The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	将来債権の包括的譲渡後に締結された譲渡禁止特約の効力 : 民法（債権法）改正作業を契機とする一試論
Author(s)	石田, 剛
Citation	阪大法学. 2012, 62(3,4), p. 157-191
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/60138
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

将来債権の包括的譲渡後に締結された譲渡禁止特約の効力

――民法（債権法）改正作業を契機とする一試論――

石田　剛

一、問題提起
二、日本法における議論状況
三、ドイツ法
四、検討

一、問題提起

民法四六六条二項は、譲渡禁止特約に関して、第三者（譲受人）が譲渡の目的債権につき法律上の利害関係を持つに至った時点（譲受行為の時点）において、特約の存在を認識していたかどうかによって、特約の第三者対抗力を区別している。すなわち特約の存在を知らずに債権を譲り受けた者に不測の不利益を与えない限りにおいて、例外的に特約の対抗力が制限される仕組みになっている。逆にいえば、規定ぶりから、同条は、特約が原則として第三者効を有することを出発点とするものと見ることができる。

そもそも同条が念頭においているのは、既発生の譲渡禁止特約付き債権が譲渡される場合であり、債務者が不特定の将来債権をも含む多数の債権群を一括譲渡する取引（包括的債権譲渡）は現行民法典の立法者の想定を超えていた。そのため、将来債権の譲渡契約締結後に、譲渡人と債務者との契約に基づき具体的に発生した目的債権に譲渡禁止特約が付された場合、目的債権の譲受人は事後に結ばれた譲渡禁止特約によって目的債権を取得することができなくなるのか、という問題に関して、現行法は明確な規律を欠いているといわざるをえない。

ところで、ＡＢＬ[1]が日本においても普及し始め、今や担保目的や資金調達目的で行われる集合債権譲渡取引が実務上きわめて重要な位置を占めている。それとともに、将来債権譲渡の阻害要因となりかねない譲渡禁止特約の効力をどう規制すべきか、特に事後的に譲受人を害する意図をもって締結される譲渡禁止特約にどう対処すべきか、という立法課題が浮上している[2]。

本稿では、法制審議会で現在審議中の諸提案[3]を手掛かりとしながら、そこで提案された選択肢にとらわれることなく、右の課題についての解釈論及び立法論としてあるべき方向性を提言することにしたい。その際、現行日本民法典を相対化するため、比較法としてドイツ法の議論を参照する。ドイツ法を参照する理由は以下の点にある。第一に、ドイツ法では将来債権譲渡の有効性が非常に早くから認められ、本問題についても一定程度議論の蓄積がある。第二に、譲渡禁止特約の物権的効果（絶対的効力）を原則として承認する点において、日本民法四六六条二項の判例・通説と共通の基盤を有すると共に、債権流動化の要請に応えるために特約の効力を制限する立法措置を商法分野で迅速に行っている。これらのことから、ドイツ法との比較を通じて、国際的潮流をもふまえた現実に即した立法論を展開するうえで、有益な示唆を得ることが期待できる[4]。

二、日本法における議論状況

1・将来債権譲渡

将来発生する債権をそれが実際に発生する以前に譲渡する契約は、債務者の経済的自由を不当に拘束し、あるいは他の債権者の利益を不当に害するため公序良俗違反に該当すると判断されない限り、有効である。[5] また担保目的で集合債権を一括譲渡する場合、譲受人は、被担保債権の弁済を滞りなく受けている限り、直ちに譲受債権を債務者に対して自ら行使（請求）する必要がないため、債務者に確定日付ある証書により譲渡の事実を通知する際、債務不履行が生じる（担保権を実行する）までは、取立及び給付受領の権限を譲渡人に留保し、債務者に従来どおり譲渡人に弁済をするよう指示する文言を含む方法が用いられることがある。このように弁済受領の相手方を当面変更しない旨の留保付の債権譲渡通知も債権譲渡の対抗要件として有効であるとされている。[6] 加えて法人が譲渡人である譲渡に関しては債務者対抗要件と分離して債権譲渡登記によって第三者対抗要件のみを具備することも可能となり、債務者が不特定の将来債権を一括譲渡する場合の実務的ニーズに応える制度が着実に整備されつつある。[7]

さらに集合債権譲渡担保の事例に関して、将来債権譲渡は契約締結と同時に確定的に効力を生じ、第三者対抗要件具備（債務者への確定日付ある証書による通知）をもって、その効力を第三者に対抗することができるとして、譲渡担保権を国税債権に基づく差押えに優先させる判断が下されるに至った。[8] 事案は、特定の取引先一社との継続的取引契約に基づき、現在有し及び将来取得する商品売掛代金債権及び商品販売受託手数料債権が一括譲渡され、確定日付ある証書によって債務者に譲渡担保の設定が通知されていたというもので、その争点は、譲渡された将来債権が、国税徴収法二四条八項（旧六項）「国税の法定納期限等以前に譲渡担保財産となっている」といえるかと

いう解釈問題であった。

最高裁は、債権譲渡の効果は債権発生時まで生じないから、譲り受けた将来債権は法定納期限以前に譲渡担保財産になっていないとした原審の判断を覆した。[9] この結論は学界・実務界から概ね好意的に評価されている。[10] 従前から将来債権譲渡における債権移転時期の問題に関しては、契約時説と債権発生時説との対立があった。[11] このような背景を踏まえて登場した平成一九年二月一五日判決に対しては、債権の移転時期を譲渡契約締結時と捉える可能性を開いたものであるとの評価も存在するが、[12] より一般的なのは、債権の移転時期や権利取得メカニズムについての明確な態度決定を控えたとみる評価である。[13] つまり目的債権が現に発生したときは何らの行為を要することなく当然にその権利を取得しうる地位が譲受人に帰属していることを対外的に主張できる状態にあることを確認したにとどまると考えられる。この点、契約時説を代表する見解は、債権の発生前には請求可能性を備えた債権は存しないが、譲渡の客体として、処分権限のみを備えた将来債権を法的に観念することは可能であるとする。[14] この見解はおそらく次のような発想に依拠するものと考えられる。すなわち処分権限は権利（財産権）に本来的に内在する権能であり、財産権の一種である債権もその例外ではない。その権利の本体的部分（処分権限）を、権利の客体が現実に発生する前の段階であっても、合意により譲受人に有効に移転することができる。物権法と異なり、客体が現存しない限り、処分行為を観念できないという制約は債権法に当然には存在しない。また債権の譲渡性（処分可能性）は民法四六六条一項が明確に宣言しているところであり、すべからく債権は、法律上あるいは性質上譲渡不能な一部のものを除いて、その権利の性質として譲渡性・処分可能性を有する。譲渡不能な債権や、債権譲渡に債務者の同意を必要とするタイプの債権、つまり自由に処分することのできない債権を当事者の合意によって任意に創設することはできない、という理解である。

今回の譲渡禁止特約の効力をめぐる改正に際して、譲渡不能な債権を合意により作り出すことはできず、譲渡禁止特約を特約に基づく履行拒絶の抗弁権を債務者に与えたもの（債務者保護手段）とみる提案がなされているが、[15]右の有力説の発想はこの提案と根底において相通ずるものがある。仮にこのような前提に従って本問題を考えてゆくときに、前掲最判平成一九年二月一五日との関係をどう整序すればよいかという点を詰めておく必要がある。

2．譲渡禁止特約

このように債権と処分権限との関係を考察する際に避けて通れないのが、譲渡禁止特約の効力の問題である。1．で述べたとおり、既に法人による金銭債権譲渡の場合、債権譲渡登記ファイルへの登記により、第三者対抗要件を債務者対抗要件から分離した形で先行して具備することができる。債務者に対して履行請求できない地位にとどまる「債権」であっても、実質的な財産的価値を有することに変りなく、第三者対抗要件を具備することによって、競合債権者等に対してそのような財貨を獲得したことを主張することができるのである。もちろん債務者に権利行使するためには債務者対抗要件を具備しなければならない。ここで債権という権利の本体部分として観念されているのは、債務者に対する請求権の側面ではなく、むしろその財貨（価値）の側面である。このような価値支配権としての債権という発想を突き進めてゆくと、譲渡禁止特約の効力についても、従来の考え方とは異なる視角から捉えることが可能になる。

周知のとおり、譲渡禁止特約については、債権的効果説と物権的効果説が対立していた。[16]1．でみた債権の譲渡性を重視し、特約違反の譲渡も有効であるという考え方は債権的効果説と呼ばれ、これまでも有力に主張されてきた。これに対して判例・伝統的通説は物権的効果説の理解を前提として、民法一一六条ただし書の法意に依拠して、

特約違反の譲渡を債務者が追認することによって、第三者の権利を害しない限りで追認の遡及効を認めている。[17] また無効の主張権者についても、特約が債務者の利益保護を目的とすることから、特段の事情がない限り、譲渡人及びその特別清算人による主張を認めないとする判断が比較的最近に示された。[18] これらの流れを受けて、債権的効果説に近い発想に依拠して、特約の効力を債務者保護に必要最小限の範囲に縮減して捉える相対的効力案が債権法改正作業において急速に浮上してきたのである。[19]

仮に伝統的通説と同様に、譲渡禁止特約が譲渡不能な債権を成立させると考え、特約に絶対効を認めるのであれば、将来債権譲渡後に、発生した債権につき債務者と譲渡人との間で譲渡禁止特約が結ばれた場合、譲受人は常に債権を取得できないことになりそうである。ところが、特約の対外効を一応容認しつつも、債務者保護に必要な範囲に縮減するならば、譲渡行為は債務者以外のすべての者との関係では有効とされる。[20] このとき悪意・重過失の譲受人であっても、債権を取得しており、債務者が譲渡人に弁済して免責を得た場合、譲受人は譲渡人に対して不当利得返還請求権を行使することができる。このように特約の効力を譲受人との関係で承認することにより、譲受人が受ける不利益の度合いは、譲渡禁止特約の効力に関する基本ルールとして相対的効力案と絶対的効力案のいずれが採用されるかによって、変わってくる点に留意しなければならない。

3・将来債権の譲渡後に付された譲渡禁止特約の対抗の可否

さて、民法（債権関係）部会資料は、冒頭に提起した問題への対処法として、以下の四つの選択肢を提案している。[21]

【甲案】は、将来債権譲渡後に締結した譲渡禁止特約の効力を債務者は譲受人に対抗できないとする。

【乙案】は、譲渡される債権の性質や、それを発生させる契約の性質に照らし、譲渡禁止特約が付されることが取引慣行上一般的である場合には、譲受人は悪意（又は重過失）とみなされる旨の規定を設けるとする。

【丙案】は、債務者の利益保護を重視し、たとえ将来債権譲渡に時間的に遅れたとしても、債務者は特約を常に譲受人に対抗することができるとする。

【丁案】は、規定を設けず、今後の解釈に委ねるべきだとする。

【甲案】は、最判平成一九年二月一五日との整合性や将来債権譲渡における取引安全の保護を根拠として挙げる。[22] この考え方に対しては、譲渡禁止特約によって保護されるべき債務者の正当な利益も一切保護されなくなってしまうという結果の実質的妥当性の問題が指摘されている。[23]

将来債権の譲受人の予測可能性を損なわない範囲で、譲受人と債務者との間の利益調整を図ろうとするのが【乙案】である。【乙案】は、特約に周知性があれば、対抗力を認めても譲受人の利益は害されないという発想に立つものといえよう。その妥当性の検証にあたっては、四六六条二項ただし書において重過失の譲受人が権利取得を否定されるのはなぜか、「重過失」の認定判断と特約の周知性との関係について、慎重に考察しなければならない。[24]

【丙案】は、確かに特約が譲渡不可能な債権を成立させるという伝統的な理解から導かれやすい考え方である。そもそも規定を新設しなくても、本問題のように債権譲渡後に特約が締結される場面では、四六六条二項ただし書の「善意の第三者」を観念する余地がないという理由で、現行法の解釈として【丙案】と同じ結論を導くことができるとも解されている。[25] しかし今般の改正作業は、既に述べたとおり、特約の効力を制限する方向で推移しており、議論の前提が変わる可能性がある。また【丙案】に対しては、最判平成一九年二月一五日との整合性が問題となる。つまり債権譲渡の効果が譲渡契約時点で確定的に生じていることの含意として、将来発生する債権の処分権限が譲

渡人から譲受人に確定的に移転したことが内包されているのだと仮定すると、処分権限を喪失した譲渡人と債務者との合意によって、既に譲渡したはずの債権の譲渡性を事後的に失わせることなどできないのではないか、と思われるからである。さらに将来債権譲渡後に付された譲渡禁止特約の効力を常に対抗できるとすると、譲受人に不測の損害をもたらし、将来債権譲渡による資金調達の安定性を損なう、という批判がされている。[26]

【甲案】及び【丙案】は、いずれも一方当事者（甲案は将来債権の譲受人、丙案は債務者）の利益保護に傾斜しており、【乙案】はその中間を狙う折衷的な案であるといえる。法制審議会の議論においては、【甲案】を積極的に支持する意見はなく、【丙案】を支持する者が比較的多いようである。[27] 他に【丁案】【乙案】を支持するものも見られ、議論が収斂しているとはいえない。弁護士会においては、特段の規定を置かなくても、特約について善意無重過失の譲受人を保護する従来の枠組みを適用し、譲渡当時を基準に譲受人の主観に応じて判断することによって、事案に応じた譲受人の適切な保護を図りうるため、規定新設の必要なしとする見方が有力のようである。[28]

このように決定打を欠く状態で、いずれの案の方向性が妥当であるかを判断するためには、①将来債権の譲渡契約と対抗要件具備によって、譲受人がどのような法的地位を取得しているのか、②譲渡禁止特約の効力をどのように捉えるべきか、③債権譲渡に関する対抗要件制度の存否及びその在り方が本問題にどのように影響するか、等の複眼的な視角から検討する必要がある。以下、ドイツ法の議論を参考にしながら、①～③の諸点を検討する。

三、ドイツ法

1・将来債権の譲渡[29]

（1）将来債権譲渡の有効性と効力発生時期

ドイツ法において、将来債権譲渡の有効性は早い時期から承認されている。[30] 将来債権譲渡の典型例としては、第一に、いわゆる延長された所有権留保事例が挙げられる。延長された所有権留保（verlängerter Eigentumsvorbehalt）とは、所有権留保特約付で商品を購入した買主が売主から、その商品の転売権限を与えられる一方、商品の売却により失われた担保物の代償として、売主に転売により買主が自己の顧客に対して取得する債権を予め譲渡しておく取引を指していう。第二に、金融機関等から融資を受ける際に担保目的で行われる包括的債権譲渡（Globalzession）の事例である。包括的債権譲渡とは、債権担保の目的で債務者がその営業から生ずべき一定範囲の債権（現在有する債権のほか将来取得するべき債権をも含む）を予め金融機関（銀行等）に譲渡する取引をいう。こちらの取引形態は日本でもよく用いられている。第三に、人的会社又は有限会社の会社員の利益配当請求権あるいは分割請求権の譲渡事例でも問題になっている。[31] 本稿では、譲渡禁止特約との関係が問題とされている第一、第二の事案類型にスポットを当て、第三の事案類型は検討対象から除外する。

将来債権を譲渡する契約は有効であるものの、処分行為の効果は債権発生と共に生じ、それ以前に譲渡の効果が発生することはない。[32] この点において日本法とは異なっている。将来債権の譲渡が有効であることの制定法上の根拠としては、通常§185 Abs. 2 BGB が援用される。[33] 同条は、本来は、無権利者が処分行為を行った場合、処分の目的物の権利を取得することにより追完が生じることを定めたもので、処分の対象（客体）が処分行為時に現存す

る場合を念頭に置いている。将来債権のように、現存しない債権の処分を規律するものではない。[34] もっとも、法律行為による取引を簡易化するために、処分行為を可能な限り追完可能なものとして扱うという考え方が同条の基礎にあるものと理解されており、追完法理は条文の文言を超えて一般化される傾向にあった。[35] 将来債権の譲渡においても、処分の客体をなす権利の存在は、その権利が処分者の財産権に属することと同様に、追完可能な要件と解され、他人の権利の処分行為がその権利の取得によって追完されるように、将来債権の処分も債権発生により追完される、とみるのが一般的である。[36] 追完に遡及効は認められない。

したがって将来債権の譲渡人が倒産した場合、倒産手続開始前に将来債権を譲り受けても、倒産手続開始後に発生した債権については、破産債権者との関係で譲渡の効果が生じず、譲受人は譲り受けた債権につき別除権を行使することができないことになる。[37]

なお実際に発生した債権が譲受人に帰属するメカニズムについては、いわゆる経由取得説と直接取得説の対立がある。処分行為の効果は債権が――譲渡人のもとで――発生した瞬間に生じ、それによって効力を生じた債権譲渡に基づき直ちに譲渡人から譲受人に移転する、と説明するのが経由取得説である。[38] しかしこのような構成は迂遠であり、また実際の感覚に即していないと批判されている。[39] これに対して、債権が発生すると、それは譲渡人に一度も帰属することなく、譲受人が直接に目的債権を取得すると考えるのが直接取得説である。[40] 判例は、解決を迫られる法律紛争を処理するにあたり、直接取得説か経由取得説のいずれかの態度決定を留保したままでも、当該問題を処理することができる場合には、このような理論的問題に対して態度表明をしていない。これに対して、学説はなお対立しているが、現在の通説は直接取得説であると目されているようである。[41]

（2）　将来債権の二重譲渡

ドイツ法は、日本法のような対抗要件主義を採用していない。[42] 無方式の契約により債権は譲渡人から譲受人に移転する。その結果同一の既発生債権を二重に譲渡した場合、第一譲渡契約により処分行為は万人との関係において完結し、第二譲渡は無権利者として処分権限を有しない債権を譲渡したことになる。第二譲受人は権利を取得することができない。つまり既発生債権の譲渡に関しては、優先性原理（Prioritätsprinzip）が妥当している。[43]

判例は、将来債権の譲渡においても、同様に優先性原理が妥当すると解している。[44] つまり同一の将来債権が二重に譲渡された場合、先に譲渡を受けた者のみが権利者となり、譲渡人は第二譲渡を行う処分権限をもはや有していない。このような帰結は§185 Abs. 2. S. 2 BGB に基づき導かれる。[45] すなわち同条は客体の処分権限を有しない者による第一譲渡を無条件に時間的に後続の第二譲渡に対して優先させているわけではない。むしろ内容的に両立しえない複数の処分行為がなされ、処分者が「客体を取得した場合」には、第一処分のみを有効とすると定められている。既発生債権の二重譲渡事例では優先性原理より直接第一譲渡の優先が導かれるのに対して、将来債権譲渡の場合は他ならぬ§185 Abs. 2. S 2. BGB（類推適用）の法定効果として、客体の取得を条件として、第一譲渡のみが有効となる。その結果有効となった第一処分に優先性が認められる構造になっている。

将来債権譲渡と差押えとの競合関係においても、時間的に先行する譲渡が優先し、差押えはできない。[46] 譲渡契約の締結と共に譲渡人は譲渡した債権についての処分権限を失っていることになるからである。

これに対して、将来債権譲渡後、債権発生前に、目的債権を譲渡人が免除し、あるいは債権発生の基礎たる法律関係を廃止し（Aufhebung）、あるいは他者に移転した場合（Übernahme）、先行譲渡は空振りになると解されている。[47] これらの場合は、債権はおよそ譲渡人のもとで発生していないか、あるいはもはや譲渡人の手中に属してお

らず、先行譲渡は対象を欠いたものとなるからである。

しかし既発生債権の譲渡に関する優先性原理を将来債権譲渡にそのまま適用する判例の立場[48]に対しては、批判も強い。そもそもこの場面に優先性原理を適用するための法律上の根拠を欠いている[49]。すなわち現行法上、客体の処分権限のみを分離して処分することはできないし、許されてもいない。譲渡人は当該客体それ自体を処分することによってのみ処分権限を失う[50]。第一譲渡が行われても、目的債権が発生しない限り、譲渡の効果が発生せず、譲渡人に目的債権の処分権限が残っていると考えられるから、第二譲渡行為が当然に無権限処分となるわけではない。この点において将来債権の譲渡と既発生債権の譲渡との間に大きな違いがあることを看過しているというのである。

そこで将来債権の譲渡の問題を「期待権」の問題として捉え、この批判を回避しようと試みるものがある[51]。この見解は、将来債権の譲受人の権利取得を直接取得とみる立場を前提とする。そのうえで、将来債権の譲渡において処分されているのは、まだ存在しない将来債権ではなく、既に存在する期待権であると考える。債権譲渡により譲受人の元に生じた期待権が債権発生と同時に姿を変える[52]。こう解することによって既発生債権の場合と同様に優先性原理の適用が基礎づけられる、と。

しかし期待権理論に対しては、①この見解を一貫すれば、先行譲渡に後続し、内容的に相容れない処分は、その種類を問わずすべて無効とされることになるはずだが、この見解は債権発生の基礎となる法律関係が廃止された場合や譲渡禁止特約が締結された場合に関しては、先行譲渡の優先を認めておらず、一貫性がないと批判されている[53]。また、②期待権という独自のカテゴリーはＢＧＢにとって無縁であり、確かにＢＧＢは様々な場所で権利の保有者でなく、その「期待権者」に一定の保護を与えてはいるものの、それを超えて、事実として将来発生することが期待されているというだけの、つまり単なる「表見上」の「期待権」から明文上の根拠に基づかない法律効果を基礎

づけることは許されないとも評されている。

（3）　譲渡禁止特約の効力[54]

§399 BGB は、譲渡による内容の変更を理由とする債権の譲渡禁止と並んで合意による譲渡の禁止についても定めている。譲渡禁止特約の効力については、特約の効力を債務者保護に必要な範囲に縮減し、債務者との関係における相対的無効と解する見解も有力にはなっているものの[55]、判例・通説は特約の絶対的効力を認めており、特約違反の譲渡は効力を生じないとしている[56]。これに対して日本民法のように特約の効力を主張することができる相手方の範囲を悪意（＋重過失）の譲受人に限定する旨の規定はない[57]。特約は譲渡できない債権を成立させるものであり、その譲渡性を回復するには同意が必要である。ただし債務者の同意を条件として譲渡の有効性を認める譲渡制限条項（弱められた譲渡禁止特約）に関しては、債務者の一方的な同意によって譲渡を有効にすることができる[58]。

債務者保護のための規定として、§407 BGB が用意されている。同条によると、債務者が債権譲渡後に従前の債権者に行った給付並びに、債権譲渡後に債務者と従前の債権者との間で債権に関して行われたすべての法律行為を自己自身に対して妥当させなければならない。ただし債務者が債権譲渡をその給付又は法律行為の実行の際に知っていた場合はこの限りでない。

以上が民法典の一般ルールである。一九九四年には、商人間における金銭債権譲渡の場合にみられるような債権流動化の要請を考慮して、譲渡禁止特約の効力（対外的効力）を否定する特則として§354a HGB が設けられた。商人間での金銭債権譲渡の場合にみられるような債権流動化の要請を考慮して、譲渡禁止特約違反の譲渡を完全に有効とする一方、弁済の相手方を固定したいという債務者の利益にも配慮して、債務者は譲渡の事実について善意悪意を問わず、譲渡人に対して有効に弁済して免責を受けることができるものとした。これにより結果的に、日本

法の債権法改正作業における相対的効力案に近い解決が図られていることになる。

このようにドイツ法は債権の流動化の要請に対して、民法典の一般ルールを改変することなく、特別法により一定類型の債権譲渡に限定して、特約の効力を大幅に縮減した。

2・将来債権譲渡後に締結された譲渡禁止特約の効力

(1) 判例

ドイツ法も日本法も、本問題に対する制定法の規律を欠いている点では同じである。[59] 日本ではこうした問題の存在自体があまり意識されてこなかった。他方ドイツでは、延長された所有権留保により将来発生する転売代金債権の譲渡と金融機関への包括的債権譲渡が競合し、あるいは延長された所有権留保の留保買主が倒産した場合に留保売主が買主の顧客に対する転売代金債権にいかなる主張をすることができるかが争われ、当該転売代金債権について譲渡禁止特約が結ばれている場合をめぐって安定した判例法理が形成されている。[60]

判例は、譲渡禁止特約の効力を先行する債権譲渡の譲受人との関係でも貫徹させる。債権は当初から譲渡不能な権利として発生し、それゆえ譲受人に移転することはできない、というのがその理由である。具体的には、所有権留保の買主が、供給された商品を通常の営業の範囲内で転売する権限を売主から与えられ、その転売代金債権を将来債権として売主に譲渡した場合であっても、買主が自己の顧客に対する売買代金債権についてその顧客の同意なしに譲渡することはできないと約定されており、買主の財産に関して破産手続が開始した場合において、売主は譲り受けたと主張する債権につき別除権を主張することはできないが、代償的取戻権（Ersatzaussonderungsrecht）を行使することができるものとした判決がある。以下同判決を詳しく見ることにする。

【1】 連邦通常裁判所一九五八年五月二三日判決 BGHZ 27, 306

［事案］ Yは有限会社Aに建築資材を供給した。YがAとの取引に使用した「供給及び支払条件」には、拡張及び延長された所有権留保の定めがあった。つまり、Aは、供給された商品又はそれから製造された物をさらに他に譲渡する場合、その譲渡に基づき顧客又は第三者に対して取得する債権をすべての付随する権利と共にYに譲渡するものとされていた。AはYから供給された材料で製造した建築資材を建設企業共同体Bに引き渡した。AとBとの間の契約において、供給契約に基づくAの代金債権はBの同意なく第三者に譲渡してはならない旨の定め（「譲渡禁止特約」）があった。BはAに対して建築資材の供給に基づいて 1451, 80 DM の債務を負担していたところ、その後Aの財産につき破産手続が開始した。Yは、AのBに対する債権の譲受人として、別除権を主張したので、Aの破産管財人Xはこれを争った。Bは、自己の負う右の債務額を、XがYの了解を得てC銀行に設置した信託勘定（Anderkonto）に支払った。その口座はXYが共同してのみ利用することができるとされていた。

Xは、C銀行に預託された額の全部につき自己が支払を受けることについてYの同意を求めた。LGはXの請求を認容したが、OLGは棄却した。Xの上告は棄却された。

［判決理由］

「……AはBとの約定により、供給委託に基づくBに対する債権の譲渡を原則として禁止した。……債権はBの同意がなければ有効に譲渡することはできない。それゆえAがYと所有権留保及び転売代金債権譲渡を約定していたかどうかに関わらず、債権は破産手続開始決定の際に、Aに帰属していたことになる。それゆえYは、その債権を譲り受けたと主張して、破産財団からの別除を求めることはできない。

しかしながら、破産法四六条によれば、Aが破産手続開始前にYの同意なしに、つまり無権限で譲渡した場合、

客体の所有者Yは、反対給付を求める請求権を、それが未履行である限りにおいて、自己に譲渡するようAに対して求めることができる。この場合、反対給付を求める請求権が譲渡された客体にとって代わる。したがって、紛争の決着は、AがY所有の建築資材をその同意なしに譲渡したかどうか、これにより両当事者の了解のうえ設置された銀行口座へのAの支払の基礎に置かれる債権が発生しているのかどうかに係っている。供託に関する両当事者間の合意から、Xは、債権がY所有の建築材料につきAが行った無権限処分の対価でない場合のみ、その限りにおいて、支払われた額につき請求することが許されるという結論が導かれる。

控訴審は、係争債権が、Yが所有権を留保し、Aによる加工後もなお所有権を保持する建築資材の対価であるに過ぎないと認めた。この点を上告理由は争っていない。それゆえ重要なのは、AがYの所有物をその同意を得て譲渡したのかどうか、である。上告理由は、控訴審が、転売への授権が、債権譲渡の合意によって意図されたとおり（債権移転）の効果が発生することを条件としてなされている、と解したことを不当にも非難している。……しかしながら……Aは、自己の顧客に対する債権の譲渡性を制限し、つまり商品供給の受領者の同意に債権譲渡の許容性を係らしめたがために、本件事例において将来債権譲渡の効力が生じなかった場合であっても、商品の転売につき授権されていたものと本件供給条件を解釈することは、信義誠実の原則に従い許されない。債権譲渡の効果が生じない場合においても、Yが所有する商品を処分する権限がAに与えられていたという条項解釈を控訴審が否定したのは正当である。

結局AはYの商品を、そのために必要な授権を欠いたまま、処分した。それゆえYは破産法四六条に従い、破産手続開始時になお未履行の債権につき、代償的取戻を求める請求権を有する。」

このように【1】判決は、所有権留保特約付売買の買主が顧客に対して有する転売代金債権につき、譲渡禁止特約付債権が、顧客の同意なしに譲渡されたため、留保売買の売主への転売代金債権譲渡の効果が発生しないという立場を宣言するとともに、商品の転売授権が転売代金債権の譲渡の有効を条件としたものと解釈することにより、買主Aの処分を無権限処分と捉えている。次に見る【2】判決も、延長された所有権留保と金融機関への包括的債権譲渡の競合（二重譲渡）事例において、譲渡禁止特約の効力が問われたものであり、【1】判決と同様に特約の対外的効力を承認した。

【2】 連邦通常裁判所一九五九年六月四日判決 BB 1959, 724

［事案］ 電気会社Xは電気材料を配管工Aに所有権留保特約付で供給し、商品の転売又はその他の法的根拠に基づきAが取得すべき債権につき予めの譲渡を受けていた。この延長された所有権留保の約定の後、AはBから建設委託を受けた。建設委託契約中には、「§398 BGB 以下の規定による債権の譲渡は、通常包括的に一つの金融機関に対してなされるときのみ認められる。いずれの場合も、事前に申請の上、当方（注文主）による明示の書面による同意を必要とする。」との約定があった。AはBに対する（報酬）債権をその同意を得て銀行Yに譲渡した。建築にあたって、Aは代金未払いのままXから供給された材料を使用した。Bは報酬をYに支払った。Xは、Yに対して、Yが取り立てた金銭の一部の支払を求めて提訴した。第一審・控訴審もXの請求を棄却した。BGHも次のように述べて、Xの請求を棄却した。

［判決理由］

「BA間で締結された契約により、AのBに対する債権の譲渡は禁止されている。その結果この債権をXに有効に

譲渡することはできない。Xが主張する先行譲渡は、それゆえ§399 BGBにしたがいB及びAの債権者に対して無効である。この場合、XがAとの間で、いつAの債権の予めの譲渡がされたかは重要ではない。なぜならこの債権は、AとBでその発生前に交わされた契約（特約）に基づき、既に譲渡不可能な債権としてAに帰属しているからである。したがってこの債権は、たとえ譲渡禁止特約締結の前にXA間で先行譲渡がされたとしても、譲渡の対象に含まれることはない。もっとも、譲渡禁止が、X又はAの他の債権者を不利益に扱うことを意図して約定された場合は事情が異なりうるだろう。しかしXはそのような主張を申し立てていない。したがってXは譲渡禁止の結果としてAの債権を取得したということはできない。」

以上のように、【2】判決も譲渡禁止特約付債権を譲渡不可能な債権と捉える伝統的な立場に依拠し、特約の効力は先行する債権譲渡の効果発生を阻害する絶対的効力を持つと解している。さらに傍論であるが、譲渡禁止特約が将来債権譲渡の譲受人（留保供給者）または譲渡人の他の債権者に不利益をもたらすことを意図して結ばれた場合は、事情が別であるとする。通謀や害意がなく、債務者が既に譲受人に権利が移転したことを知っていたというだけでは、譲渡禁止特約を結ぶことに対する債務者の利益はなお法的保護に値すると考えられているのである。

（2）学説

判例に対する学説の評価は分かれている。判例を支持する見解は、正当化の根拠として、将来債権の譲受人は、目的債権がそもそも発生しないリスクや予定より少額でしか発生しないリスクを甘受すべきであるのと同様に、譲渡人が譲渡後債権発生までの間に譲渡性を排除する特約を結ぶリスクをも甘受すべきである、という。[61] 将来債権の譲渡人は、譲渡契約に基づき当然に目的債権を発生させる義務を負うわけではなく、また債務者と共に具体的にど

のような内容の債権を形成するか（譲渡禁止特約付き債権を成立させること）についても自由であると考えられるからである。

これに対して判例に批判的な見解は次のように述べる。将来債権の譲渡とは、請求権としての債権が具体化しない段階における「債権」の譲渡であり、不確実な法的地位の処分権限を譲渡人から譲受人へ移転するものとみることができる。ドイツ法においては、対抗要件制度が存在しておらず、債権譲渡を目的とする契約締結をもって処分行為は第三者との関係においても完結する。債権譲渡契約締結により、債権の処分権限を失った譲渡人は、その後に債務者との合意によって、既に譲渡した債権の処分権限を制約することはできないはずである。譲渡禁止特約とは、伝統的通説の考え方を前提とすれば、譲渡不可能な権利を生成させる合意であり、債権者の処分権限を消滅させる意味をもつ。そうだとすれば、債権譲渡と譲渡禁止特約という二つの処分行為相互の優先関係は、時間的な先後により決せられ（優先性原理）、譲受人のみが適法な債権の保持者となる。譲渡の事実を知らない債務者は保護される必要があるが、それは § 407 BGB の規律によって手当されている、というものである。(62)

しかし、そもそも譲渡禁止特約の法的性質につき譲渡不能な債権を成立させるという伝統的理解自体が絶対的なものではなく、先に述べたように、譲渡禁止特約は権利内容の変更ないし処分行為と見ることはできず、債務者保護のための相対的効力しかないとする理解も有力である。債権が本来的に相対的性質をもつ権利であること及び債務者の利益保護も顧慮されなければならない。将来債権譲渡により譲渡人は譲受人に対してのみ処分権限を失ったにすぎず、それ以上に先行譲渡によって、債務者が譲渡禁止を特約することにより自己の利益を守る可能性まで失われるとみるのは適当ではない。本問において問題になっているのは、善意者保護ではなく、どのような内容の権利を形成するか、具体的には譲渡不可能な債権を形成するかどうか、を契約当事者が自由に決定することができる、

という意味における形成自由の保障であるから、[63] 善意の債務者を§407 BGB の規律により保護すれば十分であるともいえない。

第二に、判例の結論を支持しつつも、右第一の批判的見解が既発生債権に妥当する優先性原理を将来債権譲渡にそのまま転用することを問題視し、別の論理に従って、将来債権譲渡の優先を導くものもある。論者はその根拠を§161 Abs. 1 BGB の類推適用に求める。同条は、「停止条件を付してある客体を処分した者が、条件の成否が未定の間に、その客体について行った後続の処分は、条件が成就した場合、条件に係る効果を滅失させ、又は侵害する限りにおいて無効である。条件の成否が未定の間に強制執行又は仮差押えの方法により、又は破産管財人によりなされた処分もまた同じ。」と定める。停止条件付処分を行った者が、条件成就までに、同一の客体につき、先行する処分行為と相容れない後続の処分行為を行う場合がある。このとき処分者は、条件の成否未定の間はなお処分の客体に付き権利を有するから、第二処分が無権利者による処分として当然に無効ということにはならない。そこで、処分者による後続処分によって先行して権利を条件付きで取得した者の法的地位を挫折させることがないよう、条件付処分に対する物的な予備効（Vorwirkung）を基礎付けたのが§161 Abs. 1 BGB である。そして同条は、処分権者の処分権限を制限したものではなく、絶対的な処分禁止を定めたものと理解されている。[64] 直接の規律対象は、たとえば所有権留保特約付売買のように、当事者の意思に基づき条件が付された取引行為である。

将来債権譲渡の場合は、このような意味での条件ではなく、[65] 譲渡行為は完結しているが、目的債権の発生が不確定な将来の事実に係らしめられており、いわゆる法定条件が問題となっており、条件とは異なる。[66] とはいえ法律行為が構成要件充足の点では完結しており、その効力発生のみが停止されていて（効力発生が将来の不確実な事象の発生に係らしめられている）、そのような浮動的な状態にある第一処分と内容的に両立しない後続処分とが競合す

る関係が生じている、という本質的な点において共通する。[67] したがって、同条は法定条件にも類推適用が可能だというわけである。この考え方を前提とすると、同一の将来債権の二重譲渡や譲渡後に目的債権が差し押さえられた場合、第二譲渡も差押えも「条件の成就」すなわち譲渡人の元における債権の発生という「法定条件の成就」を妨げるものではない。よって、§161 Abs. 1 BGB 類推適用により、先行譲渡の効果を否定する第二譲渡や差押えは、債権発生により条件が成就することにより、無効とされる。

他方、債権の免除や将来債権を発生させる法律関係の廃止（解消）や引受等の場合は事情が異なる。これらは「条件成就」を妨げ、債権は譲渡人の元で発生しない。法定条件が成就しないから、§161 Abs. 1 BGB 類推適用によっても、これらの処分行為は無効にならない。その結果、将来債権譲渡後になされた、免除・廃止・引受の効力が貫徹され、譲受人は目的債権を取得することができない。[68]

本問題の検討対象である譲渡禁止特約の締結についてみれば、特約それ自体は将来債権が譲渡人の元で発生するという法定条件の成就を妨げるものではない。したがって、債権が発生すると、§161 Abs. 1 BGB 類推適用により、将来債権の内容変更にあたり、内容的に両立しえない後続処分として無効と評価され、将来債権譲渡の効果が貫徹される。結局のところ、将来債権について二重譲渡事例や譲渡と差押えの競合事例と同じ扱いになる、というわけである。

最後に折衷的な見解として、将来債権の譲受人は、その譲渡がなければ譲渡人の下で発生したであろう内容の債権を取得するという考え方も提唱されている。[69] 譲受人の元において譲渡不可能な債権として発生し、あたかも譲受人自身が債務者と譲渡禁止特約を締結したかのような結果を承認しようとするものである。その背景には、法秩序は私人が行った行為について可能な限り私法上の法的効力を挫折させないよう、関与者が追求する目的を保障すべ

きであるという基本姿勢が見いだされる。[70]

四、検討

1．ドイツ法と日本法の共通点と相違点

（1）共通点

二、三、でみたように、ドイツ法と日本法との間には、将来債権の譲渡及び譲渡禁止特約の効力に関して、次のような共通点が見いだされる。

第一に、公序良俗（民九〇条）又は良俗（§ 138 BGB）に違反しない限り、債務者が不特定の将来債権をも含めて、将来債権譲渡を目的とする契約の有効性を広く認めていることである。

第二に、譲渡禁止特約に関して、民法典の基本原則は特約に物権的効力（絶対的効力）を容認する一方、近時の債権流動化という国際的潮流の中で、特約の効力を制限する方向で立法論的措置を既に講じ、あるいはこれから講じようとしている点においても共通している。ドイツ法では、譲渡禁止特約を権利内容の形成・変更にかかる処分行為と捉える見方と、本来は譲渡可能な債権に処分禁止という相対的な効力を認める債務者保護手段とする見方がある。日本法においては、従来は特約の対外効を肯定するか否定するか（物権的効果か債権的効果か）を議論するに留まっていたが、今回の改正提案においては、①特約の対外的効力を容認するかどうか、②仮に特約の対外効を容認するとして、絶対的効力か相対的効力のいずれが適切か、二段階の議論がされており、ドイツ法とパラレルな議論状況が熟成しつつある。

さいごに本稿のテーマ自体、ＢＧＢの立法者も日本民法典の立法者も想定していなかった新しい問題であって、

立法又は判例法による欠缺補充を必要とするという点である。もっとも、ドイツ法は延長された所有権留保という形で、売買代金債権を担保する目的で、留保買主が転売により取得する債権につき予めの譲渡を受けるという場面において、留保買主と第三債務者との間で締結された譲渡禁止特約の効力につき安定した法準則を確立してきたのに対して、日本では延長された所有権留保という形態の担保方法はなじみが薄く、[71] 理論的にも実務上も問題にされてこなかった。しかし今や日本法でもＡＢＬの普及と共に、特に包括的債権譲渡担保と譲渡禁止特約の競合問題はドイツ法と同様に問題になりうる。[72]

（2） 相違点

ドイツと日本の将来債権譲渡に関する法の相違点として、第一に指摘すべきは、将来債権譲渡契約に基づき、発生した債権が譲受人に帰属するメカニズムの理解の相違である。日本の判例法は契約時に譲渡の効果が発生すると言い切っており、さらに進めて有力説は処分権が確定的に譲受人に移転するものと理解する。判例もこの考え方を積極的に否定しているわけではいない。他方ドイツ法では、譲渡行為が行為として完結していても、債権が発生するまで譲渡の効果は生じない。将来債権譲渡は債権の発生を法定条件とする処分行為として理解されている。

この相違点は次のように評価することもできよう。すなわち日本法では、履行請求権が顕在化しない段階で処分権限のみを先行して移転するという考え方に対する抵抗が比較的少ないのに対して、ドイツ法では、債権取得のメカニズムにつき直接取得・経由取得いずれの構成に依拠するにせよ、債権が発生し、履行請求可能な状況が到来しない限りは、処分行為の効果はおよそ生じえない、つまり処分権限のみが権利本体から分離して移転するという事態は容認されていない。だからこそ将来債権譲渡の有効性を基礎づけるために§185 Abs. 2 BGB が援用され、また内容的に相容れない複数の処分がなされたときに競合関係の処理において§161 Abs. 1 BGB の法定条件への類

推適用の可否が議論されている。日本法でも条件法の規定（民法一二八条）を法定条件にも類推適用することの可否が議論されることがあるものの、[73] 将来債権譲渡の場合に、譲渡の効力が将来債権の発生を法定条件として生じるという理解は採られていない。

第二の相違点は、債権譲渡に関する対抗要件制度の存否である。ドイツ法では無方式でなされる債権譲渡契約によって債権の帰属変動は完全に生じ、対抗要件制度がないため、優先性原理が貫徹される。債務者の利益は別途債務者保護規定で対応する、というシンプルな構造になっている。これに対して、日本法は物権変動同様、優先性原理は対抗要件主義による修正を受ける。さらに日本法では、民法典の原則としては、債務者の認識を基軸とした一体型の対抗要件制度を残しながら、法人による金銭債権譲渡についてのみ債務者対抗要件と第三者対抗要件との分離を実現し、債権譲渡登記制度を導入した。そのため債務者対抗要件と第三者対抗要件が連動しない場面が生じうるため、ますます利益状況が複雑化している。

これらの違いをふまえた上で、以下、日本法の解釈論・立法論として望ましい方向性につき試論を提示してみたい。

2・将来債権譲渡と譲渡禁止特約の効力に関する解釈論・立法論

（1）債務者の（契約）形成自由

ドイツの判例・通説は、譲渡禁止特約が権利の内容を形成する特約であると解した上で、その効力はそれ以前になされた将来債権譲渡の譲受人との関係でも効力を主張できるとし、ことさらに譲受人の担保的利益を害することを目的とした詐害的な特約であると認められる場合のみ別扱いの余地があると示唆している。これに対して特約が

処分行為の性質を有するとする理解を前提として、将来債権譲渡の効果を優先性原理に従い、譲渡禁止特約に優先させる考え方も主張されているが、少数説に留まっている。判例・通説の根底には、債務者が本来有すべき契約形成の自由が先行する将来債権譲渡契約の締結によって当然に制約されるべきではない、という考え方がある。将来債権譲渡の事実を知る債務者といえども、特約を締結してその効力を譲受人に対抗することができてよい。このような債権譲渡によって債務者が債権譲渡のなかった場合に比べて不利な地位に置かれてはならないという考え方は日本法でも妥当しうる。したがって、【甲案】のように、特約の効力を一律に先行する将来債権譲渡との関係で否定することは問題であり、【丙案】を出発点とすべきである。

（2）対抗要件制度・将来債権譲渡に基づく権利取得メカニズムとの関連

もっとも、1．でみたように、ドイツ法には対抗要件制度がなく、将来債権譲渡の効力発生時が債権発生時とされているのに対して、日本法においては、債権譲渡に関しても対抗要件主義が採用されており、かつ最判平成一九年二月一五日が将来債権譲渡の効果が契約締結と同時に生じるものとし、債権の処分権限が契約時に譲受人に完全に移転するという解釈に道が開かれていることを考慮しなければならない。この点は次のように考えるべきである。確かに将来債権譲渡につき対抗要件が全く具備されていない場合は、（1）で述べたように特約の効力を貫徹させてよい。しかし、仮に有力説にしたがい、譲渡契約による処分権の終局的移転を是認するならば、最判平成一九年二月一五日の事案もそうであったように、目的債権の債務者が譲渡時点で既に特定され、かつ確定日付ある証書による通知・承諾がされ、債務者対抗要件・第三者対抗要件がともに具備されている場合、譲渡人が目的債権の処分権限を喪失したという効果は債務者も拘束し、債務者は譲渡人との合意により目的債権の処分権限を制約する余地はないはずである。民法四六八条二項の反対解釈からも、債務者への通知後に締結された譲渡禁止特約の効力を債

務者は譲受人に対抗できないことになる。このような場合と債務者対抗要件が具備されていない場合とは区別されるべきである。すなわち将来債権譲渡につき、債務者以外の第三者対抗要件のみならず、債務者対抗要件も備えられている場合、債務者は特約の効力を主張することはできないと解すべきである。こう解さないと、最判平成一九年二月一五日が譲渡契約により将来債権が確定的に譲渡され、かつその譲渡につき有効に対抗要件を具備することができるとしたことと論理的に整合性しないように思われる。もちろん譲渡時に処分権限が譲受人に完全に移転するという効果を認めない前提で考えるのであれば、話は別である。

これに対して、第三者対抗要件だけが具備されている場合あるいは対抗要件が全く具備されていない場合、債務者は将来債権譲渡の対抗要件欠缺を主張し、譲渡人との特約により処分権限を制約する合意をし、その効果を主張することが可能でなければならない。ここで債務者対抗要件（民四六七条一項）に関して、債務者は譲渡について悪意でも対抗要件の欠缺を主張して、譲渡の効力を否定することができるかが問題となる。債権の帰属変動関係を客観的な基準により画一的に決定するという対抗要件の制度趣旨から、判例は債務者の個別的な善意悪意を原則として不問とする。[74] もっとも対抗要件の欠缺を主張する正当な利益を有しない特別の事情がある場合（譲受人の権利取得を不当に妨害する目的をもった譲渡禁止特約の締結など）は、例外的に特約の対外的効力を否定すべきであろう。[75]【丙案】は、債務者が債権譲渡につき悪意・善意であるかを問わず、共通のルールを定立しようとするものであり、[76] その基本方針は正当であると考える。しかし債務者対抗要件具備の有無を問題とすることなく、一律に特約の効力を容認する【丙案】も規定の仕方としては、現在の判例法の到達点との整合性を考慮すると、右に述べたように、不十分な点が残る。

（3） 規定新設の必要性

【乙案】はどうであろうか。【乙案】は譲渡される債権の性質や、それを発生させる契約の性質に照らし、譲渡禁止特約が付されることが取引慣行上一般的である場合には、譲受人は悪意（又は重過失）とみなされるものとする。債務者の利益と譲受人の利益の双方に目配りした折衷的な提案ではあるが、「取引慣行として一般的」という要件設定の妥当性には疑問を払拭しきれない。二、3．で述べたとおり、判例は、重過失という規範的要件の充足判断において、個別事案ごとに、特約の目的・合理性や債権譲渡契約締結の経緯等の様々な事情を総合考慮して、譲受人の権利取得を認めるべきかどうかを柔軟に判断している。譲受人の属性にウエイトを置いて特約を対抗させるに足る正当性の有無を実質的に判断してきた。ところが、そもそも「取引慣行として一般的」かどうかという基準は右のような個別事情を緻密に汲みとりうる枠組みになっていない。既成事実を単に追認する結果になる恐れもあり、ただちに賛同することはできない。

さらに、規定を設けなくても、「重過失」要件の総合判断のなかで、将来債権譲渡後に結ばれた譲渡禁止特約の効力に固有の問題性を斟酌することも、解釈技術として不可能ではないという指摘にも一理ある。「取引慣行上一般的」という新たな基準を要件化するメリットは大きくないのではないか。

それでは【丁案】のように、解釈にすべてを委ね、立法論的な検討を見合わせるべきか。当面はそれもやむをえないとしても、長期的な展望としての答えは否である。現行規定のままでは、一方において、①譲渡禁止特約が締結される前に将来債権を譲り受けた者は常に特約の存在につき善意と評価されうるから、特約は一切対抗することができないという解釈が、他方において、②将来債権譲渡の譲受人については、譲渡行為時に存在しない特約に対する譲受人の認識はそもそも問題になる余地がなく、つまり民法四六六条二項ただし書が適用される余地はなく、

本文が定める原則に従い、譲受人は特約を対抗されるという解釈が、論理的にはいずれも成り立ちうることになる。そのような現状を放置するのは望ましくなく、原則を明らかにしたうえで、その原則が対抗する法原理・法準則によってどう修正されるべきかを示すことが求められている。

譲渡禁止特約の意義につき、相対的効力案に立つ場合、特約違反の譲渡の譲受人は目的債権を一応取得することができる。債務者が特約の効力を譲受人に対抗できることを原則に据えても、譲受人の利益が全く顧慮されないことにはならない。なお議論を尽くす必要はあるが、債務者の契約形成自由を保障すべきこと、債権譲渡によって債務者は譲渡がない場合に比べて劣悪な地位に置かれてはならないとする、特定承継の原則の考え方に忠実に、【丙案】をベースにしつつ、債権譲渡につき債務者対抗要件が具備された場合は、債務者の形成自由も制約を受けるという制度設計が妥当であると考える。もっとも、日本法の議論としては、契約締結時に譲受人に処分権限が完全に移転するという理解を是認するかによって見解が分かれるであろう。将来債権の移転時期の問題に関しては議論の実益に乏しいともいわれ、学界においても深入りが避けられてきたきらいがある。しかし本稿のテーマを掘り下げることによって、この点を正面から検討すべき時期が来ていることが明らかとなった。

なおドイツ法では、債権取得に向けられた譲受人の利益と相手方を固定したいという債務者の利益の双方に配慮した提案として、譲渡禁止特約付の債権を譲受人が取得するという説も存在する。将来債権譲渡に基づく権利取得メカニズムに関する直接取得説の考え方に依拠した上で、このような構成を日本で検討する余地もあるかもしれない。しかし債務者が自己の意思に反して契約相手方ではない譲受人に対して履行義務を負う結果を認めるのならば、結局特約の効力を事実上否定しているのに等しく、両者の利益を本当の意味で調整したことにならず、この考え方を直ちに採用するわけにはゆかない。

将来債権譲渡および譲渡禁止特約の効力をめぐる問題は、財産権と処分権限との関係、物権―債権区別論の意義、ひいてはそもそも債権とは何かという大問題への対峙を必然的に迫られる難問である。本稿の検討は、巨大な氷山の一角に文字通り小さなスポットライトを当てたものでしかない。このように最近ようやくその存在が認知されたばかりの新しい問題に関しては、拙速に具体的な規定へと結実させる前に、実務界・学界において一層活発な議論を行うことが不可欠である。

［追記］　本研究は、平成二四年度科学研究費補助金（基盤研究（C）一般［二四五三〇〇九二］）の研究成果の一部である。

(1)　ここで言うABL（Asset-Based Lending）とは、債務者企業が、仕入れた原材料や在庫商品などの動産を販売して売掛金に換え、これを振込先の預金口座から回収し、これを原資として再度仕入れを行うという事業サイクル、すなわち「原材料・在庫商品（在庫動産）→売掛金債権（将来債権）→預金（回収金）という債務者の事業用流動資産の循環構造に着目して、これを担保として捉えた流動資産担保融資を指すものとする（中島弘雅「ＡＢＬ担保取引と倒産処理の交錯――ＡＢＬの定着と発展のために――」金法一九二七号（二〇一一年）七一頁、粟田口太郎「ＡＢＬ実務の近時の動向と担保設定時・担保実行時における諸問題」債管一二六号（二〇〇九年）一二三頁、能見善久「ＡＢＬと担保」金融法務研究会報告書（18）『動産・債権譲渡担保融資に関する諸課題の検討』（二〇一〇年）二頁など。）。

(2)　例えば、中村廉平「ＡＢＬ法制の検討課題に関する中間的な論点整理」金法一九二七号（二〇一一年）一〇三頁の注(22)は、融資実行後の不正行為として譲渡禁止特約が用いられることへの危惧を指摘する。

(3)　改正提案の資料は、法制審議会「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（9）」第1．債権譲渡1(2)オの提案をベースにしている（http://moj.go.jp/shingi1/shingi04900129.html）。以下同資料を「部会資料」と略称する。二〇一二年四月一七日に開催された第45回会議の議事録（以下、「議事録」と略称する。）はhttp://www.moj.go.jp/content/

0001001149.html において公表されている。

(4) イタリア民法一二六〇条二項、ギリシヤ民法四六六条二項、ポルトガル民法五七七条二項が日本法により近く (Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Editoin III.-5 : 108 Notes 1. (pp. 1036) 特に債権譲渡法全般につき独伊法を比較するものとして、Laura Battafarano, Allgemeine und spezielle Regelung der Forderungabtretung im deutschen und italienischen Recht, 2011, がある。)、比較法の対象として興味深いが、著者の能力・文献収集上の制約もあり、本稿では割愛した。これらの諸国の民法へのドイツ民法の影響は大きく、大本の議論を直接参照することはいずれにせよ有益であろう。

(5) 最判平成一一年一月二九日民集五三巻一号一五頁。以下の叙述においては、たとえばAがBとの間でBがCに対して将来取得する債権αを担保目的で譲り受ける場合につき、Aを譲受人、Bを譲渡人、Cを債務者と呼称することにする。

(6) 最判平成一三年一一月二二日民集五五巻六号一〇五六頁。

(7) 今回の債権法改正作業では、当初（中間的な論点整理の段階では）債務者対抗要件と第三者対抗要件の分離を前提として第三者対抗要件を登記に一元化する方向性が示されたが（中間的な論点整理第13、2(1)総論及び第三者対抗要件の見直し［A案］）、部会資料においては、登記一元化から登記への優先効付与にまで後退した（「部会資料」2対抗要件制度(1)ア【甲案】を参照。）。

(8) 最判平成一九年二月一五日民集六一巻一号二四三頁。

(9) これを支持するのは、井上繁規・金法一七六五号（二〇〇六年）三八頁。傍論であるが、大判昭和九年一二月二八日大審院民事判例集一三巻二二六一頁。

(10) 紙幅の都合上逐一列挙しないが、NBL八五四号（二〇〇七年）一〇頁以下に判旨に賛同する寸評が多数掲載されている。

(11) 最判平成一九年二月一五日が出る前の学説の対立状況については、奥国範・金法一七九一号（二〇〇七年）七一頁。

(12) 池田真朗・金法一七三六号（二〇〇五年）八頁、潮見佳男『プラクティス民法債権総論［第四版］』（二〇一二年）四六五頁。

(13) 増田稔『最高裁判所判例解説民事篇平成一九年度』一三五頁。

(14) 森田宏樹「事業の収益性に着目した資金調達モデルと動産・債権譲渡公示制度」『金融法研究』二一号（二〇〇五年）八八頁、池田真朗『債権譲渡の発展と特例法』（二〇一〇年）一九三頁。

(15) 部会資料一三頁（第1債権譲渡1譲渡禁止特約(3)ア【甲案】）。

(16) 議論状況については、高橋譲「判解」法曹時報六四巻七号（二〇一二年）二五三頁、奥・前掲注(11)七五頁。

(17) 最判昭和五二年三月一七日民集三一巻二号二〇八頁、最判平成九年六月五日民集五一巻五号二〇五三頁。

(18) 最判平成二一年三月二七日民集六三巻三号四四九頁。

(19) 部会資料第1．債権譲渡1譲渡禁止特約(3)ア【甲案】。

(20) 筆者は相対的効力案の可能性を追求する方向で検討すべきであると考えている（石田剛「譲渡禁止特約の効力規制の将来像」法時八四巻八号（二〇一二年）三一頁。）。

(21) 部会資料一一頁（第1．債権譲渡1譲渡禁止特約(2)オ「将来債権の譲渡後に付された譲渡禁止特約の対抗の可否」）。

(22) 比較法的には、PECL 11：301(C) に類似のルールがある。「契約によって譲渡を禁じられている債権の譲渡は債務者に対しては無効である。ただし、(c)金銭の支払を目的とする将来の債権の譲渡に関する一つの契約に基づいていた場合はこの限りでない」とする。もっとも(c)の趣旨説明としては、商取引上の需要への対応という点が指摘され、事業者法の論理がそのまま民事一般法の基本原則として妥当すべきかという点で慎重な考慮を要する（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「検討事項」の分析を基礎に――」『資産流動化に関する調査研究報告書』六号（二〇一〇年）七頁）。なお DCFR III 5：108 にこれに相当する規律は存在しない。

(23) 部会資料一三頁、東京弁護士会『「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に対する意見書』（二〇一一年）二八一頁。以下、「東京弁護士会意見書」と略称する。

(24) 判例は四六六条二項ただし書きの善意重過失の判断において、特約の公知性だけではなく、①譲渡禁止特約の理由・目的、②特約の公知性の有無・程度、③譲受人の銀行取引等の経験の有無・程度、④特約の契約書面等への記載の有無、記載状況等を総合判断していると分析されることが多い（丸山健「債権譲渡禁止特約をめぐる諸問題」民事法情報一二八号（一九九七年）四八頁）、下級審裁判例の分析について別稿を用意している。これに対して、実質的に公知性の有無が重過失の肯定否定を左右すると見るものとして、水野浩児「民法四六六条の法理と譲渡禁止特約の効力」法学ジャーナル

（関西大学）（二〇〇五年）二〇四頁がある。

(25) 植垣勝裕＝小川秀樹著『一問一答動産・債権譲渡特例法［三訂版増補］』（二〇一〇年）五三頁、部会資料一三頁。

(26) 部会資料一三頁。

(27) 議事録、佐成委員（一三頁）、三上委員、道垣内幹事、深山幹事の意見（一五頁）。

(28) 東京弁護士会意見書二八二頁、大阪弁護士会編『民法（債権法）改正の論点と実務〈上〉』（二〇一一年）三八〇頁。

(29) ドイツ法の債権譲渡法制に関しては、古屋壮一『ドイツ債権譲渡制度の研究』（二〇〇七年）一一頁、将来債権の譲渡に関しては、藤井徳展「将来債権の包括的譲渡の有効性（一）（二・完）」民商一二七巻一号二二頁、一二七巻二号三六頁（二〇〇二年）がある。

(30) 帝国裁判所一九〇三年九月二九日判決 RGZ 55, 334, Andreas von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1957, S. 187, Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, Schuldrecht, fünfzehnte Bearbeitung, 1958, § 78 III 3. S. 312

(31) Henrichs Joachim, Kollisionsprobleme bei der (Voraus-)abtretung zukünftiger Forderungen, JZ 1993, 225, Wolfgang Marotzke, Zwangsvollstreckung in Gesellschaftsanteile nach Abspaltung der Vermögensansprüche, ZIP 1988, 1509

(32) 帝国裁判所一九〇七年一〇月一日判決 RGZ 67, 166, 167, 帝国裁判所一九二〇年四月一六日判決 RGZ 98, 318, 320, Enneccerus-Lehmann, aaO. (Fn. 30) § 78 III 3, S. 312

(33) 帝国裁判所一九三五年一〇月一一日判決 RGZ 149, 22

(34) StaudingKomm/Karl-Heinz Gursky§ 185 BGB 7a) Rn. 71

(35) Hans Egert, Die Rechtsbedingung im System des bürgerlichen Rechts, 1974, S. 60 BGB一八五条は、「①無権利者が客体に関して行った処分は、それが権利者の同意（Einwilligung）を得てなされた場合は有効である。②処分は、権利者がそれを追認し、処分者がその客体を取得し、または権利者から相続し、かつ遺産債務につき無限責任を負う場合には有効である。後二者の場合において、その客体につき複数の両立しえない処分がなされたとき、時間的に先行する処分のみが有効である。」と定めている。

(36) Gerhard Lempenau, Direkterwerb oder Durchgangserwerb bei Übertragung künftiger Rechte, 1968, S. 39

(37) 連邦通常裁判所一九九五年一月五日判決 NJW 1955, 544

(38) Egert, aaO. (Fn. 35), S. 60

(39) Paul Hofmann, Der verlängerte Eigentumsvorbehalt als Mittel der Kreditsicherung des Warenlieferanten, 1960, S. 148

(40) Lempenau, aaO. (Fn. 36), S. 63ff.

(41) Battafarano, aaO. (Fn. 4) S. 322

(42) ユニドロワ商事契約原則（九、一、七）も第三債務者への通知なしに譲渡人と譲受人との間の合意のみによる債権譲渡を認める。PECL は債権譲渡の方式自由原則のみを掲げる（Art. 11. 104）。

(43) 優先性原理は、「何人も自己が有する以上の権利を他人に移転することができない（Nemo plus iuris trasferre potest, quam ipse habet.）」というローマ法以来の不文の基本原理にその根拠をもつ。

(44) 連邦通常裁判所一九五九年四月三〇日判決 BGHZ 30, 149 JZ 1959, 600

(45) Andreas von Tuhr, Bd. II 2, S. 392

(46) 連邦労働裁判所一九七九年一〇月二四日判決 WM 1980, 661, 帝国裁判所一九一二年一一月八日判決 JW 1913, 132,

(47) 連邦通常裁判所一九八三年九月一九日判決 BGHZ 88, 205, JZ 1984, 99 は、有限責任会社の社員の財産分割請求権（Auseinandersetzungsforderung）の予めの譲渡は、財産分割請求権が発生する前に、その社員が自己の持分を第三者に譲渡した場合には、効力を生じないとした。

(48) Lempenau, aaO. (Fn. 36), S. 42

(49) Josef Esser, §138 BGB und die Bankpraxis der Globalzession, ZHR 135, 325

(50) Ludwig Häsemeyer, Anmerkung zum Urt. vom 20.3.1997 (BGH)., ZZP 111 (1998), 83, 85, Diederich Eckardt, Vorausverfügung und Sequestration, ZIP 1997, 957, 960, Moritz Brinkmann, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen, 2011, 165

(51) Nörr/Scheyhing/Pöggler, Sukzessionen, Handbuch des Schuldrechts Bd. 2, 1983, S. 140ff [Scheyhing]

(52) Hennrichs, aaO. (Fn. 31), S. 228

(53) もっとも、これらを処分行為と一括りにすることには反対の立場もある。たとえば、Hadding/van Look, Vertraglicher

Abtretungsausschluss Überlegungen de lege lata und de lege ferenda, WM 1988 Sonderbeilage Nr. 7 S. 7 は、譲渡できない権利を創設することは、既存の権利の内容変更、権利の移転、負担の賦課、放棄のいずれにも当たらず、譲渡禁止特約を処分行為と見ることはできず、将来債権譲渡の特約に対する優先効を（準）物権行為においてのみ問題となりうる優先性原理によって正当化することはできないとする。

(54) ドイツ法の判例・学説の状況については、石田剛「債権譲渡禁止特約の効力制限に関する基礎的考察」立教法学七〇号（二〇〇六年）六四頁以下。

(55) Claus-Wilhelm Canaris, Die Rechtsfolgen rechtsgeschäftlicher Abtretungsverbote, FS für Rolf Serick, 1992, S. 9, Matthias Armgardt, Die Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote im deutschen und ausländischen Privatrecht, RabelsZ 73, 2009, 314

(56) Larenz I § 34 II 1. Fn. 19. S 581, Münchkomm/Jan Busche, § 399 Rn. 52

(57) ただし債権証書が発行・呈示された上でなされた債権譲渡の場合に限定してではあるが、§ 405 BGB は譲渡性を排除・制限する特約の効力を善意の譲受人に対して主張することはできないとものとし、債権に譲渡性があることに対する譲受人の信頼を保護している。

(58) 連邦通常裁判所一九七〇年一一月一二日判決 BGHZ 55, 34, 37

(59) Hennrichs, aaO. (Fn. 31), S. 230

(60) Hennrichs, aaO. (Fn. 31), S. 225

(61) Nörr/Scheyhing/Pöggler, aaO., (Fn. 51) 3 III 5 b, MünchKomm/Günter Roth, § 399 Rn. 32

(62) Rolf Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, BandIV, 1976. 51 III, 2, S. 507ff.

(63) Christian Berger, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, 1998, S. 258, Ebehard Wagner, Vertragliche Abtretungsverbote im System zivilrechtlicher Verfügungshindernisse, 1994, 157

(64) StaudingKomm Neubearbeitung 2010/Reinhard Bork, § 161 I 1 Rn. 1

(65) それゆえ法定条件に § 161 Abs. 1 BGB の適用の余地はないとする見解として、Serick, aaO. (Fn. 62), § 47V Nr. 14b, StaudingKomm/Reinhard Bork, aaO. (Fn. 64), Vorbem. zu §§ 158ff. Rn. 24 がある。

(66) 既存の債権の条件付譲渡と将来債権の譲渡は別ものであり、前者において譲受人は（物権的）期待権を有するのに対して、後者においては、未だ発生していない債権の譲渡つまりは条件付権利の移転が問題となっている。

(67) Henrichs, aaO. (Fn. 31), S. 229, Egert, aaO. (Fn. 35), 229

(68) Walther Hadding, Verfügengen über Mitgliedschaftsrechte, FS für Ernst Steindorf, 1990, S. 42

(69) von Tuhr, Allg Teil I S, 221 m II 1, S. 392, Nörr/Scheyhing/Pöggeler, aaO., (Fn. 51) S. 119

(70) Battafarano, aaO. (Fn. 4), S. 178

(71) （合意に基づくものではないが）機能的には物上代位法理が日本法では代替する機能を果たしているといえよう。

(72) 状況は日本法と類似の法を有するイタリア民法においても同様のようである（Battafarano, aaO. (Fn. 4), S. 330）。イタリア民法一二六〇条においては、譲渡禁止特約が絶対的効力を持つのは、債権譲渡の時点で譲受人が譲渡禁止特約を認識していたことを債務者が証明しえた場合のみとされている。それゆえ、債権譲渡が債権発生前、とりわけ譲渡禁止特約の締結前になされる場合、まだ存在しないものを譲受人が認識しようもない以上、債務者は特約を譲受人に対抗しうる余地がない、ということになりかねないのである。

(73) 一二八条の類推適用を肯定したものとして、最判昭和三九年一〇月三〇日民集一八巻八号一八三七頁がある。

(74) 最判昭和四九年一一月二一日民集二八巻八号一六五四頁。

(75) 背信的悪意者排除論と呼ぶかはともかく、かかる制限解釈は一七七条・一七八条と同様、四六七条においても要請されるであろう（石田剛「背信的悪意者排除論の一断面（一）」立教法学七三号（二〇〇七年）七九頁。）。

(76) 議事録一四頁では、三上委員の質問に対して松尾関係官が本文中で述べたような趣旨の回答をしている。なお三上委員発言「それから、オの議論の前提は、将来債権の債務者は自分が負う債務に関して譲渡禁止特約が付されているということを知っている場合も、知らない場合も……」とあるのは「譲渡禁止特約が付されているということ」ではなく、「債務に関して既に譲渡されているということ」の誤記であると推測される。