The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	民法四六六条二項ただし書の解釈における「重過失」要件の意義と判断構造
Author(s)	石田, 剛
Citation	阪大法学. 2013, 62(5), p. 37-94
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/60162
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

民法四六六条二項ただし書の解釈における「重過失」要件の意義と判断構造

石田　剛

一　はじめに
二　預金債権をめぐる従来の議論
三　近時における下級審裁判例の分析
四　検討
五　結びに代えて

一　はじめに

重過失という法概念は、失火責任法のような民事責任法のみならず、契約法・法律行為法などの取引法の領域においてもしばしば用いられている。重過失を要件とする民法典中の規定の例としては、錯誤無効に関する民法九五条ただし書が挙げられる。また条文には明記されていないものの、「善意」要件に「無重過失」が解釈によって読み込まれる場合として、たとえば譲渡禁止特約の対抗力の制限に関する民法四六六条二項ただし書がある。(1) 後者に

関しては、現在、法制審議会における民法（債権法）改正作業において、譲渡禁止特約を対抗することができるための要件として第三者の悪意の他、重過失も明文化すべきか、という問題が検討されているところである。[2]

法概念も、一般的な概念と同様、常に一義的に用いられるに越したことはない。しかし特に「重過失」のように、抽象度が高く、規範的評価を表現する概念については、あらゆるコンテクストにおいて同じ意味で使用されるべき必然性はなく、その都度問題となる規範の趣旨に照らして、適切な意義を探求すべきであるとも考えられる。[3] たとえば民法四六六条二項ただし書における「重過失」の判断基準は、失火責任法や民法九五条ただし書の解釈における場合と厳密に一致していなくてもよい。重要なのは、民法四六六条二項ただし書の解釈において、なぜ「無重過失」を読み込むべきなのか、「重過失」の有無はどのような基準にしたがい、どのようなファクターを考慮して判断されるべきか、を具体的事例に即して明らかにすることである。

本稿は、民法四六六条二項ただし書の趣旨をどのように理解するべきかという問題意識から出発し、「善意」要件に「無重過失」を読みこむ解釈のリーディングケースである最判昭和四八年七月一九日（以下「最判昭和四八年」と略する。）の準則がその後の下級審裁判例においてどのように運用されているかを分析する。その分析結果をベースとして、譲渡禁止特約の効力を制限する方向で改正の検討が進められている状況において、悪意と並んで重過失を明文化する立法論の是非を考察する。

二　預金債権をめぐる従来の議論

1　民法四六六条二項の規範構造[4]

民法四六六条二項ただし書の「善意」要件の趣旨に関して、従来から二つの見方が示されてきた。一つは、特約

は債権の譲渡性を合意によって奪うものであり、特約違反の譲渡は効力を生じないという理解に立つ物権的効果説である。もう一つは、民法四六六条一項が宣言する債権の自由譲渡性という原則を重視し、特約違反の譲渡も処分行為として効力を生ずるものの、二項において債権者を固定したいという債務者の利益にも配慮して、債務者に悪意の抗弁権（履行拒絶権）を付与したものと見る債権的効果説である。このように物権的効果説と債権的効果説のいずれを基礎として民法四六六条二項ただし書を見るかによって、特約を悪意者に対抗できないということの法理論的な意味合いが変わってくる。

（1）信頼保護規定の第三者保護要件という位置づけ

物権的効果説の依拠する債権観は、取引社会において、自由に譲渡可能な金銭債権と合意により譲渡性を制約された金銭債権の両方が等しい価値をもって共存しうるというものである。金銭債権の多様性を広く容認する考え方ともいえる。債権を譲り受けようとする者は、目的債権の内容・性質に関する重要情報として、譲渡性の制約についても十分注意しなければならない。譲渡性のない債権を譲り受けても、原則として権利を取得することができないからである。とはいえ譲渡禁止特約を公示する適切な方法がないため、外観上は譲渡性があるようにみえる債権をそうと知らずに譲り受けた第三者の信頼を保護する必要がある。

このように譲渡性の存在に対する第三者の信頼を保護する一種の信頼保護規定として民法四六六条二項ただし書を見れば、[5] 第三者（譲受人）は債権を譲り受けるに際して、債権の譲渡性に関して調査確認する義務を負うものとし、かつ第三者保護要件として善意無過失を要求する考え方が成り立ちうる。[6]

もっとも民法四六六条二項ただし書が信頼保護規定であるとしても、悪意と同程度に非難可能性の大きい重過失

者のみを排除すれば足りると考えることもできる。そうした考え方の正当化根拠としては、これまで、①たとえば民法九四条二項のように、虚偽の外観を意図的に作出した場合のような帰責性の大きさは、譲渡禁止特約を締結しただけの債務者にはおよそ認められないこと、②一般の外観法理の適用場面とやや異なり、譲渡性を認めたところで誰かが権利を失うわけではなく、単に債権者を固定したいという債務者の期待に反するにすぎないため、信頼保護の要件を過失の有無で絞る必要性がないこと、[7]③債務者の認識を基軸として目的債権の帰属変動を公示させるという民法四六七条の対抗要件制度の趣旨に照らし、債権に関する情報が集約されている債務者が情報源として積極的に譲渡性の有無に関する情報を第三者に提供すべきであること、[8]などが挙げられてきた。

（2）　特約に基づく履行拒絶権（悪意の抗弁権）という位置づけ

これに対して債権的効果説は、債権の譲渡性自体を制限する効力を特約に認めず、特約違反の譲渡も有効であると考える。ただ譲渡禁止の事実を知りながら、漫然と抗弁付の債権を買い受けた悪意の譲受人は保護する必要がないから、債務者は特約の効力を主張して悪意の譲受人からの請求を拒むことができることを定めたのが民法四六六条二項ただし書であると解する。[9]この考え方によると、そもそも譲受人は特約の有無を自ら調査確認する義務を負わない。債務者が第三者の悪意を証明することが困難な場合に、証明責任負担との関連において、客観的事情から悪意と同視できる場合を重過失として取り上げる余地があるだけである。[10]

重過失の意義を考える際には、「善意」の証明責任の問題にも配慮しなければならない。物権的効果説のように、民法四六六条二項ただし書を信頼保護規定と理解したうえで、立証責任に関する法律要件分類説の発想をそのまま適用すると、次のような帰結が導かれうる。すなわち法規の形式（民法四六六条一項及び二項）が法律要件の分類

を規定するから、譲受人は請求原因において、第一項により譲受債権取得の原因行為＝債権譲渡の事実を主張し、これに対して債務者が抗弁として二項本文により特約の存在を主張し、さらに譲受人が二項ただし書に基づき、再抗弁として自らの善意を主張立証すべきことになりそうである。(11) 外観法理の法定効果として、例外的に譲渡性のない債権を取得するためには、信頼保護規定の効果として利益を享受すべき譲受人が自らに保護に値する正当な理由が存在することを主張立証する必要があると考えられるからである。

ところが判例は、古くから債務者が特約の存在に加えて譲受人の悪意又は重過失の評価根拠事実について証明責任を負うものと解している。(12) 通説も、譲渡禁止特約付債権にあっても、一般に債権の自由譲渡性の原則を尊重すべきという観点からこの結論を支持している。証明責任に関する判例準則の考え方は、譲受人の権利取得の効果を信頼保護に基づく例外的な効果としてみるというよりは、どちらかといえば、本来は譲渡可能な債権につき、民法四六六条二項ただし書が債務者に悪意の抗弁権を与えた規定とみる債権的効果説の論理とむしろ親和的であるように思われる。

他方において、判例は特約違反の譲渡を債務者が事後承認した場合の法律関係について、これを抗弁権の放棄と構成するのではなく、民法一一六条ただし書の法意により、追認により未確定的無効の譲渡が遡及的に有効になる、と説明している。(13) この考え方は、特約違反の譲渡には処分行為としての効果が認められないという意味での物権的効果説の論理と整合性があり、判例法の民法四六六条二項ただし書に対する理解は流動的な状況にあるとみられることもある。(14) しかし右に見た証明責任に関する判例準則が物権的効果説からでも説明可能であることは既に別稿において検証したとおりである。(15) したがって、証明責任の解釈から民法四六六条二項ただし書の実体法的な構造につき変化が生じていると断言することはできない。

（3）小括

このように「（無）重過失」要件は物権的効果説・債権的効果説のいずれからも正当化可能であるものの、その趣旨の理解次第で、実際の事例への適用において「重過失」として捕捉される範囲に違いが生じる可能性がある。

そもそも最判昭和四八年の事案は、譲渡禁止特約が付されていることが広く周知されている預金債権をめぐるものであった。学説が譲渡禁止特約の議論に際して念頭に置いていたのも、当時は預金債権であった[16]。ところが近時では、預金債権に関する紛争はむしろ下火となり[17]、それ以外の債権、たとえば保証金（敷金）返還請求権・不渡異議申立預託金返還請求権・請負代金債権・売掛債権などを対象とした紛争事例が増えている。これらの債権においては、譲渡禁止特約が付されている場合が少なくないとはいえ、周知性が当然にあるとまでいえない場合も存在し、そのような事案において、「無重過失」の判断がいかなる基準に従い、いかなるファクターを考慮して決せられるのかが、実務上も理論的にも重要な課題となっている。そこで以下2において、はじめに最判昭和四八年の事案とそこで提示された規範内容を確認したうえで、それ以降の下級審裁判例の内容を網羅的に分析する[18]。

2　最判昭和四八年七月一九日

（1）悪意と同視される重過失

本問題のリーディングケースであるこの判決は、譲渡禁止特約付きの預金債権が譲渡された場合において、譲受人が債務者（銀行）に譲り受けた預金債権の支払を求めたのに対して、債務者が特約違反の譲渡が無効であると主張して、これを拒絶した事案に関するものである。以下、事案と法的判断を詳しくみることにしよう。

【事案】　A社がY銀行に対する預金債権（「本件預金債権」）をXに譲渡し、昭和三六年二月九日に確定日付ある

証書による譲渡通知がYに到達した。他方Yは、本件預金債権に同年二月四日付けで設定された根質権を取得し、その実行によってAに対する手形買戻債権を回収し、手形をAに返還した。XがYに対して預金の支払を請求したが、Yは、①本件預金債権の質権の実行をXに対抗しうること、②そもそも本件預金債権の譲渡は禁止されており、かつXは特約の存在につき悪意であったと主張して、これを拒絶した。原審（東京高判昭和四六年九月三〇日下民集二二巻九・一〇号九七八頁）は、Xの善意を認定し、Xの請求を認容した。これに対してYは、銀行預金債権に譲渡禁止特約が付されていることは公知の事実であるとして、原審は民法四六六条二項の解釈を誤った違法があるとして上告。

【判決要旨】（破棄差戻）「民法四六六条二項は債権の譲渡を禁止する特約は善意の第三者に対抗することができない旨規定し、その文言上は第三者の過失の有無を問わないかのようであるが、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、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のを相当とする。そして、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よって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。」とした。

本判決は、善意の第三者に重過失が認められる場合、債務者は特約を第三者に対抗できるとした点において、画期的な意義を有する。これにより、債務者が特約違反の譲渡の無効を主張することができるかどうかは、第三者が

現実に特約の存在を認識していたかどうかという一点に左右されるのではなく、様々な考慮要素を斟酌することが可能な重過失という規範的評価によって決定されることになった。もっとも、最判昭和四八年の判示は比較的簡潔であり、どのような場合に重過失があるといえるのかに関する明確な指針を示していなかった。そこで同判決を契機として、以下の三点が議論されるようになった。

第一に、第三者の軽過失をどう扱うかという問題である。[19] 評釈・解説には、最判昭和四八年が軽過失者への対抗を否定する趣旨を含むと見るものが多い。[20] もっとも既に述べたとおり、民法四六六条二項ただし書を信頼保護法理と捉え（譲渡性のある債権であるという外観を信じて譲り受けた者の保護）、第三者の保護要件として一般的に無過失が要求されると考える見方もありうる。その後の下級審判例において、この点がどのように展開されているのかを追跡する価値がある。

第二に、判決が「重大な過失は悪意と同様に取り扱うべきもの」とする趣旨および根拠である。[21] 悪意と同様に取り扱われるべき重過失として、どのような場合が想定されているのか。債権的効果説の発想を前提に、悪意の証明負担の軽減を図るという意味で実質的に悪意に限りなく近い場合のみを捕捉しようとしているのか、それとも第三者の調査確認義務を肯定した上で、要求される注意義務の違反の程度が著しい場合を評価上悪意と同じように扱う趣旨なのか、判然としない。また譲受人が仮に調査確認義務を負うとして、具体的にどのような内容の調査確認をすべきか、という点も重要である。

第三に、銀行を債務者とする預金債権に譲渡禁止特約が付されていることは、「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」として、一定の範疇に属する人には特約の存在が周知されていることを指摘し、重過失の認定判断において「周知性」に意味を持たせている点である。これは第二の点とも関連するが、周知性があ

る場合にのみ特約の存否確認義務が生じるのか、それとも指名債権の譲受人は一般的に特約の存否確認義務を負っており、義務違反の程度を評価する場面で周知性が一定の意味を持つとみるべきなのかも明らかでない。換言すれば、調査確認義務と周知性との関係いかんが問題になる。

第一点に関しては、その後、軽過失は認められるものの、重過失は認められないとして、特約の対抗を否定した裁判例が散見される。[22] このことから、無過失まで必要としないという前提で実務は動いているとみてよい。

ところが、第二、第三の点については、一貫した判断枠組みが確立し、裁判所に共有されているのか定かではなく、まずは現状の正確な認識が必須であると考える。学説の評価も分かれている。すなわち、一方において、最判昭和四八年は、客観的事情から譲受人が悪意である蓋然性が高い場合に、債務者がより証明が容易な重大な過失の主張立証をすることにより特約の利益を主張することを認めようとするところにあると解し、[23] 一般的に譲受人に調査義務を負わせる趣旨ではないという見方が示されている。[24] 他方において、同判決が譲受人に重過失がある場合の債権譲渡の効力につき一般的な規範を示すものであり、その点では銀行預金債権に射程を限定するものではないし、[25] 諸事情を総合的に考慮して譲受人の帰責性を実質的に判断しようとするもの、[26] という評価もされている。譲受人が当該事案において特約の存否につき調査確認義務を負うとしたうえで、その著しい違反があるかどうかを実質的に個別具体的に検討する総合判断の場として「重過失」要件が設定されたものとも考えられる。このような見解の対立が、現在の債権法改正作業において、重過失要件を明示すべきか否かをめぐる議論にも連なっているのである。[27]

いずれにせよ、重過失を肯定する判断において、譲受人の属性（商人であること）、譲渡目的債権が預金債権であり、この種の債権に譲渡禁止特約が付されていることに周知性があることが、重要な意味をもっていることは間違いがない。そして預金債権の場合には、債務者（金融機関）は単に事務手続きの煩雑さを避けるために債権者を

特定人に固定しておきたいという利益に加えて、自己が有する反対債権（貸付債権等）の担保として、預金債権に質権が設定され、また相殺予約に基づく担保的利益が譲受人の利益と対立関係にあることに留意しなければならない。そのため、担保的利益の競合場面における調整という観点からの利益衡量が「重過失」の認定判断過程に混入する可能性がある。換言すれば、他者の優先的な担保的利益の存在が標準約款等によって周知されることによって、一種の担保権の公示的な役割を代替するという側面を見逃してはならない。

（2）　差戻審の判断に示された判断構造の指針

（1）で述べた諸点を解明するには、その後の下級審裁判例が最判昭和四八年の準則をどのように適用しているのか、実態を精査しておく必要がある。分析の手掛かりとして、最判昭和四八年の差戻審における判断を確認することから始める。[28]

最判昭和四八年の差戻審は次のように述べた。「商人たる第三者が、他の商人からその銀行預金債権を譲り受けるような場合には、特にかかる特約の有無等を充分調査したうえこれを取得すべき取引上の注意義務がある」とし、①Yは債権回収をあせるあまり、譲渡禁止特約の有無についてAに確認せず、X銀行に問い合わせていないこと、②本件預金債権の大半は、譲渡禁止特約が付されていることを必然的に予見すべき定期預金であること、③Yの債権譲渡は、A倒産という事態における債権回収策の一方途としてなされたものであって、このような事態の場合には、X銀行は自行の預金等につき何らかの保全策を講じているのが通常であり、現に本件でも本件預金債権に質権の設定を受け、本件預金債権にかかる預金証書はAの手元に存しなかったという異常な状況にあったことを根拠に、何らの調査をせず漫然と預金債権を譲り受けたYに重過失がある」と判断した。

差戻審の判断において注意すべき点は、「商人たる第三者が他の商人から銀行預金債権を譲り受ける場合に、一定の調査を行うべき注意義務が存在する」とされており、[29] 特約の存否につき何らの確認・調査をも行わなかったことを義務違反と評価していることである。同判決は譲受人の属性に着眼したうえで、具体的には金融取引に関する専門知識を有する者に限定して特約の調査確認義務を課すという判断構造を採用している。[30] そして特約が付されることにつき周知性があるにもかかわらず、専門家が何らの調査確認をもすることなく、漫然と譲り受けたことが、著しい注意義務違反（重過失）と評価されているのである。

その後の下級審裁判例には、「譲受人の重過失とは、債権の譲受人が、譲受債権に譲渡禁止特約が付されていることを知らない（善意）の場合であっても、容易に、譲受債権に譲渡禁止特約が付されていることを予見することができ、かつ、その有無を知ることができたにもかかわらず、これをしなかった場合をいう」と一般的に重過失を定義するものがある。[31] これは最判昭和四八年の判断を一般化し、同事案のように特約の存在が周知されている場合かどうかを問わずに、また預金債権に限定することなく、特約が存在することを容易に予見することができたのにこれを予見しなかったことを重過失と捉えている。この判決の考え方には、特約の存在について周知性があるとまでは認められないが、特約が付されることがしばしばある債権（例えば売掛債権）であっても、第三者は特約が存在する場合を想定して調査確認する義務を負う、という議論へと発展してゆく可能性を胚胎するものといえる。

他方で、「こうした工事請負代金債権について、金融業者が譲り受けようとするに当たっては、あらかじめ債権譲渡禁止特約の有無につき調査すべきであって、これを怠り漫然と当該債権を譲り受けた場合には、仮に、同特約の存在を知らなかったとしても、そのことにつき重大な過失がある」[32] というように、問題となる債権と譲受人の具体的な属性を前提としたうえで、調査確認をしなかったことを問題にするものがある。この判決は、前記最判昭和

四八年の差戻審の判断基準をより忠実に継承するものといえよう。

このように、いくつかの下級審裁判例をピックアップしただけでも、下級審が依拠する重過失の判断基準に微妙なばらつきがみられる。ただ、いずれにせよ、前記最判及び差戻審にならい、判例は十分な信用調査能力を期待できる金融業者が債権担保目的や債権回収目的で債権を譲り受ける際に、特約の有無に関する調査確認義務を譲受人に課していることに変わりなく、注意義務の履行に際して、預金債権に特約が付されていることにつき周知性が認められる点が重要視されている、という傾向を指摘することはできる。

(3) 失火責任法及び民法九五条ただし書における「重過失」

重過失の意義を考えるにあたっては、失火責任法との関連で最高裁が示した定義を確認しておくことも有益である。最高裁は失火責任法に関して、重過失を「通常人に要求される程度の相当な注意をしないでも、わずかの注意さえすれば、たやすく違法有害な結果を予見することができた場合であるのに、漫然これを見すごしたような、ほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態」としている。[33] この定義においては、故意とほとんど同視しうるような極端なケースを捉えようとする発想に基づき、現実の状態（結果の不予見）と故意の前提たる現実の予見という状態との差がごく僅かであることが重視されているように思われる。[34] 同時にまた、重過失とは、著しい注意の欠如すなわち注意義務違反の程度が甚だしい事態を指すようにも読める。この点に関して、不法行為法における支配的学説は、微妙なニュアンスの違いはあるものの、失火責任法における重過失においては、どちらかというと後者の見方、すなわち注意義務違反の程度が著しい場合を問題にしてきたと見るものが多いようである。[35]

この対比を民法四六六条二項ただし書における「重過失」要件にスライドさせると次のようになる。最判昭和四

八年の判示は、その字面をなぞる限り、失火責任法に係る上記最判を踏まえた重過失概念の理解を意識したうえで、その意味では、悪意と同視できる場合のみを捕捉しようとするものと見ることができる。すなわち、民法四六六条二項ただし書の第三者に関しても、本来的に悪意だけを問題とすべきところ、それと紙一重の状況を捉えるためや、故意の立証の困難さを回避し、重過失の立証で代替するため、「わずかな注意さえすれば、たやすく予見できた」ことを重過失の内容として想定している、という見方である。

これに対して、不法行為法における支配的学説がいうように、非難可能性の高いものだけを捕捉する趣旨ならば、著しい義務違反を重過失とみるべきことになる。悪意と重過失をあくまでも質的にも異なるものと考えた上で、民法四六六条二項ただし書の重過失は、悪意と同視できるかどうかを問わず、ともかく著しい義務違反を問題にしているとみる可能性がありうる。実際のところ、上記差戻審及びそれを受けた幾つかの下級審裁判例の重過失の捉え方は、一般的に要求される注意義務に違反した程度が著しいかどうかを問題にしているように読めるものと、具体的な譲受人の属性に照らして要求される注意義務に照らし、「わずかな注意さえすればたやすく予見できた」ことを問題視しているように読めるものとが混在している。すなわち譲受人の具体的な能力・属性に照らして注意義務の程度を観念するのかどうかという点も問題になっている。失火責任法に関する裁判例と同様に、民法四六六条二項ただし書に関しても、下級審裁判例の重過失判断の構造を子細に検討することはやはり必須の作業といわなければならない。[36]

さらに比較的最近、特約に違反して行われた譲渡の無効主張権者を限定する最高裁判決が出現した。[37] すなわち譲渡禁止特約の目的は債務者の利益保護にあるから、自ら特約違反の譲渡を行った譲渡人は、無効主張につき独自の利益を有するといえる特段の事情がない限り、原則として譲渡の無効を主張することは認められないとされている。

同判決の射程に関しては曖昧な部分も残っているが、特約違反の譲渡の効力の問題を、特約（意思表示）の効力ないし対抗の問題として捉え、原則として特約によって保護されるべき債務者のみが譲渡の「無効」を主張できるという意味での相対的無効の考え方への道を開いた点で重要な意義を有している。そして、特約により債権の譲渡性が奪われるという観念が放棄され、特約の効力主張問題へとパラダイムが転換されることによって、民法四六六条二項の特約違反の譲渡の無効主張と、民法九五条に基づく法律行為の無効主張との間における利益状況の類似性が意識されている点も注目に値する。[38] 無効規範が保護しようとする名宛人に無効を主張する資格を限定するという共通の議論の土俵が見出され、そうした無効主張の可否を左右する要件である「重過失」概念の意義に関しても、関連領域ともいうべき民法九五条ただし書における運用との関連性が意識されてよいであろう。

そこで民法九五条ただし書の「重過失」概念の運用についても併せて一瞥しておくことにする。古い判例は、重過失の有無を「普通の智慮を有する者のなすべき注意の程度を標準として抽象的に定めるべきもの」とする。[39] すなわち個別具体的な表意者の能力や属性を考慮するのではなく、標準人を基礎として抽象的に重過失を捉えていた。

これに対して、伝統的通説は、重過失を表意者の職業、行為の種類・目的などに応じ、普通になすべき注意を著しく欠くことを意味すると解している。[40] 表意者の属性が考慮される一方、注意義務違反の程度が著しいことが重過失であると捉えられている。そして最高裁判例にもこのような傾向が見られる。

すなわち最高裁判例には、「……Xが公証人Aの作成した公正証書上の契約条項その他の記載を閲読しないで、たやすく、たんに訴外B㈱会社の代理人として署名するものと軽信したのは、弁護士であるXとして極めて重大な過失を犯したものというほかなく」[41]としたものと、自動車保険業務について専門的知識と経験を有する損害保険会社が、……示談契約を締結する場合には、該保険会社は、あらかじめ、通常の査定事務処理の一環として、保険契

約上の免責条項に該当する事由の有無を十分究明する必要があり、そのためには、所轄警察署に照会するだけでなく、事故の関係者からの事情聴取等の方法により事故の状況及び原因について慎重な調査を尽くすべき義務を負うものというべく、右の調査義務を尽くさないで免責条項該当の事由がないと誤信したときは、そのように誤信するにつき重大な過失がないということはできない……」としたものとがある。(42)

このように民法九五条ただし書の重過失判断においても、表意者の属性や専門的知識・経験等が個別に考慮されるのかどうかという点について、大審院と最高裁判所との間で微妙なスタンスの違いが見受けられる。このことから、特に取引行為の局面を規律する場面においては、標準的に要求される注意水準を著しく逸脱した場合を捉えるための概念として重過失が機能する場合と、一定の高度な能力や専門的知識を有する者が（いわば高められた義務を負う者が）、当然に要求されるわずかな注意を払わなかったことを捉えて重過失と判断される場面の両方が存在することが推察される。

さらに民法九五条ただし書においても、重過失と通常の軽過失との区別は必ずしも容易でないとされている。(43) このように、①無過失判断と無重過失判断との境界領域の不分明という問題と、②過失の判断基準を抽象的過失とみるか、それとも個別具体的な表意者ないし行為者の能力を基準とする具体的過失とみるか、という観点も交えて、以下、三、において近時の下級審裁判例を分析する。

三　近時における下級審裁判例の分析

1　保証金（敷金）返還請求権及び不渡異議申立預託金返還請求権

以下では、譲受人の属性・専門性、譲受債権の性質、特に同種の債権について特約が利用されていることについ

ての周知性の三つのファクターに着眼して、下級審裁判例を検討することにする。

（1）　譲受人の属性・専門性

営業使用目的の賃貸借や店舗の賃貸借では、保証金（敷金）返還請求権に譲渡禁止特約が付されることも多い。保証金・敷金返還請求権の譲渡が問題になった事例においては、複数存在する譲受人がそれぞれ、①専門的法律知識を有する弁護士、②不動産の賃貸及び管理をも事業目的としている者、③不動産の仲介等を事業目的とする金融業者である場合において、賃貸契約書を見ることによって譲渡禁止特約の存在を容易に確認できるにもかかわらず、これを怠った点に重過失があるとされている（【一】判決[44]）。

この他、銀行に対する預託金返還請求権に特約が付されることもある。すなわち不渡異議申立預託金返還請求権[45]の譲渡の事例において、「貸金業の登録を受けていても副業として貸金を行っていたにすぎず、銀行取引及びこれに付随する銀行業務の実態や慣行について特に一般人以上の知識経験を有していたとは認められがたい場合は本件債権の譲渡性の有無について特に疑問を抱かなかったとしても不思議ではない」として、重過失を否定したもの（【二】判決）がある[46]。なお【二】判決の上告審も、「タクシー運転手として稼働する傍ら保険代理業を営むとともに、貸金業の登録をして知人等限られた範囲の者に貸し付けをしていた者」であるという特性に着眼して、重過失を否定した判断を支持した（【三】判決[47]）。

このように下級審裁判例は、金融業を営んでいることから形式的・画一的にその能力を判断するのではなく、金融を本業としているか、どの程度プロとしての調査能力とその手腕の行使が現実に期待されるのかを検討し、譲受人の具体的な能力をふまえたうえで、調査確認義務違反の有無を実質的に判断している。

（2）特約の目的及び合理性

もっとも譲受人が金融業者である場合や金融に関する専門知識を有する場合であるからといって、常に重過失が肯定されているわけではない。すなわち【一】の原審（【四】判決[48]）は、金融に関する専門知識を有する譲受人の（軽）過失を肯定しつつも、次のように述べて、重過失を否定した。「本件保証金は、本件賃貸借の終了後本件ビル六階の明渡義務の履行までに生ずる賃料相当額の損害金債権その他賃貸借契約により賃貸人が賃借人に対して取得することのある一切の債権を担保するものと考えられ、賃貸人は、賃貸借の終了後本件ビル六階の明渡しがされた時において、それまでに生じた右被担保債権を控除してなお残額がある場合に、その残額につき賃貸人が返還義務を負担するものと考えられる。そうすると、保証金自体で賃貸人のリスクは担保されるのであるから、賃貸人にとって、本件債権に譲渡禁止特約を付する合理性に乏しいものというべきであり、また一般的に保証金返還請求権あるいは敷金返還請求権について譲渡禁止特約が付されているともいえない。したがって、本件債権譲渡の際、各担当者が本件債権につき譲渡禁止特約が付されているか否かを調査しなかったことをもって、悪意と同視すべき重大な過失があるものとはいえない。……」

つまり【四】判決は、①預金債権の場合と異なり、保証金返還請求権に譲渡禁止特約が付されているのが一般的であるとまでは言えないことと、②特約を付す合理性が乏しいことを指摘し、金融業者たる譲受人が特約の有無を調査確認しなかったとしても、重過失に当たらないとしており、特約の合理性・必要性に対する消極的評価を考慮に入れている。このような態度は過去の高裁判決にも見られ（前掲【二】判決）、【四】判決は【二】判決を踏襲したものと推察される。

すなわち【二】判決は、同様に銀行に対する預託金返還請求権が特約に違反して譲渡された場合において、譲受

人の重過失を否定する際、「預金債権には譲渡禁止特約が付されていることが一般的に認知されているといわれており、比較的容易に重過失が推認される傾向があるところ、[49]公知性（周知性）という観点からは、預金債権も預託金返還請求権も銀行に対する債権である以上、特約により譲渡性が制限されていることの周知性の度合いについて両者に差はない」という参加人の主張に対して、次のように応えている。

「……参加人は、金融機関を債務者とする債権については一般に譲渡禁止の特約が付されていることは世間周知の事実である旨主張するが、各種預金債権の場合であれば格別、本件のような預託金債権についてまでそのようにいうことはできない（預金の場合は、大量の取引が行われる関係上預金債権者の確認や譲渡の事実の確認を行うことは事務処理上煩雑であって過誤を生じやすいこと、及び預金は銀行の貸出等による反対債権につき担保的機能を果たしているところ預金債権が譲渡されると相殺による反対債権の回収が事実上困難となることから譲渡を禁止する必要性が認められるのに対し、本件預託金債権については預金債権の場合と異なり特に譲渡禁止を必要とする事情は見当たらない。）」

本来「重過失」とは、わずかな注意さえ払わなかったために容易に予見可能な結果を予見しなかったことあるいは注意義務の著しい違反を非難する帰責性要件であるはずである。しかしこれらの判決のように、特約によって実現しようとする債務者の利益に正当性があるかという実質的判断を混入させるものも存在する。重過失判断においては債務者側の利益や特約締結の目的等様々なファクターが総合的に検討されているのである。

（3） 取引の経緯

さらに取引の経緯が考慮されることもある。加盟店が信販会社に対して有する保証金返還請求権について債権譲渡が行われるにいたった経緯を問題にし、譲受人が税理士という専門職に従事する者であっても、総合判断の結果、重過失を否定したものがある（【五】判決[50]）。事案は、A社が顧問税理士Xから無利息で三〇〇万円の貸付を受けたので、A社の代表取締役Bが保証人になるとともに、A社が訴外C社に対して有する保証金返還請求権（五二八万円）を担保として差し入れたが、その後A社とXは右担保を解除し、あらたにA社がD信販会社に対して有する預り保証金債権を担保として譲渡する旨合意したところ、その請求権に譲渡禁止特約が付されていたというものであった。裁判所はまず次のように述べて、Xの悪意を否定した。

「Xは、本件貸付の担保として本件債権の差し入れを受けるに際し、A社との関係（得意先）やこれまでの経験等から、本件債権の具体的内容には特段関心を持たず、むしろA社の経営上の利益から弁済を受けることを期待し、かつその回収見込みに疑いを差し挟む特段の事情はなかったものであり、本件債権の具体的内容についても、甲女（Bを指す［以下同じ］―筆者注）から受けた説明以上の確認はせず、譲渡禁止特約の存在を承知していなかったと認められる。」

続けて判決は次のように述べて、重過失も否定した。

一般論として、金銭を貸し付けて、担保の提供を受ける場合には、貸主としてその担保の内容や回収可能性に当然に関心を持つことが多いと考えられる。しかしながら、①Xは貸付を業とする者ではなく、本件貸付もA社や甲女との個人的信頼関係に基づいて行われたこと、②XはA社の経営状態に不安を感じておらず、その事業収入から本件貸付の返済を受けられるものと考えていたこと、③Xは本件貸付に当たって担保の提供を求めておらず、むし

ろ甲女から担保として保証金返還請求権が差し入れられたこと、④その後、本件貸付の担保について、保証金返還請求権から本件債権に変更されている経緯としては、甲女の夫が担保として差し入れていた保証金返還請求権について無断返還を受けてしまったという特殊な事情によるものであることからすれば、Xが本件貸付の担保に特段関心をもっておらず、その担保からの回収に関する制限についても特に疑いをさし挟むべき事情はなかった。本件債権のような債権に譲渡禁止特約が付されていることは一般的に公知のものとも言い難いことに加えて、Xの立場や本件貸付の経緯、本件貸付後の事情からすれば、Xにおいて譲渡禁止特約の存在を特に強く疑うべき事情が存したとは認められず、譲渡禁止特約を認識しなかったことについてXに悪意と同視しうる重過失があったとまでは認められない、と。

本判決は、譲受人が金融業者ではないという属性に加えて、譲受人が貸付の担保として本件債権にどの程度の関心をもっていたかなど、貸付及び債権譲渡取引の経緯を考慮に入れている。

2　請負代金債権

次に約款により譲渡禁止特約が付されることが多く、近時問題になることが多い請負代金債権に関する裁判例に目を転じる。

(1)　悪意の証明困難を救済する意味での「重過失」

まず譲受人の属性や専門知識を前提としたうえで、悪意を推認するものがある（【六】判決[51]）。【六】判決は、金融実務に相当程度の知識・経験を有している者が民間の建築工事請負代金債権を譲り受けた事案で、次の認定事実

を元に譲受人の悪意を推認した。すなわち、①譲受人が手形貸付の方法により短期間に多数回の貸付を行っており、債権回収の手段として不動産担保や本件債権譲渡の方法が採られていること、②譲受人には過去に貸金業者登録の実績があり、金融実務に相当程度の知識や経験を有していたこと、③当該請負契約書の表面に「条件及び注意」という見出しを付けて譲渡禁止特約が記載されていたこと等の諸事実である。

次に、譲渡人Aが金融業者である譲受人Yに四口の請負代金債権を譲渡したのち、破産し、破産管財人Xが譲渡の無効を主張した事案において、Yの重過失を肯定した裁判例がある。

当該事案の第一審（【七】判決[52]）は、基本契約書や債権譲渡禁止特約の有無についてYがAに尋ねたかどうか、契約書や注文書を見せるよう求めたかをめぐって証言が食い違っているものの、「証人BはYの従業員でAの担当者であったCからの伝聞情報として、A以外のYの取引相手（融資先）から譲り受けた債権には、訴外E組やF建設に対する債権も含まれており、それらには譲渡禁止特約が付されていたこともあるから、本件譲渡債権にも同特約が付されている可能性は予測できた旨証言し、Bの陳述書には、Aから譲り受けた債権に予想外の譲渡禁止特約が付されている場合に備えて、Aから還付請求承諾書を取った旨の供述記載がある。そして請負代金債権には譲渡禁止特約が付されることはしばしばみられる。」上記の事情を総合的に考慮して、仮にYが特約の存在を知らなかったとしても、重過失があったとした。

その控訴審（【八】判決[53]）も、ほぼ同様の判断枠組みにしたがい、「Yは売掛債権担保融資を業として行っている会社であり、Aから譲渡を受けた本件譲渡債権が、いずれも請負代金債権であり、上記工事請負契約約款に慣らって譲渡禁止特約が付いているのが常態であることを認識していたと推認されるし、仮にYが本件譲渡禁止特約の存在を知らなかったとしても、……重過失がある……」とした。

【七】【八】判決は事実関係に照らし、いずれも、悪意に限りなく近い事例を捕捉する意味で重過失概念を用いていると考えられる。

（2）　譲受人の属性と特約の調査確認義務

これに対して請負代金債権に関する裁判例のうち多数を占めるのは、譲受人の金融関係の専門知識・経験等の有無を問題にした上で、（特に標準約款等で譲渡禁止特約が付されていることが通常形態となっているような場合には）譲受人に調査確認義務が存在することを前提として、その違反を問責するタイプのものである。たとえば金融業者（【九】[54]【一〇】[55]【一一】[56]判決）やファクタリング業者（【一二】判決[57]）については貸付先等の信用調査や債権管理回収業務などの専門性にかんがみ、また弁護士も高度な法律的専門知識及び豊富な業務経験を有する者として（【一三】判決[58]）、「工事請負代金債権を譲り受けようとするにあたっては、あらかじめ譲渡禁止特約につき調査すべきであって、これを怠り漫然、本件債権を譲り受けたとすれば、右特約の存在を知らないとしてもそのことにつき重大な過失がある。」とされている。

反面、債権譲渡取引に精通していない譲受人（原動機の卸売を業とする者で公社や地方公共団体と請負契約その他の取引をした経験がない）が、譲受債権たる請負代金債権の原因契約である請負契約書の中身を確認することなく、融資金の代物弁済として、これを譲り受けた事案において、譲受人が債権譲渡を受けたのが初めてであり、約款を読む機会もなく、代物弁済につき公正証書を作成するにあたり、法律専門家である公証人から債権の内容を明確にできる資料を求められたので、譲渡人から交付された請負契約書の一枚目の写しを交付したところ、公証人が、公正証書に公社が債務者であることを含む本件債権の表示をしたのに、譲受人に対して本件債権について譲渡禁止

特約が存在するかもしれないとの注意をすることもなく、公正証書を作成したため、譲受債権に譲渡禁止特約がないものと信じた事例で重過失が否定されている（【一四】判決）[59]。【一四】判決の事案では、むしろ公証人と譲渡人の共謀さえ疑われかねない事例であるという特殊性が見られる。

ここでも、譲受人の専門性・属性が重過失認定の要素として、重要な選別機能を果たしている。

（3）特約の周知性の有無と調査義務の関係

国、地方公共団体および大手企業等が注文主となる建設請負契約においては約款により譲渡禁止特約が付されることが通例となっており、その限りでの周知性はあるといえるかもしれない。しかし預金債権とは異なり、およそ請負代金債権一般に譲渡禁止特約が付されているとまではいえない。また相殺予約がもたらす担保的機能により債務者（銀行）が第三者に対する優先権を有すべきことにつき社会的にコンセンサスがあるとみられる預金債権と比べた場合、請負代金債権にはそのような相殺の担保的効力による保護が当然容認されているわけでもない。

比較的初期（昭和末期）の裁判例には、請負代金債権に関して、特約が付されていることの周知性があるとまではいえないとしつつも、金融業者の専門性に照らして、調査確認義務違反につき重過失を認めたもの（【一五】判決）がある[60]。すなわち【一五】判決は、「このような特約の合理性については、代金債権を譲渡した請負人はその後注文者に一定期間義務だけ履行するという関係に立つから、これが請負人の誠実な契約義務の履行に影響を与える虞れを否定できず、少なくとも注文者にそのような不安を及ぼす結果となることは明らかであるから、その合理性は首肯しうるものである」と述べて、特約に周知性が認められなくても、合理性があれば、それが特約の効力を譲受人に対抗できることを容認するファクターの一つになりうることを示している。ここでは専門業者には、特約

の調査確認義務が、周知性の有無に関係なく課せられるという関係性をみてとれる。それと同時に、**1**（**1**）でみた【二】【四】判決と同様に、特約の合理性を検討して、重過失の判断に反映させている。もっとも、【一五】判決においては、請負契約における特約の必要性・合理性を認めて、重過失評価を肯定している点で、逆方向に作用している。

他方で、特約に周知性があるかないかの前提条件が重過失の肯定・否定の評価を大きく左右させる判断枠組みを採用するものも見られる。一つは、梱包作業代金債権の譲渡において、総合商社が特約の調査確認を行わなかった場合、過失（すなわち注意義務違反自体）は認められるものの、重過失にはあたらないとした事例である（【一六】判決[61]）。【一六】判決は、「譲渡禁止特約が付されているのが通常であると認めるに足りる証拠もなく、また、第三債務者が譲渡人に対して経済的に優位な立場にあるということから、一般に債権譲渡が禁止されているとまで認めることはできない。まして、右のような契約には、一般的に代金債権につき譲渡禁止特約が付されていることが広く知られており、商取引を行うものにとって周知の事柄に属すると認めるに足りる証拠はない。さらに、譲渡人が第三債務者らから請け負っていた作業が、第三債務者らにとってどの程度重要性を持っていたかということを判断するに足りる証拠はなく、譲受人が、右重要性や、譲渡禁止特約以外にも譲渡人と第三債務者らとの間の具体的な契約内容等を知っていたと認めるに足りる証拠もない。そうすると、譲受人が、法務部門を有する日本の代表的総合商社の一であって、商取引について一般人に比較すると数段高い知識と経験を有しているにもかかわらず、請負代金債権の発生原因たる契約書の提示や交付を受けず、債務者が大手の会社でありその力関係から譲渡禁止特約が締結される可能性があるにもかかわらず、特約の有無につきその他の調査を行っていない譲受人に過失があるとしつつも、「この種の請負代金債権に特約が付されていることは通常であるとはいえず、ましてや周知の事実でない

から」重過失とはいえない、とした。

逆に周知性が認められることを重視して、重過失を肯定するものがある（【一七】判決[62]）。【一七】判決は、一般的に債権譲渡禁止特約が定められる場合が多いとされる運送業務委託契約に基づく請負代金債権に関する事例で、「特に、継続的な運送契約及び多数の取引先を有する大手の運送事業者の運送契約においては、決済等事務処理の円滑性等の要請から譲渡禁止特約を付すことに合理性があるとし、「上記認定事実によれば、継続的でかつ大手運送業者の締結する運送契約においては、債権譲渡禁止特約が定められる場合が一般的であり、運送契約に利害関係を有する者に周知されたものと認められ、また、金融業者は、日常業務において手形貸付を行う際には、リスク管理を念頭に手形貸付金の回収のため債務者の経営状況を調べるだけではなく、債権回収の一手段として債権の譲渡を受ける場合には、当該債権の内容や特約の有無についても十分調査することは金融業者としては当然」であるとして、重過失を肯定した。

テレビ番組製作会社にテレビ番組の製作を発注する場合の請負代金債権の譲渡事例でも類似の判断が示されている（【一八】判決[63]）。【一八】判決は、次の諸事情を総合的に考慮し、本件債権に譲渡禁止特約が付されていたことを知らなかった譲受人Ｙには重過失があると認めた。すなわち、①テレビ局がテレビ製作会社にテレビ番組の製作を発注する場合は、書面による契約が交わされるのが通例であり、ほとんどの場合譲渡禁止特約が付されていること、②譲受人は都市銀行であり、融資の実行にあたり取引先の信用を調査することが重要な業務の内容となっており、高い信用調査力を備える。しかも譲受人は本件目的債権の第三債務者にも融資を実行しており、本件と類似の番組製作発注にかかる請負代金債権に譲渡禁止特約が付されているのが通例か否かを調査する能力を備えていたこと、③ＹがＡとの間で債権譲渡予約契約を締結した時点で、ＡはＹに対して、約束した担保の不提供及び返済期限

の不遵守という債務不履行に及んでおり、しかも直前にAが第一回の不渡りを出しており、YはAの信用状態及び説明内容に疑問と不審の念を抱いていたはずである。このようなAの態度に直面したYは、譲渡予約契約を締結し、また右契約に基づき本件債権につき債権譲渡の実行行為を行う場合、Aの担当者が譲渡予約契約の対象となる債権についての契約書が存在しないと説明したかどうかを問わず、その債権の中に譲渡禁止特約が付されたものが入っていないかどうかを慎重に検討することは当然の課題となるはずであること。以上のような事情が考慮されている。

【一五】判決が、周知性の有無と無関係に重過失を肯定する一方、【一六】判決は周知性の欠如を重過失否定の判断の軸に据えている。【一七】判決は周知性があることを重過失肯定の判断の軸に据えている。【一八】判決は「周知性」という言葉を使っていないが、特約が用いられることが通例であることから、専門業者たる譲受人に重過失があるとしている。これらをまとめると、重過失及びその前提となる特約の調査確認義務違反は、専門業者が譲受人である場合は、一応特約について周知性の有無と無関係に肯定されうるが、周知性が肯定される場合は、それだけで重過失を肯定する方向に強く作用するという傾向を指摘することができる。

（4）　調査義務違反の内容

次に譲受人の調査確認義務の具体的内容に関しては、全く確認のための行為をしていない場合は重過失が容易に肯定されている。すなわち、建設工事請負契約に関して特約が付されていることは金融業者にとっては周知の事実であるとされ、本件請負基本契約書の定めにどのような事項が記載されているかを調査することが可能であったにもかかわらず、譲渡人に特約の有無を照会することすらせず、漫然と請負代金債権を譲り受けた譲受人の重過失が

肯定されている（【一一】判決[64]）。

それでは譲渡人に特約の存否を照会しさえすれば、譲受人は重過失という評価を免れるか。少なくとも特約の存在が周知されているものについては、譲渡人に口頭で照会するだけで十分とは言い切れない。債権を譲渡しようとする者が、譲受人からの「特約違反の問題はないか?」という内容の照会に対して、誠実な解答を期待するのは困難だからである。譲渡人の答えを鵜呑みにするのは、現物を確認することなく目的物を売主の言のみを頼りに購入するに等しい。そこで、このような場合は、契約書の確認を要求すべきだとし、特約が記載された請負契約書を入手して確認しなかったり（【一九】判決[65]）、譲渡人に対して目的債権の複数債務者との間の請負契約書、注文書等の提出を求めたところ、一人の債務者との契約書が提出されただけで、その契約書に譲渡禁止特約の記載がなく、提出された注文書のいずれにも特約の記載がなかったとしても、他の債務者との契約書には譲渡禁止特約の記載がある場合は、知らなかったことにつき重過失があるとされる（【二〇】判決[66]）。あるいは工事請負契約書に目を通していないことを重過失と評価したもの（【二一】判決[67]）、契約書が確認できない場合には、第三債務者への照会に困難や障害がない事例であれば、併せて第三者への照会を調査確認義務の内容として明示するもの（【二二】判決[68]）までみられる。ただ第三者債務者に照会することは、当事者の関係性維持という観点からは微妙な問題があるので、第三債務者への照会が原則として求められる、ということはない。

3　売掛債権

さいごに、特約が付されていることが常態であるとまではいえない指名債権の典型例として、売掛債権が挙げられる[69]。下級審裁判例の中には、売掛債権に譲渡禁止特約が付されているのが一般的とする評価を示すものもあるが、

一般の商取引では、業界ごとに取引慣行が相当に異なることから、安易に「売掛債権に譲渡禁止特約が設けられているのが一般的であるということはできない。」とも判示されている。[70]

（1）　悪意の証明困難を救済する意味での重過失

まず請負代金債権や保証金（敷金）返還請求権の場合と同様に、譲受人の属性や特約の目的・合理性、周知性に一切触れることなく、客観的状況から、悪意を推認したに近い事案がある（【二三】判決）。[71] すなわち【二三】判決は、譲受人（会社）の実質的経営者（代表者）が特約付の売掛債権につき譲渡予約を締結するに際し、（譲渡禁止特約が記載された）譲渡人と債務者との間の基本取引約定書の交付を受け、その内容を見ていること、代金債権を譲り受けたと主張する日の後に更に同債権を差し押えていること、譲受人は登記簿上金融を業とするものではないが、その実質的経営者は、金融機関に勤務したことがあり、個人として二〇年間金融業に携わるなどしており、上記事実に照らすと、譲受人は、目的債権に譲渡禁止特約が存在していることを知っていたか、そうでないにしても、上記経験や契約当事者間の信頼関係が要求される金型製造委託契約の性質にかんがみ、特約の存在を容易に予見することができるから、確認する義務があったとした。

同様に【二四】判決[72]は、Xが、Aに対する売掛債権の代物弁済として、AのBに対する売掛代金債権を譲り受け、確定日付ある証書により譲渡がBに通知されたが、その後国Yが同売掛債権を差し押えたため、Bが債権者不確知を理由に供託した事案において、XがAとBとの間の債権譲渡禁止特約の存在を知っていたと認めることは必ずしもできないが、「……本件取引基本契約には債権譲渡禁止の特約が定められていること、本件取引基本契約には、Bが用いる定型の契約書用紙が使用されていること、XとBとの間の取引が、AとBとの間の取引形態と同様の継

続的商品売買契約であること、本件取引基本契約書の契約書は長崎からX本社へ送付され、Xの代表者印が押捺された上で長崎営業所に送り返されたこと、本件債権の譲渡が本件取引基本契約後一か月半程度経過してからなされていることなど」から、Xは、AとBとの間においても本件取引基本契約書と同内容の契約が締結されており、AとB間に債権譲渡禁止特約が存在していたことを十分予測することができた、としている。

【二三】【二四】判決はいずれも、実質的には悪意の推認によって処理されることもありうる事案において「重過失」として処理した事案であると考えられる。

（2）譲受人の調査確認義務の内容

これに対して、立証上の困難に対処するというよりは、専門知識と経験を有する譲受人に調査確認義務を課した上で、容易に実施可能な調査確認を怠った場合を重過失と捉える一連の裁判例が存在する。調査確認の一方法として、譲受人が譲渡人に照会することがまず考えられるが、譲受人からの照会に対して、譲渡人の担当者が譲渡目的債権たる売掛債権につき取引基本契約書が存在しないと回答した場合にとるべき措置はなにか。金融業者が譲渡人の言葉をうのみにして、それ以上一切の調査を行わない場合に、重過失を認めるものがある一方、譲渡人への照会を行った以上、重過失を認めないものも存在する。以下、ア．重過失肯定例、イ．重過失否定例ごとにみてゆく。

ア　重過失肯定例

譲受人の重過失を肯定した事例として【二五】判決[73]がある。事案は、銀行Xが、A商事会社に対する貸金債権を担保する目的で、Aが商品の卸売先であるB商事に対して有する売掛債権（「本件債権」）を譲り受けたが、その後Aが破産宣告を受け、Y_1が破産管財人に選任された。Aに商品を納入していたY_2が本件債権を差し押えたため、B

は債権者不確知を理由に供託をし、さらにその供託金還付請求権をY_1が差し押さえたので、XがY_1及びY_2を相手取り、供託金還付請求権が自己に帰属することの確認を求めたというものであった。裁判所は、「銀行としての高度な専門的知識経験及び調査能力に照らして要求される最低限度の注意を払い、譲渡禁止特約の有無という債権譲渡担保を行う際の基本的かつ初歩的な事項について正しく理解をすれば、これを確認調査することが容易であるのに、上記事項について正しい理解を欠いたため、必要な確認調査を怠り、本件債権譲渡を受けた……。したがって、Xは、本件債権譲渡の際、譲渡禁止特約の存在を知らなかったことについて、悪意と同視し得る重大な過失がある」とした。本件でXは、「商品の継続的売買取引については、取引基本契約書がないことが多く、同契約書がないのにわざわざ売掛債権について譲渡禁止の特約が付されていることも考えられない」と主張したが、裁判所は次の点を指摘してこの主張を退けた。すなわち、①小売業における売掛債権について譲渡禁止特約が付されることも決して少なくなく、譲渡人と第三債務者との取引のように継続的に大量の商品の売買取引がされる場合、取引当事者間で包括的な取引基本契約が締結されることは決して珍しくなく、Xの担当者は現に司法書士から取引基本契約書と譲渡禁止特約の有無につき確認するよう注意を受けていた。②ところが、取引基本契約書が存在しないという回答をAの担当者から受けたことから、Xの担当者がただちに譲渡禁止特約も存在しないと即断するに至ったのは軽率であり、特約の有無につき第三債務者に照会してもよいかとの打診をしたり、第三債務者の承諾書を入手するようにとの指示を与えたりもしていない。」。

控訴審も第一審の結論を支持した。すなわち、「銀行は、独占的に銀行取引を業とする組織体として、銀行取引とりわけ融資及び担保に関し、実務上及び法律上の高度な専門的知識・経験ならびにこれらの点に関する高い調査能力を有するとして、八億円という高額の融資の唯一の担保として第三債務者に対する売掛債権を担保にとった事

案で、控訴人が上記売掛債権を担保として確実に確保し得るよう万全の措置をとるべきである」とした（【二六】判決[74]）。Xは、金融機関が貸付金の回収に動く場合と、これから取引を継続・拡大しようとする場合とでは、同じ銀行でも立場が違い、後者の立場にあったXとしては取引先との信頼関係の保持を最優先する必要があったと主張した。しかしこれに対しては、取引の継続を意図する場合は、取引先との信頼関係の保持に留意する必要があろうが、金融機関が融資実行の条件として適正な担保を要求することは当然であり、債権譲渡担保の設定については、取引基本契約書や第三債務者の承諾書を徴求することは何ら信頼関係を傷つけるものではない。融資依頼者が取引基本契約書が作成されていないと主張するのであれば、改めて作成を求めたり、承諾書の提出を求めればよいのであって、これができない理由はないとした。

類似の事例として、①調査確認は、融資先代表者に対して譲渡禁止特約の存否を確認することをもって足りる、②融資先の信用を重視して、第三債務者への確認照会を控えた、とする主張を排斥し、融資先代表者に対する聞き取りの結果、基本契約が存在するであろうことを認識したにもかかわらず、これを入手せずに放置していた場合には、過失があるとしたものがある（【二七】判決[75]）。事案は、AがBに対して有する債権をYに譲渡する一方、Aに対する滞納租税を徴収するために、国XがAのBに対する債権を差し押えたので、Bが供託をした、というものである。XがYを相手取り供託金還付請求権を有することの確認を求めた裁判で、Yの担当者Cは、直接Bと接触するのではなく、A社の代表者であるDを通じてBから基本契約書を入手しようとしながら、明確な理由のないままDに拒絶されて断念しているのであって、A社を通じた再度の確認、あるいは被告Yらによる直接の確認・照会がはばかられる具体的な事情も何ら明らかとなっていないのであるから、やはり重過失がなかったということはできないとされた。本件でも、目的債権が売掛債権であることから、債権譲渡禁止特約があることが公知の事実である

ということはできないにもかかわらず、重過失が肯定されている。

イ　重過失否定例

他方で、債権譲渡がなされるにいたった経緯や状況を加味して柔軟に判断するものがある。一つは、譲渡人が手形不渡りを出し、譲受人らが売掛債権を早急に保全する必要がある状況下で、譲受人は被譲渡債権につき、問題のある債権かどうかを譲渡人に確認しており、第三債務者に確認を取らなかったことが重過失とまでいえない（【二八】判決）としたものである。(76)

また金融機関が担保目的で売掛債権を譲り受ける場合であっても、取引経緯次第では、取引に関する契約書の提示を求めず、また第三債務者に直接特約の有無を確認しない場合でも、重過失にあたらないとした判決がある（【二九】判決）。(77) この判決は、Y銀行がAからCに対する譲渡禁止特約付売掛債権を譲り受けたところ、Aが破産し、その破産管財人Xが譲渡の効力を争った事案に関するものであり、その判断を以下のように正当化する。

①譲渡に際して、Aの代表者BはY銀行の担当者に対し、Cとの間に譲渡禁止特約や取引基本契約書は存在しない旨の説明を口頭及び書面でしている。そして、当時、AとYは多年にわたって継続的取引関係にあり、過去十年以上にわたって支払の遅滞がなく、経営状況が決算書上特に悪化していたわけでもなかったのであるから、Y銀行らにおいて、Bがあえて事実と異なる説明をするとは考え難い状況にあり、Bの説明を信用したからといって、Yらに落ち度があるとは言い難く、そもそも、Bみずからも当時はこれらは存在しないものと思っていたのであるから、Yらにおいて、Bの言動から不審な点を見出すことは不可能であったといってよい。

②Xは、上場企業であるCとの力関係や、一般に製造業では資金調達額ベースで五三％の割合で譲渡制限が設けられていることや、AとCとの間の取引が継続的に行われ、相当額の月商があったことなどを根拠に、Yらは、譲

渡禁止特約の存在があると予想すべきであったと主張するが、取引基本契約書が作成されずに譲渡禁止特約が合意されることは稀であるといえるところ、「文房具などで、取引基本契約まで締結するのかなと思っていた。」というY担当者の判断が不合理とはいい難い上、契約当事者であるBにおいてすら、取引基本契約書は作成されていないと考えていたのであるから、譲渡禁止特約の存在を当然予想すべき取引関係にあったということはできず、上記主張は採用できない。なお、Bがその存在を一切告げていない以上、Yらが、Bに対し、インターネット取引に関する契約書の提示を求めなかったことに、大きな落ち度があったともいえない。

③BはCに対してAの信用不安が広がらないようにするためにあえて、債権譲渡担保の連絡が行かない方法を選択したのであるから、YにとってCが融資取引先であること、両者が同じ系列グループであること、Yが大企業であることなどを考慮しても、Yらにおいて、Bの意向に反して、Cに対し、譲渡禁止特約や取引基本契約書の有無を照会することは、事実上不可能であったといえるし、中小企業の経営支援という本件制度の趣旨などに反することにもなりかねず、これをすべきであったということはできない。その他、本件債権譲渡にあたって、Y銀行らにおいて、本件特約の存在を特に強く疑うべき（事情が存在）したことは認められない。

四　検討

1　二様のアプローチ

（1）　悪意の推認に近いもの

請負代金債権・売掛債権に関する事例では、譲受人の内心を直接うかがい知ることには限界があるため、悪意を推認したり、客観的証拠から限りなく悪意に近いと評価可能な状況を捉えて重過失を認定したとみられるものがあ

る（【六】【七】【八】【二三】【二四】判決）。これらは、重過失を悪意と同視できる趣旨を、「客観的事情から悪意の蓋然性が高い場合に、債務者が、より困難な悪意の主張挙証を避け、より容易な重大な過失の主張挙証をするということにより、特約の利益を主張することを認めようということにある」と解し、最判昭和四八年が確立した準則を適用するにあたって、重過失の認定を慎重に行うべきことを示唆する学説の見方に沿った運用を忠実に実践するものといえる。なお最判昭和四八年以前の判例では、譲受人が特約の記載された書面を見たり、その交付を受けていた事実をもって悪意を認定した裁判例が複数みられるという指摘も存在した。[78] 最判昭和四八年は、既に下級審裁判例が先んじて行っていた柔軟な「悪意」認定を追認する形で、しかし「悪意」認定が裁判官の裁量で不当に緩和されることを危惧して、「重過失」概念を導入したものであり、従来の下級審裁判例との実質的連続性を保ちながら、より適切な法的構成を与えたものとして評価することも可能であろう。

仮に最判昭和四八年が、右の意味において、客観的状況から悪意と同視できる重過失のみを捕捉する趣旨を述べたものであるとすれば、譲受人に調査義務を一般的に観念し、著しい調査確認義務違反を重過失とし、評価上悪意の場合と同視することは、判例準則の趣旨から遠く離れた運用であり、「重過失要件を条文に規定するなどという提案はもってのほか」という批判を受けることになる。[79]

（2）　譲受人の属性・専門知識を踏まえた具体的な過失論

しかし下級審裁判例を網羅的に見ると、金融に関する専門知識を有する譲受人が特約の存否につき調査確認すべき義務を負うことを前提に、特に「悪意と同視できる」かどうかという評価を介することもなく、容易に実施可能な確認措置を怠ったことが著しい義務違反に当たると判断していると読むことのできる裁判例が比較的多い。

詳しくみると、重過失を肯定した裁判例中、「悪意と同視できる」という枕詞を付すものは、わずかに一件（【二五】判決）で、付さないもののほうが圧倒的に多い（【一】【九】【一〇】【一一】【一二】【一三】【一五】【一七】【一八】【一九】【二〇】【二一】【二二】【二六】判決）。否定例に目を転じても、「悪意と同視できる」という枕詞を付すもの（【四】【五】判決）より、付さないもの（【二】【三】【一四】【一六】【二七】判決）のほうが相対的に見てやはり多い。

そもそも最判昭和四八年は、重過失概念を客観的状況から悪意と同視できる場合に限定する言辞を用いていない。重過失ありと認定された以上、それは民法四六六条二項ただし書の適用においては、常に悪意と同等に評価してよい、という立場を示したものとも理解することができるのである。その後の下級審判例を分析した結果、失火責任法に関する最判昭和三二年及び最判昭和四八年の差戻審の判断基準を実質的に踏襲し、行為者（譲受人＝第三者）の現実の注意能力を基準として、その高度な能力からすれば、ほんの僅かな注意さえ払えば、特約の存在を認識することができたのに、これを怠り、特約を認識しなかったことを重過失と判断するという一般的な傾向が浮かびあがってくる。

取引基本契約書が交わされる継続的取引や標準約款により締結されることが通常形態である請負契約に基づき発生する債権を担保目的や債権回収目的で譲り受ける場合、譲受人として登場するのは通常はプロの金融業者、大手商社、弁護士、税理士など一定程度の法的な専門知識を有する者である。このような者には、たとえ特約が付されることに周知性が認められるとまではいえない場合でも、特約の有無につき調査確認義務を課してよいと考えられている。他方で、そのような専門知識やノウハウをもたない譲受人については、実質的な調査能力に鑑み、調査確認義務は否定ないし軽減されている。

つとに道垣内弘人は、本稿において言及した失火責任法や民法九五条に限らず、各種法令や判例で見られる「重過失」概念に横断的な考察を加え、その意味合いを探る際の糸口として重要なのは、「重過失」の判断において、行為者の負っている注意義務の程度を考慮に入れるかどうかにあることを指摘し、民法四六六条二項ただし書の「重過失」については、次のように述べていた。

「……譲渡禁止特約付きの債権を債権者が第三者に譲渡したとき、損害を被りうるのは債務者であるところ、債務者は、まさに譲渡禁止特約を締結した当事者であり、債権者に譲渡を奨励すべき立場にはいないし、譲受人に譲り受けを奨励すべき立場にもない。そうであるならば、特約の効力主張を、譲受人が悪意または悪意に準じる場合に限定されるいわれはない。そこで、譲受人の有する能力、譲受人に期待される注意レベルが重過失の判断に組み込まれることになる[80]」。

この分析は大多数の裁判例の思考枠組みを的確に説明するものといえる。もっとも、既に見てきたとおり、下級審裁判例は悪意と同視しうる場合も含めて重過失という概念を用いており、この二つの「重過失」の判断枠組みは二律背反の関係にはない。一つの条文ないし判例準則が両方の機能を持つことは許されるであろう。

加えて「重過失」判断は、譲受人の行為態様のみならず、特約の目的や合理性（【一】【二】判決）、換言すれば債務者が特約により譲渡性を制限する必要性や合理性、さらには取引経緯（譲渡契約締結に至る事情や締結後の諸事情）も広く考慮要素に含めて（【二九】【三〇】判決）、総合的に行われている。これは「重過失」という規範的要件がちょうど一般条項のような役割を果たしていることを示している。すなわち、譲渡目的債権の種類や発生原因の性質とそこにおける特約の目的・合理性の検証とともに、譲受人側の事情として、譲受人の属性に加えて、譲渡人―譲受人間の債権譲渡契約の性質・目的なども考慮して、特約の対抗を認めるべき場合には重過失を肯定し、

認めるべきでない場合に否定するという柔軟な運用をしているようにさえ見えるのである。

以上のように、民法四六六条二項ただし書における「重過失」概念の用法には、「悪意と同視できる」程度の客観的な事情がある場合を捕捉する場面と、専門知識のある譲受人の調査確認義務の著しい懈怠を問題にし、総合考慮の下で譲受人に対する特約の対抗を認めるべきかどうかの比較考量を「重過失」要件を通じて行っている場合、の二面が存在している。

(3) 調査確認義務の内容

裁判例の中には、特約の周知性が肯定されないケースでは、およそ譲受人に特約の調査確認義務は生じないという立場に依拠するものもある一方で（【二九】判決）、周知性の有無と無関係に、譲受人の調査確認義務自体は認める（判決文中で明示的に「過失はあるが、重過失とはいえない」という表現をする）ものも存在する（【一】【一六】判決）。

では重過失が認められた事案においては、具体的にどのような調査確認義務の違反が問題視されているのか。特約につき周知性のある債権に関して、譲受人がまったく調査確認していない（譲渡人に特約の有無を照会すらしていない）ことから重過失を肯定するものがある一方（【一一】判決）、逆に譲渡人に特約の有無を含め、問題のない債権かどうか問いただしたことを理由に重過失を否定したものがある（【二八判決】）。譲渡人に確認さえすれば十分かというと、必ずしもそうではなく、譲渡人に特約の存否につき照会したところ、特約がないという譲渡人の回答を真に受けて、それ以上の調査確認をしなかったことを問題視するものも存在する（【二五】判決）。特に目的債権の原因契約の書面である賃貸借契約書（【一】判決）、請負契約書、取引基本契約書等（【九】【一〇】【一二】【一

九】【二二】判決）の内容を確認していないことをもって重過失とするものが目立っている。

さらに厳しい注意義務を譲受人に課しているとみられるのは、前記【二五】判決の控訴審である【二六】判決である。【二六】判決は、高度な専門的知識と経験を持つ金融機関が、八億という高額の融資の唯一の担保として売掛債権を譲り受ける場合は、「売掛債権を担保として確実に確保し得るよう万全の措置をとるべきである」としており、この定式に至っては、無過失を要求するのとほとんど同じであるという批判が提起されることになろう。

次に、契約書を確認できない場合に、債務者と直接コンタクトをとり、特約の有無を確認する必要があるか。債務者への確認を必要と考えるもの（【二二】判決）と、特に長年の取引関係があり、取引基本契約書はないという譲渡人の担当者の説明を信頼してよく、また担保目的の債権譲渡において債務者へ照会することを譲渡人が嫌う場合は、信用不安を惹起するリスクを避けて、譲渡人の意向に沿うべき場合もあるから、譲渡人の担当者に特約の有無を確認すれば足り、債務者への確認までは求めるべきでないとするもの（【二九】判決）とに分かれている。この点については、民法四六七条が債務者の認識を基軸とする対抗要件制度を採用していることとの関係にも留意すべきである。すなわち民法四六七条はもともと、債権の帰属変動に関する情報を債務者に集中し、当該債権を譲り受けるなど、当該債権に法的利害関係を有する者は、債務者に照会して、債権の帰属変動の有無等を確認するという行為に出ることを想定した制度であった。そうすると特約の存否を確認するための最も確実な手段は債務者への照会であり、債務者に直接確認する義務を措定してよいようにも思われる。

ところが、債権譲渡の事実を危機状態が現実に到来するぎりぎりの時点まで公にしたくないという譲渡人の要請にこたえる形で、いわゆるサイレント方式の債権譲渡が多用されているのは周知のとおりである。加えて近時にいたっては、債務者を蚊帳の外に置いた形での第三者対抗要件制度が特例法で認められるにとどまらず、債権譲渡登

記による公示の一本化を見据えた改正が検討の俎上に上るに至っている。つまり債権の帰属に関する情報を債務者ではなく、むしろ債権譲渡登記に集中させようとする取引観念が熟成するにつれて、債権の内容・性質・付帯情報等についての情報収集も債務者を介することなく行うことが一般化しつつある。特に近時重要性を増しつつある集合債権譲渡担保に関しては、譲渡禁止特約の有無を調査するために、目的債権の債務者に逐一アクセスしなくても、それが重過失という法的評価を根拠づける十分な事実とは見られなくなる可能性が高いと考えられる。(81)

2　重過失と周知性との関連

(1)　周知性（公知性）の役割

次に特約の周知性（公知性）と重過失判断との論理的関係を検討する。「周知性」と「公知性」という表現を比べた場合、語感として、「周知」は特定の領域内で認知されていること、「公知」は広く一般公衆に認知されていること、というニュアンスの使い分けがあるとすれば、後者は前者より認知度の高い場合に用いるべきことになろう。しかし判決文等で周知性・公知性という概念が用いられる場合、それほど意図的な使い分けがされているように思われないので、ここでは両者を特に区別することなく使用する。

三、における検討から、譲受人が調査確認義務を負うことを前提とした上で、その調査能力に照らして義務違反の程度の甚だしさ＝重過失を認定する際の中間項として特約の周知性が用いられていることが明らかになった。すなわち特約に周知性・公知性があるにもかかわらず、特約の有無に関する譲渡人の回答をうのみにして、それ以上の調査をしようとしなかったことは重過失と評価されやすい。取引基本契約書の提示を求めたり、債務者にアクセスしたりしない場合などがこれに該当する。もっとも、債務者に照会するよう求めることは、実務慣行との関係か

ら批判も強い。[82] 預金債権や国や地方公共団体等を債務者とする請負代金債権のように、特約が取引慣行として定着しているものと異なり、特約に周知性があるとはいえないものに関しては、譲渡人の回答に疑問をさしはさむべき点が特になければ、その回答を信用してよく、それ以上の調査は必要ない、と明確に述べるものもある。このように周知性が調査確認義務の前提として必須かどうかについても、下級審裁判例の判断にはばらつきがみられる。

判決が、特約の目的や合理性を考慮していた事例で問題になっていた譲受債権は、いずれも特約が付されていることにつき周知性があるとはいえないものであった（【二】【四】判決）。これに対して特約の存在が周知されている場合は、特約の目的や合理性が改めて問題にされることはない。これは、預金債権や建築請負代金債権に付された特約のように、標準約款という形で取引慣行として確立されているものについては、その目的と合理性が既に一般的な承認を受けており、裁判所によるチェックを改めて行う必要がないものと理解されているのであろうか。

（2）従来の判例分析との関係

従来の判例分析の中には、特約の存在に周知性があれば、それに対応して重過失が肯定されているという分析もみられた。[83] しかし、重過失判断においては、多様な要素が複合的に考慮されており、特約の存在の周知性はそうした要素の一つとして位置付けられると見るものが一般的であった。

例えば、丸山健は、「譲渡禁止特約についての譲受人の悪意または重過失を考える場合、判例は従来から、①譲渡禁止の理由・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、記載状況等を総合して判断している」とまとめている。[84]

原啓一郎は、①当該債権の性質すなわち譲渡禁止特約が付されていることが一般的であるかどうか、②右の事実

が、一般人に周知されているか若しくは譲受人の職種、経験等に照らし譲受人が知り得るものであったか否か、③債権譲受人の譲受時の行動、具体的には特約の存在を窺わせる書面を見ていたか否か等の三つを主要なポイントとして捉えた上で、「実務上、少なくとも商人等銀行取引の経験のある者が銀行預金債権を譲り受けた場合及び建築業界にある程度通じている者が請負代金債権を譲り受けた場合には、原則として重過失ありと認定される傾向がある。」としている。(85)

若干異なる視点からの分析として、譲受人の「調査確認態様」に着眼した類型化を提唱するものもある。すなわち、裁判例を、①譲受人が譲渡禁止特約につき何らの調査確認を行わずに譲り受けた事例群と、②譲受人が一応の調査確認を行ったが、それが不十分とされた事例群とに分けている。そして、①の類型の事案においては、前述の禁止特約の理由及び目的、特約の公知性の有無、譲受人の銀行取引等の経験の有無・特約の契約書面への記載の有無、記載状況等のファクターに基づく総合判断であるという分析が優れるが、②の類型においては、もう一歩立ち入った検討が必要であり、上述の四つのファクターの相互作用だけでは適切に分析することができないとする。

本稿では、これらの先行業績に多くを負いつつも、多様な下級審裁判例から抽出される最大公約数的な傾向は何か、総合判断の軸がどこにあるのか、学説が挙げる複数のファクター相互間の関係はどうなるのかという問題意識のもとで、ファクターの指摘に留まらず、総合判断の構造を少しでも可視化することを心がけた。不当な一般化・単純化の誤りの危険を冒しつつ、本稿の分析において、得られた暫定的な結論は次のとおりである。

第一に、譲受人の行為態様から悪意を推認できる場合に近い場合を重過失要件でカバーするという場面が存在する。これは債権的効果説が言うように、基本的には悪意の立証困難に対処する限りで、悪意を推認することができない場合でも、客観的状況から特約の対抗力を認めるべき場合を捉える装置として重過失要件が使われる場合であ

る。

第二に、仮に悪意の推認が難しい場合でも、目的債権の性質と譲受人の特性・専門的知識を考慮して、特約の存否につき調査確認義務を負うべきかどうかが決定され、その義務違反の程度の大きさを斟酌する場面で、特約の存在がどの程度譲受人が属する業界において周知されているかが意味を持っている。つまり周知性は譲受人の義務違反を肯定する前提条件ではなく、譲受債権と譲受人の属性から既に課されている義務違反の程度の著しさを基礎づけるファクターとして考慮されている、という論理的関係を明らかにした。同時に周知性とは、その種の債権につき特約を付す取引慣行が確立し、標準約款のような形で定型化されていることを意味し、預金債権や建築請負代金債権に関しては、そのような取引慣行の熟成をもって、特約の目的・合理性判断を省略することが許されるという含意があるように思われる。このような見方が正しいとすれば、判例の「周知性」要件の中に、当該特約に合理性・正当性があるという規範的評価も織り込み済みということになる。

もっとも、譲受人に専門的知識がある場合でも、譲渡人との特殊な関係や、譲渡に至った経緯を斟酌して、特約の存否について債務者に問い合わせるなど、立ち入った調査をしなくても、著しい義務違反とはいえないとされる場合もある。そのような特段の事情の存否はケースバイケースで判断するほかなく、一般的な準則化にはなじまない。

3　譲渡禁止特約をめぐる紛争の実態

（1）　譲渡禁止特約をめぐる紛争類型

次に譲渡禁止特約をめぐる紛争実態という観点から、下級審裁判例を鳥瞰すると、興味深い現象が観察される。

①譲受人が債務者を相手取って提起する譲受債権請求事件が極めて少ない（僅かに【二】【三】【九】【一二】判決のみ）のである。

圧倒的に多いのは、債務者が弁済又は供託により免責されて法律関係から離脱した後、譲渡人の債権者相互間で特約付債権を奪い合う局面において、特約違反の譲渡の効力を争う事例である。すなわち、②譲渡人が破産し（【五】【一三】【二六】【二九】判決）、あるいは③目的債権につき譲渡と差押えが競合し、もしくは多重譲渡が行われたため（【一】【四】【六】【一〇】【一一】【一五】【一六】【一七】【一八】【一九】【二〇】【二一】【二二】【二三】【二四】【二五】【二六】【二七】【二八】判決）、債務者が供託をした後に、供託金還付請求権の帰属を債権者間で争う紛争類型が民法四六六条二項ただし書の解釈問題の主流をなしている。[86] 他に、④破産管財人が既に譲受債権を回収した譲受人に対して不当利得返還請求をするもの（【七】【八】判決）と、⑤譲渡人の一般債権者による仮差押えに対して譲受人が第三者異議の訴えを提起するもの（【一四】判決）もみられる。②～⑤の紛争類型では、いずれも、債務者の利益と譲受人の利益との調整問題としてではなく、特約違反の譲渡が無効であり、目的債権が譲渡人の責任財産に帰属していると主張することにつき利益を有する第三者（差押債権者・破産債権者）と目的債権の譲受人の利益とが対立しており、債権者相互間での利益衡量が実質的には問題とされている。

②～⑤の紛争類型では、もはや債務者の利益を考慮する必要がないとして、第三者が特約の効力を主張することに対して否定的な評価が学説においてはしばしば述べられている。[87] さらに進んで、「少なくとも債権譲渡特例法に基づく登記等によって債権譲渡の事実が公示されている場合には、差押債権者の利益よりも譲受債権を担保に新規融資を行った金融機関の利益を十分尊重し、重過失の有無を検討する必要がある」という見方も示されている。[88] これらの評価は、債務者対抗要件と第三者対抗要件の分離が制度として実現している今日において、譲渡禁止特約を

めぐる法律関係に関しても、債務者との関係と債務者以外の第三者との関係を完全に分離して規律する構想の萌芽を示すものといえる。譲渡禁止特約の効力見直しにおいて検討されている相対的効力案の発想の根底には、債権譲渡をめぐる法律関係につき債務者と債務者以外の第三者との関係を一体的に捉えるこれまでの対抗要件制度の在り方に縛られた考え方から解き放たれて、両者を基本的に切り離して別個に考察するという新しい対抗要件制度観が横たわっているとみることができる。[89] 民法四六六条二項ただし書をめぐる現実の裁判例を見る限り、主要な問題はむしろ債権者相互間の利益対立の調整基準を確立することであり、そこでは当該債権が譲渡人の責任財産に帰属していると主張する利益を認めるべきか、認めるとしてどのような場合に認めるべきか、という視角から譲渡禁止特約の効力を再考する必要があるだろう。[90]

（2）　判例法の動きと債権法改正への提言

その際に、一般債権者（差押債権者）・破産債権者と担保債権者との利益の問題として、担保権の設定により自己の利益を確保しようとした者の利益を優先させようとする利益衡量がみられる点にも注目したい。そして、譲渡担保権者を差押債権者や破産債権者（特別清算人）に優先して保護しようとする利益衡量は、特約違反の譲渡の無効主張権者を制限し、譲渡人の特別清算人による無効主張を認めなかった前掲最判平成二一年三月二七日のスタンスと軌を一にするものである。

この問題に関して、法制審議会での改正論議が始まる前の段階において、民法（債権法）改正検討委員会がかつて提案した条文案を素直に解釈すると、[91] 特約違反の債権譲渡に基づいて譲受人が債務者に履行を請求した場合、債務者は抗弁として譲渡禁止特約の存在を主張することで請求を拒絶することができるが、更に再抗弁として、譲受

人が自己の善意無重過失を主張立証すれば、債務者は特約を対抗できない、という主張立証責任の分配構造になっていた。もし譲受人が自己の善意要件について証明責任を負担すると解するのであれば、債務者による故意（悪意）の立証負担を軽減するという重過失要件の側面は、その存在意義を失うことになる。つまりこの提案が理解する「重過失」は悪意の立証困難という証明上の問題への対処を超えた実体法的意義を有する概念であることを示している。

この点、法制審議会の議論においては、一応悪意・重過失の証明責任を再検討する余地もあることは示唆されつつも、債務者が譲受人の悪意（重過失）を主張立証すべきだという判例準則を見直す方向の意見は見られず、結論的には現状維持を前提に、判例準則の明文化が提言されているとみられる。[92]

無重過失の要件化に対しては、①譲受人に調査確認義務を課すことになりかねず、それは民法四六六条二項ただし書の趣旨に適合しない、②重過失要件を課すことによって、譲渡禁止特約が付されていることが、一定程度社会で広く認知されているものについて、当然に譲渡禁止特約を対抗できることになるのではないか、という指摘がある。[93] しかしいずれの批判も、現在の判例法との整合性・連続性という点からは、決定的な論拠になりえていない。すなわち②は、周知性の肯定＝重過失の肯定に直結するという理解に基づくものと思われるが、本稿の分析によれば、譲受人の属性や専門知識が不足する場合は周知性がある場合でも重過失は否定される可能性が高いし、またたとえ金融業者であったとしても、取引経緯や譲渡人との関係性次第では、周知性＝重過失肯定となるわけでもないので、この批判は当たらない。また①についても、譲受人に特約の調査確認義務を課すことが、民法四六六条二項ただし書の趣旨に適合するかどうかは、同条の規範構造をどう理解するかによるのであり、伝統的通説と同様に信頼保護規範と解する余地もある以上、この批判も外在的なものにとどまる。

三2(1)および三3(1)でみたとおり、下級審裁判例の中には、悪意に準ずるようなケースで重過失を認定するものも存在し、また周知性がある場合に限り、譲受人の調査確認義務が生じるかのような判断を示すように読めるものも存在した。しかし、周知性は悪意を推認するための架橋概念というよりは、金融の専門家に調査確認義務を課した上で、容易に実施可能な調査確認のための措置すら取らなかったことを問責するための中間項として用いられている。周知性のない特約についても、諸般の事情によって重過失を肯定する事例がこのことを物語る。多くの下級審裁判例の根底には、金銭債権を譲り受ける者は、その目的債権（客体）が様々な属性を持ちうることを前提に、譲渡性を制限された債権かどうかを調査すべきだとする、伝統的な絶対的効力を肯定する考え方が存在しているのである。

以上の検討から、特約の効力を物権的効果説・債権的効果説いずれをベースにするかによって、【甲案】【乙案】いずれを支持すべきかについてのスタンスも変わってくることが確認された。民法四六六条二項に関する現在の判例による解釈との連続性を重視し、特約の対外的効力を肯定した上で、かつその絶対効を維持する方向で検討を進めるのであれば、確立された準則といえる「重過失」要件を明文化する【甲案】が望ましいことになろう。

これに対して、特約の効力を抜本的に見直して、その対外的効力を一般的に（あるいは金銭債権に限定して）否定するのであれば[94]、特約の有無につき調査確認義務を肯定することは整合性を欠くことになる。構造的に譲受人の過失の有無を問題にすべきでない以上、悪意に準ずる者のみを排除する【乙案】の方向と親和性が高いといえよう。

それでは、改正提案が言う絶対的効力案ではなく、相対的効力案をとる場合は、どう考えるべきであろうか。相対的効力とは、債務者との関係においてのみ譲渡の効力が相対的に否定されること、すなわち特約違反の譲渡は債務者以外の者との関係では常に有効と見るということである[95]。債務者が弁済や供託によって、法律関係から離脱し

た後の債権者相互間の争いに関しては、基本的に第三者対抗要件具備と差押通知との先後関係で優劣が決まるという画一的処理に服するから、競合債権者間の優劣を柔軟に判断するという意味における一般条項機能を担うものとしての重過失概念の存在意義は維持できないことになる。その意味では、現在の判例が依拠する解釈論との連続性は失われることになる。このことをどう評価すべきかという問題は残る。とはいうものの、譲受人と債務者との間の紛争類型において個別事例に即した柔軟な解決をもたらすという点で、重過失概念になお固有の存在意義が残されていると考えられる。現実の紛争として現在あまり問題になっていないとしても、将来にわたってこの種の紛争が生じないとまでは言い切れない。相対的効力案を採るからといって、債務者に限ってであれ、特約の対外的効力の主張を許す以上は、ただちに【乙案】を支持すべきことにはならない。

たとえ金銭債権に対象を限定したとしても、特約の対外的効力を一律に否定することは実務に対する影響も甚大であり、問題が多い。結論として、特約の対外的効力を容認した上で、その相対的効力案を前向きに検討しつつ、重過失要件に関しては【甲案】を支持する立場が成り立ちうると考える。

五　結びに代えて

さいごに、本稿における考察の結果を総括することにより、結びに代えることにしたい。

平成一六年に行われた民法典口語化・現代語化の際、確立した判例準則の明文化作業が同時に進められたが[97]、民法四六六条二項ただし書の善意に「(無)重過失」を読み込む解釈準則の明文化は見送られた。本稿において仔細に見てきたとおり、下級審裁判例における「重過失」の判断基準及び運用が十分に安定していないこと、ひいては譲渡禁止特約の効力の捉え方についても若干の揺らぎが見られることから[97]、その慎重な判断は現時点より回顧的に

みても、やむを得ないものであった。しかし、われわれは、その結果、当時棚上げされた同じ課題にいま再び正面から向き合わなければならない。

下級審裁判例には、重過失という概念を用いて、実質的には悪意が推認されうるに等しい場合を捉えている場合と、特約の絶対的効力を前提として、一定範囲の譲受人に特約の調査確認義務を課し、僅かの注意を払えば容易にその存在を知ることができたにも関わらず、特約の存否を十分に調査確認しなかった点を捉える場合とが混在している。後者の重過失判断においては、具体的な譲受人が金融に関する専門知識や経験を有することを前提として、特約の存否につき調査確認義務が課されている。また特約の周知性は、多くの裁判例において、譲受人の調査確認義務を導く前提条件というよりは、むしろ専門知識を有する譲受人が、その高い能力に照らして僅かな注意さえ払えば容易に確認することができたことを、漫然と行わなかったという意味において、義務違反の程度の著しさを導くための中間項的な役割を果たしている。さらに、標準約款等の形に定型化されておらず、特約の存在が周知されているとまでは認められない債権においては、判断のファクターとして、特約の目的や合理性、債権譲渡に至る取引経緯等の諸事情が考慮されることもある。重過失の有無はこのように複数のファクターを総合的に判断する場として重要な機能を果たしている。

とりわけ注目に値するのは、譲渡禁止特約をめぐる紛争において債務者の存在感が希薄化している現象である。すなわち民法四六六条二項ただし書の「重過失」の解釈が裁判上問題となる紛争において、債権者を固定したいという債務者の利益と債権取得に向けられた譲受人の利益との衡量が正面から問われる事例は稀になっている。主に譲渡人が倒産し、あるいは譲渡の目的債権に差押え・債権譲渡の競合が生じ、債務者が弁済又は供託により法律関係から離脱した後に、譲受人と差押債権者ないしは譲受人と破産管財人・譲受人相互間において目的債権をめぐる

優劣関係が争われているというのが紛争の実態である。しかも、そこでは、規範的要件である「重過失」が様々な事情を総合的に斟酌する場として機能していることが注目に値する。対抗要件具備の先後や、特約の存在に対する譲受人の認識などの画一的な基準に従って、一刀両断に競合債権者間の優劣を判断するのではなく、重過失要件がある種の一般条項的な機能を担っている側面がみられ、個別事例ごとに柔軟な解決を導くことができる点において、そのメリットが本来同条が予定していたとは思われない形で発揮されているといえる。

右のような裁判例の思考枠組みは伝統的な特約の絶対的効力を容認する考え方に依拠している。これに対して、今回の債権法改正提案が提言する特約の相対的効力案によれば、債務者が法律関係から離脱しているかどうかにかかわらず、債権者相互間の優劣は、第三者対抗要件の具備の先後によって決まるとされるから、従来の判例法との連続性は失われる。ここでは特約の効力に関する絶対的効力案から相対的効力案への移行の是非という問題に対する評価が密接に関連してくる。突き詰めると、特約の対外的効力を否定したうえで、悪意者への対抗のみを認め、重過失の明文化に積極的に反対する考え方に行き着くことも考えられる。重過失を明文化することの是非という問題も、出発点となるべき特約の効力をどう捉えるかという基本問題に対するスタンス次第で、その大体の方向性が決まってくるのである。

債務者の存在感の希薄化は、特約の存否を確認するために債務者へ照会する必要があるか、という問題との関係においても顕著である。対抗要件制度に関する民法典の本来の基本構想に照らせば、個別債権の譲渡事例に関する限り、債務者への照会を調査義務の中身に含めてもよさそうなものである。しかしながら債権譲渡が譲渡人の信用状態悪化の徴表と受け取られることを恐れる取引上の通念はなお残存している。また特例法上の登記により、第三者対抗要件が債務者対抗要件から分離して具備可能な法的状況が現実のものとなっている。債権獲得をめぐって債

務者を蚊帳の外に置いたままで競合者に対する自己の優先的地位を確保することができるという取引観念が浸透している状況下で、目的債権に関する情報収集のために債務者に対して積極的に照会する義務まで求めるものは下級審裁判例においても多くない。この点にも民法四六七条が定める債務者の認識を基軸とする対抗要件制度の基本理念からの背反を示す一つの兆候が観察される。すなわち本稿が扱ったテーマは、債務者の認識を基軸に据えた対抗要件制度の抜本的見直しの是非というテーマとも根底のところでは密接に関連している。(98) しかし紙幅の制約上、この点の検討を深めることは次稿の課題とせざるをえない。

［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)　最判昭和四八・七・一九民集二七巻七号八二三頁。

(2)　法制審議会「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（九）」第一債権譲渡（二）「譲渡禁止特約の第三者への対抗を認める場合の具体的な制度設計の在り方」ア【甲案】及び【乙案】（以下同資料を「論点の検討（九）」と略称する）。

(3)　道垣内弘人「重過失」法教二九〇号（二〇〇四年）三八頁、同『『重過失』概念についての覚書」『民法学における法と政策』（二〇〇七年）五四〇頁。神田秀樹『商法（総則商行為）判例百選［第五版］』（二〇〇八年）一九五頁。

(4)　この問題についての先駆的業績である、米倉明『債権譲渡――禁止特約の第三者効――』（一九七六年）一七一頁、一九四頁は、民法四六六条二項ただし書を表見責任を定めた規定と理解した上で、無重過失要求説を主張する。

(5)　寺田正春『別冊ジュリ民法判例百選Ⅱ債権』（一九七五年）七六頁。

(6)　我妻栄『新訂債権総論』（一九七二年）五二四頁、林千衛・判民昭和一三年度六二事件、畑口紘「判批」ジュリ四〇九号（一九六八年）一二六頁、近江幸治『民法講義Ⅳ［第三版］』（二〇〇六年）二四一頁、アントニオス・カライスコス「判批」金判一二八六号（二〇〇八年）一六一頁。民法典中の規定でも、例えば民法九四条二項の「善意」について「無

過失」を読み込む見解が有力である（内田貴『民法Ⅰ［第四版］』（二〇〇八年）五五頁）。

（7）内田貴『民法Ⅲ［第三版］』（二〇〇五年）二三頁。

（8）石田剛「民法四六六条二項ただし書の善意の意義と証明責任――独日法を比較して」新井誠・山本敬三編『ドイツ法の継受と現代日本法』（二〇〇九年）三九九頁。

（9）米倉・前掲注（4）六〇頁以下も、主に預金債権に付された特約を念頭において、債権の譲渡性に対する譲受人の利益に焦点を当て、悪意の譲受人に対して特約の対抗力を無条件に認めてよいかという点についても、特約の目的・合理性まで実質的に検討する必要性を指摘した。そこでは譲受人がたとえ悪意でも特約を対抗できてよいかという問題意識に基づいていた。

（10）商法規範との関係においてであるが、このような重過失の機能を指摘するものとして、竹内昭夫「判批」法協八四巻一〇号（一九六七年）一四三九頁。

（11）古いものであるが、岩松三郎＝兼子一編『法律実務講座民事訴訟編第四巻』（一九六一年）一一八頁、倉田卓司「判批」金法七〇九号（一九七四年）二九頁注（一五）。

（12）大判明治三八・二・二八民録一一輯二七八頁。

（13）最判昭和五二・三・一七民集三一巻二号三〇八頁、最判平成九・六・五民集五一巻五号二〇五三頁。

（14）法制審議会・前掲注（2）「論点の検討」九頁。

（15）石田・前掲注（8）三八九頁。

（16）米倉・前掲注（4）六〇頁。

（17）内田・前掲注（7）二一四頁は、預金債権に特約が付されていることは銀行取引の経験のある者にとって周知の事柄だとされるから、事実上特約を常に対抗できるだろうとする。

（18）重過失の認定に関する裁判例を網羅的に取り上げて検討したものとして、原啓一郎「判批」判タ九四五号（一九九七年）七六頁、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、池田真朗ほか「〈座談会〉債権の流動化による中小企業金融の円滑化」ジュリ一二〇一号（二〇〇一年）二八頁［中村廉平発言］、浅井弘章「売掛代金債権譲渡に関する譲受金融機関の注意義務」金法一七一二号（二〇〇四年）八頁、寺川永「譲渡禁止特約

付債権の譲受人の重過失に関する一考察」大阪府立大学経済研究五四巻三号（二〇〇八年）一一三頁、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）二〇四頁などがある。

(19) 友納治夫「判解」『最高裁判例民事篇昭和四八年度』三一頁。最判昭和四八年判決前の下級審裁判例の状況については、野村豊弘「判批」『昭和四八年度重要判例解説』（一九七四年）五四頁を参照。そこでは譲受人の悪意を認定する者の他、民法四六六条二項ただし書の保護要件として無過失を要求するものもみられた（東京地判昭和二九・一一・一二判時五三号一七頁、東京高判昭和四二・四・一七金法四七九号二七頁、東京地判昭和四二・七・一一金法四八号三三頁など）。

(20) 友納・前掲注(19)三七頁、鈴木正和「判批」手形研究二一一号（一九七四年）一二頁、高木多喜男「判批」民商七〇巻六号（一九七四年）一〇九頁、野村・前掲注(19)五六頁、丸山・前掲注(18)五〇頁。

(21) 重過失を悪意と同視する理由が述べられることは少ない（難波譲治「第三者保護要件の諸相」『現代取引法の基礎的課題［椿寿夫教授古稀記念］』（一九九九年）六九頁。悪意と重過失とを帰責性の重さという点で一般的に同じ扱いを志向するとみられる学説として、田山輝明「債権総論（第三版）」（二〇一二年）一八一頁がある。

(22) 東京高判平成八・六・二六 LEX/DB 28030304、大阪地判平成一〇・六・二九 LEX/DB 28050553。

(23) 高木・前掲注(20)一一八頁。なお野村・前掲注(19)五六頁注二は重過失の判断要素は悪意の判断要素と同じであると述べたうえで、預金債権が譲渡された場合の譲受人の重過失の判断要素として、①預金証書があり、それに譲渡禁止特約が記載されていること、②その特約が顕著であること、③譲渡人から譲受人に預金証書が交付されたこと、④譲受人に銀行取引の経験があること、⑤譲受金額が多額であること等を例示している。

(24) 前掲注(2)「論点の検討（九）」七頁。

(25) 金法一七二三号四三頁無署名コメント。

(26) 米倉・前掲注(4)一九四頁。

(27) 多くのコメントは重過失の存在意義を評価し、【甲案】を支持する。例えば、東京弁護士会編著『「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）一七九頁、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）三八二頁、福岡県弁護士会編『判例実務からみた民法（債権法）改正への提案』（二〇一一年）二一九頁。これに対して、池田真朗「債権譲渡・債務引受・契約上の地位の移転（譲渡）」池田真朗・平野裕

之・西原慎治編『民法（債権法）改正の論理』（二〇一一年）一〇頁は重過失要件の明文化に明確に反対する立場を表明する。

(28) 東京高判昭和五〇・五・七金法七五八号三六頁。

(29) 堂園昇平「判批」銀行法務21六七九号（二〇〇七年）二六頁以下、特に三一頁。

(30) このように譲受人に調査義務を課すことは、第三者の主観的要件として軽過失を問わないことと矛盾するのではないかという指摘もある（丸山・前掲注(18)五四頁）。

(31) 大分地判平成一六・三・二六訟務月報五一巻五号一三一五頁。

(32) 津地判平成二〇・三・一一訟務月報五五巻四号一九一七頁。

(33) 最判昭和三二・七・九民集一一巻七号一二〇三頁。

(34) 道垣内・前掲注(3)法教二九〇号三九頁。もっとも下級審判例によると、故意との比較をせず、行為の危険性や、結果を容易に予見しうるかを問題とするものが少なくないという分析もある（前田陽一『債権各論Ⅱ不法行為』（二〇〇七年）一五一頁）。

(35) 加藤一郎『不法行為』（一九七四年）七五頁、前田達明『民法Ⅵ二（不法行為法）』（一九八〇年）二五三頁、幾代通『不法行為』（一九七七年）四五頁。潮見佳男『不法行為法Ⅰ〔第二版〕』（二〇〇九年）二五九頁。

(36) 難波・前掲注(21)六九頁は、このように重過失と悪意を区別する立場を支持する。

(37) 最判平成二一・三・二七民集六三巻三号四四九頁は、譲渡禁止特約の目的が債務者の利益保護にあることから、「譲渡禁止の特約に反して債権を譲渡した債権者は、同特約の存在を理由に譲渡の無効を主張する独自の利益を有しないのであって、債務者に譲渡の無効を主張する意思があることが明らかであるなどの特段の事情がない限り、その無効を主張することは許されない」とした。

(38) 錯誤無効に関して判例は、無効規範の趣旨が表意者の保護にあることから、原則として無効の主張権者を表意者に限定し（最判昭和四〇・九・一〇民集一九巻六号一五一二頁）例外的に第三者による無効主張を認めるにすぎない（最判昭和四五・三・二六民集二四巻三号一五一頁）。

(39) 大判大正六・一一・八民録二三輯一七五八頁。

(40) 我妻栄『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（一九六五年）三〇四頁。
(41) 最判昭和四四・九・一八民集二三巻九号一六七五頁。
(42) 最判昭和五〇・一一・一四判時八〇四号三一頁。
(43) 佐久間毅『民法の基礎1［第三版］』（二〇〇八年）一五一頁。
(44) 東京高判平成八・六・二六 LEX/DB 28030304。
(45) 異議申立預託金返還請求権に関しては、小澤・後掲注(47)五六頁および井上俊雄・手形研究四〇三号（一九八七年）四六頁以下に説明がある。異議申立は、支払銀行が支払義務者から事態説明を記した不渡返却依頼書の提出を受け、手形金相当額の預託金を受け入れ、この預託金を原資として異議申立提供金を手形交換所に提供することによって行われる。この異議申立提供金を受け入れると、支払銀行は、普通支払い義務者に対し、「預り証」を発行するが、右預り証には、「お預かり金の返還請求権を第三者に譲渡または質入れすることは堅く禁じます。」と記載されているという（昭四二・六・二〇東交五〇号東京銀行協会鋼管部長発「異議申立に関する預託金の預り証について」の文例参照）。
(46) 大阪高判昭和六二・三・三一金法一一五九号二九頁（評釈：堀内仁・手形研究四〇三号（一九八七年）四四頁、石川美明・法時六〇巻八号（一九八八年）七七頁、渕上勤・判タ六七七号（一九八八年）七四頁、西尾慎一・判タ六四六（一九八七年）号七六頁）。
(47) 最判昭和六二・一一・二四年金法一一七九号三七頁（評釈：小澤一郎・判タ七〇六号（一九八九年）五六頁）。
(48) 東京地判平成七・一〇・三一金法一四六三号三六頁 LEX/DB 28010474（評釈：原・前掲注(18)）。
(49) 後藤勇『民事裁判における経験則――その実証的研究』（一九九四年）一二五頁以下。
(50) 福岡地判平成二二・一・二八（公刊物未登載）、同判決は内藤寿彦「（判例の紹介）譲渡禁止特約の付された債権を譲り受けた原告の悪意又は重過失の存在が否定された事例」みんけん六三七号（二〇一一年）五〇頁。
(51) 東京地判平成六・一二・一五金法一四一三号三八頁。
(52) 横浜地判平成一六・六・八年金法一七五四号八一頁。
(53) 東京高判平成一六・一〇・一九金法一七五四号七五頁。
(54) 東京地判平成七・九・四 LEX/DB 28010524。

(55) 東京地判平成一一・一・二六判時一六九二号八二頁（評釈：野口恵三・ＮＢＬ六八三号（二〇〇〇年）七二頁）。
(56) 東京地八王子支判平成一〇・六・二六 LEX/DB 28050552。
(57) 東京高判昭和六三・六・二七判時一二八三号一〇三頁（評釈：野口恵三・ＮＢＬ四一五号（一九八八年）六〇頁）。
(58) 大分地判平成一六・三・二六訟務月報五一巻五号一三一五頁。
(59) 高松高判昭和五六・一・一六金判六四一号三八頁。
(60) 仙台地判昭和六〇・一・一訟務月報三二巻七号一五一二頁。
(61) 大阪地判平成一〇・六・二九 LEX/DB 28050553。
(62) 長野地松本支判平成一八・一・一九訟務月報五二巻八号二六七五頁。
(63) 東京地判平成一〇・五・六金法一五四四号七七頁。
(64) 前掲注（56）東京地八王子支判平成一〇・六・二六。
(65) 東京高判平成一一・一二・二八金判一〇八九号二〇頁。
(66) 東京地判平成八・三・一九 LEX/DB 28010430。
(67) 函館地判平成九・一〇・二九 LEX/DB 28050524 は、「原告代表者は長年金融業を営む者であり、担保として債権を譲り受けることはその本来の業務に属するところ、公共工事には債権の譲渡禁止特約が付されている可能性があるのに、初めての取引相手から契約書一枚目のコピーを示されたのみで、それ以上に資料を確認したり事情を聴取することもなく債権譲渡を受けたことは重過失にあたるとする。
(68) 東京地判昭和六三・一一・七 LEX/DB 22006191。
(69) 池田真朗『債権譲渡の発展と特例法債権譲渡の研究第三巻』（二〇一〇年）一二九頁。
(70) 浅井・前掲注(18)一六頁。
(71) 東京高判平成五・二・二五訟務月報三九巻一一号二二六九頁、民集五一巻五号二〇八四頁。
(72) 東京地判平成九・五・六 LEX/DB 28022168。
(73) 大阪地判平成一五・五・一五金法一七〇〇号一〇三頁（評釈：池田真朗・判タ一一五〇号（二〇〇四年）八七頁）。
(74) 大阪高判平成一六・二・六判時一八五一号一二〇頁（前掲注(73)大阪地判平成一五・五・一五）の控訴審評釈：竹内

俊雄・駿河台法学一九巻一号（二〇〇五年）一六九頁、石黒清子・判タ臨時増刊一一八四号（二〇〇五年）三四頁。武川幸嗣・受験新報六四二号（二〇〇四年）一二頁、池田秀雄・銀行法務21　六三六号（二〇〇四年）三八頁）。同判決は、最決平成一六・六・二四金法一七二三号四一頁（評釈：中野修・金法一七三六号（二〇〇五年）五一頁、池田真朗・金法一七四八号（二〇〇五年）三四頁、浅井弘章・銀行法務21増刊六四四号（二〇〇五年）四二頁）により確定した。

(75)　津地判平成二〇・三・一一訟務月報五五巻四号一九一七頁。

(76)　東京地判平成一三・三・一三金法一六二六号一四二頁。

(77)　大阪地判平成一七・一一・三〇金法一七九五号六二頁（評釈：池田真朗・判タ一二四一号（二〇〇七年）三七頁、吉田光碩・金法一七九八号（二〇〇七年）四頁、浅井弘章・銀行法務21六七三号（二〇〇七年）五五頁等）。

(78)　寺田正春「判批」判評一八四号（一九七四年）二五頁以下。

(79)　池田（真）・前掲注(27)一〇頁。

(80)　道垣内・前掲注(3)五六三頁。

(81)　池田（真）・前掲注(69)二四一頁は、「債権譲渡が正常業務型の資金調達方法として広く行われるようになり、しかも譲渡人の信用不安の惹起を避けるためにことさら債務者に接触しない第三者対抗要件具備方法としての債権譲渡登記が（民法上の確定日付ある通知の代替手段として）制定された以降は、やはり対抗要件の基本構造に一定の変質があったとみるべきであろう。」と指摘する。

(82)　池田（秀）・前掲注(74)四二頁。また、浅井・前掲注(18)一七頁は、第三債務者への調査確認が事実上不可能であったことを立証すべく、「譲渡人と債務者の間には、取引基本契約書はなく、譲渡債権につき譲渡禁止特約も存在しません。第三債務者との関係悪化を避けるため、上記の点に関し、貴行が債務者に直接確認なさることはご容赦ください」という主旨の銀行宛譲渡人作成の書面を差し入れさせる」という措置を講じることにより、重過失評価を回避することが考えられるとする。

(83)　水野・前掲注(18)二〇四頁。

(84)　丸山・前掲注(18)五一頁。

(85)　原・前掲注(18)七七頁。

(86) 既に中田裕康『債権総論（新版）』（二〇一一年）五〇九頁が概括的には指摘している。
(87) 池田（真）・前掲注(69)二〇七頁以下、特に二一一頁を参照。
(88) 浅井・前掲注(18)一六頁。
(89) 民法（債権法）改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』【三・一・四・〇三】〈二〉〈ウ〉において、特約違反の債権譲渡につき第三者対抗要件が備えられている場合で、譲渡人について倒産手続の開始決定があったときは、債務者は特約を譲受人に対抗することができない、とされている。
(90) 中田・前掲注(86)五一三頁、法制審議会民法（債権関係）部会第四五回会議議事速記録（平成二四年四月一七日）一三頁［中田委員発言］。
(91) 【三・一・四・〇三】（債権譲渡禁止特約の効力）はその〈一〉で特約違反の譲渡の効力は妨げられないとしつつ、ただし債務者は特約を譲受人に対抗できる、としたうえで、〈二〉において、ただし書きにも関わらず、〈イ〉において、債務者は譲受人が特約に付き善意で、かつ重大な過失がないときは、特約を譲受人に対抗することができない、としていた。
(92) 法制審議会・前掲注(2)「論点の検討（九）」六頁、第一債権譲渡一譲渡禁止特約（二）譲渡禁止特約の第三者への対抗を認める場合の具体的な制度設計の在り方ア後段。
(93) 法制審議会・前掲注(2)「論点の検討（九）」七頁。
(94) 法制審議会・前掲注(2)「論点の検討（九）」一頁、第一債権譲渡一譲渡禁止特約（一）譲渡禁止特約の第三者の対抗の可否【甲案】及び【乙案】。
(95) 法制審議会・議事録（法制審議会民法（債権関係）部会第四五回会議議事録）一九頁［内田委員発言］。
(96) 例えば、表見法理に関係する代表的な規定である、民法四七八条において債務者の善意無過失（最判昭和四二・一一・二一民集二一巻一〇号二六一三頁）、民法一〇九条において第三者の善意無過失（最判昭和四一・四・二二民集二〇巻四号七五二頁）などが明文化された。
(97) 池田（真）・前掲注(69)二二四頁は、【二五】【二六】判決の事案で問題になった譲渡禁止特約がそもそもその解釈上物権的効力を付与されるべき内容であったかどうかも疑問であるとする。
(98) 中間的な論点整理第一三、二（一）【部会資料九―二第1、3（1）】一〇頁の［A案］及び［B案］を参照。その後

の検討を経て、立法提案は法制審議会・前掲注(2)「論点の検討（九）」二五頁　第一債権譲渡一　対抗要件制度（一）第三者対抗要件ア【甲案】及び【乙案】に具体化されたものの、その内容は当初の目論見と対比すると、相当程度後退している。