

# ジュリスト

8

2018 August

#1522

昭和27年2月6日創刊(種別変更特許認可) 平成30年8月1日発刊(毎月1回1日発行)



[座談会]  
 山下友信  
 洲崎博史  
 木下孝治  
 遠山優治  
 山下信一郎

金岡京子  
 白井正和  
 潘 阿憲  
 伊藤雄司  
 肥塚肇雄

特集 Special Feature

## 保険法の現状と新たな課題

連載 働き手・働き方の多様化と労働法 / 債権法改正と実務上の課題  
 知的財産法とビジネスの種 最高裁時の判例

contents	title	number
連載	債権法改正と実務上の課題	08

## 債権譲渡制限特約

### I. 従前の規律・実務上の問題点

**深山** 本日は、債権譲渡制限特約付債権をめぐる問題について意見交換をさせていただきたいと思います。意見交換にあたり、「債権譲渡制限特約付債権による資金調達は活性化するか」というテーマの下にいくつか設例が設けられておりますが、設例の検討に入る前に、少し従前の規律や今回の改正の内容について振り返ってみたいと思います。今回の改正において、債権譲渡制限特約の効力について見直しがなされました。すなわち、従前は、債権譲渡制限特約は、当事者間においてはもとより、第三者との関係においても絶対的な効力が認められており、特約違反の債権譲渡は第三者との関係においても無効と解されていたわけです。その点について、特約の効力を相対的な効力にとどまるものと見直し、特約違反の債権譲渡は有効であることが明記されました。

まず、従前の条文の解釈について山野目さんにお伺いしたいのですが、従前の条文はどのように理解されていたのでしょうか。

**山野目** 現行法の466条は、文理を整理して述

#### index

- I. 従前の規律・実務上の問題点
- II. 改正法の概要
- III. 設例の検討——譲渡制限特約違反の法的効果
- IV. おわりに——譲渡制限特約付債権による資金調達は活性化するか

べますと、いわゆる債権譲渡禁止特約がされている場合において、債権を「譲り渡すことができない」と定めていたことになります。一般に民事の法制において、「何々することができない」の文言は、その効果を否定する趣旨に理解されます。事態の性質に即して、例外の解釈がされる場合もあり、まさしくこの債権譲渡の場面についても異なる理解を示す学説がありますが、多くは債権譲渡の処分的効果そのものが否定されるという趣旨に理解してまいりました。

**深山** 今回の債権譲渡制限特約の効力の見直しは、債権担保による資金調達の促進を目的とするものと説明されておりますが、従来の規律において、あるいは従来の解釈においては、債権担保による資金調達というのは、どのような問題や支障があったのか、その中でどのような工夫がなされていたのかということについて、井上さんいかがでしょうか。

**井上** 譲渡禁止特約は強い債務者の要求で付されることが多いですから、譲渡禁止特約付債権は、一般に、債務者の信用力が高い債権です。典型的には、大企業に商品を納入することによって納入業者が取得する売掛債権などが挙げられます。多くの場合、債権者にとっては是非とも担保として利用したい財産です。

しかし、通常、そのような債権を担保に取る場合は、貸付人側からすると、譲渡禁止特約が付いているかどうかを確認し、特約が付いていれば担保としては評価せず、貸付けを差し控えることが一般的です。なぜなら、譲渡禁止特約が付いていることが分かると、悪意と評価されて、現行法の下では有効な担保を取得でき

	早稲田大学教授 <b>山野目章夫</b>		弁護士 <b>深山雅也</b>		弁護士 <b>井上 聡</b>
---	-------------------------	---	--------------------	---	--------------------

YAMANOME Akio MIYAMA Masaya INOUE Satoshi

case <b>設例</b>	債権譲渡制限特約付債権による、資金調達は活性化するか。
<ul style="list-style-type: none"> <li>☞ 債権者が、譲渡制限特約に違反して債権を譲渡した場合、債権譲受人は、誰に対して、どのような請求ができるか。</li> <li>☞ 債権者が、譲渡制限特約に違反して債権を譲渡した場合、             <ul style="list-style-type: none"> <li>① 債務者は、契約違反を理由に譲渡人たる債権者との取引基本契約を解除できるか。譲渡人たる債権者と債務者との間で、譲渡制限特約に違反して譲渡した場合は取引基本契約を解除できる旨の合意をしていた場合はどうか。</li> <li>② 債務者は、契約違反を理由に譲渡人たる債権者に対して損害賠償請求できるか。譲渡人たる債権者と債務者との間で、譲渡制限特約に違反して譲渡した場合は違約金として〇〇円を支払う旨の合意をしていた場合はどうか。</li> </ul> </li> <li>☞ 債権者が、譲渡制限特約に違反して債権を譲渡した後に、譲渡人たる債権者に破産手続開始の申立がなされ、その後に、債務者が譲渡人に対して弁済した場合、債権譲受人は、譲渡人の破産管財人に弁済金の引渡しを請求できるか。破産手続開始決定前の弁済と破産手続開始決定後の弁済とで結論は異なるか。</li> <li>☞ 金融機関が譲渡禁止特約付債権を担保として譲り受けて貸付けを実行した場合、金融機関は、譲渡人に債務者との契約に違反させる行為を促したことになり、金融機関としてのコンプライアンス（法令遵守義務）に反しないか。</li> </ul>	

ないからです。したがって、この手の債権は、価値の高い債権であるにもかかわらず、担保として利用されることが少なかったように思います。

そのため、実務上は、借入人が有する譲渡禁止特約付債権の回収について、貸付人・借入人・第三債務者の合意によって強い振込指定、あるいは代理受領といったアレンジをしたり、最近では、譲渡禁止特約付債権について自己信託を設定して、その受益権を担保に入れたりといった形で、実質的な排他的優先権を確保し、資金調達に利用している例があるように思います。

### II. 改正法の概要

**深山** 今回の改正においては、特約違反の債権譲渡を有効とした上で、特約について悪意又は重過失の譲受人に対しては、債務者は債務の履行を拒絶することができ、また譲渡人への弁済等を対抗できるということになりました。その趣旨について、山野目さんにお伺いしたいのですが、ここで言う「対抗できる」という意味合いは、どのように理解したらよろしいのですか。

**山野目** ご指摘の法文にある「対抗することができる」は、いわゆる対抗問題のようなことが

主題になっているものではなく、その事由がもたらす効果を前提とする法律関係を主張することができるということであり、事由が弁済であるときは、債権消滅の効果を主張することができます。この局面において、譲受人が債権消滅の効果を否定することができないということになるとすると、他に債権消滅の効力を争う者は考えられませんから、結局、債権は、弁済により消滅したということになるものではないでしょうか。

**深山** また、譲受人からの履行請求に対して債務者が履行しない場合に、譲受人が相当の期間を定めて譲渡人への履行を催告したにもかかわらず、その催告期間内に履行がなされないときには、債務者は、譲受人からの履行請求を拒絶できず、また譲渡人に対する弁済等を譲受人に対抗できなくなるという規律が設けられました。この規律の趣旨は、山野目さん、どのように理解したらよろしいのでしょうか。

**山野目** 債権譲渡制限特約というものが、一体何のためにするものであるかという債権譲渡制限特約の趣旨は、引き続き債務者が、当初の債権者に弁済することができる利益の保護ということであり、そのチャンスは、催告という仕方では債務者に提供されました。せっかく与えられたそのチャンスを活かすということではないならば、債権譲渡が有効であるという基本的な法律状態に帰り、譲受人の権利行使を認めなければならないということでありましょう。

**深山** 井上さんも同じようなご理解ということではよろしいですか。

**井上** はい、改正法は、現行法における債権譲渡禁止特約の効力が債務者の利益保護のために必要な限度を大きく超えている、過剰であるという価値判断に立って、特約の効力を債務者の利益保護のために必要十分な範囲にとどめようとして到達したルールだと理解しております。ここはその表れと言えるのではないかと思います。

**深山** また、譲渡制限特約が付された金銭債権が譲渡されたときには、債務者は、その債権額

の金銭を履行地の供託所に供託できるという規律も設けられました。この供託の規律については、山野目さん、どのように理解したらよろしいですか。

**山野目** 債権譲渡を考える際の基本的な心構えとして、債務者を不安定な状態に置いてはならないということがあります。譲受人に、悪意又は重大な過失があるかどうかは、債務者からしてみれば存じ上げない事項であり、その判断を誤ると弁済の効力が認められないという展開は迷惑であります。この厄介な法律関係から離脱する途が開かれています。しなければならないものではなく、「供託することができる」とされていることも注視しておきたいと考えます。債権者を確知することができないというのではなく、従来になかった新しい供託原因が登場したことを法務局の供託実務などに周知する施行準備が要請されます。

**深山** 井上さん、この点について何かコメントはございますか。

**井上** 基本的には同じ理解です。ただ、「不安定」の意味の問題かもしれませんが、債務者は譲受人に弁済すればよいと考えれば、必ずしも不安定な状態に置かれているわけではないとも言えます。強いて言えば、「譲渡人に弁済してもよいかどうかは不安だ」とは言えますので、この権利供託は、「知らない人に弁済したくない」という債務者の利益を保護するものではないかと思えます。

**深山** いわゆる債権者不確知を供託原因とする供託とは違うタイプの供託原因を認めたということだろうと思います。

さらに、新しい規律として、譲渡人について破産手続が開始されたときは、譲渡につき対抗要件を具備した譲受人たる債権者は、債務者に対し供託請求できるとの規律も設けられました。この規律については、山野目さん、いかが理解したらよろしいでしょうか。

**山野目** イメージを比喩的に述べますと、譲渡人の経済活動が順調である限り、債務者が譲渡人に弁済するお金は、譲渡人が手許にとどめる

理由がありませんから、譲渡人から譲受人に渡され、そのような仕方で幸福なお金の循環を想像することができます。譲渡人の事業が不成功ということに帰するならば、このお金の回廊が遮断されます。そこで譲受人から請求を受けた債務者は、こちらは供託をするかしないかの選択ではなく、これをしなければなりません。その供託がされた場合の還付請求権は譲受人に帰属します。「倒産五法の改革」という言葉が叫ばれた頃を懐かしく想起しますが、倒産手続は破産に限りません。そのことを睨みながら、多くの場面において、破産について規定を置くというものが、民法の一般的な立法態度がありますが、ここで話題にしている問題につきましても、再建型の倒産手続において、どのような扱いになるかということは、引き続き論議されてよいこととあります。

**深山** この点について、井上さんは、いかがお考えでしょうか。

**井上** 債権譲渡が有効で第三者対抗要件を備えたものであるならば、譲渡人が倒産しても、譲受人は債権を独り占めすることができます。しかし、倒産直前の回収により譲渡人の手元に滞留している金銭については、いわゆるコミングル・リスクにさらされることとなります。この義務供託の制度は、そのリスクが破産手続開始後の回収金に拡大することを防ぐ効果があるように思います。破産手続開始後の回収金に係る譲受人の引渡請求権は財団債権になると考えられますが、破産手続においては、財団債権であっても財団不足によって全額弁済されないことがしばしばあるということに鑑みると、この義務供託には大きな意義があると思います。

一方で、破産手続以外の倒産手続においては、手続開始後の回収金に係る譲受人の引渡請求権は共益債権になると考えられますが、破産手続における財団債権と比べますと、共益債権が全額弁済されないことは稀です。ですので、この義務供託が適用される場面を破産手続に限定したことについて、その評価は議論になりうるところですが、その実務上の影響は限定的で

あると思います。

**深山** お2人が指摘された再建型の手続との関係について、少し確認したいのですが、山野目さんのご発言は、一般的に民法の規定の在り方として、破産手続について規定を置くときは、必ずしも破産手続に限定する趣旨ではなくて、再建型の倒産手続にも類推適用する余地が解釈としては残るということを含意されておっしゃったのでしょうか。

**山野目** 類推解釈する可能性ということが、今後の論議の積み重ねの中で、はなから否定されているという性質の議論ではなくて、開かれた議論を皆さんにさせていただくということがよいのではないかとこの観点から申し上げました。

私個人として、なるべく類推解釈をすべきであるという考え方を推すというつもりで申し上げたものではありません。理由を1つ2つ挙げますと、再建型の倒産手続の場合には、倒産手続が開始された債務者の経済活動が続いているという局面の大きな性質上の違いがありますし、加えて、今、井上さんからご指摘があったように、財団債権と共益債権は法的な性質を共通にする部分が大きくなりますが、倒産実務上の実態においては異なる様相も呈していますから、その点も考慮しなければならないと考えているところです。

### Ⅲ. 設例の検討

#### ——譲渡制限特約違反の法的効果

**深山** 債権譲渡制限特約に関する改正法の規律について、この後ご検討していただく設例に関連する部分を中心に確認してきたわけですが、今までのお話も踏まえて、設例の検討に入りたいと思います。

#### 1. 譲受人の請求権

**深山** 1つ目の論点は、債権者が譲渡制限特約に違反して債権譲渡を行った場合に、債権の譲受人が、誰に対して、どういう請求ができるかという問題ですが、まず、私の理解を申し上げます。

特約の存在について、善意無重過失の譲受人は、譲渡について対抗要件を具備すれば、債務者に対して履行が請求できる。これに対して、特約の存在について、悪意もしくは重過失の譲受人は、譲渡につき対抗要件を具備して債務者に対して履行請求したとしても拒絶されてしまうことがある。ただ、債務者が履行を拒絶した場合には、債務者に対し、相当の期間を定めて譲渡人に対して履行するよう催告することができ、その催告期間内に債務者が履行しないときには、債務者に対して改めて履行請求できる。そして、債務者が履行を拒絶した場合に、譲受人が譲渡人に対して何か請求できるかという点については、譲渡人との間でその場合に何か特約、例えば、譲渡人が債権額相当額の損害金を支払うという特約などですが、そのような特約があれば格別ですが、そうでなければ、特約の請求はできない。なお、譲渡人が破産手続開始決定を受けた場合には、譲渡につき対抗要件を具備した譲受人たる債権者は、債務者に対して供託の請求ができる。以上のように新しい規律に従って整理できようかと思いますが、このような理解、整理で、よろしいでしょうか。

**山野目** このあたりは、やや複雑になっている、理解に慣れていないと、将来、例えば択一式の試験などで出題されたときに、なかなか難儀であるかもしれません。ただいまの整理は「正しいものはどれか」と尋ねられたと仮定しますと、「全てが正しい」とお見受けしました。

## 2. 譲渡制限特約違反と解除

**深山** では2つ目の論点に進みます。まず、2つ目の論点の前段ですが、これは、譲渡制限特約に違反して債権譲渡がなされた場合と解除権との関係を問うものです。

まず、譲渡制限特約に違反して譲渡がなされたときには、取引基本契約を解除できるという明文の合意があるような場合を考えてみますと、これは、いわゆる約定解除事由を定めた合意ということになるかと思えます。この場合には、特約の有効性を否定するような特約の事

情がなければ、約定解除事由に該当することになり解除できるというのが原則であろうと考えます。

このような約定解除事由の特約がない場合には、法定解除の可否の問題になるわけですが、譲渡制限特約違反が、「その契約及び取引上の社会通念に照らして軽微であるとき」という例外的な場合に当てはまらない限りは解除ができるということになるかと思えます。この点については、個々の契約の趣旨なり、特約の趣旨を踏まえて、個別に判断するべきだろうと思えますが、基本的には、今申し上げたような理解をしております。この点について、山野目さんは、いかがお考えでしょうか。

**山野目** 法定解除についておっしゃった後段は、そのとおりであり、特に付け加えることはありません。解除事由が特約で定められた場合、つまり、約定解除事由の効果をしきかかえてみたいと感じます。

話を抽象化すれば、ある財産権があって、その主体と誰かとの間において、その財産権の行使や処分について合意をすると、それが有効であり、定められた方法と異なる行使や処分を財産権の主体がすると、契約違反に当たるとして、契約を解除することができるということになります。

この帰結が認められてよいか、3層の議論があることでしょうか。第1に、財産権の秩序の公序性を強調する立場です。財産権の主体は、その財産権を随意に処分することができるということではなければならない、同人を永久に縛ることはできないという前提が市民社会になければならない。1789年にフランスの人権宣言が市民に保障した財産権とはそのようなものであると考えられます。買戻しの特約で不動産の使用実質的に制限しようとしても10年が限度であるという規律は、ここに源流を見出すことができます。もっとも、処分などを制約する特約に全く取引上の正当な需要がないかという、そうでもないでしょう。2012年には、その当のフランスにおいて、ある財団が他人に土

地を譲渡する際、財団が存続し、“詩人たちの集う家”などとして土地を用いる限り、これを所有者は受け容れなければならないとする1932年に作成された公署証書の契約条項を破棄院が有効とし、人々を驚かせました（破棄院第3民事部2012年10月31日判決）。財産権というものが、その主体にどこまでの処分のフリーハンドを保障するかは、近代法の永遠の問いであるかもしれません。

第2に、財産権一般という大なたをかざすところまでしなくても、債権譲渡取引の自由度を確保するという今般改正の趣旨に照らし、その意義を実質的に損なう特約は許されないというアプローチもあります。つまり、債権譲渡制限特約に関連する民法の規定の趣旨に公序性を認める発想です。そこから考えると、約定解除権を行使することに正当な取引上の需要がない場合には、その約定解除事由の特約は無効であるというように、特約の制限解釈が行われることになるでしょう。

第3に、約定解除事由の特約を公序違反として効力を問うということせず、契約自由の原則を素朴に考え、この特約を一応は有効とし、ただし、取引上の正当な需要がないのにされる解除権の行使は、権利の濫用に当たるという考え方があります。穏当な解釈論はこのあたりであるかもしれません。けれども、なぜ濫用であるかを問うならば、その理論的基盤には、第1や第2の観点が控えており、やはり、それらの考察を引き続き深めることが期待されます。

**深山** 井上さんは、この辺りいかがお考えでしょうか。

**井上** 個別の事案毎に考察するという点においては同じ理解ですが、形式論理上の意味ではなく実質的な意味において、原則と例外のニュアンスがやや異なるような気がいたします。

私は、譲渡制限特約違反を明示して解除事由を約定している場合以外の場合については、個別の事案において軽微な違反でないか評価すべき特約の事情がない限り、むしろ、法定解除事由にも約定解除事由にも当たらないことが多い

のではないかと考えております。

また、譲渡制限特約違反を明示して解除事由を約定している場合には、形式的には約定解除事由に該当すると解さざるをえないわけですが、強い債務者と弱い債権者という図式が成り立つ、むしろ典型的な場合においては、個別の事案において、軽微な違反にとどまらぬと評価すべき特約の事情がなければ、解除権の行使が権利の濫用とされることは、むしろ少ないのではないかと思います。

また、このような解除事由が定型約款に定められている場合には、対象となる定型取引において譲渡制限特約違反が典型的に軽微な違反にとどまらぬと評価されるような特殊な事情がない限りは、そのような解除条項が不当なものとして評価されることが多いのではないかと思います。

**深山** 特約違反を解除事由にするという、約定解除事由の定めがある場合に、原則として解除ができると解するのか、むしろ、原則は解除できないと解するのかという点で、少し井上さんと考え方が違うという印象を受けたのですが、もちろん、色々なケースがあるので、常にこうだと申し上げるつもりはないです。山野目さんが言及された権利濫用として解除権の行使が制約されるということについても、もちろん、理屈の上でそういうことがありうることは十分理解をしますが、実務的な感覚としては、権利濫用の抗弁が通ることは、自分自身の経験のみならず、判例等を見てもあまり見受けないうわけです。権利濫用の抗弁の主張がなされることは少なからずあるわけですが、それを容認した裁判例というのは極めて少ないだろうと思えます。

理屈の整理としては、おっしゃるように権利濫用で制約するということもありうるのですが、実務的に多くの場合そうなるかと言うと、私はそうでもないという気がするのですが、いかがですか。

**井上** 様々な場面で解除の有効性が争われ、権利濫用の抗弁が主張された事案のうち、その主

張が判決で認められた例は確かに少ないかもしれませんが、何れ相手方に不利益を及ぼしていない形式的な契約条項違反のみで継続的契約が解除されて解除の効力が争われた事案に限れば、契約の解除が認められなかった例は、しばしばあるのではないかと感じております。この改正が施行された後、譲渡制限特約付債権が果たしてどのように譲渡され、それについて解除の有効性がどのように争われることになるのかよく分かりませんが、私が希望するように、そういった債権が担保等として利用されていく状況になれば、むしろ継続的契約の解除の法理その他何らかの法理を用いて解除の効力が否定されることが一般的になるのではないかと考えております。そこは確かに時間的経過に伴う状況の変化も含めて、見方が分かれるところはあるかもしれません。

### 3. 譲渡制限特約違反と損害賠償

**深山** 2つ目の論点の後段の点、すなわち、譲渡制限特約違反の債権譲渡と、損害賠償の関係に移りたいと思います。解除権との関係とも、やや関連ないし共通する側面もあるかと思えます。この点についても私の意見を先に申し上げますと、債権者と債務者との間で、譲渡制限特約に違反して譲渡した場合には、違約金として〇〇円を支払うという特段の合意をしていた場合には、その違約金の合意が何らかの理由で有効性を否定されるような特段の事情があれば別ですが、そうでなければ、約定どおりの違約金の請求ができるのではないかと考えております。

そのような違約金の合意がないような場合、これは債務不履行一般の議論ということに帰着するわけです。特約上の義務がある以上、それに違反すれば債務不履行にはなるかと思えますが、特約違反との因果関係のある損害というのは、なかなか観念しにくいのかなという気がします。すなわち、因果関係のある損害が主張、立証されれば、債務不履行に基づく損害賠償請求の余地はあると思うのですが、現実的に

は、そのような損害を認定できる場合というのは少ないような気がします。

ただ、例えば金融機関から、借入債務者の保有する債権について譲渡担保の設定要請を強く受けて、その要請に応じなければ倒産してしまうという倒産の危機に瀕した状態で、やむなく押し切られるような形で譲渡担保の要請に応じた場合を考えてみますと、それは債務不履行だとしても、いわゆる免責事由が認められるということもありうるかという気がします。以上のとおり、原則としては債務不履行の問題にはなりうるというのが私の理解ですが、この点について、山野目さんはいかがお考えですか。

**山野目** 大筋で整理していただいたとおりであると考えますとともに、違約金の定めを無制約に効力を認めてよいかという問題は、約定解除事由についての先ほどと同様な考察が要請される側面が大きいものではないかと感じます。やはり、こここのところも違約金を請求することができるほうが原則でしょうか。それとも、例外的に違約金を請求することができる場合がありうるということでしょうかという、一度見た風景が繰り返されるような予感がします。

信義則や権利濫用といったような、一般条項のみに、いわば裸の仕方では頼る限りは、約定解除権のところについて深山さんがおっしゃったように、なかなか信義則や権利濫用の法理を使って、違約金などの特約の効果を例外的に否定することは実務的にハードルが高いかもしれません。しかしながら、今般の債権譲渡制限特約によって、債権の譲渡可能性、流通可能性を高めようとしたのですという、法の趣旨を、いわば補助的に、常に考慮の要素として忘れてはいけませんよということを念押ししながら、それをもって一般条項の使用に実質的な意味を与える仕方での解釈態度をしていけば、また違った解決の在り方が出てくるかもしれません。

**深山** この債務不履行なり、違約金の問題について、井上さんはどのようにお考えですか。

**井上** ここでも、理論的な意味での原則というより、むしろ解釈のアプローチとして、実際に

はどう解釈できる場合が多いかという観点で申し上げますと、譲渡制限特約違反に基づく損害が現に発生していると認められるけれども、その金額評価が困難であるような場合で、かつ、定められた違約金が不当に高額であるとまでは言えないような場合には、違約金条項には合理性があつて、その効力をそのまま認めてよいのではないかと思います。そのような場合は稀だと感じます。違約金条項の有効性に関して一般に議論されているのと同じように、あるいはそれとは別に、譲渡制限特約違反に基づく損害が発生しているとはおよそ認められない場合、私はそういう場合が実際には多いのではないかと思うのですが、そういう場合には、違約金条項の効力は及ばないと解すべきではないかと考えています。

このような違約金条項は、一般に、損害の金額評価が難しい場合には、当事者があらかじめ合意した金額を払う旨定めることに合理性があると思われるのですが、何の損害も発生しないことがむしろ見込まれる場合に、あえて違約金条項を定めることに合理性はなく、しばしば力関係に基づいて結ばれることが多いことから、その効力が否定あるいは制限される場合が多いのではないかと考えます。例えば、違約金の額が過大である場合と同視されるおそれがあるのではないかと考えています。

これについても、違約金条項が契約約款に定められている場合には、債権譲渡によって典型的に定型取引において債務者に損害が生じうるような特段の取引事情がない限りは、そういった違約金条項が不当条項と評価されることが多いのではないかと思います。

**深山** 違約金を〇〇円支払えという定めがなされることというのは、実務的にはそう珍しくないわけですが、その趣旨というのは、ケース・バイ・ケースだろうと思っております。1つは、420条の定める「損害賠償額の予定」として定められていると理解される場合であり、これは井上さんから指摘のあったように、損害の評価ないし立証が困難である場合を救済する意味

合いがあると思います。他方、そうではなくて、文字どおり、違約に対する制裁金として〇〇円支払えという類いのものもあるのだろうと思います。

損害賠償額の予定については、今回の改正で、裁判所が増減できないという条文が削除されましたが、それは不当に高額だったときには、裁判所が後で是正をすることがあって然るべきだという価値判断だと思えます。ここは、損害賠償額の予定の場合と、いわゆる違約金の場合とで、違う解釈ないし当てはめになるということでしょうか。

**井上** 違約罰としての違約金条項が、債権譲渡制限特約違反について、どういう場合に正当化されるのかにかかると思えます。改正法は、当事者が譲渡を禁じたところで、譲渡を有効とした上で、債務者に迷惑がかからないように手当てをしたものと考えます。だとすれば、そもそも、そういう手当て付きの譲渡が違約なのかということかもしれません。つまり、譲渡した上で、譲受人が直接取り立てに行けば、違約罰の対象となる契約違反に該当するのかもしれませんが、実際には、譲受人が、ずかずかと債務者のところに行ったりせずに、従前と全く同様の回収方法を継続して、債務者にとって何の不都合もない態様で回収が継続されている場合にも、改正法の下で、違約罰条項の効力がなお及ぶと解釈するのかについては疑問があつて、限定解釈することも十分ありうるのではないかと感じます。もちろん、個別の取引事情により、違約罰を定めることに合理性があつて、改正法の定めを守っても譲渡されては迷惑なのだと、非常に困るのだという事情があれば、違約罰条項も有効になると思います。

### 4. 譲渡人の破産手続開始決定

**深山** では、3つ目の論点に移りたいと思います。これは譲渡制限特約に違反して債権を譲渡した後に、譲渡人が破産手続開始の決定を受けたという場面の問題です。この場面において、債務者が譲渡人に対して弁済をしたときに、譲

受人は管財人に対して弁済金の引渡しを請求できるかを問うものです。

まず、この論点の前段の破産手続開始決定前に弁済がなされた場合について、私の考えを申し述べます。この場合、破産手続開始決定によって、その弁済金は破産財団を構成する財産ということになりますが、そもそもその弁済は債権者ではなくなった譲渡人に対してなされたものであるため、弁済としての効力は認められないと考えるのが原則だろうと思います。もっとも、債務者が債権譲渡の事実自体を知らないような場合であって、そのことについて過失もないような場合には、その弁済は受領権者としての外観を有する者に対する弁済として、478条によって有効な弁済になるだろうと解されます。そして、有効な弁済によって、債権は消滅することになると考えられます。

そうすると、債権を失ってしまった譲受人としては、譲渡人に対して不当利得返還請求権を取得することになり、その権利は破産手続開始決定によって破産債権になると理解できます。また、債務者が債権譲渡の事実について、悪意もしくは重過失の場合には、原則どおり弁済は無効になるので、債権は消滅しないわけですが、その場合、譲受人は債務者に対して履行請求することができますので、それゆえ譲渡人に対して不当利得返還請求権を持つことはないだろうと考えられます。もっとも譲受人が特約について悪意もしくは重過失の場合であれば、債務者は譲渡人への弁済を譲受人に対抗することができますから、その場合には譲受人は債務者に対して履行請求できないこととなります。このとき、先ほど確認しましたように、対抗できるということの意味を有効な弁済になると理解してよいということであれば、これによって債権は消滅しますので、債権を失ってしまった譲受人は、譲渡人に対して不当利得返還請求権を取得することになり、破産手続開始後は破産債権者として手続参加できると、このように整理しました。山野目さん、この整理、理解でよろしいでしょうか。

**山野目** 債務者対抗要件が具備される前に譲渡人に対してした弁済は、特段の事情がない限り有効であり、また債務者対抗要件が具備された場合においても、譲受人が悪意又は重大な過失があるときに同人からの催告の期間が経過する前に譲渡人に対してした弁済は、やはり有効であると考えます。これらの場合において、譲受人は譲渡人に対して不当利得返還請求権を取得し、それが破産債権になるということでしょう。実務上、実際には保全管理命令が発せられる場合もあるかもしれませんが、その場合においても、保全管理命令が発せられたことを知らないで、債務者が譲渡人に対してした弁済は同じ扱いになるものではないかと考えます。

**深山** 井上さんは、この場面について、どのようにお考えでしょうか。

**井上** 深山さんが整理してくださった場合分けの順序に従って分析すれば、ご説明いただいたとおりになると思うのですが、冒頭にも申し上げましたように、譲渡制限特約が付いているかどうかを確認した上で担保に取ったり譲り受けたりすることが金融取引においては通常ですので、その場合に絞って考察するのが分かりやすいように思います。そう考えると、実際上は、債務者から譲渡人への弁済は有効であり、債務者が消滅することになりますので、その結果、債権を失った譲受人は、不当利得返還請求権を譲渡人に対して取得することになると思います。

破産手続に先立って、譲渡人と譲受人との間で債権回収に関する委任契約が締結されていた場合には、その契約関係が継続するか否かによって、譲受人の回収金引渡請求権の性質に関する分析が変わってくることもありえますが、何らかの形で、引渡請求権が譲受人に成立することにはなると思います。また、保全管理人に弁済され、保全管理人がその職務の一環として回収事務を行う場合には、譲受人が取得する債権が財団債権になると考えられます。

**深山** 最後にご説明いただいた保全管理人への弁済がなされると財団債権になるという部分について確認をしたいのですが、これは不当利得

返還請求権が財団債権になるという趣旨なのでしょう。あるいは、取立委任を目的とする契約があるから、それを承継するという意味で契約上の債権が財団債権になるということなのでしょう。

**井上** 不当利得返還請求権という性格づけの場合は、破産手続開始後に生じたものが財団債権となるわけですので、破産手続開始申立後開始前の弁済金については、不当利得返還請求権としてではなく、保全管理人の権限に基づいてした行為によって生じた請求権として財団債権になると考えるのではないかと思います。

**深山** これは破産法の解釈の問題かもしれませんが、保全管理人がその権限に基づいて行った行為は財団債権になるという条文があったかと思えます。弁済を受けるという受け身の行為が、これも保全管理人の権限に基づいて行った行為に含まれるのだとすると、破産法の148条4項でカバーできるという解釈もあるのかなと思って聞いていたのです。しかし、単に弁済金を受け取るだけでは、保全管理人の権限に基づく行為とまでは言えないのではないのでしょうか。

**井上** そこについてですが、私は言えるのではないかと思います。実際上は、破産手続ではなく再建型の倒産手続において問題になることが多いのですが、手続開始申立時の保全命令は、弁済禁止の範囲を申立前の回収金に限定しており、申立後の回収金については、弁済禁止の保全処分から外して、実際にも払出しが行われています。ということは、少なくとも再建型の倒産手続においては、従前どおり取引先から回収金を受け取って、これを譲受人に渡すといったことが、保全管理人の業務と評価されていると考えております（民再120条4項、会更128条1項）。ですので、破産においても、仮に事業譲渡等を予定するなどして、保全管理人が選任されているような場合には、受け身の弁済受領行為であっても、保全管理人の権限に基づく行為と評価し、回収金を優先的に払い出してもよ

いと考えた次第です。

**深山** それでは、次に後段の場合、すなわち破産手続開始決定後に弁済がなされた場合について考えてみたいと思います。この場合も、やはり破産管財人に対する弁済が有効かどうかということがポイントになると思うのですが、先ほど申し上げましたように、債務者が債権譲渡の事実自体を知らず、そのことについて無過失であるようなとき、あるいは譲受人が特約について悪意もしくは重過失であるというときには、弁済が有効になると考えられますので、その場合には債権を失った譲受人は、譲渡人の破産財団に対して不当利得返還請求権を取得することになり、その不当利得返還請求権は財団債権と考えられると思います。逆に、それ以外のときには、債権者でなくなった譲渡人に対してなされた弁済は無効ということになり、他方でその場合には譲受人は債務者に対して履行請求ができますので、破産管財人に対しては不当利得返還請求権を主張できないというように理解いたしました。山野目さん、この点はこれでよろしいでしょうか。

**山野目** 債務者対抗要件が具備される前に譲渡人に対してした弁済は、特段の事情がない限り有効であり、また債務者対抗要件が具備された場合において、譲受人が悪意又は重大な過失があるときに同人からの供託の請求を受ける前に譲渡人に対してした弁済は、やはり有効であると考えます。これらの場合において、譲受人は譲渡人に対し不当利得返還請求権を取得し、それが財団債権になると考えます。

**深山** 井上さんは、この点どのようにお考えでしょうか。

**井上** 先ほど申し上げたように、譲受人が悪意、少なくとも重過失であることを実務的には想定しますと、破産手続開始後の弁済金については、深山さんのご説明のとおり譲受人の請求権が財団債権になると考えます。

## 5. 金融機関のコンプライアンス

**深山** それでは、4つ目の論点に進みたいと思

います。ここでは、金融機関が譲渡禁止特約付債権を担保として譲り受けて貸付けを実行した場合に、金融機関は、債務者に譲渡人との契約に違反させる行為をした、あるいはそれを促したという意味において、コンプライアンス違反ということが問題になるのではないかとということが問われております。

コンプライアンス違反、あるいは法令遵守義務違反が認められるかどうかという点は、個別具体的な事案に即して判断されるべき問題だろうと思いますので、一律に違反になるとも、ならないとも言い難いとは思いますが、特約違反の譲渡を有効にするという今回の立法の趣旨を踏まえるならば、少なくとも直ちにコンプライアンス違反になるということにはならないのだらうと思います。しかし、特約違反の効果について、先ほども話題となりましたように、約定解除事由と定められている場合であったり、一定の違約金条項が定められているというような場合を想定すると、それにもかかわらず債権譲渡担保の提供を求めるという場合には、コンプライアンスが問題になる場面もあるように思います。

さらに言えば、先ほども言及しましたが、債務者の窮境状態につけ込むような形で債権譲渡担保の提供を求めたというような場合を考えますと、そのような場合には金融機関としてのコンプライアンス違反が問題になりうるのではないかと考えるところですが、コンプライアンスの問題について、山野目さん、いかがお考えでしょうか。

**山野目** 金融機関が法令遵守義務違反に問われる場面は、金融機関が不正に法令に違反する行為をした場合であり、まず善意で重大な過失なく譲渡制限特約のある債権を担保としたとしても、法令遵守義務違反にはなりません。本日、井上さんが繰り返し強調なさっていたように、このような場合はほとんど考えられないかもしれませんが、理論的にまずそのことは確認されてよいことです。

加えて、井上さんのお話で、こちらのほうが

多いというご指摘をいただいているところですが、譲渡制限特約があることを知り、又は重大な過失により知らないで担保とする場合であっても、まずは譲渡人(担保設定者)に弁済をし、然る後に譲渡人がそれを原資として譲受人に返済をするという順路がおびやかされるものではありませんから、普通は害される債務者の利益が考えられず、したがって、金融機関に問われるべき法令遵守義務違反は通常は考えにくいと感じます。

**深山** 井上さんはコンプライアンスについて、どうお考えでしょうか。

**井上** ここでも一応、議論の前提として、金融機関は譲渡制限特約について悪意であることを前提としたいと思います。個々の事案によるわけではありますが、譲渡制限特約違反が軽微な契約違反にとどまらなると評価すべき特段の事情があって、かつ、金融機関がそのような特段の事情を知り又は知りうべき場合のような、かなり例外的な場合を除くと、金融機関がコンプライアンス違反に問われることは考えにくいと思います。

企業価値防衛の観点から、「コンプライアンス」の意味内容に法令のみならず社会規範の遵守等も含めるという立場に立ちますと、譲渡制限特約違反に基づく損害が発生しているとは、およそ認められない場合に、なお継続的契約を解除したり、違約金を求めたりするような債務者の行為こそ、取引上の優越的地位の濫用又はそれに準ずる行為として、むしろコンプライアンス上の問題があると評価されるのではないかと思います。

**深山** 先ほど申し上げたように、これは一律にというよりは、事案に応じて考えるべきだと思うわけですが、金融機関と、ひと口に言っても、銀行を想定するのと、いわゆる貸金業者等を想定するのとでは、かなり様相が違うような気がいたします。そういう意味で言うと、今回の立法の趣旨は、銀行などの金融機関が正常な取引の中で資金調達に関わる場面を想定しての立法だらうと理解しております。しかし、法

律ができれば、そのような想定場面よりも、もう少し幅広く規律が適用されることとなります。金融機関以外の債権者にも、もちろん適用されますし、金融機関の中でも様々な業種・業態の金融機関が含まれるということを考えると、コンプライアンスの問題1つを取っても、あるいは、解除とか債務不履行の問題もそうかもしれませんが、これらの問題は、個々の事案や契約によって結論は異なってくるような気がいたしております。

**井上** 債務者の窮境につけ込むという点ですが、これも貸付人の行為にどのように光を当てるかによって、随分見え方が変わってくるのではないかと印象を私は持っています。窮境にある債務者こそが、ほかに目ぼしい財産を持たない場合が多く、事業再生のために資金を調達したいときに、銀行としては譲渡制限特約付債権を担保に取ることができれば資金を貸すことができるけれども、この債務者に無担保で貸すことは、もはやできないという判断は、ごく普通にありうるところで、それを債務者に伝えることが窮境につけ込むことになるかと評価されると、あるいはそれがコンプライアンス上の問題になるということになると、債務者にとってこの手の資金調達手段が必要なきに当たって、金融機関を萎縮させることになりかねないような気もします。むしろ、この特約が保護しようとしている債務者の利益がおよそ害されないような場合には、たとえ借入希望者に対して金融機関が譲渡制限特約付債権の担保拠出を求めても、一般的にコンプライアンス上の問題はないと言うべきではないかと、私としては思っているところですが。

**深山** なるほど。確かに窮境であるということだけで問題視するというのは、ちょっと妥当でなかったと思います。同じく窮境の場面を想定するとしても、例えば窮境の状態ではあるものの、何とか事業継続を図るために、最後に残された財産である債権を担保に入れて資金調達を図る場面は、確かに想定できるし、それは誰にとっても必ずしも悪いことではないのでしょ

う。けれども、そうではなくて、例えば既に貸付けがなされていて、いわば追加担保のような形で債務者の保有する債権を担保に提供させる場合とか、あるいは大した金額の融資がなされないにもかかわらず、わずかな資金提供と引き替えに、額面の大きな債権を担保に取ってしまう場合とか、あるいは既存の債務への代物弁済のような形で債権譲渡を受けてしまう場合とか、色々な場面を想定すると、場合によっては、それはやりすぎだろうとか、それは他の債権者との関係でまずいだろうという場面があるということ、実務的な感覚としてイメージして申し上げました。もちろん、偏頗な弁済であれば、否認権行使などの別の規律で是正するという余地もあるのでしょうけれども、債権譲渡自体を問題にする余地もあるのかなと思って申し上げた次第です。

**山野目** 金融機関のコンプライアンスの問題について、どう問題に取り組むかという論点の扱い方として、この3人が語り合っていることは、基本的な方向は異なっていないというか、対立はないようにも感じますが、よく聴いていると、深山さんのご発言に、しばしば「事例によって異なることでしょうか」というフレーズが出てきて、それを強調しておられるところは、そこを注目しておかなければなりません。反面、井上さんのお話の中の「一般的には」、ここも「一般的には」をゴシックか傍点にしてもいいくらいですが、コンプライアンス違反にはなりにくいであろうとおっしゃっている。これらの点に係るお2人の間には、いささか見過ごすことができない差があるものであって、これから債権譲渡取引を改正法の趣旨に照らして活性化していくためには、金融機関の立場から見たときに、安んじて債権譲渡取引ないし債権譲渡担保取引、この取引空間に入ってきてもらうという環境作りが必要であろうと感じます。そのことを意識しつつも、深山さんは一種、実務的に手堅くおっしゃろうとしたし、井上さんは、しかし、そこを更に考え込もうとしたというお話のように伺いまして、大変興味深

い意見交換がされたものではないかとお見受けします。

#### IV. おわりに——譲渡制限特約付債権による資金調達に活性化するか

**深山** 今までの話のまとめのようなことになるかもしれませんが、本日の全体のテーマである、今回の改正によって、譲渡制限特約付債権による資金調達は活性化するだろうかということについて、それぞれお考えをお聞きしたいと思います。

先に私の意見ないし印象を申し上げますと、従前の規律と比較すれば、やはり債権譲渡担保による資金調達が活性化する余地はあるのだろうと思います。しかしながら、特約違反の効果の定め方如何によっては、そのことによって債権の流動化の阻害要因になるという場面も想定できるように思います。元々譲渡制限特約というものは、社会的あるいは経済的な力関係において強い債務者によって利用されることが多いと言われておりますが、そうであるならば、強い債務者としては今回の規律の変更を踏まえた特約違反の効果を契約の中で定めるであろうと予想されます。そうなりますと、立法趣旨に沿うような目覚ましい資金調達の活性化というところまでは期待できないのではないかと、というのが私の印象です。山野目さんはいかがでしょうか。

**山野目** 全くご指摘のとおりであり、強い債務者の欲求による特約の効力をどこまで押さえることができるかに、これからが大きく依存していると痛感します。2004年の臨時国会は、債権譲渡取引の活性化による企業の資金調達の推進と個人保証の弊害の除去という2つの課題に取り組んだものですが、いずれにも課題が残されていました。いわば宿題が残されていたこれら2つの課題は、2017年の債権関係規定の見直しにおいて、どこまで進展が達成されたのでしょうか（山野目章夫「2004年臨時国会の2つの宿題と今般の債権法改正」日弁連法務研究財団ニューズレター JLF NEWS 67号〔2017

年〕10頁）。私の見るところ、どちらも法制上、さらなる半歩の前進があり（個人保証については、本連載1519号掲載のものを参照）、しかし依然、解釈運用上の課題や遺された立法課題があり、途半ばというところであると見ます。

**深山** 井上さん、いかがでしょうか。

**井上** この債権譲渡制限特約の目的は支払先の固定であるにもかかわらず、譲渡をとにかく禁止しよう、無効にしようという契約上の定めを、取引社会が過剰であると感じるようになっていけば、私は譲渡制限特約付債権を譲渡することに対する実務上のハードルは低くなっていくのではないかと感じております。そのような一般取引慣行を確立することができれば、譲渡制限特約付債権を徐々に資金調達に利用できるようになるのではないかと期待しているところです。その過程では、既に申し上げたような解除に関する解釈、あるいは違約金請求のような債務者からのリアクションに関する解釈とともに、コンプライアンスに関する認識、あるいはそれに関連して金融当局による検査・監督の姿勢も重要になると思います。

**深山** 今回の譲渡制限特約の規律というのは、債権譲渡担保を利用した資金調達の活性化を図るという、かなり政策的な目的、意図を明文化した改正点だろうと思います。それは社会の一定のニーズがあって実現したことだと思いますので、そういう方向に進むというのは、当然、期待もされているのでしようし、そうなることがあるだろうと思います。そうなったときに、従前の解釈も、おのずと社会なり取引慣行の変化に応じて変わってくるのかなと想像します。解除の有効性にしろ、違約金条項の有効性にしろ、その解釈は、取り巻く社会経済情勢によって影響を受けるということも少なからずあると思います。今後、そのあたりの解釈は社会の動きと連動して変化していくものと想像しております。

他方でちょっと懸念するのは、先ほど申し上げましたように、1つの規律は色々な場面で適用され、特に今回の譲渡制限特約の規律は、金

銭債権に必ずしも限られておらず、およそ債権一般の規律ということになっている点です。立法に関与した人が想定したり、目指していた資金調達の場面とは全然違う場面にも適用されることを考えると、やや想定外の副作用のようなものが出ていかんということも少し懸念をしているところです。山野目さん、そのあたりの規律の全体に及ぼす影響については、どのようなお考えをお聞かせいただければと思います。

**山野目** ご指摘のとおり、通常金銭債権に限定した規律ではなくて、債権譲渡についての普遍性を持った規律ですから、おっしゃったような予想外の帰結が生じることへの対応ということも勉強していかなければなりません。本日は、金融機関が債権を担保に取るような場面を、中心的な想定に置いて議論してきましたが、ご指摘のように、そうではない側面への注意も要ることでありましょう。通常金融債権とは異なる扱いだから考えなければいけませんね、ということが、法制上、明示されているものが預貯金の債権の譲渡であって、そこは法制上の手当がされていますが、おっしゃられたように債権譲渡の世界は広いですから、引き続き視野を大きく取って各方面での研究がされなければならないのではないかと感じます。

**深山** 井上さん、何かありますか。

**井上** 私も、全くおっしゃるとおりで、主として想定されている場面とは異なる場面、あるいは主として想定されている場面であっても、債務者、あるいは取引の実態に応じて、異なる結論が導かれるべき場合はあると思います。この特約の趣旨はあくまでも債務者の保護にあり、今回の改正の趣旨は、債務者の保護に必要な限度に限定して、それ以上の過剰な効力を削ぎ落とそうという観点で捉えればよいのではないかと思いますので、事案によっては、取引実態、その他、場合に応じて債務者の保護の観点から、譲渡制限特約の効力をしっかり認めていくような解釈をすべき場合もあるのではないかと感じました。

**深山** 本日は、譲渡制限特約をめぐる様々な場面を念頭に、今後の実務で予想される問題について、色々なご意見をいただき、大変充実した議論をさせていただいたと思います。本日はありがとうございました。

[2018年4月16日収録]