

債権流動化と債権譲渡の対抗要件

神 田 秀 樹
能 見 善 久

1. はじめに
2. 問題の所在
3. 現行法と実務
4. 現行法の問題点
5. 比較法
6. わが国における立法論

キーワード：債権流動化、債権譲渡の対抗要件、民法467条、特定債権法、証券化

ジャンル別分類：L

1. はじめに

本論文の目的は、債権の流動化に際して行われる流動化の対象となる債権のSPV（後述）への譲渡についての私法上の第三者対抗要件のあり方について、立法論的な検討を行うことにある。より具体的には、指名債権譲渡の第三者対抗要件を定めた民法467条についての特別規定を立法で導入しようとする場合に、留意すべき点は何かについて、民法の考え方との整合性や関係当事者の権利保護等の観点を重視しつつ、若干の基礎的な検討を行う。

2. 問題の所在

債権流動化の典型的な姿は、流動化の対象とする債権（通常は複数、それも多数の債権である場合が多い）を債権者が別の会社その他のSPV（special purpose vehicle）に譲渡するという形態で行われる。その狙いは、債権の流動化によって投資家に販売される商品（証券形態のものが典型であるが、それ以外の形態のものも含む）は、流動化の

本論文は、神田秀樹（東京大学法学部教授）、能見善久（東京大学法学部教授）が、平成7年12月7日に本行内で開催された「債権流動化を巡る法律問題」ワークショップで報告するために共同で作成した報告論文を、ワークショップでの議論などを踏まえて改訂したものである。

対象となる原債権（正確には原債権のキャッシュ・フロー）のみを引当てとする、その意味で「アセット・バック」とすることにある。以下、本論文では、このように、原債権の債権者がSPVにその債権を譲渡するという仕組みを想定する。

このような想定をすると、真に「アセット・バック」となるためには、債権者からSPVへの債権譲渡が私法上「譲渡」であり、¹⁾それが法律上第三者に対する対抗要件を備えたものでなければならない。なぜなら、債権者が倒産したような場合に、原債権が債権者の倒産財団に属することになってしまうと、「アセット・バック」とならないからである。

ところが、現在のわが国の法制のもとでは、上述のような債権者からSPVへの債権譲渡については、債権が私法上有価証券化されているか指図債権または無記名債権である場合を除いて、民法の指名債権譲渡に関する規定の適用があり、同法467条によれば、債務者への通知または債務者の承諾がなければ債務者その他の第三者に対抗できず（同条1項）、また、その通知または承諾を「確定日付ある証書」でしなければ債務者以外の第三者に対抗できない（同条2項）こととされている。²⁾とくに、後者、すなわち確定日付ある証書による通知または承諾を行うことは、債権流動化の実務では不可能であると言われてきた。

民法467条に関しては、これまでも民法学界においてさまざまな議論がなされてきており、³⁾また、債権の流動化との関係では、この条文の改正またはこの条文についての特別規定の導入が必要であると説く見解も実務家を中心に多数存在する。⁴⁾そして、後述する特定債権法は、特別法という形で民法467条の特則を設けて上述の実務上の課題を解決しようとした。ところが、特定債権法は、その適用範囲が限定されているうえ、同法による解決については、その後いろいろと批判もなされている。⁵⁾しかし、どのような形で解決がもっとも望ましいかという点、この点について具体的な立法論を展開

-
- 1) 本論文では、債権者からSPVへの債権の移転が私法上「譲渡」であることは前提とする。諸外国（とくにアメリカ）ではこの点は「true sale」の問題として議論があり、わが国でも学界で若干の議論がある。アメリカでの議論については、佐藤(1) [1995] p. 27以下参照。また、わが国での議論については、たとえば、椿 寿夫ほか[1994]参照。
 - 2) わが国の指名債権の対抗要件についての民法の規定の沿革を含めた本格的な研究として、池田[1993]がある。なお、債務者以外の第三者に対する対抗要件を具備していないと債権者が倒産した場合に管財人に対抗できないとした判例として、最判昭和58年3月22日判例時報1134号75頁。
 - 3) 民法467条の基本思想をめぐる議論、通知の同時到達の場合の扱い、将来債権・多数債権の譲渡の場合の対抗要件の問題などが議論されてきた。池田[1993]、伊藤[1994] p. 9頁以下、山田[1994] p. 15以下など。
 - 4) 片岡[1994] p. 21以下、山川[1993] p. 28以下、佐藤(6) [1995] p. 58。なお、山田[1994] p. 16も、現行の規定が債権流動化にとって桎梏となっていると同時に、対抗要件を緩和する場合に考慮すべき問題を検討する。
 - 5) 代表的なものは、千葉[1994] p. 415以下。

Ⅱ．報告論文

する論稿は、池田真朗教授のものを除いていまだほとんど見あたらない。⁶⁾

本論文も、具体的な立法の中身にまで踏み込むものではないが、債権譲渡の対抗要件についての立法論を検討する際に留意すべき基本的な論点を指摘し、考えられるいくつかの解決のしかたを提示しようとするものである。

3．現行法と実務

(1) 民法

現行民法467条によれば、指名債権の譲渡の債務者に対する対抗要件は債務者への通知または債務者の承諾（同条1項）、その債務者以外の第三者（以下たんに「第三者」と呼ぶ）に対する対抗要件は債務者への通知または債務者の承諾を確定日付ある証書で行うことである（同条2項）。

(2) 特定債権法

特定債権等に係る事業の規制に関する法律（以下「特定債権法」または「特債法」と略称する）は、同法の適用対象となる一定のリース債権およびクレジット債権（特債法2条1項2項）について、上記の民法の例外を定め、次のような「簡易な公告」を行うことによって当該債権の譲渡を債務者および第三者に対抗できることを認めている。

すなわち、債権流動化の計画について通産大臣の確認（特債法6条）を受けた特定事業者（本論文でいえば原債権の譲渡人）は、省令の定めに従い日刊新聞紙に公告をすることができ（同法7条1項）、この公告がなされたときは、当該特定債権（原債権）「の債務者に対して民法第467条の規定による確定日付のある証書による通知があったものとみな」される（同法7条2項）。そして、この場合、当該公告の日が確定日付の日とされる（同項）。譲渡人は、このような公告をするにあたり、原債権に関して省令で定める事項を記載した書面を通産大臣に提出することを要し（同法8条1項）、原債権の債務者、譲受人、譲渡人の債権者はこの書面の閲覧ができる（同法8条2項以下）。

なお、特定債権法は、同法の適用対象となる一定のリース債権およびクレジット債権（同法2条1項2項）について流動化を行う場合には、流動化の計画を通産大臣に届出ることを要求し（同法3条）、かつ、投資家保護のために、原債権の譲渡について対第三者対抗要件を具備することを義務づけている（同法5条）。この対抗要件具備強制をする一方で上記の簡易な公告および書面閲覧という制度を用意したわけである。この届出および対抗要件具備強制は、一定の大口投資家のみに流動化商品を販売するような仕組みの

6) 池田[1995]p. 99以下。金融法学会当日に行われた池田教授の報告については、金融法研究12号〔近刊〕。なお、池田[1996]参照。

場合には適用されないが（同法68条）、その場合でも、上記の計画確認を受ければ上記の簡易な公告および書面閲覧という対抗要件具備方法を利用することができる。

(3) 実務

わが国における債権流動化の実務における SPV に対する債権譲渡についての対抗要件（以下、単に「対抗要件」というときは、対債務者対抗要件および対第三者対抗要件の双方を含む）の取扱いの現状は次のとおりである。すなわち、まず、特定債権法の適用を受ける債権の流動化の実務においては、公募型（同法68条の適用のないもの）の債権流動化では同法により SPV への債権譲渡について対抗要件の具備が義務づけられ、同法による簡易な公告が行われている。また、同法の適用を受ける債権流動化のうち私募型のもの（同法68条の適用があるもの）については、対抗要件の具備は強制はされず、簡易な公告による対抗要件具備は当事者の任意とされているが、実務では、この方法によって対抗要件を具備する例がいくつか行われている。⁷⁾

これに対して、特定債権法の適用を受けない債権流動化（たとえば、金融機関による住宅ローン債権信託や一般貸付債権の流動化など）においては、債権の譲渡について民法467条に基づく対抗要件の具備は行われていない。⁸⁾ただし、当然のことながら、対抗要件を具備しないことで生じる可能性のある不利益についてはその負担を覚悟して行われている。

4. 現行法の問題点

(1) 民法

現行民法による対抗要件の具備については、流動化の対象となる債権（以下、原債権と呼ぶことがある）の1つ1つについて債務者への通知または債務者の承諾を必要とし、かつ、第三者に対抗するためにはそれを確定日付ある証書によって行う必要があるが、確定日付ある証書によってこれを行うことは実務上きわめて煩瑣であって、債権流動化の実務ではこれを行うことは現実には不可能に近い。また、債権流動化においては、原債権の譲渡後も、その取立ては譲渡人であるオリジネーターが行うのが通例であることと、債務者への事実上の配慮の必要があることとの理由から、確定日付ある証書

7) 以上の特定債権法の公告制度の利用実態については、日本資産流動化研究所[1995]p. 21参照。

8) 金融機関の一般貸付債権の流動化が認められるようになった当初は、大蔵省の通達で譲渡時の個別承諾ないし事前承諾を要求されていたが（大蔵省銀行局長通達「金融機関の一般貸付債権の流動化について」平成2年3月22日蔵銀521号）、その後この点は変更され、現在では債務者の承諾を省略する方法（サイレント方式）も認められるようになっている（大蔵省銀行局長通達「金融機関の貸付債権の流動化等自己資本比率向上策について」平成4年4月30日蔵銀800号）。

によらない債務者への通知または承諾についても、これを実行することには、譲渡人として抵抗がある場合が少なくないと言われている。

(2) 特定債権法

特定債権法は、上記のような実務上の要請に応えるために、先述したような簡易な公告という制度を導入した。この特定債権法は、わが国における債権流動化を支援する特別立法としてその意義は高く評価されるべきものと思われるが、同法による原債権の譲渡の対抗要件具備方法についての解決は、今後わが国においてより広い範囲での債権の流動化を支援する法制整備が望ましいという観点からすると、なお、次のような問題点をかかえていると考えられる。

すなわち、第1に、簡易な公告と書面の閲覧という形での公示方法は、閲覧の対象となる書面に記載される情報の内容という点で、真に第三者に対する公示として有効に機能しうるかという問題がある。もっとも、この点については、民法に基づく債権譲渡の場合でもその第三者に対する公示性が高いとはいえず、特定債権法による方法が民法における方法と比べて第三者に対する公示性という点で劣っているとは断言できない。

第2に、しかしながら、特定債権法による方法は、民法の考え方との間で、原理的な整合性を欠いているおそれがあると考えられる。とくに、債務者が知らない状態で債務者に対する対抗要件が具備されることとなる点は、民法の考え方と大きく異なる。債務者は、民法467条のもとでは、債権譲渡を知らずに譲渡人に弁済をするというリスクを負担しないのみならず、さらに、通知受領時までの間に譲渡人との間で生じた抗弁事由を譲受人に対抗できる（民法468条2項。なお、同1項参照）。ところが、特定債権法のもとでは、債務者の譲渡人に対する弁済については手当てがなされているものの（同法9条）、抗弁については、とくに明文の規定はなく、公告後に生じた事由を譲受人に対抗することはできないというのが同法の考え方のようにあり、もしそうだとすると、後述するように、その妥当性には疑問の余地がある。⁹⁾

第3に、特定債権法のもとで原債権の二重譲渡がなされたような場合の効果、また、二重譲渡が特定債権法による対抗要件を備えた譲渡と民法による対抗要件を備えた譲渡という形で生じた場合の効果が明確でないという指摘がなされている。¹⁰⁾ さらに、詳細は後述するが、民法のもとで二重譲渡が生じた場合の効果については、最高裁の判例理論によって先後基準が明確になっており、また譲受人が時間的先後を証明できないリスクもかなり狭いものとなっているが、特定債権法による公告制度のもとでは、この点が1日という幅をもつこととなる。

9) なお、金融機関の支店の営業譲渡の場合について、特定債権法と同じような公告による対抗要件具備が認められているが（銀行法36条2項など）、本論文では取り上げない。

10) 千葉[1994]p. 425

第4に、いうまでもないが、特定債権法はその適用範囲が一定のリース債権およびクレジット債権に限定されており（同法2条1項2項参照）、それ以外の債権の流動化の場合には、同法による公告制度は利用できない。また、同法による公告制度は、公示手段である書面は通産省に備えおかれるが、このような特定の行政庁を公示場所とすることは、今後広く債権の流動化についての制度的整備を行う際には、再考を要するものと考えられる。

5. 比較法

(1) アメリカ

債権譲渡の対抗要件は、各州の州法で定められているが、ほとんどの州が統一商事法典（UCC）を採択している。UCC 第9編によれば、わが国での指名債権に該当する債権の譲渡についての対抗要件は、登記所における簡易な登録である。なお、複数の債権群を譲渡するような場合には、登録においては、個々の債権を特定・列挙する必要はなく、債務者名を特定する必要もない。また、将来発生する債権についても、この登録を事前に行うことにより、将来債権の譲渡についての対抗要件を具備することが認められる。

債務者の保護については、債務者への通知を債務者に対する対抗要件としている（UCC9-318条3項。なお同4項）。¹¹⁾

(2) イギリス

イギリスでは、コモンロー上の権利と衡平法上の権利とが区別され、いずれについても、譲渡自体は譲渡人と譲受人との合意により効力が生ずるが、前者の譲渡の場合には、債務者への通知を行わないと債務者に対して対抗することができず（1925年財産法136条）、通知がないと、譲受人は、債務者から譲渡後に生じた反対債権による相殺の主張等の抗弁を受けるリスクを負う。他方、コモンロー上の権利の譲渡でなく衡平法上の権利の譲渡であっても、譲渡人の債権者との関係では譲受人は譲渡を主張できると解されているが、後者すなわち衡平法上の権利のみの譲渡の場合には、その後譲渡人からコモンロー上の権利が善意の第三者に譲渡が行われると、最初の譲受人は衡平法上の権利取得を善意の第二譲受人に対抗することができないとされている。¹²⁾

11) 以上については、たとえば、角[1994]p. 31以下、佐藤(6)[1995]参照。

12) 以上については、たとえば、Bonsall[1990]p. 13以下参照。

(3) ドイツ

ドイツ民法のもとでは、債権譲渡は譲渡人と譲受人との合意だけで効力を生じ（同法398条）、債務者以外の第三者に対抗することができる。したがって、二重譲渡や債権差押があったような場合には、先に債権譲渡の合意がなされていればその譲受人が優先する。

債務者に対する関係については、譲渡自体は譲渡の合意で効力を生ずるが、債務者は譲渡までに旧債権者に対して取得した抗弁を新債権者に対して主張できる（同法404条）。債権譲渡後に生じた抗弁事由についても、債務者が悪意の場合を除いて、新債権者に対して主張できる（同法407条）。なお、相殺については、譲渡前に反対債権を取得し譲渡後に相殺を主張する場合はもちろん、反対債権の取得が譲渡後であっても債務者が譲渡を知らなかったような場合には債務者は相殺をもって新債権者に主張することができる（同法406条）。¹³⁾

(4) フランス

フランス民法のもとでは、債権譲渡の対抗要件は対債務者、対第三者を含めて執行吏による送達または公正証書による承諾である（同法1690条）。

この民法の規定についての特別規定を導入した立法が、1981年に制定されたいわゆるダイイ法である。ダイイ法のもとでは、その適用対象となる「職業債権」について、譲渡人が明細書に譲渡債権を記載して署名をし、それを譲受人である金融機関に交付し、それに譲受人である金融機関が日付を記入すると、それによって（明細書の日付において）譲渡の効力が生じかつ対抗要件が具備される。

債務者との関係では、債務者に通知をしないと、債務者が譲渡を知らないで旧債権者にした弁済は有効とされる。また、通知をした場合でも通知までに生じていた抗弁事由は新債権者に対抗できる（同法5条）。なお、債務者による譲渡承諾証書（同法6条）がある場合には、債務者のすべての人的抗弁が新債権者との関係では切断される。¹⁴⁾

このダイイ法で採用された債権譲渡の対抗要件具備方法は、その後、1988年に債権流動化を支援するために制定されたいわゆる FCC（債権共同基金）についての特別立法においても採用されている。¹⁵⁾

(5) 小括

指名債権譲渡の対抗要件について、諸外国の規定とわが国の特定債権法の規定のポイントを要約すると、次のとおりである。

13) 以上については、たとえば、Schlechtriem, [1992] pp. 259-278 参照

14) フランスのダイイ法の内容や意義については、山田[1990]p. 50以下、山田[1991]p. 58以下参照。

15) FCC については、たとえば、Le Hir[1994]参照。以下、特別立法のうち FCC に関する部分を FCC 法と略称する。

イ．第三者に対する対抗要件

(イ) 公示・公告型（アメリカ法、特債法）

アメリカ法および特定債権法はいずれも公示・公告という形を要求するが、その公示・公告内容（特定債権法では閲覧の対象となる書面の記載事項）は譲渡対象債権についての詳細な情報が逐一記載されるわけではない。その意味では、公示・公告は債権譲渡についての情報収集の手掛かりとなるにすぎないとも言える。アメリカ法および特定債権法は譲渡人の住所・氏名を公示・公告するため（特定債権法のもとでは譲受人の住所・氏名も公示される）、これらの制度のもとでの考え方は、わが国の民法との対比で言えば、第三者との関係では、わが国の民法が債務者を「インフォメーション・センター」とする考え方であるのに対して、譲渡人を「インフォメーション・センター」とするという考え方であり、第三者は詳細は譲渡人に問い合わせるべきであるという考え方を基本としていると考えられる（特定債権法のもとでは譲受人についてもこのことが言える）。

(ロ) 証券的債権型（ダイイ法）

ダイイ法は、「職業債権」について、先のように債権譲渡の対抗要件について民法の特則を認めたものであるが、明細書の交付と譲受人による日付の記入をもって効力要件としていることにかんがみると、第三者に対する対抗要件について民法の特則を設ける以前に、譲渡の効力要件についても民法の特則を設けたこととなり、そこでの考え方は、同法による債権譲渡の場合には債権を証券的債権と同様に取扱うことを指向しているとみることができる。

(ハ) 不要型（ドイツ法、イギリス法）

ドイツ法やイギリス法は、債権譲渡の対第三者対抗要件としては何も要求していない。このことは、第三者との関係では、何も要求しない（もっとも債権譲渡の効力発生時は明確である必要がある）という考え方も理論的には十分成立しうることを示している。

ロ．債務者に対する対抗要件

(イ) 通知型（アメリカ法、ダイイ法、イギリス法、ドイツ法）

上記のように、債務者に対する対抗要件としては、通知を要求する法制が多い。なお、ドイツ法は債務者の現実の知・不知（あるいは悪意）を問題とし、他の法域でもこれが問題となる場面はあり、このことと通知を要求する法制とは理論的には区別されるべきであるが、ここではおおざっぱに「通知型」として分類しておく。債務者保護という観点からは、法が通知を要求するという意味は、債務者の悪意を擬制するという意味であり（公示・公告の場合には、次に述べるように、これをつねに擬制してよいかということが問題となる）、通知を要求しない場合には善意の債務者は保護されなければならないということを意味している。また、わが国の民法を始め多くの法

Ⅱ．報告論文

域では債務者の承諾をも対抗要件としているが、承諾とは何か、また、承諾の効果として譲渡後（あるいは承諾後）に旧債権者との関係で生じた事由を新債権者に主張できないこととするか否かについては法制は分かれており、理論的にもいろいろな考え方がありうることを示唆している。

（ロ）公示・公告型（特償法）

公示・公告型の場合に問題となるのは、債務者に公示・公告をチェックする義務を負わせる（その意味で債務者の悪意を擬制する）ことが妥当かという問題である。特定債権法は、上述のように、公告をチェックしない（書面を閲覧しない）債務者による旧債権者への弁済については、流動化のスキームそのものについて旧債権者をサービサーとすることを要求することによって、債務者を保護するが（同法9条）、上述のように、債務者による抗弁事由の主張の可否については、法文上は明確ではなく、同法7条2項を素直に読めば、公告の日の後に取得した事由は新債権者に対して主張できないということになりそうである。

ハ．対抗要件簡素化の対象となる債権の範囲

①職業債権（ダイイ法）、②金融機関および保険会社の債権（FCC 法）、③リース・クレジット債権（特償法）といった限定のしかたがみられるが、その際、②③は、流動化についての仕組み規制があることを条件としている点に留意する必要がある。

6. わが国における立法論

以上に基づいて、わが国において、一定の条件をみたした指名債権についてその対抗要件具備の方法を民法の要求する方法よりも簡素化することを考える場合、検討すべき点は多々あると考えられるが、主要な点として、本論文では、次のような点を検討することとしたい。

（1）基本的な視点

5. で概観した諸外国の法制から示唆される点は、債務者に対する対抗要件と第三者に対する対抗要件とは、それぞれの利害状況にかんがみると、原理的には別個の意義を有するのではないかということである。もちろん、実際につねに別個でなければならないというわけではないが、利害状況が異なる以上、理論レベルで検討を行う際には、別個に検討を行うことが有益であると考えられる。

現在のわが国の民法の対第三者対抗要件（民法467条2項）は強行規定であると解されており、¹⁶⁾ 異論がない。したがって、立法によってこの点についての特別規定を設ける

16) たとえば、東京高判平成5年12月22日判例時報1482号104頁参照

ことを検討する際には、第三者の利益保護のあり方、現在の債務者をインフォメーション・センターとする考え方を変更することの可否、公示・公告の意義などについて詰めた検討を行う必要があると考えられる。

これに対して、債務者に対する対抗要件については、見解が分かれている。債務者をインフォメーション・センターとする現行民法467条の構造のもとでは、債務者への通知・承諾が第三者に対する対抗要件と不可分に結びついているので、467条2項のみならず、同条1項も強行規定と考えるべきであるという説も有力である。¹⁷⁾ 古い判例の中にはこれと同旨のものもある。¹⁸⁾ しかし、通説は、民法467条1項の趣旨が債務者保護にある以上、債務者自身がその利益を放棄することは可能であると考えている。¹⁹⁾ すなわち譲渡債権や譲渡人が特定している場合には、債務者による事前の承諾も可能であると解されているし（債務者自身が十分内容を理解したうえで承諾するならば、譲渡債権や譲渡人が特定している必要はないであろう）、また、対抗要件を不要とする特約も有効であると解されている。²⁰⁾ 現行法のもとでの対立はともかく、立法論の視点から見ると、対第三者対抗要件と対債務者対抗要件を切り離した場合には（たとえば、対第三者対抗要件は公告により、対債務者対抗要件は債務者に対する通知・承諾とした場合）、前記少数説の立場に立っても、対債務者対抗要件については債権者・債務者間の特約で排除できるとする制度を否定することにはならないであろう。なお、通説の立場に立脚し、債務者の対抗要件不要特約の承諾を認めるとしても、その効果として、その承諾前に旧債務者との関係で生じた抗弁事由を新債権者に対して主張することをも制限すべきか否かについては慎重な検討が必要であると考えられる。すなわち、少なくとも現行法のもとでは、上記のような承諾があったとしても、当然に「異議なき承諾」（民法468条1項）があったと解すべきではない。したがって、対債務者の対抗要件について立法によって民法の規定の特則を設けることを検討する際には、債務者の利益保護についてどのような手当てをすべきかが検討されなければならない。

(2) 第三者に対する対抗要件

5. で概観した諸外国の法制を参考とすると、第三者対抗要件については、不要型（ドイツ、イギリス）、公示・公告型（アメリカ、特定債権法）、証券的債権型（フランスのダイイ法、FCC法）という3つのタイプがある。なお、フランス民法やわが国の現行民法は債務者への通知や債務者の承諾を公示方法としているという意味で、ここでは公示・公告型に含めておきたい。

17) 池田[1993]p. 51、平井[1994]p. 140。

18) 大判大正10年2月9日民録27輯244頁は、債権者・債務者間の通知不要の特約を無効とした。

19) 我妻[1964]549頁、西村（編）[1965]p. 376（明石三郎執筆）、林・石田・高木[1982]p. 446。

20) たとえば、林・石田・高木[1982]p. 446。

II. 報告論文

これらの3つのタイプの優劣を比較する際のポイントとしては、①取引の安全がどのように確保されるか、②二重譲渡がなされた場合に、先後（優劣）を決める基準は明確か、③そのような先後基準は判断が容易か（換言すれば、当事者が先後を証明できないリスクはどの程度か）、という3点が重要ではないかと考えられる。

第1の対抗要件不要型は、①の取引の安全は考慮しない。②の先後基準は明確であるが、③の先後の証明はかなり困難ではないかと思われ、そうだとすると、結局、先後基準が有効に機能しないおそれがある。

第2の公示・公告型は、いうまでもなく、ある程度の取引の安全の保護を考慮して、公示・公告を要求するものと考えられる（なお、公示機能を認めると、それに対応して公信制度を設けるべきか否かの問題が生じ、わが国における債務者の異議なき承諾はその例であるが、この点についてはこれ以上立ち入らない）。②の先後基準については、特定債権法の公告制度のような場合には、先後基準に1日という幅があることになる点に留意すべきである。民法のもとでは、最高裁の判例により、二重譲渡があった場合の先後は確定日付ある通知の到達時点という1時点で決まるが、²¹⁾ 特定債権法では幅があることとなり、1日の幅のなかで同時に対抗要件を備えるという場合が生じうることとなる。③の先後基準の判断の容易性については、わが国でいえば、民法のもとでの先後基準、特定債権法の公告制度のもとでの先後基準のいずれについても、それなりに判断が可能であるように思われる。²²⁾

第3の証券的債権型の場合には、取引の安全の保護のための公示方法として書面の交付が原則となる。ダイイ法でこの書面は有価証券ではなく「明細書」であるが、このような証券的債権型の場合には、完全ではないが、先後基準は明確で、またその判断も容易であるように思われる。

最後に、わが国において立法論を検討する場合には、上記の3つのタイプの優劣を純粹に比較するだけでは十分ではなく、現行の民法の規定が存在するという状態で特別規定を導入するとどのような問題が生じるかという点についても検討をしておく必要がある。具体的にいえば、民法による債権譲渡がある一方で特定債権法による債権譲渡があるような場合には、債権を取引対象としようとする者は両方の公示・公告をチェックしなければならない。このような2重のチェックを要求するのは過大な負担を負わせることとなって適切とは思われない。このような2重のチェックを要求しない方策としては、たとえば、第1に、特別な方式で譲渡ができる場合には民法の規定を適用しないこととすることが考えられる。これにも、①特別な方式が適用される領域については民法の適用を排除する、②個々の譲渡の際に当事者に両方の方式のいずれかを選択させ、選

21) 最判昭和49年3月7日民集28巻2号174頁。

22) 先後不明の場合につき、最判平成5年3月30日民集47巻4号3334頁は、譲受債権額の割合で按分比例すべきであるとする。

択されなかった方式についての規定は事後適用しないこととする等の途がある。現在の特定債権法は、このいずれの途も採用していないので、2重のチェックという負担を生じさせている。そこで、理論的には、2重のチェックを要求するとすれば、第2に、特別な方式で譲渡できる債権の範囲を相当程度限定することとし、その範囲の債権を取引対象とする者には2重チェックの負担を求めることとする反面、それ以外の債権については特別方式を認めないという行き方も、それなりの合理性があるものと思われる。特定債権法はその対象となる債権を限定しているので、この第2のアプローチに立っているものと理解できる。いずれにせよ、将来、立法論を検討する場合には、この2重チェック負担という問題について十分な検討が必要であるように思われる。

(3) 債務者に対する対抗要件

債務者に対する対抗要件について検討を行う際には、債務者による譲渡人への弁済という局面だけでなく、上述したように、どの時点までに発生した譲渡人に対する抗弁事由を譲受人に主張できるかという局面にも留意する必要がある。²³⁾ とくに、銀行の貸付債権の流動化のような場合には、債務者の反対債権による相殺という利益について慎重な検討が必要であるように思われる。そして、この点で、たとえば特定債権法の公告制度のように、債務者が当然には知りえないようなところで債務者に対する対抗要件具備の効果も生ずるという制度を採用することは、民法との原理的整合性という観点から疑問の余地がないではない。

債務者に対する対抗要件については、諸外国の法制を参考とすると、通知型と公示・公告型に区分することができ、さらに債務者の承諾の取扱いが問題となる。以下、もっとも重要なポイントと考えられる債務者の抗弁が切断されることを正当化する理由を検討してみたい。通知型は個々の債権譲渡についての個別悪意、公示・公告型は悪意の擬制が、それぞれ抗弁切断を正当化する根拠となるものと考えられるが、悪意の擬制は、上述したように、抗弁切断を正当化する根拠としてはやや問題があるように思われる。したがって、抗弁切断を正当化するためには、個別悪意かさもなければ承諾が必要であるとするのが妥当と考えられる。

承諾については、どの範囲でこれを認めてよいか、また、どのような承諾ないし特約であれば不当ではないか等が問題となる。この点について、第1に、わが国の通説は、債務者に対する対抗要件は債務者保護のためのものなので債務者が同意すればその利益の放棄を認めてよいと解している。²⁴⁾ また、前述のように、最近そのような特約は債務者との関係でも無効であると解する見解があるが、この見解は債務者への対抗要件は

23) アメリカにおけるこの問題につき、佐藤(2) [1995] p. 39参照。

24) たとえば、我妻[1964] p. 549。

Ⅱ．報告論文

第三者への対抗要件のベースとなっていることを前提とするものであって、本論文で検討しているように、第三者に対する対抗要件と債務者に対する対抗要件とを分離とした場合には、この見解によっても債務者に対する対抗要件については債務者が承諾すればその利益の放棄を認めてよいということになるものと思われる。

そこで、第2に、どのような承諾ないし特約であれば有効と解してよいかが問題となる。この点については、まず、事前か事後かという点が重要と思われる。事前とは債権の成立時、事後とは債権成立後、譲渡前という意味である。また、承諾ないし特約の内容にかんがみて、対抗要件に関する特約（対抗要件自体を不要とする特約、債務者に対する対抗要件を公示・公告型に変更するような特約など）、抗弁を排除する特約（たとえば相殺を制限する特約）といった分類をして検討を行う必要があるように思われる。

わが国の現行私法は、民法467条による通知・承諾を基礎としたうえで、次のような規定を設けている。すなわち、第1に、債務者が「異議なき承諾」をした場合には、債務者は譲渡人に対するすべての抗弁事由を譲受人に対抗できなくなる（民法468条1項本文）。第2に、証券的債権、すなわち指図債権および無記名債権の債務者は、譲渡人に対する「人的抗弁」を善意の譲受人に対して主張することができず（民法472条、同473条）、また、有価証券の場合には、債務者は譲渡人に対する「人的抗弁」を善意の譲受人に対抗することはできない（手形法17条など）。

フランスのダイイ法は、実質的には、同法の適用対象となる「職業債権」をこのような意味で「証券的債権」として取扱うことを意味しているものと考えられる。この考え方を押し進めると、証券「的」債権として、一定の条件を満たした指名債権については、一定時点以降に生じた譲渡人に対する抗弁事由について譲受人への対抗を制限するという考え方も成り立ち得るものと考えられる。その際には、債務者による何らかの形での事前承諾のようなものを要件とすることが考えられる。そして、証券債権であれば一切の人的抗弁を切断する効果があるが、この場合には、たとえば譲渡後の抗弁事由の主張を制限するという行き方を採用することも考えられる。

（4）対抗要件簡素化の対象となる債権

わが国において、一定の条件を満たした指名債権について、その対抗要件具備の方法について民法の特別規定を設け、簡素化を行うことを検討する場合においては、そのような条件として、債権の流動化の実体に即して、一定のいわゆる仕組み規制を施すのが適切かという論点がある。しかし、ここでは、そのような論点については省略することとし、純粹に私法上のレベルにおいて簡素化を考える場合に考えられる方向性について一般的な指摘をしておきたい。

簡素化の対象となる債権の範囲の定め方については、①目的による限定、②主体による限定、③債権の性質による限定といった選択肢が考えられる。

①は、当該債権譲渡の目的を限定し、たとえば資金調達目的での債権譲渡とするといった方法である。しかし、たとえば資金調達目的といった限定のしかたは、理論的には正当な面があるが、実際にはいかなる場合であっても資金調達ニーズがあるということが可能であり、したがって、実効性がないのではないと思われる。

②は、債権譲渡の関係当事者に限定を加えるという方法である。フランスのダイイ法は、譲受人を金融機関としており、また FCC 法は譲渡人を金融機関および保険会社としている。しかし、わが国では、私法レベルにおいてフランスのような形での主体の限定をすることは、現行制度との整合性という観点から困難であると思われ、主体の限定を検討するとする場合には、わが国の現行私法体系と整合性のとれた形での限定のしかたを検討する必要があるものと思われる。

③は、債権自体の性質に限定を加えるという方法である。フランスのダイイ法は「職業債権」という形での限定を加えており、また、FCC 法や特定債権法も一定の限定を加えている。わが国の私法レベルにおいて、このような限定を加えることは、現行制度との整合性という点では①や②と比較すると一番自然な途であると思われる。たとえば、「商行為によって生じた債権」（商法522条、同514条、同516条等参照）という形で限定を加えることは、現行私法体系との整合性という点での問題はないと考えられる。

(5) その他

以上に検討した点のほかにも、検討を要すべき点は多々ある。たとえば、将来債権の譲渡についての取扱いをどうすべきか、²⁵⁾ 貸付に際して債務者から手形を徴取している場合にどう扱うか、当該債権に保証が付されている場合をどう考えるべきかといった問題は重要な問題と思われる。また、公告制度のような制度を検討する場合には、公示の具体的内容（とくに当該債権についての情報の詳細さ）や公示の場所等についての十分な検討が必要である。ここでは、これらのうち、保証に関して若干敷衍しておきたい。

保証債務については、その付従性により、債権譲渡の場合には債務者に対して対抗要件が具備されると保証人に対しても当然に対抗要件が具備されたこととなる。しかしながら、この付従性には重大な例外があり、保証債務の成立後に主債務が過重された場合には、保証債務は当然には過重されない。²⁶⁾ この考え方によれば、前述した債務者による特約ないし承諾についても、債権成立時点における特約ないし承諾はともかく、それ以後の時点における特約や承諾については、その効果を当然に保証人に及ぼすことはできないということになる。この点でも、前述した債務者の特約ないし承諾が事前か事後

25) 山田[1994]p. 17以下

26) 我妻[1964]p. 465

Ⅱ．報告論文

かという点は重要な論点となる。

以 上

〔 神田 東京大学法学部教授 〕
〔 能見 東京大学法学部教授 〕

【参考文献】

- 西村信雄（編）、『注釈民法11巻』、有斐閣、1965年
池田真朗、『債権譲渡の研究』、弘文堂、1993年
——、「指名債権譲渡法理の再検討——今日の課題と民法理論——」『金融法研究資料編（11）』、1995年
——、「債権流動化と債権譲渡の対抗要件（上）・（下）」『NBL』585、586号、1996年
伊藤 進、「債権譲渡通知・差押通知の同時到達をめぐる問題点」ジュリスト1040号、1994年
片岡義弘、「特定債権法における『みなし対抗要件』規定と民法467条」、『ジュリスト』1040号、1994年
角 紀代恵、「アメリカ合衆国における債権譲渡対抗要件」、『ジュリスト』1040号、1994年
佐藤正謙、「金融資産の証券化に伴う実務上の問題点」（1）～（6）『NBL』568、571、573、574、576、578号、1995年
千葉恵美子、「特定債権事業規制法に基づく債権譲渡と差押——公告によるみなし対抗要件と民法四六七条の対抗要件の優劣」『阪大法学』44巻2=3号、1994年
椿 寿夫ほか、座談会「債権譲渡担保から債権売買へ——その法理と実務上の諸問題——」『金融法務事情』1387号、1994年
日本資産流動化研究所、「SFI会報9号」、1995年
林 良平・石田喜久夫・高木多喜男、『債権総論改訂版』、青林書院新社、1982年
平井宜雄、『債権総論第2版』、弘文堂、1994年
山川萬次郎、「債権流動化と新しい対抗要件取得の方法」『金融法務事情』1348号、1993年
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」『金融法研究資料編（6）』1990年、『金融法研究』7号、1991年
——、「多数債権および将来債権の譲渡と対抗要件」『ジュリスト』1040号、1994年
我妻 栄、『新訂債権総論』、岩波書店、1964年
Bonsall, David C., Legal Aspects and Consideration, David C. Bonsall, ed., *Securitisation*, 1990.
Le Hir, Christian, *Le Fonds Commun de Créance*, 1994.
Schlechtriem, Peter, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 1992.