

債権譲渡制限特約論再考

——世界の異端となった日本法の時代錯誤——

池田眞朗

はじめに——問題の所在

- 1 問題状況
- 2 筆者の対応とその内容
- 3 根本的な問題
- 4 中小企業における資金調達的重要性の認識
- 5 「変革の時代」の認識——「解釈学」から「課題解決学」へ
- 一 日本の学界における債権譲渡制限特約論の現況
 - 1 状況の概略
 - 2 民法解釈学の現状
- 二 資金調達の観点から再考する債権譲渡制限特約はじめに
 - 1 問題の所在
 - 2 変革の時代の認識

4 「事業性融資推進法」と「譲渡担保法」における譲渡制限特約付債権の扱い

- 三 債権譲渡禁止特約をめぐる欧米の状況
 - 1 米国の場合——UCCによる無効
 - 2 UNCITRAL国連国際債権譲渡条約の場合
 - 3 ドイツの場合
 - 4 フランスの場合
 - 5 小括
- 四 日本の現状の再確認
- 五 課題解決の方向性
 - 1 実務レベルの打開策
 - 2 実務対応としての課題の提示
- 六 「弁済先固定の利益」の再検討
 - 1 「弁済先固定の利益」という用語の誕生
 - 2 法制審議会部会の議論の精査

七 日本が世界から後れを取った理由

1 日本にだけ「弁済先固定の利益」という「債務者保護」が存在する理由

2 世界の趨勢に気づかなかった民法（債権関係）改正

3 日本の取引社会の「歴史」と「風土」

4 遅すぎた「力関係」論の勃興

5 引き受け過ぎた？ 民法——求められるのは「解釈学」ではなく「課題解決学」

結びに代えて——「新時代債権譲渡」構想と持続可能社会を創る「課題解決学」への提言

はじめに——問題の所在

1 問題状況

現在、一〇〇年に一度と言われる変革の時代に、債権譲渡とその法理は、世界的に大きな変貌を遂げつつある。とりわけ、売掛債権等、一般の商事取引から生じた金銭債権を広く資金調達に活用する取引は、世界各国で重要性を増し、実務界では、債権譲渡取引を電子契約で完結させるデジタル債権譲渡の取り組みが関心を集めている⁽¹⁾。その中で、わが国の二〇一七（平成二九）年の民法（債権関係）改正において、ひとつの目玉と言われた債権譲渡関係規定の改正が、規定を複雑化したというレベルではなく、実は世界の潮流からも取り残される形になった、大きな「失敗」であったことが明らかになりつつある。

本稿は、その「世界の潮流」と民法改正作業を対比して問題点を明らかにするが、ただその「失敗」をあげつらう目的の解釈学的な論文ではないことを最初に明示しておきたい。本稿は、急激な変革の時代における伝統的な解釈学の論文の限界を意識しつつ、現下の課題を解決するための「課題解決型」論文を意図しており、実際、本稿の論じる課題は、以下に明らかにするように、改正民法の規定はそのままであっても、（実現可能性の多寡は別として）商法典での規定の新設あるいはその他の特別法の立法をすることによってほぼ解決しうるものである。

まずは、周知の状況の説明から入りたい。そもそも近代の世界の民法典では、債権は自由譲渡性が確保されているのが原則であって、日本の債権譲渡法制の母法といえるフランス民法典にもボワソナード旧民法典にも、譲渡禁止特約の規定はなかった。しかし日本の明治民法典では、債権譲渡は、對抗要件主義の基本構造をフランス民法典とボワソナード旧民法典から継受しながら、譲渡禁止特約を、世界のごく少数派であることを認めつつ、「我国ノ今日ノ有様ヲ以テ考ヘルノニ従来債権ノ譲渡ト云フモノハ概シテ認メテ居ラナイ」という理由で採用した（改正前四六六条二項）。その際、起草委員は、譲渡禁止特約を規定する民法典は世界の中に「丸デナイデハナイ」として、ドイツ民法（当時はまだ草案）とスイス債務法を挙げていた。⁽²⁾

しかし、そのドイツでは、譲渡禁止特約について結論的にその第三者効を認めること（日本で言う物権的効力説のような）で見解が一致しているものの、その理論構成は多義的であり、その絶対的効力説（判例・通説。特約に反した譲渡は誰との関係でも絶対的に無効）に対して相対的効力説（有力説。債務者との関係でのみの相対的無効）という考え方が現われ、争いが続いてきた。そして「絶対的無効の立場を貫いてきた多くの判例法理に対し、経済界から、可能な限り資金調達的手段として債権を利用し尽くすという要求が高まり、BGB第三九九条に対する批判がやむことなく噴出することになる」との状況が紹介されている。⁽³⁾そして後述するように、譲渡禁止特約条項を約款規制によって解決する試みなどもなされ、さらに一九九四年のドイツ商法典HGBの改正で、一般商事金銭債権や、債務者が公的主体である金銭債権の場合、譲渡禁止特約があっても譲渡は有効（ただし債務者は旧債権者に弁済しても免責される）とするに至るのである。

一方日本でも、いわゆる物権的効力説が通説となったが、その後の展開は、改正前四六六条二項の条文は、（債権の自由譲渡性を規定した一項を受けて）「前項の規定は、当事者が反対の意思を表示した場合には、適用しない。ただし、その意思表示は、善意の第三者に對抗することができない。」としていたところ、判例は、既に昭

和四八年の段階で、預金債権のケースで、重過失で知らなかったのは悪意に等しいという判断をし（譲受人に善意無重過失を要求）⁽⁴⁾、この判断が預金債権だけでなく一般の売掛代金債権や請負報酬債権にも与えられるようになり、債務者が多くの取引で譲渡禁止特約を付するのが常態となっていたのである。実はこの状況が中小事業者の債権譲渡による資金調達を大きく阻害するものになっていたのであり、日本民法は二〇一七年改正前の段階で既に世界の異端になっていたわけである。

そして、二〇一七年の民法（債権関係）改正では、民法四六六条に関する譲渡禁止特約の用語を、譲渡制限特約（条文上は「譲渡を禁止し、又は制限する旨の意思表示（以下「譲渡制限の意思表示」という。）」と改めたうえで、「禁止」から「制限」に若干概念を上げたもので、実質的な変更はほばないと考えてよい）、新しい二項で、譲渡制限特約が付されていても債権の譲渡は「その効力を妨げられない」と改めた。

それはもちろん、取引社会からの資金調達の円滑化の要請に応えようとしたもので、立法担当官の解説では「債権譲渡を活用した資金調達がより円滑なものとなることが期待される」⁽⁵⁾と述べられていたのであるが、しかし二〇一七年改正では、同時に四六六条三項に、一定の条件で譲渡制限特約も有効と認める規定を置いた（条文は、「前項に規定する場合には、譲渡制限の意思表示がされたことを知り、又は重大な過失によって知らなかった譲受人その他の第三者に対しては、債務者は、その債務の履行を拒むことができ、かつ、譲渡人に対する弁済その他の債務を消滅させる事由をもってその第三者に対抗することができる。」）。そのために、筆者やかなり多くの資金調達実務の専門家は、債権譲渡を活用した資金調達は改正後もそれ以前と比較してあまり進展し得ないのではないかと予想していたのである。⁽⁶⁾

そして、二〇二〇年の施行後五年余りを経過した現在、その予想はまさに当たっている状況にあるようである（ちなみに、それは筆者の提唱する行動立法学⁽⁸⁾（立法前に十分なシミュレーションをして、使われる法律になるかどうか

を検証したうえで立法すべき)の観点からは当然の帰結なのであるが、立法担当官の解説では、いささか実務の感覚にうまいと思われる説明(譲受人すなわち融資者側の反応を考えていない)⁹⁾をして立法を正当化しようとしていた。

しかし、筆者が「失敗」と呼ぶのは、そのような利用頻度の「見込み違い」などというレベルではなく、規定をいたずらに複雑かつわかりにくしたうえで、まさに世界の趨勢から大きく後れを取って、ことに中小事業者にとつての死活問題ともなる、債権譲渡による資金調達を阻害する結果を、継続する(かつ、現在のデジタル時代にはより増悪する)形になったことを指している。その最たる点が、本稿の論じる譲渡制限特約の温存なのである。筆者は、その点を捉えて、強い表現ではあるが、取引社会に有害な、「時代錯誤的失敗」と位置付けているのである。

2 筆者の対応とその内容

それを順次論証するために、私はまず、①「民法改正と債権譲渡の「権利行使要件」——追悼・潮見佳男教授」¹⁰⁾、②「再説・民法改正と債権譲渡の「権利行使要件」——「対抗要件具備時」の真の問題」¹¹⁾の二論文を書き、そして本稿でも紹介する③「適正な競争の観点から再考する債権譲渡制限特約——中小企業金融のための新しい民事法学の端緒として」¹²⁾を二〇二六年一月に発表した。後述するように、その①②はいわば改正立法のわかりにくさの問題を指摘したものに過ぎなかったのだが、③は、本稿の要旨を示すものとして先行して活字にしたもので、より決定的な、世界の潮流から後れた、資金調達阻害立法の問題を明らかにしたものである。

他方で、今日的なデジタル型の債権譲渡については、私はすでに二〇二一年に経済産業省の産業競争力強化法(債権譲渡の対抗要件の緩和措置を定める)に関して④「債権譲渡通知・承諾のIT化特例と債権譲渡登記・電子記録債権」¹³⁾という論考を公にしており、さらに二〇二五年には同法の適用具体例についての言及を含めた⑤「債権

譲渡のデジタル化と民法法理の対応（上・下）¹⁴」を発表している。そしてこの後は、⑥「デジタル債権譲渡とスマートコントラクト」に関する論考を準備している。そこでは、債権譲渡の對抗要件について、もう一つの「時代後れ」が露呈している、「確定日付」の問題を中心に扱うことになる。

上記①と②は、債権譲渡における第三者対抗要件と債務者対抗要件（権利行使要件）の区別を規定上明瞭にすべきであったものを見えにくくしたという観点から、改正条文での「対抗要件具備時」という新規採用用語の問題点を明らかにし、フランス民法典でも二〇一六年改正で二つの対抗要件が区別して規定されたことを紹介した。また③では、債権譲渡による資金調達の阻害事由となっている譲渡禁止（制限）特約について、これまでわが国の民法学では明瞭に論じられていなかったことであるが、すでに米独仏の三カ国がすべて、民事債権譲渡と商事債権譲渡を分離して、一般の商事取引から発生する金銭債権（売掛代金債権や請負代金債権、各種サービス料債権等、大多数のものが含まれる）については、三カ国とも商事法典で譲渡禁止（制限）特約の効力を否定していることを明らかにした。ことに、いわゆる独占禁止法的規定が商法典に含まれているフランスでは、わが国の新しい中小受託取引適正化法（旧下請法、以下取適法と表記）の発想である、大企業が中小企業の経済活動を抑圧することを禁じる趣旨で、公正な競争の確保を規定する条文で譲渡禁止特約を禁じていることまでを明らかにしたのである。

④から⑥は、債権譲渡の通知・承諾という対抗要件の存在、ことに第三者対抗要件として要求されている確定日付というものが、電子契約の時代にデジタル債権譲渡取引の進展の足かせになっている（現在の民法と民法施行法では、一般の債権譲渡は一連の電子契約では完結できない）ことを論証し、その対応策を提示するもので、いわば技術と法理の適切な融合を目指すものとなる。

なお、以下本稿で対象とする「債権」は（日本民法典の四六六条以下の債権譲渡規定はさまざまな給付請求権を含

む債権一般を指していると考えられるが、特に明示のない場合も、いわゆる「金銭債権」を想定している。

3 根本的な問題

根本の問題は、二〇一七（平成二九）年の民法改正における債権譲渡規定の修正の技術的な不適切さにとどまるものではない。それは、本稿で詳論するように、日本は、世界の主要国（米仏独）と異なり、債権譲渡の基本規定が民法典だけにしかなく、したがって債権譲渡について民事債権と商事債権の法的取り扱い上の区別がないという特殊な状況にあることに起因している。そのような法典構造の下で、民法典に債権譲渡制限特約（前述のように二〇一七年改正前の用語では譲渡禁止特約。以下本稿では時期と場面で適切なほうを使い分ける）を残したため、中小企業の資金調達上の不利益が明瞭かつ重篤な欠陥を露呈しているのである。そして、二〇一七年民法改正では、いわば世界的に見て「ガラパゴス化」した規定が温存されただけでなく、ある意味では改正前よりも問題を増やす複雑な様相が形成されてしまったのである。

それゆえ、論じるべき最大の問題は、譲渡制限（禁止）特約の根本的な再考である。ついで、デジタル時代対応の問題として確定日付の処理（簡易化あるいは付与権限の拡大）が挙げられる。本稿は、その前者について、前掲③論稿を深めて追究するものである。ここであらかじめ強調しておきたいのは、二つの問題はともに、既成の条文に対する伝統的な法解釈学では解決できないものであるということである。

4 中小企業における資金調達の重要性の認識

一方で、民法学者の多くは、大企業と中小企業の力関係や、中小企業の資金調達の重要性・緊急性に十分な関心を寄せていないように見える（解釈学偏重の風潮の中で、二〇一七年改正作業においても、民法典自体の規定の論理

的整合性など、学理的な議論に多くの時間が割かれていた)。

折しも、二〇二六年一月一日に施行された取適法は、買いたたき規制の強化などと合わせて、手形払い等の禁止や支払期日の短縮化(最大二二〇日から最大六〇日へ)を定めた。しかし中小事業者の中には、一日でも早く運転資金が欲しいという切迫した状況にあるケースも少なくない。事業の持続可能性のうえで、売掛債権や請負代金債権、各種サービス債権など、広く一般の商取引債権についての早期資金化を望む声は非常に強いのである。譲渡制限特約の付与は、それらの要望をふさぐものになっている。

実際、赤字法人率の公式データである国税庁の「統計法人税表」によれば、日本の中小企業の約三分の二が赤字なのである(二〇二四年公表の二〇二二年度分では、普通法人ベースで赤字法人率は六四・八パーセント。これは全法人の数字であるが、我が国では中小企業が全企業の九九・七パーセントを占めるため(中小企業庁「二〇二四年版中小企業白書」参照)、実質的に中小企業の赤字率を反映している)。中小企業の経営健全化のためにも、売掛債権等を活用した資金調達(融資者および仲介者側からみれば商流に対するファイナンス)の重要性は、一国の経済社会レベルで非常に大きいことを認識すべきであろう。

5 「変革の時代」の認識——「解釈学」から「課題解決学」へ

なお付言しておけば、現在の「二〇〇年に一度の変革の時代」は、産業界では広く認識されているものの、法学者の間ではその認識がいまだに希薄なように思われる。さらにわが国の産業界・金融界は、ゼロ(マイナス)金利政策の長期間の継続にも象徴される「失われた三〇年」から立ち直らなければいけない状況にある。そのうえ、二〇二〇年からの新型コロナウイルス蔓延は、ほぼ三年で終息したとはいえ、生活様式、雇用形態、企業経営などに大きな変化をもたらし、その意味では今も社会はコロナ前に戻ってはならず、我々は違う世界にたどり

着いている。さらにAIの発達に象徴される急速な技術革新があり（二〇二五年は生成AIの普及・浸透元年といふべき年だった）、加えていつこうに止まらない地球温暖化（沸騰化）の進行がある。

それらの変化が一度におしよせているのが二〇二五年、二六年の日本なのである。それゆえ、法律は従来よりも社会変化の後追いになる（あるいは社会変化に追いつかない）状況になり、中世以来疑問を持たれなかった、法による社会コントロールが揺らぐ時代になってきている。このような時代状況においては、出来上がっている法律の詳細な解釈をする法解釈学は、従来よりも限定された存在意義しか持ちえないものになっている。しかしそれに気づいていない法学者が圧倒的に多いようである。

つまりこの時代には、判例・学説の研究よりも、変革対応・社会実装の研究が大事になるのである。法律学は、旧来の条文解釈学から、課題を解決するルールを創る「課題解決学」に、そして法教育は、法令・判例・学説の知識の詰め込みから、持続可能な社会を創るための「ルール創り教育」へシフトすべきなのである。

これらについてはまた別稿で論じる予定であるが、本稿はそのような問題意識に立つての課題分析の一例であることを最初に述べておこう。

1 状況の概略

一 日本の学界における債権譲渡制限特約論の現況

債権譲渡制限特約（先述のとおり、二〇一七年民法改正までは債権譲渡禁止特約の用語が使われたが、実質的な変化はない）については、実務界（資金調達側）からは改正前から、大企業（発注側）が事務処理の煩雑化を避けるなどの理由で安易に譲渡禁止特約を付ける風潮もあって、資金調達の弊害になるので無効（第三者効力を認めない）

としてほしいという要望が非常に強かった。しかし学界では、そのような実務の要請をあまり強く認識していなかったようである。そして、大企業の関係者（発注側）には、譲渡禁止特約がわが国の取引慣行となっているという理解が根付いており、後述するように民法（債権関係）改正の法制審議会でもその趣旨の発言がいくつかなされていた。さらに、譲渡禁止（制限）特約は、もっぱら債務者のほうの力が強いときに付けられるという、当事者の「力関係」の考察も十分ではなかった（この力関係の視点は、後述する法制審議会部会でもわずかに見られるのではあるが、わが国ではようやく二〇二五年くらいからの公正取引委員会の一連の活動でクローズアップされ、二〇二六年一月施行の取適法で明瞭になっている）。

したがって、民法（債権関係）改正作業でも、後述する債務者の「弁済先固定の利益」の保護という説明（後述するように、用語としては改正作業の後期に法務省サイドから出されたものである）が、それほど抵抗なく受け入れられていったように思われる。しかし、この「弁済先固定の利益」の保護は、力関係の考察を入れれば、とりも直さず発注側大企業の保護、受注側中小事業者に不利益、ということになる。そのあたりの認識が（たとえば民法（債権関係）改正作業に携わった）民法学者などにどれだけあったのが改めて問われる。

さらに言えば、筆者が先の③論文で明らかにしたように、米独仏の現在の立法を見るならば、そもそもそれら主要三カ国ではすべて、かなり早い時期から、一般の商事取引から生じる金銭債権については、民法ではなく商法典で譲渡禁止特約を無効としている。つまり、一部金融債権を除く商事金銭債権については、債務者に対外効を持つ譲渡禁止（制限）特約を付す権限が与えられていない（米仏ではそう言い切つてよい）。すなわち、日本法が前提にしている「債務者の弁済先固定の利益」は、果たして「保護法益」たりうるものかが疑問になるのである。

そして解釈論的な観点で加えれば、フランスはもともと民法典に譲渡禁止特約の規定を持たず、米国の統一商

事法典は一律に譲渡禁止特約の対外効を無効としていて、日本が、明治時代に譲渡禁止特約を定める数少ない民法典として参考にしたドイツ（当時は草案段階）以上に（ドイツは比較的早い時期から債権活用の見地からの対応が考えられていた）、いわゆる物権的効力説を通説化してきたという状況がなぜ生じたのかも疑問になる。

筆者は、二〇〇六年頃から始められた民法（債権関係）改正論議の最初期から、学理と実務の乖離を憂い、発言をしてきた。民法学は何のための学問か。民法改正は何のためにするのか。市民の幸福のための、取引社会の円滑な発展のための民法であり、それをよりよく実現するために民法改正は行われるべきであると繰り返し説いてきたのである。したがって、譲渡禁止特約（二〇一七年改正前の表現）については、ことに何度も懸念を表明してきた。⁽¹⁵⁾

しかしその声は少数派にとどまり、民法（債権関係）改正は、困っている市民を救うなどということのためにではなく、世界に冠たる民法典を作るなどという掛け声のもとに、いわゆる学理優先の改正になったという評価が多い。その結果出来上がった改正民法（二〇二〇年施行）の実際の出来栄を、施行以来五年を経過した今、改めて検証する時期に来ているように思う。

2 民法解釈学の現状

実際、その民法学の主流とされてきた「民法解釈学」の現状はどうか。学説は年々精緻化し、民法（債権関係）改正後に生じた論点に対しても細かい対応がなされはじめているが、それらが果たして急激な社会変化に対応できる学問になっているのか。また、世のため人のために有用な学問になっているのか。先に述べたように、そもそも、産業界では盛んに議論されている、一〇〇年に一度と言われる変革の時代が到来しているということ、多くの民法学者がどれだけ認識しているのだろうか。

つまり、伝統的な民法解釈学は、私法の基本法として頻繁に変わることのなかった旧来の「出来上がったルール」としての条文の解釈・適用を、理論的な整合性と、さまざまな場面を想定した破綻のない対処を目的として展開している。しかし、急激な変革の時代には、法律が追い付いていない状況も多々出現してきている。法律学は、解釈学から、それらの課題を解決するルール創りを考える、課題解決学に移行していくべきではないのだろうか。また、ごく一部の学者は、若手研究者の減少や新出論文の不足などを挙げて民法学の危機を論じているのだが、その声はいっこうに広がらず、その危機論に対応しようとした数少ない試みも、「解釈学」の内部からの応答にとどまっている⁽¹⁷⁾。危機を論じる側も、それに応答しようとする側も、危機の本質が実は「解釈学」自身にあることには気づいていないように見えるのである。

一例を挙げよう。これは決してその学者個人を批判するものではなく、またその論文は解釈学論文として詳細で、高く評価されるべきものであるのだが、最近出された和田勝行教授の論文「債権譲渡——譲渡制限特約に関する若干の考察」⁽¹⁸⁾では、冒頭で、「債権譲渡分野における債権法改正の目玉は「譲渡制限特約」(民四六六条二項参照。以下、本稿では単に「特約」という)であったといつてよい。この改正に際しては、一方では特約付債権を譲渡することによる資金調達を促進する要請が存在したが、他方では旧法下で特約によって保護されていた債務者の利益(「弁済先固定の利益」と称されるもの)も無視することができないと考えられた結果、それらを調整するためにやや複雑なルールが設けられることとなった」と書き出され、「このようにしてできあがったルールに對しては、立法論として強い批判もある」として、筆者の論文が注記されるのだが、「とはいえ、現にこうしたルールが施行されている以上は、そのルールに関する解釈を安定させ、特約付き債権が譲渡された場合の法律関係に疑義が生じないようにすることが肝要である」として論述が始められる。以下同論文には(解釈学の論文であるから当然のこととして)筆者の改正法案の規定に対する立法論的な批判の内容などは全く言及されず、民法

（債権関係）改正後の現行条文についての詳細な解釈論が展開されるのである。

実際、和田教授が丹念に引用されているように、改正後の債権譲渡規定に関しては、ことに譲渡制限特約関係（改正民法四六六条三項、四項など）にすでに多数の学説がある。しかし、それらの学説は、例えばその対象としている新規規定が前提とする価値基準や保護法益に疑義があるという場合には、どれだけの価値を持ちうるのか。

もちろん、法の適切な適用のためには、（そのルールの前提に疑義があるといっても）詳細な解釈学は必要である。そのことは全く否定しない。しかし、民法学者の方々にお考えいただきたいのは、民法学者は、法の適切な（遺漏や矛盾のない）適用に従事するためだけに存在するののかということである。民法学者は、世の人々の法的な営為を支援し適切に発展させ、人々の幸福（ウェルビーイング）に奉仕するために存在するのではないのか。出来上がっているルールをすべて所与のものとしてア priori に肯定し、かつて「困っている誰かを救済するために民法を抜本改正するのではない」と公言した民法改正の主導者がおられたが、⁽²⁰⁾そういう学理優先の意見に無批判に同調するののか。

民法学の危機の本質論については別稿を草するとして、ここでは民法（債権関係）改正で修正して新たな形で置かれた、四六六条三項の債権譲渡制限特約の規定について、まず、現実の取引社会の課題を見据えて、（問題点を指摘するだけでなく）課題の解決策を模索する、「課題解決型」論文を提示してみたい。そして後続に予定する論文で、その債権譲渡制限特約の規定に関連して新規に置かれた条文の解釈論などを具体例として、私見（民法解釈学の限界性）の論証を試みることにしよう。

二 資金調達の見点から再考する債権譲渡制限特約

1 はじめに

以下にはまず、本稿の概要にあたるという位置づけもして先に活字にした、「適正な競争の見点から再考する債権譲渡制限特約——中小企業金融のための新しい民事法学の端緒として」⁽²¹⁾に加筆したものを提示する。したがって以下は前稿と重複するところが多くあるが、あえて再掲に近い形にするのは理由がある。前稿は副題にもあるように「中小企業金融のための新しい民事法学」という見点も入れて、金融法務の専門雑誌に掲載したのであるが、民法学者の中には、実務法律雑誌を読まない学者も多いようなので、あえて大学紀要に掲げて、筆者の考える学術論文のありかた（学理と実務の乖離をなくす）を追究したいと考えた次第である。二〇一七年民法（債権関係）改正の「目玉」とされた債権譲渡制限特約の規定が、どれだけ世界の中の「異端」となったのかをご理解いただき、その改正法の規定を盲目的に解釈する作業がどれだけ「世のため人のため」になっているといえるのかを検討していただきたい。

2 問題の所在

二〇一七（平成二九）年の民法（債権関係）改正（二〇二〇年四月一日施行）により、債権は譲渡制限（禁止）特約付きであっても譲渡自体は有効にできることになったが（改正法四六六条二項）、一方で、制限特約について悪意または重過失のある譲受人に対しては債務者が履行を拒み譲渡人（元の債権者）に弁済ができるという、一定範囲で譲渡制限特約も有効とする規定も置かれた（改正法同条三項）。債権譲渡による資金調達取引を推進すべきとしていた筆者らは、その折衷的な改正の結果、改正後も債権譲渡による資金調達はあまり増加しえないのでは

ないかと予測していたのであるが、本稿冒頭でも述べたとおり、実際、施行後五年を経過した段階で、大企業の債権流動化においても、中小企業の債権譲渡担保においても、予測が当たった形になっているようである。⁽²³⁾

実務界では、それでもなお現状の譲渡制限特約肯定の規定の下で何とか債権譲渡による資金調達を進展させようとする方向性が模索されているのだが、⁽²⁴⁾実は世界的にみると、そもそも商取引の債権一般については、債権譲渡制限特約を、現時点ではたとえば米・独・仏ともそろって商法典で排除しているという事実がある（この点がこれまで十分に知られていなかった。これについては以下で詳論する）。しかもその排除の理由は、売掛債権等の適切な活用というだけでなく、ようやくわが国でも議論になり法改正に至った、下請法（取適法）的な発想で、適正な競争の阻害の禁止などの理由で排斥しているのである。

しかしながら、周知のように、日本では商事関係の法律には債権譲渡の規定が全く置かれておらず、もっぱら民法典のみが債権譲渡の規律を引き受けている状態である（私見はそれを民法の取引法化・金融法化と表現してきた）。⁽²⁵⁾

加えて、我が国の債権関係の民法改正作業では、ことに売掛債権等の譲渡担保による資金調達のケースでは、発注企業（支払債務者）が大企業で、納入企業（売掛債権等の債権者）が中小企業というパターンが大多数という状況が顕著であるにもかかわらず、その当事者の「力関係」の検討が、ほとんど見られなかった。いうまでもなく、債権譲渡制限特約は、もっぱら債務者のほうが強い場合に付されるのである。

それなのに、二〇一七年民法改正は、譲渡制限特約を（その効力を弱めたとはいえ）、債務者（多くは力関係の強い大企業等）の弁済先固定の利益の保護などという理由を挙げて温存した。つまり、こと債権譲渡に関しては、日本の民法典は、二〇一七年の債権関係改正によって一段と「ガラパゴス化」したように思われるのである。

筆者は、この観点から、本稿の概要に当たるものを法律実務雑誌に掲載し、⁽²⁶⁾まず現状を紹介して、学界・官界

に認識を改めていただくとともに、実務界での、現下の法文の下での債権譲渡による資金調達取引の進展を支援しようとした。そして本稿では、その前稿での外国法紹介等を加筆するとともに、現下の民法学が現行法の条文解釈学に偏して、実際の社会における課題を解決する「課題解決学」から遠く乖離していることを論証しようとするものである。

3 変革の時代の認識

そもそも、この変革の時代に民事法学は大きな危機に直面している。中世以来の、「法による社会コントロール」が、ことに民事取引の世界においては、変革に追いつけず、機能が低下してきているのである。その中で、売掛債権や請負代金債権などの商取引によって発生している金銭債権を活用した資金調達は、従来から、大企業がSPCなども使って行うストラクチャードファイナンスから、中小企業の資金繰りのための債権譲渡担保に至るまでの、当事者、規模、意図などについての多様性が指摘されており、そこに現在では、譲渡から回収までをすべて電子契約で迅速に行う、デジタル型債権譲渡のニーズも加わっている。

つまり、現代の債権譲渡論は、単なる条文解釈の範疇では整序できないものになっており、当事者の意図、ニーズ、力関係、競争力確保、データサイエンス、などを多面的に考察する必要がある、最先端の総合的取引課題になっているのである。したがって、本稿が扱う中小企業金融における債権譲渡制限特約は、その中の一つの、しかし重要な、法律的「要因」(実際には発展阻害要因)として位置づけられるべき問題なのである(なお、多く大企業のある資金調達としてのプロジェクトファイナンスその他の仕組み金融における債権譲渡の場合や、金融機関同士のシンジケートローンにおけるポートフォリオ調整のための債権譲渡の場合などは、一定範囲の当事者に譲渡制限をする必要があり、別論とする。後述のUNCITRAL国際債権譲渡条約も、そのように金融サービス債権を除外したうえで

譲渡禁止特約を無効とする構成を取っている。

この点の理解が、一般には十分でないように見える。その結果、二〇一七年の民法（債権関係）改正では、学者や関係省庁が、表面的に各ステークホルダーの利益バランスを取った法改正をしたと評せざるを得ない状況が生まれている（具体的に言えば、世界の趨勢よりも発注側の大企業が保護されて納入側の中小企業の保護が薄い形になっている）。

以下本稿では、その「変革の時代」の認識の希薄さが、債権譲渡取引の現下の課題の分析の中でどのように明らかになってくるのかを提示してみたい。

4 「事業性融資推進法」と「譲渡担保法」における譲渡制限特約付債権の扱い

この一、二年で、中小企業の資金調達の改善に資すると期待される法律が、二つ制定された。二〇二四年六月一日日に公布された「事業性融資の推進等に関する法律」（以下、「事業性融資推進法」という。二〇二六年五月二五日施行）と、二〇二五年六月六日に公布された「譲渡担保契約及び所有権留保契約に関する法律」（以下、「譲渡担保法」という。公布日から起算して二年六月を超えない範囲で政令に定める日に施行）である。

前者は、会社の総財産を担保の目的とする企業価値担保権というものを創設した法律であるが、かつてのメインバンク制を復活させることにつながるとも言われており、企業経営が危うくなった場合も、メインバンクの支援によって事業継続の確保可能性が高まることも期待されている。また、後者の譲渡担保法は、従来の譲渡担保の明文化という色彩が強く、しかも債権譲渡担保についてはあまり多くの規定が置かれたわけではないが、担保取引のルールと法的根拠の明確化がなされたということではある。

しかし、いずれの新法も、債権譲渡による資金調達の進展のためには、やはり譲渡制限特約の存在が利用の阻

害要因になると指摘されている。

前者の場合、企業価値担保権の設定により、会社の保有する譲渡制限特約付債権もその対象に含まれると解するのが自然であろう。しかしながら、担保権設定者が取引先と締結している契約において、当該契約上の地位や債権に対して譲渡や一切の担保設定を禁止する旨が明示的に定められているような場合には、企業価値担保権の設定により当該契約の義務違反を構成すると整理せざるを得ないことから、当該譲渡制限特約付債権が事業に占める重要性次第では、あらかじめ当該債権の債務者から承諾を得るという対応が必要であろうと懸念されている⁽²⁷⁾。事前に承諾を得ることが企業価値担保権設定の条件となるという考え方もあるかもしれない。

また、譲渡制限特約付債権は後者の譲渡担保法にも適さないとの意見がある。たとえば、理論的には民法債権関係改正の結果、新しい四六六条二項によって譲渡制限特約付債権も譲渡担保の対象となりうることになったといっても、譲渡制限特約付債権を担保取得しても、取立て等の実行の際には、民法四六六条三項によって、第三債務者に履行を拒まれたり、債権譲渡担保権設定者に対して弁済されたり、その他債務を消滅させる事由の主張を対抗されたりする可能性がある。したがって、譲渡制限特約付債権は新法の下でも従前と同様、担保に適さないというのである⁽²⁸⁾。これらの意見はもつともと言わざるを得ないであろう。

そしてわが国では、中小企業が有する売掛代金債権等には、主に売掛先の大企業によって譲渡制限特約が付されていることが多いので、これを担保不適格とすれば、そもそも債権譲渡担保を活用できない状況になってしまう。この傾向は、ことに建設請負業などにおいて高い。

したがって、二つの新法は、こと資金調達のための債権の担保活用に関しては、譲渡制限特約が存在することによって、いわば入り口で立法の効果がそがれてしまう可能性が高い状況である。民法（債権関係）改正で債権譲渡制限特約を温存したこと（しかもそれは後述のように世界の異端の規定である）が、ここまで響いてくるので

ある。

三 債権譲渡禁止特約をめぐる欧米の状況

このような国内法の状況に対して、世界の先進国、米独仏や国連条約の状況はどうであろうか。順次調べてみよう。ちなみに、この三国を選ぶ理由は、①そもそも日本民法の債権譲渡規定は、譲渡禁止特約の規定を除いて、對抗要件の基本構造からフランス民法を継受している、②明治民法典はフランス民法典に存在しなかった譲渡禁止特約をドイツ民法草案を参考に明文化して規定している、③米国は、以上の大陸法系の二カ国と対比させる形でいわゆる英米法系を代表させる、という理由である。以下は前稿（銀行法務21掲載・前掲注（26））に加筆する形で紹介する。

1 米国の場合——UCCによる無効

米国の場合は、従来からUCC（Uniform Commercial Code、統一商事法典）において、債権譲渡禁止特約は無効とされている。その規定は、すでに一九七二年の旧UCC第九編§九―三一八(4)に明示されており、それが二〇〇一年に改正・制定された「改正UCC第九編」によって、現在の§九―四〇六となっている。

UCC第九編（Secured Transactions）は一九五二年に初めて制定されたが、一九七二年に大幅な改正が行われ、その際に§九―三一八(4)が導入された。同条は、「債務者と譲渡人との間の契約において、債権の譲渡または債権に対する担保権の設定を禁止する条項は、効力を有しない」と規定しており、二〇〇一年改正法は、それをより詳細に規定したものである。改正UCC§九―四〇六も、債務者と譲渡人との契約において、債務者と債権

者の間に譲渡を禁止する条項や譲渡の有効性を制限する条項があっても、それは効力がない (ineffective) と明示している (なお、改正前は「担保権の設定を禁じる条項」も無効と明示されていたが、改正後は「譲渡」に関する規定に統合され、担保権設定も譲渡の一形態として扱われるようになった。したがって、担保権者は譲受人と同じ権利を持つとされ、担保権設定を制限する条項も、譲渡制限条項と同様に無効とされる)。

また、改正 UCC § 九・四〇八は、その適用範囲を拡大し、約束手形や知的財産権などの「一般的無形資産 (general intangibles)」に関しても譲渡禁止条項を無効とすることを規定している。この改正 UCC 第九編は、二〇〇一年七月一日に米国のほとんどの州で施行されている⁽²⁹⁾。

さらに特筆すべきは、その後の二〇二二年の改正である⁽³⁰⁾。概略を記せば、これは、新しいデジタル技術に対応するための改正であり、具体的には、UCC に第一二編 (Article 12) を新設し、暗号資産のようなデジタル資産を念頭に置いた「支配可能な電子記録 (Controllable Electronic Record, CER)」という概念と、それによって証明される「支配可能な金銭支払請求権」(Controllable Account, CA) などの概念を導入した。これは、ブロックチェーンを活用して移転される「トークン化された債権」を、従来の UCC の枠組みの中で安全・確実に譲渡・担保設定できるようにするための法整備でもあるのである。これについては、デジタル債権譲渡の對抗要件に関する別稿で詳細に論じる予定であるが、「売却債権等のトークン化」という最先端の論点に米国がいち早く対応したものと言え、日本の債権譲渡法制はさらに「周回遅れ」となった感がある。

2 UNCITRAL 国連国際債権譲渡条約の場合

UNCITRAL (国連国際商取引法委員会) では、一九九五年一月から「国際取引における債権譲渡に関する国連条約」(国連国際債権譲渡条約、英語表記は United Nations Convention on the Assignment of Receivables in

International Trade)の草案作成作業を進め、二〇〇一年十二月に第五六会期国連総会で採択に至った。⁽³²⁾ただし同条約は二〇二六年三月現在で未発効であるが、この条約の九条一項は、ほぼ米国UCCと同様に、譲渡制限特約を無効としている(「譲渡人の債権を譲渡する権利を制限する合意にかかわらず、債権の譲渡は効力を有する」⁽³³⁾)。なお、同条三項(a)では、金融サービスや、建設契約、不動産の売買および賃貸借契約などを適用除外としたうえで、適用対象債権としては物品の供給およびサービス供給契約などが列挙されている(銀行預金債権はもともと四条二項(f)で条約自体の適用対象から除かれている)。

預金債権については、もともと預金担保貸付などで、債権者(預金者)の譲渡を禁じる必要性があり、また、金融サービス債権についても、一定の閉じた世界の当事者間での信用を前提とした資金移動が想定されており、譲渡を禁止ないし制限する合理性も必要があるので、筆者は、日本民法の債権関係改正作業の際にも、このUNCITRAL型の、先に適用除外をしつつ債権譲渡禁止特約の対外効を否定する形態を推奨していた。⁽³⁴⁾

ここでは、後述する日本の法制審議会での議論にも関係するので、UNCITRAL国際債権譲渡の適用除外の仕組みを少し詳しく紹介したい。

同条約は、まず四条で、条約自体からの除外事項を定める。その一項(a)が、「個人的、家族的又は日常的な目的のため個人に対してされる譲渡」すなわちいわゆる純粋な個人レベルの民事債権譲渡である。つまり、元来の民法典が規律すべき債権譲渡は最初から除かれているのである。そして一項(b)では、事業譲渡や営業譲渡の一部として発生する債権譲渡を除外している。さらに同条二項では(a)から(g)までの除外事項が詳細に掲げられ、その(f)が銀行預金債権なのである(その他、外国為替取引から生じる債権、ネットینگ合意によって規律される金融契約から生ずる債権、銀行間の支払システムや金融資産、金融商品の生産および支払システム下の債権、信用状又は独立信用保証の下の債権等が同項で除外されている)。

そのうえで、九条一項で、譲渡制限特約（原文は limiting⁽³⁵⁾なので「制限」特約と訳出する）の無効を規定し、さらに同条三項で、適用される債権を列挙している。訳文を掲げると、

- 3 この条は、次に掲げる債権の譲渡にのみ適用する。
 - (a) 物品又はサービスの供給若しくは賃貸借に関する原契約から生ずる債権であつて、金融サービス、建設工事もしくは不動産の売買又は賃貸借に係る契約を除くもの
 - (b) 工業所有権その他の知的財産権又は営業秘密の売買、賃貸借もしくは使用許諾に関する原契約から生ずる債権
 - (c) クレジットカード取引に係る支払債務を内容とする債権
 - (d) 二以上の当事者が関与するネットティング契約に基づき支払われるべき金額のネット決済により譲渡人に対して支払われるべき債権

である。ここで、金融サービス、建設工事もしくは不動産の売買または賃貸借に係る契約などが除外されている理由は、そもそもの receivables の概念にかかわるのだが、receivables は日本語の「債権」よりも射程が狭く、典型的には、売掛金・サービス対価請求権など、商業取引から発生する金銭債権を指すものである（角紀代恵教授は「受取勘定債権」と訳している⁽³⁶⁾）。そして、金融サービス、建設工事もしくは不動産の売買または賃貸借に係る契約などが除外されている理由については、UNCITRAL 事務局が作成した立法資料 *Receivables Financing - Analytical Commentary on the draft Convention (A/CN.9/489)* のパラグラフ五五では、real estate receivables の適用除外の理由について、「本項の主たる目的は、本条約案が各国の不動産市場を混乱させないようにあることにある。(a)項は、不動産に関する権利の保有者と、不動産の売買または賃貸借から生ずる債権、あ

るいは不動産を担保とする債権を譲り受けた譲受人との間の優先関係に関する紛争について、本条約案が適用されないことを確保するためのものである。この種の紛争は、不動産に関する権利が、その不動産に関連する債権にまで及ぶ場合に生じ得る。例えば、不動産の取得、建設、または建物の改良のために資金を提供する金融機関が、将来その不動産または建物から生じる収益に対する権利を含む抵当権を取得することは通常である。このような金融機関の権利の優先順位は、通常、当該不動産が所在する国の法に従う⁽³⁷⁾などと解説されている。

これらの理由から理解されるように、UNCITRAL国際債権譲渡条約は、条約という（モデル法よりも）各国の利害の調整が難しい形態を選択したことも勘案して、最大公約数的に、定型的な、各国の法制に抵触しにくい、商品の売買代金（売掛金）、サービス提供の対価、ライセンス料、クレジットカード売上債権などに対象を限定したわけである。したがって、それらの債権については、このUNCITRAL国際債権譲渡条約も、米⁽³⁸⁾国UCCと同様に、そして後述のドイツ・フランスと同様に、一律に譲渡制限特約を対外的に無効とすることになる。

3 ドイツの場合

（一）譲渡制限特約ルーツ国の否定的対応

ドイツはわが民法の譲渡制限特約のルーツ国である。周知のように、わが国の明治民法典では、債権譲渡の對抗要件構造などは完全に（ボワソナード旧民法典経由で）フランス民法型を採用したのだが（そもそもドイツ民法典は債権譲渡に對抗要件主義を採用していない⁽³⁹⁾）、その際に梅謙次郎らの起草委員は、日本の国情に合わせるという理由で、ボワソナード旧民法典にも、フランス民法典にもない、譲渡禁止特約の規定を追加した。当時起草委員らは、これが世界のごく少数派であることを認識しており、採用している国が「ないわけではない」として、ドイ

ツ(当時はまだ民法草案)とスイスを挙げていた。⁽⁴⁰⁾

しかし実はドイツでは一九〇〇年のドイツ民法典(BGB)施行後、その三九九条後段に明記された譲渡禁止特約について、かなり早い時期からその濫用が問題視され、とくに、大部分を他人金融などに依存する、製造業を中心とする中小企業が、国や地方公共団体や大企業に有する売掛債権を信用担保のために譲渡することができないという問題が顕著になり、早くも一九三〇年代には、財務省や経済会議所が、可能な限り、譲渡禁止特約の利用を制限することを呼びかけていたという(これらについては、倉重八千代教授が二〇〇九年に発表した詳細な論文がある)⁽⁴¹⁾。

(2) 商法典による譲渡禁止特約の効力制限

冒頭でも触れた倉重論文によれば、ドイツではその後、学説においては譲渡禁止特約について日本法という物権的効力説のような考え方(譲渡禁止特約には第三者効がある)で見解が一致する中で、絶対的効力説(判例・通説)と相対的効力説(有力説)という二つの考え方の争いがあったが、「絶対的無効の立場を貫いてきた多くの判例法理に対し、経済界から、可能な限り資金調達的手段として債権を利用し尽くすという要求が高まり、BGB第三九九条に対する批判がやむことなく噴出することになる」との状況が紹介される(ことに学説の相対的無効説の展開については、一九六〇年代のシヨルツ、七〇年代のヤコプス、八〇年代のデンクやワグナーら、そして九〇年代のカナリスと、詳細に紹介されている)⁽⁴²⁾。

そして、さらに倉重論文によれば、その後、譲渡禁止特約条項については、例えば、GWB(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: 競争制限禁止法)による(独占禁止法的な)規制によって解決する試みや、当時のAGBG(Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen、一九七六年に制定され、二〇〇二年のSchuldrechtsmodernisierung(債務法現代化法)によって廃止されBGB(三〇五条から三一〇条)に統合され

た「一般取引約款（A G B）」規制法⁽⁴³⁾の条文解釈や改正論を通じて、不当条項として効力を制限する試みがなされたという。そして、一九九四年のドイツ商法典H G B改正の三五四a条で、債権発生の原因行為が双方向的商行為であるとき、または債務者が公的主体である場合の金銭債権については、譲渡禁止特約があっても譲渡を有効とするに至るのである。

すなわちドイツでは、結果的には、民法典（B G B）では現在も債権譲渡禁止特約を認める規定を維持しているものの、一方でドイツ商法典（H G B）が、一九九四年に新設し、二〇〇八年に一部追加された三五四a条によって、商人間の取引や、債務者が公法人である場合の譲渡禁止特約の効力を制限しているのである。一九九四年に新設された三五四a条は、「債務者との合意により、ドイツ民法第三九九条に従って金銭債権の譲渡が排除されている場合でも、その債権を生じさせた法律行為が当事者双方にとって商行為であるか、または債務者が公法上の法人または公法上の特別財産である場合には、譲渡はなお有効とする。債務者は従前の債権者に対して弁済することによって免責される。これに反する合意は無効とする。」と明示的に譲渡制限特約の効力制限を定めた。そして二〇〇八年の改正では、若干の修正を加えて、右条文を(1)項として、「(2) 第一項は、債権者が信用制度法に定義される金融機関である貸付契約に基づく債権には適用されない。」としたのである。

つまり、一九九四年改正では、商行為または公法人等の場合は禁止特約があっても譲渡は有効とし、ただし債務者は旧債権者への弁済で免責されることとした。また、二〇〇八年改正前は除外規定がなかったが、改正後には金融機関による貸付債権は除外（譲渡禁止特約が有効）となった。この改正の背景には、明確な企業間取引の円滑化・債権流動化の促進の意図があり、さらに、金融機関の貸付債権については譲渡禁止特約の効力を維持することで信用秩序の保護を図ったと考えられる。

ただここで注意したいのは、二〇一七年の日本民法典債権関係改正でできた民法四六六条の規定が、このドイ

ツ商法典三五四 a 条の規定内容と形式的にかなりの類似性が認められるということと、その意味である。

というのは、より注意を要するのは、ドイツ商法典三五四 a 条の第二文の規定（債務者は従前の債権者に対して弁済することで免責される）は、（一連の議論の末の）一九九四年からのドイツ商法典における、商事金銭債権等に限定した、商事一般法による明確な譲渡禁止特約の対外効否定を、債務者の利益保護を図って調整したものであるのに対し、一方が国の二〇一七年民法改正は、民法典の中で、それまでの絶対的な譲渡禁止特約肯定の状況を弱めつつなお債務者の利益保護を図っているということなのである。形式的な類似性を見るのではなく、実質的にかなり異なる利益調整の実態を見逃してはならない（ただし HGB 354 a 条が第二文の債務者保護規定を（おそらくドイツでの相対的効力説に近寄せて、債務者の善意悪意も問わずに）置いたことで、同条が債権譲渡による資金調達の進展にどれだけ効果があったのか（この債務者保護規定が日本民法の二〇一七年改正と同様に債権譲渡による資金調達を進展させる障害となり、その意味での失敗に終わっているのか）は、ドイツでの統計等で検証する必要がある）。

そしてドイツではさらに最近新たな展開があった（以下はマックス・プランク比較私法・国際私法研究所（Max Planck Institute for Comparative and International Private Law）研究助手のキャロライン・マイヤー氏のご指示によるものである）。ドイツでは譲渡禁止特約を有効とする BGB（民法典）三九九条後半の規定は原則として現在も残り、商事金銭債権等について譲渡禁止特約の対外効を否定する HGB（商法典）三五四 a 条が適用されない場面全てに適用されるのだが、実務上、大企業や公法人は、自身が債務者となる、ひな型による契約の場合、約款に譲渡禁止特約を含む慣行がある（この点は日本でもほぼ同様かもしれない）。ドイツではその慣行は、伝統的判例通説により、債務者と譲渡人の利益衡量をした場合、譲渡人の資金調達利益は債務者の保護利益より弱いため、約款中の譲渡禁止特約は有効であり、譲渡は無効であるとされてきた。⁽⁴⁴⁾しかし約款の問題に限らず、譲渡禁止特約の存在によって多くの中小企業の資金調達の可能性が奪われていると広く指摘された結果、HGB 三五四 a 条に

より、譲渡禁止特約の効力を商事債権等で否定することになったわけだが、商人取引以外の場面でも、譲渡人の債権を処分する利益を認めることができるという観点から、二〇二一年にBGB三〇八条に九号が付され、約款内で付された譲渡禁止特約について、「約款準備者に対する金銭債権を対象とする譲渡」や「約款準備者に対するその他の債権を対象とする譲渡」について「譲渡禁止特約に対する約款準備者の保護すべき利益が存在しない場合、又は相手方の保護すべき利益が存在し、約款準備者の譲渡を禁止する利益より重要とされる場合」にその条項を無効するとされたのである。⁴⁵⁾つまり、BGB（民法典）三九九条後半の規定が、約款規制の観点から一部制限されることになったのである。

これは、消費者法的約款規制の方法で、民法典に置かれている譲渡禁止特約の適用範囲を制限するもので、結局ドイツは、一般法（民法）で定める譲渡禁止特約の規定の適用範囲を、まず商法典で一般商取引上の金銭債権について除外し、さらに約款規制の手法で消費者関係の債権も（金銭債権以外の債権も含めて、利益較量的判断を入れつつ）除外して、一般法の譲渡禁止特約の適用範囲を順次狭めているわけである。

この結果、民法典で譲渡制限特約の規定を温存し、しかも債権の種類による除外規定なども持たない日本法は、さらに世界の潮流から後れを取ったことになる。

4 フランスの場合

（Ⅰ）債権の非譲渡性合意概念の不存在

これに對して、日本の債権譲渡の基本構造としての對抗要件規定のルールであるフランスでは、ドイツと異なり、そもそも近代民法典制定の最初（一八〇四年民法典制定）から、債権の譲渡性を合意で制限する発想がなかったようである。いわゆる古典的な民法体系書でも、譲渡禁止特約に関する記述は見出せない。その傾向は一九

九〇年代くらいまで続き、フランス法において債権の契約上の非譲渡性 (inaccessibilité conventionnelle) を規律する法的規定は存在していなかったし、学説および判例もこの問題をほとんど取り上げていなかったようである。ようやく二〇〇〇年代になって、破毀院商事部に譲渡禁止特約を無効とする判決⁴⁶⁾が出されたのを契機に学説から批判がなされ、二〇一六年の民法改正で新民法典一三二一条四項が譲渡禁止特約も結べる形の規定を置くことになるのであるが、本稿で以下に述べるように、フランスではすでに商法典が二〇〇一年から、一般商事取引の債権について譲渡禁止特約を無効とする明文規定を置くようになっていたので、新民法典の規定の実務的意味は大きくないようである。

(2) ダイイ法による譲渡についての譲渡禁止条項無効

ただ、フランスでは、実務に定着し、民法学の教科書でも大きく取り上げられているのは、ダイイ法である。フランス民法典の債権譲渡に関する原初規定(二六九〇条)の對抗要件の手続き(通知は執達吏による送達、承諾は公正証書による承諾)が過重であったため、企業の資金調達円滑化を目的に、一九八一年にダイイ法という法律を作り(ダイイは法案提出者の名前)、債権の迅速な譲渡・資金化を可能にする制度を創設した。⁴⁷⁾

この制度では、企業等が保有する「職業債権」(créances professionnelles)を銀行に譲渡する際、「特定の様式を満たした譲渡証書 (bordereau)」を作成し、それに銀行が日付を記入することで第三者對抗要件も債務者権利行使要件も具備されるというものである。現在はフランス通貨金融法典 (Code monétaire et financier) のL三三三・L三三三・L三三三・L三五条に規定されている。ここである「職業債権」とは、企業やその他の事業者がその営業活動に関連して保有する金銭債権を指し、物品・サービスの売掛金債権、請負代金債権、リース料やフランチャイズ料などの債権がすべて含まれる。そして、このダイイ法による債権譲渡は、譲渡制限の特約を付けても譲渡を妨げられないというのが判例の態度なのである(破毀院商事部二〇一七年一〇月一日。学説は一部に反対もあ

る。⁽⁴⁸⁾

そしてようやく二〇〇〇年代に入ったところから、学説では、契約自由の観点から譲渡制限条項の効力を肯定するものもあらわれてきた。そして、二〇一六年の民法改正において、譲渡制限条項も認められるような表現が民法に入った(二〇一六年改正民法一三二条四項)。ただこれに対しても、特別な評価は見られず、改正後に出版されたフランスの代表的な債権法の体系書でも、譲渡制限特約に関する記述はわずかしは見られない。⁽⁴⁹⁾これは、日本の現状と非常にかけ離れた状況といえる。

(3) 商法典による商事債権の譲渡禁止無効

さらにフランスでは、二〇〇一年以降、商法典で、事業者と契約相手との間における譲渡禁止条項を絶対的に無効とする規定を設けていた。そしてこの規定は、二〇一九年に一度削除されたものの二〇二〇年一月三日制定の法律で商法典に再導入されている。⁽⁵⁰⁾その経緯は以下のようなものである。

二〇〇一年から二〇一九年までの間に施行されていた商法典L四四二―六条のIIは、以下のように定めていた。「生産者、商人、工業者または職人に対して、次のような可能性を定める条項または契約は無効とする。(中略)(c) 契約当事者が保有する債権を第三者に譲渡することを禁止すること」。

ただ、二〇一九年四月二四日付の政令により、この規定はいったん商法典から削除されたのだが、その後すぐに、二〇二〇年一月三日制定の法律により、旧商法典L四四二―六条に定められていた無効規定が新しい商法典L四四二―三条(c)として復活する。再導入された新しい商法典L四四二―三条によれば、

「生産、流通またはサービス活動を営むすべての者に対して、次のような可能性を定める条項または契約は無効とする。(中略)(c) 契約当事者が保有する債権を第三者に譲渡することを禁止すること」。

この条文の文言は旧第L四四二―六条II(c)とほぼ同一である。

この規定の商法典の中の位置づけについて、少し説明を加える必要があろう。この新L四四二―三条は、第IV編…価格と競争、第IV部…透明性と競争制限的慣行、第二章…企業間の不正な商慣行、第一節…競争制限的慣行(L四四二条―一からL四四二条―八まで)、という構造で、商業債権の譲渡禁止特約の無効は、「競争制限的慣行」を規制する条文として(日本で言えば独占禁止法などの競争法の観点で)規定されている。これは、得津晶教授などの研究で明らかにされている通り、フランスでは、商法典に「不正競争法や会社更生法、商事裁判管轄に該当する事項や商業使用人への労働者保護的規制など、日本法の視点からは講学上の「商法」にとどまらない事項が含まれている」⁽⁵⁾からである。

なお、二〇一九年の改正前の旧L四四二―六条のIは、以下のような行為を禁止していた。①一方的な契約解除や条件変更、②不当な経済的従属の濫用、そして③取引関係における著しい不均衡をもたらす条項の設定、等である。二〇一九年の改正により、L四四二―六条は再構成され、現在はL四四二―一条〜L四四二―四条に分割されている。つまり、フランス商法典(独占禁止法の内容も含む)は、EU競争法も受ける形で、日本という独占禁止法や下請法(取適法)にあたる内容を規定しているのである(日本の独占禁止法との比較ではL四二〇―一条、L四二〇―二条など)。

要するに、問題は、中小事業者(フランス改正商法の表現では、「生産、流通またはサービス活動を営むすべての者」)の債権の譲渡を禁じたり制限したりすることが、いわば彼らの適正な競争力を不当に制限するという認識なのである。フランス商法典は、まさにその観点から、債権の譲渡性を奪うことを明文で禁じているのである。もともと、この新L四四二―三条が含まれる競争制限的慣行の節(L四四二条―一からL四四二条―八まで)は、

「競争制限的慣行」とのタイトルではあるが、その冒頭の「四四二条」一は、わが国の学説にいわゆる「包括的不当条項規制」の内容とされる⁽⁵²⁾（しかし得津教授はこの点についても、フランス法の特色として「フランス商法典中の「競争法」は、市場における反競争法的行為を規制するいわば狭義の競争法に属する規律事項のほか、市場の反競争性とは直接の関係のない透明性の欠如する取引・制限的な取引を規制する規律をも有する」と説明している⁽⁵³⁾）。

それゆえ、譲渡禁止特約の禁止（無効）は、学理的に狭義の「反競争法的行為」に当たらず「不当条項規制」に分類されるものであるとしても、フランス商法典が規制する内容になっている事実の意義は変わらないと言ってよいだろう。

5 小括

以上の考察から、米仏独はそろって、もう四半世紀も前から、それぞれ商法典で（しかも明瞭な規定で）譲渡禁止特約を無効ないし大幅に制限していることがわかった。これは何を意味するのか。

本稿冒頭でも述べたとおり、今日の資金調達のための債権譲渡は、大部分が企業や個人経営者の商業上の債権ないし職業的債権を用いてなされるのであり、本来、民法上の債権譲渡は、商事法に規定を置けば、個人間の売買や金銭貸借等に基づく債権に関する、ごくわずかの債権譲渡に限定されるはずなのである。そして、その商業上の債権ないし職業的債権については、米独仏共に、明瞭に譲渡禁止（制限）特約の対外効を否定したり、特約の設定自体を禁じてきたわけである。つまり、世界の主要国では（少なくとも米独仏の三国では、ドイツの方式に多少の懸念はあるものの）一般商事金銭債権の資金調達活用には支障のない状況ができあがっている。しかも、フランスでは、商業債権の譲渡を禁じたり制限したりすることが、事業者の適正な競争力を不当に制限するとう認識にまで至っていることを繰り返したい。

四 日本の現状の再確認

それでは、改めて日本の現状を見てみよう。

わが国では、商法などに債権譲渡の規定がなく、債権譲渡法制を民法（およびその特例法）が一手に引き受けている。諸外国の例に引き比べると、やはりここに決定的な時代遅れの欠陥があるのではないか。たとえば親族間の債権譲渡であれば、個々の事情で譲渡禁止（制限）特約を付すことに合理性が認められる場合もあるが、一般商事債権の場合、それを資金調達に生かせるかどうかは、ことに中小企業者にとっては死活問題になるのである。やはり、譲渡制限特約と第三者対抗要件たる確定日付（日本では民法施行法が限定列挙している。公証人や郵便認証司に付与権限を限定しているのである。債権譲渡登記についても東京法務局へのデータ預託の形になるので、いずれも一連の電子契約スキームでは完結できない）が、日本の中小企業の資金調達を阻害しているといつてよい（なお、経済産業省が作った産業競争力適正化法では、第三者対抗要件の簡易化が図られているが、認証業者のデジタル的取扱いを認定する形であって、一般の債権譲渡に広く用いられるかは疑問であり、二〇二六年段階でも、認証業者は現れているが、実務的には実証実験の域を出ていないように見える）。

旧下請法から変わって二〇二六年一月一日に施行となった新しい「中小受託取引適正化法」（取適法）は、支払期日の短縮、現金払いの徹底や、一方的な代金決定の禁止などをうたっているものの、債権譲渡制限特約についての言及はない。民法典（およびその対抗要件の特例を規定する動産債権譲渡特例法と産業競争力適正化法）以外に債権譲渡を規律する法律がないという、わが国の特殊状況は変わっていない。

もっとも、他に、努力目標的に譲渡制限特約を謙抑的にすべきという行政指導などはないわけではない。前掲注（7）の高橋論文（上）は、下請中小企業振興法（改正により受託中小企業振興法）三条一項の規定に基づく

「振興基準」（中小企業庁）の第8「受託取引の機会の創出の促進その他受託中小企業の振興のため必要な事項」の4「報酬債権、売掛債権その他の債権の譲渡の円滑化」(1)を挙げている。⁽⁵⁴⁾それは以下のようなものである。

「4 報酬債権、売掛債権その他の債権の譲渡の円滑化 (1) 中小受託事業者にとって、債権譲渡禁止特約は金融機関への担保提供又は債権譲渡による資金調達の妨げとなることから、中小受託事業者の円滑な資金調達を推進するため、委託事業者は、中小受託事業者との間における基本契約の締結の際に債権譲渡禁止特約を締結する場合であっても、信用保証協会、預金保険法（昭和四十六年法律第三四号）第二条第一項に規定する金融機関等並びに委託事業者及び中小受託事業者双方で適切と確認した相手先に対しては、債権の譲渡又は担保提供を禁じない内容とするよう努めるものとする。

(2) 委託事業者は、中小受託事業者から、報酬債権、売掛債権その他の債権の譲渡又は担保提供のために、基本契約等において締結された債権譲渡禁止特約の解除の申出があつた場合には、当該申出を十分尊重して対応するとともに、当該申出を理由として不当に取引の条件又は実施について不利な取扱いをしないものとする。

(3) 委託事業者は、債権譲渡禁止特約を解除していない場合であっても、中小受託事業者からの要請に応じ、報酬債権、売掛債権その他の債権の譲渡の承諾（対抗要件の具備）に適切に応じるよう努めるものとする。」

本稿の観点からすれば、まさに適切な説示である。しかしこれは、そもそもが法律ではなく、法律の規定に基づく「基準」として努力義務を示すものであり、もともと法律のような強制力がない。どこまで認知されているかも不明である。また当然ながら、例えば譲受人にとつての譲渡制限特約の有無の調査の必要性などは残る。結局、二〇一七年民法改正で譲渡制限特約を無効としておけば（あるいは商事関係の特別法で譲渡制限特約の明瞭な否定を規定していれば）解決した問題が、このような形で表れているのである。

もう一つ例を挙げれば、経済産業省の「令和七年度委託契約書フォーマット（概算契約）」の一〇条（債権譲渡

の禁止)は、次のように定めている。

「(債権譲渡の禁止) 第九条 乙は、本契約によって生じる権利の全部又は一部を甲の承諾を得ずに、第三者に譲渡し、又は承継させてはならない。ただし、信用保証協会、資産の流動化に関する法律(平成一〇年法律第一〇五号)第二条第三項に規定する特定目的会社又は中小企業信用保険法施行令(昭和二五年政令第三五〇号)第一条の三に規定する金融機関に対して債権を譲渡する場合にあつては、この限りでない。(二項省略)」

要するにこれは、経済産業省の示している債権譲渡契約書のひな型であるが、一項では、譲渡禁止の特約条項を付ける場合でも、信用保証協会、資産流動化法に規定する特定目的会社または中小企業信用保険法施行令に規定する金融機関に対して債権を譲渡する場合は例外とするという契約条項を指導するものであつて、これまた法的強制力があるものではないし、中小企業の資金調達支援だけでなく、経済産業省の主管する、大企業も含めた企業の資金調達手法に抵触しないような契約条項を勧奨するものである。要するに、民法典の譲渡制限特約の存在を前提に、官庁がその不適切さを少なくする指導を行っているわけである。

ただこれらは、先に掲げた諸外国の例でいえば、すでに一九三〇年代のドイツで財務省や経済会議所が行っていた勧奨と結局同じことではないのか。このような勧奨では、実際の十分な効果が望めないだけでなく、結局、「ルール」として譲渡制限特約が残れば、譲受人(融資者)は担保評価などを敬遠し、別稿で論じる予定の、現代における債権譲渡のデジタル化を阻害する「契約の外部的要因」があり続けることになる。日本は、明治時代にドイツ民法草案を真似て、フランス民法典にもボワソナード旧民法典にも存在しなかった譲渡禁止特約を取り込んで、現代までいわばそれを維持・固執して、結局、中小企業の債権譲渡による資金調達という面では先進諸

国の中でかなり引き離された後方を走ることになったといえないだろうか。

なお、高橋恒夫氏は、前掲の論考で、四六六条三項によって弁済が拒まれる場合というのは、債務者の資力不足の場合と重なる部分が大きいとして、あまり特別視せず、譲渡制限特約付債権の適格担保化を承認すべきと主張するのであるが、立法関係者が説いている四六六条三項の趣旨は、後述するように債務者の「支払先固定の利益」の保護である⁽⁵⁵⁾。ということは、この立法が、結局弁済資力は十分にある大企業の事務処理負担が増えないようにする配慮であり、つまり、資力があっても譲受人に払わず元債権者である譲渡人に支払うなどの行動をして、担保権者に余計な手間をかけさせたり結局担保権者が回収できなかつたりする結果を招くので、それで担保不適格と考えざるを得ないと評されているのであるから、譲渡制限特約付債権の適格担保化を承認すべきとする主張は、理論上は（四六六条二項の新設によって）承認されとしても、現実の浸透はなかなか難しいように思われる。

五 課題解決の方向性

1 実務レベルの打開策

では、日本での打開策はどこにあるのか。ここではまず、実務的な打開策を考えよう（立法的・根本的な改善策は後述する）。日本民法典は、二〇一七年改正においても、債権譲渡制限特約の効力を弱めたとはいえ、その効力を法的に承認・温存してしまったわけであるから、コンプライアンス（法令遵守）の観点からは債権譲渡制限特約の設定を否定することは難しい。

そうすると、資力のある大企業に債権譲渡制限特約の設定を避けさせるためには、法令遵守を超えた、倫理的・社会的責任に基づく企業行動を要請することが必要となるように思われる。つまり、コンプライアンスより

は企業のガバナンスの問題というか、「社会の持続可能性を考えた企業倫理（ビジネス・エシックス）やレピュテーション・リスクを踏まえた行動規範の実践」を要請するということである。譲渡制限特約の設定が、納入企業の競争力（資金調達力）を不当に奪う行為なのであるという認識を取引社会に浸透させるべきである。

たとえば、どの企業が、必ずしも必要でないと思われる譲渡制限特約を付す行動をしているのかを、一定の認証を受けた団体などが調査して何らかの形で公表するなどということは、現代社会で許容されない行為であろうか。SNSなどでの害意をもった顧客の企業攻撃などが問題になる昨今であるが、そのようなものとははっきりと一線を画して、「企業の持続可能社会創造への貢献度」を評価する評価基準を、できれば産官学協働で作成し、その中にこの「商業上の債権に関する譲渡制限特約付与の有無」という評価項目を入れるのである。現下の立法状況の下で、法改正を待たずにできる打開策として、このような「創意工夫」を提案したい。

2 実務対応としての課題の提示

以下は、前稿で摘示した、（実務家の読者を想定して書いた）今後検討を深めるべき課題を再録する。

①安易に債権譲渡制限特約を付すことは、世界的に見ても納入債権者の資金調達手段を不当に奪う行為であって、国内法の取適法（旧下請法）の趣旨からしても不適切と言わざるを得ない。ことに（預金債権や仕組み金融債権などは別として）一般の商取引における売掛債権、請負債権、役務提供債権等については、大企業は、企業ガバナンスの観点からも（すなわち企業イメージの悪化防止の観点からも）支払債務者の立場での譲渡制限特約の付与を自省し自制すべきものである。その認識の共有・浸透を図る必要がある。

②それを前提にしつつ立法課題を挙げれば、やはり今日の債権譲渡取引の整序を民法典だけが引き受ける我が国の状況は無理があり、米仏独に見られるように、圧倒的多数を占める商取引に関する債権譲渡については、商

事基本法での整序が必要と思われる。

③それでもなお、現下の法律のもとで、中小企業の債権譲渡担保等による資金調達の道を拡大し、確保していく必要があることは疑いがなく、これまでの民法学における債権譲渡論は、金融法学、経営学、企業論、さらにはデジタルトラスト論などを取り込んだ、筆者の提唱する「ビジネス法務学」⁽⁵⁶⁾の重要課題として把握され発展していく必要がある。

④さらに敷衍すれば、これからの民法学者は、現行規定の解釈論に耽溺するのではなく、企業等の実務と協力し、現行規定の枠組の中でも、「持続可能社会」を実現するための具体的方策を考えていくべきである。そして、官公庁とも連携して共同研究（従来型の審議会発言のようなものではない）を行い、取引社会の現場での課題が見出せたなら、積極的に立法・行政に関する発信もしていくべきであろう。

新時代の民法学ないし民事法学は、解釈学ではなく課題解決学として、「持続可能社会」の実現に資する学問となるべきであり、それが私の提唱する「ビジネス法務学」の目標にもなると考える。本稿の扱った債権譲渡制限特約は、その「とりかかり」となる課題であると述べておこう。

以上が前稿に示した、実務対応のとりあえずの結論であった。以下本稿では、民法学者や立法当局を意識して議論を敷衍したい。

六 「弁済先固定の利益」の再検討

1 「弁済先固定の利益」という用語の誕生

実務的な解決策の検討だけでは、旧来の法解釈学者には、よそ事と思われる可能性がある。したがって、本稿

では、解釈学の土俵も意識して以下の論証を加えたい。

そもそも、改正法四六六条三項の立論を支える「弁済先固定の利益」なる概念ないし用語は、いつ、どのように誕生したのか。少なくともこの表現は二〇一七年民法（債権関係）改正以前には日本民法学の世界でも定着した用語として使われてはいない。民法改正作業の中で（いわば譲渡禁止（制限）特約の維持を正当化するために）誕生している新用語である。

調べてみると、「弁済先固定の利益」が用語として固まってくるのは法制審議会における民法改正作業の中途段階であるようである。しかしその趣旨は改正作業の初期の段階から論じられていたことが明らかになる。

つまり、二〇一〇～二〇一三年の議事録には、複数の委員から、実務の実態として「特定の相手に支払いたいという取引慣行」が何回か指摘されているが、それらは、部会資料としては、平成二三（二〇一一）年三月八日第二五回会議の部会資料25「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理のたたき台⁽¹⁾⁽²⁾」【改訂版】には表れておらず、平成二四（二〇一二）年四月一七日第四五回会議の部会資料37「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討⁽⁹⁾」の三頁（補足説明）になって、「他方、譲渡禁止特約は、弁済の相手方を固定するという債権者の利益を保護するために付されるものであり、実務上、重要な役割を果たしているということも指摘されている（参考資料6-2、7-2参照）。以上のような状況を踏まえると、譲渡禁止特約の効力の見直しに当たっては、弁済の相手方を固定するという債権者の利益に配慮しつつ、資金調達の可能性を阻害しないために、譲渡禁止特約を第三者に対抗することができるという効力を制限することの当否が検討課題となると考えられる。」（傍点筆者）という表現が見出せる。このあたりで「弁済先固定の利益」という表現が固まってきたようである（またこの部会資料37の四頁には、「甲案又は乙案の考え方を採用する場合には、これまで譲渡禁止特約によって保護されてきたと言われる債務者の利益について、別途保護する規定を設けることの要否を検討することが必要となる。このよう

な債務者の利益としては、具体的に、①譲渡に伴う事務手続の煩雑化の回避、②過誤払の危険の回避及び③相殺の期待の確保といった点が挙げられている。」という記述も見出せる。

そして、改正法案提出段階の法務省民事局の「民法（債権関係）の改正に関する説明資料―主な改正事項―」二八頁「債権譲渡に関する見直し（債権の譲渡制限特約）」では、現行法（改正前）では譲渡禁止特約は「債務者にとつては弁済の相手方を固定するために重要」とし、改正法では「弁済の相手方を固定することへの債務者の期待を形を変えて保護」「債務者は、基本的に譲渡人（元の債権者）に対する弁済等をもって譲受人に対抗することができる（免責される）」と表現している。その後、たとえば二〇一七年の内閣府規制改革推進会議資料（法務省民事局）にも、同じく「弁済の相手方を固定することへの債務者の期待を形を変えて保護」という表現が見出された。したがって、とりあえず調査の結論としては、法案の形成段階で、法務省が整理語・説明語として「弁済先固定の利益」を導入したと言えるのかもしれない。

しかし、ここで注意すべきは、法務省サイドは最終的に、『一問一答』などの解説書の中でも、「弁済先固定の利益」という定型語を用いてはいないということである。つまり、「弁済先固定の利益」という表現は、現在学者の論文などで頻繁に使われているが（前掲注（18）・和田論文等参照）、『一問一答』では、「譲渡制限特約を付すことにより、弁済の相手方を固定し、これによって、見知らぬ第三者との取引を強いられるといった事態を防止しようという債務者の期待は、その限度では合理的なものであるが、これは新法の中でも引き続き保護されている」と表現されている⁽⁵⁷⁾。これは、学者側が気を付けるべきことで、「弁済先固定の利益」といえば、一種の保護法益という語感があるが、それが独り歩きするのは危険であるということである。法務省サイドも、債務者の「期待」と慎重に表現しているのかもしれない。しかし、それはそれで、「弁済先固定の利益」が、単なる説明語であって、十分な強さを持った「保護法益」を意味するものではない、ということをいみじくも示している、と

も考えられよう(つまり、力関係において強い大企業等の債務者が、事務処理の煩雑化を避ける目的や反社会勢力とかわりを持ちたくないという理由などで譲渡制限特約を付け、その結果中小企業の資金調達の可能性を封じることが、現代社会においてどれだけ保護法益として認められるべきか、ということである)。

ただ、ここでは用語の成り立ちの調査に特化するよりも、そもそも法制審議会民法部会での債権譲渡禁止(制限)特約の議論の始まりから精査して見る必要がある。以下は各委員・幹事等の発言をなるべく議事録の原文のまま再現して、詳細に検討してみたい。

2 法制審議会部会の議論の精査

債権譲渡が具体的に法制審議会部会で議論された最初は、平成二二(二〇一〇)年四月一三日の第七回会議である。⁽⁵⁸⁾当日の部会資料9-1と、それに基づいて行われたこの第七回会議の議事録を読むと、すでにこの段階で事務局は、最終的に四六六条二項になる、譲渡禁止特約付債権の譲渡も有効として債権譲渡の円滑化を図る意図と、最終的に四六六条三項になる、譲渡禁止特約の有効性も一定条件で維持する意図を二つながら持った、折衷案を想定していたことがわかる(この段階では、「譲渡制限特約」の語はまだ使われていない)。また出席各委員の間では、譲渡禁止特約の賛否(強弱)両論の必要な意見はほぼこの段階で出そろっている。ただし本稿が論じる米独仏の立法状況(一般商事取引債権を商法に切り分けて譲渡禁止特約を無効にする)については、どの委員からも全く触れられていないことに注意したい。

また、事務局提案は、後にこの民法(債権関係)改正が全体的に「学理的」と批判される通り、ここでもまず譲渡禁止特約を「相対的効力説にするか絶対的効力説にするか」という論点から意見を求めている(ほぼ従来の債権的効力説と物権的効力説に当たるのだがそれを意図的に言い換えている。後掲の内田委員発言参照)、複数の委員か

ら、まず具体的・各論的な検討から入るべきと批判されている。これは事務局原案作成サイドの実務感覚の薄さを象徴する審議開始と言えるし、大事なことは、そもそも事務局は当初から、相対的効力説にせよ絶対的効力説にせよ、譲渡禁止特約の存在が前提で、譲渡禁止特約を全面的に否定する選択肢は持っていなかったということなのである。

分析に当たっては、第七回審議の最初の方にある、中井（康之）委員（弁護士）の意見がまとまっていて引用に適切と思われるので、そのまま掲記しよう。

「○中井委員 この譲渡禁止特約について弁護士会の意見を広く聞いてみると、正反対の方向からの意見が出ております。差し当たって、最初に現行法を維持する方向での意見を御紹介させていただきたいと思えます。

基本的に金銭債権を想定して議論をするわけですが、譲渡禁止特約以前の問題として、債権者と債務者との何らかの原因関係によって発生した債権が、それほど言われるように自由な譲渡が認められてよいのか。債務者にとって、だれに払うのかということについては、深い関心を持っている。単純な貸付債権であっても、貸付人が変わる、優良なA銀行だったものが、途端にある取立屋に回るということについては、債務者にとっては重大な関心事で、現に、現行法でもサービサーに関しては、しかるべき法規制がなされている。そういうことも考えますと、いったん成立した債権債務関係について、それがたとえ金銭債権だからといって、債務者の知らないところで全く自由に譲渡される、それが資金調達の必要性から正当化できるのか、疑問のあるところです。

債務者にとっては、部会資料にあるとおり、相殺期待、事務処理の問題、過誤払いの問題とか、債権譲渡禁止特約に一定の合理性が認められているわけです。その一定の合理性をもとに、債権者と債務者との間でいったん譲渡はしないという合意をしたにもかかわらず、その合意を債権者が意図的に破って、それを第三者に譲渡する、これを正面から有効とすることについて、違和感があるという意見です。

今専ら言われていることが資金調達の問題になるわけです。本日、机上配布された意見書では、資産の流動化、債権の流動化については必要性があつて、それが阻害されるようなシステムはできるだけなくす方向での意見と伺いました。実務において、そのような流動化が行われて、それが資金調達に使われ、企業にとって必要な資金が補給されているという事実があるのだらうと思いますが、本件禁止特約によって、それが実態としてそれほど阻害をされているのか、必ずしも弁護士会の中でも認識を共通にすることができません。そうだとすれば、今回このような特約についての効力を変更するという判断をするのであれば、もう少しこの禁止特約がどのような役割を果たしているのか、この禁止特約があることによってどのような資金調達に阻害が生じているのか、これを相対的有効説にすることによってどのようなメリットが現実にあるのか。もう少し実態的な調査、ヒアリングというのでしょうか、本日提出された意見書は、そういう意味では貴重なものですが、そのあたりを尽くしていただきたいと思います。

更にあと一点ですが、相対的な効力を採ったときの弊害として、これは譲渡人に倒産手続が開始したときにどのような取扱いをするのかという議論のところで申し上げるべきことかもしれませんが、恐らく禁止特約があるにもかかわらず、資金化が要求される場面というのは、正に危機時期であるように思われます。危機時期、つまり譲渡人における資金調達が苦しくなっている時期に往々にして行われる。このとき相対的効力説を採り、かつ倒産手続においてその効力の主張ができない、という構成をとったときには、当然、譲受人側が譲渡人に倒産手続を開始しても回収できる、債権を正当に主張できることになるわけですけれども、それは倒産時における流動財産、売掛金等をほとんど無にするに等しい結果を生む可能性が高い。これは、先ほど新谷委員が説明されましたように、倒産時において売掛金債権等が倒産財団にほとんど残らないという結果を生み出す可能性についてどう考えるのか。それは企業が生き延びるために必要な資金調達だったから積極的に容認し、それによって企業が再生すればよいではないかという判断と、それを危機時期に進めることによって、いざ倒産したときには財産が何も残らずに、労働債権さえも保護されかねないという事態が果たしてよろしいのか。このあたりも慎重に検討していただきたいと思います。」

中井委員は、弁護士会でも「正反対の方向からの意見」が出ているということを前提にしつつ、最初に「現行法を維持する方向での意見」を紹介しているわけであるが、ここで、まさに弁済先固定の利益にあたる意見が紹介されている。事務局が準備した部会資料にある、相殺期待、事務処理の問題、過誤払いの問題とならんで、債権者の認識として、「譲渡禁止特約以前の問題として、債権者と債務者との何らかの原因関係によって発生した債権が、それほど言われるように自由な譲渡が認められてよいのか」という考え方が紹介されている。しかし、「債務者にとつては、だれに払うのかということについては、深い関心を持つている。単純な貸付債権であつても、貸付人が変わる、優良なA銀行だったものが、途端にある取立屋に回るということについては、債務者にとつては重大な関心事」という議論は、実は明治民法制定時の明治二八（一八九五）年の議論と全く同じなのである（当時の磯部四郎委員が適切に反論して、しかも資金調達の例を出して、譲渡禁止特約の規定削除の修正案を提出している⁽⁵⁹⁾）。日本では、（世界の民法典の中で譲渡禁止特約を定めるのはごく少数ということを確認しつつ譲渡禁止特約を明定して以来の）こういう「風土」が確立していることが示されている。

また中井委員は、「実務において、そのような流動化が行われて、それが資金調達に使われ、企業にとつて必要な資金が補給されているという事実があるのだらうと思いますが、本件禁止特約によつて、それが実態としてどれほど阻害をされているのか、必ずしも弁護士会の中でも認識を共通にすることができません」と述べて、弁護士会でも資金調達実務の実態について必ずしも詳しくないと認めた発言をしているが、大事なのは、この第七回審議の開始時に席上配布された流動化・証券化協議会の意見書のような大企業の資金調達の問題だけでなく、それ以上に中小企業の資金調達の問題なのだという視点が落ちているところである。確かに、「今回このような特約についての効力を変更するという判断をするのであれば、もう少しこの禁止特約がどのような役割を果たしているのか、この禁止特約があることによつてどのような資金調達に阻害が生じているのか、これを相対的有効

説にすることによってどのようなメリットが現実にあるのか。もう少し実態的な調査、ヒアリングというのでしょうか、本日提出された意見書は、そういう意味では貴重なものですが、そのあたりを尽くしていただきたいと思います」という発言は、私見の提唱している行動立法学の主張（立法前に十分なシミュレーションをして、「使われる法律」を作る）に合致するものなのであるが、その後の、「相対的な効力を採ったときの弊害として、これは譲渡人に倒産手続が開始したときにどのような取扱いをするのかという議論のところでも申し上げるべきことかもしれないませんが、恐らく禁止特約があるにもかかわらず、資金化が要求される場面というのは、正に危機時期であるように思われます」という点も、我々の認識と異なる。「禁止特約があるにもかかわらず、資金化が要求される場面というのは、正に危機時期」のではなく、中小事業者は、危機時期ではなくほとんど常に、運転資金の確保のために、売掛債権等の一日も早い資金化を求めている、しかし多くの売掛債権等に発注側大企業による譲渡禁止特約が付けられていて、資金化のための譲渡ができない、というのが問題の核心なのである。倒産時期になつての問題ではなく、日常の事業継続の問題なのである。

弁護士会の認識も、倒産時期になつてからの弁護士業務が多いためなのか、日常の中小事業者の資金繰りについでに認識がいささか弱いのではなからうか（倒産業務の多い弁護士と（大企業の）資金調達業務の多い弁護士との意見の対立もよく耳にするところではあるが）。

ただ中井委員の発言に続いての三上（徹）委員（金融機関）の発言は、「一般的に譲渡禁止特約が使われている場面というのは、資料にもありますように、だれが債権者かわると困る弱い債権者保護という場面で利用されているというよりは、強い立場の債務者が勝手に債権者が変わらないように支払の便宜のために使っている場合が多いという現状を前提にした話になるわけですが」と、（私見の立場からみれば）正しく問題を把握している。つまり、三上委員は、力関係で強い立場の発注側債務者が、支払いの便宜のために半ば恣意的に譲渡禁止特約を

付けているのが問題であって、「だれが債権者か変わると困る」というのは「弱い債務者保護」（文脈からしてもちろん、「弱い債務者」という意味ではなく「債務者保護として弱い」という意味）と位置付けているのである。

そして三上委員は、流動化の観点から、「流動化を進める方の立場からは、相対的効力であれ何であれ、譲渡禁止特約が付いているものは流動化の対象にはできないと言われます」と指摘し、「それをそのまま流動化の対象にしますと、当事者間では譲渡禁止特約違反には違いないわけですし、最後の返済の場合で資金繰りに困る結果になれば、それはエージェントなりデューデリジェンスをやった者の善管注意義務違反の問題にもなるので、結局、相対的効力にしたからといって債権流動化が大きく進展するとは思えないという意見もございました」と、最終立法段階でも論じられた問題をここで提起している。

さらに三上委員は、「銀行内でも譲渡禁止特約に関しては意見が二分されているという状況にあるわけですが、その一つの原因として、資料の四ページにも言及があるんですが、売掛債権を流動化する場合と預金債権が譲渡される場面とは同じ債権譲渡でも考えている要素が違っており、しかも預金債権というものがかなり大きな束として存在するものですから、これがこの問題を複雑にしているという点は確かにあると思います」と、債権譲渡の多様性を指摘している。これも適切かつ重要な指摘である。

さらに、「預金債権につきましては、少なくとも流動性預金に関しては、債権の譲渡なのか契約上の地位の譲渡なのか不明な点、あるいは残高が常々変わるところ、どの部分が譲渡されたのかの特定など非常に複雑な問題が発生しますし、定期性預金も含めまして預金全般に関してはマネーロンダリング規制がありまして、本人確認を受けない譲受人に対して支払うわけにいかないといったような問題もありますので、預金債権異質論といえますか、別扱いになれば、銀行界の意見は収束するようにも思います」と述べるが、これは銀行側の委員の発言としては当然のものである（ただし後述参照）。

そして、「譲渡禁止特約の第三者効を一律にないことにして一定の範囲にだけ有効とする規制がよいのか、あるいは資料にもありますように、一定の範囲の債権についてのみは譲渡禁止特約の第三者効を否定する方がよいのかは別として、債権の属性により規制を分けるという考え方も有力な選択肢になると思います」とされるのである。

実はこの発言は（全く追隨者はなかったものの）非常に重要である。実際、日本ではこの預貯金債権の別扱いは、結果的に最終段階で実現して四六六条の五になるのだが、三上委員は、「譲渡禁止特約の第三者効を一律にないことにして一定の範囲にだけ有効とする規制がよいのか、あるいは資料にもありますように、一定の範囲の債権についてのみは譲渡禁止特約の第三者効を否定する方がよいのかは別として、債権の属性により規制を分けるという考え方」と言っているのであって、いずれの形になっても、譲渡禁止特約の第三者効が無効となる状況がある想定をした発言をしているのである。これは、例えば（私見が推奨していた）UNCITRAL型の適用除外の仕方なのである。つまり、UNCITRAL国際債権譲渡条約では、本稿で前述したとおり、金融サービス債権等を除外したうえで、一般の売掛債権やサービス料債権などの譲渡禁止特約を無効にしている。しかし日本の二〇一七年改正は、すべての場面で譲渡制限特約の効力を（債権的効力説的に弱めつつも）温存したうえで、預貯金債権については絶対的効力（譲渡制限特約の全面的有効）を認めているのである。つまり、すべての債務者に一定の保護を与えたうえで金融機関債務者を全面的に保護しているわけである。⁽⁶⁰⁾

そしてこの後、道垣内（弘人）幹事（学者）が、「絶対的効力なのか、相対的効力なのかというところから入るのがどうしてなのかがよく分かりません」と疑問を提起し、松本恒雄委員（学者）が同調する。松本委員は、「今の道垣内幹事の話もありますが、制度を変えようと、債権譲渡をやりやすい方向にしようというために、絶対的効力から相対的効力へということなのでしょうが、そうなると、つまり譲渡しませんという約束を債権者・

債務者間でしておいた債権が、その約束に反して譲渡される、そしてそれが有効とされるケースが改正前よりはかなり増えるだろうと、増やしたいからこういう改正をしようというわけですね」と趣旨を確認したうえで、「そうしますと、その譲渡禁止特約とは一体何ぞやということになります。これは、つまり契約違反ですよ。」

当事者間では譲渡しないという約束をしているにもかかわらず、債権者がそれに故意に違反をして譲渡をしたというわけだから契約違反であって、そうすると債務不履行の損害賠償というような問題が起こってきてもいいんですが、ここで一体「損害」とは何ぞやというと、そんなものではないのですかと。事実上、取立ての厳しい債権者に当たるのは嫌だと、それは法律的に保護される利益ではないのですかというような議論が出てきそうなんですよ。そうなると、特約とは何ですかということで、いつそのことまでやるんなら、譲渡禁止特約は金銭債権についてはそもそもできないんだとかいうことにしないと、何か一貫しないのではないかなという印象がありまして、特約違反の場合の効力ではなくて、法的効果をどう考えるのかというあたりも込みにして議論する必要があるのではないかなと思います」と発言する。ここで重要なのは、「事実上、取立ての厳しい債権者に当たるのは嫌だと、それは法律的に保護される利益ではないのではないのですかというような議論が出てきそうなんですよ」という部分である。いわゆる「弁済先固定の利益」は保護法益たりえないのではという議論もありうるという指摘である。

これを受けて木村（俊一）委員（事業会社）が「我々事業会社の場合、資機材の調達も含めて、さまざまな契約を結んでおります。そのときの代金債権につきまして、我々の知らないうちに債権譲渡がされていく、別の人間が債権者になるということとは、望ましいことではないので、契約に譲渡禁止特約というような譲渡禁止条項を設けている次第です。（改行）ただし、資料に書いてありますように、企業の資金調達のために債権譲渡がどうしても必要という場面もないわけではないということから、当社の場合ですけれども、融資のために、どうして

も債権を譲渡して融資を確保することが必要な場合は、我々の方にも申し出てもらって、きちんと協議をして、それで決めていきましょうというような、言わば契約上の対応をしています」として、弁済先固定の利益に当たる理由で譲渡禁止条項を設けていることを報告し、「譲渡禁止特約というのは必要性もあるわけですので、全面的に意味がないとして最終的に禁止するみたいなことは、世の中にとってダメージといえますか混乱を巻き起こす可能性もあり、基本的には当事者の間で決めた以上はそれは守る、ただし、債権譲渡に伴い資金調達を行う必要のある場面もあり得るんだということは認識しながら契約を結んでいく、ということではないかと感じています」と述べている。

この後、藤本（拓資）関係官（金融庁）が、一括決済方式の例を挙げて、「企業の資金調達の円滑に支障が出るおそれがないかどうか、やや逆の観点ですが、そういう観点からも御検討が必要なのではないかと思えます」と企業の資金調達に触れた（少数派の）発言をした後、深山（雅也）委員（弁護士）は、「債権という資産、財産というのは、物権的な財産と違う点は、債権者と債務者の合意によってつくられるところと言えます。法定債権を除けば、契約上の債権というのはそういう性質を持っていて、その債権の中身というのは、両当事者の合意によって決まってくるということが当然の前提としてあるかと思えます。その一つの中身として、この債権は譲渡してはいけませんよ、しませんよという合意がそこには含まれている。となりますと、それは要するに契約上の債権という財産の一属性といえますか、性質を形成しているのではないかなという気がするんです。そういう意味では、当事者間ではそれは財産なんだから自由譲渡が原則だというのは、そう簡単に当てはまるものではなくて、そもそも譲渡が禁止された財産という形で発生した債権、財産なんだということを前提に考えると、もう少し、それを破って譲渡した場合の効力やいかんということは、ある意味慎重に考えるべきではないかなと考えております」と述べるのであるが、ここが（ドイツに見られる議論ではあるが）米仏と全く異なる議論のように思え

る。深山委員は、譲渡禁止特約は、「契約上の債権という財産の一属性といえますか、性質を形成している」というのである。債権の自由譲渡性を大原則とみるのがフランスなどでの基本的な立場であろうが、ドイツでは、私的自治の観点から、そのような債権を当事者が形成できるという議論があり、深山委員の考え方はそれに依拠しているかのように見える（ただしこの見解は現在の取適法のように当事者の力関係の観点を入れれば、正当性は否定されよう）。

しかしこの意見を受けて潮見（佳男）幹事（学者）は、「先ほどの道垣内幹事のお話にも出ていたところにも関係するのですが、絶対的効力だとか相対的効力という枠組みで債権譲渡禁止特約の効力がどうなるかという議論をこれまでしてきたのかという点が、個人的には最大の疑問です」と疑問を提起して、「むしろ従来の債権譲渡禁止特約をめぐる議論というのは、債権譲渡禁止特約は債権者と債務者の間の契約で行われているのであるから、その契約によってつくられた拘束力というか規範というものは第三者に及ぶのであろうかという観点から、問題にされてきたと思います」と述べ、問題は学理的に見ても「契約（特約）の第三者効」の問題であると指摘する（この位置づけは正しいと思われるのであるが、実際には我が国の民法学界の議論はこの点が錯綜していた⁶¹）。

そして潮見幹事は、従来の学説における、債権的効果説と物権的効果説の議論の流れを以下のように解説する。「この議論の流れをくむのは、債権譲渡禁止特約のところの議論で普通に言う言い方をしますと、債権的効力説と言われている考え方であろうと思います。債権譲渡禁止特約を結ぼうが、それは当事者間を拘束するような意味しか持たないのであるからと、それを前提として、その拘束力が第三者に及ぶかどうかということを考えていくと。債権譲渡禁止特約違反の債権譲渡契約がされたとしても、基本的にそれは有効として扱って、それに不都合なところがあれば、何らかのルールを立てることによってそれを修正しようという枠で議論をしてきたのではないかと思います。（改行）ところが、従来の債権譲渡禁止特約をめぐる議論というものは、そのような債権

的効力説に対しては極めて冷淡で、どちらかといえば物権的効力説と言われている考え方で説明をしてきました。それはどういふものかといったら、債権譲渡禁止特約がある場合には、債務者の利益保護が必要であるから、だから、たとえ譲渡禁止特約があつて、それが契約の拘束力で相対的な意味しかないというのが原則であつたとしても、債権譲渡禁止特約に違反した譲渡契約の効力は無効という形で処理をして債務者を保護すべきであるという枠組みで考えていたと私は理解しております。これが物権的効力説という考え方の基本的なスタンスであつたと思います。裏返して言えば、そこには契約の相対効だとか例外だとかいう考え方はない」と述べるのである。私見ではこれは明瞭な、至極適切な解説と評価できる。つまり、いわゆる物権的効力説は、「契約の相対効だとか例外だとかいう考え方」の外にあるものだと言っているのである。

潮見幹事は続けて、学理的な議論を整理する。「ところで、物権的効力説と言われている考え方、つまり譲渡禁止特約違反の譲渡契約は無効であるという考え方を仮にとつた場合には、今日ここでいろいろ問題になつていふような譲受人の利益だとか、あるいは倒産状態の処理等において適切な考慮が図られるのかと、そういう問題等々が出てきて、実際に——ここから先なのですけれども——物権的効力説という考え方をとつた場合でも、実際のな処理として、従来から主張立証責任のところで債務者に譲渡禁止特約の存在を主張させ、かつ主観的な対応まで債務者に証明させるという形で修正をし、実際のところは無効だと言いながら、かなり債務者の側に厳しい立証責任を分配することによって問題を処理しようとしてきました。さらには、先ほど道垣内幹事の発言にもあつたと思いますが、昨年の最高裁の判決が出ることによって、物権的効力説に立ち譲渡契約無効だと言われていた中で、その無効の意味を、債権譲渡の債務者に対する対抗という枠組みで捉えて展開したという面があります。(改行) ここで、絶対的効力か、相対的効力かなどという形で議論をした場合には、問題の本質が見落とされる可能性があるのではないかと思います。むしろ、従来物権的効力説の枠組みの中で今言つたような

ろいろな従来の学説あるいは判例が操作をしてきたことを踏まえて、債務者の利益保護と債権の流動化促進のための譲受人の地位保護というものの利益調整というものを適切に反映させるような枠組みをつくっていくべきだろうと個人的には思います。そこに、両者の利益をどう反映させるかという展開がつかない、結局は債権譲渡のほかの部分にかかわる全体の構造が不透明となり、あるいは場当たり的なものになるのではないかという懸念を感じます」というのである。ここは、私見は民法（債権関係）改正が学理的に過ぎると批判しているのであるが、事務局側の「相対的効力説、絶対的効力説という「新たな学理」による改正基準の提案を批判し、学理上の議論を正しく位置づけようとする発言と読めるのである。

これに対して、事務局案に影響力を持っていたと思われる内田（貴）委員は、以下のようにいわば弁明をしている。「ただ今の潮見幹事の御議論、それからその前に道垣内幹事からも似たような御指摘がありましたけれども、大変有益な御指摘であると思います。（改行）絶対的効力か、相対的効力かという議論からスタートして、そういう形で議論することは余り有益ではないという御指摘がありました、もともとの事務局の資料は、絶対的効力か、相対的効力かをまず決するべきであるなどと提案をしているわけではありませんし、それをまず議論すべきであるという枠をはめているわけでもありません。（改行）従来、潮見幹事からも御指摘がありましたように、債権的効力説、物権的効力説という議論があつて、その言葉を使つてもよかったのですが、最近提案されている提案は、従来の意味での債権的効力説と同じように見えるのですけれども、立証責任の点で必ずしも同一ではないと主張しておられるので、従来の学説の表現をそのまま使つたのでは、最近の新たな提案を完全にカバーし切れないかもしれない。そこで、契約法の原則からすると当事者間の合意が相対効であるのは当然の大原則ですので、その相対効の原則にのっとる考え方を相対的効力案と呼び、特約の効力が第三者にも対抗できて、したがって特約違反の法律行為の効力が否定されてしまうという考え方を絶対的効力案と呼び、そういう呼び方

で一応議論してはどうかということまでを事務局では提案をしています。(改行)その上で、まずそれを決してから効果に行くか、あるいは個別の効果を議論するか、それはまさにこの部会で御議論いただくべきことで、私自身も今までの御議論を伺っていると、やはり個別の効果のところから議論するというのが有益ではないかという印象を持ちました」。

しかし、内田委員の言う、「債権的効力説、物権的効力説という議論があつて、その言葉を使つてもよかったのですが、最近提案されている提案は、従来の意味での債権的効力説と同じように見えるのですけれども、立証責任の点で必ずしも同一ではないと主張しておられるので、従来の学説の表現をそのまま使つたのでは、最近の新たな提案を完全にカバーし切れないかもしれない」という説明は、その「最近の提案」は学界でもそれほど認知されておらず、新しい用語を使つて改正提案をするまでの必然性は筆者には全く感じられない。さらに言えば、先述のドイツでは、いわば物権的効力説の元で絶対的効力説とそのアンチテーゼとしての相対的効力説がある形なので、学理上の議論でもこの用語法は混乱を招く可能性がある。

そのうえ、もし内田委員や事務局に、ドイツの民法典BGBにおける譲渡禁止特約の議論に近寄せた用語法を採用しようという意識があつたとすれば、ドイツではこの時点(二〇一〇年)ではすでに一九九四年以来商法典HGBで商行為等から生じる金銭債権について譲渡禁止特約の効力を否定しているのであるから、その事実を明らかにせずにドイツの用語法を持ち出すのは、かなりのミスリーディングになつてしまふ。⁽⁶²⁾

なおこの後松本委員と潮見幹事の間で学理的な議論がされるが、そこは本稿の関心事ではなく省略する。要するに、ことは学説の問題ではなく、取引法化した民法規定の経済的效果の問題なのである。

この後、岡(正晶)委員から、「二つ目は、譲渡禁止特約付き債権が悪意の人に対しても移転の効果が生じるという方向の提案で、その立法理由としては、取引を保護する、資金調達をやりやすくすることだろうと

思います。ただ、そういう一定の債権について、一定の場合にそういう要請があるのは理解できますけれども、民法で広くすべてについてそういう取引あるいは資金調達の自由を認めるほどの要請があるかという点、それほど広くはないのではないか。特定の債権について、取引あるいは調達を認めるべきものはあるかもしれませんが、それでも、民法一般の原則としてそれを認めるほどではないのではないかという意見を持っております」との発言があった。つまり、私法の基本法たる民法にはそれほど一律の資金調達保護を図る必要はないのではないか、というのである。これも一理あるのだが、それであれば、「そういう一定の債権について、一定の場合にそういう要請がある」部分を商法や特別法で切り出すという立法論が論じられるべきで、現に米独仏はそういう立法をしているわけである。ただそれを民法部会で論じるわけにはいかないことはよくわかるが、この点で議論が深まっていれば、時代遅れのガラパゴスの改正はなかったかもしれない。

その後も学者委員からは実務感覚のない学理的な意見が続き、沖野（眞巳）幹事（当時学者）からは「譲渡禁止特約というのは基本的に債務者の保護のためにあって、そして合理的な理由があるということは認められるところだと思います」という、理由は不明の発言もあった。

一方、高須（順一）委員（当時弁護士）の発言には見るべきものがある。高須委員は、債務者と債権者（譲渡人）の力関係を問題にして、「ただ、その上で、譲渡禁止特約の付いている債権について、譲渡人と譲受人との間で譲渡がなされたときのその当事者間の事柄をどう考えるかというのは、やはり一つ法理論としてはあつていいというか、考えていいのではないかと思っております。そのときに注意すべきは譲渡禁止特約を付ける場合と違うのが、今日の議論の中にも出てまいりましたが、基本的には債務者がイニシアチブを持るときということになるのだろーと思います。債権者の方が力が強いときは、債権者は譲渡する余地をつくっておきたいわけですから、この種の特約が付くことはあまり想定されない。やはり債務者側が譲渡しないでくださいと言ったとき

に、債権者がこれを断れない関係のときに譲渡禁止特約が付くことが多いと考えています。その意味では、もとも力の強い債務者の保護を図るという話ですから、その限りでの保護が与えられれば十分なのだろうと。つまり、債務者に対する迷惑が最低限からないようにすればいいのではないかと考えられます」と述べている。また高須委員は譲受人の立場にも言及して、「一方で、譲り受ける側の問題ですが、先ほど来話題となっています悪意のような場合を考えたときに、譲渡人は当然悪意で譲渡するわけですが、譲受人の方も知っていた場合には、もちろんそれは駄目ですよということにはなるわけですが、私としては、譲渡禁止特約が付いている債権を知って譲り受けたからといってものすごく悪い人かというところではないと思います。認識を持っていたというだけのことで、もちろん法的保護が与えられないのはやむを得ないと思いますが、倫理的に悪いということころまではいかないうちな気がしております、その意味では、ものすごくいい人ともものすごく悪い人みたいな対比を債務者と譲受人とするのは、余りに極端ではないかという気持ちを持っております。その限りでは、当事者限りでは譲渡の効力を認めて、しかしこの種の禁止特約を認める以上、債務者には対抗できませんよ。その対抗できない場面は、個別具体的に、また類型的に分けていきますよと、こういうような考え方というのもそれなりの合理性があるのではないかと考えております」と述べている。この中で、「譲渡禁止特約が付いている債権を知って譲り受けたからといってものすごく悪い人かというところではないかと思ひます」というのは、私見では、現在の債権譲渡取引の中では実感と理解されるところである。高須委員は、「今日のお話では、必ずしも適切な表現ではないのかもしれませんが、いわゆる相対的効力案というのもある程度の合理性を持っているのではないかと、このように思っております。そういう意見も弁護士会の中にもあるというようにすることもございまして、意見が分かれていますと冒頭に申し上げたのはそういう趣旨なんです、そのように思っております」と結ぶが、債権譲渡取引実務に携わる人々からは、一定の共感を得るのではないかと思われる。

その後も学者委員からはとくに資金調達実務にかかわる意見はなく、山野目（章夫）委員は「そもそも四六六条二項の意義、存置の問題に関して感じましたところを申し上げさせていたきたいと思います。「相対的効力」、「債権的効力」という言葉が乱舞して入り乱れておりますから、なかなか上手に表現することが難しいのでございますが、お話を伺っておりますので、現行の四六六条二項を削ってしまえという御議論はなかったように聞こえました。すなわち債権譲渡禁止特約なるものを、当事者間のこととして専ら終えんする問題として考え、それについて何らの外部的、対外的な効果も承認しないという見解は、伺っていた範囲ではなかったように聞こえましたし、私も、債権譲渡禁止特約というものにそれとしての意義を認めてよいのではないかと考えますから、それではよいのではないかと考えます。研究者として、削ってしまうというのも一つの意見であるということを申し述べたことがございますが、その後の議論の発展の経緯を伺っていて、これはこれとして存置した上で、その効力の内容をどのように充てんするかは、先ほど来から御指摘がありましたように、今後の議論の中で更に詰められていくことが適當であると考えます」というのである。「研究者として、削ってしまうというのも一つの意見である」というところが、取引実務の評価からの意見であつたならばと惜しまれる。

そしてさらに三上委員から、実務的な角度からの債権的効力説の効能が語られる。三上委員は、「一つ目は、中井委員の御発言等に関しまして補足させていただきます。分かり切った話ですけれども、債権者と債務者で債権は発生するわけですけれども、両者の共同の産物だから、両者の合意がないと譲渡はできないと考えれば別ですけれども、そうでないという前提で考えますと、基本的に債権者が強ければ、自己の換価の手法を自ら封ずるはずがないので、結局債務者が強いときだけ譲渡禁止特約が使われるという状況になります。その譲渡禁止特約が付く場合も、実務で見る限りほとんどは、だれに払えばいいかということに関して面倒に巻き込まれたくない、二重払いの危険を避けたい、という理由で付いていると思われれます。よって、木村委員からお話がありました

ように、基本的に銀行が譲渡担保にとる等の場合には、債務者の承諾をとって外してもらうわけですが、ここでよくある問題は、債務者に直接接しないであらう、債務者に承諾をとりに行くことによって自分の信用が害されるので、それはやめてほしいという場面、むしろ債権譲渡登記というのは、そういう場面を想定して制度がつくられたという面もかなりあると思います。(改行) したがって、この場面は金融機関としては物権的効力とか絶対的効力説の下では最終的に譲渡が無効になるリスク、つまりそれ以前に差押債権者があらわれるとか、倒産になった場合のリスクを抱えながら走るわけですが、もし譲渡禁止特約が二重払いリスクの回避のためのものがほとんどだという前提で考えますと、債権的効力説にすることに関しては、債権担保でのファイナンスを付けやすくするという意味で非常に肯定的な考え方ができるのではないかと思います。債権的効力にした場合の、中井委員が御指摘された二重譲渡、二重譲受人間での清算の在り方に関しては、別の解決方法も考えられると思いますので、債権的効力的な考え方をした方がファイナンスが広がるというのは、私は疑いのない点ではないかと思いますが」と述べる。これは私見の立場からは当然と賛同できるものである。

そして議論はある意味で私見の発想の核心に触れる。内田委員から、「これまで様々な御意見が出ましたけれども、その中で、初めの方に三上委員の御発言の中でも少し示唆されて、また岡委員がおっしゃった案として、特定の債権に限って、つまり類型的なアプローチでもって処理をする方法もあるのではないかと御発言がありました。これは、事務局の資料の中には盛り込まれていない考え方だと思えますので、どのような形で要件化が可能なのか、民法レベルでどういう形で債権の切り分けが可能なのかについて、アイデアなどありましたら」と質問がなされるのである。

これに対して、岡委員からは明瞭な回答がなかったが、三上委員からは、「どういう場合にいいのかというのは難しい点ですが、基本的に譲渡禁止特約のある債権の譲渡担保で、債務者に接しないであらうというケースで、

その後借入人の業況が更に悪化して、どうしても保全のために對抗要件を備えざるを得ないという際に、債務者の側で譲渡禁止特約の効力、譲渡の無効を主張して銀行への支払を拒む例は基本的にはほとんどございません。

ただ、直接銀行に払うとリスクがあるので供託したいという例は多々ございますが、もう譲渡禁止特約があつて譲渡は無効だから、もともと債権者に払うということをおっしゃる債権者はおられないという意味で、相対的効力になれば今よりも譲渡禁止特約付債権を担保とすることの安心感が高まるので、ファイナンスの範囲は広がるのではないかという意見を申したわけでございます。(改行) 内田委員の御質問に関しては、手前味噌ですけども、銀行預金債権に関しては、銀行の業法レベルで別扱いしてもらつと非常に助かるわけですが、それ以外の部分を民法というレベルで切り分けるのは非常に難しいのではないかと気がしております。(改行) ただ、下請法にありましたように、下請債権は資金化のニーズが高いので手形を発行しなければならないとか、そういう切り口で譲渡禁止特約の禁止・無効の範囲を画するという考え方はあるのではないかと思います。これは恐らく産業界からは別の意見が出るかもしれません」と述べる。

この三上委員の発言が実は示唆に富むものだった。確かに、「民法レベルで切り分ける」のは、銀行預金債権などを除けば非常に難しい。しかし、三上発言の最後の部分、「下請法にありましたように、下請債権は資金化のニーズが高いので手形を発行しなければならないとか、そういう切り口で譲渡禁止特約の禁止・無効の範囲を画するという考え方はあるのではないか」(この発言は二〇一〇年にされている)というところが、現下の課題から見れば秀逸の言及というべきであった。下請業者(二〇二六年の取適法で言う中小受託業者)の資金化ニーズの保護こそ、フランス商法典が二〇〇一年から一般商事債権について譲渡禁止特約を明文で禁じている理由なのであり、日本でも下請法を改正した二〇二六年施行の取適法は、譲渡制限特約には言及していないものの、中小受託業者の保護(早期の資金獲得)のために支払期日を短縮し、手形等での延べ払いを禁じたのである。もし民法

部会が「民法以外」に目を向けられていれば、日本法は、世界からこれほどの後れを取ることなく「課題解決」に向けて進展できたかもしれないなかつたと思うのである。しかし、この三上委員の発言は全くフォローされることなく、全体的に見れば「異端」の発言で終わった。

以上、恣意的な編集となることを避けて、なるべく各委員・幹事らの発言をそのまま収録した。法制審議会民法部会の「全体意思」がどのようなものであったかを読者に客観的に把握いただけたのではないかと思う。債権譲渡による資金調達の観点は、やはり多数派の委員・幹事の関心の薄いところであった。ただ、ここから「全体意思」の傾向を読み取るにあたつては、当時債権譲渡を専門にしていた学者（私のほかに角紀代恵教授、山田誠一教授（肩書はいずれも当時）など）がすべて部会メンバーから外されていたことを改めて記しておきたいと思う。⁽⁶³⁾

七 日本が世界から後れを取つた理由

1 日本にだけ「弁済先固定の利益」という「債務者保護」が存在する理由

そして、なぜこのような特殊な「債務者保護」が日本にだけ存在（残存）するのかという疑問にも、これまでの筆者の研究や前記拙稿から容易に説明ができる。そもそも、明治民法の債権譲渡は、譲渡禁止特約の規定を除いては、對抗要件主義の基本構造からして、ほぼ完全にボワソナード旧民法を経由してフランス民法型の規定を導入した（フランス民法よりもさらにボワソナード旧民法に近い規定にしたところもあることを筆者は論証している⁽⁶⁴⁾）。

そして、ドイツ民法（当時はまだ草案）は、對抗要件主義ではなく、對抗要件なしに譲渡の効果が債務者までに及び、不利になった債務者は個別の規定で救済されるという、いわば個別債務者保護主義という全く異なつた基本構造を採用していたので、日本民法の債権譲渡の基本構造がフランス型であることは非常に明確である。しか

し梅謙次郎ら起草委員は、譲渡禁止特約の規定のみについては、債権の自由譲渡性が認識されていなかったことなどを顧慮したのか、「我が国の国情に照らして」というごとき理由で、フランス民法典にもボワソナード旧民法典にも全く書かれていない、債務者の意思表示で譲渡禁止ができるという明文規定を入れるのである。しかも梅らは、それが世界のごく少数派の規定になることを明瞭に認識しながら、法典調査会で、譲渡禁止特約を規定している国が「ないわけではない」として、ドイツとスイスを挙げるのである。ここがすべての発端であった。

この譲渡禁止特約の効力についても、わが国の学説は（そして明瞭ではないが判例も）「物権的効力説」の名のもとに、債務者・譲渡人の間の特約が譲受人にも及ぶ（第三者効を持つ）とし、これが通説になり、譲渡禁止特約付き債権の譲渡は無効という形で、債務者の「権限」がかなり強いものとなって確立したわけである。しかし、本稿が引照する倉重論文は、肝心の梅らがお手本にしたドイツ民法においても、制定後かなり早い時期から納入債権者らの債権の活用の見地から異論が起り、官界、実務界で譲渡禁止特約を制限する勸奨があつて、解釈論上も相対的効力説（日本での債権的効力説に近いが別物）が有力になっていったという。そしてドイツでは、民法規定はそのままにしながら、もう三〇年も前になる、一九九四年という比較的早い時期に、商法典で一般商事債権についての譲渡禁止特約を否定するに至るのである。そしてフランス民法では、最初から債権の自由譲渡性が全面的に認識されていて債務者の意思表示で譲渡制限ができることが当初から想定されていなかったようであるが（そして原初規定の對抗要件が過重だったのでダイイ法で對抗要件を緩和した簡易な債権譲渡ルールを作る）、二〇〇一年に、最も先鋭な、日本では取適法が問題にするような、納入業者の適切な競争力確保の観点からの譲渡禁止特約の無効を商法典で宣言するに至るのである。判例法国の米国でも、より端的に、すでに一九七二年という早い時期から、統一商事法典UCCで、譲渡禁止特約の効力を明瞭に否定していた。

2 世界の趨勢に気づかなかった民法（債権関係）改正

したがって、わが国の二〇一七年民法改正の準備段階（最初は二〇〇六年ころから）では、すでにこれらの状況——すなわち米独仏とも民事債権譲渡と商事債権譲渡を分け、一般商事取引から生じる債権については各国が商事法で譲渡禁止特約を否定していた——は出来上がっており、さらに国連の UNCITRAL 国際債権譲渡条約も、未発効であるが、二〇〇一年の制定で（筆者が制定の作業部会に日本代表として一九九五年の開始から二〇〇一年の完了まで参加した）、金融サービス債権等を除外しつつ売掛債権等を中心に譲渡禁止特約を無効にする構造で、存在していたわけである。

繰り返して指摘する。こうして世界的主要国では、一般商事取引債権の資金調達活用は確立している。民事債権譲渡と商事債権譲渡を分け、少なくとも商事債権譲渡では、（一部の金融債権の除外はあっても）一般の商事取引の売掛債権やサービス債権などについて、譲渡禁止特約は効力を否定（ないし付与禁止）されているのである。

しかるに日本では、明治時代に世界のごく少数派と認識しつつ導入した、当時の四六六条を根拠とする譲渡禁止特約（条文上は譲渡禁止の意思表示）⁶⁵が、学説の物権的効力説の通説化とあいまって（判例も明示的ではないが物権的効力説で説明されている）、取引社会では、批判はあっても確固とした取引慣行を形成していた。二〇〇九（平成二一）年から始められた法制審議会民法（債権関係）部会でも、二〇一〇年からの債権譲渡分野の審議は世界の趨勢に気づくことなく進行し、譲渡禁止特約の名称が譲渡制限特約と変わっただけで、二〇一七年成立・公布の改正条文四六六条三項で、条件付きながらも特約の効力を温存したのである。

その結果、同条二項で、譲渡制限特約が付いても譲渡は有効と、従来の譲渡禁止特約についての物権的効力説を否定したものの、その経済的効果が十分に現れなかったことは、本稿冒頭に述べた通りである（付言すれば、これには、譲受人の善意無重過失の要件に関するこれまでの裁判例の展開の問題点とその四六六条三項における明文⁶⁵

化も影響していると考えているが、詳しい分析は別稿を期したい。

3 日本の取引社会の「歴史」と「風土」

それは、やはり明治民法培われてきた取引社会の「風土」の形成が大きかったためと言えるのではなからうか。本稿が前掲の法制審議会民法部会の議事速記録を丹念に追った結果からも、そのように強く感じられる。つまり、企業側委員の認識はもちろん、事務局も譲渡禁止特約の存在を前提に立案し、ごく一部の金融機関委員などにイノベティブな議論の萌芽は見られたものの、弁護士委員は両極の見解を述べるにとどまり、肝心の学者委員においては、学理的な議論に終始し、債権譲渡取引実務に通じた意見の表出は全くといってよいほど見られなかった（先述のとおり、債権譲渡を主たる専門にしている学者は法制審議会の部会メンバーには一人もいなかった⁽⁶⁶⁾）。結局、部会審議は、資金調達のニーズは取り込みながらも、譲渡禁止特約に関しては（効力を弱めながらも）現状維持という、妥協の産物にとどまらざるを得なかったように思われる。

そのうえ、日本では、民法学において「当事者の力関係」の考察が希薄だった。筆者が以前から強調してきたように、譲渡禁止特約は、一般商事取引においては（典型的には部品等を納入する中小企業と、発注する大企業の関係を考えればよい）、譲渡禁止特約を付ける（付けることができる）のは債務者が力の強い大企業なのである。したがって、日本民法典は、譲渡禁止特約の規定の元に、大企業の保護を図ってきたというのが実情だった。その歴史があるから、二〇一七年改正でも債務者の弁済先固定の利益などという、おそらく（ドイツでは表現は別として類似の配慮がされているのかもしれないが）世界の多くの国で考えられない利益判断がなされた条文が、（二項で譲渡制限特約があっても譲渡は有効と修正しながらも）残存することになったというわけである。

本稿冒頭に書いたように、その結果、我々の予測通り、二〇一七年民法改正後も資金調達のための債権譲渡は、

格別の伸びを見せずに今日に至っている。

ここまででも、債権譲渡に関する日本民法とその解釈学の「ガラパゴス化」は明瞭に論証できるといえよう（なお、「ガラパゴス化」はこのようにわが国の慣用表現では悪い意味の比喩で使うが、生物学においては、「ガラパゴス化」という表現は、貴重な希少生命進化の研究対象として肯定的に使われることを書いておく。もともと、日本の民法典と民法解釈学が貴重な希少進化の研究対象となるのであれば、それはやはり困ったことであろう）。

4 遅すぎた「力関係」論の勃興

さらに加えて、二〇二五年には日本の取引社会における力関係による不適切な圧力が問題になり（自動車会社の部品会社に対する金型の無償保管強要などが多数報道された）、不公正な取引方法が広く洗い出され、下請法が二〇二六年一月一日からの中小受託取引適正化法（取適法）に変わった。この状況で、フランス商法の債権譲渡禁止特約を否定する条文をみれば、まさに同法は「企業間の不公正な商慣行——競争制限的慣行」という項目でそれを否定しているのである。新しい取適法にも債権譲渡制限特約への言及はないが、旧下請法の改正は世界的に見ても遅すぎたものと認識すべきであろう。

5 引き受け過ぎた？ 民法——求められるのは「解釈学」ではなく「課題解決学」

ここにおいて、解釈学の限界は明瞭である。少なくとも、債権譲渡制限特約に関する民法の条文解釈学の精緻化は、取引社会にほとんど恩恵をもたらさない。たしかに、現行規定の解釈の精緻化は、裁判に対する影響を与えよう。その意味では紛争処理に貢献できる。しかし、社会が求めているのは、裁判のフェーズに至る前の、取引の円滑化、適正化なのである。

しかも日本では債権譲渡に関しては民法典だけが引き受けていて、商法などには債権譲渡の基本規定は全くない。現状では（世界の趨勢からは適正といえない）取引法化した民法典と民法学者が全面的に引き受けるべき課題になっていることを再度注意喚起しておこう。つまり、いわゆる民事債権（親子間、親族間の債権など）までを含んで考えれば、あるいは譲渡制限特約も、債務者の弁済先固定の利益も、それほど難のある考え方ではないかもしれない。しかし、個人事業主も含めて、業務上発生した債権⁶⁷⁾については、その一日も早い（しかも不当に暴利をむさばられない）資金化が、事業の継続のための死活問題にもなるのである。それを、資力に余裕のある委託側大企業が、（多くは事務的な処理の煩雑さを避けるなどの軽微な理由で）弁済先固定の利益などというものを大義名分にして譲渡制限特約を安易に付けられるという、世界主要国にないルールを墨守することにどれだけの合理性が認められるのか。

見方を変えれば、日本では民法が、そして民法学者が「引き受け過ぎた」のかもしれない。私は以前から、「民法の取引法化」を強調してきた。⁶⁸⁾そしてそれは二〇一七年改正で顕著になり、本来、商法や破産法など他の分野で処理すべきことまでが民法典に入っており、しかもそれを民法典が「独占」する状況が生まれている。

ある意味ではそれは、民法学に携わってきた学者や弁護士などの優秀さを証明する事実なのかもしれない。そしてくりかえせば「弁済先固定の利益」の保護も、純粋な民事債権譲渡を考えれば、決して不合理な価値判断ではないともいえる。しかし、取引法の領域までを一手に引き受けながら、一方で価値基準が純粋かつ伝統的な民法のそれにとどまっていたがために、世界から周回遅れとなったルールが一国の全体のルールになってしまった。これが、分析のひとつの結論と言えるかもしれない。

したがって、変革の時代の取引社会の技術革新に対応するために、これからの民法と民法学者は（そして所管の法務省は）、「手放す」ことを考えなければいけないのではなからうか。⁶⁹⁾

結びに代えて——「新時代債権譲渡」構想と持続可能社会を創る「課題解決学」への提言

改めて立法論をまとめよう。まず、これからは立法の目的、基本的価値基準として、「人間社会の持続可能性」を挙げる必要がある。⁽⁷⁰⁾ 法はすべからずそれに奉仕するものとならなければならない。その上で言えば、おそらくこの問題は、現在の民法の再改正を論じるよりも、フランスで言えば商法、日本では商法の役割に入らないとすれば、独占禁止法や中小受託取引適正化法、あるいは別途の特別立法をして、民事債権と商事債権を分け、(一部)の金融債権は例外としてよいが)一般の商事取引債権については、譲渡制限特約を付すことを禁じる(特約しても対外的に無効とする)立法を模索するべきではないか。ただし、特別法による場合は、特別法の多くに見られる間接的な業界規制(勧告や調査など)ではなく、民商法などの民事基本法が採用する、契約(特約)の「無効」概念までを規定に入れ込むべきである。さらに言えば、民法・商法のような基本法で規定すれば大きく網がかかるのだが、特別法は往々にして対象を限定する(例えば業種業態の制限であったり、対象企業を資本金や従業員数で限定したりする)ので、包括的な効果を得られない場合も生じるので注意を要する(フランスのように、競争法的な要素が商法典の中に含まれている法制度は、その意味で一律に強力な効果が得られる利点があるといえよう)。

実際、そのような一般商事債権に関する特別法ができれば、民法典はこのままにしても、(世の中で圧倒的に多いのは一般商事債権であるから)民法典の対象となる債権譲渡は激減するので、民法が取引社会の持続可能性の障害になることはなくなるのである。

しかし、現在の日本の法学界では、この譲渡制限特約の問題は、ほぼ一〇〇パーセントの法学者が民法の問題と認識⁽⁷¹⁾していて、商法学者も、経済法(競争法)の学者も、論点として意識していることはまず皆無のようである。

民法学者は、この、法律が社会変化に追いつかない（あるいは社会の実情と乖離する）変革の時代にあつて、条文解釈学の限界を認識して、かつまた民法学の領域を超えて、取引社会の課題解決に労力を割く方向に一步を踏み出すべきではなからうか。さらに言えば、ことは債権譲渡にとどまらない。法が課題解決に追いついていない場面を洗い出し、立法論を進めるか、現行規定の中での課題の改善策を探る等の方向に労力を向けるべきではなからうか。

今後は、民法学者、商法学者、経済法学者等が、狭い専門の垣根を越えて連携を図り、この問題を考究していくべきである。それがまさに、変革の時代に法律学が「解釈学」から「課題解決学」に変容して持続可能性を高めていく好例になるように思う。

そして急激な変革の時代は、法学者間の連携にとどまらず、最新技術と法の協働を求めている。これからの法学者は、新技術の社会実装をどれだけ支援できるか、つまり新技術の社会への安定的な取り込みとしての「ルール創り」にどれだけ貢献できるかが問われている。法律学はそのための「課題を解決する学問」に変容していく必要があるのである。

そして、債権譲渡という素材は、現状では、譲渡制限特約や確定日付取得という。譲渡人・譲受人の二者間契約にとつての「外部要因」があるために、（技術的にはクリアできているのだが）一連の電子契約では完結できない状況にある（スマートコントラクトという、契約の実行条件が整えば自動的に契約を実行させるプロトコルも使えない）。本稿もその一つの「外部要因」を消滅ないし縮小させる目的で企図されたものであったのだが、この譲渡制限特約と確定日付付与権限という外部要因による障害をクリアした先には、対抗要件の仕組み自体を変える、さらには債権譲渡の構造そのものを変える「売掛債権等のトークン化」などの議論に進んでいかなければならない。筆者は、ブロックチェーン技術等によるデジタルトラスト（信頼）を、真実の証明と権利移転の迅速化を実

現するいわば「触媒」として、新時代の債権譲渡取引とその法理を新たに構築することを目標としている。債権譲渡は、民法学の課題を超えて、産官学すべての協働を必要とする、現代社会の最先端の課題になったと言えるのである。

- (1) 筆者は、二〇二六年三月に開催された、日本経済新聞と金融庁が主催したFIN/SUM2026 (FIN/SUMはフィンテックサミットの意) において、「デジタル債権譲渡に向けたスマートコントラクトの可能性」のワークショップと「商取引のトラストが切り拓く中小企業金融の新天地」のシンポジウムにパネリストとして参加し、報告をした(その内容については後日活字にする予定である)。
- (2) 法典調査会における梅謙次郎起草委員の趣旨説明。商事法務版法典調査会民法議事速記録三卷(日本近代立法資料叢書3)(商事法務研究会、昭和五九年)五一五頁。
- (3) 倉重八千代「ドイツ法における債権譲渡禁止特約規定についての一考察(三・完)——ドイツ民法BGB第三九条の制定からドイツ商法HGB第三五四a条の新設までを中心に」法学研究(明治学院大学)八六号(二〇〇九年)一四〇頁以下参照。
- (4) 最判昭和四八・七・一九民集二七卷七号八二三頁。その後の判例法理の展開(譲受人側に調査義務を要求)については池田真朗『債権譲渡の発展と特例法』(債権譲渡の研究第3卷)(弘文堂、二〇一〇年)二〇九頁以下。
- (5) 筒井健夫・村松秀樹編著『一問一答 民法(債権関係)改正』(商事法務、二〇一八年)一六四頁。
- (6) 筆者についていえば、池田真朗「譲渡制限特約、債権譲渡と相殺——問題のある民法改正法案に実務はどう対処すべきか」銀行法務21・七九五号(二〇一六年一月)二二頁以下、同「民法改正法案債権譲渡部分逐条解説——検討と問題点」慶應法学三六号(二〇一六年)四一頁以下等(以上は池田真朗『債権譲渡と民法改正』(債権譲渡の研究第5卷)(弘文堂、二〇二二年)一四四頁以下所収。該当頁は一四四、一四七、一五五、一五九、一六〇頁等)。
- (7) 末廣裕亮「譲渡制限特約付債権による資金調達——流動化・譲渡担保・自己信託スキームのポイント」(二〇二四年四月一六日実施の流動化・証券化協議会第一一回実践講座)では、改正民法施行から四年が経過したが、現状の

利用は限定的と報告しており、高橋恒夫「譲渡制限特約付債権の譲渡と中小企業金融（上）」銀行法務21・九三〇号（二〇二五年九月）一二三頁以下も、「その（譲渡制限特約付債権の）担保取得による資金供与はあまり利用されていないようである」としている。

(8) 池田真朗「行動立法学序説——民法改正を検証する新時代の民法学の提唱」法学研究（慶應義塾大学）九三卷七号（二〇二〇年）五七頁以下（池田・前掲注（6）『債権譲渡と民法改正』五九九頁以下所収）。

(9) 筒井・村松・前掲注（5）一六四頁では、「譲渡制限特約が付された債権を譲渡した結果、債務者との関係で特約に違反したことを理由に契約を解除されるおそれや今後の取引を打ち切られるおそれなどがあるため、譲渡制限特約が付された債権を譲渡することにはリスクが伴うのではないかと懸念があり得る」として、その懸念は不要という説明をするのであるが、そこで想定されているのは、譲渡する側（多くの場合運転資金などの調達をしたい受託中小事業者）の懸念なのである。実際の実務では、譲受人となる融資者がどう反応するのも検討しなければならない（それが行動立法学的発想である）。つまり、後述するように、たとえば、理論的には民法債権関係改正の結果、新しい四六六条二項によって譲渡制限特約付債権も譲渡担保の対象となりうることになったといっても、譲渡制限特約付債権を担保取得しても、取立て等の実行の際には、民法四六六条三項によって、第三債務者に履行を拒まれたり、債権譲渡担保権設定者に対して弁済されたり、その他債務を消滅させる事由の主張を対抗されたりする可能性がある。そういうものはやはり担保の対象にはできない、したがって、譲渡制限特約付債権（あるいはそれが混じっている債権群）を対象には融資はできない、などという反応である。

(10) 池田真朗「民法改正と債権譲渡の「権利行使要件」——追悼・潮見佳男教授」法学研究（慶應義塾大学）九七卷九号（二〇二四年）一頁以下。

(11) 池田真朗「再説・民法改正と債権譲渡の「権利行使要件」——「対抗要件具備時」の真の問題」法学研究（慶應義塾大学）九八卷四号（二〇二五年）一頁以下。

(12) 池田真朗「適正な競争の観点から再考する債権譲渡制限特約」銀行法務21・九三五号（二〇二六年一月）四頁以下。

(13) 池田真朗「債権譲渡通知・承諾のIT化特例と債権譲渡登記・電子記録債権」NBL一二〇六号（二〇二一年）

一〇頁以下。

(14) 池田眞朗「債権譲渡のデジタル化と民法法理の対応(上・下)」NBL二二八二号四頁以下・一二八三号四九頁以下(いずれも二〇二五年)。

(15) 今さら列記しても仕方のないことなのであるが、少なくとも筆者に本稿を公にする「資格」があることの証明にはなるかもしれない。池田眞朗「民法(債権関係)改正中間試案への対応提言——債権譲渡を素材に」銀行法務21・七五五号(二〇一三年三月)四頁以下、同「民法(債権関係)改正——要綱案へ向けさらに外部意見の表出を」銀行法務21・七六二号(二〇一三年九月)二八頁以下、同「民法(債権関係)改正——要綱仮案へ向け立法論の原点確認を」銀行法務21・七七一号(二〇一四年四月)三八頁以下、同「民法改正要綱仮案になお残る問題提案——譲渡制限特約、債権譲渡と相殺、債務引受」銀行法務21・七八一号(二〇一五年一月)三八頁以下、同・前掲注(6)「譲渡制限特約、債権譲渡と相殺——問題のある民法改正法案に実務はどう対処すべきか」(以上はすべて池田・前掲注(6)「債権譲渡と民法改正」〔債権譲渡の研究第5巻〕一二八頁以下の「第五章 中間試案・要綱仮案以降の債権譲渡規定案への問題提起」に所収)。

(16) 米村滋人「民法(財産法)」米村滋人・山城一真・水津太郎・藤澤治奈・岩川隆嗣・大塚智見「特集・学界回顧二〇二三 民法(財産法)」法律時報九五巻一三三号(二〇二三年)六九頁。

(17) 丸山絵美子・水津太郎・西内康人編「民法(債権関係)改正後の民法学」(商事法務、二〇二五年)。具体的には同書一頁以下所収の丸山絵美子「民法(債権関係)改正後の民法学——企図趣旨と問題提起」参照。

(18) 和田勝行「債権譲渡——譲渡制限特約に関する若干の考察」道垣内弘人・山本敬三・山本和彦ほか編・中井康之介・護士古稀記念論文集『切り拓く、創る——実践の道程』(商事法務、二〇二五年)四九六頁以下。

(19) 池田・前掲注(6)「民法改正法案債権譲渡部分逐条解説——検討と問題点」四一頁以下(池田・前掲注(6)「債権譲渡と民法改正」〔債権譲渡の研究第5巻〕一五五頁以下所収)。

(20) 内田貴「民法(債権法)の抜本改正」學士會報九四一号(二〇二〇年)四頁。本稿は個人攻撃をする意図はないので、筆者との見解の相違については、池田眞朗「民法改正の本質と新しい民法学」(商事法務ポータル二〇二〇年三月三一日付)(池田・前掲注(6)「債権譲渡と民法改正」五九四〜五九五頁所収)参照。

- (21) 池田眞朗「適正な競争の観点から再考する債権譲渡制限特約——中小企業金融のための新しい民事法学の端緒として」銀行法務21・九三五号（二〇二六年一月号）四頁以下。
- (22) 池田・前掲注(6)『債権譲渡と民法改正』（債権譲渡の研究第5巻）一五六～一六〇頁、同『新標準講義民法債権総論（全訂三版）』（慶應義塾大学出版会、二〇一九年）一五七頁等参照。
- (23) 末廣・前掲注(7)では、改正民法施行から四年が経過したが、現状の利用は限定的と報告しており、前掲注(7)の高橋恒夫氏も、銀行法務21・九三〇号で、「その（譲渡制限特約付債権の）担保取得による資金供与はあまり利用されていないようである」として論述を始めている。
- (24) 高橋・前掲注(7)、同・(下) 銀行法務21・九三二号三頁以下参照。同論考は実務界からの貴重な試みと言える。
- (25) 池田・前掲注(22)『新標準講義民法債権総論』はしがき一頁等参照。
- (26) 池田眞朗「適正な競争の観点から再考する債権譲渡制限特約——中小企業金融のための新しい民事法学の端緒として」銀行法務21・九三五号（二〇二六年一月）四頁以下。
- (27) 田口祐樹・宮澤哲「LBOfアイナンスにおける企業価値担保権の活用可能性」銀行法務21・九二〇号（二〇二四年一月）二九頁以下、ことに三二頁以下。
- (28) 東京弁護士会編著『実例でつかむ改正担保法』（第一法規、二〇二五年）一八九頁（田川瑛久）。
- (29) UCCの一九九〇年代までの改正に関しては、鈴木淳人「米国統一商事法典第九編の改正について——債権譲渡に係る対抗要件の自動的具備の問題を中心に」日本銀行金融研究所デイスカッション・ペーパーNo.9912（一九九九年）参照。なお同教授によれば、この二〇二二年改正は、二〇二六年三月三〇日現在で米国三十四州で施行済みとのことである（同教授のデジタル証明研究会「商取引のトラストと金融」研究部会（後掲注(71)参照）報告による）。
- (30) これについても、前注の鈴木淳人教授のご教示を得た。
- (31) 前掲注(1)のFIN/SUMワークショップでは、筆者と有吉尚哉弁護士がこの論点に触れている。
- (32) 池田眞朗『債権譲渡と電子化・国際化』（債権譲渡の研究第4巻）（弘文堂、二〇一〇年）七二頁以下。なおこの条約案起草作業には筆者が日本代表として参加した。

(33) 条文訳は池田・前掲注(32)四三五頁以下の「国連国際債権譲渡条約条文対訳」を使用した(NB L七二二号(二〇〇一年)三七頁以下掲載の「付・『国際取引における債権譲渡に関する条約』草案(対訳)」(慶應義塾大学大学院国際債権流動化研究会訳、小堀悟監訳)を修正したもの。修正作業にあたっては同研究会の北澤安紀教授、君嶋祐子教授や大学院生の協力を得た。

(34) 池田・前掲注(6)の「譲渡制限特約、債権譲渡と相殺——問題のある民法改正法案に実務はどう対処すべきか」二二頁以下。池田・前掲注(6)『債権譲渡と民法改正』(債権譲渡の研究第5巻)一四四頁以下所収。該当頁は一四六頁。

(35) 〆〆は前掲注(33)掲記の訳文を若干補正している。なお原文は、
3. This article applies only to assignments of receivables.

(a) Arising from an original contract that is a contract for the supply or lease of goods or services other than financial services, a construction contract or a contract for the sale or lease of real property;

(b) Arising from an original contract for the sale, lease or licence of industrial or other intellectual property or of proprietary information;

(c) Representing the payment obligation for a credit card transaction; or

(d) Owed to the assignor upon net settlement of payments due pursuant to a netting agreement involving more than two parties.

(36) 角紀代恵『受取勘定債権担保金融の生成と発展』(有斐閣、二〇〇八年)参照。

(37) UNCITRAL A/CN.9/489 (Analytical Commentary) p.17, paragraph 35. なお A/CN.9/489 は、事務局作成が二〇〇一年三月一三日で、同年六月二五日から七月一三日にウィーンで開かれた国際契約実務作業部会第三四回セッション(筆者が日本代表として参加)で審議されたものである。

(38) なお、UNCITRAL 国際債権譲渡条約が建設関係債権のように複雑でそれぞれの個性があり確定性が低い債権を除外して、売買代金債権など定型的反復的で流動化になりやすい債権を限定して対象にしていることは、結果的に今日の債権譲渡のデジタル化に好適な(スマートコントラクトなどを取り入れやすい)債権が選択されているこ

となる。今後の先端的債権譲渡論に対しての一つのヒントになろう。

- (39) ドイツ民法は、譲渡は第三者にまで効力を持ち、不利益を受けた債務者については個別の規定で救済する、個別債務者保護主義とでもいうべき方式を当初から採用していた。フランス民法からボワソナード草案、旧民法典を経ての継受の経緯については、池田真朗『債権譲渡の研究』（弘文堂、初版一九九三年、増補二版二〇〇四年）九〇～一〇四頁参照。

- (40) 明治民法典の債権譲渡禁止特約起草の経緯については、池田真朗「債権譲渡禁止特約再考」法学研究（慶應義塾大学）七二巻一二号（一九九九年）二〇五頁以下（池田真朗『債権譲渡法理の展開』（債権譲渡の研究第2巻）（弘文堂、二〇〇一年）三〇四頁以下に収録、ことに三二六頁以下参照）。

- (41) 倉重・前掲注(3)一〇五頁以下。その他、石田剛『債権譲渡禁止特約の研究』（商事法務、二〇一三年）一九三頁以下も参照。

- (42) 倉重・前掲注(3)一四〇頁以下参照。

- (43) 倉重・前掲注(3)一六六頁以下に詳細な紹介がある。なお、筆者の能力を超えるが、このドイツの一連の対応策の動きは、後述のフランスでの商法典での対応と、不当条項規制の観点から関連を見出せるのかどうか等、考究の余地があるように思われる。

- (44) キャロライン・マイヤー氏の示される判例として、BGH 13.07.2006, VII ZR 51/05, NJW 2006, 3486 (3487)。

- (45) したがってこの改正は主として消費者保護の観点からのものとすることであるが、キャロライン・マイヤー氏の示される立法理由資料は Bundestag Drucksache Nr. 19/26915 「ドイツ連邦議会資料一九／二六九一五号」、一一、三〇頁である（筆者は未見）。

- (46) Cass.Com. 21 nov. 2000, n° 97-16874, Bull.civ. 2000, IV, n° 180.

- (47) ダイイ法のわが国への最初の詳細な紹介は、一九九〇年度金融法学会の山田誠一教授の報告である。山田誠一「金融機関を当事者とする債権の譲渡および質入れ——フランスにおける最近の動向」金融法研究七号（一九九一年）五八頁以下、および金融法研究資料編（6）（一九九〇年）五〇～六九頁。次いで筆者の紹介として、「ダイイ法に関する判例の展開（海外金融法の展開——フランス）Ⅰ～Ⅲ」金融法研究一四号（一九九八年）一四四頁以下、同一五

号(一九九九年)一四六頁以下、同一八号(二〇〇二年)一三三頁以下がある(いずれも池田・前掲注³²⁾『債権譲渡と電子化・国際化』〔債権譲渡の研究第4巻〕二九七頁以下所収)。同法による債権譲渡は、今日のフランスでは非常に多く用いられ、*cession simplifiée* (簡易化された譲渡)として教科書等でも詳細に記載されている。

(48) 実はこの点は現代日本の債権譲渡法理を考えるうえで非常に興味を引く点である。つまり、筆者の観点では、日本の民法典や民法施行法による債権譲渡におけるデジタル化(電子契約による完結)を妨げる中心となっているのが、譲渡制限特約の存在と対抗要件の重さ(電子確定日付を含む、確定日付付与権限の限定)なのである。ダイイ法は、対抗要件を簡素化しているので、判例が譲渡禁止特約を禁じればデジタル化の障害は二つともなくなるわけである。この点はまた別稿で論じたい。

(49) フランス民法典の二〇一六年改正で、形式的には譲渡禁止の取り決めも認められたのだが、少なくとも、フランスの主要な債権法(*Obligation*)の体系書を見る限りでは、いまだに債権譲渡禁止特約について多くの記述は見られない。契約自由という観点での導入ということくらいで、大きな論点にはなっていないようである(もともと職業債権についてのダイイ法と、本文に掲げた商法典の規定があるので、フランス民法典の債権譲渡規定は、一般商事取引における債権譲渡による資金調達に関しては、すでに重要性を失っていることからすれば当然であろう)。筆者の参照した、二〇一六年改正対応の新しい債権法の体系書として、Gailor Rabu, "Droit des obligations", *Ellipses*, 2016, p.440 et suivant. 別分野の改正だが二〇一八年の改正まで対応しているものとして Philippe Delebecque et Frédéric-Jérôme Pansier, "Droit des obligations", 9^e éd., 2018, p.190. 二〇二五年八月四日改正まで対応したものとして Alain Bénabent, "Droit des obligations", 21^e éd., 2025, p.580 et suivant.

一方で、債権譲渡推進法であるダイイ法による譲渡については、従来からかなりの記述がなされているものが多い。ここで一点指摘しておくべきは、フランスはダイイ法という債権譲渡形式自体の特別法を作って、民法によるのとは別の形式と簡易な対抗要件による債権譲渡を可能にしたのに対して、日本の債権譲渡特例法は、譲渡形式は民法によるままで、ただその民法の中で第三者対抗要件の取り方だけを簡略化した特例法であった。かつ、日本法ではいまだに民法にしか債権譲渡規定が置かれていない(経済産業省の産業競争力強化法も民法の第三者対抗要件の特例法である)。これは米独仏のいずれとも異なる状況であるということを繰り返して強調しておきたい。

(50) 二〇二〇年二月三日制定の商法典の規定については、池田・前掲注(11)論文「再説・民法改正と債権譲渡の「権利行使要件」——「對抗要件具備時」の真の問題」の三五頁と四三頁注(31)。管見の及ぶ限りではこれまで日本の民法学の論文ではこの規定の紹介がなかった。

(51) 得津晶「民法と商法の規定内容と適用範囲——包括的不当条項規制を素材に」月報司法書士六三一号(二〇二四年九月号)六六頁とそこで引用される鳥山恭一「商法典」日仏法学二三号(二〇〇五年)二五五頁以下、松井智予「フランス商法典の概観」NBL九三五号(二〇一〇年)七〇頁、笹岡愛美「フランスにおける『商法典』」NBL九三五号(二〇一〇年)五九頁、増田史子「比較法」清水真希子・高橋美加編『商法総則・商行為法の現在』(有斐閣、二〇二四年)一九三頁以下、得津晶「商法典を置く意義」民商法雑誌一五八巻一号(二〇二二年)九頁以下、一四頁以下参照。

(52) 得津・前掲注(51)「民法と商法の規定内容と適用範囲」六七頁。

(53) 得津・前掲注(51)「民法と商法の規定内容と適用範囲」六七頁とそこに引用される、フランス競争法の概要についての杉崎弘「フランス競争法の基本構造」一橋法学二二巻一号(二〇二二年)六三頁以下および公正取引委員会ウェブサイト「世界の競争法・フランス(France)」(https://www.jftc.go.jp/kokusai/worldcom_alphabetic/f/france.html参照)。

(54) この「振興基準」と次に掲げる経済産業省の契約書のひな型などを取り上げるのは、学者の目配りが届いていないところであり、実務家研究者としては当然の言及なのかもしれないが、高橋氏に敬意を表したい。

(55) 筒井・村松・前掲注(5)一六一頁。ただし本稿では、後述するように、その債務者の「弁済先固定の利益」が、世界の主要国の債権譲渡規定と比較すると果たして債務者の「保護法益」として適切なものかどうかを論じる。

(56) 筆者の提唱する「ビジネス法務学」は、企業や金融機関の利益を追求するものではなく、「持続可能社会」の実現を第一義と考え、市民から企業、自治体、国に至るまでの各ステークホルダーの「創意工夫」を「契約」という自ルール創りでつないでいくことを、Legal Businessとして探究する学問である。池田眞朗『ビジネス法務学の誕生』(慶應義塾大学出版会、二〇二四年)、同『着眼と実践 新しいビジネス法務学——変革の時代へ「持続可能法務」を提言』(第一法規、二〇二五年)等を参照。直近発表の論文は、池田眞朗「ペロプスサイト型太陽光発電シ-

トのビジネス法務学——「超高度自給自足社会」の提言」武蔵野法学二三号(二〇二五年)三九頁以下である。

(57) 筒井・村松・前掲注(5)一六五頁。ただしこの筒井・村松の記述「見知らぬ第三者との取引を強いられるといった事態を防止しようという債権者の期待は、その限度では合理的なものである」という価値判断が、後に掲げる明治民法の法典調査会で磯部四郎が批判した内容(後掲注(59)参照)と全く変わっていないことに留意したい。

(58) 法制審議会民法(債権関係)部会第七回会議事録はインターネットで閲覧が²⁹⁾。https://www.moj.go.jp/shingil/shingikai/saiken.html

(59) 明治二八年三月二二日に開催された第七二回法典調査会で、磯部四郎委員が、「是迄債権ノ譲渡トカ何トカ云フ事柄ヲ大変人ハ嫌ヒマスルケレドモ併ナガラ自己ガ約束ヲ守ツテ借リタ金ヲ返シテ往ケバどんな債権者ガ代ツテモ決シテ恐コトハナイ(中略)例ヘバ私が未ダ期限ノ到来セザル所ノ債権ヲ持テ居ル然ウシテ又私が他ニ負債ガアル夫レデ此債権ノ譲渡ガ自由ニナツテ居レバ自己ノ債務ヲ弁償スルガ為メニ自分ノ債権ヲ他ニ譲渡スコトハ自由ニ出来マスケレドモ若シ此禁止法ガ行ハレルト云フト必ズ私が私ノ債権者ニ向テ弁済ラシヤウト思ヘバ私ノ持テ居ル債権ノ強制ノ譲渡ヲマタスケレバ自己ノ債務ヲ弁償スルコトガ出来ヌヤウナ都合ガ生ジマスカラ甚ダ實際ニ益ガナクシテ害ガアル」として、譲渡禁止特約(当時の条文は四六九条で、規定案は「(前略)特別契約ヲ以テ之ヲ禁シタルトキハ此限ニ在ラス 前項ノ特別契約ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」として、「特別契約」という表現が使われていた)の削除案を提出している。しかし賛成者がなく議長(箕作麟祥)が消滅したとした。前掲注(2)の商事法務版法典調査会民法議事速記録三卷五二二頁。

(60) 加えて言えば、UNCITRAL国際債権譲渡条約は、「金融サービス債権」を除外しているのであって、これは、預貯金債権というよりも、仕組み融資など、当事者を限定した融資なども含む概念であり、より広い資金調達業務(金融機関側からみれば融資業務)を想定している方策と考えられる。UNCITRAL国際債権譲渡条約の条文対訳は、池田・前掲注(32)『債権譲渡と電子化・国際化』(債権譲渡の研究第4巻)四三五頁以下。

(61) 岡本裕樹教授は、「本来は認められないはずの特約の第三者効として考察するのではなく、法律により基本的に第三者効を付与された債権譲渡禁止特約の射程をめぐる議論として取り上げられていた」と指摘する。岡本裕樹『契約は他人を害さない』ことの今日的意義(日本評論社、二〇二四年)六九頁。ちなみに岡本説では債権譲渡禁

止特約は「各事案に妥当する解決を得るために、他人を害する契約が認められるように映る場合」に入ることになる。同書三頁。

(62) なお先述のマイヤー助手によれば、ドイツでは債権的効力 (Schuldrechtliche Wirkung) という用語はあまり用いられておらず、一九九四年に立法されたHGB三五四a条の第二文における債務者の免責規定についても、ドイツでは、譲渡を当事者間では有効として(つまり禁止特約の効力を当事者間では否定したうえで) かつ債務者の保護を特別に図るという説明がされているようである(ドイツの相対的効力説(相対的無効説)でいえば、債務者のみはなお禁止特約の対外効を主張できるという論理であろうか)。したがって、HGBの規定は結果的に日本の債権的効力説に似るとしても、ドイツの議論の説明で「債権的効力」を使うとそれはまた混乱を生ずる危険性があると思われる(この問題は後続に予定する日本民法四六六条四項論で詳論したい)。

(63) 角紀代恵教授は、私とともに一九九八年制定の債権譲渡特例法の立案段階の研究会に参加したメンバーであり、当時私がフランス法型の、角教授がアメリカ法型の提案を論文として発表していた。山田誠一教授は、フランスが職業債権の資金化を容易にする目的で對抗要件を緩和したダイイ法(本文前述)を我が国に紹介した。いずれにしても、これらのメンバーからは債権譲渡による資金調達の観点が語られたはずである。

(64) 池田真朗「民法四六七条におけるボアソナードの復権」『明治法制史政治史の諸問題』(手塚豊教授退職記念論文集)(慶應通信、一九七七年)一〇三九頁以下(同・前掲注(39)『債権譲渡の研究』一〇頁以下所収(該当頁は一九三四頁))。

(65) 下級審では譲受人の譲渡禁止特約に関する「調査義務」を設定し、それが果たされなければ重過失、と構成する裁判例が現れていた(最高裁でも上告棄却・不受理の形で結論が肯定されている)。池田真朗「判批・大阪地判平成一五年五月一五日」判タ一一五〇号(二〇〇四年)八七頁以下、「判批・最決平成一六年六月二四日」金融判例研究一五号(金融法務事情一七八号)(二〇〇五年)三四頁以下。いずれも、「債権譲渡禁止特約の存在と譲受人の重過失の有無」大阪地判平成一五年五月一五日金法一七〇〇号一〇三頁、大阪高判平成一六年二月金法一七一一号三五頁、「債権譲渡禁止特約の存在を知らなかった譲受人に重過失があるとした原判決につき上告棄却・不受理決定」がされた事例——最小決平成一六年六月二四日金法一七二三号四一頁」として池田・前掲注(4)『債権譲渡の発展と特例

法』二〇九頁以下に収録。

(66) 筆者と角紀代恵教授については、民法（債権関係）改正準備段階の民法（債権法）改正検討委員会において懐疑的見解や慎重論を述べて法制審議会のメンバーから漏れた五名とされる中に数えられている。鈴木仁志『民法改正の真実』（講談社、二〇一三年）七四頁。

(67) その意味では、本文で掲げたフランスのダイイ法が「職業債権 *créance professionnelle*」という概念を採用しているのは適切である。

(68) 池田・前掲注(8)「行動立法学序説」七四頁以下の「民法典の変容——市民法から取引法・金融法へ」（池田・前掲注(8)「債権譲渡と民法改正」六一九頁以下所収）。なお教科書レベルでの記述として、池田・前掲注(22)参照。

(69) 別稿で論じる予定である、債権譲渡の電子契約での完結を阻害しているもう一つの論点である「確定日付」も、現状わが国では民法施行法が定める官公署や公証人・郵便認証司が付与権限を独占している。

(70) 前掲注(56)参照。

(71) 筆者が座長を務める、産官学連携で構成する任意団体である「デジタル証明研究会」は、その部会として「「商取引のトラストと金融」研究部会」を持っている。その部会で二〇二六年二月に、筆者の依頼で石岡克俊慶義塾大学法科大学院教授（経済法）に「中小受託事業者に対する債権譲渡禁止特約の反競争的性格」というテーマで報告をいただいた。その報告中で述べられたところでは、石岡教授が他の経済法学者に聞き取りをした結果でも、誰にも全く意識されていなかった論点ということであった（したがって、この石岡報告は、経済法分野でも先行業績の全くない、貴重なものとなった。筆者としては活字化を強く期待するところである）。また、同じ研究部会のメンバーである商法の得津晶教授は、現状では日本において商法典が競争法、とりわけ独占禁止法を取り込む可能性は著しく低いとしつつ、競争法規定の延長を私法が引き受けるという立法判断もありうるなどと、イノベティブな方向性を模索しておられる（得津・前掲注(51)「民法と商法の規定内容と適用範囲」六八頁）。