知っていたことの立証責任は債務者にあることになる。このような規定をしようとするのは、たとえばヨーロッパ私法学者アカデミー（イタリア・パヴィア大学）によるヨーロッパ契約法草案（いわゆるパヴィア草案、二〇〇二年公表）である。同草案一二一条四項は、「合意による禁止は、譲受人が譲渡の時にその事実を知っていたことを、債務者が証明した場

合に限り、譲受人に対抗できる。この場合において、禁止は譲受人が債務者に対して権利を取得することを妨げるが、譲渡人に対する権利の取得は妨げられない」とする（Gaz. Pal, Recueil Janvier-Fevrier 2003, Doctrine, p. 262より翻訳。同草案は、フランス語で起草されている）。なおパヴィア草案については、平野裕之教授の翻訳紹介がある。解説部分は平野「ヨーロッパ契約法典草案（パヴィア草案）第一編(1)」法律論叢七六巻二・三号七五頁以下、本稿該当部分は、「同論文(2)・完」法律論叢七六巻六号一一五頁以下を参照。

五　各論2——判例法理の進展を取り込む追加的改正

民法四六七条の債権譲渡の対抗要件については、昭和四九年以来、わが国の判例法理は大きく進展した。つまり、最判昭和49・3・7民集二八巻二号一七四頁によって二重譲渡の優劣基準についてはいわゆる到達時説が確立している。さらに、最判昭和55・1・11民集三四巻一号四二頁によって、その基準で決まらない通知同時到達の場合は同順位譲受人は全員が債務者に対して全額の請求をしうる立場に立つとされ、さらに最判平成5・3・30民集四七巻四号三三三四頁は、そのようなケースで債務者が供託をした場合は、譲受債権額（ないし被差押債権額）に応じて按分されるとした。この三判決で、わが国の一連の二重譲渡優劣基準の判例法理は確立したと考えてよい。

そうすると、ここまでの判例法理の進展は、（債権譲渡の通知型対抗要件主義という基本的な条文構造を維持するのであれば）条文に追加的に記載しておいたほうが、民法のユーザーたる市民の側の可視性（予測可能性）を高めるということはいえる。したがって、そのような判例法理の到達点を改正の機会に条文として民法典に含ましめるということもひとつの発想であり、現に、日本の民法学者グループ[15]の支援によって起草され二〇〇七年一二月

に公布されたカンボジア民法典は、まさにそのような規定になっている（カンボジア民法五〇四条）[16]。このような立法提案もありうるものと考えてよい。各国の立法案でも、「複数譲渡があった場合の優劣基準」を条文に掲げるものは多い。

（15）森嶌昭夫名古屋大学名誉教授を中心とする。支援作業の詳細については、新美育文「ＯＤＡ＝法整備支援の一斑・ベトナムとカンボジアの経験（一～二七）（未完）」時の法令一七二九号以下（隔号に連載中）参照。森嶌教授、新美教授以外の日本側の民法典起草作業部会のメンバーについては、新美・同論文（六）時の法令一七四〇号五八頁（注1）参照。

（16）公布済みであるが、本稿執筆時点では未施行である。同法典の日本語版の入手については、新美育文明治大学教授と櫻木和代弁護士（日本カンボジア法律家の会）のご協力を得た。

六　各論3――特別法や特例法を取り込む改正――動産債権譲渡特例法の影響

さらに、ここでは詳論しないが、民法改正にあたって、特別法や特例法を取り込むかどうかも問題になる。これも考え方によるが、おそらく、一般には、借地借家法や製造物責任法など、それぞれの領域の確立した特別法を民法に取り込むということには手をつけない、という方針を考えるのが妥当ではないかと思われる。ただ、中でも特例法と名づけられているものは、民法の条文の適用そのものに特例（代替措置等）を定めるもので、民法改正にかなり近い性格を持っている[17]。そうすると、この特例法の部分についてこの機会に民法典に取り入れるという改正案が立つことはそれなりに理由がある。この観点からすると、債権譲渡の部分では、動産債権譲渡特例法の規定を取り込むことの是非・必要性が論じられることになろう。具体的には、従来の民法四六七条二項の対

抗要件（確定日付ある通知）を代替しうる動産債権譲渡特例法上の債権譲渡登記による対抗要件具備を、民法典の中に併記すること等が考えられるわけである（なお後述十も参照）。

（17）池田真朗「現代語化新民法典の誕生」池田編『新しい民法―現代語化の経緯と解説』（有斐閣・二〇〇五年）五頁。

七　各論4――理論的な不整合（説明の困難さ）を除去する改正

次に、これは実務上の不都合とはそれほど深刻な関係がないが、日本民法に特有な理論的問題（説明の付けにくさ）という観点からの改正議論も考えられる。それは、いわゆる異議をとどめない承諾について規定する現在の四六八条の、「前条の承諾」という用語法にある。これは学説の法律行為論が「作ってしまった」難点ともいえるのであるが、前条すなわち四六七条に規定される対抗要件としての「通知」および「承諾」は、それによって権利移転を生ずるものではないので（権利移転は債権譲渡契約で生じており、その事実を知ったことを伝えるという意味での対抗要件具備によって権利移転が起こるものではない）、法律行為を構成する意思表示ではなく、観念通知（準法律行為）とされ、しかし意思表示の規定が準用される、というのが現在のわが国での定説である。そのため、四六八条の「前条の承諾」も観念通知であって、意思表示としての債務承認や抗弁放棄（あるいは対抗事由主張の放棄）ではないというのが通説である（ただし筆者の二重法定効果説では、債権譲渡の承諾は、観念の表示である場合も債務承認などの意思表示である場合もあり、四六八条ではそのいずれについても同じ法的効果が与えられるということになる[18]）。そうすると、債務者は、意思表示でない、譲渡の事実を知ったという単なる観念表示によって、譲渡人に対して有していたあらゆる抗弁を喪失するという強大な効果が発生することになりその根拠が疑問であ

る、という批判が従来から有力に展開されてきている。[19]

実際、この異議をとどめない承諾は、フランス民法の acceptation sans réserve を引いているので（ボアソナードの考えていた acceptation は、意思表示にあたるものであったと思われるのだが、[20] 当時のフランスにはドイツ法流の法律行為の概念がない）、訳せば「無留保承諾」ということで、「異議をとどめない」という明示的な表現をつける必要はないというのが通説なのであるが、わが国の今日の実務は、（ある意味で賢明に）債務者の抗弁を切断したい場合には「異議をとどめず承諾します」というような文言を要求している。

問題は、「承諾」という用語の日本民法典の中での意味にある。つまり、代表的な用例である契約総論の場面（五二一条以下）での承諾は、もちろん、申込みとあいまって契約を成立させる「意思表示」である。そうすると、このような基本的な重要用語について、同一法典の中で意義を異ならせるということが、法典のわかりやすさという意味で適切かどうか、ということになるのである。この観点から手当てをするとなると、思い切って債権譲渡の通知・承諾という概念について、対抗要件としての「承諾」を別の用語に置き換えるという提案がありうる（一例として「了知」「了解」など）。そしてそのような提案をする場合には、さらに四六八条については、①「了知」「了解」というような観念通知で抗弁が切れるという特殊規定としてなお存続させるか、②観念通知で抗弁が切れるというのは国際的には通用しがたい規定なので、もはやそのような規定は維持せず、意思表示としての承諾（債務承認や抗弁放棄を含む）によって抗弁が切れるという当然の規定に作り直すか、という二つの方向が考えられるのである（この後者はかなり有力な考え方であって、抗弁放棄の規定を置くことはＵＮＣＩＴＲＡＬ国際債権条約等、いくつかの立法例に見られるものである）。そうでなければ、もう「承諾」はすべて意思表示を表すものとし、四六七条の債権譲渡の対抗要件としての承諾は、「観念通知でも足りる」と説明する（したがって四六八条の「前条の承諾」は、前掲の二重法定効果説の説くように、意思表示の場合も観念通知の場合もあってよい）、と割り切っ

たほうがよい。

ちなみに、前掲のフランスのカタラ草案では、債務者は書面で債権譲渡を承諾する場合には譲渡人になしえた抗弁を譲受人に対して主張することを明示的に放棄しうるという規定を置き（一二五七条一項）、そのような承諾 acceptation がない場合は債務者はすべての抗弁を譲受人に対抗しうると規定している（一二五七条二項）[21]。これならばかなり明瞭である。

なお、この問題は、後述のように債務引受や契約譲渡の規定を新設することになれば、さらに検討の必要性が高くなる。債務引受における債権者の「承諾」、契約譲渡における相手方の「承諾」は、もちろんいずれも観念通知ではなく意思表示であるはずであり、これらを「同意」とか「承認」などと言い換えて債権譲渡の対抗要件の承諾と区別するか、それともこちらは承諾のままで債権譲渡の用語のほうを上述のように変えるか、という議論が不可避となる、ということである。

（18）池田真朗『債権譲渡の研究』（弘文堂・一九九三年〔増補二版二〇〇四年〕）四一八頁。
（19）星野英一『民法概論Ⅲ』（良書普及会・一九七八年）二一〇頁等。
（20）池田・前掲『債権譲渡の研究』三七四頁。
（21）Pierre Catala, Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 2006, p. 132.

八　各論5——将来債権譲渡についての規定

本稿の冒頭にも述べたように、現代の債権譲渡は、資金調達目的の取引として広く行われている。そして、そ

の形態の債権譲渡にとって、最も重要といってよいのは、集合的な将来債権の譲渡である。これも民法の性格付けをどのように捉えるかによってかなり変わる問題ではあるが、取引法的色彩を無視するのでなければ、将来債権譲渡に関する規定を民法典にどう盛り込むかは必ず論じなければならない問題となろう。そのことは、各国の立法草案等も如実に示している。

わが国でもすでに判例法理は複数年にわたる先の時点までに発生する将来債権の譲渡を認めている（最判平成11・1・29民集五三巻一号一五一頁。さらに、特定性について識別可能性でよいとした最判平成12・4・21民集五四巻四号一五六二頁やその後続の判例については、別稿参照）[22]。したがってこの問題も、一部は、確立した判例法理の条文への取り込み、というカテゴリーの問題になる。ただ、判例がかならずしも明らかにしていない要素もあり、そこまでを法文に書き込むことの是非は、十分に議論する必要があろう[23]。

この点に関連して、将来債権譲渡契約の当事者がその後に変更になった場合の効力も問題になる。また、担保のための債権譲渡と一般の（真正）譲渡を規定し分ける必要があるかどうかも議論されるべき課題ではあるが、これを区別しないのがＵＮＣＩＴＲＡＬ国際債権譲渡条約[24]等の方向性である。

（22）池田・前掲「債権譲渡に関する判例法理の展開と債権譲渡取引の変容」川井＝田尾編『転換期の取引法―取引法判例10年の軌跡』三〇五頁以下参照。

（23）将来債権譲渡の権利移転時期の問題などがこれにあたる。つまり、最高裁判例はこれまで、将来債権譲渡についても譲渡があったか否かについては、比較的明瞭に、真正譲渡でも譲渡担保でも譲渡契約がなされれば「譲渡あり」と判断し、停止条件付譲渡契約や譲渡予約の締結ではいまだ譲渡はされていないと判断する、という態度を示しているが、将来債権譲渡の場合の権利の移転時期については、未だ明示的に判断してはいない。池田真朗「将来債権譲渡担保における債権移転時期と譲渡担

保権者の国税徴収法二四条による物的納税責任」金法一七三六号八頁、道垣内弘人「将来債権譲渡担保における債権移転時期と国税徴収法二四条による譲渡担保権者の物的納税責任」金法一七四八号三〇頁、潮見佳男「将来債権譲渡担保と国税債権の優劣」NBL八五六号一一頁以下（とくに一五頁）、その他池田真朗「判批」金法一八一二号三〇頁以下等、最判平成19・2・15民集六一巻一号二四三頁の諸評釈を参照。

(24) 国連国際債権譲渡条約二条は、第一文で、譲渡を権利の移転と定義して、第二文で、「負債またはその他の義務の担保としての権利の設定は、移転とみなす」と規定する。同条約の条文（英文）とその翻訳については、慶應義塾大学大学院国際債権流動化法研究会訳・小堀悟監訳「「国際取引における債権譲渡に関する条約」草案」NBL七二二号三七頁以下参照（タイトルには草案とあるが、これがそのまま条約正文となっている）。

九　各論6——取り込みが遅れている規定の追加——債務引受と契約譲渡

現在日本民法典には存在しないが、第二次大戦後に作られた諸外国の民法典にはまず存在するのが普通、というものが、債務引受と契約譲渡の規定である。わが国では、これらが問題になった判例も出ており（たとえば最判平成8・7・12民集五〇巻七号一九一八頁は、契約上の地位の移転のひとつであるゴルフ会員権譲渡のケースで、対抗要件具備は債権譲渡の対抗要件で足りるとしたもの）[25]、さらに債務引受の現代金融実務での活用例としては、手形レスの一括決済取引の中の併存的債務引受方式などもある[26]。債務引受と契約譲渡の民法典への取り込みは、あまり議論が盛んとは思われないが、諸外国の現代の民法典と比較すれば、必須の議論のはずである（筆者はすでに一九九八年の日本私法学会シンポジウムでこれらについての立法試案を発表している）[27]。

(25) 預託金返還請求権を主たる価値内容とするゴルフ会員権の譲渡などの場合にはこれでもよいかもしれないが、本来契約譲

渡には、二面契約でできる債権譲渡の要素と三面契約ないし債権者の意思表示としての承諾が必要な免責的債務引受の要素が並存すると考えれば、債権譲渡の対抗要件での代用では理論的に不十分なことは明らかである。池田真朗「判批」民商一一六巻六号一三二頁以下参照。

(26) 池田真朗「債務引受と債権譲渡・差押の競合―一括決済方式における債権譲渡方式と併存的債務引受方式の比較を契機に―」法学研究七七巻九号一頁以下。

(27) 池田真朗「契約当事者論―現代民法における契約当事者像の探求―」別冊ＮＢＬ51・一四七頁以下、とくに立法提案は一七四頁以下。また最近の論考として、野澤正充「契約当事者の地位の移転の立法論的考察(1)」立教法務研究一号一頁以下がある。

十　通知型対抗要件システムの維持か改変か

今回の債権法改正議論でそこまで論じることが適切かどうかはさておいて、ひとつの非常にドラスティックな改正発想として、通知型対抗要件主義の見直しというものが考えられうる。これは、日本民法が物権・債権の両者にわたって、権利移転の基本構造としてフランス民法型の対抗要件主義を採り、かつ指名債権譲渡については、これまた完全にフランス型の債務者をインフォメーションセンターとする通知型（正確には通知・承諾型）対抗要件を採用してきたことを考えると、非常に重大な問題であり、論じること自体が適切かどうかは留保したうえで、「考えられうるひとつのモデル」として紹介するものである。それは、債権譲渡を徹底して取引法ルールと見た場合には、多数債権の譲渡に際しての個別債務者への通知という発想自体が合理性のないものとならざるをえない、ということから、通知・承諾型対抗要件システムを放棄するという考え方である。英米法でもイギリス法には一部通知型の伝統があるものの、アメリカの学者・実務家には、このような通知型対抗要件に対する批判が比較的強いようである。[28] もっとも、ここでしっかり考えなければならないことは、たとえばアメリカ合衆国は

わが国における民法典を持たないことである。彼らが日本民法の債権譲渡規定と比較する対象は、契約書のファイリングによるパーフェクション（とりあえず一種のゆるやかな対抗要件と呼んでおく）を規定するＵＣＣ統一商事法典[29]なのであるから、すでに取引法の世界に完全に入り込んでの議論なのである。したがって、たとえば生前贈与目的で成立させた親子間の債権を兄弟間で譲渡するケース、などというものは、そもそもがほとんど考慮の対象ではないということに注意しなければならない。先述のカタラ教授の民法観などからすれば、およそ容認しがたい考え方ということになる。

いずれにしても、わが国でも動産債権譲渡特例法（当初は債権譲渡特例法）においては、債務者への認識付与というメリット（債務者にとっては、通知型対抗要件は、移転情報が自分自身のところに集まるという意味で保護に厚いものである）を捨てて登録型対抗要件を採用したわけであり、これはＵＣＣのファイリングシステムにも、国際債権譲渡条約のオプションの中の登録型優先決定方式にも適合性が高い。[30] さらに言えば、本年（二〇〇八年）一二月施行予定の電子記録債権法は、発生と譲渡に効力要件主義を採用して、電子記録債権内部での二重譲渡防止を図っている。[31] 債権譲渡における通知型対抗要件からの全面的な訣別ということは、現在の債権譲渡登記（法人の有する金銭債権の譲渡に限定）でどこまで拡張してカヴァーできるか、親族間の譲渡などでは登記よりも通知・承諾のほうが負担が軽くまた簡明ではないか、等の点に関する検証を経なければならないため、現時点ではにわかに提案しがたいが、将来の改正提案として考えられないものではない。ここでも、本稿三で述べた、「民法という法典の性格付け」の問題が、判断についての決定的な要素ということになろう。

（28）筆者が一九九五年から二〇〇一年にＵＮＣＩＴＲＡＬの国際債権譲渡条約作業部会で日本政府代表を務めた際のアメリカ代表の一人であったハリー・シグマン氏は、その後慶應義塾大学や九州大学の招きで何度か来日しているが、たとえば同氏は

通知システムの不合理性を強く批判する。

(29) 対比的に言うなら、ＵＣＣはいわば一種の登録型対抗要件主義ということになろう。詳細は、たとえば角紀代恵「ＵＣＣ登録制度の史的素描―新たな債権譲渡の対抗要件の構築のために」金法一四四八号二二頁以下、同「債権流動化と債権譲渡の対抗要件(1)～(4)」ＮＢＬ五九五号六頁以下、五九七号二四頁以下、五九八号五三頁以下、五九九号三三頁以下。なお、比較的早い時期にＵＣＣ第九編を検討した論文として、小山泰史「アメリカ法における浮動担保と売買代金担保権の競合(1)(2)・完」民商法雑誌一〇五巻六号八一六頁・一〇六巻一号五七頁等がある。

(30) 一九九八年に、ＵＮＣＩＴＲＡＬの議場で、わが国の当時の債権譲渡特例法制定を紹介したところ、直ちにいくつかの質問があったが、通知型対抗要件の国である日本が登録型対抗要件を採用したことそれ自体には、高い評価を受けた。池田・前掲『債権譲渡法理の展開』一四〇頁等参照。

(31) 池田真朗「電子記録債権法の展望と課題」池田真朗＝小野傑＝中村廉平編『電子記録債権法の理論と実務』（別冊金融商事判例、経済法令研究会・二〇〇八年）九頁以下参照。

十一　まとめ

以上見てきたように、この四半世紀で刮目すべき発展を遂げた債権譲渡分野は、民法典の性格付けや債権譲渡取引の実務での用いられ方等をどう評価のうちに取り込むかによって、改正案が大きく変わってくる。本稿では、なるべく客観的にさまざまな可能性に言及したつもりである。

また、昨今の民法改正論議には、民法の英米法化とでもいうべき志向もみられるように思われる。これについても、大陸法の伝統に即した民法典を維持すべきか、大陸法と英米法の接近・融合の方向を積極的に模索すべきか、という点も十分に議論されるべきであろう。なお、本稿でもいくつか言及した、諸外国の改正案や国際組織

による立法提案を参考とするにあたっては、それがどういう性格のものでどのような取引を適用範囲とするものかを十分に吟味して行う必要があることに留意したい（本稿ではこの点の整理はなお不十分である）。

さて、資金調達のための債権譲渡取引は、今後もさらに発展を続けることが見込まれる（たとえば中小企業の資金調達を考えると、不動産担保貸付や個人保証に限界があるのが明白な以上、売掛債権や在庫動産を活用した資金調達は必須の方向である。[32] しかし、わが国におけるそれら流動資産の資金調達への活用は、たとえばアメリカ合衆国と比較すると未だ非常に遅れている）。[33] このような状況も勘案すると、債権譲渡は、民法の全分野の中でも、改正論議に最も時代感覚と広い視野を必要とする分野なのではないかと感じられるのである。

（32）池田真朗「ＡＢＬ等にみる動産・債権担保の展開と課題―新しい担保概念の認知に向けて―」伊藤進先生古稀記念論文集『担保制度の現代的展開』（日本評論社・二〇〇六年）二七五頁以下、同「ＡＢＬの展望と課題―そのあるべき発展形態と「生かす担保」論」ＮＢＬ八六四号二一頁以下等参照。

（33）中小企業庁の資料によると、二〇〇〇年代に入った段階で、平成一二（二〇〇〇）年に米国では債権・動産という流動資産を資金調達に活用する比率が約一三％であったのに対し、わが国では（一九九九年の資料で）わずかに一％であった（中小企業庁・中小企業債権流動化研究会報告書「債権の流動化等による中小企業の資金調達の円滑化について」（二〇〇一年三月）一〇頁）。売掛金等の債権や棚卸資産を含む動産を担保対象とするＡＢＬ（アセット・ベースト・レンディング）は、わが国では開始後日が浅いが、米国ではすでに、取引残高が二〇〇五年末には米国企業（非金融事業）の借入残高全体の二〇％を占めるに至っているという（高木新二郎「アセット・ベースト・レンディング普及のために―米国での実態調査を踏まえて」ＮＢＬ八六四号二一頁以下）。

（二〇〇八年七月三一日稿）

〔追記〕本稿は二〇〇八年度慶應義塾大学大学院高度化推進費による研究成果の一部である。なお、本稿の主題に関しては、掲載論文集の刊行時までになお多くの動きのあることが想定されるが、本稿は二〇〇八年七月末日までの状況を基に執筆していることを断っておく。