HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	債権譲渡禁止特約の効力に関する一疑問（２）
Author(s)	米倉, 明
Citation	北大法学論集, 23(1), 1-87
Issue Date	1972-06-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16138
Type	departmental bulletin paper
File Information	23(1)_p1-87.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

債権譲渡禁止特約の効力に関する一疑問 (二)

米倉明

一 問題
二 民法四六六条二項の沿革（以上、二二巻三号）
三 「特約」の効力制限論（本号）
四 譲受人の「善意」—無過失の要否（以下、二三巻三号）
五 結び

三 「特約」の効力制限論

本章においては、第一に「特約」の効力制限論の根拠づけをかんたんに述べ(1)、第二にその具体的内容を展開し(2)——結局それは「背信理論」とでもいうべきである——(2)㈱参照)、第三に弁護士法七三条に触れる(3)。

(1)「特約」の第三者に対する効力は既存の見解よりも一そう制限されるべきだ――悪意者に対してもつねに対抗しうるとは限らない――と私が主張する理由については、前述部分（一(1)、二(9)「第三」(4)―(ハ)参照）においてすでにかなりの程度言及済みであるので、ここではそれらをかんたんにまとめ（以下「第一」―「第三」）、ほかに一点（「第四」）を追加する。すなわち、第一に、債権取引の自由・確実に対する需要に応える必要がある。今日においては、債権（とりわけ金銭債権）が有力な取引客体となり、右需要も非常に大きなものであるのに、「特約」の第三者に対する効力を既存の見解のように強力なものとして承認するのでは、右需要に応えることができず、金融機関の便益（利益）を保護するだけという結果に陥入ることになる。しかも、金融機関の便益なるものが、悪意者のなした債権譲受とはいえ、それを無に帰せしめるほどの価値あるものとは私には思えない（後述(2)(ロ)(i)参照）のである。第二に、右第一末尾に述べたことと関連するが、「特約」設定によって追求されている利益は一様でないことに注意を要する。「特約」設定によって追求されている利益のうちには、悪意者に対抗せしめるべき利益が存する反面、そうでない利益もふくまれているのであって、「特約」の第三者に対する効力いかんについては、たんに「特約」が締結されているとの一事により答を決してしまうことなく、これらを区別して扱うのが、考え方としても、もたらされる結果としても、妥当である（そして、これらを区別して扱う一つの試みが後述(2)なのである）。第三に、民法四六六条二項の制定経緯、立法者意思との関連が考慮されるべきである。この関連においては、「特約」の効力制限論の方が既存の見解よりも、右経緯、立法者意思に適合するのである。

以上のほか、次の点を挙げねばならぬ。すなわち第四として、解釈論――右「第三」もすでにこれに関連するといえるが――をとりあげねばならない。どのような立場にせよ善意者保護を前提とするものと考えられるのであって、問題は悪意者の処遇いかにである。この点に関しては、民法四六六条二項但書を反対解釈すれば、すべての悪意者に対

して「特約」を対抗しうることになるはずである。「特約」の効力制限論はそのような法的処理に反対する。とすれば、右の反対解釈の点をどのように考えるのか。

問題は、同条二項の本文と但書の論理的関係いかにという二項の枠内での問題に止まらず、同条一項において宣言されている債権譲渡自由の原則をどのように評価するか、その原則と「特約」承認との関係をどのように考えるか——一項と二項の関係をどのように考えるかといってもよい——にかかわる。すなわち、(イ)債権譲渡自由の原則を強調し(法はこの原則を設けることにより債権取引の活発化をめざし、それに対する法の助力の姿勢を示す)、例外(＝「特約」)の効力を極力狭い範囲でのみ承認するか、それとも、(ロ)債権譲渡自由の原則を一応承認するにしても(債権取引の活発化をめざすのではなくて、債権譲渡の成立・効力要件として債務者の関与不要を明らかにするに止まる)、その原則は、とにかく「特約」がなされさえすればそれによってくつがえされる程度のものと考えるか。(イ)の立場は、一項を主、二項を従(それも比重の軽い)とみる立場といえようし、これに対して(ロ)の立場は、一項と二項とを対等の関係にあるとみるものといえるであろう。(1)

(ロ)の立場を採用するならば、先述の反対解釈を無制約に容認することになるであろう。(イ)の立場を採用するならば、反対解釈をそのまま容認することはできない。この立場の下では、「特約」によって追求されている利益いかんにより、或る場合には悪意者に対し「特約」の効力を対抗させ(そのような場合もなるべく狭く限定する)、或る場合にはそうでないという処理が要請されることになるであろう。悪意者といえども、問題の「特約」が追求している利益いかんによって、処遇が異なるのであって、すべての悪意者が「特約」を対抗されるとは限らない。これを反対解釈との関連でいえば、反対解釈を目的論的見地からさらに限定するということになり、「特約」によって追求されている利益という視点からいえば、二項は或種の利益を追求する「特約」にのみ適用がある(この場合にはすべての

悪意者が「特約」を対抗される）のであって、そうでない種類の利益を追求する「特約」には適用がない（この場合には「特約」は善意者にも悪意者にも対抗しえないのであるから、「特約」の存在意義は、もっぱら当事者間においてのみある）ということになる。

念のために述べておく。合意・意思の尊重という観点からは――一項の評価の仕方とも関連はするが――、(ロ)の立場が合意・意思をそれが存するがゆえに尊重する立場であるのに対し、(イ)の立場は合意・意思をそれほどまでには尊重しない立場である、ということができる。(イ)の立場は、合意・意思の存在を無視し去るものではないにしても、立法の趣旨、関係利益の考量、さらには合意・意思尊重のもたらす結果への考慮（そのような結果を是認しうるか）の前には合意・意思の存在も決して絶対的なものではないという立場を採るものである。私としても、合意・意思の処遇につき、このような立場がとられるべきだと考える。関連することとして次のことを述べておこう。「特約」設定は或る利益を守るための努力であるが、努力を払えば常に報われてしかるべきかというとそうではない。努力のめざす目的いかに、他の利益、との調整といった見地から、努力必ずしも報われないことがあっても不思議ではないであろう。「特約」設定の努力は多とするけれども、その努力に報いるべきかどうかは別問題である。

(イ)(ロ)いずれを採るべきか。条文そのものについてのすなおな解釈といえば、(ロ)を挙げねばなるまい。しかし、(ロ)のみが解釈論として成り立つわけではなく、(イ)も成り立つと考える。というのはこうである。

一項において債権譲渡自由の原則が宣言されている以上、しかも一項の表現態様（いわば当然のことを述べている一項但書を別として、無留保、単純明快な断定）からは、ここにきわめて確固不動の大原則が宣言されているのだと受けとることもできる以上、その大原則はおよそ「特約」を締結しさえすれば当然に排斥されてしまうものだと考えるのでなくて、(イ)のように考えることもできる。折角、大原則を宣言したからには、例外を認めるにしても、それは

できるだけ狭い範囲内に止め、大原則の貫徹をはかるのが、むしろ自然な考え方であろう。換言すれば、債権については物権と異なって物権法定主義のごとき原則は存しないから、「特約」で債権についての債権者の処分権を奪う(結果的には債権から譲渡性を奪う)ことも妨げないとはいえるものの、常に随意にそれが許さるべきだといえるかどうかは問題である。債権から譲渡性を奪ってはならぬという原則は存しないけれども、他方では債権は譲渡性を伴うことが原則とされている以上、「特約」による譲渡性剥奪を無条件に承認してこの原則を無視し去ることには限界があってしかるべきではないか。

また、こうもいえよう。近代法の特色の一つとして、債権の「財産化傾向」が指摘される。この傾向を是認するとしても(一項はその表現とみてよい)、債権関係の個性を尊重せざるをえない(譲渡性のないものとして扱わざるをえない)場合を完全に排斥することはできないであろう。[2] しかしながら、個性をあまりに尊重するのでは、財産化傾向の是認もその実質を欠くことになる。一方、財産化傾向を強調するのあまり、「特約」の効力は債権的効力に止まると解する(そして、債権から譲渡性を奪いえず、悪意の譲受人もつねに有効に債権を取得する[3])立場には賛成しえないけれども、さりとて、他方、債権関係における個性を強調するのあまり、「特約」の効力を悪意者に対するにせよ無制限に及ぼす立場にも賛成しえない。そこでどうすべきかであるが、財産化傾向を是認することに踏み切ったからには、それをして実質的ならしめるべきであって、個性の尊重(むろんこれを完全に抹殺し去ることは容認できないが)というも、安易に容認するべきではないと考える。

ところで、個性を尊重せよといっても、悪意者に対する関係においてのみそうせよというのであって、善意者に対する関係においてまでそうせよというものではない。悪意者に対する関係においては個性を尊重さるべきである。このような主張がなされるかも知れない。しかし、このような、悪意者に対する関係において、「特約」の効力を制限

なく認める主張が問題を蔵すること、「特約」の設定によって追求されている利益いかんにより区別すべきことについては前述したのでくり返さない。

次のことを追加的に述べておこう。すなわち、「特約」によって悪意者を全面的に排斥するといってみたところで果してそれが可能かどうか、その実効性は疑わしい。たとえば、甲が乙に対する金一〇〇万円の債権（「特約」付）を金八〇万円で丙（悪意）に譲渡したいとする。甲丙通謀して、甲丙間に金一〇〇万円の消費貸借締結ありとして（実際には八〇万円しか交付されない）、かつ、この一〇〇万円の貸金債権について甲が債務不履行に陥ったこととして、債務名義をえて、丙が甲の対乙債権に対して差押、転付の挙に出るならば、甲丙は債権移転の目的を遂げうるのである。悪意者がかように一工夫することにより、すなわち差押・転付を介することによって目的を遂げうるのであって（前掲昭和四五年四月一〇日最高裁判決参照）、「特約」による悪意者の全面排斥といったところで、排斥の実を挙げることは保しがたい。それくらいならば、悪意の譲受人も「特約」によって排斥されない（「特約」の対外効否定）と解する方がよけいな細工をろうさないですむという利点を伴うことになり妥当である、といえなくもない。すくなくとも次のようにはいうことができるであろう。右のような差押・転付を考慮したならば、「特約」を悪意者に当然に対抗しうると言い切ることにどれほどの意義があるのか疑問の余地があり、ひいては、そのような立言の修正の要否について検討すべきでないか、と。

悪意者に対しては「特約」を対抗しうると解する立場は、強制執行と任意譲渡とは区別して扱うべきだ、と説くかも知れぬ。そして、前述のごとき、差押・転付という手段を用いるのは、この区別扱いの濫用にすぎず、かかる濫用がありうるからといって、任意譲渡について「特約」による悪意者の全面排除という扱いを変更すべきではない、と説くのかも知れない。ところで、そもそもなぜ区別するのか。それを説明するには、強制執行に対しては譲歩するけ

れども、任意譲渡に対しては、それを無に帰せしめてでも防禦しなくてはならぬ利益がある（「特約」により追求されている）、とでもいうほかあるまい。しかし右のような利益があるのかどうか、あるとしても常にあるといえるのかどうか、私は大いに疑う者である。「特約」によって追求されている利益のうちには、強制執行に対してはむろん、任意譲渡の前にも屈してしかるべきものが多くあるのではないか。「特約」によって追求されている利益がどのようなものか、そしてそれをどのように処遇すべきかについては次の(2)において検討する。

上述したところから、(イ)の立場も成り立つと私は考える。それに加えて、(イ)の立場の方が(ロ)の立場よりも、前述第一―第三において述べられたことに適合もするのである。この点については、おそらく説明は要しまい。それゆえに、私は(イ)の立場を採りたい。

上述した第一―第四を根拠として、私は「特約」の効力制限を主張したい。なるほど既存の見解は文理にてらしてすなおな解釈といえるけれども、それだけに止まり、問題が残っている。実際問題という観点からいえば――既存の見解は債権譲渡自由と債権関係の個性との調和点を善意者保護に求めるけれども、現実においては、金融機関による約款使用を介して、調和どころかもっぱら個性尊重の優位が貫かれる（実際には金融機関の利益貫徹）に終ることを黙視しているように思われる。むろん、かような現象（法制度がもっぱらあるいは主として特定の階層の者の有利なように利用されるという現象）は他の領域においても見られることではあるが、だからといって放置はしえず、機会あるごとに検討を加えられるべきであろう。本稿もその一つの機会である。また、悪意者を排斥するといってみても、前述のごとく、差押・転付を介することによって、結局は排斥の実があがらず、たんに細工をろうさせるのみという結果に終るおそれもある。解釈の方法論という観点からいえば――既存の見解は、悪意者は当然に保護されるに値いせず、といえるか（反面からいえば、とにかく合意さえすれば、その合意は悪意者との関係においてはつねに優

先すべきであると考えてよいか）、について、特段の吟味を施してもいない。さらにまた、既存の見解は、外国法について言及することがあるにもかかわらず、民法四六六条じたいについて、その制定経緯・立法者意思を探索し解釈の資とすることをほとんど全くなしていない。[4] 既存の見解にはこのように補充を必要とするところがあり、とうてい追随することができない。

(2)「特約」の効力制限論の具体的内容は以下に述べるとおりである。まず具体的な場合分けを行ない（(イ)(ロ)(ハ)）、次に補足を施し（(ニ)）、最後に場合分けの決定基準をしめくくる（(ホ)）。場合分けの基準は、「特約」によって、だれの利益が、また、いかなる利益が、追求されているか、である。そして、それぞれの場合における中心問題は、そのような利益と債権者ないし悪意者の有する利益との優劣いかに、である。

(イ)「特約」がもっぱら債権者の利益を追求する場合。たとえば、或る者が自己の資金を他人に寄託し、三年間は返還請求をしないこと、また、債権譲渡もしないことを約した。預けた債権者にしてみれば、すぐにでも返還請求しうるのでは、資金不足に追われてとかく短期間内に返還をうけて費消してしまうことになるし、また、譲渡についてなんらの歯止めもないとすれば、資金を入手したいのあまり譲渡することになり、譲渡すれば安くしか譲渡できない場合が多く、損失を免れがたくもあるので、返還請求あるいは債権譲渡についての障害（それがあまり強いものといえぬにしても）をできるだけ設けておきたい。寄託された債務者は資力の豊かな者であって、預けられた金円に手をつけたりすることなくいつでもだれから返還請求うけても返還（弁済）しうる状態にあるとする（当該債権者に対しては返還に臨んで猶予を交渉しようといった類のことも考えていない）。また、この債務者は、寄託を受けることを業とする者ではなく（さらにこの債務者は商人でなく、営業上幾口もの債務が生ずるということもない）、文字どおり一回的行為として預ったものとする。業とすることにより幾口もの債権が生じた場合、その譲渡を自由にさせておく

と幾人もの新債権者が現われ、その応待・確認などの手続が厄介になるおそれがある。この債務者はかようなことを憂慮するに及ばないし、また、そもそもこの債務者は応待、確認、さらには過誤払防止に対処しうる事務的能力に自信を持っている者であるともしよう。さらに、この債務者は、債権者と取引することにより将来反対債権を取得する可能性もなく（また、これまでもなく）、従って相殺の便宜のために債権を固定化する必要もないとする。このような設例においては、「特約」はもっぱら債権者の利益を追求するために存するといってよいであろう。

右の場合、債権者が債権を譲渡したからといって、債務者が悪意者に「特約」を対抗し、その弁済請求に応じないことは——債権者、悪意者がどのような利益を追求しているかを問うまでもなく——許されるべきでない。この場合には、「特約」はもっぱら債権者の利益のために存するのであり、債務者にとっては「特約」は存在の必要がないのだから（債権者が自からの利益を放棄することについて債務者は異議を唱うべき理由がない）、「特約」あるのを奇貨として悪意者に対してであれ弁済を拒むことを容認するのは、債務者の側に「特約」を対抗させることによって保護すべき利益なくして、ただいたずらに、債権者、悪意者の利益（前者の金融を取得する利益[5]、後者の債権取引の確実性という利益[6]）を阻害するだけであり、許さるべきではない。

右の場合の「特約」は、債務者にとってはいわば無に等しい。「特約」はもっぱら債権者の利益のために存するといえるのであって、債務者としてはかかる「特約」の維持になんら利害を有しない。よって、債権者が譲渡をしてもその違約を責める（違約により債務者が「特約」によって守らんとしていた利益を失なったことの賠償を求める）こともできない（この場合そのような利益は特にはないから[6-1]）、というべきである。

(ロ)「特約」がもっぱら（ないしは主として[7]）債務者の利益を追求する場合。三個(i)—(iii)の場合に分かれる。

(i) 債務者の追求する利益が、(a)たんなる事務手続の煩雑さの回避に止まる場合、さらには、(b)それ以上の利益であ

るにしても他の方法（債権取引を阻害する度合のよりすくない法的手段）によって目的を達しうる場合、これら(i)(a)(b)の場合に追求されている利益は、「特約」を最も活用しているところの金融機関によって追求されている利益だということができる。そこでまず、これらの場合をとりあげることにするのである。

(a)の場合から始める。たとえば、甲が乙（銀行）に定期預金債権を有しているとする。甲が右債権を丙に譲渡するとしよう。乙にしてみれば、新債権者丙に対して、印鑑を届出させ、預金証書を新たに作成しなければならず、他の問題をさておいても、事務手続の煩雑化という問題が生じる。ところで、銀行のごとき金融機関においては債権も多数存するから、譲渡自由を放置しておくと、とるべき事務手続の量も増すことになるので、「特約」を設けることによって、事務手続を節約することをめざすことになる。[8] このような場合の「特約」は、もっぱら債務者（乙）の利益（事務手続煩雑化回避）をはかるために存していること明らかであろう。債権者（甲）としては、債権譲渡により金融の便をえたいところなのに「特約」によって阻止されているのである。

右のごとき場合の「特約」は悪意者に対抗しえないと解すべきである。右の設例でいえば、乙銀行が甲の資金を預かって他に運用し利潤を挙げていることを考慮すれば、自己の側の利益のみを追求するべきでなく、甲の金融獲得に協力すべきであり、たんに事務手続の煩雑を理由にして甲の利益（金融を取得する利益）を阻害することは[8-二]あまりに乙の利益を尊重しすぎるものである。せいぜいのところ乙銀行としては甲に対して違約の責を問いうるのが限度ではなかろうか。譲渡無効という効果まで生ぜしめるのは、甲乙のそれぞれ追求している利益保護の権衡を害する。また、悪意者の有する債権取引の確実性という利益をくつがえすには、乙の利益はあまりに小さいものではないだろうか。「特約」をもって悪意者に対抗しえないとすれば、たしかに事務量は増加するであろう。しかし、一般私人ならばまだしも、金融関係の問題処理の専門家ともいうべき銀行（その他の金融機関も）が、事務量が増加するとはいえ

その処理をもてあますほどの能力不足とは思えないし、また、顧客に対するサービス強化の一環としても、事務手続の煩雑ということをもち出すべきでなく、増加する事務量の消化策を講ずるべきである。かようなわけで、当面問題としている場合の「特約」は、悪意者にも対抗しえないものであり、譲渡がなされた場合には違約による責任が内部的に問題となりうるにすぎないと解するべきである。

債務者が金融機関・金融業者でない一般私人であっても「特約」の効力につき右に述べた結論は変らない。一般私人の場合でも、新債権者との対応（面談して住所・氏名を知るとか、証書書換を要求されるとか）が煩わしいので、その煩わしさを回避するために「特約」を設定することがありうる。この場合には、応待が煩わしいといっても、一般私人の場合、関係する債権の個数も（したがって応対すべき新債権者の人数も）さほど多いとは考えられないので煩わしさの程度も憂慮するほどのことはあるまい。「特約」なるものを知識として有していて、かつ、それを実際にも活用しようというほどの者であれば、応対、事務処理などに困るような能力不足ではあるまい。債務者はただ一口の債権について新債権者が登場することも煩わしいと思うかも知れぬ。しかし、応待の労力節約という利益（応待の労力給付などは通常人にとってはほとんどとるに足らぬ出捐であろう）が、債権者の金融を取得する利益、悪意者の債権取引の確実性という利益をくつがえすものとは私にはやはり思えない。

債権が財産的価値を高めてきており、それを客体とする取引の確実性が要望されている現代においては、債権者から彼の重要な財産処分権を物権的にも奪うこと、ひいては、債権譲渡を無効ならしめることには、慎重たるべきである。「特約」によって債務者の追求している利益が事務手続煩雑化回避にある場合についていえば、事務手続煩雑化による労力給付は比較的軽微であるから、「特約」をもって悪意者に対抗しえないと解すべきである。事務手続煩雑化による労力給付にはたとえば、債務者が金融機関たると一般私人たるとを問わず、利率引下げをするとか、金融機

関の場合にあっても他の営業部面での経費節減をはかるなどによって対処すべきであり、僅少な利益を守るために債権者・譲受人の利益を侵害することを許容すべきではない。[9] 債務者としては債権者に違約の責任を問いうるに止まり、[10]「特約」を悪意者に対抗しえないと解すべきである。

次に(b)の場合に移ろう。(b)の場合に属する場合としては、次の二個の場合が考えられる。第一は過誤払の危険回避をはかる場合であり、第二は、相殺権の確保をはかる場合である。

第一に、過誤払の危険回避をはかる場合について。債権譲渡がなされて新債権者が債務者に対して弁済を請求する場合、債務者にしてみれば、債権譲渡の通知がなされてはいるもののその債権譲渡は有効になされたのかどうか（一旦は有効になされたがその後たとえば強迫を理由に取消されたのではないか）確認する必要がある。また、債権譲渡そのものは有効になされたと仮定しても、現実に債務者方に現われて弁済請求している者が果して新債権者本人なのか、本人でないとしてその者が受領権限ありと称している場合にはその点に相違ないかどうか確認する必要もある。これらの確認に手落ちがあれば、弁済をしても有効な弁済とならない。ここにおいて、債務者にとって危険（二重弁済の危険）があることになる。債務者が債権譲渡の対抗要件としての承諾を与えた場合にも、右に述べたのと同様のことがいえるであろう。過誤払の危険をそもそも根本的に排除するためには、「特約」を締結して債権譲渡の可能性を奪う（善意者を事実上排除するために「特約」を約款にでもとり入れて周知徹底させる必要がある）にこしたことはない。

債務者が過誤払の危険回避を希望することは十分了解しうるけれども、そのために、債権譲渡を禁止することまでも許すべきか。債務者が過誤払の危険から自己を守る他の手段を有しないのであれば格別、そうでなければ、債権譲渡自由の重要性にてらして、「特約」の効力は制限されてしかるべきであろう。過誤払の危険から自己を守る手段が

法によって用意されているのに、ひたすら自己の安全を確保したいのあまりその手段を採用することなくして「特約」に訴えるのを容認するのは、債権者の金融を取得する利益、悪意者の債権取引の確実性という利益の犠牲において[11]、債務者保護にすぎるというものである。他に手段があり（しかも法的手段）、それによって一応の安全が保障されているにしても、債務者が一そうの安全を重視しその確保のために努力することは尊重さるべきことではあるが、問題は他の利益との調整にある。一応の救済策を与えられた者がさらに債権者、悪意者の右利益をまで否定することは行きすぎだというのである。

過誤払の危険回避の手段は存する。債権の準占有者への弁済（民四七八条）がそれであることというまでもあるまい。具体的な場合に、弁済をする債務者がどのような内容・程度の注意義務を負担するべきかは、一概にいうことができない。たとえば、債務者が銀行等の金融機関である場合についても——債権譲渡の通知がなされたものと前提して——新債権者なる者が旧債権者の届出印鑑及び預金証書を持参した場合、届出印鑑のみ持参した場合、預金証書のみ持参した場合、これらのいずれも持参しなかった場合、それぞれにおいて注意義務の内容・程度は異なるべきである[12]。また、債務者が金融事務の素人である一般私人である場合には、債務者が銀行等の金融機関である場合とは注意義務の内容・程度が異なってしかるべきである。債務者はそれぞれの場合におけるしかるべき注意義務をつくすことによってそのなした弁済は有効な弁済として免責されることになる[13]。

注意義務をつくすことは、当然に事務手続の煩雑化を招き、債務者としてはそれを回避したいであろう。過誤払の危険を回避するために注意を払うことになれば、(a)で述べた程度の煩わしさ＝労力給付ではすまないからである。しかし、債務者が銀行等の金融機関であろうと一般私人であろうと問わず、煩わしいからといって債権譲渡を禁止することを許すべきではない。その理由としては、銀行等の金融機関については、すでに(a)で述べたことがここでもあて

はまると考える。一般私人の場合についてもほぼ同様である。この場合には関係債権の個数もさほど多くはないであろうし（従って債権譲渡により新債権者なるものの登場する場合もさほど多くはあるまい）、かりに多くの新債権者なるものが登場したところで、注意義務の内容・程度については一般私人であることを考慮にいれてしかるべく決定されるべきであって、決して過大な負担が要求されるべきものではないのであるから、煩わしさといっても憂慮すべきほどのものになるとは考えられず、債権譲渡自由の保障の重要性の前には甘受さるべきものであろう。

あるいは、債務者としては次のように主張するかも知れない。債権者がその債権を信用の基礎として資金をえようとするのであれば、その債権者は他から借財をして資金を入手し、融資した者は債権者の債権者として、債務名義をえたうえ、債権者の債権（券面額ある債権）を差押え、かつ、転付命令を取得すればよい。債権者がこのようなルートを経るならば、債権者は資金を入手しうるほか、債務者にしても、弁済に伴う危険がない。というのはこうである。かりに転付当時には執行債権が弁済その他によって消滅していたとしても、転付による債権移転という効果は生ずるのであるから[14]、債務者（第三債務者）が転付債権者に対してなす弁済は弁済として有効であって、「債権の準占有者に対する弁済」をもち出すまでもない。かようなわけであるから、債務者としては任意譲渡を「特約」で阻み、新債権者の登場が差押・転付命令を介してなされることを希望することになる。債務者の安全追求という視点のみからすれば、かような考え方もそれなりに合理性を有する。任意譲渡の場合には、債務者が「債権の準占有者への弁済」によって救済されるには、注意義務を履行すべくしかるべく労力を支出しなくてはならない。差押・転付の場合には、そのような労力支出を要しない[15]。労力支出のすくなくてすむ方が債務者にとって都合がよいにきまっている。しかし、前述したように、任意譲渡の場合に労力支出の必要ありといったところで、その程度はどれほどのものか私は疑問に思うものである。さほどの大きさでもない労力支出を理由に、債権の流動化をはかるには強制執行によらねば

ならない（流動化したいのであれば細工をして強制執行へもちこめ）と主張することは、債務者の利益を強調しすぎるものであり[16]、彼我の保護の権衡を害するものであって、賛成しえない。

要するに、過誤払の危険回避のためには「債権の準占有者への弁済」という法的手段がある以上、債務者はその手段に依存するべきであり、「特約」の第三者に対する効力は制限されるべきである。右の法的手段に訴えるために必要となる労力給付（煩わしさ）は「特約」をもってして悪意者に対し無制限に対抗させる理由として容認さるべきではない。

第二に相殺の利益の確保をはかる場合について。これについては、「特約」を設けて譲渡を妨げることにより相殺の利益を確保しうる場合とそうするまでもなく確保しうる場合とがある。後者の場合から先にとりあげる。

現在の判例の下では[17]、譲渡の通知以前に債務者が反対債権を有しているならば、受働、反対両債権の弁済期の到来到、弁済期の先後関係いかにに関係なく相殺を譲受人に対抗しうるのであるから[18]、あえて「特約」を設けて譲渡を妨げる必要もない。債権譲渡の対抗要件として債務者の承諾がなされる場合には、承諾以前に反対債権が存在し、かつ、債務者が異議（将来相殺する旨）を留めて承諾したならば（民四六八条一項本文）、「通知」の場合と同様に、相殺の利益を確保しうると解すべきであろう。かようにして債務者には、「特約」を締結するまでもなく、相殺の利益を確保しうる道が存するのである。相殺の利益を「特約」（＝債権譲渡阻害）を用いなくとも確保しうるからには、「特約」をもって、債権者の金融を取得する利益および悪意者の債権取引の確実性という利益を阻害することを容認すべきではない、否、そのようにいうまでもなく「特約」の必要性が存しないのである。「特約」を貫徹させるべきでないというのは、次のような例からも明らかであろう。たとえば五〇万円の反対債権確保のため一〇〇万円の債権を「特約」で固定化するとしよう。この場合超過分五〇万円について不必要に債権を固定して債権者・悪意者の利益を

害する。これは財貨の効率的利用促進という見地からも是認しがたい。「特約」設定が譲渡通知・承諾の時点において存する反対債権による相殺の利益を確保することを目的とする場合には、その「特約」の第三者に対する効力を否定するべきである。(19)

次に、前者の場合をとりあげよう。債務者は、現在は反対債権を有しないにしても、将来は有するに至るかも知れぬ。そしてその反対債権は、発生するか否か定かでなく、発生するにしてもいつ発生するかわからない。譲渡の通知以前あるいは譲渡についての承諾以前に、反対債権が発生している場合には、相殺の利益が確保されうるから、「特約」は不要ともいえるけれども、右通知あるいは承諾後に反対債権が発生した場合には相殺の利益はもはや確保されない。「特約」によって債権譲渡を禁じておけば（約款を通じて周知化をはかり善意者を斥けるように努力することはもちろんである）、反対債権がいつ発生しようと問わず、相殺の利益を享受しうることになる。この点において、「特約」締結の必要があるといえる。あるいはまた、割引手形の買戻請求権による相殺と差押について説かれている考え方（差押時に反対債権の発生原因が存すれば反対債権の発生は差押より後でも相殺を対抗しうる）(20)にならって、次のようにいえるかも知れぬ。

通知あるいは承諾以前に貸付契約が存しており、その契約にもとづいて、通知あるいは承諾後に貸付債権（反対債権）が発生したとする。かような場合には、反対債権の発生原因が通知あるいは承諾以前にすでに存していたのであるから、相殺の対抗を承認さるべきである。もっとも、この場合でも承諾は異議（発生原因の存すること、それにもとづいて発生することある債権をもって相殺する旨）を留めたものであらねばならないであろう。

このように、発生原因の先行する場合には相殺の利益を保障されると解するにしても、貸付契約のごとき発生原因が先行していない場合には、相殺の利益は保障されえないことになる。このような場合に備えるためには、やはり

「特約」によるほかはない。しかしながら、かかる「特約」によって債務者が確保しようとしている利益は、発生するかしないか全く不確実であり、発生するにしたところでいつ発生するのかも不確実な債権（さらには額も不確実）についての相殺の利益であって、一種の期待ではあるにしてもきわめて淡い期待というほかはない。この程度の期待をもって債権譲渡自由に優先させるとすれば、それはあまりに債権の固定化をはかるものであって、債務者の利益偏重というべきであり、賛成しえない。

(b)の場合を通じての結論は、「特約」は悪意者に対しても対抗しえないと解するべきだということである。債務者は債権者に対してせいぜい違約の責任を問いうるにすぎない。[21]

なお(i)を通じて債務者としてとりわけ銀行を念頭においてきたが、債務者が公共団体であっても同様に解するべきである。[22]

(ii)債務者の追求する利益が弁済期にきちんと弁済することを免れることに存する場合。債務者が、自分は債務者ではあるが弁済についてルーズでありたいと考え、「特約」を締結する場合である。すなわち、そもそもこの債権者ならば——ルーズさを債権者が当初から承認しているわけではないのだが——いざ弁済期に臨んで弁済を怠っても猶予を願えばいやとはいうまい、弁済額を減じてもくれるだろう。債権者が他の者（譲渡屋である場合もある）に変更されるならば、そのように都合よくはいかないであろう。つまり、ここで想定している債務者は債権者がだれになろうと問わず弁済についてのルーズさをめざすものであって（もしルーズさが新債権者に対しても許されるものならば事務手続の煩雑化は忍びもしよう）、実際にはそのようなことは特定の債権者に対してのみ期待しうることであるので（この意味で(i)(b)とは異なり利益追求するにつき債権取引を阻害する度合のよりすくない他の法的手段が存しないわけである）、その特定の債権者に対して確保しうるルーズさを固守するために、譲渡屋のみならず、それ以外の債権

者登場をも排除することをめざしているのである。そして、その目的達成のために「特約」を締結――善意者をしめ出すために債権証書に「特約」を記載することになろう――することになる（かかる利益を追求する債務者は通常資力の乏しい者であって、「特約」を締結することも、ましてそれを証書に記載することも、実際上は困難なことであろう）。

問題は、右のごとき利益の追求をめざす「特約」をもって悪意者に対抗しうると解すべきかということである。対内的（債権者債務者間）には、「特約」違反の責任を追求しうる。[23] 右のごとき利益の追求をめざす「特約」を対内的にも無効とすべきほどの理由がないからである。

しかし、対外関係においては別問題である。そもそも債権者に対する関係において、かかる「特約」をしたからといって債権者から債権の処分権が物権的に奪われるとまで解すべきかどうか問題であり、債務者の追求している利益をもってしてはそこまではいえず、せいぜい処分権行使が債権的に制約されるにすぎないと解すべきである。従って、債権者が譲渡をした場合には、その譲渡は処分権にもとづくもので有効と解すべきである。「特約」の第三者に対する効力を認めるということは、債務者をして、自分は債権の弁済についてルーズでありうる利益を固守したいから第三者は遠慮せよ、と主張させることにほかならぬ。しかし右利益はそれほどに尊重さるべき利益だろうか。もともと債務者は債権者がだれであると問わず弁済をきちんと行なうべき立場にある者であって、弁済についてルーズでありうるという利益は、せいぜい、当事者間それも特殊な人間関係を前提した当事者間においてのみ主張することが許されるに止まり、広く第三者に対する関係においても尊重さるべきものとはいえないであろう。悪意者の関与した譲渡行為であっても、それを無に帰せしめるだけの価値を、弁済についてルーズでありうるという利益は有するのだと解すべきであろうか。私は疑う。あるいは権利者といえども権利を文字どおりに実行することはけしからぬことであ

る、義務者も義務履行についてルーズであってもさほど非難に値いしない、とでもいうような意識が支配的であった時代ならば、債務者が弁済についてルーズでありたいと望み、ルーズでありうる利益を確保するために払う努力を第三者も尊重するべきだ、とも解する余地がないともいえまいが、そのような意識が薄れた——また薄れるべきだとも私は考える——現代においては、弁済についてルーズでありうる利益主張の妥当範囲は、右に述べたように、狭い範囲（債権者—債務者間）に限定さるべきであろう。それにまた、債務者としては、「特約」の効力を否定されて第三者に対し債務内容そのままの弁済をさせられたにしても、本来すべきことをしたにすぎないのであって、別段の損失はないわけである。かようにして、いかに相手方が悪意者であるにしても、当面問題としている「特約」の効力は否定さるべきであると考える。

なお、右の場合と異なって、債務者が当初の債権者に対しても新債権者に対しても、きちんと弁済する意図を有してはいるが、新債権者が譲渡屋の場合だけは別であって、譲渡屋の介入を阻止したいために「特約」を締結することが考えられる。譲渡屋対策のための「特約」には、もっぱら譲渡屋回避をめざすものもあれば、それもふくめて広く新債権者の登場回避をめざすもの（本項(ii)でとりあげたものはこれである）もある。そのいずれなるかを問わず、譲渡屋を回避するための「特約」の効力については、この場合あるいは(i)(b)でとりあげるべきであるともいえるが、便宜上(3)においてふれる。

(iii)債務者が「特約」によって追求している利益が、債権者債務者間の特殊な人間関係を維持することにある場合。たとえば、乙は甲に対し法律上の扶養義務を負担する者ではないとする。過去において乙は甲から生活の援助を受け、それがために、甚だしい窮境（生活苦による自殺寸前）を切り抜けることができた。今日、甲は生活に困窮している。もっとも、甲としては、別段、乙をあてにしていたわけではない。さて、乙は、過去の恩返しの一半になるよ

うに、甲を援助したいと考えた。そのさい、乙の気持としてはこうである。かって自分は甲によって救われた。今、甲は困っている。甲が自分を救ってくれた時には、甲は肉体労働者であって、その文字どおり額に汗してえた金円を自分に与えてくれた。今、自分も肉体労働者として収入をえており、まさにこの自分の額に汗して稼いだ金円をもって甲に報いたい。乙としては、乙の汗してえた金円を直接に甲に渡し、それによって甲が直接助けられたという事態を望む。そうではなくて、右金円が他人の手に渡ることは望まない。債権譲渡をしないで欲しい。基本債権は性質上不可譲渡であって譲渡しえないから、この点はいうまでもない。各期の個別債権が弁済期を経過した場合でも——そのようなことが生じないようにするつもりだが万一生じたとしても——各期の個別債権を第三者へ譲渡しないで欲しい。甲は乙に直接請求するのは気がひけ請求できず、生活の必要上他へ譲渡することが考えられるので、とくにこの点を念を押しておく。第三者に自分の金円が渡ることは、理屈はともかくとして、感情が許さない。自分としては、甲乙間の援助関係を全く甲乙二人だけの間の関係として維持していきたい。もし第三者が新債権者（善意悪意を問わず）として登場するのであれば、爾後の援助はやめたい。このような乙の気持を、乙の申出によって知った甲も、その意を受けて、乙の援助を受ける、乙の労働の成果である金円を直接に受けとる、各期の個別債権を弁済期経過後であっても他へ譲渡することはしないことを約した。

甲乙間には過去の恩を返し返されようというきわめて高度の信頼関係が設定され、この関係を維持するために、債権譲渡（各期の弁済期経過後の個別債権の譲渡）が禁止されたのである。右の関係を維持するために債権譲渡が禁止されたことについて一言述べておこう。各期の個別債権（たとえば毎月一日当月分として一万円給付するという内容のもの）といえども弁済期到来前は性質上不可譲渡というべきであろう（「特約」の意味はないことになる）。弁済期到来前は両当事者ともに高度の信頼関係をベースとして、援助をしよう受けようとの期待を有しているわけであるか

ら、かかる期待（といっても債務者の）を譲渡によって破壊することを認めて債務者をして当初予定した者と異なる者へ給付させるのは妥当でない。これを譲渡しうると解するとすれば、弁済期未到来の各期の個別債権を予め譲渡することにより、あたかも基本債権（性質上の不可譲渡性）を譲渡するに等しい結果がもたらされることにもなる。弁済期未到来の個別債権を譲渡しうるとすれば、ここで問題としているごとき関係においては生活に困った債権者が多いわけだが、その者が第三者に不当に安く買いたたかれるという弊害（暴利行為）も生じるおそれがある。これに対して、弁済期の経過した個別債権は性質上譲渡性を有すると解するべきであろう。いかに甲乙間において援助する受けると約したところで、それだけでは、弁済期経過後の個別債権も性質上不可譲渡であるとはいえない。というのはこうである。形式的にいえば、弁済期経過後の個別債権は履行遅滞により損害賠償債権に変じたとみるべきであり、もはやいかなる意味においても通常の金銭債権というべきであるから、性質上譲渡性を有するといわざるをえない。実質的にみても、弁済期経過後の期間（たとえば二カ月分未済で二カ月経過したとせよ）は、甲としては自弁（あるいは他からの金融）で生活したはずであり、その期間に関する限り、援助をする受けるの関係は破れているといえよう。その期間についての債権は、甲が自弁で出捐した費用、あるいは他からの金融で負った債務についての補償債権とでもいうのが実質を反映しているであろう。援助をする受けるの関係ではなく、生じた金いくらの出捐・債務負担のカバーを請求する関係である。もはや特殊人的関係とは切り離された通常の金銭債権関係である。乙の側からしても、自から債務不履行をしておきながら、自分が援助してやろうというのに債権譲渡して他から金円を取得するのはけしからぬ、ともいえないであろう。また、弁済期経過後は債権者としては債務者に請求しうるわけだから、前述の暴利行為の生ずるおそれもあるまい。かようなわけで、弁済期経過後の個別債権は譲渡性を有すると解さるべきである。[24] それゆえ、乙は「特約」を締結することによって譲渡性を制限し、あくまで甲にのみ直接給付することを確保し

ようと努めたのであり、甲としてはいささか不便とは思ったが（この意味において、ここでの「特約」はもっぱらないしは主として債務者乙の利益のためにあるといえる）、乙の意を尊重してそれに同意した。かくて、ここでの「特約」は、きわめて特殊な人的関係を基盤に成立し、その人的関係を維持することを目的として成立したということができる。

右のような「特約」の第三者に対する効力いかに。[26] 弁済期の到来した個別債権は本来譲渡性を帯有するものであって、それを乙の都合によって「特約」を設けて制限するにすぎず、性質上不可譲渡な債権に変ずるわけではなく、従って、善意者を当然に排斥することはできないというべきである。乙の都合も尊重さるべきものと思えるにしても、客体が本来譲渡性を有する債権である以上、善意者保護の前には譲歩すべきであろう。ここでは、民法四六六条二項但書をそのまま妥当させるべきである。

問題は悪意者との関係である。乙の都合とはいうものの悪意者との関係においても一蹴し去ってよいか。結論を先にいえば、この場合の「特約」は、悪意者に対抗しうると解するべきである。というわけはこうである。債権の流通性を保障することは軽々に譲歩することを許さないものではある（私がこれまで述べてきたように悪意者だからといって当然に譲歩せよというべきではない）。さりとて、債権関係における個性を無視し去るわけにもいかないことを考慮するならば、私としては、個性を常に尊重せよといわないが、当面問題としている「特約」のように、債権が性質上不可譲渡な債権関係を前提として発生し、そのような債権関係を維持するために締結された「特約」に限って悪意者に対抗しうる、この限度では（この限度でのみ）債権関係の個性を尊重すべきであると考える。性質上不可譲渡な債権は「特約」の有無に関係なく譲渡性を有しない。個性の強い人間関係を尊重するわけである。その趣旨を一歩拡大して（といっても善意者にも及ばせるのではない）、右のような人間関係から派生した債権について「特約」を

することによって、右のような人間関係を維持しようとする当事者の意思を尊重すべきだと解するのである。[26]

債権の流通性の保障と債権関係における個性の尊重との境界線をどこに引くかはきわめて困難な問題である。この問題についての明確な基準の設定については他日を期するほかはない。ここでは、右に述べた理由のほか次のことを付加するに止める。

まず、「特約」の効力を悪意者に対抗させるとしても、右に述べた限度においてなのであるから、問題の債権じたい発生する場合がすくないことを考慮すれば、債権取引の阻害を憂慮するには及ぶまい。

また、当面問題としているごとき、「特約」によって追求されている乙の利益は、打算を超越した高度の信頼関係を維持するところにある。ところで甲は、損得ぬきで信頼関係を維持したいという乙の意思を承知しており、その意に反して譲渡することにより乙をして耐えがたい思いをさせるであろうことも知っているわけであるから、甲が譲渡することは乙に対する甚だしい背信行為というべきである。かかる甲に対しては、債権を譲渡して金融を取得する利益を保障するべきではあるまい。悪意者の利益（債権取引の確実性という利益）もまた、打算を超越した高度の信頼関係を維持しようとする乙の利益の前には譲歩するべきであろう。ここでの乙の利益は、譲渡を承認しても労力を多く支出すれば守りうるとか（(ロ)(i)(a)）、譲渡を承認しても当該利益を守るために他の法的手段があるとか（(ロ)(i)(b)）[27]いうものではなく、譲渡を承認するのでは破れるほかないのであり（この意味で甲の債権は性質上不可譲渡な債権といえよう）、また、そもそも対外的に主張することが無理だと思われる（(ロ)(ii)）ようなものでもないのである。対外的に主張することが無理どころか、債権取引の確実という経済的利益も尊重さるべきではあるにしても、打算を超越した高度の信頼関係を維持するという利益もまた、尊重さるべきものである。かようなわけであるから、かかる乙の利益の前には善意者はともかく悪意者の利益は後退せしめられてもやむをえまい。[27-二]悪意者が「特約」によって追求され

ている乙の利益の何であるかまでも知っている場合には（あたかも二重譲渡において問題となる「背信的悪意者」に類比することができよう）いうまでもなく、たんに「特約」存在を知っているにすぎないにしても、甲の背信行為を成就せしめない必要を顧慮すれば、やはり結論は変らないというべきであろう。(28)

(ハ)「特約」が債権者債務者いずれの利益をも追求している場合。この場合には、債権者の利益は問題処理のきめ手にならず、きめ手はもっぱら債務者の利益である。というのは、債権者は譲渡することによって、自からの利益を放棄したのであるから、「特約」締結によっていかなる利益を追求しているのか、またそれは保護さるべきかどうか、ということは問題とするに値いしない、というべきだからである。問題は債務者の利益いかんにかかる。すなわち、債務者について、「特約」によって追求している利益を探り、前段(ロ)のいずれに該当するかを検討して結論が決定されることになる。この意味において、(ハ)は独立の類型とするには値いしないともいえる。それにしても、ひとまず述べておくこととする。

たとえば、甲が過去において自分の肉体労働によって稼いだ金円を与えて救済した乙に対して（甲は乙に対し扶養する法律上の義務を負っているものではない。乙もまた甲に対してしかり）、現在の生活難を免れるために——甲が過去において救った者は乙一人だけではないのに——とくに乙を見込んで、扶養を依頼した。甲としては、自分の方から乙をとくに見込んで依頼したからには乙だけの援助を受けたい。各期の個別債権も、弁済期経過後といえども、決して譲渡はしない、と約した。乙の方としても、甲がそれほどまでに自分を見込んでくれて、もっぱら自分だけの助けを受けて生活難を切り抜けたいと考えるのであれば、乙の望みに応じて面倒をみたい。過去において甲は、甲の汗してえた金円を乙に支給してくれた。それと同様に、今後は、乙の方で、その汗してえた金円を直接に甲に支給して、甲を援助したい。乙の汗してえた金円が直接第三者の手に渡ることは理屈は別として感情が許さない。どうか債

権譲渡をしないで欲しい、と申し入れた。そこで、弁済期経過後の各期個別債権について、「特約」が締結された。この場合の「特約」によって、甲乙両者はそれぞれ、特殊な人的関係の維持をめざしているのであり、債権者債務者双方の利益を追求しているのである。甲による譲渡が行なわれた場合には、前段(ロ)(iii)にてらして、悪意の譲受人に対して乙は「特約」を対抗しうると解すべきである。

あるいはまた、たとえば、甲が乙銀行に対して一年後の世界旅行のための資金と称してその寄付を申込み、乙がこれに応じたとする。乙としては、銀行の地域社会に対する交際出費の一種と考えて寄付したにすぎず、とくに甲のためと思い、好意にもとづいて寄付したわけではない。寄付は世界旅行をすることを条件としてなされたわけでもないとする。さて、その金円を一年間乙が預かることとし(定期預金)、その間は甲は返還請求し(え)ないのはむろん、債権を譲渡することもしないとの約がなされた。この場合の「特約」によって、甲は資金保存をめざしている。つまり、甲としては、「特約」でも結んでおかないと、とかく費消してしまったり、安い値で他へ処分したりすることになるので、せめてもの歯止め策の一つとして「特約」を結ぶわけである。他方、乙にとっては、この「特約」はもっぱら事務手続の増加を回避するためになされたとする(前述(ロ)(i)(a))。この「特約」は甲乙それぞれの利益追求をめざしているわけである。さて、甲が債権譲渡をしたとしよう。甲は自から「特約」の利益を放棄したのであり、その結果、世界旅行の実行が不可能になってもやむをえない。他方、乙は「特約」をもって悪意者に対抗しえない、と解すべきことを前述(ロ)(i)(a)と同様である。

(ニ)以上を通じての補足を四点述べておきたい。(29)(29-1)

第一に、これまで述べてきた悪意とは、譲受時点で、(A)「特約」の存在を知っていることをさすのか、さらに進んで、(B)その「特約」によって追求されている利益が何であるかまでも知っていることを要するのか。結論は(A)で足る

ということだが、以下、この点についてみよう。多くの場合は悪意者が(A)たると(B)たると、「特約」をこれに対抗しえないと解されるのであり、あまり実益ある議論ではない。

(ハ)は、前述のように(ロ)に帰着するので、これを独立に考える必要がないから除外して考えてよい。(イ)についていえば、この場合の「特約」はもっぱら債権者の利益追求をめざしているのであるから、その債権者自からが譲渡することによって利益追求を放棄した以上、譲受人の悪意の程度いかんを問わず債務者は「特約」を対抗しえないというべきである。債務者側には「特約」を理由に譲渡を妨げる利益がないからである。

(ロ)についていえば、(ロ)(i)(a)、(ロ)(i)(b)、(ロ)(ii)のいずれの場合についても、悪意者が(B)に至っていてもこの者に「特約」を対抗しえないと考えられるのであり、とすれば、(A)にとどまる悪意者に対してはなおさら「特約」を対抗しえないというべきである。右に挙げた(ロ)の各場合において「特約」によって債務者が追求している諸利益は、債権取引の確実性なる利益の前には——たとえ悪意者が(B)にまで至っていても——譲歩すべきだからである。たとえば、(ロ)(i)(b)のうちの一場合、相殺の利益確保のための「特約」についていえばこうである。まず、譲渡の通知当時、反対債権が存した場合には、債務者の相殺の利益は常に保障されるのである。つまり「特約」の必要もないくらいであるから、かような立場を保障された債務者をして、債権取引の確実性を阻止させるべきではない（(A)(B)いずれの段階の悪意者かを問わない）。次に「特約」が債務者が将来債権者に対して取得することあるべき反対債権についての相殺の利益を確保することを目的としているとしても、そのような不確実な利益は、現実の債権取引の確実という現実の利益の前には——いかに悪意者が(B)にまで至っていようとも——譲歩すべきだからである。

(ロ)(iii)についてはどうか、(ロ)(iii)の場合には債務者は「特約」をもって悪意者に対抗しうる。そして私見としては、債務者は(A)にとどまるにすぎない悪意者に対しても（(B)段階の悪意者に対してはむろん）「特約」を対抗しうると解す

る（(ロ)(iii)末尾参照）のであり、また、それが妥当である。というわけはこうである。まず、(B)段階の悪意者に対してのみ「特約」を対抗しうると解したらどうか。「特約」存在についてならまだしも、いかなる利益追求がめざされているかについてまでも第三者が知ることは必ずしも保証されがたく、事実上(A)段階で止まることが多かろうから、(B)段階にまでに至った悪意者のみを排斥するのでは「特約」による利益追求を保護するに十分でないであろう。次に、(A)段階の者にも「特約」を対抗させるとなれば第三者は不測の不利な扱いをされることにならないかどうか。答は否である。というのは、私見の立場のごとく「特約」の第三者に対する効力を利益により区別し、かつ、「特約」を対抗しうる場合には(A)段階の悪意者に対しても対抗しうるという立場が法運用の実際上行なわれるに至った場合でも、「特約」が存することは危険であることにはちがいないわけであって、「特約」存在を知って譲受けた第三者は危険覚悟でいるべきだからである。そして、私見のごとく法が運用されるようになった場合にも、債権譲渡に携わるほどの者ならば「特約」の効力いかんについての知識を有するであろうから、「特約」が危険を蔵していることにも気付くはずである。そこで、彼が「特約」の存在を知っている限り、一歩進んで、その「特約」によって追求されている利益は何かについて調査することにより、危険と判断した場合に譲受をとりやめることによって、不利な扱いを受けるのを未然に防止しうるはずである。(A)段階の第三者は、既存の見解によれば当然に「特約」を対抗されるはずであるが、私見によれば、当然には対抗されず、彼のいわば生きる可能性がいささか拡大するわけであり、そのような事態の下におかれた彼としては、はたして生きる可能性があるかどうかを確かめるために調査の労力を払うことを要求されてしかるべきであろう。(30)

第二に、主張・立証責任について。譲受人が債権譲渡の事実を主張・立証し、それに対し、債務者が「特約」の存在およびそれについての譲受人の悪意を主張・立証すべきである。ここまでは、従来すでに説かれているところであ

る。[31] 私見のように「特約」の効力制限論を採る場合には、譲受人の悪意が主張・立証されただけでは、債務者譲受人間の勝敗はきまらない。勝敗は、「特約」によって追求されている利益いかんによってきまる。この利益をどちらが主張・立証すべきか。「特約」の存在およびそれについての悪意を主張・立証されても、なお債権譲渡の効果を主張する譲受人の側で、右利益が債権取引の確実性保障の前には譲歩を迫られるべき利益であること（換言すれば、(ロ)(iii)でとりあげた利益以外の利益であること）を主張・立証すべきか。あるいは、債務者側が右利益は(ロ)(iii)においてとりあげた利益であることを主張・立証すべきか。私見のように、債権譲渡自由の貫徹を強調し悪意者のなした取引をもできるだけ維持するべきだとの観点からは、悪意者にとって有利な方を選ぶことになるであろう。従って、債務者の側において、右利益が(ロ)(iii)においてとりあげた利益であることを主張・立証する責を負うと解する。

第三に、悪意者（前述(A)(B)いずれの段階の者を問わず）は債権者の債務不履行に加担する者ともいえるのであって、そのことに対する制裁という意味においても、彼は「特約」を対抗されてしかるべきでないか。このように論ずる可能性もないとはいえない。この点についてどう考えるか。

右のような見解にも聴くべきところはある（債務不履行に加担するといえなくもない）けれども、だからといって私は、「特約」を対抗させるべきだとの結論には従わない。というわけは次に述べるとおりである。

まず、(ロ)(iii)の場合について。私見によれば、この場合には、「特約」をもって悪意者に対抗しうるのであるから、そもそも右制裁論を云々する実益はない。

そこで問題は、(イ)、(ロ)(i)、(ロ)(ii)の場合（(ハ)は前述のように(ロ)に帰着するので除外して考える）である。まず、(イ)の場合には、「特約」によって利益を追求するのはもっぱら債権者であって、債務者ではない。この場合には債務者は「特約」によって追求すべき利益を有しない。このような場合に、債権者が違約して譲渡したからといって、悪意た

りとはいえ譲受人をまで罰するべきであろうか。「特約」によって追求すべき利益を有しない（しかし付随的には債権者交替による調査費用等出損を免れるという利益があるがこれも軽微なものである）債務者としては、「特約」をもって悪意者に対抗しえない、というべきである。

次に、(ロ)(i)、(ロ)(ii)の場合には、「特約」によって利益を追求するのはもっぱら債務者である。債務者は債権譲渡をされることによって利益を阻害される（相殺の利益のごときでもその利益じたいは害されぬとしても調査費用等を要することになる）。しかし、問題は、だからといって、債権譲渡を無効にさせるべきだと即断できるかどうかにある。私見によれば、これらの場合に債務者が「特約」によって追求している利益は、悪意者（念のためくり返すが、それが前述(B)段階の者であっても）のなした譲受とはいえその債権取引の確実性保障の利益の前に譲歩すべきものである。すなわち、さほどの労力支出とも思えぬ事務手続の煩雑化を回避したいとか、「特約」以外（「特約」を結ばなくとも）の救済方法があるのに、過誤払いの危険を回避したい、相殺の利益を確保したい（とりわけ譲渡の通知または承諾後に生ずるかも知れぬ不確実な反対債権回収のために譲渡を阻げようとするに至ってはとうてい是認しえない——(ロ)(i)(b)「第二」末尾参照）とか、あるいは、特定の当事者間でのみ期待すべき、前述の「ルーズでありうる利益」を確保したいとかいう利益追求は、譲受人の債権取引の確実性の保障を却けうるものとは私には思えない。右に挙げた程度の利益追求は、譲受人が悪意であっても、民法（四六六条一項）が債権譲渡自由の保障を宣明していることにてらして、譲受人に対抗しえないと解すべきである。もし対抗しうるとすれば、いかに同条二項が存するから説明はつくとはいうものの、同条一項の存在は、さして重要でない（あるいは「特約」によって保護するまでもない）利益の前に、ほとんど抹殺されてしまうことになるであろう。おそらく、債務者としては、折角「特約」まで設けて利益確保のために努力したにもかかわらず、「特約」を対抗しえないのでは不本意であろうけれども、努力さえすれ

ば、必ず報わるべきであるというものではなく、報われるか否かは、その努力によってめざされている目的・他の利益との調整いかんに依存するというべきであって、ここで問題としている努力は、私見によれば、その目的・他の利益との調整という観点において、報わるべきでない、というべきなのである。上述のような次第により、債務者は、これらの場合にも、債権者に対して違約の責を問うのが限度であると解する。

第四に、債権の譲渡性（あるいは債権者の債権についての処分権）を、「特約」によって追求されている利益のいかんを問わずに、物権的に奪う[52]「特約」（債権譲渡は無効となる）を債権者・債務者間で締結した場合の当該「特約」の効力はどうか。たとえば、「絶対に譲渡しない」という「特約」を締結し、当事者の抱いている意味は、右のように、債権の譲渡性を物権的に奪うことであるとする。かかる「特約」の効力をそのまま承認するべきか。答は否である。というのはこうである。私見によれば、債権の譲渡性（民四六六条一項）承認を重視し、それに対する例外の承認は、「特約」＝当事者の意思にこだわることなく、当該「特約」によって追求されている債務者の利益と、他方、債権者・譲受人の利益との比較に依存する。この立場は、意思を制約して、債権という財貨の流通性を可及的に保護しようとすることをめざすものであって、前述(1)(ロ)(ハ)の場合分けは強行法的なものというべきである。また、こうもいえよう。ここで問題としているようないわば強い「特約」は――それがもしなされるとすれば――合意のうえとはいうものの、えてして、強い立場の債務者が自己の利益確保（たとえば事務手続煩雑化回避）をはかるために事実上の影響力を債権者に及ぼして締結にもちこむ場合が多くなろうから、かかる「特約」の効力を無条件に承認することは、多くの場合には、債権者・譲受人の利益が不当に無視される結果を招き妥当でない。結局、私見によれば、右に述べたようないわば強い「特約」がなされた場合でも、それにとらわれることなく、前述(1)(ロ)(ハ)に従い結論を決するべきなのである。

(ホ)「特約」の悪意者に対する効力は、(イ)(ロ)(ハ)においてみたごとくである。以下上来の検討のしめくくりをかねて若干付言する。要するに、「特約」があるからといって、当然に悪意者に対抗しうる、と解すべきではない。いかに「特約」したといっても、「特約」の効力は一律ではなく、或る場合には悪意者に対抗しえ、或る場合にはしからず、というべきなのである。このことは対債権者の関係でいえば、いかに「特約」したとはいえ、債権者は常に、譲渡して金融を取得する利益[33]を完全に失なう、とはいえない、ということになろう。換言すれば、「特約」したからといって、債権者は常に債権の処分権を物権的にも失なう、というべきではないであろう。(イ)(ロ)(ハ)においてみたごとく、多くの場合には、債権者は、たんに、債権的にのみ失なうと解さるべきなのである。[34]

私見によれば、(イ)(ロ)(ハ)いずれの場合についても、「特約」をもって強制執行に対抗することは(執行債権者の善意悪意を問わず)できない。[35] 執行秩序は債権保障の最後のとりでというべきものであり、当事者の都合次第で変更の許されるべきものではないからである。注意すべきは、「特約」は、強制執行に負けるべきであるのみならず、任意譲渡にもまた負けるべきだといえる場合が多いことである。(ロ)(iii)のみが例外である。強制執行に負けるのは致し方ないが、任意譲渡に対しては——むろん悪意者に対してのことである——「特約」は常に勝つ(べきだ)、と考えることは私見によれば問題である。多くの場合には、任意譲渡の場合でも、「特約」を対抗させるべきでないと考えられるのである。

(イ)(ロ)(ハ)の場合分け、および、それぞれの場合における検討内容は、もとよりあくまでも一試案でしかない。場合分けがそれだけに限られる、と断言することは留保する。[35-二] 「特約」の第三者に対する効力の認められるべき場合はこれこれに限る、認められるべきでない場合はこれこれに限る、と断定的に分類するつもりはなく、本稿ではただ、銀行の主張(ロ)(i)(a)(b)をも考慮して、一応上記のように場合分けを施したにすぎない。私は、既存の見解が悪意者に対

して「特約」を常に対抗しうると解して別に怪しまないことに対し問題を提起しうるならば、本稿の目的はひとまず遂げられたと考える次第である。

私は私見を「『特約』の効力制限論」とこれまで呼んできている。これは、たんに、「特約」の悪意者に対する効力が各場合ごとの利益比較によって決せられる旨を示すに止まる。各個別場合ごとに利益比較の結果勝敗が決せられる、その利益比較による決定の基準を各場合を通じて統一的に説明するとすればどのように表現したらよいか。私は「背信理論」という名称を用いたい。そしてこの理論はこうである。「特約」があるにもかかわらずなされた債権譲渡の悪意の譲受人をして新債権者として扱うことが、譲渡人・譲受人の利益および債務者(第三債務者)が「特約」によって追求している利益を比較考慮した場合に、債務者にとって酷とはいえない、といえる場合には(かかる場合を債務者にとり債権譲渡は背信性を帯びないと私は呼ぶ)、債務者は「特約」を悪意者に対抗しえず、逆に債務者にとり酷といえる場合(債権譲渡が債務者にとり背信性を帯びると私は呼ぶ)には「特約」を悪意者に対抗しうる。ここに背信性とは、債務者と悪意者との間の関係についていうのであり、債務者と債権者(譲渡人)との間の関係についていうものではない。ここに背信性なしとは!——右に述べたように債務者にとり酷か否かが問題であるが、視角を変えていえば——当該の債権譲渡から不法性を阻却し(債権譲渡は有効)、債務者をして悪意の譲受人を新債権者として認めさせることであるけれども、不法性阻却の限度もその限度に止まり、債権者の債務者に対する違約の責任までも阻却するものではない。[36] 前述(イ)(ロ)(ハ)のうち、どの場合が背信性を帯び、どの場合がそうでない、と私が考えているかについては——当該場合について「特約」を悪意者に対抗しうるか否かにより判断できるであろうから——あえて指摘する必要はないであろう。

「背信理論」といえば民法第六一二条が想起される。むろん同条の対象は賃借権であり、本稿の対象は金銭債権

（このことはあえて断わってはいないが推察されていることと思う）であって、その点差異があるけれども、[37] それにしても、同条に関して展開されている「背信理論」（「背信行為論」）は、私見の「背信理論」にとって示唆するところが大きい。この点について若干ふれておく。

賃借権の無断譲渡（転貸もそうだが本稿との関係では譲渡のみを問題にすれば足る）は同条により制限・禁止されているけれども、とりわけ宅地賃借権については判例・学説により「背信理論」による根拠づけのもとに譲渡性が大幅に承認されている。一般的にいえば、不動産の賃貸借において賃借権の譲渡を承認するならば、賃貸人は新賃借人たるべき者との間に長期間にわたり（債務不履行があっても短日月のうちに追い出せるとは限らぬ）双務的な権利義務関係に入ることになるので（賃貸人の方の義務だけは履行させられ権利たとえば賃料の方は取立えないということもありうる）、賃借権譲渡に対する賃貸人の利害関係は、金銭債権（これは比較的短期で決済され債務者の義務負担があるだけである）の譲渡に対し債務者の有する利害関係よりも、深刻であろう。それにもかかわらず、かつ法律による制限・禁止が存するにもかかわらず、今やとりわけ宅地賃借権の譲渡性は広く承認されているのである。[38] もはや、法律の制限・禁止が存するから当然に譲渡性なし、とはいえない。そこでは、賃借人の投下資本回収の利益等、賃借権の強化に対する社会的要請の前に——他方では賃貸人の利益（賃借人が変更することにより目的物使用方法に重大な変更が加えられないかどうか、賃料は確保しうるか等）も考慮されてのうえで——自己の選んだ当初の賃借人のみを相手方として賃貸借関係を継続するという賃貸人の期待が譲歩させられているのである。法律による制限・禁止が存してさえも万全ではなく、それは利益比較の前に敗れることがあるわけである。いってみれば、一般的にいえば賃貸人の利害関係は深刻であるが、当該具体的場合において賃貸人の利益が害されない見通しがあれば譲渡を承認せよ、ということである。一般的には利害関係の深刻さがよりすくなく、かつ、法律によって（賃貸借の場合には賃貸

人の個人的利益を特約をまたず法律によって確保しようとする。それほどの重要性を公権的に認めているわけである）ではなしに「特約」によって（債権者の個人的利益を私人間の合意あることを前提にして確保しようとする[39]）禁止しているにすぎない場合は譲渡禁止も万全ではなく利益比較によって勝敗を決する、という考え方を導入しやすいのではあるまいか。さらにいえば、問題となる利益の点でも、相似たところがあるのであるから、なおさらである。すなわち、賃借権譲渡においては、①債権者＝賃借人＝譲渡人の投下資本回収の利益、②譲受人＝新賃借人の賃借権譲受による不動産利用の利益、③債務者＝賃貸人の主として経済的利益が問題となるのに対して、債権譲渡の場合には、④債権者＝譲渡人の金融を取得する利益（これも投下資本回収の利益といえよう[40]）、⑤譲受人の債権取引の確実性という利益（ひいては債権という財貨利用の利益[41]）、⑥債務者の主として経済的利益[42]が問題となる。①④および②⑤は、それぞれ、投下資本回収および財貨利用の利益、という点で共通性があり、③⑥もまた、自己の選択せざる者を相手方にすることによる主として経済的利益の問題である。①と④、②と⑤、③と⑥のそれぞれにおいて、各前者各後者いずれの保障に対する社会的需要が大きいか、この点についての確信はないが、私としては各後者についての社会的需要も無視しえないと考え、現実にはあまり需要がないとしたらそれは「特約」についての既存の見解の支配がそれだけ強大なことに因る（債権者が債権譲渡はなしえないと諦めている場合が多い）のであって、そのことじたい問題であると考える。

あるいは、次のようにいえるのであろうか。一方の譲渡制限・禁止は直接法律の規定に依拠するものであるがゆえに、その適用を外すことは一見したところ大胆にすぎるようであるけれども、それが本来予定していた賃貸借関係（その基礎にはたとえば温情的関係があった）と現代の賃貸借関係とが質的に異なるに至った以上、無条件に適用されるべきではなく、むしろ適用を排除して、利益比較を行なって結論を決すべきであるのに対して、他方の譲渡禁止

は「特約」によるものであり、そして「特約」による譲渡禁止は別段特定（特殊）の社会関係を前提しているわけではないのであって、社会関係の変化の有無といったことがらを問題としないで「特約」はそのまま尊重されるべきである、と。「特約」がなされたからには、それは常にそのまま貫徹されるべきであって、利益比較のはいりこむ余地は完全に封じられてしまうべきか。譲渡制限・禁止の根拠形式が異なるにせよ、いずれにしても、法運用のあるべき姿としては、妥当な結果の導出という見地から吟味を加えるべきであり、たとえ「特約」による譲渡禁止が特定の社会関係を前提しないにしても、現代社会においての機能、結果の妥当性への考慮を払うべきであって、「特約」存在の一事をもってして直ちに結論を決定するべきではないであろう。

さて、賃借権譲渡との関係についてはともかくとして、「背信理論」と称することにしたとしても、問題は、いかなる場合に背信性ありとするかについての具体的基準にある。結局、問題は、「特約」によって達成しようとする債務者の個人的都合のうち、どれを保護すべきであり、どれを保護すべきでないか、に尽きる。この問題解決のための決定基準を見出しうるだろうか。

かかる、決定基準の探索はきわめて困難な問題に遭遇する。たとえば、現代法において当事者の意思（「特約」）はどの程度保護されるべきか。反面からいえば、現代法のもとにおいて債権者の金融取得の可能性・譲受人の債権取引の確実性という利益はどの程度保護されるべきか、財産権（当面は債権）処分の制限はどのような場合に物権的効力を有しまたは債権的効力しか伴わないのか。

より具体的な問題としては次のような問題を挙げうる。「特約」を活用しているのは主として銀行である。[43] 最近の判例（前掲最判昭和四五年六月二四日）によれば相殺・相殺予約の第三者に対する効力は銀行にとってきわめて有利に承認されるに至った（相殺・相殺予約につき「無制限説」が採られた）のであるから、相殺の利益確保（第三者に

対し相殺を主張することによって反対債権の回収をはかる）のために「特約」をなすことは不要ではないか[44]と思われる。以前の判例（最判昭和三九年一二月二三日民集一八巻一〇号二二一七頁）のもとでは――相殺・相殺予約につき、「制限説」が採られていたので――相殺の利益を確保すること必ずしも十分とはいえなかった。それゆえに、銀行は「特約」をなすことによって相殺の利益確保に万全を期したのであり[45]、この意味において、「特約」じたいが一種の非典型担保権といえなくもなかったのである[46]。この「特約」は、名称は「譲渡禁止」であるけれども、その実質にてらしてみるときは、相殺の利益確保のための担保権を設定するものというべきであった。「特約」付債権は担保権付債権というべきであったことになる。「特約」の第三者に対する効力いかんについても、「特約」は担保権設定をめざすものであり、そのようなものとしてこれを把握したうえで、担保権としてどのような処遇を与えるべきかを考えるべきであった[47]。つまり、「特約」に関する法律問題を考えるにあたっては――具体的には転付対「特約」、任意譲渡対「特約」、相殺予約・「特約」と契約自由承認の関係――かかる観点よりなされるべきであった[48]。ところで前掲最近の相殺判例のもとでは、「特約」の存在理由は、相殺の利益を確保することじたいにあるのではなくて、相殺予約のみによっても確保されうるはずの相殺の利益を、債権の譲渡を斥けることによって、より労すくなく、また、より確実に、おさめようというところにある[49]。しかし、すでに本来の目的であった相殺の利益確保じたいが広く承認されるに至ったのに、そのうえさらに右のごとき利益追求の前に第三者を屈せしめるべきか。それほどまでに銀行の反対債権は保護されるべきなのか[50]。この問題もまた難問である。というのは、この問題は、現代社会において銀行債権の果す機能いかに（いかにあるべきか）、という問題に連なっていかざるをえないからである。

右にみたように、問題は今後に残されている。本稿ではただ問題を提起しうるならばと考える次第である。

(1) 民法四六六条の解釈にさいしては、債権譲渡に関する（「特約」の問題もふくめて）ローマ法以来の沿革を参照し、そのうえで、現代における債権譲渡の問題を考察するのが本道のはずであるが、当面はなしえなかった。債権譲渡の沿革について近時のものとして、森田・債権譲渡の沿革の一考察――ローマ法・ドイツ法を中心として――・専修法学論集一〇号一頁以下、参照。同論文はローマ法、中世までのドイツ法を扱っている。同論文が近代・現代にまで考察を拡げ発展することを期待したい。

(2) 我妻・前掲論文・民法研究Ⅴ・一八九頁。

(3) 「特約」の第三者に対する効力についての債権的効力説ならば、このように解することになろう。しかし債権的効力説の論者も、悪意者に対して債務者は悪意の抗弁権を対抗しうると解することは前述した（一注（2）参照）。

(4) たとえば、於保・債権総論（新版）・法律学全集三〇五頁注（一四）。甲斐・注釈民法(11)債権(2)三三六頁以下、植林・同・注釈民法三四八頁以下、三六三頁以下でも、外国法の紹介の方にウエイトがかけられている。我妻・前掲論文・民法研究Ⅴ所収、は例外といえるであろう。しかし、それにしても、もっぱら、「特約」と執行との関係について――外国法のほか――旧民法以来の沿革、民法立法者の意見（民法修正案理由書による）を述べているに止まる。

(5) 債権者としては、他に、①すでに負担している債務を消却するために債権を譲渡する（代物弁済）、かような利益（債権を譲渡することによって債務を消却する）も有するであろう。②債権者が債権を無償で譲渡する（金融取得せず、代物弁済にも供しない）場合もありうる。しかし、その場合でも、債権者には他人に恩恵を与えようとかするなんらかの目的があるはずであり、債権者はその目的を達成するために債権なる財貨を利用するという利益を有するわけである。これら①②は、以下本文(ロ)(ハ)を通じて、債権者の利益として――金融を取得する利益のほかに――指摘しうる。これら①②いずれにしても、すくなくとも本文(イ)の場合には、「特約」によってなんらの利益も追求していない債務者が「特約」を悪意者に対抗することによって結果的に妨げることを許容さるべきでない。

(6) その実質は、有償無償を問わず、債権を取得してそれを行使し、あるいは他へ譲渡する（多くの場合は、その過程から利益をおさめることを目的とする）、他人に帰属している債権を流動化して利用する利益である。以下本文(ロ)(ハ)を通じて、譲受人（悪意者）の債権取引の確実性という利益についてはここで述べたことがあてはまる。すくなくとも本文(イ)の場合には、かかる利益を債務者は「特約」存在を理由に妨げえないと解すべきである。

(6―一) とはいうものの「特約」が成立したからには、そのことによって債務者は当然に、費用の出捐（たとえば新債権者に対す

る応待、新債権者は有効に譲渡を受けたか否かの調査等に要する費用の出捐）回避を期待してしかるべきであるから、かかる出捐の賠償を債権者に請求しうることになろう。債務者が右応待、調査等に自信があって実際上それをなすことを回避したいと思ってはいなくとも（「特約」をそのために設定したのではない）、一旦「特約」したからには、右期待が当然に生ずるのであって、それを破られるならば責任を問いうると解すべきであろう。

（7）㈡(i)(a)のごとき場合には、もっぱら債務者の利益が追求されている（もっぱらというよりものみというべきですらある）といえるけれども、㈡(i)(b)「第一」の場合には、債務者の利益のみが追求されているといい切れず、債権者の利益になるともいえる面がある。過誤払＝準占有者への弁済として保護、というルートで債務者が保護されるよりも、「特約」によって自称新債権者に対する弁済が拒絶され、債権者は依然として債務者に請求しうる方が債権者にとっては安全な場合が多いからである。以下本文㈡の各場合には必ずしも債務者のみの利益を追求しているともいい切りがたい場合があるので、もっぱらないしは主として、という表現をとることにした。いずれの場合がもっぱらに当りどの場合が主としてに当るかのせんさくはする必要がなかろう。以下本文㈡の各場合はもっぱらか主としてかのどちらかなのであって、そのいずれにしても処理の仕方は変らないからである。

（8）好美・銀行預金の差押と相殺（下）・判タ二五六号一四頁、同・譲渡禁止特約と銀行の承諾・銀行取引判例百選五六頁、清水湛・預金の差押と譲渡禁止の特約について・金法四〇九号二〇頁、堀内・預金約款の性質と効力・金法五〇〇号五頁、宮脇・譲渡禁止の特約のある債権の差押および転付・金法五一二号三一頁、水田・判研・譲渡禁止特約付債権と差押転付の効力・金法五九七号一九頁。

（8―一）債権者の金融を取得する利益を害するといっても、普通預金では債権者がいつでも全額を引き出しうるから、他へ譲渡して金融を取得するまでもない。その他、注（5）で述べた①②についても、普通預金では債権譲渡を認められなくても直接引出しが可能ゆえに目的を達しうるわけである。譲渡禁止のもとでどうしても譲渡しようというのであれば、払戻請求書に印を押して通帳とともに渡せば目的を達する（鈴木編・普通預金・定期預金・銀行取引セミナー(2)九二頁（鈴木発言））。問題は定期預金にある。この場合には期限前には債権者は払戻を請求する権利を有しない（実際上は銀行が請求に応ずることがあるにしても）のであるから（鈴木編・同書・一六九頁以下、加藤＝吉原・銀行取引五〇頁）、これについては譲渡（質入も）の必要が生じてくることになる（鈴木編・同書・一五八頁以下参照）。

（9）ここで債権者の利益というのは、金融を取得する利益の他に、注（5）で述べたごとき、①債権を代物弁済に供する利益、②

無償譲渡することによってなんらかの目的を達するために債権を利用する利益、をふくむ。これら三個の債権者の利益を債務者が「特約」を悪意者に対抗することによって結果的に否定しうるか否か、またその理由については、以下本文において債権者の金融を取得する利益（以下本文においては、債権者の利益としてはこの利益のみを念頭におくことにする）について述べるところと同じである（従って、債権者の金融を取得する利益の他に右①②を挙げても実益はない）。また、ここに譲受人の利益とは、債権取引の確実性という利益（注（6）参照）である。譲受人が債権を有償で譲受けるか無償で譲受けるかは問わない。有償で譲受けようとそうでなかろうとを問わず、いずれにしても、「特約」をもって対抗されるや否や、および、その理由については、以下本文において各場合について述べるところと同じである。以下本文においては、譲受人が債権を有償で譲受ける場合のみを念頭におく（といっても、無償で譲受けるからといって結論に影響しないので実益はないが）。

(10) 債務者が金融機関たると一般私人たるとを問わず、債権者が違約したことによって債務者の受けた損害の賠償責任が生ずる。たとえば、新通帳発行の費用、新債権者応接の費用（通常生ずべき損害といってよかろう）などの賠償がこれにふくまれる。

(11) 過誤払防止のために「特約」することは債権者にとって利益になる面もある（注（7）参照）。しかし、債権者にしてみれば、例外的にしか生じない無権利（無権限）者による権利行使にそなえる（かかる事態は債権者じしんが注意することによって相当程度まで防止しうる。自己の不注意で生じたのであれば損害を受けても仕方ない）よりも、債権譲渡を制限されないことの方が受ける利益として大きいのではないか。過誤払防止のために「特約」することは、債権者のためというよりは債務者のためというべきであろう。過誤払防止のために「特約」しても、その「特約」をもってしては債務者は譲受人に対する弁済を拒めず、と解する場合には、過誤払が生じた場合、債務者が準占有者に対する弁済として救済され、債権者が結果的に損害をこうむることになるとしても、他方で、債権者は「特約」が存するにもかかわらず債権譲渡の自由を承認される以上、やむをえないというべきである。

(12) 鈴木編・前掲書・銀行取引セミナー(2)・一九三―一九五頁（加藤・鈴木発言）参照。

(13) 注意義務の内容・程度いかんについては、判例の分析にまつところが大きい。判例（および学説）については、沢井・注釈民法(12)債権(3)九三頁以下参照。

(14) 兼子・増補・強制執行法二〇六頁、中務・取立命令と転付命令・民訴講座第四巻一一九一頁、吉川・判例転付命令法一六八―一七一頁。転付命令が無効な場合には、転付命令に対して弁済した（第三）債務者について債権の準占有者に対する弁済の成否

が問題となるが、ここではさし当り必要がないので言及しない。

(15) といっても全く要しないかといえばそうではない。転付有効の場合も、転付債権者なりと称して弁済を求めている者がはたして本人か、本人でないとしても受領権限を有すると称して弁済請求している者が、はたして受領権限を有するのかどうかが問題であり、ここでは転付債権者と債務者との間で債権の準占有者との弁済の成否が問題となる。転付有効を前提にする限りは、任意譲渡の場合のごとく譲渡そのものの効力いかにまでは問題としなくてもよいけれども、右に述べたように、準占有者への弁済＝調査等の労力支出はやはり免れないのである。ただし、それにしても譲渡の効力じたいを問題にしなくてもよいだけ労力支出はすくなくてすむわけである。

(16) 執行にもちこめといわれても、第一に厄介であるし、第二に執行債権者にとってはうまみがない（たとえば八〇万円融資した場合にはその限度でしか転付しえない）から、任意譲渡に代わるものとしての魅力はないであろう。従って、債権者へ融資しようとする者はかかる方法をとる気にもなるまい。うまみをおさめようとすれば、執行債権者と債権者とが通謀して執行債権額を実体よりも引きあげねばなるまい。かような細工をろうさせることは決して妥当ではない。

(17) ここではリーディング・ケースとして最高裁昭和四五年六月二四日大法廷判決民集二四巻六号五八七頁のみを挙げれば十分である（判例の動向につき石田・差押と相殺・ジュリスト五〇〇号一三九頁以下参照）。

(18) 前注(17)に指摘したリーディング・ケースは、差押・取立命令の事案である。差押・転付命令、任意譲渡の場合はどうか。差押・取立命令の場合とそうでない場合とを同一に扱うべきかについては疑問の余地もあるが（好美・前掲論文(下)判タ二五六号二六―二七頁。米倉・判批・最判昭和四五年六月二四日・相殺と差押・ジュリスト四六〇号九四頁）、ここでは一応、同一に扱うとの説に立っておく。銀行関係者の理解としても同一扱いの立場をとるようである（石井・同判決判批・新相殺判決と相殺実務の問題点・ジュリスト四六〇号八二頁）。判例も当面のところは同一扱いの立場に立つとみてよいであろう（判例・学説については好美・前掲論文(下)判タ二五六号二五頁参照）。

(19) 相殺の利益確保のための「特約」は全く必要がないかといえばそうではない。新債権者に対し相殺を対抗しうるといっても、新債権者と称する者に有効に債権が帰属しているのかどうか、有効に帰属しているにしてもこの者への相殺の意思表示がぬかりなく到達するかどうかについて意を配さなくてならぬ。結局、労力支出の問題に帰するわけであるが、厄介である。「特約」をなすことによって債権の移転を封じ、勝手知った債権者に対して相殺するのが最も簡易安全（鈴木編・前掲書・銀行取引セミナ

I(2)九四頁（銀行家発言）参照）である。ただ、かような見方はもっぱら債務者の利益のみを眼中においているのであり問題がある。私見によれば、右のごとき労力支出（これもとりわけ金融の専門家ともいうべき金融機関にとっては憂慮すべき程度でもなかろう）を理由に債権譲渡を禁ずるのは債務者の保護に傾きすぎる。というのはこうである。新債権者なる者が実は債権を取得していなかったとしても（従ってその者に対する相殺は無効であるが）、債権も反対債権もともに存続するだけのことである。新債権者なる者に対する相殺の意思表示で不十分であって到達したといえない場合にも、相殺の効果が生じないに止まり、反対債権（債権も）は失われないのである。かくみれば、右に述べた労力支出を理由として債権譲渡を禁ずることに私は賛成しえない。また債権譲渡が無効であったとしても、新債権者と称する者に対する相殺（もっともその意思表示は到達しなくてはならず、この点勝手知らぬ者に対する関係では不安が残る）が債権の準占有者に対する弁済として有効とされうる（債権者から債務者へもはや請求しえない。反対債権も消滅）と解することができるであろう。相殺も弁済の一種とみうるからである（鈴木編・前掲書・銀行取引セミナーI(2)二一三頁加藤・堀内発言が示唆に富む）。債務者としては準占有者への相殺で救われる余地があり、それが成らないとしても（相殺不成立）、反対債権を保持するわけであって、債務者の利益は厚く守られることになるのである。

(20) 鈴木編・手形割引（銀行取引セミナーI(4)）一二〇頁（我妻・加藤発言）、前田・手形割引と買戻請求権・ジュリスト学説展望・二一七頁。

(21) 債務不履行にもとづく損害の賠償が問題となるわけだが、たとえば次のようなものが通常生ずべき損害として賠償さるべきであろう。①過誤払防止のために「特約」した場合には、新債権者と称する者、その者に代って受領権限あると称する者について、債権譲渡の有効性、権限の有無について必要な調査をするその費用、②相殺の利益確保のために「特約」した場合には、新債権者と称する者について、債権譲渡が有効になされたのかどうか調査する費用、相殺の意思表示をなすさいに相手方を探索する費用。賠償範囲については問題が残る（たとえば、①の場合――債権譲渡がなされたが後に取消されたとする――債務者が注意を怠って新債権者と称する者へ弁済しその弁済が準占有者に対する弁済として救済されないで債権者への弁済を免れず、他方新債権者と称して弁済を受けた者が無資力なために、結局債務者が損害を受けた場合、その損害の賠償を債権者に請求しうるといってよいか）けれどもここでは追及しないでおく。

(22) 公共団体が注文者となって請負契約を締結する場合に、工事請負代金債権につき「特約」が付与されることが多い。この場合のうちには、請負人がその債権者の執行を免れるために「特約」する場合もあるけれども（たとえば、大判大正四年四月一日民

録二一輯四二二頁―我妻・前掲論文・民法研究Ⅴ・一七五頁、一九一頁）、今日の判例下ではかような目的達成のために「特約」をしても無意味である（前掲最判昭和四五年四月一〇日参照）。もっとも請負代金債権は転付しうるかどうかについて議論があり、これを否定するのであれば（岩松ほか・債権の差押・強制執行セミナー(3)一三五頁以下、松浦・転付命令・民訴演習Ⅱ一九一頁、兼子・前掲書二〇四頁、村松・判例研究（東京地判昭和四四年七月二三日金法五六四号二八頁）金法五七三号一六―一七頁）問題はまた別である（判例は工事完成前の請負代金債権の転付を許す――大判昭和五年一〇月二八日民集九巻一〇五五頁）。

今日では、「特約」はもっぱらないしは主として公共団体の利益をはかるものであろう。そして、その利益とは、①事務手続の煩雑化回避および②過誤払防止なのであろう。おそらく、公共団体から請負人に対して貸付をするというようなことはあるまいから、③相殺の利益確保は問題外といってよかろう。①にせよ②にせよ（はたまたかりに③が追求されるにせよ）、公共団体が債務者だからといって、これまで本文で述べてきたのと異なる扱い（「特約」を悪意者に対抗しうる）をすべきだとは思えない。公共団体といえども、一個の私経済主体として行動する場合には、一般私人、私的団体と同様の扱いを受けるべきだからである。本文においてこれまで述べた結論、理由は、すべてあてはまるものと考える。譲渡自由の建前を維持すると過誤払が生じ（「特約」を対抗しうるなら譲渡の有効無効を問わず対抗しうるから過誤払は生じようがない）、かつ、債務者（公共団体）が損害を受けることも生じうる。公共団体の財政的基礎は税金であるから、結局は国民の負担となる。これは好ましくないので、そこで「特約」し、それを理由にして譲渡を禁止すべきだ（悪意者に対抗しうる）、といえるか。否と解する。国民の負担は好ましくはないにしても、公共団体が一私経済主体として行動するからには一般私人、私的団体と区別して特別扱いさるべきでない。国民の負担を生ぜしめた場合の責任はもっぱら公共団体側（国民に対する公共団体の責任）の問題に止まり、対外的に意味をもつべきではないからである。

譲渡禁止の反面、代理受領とか立会払（これについては福岡高判昭和四五年八月四日金商二三八号五頁参照）の慣行が広く行なわれ、公共団体もそれを承認している。かような方式を承認するくらいならば、譲渡自由を承認するべきではないか。その方が当事者間の関係を法律関係としてとらえるにもよりとらえやすくなるし、とりわけ、実質上の譲受人の地位（たとえば立会払をみよ。実質上譲受人即請負代金支払に立会う者が数人いる場合の順位も定かでない）もより一そう強化されることになるのである（最判昭和四四年三月四日民集二三巻三号五六一頁は代理受領方式において債務者が委任者に弁済した場合につき受任者の保護をはかるものといえるけれども、受任者保護についてはなお問題が多い。この問題もふくめて代理受領については、鈴木

(正)・代理受領方式による担保・ジュリスト四五一号八八頁、中馬・債権担保のためにするいわゆる代金代理受領権委任契約の法律的性質・神奈川法学一巻一号六二頁以下、甲斐・代理受領・金法六〇六号一八頁以下参照)。なお、債権譲渡方式では譲渡人の対外的信用(とりわけ債務者に対する)の低下をきたすおそれがあるけれども、代理受領方式ならばそのおそれはない、ともいえない。代理受領方式においても債務者(第三債務者)の承諾が求められるのであるから代理受領方式の存在を債務者に知られ、かつ、この方式が文字どおりの受領の代理に止まらず、担保のための手段でもありうること(そして実際上もこれが多い)が周知されている今日においては、右対外的信用の低下という点では債権譲渡方式と大差はあるまい。同様なことは立会払方式についてもいえるであろう。また、右のごとき方式を承認するのであれば、それに伴って、それ相当の事務手続を必要とするのであって、公共団体にとって、①の利益追求といっても徹底し切れるものではない(立会払方式はともかく代理受領方式にあっては②の利益追求についても同然であろう)。かく見れば、「特約」はただ徒らに債権譲渡の自由を妨げるもの以外何ものでもない、といえるであろう。

(23) といっても賠償責任が認められる場合・範囲は広くない。ルーズさを認める合意なく、債務者一個の意図としてのみルーズさを志向し、弁済期に臨んではじめて債務者がルーズさを要求する場合がここ(ii)での問題である。弁済期前(譲渡通知前)にルーズさを認めるという合意ある場合には、実は譲渡を禁ずるまでもなく、債務者は新債権者にルーズさを主張しうるのである。それにもかかわらず「特約」がされてそれに反し譲渡がなされたとしても(譲渡を禁ずる必要もないのにされた「特約」は悪意者に対抗しえないと解する)、ルーズさを追求しうるからには、追求しえなくなったことによる損害の賠償を求めようもない。

たとえば、「特約」締結にさいして暗黙にもせよ、弁済期に臨んで債務者の都合が悪い場合には一ヵ月ぐらいは猶予する旨の了解がついていた場合には、債務者より新債権者に対し一ヵ月間の弁済猶予を受けうることを主張しうるはず(民四六八条二項)であるからルーズさを追求しえなくなったことによる損害はないわけで、この点について債権者に対する違約の責任を追求しえない。債権者がルーズさを許容する意思を有していたにせよその内容が全く不確定(その時々の事情に応じてルーズさを認める)であった場合はどうか。この場合でも債務者は新債権者に対して当該債権に付着した抗弁としてルーズさを主張しうる。この場合にも債務者にはルーズさを追求しえなくなったことによる損害がない。債務者が自己だけの意図としてルーズさの利益を確保するつもりで「特約」したにすぎない場合には、新債権者に対してルーズさを主張しえない。この場合にはルーズさ追求につき合意がないから、債権者に対しルーズさ追求がしえないことによる損害の賠償を求めえない。債務者が自己の一存ではルー

ズさを志向しても効果はないということになる。ただし、いずれの場合にしても、違約によって新債権者が登場したことによる債務者の費用の出捐（応待の費用、債権譲渡の有効性の調査に要した費用等）は賠償されてしかるべきであろう。かかる出捐は、当該「特約」によって追求されている利益が何であろうと、「特約」違反によって当然生ずる損害というべきであって賠償さるべきことはいうまでもない。さらにいえば、「特約」を締結することは他のどのような利益を追求するにせよ、それと並行してかかる出捐回避の期待を当然に伴うともいえるのである。とすれば、右に述べた債務者の出捐はますますもって賠償されるべきだということになる。

(24) 親族的扶養について説かれるところが参考になる（我妻・親族法・法律学全集四一二頁参照）。

(25) 債権者債務者間の関係ではどうか。この場合の「特約」は「特約」に反して譲渡がなされた場合に悪意者に対抗しうる（以下本文参照）から、債務者にしてみれば、違約があっても「特約」によって追求している利益（債権者以外の者に給付させられることがないという利益）を害われることはないといえそうである。しかし譲受人が善意者であればこれには「特約」を対抗しえない（これも以下本文で述べるとおり）のであるから、譲渡がなされた場合には、譲受人が善意者か悪意者かを調査する必要がある。この調査に必要な費用は、違約による損害として、債務者より債権者へ賠償請求しうると解するべきである。

(26) 実際上はほとんどないと思われるけれども、親族的扶養の場合において、協議または審判によって内容が具体的に確定した扶養請求権について、それが弁済期に達した後にも譲渡しない旨約された場合には（その「特約」によって追求されている利益は、子なら子が親を文字どおり子だけで扶養したい。丁度本文における乙のごとく、子は自己の給付が直接親の手に渡されることを望む、というものとする。ただし法的扶養ゆえに、譲渡がなされたからといって爾後扶養しないとはいえない）、やはり、本文と同様に、悪意者に対抗しうると解すべきであろう。

(27) 正確にいえば、(ロ)(i)(b)のうち、過誤払防止および譲渡の通知または承諾以前に存する反対債権についての相殺の利益確保については他の法的手段があるといえるけれども、譲渡の通知または承諾以前に存しなくて将来生ずることあるべき反対債権についての相殺の利益を確保するには「特約」を必要とするというのである。しかし、そうではあるにしても、そもそもかかる利益確保はあまりに債務者の利益を重んじるにすぎるものであって承認しがたいもの（(ロ)(i)(b)末尾参照）であるから（利益確保しようとすれば「特約」するほかないが、そもそもの出発点、利益確保しようとの意図が保護に値いしないのである）、本文で問題にしている乙の利益と同一には論じられない。

(27—1) 念のためにいえば、乙が「特約」によって追求している利益が本文で述べたものと異なって、たとえば過誤払防止である（つまり乙も弁済期経過後の各期債権については譲渡されることによって第三者に自己の労働の成果が渡されることじたいは仕方がないと考えているものの、ただ過誤払を回避したい（これとてもむしのよい希望ともいえるが。遅滞さえしなければ問題としなくてもすむはずなのである）ので「特約」したとする）場合には、(ロ)(i)(b)「第一」の処理をするべきことになる。

(28) 「特約」の存在を知っているほか、かりに債務者乙が「特約」によって追求している利益が本文でとりあげているごとき利益であってもかまわぬ（この追求している利益の何たるかを具体的・確定的に知っているわけではないが）、という悪意者もこれも背信的悪意者といえるであろう。文字どおりただ「特約」の存在を知っているのみで、なんら具体的利益（乙の追求している具体的利益）を想定してそれを害そう、かりに害してもかまわない、というのではない悪意者は、背信的悪意者とはいえない。しかし、いずれにしても、「特約」を対抗されると解する。(ロ)(iii)の場合については上記のごとくであるが、一般的にいえば、「特約」の存在を知っているだけでは——それは即ち具体的に想定するまでいかぬにせよ、なんらかの利益を害することは予想認容しているのであろうが——債務者をしてその悪意者に対して「特約」を対抗せしめえない。というのは、私見によれば、「特約」によって債務者の追求している利益しだいでは悪意者（「特約」の存在のみならず債務者の追求している利益まで知っていても）といえども新債権者として扱われる可能性があるからである（(二)第一参照）。

(29) あえて本文で一段落を設けるまでもあるまいとの考えにもとづき本文に記載するのを避けたが、一個の問題となりうることに、追求利益の競合という問題がある。すなわち、「特約」によって追求されている利益が数個ある場合である。たとえば(ロ)(i)(a)と(ロ)(i)(b)「第一」、(ロ)(i)(a)と(ロ)(iii)のごとき場合である。このような場合にはどのように結論（「特約」を悪意者に対抗しうるか否か）を決するべきか。(ロ)(i)(a)と(ロ)(i)(b)「第一」の場合（より広く、(ロ)(iii)を除いた(ロ)の枠内の利益競合の場合にもいえる）ではいずれが主であると、はたまた等価であると問わず、「特約」を悪意者に対抗しえないことに変りがない。これに対し(ロ)(iii)が加わっている場合には、他の利益との主従関係を問題とするまでもなく、「特約」を悪意者に対抗しうると解すべきである。というのは、(ロ)(iii)を追求するからにはそうしなくては意味がないからである。つまり(ロ)(iii)を目的とする以上は、債務者は債権者交替によって自分にとって給付の意味が異なることを恐れそれを防ぎたいわけなのであって、とにかく第三者の登場を防止したいところにねらいがあるのだからである。

(29—1) 他に問題となりそうな問題としては、約款の効力論がある。すなわち、一般的場合については、「特約」の締結により契

約が成立したと解する(そして有効と解する)としても、「特約」が約款に挿入されている場合については、約款の効力論(その規制論)の一環として問題(そもそも約款により契約成立・効力発生といえるか)となりうる(約款の効力論については近時の文献として、星野・現代における契約・(加藤編・現代法と市民・岩波現代法8)、椿・契約の現代的制約・ジュリスト四一三号、椿・契約の自由と銀行取引・序論・法時四一巻七号、塩田・普通契約約款の濫用・末川古稀・権利の濫用(中)所収)。本稿では、約款そのものについて立ち入った考察をする暇がなく(重要かつ興味をひく問題ではあるが)、一応、約款によって契約は成立するという前提を採っておく。そして次の段階において――「特約」が約款に挿入されていようといまいとを問わず――その「特約」(約款に挿入されている場合には当該約款条項)の対第三者の効力を問題とする(した)のである。

(30) 本文は法運用が私見のようになった後のことである。最初のケースが問題であろう。しかし、(A)段階の悪意者が「特約」によって追求されている利益をもち出されて敗れたとしても、これも別に不測の不利な扱いを受けたことにはならない。既存の見解では(A)段階の悪意者は敗れるのだからである。

(31) 於保・前掲書・法律学全集・三〇四頁、村上博巳・立証責任に関する裁判例の綜合的研究・司法研究報告書・一四輯三号一一二頁。

(32) 債権の譲渡性を物権的にあるいはまた債権的に奪う(奪いうる)という場合には、それぞれ債権というものについての異なる見方を前提にしているわけである(債権は譲渡性あるのが本来なのか否か)けれども、ここではそのような点にまでは立ち入らない。

(33) 注(9)参照。

(34) ここに①処分権の物権的喪失とは、債権者は処分権を失ない、彼が処分をしてもその処分には効力が伴わない(譲受人は債権を取得しえない)ということであり、またここに②処分権の債権的喪失とは、債権者の処分権の行使の制約という方が適当であり、債権者が処分をなせばその処分は有効であって、債務者に対する違約が問題となるにすぎない。物権については、物権法定主義が存する以上、物権について①は考ええず、②を考えうるのみである(我妻・物権法・民法講義Ⅱ二五頁参照)。債権についてはどうか。債権については、債権法定主義とでもいうような原則が存しそれによって、債権は譲渡性を有するもの、と定められているわけではない。債権から譲渡性を法律行為によって物権的に奪うことも禁じられているとはいえない。譲渡性ある権利につき法律行為で処分権を制限しても処分権を物権的に排斥しえない(ド民一三七条参照――その例外が同三九九条 Staudin-

ger, Kommentar zum BGB, 11 Aufl., 1. Allg. T. §137, Anm. 10, S. 788.) という規定も存しない。従って、債権については②であるとは断言できない。「特約」の効力については、結局、関係利益を比較して、場合に応じて①または②と解するべきであろう。

(35) 問題なのは(ロ)(iii)で扱かった弁済期経過後の各期の個別債権である。この債権は――「特約」が付与されていようといまいと――差押ええないと解される余地がある（民訴六一八条一項二号参照）。しかし弁済期経過後の右債権は一種の損害賠償債権であって（(ロ)(iii)参照）一般の金銭債権と同様に差押えうるのではないか。弁済期経過後の債権はいつでも行使しうるものゆえに債権者が急拠取立てればよく、差押えられうると解してもさほどの弊もなかろう。また、かような債権（債権の状態のままでは差押ええないとしても）は債権とはいうもののもはや金銭に近いもの（いつでも取立てえて金円を入手しうるはず）ともいえるのであるから、差押を許すと解することもできよう（岩松ほか・債権の差押・強制執行法セミナー(3)一五九頁以下が直接的な議論ではないが参考になる）。民訴六一八条一項、五七四条一項との関連においてなお、疑問の余地があるが、ここではひとまず執行しうると解しておく。

(35―一) たとえば「特約」の多くは実際上約款中に挿入されていることを考慮して、①約款の一条項として「特約」が用いられる場合と②そうでない場合とに分けて、「特約」の効力いかにを考えるという行き方もありうる。そしてその場合①②いずれにせよ、(イ)当事者間の経済的力の差、その程度、(ロ)その他法律的素養の差、その程度を考慮して場合を分けるという行き方を採ることが考えられる（約款の効力を考えるにつき、示唆するものとして L. Raiser, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, S. 1〔7〕参照）。私見としては、この行き方を採っても、(イ)とか(ロ)とかを論ずるのみではなくて、より端的に問題の「特約」によって追求されている利益をとりあげて考えていくべきだと解する。

(36) 違約の責任については前述(イ)(ロ)（(ハ)はこれも前述のように(ロ)に帰着する）の各場合について述べたところを参照。

(37) 具体的にも差異が生ずるであろう。賃借権の譲渡・転貸については、賃借人がいかがわしい職業の者に対し（無断）譲渡・転貸した場合に、その譲渡・転貸は背信性を帯びる（従って解除事由となる）のではないかが問題となりうる（周知の問題でありあえて文献を指示するまでもないくらいであるが、広中・賃借権の譲渡、転貸・民法論集一五九―一六〇頁、広中・近代市民法における人間――社会関係における「人的要素」と近代市民法 ――民法論集二八六頁以下、広中・不動産賃貸借の解除原因としての信頼関係の破壊・司法研修所報三三号二一頁以下、星野・借地借家法・法律学全集三四二頁等を参照）。背信性ありという

べきか否かはともかくとして、賃貸人にしてみれば、自己の物をそのような者に使わせるのは心外だ（自分の貸家にあのようないかがわしいのが住んでいる、出入りする、のは御免だ）と考えることがありうる。その他、そのような人物に物件を使用されては、問題の物件が家屋ならその家屋を以後借りる者が減少し、結局、経済的損失を受けるおそれがあるとも考えるからであろう。これに対して、「特約」付の債権の無断譲渡については譲受人がどのような職業の者かは、本文で問題としている背信性の成否に関係はないであろう。債務者は譲受人の職業次第によって有形無形の迷惑（損失）を受けるということはないからである。譲受人が弁護士法七三条に該当する者として譲受を無効と解される場合があるにしても、それは「特約」までした個々の債務者にとってその譲渡に背信性ありとの理由にもとづくのではなくて、より一般的な観点から「特約」の有無ともかかわりなしに右のような者へ規制を及ぼそうとすることの結果なのである（弁護士法七三条については(3)参照）。

(38) 判例・学説において賃借権の譲渡・転貸について「背信理論」が確立していることは今さらいうまでもないであろう（比較法的傾向とも一致することについて、五十嵐＝山之内・不動産賃借権の譲渡・転貸の自由性について(一)(二)――その比較法的考察――北大・法学会論集八巻一・二合併号、三・四合併号、とくに後者七三頁以下考照）。最判昭和四五年一二月一一日民集二四巻一三号二〇一五頁（とくに二〇一八頁）では、土地賃借権の無断譲渡がなされた場合に、背信理論によって賃貸人の解除がなされえないときは、譲受人は譲受賃借権をもって賃貸人に対抗しうるとして従来の判例を確認し、さらに進んで、このような場合には前賃借人は契約関係から離脱して、譲受人のみが賃借人となる、と判示している。ここでは譲渡の承認されうることは当然の前提として、譲渡された場合の法律関係を明らかにしているのである（岩垂・本件判批・民商六五巻四号一六三頁参照）。

(39) これにしたところで、法律で「特約」の効力を承認しているのであるから、結局は法律で債務者の個人的利益を確保していることになる。しかし、それは合意があることを前提としている、それがあってはじめて法が助力するのであるから、賃貸人の場合とは、法の助力についての力の入れ方（重要性の程度の評価ともみうる）が異なるわけである。

(40) 常に金融を取得するためにのみ譲渡するとは限らぬということまでもない。既存債務についての代物弁済に供するとか無償譲渡とかがありうる。賃借権譲渡にしてもこれらのことはいえるはずである。ここでは、通常の事例を想定して述べているだけである。

(41) いうまでもないかも知れないが、たとえば、債権を譲受けて実行することによって利潤をおさめる利益がこれである。

(42) (ロ)(i)(a)(b)、(ロ)(ii)、いずれにしても、債務者が「特約」によって追求しているのは、経済的損失をこうむるのを回避しよう（た

とえば事務手続が煩雑化してそれだけ労力支出を多くせざるをえなくなる、それを回避しよう）、あるいは利得しよう（(ロ)(ii)の場合のごときはルーズさを追求して弁済をひきのばすことをめざしている）、言いかえれば経済的利益（たとえば事務手続費用節約）を守ろうということである。(ロ)(iii)のごときは特殊人的関係の維持を追求するものであって他の場合とは趣きを異にする（この関係維持による利益を金いくらに評価することにより、なお経済的利益であるといえなくはないにしても）。賃借権についての無断譲渡禁止についても、それによって賃貸人の追求している利益が特殊人的関係の維持であるといいうる場合が今日でも絶無とはいえまい。

(43) 銀行は一方、預金約款において譲渡禁止条項を設け（堀内・前掲論文・金法五〇〇号五―六頁）、他方、銀行取引約定書ひな型において（五条、七条）、「相殺予約」を規定する（中井・相殺予約・法時四一巻八号一一六頁）。

(44) 相殺予約（といってもさし当っては期限利益喪失約款が問題とされている）も不要といえぬかどうかという議論もある（たとえば石井・前掲判批・ジュリスト四六〇号八三頁、米倉・前掲判批・ジュリスト四六〇号九四頁）が、ここでは立ち入らない。

(45) 他にも「特約」によって追求する利益は考えられる。①事務手続煩雑化回避、②過誤払防止というような利益がこれである。しかし、これらの利益が労力支出をいとわないならば確保しうるのに対し、昭和三九年判決（およびさらにそれ以前の判例）のもとでは、労力支出をいとわなくとも、相殺の利益確保のなしえない場合の生じることを防ぎえなかった。よって銀行の立場からすれば（最重要かどうかは明言されてないが、水田・前掲判研・金法五九七号二一頁参照）、右①②よりも相殺の利益確保の方がより一そう重要な利益ということになり、「特約」によって追求される利益としてはこれが最も重要な利益といえたのであろう。

「特約」によって追求される利益が相殺を目的とするとしても、その場合に、(イ)相殺の利益確保したい、(ロ)手続的便宜（債権譲渡の有効性を吟味する必要の回避、未知の者に対し相殺の意思表示をするについての不安の除去）、(ハ)将来生ずることあるべき反対債権の回収（たとえば譲渡ならば譲渡の通知後に成立した反対債権の回収）、以上三個の利益のうちいずれが主として追求されるか問題になりうる。以前の判例下ではそれは(イ)であったというべきであろう。(ロ)は労力支出をいとわないなら達成されうるが、(イ)についてそのようにはいえない。(ロ)よりもそもそも相殺の主張を認められるか否かが先決である、というべきだからである。(ハ)については、かかる利益を追求することも考えうるけれども、実際上念頭におかれていたのは、定期預金見返りに貸付けられた債権のごとく、譲渡通知とか差押時においてすでに成立している反対債権の回収、あるいは、割引手形の買戻請求権

のごとく債権の発生原因がすでに存する債権の回収、すなわち広い意味においてすでに成立している反対債権の回収なのであったろう（この点は実務家の御教示を待つしかない）。私としては、かように考える結果、(イ)が主として追求されていたと解する。

(46) 松浦・前掲解説、民訴演習Ⅱ一九三頁は、第三債務者は「特約」付債権を一種の担保物と見るのが通常であり、実質上第三債務者がその債権の上に優先権を持つ場合と同視してよいとする。私見と一脈相通ずる見解といってよいのであろう。

(47) 「特約」＝担保権設定ととらえたうえで、しからば担保権としてどのような効力を付与すべきかを考えるべきである。担保権設定なりとしてその所期の目的をそのまま承認すべきだということには当然にはならない。その承認の限度は、相殺予約の効力についての制限説の説くところでよいという考え方もあろうし、また、無制限説の限度でよいという考え方も成り立ちうるであろう。いずれにせよ、担保権設定ととらえた場合善意者に対しようと悪意者に対しようと譲渡禁止の効力を付与すべきではない。

(48) ここでは前注(47)の考え方が前提となっている。①転付対「特約」について。「特約」を担保権設定とみる立場でも、「特約」をもって、悪意者によるにせよ執行（転付命令）を排除することは承認されない。判例（前掲最判昭和四五年四月一〇日）、通説（我妻・前掲論文・民法研究Ⅴ一九一頁以下、川島評釈大判昭和九年三月二九日民集一三巻四号三二八頁判民三二事件）、青山解説・東京地判昭和三八年二月二六日下民一四巻二号二八〇頁銀行取引判例百選一七五頁、右最高裁判決に対する批評として林屋・民商六三巻六号九〇一頁、三枝・金商二三一号二頁、椚・慶応大学法学研究四四巻八号一一六頁、森田・創価法学創刊号三五八頁等）はその主たる理由づけとして、私人間の特約をもって執行秩序を任意に変更しえず（執行免脱財産を任意に作出しえない）と説くけれども、これについて私は次のように考える。(a)「特約」＝担保権設定とみる立場の方が端的に結論を導ける。すなわち、被転付債権は執行客体であることに変りなく、ただその債権について担保権が設定されているにすぎず、その担保権にどれほどの優先権を保障すべきかはともかくとしても、執行を全面的に排除することは認められないのである（なお優先権付債権も転付の客体たりうることは判例である――大判大正一四年七月三日民集四巻六一三頁判民一〇〇事件（加藤正治））。かっての判例・通説（遂一引用を省く――民四六六条二項は強制譲渡にも類推適用される――悪意者排除）の立場でも、銀行のなす「特約」は担保権設定であると解することによって、執行を排除しえないという結論を導きうることになる。(b)執行免脱財産の任意作出の禁止についていえば、これはこれとしていいうることである。執行債務者の財産（債権）となっているものについて、法定の除外事由もないのにかってに執行を排除することは許されないというべきだからである。譲渡担保、所有権留保は

執行免脱財産を任意作出するといえるけれども、これらの場合には、目的財産の名義が担保権者にあり、執行債務者にはないのであるから、執行債権者は本来手をつけられないともいえるのである。よってこれらのものは「特約」と同日には論じられない。譲渡担保、所有権留保の実質を強調し、これらのものの存在は執行を妨げず、優先弁済権の主張を許すのみとも解しうるけれども、そうであればこれらのものはもはや執行免脱財産任意作出の例とはいえなくなる。強いていえば執行の一部（優先弁済権主張の限度で）免脱財産の任意作出といえる。それにしても、「特約」の場合とは目的財産の名義が異なるからやはり同日には論じられない。②任意譲渡対「特約」について。「特約」＝担保権設定とみる立場では、第三者の善意悪意を問わず、譲渡を承認するべきこととなる。その後は、優先権の主張をどの程度まで許すかの問題である。③相殺予約・「特約」と契約自由承認の関係について。相殺予約について無制限説を採った前掲最判昭和四五年六月二四日は契約自由をもって基礎づけているのに対し、転付対「特約」の事案についての前掲最判昭和四五年四月一〇日は執行免脱財産を任意作出しえずとし、契約自由の効力を認めない。いずれにしても契約の効力が問題である（いずれも執行免脱財産の任意作出をめざすといえる。相殺予約も「特約」も客体たる債権の帰属名義を変えないままに他の債権者を排斥しようとする）のに、両者において差が生ずることは抵触しないか、しないとしてその説明いかにが議論されている（好美・前掲論文・(下)判タ二五六号一四頁以下、米倉・前掲判批・ジュリスト四六〇号九八頁注(17)）。この問題は、「特約」＝担保権設定という立場からすれば、次のように解することになろう。「特約」は反対債権回収を目的としたものであって、一方的方向の債権の存在だけが予定されていると解する（右好美論文・米倉判批）のは実質を見落すものである。「特約」は反対債権の存在を予定してなされる担保権設定というべきである。ところで担保権と解するならば執行を全面的に排斥させる必要はない。「特約」についての前記判例は、この意味において、すなわち、契約自由を認めない趣旨といっても全面的に否定するのではなく、本来担保権設定であるものがその限度をこえて執行排除を主張することは許さない、担保権設定がその限度内で（その限度が制限説か無制限説かは問題だが）効力を主張する場合には、それはそれとして肯定する、という趣旨に解されるべきである。かようにみれば「特約」についての前記判例は契約自由を否定するのではなく、まさに、当事者の本来目的とした限度（担保の限度）では認めるのであって、相殺予約判決が担保権設定を承認する（米倉・前掲判批・ジュリスト四六〇号九六頁以下。なお好美・前掲論文・(下)判タ二五六号一五頁、一六頁、石田・前掲論文・ジュリスト五〇〇号一四四頁参照）ことと抵触しないのである。

(49) 注(45)第二段参照。

(50) 私としては、注(45)第二段で(ロ)(ハ)として挙げた利益追求をもってしては、悪意の第三者にも対抗しえないと解する(ロ)(i)(b)第二末段および注(19)参照)。任意譲渡、強制譲渡を問わず、また相手方の善意悪意を問わず、第三債務者は「特約」をもって相手方に対抗しえないと解すべきである。かっての判例のもとでは「特約」は担保権設定としての目的を有し、そのようなものとして扱わるべきであった(注(47)(48)参照)が、今やそのような目的を有しなく、もっぱら譲渡阻止(それによる右(ロ)(ハ)の追求)の目的を有する。しかし、「特約」により追求されている利益を考慮するとき「特約」に譲渡阻止の効力を付与すべきではない。転付命令との関係でいえば、今やまさに「特約」は執行免脱財産の任意作出を企てるものといいうるのであり、この企図は否定されるべきである。契約自由との関係についていえば(注(48)③参照)、かかる「特約」は——背信理論によれば——悪意の譲受人にも対抗しえず、転付債権者に対しても——執行免脱財産の任意作出の禁止という理由により——対抗しえないというべきである。

(3) 債務者が譲渡屋対策(譲渡屋の譲受を無効だとしてその請求を斥けることを意図する)をもっぱらの目的として「特約」を締結する場合をとりあげる。ここに譲渡屋とは、反覆継続の意思をもって(通常、業とするといわれる)債権を譲受けて実行することを生業としている者(三百代言、事件師、カレコレ屋、取立屋、取立業者などともいわれる)であって、かつ、常態として、譲受・実行を不当な利益取得の目的のもとに行なう者をさすものとする。世上、譲渡屋が、一方、債権を買いたたき、他方、非合法手段に訴えてでもその債権を取立てることが往々行なわれている。そこで、そのような人物と交渉をもつことを回避するために(といっても悪意者を排除しうるにすぎないが)、「特約」を締結することが企てられても不思議ではない。ところで、譲渡屋対策の法としては、弁護士法七三条および信託法一一条が挙げられる(1)。「特約」による譲渡屋対策ということに議論が及んだついでに、右法条について触れておきたい。「特約」の第三者に対する効力いかにという問題もふくめて債権譲渡の効力の問題を論ずるにさいして、これらの法条に言及するのは、社会における譲渡屋の活躍を顧慮すればむしろ当然である。それゆえ、以下にお

いてとりあげることとした。といっても、以前に(一(2)第二)断わっておいたように、主として弁護士法七三条について、かんたんに触れるにすぎない。せめて以下の程度でも触れることによって問題提起の一助としたい。

(1)第一に、民法四六六条と弁護士法七三条および信託法一一条との関係について。この点については既述のとおりであるが(2)、ここではそれを前提として説明を補足しておきたい。

まず、私見によれば、債務者が「特約」によって追求している利益が、もっぱら譲渡屋対策にある場合には、債務者はその「特約」をもって譲受人(悪意者であっても)に対抗しえないと解するべきである。譲受人が譲渡屋であっても変りはない。譲受人が譲渡屋でない場合には、譲渡屋対策のための「特約」を譲受人に対抗させる必要もないともいえるけれども、譲受人が譲渡屋である場合には、当事者の意図を尊重して、かかる「特約」を対抗させてもよい(対抗させてしかるべきだ)ともいえる。対抗させる結果債権取引の確実性を阻害しはしないか、について懸念するに及ばないからなおさらである。なぜ懸念は不要かといえば、譲渡屋はその善意悪意を問わずこれを保護する必要がないからである。かように考えるならば、債務者としては①「特約」を対抗できるのみである、または、②「特約」も対抗でき、弁護士法七三条、信託法一一条を援用することもでき、いずれの手段をも採りうる、と解する余地も生じてこよう。私見としては、譲渡屋対策をめざすのであれば、それ専用ともいえる法条が存するからには、もっぱらそれに依拠させるべきであって、目的を果しうるからといって譲渡屋対策専用とはいえない法的手段(「特約」)を用いること(右①②いずれにせよ)を斥ける方が、法適用のあり方としては正道だと解する。もっとも、正道か邪道かは判断基準いかんによるのだから、いずれとも決めがたいともいえる。そこでそれはさておくとして、次のようなことを考える。右①②いずれを問わず、「特約」を援用しうると解すれば、当該債権譲渡が弁護士法七三条、信託法一一条違反行為なることの主張・立証(3)を試みても果しえないような場合にも、債権者は目的を達しうる。これに対し、

もっぱらこれらの法条に依拠せよと解するならばそのようにはいかない。しかし、本来、譲渡屋排斥をめざすのであれば、これらの法条違反行為の主張・立証（それは結局相手方が譲渡屋なることの主張・立証である）が果せないがために目的を遂げえないにしてもやむをえまい。従って、「特約」なら勝てるがこれらの法条では敗れることがあるということも、もっぱらこれらの法条に依拠せよという見解の短所ともいえぬ。逆に、もっぱらこれらの法条に依拠する場合（右の主張・立証を果すことは前提となるが）には、「特約」に依拠する場合と異なって、「特約」の有無その有効無効、相手方の善意悪意、を問題とすることなく、譲渡屋を排斥しうるのであり、この点はもっぱらこれらの法条に依拠せよとの見解の長所ともいえる。彼此対照した結果、私としては、もっぱらこれらの法条に依拠せよという見解を採りたい。

次に、これまで、譲受人が譲渡屋である場合には、と述べてきたけれども、厳密には、譲受人ないしはそれのなした債権譲受が、弁護士法七三条あるいは信託法一一条の要件を充足する場合には、というべきである。[4] しかし、右両条の適用される譲受人の代表例は譲渡屋といってよいのだから、これまでの立言はあながち誤りともいえないであろう。

次に、右両条は民法四六六条の特別法といえるかどうかについて。民法四六六条は債権譲渡の効力について規定し（「特約」の有無、善意悪意を区別する）、譲受人の態様につき別段の限定を設けていない。民法四六六条は譲受人の態様いかんを問題とせず広く一般的に、どのような者が譲受人になるにせよ、債権譲渡の効力はこうだと規定しているのである。これに対して右両条は、解釈によれば、債権譲渡の効力にも影響を及ぼす規定であり（次段および次の(ロ)参照）、そして右両条は譲受人が特殊な者である場合について規定しているのである。つまり、右両条は広く譲受人一般のうちから、或る特殊な者をとり出して、他の種類の譲受人とは異なる規制を加えよう（「特約」の有無を

問わず、「特約」が存する場合でも善意悪意を区別しない）とするものである。かような意味において、右両条は民法四六六条の特別法である。

最後に、次のことを述べておこう。弁護士法七三条違反の、あるいは、信託法一一条違反の債権譲渡は無効と解する（この問題については次の(ロ)で詳論する）。前述の特別法云々は、右両条が違反行為の私法上の効力についても規定していることを前提としているのはいうまでもない。右両条は、文理上、違反行為の私法上の効力についてなんら言及していないけれども、右両条の解釈上、違反行為の私法上の効力を無効と解することは、あたかも私法上の効力についての成文規定があると解するのと同断であろう。一般法――特別法の関係は、明文の規定の存することを要するとは限らず、右に述べたように解釈による補充をも容れるものなのではないか。この場ではひとまずこのように解しておく。

(ロ)第二に、弁護士法七三条違反の債権譲渡の効力について。信託法一一条違反の信託行為が無効であることはすでに説かれているところであり[5]、私もこれに従いたい。これに対し、弁護士法七三条違反の債権譲渡の効力はどうか。この点についての議論をほとんど見出すことができないけれども[6]、結論をいえば、無効（ただし一部無効と解する余地もある。後述(iii)第五参照）と解するべきであろう。というわけはこうである（(i)――(ii)）。

(i)まず、信託法一一条違反の債権譲渡を無効と解するものと前提しよう。しかるに弁護士法七三条違反の債権譲渡は有効であるとすれば、債権譲渡の形式が異なるとはいえ、社会的実態においてはほとんど差がないのにもかかわらず、債権譲渡が有効か無効かという大きな差を設けることになり、両者の権衡を失するきらいがある。たとえば、債権が甲から譲渡屋乙へ、取立訴訟を提起・追行するために無償譲渡され、取立の暁には甲が乙に債権額の五割を礼として支払う旨約した場合と、同じ債権が甲から乙へ単純譲渡され、その対価を債権額の五割と約した場合（そして、

乙が取立訴訟を提起・追行すると想定する。実際にも確実に権利実現をはかるためには訴訟を行なうであろう）とでは、いずれにせよ要するに譲渡屋乙は他人の債権実行のために債権を譲受け債権額の五割相当の利益をおさめるのである。むろん利益状況に差はある。前の場合には乙は無償で譲受け、取立てる。債務者の無資力により取立てえないとしても礼はえられないが乙には損失はない（もっとも、訴訟を行なう費用は免れまい。しかしこれも多くの場合には、甲の負担となる旨約されるであろう）。後の場合には、債務者が無資力であれば乙は訴訟を行なう費用のほかに対価分だけの損失をこうむることになる。乙にとって、前者の方が危険がすくなく、後者の方が大きい。このような差が債権譲渡の効力の差と結びつけられるべきだろうか。前者においては譲渡屋乙にとって危険度がすくないからその場合における債権譲渡を無効とし、これに反し後者においては乙にとって危険度が大きいからその場合における債権譲渡を有効として扱い、両場合における乙の危険度の均衡をはかる、とでもいうのであろうか。譲渡屋乙にとっての危険度が大きかろうと小さかろうと法の立場において配慮する必要はなく、いずれの場合にせよ、そもそも譲渡屋の関与する債権譲渡の効力を承認するべきかどうかが問題なのであって、右に述べた利益状況の差は両場合について債権譲渡の効力を異別に扱う理由にはならない。また、こうもいえよう。信託法一一条違反の信託行為を無効と解しても、弁護士法七三条違反の債権譲渡を有効と解するのであれば、譲渡屋は信託譲渡という形式をとるのを止め——先述のように単純譲渡の形式をとった場合に危険度が増すことを考慮してためらうかも知れぬが結局は営業の必要上——単純譲渡の形式を採用することになろう。そうなれば、譲渡屋対策の実効はあがらないことになるであろう。その実効をあげるためには、弁護士法七三条違反の債権譲渡を無効と解するべきである。

(ii)次に、いわゆる行政的取締規定違反の行為（法律行為）の私法上の効力いかにという視点が関係する。弁護士法七三条は、法が一定の考慮のもとに、同条所定の行為を禁止し、かつ、違反行為に対し刑罰をもって臨んでいる（同

法七七条）ところの行政的取締法規というべきである。ところで同条（七三条）違反の法律行為は私法上無効かどうか。同条は、権利（債権が実際上は最も多いのであろう。本稿では債権を念頭においている）譲渡自由を前提として、ただ、同条所定の態様の譲受をしてはならないと規定する。このことだけからは決定的な答をひき出すわけにはいかない。結局は、同条が保護・実現しようとする社会的利益（保護法益）は何か、それが極度に公共（益）性の強いものかどうか、が問題である。(6-1)

(a)同条の保護法益は何か。同条は、他人の権利を譲受けこれを実行することを業とすることを禁じている。同条は規制対象を譲受・実行が穏当でない態様でなされる場合（実際上はこれが多いであろう）に限定しているわけではない。どのような態様であれ、他人の権利を譲受・実行することを業とすることが禁ぜられているのである。ここに「業とする」とは、私見によれば、通常の説明と異なり、利益目的（(iii)「第三」参照）で譲受・実行することをさし、反覆継続の意思のもとにすることを要しないのである（(iii)「第二」参照）。結局、同条は、不穏当な態様でなされる場合はむろん、たとえ穏当な態様でなされる場合でも、利益取得の目的で譲受・実行がなされることを禁じようとするのである。それはなぜか。利益取得を目的とする場合には、譲受・実行にさいしとかく非違が伴うので、それを予防するないしそれに制裁を加えるためであろうか。しかしそのような目的を達成するには、問題の非違行為に対し個別的に、刑法とか民法（譲渡人の無知・窮迫につけいったような場合には公序良俗違反を問いうる）とかを適用すれば十分なはずである。他人の権利の譲受・実行を業とすることを独立の一類型とするのはなぜか。その場合に何が保護法益としてめざされているか。

弁護士法七三条の保護法益は「法感情」とでもいうことができる。というわけはこうである。本来何らの関係もないはずの者が利益取得の目的のもとに現われて、他人の債権を譲受け、自分こそ権利者なりと名乗りをあげ、ときに

は国家機関の力をも借りて権利を実現する行為に出る場合、その者は債権者、権利実行を自称しながら、その実、正義の実現を目的とするのではなく、譲受・実行の過程から利益を取得することを目的とする者である。譲受・実行の態様のいかんを問わず、かかる者あるいはかかる行為に対して、われわれは、おそらく、否定的感情を抱くであろう。われわれの法感情は、法律の承認する債権譲渡制度、および、訴訟その他の正義を実現すべき手段（裁判外の請求もふくむ）が、正義実現のために利用されるのではなくて、利益を吸収するための外装として利用されることを拒否する。(7) まして、利益追求に急なあまり、譲受・実行にさいして穏当を欠く行動に出るに至っては多言を要しまい。譲受・実行を業とする者（行為）は法にいわば「寄生」しているともいわれるべきであり、これを不問に付することは国民一般をして権利主張・実行に対してとかく不信・軽蔑の念を抱かせ、ひいては、権利の実現を助ける司法制度に対する尊敬を減ずることにもなりかねない。つまり、これを不問に付することになれば、権利主張・実行といっても甚だ怪しいものだ、そのような美名にかくれて実はいかがわしい人物が利益をむさぼることが多く、当該の場合もまたその例にもれず汚い目的がめざされているのだろう、裁判所といってみても、しょせんは、かかる人物の集金代行機関みたいなものだというわけである。

他人の権利を譲受・実行することを業とする者（行為）は、右にみたごとく、われわれの法感情を害し、それを不問に付する結果生ずるであろう事態もまた好ましくない事態である。もう一度言うと、あるいは、言い直すと、こうである。前述来のわれわれの「法感情」とは、法・権利の主張、その実現手段の利用は、まさにそれ本来の目的に奉仕させられるべきものであって、いわばそれをかくれみのとして利益を吸収することのために奉仕させられるべきものではない、まして、利益追求に駆られて、譲受・実行にさいして不穏当な挙に出るなどは断じて許しがたい、法・権利の主張、その実現手段は、権利追求を外装として譲受・実行の過程からもっぱら利益を取得しようとするがごと

きいかがわしい人物から隔離されるべきである、という信念とでもいうべきものである。かかる信念の保護・実現ないしは助長が、一国の司法制度を支持する社会的基礎を提供することもはやあえて述べる必要はあるまい。かくみてくれば、右のような信念が極度に強い公共性を有することもまた明らかであろう。

これを要するに、弁護士法七三条の保護法益は右に述べた「法感情」である。この「法感情」は公益的性格の濃厚なものであるから、その侵害（それは多分に公序良俗違反の色を帯びる）はきびしく否定されねばならないであろう。弁護士法七三条の保護法益はかかる評価を受くべき「法感情」であり、この保護実現（これが同条の制度目的である）のための技術的な手段が同条の規定するところのものなのである。(8)

(b)同条違反の行為に対しその私法上の効力を否定しないで刑罰を科するのみでは、結局において、同条違反の行為が一旦なされた場合にそれは私法上貫徹されることになり、その結果、先述の社会的利益（保護法益）が害されることになる。そして、この社会的利益は、それが害されるままに放置しておくにはあまりにも重要な法益なのである。弁護士法七七条に規定する程度の刑罰（二年以下の懲役または五万円以下の罰金）をもって、違反行為に対する制裁・その予防は万全であろうか。罰金五万円以下の制裁ではほとんど制裁としての機能を果さないであろう。体刑の最高限が二年というのも、保護法益の重大さとの関連においてみればいささか軽きに失しはしまいか。二年の懲役刑を科すにしても、債権譲受さえ有効であれば、二年程度の体刑はがまんしうる、というような事態も生じはしまいか。万全を期するには、私法上の効力までも否認するべきであろう。

あるいは次のように説かれるかも知れぬ。同条の禁止対象は利益目的なくして反覆継続の意思のもとに譲受・実行する者をもふくみ、(9)かかる者の行為は違法性が大きいとは思えず、かかる者の存在を顧慮すると、用意された刑罰そのものも決して軽くはない。かかる者の存在を考慮した場合は、制裁としては刑罰を科するのを限度とすべきであっ

て、私法上の効力までも否定するのは妥当でないと。しかし、この説に従い私法上の効力を肯定するとすれば、違法性の大きい者は違法性の小さい者のおかげで得をすることになり、そのような結果は是認しがたい。さらにいえば、利益目的なくして反覆継続の意思のもとに譲受・実行する者は（この意思もない者もむろん）違法性が大きいとはいえないどころか、なんら違法性がないのであって、かかる者については私法上有効はむろんそもそも刑罰すら科さるべきではないのである。同条の適用対象は右の説の主張するよりも狭く限定さるべきであり、私見によれば利益目的（「第三」参照）のもとに譲受・実行する者に限られるべきであって、そのような者に対しては現行の刑罰は軽いのではないかと考える。右の説のように解するとすれば、制裁をうけるべきでない者が刑罰の制裁をうけ、民刑両面の制裁をうけてしかるべき者が民事上の制裁を免れることになり、妥当ではない。

(c)弁護士法七三条違反行為を私法上無効と解する場合、その無効は、同条が公益的性格の強い利益の保護をめざす関係上、何人からも主張しうると解するべきである。従って、譲渡人も無効を主張しうる。譲渡人が、相手方が同条所定の者であることを知りつつこれに債権を譲渡した後に、その譲渡は同条違反のゆえに無効であるとして、債務者に対し自から取立を行なうというような行動に出るとすれば、譲渡契約の締結にさいし譲渡人の無知・無経験に譲受人が乗じ契約そのものの効力について公序良俗違反を問題にしうる場合は別として、信義という見地からみて問題がある。同条違反の者に対する信義を維持するがため同条違反の行為も有効と解するべきか。その結果は、同条違反の者を保護し、先述の社会的利益を害うことになるが、それでよいか。同条違反者に対する信義はおよそ守る必要なしとはいえないけれども、もともと同条違反者は法の眼からみて感心しない者であることを考慮すると、先述の社会的利益保護の前には譲歩するべきであろう。(10)

(d)弁護士法七三条違反行為の無効は、債務者もこれを主張しうると解するべきである。しかし、債務者にかかる主

張をなさせるべきか。彼にしてみれば——譲渡性ある債権である限り——だれに給付しようと同じことにならないか。彼としては、どのような者が債権者になろうと、本来の弁済の責に任ずる用意をすべきであって、その用意さえ怠りなくする限り、どのような者を債権者として迎えてもなんら恐れるに足りぬはずである。従って、債務者に同条違反行為の無効を主張させることを許容する必要もなく、許容すべきでもない。一応このようにいえなくもない。しかし、問題は、債務者にとっての経済的な損得ではない。経済的損得をいえば、だれに給付しようと同じであるし、また、債務者はだれにでも給付しうる用意をしておくべきなのである。問題は「法感情」にある。弁済の用意怠りなくしている債務者——右にいう経済的損得について十分わきまえているといえる債務者——についても、かかる債務者は経済的損得について十分わきまえているからには無効主張などする必要もないし、させるべきでもない、とはいえないのである。というのは、いかに弁済の用意怠りない債務者にしても、自己の相手方が譲受・実行の過程を通じて不当な利益を追求する者（同条違反行為者）である場合には、「法感情」を害されるからである。また、債務者が同条違反行為の無効を主張しえない（債務者は有効と認めざるをえない）のであれば、同条違反行為者は違反行為の目的を達しうるといってよいであろう。かくては、同条違反行為の抑圧の実効は挙がらないことになる。

債務者も弁護士法七三条違反行為の無効を譲受人に対し主張しうると解すべきであり、かかる主張は債務者として当然なすべき行為（弁済）を回避しようと企てるものゆえ許されない、というべきではなく、「法感情」の保護・同条の実効性確保のために許さるべきなのである。

結局、(a)——(d)を通じて、私見としては次のように主張したい。すなわち、弁護士法七三条の保護法益＝「法感情」はきわめて公共性の大きい社会的利益であって、いかなる犠牲を払っても保護さるべきである。なぜならば、右利益はまさに一国の法制度・司法制度支持の社会的基礎に連なるからである。かかる利益保護にとって、たんに刑罰

（弁護士法七七条）を科するのみでは十分とは思えない。よろしく私法上の効力をも否認するべきである。そのような処理をした場合に、無効を譲渡人あるいは債務者が主張することについても、問題はない、と。(10-1)

(iii) 弁護士法七三条に関して上述したところにつき補足を施しておきたい。

第一に、同条の立法趣旨（制度目的）について。同条の立法趣旨を濫訴（健訟）防止と解する立場もある。(11) なるほど、債権者が訴訟その他の方法による権利実現を全く諦めているのに、あえてこの者から譲受けて訴を提起する（その他の方法で請求する）ことによって、平地に波乱をまきおこすのは妥当ではない。この点は、訴訟信託であると単純譲渡形式であると変りはない。いずれであるかによって譲受人の負う危険に相違はあるが（「第三」末尾参照）、そのことはこの点については影響がない。それはともかく、債権者が権利実現を全く諦めている場合は絶無とはいえないにしても、むしろ稀であり、ネグリジブルではなかろうか。債務者が破産して債権の価値が激減しても、なお、わずかの価値を目あてとするにすぎぬにせよ権利実現をはかることを債権者は希望する場合が多く、諦めるのは、費用倒れが明白な場合以外には稀ではなかろうか。圧倒的多くの場合には、訴訟その他の方法による権利実現が多かれ少なかれ厄介なために、権利実現に着手するのを一応断念しているにすぎないのであろう。そのような場合に、権利実現のいわば代行としての機能を果す、債権譲受――行使をもって、直ちに不可というべきか。権利の実現、とりわけ、訴を提起すること（裁判をうけること）は、憲法三二条の保障するところなのである。とすれば、不可どころかむしろ歓迎すべきことではないか。(12) 債権者が断念しているにせよ、それが一応のことであって、できることなら権利実現を望んでいるのであれば、その希望は満さるべきであり、その充足のために権利実現を代行することが当然に非難さるべきことだとはいえまい。債権者が提訴もふくめて権利を実現したく思っている場合に、それを助けて権利を実現させることは濫訴とはいえないであろう。債権者が権利を実現したいと思っていても、ともかくも現実に権利実

現に着手していないのにそれを助けて権利実現に至らせるのはやはり濫訴だと考えるとすれば、あまりに形式論ではないか。この考え方は、もっぱら裁判所の負担抑止のみを念頭に置いており、国民の権利主張促進という観点を視野外に置いているともいえるのであって、賛成しえない。かような次第で、私は、同条の立法趣旨を濫訴防止と解する立場には同調しえない。

他人の債権を譲受・実行することは直ちには非難さるべきことではない。問題は、譲受・実行という全くの合法的な装いのもとに、実は不当な利益取得（「第三」参照）を追求することが、前述「法感情」を害ない、放置しておけないということである。本来なら関係のなかった者が介入してきて、しかもその目的たるや正義の実現に助力することではなく、それに名を借りて不当な利益をおさめることを目的とする場合、「法感情」保護の見地から無視しえないであろう。不当な利益追求がなされれば、譲受・実行の過程において、不当な買いたたき、悪らつな取立といった非違が生ずることが多いであろう。[13] 譲渡屋が登場する場合は往々にしてそのような場合が多いであろう。弁護士法七三条は、実際上、もっぱら譲渡屋に対し適用されるといってもよいのであるから、同条は右のごとき非違を防圧することを趣旨とするといっても大過はない。しかし、右のごとき非違が生じなくても（たとえば穏当な態様の交渉において譲渡人がきわめて安い値で譲渡することに同意し、譲受人がそれを買い受けて非違行為はなく債権額全額の訴求をする）、譲受・実行を通じて不当な利益追求がなされる場合には、「法感情」を害するのであり、やはり放置しえないであろう。譲受・実行のなされる具体的態様のいかんを問わず、譲受・実行の過程において不当な利益追求がめざされていることが重要である。さらにいえば、本来関係のない者が介入してきてはいけないとはいえず、ただその者が譲受・実行の過程から不当な利益取得をはかることがいけないのである。右のような者が介入してきても、正当な利益を追求するのである限り、債権実現上、むしろ望ましいからである。他人の権利を譲受・実行するにしても正当

な利益取得の目的でなす以上、その他人の権利実現を代行し、その権利を権利として主張していることに等しいのである。不当な利益追求がめざされている場合こそ、いかに一般的には譲受・実行そのものは合法な行為であるといえるにしても、「法感情」保護のために法的に否定的評価をうけてしかるべきである。同条の立法趣旨はここにある。端的にいえば、同条の立法趣旨は「法感情」保護にあるというべきである。

第二に、「業とする」ことの意味について。通常、「業とする」とは反覆継続の意思をもって一個又は数個の行為をすることをさすとされ、そして、利益目的を必要とせず、生業とすることも必要でなく、物的設備も要せず、回数が頻繁である必要もないと説かれる(12)。この意味をいかに定めるかは、弁護士法七三条の立法趣旨に依存するべきである。同条の立法趣旨を私見のように解するとすれば（右「第一」参照）、同条にいう「業とする」とは、利益目的を有すること（むろん不当な利益を追求することである。この点については次の「第三」参照）と解するべきである。これに反し、同条の立法趣旨を濫訴防止にあると解する立場では、要するに権利行使をすることを抑圧しようというわけだから、利益目的を有することは必要としないであろう。さて、私見によれば、「業とする」とは、利益目的をもって他人の債権（権利）を譲受・実行する、という意味であって（生業とすることも、物的設備も不要。回数の多少も問わない）反覆継続する意思を有しなくてもよい（私見においても、譲渡屋である必要はない）。というのは、ただ一回限りの行為としてする意思のもとになしても、利益を目的としてすることは、前述「法感情」を害うのであり、禁止の対象とされるべきだからである。実際問題としては、多くの場合に譲渡屋が登場するのであり（従って、反覆継続の意思を有する者が多く登場する）、また、反覆継続の意思を有する場合には、通常、利益取得が目的とされていると推定しうるから、「業とする」を「反覆継続の意思を有してする」と解しても、規制対象において私見の立場と結果的にほとんど変りはないであろう。しかし、私見によれば、反覆継続の意思を有していても利益目的を欠く

のであれば、「業とする」に該当しないことになる。

弁護士法七二条においては「報酬を得る目的で」「業とする」ことができない（最刑判昭和四六年七月一四日判時六三六号二六頁参照）とされている。この条文との対比からしても、同七三条の「業とする」ことは利益目的の存否を問わず反覆継続の意思のもとにすることと解するべきではないか。しかし、問題は右七三条の立法趣旨をいかに解するかにかかる。立法趣旨を私見のように解する限りは、「業とする」の意味もまた、私見のように解さざるをえない。一体、利益目的を有しないで「業とする」（反覆継続の意思をもって行為する）ことを一概に禁止対象とする必要があるのだろうか。国民の権利実現という観点からすれば、むしろ、奨励すべきことではないのか。文理上は利益目的を有することを要しないように読めるにしても、それをそのままに受け止めて同条を運用することには合理性がない。同条の運用としては、一方、反覆継続の意思を有していても利益目的を有しない限りは禁止対象外とし、(11-二)他方、反覆継続の意思を有しなくても利益目的を有する限りは禁止対象とするべきであろう。そのためには、「業とする」の意味を私見のように解するべきである。

なお、付言しておけば、同条の立法趣旨を濫訴防止にあるとする立場に立った場合、「業とする」を反覆継続の意思をもってすることと解するのは不徹底であろう。というのは、一回限りの行為として（利益目的があろうとなかろうと不問）訴を提起するにしても、濫訴防止の趣旨に抵触するからである。一回限りの行為としてするにせよ、平地にあえて波乱を起させるのである。裁判所の負担も増加するに相違ないのである。一回限りの行為にせよ、幾人もの者がそれぞれ行なえば全体として無視しえない件数にもなろう。これらの点をどのように説明するのであろうか。そもそも「濫訴」（防止）とはどういうことか。私が先述「第一」において述べていることとは異なるのであろうか。本来なら一回限りの行為も規制対象とするべきだが、いかんせん条文がそれを阻んでいるのでやむをえないとでもい

うのであろうか。濫訴防止説の説明が欲しいところである。

「業とする」を、私見のように利益目的を有すること（反覆継続の意思不要）と解することは、弁護士法七三条の運用を信託法一一条のそれと同一にはからうことになる。というのは、信託法一一条については次のように説かれているからである。すなわち、受託者は「業とすること」（反覆継続の意思をもってするという意味であろう）を要しないのであり[15]、そしてまた、信託法一一条の立法趣旨は、信託形式を利用して、他人の法的紛争に介入し不当な利益をおさめようとする強度の公序良俗違反行為を排除しようとするものである[16]。

私は、信託法一一条に関する右説明に賛成するとともに、弁護士法七三条は信託法一一条と同様に運用されるべきだと考える。弁護士法七三条は単純譲渡形式を、信託法一一条は信託譲渡形式を、それぞれ規制対象として予定しており、その点に差異があるにしても、その差異が、一方、「業とすること」（反覆継続の意思を有すること）を要し、他方、それを要しないという差異を導くべきものであろうか。いずれの方式にせよ、他人の債権を譲受・実行するのであり、そして、譲受・実行をもって利益取得の源泉とすることにつき否定的評価を下さるべきことに変りはあるまい。両方式のいずれにせよ、問題は利益取得の目的にあるのであって、反覆継続の意思を必要としないと解するべきである。両法条の立法趣旨を同一と解する限り、両法条は要件・効果においてなるべく同様の扱いをするべきである。そうでなければ、一方の方式利用について規制しても、他方の方式利用に規制が及ばないことも生じ、結果としては、法条の立法趣旨に反する行為が行なわれることになろう。つまり、信託形式利用の行為を広く規制しても（反覆継続の意思不要として）、単純譲渡形式を利用することによって（こちらについては反覆継続の意思を要するとする）、結果的には、いずれの法条の立法趣旨にてらしても好ましくない事態（一回限りの意思にせよ利益取得を目的として譲受・実行する）が容認されることになろう。弁護士法七三条についての私見によれば、同条を信託法一一条

にいわば同調させるのであって、いずれの形式を利用しようと、利益目的でなす限りは、反覆継続の意思の存否を問わず、現制対象となる（いずれも私法上無効）。弁護士法七三条について反覆継続の意思を要すると解したうえ、信託法一一条を弁護士法七三条にいわば同調させるという法運用の仕方も考えられはするものの、それでは、一回限りの意思をもってする行為を規制対象となしえず、信託法一一条の立法趣旨（またそもそも弁護士法七三条のそれ）に反することになるのであり、したがって、かような法運用の仕方には賛成しえない。

要するにこうである。弁護士法七三条の立法趣旨を私見のように解し、他方、信託法一一条との関連をも考慮して、同条にいう「業とする」とは、反覆継続の意思をもってすることをさすのではなく、利益目的をもってすることをさす、と解するべきである。

第三に、右にいう「利益目的」について。一体、ごくわずかの利益取得を目的とする場合でも、「利益目的」に該当するのか。「利益目的」なし、というためには、譲受・実行から何らの経済的利益も取得することをめざさないことを要するのか。刑罰・無効という制裁をうけたくなければ無償で行なえというべきか。無償目的に限るとはじめからきめてしまうことができるか。今日では有償が普通なのだから、圧倒的多くの行為は利益取得目的でなされることを前提として[17]、それがどの程度まで許容さるべきか、やはり無償目的に限るべきかを考えねばならない。この問題についても立法趣旨にてらして判断するべきであろう。弁護士法七三条の立法趣旨は前述「法感情」の保護にある。この「法感情」にてらしてみた場合、どのように考えるべきか。しかるときは、無償目的の場合はむろんのこと、利益取得を目的とする場合であっても不当な利益取得を目的としない限りは、なんら「法感情」を害さないのであって、規制対象外におかれてしかるべきであろう。無償ないし正当な利益取得を目的とするに止まる場合には、「利益目的」なし、というべきである。一般的には、譲受・実行じたいはなんら排斥さるべきことではなく、ただそれが不当な利

益取得のための手段として利用される場合に至ってはじめて――いかがわしい人物のいかがわしい目的達成のために権利・その実行が利用されることになり――「法感情」と相容れなくなるからである。

正当な利益取得を目的とするのか、不当な利益取得を目的とするのかは、譲受対価の額、譲渡された債権の実価（取引通念を参照しつつ債務者の資力を基礎に判断する）、譲受人の請求額を考慮して――むろん取引通念にてらして――決するほかない。そのほか、譲受当時の特殊事情（一般的には不当な買いたたきとみえてもそれを不当でないと判断しうる特殊な事情）も付加さるべきである。譲受・実行が不当な利益取得を目的としている場合には、当該譲受は弁護士法七三条の規制対象となり、その私法上の効力は否定されるべきである。右に挙げた判断の基準も抽象的たることを否めないけれども、利益取得の目的を二分するにはかかる基準ぐらいしかないであろう。

右の点はともかく、排斥さるべきは不当な利益取得の追求なのであって、無償もしくは正当な利益取得の追求なのではない。利益取得の目的の存否、その目的が存するにしてもどの程度の利益取得をめざしているのかを一切無視して、反覆継続の意思の存することを基準に規制するのは、一方、規制さるべきものを対象外とし、他方、規制外におかるべきものを対象内にとりこむことになるのである。すなわち、一方、不当な利益を取得することをめざしていても一回限りの行為としてする意思のもとになせば不問に付され、他方、無償ないし正当な利益取得を目的とする場合でも反覆継続の意思のもとになせば規制の対象となる。

前者は、「法感情」保護の見地から規制対象とさるべきであり（なお、一回限りの意思をもってなす行為だとしても濫訴防止の見地を徹底すればこれまた規制さるべきではないか――「第二」参照）、これを規制対象外におくことには賛成しえない。

後者は、現在種々の欠陥を蔵し一般民衆の利用することが困難な弁護士制度その他の権利実現のための法制度を前

提した場合[18]、排斥さるべきではない。これを規制外におくことこそ、簡易な債権実現・回収方法への道を残すものというべきなのであろう。具体的にいえばこうである。もっぱら反覆継続の意思の存することを基準に規制を加えるとすれば、次のような場合にも規制を加えねばならぬことになる。たとえば甲が乙丙それぞれに対し各一個の債権（弁済期は到来しているが未だなんらの請求もしていない）を有するとする。甲は事業も思わしくなくなり老令ともなったので現住地から遠隔の郷里へ移住することにした。甲は乙丙に対し取立を行なっている暇を有しない。甲は移転費用にも困窮する状態なので、親しい他人丁に対乙債権を譲受けてもらい（その代価は妥当なものであるとする）移転費用を捻出した。丁は債権を譲受けないで甲に金を貸してもよいと思ったが、借金はしたくないとの甲の希望もあったので、債権を譲受けることにした。債権譲受後まもなく、丁は乙に対して支払を請求した。丁は対乙債権を譲受けるにさいして、甲が対丙債権も譲受けて欲しいと申込んできたならば、それにもまた（妥当な代価を支払って）応じて譲受け対乙債権の場合と同様短日月のうちに支払を請求しようと思っていたとする（反覆継続の意思のもとに対乙債権を譲受けたことになる）。さて、丁の行為は規制されるべきであろうか。私には丁の行為は規制さるべきでないと思える。このような丁までも捕捉することは甲にとって簡易な債権回収の道をとざすことになり、結局、甲にとって不便を甘受させる以外の何物でもない。

反覆継続の意思の存する場合はすべて弁護士法七三条の規制対象となる、というのは、債権譲渡自由に対し重大な脅威を与えるであろう。というのはこうである。債権を譲受けるほどの者は取引界の一員として取引を活発に行なっている者であることが多く、そのような者は債権譲受の機会に遭遇することも多いであろう。そのような者が譲受・実行を一回限りのものとして考えているとは解しがたい。彼としては、ある一個の債権を譲受・実行する場合に、将来債権譲受の申込があった場合には——毎回必ずとはいかぬにしても——それに応じて譲受けかつ実行しようとの意

思を有しているのであろう。譲受・実行を一回限りの意思のもとに行なうのは、債権譲受の機会に乏しい一般素人ぐらいのものではないだろうか。かように譲受・実行が反覆継続の意思のもとになされる場合が多いとすれば、そして反覆継続の意思の存する場合をすべて規制の対象とするとすれば、譲受・実行の多くが規制をうけることになり、ひいては譲受そのものも不用意にはできかねるということになろう。かくては債権譲渡自由を阻害すること甚しいといわねばならない。いやしくも債権譲渡自由を承認したからには、このような事態は許容しがたい。譲受・実行を反覆継続の意思のもとになした場合すべてを網にかけるべきではなく、そのうちで排斥されてしかるべき場合と容認されてしかるべき場合とを区別し、みだりに債権譲渡自由を阻害しないよう配慮すべきである。そして、排斥されてしかるべき場合と容認されてしかるべき場合とを分ける基準を私は不当な利益取得の目的の存否に求める。かような目的の存する場合こそ、「法感情」にてらして指弾さるべきだからである。(19)

最後に、一言する。私見によれば、正当な利益の取得を目的として反覆継続の意思を有して（有しなくてもよいが、影響の大きいのは有する方であろう）債権の譲受・実行をなすこと（非弁護士がこれをすることが多いであろう）は、弁護士法七三条の規制対象とはならない。かような結論は、弁護士代理の原則（民訴七九条）の潜脱を許すものといえないだろうか。この観点から吟味してみよう。

他人の債権の譲受・実行（特に訴訟によるそれ）は、弁護士代理の原則を潜るものといえるか。答は否というべきである。弁護士代理によって権利を実行する場合に生ずる関係は、弁護士からみて、他人の権利を他人の名（名義）において他人のために他人の危険において実行するという関係である。そこで問題は、名義の点を除いて、かかる関係と実質上同一の関係が存しているかどうかである。訴訟信託のごとく、譲渡人が譲渡するにせよ訴訟行為をなすことを主たる目的として譲渡（信託譲渡）する場合には、譲受人からみて——彼は名義上債権者となるが目的拘束をう

けており――実質上は他人の権利を他人のために他人の危険において実行する関係が存し、それゆえに、この場合には権利帰属者の名義を異にするのみで実質上は弁護士代理によって生ずる関係と同一の関係が存するのであって、弁護士代理の潜脱をはかるものだ、ということができる。といっても、それにもかかわらず、訴訟信託すべてが効力を否定されるべきかどうかは問題であるけれども、訴訟信託の問題はしばらくおき、ここでは先へ進もう。譲渡が単純譲渡である場合には、譲受人は名実ともに債権者となるのであり、権利を実行するかしないか、するとしてその方法いかんについて、譲渡人に対し何らの義務を負担するものではない。実行することを目的としているにしても、譲受人はまさに自己の権利を自己の名において自己のために自己の危険において実行するのである。ここにおいては権利者の名義が異なっていることはむろんのこと、他人の権利を他人のために他人の危険において実行するという関係はいささかも存しないのである。かようなわけで、単純譲渡の場合には弁護士代理の原則の潜脱ありとはいえない。この結論は、譲受人が譲受・実行を正当な利益取得の目的のもとにする場合はむろん、不当な利益取得の目的のもとに行なうとしても変りはない。そのような目的のもとに譲受・実行をなす者は、弁護士代理の原則の潜脱を理由としてではなく、前述「法感情」保護の観点から排斥されるべきである。

右にみたごとくであるから、弁護士代理の原則の潜脱を懸念するには及ばない。他人の債権の単純譲受・実行は、事実上、弁護士の経済上の利益に反するであろうが、それは致し方ないのであって、弁護士代理の原則の潜脱を理由にこれを排斥することはできない。実質的に考えてみても、他人の債権を訴訟目的で譲受けるにしても、譲受人が自己の危険においてする限り、そのことじたいに非難すべき点はあるまい。譲受人が法律知識不十分により訴訟追行上失策をしでかして損害をこうむっても、それは譲受人のみが負担し譲渡人に影響しないのであれば、他人の債権を訴訟目的で譲受けるからといって別段規制を加える必要はないであろう。かような譲受人はむしろ、簡便な債権実現方

法を提供するものとして歓迎されるべきだとさえいいたい。かかる譲受に対しては、譲受人が不当な利益取得を目的として譲受・実行をする場合にのみ前述「法感情」保護の見地から規制を加えればよく、それを規定するのが弁護士法七三条なのである。端的にいえば、同条は弁護士代理の原則の潜脱を抑圧することを立法趣旨とするものではない、というべきである。同条の規制が用意されている結果として、非弁護士（弁護士もしかりであろうが）が他人の債権を譲受け訴訟の当事者となることは抑止される、その反面において、債権を実現するには自から当事者となって弁護士に代理してもらう機会を増すことになるという意味では、同条は弁護士代理の原則の貫徹を促進する機能を果すということはできる。

第四に、「業とする」とは、譲受及び実行[20]の両者につき要するのかどうかについて。ここに「業とする」とは、「第二」、「第三」において述べたごとく、反覆継続の意思の存否とは関係なく、権利を譲受けて実現する過程を通じて不当な利益を取得することを目的とすることである。かかる意味における「業とする」とは、譲受及び実行の双方について存することを要するのか、それとも、一方について存すれば足るのか。この問題については同条の文理上必ずしも明らかではない。以下、四個の場合を分けて検討したい。

各場合について検討する前に、次のことを明確にしておく。すなわち、右の問題に対する解答の決め手は同条の立法趣旨である。その立法趣旨は、(ロ)(ii)(a)及び右「第一」において述べたごとく、「法感情」の保護にある。ここでの「法感情」は違法な行為一般に対する否定的感情なのではない。ここでの「法感情」は、換言すれば、同条が否定的評価の対象とする行為は、権利の譲受・実行に名を借りて、いかにも表面上は合法の形をとって現われる、文句のつけようが一応ない、しかし、そのような形を装いつつ実体においては不当な利益取得を追求する、という行為である。問題の行為は違法ないし不当な行為一般ではなく、実体においては不当でありながら一応は合法という外装をま

とっている行為である。問題の行為がなまじっか合法性の衣をまとっているがゆえに、それに対してわれわれが、権利実現、法運用のあるべき姿に関連させて抱く否定的感情が問題の「法感情」なのである。これだけのことをはっきりさせたうえで、各場合について検討する。問題は、右にいう「法感情」を害うかどうかにある。

①譲受・実行のいずれをも「業とする」場合。譲渡人から債権を買いたたき（行為の態様までが不穏当とは限らない）、他方、債務者からはきびしく取立てる場合がこれに該当する。たとえば、額面一〇万円（議論を単純化するために実価もしかりとする。以下の設例においても同じ）の債権を五千円で買い受け、きびしく取立てるとせよ。かかる場合に（こそ）「法感情」が害されることに異論はあるまい。ここにきびしくとは、典型的には、債権額どおりの価値を取得することをめざして取立てるという意味であって（そのほか、債権額にみたぬ額の請求をするにせよ譲受対価を過大に上まわる場合もある）、必ずしも不穏当な態様の取立方法による取立をさすとは限らない。不穏当な態様の取立がなされた場合には（この①の場合にはえてしてそのようになると私には思われる。そしてそのようになるのを予防するという意味も弁護士法七三条にはあるのであろう）「法感情」の害われることというまでもないけれども、穏当な態様の取立がなされる場合でも、それがその前段階における債権の買いたたき（行為態様としては穏当なこともある）と結合して結局において不当な利益取得の手段としての意味を有するものであるからには、やはり「法感情」を害うであろう。結局、①の場合は弁護士法七三条の適用対象となるというべきである。

②譲受を「業とする」けれども、実行は業としない場合。一方、譲渡人から債権を買いたたき、他方、実行にさいしては、譲受についての出捐以下の価値を取得することに決しそれで満足する場合（一方的に免除の意思表示をしたり、示談によってとりきめたりする）がこの場合である。かかる場合は実際上すくないであろうという事実上の問題はしばらくおく。かかる場合においては、譲受人は不当な利益取得をめざしているとはいえまい。あるいはこうもい

えよう。譲受にさいしてはめざしていたとしても、実行にさいしてはめざしておらず、結果においても、不当な利益取得を実現しえたわけでないから、「法感情」を害うものではないであろう。おそらく、譲受人の行為が、不可解な行為として世人によっていぶかしく思われるだけであろう。②の場合は弁護士法七三条の適用対象外であるというべきである。

譲受人が譲渡人から債権を買いたたき、実行にさいして、出捐以下の価値を一応取得したもののそれでは満足せず、将来にわたっても出捐以上の価値を取得する意思を有している場合（具体的には請求その他の権利行使としてあらわれる）は、②ではなく——どの程度の価値取得をめざすかにもよるが（なお実行を業としないといえる場合があろう）——①の場合にふくまれる場合が多いであろう。譲受人が右にいう満足したかどうかは、具体的場合について判断するほかないけれども、譲受を「業とする」者が、出捐以下の価値取得をもって満足するとは通常考えがたいので（通常はその逆が考えられる）、譲受を「業とする」者は実行をも「業とする」と推定されるべきである（出捐以下の価値を取得したに止まっていても、さらには全く取得していなくとも、なお将来にわたって不当な利益を追求する意思を有すると推定されるべきである）。

③譲受は業としないけれども、実行を「業とする」場合。たとえば、一〇万円の債権を譲受けるにさいして九万円を出捐し、次いで、一〇万円の債権を実行するにさいし欲が出たという場合が考えられる。ところでこの場合、一〇万円の債権をその額面どおり取立てたところで一万円の利益しか取得しえないのであるから、実行を「業とする」とはいえまい。実行を「業とする」というには、債務者からなんらかの方法で額面以上に取立てることを要する。どのような方法によるにせよ、かかる行為が違法なことは論をまたぬ。かかる行為は、一見合法な装いをとりつつも実体においては違法ないし不当な行為だとはいえず、一見して違法な行為そのものである。かかる行為については、「実

行」を業とする、ともいえないであろう。かかる行為に対してわれわれが抱く否定的感情は、前述「法感情」とは異なるものである。従って、③の場合は、弁護士法七三条の適用対象外というべきである。

④譲受・実行のいずれをも業としない場合。かかる場合には、前述「法感情」が害されることはない。④の場合は弁護士法七三条の適用対象外というべきである。同条の文理も、この結論を支持する。

以上要するに、①の場合すなわち譲受・実行のいずれをも「業とする」場合のみが弁護士法七三条の適用対象であるというべきなのである。同条の適用対象か否かという問題についてはこのようにいうべきであるけれども、同条の適用対象になる場合にせよならない場合にせよ、譲受あるいは（及び）実行にさいして、暴行その他の非違が生じたならば、それに対しては別途の法的制裁が問題となることはいうまでもない。

ここでとりあげた問題について濫訴防止説ならばどのように答えるのであろうか。おそらく、実行を「業とする」ことを要しまたそれで足ると解するのであろう。この説は、「業とする」とは――利益目的の存否を問わず――反覆継続の意思をもってすることと解するのであるが、そのように解するとしても、濫訴防止という観点に立てば、譲受を「業とする」しないは問題でなく、実行を「業とする」ことこそ濫訴に直接連なるがゆえに問題だからである。従って、この立場では、譲受を業としなくとも、実行を「業とする」ことによって、弁護士法七三条の適用を承認することになろう。たとえば、甲が有する数口の債権（それぞれの債務者をＡＢＣ…Ｎとする）を乙が甲から同時に一括譲受けたとする。乙としては債権の譲受をこの一回のみ行なうつもりである（将来は行なうつもりがない）とする。つまり、乙は譲受について反覆継続の意思を有しない（「業とする」ことがない）ものとする。[21] その乙が、譲受けた債権の一つ一つについて、異なる債務者ごとに権利行使の意思を有するとしよう。乙は実行を「業とする」、ということができる。濫訴防止説によれば、かかる乙は弁護士法七三条の適用を受けてしかるべきだ、という結論が導かれるの

であろう。[21-二][22] あるいはまた、譲受を「業とする」にしても実行を業としない限りは、同条の適用される余地はないことになろう。たとえば債務者丙に対して債権者甲甲甲…甲[1][2][3][n]が存し、乙が反覆継続の意思のもとに各債権者からそれぞれ譲受けた後、各債権を同時に一括行使したとする。[23] 乙は法人であって実行が終り次第解散するものとしよう。従って乙は実行を「業とする」ことを予定していない。かかる乙に対しては――濫訴防止説によれば――、同条は適用されないことになる。かかる結論に対しては、私見の立場からは、「業とする」＝反覆継続の意思、の存否にこだわることなく、不当な利益取得の目的の存否を問題とすべきだとの異論を挿みうる。しかし、この点はもはや論じないことにする。ここではただ、立法趣旨についての濫訴防止説と私見との差を示す一場面として言及するのみである。

なお、ここで付言しておこう。「業とする」の意味を私見のように解するとして、譲受人と債務者との間において、主張・立証責任はどうなるか。[24] 譲受人は債権譲渡がなされた旨主張し、これに対し、債権譲渡の無効（弁護士法七三条違反）を主張する債務者が――要するに譲受人が不当な利益を追求していることを主張・立証することになる――譲受人は問題の債権をどれほどの対価を出捐して取得したか（そしてどれほどの額の請求をしているか）、右対価及び当の債権額の実価（債務者の資力にかんがみて評価する）にてらして譲受人の請求は不当な利益を追求するものである旨主張・立証すべきであり、これに対し譲受人は一般的には不当性ありといえても当該の場合には不当性を阻却する特別の事由ある旨主張・立証すべきである。濫訴防止説においては、主張・立証責任の問題は次のように解されるのであろう。すなわち、譲受人は債権譲渡がなされた旨主張し、これに対し、債権譲渡の無効を主張する債務者が――要するに譲受人が反覆継続の意思を有することを主張・立証することになる――譲渡人の職業が譲渡屋であること、譲渡屋とまでいえなくても他にも債権譲受・実行を当該場合と比較的近接した時期になしていること、当の債権譲受の対価と債権額実価の比率、請求額、からみて譲受人は不当な利益を追求しているとみられ、そして、利益

をおさめることを目的とする人物であるからには大きな利益をおさめることを望んでくり返して譲受・実行をするであろう、すなわち、反覆継続の意思の存在も推定されること、等を主張・立証することにより、当該債権譲渡が弁護士法七三条に反する旨主張・立証すべきである。

第五に、弁護士法七三条違反の債権譲渡の効力について付言しておきたい。右債権譲渡は無効である旨先述した。しかし、もう一歩進めて、一部無効と解する可能性もあるのではないか。ここでは一つの問題提起として述べておく。

同条の立法趣旨は——私見によれば——譲受・実行の過程を通ずる不当な利益追求を抑圧することである。さらにいえば、同条は右追求を抑圧することによって、上来しばしば述べた「法感情」の保護をめざしているのである。とすれば、同条違反の債権譲渡（譲受及び実行を「業とする」——「第四」参照）の効力を全部無効とまで解する必要もない。右債権譲渡は一般的にみて正当な利益追求の範囲内までは有効と扱えば足るはずである、ともいえそうである。しかしあわよくば不当な利益を取得しようと企図した者に対し、一般的に正当といえる範囲のものにせよ（この範囲の確定じたいも厄介なものであるがそれを措くとして）、利益を保障することは過当な保護というべきである。法益が強度の公益性を帯びその保護に任ずる法に反する行為を企図した者が、なお、利益を保障されるのはむしがよすぎるのではあるまいか。不当な利益取得をそもそも企図させないがためにも、正当な範囲内にもせよ利益取得を許容するべきではない。この意味において、同条の趣旨は違反行為をした譲受人にはおよそ利益を取得させないことにあるともいえるであろう。

それならばどのような処理をなすべきか。違反行為者たる譲受人の譲受対価の限度において有効（譲受対価がゼロなら全部無効と変りない）と解するべきである。(24-1)そして、一方それをこえては正当な範囲内にもせよ利益取得を保障

すべきでないこと右に述べたとおりである。他方、譲受対価の限度においては有効と扱う、全面無効という扱いはしない。これはなぜか。

まず、このような処理――利益取得を一切許さない――は「法感情」保護という目的達成に仕えるものである。それどころか、右に述べたように、正当な範囲内の利益取得も容認しないのであるから、右目的達成にとっては行き過ぎの処理ともみえるくらいである。そして、「法感情」保護という目的達成のためにはこの程度に止めておけば十二分であって、さらに進んで、譲受対価の限度においても無効とするまでもあるまい。[25]

次に、全部無効だとして、かりに譲渡人がそのことを債務者に対し主張し、債務者から弁済を受けようとする場合を考えよう。自からも加わってなした弁護士法七三条違反の債権譲渡が全部無効であると譲渡人に当然のこととして主張させるのは、信義という観点から問題である。[26] 信義という観点からいえば、全部有効というべきでさえある。同条の趣旨にてらして、全部有効と解するのは無理だとしても、全部無効とまで主張させるのは行き過ぎであるし、右に述べたように、「法感情」保護という目的達成にもそぐわない。それゆえ、譲渡人も自己のえた対価の限度においては債権譲渡を有効として承認するべきである。

また、債務者が譲受人に対して無効の主張をする場合についていえば、この場合には全部無効の主張を許すべきでなく、債務者は譲受対価を限度として債権譲渡の有効性を承認すべきである。このことは、「法感情」保護の立場から譲受対価の限度での有効性承認について前述したところから明らかであろう。前述したところはまさに債務者に対する関係を念頭においたものなのである。というのは、「法感情」保護という場合、直接権利実行の矢面に立つ債務者の「法感情」保護こそが真先に顧慮されねばならぬからである。ここでは、譲渡人が無効を主張する場合を右に述べた関係上、債務者が主張する場合について一言した次第である。

濫訴防止説においては、一部無効を認める余地はないであろう。というのはこうである。この立場によれば、譲受人が譲渡人のもとでいわば凍結されていた債権を譲受けてその実現をはかることこそ——反覆継続の意思の存することが前提にあるにせよ——許すべからざることなのである。この立場のもとでは、利益目的の存否、不当な利益追求か正当な利益追求か、ということは問題にならない。かような次第であるから、この立場では、譲受対価の限度においてにせよ、債権譲渡を有効と扱うわけにはいくまい。この立場では、無効といえば全部無効しかないであろう。[27] 濫訴防止説の立場において、一部無効の成否の問題に言及したものを参照しえなかったので、私の推測を述べると上記のごとくである。

濫訴防止説がどのように解するのであれ、私見については前述の意味での一部無効という考え方が成立しうると解する。ここではこの問題に対しこれ以上携わる余裕がない。弁護士法七三条の立法趣旨についての考え方の相違が具体的問題において差異をもたらす一例を提供するのみである。[28]

(1) 譲渡屋（この定義は本文で述べた）対策の法といってもそれぞれの要件充足を必要とすることはむろんのことである。両条の比較対照については、桜田・前掲論文・判評一〇八号九九—一〇〇頁参照。ここでいう譲渡屋は非弁護士とは限らないけれども（弁護士法七三条につき福原・弁護士法五五五頁、信託法一一条につき三淵・信託法及信託業法・現代法学全集三〇頁、四宮・前掲書・法律学全集五四—五五頁、田中・前掲論文・慶応大学法学研究三二巻四号一八頁、桜田・前掲論文・判評九四号八九頁、判評一〇八号九七頁）、立法の沿革ないし目的（弁護士法七三条につき桜田前掲論文・判評一〇八号一〇〇頁、福原・前掲書五五六頁、信託法一一条につき桜田・前掲論文・判評九四号八七頁以下、四宮・前掲書・法律学全集五三頁）にてらせば、主として非弁護士の活動を抑圧することがめざされていた（いる）のであり、それをさておいても、違反行為主体として登場する者には非弁護士が多いこと（弁護士法七三条につき福原・前掲書五五五頁、信託法一一条につき桜田・前掲論文判評一〇八号一〇一頁以下、同・前掲論文判評一〇八号一〇一頁は全部が非弁護士の行為であるとする）からすれば、これらの法条は非弁護士たる譲

渡屋取締法として機能しているといってよい。信託法一一条の立法目的（趣旨）をいかに解すべきかについての見解は分れており、その整理については、桜田・前掲論文・判評九四号八七頁以下、判評一〇八号一〇一頁以下参照（なお注（8）を参照）。弁護士法七三条の立法目的については本文で後述する。

（2）二注（50）参照。

（3）当該債権譲渡がこれらの法条違反行為なることの主張・立証を要するのか、それとも、当該債権譲渡がこれらの法条違反行為なることは、これらの法条が公序に関する規定であることから、当事者の主張をまたないで裁判所が職権で調査すべき事項であるのかどうかは一個の問題ではある。本稿では前者と解しておく（信託法一一条について桜田・前掲論文・判評一〇八号九八頁、大阪谷・前掲論文・民商二巻一号六〇―六一頁参照）。

（4）というのは、なるほど違反行為の主体の代表例は譲渡屋というべきだけれども、違反行為の主体はそれに限られるものではないからである。本文で後述するように、弁護士法七三条についての私見によれば、業とする＝反覆継続の意思を有しなくとも、なお同条違反行為の主体たりうる。従って、譲渡屋でない者も違反行為の主体たりうるわけである。同条についての通説判例は、業とする＝反覆継続の意思を有することを要件とはするが、常態として不当な利益をおさめることを目的とすることを要件とするのではないから（通説・判例によれば当不当を問わず利益目的を要しない――福原・前掲書五五五頁およびその引用する判例参照）、通説・判例でもまた、違反行為の主体は譲渡屋に限られはしないことになる。信託法一一条の通説（?）によれば、業とする＝反覆継続の意思を有することを要しないとされる（桜田・前掲論文・判評一〇八号一〇〇頁、大阪谷・前掲論文・民商二巻一号六九頁）のであるから、同条についても違反行為の主体は譲渡屋とは限られないと解されていること明らかであろう。

（5）四宮・前掲書・法律学全集五四頁、桜田・前掲論文・判評一〇八号一〇〇頁、判例も信託法一一条違反行為は無効と解しているといってよい（判例については、桜田・前掲論文・判評一〇〇号七二頁以下、判評一〇六号一〇九頁以下、判評一〇八号九七頁参照）。

（6）桜田・前掲論文・判評一〇八号一〇〇頁は、訴訟信託との比較において、弁護士法七三条では行為が無効となるとともに処罰の対象となるとする。福原・前掲書五六〇―五六一頁は、下級審判例もふくめて有効説無効説の判例を列挙する。いずれにしても、詳細な議論はなされていない。同条の前身である「法律事務取扱ノ取締ニ関スル法律」（昭和八年法律第五四号）第二条についての大審院の判例は、有効説（大判昭和一八年三月一〇日法学一二巻一〇号九〇四頁）、無効説（大判昭和一五年七月六日

民集一九巻一四号一一五七頁――判民六四事件吾妻評釈参照。なお、大判昭和一二年七月二三日民集一六巻一八号一二五七頁、大決昭和一三年八月一六日民集一七巻一八号一六七〇頁も特殊な事案に関するが、無効説の系列に属するといえよう）に分れていたのであり、いずれを主流ともいいがたい。最高裁の判例は見当らない。

(6―一) この問題は、行政的取締法規に違反してなされた法律行為の私法上の効力いかに、として論じられる問題に属することうまでもない。従来から説かれているところに沿って考えていけば十分であろう（幾代・民法総則・現代法律学全集・二〇〇頁以下、星野・民法概論Ⅰ一八五頁、四宮・民法総則・二〇六―二〇七頁参照）。

(7) 鹿児島地判昭和三八年一〇月一〇日下民一四巻一〇号一九九四頁、浦和地判昭和二七年九月二四日下民三巻九号一二七九頁参照。

(8) かような考え方は、信託法一一条について、信託の形式にひそむ実質的な反公序良俗性に着眼し、訴訟信託の法理的意義・成立要件などの諸問題を考察すべきだとする見解（田中・前掲論文・慶応大学法学研究三二巻四号一七―一八頁。桜田・前掲論文・判評一〇八号一〇一頁もほぼ同旨とみてよいのであろう）とパラレルなものといってよいであろう。もっとも、これらの見解では、信託法一一条の制度目的（これを主張するのが右見解）とそれを実現すべき技術的手段とをはっきり区別して論じているとも思われないが。

信託法一一条の立法目的（趣旨）については種々見解が分岐している（その点の詳細は桜田・前掲論文・判評九四号八七頁以下、判評一〇八号一〇一頁に譲ることにする）。私見によれば、これらの見解の分れは、一つには①制度目的（実質的反公序良俗性）を強調するか、②それを実現すべき技術的手段（信託法一一条がその適用によって防圧する行為じたいは何か）を強調するかの差異に発する。両者は強調のレベルを異にするだけであって、相排斥しあわねばならぬ、およそ相容れる余地なし、とはいえまい。すなわち②を強調するからといって①を否定しなくてはならぬわけではあるまいし、①を強調するからといって②を否定しなくてならぬわけでもないであろう。また、違反主体は非弁護士に限るかという問題にしても②を強調するからといって当然にしかりという結論は導かれえないし、①を強調するならばなおさらであろう。①②いずれを強調するにしても、信託法一一条が果さんとめざしている現実の機能は主として非弁護士活動の抑止にあること（桜田・前掲論文・判評九四号八六―八七頁に立法当時の議論の紹介がある）、および同条の現実の機能として同条が非弁護士活動の抑止を営んでいること（桜田・前掲論文・判評一〇八号一〇一頁参照）は否定しえない。かようにみれば――①②および③現実の機能という観点を区分してみる――

見解の分れも表見的なものでしかない、といえるであろう。見解の分れは、もう一つには、①について、実質的反公序良俗性をとるか、それとも、濫訴防止をとるかに発する。この方の議論は、まさに制度目的そのものをめぐる議論ゆえ右のように観点の整理などするまでもない。私見としては、実質的反公序良俗性をとりたい。

(9) 福原・前掲書・五五五頁参照。

(10) 細かくみれば問題がある。不法原因給付の効果についてより一そう検討を要するが、ここではひとまず結論だけを述べておく。たとえば、甲が対乙債権を譲渡屋丙に譲渡した（丙は対抗要件も具備した）とする。その後に、甲が、甲→丙譲渡は無効として、甲から乙に対し、請求したとする。その場合に、甲丙間の譲渡は不法原因給付（民七〇八条）に該当し、甲としては自己に債権が帰属することを乙丙に対して主張しえないのではないか。債権は丙に帰してしまっており、丙が乙に対し行使しうるのみである。従って、本文のように、甲の丙に対する信義の問題を議論しても実益はない。これに反し、甲丙の譲渡が不法原因給付に該当し、かつ、丙の悪性が強い場合には（とりわけ素人を相手にした譲渡屋の場合にはかように解するべきである）、甲は乙丙に対し自己が債権者なることを主張しうると解すべきであって、この場合には、甲の丙に対する信義の問題が生ずることになろう。

(10—一) 私法上の効力を否認しても債権の転得者にまでは累が及ばないと解すれば（注(20)参照）、なおさら問題はないわけである。

(11) 福原・前掲書五五五頁は、いわゆる濫訴の弊を防止する趣旨に出た規定であるとする。濫訴が防止に値いする弊という意味なのであろう。

(12) この点につき、信託法一一条につき田中・前掲論文・慶応大学法学研究三二巻四号三一—四頁参照。

(13) 大判昭和一六年一月二五日民集二〇巻一号一〇頁野田評釈（判民二事件）によればこうである。弁護士法七三条の前身である法律事務取扱ノ取締ニ関スル法律第二条（昭和八年法律第五四号）の目的は、他人の権利を譲受け、これを実行することを経済的な目的となすことが社会的に不当であり——何となれば、これを一般的に許すときは、債権譲受及びその実行を無制約な利得の源泉となすことを認めることになり、その実現のためには、譲受人はいかなる悪らつな手段をもえらばないという事態をひきおこすことが多くなる——従ってかかる態様の債権譲受及び実行を業と名づけこれを禁止しようというところにある、と。これだけからみると、利益目的を有することが重要であって、反覆継続の意思を要しないとの見解のようにうけとれる。しかし、同

評釈は、他方において、同条が三百的業務の取締を目的とするものとしそれをふえんして右のように述べているのであり、また、同事件に対する美濃部評釈（国家・五五巻六号八〇頁）が「業トスル」とは継続的反覆的になす意思をもってすることの意味であるとしているのに賛成しているので――継続・反覆には利益目的が通常伴なっていると考えるのかも知れないが――未だいずれとも断じがたい（しかし、おそらくは反覆継続の意思を要すると解するのであろう）。

(14) 福原・前掲書・五五五頁、五五九頁参照。なお、最刑判昭和四六年七月一四日判時六三六号二六頁（弁護士法七二条の事件）田尾解説（法曹時報二三巻一一号二四八頁）をも参照（とくに二五二頁上段）。判例（この見解もこれらの文献と同旨）についてはこれらの文献に譲る。弁護士法七三条の前身である「法律事務取扱ノ取締ニ関スル法律」第二条についての解釈でも同旨が説かれていた（大判昭和一二年七月二三日民集一六巻一八号一二五七頁美濃部批評・国家五二巻二号一五二―一五三頁、大判昭和一六年一月二五日民集二〇巻一号一〇頁美濃部批評・国家五五巻六号八〇頁）。業とするという文言は弁護士法七三条にのみ用いられているわけではない。そして、それらの場合にすべて同じ意味と解する必要はないことむろんであり、各条の制度目的にてらし個別的に意味を決定されるべきである。

(14―一) 債権を譲受けて――単純譲渡方式たると信託譲渡方式たると問わず――正当な範囲内の利益を目的として実行（訴訟その他の形で）することを業とする（反覆継続の意思のもとに譲受かつ実行する）会社が存しても、直ちに弁護士法七三条違反、信託法一一条違反というべきではない。債権取立の簡易な手段のない現状においては、右のごとき事業目的を有する会社の存在は軽々に否定されるべきではない。そのような会社が――もし適法視された場合――とかく非違に走りやすいことを慮って、しかるべき行政的規制のもとにおくことはともかく、一概に、右法条違反行為という不法な目的を追求するものというべきではない。債権取立会社については、アメリカ法が参考となりそうであるが、詳細は他日に譲る（田辺・民事訴訟の動態と背景二四三頁以下、井関ほか研究会・アメリカの強制執行・ジュリスト四九四号六四頁以下参照）。

(15) 桜田・前掲論文・判評一〇八号一〇〇頁参照。

(16) 注(8)参照。

(17) 問題は弁護士法七二条に関するが、札幌地判昭和四六年二月二三日判時六二四号九七―九八頁が無償行為について説くところは説得的である。

(18) 一般民衆にとって権利実現の方策が実際上不完全なことは、弁護士七三条についてのみならず、いわゆる示談屋許容限度いか

に の問題を考える場合にも考慮されねばならない。私見としてはこの点、前注(17)に掲げる札幌地判に賛成する（判時六二四号九七頁以下）。

(19) 弁護士法七三条の適用要件として、不当な利益目的を挙げるとすれば、新債権者と称する者に弁済をした債務者の保護が問題となる。この問題は、同条の適用要件として反覆継続の意思の存在を挙げる立場でも問題となりうる。この問題は、債権の準占有者に対する弁済（民四七八条）の成否に帰着する。結局、各個の具体的場合ごとに、債務者の職業、経験、相手方が譲渡屋か否か、その他諸般の事情を検討して結論を導くほかはない。

(20) 弁護士法七三条にいう「実行」という要件は、譲受人が実質的にみて当該権利内容に等しい利益をおさめさえすれば充足されると解するべきか。具体的にいえば、譲受人が当該債権を他へ譲渡することにより債権の実質的価値をおさめることも「実行」に該当するか。あるいは同条にいう「その他の手段」のうちに債権譲渡がふくまれると解すべきか。結論をいえばいずれも否である。まず、同条の立法趣旨を私見のように「法感情」（その意味につき、さし当り、本文で直後に述べるところ参照）保護に求める立場に依拠するとしよう。「法感情」が害されるのは、譲受人が権利実現などは実はどうでもよくて要は不当な利益の収取をめざしているのに、それをおもて向きは権利実行に名を借りて権利者なりと称して請求したり、場合によっては権利そのものの実現の機関として機能すべき司法機関までも利用して目的を追求する、かような場合であって、債権譲渡の場合には、譲受人がそれによって不当な利益収取をめざしても、右にいう「法感情」を害することはあるまい。また、債権を一個の財貨とみれば、動産の転売にも類比さるべきことであって、動産の転売についてなんら問題がないとされていることとの均衡からみても、これ（債権譲渡）をしも規制することは妥当でない。濫訴防止説に依拠するとしても、結論は同一であろう。つまり、譲受人は譲渡することによって債権者ではなくなり「濫訴」を起しようがないからである。いずれの立場にせよ転得者が同条の要件を充足することによって規制を受ける場合はありうる。次に、同条の文理からいっても右と異なる結論を導くのは無理であろう。というのは、同条の文理上は、譲受人が自から一方の当事者となって債務者との間で事を構えることが予定されているからである（しかるに債権譲渡すれば事の構えようがない）。「その他の手段」といってもそれに先立って例示の手段が示されている以上それと同種の手段を意味すると解さるべきであり（同条が同法七七条の刑罰をも伴なうことにも注意）、そしてその例示の手段は右に述べるごとく事を構えることを予定しているのであるから、「その他の手段」もまたそのようなものでなくてはならないと解さるべきである。

(21) 同時に一括譲受けたといっても、むろんその実質においては数個の債権それぞれについての譲渡が行なわれたわけである。将来についてはともかく、問題のそれぞれの債権譲受にあたり反覆継続の意思のもとに乙は譲受けたのではないか。しかし、数個の債権譲渡がすべて同時になされ完了したからにはそのようなことはいえないであろう。一なる債権を譲受けた時には同時に二なる債権も譲受けてしまっているのであって、前者の譲受にあたり後者も譲受けようと考える余裕はないからである。また、観念的には依然として順次の譲受が存する、という必要もない。観念的にも同時譲受ありとみてさしつかえはない。

(21—1) 濫訴防止説のもとでは次のように考えられるのであろう。すなわち、本来なら譲渡人が権利実行すればよいはずのところを、債務者と関係のなかった者があえて譲受けて（その譲受は「業としない」にしても）、反覆継続の意思のもとに権利実行の挙に出ることは——権利実行そのことじたいは正当といえるが——平地に波乱をまきおこすことを企てることにほかならず（私には一回限りの意思のもとでも同じことがいえると思われるが、濫訴防止説ではこの点どのように考えるのであろうか）、これまさに濫訴（健訟）防止の立場からは抑圧すべき事態である。弁護士法七三条の前身、法律事務取扱ノ取締ニ関スル法律第二条に関してであるが、同条によっては「譲受及び実行」を業とすること（反覆継続の意思をもってすること）が禁じられているのであって、譲受を業としなければ実行を業としても禁止に該当しないとする見解がある（次注に掲げる美濃部批評八〇頁参照）けれども、問題は同条の立法趣旨をどのように解するかにあり、これを濫訴防止と解するならば必らずしもそのようにはいえないであろう。

(22) 大判昭和一六年一月二五日民集二〇巻一号一〇頁は、特定銀行よりその整理のために債権を包括的に譲受けて、これが実行をなすのを業とすることも、規制の対象（ただし法律事務取扱ノ取締ニ関スル法律第二条——弁護士法七三条の前身——に関する）となるとする。個別的譲受ではなく包括的譲受の事案（個別的譲受とは異なって他人の権利を譲受けたとはいえぬと解しうる余地もある——美濃部批評・国家五五巻六号八一頁参照）についても実行を業とするのは不可とする。かかる態度は、おそらくは、濫訴防止説の立場から由来するのであろう。本判決に対しては、当時から反対論が有力であった（判民二事件野田評釈、前掲美濃部批評）。私見の立場（本文「第四」の①——④の各場合分けを参照）からも反対すべきこととなる。

(23) 同時に一括行使される数個の債権については反覆継続の意思ありといえないか。いえないというべきであろう。この点については注(21)において述べたのと同様の考え方が妥当するからである。

(24) 注(3)を参照。

(24—一)　このことから五〇六年の Lex Anastasiana が想起される。このローマ帝政後期に出された法律は、債務者は譲受人に対して、譲受人が譲渡人に支払った対価の限度で支払の義務を負うに止まるものとした。近代法はかかる制限を廃止した（我妻・前掲書・債権の優越的地位・三一頁、来栖・民法第四部講義案——債権総論（続続）——（プリント）三頁、なお、我妻・前掲論文民法研究Ⅴ一八四—一八五頁 Leist, Privatrecht und Kapitalismus, 1911, S. 258 ff., Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert, Erster Teil, S.16, Anm.14.）。本文で述べたごとき処理はあたかも右法律の処理と同断である。債権譲渡一般について本文で述べたごとき処理を施すのには賛成しえない（対価制限ともいうべきであって、債権譲渡を阻害するであろうから）けれども、弁護士法七三条違反行為については本文で述べたごとき処理をすべきだと考える。その理由は本文において以下述べるとおりである。右法律の生じた社会的基礎、適用さるべき行為類型の詳細についてまでは及びえなかった（投機抑止を目的として右法律が発布されたことにきわめてかんたんにふれるものとして、Carbonnier op. cit. [126], P. 460.）。なおフランス民法一六九九条は、或る者に対する係争（訴訟係属中—一七〇〇条参照）の権利が譲渡されたときは、その者は譲受人に対し譲受の代価、費用並びに譲受人が譲受の代金を支払った日以後の利息を償還して、譲受人からその義務を免れることができる旨規定する。右ローマの法律の痕跡とでもいうべきであろう（Mazeaud, op. cit. Tome Ⅲ, Nos 846 et s.）

(25)　かような処理が果して違反行為の予防に役立つかどうかについては肯定否定いずれとも断言しえない。手間をかけたあげくはせいぜい出捐額を取得しうるだけではつまらないからやめておこうという方向が採られるか、それとも、最悪事態でも出捐分は取り返せるからあえて違反行為を試みようという方向が採られるか、いずれともいいがたい。そのいずれになろうと問わず「法感情」保護という目的からすれば、譲受対価の限度においては有効という処理を施せば十分すぎるくらいであろう。制裁予防という見地からは全部無効という処理の方が合目的であるともいえる。しかし、もともと「法感情」保護の根拠は（権利譲受・実行に名を借りた）不当な利益追求の否認に存する。従って、不当な利益追求を否認するのみならず、正当な利益追求をも否認するからには（利益追求を一切否認する）「法感情」保護の目的は十二分に達成されるというべきである。

(26)　弁護士法七三条違反はそれじたい強行法規違反行為とみられるべきであるが、多分にそれじたい（態様が穏当であろうとも）公序良俗違反行為の性格を帯びてもいる。いずれにしても——信義という観点を別にしても——全部無効と解さねばならぬとはいえない。要するに当該法条の趣旨に適合した効果を付与すれば足り、またそうあってしかるべきである。同条違反の債権譲渡にさいして譲受人が譲渡人の無知無経験に乗じたような場合には、そのことじたいを理由にして（公序良俗違反）債権譲渡の全

部無効を主張しうる（かかる場合には信義の問題も生じない）のは別論である。

(27) この立場でも本文で前述したごとき、譲渡人による無効主張については信義の問題がある。濫訴防止→全部無効といっても、自から譲渡に加わって濫訴の原因を形成した者が濫訴防止を理由にもち出すのは信義に反する。この立場は、それにもかかわらず、当事者間の信義維持以上に濫訴防止を重しと解するのであろう。

(28) 本文で述べた一部無効論（不当な利益を追求している場合は当該債権譲渡は一部無効）を信託法一一条についてあてはめるとどうなるか。信託譲渡によって不当な利益が追求されているとする。同条の立法趣旨を濫訴防止（利益追求の存否当不当を問わず）と解する立場では、一部無効など問題となるまい。同条の立法趣旨を信託形式を利用した不当な利益取得の禁止と解する立場（正当な利益追求に止まる場合は全部有効であってここでの問題外）ではどうか。ところでいずれの立場であろうと次のようにいえる。信託形式が採用される場合には、債権は無償で譲渡され譲渡人は手数料を譲受人に支払うのであるから、対価の限度で有効といっても対価はゼロである。従って常に全部無効であるといわざるをえない、と。単純譲渡形式と信託譲渡形式との形式上の差は抹消し去るわけにはいかないというべきなのであろう。あるいは次のように考えたらどうか。たとえば甲が対乙債権（一〇万円）を丙に信託譲渡し手数料は取立額の九〇パーセントと約したとする。この場合、丙は対価一万円をもって一〇万円の債権を譲受けたと考えええなくもない（結局において丙は九万円取得しうるのだから）。対価一万円で一〇万円の債権を譲受けることが不当な利益取得をめざすとしよう（通常、そのように解してもよかろう）。そこで、一部無効論をあてはめると、丙は一万円の限度で債権を有効に譲受けたことになりそうである。しかし、丙が一万円取立てると手数料として九千円を取得しうる。右に述べた考え方によれば、丙は対価千円をもって一万円の債権を譲受けたのであり、これは不当な利益の追求とみうる。そこで千円の限度で債権譲渡は有効ということになる。しかし、丙は千円取立てると九百円取得しうる。再び右に述べた考え方をあてはめると、丙は対価百円で千円の債権を譲受けたことになり、これは不当な利益追求とみうる。そこで丙は百円の限度で債権を有効に譲受けることになる。しかしさらに、手数料九〇円を取得することが問題となり、前述来の考え方が再び適用される。かようにして、結局、丙の有効に譲受けるとされる債権はゼロに近づく一方である。結論としては、丙は有効に譲受けえない、債権譲渡は全部無効というべきことになる。信託法一一条の場合には、一部無効論を容れる余地がないというべきである。