

資産流動化による資金調達の多様化と滞納処分

—国税徴収法からみた倒産隔離の基準—

松 下 政 昭

〔研究科第40期〕
研 究 員

要 約

1 問題の所在

近年、わが国においては、資産流動化・証券化市場が急速に成熟しつつあり、国内法制のインフラ整備を背景にして、今後も不可逆的な市場規模の拡大が見込まれているところである。従来、企業金融は、銀行中心の間接金融が主体であったが、近時、資金調達環境が厳しさを増す中で、企業は資金調達源泉をより多様化する必要に迫られており、直接金融としての資産流動化がその役割を担うものとして注目を集めている。

最先端の金融技術であり、現代の錬金術ともいわれる資産流動化は、従来の企業金融とは全く異なる法的発想に基づき、資金調達主体（以下「オリジネーター」という。）の信用力を引当てとせず、その保有資産の信用力に一義的に依存する資産金融の一手法であり、組成した金融商品のキャッシュフローを確実にするため、そのスキームにおいては、オリジネーターの倒産手続の効果を遮断する「倒産隔離」を図ることが要請されている。

この倒産隔離は、流動化対象資産をオリジネーターから受け皿となる特別な媒体（以下「SPV」という。）へ一定の仕組みを用いて譲渡することにより実現される。仮に、オリジネーターが負う国税の納税義務が履行されずに滞納となった場合、SPVへ譲渡された資産を滞納処分の対象となる財産とみなすべきか否かが資産譲渡の法的構成に関連して問題となる。資産流動化のための資産譲渡は、SPVからオリジネーターへ金銭の支払いがなされることから、その法的構成は伝統的な民事法の枠組みによれば売買か担保設定であるが、滞納処分による差押えの対象は、滞納者に帰属する財産でなければならない（国税徴収法47条、同基本通達47条関係5）ことから、倒産隔離が実現されてオリジネーターからSPVへの資産譲渡が真正な売買と構成されれば、当該流動化対象資産はオリジネーターの責任財産から逸出してオリジネーターに帰属しないことになるから、滞納処分による差押えは直接にはできないことになる。一方、倒産隔離が実現されずオリジネーター

からSPVへの資産譲渡が担保の設定と再構成されれば、SPVは、国税徴収法24条の規定により、第二次納税義務者に準ずるものとして、オリジネーターの滞納国税につき物的納税責任を負う場合があることになる。

このように、資産流動化スキームにおける滞納処分のあり方が、倒産隔離の実現の成否にかかることに鑑みれば、徴収職員は、滞納処分による財産の差押えに当たり、流動化対象資産の実質的な所有権者の認定のため倒産隔離の実現の成否を判定すべきことになり、徴収職員の実体的判断権（国税徴収法141条、142条参照）に基づく責任財産の帰属認定が直接的に問題となることから、倒産隔離の基準を考察することが必要となる。

本稿は、国民の納税義務の適正な実現を通じて国税収入を確保する見地から、滞納処分の対象となる財産の帰属認定を問題にする国税徴収法の要請に基づいて、従来、倒産法との関係で議論されてきた倒産隔離についての考え方を前提にして、民事法の枠組みに依拠した解釈論のレベルで滞納処分における倒産隔離の基準を定立し、もって資産流動化スキームにおける滞納処分のあり方を考察することを目的とするものである。

2 資産流動化における倒産隔離の基準

倒産隔離において最も重要な問題となるのが、売買の法形式を用いるオリジネーターからSPVへの流動化対象資産の譲渡が、法的にみて真の売買と構成されるか、担保設定として再構成されるかという点である。これは、アメリカにおける同種の問題類型に倣って真正売買（true sale）の問題と呼ばれている。

この倒産隔離については、わが国では立法や裁判例による基準の確立がなされておらず、特定債権法施行以降のここ10年来、資産流動化を専門とする法律家や実務家を中心に、アメリカにおけるtrue saleをめぐる議論を参考にして、取引に含まれる売買的要素と担保的要素を総合的に検討し判断しようという取組みが行われてきた。これに対し、最近では、オリジネーターの破綻事例の発生による関心の高まりもあって、アメリカ法の下でのtrue

sale をめぐる理論を直輸入するような問題設定は適切でないとの認識が、倒産法を専門とする学者を中心に表明されるとともに、倒産法に関するわが国の判例・学説の集積を踏まえて検討を加える論稿が多く発表されるようになった。

この問題に対するアプローチには様々なものがあり得るが、結局、取引当事者が売買と構成しているものについて、他の諸般の要素からそれを担保設定として再構成することができるか否かという点に帰着する。この点については大きく2つの基本的な考え方があり、従来の多数の見解は、①当事者の契約意思、②対抗要件の具備、③価格の均衡、④会計上のオフバランス化、⑤買戻特約ないし信用補完比率の合理性等の各種のファクターを考慮して担保性の有無を判断するものであるのに対して、最近の有力な見解は、被担保債権の存否の有無を重視して担保として再構成される要件を検討するもので、その基準として、①被担保債権の存否、②担保目的物の存否、③受戻権の存否に重きを置く。

両見解は、一見異なるようにもみえるが別個のものではなく、重なる部分が少なくない。どちらの考え方も、「資産流動化のための資産譲渡が売買か担保か」という同じ大枠の問題設定の中で、要件事実論的には、後者における被担保債権や担保目的物の存否は、担保取引に係る主要事実該当する一方、前者において挙げられる各メルクマールは、そうした主要事実の存在を推認する間接事実群に該当すると理解でき、互いに相容れないものではないと考えられる。

3 滞納処分における倒産隔離の基準

上記のような倒産隔離の基準についての議論は、オリジネーターが危機状態に陥った場合を前提とした民法上ないし倒産法上の要請に基づくものであるが、本稿は、これをオリジネーターが平常状態の場合においても国税を滞納しているときに譲渡担保性を問題とする国税徴収法上の要請に基づいて再検討し、従来、主として議論されてきた「売買か担保か」という観点のみで

はなく、「滞納者に帰属する財産といえるか」という帰属認定の観点からも倒産隔離の基準を考察し、その実質的要件を明らかにしようとしたものである。

譲渡担保と租税との関係については、国税徴収法24条が譲渡担保を担保的に構成し、債権の譲渡担保は債権譲渡の法形式を用いることから、債権の譲渡人が国税を滞納している場合に、当該譲渡が債権を終局的に譲受人へ移転させる通常の債権譲渡であるのか、または、担保目的で譲受人へ移転させる債権譲渡担保であるのかを区別する基準を明確にすることが、滞納処分のあり方との関係で問題となる。すなわち、国税徴収法24条は、譲渡担保に対する国税の徴収確保策として「譲渡担保権者の物的納税責任」という法技術を導入していて、設定者である納税者の国税を追求する場合には、譲渡担保権者をあたかも第二次納税義務者に準ずるものと考え、その第二次納税義務者の財産としてその譲渡担保財産に対して滞納処分を執行しようとするものであるところ、債権譲渡の法形式を用いる取引において、当該債権が譲受人に排他的に帰属することになるのであれば、譲渡人の責任財産から逸出することになるので、当該債権に対して譲渡人の滞納処分を執行することは原則としてできなくなる。これに対して、当該債権が譲受人に担保的に帰属することになるのであれば、当該債権は譲渡担保財産を構成することになるので、譲受人は譲渡人の滞納国税について物的納税責任を負う場合があることになる。このように、滞納処分においては、国税徴収法24条の適用範囲を画する上でオリジネーターが平常状態の場合においても倒産隔離の基準すなわち真正売買性を考察する必要性が顕在化してくるのである。

この債権譲渡と債権譲渡担保との区別の基準については、債権譲渡担保の権利移転型の法的構成及び債権譲渡の法形式の特質からの帰結として、清算法理の確立に起因する譲渡人についての清算請求権の存否に求めるべきであり、債権売渡担保の場合においても、隠れた被担保債権の存在を認めつつ、清算に至るまでの通常担保の処理をする方法が相当であることから、債権譲渡担保の場合と同様と考える。

このような考え方は、資産流動化取引としての債権譲渡についても等しく

妥当すべきものであるが、資産流動化のスキームには、オリジネーターによる管理権限の保持や信用補完の措置といった、その仕組み性に由来する固有の特色が認められることから、これに相応した債権譲渡と債権譲渡担保との区別の基準の考察が要請される。

この点は、最も原初的な債権流動化の手法といえる手形割引の法的性質を分析し、法的判断と相互に関連するオフバランス処理に関する会計基準を整理し、さらに金融資産の消滅を認識する権利支配移転の範囲に関する法人税の取扱いを考慮することにより、主位的には、前述の債権譲渡と債権譲渡担保との区別の基準となる①清算法理の確立に起因する清算請求権の存否を考慮し、副位的には、②資産譲渡に係る支配の移転及び③資産の価値に相応した相当対価の取得を考慮すべきである。

したがって、責任財産となる重要な財産を流動化・証券化したオリジネーターが国税を滞納した場合、徴収職員は、上記の基準によって当該流動化スキームにおける倒産隔離の成否を判断することになる。これにより、倒産隔離が実現されていないとしたときには、流動化対象資産は、オリジネーターから担保の目的でSPVへ移転した譲渡担保財産として構成されるというべきであるから、SPVは、オリジネーターの滞納国税につき、国税徴収法24条の規定により物的納税責任を負う場合があることになり、また、倒産隔離が実現されていたときには、流動化対象資産は、真正売買によりオリジネーターの責任財産から逸出したというべきであるから、直接には滞納処分による差押えはできないことになる。しかしながら、納税義務の適正な実現を通じて国税収入を確保するという国税徴収法の目的(同法1条)に鑑みれば、次に述べる手法により、なお滞納処分の執行が可能であるか否かを考察する必要があるというべきである。

4 資産流動化スキームにおける滞納処分のあり方

(1) オリジネーター兼サービサー名義の回収金専用預金口座の差押え

コミングリング・リスクを低減する方策として、オリジネーター兼サー

ビサー名義の専用預金口座で回収金を分別管理する場合、この預金の帰属に関連して、近時、最高裁が損害保険料保管専用口座及び弁護士預り金口座について示した判断基準に照らせば、預金者はサービサーであると認定でき、また、信託法理ないし問屋法理に照らしても、その責任財産性を肯定し得ることに鑑みれば、回収金専用預金口座をサービサー（＝オリジネーター）に帰属するものとして差し押さえることが可能である。

（２）SPVに対する第二次納税義務の賦課

資産流動化スキームにおいて、オリジネーター自身により信用補完措置が講じられる場合に、比較的僅少な範囲のリコース義務を負担するときであっても、一定の場合には、資産流動化のための資産譲渡を国税徴収法39条に規定する低廉譲渡と評価すべきことになるので、その時価と対価との差額である現存利益を限度としてSPVへ第二次納税義務を賦課することが可能な場合がある。

（３）SPVの法人格の否認

SPVがオリジネーターの資金・組織・陣容ですべて運営されるとすれば、その形骸化の認定が可能となり、SPVの法人格を否認して、流動化対象資産をオリジネーターに帰属する財産と認定して差し押さえることが可能な場合がある。

5 本稿の意義

従来、わが国においては、資産流動化のスキームを倒産手続の効果から遮断するという意味での倒産隔離に関する議論は活発に行われてきたが、滞納処分の効果から遮断するという意味での倒産隔離に関する議論はなかったようである。今般、倒産法制の改正により、譲渡担保全般が倒産手続の影響を受けることになる一方で、国税債権の倒産手続での優先的な位置付けが一部後退することになり、譲渡担保権者に物的納税責任を負わせようとする国税徴収法24条の射程範囲を画する売買と譲渡担保との区別の基準を定立することが今まで以上に重要になってくると考えられる。

本稿は、譲渡方式による債権流動化を念頭において、従来、倒産法との関係で展開されてきた倒産隔離についての議論を手懸りに、民事法制で通用している理論的なフレームワークに基づいて滞納処分における倒産隔離の基準を定立し、倒産隔離が実現されていない場合の滞納処分の手法及び倒産隔離が実現されている場合の国税徴収の方策を指摘し、よって資産流動化スキームにおける滞納処分のあり方を考察したものである。

目 次

序論	283
第1章 資産流動化における倒産隔離の基準	286
第1節 資産流動化の意義と仕組みの特色	286
1 資産流動化のスキーム	286
(1) 資産流動化の意義	286
(2) 資産流動化の経済的機能	288
(3) 資産流動化の基本的な仕組み	290
2 問題の所在	291
(1) 資産流動化のための資産譲渡の特色	291
(2) 滞納処分の対象となる財産と倒産隔離の実現の成否	293
(3) 本稿の目的	294
第2節 資産流動化における倒産隔離の基準	295
1 倒産隔離が問題となった主な事例	295
(1) 日本リース事件	295
(2) ライフ事件	297
(3) マイカル事件	297
2 真正売買と倒産隔離の必要性	301
(1) 真正売買論	301
(2) 倒産隔離の必要性	304
3 資産流動化スキームにおける倒産隔離の基準	306
(1) 倒産隔離の基準についての基本的な考え方	306
(2) 総合考慮説	310
(3) 被担保債権重視説	312
(4) 両説の位置付け	314
第2章 滞納処分における倒産隔離の基準	317
第1節 滞納処分の対象となる財産の帰属認定	317

1	帰属認定の性質	317
2	滞納処分における財産の帰属認定	317
第2節	譲渡担保と租税	319
1	租税債権の特質	319
(1)	租税法律関係の性質	319
(2)	租税債権の特質	320
2	譲渡担保に対する国税の徴収確保策	324
(1)	譲渡担保に係る債権と国税との調整	324
(2)	国税徴収法24条の民事法的評価	326
第3節	債権譲渡と債権譲渡担保との区別の基準	327
1	問題の所在	327
2	債権譲渡と債権譲渡担保との関係	328
3	個別債権譲渡担保の法的構成	331
4	債権譲渡と個別債権譲渡担保との区別の基準	334
5	集合債権譲渡担保の類型と法的構成	337
6	集合債権譲渡と集合債権譲渡担保との区別の基準	343
第4節	滞納処分における倒産隔離の基準の再考	343
1	被担保債権重視説及び総合考慮説の評価	343
2	総合考慮説における各要素の当否	344
(1)	当事者の契約意思ないし合理的意思について	345
(2)	譲渡対象資産の特定性の程度について	346
(3)	対抗要件の具備について	346
(4)	譲渡価格の均衡性・妥当性について	347
(5)	買戻条件、償還条件、差替特約、リコース率等について	348
(6)	取立権能あるいは取立事務の帰属について	350
(7)	被担保債権の存在について	350
(8)	受戻権及び清算義務について	350
(9)	会計上のオフバランス化について	350

(10) S P Vの独立性について	351
3 倒産隔離の基準を再考する視点	352
4 手形割引とアセット・ファイナンス	353
(1) 手形割引の法的性質及び手形貸付との区別の要件	353
(2) アセット・ファイナンスとしての手形割引	359
5 オフバランス処理に関する会計基準	360
(1) 主要会計基準における資産のオフバランス化の基本的な考え方	360
(2) わが国における金融資産のオフバランス処理に関する 会計基準の概要	365
(3) オフバランス化の要件としての倒産隔離	370
6 金融資産の消滅を認識する権利支配移転の範囲に関する 法人税の取扱い	371
7 滞納処分における倒産隔離の基準	373
第3章 資産流動化における滞納処分のあり方	377
第1節 オリジネーター兼サービサー名義の回収金専用預金口座の 差押え	377
1 コミングリング・リスク	377
2 専用預金口座の帰属認定	381
(1) 預金者確定レベルでの預金債権の帰属	381
(2) 預金債権の帰属とその責任財産性	386
3 滞納処分による回収金専用預金口座の差押えの可否	391
第2節 S P Vに対する第二次納税義務の賦課	393
1 オリジネーターによる信用補完措置	393
2 S P Vに対する第二次納税義務の賦課	395
(1) 第二次納税義務の性質	395
(2) S P Vに対する国税徴収法39条の適用の可否	397
第3節 S P Vの法人格の否認	401
1 法人格否認の法理と租税関係への適用	401

(1) 法人格否認の法理の展開	401
(2) 法人格否認の法理の租税関係への適用	403
2 資産流動化における法人格の否認の可否	407
結論	409
1 資産流動化における倒産隔離の基準	409
2 滞納処分における倒産隔離の基準	410
3 資産流動化スキームにおける滞納処分のあり方	412
(1) オリジネーター兼サービサー名義の回収金専用預金口座の 差押え	412
(2) SPVに対する第二次納税義務の賦課	412
(3) SPVの法人格の否認	413
4 おわりに	413

序 論

近年、わが国においては、資産流動化・証券化市場が急速に成熟しつつあり、資産流動化の法制整備を背景にして、今後も一層の市場規模の拡大が見込まれているところである。従来、企業金融は、銀行中心の間接金融が主体であったが、近時、資金調達環境が厳しさを増す中で、企業は資金調達源泉をより多様化する必要に迫られており、直接金融としての資産流動化がその役割を担うものとして注目を集めている。

最先端の金融技術であり、現代の錬金術ともいわれる資産流動化は、従来の企業金融とは全く異なる法的発想に基づき、資金調達主体の信用力に依らず、その保有資産の信用力のみを引当てとする資産金融の手法であり、組成した金融商品のキャッシュフローを確実にするため、そのスキームにおいては、資金調達主体について生じる倒産手続の効果を遮断する「倒産隔離」を図ることが要請されている。

この倒産隔離は、流動化対象資産を資金調達主体から受け皿となる特別な媒体へ一定の仕組みを用いて譲渡することにより実現される。仮に、資金調達主体が負う国税の納税義務が履行されずに滞納となった場合、特別媒体へ譲渡された資産を滞納処分の対象となる財産とみなすべきか否かが資産譲渡の法的構成に関連して問題となる。資産流動化のための資産譲渡は、特別媒体から資金調達主体へ金銭の支払いがなされることから、その法的構成は伝統的な民事法の枠組みによれば売買か担保設定であるが、滞納処分による差押えの対象は、滞納者に帰属する財産でなければならない（国税徴収法47条、同基本通達47条関係5）ことから、倒産隔離が実現されて資金調達主体から特別媒体への資産譲渡が真正な売買と構成されれば、当該流動化対象資産は資金調達主体の責任財産から逸出してその帰属から外れるため、滞納処分による差押えは直接にはできないことになる。一方、倒産隔離が実現されず資金調達主体から特別媒体への資産譲渡が担保の設定と再構成されれば、特別媒体は、国税徴収法24条の規定により、第二次納税義務者に準ずるものとして、資金調達主

体の滞納国税につき物的納税責任を負う場合があることになる。

このように、資産流動化スキームにおける滞納処分のあり方が、倒産隔離の実現の成否にかかることに鑑みれば、徴収職員は、滞納処分による財産の差押えに当たり、流動化対象資産の実質的な所有権者の認定のため倒産隔離の実現の程度を判定すべきことになり、徴収職員の実体的判断権（国税徴収法141条、142条参照）に基づく責任財産の帰属認定が直接的に問題となることから、倒産隔離の基準を考察することが必要となる。

本稿は、国民の納税義務の適正な実現を通じて国税収入を確保する見地（国税徴収法1条参照）から、滞納処分の対象となる財産の帰属認定を問題にする国税徴収法の要請に基づいて、従来、倒産法との関係で議論されてきた倒産隔離についての考え方を前提にして、民事法令の枠組みや民事裁判例の判断基準等に依拠した解釈論のレベルで滞納処分における倒産隔離の基準を考察し、もって資産流動化スキームにおける滞納処分のあり方を構築することを目的とするものである。

以下では、まず第1章において、資産流動化の意義とスキームの法的特色について述べ、資産流動化スキームにおける滞納処分のあり方が倒産隔離の実現の成否にかかることを明らかにした上で、資産流動化における倒産隔離の考え方について触れ、わが国で倒産隔離が問題となった事例を踏まえてその必要性を吟味し、従来、わが国において倒産法との関係で議論されてきた倒産隔離の基準に関する先行研究の成果を整理して分析する。

次に第2章では、国税徴収法の要請に基づく財産の帰属認定の意義に照らし、国税徴収法24条の適用範囲を画する滞納処分における債権譲渡（債権売買）と債権譲渡担保との区別の基準の定立を試み、その上で、わが国で倒産法との関係で議論されてきた先行研究の成果を手懸りにして、滞納処分における倒産隔離の基準を再検討する。すなわち、従来行われてきた倒産隔離の基準についての議論は、資金調達主体が危機状態に陥った場合を前提とした民法上ないし倒産法上の要請に基づくものであるが、本章は、これを資金調達主体が平常状態の場合においても国税を滞納しているときに譲渡担保性を問題にする国

税徴収法上の要請に基づいて再検討し、責任財産の帰属認定の観点から倒産隔離の基準を考察してその実質的要件を明らかにしようとするものである。その具体的な視点として、①最も原初的な債権流動化の手法といえる手形割引の法的性質を分析し、②法的判断と相互に関連するオフバランス処理に関する会計基準を整理し、③金融資産の消滅を認識する権利支配移転の範囲に関する法人税の取扱いを考慮する。

続いて第3章では、倒産隔離が実現されている場合であっても、納税義務の適正な実現を通じて国税収入を確保するという国税徴収法の目的に鑑みて、なお資産流動化スキームにおいて執行することが可能と思われる滞納処分その他の徴収に関する手続を実務に照らして指摘する。具体的な手法として、①資金調達主体名義の譲渡債権に係る回収金専用預金口座の差押え、②特別媒体に対する低廉譲渡に係る第二次納税義務の賦課、③特別媒体の法人格の否認を考察する。

従来、資産流動化のスキームを倒産手続の効果から遮断するという意味での倒産隔離に関する議論は豊富に行われてきたが、滞納処分の効果から遮断するという意味での倒産隔離に関する議論はなかったようである。今般、倒産法制の改正により、譲渡担保全般が倒産手続の影響を受けることになる一方で、国税債権の倒産手続での優先的な位置付けが一部後退することになり、譲渡担保権者に物的納税責任を負わせようとする国税徴収法24条の射程範囲を画する売買と譲渡担保との区別の基準を定立することが今まで以上に重要になると考えられる。本稿は、譲渡方式による債権流動化を念頭において、従来、倒産法との関係で展開されてきた倒産隔離についての議論を手懸りに、民事法制で通用している理論的なフレームワークに基づいて滞納処分における倒産隔離の基準を定立し、倒産隔離が実現されていない場合の滞納処分の手法及び倒産隔離が実現されている場合の国税徴収の方策を指摘し、よって資産流動化スキームにおける滞納処分のあり方を考察するものである。

第1章 資産流動化における倒産隔離の基準

第1節 資産流動化の意義と仕組みの特色

1 資産流動化のスキーム

(1) 資産流動化の意義

最先端の金融技術であり、現代の錬金術とも呼ばれる資産流動化は、企業自体の信用力を引当てとせず、企業の保有資産の信用力に一義的に依存するアセット・ファイナンスによる資金調達手段であり、資金調達を望む原資産の保有者（originator。以下「オリジネーター」という。）が、当該資産を受け皿となる特別な媒体（Special Purpose Vehicle。以下「SPV」という。）へ譲渡し、SPVが当該資産から生じるキャッシュフローを返済原資とする金融商品を組成し、投資家に販売することにより資金を調達する企業金融手法である⁽¹⁾。企業金融（コーポレート・ファイナンス）の類

(1) 「資産流動化」という用語には法律上の定義が存在するわけではなく、それを用いる場面に応じて必ずしも定まった内容を有しているわけでもない（前田敏博ほか「証券化・セキュライゼーション」西村総合法律事務所編『ファイナンス法大全⑤』（商事法務、2003年）6頁参照。なお、資産の流動化に関する法律2条参照）。一般的には、資産流動化とは、「企業や銀行が、保有資産に対する対外的コントロールを維持しながら、資産に対する、法的・会計的・税務的支配権の全部または一部を第三者に移転することによって、法的・会計的・税務的オフバランス化の全部または一部を実現すると同時に、当該資産の保有にかかる資金調達を行うこと」と理解されている（大垣尚司『ストラクチャード・ファイナンス入門』（日本経済新聞社、1997年）124頁参照）。また、資産流動化と類似した用語である「証券化」は、オリジネーターからSPVへ譲渡した資産から生じるキャッシュフローを裏付けとした有価証券を発行することにより行う資金調達手段であり、資産流動化の一手法である。資産流動化・証券化に関わる概念の整理については、木下正俊『私の「資産流動化」教室』（西田書店、2004年）第1章第1節、高橋正彦『証券化の法と経済学』（NTT出版、2004年）第1章第1節、日本資産流動化研究所『平成13年度 資産流動化と投資家保護に関する調査報告書』第1分冊 資産流動化市場の実態分析と将来展望に関する委員会（2002年）第3章第1節の1を参照。なお、以下本稿では、「資産流動化」と「証券化」を厳密に区別せず、原則として併せて用いることとする。

型としては、資金調達企業のバランスシートの右側で行われる、①負債項目上のデット・ファイナンス（借入・普通社債等）、②資本項目と関連するエクイティ・ファイナンス（新株発行を伴う資金調達）が通常のものであるのに対し、バランスシートの左側の資産を活用した資金調達がアセット・ファイナンスであり、資産流動化はその最も進化した形態であって、仕組みを用いた金融技術を意味するストラクチャード・ファイナンスを企業金融の観点から捉えたものといえる⁽²⁾。

従来、わが国の企業金融は、政府の規制に保護された銀行中心の間接金融が主体であり、第二次世界大戦後、国をあげて工業化・貿易立国化を推進していく中で、メインバンク制と有担保主義を特徴とする間接金融は威力を発揮し、経済成長に大きく貢献した。しかし、1990年代以降のいわゆるバブル経済の崩壊により、資産価格が暴落して銀行は巨額の不良債権を抱えることになり、地価が下落する局面においては貸出が縮小するのは必然となった。その結果、資金剰余主体から資金不足主体への資金の移転とそれに伴うリスク配分という間接金融の本質的機能は衰退することになり、企業は、間接金融のみに依存せず、直接金融により資金調達手段を多様化する必要性に迫られ、資産流動化がその役割を担うものとして注目を集めている⁽³⁾。

(2) 高橋・前掲注(1) 7頁参照。

資産流動化取引が行われる目的としては、資金調達の低コスト化、対象資産のオフバランス化による財務比率の向上、リスク移転等が挙げられるが、以下本稿では、主として資金調達の観点から議論を進める。

(3) 笠木祥人「資産証券化による企業金融の多様化に関する一考察」龍谷ビジネスレビュー3号(2002年)1頁参照。

資産流動化・証券化は、市場での証券発行の形態と、リスク・リターンへの投資家への直接的な帰属という点で、直接金融型の仕組みに類するというのが一般的な理解であるが、SPV等を用いた仕組み性やキャッシュフローが加工された証券化商品の間接的証券性などに着目し、直接金融・間接金融の両方の要素が併存しているという指摘もみられる。また、わが国の金融仲介システムをめぐって、近年有力に唱えられるようになってきているのが市場型間接金融に関する議論である。市場型間接金融とは、①家計等の余剰資金を投資信託等を通じて資本市場に流入させ、②

(2) 資産流動化の経済的機能

金融技術としての資産流動化・証券化又はストラクチャード・ファイナンスは、デリバティブと呼ばれる先渡し・先物・オプション・スワップ等の取引と並び、現代の最先端分野とみられている。このうち、デリバティブは、為替・金利変動等の市場リスクをヘッジないしコントロールする技術という意味で「ファイナンシャル・エンジニアリング（金融工学）」の領域に属する。これに対し、資産流動化・証券化は、信用リスクをコントロールする技術という意味で「クレジット・エンジニアリング（信用工学）」の性格を有する金融技術であるといえる⁽⁴⁾。債権の流動化・証券化においてクレジット・エンジニアリングによるコントロールの対象となる信用リスクは、アセットバック（資産流動化）性とストラクチャー（仕組み）性という特質から、①投資家への元利金償還の原資となる原債権のキャッシュフローが、貸倒れ・延滞・中途解約・期限前弁済等により毀損・変動するという原債務者の信用リスク（アセットバック性に由来）、②流動化・証券化の仕組みに関与する各当事者（オリジネーター・サービサー・SPV等）の破綻に係る信用リスク（ストラクチャー性に由来）の二つの類型に

銀行・ノンバンク等のファイナンス・カンパニーが証券の発行によって資本市場から資金調達を行い、③ファイナンス・カンパニーが調達した資金により企業に貸出を行うといった新しい形態の資金仲介チャンネルを指す。資産流動化スキームにおいて、一般事業会社がABSオリジネーターとなる場合には、普通社債の発行に準じた直接金融型の資金調達手段の一種となるのに対し、ファイナンス・カンパニーがABSオリジネーターとなる場合には、それ自体の直接金融性よりも、市場型間接金融チャンネルの一環を成す構成要素として位置付けることも可能である（高橋・前掲注（1）23頁、木下正俊「資産流動化の役割と投資家保護法制」ジュリスト1236号（2002年）73頁参照）。コーポレート・ファイナンスの多様化とオフバランスシート金融に至る変化のプロセスについては、藤田敬司「オフバランス金融と会計規制の論理」立命館経営学42巻5号（2004年）3頁を参照。

なお、資産流動化・証券化が進展する背景と課題については、北見良嗣「金融システムの改編と証券化の法制度」金融法研究資料編17（2001年）36頁を参照。

- (4) 高橋正彦「証券化における信用リスク・コントロール」証券アナリストジャーナル40巻3号（2002年）54頁注1参照。

大別できる⁽⁵⁾。

このうち、上記①のリスクについては、仕組みの組成上、対象債権を抽出してプールする際に、「大数の法則」に基づいてリスクの分散を図ったり、統計学・確立論に基づく優先・劣後方式等の信用補完措置や⁽⁶⁾、流動化商品を償還期間によって切り分ける等各種のキャッシュフローの加工技術などを用いたりすることにより、かなりの程度カバーすることができる。一方、上記②のリスクについては、大数の法則を前提とする統計的手法によっては対処できないため、主として法的な側面から別途の対応を行うことが必要となる。このリスクが最も先鋭的な形態で表れるのがオリジネーター（＝サービサー）の破綻であり、その場合でもオリジネーターの倒産手続にABS（Asset Backed Securities。資産担保証券＝資産が生み出すキャッシュフローを裏付けにして証券を発行するもの。）等の証券化スキームが巻き込まれないという意味での「倒産隔離（Bankruptcy Remote）」を法的に実現することが極めて重要になる。こうした局面では、流動化・証券化におけるクレジット・エンジニアリングは、いわば「リーガル・エンジニアリング（法工学）」的な性格を強めることになる。

このように、信用リスクをコントロールする金融技術としての資産流動化・証券化によって、オリジネーター自身の信用力は高くなくても、それから基本的に切り離して、保有資産の活用と仕組み上の工夫を行うことにより、高い信用度を有する資金調達を実現することが可能となる⁽⁷⁾。

(5) 資産流動化に係わるリスクの整理については、吉川明宏「証券化商品のリスクと信用補完」資産流動化研究Vol. IV（1998年）121頁を参照。

(6) 信用補完措置とは、譲渡債権等について回収困難となる事態が発生する場合において、流動化商品の償還及び利払いを担保するための手当てをいう（大垣・前掲注（1）118頁参照）。

(7) 市場の信用度が低い企業がより低利での資金調達を望む場合、仮に当該企業が倒産しても投資の回収に影響を受けないことが保障されていればそれが可能となる。資産流動化が錬金術と呼ばれるのは、こうした可能性を秘めているためであるといわれる（伊藤眞「証券化と倒産法理(上)」金融法務事情1657号（2002年）6頁参照）。

(3) 資産流動化の基本的な仕組み

資産流動化・証券化の仕組みとしては、次の二つの類型が代表的なものである⁽⁸⁾。①オリジネーターが原資産をSPVへ譲渡し、SPVは金融商品を組成して投資家から調達した資金によりその譲渡代金を支払う（以下この類型を「譲渡方式」という。）。②オリジネーターが原資産を信託会社へ譲渡し、それと引き換えに取得した信託受益権を投資家へ直接売却するかSPVへ売却し、SPVへ売却した場合には、やはりSPVが金融商品を組成して投資家から調達した資金によりその売却代金を支払う（以下この類型を「信託方式」という。）。原資産がSPVないし信託会社へ譲渡された後は、原資産から生じるキャッシュフローは、譲渡方式の場合はSPVを通じ、信託方式の場合は受託者たる信託会社及びSPVを通じて、組成された金融商品の元利金償還に充てられることになる⁽⁹⁾。

ただし、「オリジネーター自身の信用力から切り離す」というのは理想的な表現であり、現実的には、資産流動化・証券化商品の信用度をオリジネーターの信用力やサービサー（通常はオリジネーターが兼務）の能力による影響から完全に切り離すことは困難である。資産（債権）流動化と倒産隔離との関連でも、オリジネーター＝サービサーの破綻に際して、資産の種類等によっては、純粹に法的な問題とは別に、原債務者の弁済意思の低下による資産パフォーマンスの劣化が生じることはあり得る（高橋・前掲注（1）60頁注28参照）。投資家が流動化・証券化商品を十分に安全と考えることができる程度にその影響を排除できているかこそが問題とされるべきであって、どのようなストラクチャーを構築しても、あくまでも、“Bankruptcy Remote”なのであって、“Bankruptcy Proof”ではないのである（前田ほか・前掲注（1）33頁参照）。

- (8) 後藤出「資産流動化取引における『真正売買』(上)」NBL739号（2002年）63頁、山本和彦「証券化と倒産法」ジュリスト1240号（2003年）15頁参照。
- (9) 以下本稿では、倒産隔離の問題を論じるために、資産流動化の仕組みを非常に簡素化して検討している。資産流動化・証券化の典型的なストラクチャーと取引構造については、大垣尚司「証券化のスキームとその実態」金融法研究資料編(17)（2001年）8頁、証券化金融取引研究会「証券化取引の法的構造と倒産処理上の諸問題(1)」NBL659号（1999年）50頁を参照。また、仕組みを成り立たせている要素と金融的操作については、立原徹「ストラクチャー・ファイナンスと証券化の展開」立教経済学研究56巻1号（2002年）39頁を参照。なお、資産の種類別にみた流動化の仕組みについては、「特集／対象資産別にみる証券化・流

ところで、オリジネーター自身が金融商品を組成して証券を発行するとすれば、次のような問題が生じることになる⁽¹⁰⁾。第1に、当該証券はオリジネーターの財産全体を責任財産とするものであり、証券の裏付けとなる資産の価値そのものを化体するものとはみなされず、将来収益の見込みが高いとはいえないオリジネーターにとっては、証券自体の価値も市場において高く評価されず、低利での資金調達が困難になる。第2に、オリジネーターの倒産という投資家にとって最悪の事態が生じたときに、証券の債権者（社債権者等）は、他の一般債権者と同様に平等弁済に甘んじざるを得ないし、また、担保権者であっても、様々な手続的制約や権利内容の変更可能性が存在することになる。このような問題の発生を回避する仕組みとして考えられたのが、前述の譲渡方式ないし信託方式である。

こうした仕組みを採れば、投資家によって購入される証券は、オリジネーターの事業全体の収益力とは関わりのない当該資産の価値のみを引当てとしたものとなり、また、証券上の権利は、オリジネーターの倒産による影響を受けないものとなる。これが資産流動化・証券化の仕組みの中核をなす倒産隔離と呼ばれるものである⁽¹¹⁾。

2 問題の所在

(1) 資産流動化のための資産譲渡の特色

前述のとおり、資産流動化・証券化のスキームにおいては、組成した金融商品のキャッシュフローを確実にするため、オリジネーターの倒産手続

動化の実務」債権管理97号（2002年）36頁を参照。

(10) 伊藤・前掲注（7）7頁参照。

(11) 倒産隔離が達成されているか否かは、①オリジネーターの倒産により影響されないか、②資産の取得者であるSPVが倒産することにより影響されることがないかの2点から検証されなければならない（前田ほか・前掲注（1）32頁、山本・前掲注（8）21頁、山本和彦「債権流動化のスキームにおけるSPCの倒産手続防止措置」金融研究17巻2号（1998頁）106頁参照）が、以下では、本稿の目的に照らして①の観点から議論を進める。

の効果遮断する倒産隔離を図ることが要請され、この倒産隔離は、対象資産をオリジネーターからSPVへ一定の仕組みを用いて譲渡することにより実現されるところ、オリジネーターからSPVへの当該資産の譲渡に際しては、SPVからオリジネーターへ金銭の支払いがなされることから、その法的構成は伝統的な民事法の枠組みによれば売買か担保設定であるが、通常の売買や担保設定と比べると、資産流動化・証券化の要請ないし特性に由来するいくつかの特色が認められる⁽¹²⁾。

第1に、資産を譲渡した後も、オリジネーターが回収業務を継続するなど資産の管理権限を保持したいという要請がある⁽¹³⁾。第2に、譲渡した資産からのキャッシュフローを確実にするため、種々の信用補完措置が講じられる⁽¹⁴⁾。第3に、対象資産が将来債権のように譲渡契約の時点で不特定・流動的であることがある⁽¹⁵⁾。

-
- (12) 瀬川信久「流動化・証券化の法律問題(1)」金融法研究資料編(17) (2001年) 88頁、片岡義広「特定債権等事業規制法と債権譲渡担保論」法律時報65巻10号(1993年) 21頁参照。なお、単一の債権を純粹に売買することを想定して起草されている指名債権の譲渡(民法466条以下)と債権の流動化との関係については、勝田信篤『債権流動化の現状と展望』(日本評論社、2005年) 7頁を参照。
- (13) 流動化した資産の価値を現金化するためには、何らかの意味での事業活動が不可欠であり、対象資産が売掛債権であるときには、その取立てや取立金の管理がここでいう事業活動に当たり、また、賃貸用不動産であるときには、不動産の維持管理や賃料の收受が事業活動に当たる。しかし、SPV自身は、そのための組織を持つことを予定していないので、こうした事業活動は、SPVから委託を受けてオリジネーターが行い、原債務者等との関係を維持して手数料収入を確保することが多い(伊藤・前掲注(7) 7頁参照)。
- (14) 一般的な債権流動化・証券化のスキームにおいて、オリジネーターは、サービスを兼ねると同時に、信用補完措置としての優先・劣後方式に基づき、弁済順位が優先部分の後になる劣後部分(原債権のSPVへの譲渡代金債権の一部を延払い・劣後債権化したもの)を保有することが多い。この劣後部分をバッファーとすることにより、優先部分を裏付けとして発行されるABSの信用度が高められることになる(高橋・前掲注(1) 54頁注14参照)。
- (15) 集合債権譲渡の目的債権には、現在債権だけではなく、契約時には未発生の将来債権も含まれることになるから、集合債権譲渡が有効であるためには、目的債権が特定されているとともに、将来債権の譲渡が有効でなければならない。前者につい

(2) 滞納処分の対象となる財産と倒産隔離の実現の成否

このような特色があるために、資産流動化・証券化のための対象資産の譲渡は一種独特なものとなるが、仮に、オリジネーターが負う国税の納税義務が履行されずに滞納となった場合、SPVへ譲渡された資産を滞納処分の対象となる財産とみなすべきか否かが、資産譲渡の法的構成に関連して問題となる。滞納処分による差押えの対象は、滞納者に帰属する財産でなければならない（国税徴収法47条、同基本通達47条関係5）ことから、売買の法形式を用いる資産流動化・証券化スキームにおいて、倒産隔離が実現され、オリジネーターからSPVへの資産譲渡が真正な売買と構成されれば、流動化対象資産は滞納者の責任財産から逸出し、滞納者であるオリジネーターに帰属しないことになるから、滞納処分による差押えは直接にはできなくなる⁽¹⁶⁾。一方、倒産隔離が実現されず、オリジネーターからSPVへの資産譲渡が担保の設定と再構成（リキャラクタライゼーション）されれば、SPVは、国税徴収法24条の規定により、第二次納税義務者に準ずるものとしてオリジネーターの滞納国税につき物的納税責任

ては、最判平成12年4月21日民集54巻4号1562頁が予約型の集合債権譲渡担保について目的債権の特定性を認め、また、後者については、最判平成11年1月29日民集53巻1号151頁が複数年にわたる将来債権の譲渡の有効性を認めた（角紀代恵「集合債権譲渡担保の第三者対抗要件」ジュリスト1224号（2002年）77頁参照）。ABSの発行によって債権を流動化するという局面においては、そこにおける将来債権の包括的譲渡は有効であり、かつ、譲渡の時点で対抗要件が有効に具備されると考えるべきであることについては、道垣内弘人「資産担保証券の発行に伴う将来債権の包括的譲渡の有効性とその対抗要件」資産流動化研究Vol. V（1999年）67頁を参照。

- (16) 差押えが滞納者から国税を強制的に徴収することを目的とする以上、差押えの対象となる財産が滞納者に帰属するものに限られることは当然である（庫本康編『国税徴収法基本通達逐条解説〔平成16年改訂版〕』（大蔵財務協会、2004年）339頁参照）。滞納者に帰属しない財産を差し押さえた場合には、違法な処分として取り消すべきであり、異議申立て・審査請求等の不服申立ての対象となり（国税通則法75条）、場合によっては無効な処分ともなる（吉国二郎＝荒井勇＝志場喜徳郎共編『国税徴収法精解〔15版〕』（大蔵財務協会、2002年）379頁参照）。

を負う場合があることになる⁽¹⁷⁾。

このように、資産流動化・証券化スキームにおける滞納処分のあり方が、倒産隔離の実現の成否にかかることに鑑みれば、徴収職員は、財産の差押えに当たり、流動化対象資産の実質的な所有権者の認定のため倒産隔離の実現の程度を判定すべきことになり、徴収職員の実体的判断権（国税徴収法141条、142条参照）に基づく責任財産の帰属認定が直接的に問題となることから、資産流動化における倒産隔離の基準を考察することが必要となる⁽¹⁸⁾。

(3) 本稿の目的

資産流動化・証券化の手法による資金調達は、従来の企業金融とは全く異なる法的な発想に基づいて⁽¹⁹⁾、理念型としての担保の観念を大きく

(17) 国税の優先徴収権（国税徴収法8条）と被担保債権とは、国税発生の予測可能性に基づいて合理的に調整されるべきものであり、国税と被担保債権との優劣は、納税者の財産上に担保権を取得する第三者が具体的に国税の存在を知ることができる時期すなわち法定納期限等を基準として決定されるものである（国税徴収法15条、16条、20条、23条、24条）から、譲渡担保権が国税の法定納期限等の後に設定された場合には、徴収職員は、譲渡担保権者を第二次納税義務者とみなして、滞納者に対する滞納処分を譲渡担保財産に対して執行することになる。この点については、第2章第2節を参照。

(18) 滞納処分における財産の帰属認定は、一方において国税債権の迅速的画一的処理という大原則を前提としつつも、他方において自力執行権が認められている関係から、民事執行の場合と比較して実体的認定が要求されるとともに、国民の権利保護という観点からの考慮がなされなければならない。そして、両者の調和における帰属認定こそが滞納処分における財産の帰属認定において要請されているといえる。国税徴収法は、滞納処分の帰属認定における上記二つの目的の調和を、同法141条に規定する質問検査権及び同法142条に規定する搜索権という制度によって実現することにしたものと解することができる。すなわち、質問検査権及び搜索権の行使によって、責任財産の帰属の認定を民事執行の場合よりも高いレベルに置くことを意図するとともに、それによって責任財産の帰属を明確にし、もって滞納者あるいは第三者に不測の損害を与えることを防止して国民の権利保護を図っているものである。この点については、第2章第1節を参照。

(19) 小林秀之「資産流動化と倒産隔離」青山善充ほか編石川明先生古希祝賀論文集『現代社会における民事手続法の展開(下巻)』（商事法務研究会、2002年）407頁参照。

変えてしまうような要素が含まれている⁽²⁰⁾。わが国における2004年度のABSによる資金調達額は5兆7000億円に達し、2003年度に比べ42%増加して過去最高となっていて、企業の発行する普通社債（2003年度で約5兆9000億円）に匹敵する規模に成長している⁽²¹⁾。

本稿は、国内法制のインフラ整備を背景とした資産流動化・証券化市場の不可逆的な発展に伴い⁽²²⁾、滞納処分の対象となる財産の帰属認定を問題にする国税徴収法の要請に基づいて倒産隔離の基準を考察し、もって資産流動化・証券化スキームにおける滞納処分その他の徴収に関する手続の執行のあり方を構築することを目的とするものである。

第2節 資産流動化における倒産隔離の基準

1 倒産隔離が問題となった主な事例

(1) 日本リース事件⁽²³⁾

1998年9月27日、日本長期信用銀行の関連ノンバンクで、リース業界の老舗・大手企業である株式会社日本リースが、会社更生法に基づく更生手続開始の申立てを行い、同年11月30日、更生手続開始決定がなされた。同社の負債総額は約2兆3000億円に上り、わが国では最大規模の会社更生事件となった。本件は、また、ABSオリジネーターの破綻事例として実質的に初のケースであり、わが国における債権流動化・証券

(20) 内田貴「担保法のパラダイム」法学教室266号（2002年）13頁参照。資産流動化の諸手段による直接金融市場が拡大する中での裁判所の役割について論じるものとして、小林明彦「資産流動化による資金調達と裁判所の機能の変容」銀行法務21・585号（2001年）24頁を参照。

(21) 平成17年4月8日付日本経済新聞記事参照。

(22) 木下・前掲注（1）85頁参照。資産流動化法制の現状と課題の詳細については、高橋・前掲注（1）第2章、北見・前掲注（3）42頁を参照。

(23) 事件の詳細な紹介と検討については、宗田親彦「日本リースの会社更生手続の概要と問題点(上)(下)」Credit&Law129号（2000年）6頁、同130号（2000年）14頁を参照。

化にとって、極めて重要な意味を持つ試金石となったものである⁽²⁴⁾。

更生手続で問題となったのは、日本リースのリース料債権を譲渡方式で流動化しABSに証券化していたリース料債権の倒産隔離である⁽²⁵⁾。実務的な最大の問題点は、1人の債務者(顧客)に対するリース料債権の中に、ABSを組成するリース料債権とそれ以外のリース料債権が混在しているために、ABSの債務者だけに通知することはその後のリース料の支払いなどに混乱が生じることであった。

若干のバックアップ・サービサーから、流動化スキームに従いリース契約の債務者宛に回収業務を行うサービサー交代の通知がなされ、バックアップ・サービサー業務を行うとしたが、保全管理人側は、倒産隔離と真正売買性を争わないほうが会社再建については好ましいという判断に立っていた。これは、会社再建のために従来通りの営業を継続することが不可欠であり、リース料債権の回収低下を防いでサービサー業務による収益を雇用確保につなげ、かつ、担保であると主張して真正売買性を否定することは、流動化スキーム自体の社会的信用を失うことになって好ましくないと考えたからである。また、特定債権等に係る事業の規制に関する法律(以下「特定債権法」という。)に基づく公告により債務者も含めた第三者対抗要件が具備され、契約書でも真正売買性を示す文言が明確にあり、日本リースはサービサーになる以外はリース料債権に対して支配権を持たないことが規定されていたことから、リース料債権の譲渡については、総合的な判断として真正売買として処理された。具体的には、関係者間の協議により、日本リースが従来の口座振替網維持によりサービシング業務を継続することが顧客の混乱を防ぎ、回収リスクの増大を避けられるという結論になった。法的には、サービサー交代の通知を行うとともに、バックアップ・サービサーから日本リースに取立の再委任を行う方法でABS関係者との

(24) 高橋・前掲注(4) 65頁参照。

(25) 小林・前掲注(19) 414頁、小林秀之「資産流動化と倒産隔離」資産流動化研

和解がなされた。

(2) ライフ事件⁽²⁶⁾

2000年5月19日、信販大手の株式会社ライフは会社更生手続開始の申立てを行い、保全処分が発令されるとともに、同年6月30日、更生手続開始決定がなされた。本件は、前述した日本リース事件に続き、わが国では2例目となるABSオリジネーターの破綻事例である⁽²⁷⁾。

更生手続で問題となった流動化スキームは、オートローン債権の信託方式による海外リパッケージABSであったが、日本リースの場合と同様、同社の業務の円滑な遂行とわが国の流動化スキームに対する国際的信頼性という観点から、保全管理人は真正売買性について争わないという決断をなした⁽²⁸⁾。また、更生裁判所も、日本リースのケースを経験していたこともあり、ライフの破綻処理にあたっては柔軟な理解を示し、保全処分において集金代行業務に基づく回収金の引渡業務の履行につき、弁済禁止の適用除外とした⁽²⁹⁾。具体的な処理方法としては、優先部分の社債償還期間が残り数ヶ月であったこともあり、サービサー交代事由に該当するもののサービサー交代の発動猶予をABS関係者から取り付け、ライフがサービサー業務を継続して行うこととした。

(3) マイカル事件

2001年9月14日、大手スーパーマーケットの株式会社マイカルは民事再生手続開始の申立てを行った。その後、民事再生手続としては円滑に進行しなかったことから、同年11月同申立てを取り下げるとともに、

究Vol. VIII (2002年) 5頁参照。

(26) 事件の概要と経過については、下河辺和彦「更生事件における管財業務の実情」金融法務事情1610号(2001年)51頁を参照。なお、本件に基づき倒産手続における証券化の利用の問題について論じるものとして、栗田雅裕＝佐藤正謙「消費者金融会社アイフルによる更生会社である信販会社ライフの買収」NBL743号(2002年)18頁を参照。

(27) 高橋・前掲注(4)71頁参照。

(28) 小林・前掲注(19)416頁、小林・前掲注(25)6頁参照。

(29) 高橋・前掲注(4)71頁参照。

会社更生手続開始の申立てを行い、同年12月に更生手続開始決定がなされた。

ア ABS（入居保証金返還債権の証券化）のデフォルト発生⁽³⁰⁾

事件が会社更生手続に移行した結果、マイカルが発行した無担保普通社債（SB、約3200億円）とともに、同社を債務者とする債権を単独で証券化したABS（7件、合計発行額958億円）がデフォルト（債務不履行）に陥った。本件は、前述した日本リース及びライフのケースとは異なり、ABSオリジネーターの破綻によるものではない。ただ、わが国の資産流動化・証券化史上、初のデフォルト・ケースであり、個人を含む広範な投資家が損失を被ることになったため、新聞紙上等でも大きく報じられたものである。

デフォルトしたABSの代表例として、マルチプル・アセット・ファンディング・コーポレーション債（総額約33億円、額面100万円、1997年10月発行、償還期間5年）は、オリジネーターである株式会社マイカル北海道（現、ポスフル）が、親会社であるマイカルに対して有する店舗賃借に係る入居保証金返還債権のみを裏付けとし、ケイマンSPCの東京支店を使って証券化する方式で国内公募発行されたものである。なお、マイカルの信用力から離れて、ABSの元利金償還を確実にするための信用補完措置は講じられていなかった。

本件ABSは、仕組み上、マイカル北海道の信用リスクからは切り離されており、その意味で、オリジネーターの破綻に対する倒産隔離は確保されている。一方、その元利金償還は、専ら裏付資産の原債務者であるマイカルの信用力に依存している。その点に着目して、格付機関は、本件ABSに対し、当初マイカルの長期債と同一のA+の格付を行った。このような性格を有する本件ABSが、マイカルの倒産に伴ってデフォ

(30) 高橋・前掲注(4) 71頁、高橋・前掲注(1) 154頁参照。なお、スキームの概要と問題点については、木下・前掲注(1) 151頁を参照。

ルトすることは当然の帰結といえる。

イ CMB S（店舗不動産の証券化）のデフォルト回避⁽³¹⁾

マイカルは、1999年と2000年に、店舗不動産（ショッピングセンター、各10店舗）を対象として、CMB S（Commercial Mortgage Backed Securities：商業用不動産担保証券。）による2件の証券化を行った。本件では、不動産又は不動産担保付き債権の証券化によくみられる、セール・アンド・リースバック型と呼ばれる方式が採られた。具体的には、①オリジネーターであるマイカル・グループが店舗不動産を信託銀行に信託（セール）し、②SPCが別のSPC2社と銀行から信託受益権購入資金の融資を受け、③別のSPC2社は社債発行により資金調達を行い、④オリジネーターは信託銀行から同物件を賃借（リースバック）し、店舗として使用し続けるというスキームである。

本件CMB Sについては、その裏付けとなっている信託受益権を生み出したスキームであるマイカル・グループによる店舗の信託とリースバックの経済的実態及びその法的性格をめぐって、管財人サイドと投資家・資産管理会社サイドの主張が激しく対立した。すなわち、管財人サイドは、これらの取引の実態は店舗を譲渡担保とし、賃料で被担保債権の返済を行う金融取引であるとして、受託者の有する賃料債権は更生担保権であると主張した。これに対し、投資家・資産管理会社サイドは、これらの取引の実態は担保による金融取引ではないとして、賃料債権は共益債権であると主張した⁽³²⁾。

具体的には、管財人サイドからの依頼を受け、山本克己教授は、2002年5月20日付けで、「本件の賃料債権は更生担保権として取り扱

(31) 高橋・前掲注(1)157頁、木下・前掲注(1)157頁参照。

(32) 賃料債権が共益債権ではなく更生担保権として認定されることになると、更生計画が決定されるまで支払いが停止され、更生計画決定後それに従って支払いがなされることになる。そうすると、賃料の減額リスクが高まるだけでなく、債権回収や担保不動産の処分が禁止されることから、CMB Sのキャッシュフローに甚大な影響を及ぼす懸念が生じることになる。

われるべきである」との意見書を提出した。同教授は、従来の総合判断的な真正売買論の問題設定を批判し、更生担保権の要件として、これまでの譲渡担保等の要件論に準じて、①融資の返済義務（隠れた債務を含む。）、②流動化資産の担保性、③担保の附従性という3要件を基準とすべきであるとした⁽³³⁾。

これに対し、投資家・資産管理会社サイドは、同年6月26日付けで、新堂幸司教授等による意見書を公表し、上記の山本克己教授による3要件の是非自体には踏み込まなかったものの、主に事実認識の点で山本克己意見書を批判して、「本件賃料債権は共益債権として取り扱われるべきである」とした⁽³⁴⁾。

さらに、山本和彦教授は、同年7月24日付けの意見書により、結論において新堂等意見書を支持した。ただ、同教授は、譲渡担保の基準として、①被担保債権の存在（売渡担保の場合は隠れた被担保債権の認定）、②担保目的物を債務不履行時に処分できる実行権及びそれまでは処分できない補充権、③設定者による受戻権という3要件を挙げており⁽³⁵⁾、この点では山本克己教授に近い。

一方、マイカル法律管財人団は、同年10月1日付けで、あらためて山本克己意見書と同旨の見解を表明した。ここでは、真正売買か担保取引かの一般的な基準設定は行っていないが、本件契約に不動産流動化案件として通常とはいえない条項が含まれていることを指摘し、経済的実態からみて、本件が担保取引の性格を有していることを示唆している⁽³⁶⁾。

(33) 「『マイカル・グループの不動産証券化についての意見書』の概要」金融法務事情1646号（2002年）32頁参照。

(34) 「マイカル・グループ証券化に関する『山本意見書に対する見解書』の概要」金融法務事情1649号（2002年）17頁参照。

(35) 「マイカル証券化スキームに関する山本和彦教授意見書の全文」金融法務事情1653号（2002年）44頁参照。

(36) 加藤慎＝上田裕康「なぜわれわれはマイカルCMB Sを問題にするのか」NBL746号（2002年）31頁参照。

その後、こうした法律学者等による「意見書合戦」に触発されるかたちで、伊藤眞教授が、証券化と倒産法理に関して論文を発表した。同教授は、倒産法的再構成（リキャラクタライゼーション）という基本原理から倒産隔離が認められる限界を考察している。すなわち、利害関係人の権利と公平を害する場合や、倒産手続の回避・潜脱に当たる場合には、契約による実体法上の法律構成が倒産法的な考慮によって再構成（例えば「売買→担保設定」など）されることがあり得るが、それを容易に認めるべきではないとする。その上で、マイカルの本件CMB Sに関しては、「対象不動産は更生会社の財産であり、信託銀行やSPCはそれに対して担保権を持つ」と再構成することは困難であると述べている⁽³⁷⁾。

このように、会社更生手続上の本件CMB Sの取扱いをめぐっては、オリジネーター・投資家の両サイドからの主張が対立して大きな議論を呼んだが⁽³⁸⁾、2002年末に至り、マイカル管財人サイドと投資家代理人サイドとの間で賃料債権を共益債権とする旨の和解が成立し、本件CMB Sのデフォルトは回避された。

2 真正売買と倒産隔離の必要性

(1) 真正売買論

前述のとおり、わが国のABSオリジネーターの破綻事例では、倒産隔離性の問題が正面から争われることはなかったが⁽³⁹⁾、資産流動化・証券化スキームにおいては、オリジネーターが倒産状態に陥ったらどうなるのか

(37) 伊藤・前掲注(7) 6頁及び伊藤眞「証券化と倒産法理(下)」金融法務事情1658号(2002年)82頁参照。

(38) マイカルCMB Sをめぐり各種意見書の検討と評価については、勝田信篤「マイカル意見書の検討」清和法学研究9巻2号(2002年)35頁、小林秀之「マイカル証券化と倒産隔離」NBL768号(2003年)33頁を参照。

(39) ABSオリジネーターであった陸上運送会社のフットワークエクスプレス株式会社並びに中堅消費者金融会社のアエル株式会社及び株式会社ナイスの各会社更生手続においても、日本リースやライフと同様に、円滑な処理が行われた(高橋・前掲注(1) 154頁及び161頁参照)。

という倒産法との関係が重要となる⁽⁴⁰⁾。平常の場合には、スキームのもとになった約定通りの法律関係でキャッシュフローが行われることから特に問題は生じない⁽⁴¹⁾。すなわち、オリジネーターが危機状態に陥っておらず、資金の流れや回収・支払いに全く問題がない状況では、①当事者間では細かな契約内容に従って法的関係は規律され、②第三者との関係では対抗要件の問題はあり得るが、債権譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律（ただし、平成17年10月より、動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律。以下「債権譲渡特例法」という。）の施行以降、同法による対抗要件を具備していることが多くなっているし、③債務者に対する関係では、民法478条の規定による通知ないし承諾がなければいずれにしても対抗できないことから、資産譲渡の法的性質決定は大きな意味を持たない。また、オリジネーターの債権者が流動化された資産を差し押さえたとしても、判例の立場によれば、譲渡担保権者に第三者異議の訴えを認めて差押えの排除を許容していることから⁽⁴²⁾、法的性質決

(40) 小林・前掲注(19) 408頁参照。

資産流動化・証券化と倒産法制をめぐる問題点はきわめて多岐にわたる。債権流動化の場合を中心に主な論点を整理すると、①債権譲渡に係る真正売買と譲渡担保との区別のメルクマール、②倒産管財人の第三者性の見直し、③債権の適正価格による譲渡と管財人の否認権、④金融機関の貸出債権等の流動化と預金債権等との相殺、⑤優先・劣後構造における劣後債権の取扱い、⑥同一SPCによるABSの複数回発行に関わる責任財産限定特約の有効性、⑦SPCの倒産申立制限条項の有効性、⑧クロスボーダーの流動化・証券化と国際倒産、などが挙げられる（高橋正彦「証券化と倒産隔離」証券経済学会年報38号（2003年）141頁参照）。

(41) これに対して、滞納処分との関係では、平常の場合においても倒産隔離性が問題となり得る。すなわち、オリジネーターが国税を滞納したときには、徴収職員は、オリジネーターに帰属する財産に対して滞納処分を執行することになるが、これはオリジネーターが倒産状態にあるか否かに関わりはない。したがって、平常の場合でも、流動化対象資産がオリジネーターに帰属する財産といえるかという意味において、倒産隔離性ないし真正売買性が問題となってくる。この点については、第2章第3節を参照。

(42) 最判昭和56年12月17日民集35巻9号1328頁、最判昭和58年2月24日判例時報1078号76頁参照。譲渡担保の目的物が譲渡担保設定者の債権者によって差し押さえられたとき、譲渡担保権者は民事執行法38条にいう第三者に

定がいずれでもSPV側はオリジネーターの債権者の差押えを排除できることになり、当事者間の関係は維持できる⁽⁴³⁾。

しかし、いったんオリジネーターの倒産状態が生じると、SPVへの譲渡資産がオリジネーターの他の資産から完全に切り離され、オリジネーターの倒産手続に巻き込まれないようになっていない限り、資産流動化・証券化スキームのキャッシュフローに影響を生じることになる⁽⁴⁴⁾。

このように、オリジネーターの倒産によってSPVへ譲渡された資産がその影響を受けることがないような措置を講じる法技術が倒産隔離であり⁽⁴⁵⁾、その工夫の一つとして、オリジネーターがSPVに対して、対象資産を担保としてではなく、真実売却するとの法的構成が用いられる（いわゆる true sale=真正売買）⁽⁴⁶⁾。

該当するかが問題となり、旧法下において長い間論じられ、著しい見解の対立があったところ、旧法事件について最高裁の初判断が示されたのが前掲最判昭和56年12月17日であり、また、民事執行法適用事件について最高裁の判断が示されたのが前掲最判昭和58年2月24日である（松本博之「第三者異議の訴え」ジュリスト876号（1987年）32頁参照）。いずれの判決も、特段の事情がない限り、譲渡担保権者は第三者異議権を有するものと判断しているが、その理論的根拠については特に判示されていない。しかしながら、両判決の結論が譲渡担保権者の地位に基づくものであることからすれば、その趣旨は、譲渡担保が権利移転的性質を有する以上、その目的物は設定者の一般債権者のための責任財産に属しないと解すべきが基本である、としたものであると思われる（遠藤賢治「譲渡担保権者と第三者異議の訴え」『最高裁判所判例解説民事篇昭和56年度』（法曹会、1986年）830頁参照）。

- (43) 日本資産流動化研究所『平成12年度 資産流動化と投資家保護に関する調査報告書』第1部 証券化スキーム破綻時の法制化に関する調査（以下「法制化調査」という。2001年）54頁参照。

なお、滞納処分との関係では、資産譲渡の法的性質が売買ではなく譲渡担保であると構成されれば、徴収職員は、国税徴収法24条の規定により、オリジネーターに対する滞納処分を譲渡担保財産である流動化対象資産に対して執行していくことが可能となる場合がある。

- (44) 小林・前掲注(19) 408頁参照。

- (45) 法制化調査・前掲注(43) 40頁参照。

- (46) 櫻井英喜「資産流動化に関する真正売買(True sale)論についての一考察」資産流動化研究Vol. II（1996年）74頁参照。なお、「担保」という用語の多義性、不明確性及びその効果内容については、椿寿夫『集合債権担保の研究』（有斐閣、

(2) 倒産隔離の必要性

対象資産を譲渡する場合の法的構成について、仮にこのような売買構成を用いずに担保として譲渡するというような担保構成が用いられたとすれば、倒産処理法上、投資家保護の観点から次のような問題が生じる⁽⁴⁷⁾。

譲渡担保については、所有権的構成を採る見解があるものの、その実質的機能を重視して担保権的構成を採るのが通説であることから⁽⁴⁸⁾、まず、破産手続では、譲渡担保は別除権として取り扱うのが裁判例であり⁽⁴⁹⁾、破産手続外での権利行使が許される（破産法65条）ものの、1回的に権利が実現されることになり、利払いに影響が及ぶことになる。また、担保権消滅請求制度の創設（同法186条以下）により、管財人が担保権の目的財産を任意売却する場合に、裁判所の許可を得て、当該財産につき存在するすべての担保権を消滅させることが可能となったことに留意すべきである。

次に民事再生手続では、一般に譲渡担保は別除権とされ、基本的には破産手続と同様となるが、担保権消滅請求（同法148条）の可能性が少ないながらも存在する（同条の「当該財産が再生債務者の事業継続に欠くことのできないもの」に該当しないことが多いと思われる。）。また、担保権

1989年) 325頁注13を参照。

- (47) 櫻井・前掲注(46) 74頁、小林・前掲注(19) 409頁、山本・前掲注(8) 16頁、高橋・前掲注(4) 61頁注12。倒産手続における担保権の一般的処遇については、高見進「流動化・証券化の法律問題(2)」金融法研究資料編(17)(2001年) 120頁を参照。なお、破産法、民事再生法及び会社更生法のいずれにおいても、譲渡担保に関しては明文の規定がない。
- (48) 柚木馨＝高木多喜男編集『新版注釈民法(9)』（有斐閣、1998年）846頁〔福地俊雄〕参照。
- (49) 名古屋高判昭和53年5月29日金融・商事判例562号29頁、札幌高判昭和61年3月26日判例タイムズ601号74頁参照。学説上も、担保権的構成の発展と相まって別除権と解するのが通説といえる（斎藤秀夫＝麻上正信＝林屋礼二編『注解破産法〔第3版〕上巻』（青林書院、1998年）576頁（野村秀敏）参照）。なお、ドイツにおいても、譲渡担保は破産の際に別除権を構成するとされる（勝田・前掲注(12) 245頁注26参照）。

実行の中止命令（同法31条）が下されると、中止期間中はキャッシュフローに影響が生じることにも留意すべきである。

さらに、会社更生手続では、影響は深刻である。同手続では、譲渡担保は更生担保権として、一般の更生債権より優遇されるとしても、会社更生手続に組み込まれ、担保権者に対する弁済は禁止される（会社更生法47条）のでキャッシュフローが止まることになり、原則として投資家に対する償還が不可能となる。また、担保権の実行等の個別的な権利行使も許されなくなる（会社更生法50条）。もっとも、破産の場合は清算が前提となるので資産の劣化が早いのにに対して、会社更生の場合は事業が継続されて流動化対象資産が手続に組み込まれ、資産劣化が早くない点では影響が緩和される（民事再生でも事業が継続されているため、会社更生に近いと思われる。）。

なお、譲渡担保が倒産手続において担保的取扱いがなされるようになったリーディング・ケースは、会社更生手続において更生担保権になるとした最判昭和41年4月28日民集20巻4号900頁である⁽⁵⁰⁾。判旨は、会社更生手続開始決定まで当事者間に債権債務関係が存続していた場合について、所有権の移転は確定的ではなく、被担保債権の債権債務関係の存続を理由として取戻権を否定した⁽⁵¹⁾。

以上のように、資産の流動化に際して資産譲渡の法的性質につき担保構成を採った場合、流動化金融商品の設計上、重大な支障が生じることになり、この弊害を避けるため、資産流動化・証券化のスキームを組成するに際しては売買構成が採られることとなり、もって倒産隔離の実現を図ろう

(50) 事案は、会社が貸金債務の担保として工場備付けの機械器具動産を債権者に譲渡し、占有改定によって引渡しを受けたが、その後当該会社において会社更生手続が開始し、会社に対する債権を譲り受けた銀行から所有権に基づく譲渡担保物の引渡しが求められたというものである。

(51) 本判決を契機として、譲渡担保の担保権的構成を推し進める判例理論が発展していったことについては、小林秀之「会社更生手続と譲渡担保権者」別冊ジュリスト163号（2002年）116頁を参照。

とするものとなる⁽⁵²⁾。

3 資産流動化スキームにおける倒産隔離の基準

(1) 倒産隔離の基準についての基本的な考え方

前述のとおり、資産流動化・証券化スキームにおいては、倒産隔離が絶対的要件の1つになっていることが多く、投資家が流動化対象資産の信用力に基づいて投資している以上、オリジネーターの倒産手続に巻き込まれない基準、すなわち倒産隔離の基準が明確化され、そのリスクを計算できることが必要である。しかし、この倒産隔離の基準については、立法がないどころか裁判例も集積されておらず、一応のコンセンサスもできていないわが国の現状では、その不明確さのリスクが流動化・証券化のコストに反映されて、関係者全体の負担になってくる⁽⁵³⁾。

倒産隔離の実現のための基準を明確化し、金融取引分野での法的不確実性を除去していくためには、仕組み上の工夫も重要ではあるが、それだけでは十分とはいえない。この点、わが国では、裁判例の集積を待つには一般的に相当の時間を要する。前述の日本リース、ライフ及びマイカルなどの事例も、実務上極めて重要な先例ではあるが、裁判には至っていないため、判例となるわけではない。また、これまでのオリジネーター破綻のケースでは、管財人等により、原資産譲渡の真正売買性等は否定されなかったが、これはいずれも再建型の会社更生事件であったことが実際上の大きな理由となっている。会社更生では、営業の継続が大前提となるため、保全管理人・管財人サイドでは、真正売買性等を争うことによる混乱を避け、営業基盤の維持を図るため、サービサーの地位にとどまりたいと願うことが通常であるからである。これに対し、オリジネーター＝サービサーが清

(52) なお、本稿の目的に照らせば、滞納処分効果を遮断するという意味での倒産隔離も問題となり得るが、以下では、倒産隔離を倒産手続の効果を遮断するという意味で用いるものとする。

(53) 小林・前掲注(19) 422頁参照。

算型の破産手続に入った場合には、破産管財人は、通常営業の継続ではなく、破産財団の増殖を望むため、破産会社のサービシング機能は低下し、サービサーの交代が不可避となることが多いと解される。このように、日本リース・ライフ型の決着を先例としてそのまま参考とし得るケースはある程度限られると思われる⁽⁵⁴⁾。

倒産隔離において最も重要な問題となるのが、売買の法形式を用いてなされるオリジネーターからSPVへの流動化対象資産の譲渡が、真の売買と構成されるか、担保取引として再構成されるかという点である⁽⁵⁵⁾。これは、アメリカにおける同種の問題類型に倣って真正売買 (true sale) の問題と呼ばれている⁽⁵⁶⁾。

この問題についてわが国では、特定債権法施行以降のここ10年来、資

(54) 高橋・前掲注(1) 164頁参照。

(55) 資産流動化のための資産譲渡は、通常、売買と解されるべく法律設計がなされたものであるが、売買と譲渡担保の限界に位置するものであり、譲渡担保論と密接な関係にある(片岡・前掲注(12) 22頁参照)。

(56) 山本・前掲注(8) 16頁参照。日本に先駆けて資産流動化・証券化取引が広く行われていたアメリカにおいて、真正売買 (true sale) は、実務上極めて重要な要件の一つとみなされてきた。すなわち、アメリカ法のもとでも、オリジネーターからSPVへの資産譲渡が売買であれば、当該資産はオリジネーターの倒産財団を構成することはなく、投資家はオリジネーターの倒産の影響を受けない。しかし、その資産譲渡が担保のための移転とみなされた場合には、担保としての対抗要件が具備されていないためにSPVはオリジネーターに対する無担保債権者に転落するおそれがある。また、仮に担保権者として取扱われたとしても、連邦倒産法362条により、債務者に対する担保権の実行は当該債務者についての倒産申立てと同時に自動的に停止 (automatic stay) するため、SPVから投資家へのキャッシュフローが滞ることになる。したがって、資産流動化・証券化取引において、過去に行った資産の譲渡が担保のための移転であると認定されると、オリジネーターの倒産手続において、ABSの元利払いに大きな影響が生じることになる。(後藤・前掲注(8) 63頁、高橋・前掲注(4) 62頁注15、高見・前掲注(47) 124頁参照)。

なお、会計処理の面では、資産流動化のための資産譲渡に関して、どのような要件を満たしたのものについて当該資産を貸借対照表から取り除くことができるか(すなわちオフバランスにできるか)という点が問題となる(小宮山賢「金融商品の発生及び消滅の認識」企業会計51巻5号(1999年)32頁、櫻井・前掲注(46) 85頁注4参照)。

産流動化・証券化を専門とする法律家や実務家を中心に、アメリカにおける true sale をめぐる裁判例等を参考にして⁽⁵⁷⁾、当事者の意思のほか、取引に含まれる売買的要素と担保的要素とを総合的に検討しようという取り組みが行われてきた。これに対し、最近では、わが国におけるオリジネーターの破綻事例の発生による関心の高まりもあって、アメリカにおける true sale をめぐる理論を直輸入するような問題設定では適切ではないとの認識が、倒産法を専門とする学者を中心に表明されるとともに、倒産法に関するわが国の判例・学説の集積を踏まえて検討を加える論稿が数多く発表されるようになった⁽⁵⁸⁾。

(57) アメリカでは、資産譲渡が担保貸付 (secured loan) であるか真正売買 (true sale) であるかは州法上の問題とされ、その判断は裁判所に委ねられているため、これが争点となった判例が古くから数多くある。この真正売買か担保貸付かをいかなる基準で判断するかについて、アメリカの判例には大きく分けて2つの傾向があるといわれている。1つは、明示された当事者の意思を主要なファクターとする判例群であり、もう1つは明示された当事者の意思を一つのファクターとしつつも、その取引に含まれる売買的要素、担保貸付的要素を総合的に判断する判例群である。後者においては、真正売買であれば資産についてのリスク、利益、支配が買主に移転しているはずであるという前提のもと、①リスクの移転を疑わしめる要素として、売主の買主に対するリコース (償還請求権)、②利益の移転を疑わしめる要素として、売主の買戻権、買主の処分権の制限等、③支配の移転を疑わしめる要素として、売主による売却後の資産の管理・回収、資産が金銭債権の場合の債務者への譲渡通知の不交付等の事情を考慮する。これらのうちいくつかの事情がある場合には、当事者の意思が売買と表示されていたとしても、それに全面的に依拠することなく、それら真正売買を疑わしめる要素を総合的に考慮して判断している (後藤・前掲注(8) 64頁参照)。真正売買に関するアメリカの判例の整理・分析については、角紀代恵「証券化における債権の売買と担保のための移転(3)(4)」NBL 661号(1999年)20頁、同662号(1999年)37頁を参照。

なお、アメリカにおける true sale 論の詳細な検討については、勝田信篤「真正売買と譲渡担保」清和法学研究11巻1号(2004年)38頁、青木則幸「事業性ある資産の証券化における『真正売買』の意義」比較法学37巻2号(2004年)134頁を参照。また、連邦倒産法 (Bankruptcy Code) 及び統一商事法典 (Uniform Commercial Code) の改正については、小林秀之＝山田明美「資産流動化と米国倒産法改正」佐々木吉男先生追悼論集『民事紛争の解決と手続』(信山社、2000年)592頁、青木則幸「資産証券化取引における債権譲渡の分析の視点」早稲田法学会誌52巻(2002年)20頁を参照。

(58) 木下・前掲注(1)163頁参照。

この問題に対するアプローチは様々なものがあり得るが、結局、取引当事者が売買と構成しているものについて、他の諸般の要素からそれを担保取引として再構成することができるか否かという点に帰着すると考えられる⁽⁵⁹⁾。換言すれば、資産流動化・証券化取引を担保取引として擬制ないし再構成できる基準いかんということであるが、この点については大きく2つの考え方があるように思われる⁽⁶⁰⁾。従来の多数の見解は、アメリカの議論を背景とするもので、各種のファクターを考慮して担保性の有無を判断するもの（以下「総合考慮説」という。）であり、最近有力となっている見解は、わが国の非典型担保に関する議論の延長線上で判断するもので、被担保債権の存在の有無を重視して担保と構成される要件を検討するもの（以下「被担保債権重視説」という。）である⁽⁶¹⁾。以下、この2つの考え方を概観していく。

なお、信託方式による資産流動化・証券化スキームにおいても、流動化に伴う資産の信託が、「金融取引としての信託」に対置される通常の信託を意味する「真正な信託」として譲渡されたのか否かが問題となり得る⁽⁶²⁾。しかしながら、一般的には、真正売買に関する議論は譲渡方式を念頭に置いてなされており、かつ、その議論はそのまま信託方式に応用することが可能であると思われるので⁽⁶³⁾、本稿では、譲渡方式のみを念頭に置いて検討することにする⁽⁶⁴⁾。

(59) 「売買の形式」を用いた担保取引であるのか、担保取引を目的とするものではないという意味で形式のみならず「売買の実質」を伴うものであるのかの問題である（前田ほか・前掲注（1）34頁注37参照）。

(60) 山本・前掲注（8）17頁参照。

(61) 勝田・前掲注（57）45頁参照。

(62) 金融法委員会「信託法に関する中間論点整理」ジュリスト1217号（2002年）160頁参照。

(63) 譲渡方式の倒産隔離と信託方式の倒産隔離との対比については、鈴木秀昭「信託の倒産隔離機能」信託法研究28号（2003年）106頁を参照。

(64) 櫻井・前掲注（46）86頁注8、伊藤・前掲注（7）8頁、山本・前掲注（8）15頁参照。

また、以下本稿では、倒産隔離の問題をめぐる、主に債権流動化・証券化を念頭

(2) 総合考慮説

一般に、ある法律行為がどのような効果を有するかを判断する場合、最終的には当事者意思の付度によることとなるが、これは、契約書に「売買」などと表示されているか否か、または、民法上の「売買契約」の要件事実を充足しているか否かのみで判断することを意味するものではない。契約書上に表示された文言が必ずしも当事者の内心における本来の意図をすべて表しているとは限らず、契約書には表示されない多くの客観的な事実も存在し、また、法的判断は常に事後的に過去の事実(当事者の意思を含む。)を評価してなされるものである。いずれにしても、譲渡当時の当事者の意思を直接知ることは不可能であるから、真正売買であったのか否かの判断は、資産流動化・証券化取引全体に現れる契約条件、取引の経済的実質(資産価値と譲渡価格の対価性、契約交渉過程、オリジネーターが流動化に取り組む目的等も含まれる。)その他の要素を総合的に評価しつつ、合理的に当事者の意思を推測し、当該資産譲渡契約が、形式のみならず実質においても売買であって、譲渡担保その他の担保取引として更生担保権又は別除権として取り扱われるべきものではないのか否かを判断することになる。そして、その際には、資産流動化・証券化取引に係る譲渡契約締結時に存在する事実をもとに、当事者の意思が真正売買と認められるべきものであると推測させる各種の事実及び当事者の意思が真正売買であるとの推測を阻害する各種の事実を総合的に考慮・判断することになる⁽⁶⁵⁾。

資産流動化・証券化のための資産譲渡が売買であるか譲渡担保であるかを判断する場合のメルクマールとして、従来の多数の見解は、次のような要素を挙げている⁽⁶⁶⁾。

に置いて議論を進める。

(65) 前田ほか・前掲注(1) 35頁、櫻井・前掲注(46) 77頁参照。

(66) 田中幸弘「証券化金融取引の債権譲渡をみる視点(上)」NBL510号(1992年)43頁、堀裕＝山川萬次郎「指名債権群の譲渡を伴う証券化取引の倒産法上の取扱い」NBL508号(1992年)17頁、濱田俊郎「債権流動化をめぐる法的諸問題」金融法務事情1401号(1994年)7頁、宮川不可止「債権譲渡

- ① 当事者の契約意思
- ② 譲渡対象資産の特定性の程度
- ③ 譲渡に関する対抗要件の具備の有無
- ④ 譲渡対象資産の価値と譲渡代金との均衡性
- ⑤ 譲渡に係る買戻条件、償還条件、差替特約等の有無
- ⑥ 取立権能あるいは取立事務の帰属
- ⑦ 被担保債権の存否
- ⑧ 受戻権、清算義務の有無
- ⑨ 譲渡対象資産のオフバランス化

また、資産流動化・証券化スキームにおいて、対象資産が拡大していき、仕組みも一層多様化していることも考慮した近時の見解は、次のような要素を挙げている⁽⁶⁷⁾。

- ① 契約書全体からの当事者の合理的意思
- ② 対抗要件の具備
- ③ 譲渡価格の妥当性
- ④ 対象資産の質と比較したリコース率(劣後ないし買戻部分の比率)の合理性
- ⑤ 会計上のオフバランス化
- ⑥ S P Vの独立性

資産譲渡契約は、法律行為自由の原則（民法91条参照）を反映して多種多様なものがあり得ることになり、契約の性質を判断するあらゆるメルクマールをすべて列挙することは不可能といえる。しかし、資産流動化・証券化というジャンルに絞って資産譲渡契約の特質を考慮した場合、当該譲渡が売買であるか譲渡担保であるかを判断するメルクマールはおおよそ上

と債権売買、担保のための債権譲渡の関係」法律時報70巻4号（1998年）82頁、櫻井・前掲注（46）77頁参照。

(67) 法制化調査・前掲注（43）54頁、小林・前掲注（19）424頁参照。

記で十分であると考えられる⁽⁶⁸⁾。

(3) 被担保債権重視説

資産の譲渡が契約上は「売買」であったとしても、その実態は「担保」の提供であると再構成されることがあるとすれば、そのためには当該資産によって担保される被担保債権が存在することが決定的に重要である。もちろん、被担保債権の存否については、資産譲渡契約を具体的に検証し、契約当事者の合理的な意思を確認しなければ判断できないが、最近相次いで発表された被担保債権の存在を重視する見解では⁽⁶⁹⁾、概ね次の点で共通の理解が得られつつあるように思われる。

すなわち、資産の譲渡が契約上は売買であると構成されているとしても、その実態が担保取引であると再構成されることがあるとした場合のケースとしては⁽⁷⁰⁾、①狭義の譲渡担保に相当する場合、②売渡担保に相当する場

(68) 櫻井・前掲注(46) 77頁参照。従来の多数の見解が挙げるメルクマールについては、論者により列举する要素は多少異なる上、いずれが重要視されるべきかということも論調も異にする(前田ほか・前掲注(1) 37頁注48参照)。すなわち、田中・前掲注(66)は、①当事者の意思、②資産の特定性、③対抗要件の具備、④価格の均衡、⑤買戻条件、⑦被担保債権の明記、⑨オフバランス化を重視し、堀＝山川・前掲注(66)は、①当事者の契約意思、⑥取立権能あるいは取立事務の帰属、③対抗要件の具備、⑤償還条件を重視し、濱田・前掲注(66)は、①当事者の意思、⑤差替特約、③対抗要件、⑥取立委任、⑦被担保債権の存否、⑧受戻権・清算義務の不存在を重視し、宮川・前掲注(66)は、上記田中・前掲注(66)が挙げる要素のうち、⑤に替えて被担保債権が完済され取引が終了した際には当該資産の残部が無償で再譲渡されることという要素を付加する。また、片岡・前掲注(12) 23頁注9は、特定債権法の立法者意思として、②対象物の特定化、④価格の正当性、⑤買戻権の不存在のほか、諸権利の譲受人への移転という要素を挙げる。なお、宗田親彦「債権の証券化と倒産手続」伊東乾教授喜寿記念論文集『現時法学の理論と実践』(慶應義塾大学出版会、2000年) 72頁は、真正売買において検討すべき点として、i 債務不履行や回収不可能の危険の負担、ii 利益の移転、iii 支配の移転、iv 会計処理、v 当事者の意思を挙げる。

(69) 後藤出「資産流動化取引における『真正売買』(下)」NBL 740号(2002年) 78頁、伊藤・前掲注(37) 84頁、山本・前掲注(8) 17頁参照。

(70) 伊藤・前掲注(37) 84頁は、倒産法的再構成の基本原則とその合理的限界を、①一定の法律行為の形式が採られているにもかかわらず、その結果として成立する権利義務が実体とは異なっており、かつ、法形式通りの権利義務を認めることが、

合、③ファイナンス・リースに相当する場合がある。その上で、それぞれに該当するものとして、次のような場合が考えられるとしている⁽⁷¹⁾。

まず、①の狭義の譲渡担保は、i 被担保債権の存在、ii 担保目的物を債務不履行時に処分できる実行権及び債務不履行までは処分できないという補充権、iii 設定者による受戻権が構成要素とされている。このうち、i については、資産流動化・証券化取引では、明示的な被担保債権は存在しないが、オリジネーターが当初の譲渡価額又はそれを上回る価額で対象資産を買い戻す契約上の義務を負っている場合が該当する。ii については、譲渡契約の中で、買主であるSPVに対し、目的物の処分に関してこのような趣旨の制限が加えられている場合は該当するが、何ら制限が加えられていない場合は原則として該当しない。iii については、売買契約の形式を採っていても、オリジネーターが譲渡価額を返還して契約を解除するか、譲渡価額と同額で再売買することにより所有権を回復する権利を有する場合が該当する。

次に、②の売渡担保は、狭義の譲渡担保とは異なり、上記 i の被担保債権の要件は不要とされるが、担保取引とされる以上は被担保債権が存在しないということはありません、いわゆる「隠れた被担保債権」が認定される必要がある。この隠れた被担保債権が認定されるのは、売主がそれを弁済

債権者の合理的期待を裏切る結果となる場合には、法形式による権利義務とは異なる倒産法的再構成がなされる可能性があり、②その場合でも、契約の相手方など、利害関係人の権利の公平を害しないかどうかには注意する必要があります、③ある法形式を認めることが倒産法の規定を回避又は潜脱する結果となり、手続の目的実現を妨げるものとみなされるときは、やはり倒産法的再構成の対象となり、法形式通りの法律効果の発生が否定されることがあると整理する。

また、後藤・前掲注(69) 76頁は、資産の譲渡が担保目的であることを明示する契約によりなされたものでない場合でも、当事者の意思を合理的に解釈して、担保目的の譲渡と認定した判例は、主として手形割引あるいは売渡担保に関連して過去に少なからず存在し、学説もその問題についてはかなり活発に議論してきたとする。

(71) 木下・前掲注(1) 166頁、山本・前掲注(8) 17頁、山本・前掲注(35) 46頁参照。

して担保目的物を受け戻すことができるとともに、弁済せざるを得ない立場に置かれている場合であり、これに該当するものとしては、オリジネーターに買戻権が付与され、かつ、買戻価額が買戻時の市場価額よりも相当に安価である場合がある。

さらに、③のファイナンス・リースは、目的物の価値のほとんどすべてをユーザーによって使い尽くされることが予定されており、目的物の使用とリース料との間に対価関係がないことが要件となる⁽⁷²⁾。これに該当するものとしては、対象資産に関連してオリジネーターが何らかの金銭支払義務を負い、かつ、その支払義務が資産の存否・使用の有無にかかわらず認められる場合がある。

(4) 両説の位置付け

被担保債権重視説に立つ有力な見解は、総合考慮説に対し、アメリカ法的な問題設定に基づき、暗黙のうちにアメリカ法上の基準を念頭に置いて議論が展開されることも多いようであるが、そのようなアプローチは日本法の解釈論としては必ずしも妥当ではないと批判する⁽⁷³⁾。もっとも、このような批判も、総合考慮説における各判断要素を検討すること自体まで排斥するものではないと考えられる⁽⁷⁴⁾。

重要なのは、総合考慮説における各判断要素のいずれについても、また、各判断要素に列挙されていないその他の資産流動化・証券化取引全体に現れる契約条件、取引の経済的実質等の諸要素についても、更生担保権や別除権に該当するものであるか否かの解釈問題との位置付けにおいて、当事

(72) 最判平成7年4月14日民集49巻4号1063頁は、ファイナンス・リース契約について、リース物件の使用とリース料債権との間に対価関係がないことを根拠として、双方未履行双務契約に関する会社更生法の規定の適用を認めず、未払リース料は全額が更生債権になる旨判示する。

(73) 山本・前掲注(35)45頁参照。

(74) 前田ほか・前掲注(1)38頁、金融法委員会・前掲注(62)161頁参照。総合考慮説と被担保債権重視説との比較検討については、勝田信篤「証券化取引における真正売買と倒産隔離」千葉大学法学論集19巻1号(2004年)284頁を参照。

者の意思の探求の過程で総合的に評価・考慮されるべきである。そして、真正売買の問題が、流動化のための資産譲渡が形式のみならず実質においても売買であって、担保取引として更生担保権または別除権として取り扱われるべきものではないのか否かを判断する作業である以上、①あくまでも更生担保権又は別除権の構成要件たる被担保債権の存在を認定できるものであるか否かが重要な判断事項であることは疑うべくもなく、また、②譲渡担保との関係でいえば、受戻権の存否及び清算権限の発生に関する合意の存否などが検討されるべきであり、さらに、③売渡担保との関係でいえば、目的物の有する交換価値すなわち担保目的での移転と再移転すなわち担保物の受戻しを売買の形式を借りて実現しようとするものであるか否かが、担保目的での譲渡及び受戻権の有無の分析により検証されるべきなのである⁽⁷⁵⁾。

前述のとおり、被担保債権重視説は、担保取引の基準として、従来の譲渡担保や売渡担保に関する議論も参考にしながら、①被担保債権の存否、②担保目的物の存否、③受戻権の存否といった要件に重きを置いて、こうした考え方は、担保権の要件をめぐるわが国の従来の判例・学説上の議論の延長線上にあることから、多数の民法・倒産法学者が共有する理論的なフレームワークにも馴染み易いものといえる。ただ、要件事実論的にいえば、被担保債権重視説における、被担保債権や担保目的物の存否は、担保取引にかかる主要事実該当する一方、総合考慮説において挙げられる様々なメルクマールは、そうした主要事実を推認する間接事実群に該当すると理解できる。このように、両説は一見異なるようにもみえるが、どちらの考え方も、「資産流動化のための資産譲渡が売買か担保か」という同じ大枠の問題設定の中で、互いに相容れないものではないと考えられる⁽⁷⁶⁾。

(75) 前田ほか・前掲注(1) 39頁参照。

(76) 高橋・前掲注(1) 160頁参照。被担保債権の存在がなければ担保取引とはならないが、オリジネーターの倒産から隔離されるかを判断するには、権利が完全にSPVに移転しているかを検討する必要がある。オリジネーターが譲渡担保を設定

なお、マイカルCMB Sをめぐる前述の意見書合戦は、資産流動化・証券化における真正売買や倒産隔離の要件という本質的・核心的な問題が、現実の案件との関連で正面から議論された実質的に初めてのケースであり、一部の証券化の専門家だけでなく、第一線の倒産法学者等も巻き込んで活発な論争が展開されたことにより、この問題をめぐる議論が従来よりも一段と深化したと評価できる⁽⁷⁷⁾。

する場合には、これらは別個に検討する実益はないが、例えば、物上譲渡担保を設定した場合には、オリジネーターの倒産からの隔離を検討するには、被担保債権の存否と権利の帰属の問題は別個に検討する必要があると思われる（鈴木・前掲注(63) 128頁注31参照）。

(77) 高橋・前掲注(1) 161頁参照。

第2章 滞納処分における倒産隔離の基準

第1節 滞納処分の対象となる財産の帰属認定

1 帰属認定の性質

憲法29条1項は、私有財産制度を保障するだけでなく、社会的経済的活動の基礎をなす国民の個々の財産権につきこれを基本的人権として保障するものであることから⁽⁷⁸⁾、およそ民事執行の場合であると滞納処分の場合であるとを問わず、実体上債務者ないし滞納者の責任財産を構成しない財産に対する差押えが許容されないことはいうまでもない。この意味では、財産の帰属認定は、単なる形式・外形ではなく、権利・利益の実体的判断によるべきであることは疑いない。そして、その実体的判断の基礎は、各々の場合に目的となる財産の具体的権利関係を調査して判定するほかはない。しかしながら、責任財産の帰属主体については、外部から常に明瞭に認識し得るとは限らないし、また、実体法上もこれを容易に識別し得る客観的・具体的なメルクマールが法定されているわけでもない。

このような所有権の終局的帰属の確定は、私権の確定として、裁判所の権限に委ねられている（憲法32条、裁判所法3条）ものであって、現行法体系に則してみる限り、執行機関による差押財産の権利帰属の終局的確定という作用はあり得ないことから、執行機関における責任財産の認定とは、執行上、第一次的に帰属について判断し確認する作用であるといえる。

2 滞納処分における財産の帰属認定

民事執行の場合は、差押財産の実体的な帰属を認定するに際して、認定に影響を与える個別的事情の判断は一切捨象し、権利帰属の蓋然性のある外観

(78) 最判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁参照。

徴表によって容易に判定する方法を採っていて⁽⁷⁹⁾、これによって害されることのある第三者の権利の救済は、専ら判決手続による事後的措置に委ねられているといえる（民事執行法38条参照）。これは、申立主義（民事執行法2条）を前提とする民事執行法の構造と自力執行が禁止されている私権の国家機関による迅速な実現及び執行手続の安定という執行制度理念に基づくものであって、相応の合理性があるものと考えられる。

これに対して、滞納処分は、自力執行による行政権の行使として国民の財産権に重大な影響を及ぼす行為であることから、事前における処分の適正性がより重視されなければならない。そうすると、滞納処分においては、民事執行におけるような外観主義による執行構造を終局的に採り得ないことは明らかというべきである⁽⁸⁰⁾。

(79) 東京高決平成5年4月16日高裁民集46巻1号27頁は、強制執行は、関係人の権利・利益に配慮しながら、適正かつ迅速に行うべきものであるから、関係人にどの程度の負担をかけるのが相当かという観点も無視できない旨判示し、また、東京高決平成14年5月10日判例時報1803号33頁は、一般に、債権執行の対象が外形上債務者の責任財産と認められる場合には、執行裁判所は、同債権が真に債務者の責任財産に属するかどうかを厳密に審査することなく債権執行を適法に開始し得るものと解されているが、これは債権執行手続の迅速を図り、債権者の利益を図るためである旨判示する。

(80) 自力執行制度を採る滞納処分の場合には、租税債権者としての国と、執行機関としての国は一体として構成されている。よって、租税債務不履行の場合には、一定の裁判手続を経ることなく、徴収職員が租税債権の存否を確認し、さらに、差押えの対象となる財産の存否、帰属を調査し、その認定に基づいて自己完結的に滞納処分を行うこととなる。このことは、徴収職員は、租税債権の自力執行に必要な範囲において、当該債権の存否という実体法上の権利関係について判断する権限と義務を有することを意味する。そして、差押えの対象となる財産の滞納者への帰属の点についても、実体的判断をする権限と義務を有するものといわなければならない。すなわち、滞納処分は民事執行とは異なり、一種の裁判機関的な判断作用をなす機能と租税債権の実現を図る執行上の機能を併せ持つものである。そうすると、滞納処分において帰属認定の基準となるものは、民事執行の場合に比して、実体的権利確定の基準となる裁判規範により近づくものというべきである。

また、滞納処分が行政処分であることの帰結として、差押えには公定力が承認される。よって、帰属認定に瑕疵があったとしても、それが無効な場合を除き、取り消されるまでは有効なものとして処分の効力が存続する。この結果、滞納処分の相手方及び第三者は、当該差押処分を無視することは許されなくなる。このように、

このような滞納処分における実体的な財産の帰属認定とは、徴収職員が差押えに際して滞納者の有する実体法上の権利帰属を確認することを意味するところ、実体法上の権利帰属は、前提となる事実の認定と当該事実関係に適用されるべき法令によって規律されるものであることから、徴収職員は、国税徴収法141条に規定された質問検査権及び同法142条に規定された搜索権等を用いて滞納者の財産に係る事実関係を調査判定し⁽⁸¹⁾、当該事実関係において実体法理を基準として財産帰属の判定をすべきことになる。

第2節 譲渡担保と租税

1 租税債権の特質

(1) 租税法律関係の性質

今日の租税法律主義（憲法84条、30条）のもとでは、租税の賦課・徴収は必ず法律の根拠に基づかなければならず、国民は法律の根拠に基づいてのみ納税義務を負担する。したがって、今日では、国家と国民との間の租税をめぐる関係は、かつてのように生の権力関係ではなく、法律上の関係、すなわち法律関係である。この関係は、通常、租税法律関係と呼ばれている⁽⁸²⁾。

この租税法律関係の性質については、学説上、2つの考え方が対立している。その1つは、租税権力関係説とも呼ばれるべきもので、主として租税の賦課徴収の手續面に着目し、統治権の一環としての租税高権の発動と

いったん滞納処分がなされると、国民の財産権に重大な影響を及ぼすことになることから、国民の権利保護という観点からは、事前における適正な手續が強く要請されているものといわなければならない。したがって、行政処分によってなされる滞納処分の帰属認定は、民事執行におけるような外観徴表のみによる画一的認定をなし得ないことになり、実体的権利関係を基礎とした認定が要求されているものと解すべきである。

(81) 質問及び検査並びに搜索の権限については、吉国ほか共編・前掲注(16)827頁及び832頁を参照。

(82) 金子宏『租税法〔第10版〕』（弘文堂、2005年）25頁参照。

して、これを統一的に理解しようとする考え方である。他の1つは、租税債務関係説とも呼ばれるべきもので、主として租税債務の成立要件という実体面に注目して、租税法律関係は、近代法治国家においては、租税法律主義の原則に基づき、法律の定める構成要件事実の充足により法律上当然に成立する関係であって、そこに行政権の意思が介入する余地はなく、租税債権者としての行政主体と租税債務者としての国民とは、対等の関係において法律に服する関係、すなわち公法上の債権債務の関係を構成するという考え方である⁽⁸³⁾。

この点について、法技術的観点から実定租税法をみた場合には、租税法律関係を一元的に権力関係とか債務関係として割り切ることは困難であって、その中には種々の法律関係が含まれていると解さざるを得ない。たとえば、更正・決定や滞納処分の関係等は、法技術的にみる限り、権力関係として構成するほかない。その意味では、租税法律関係を一元的に性質付けることは適当でなく、むしろ、性質の異なる種々の法律関係の束として理解するのが、実定租税法の認識としては正しいといえる。しかし、更正・決定や自力執行権が租税債権者である国家の手に留保されているのは、租税の公平・確実かつ迅速な徴収を図るための措置であって、租税法律関係の基本的・中心的な関係が債務関係にあることは否定できず、租税法律関係は、原理的には、債務関係として構成することができる⁽⁸⁴⁾。

(2) 租税債権の特質

租税法律関係を内容的にみると、国又は地方公共団体は、法律の定める

(83) 田中二郎『租税法〔第3版〕』（有斐閣、1990年）139頁参照。2つの考え方の対立は、単に租税法律関係の学問上又は理論上の理解の仕方の相違に止まらず、租税法律関係をめぐる具体的な処分の性質、租税債権の性質に関連する諸問題、その他租税債務関係に関する紛争をめぐる諸問題についての理解の仕方にも大きな影響をもたらす。

なお、ドイツにおける租税法律関係の議論の意義については、水野忠恒『租税法〔第2版〕』（有斐閣、2005年）20頁を参照。

(84) 金子・前掲注(82)28頁参照。

ところにより、国民に対し、租税債権及びこれを実現確保するために必要な種々の公の権能を有するのに対して、相手方たる国民は、法律の定めるところにより、租税債務を負い、かつ、租税債務の正確な確定と実現に協力すべき義務その他付随的な義務を負うとともに、一定の場合に救済を求める権利を有する関係であるといえることができる。ここで主として問題になるのは、租税債権者としての国又は地方公共団体の有する租税債権その他の権能がどのような特質を有するかということ、及び租税債務者としての国民が負う租税債務その他国民に課せられる義務がどのような特質を有するかということである⁽⁸⁵⁾。

租税債権は、租税に関する法令の定めるところにより、租税債権者としての国又は地方公共団体が相手方たる国民に対して有する租税という金銭給付を内容とする公法上の金銭債権である。金銭給付を内容とする債権であるという点では、私法上の債権と共通した面を持っているが、これを規律する法の建前の上では、私法上の債権と異なる顕著な特色を持っている。その主な点は、次のとおりである。

ア 法律による画一的規制

私法上の法律関係においては、私的自治の原則に基づき、契約自由の原則が支配し、私法上の債権債務の関係は、当事者の意思に基づいて成立し消滅するのが原則であるのに対し、租税債権は、すべて租税に関する法律の定めるところにより、画一的に当然に成立し消滅する⁽⁸⁶⁾。

イ 優先性

租税は、他の公課及び一般私債権に優先して徴収できる（国税徴収法

(85) 田中・前掲注(83) 152頁参照。租税債務は租税債権に対応するものであるから、租税債権の特質は、裏返していえば租税債務の特質といえることができる。したがって、ここでは、主として租税債権について述べる。

(86) 成立と消滅に関する租税債権の特質については、長尾久衛「租税債権の特殊性(一)(二)」名城法学7巻2号(1957年)12頁、同7巻3号(1957年)5頁、吉良実「租税債権・債務の特殊性(一)ないし(八)」税法学96号(1958年)9頁ないし108号(1959年)15頁を参照。

8条、地方税法14条)だけでなく、被担保債権に対しても一定の限度において優先する(国税徴収法15条ないし24条、地方税法14条の9ないし14条の18)⁽⁸⁷⁾。租税が国家又は地方公共団体の存立の財政的裏付けであり、租税徴収の確保が国家又は地方公共団体の活動の基礎をなすことはいうまでもないが、租税が国家権力に基づいて直接の対価なしに徴収されることを本質とすることからすると、その徴収については、一般の私債権にない特殊な問題が包蔵されている。このような点から租税の徴収については、古来各国において一般債権と異なる特殊な制度がとられてきていて、その第1は租税徴収に対する自力執行権の付与であり、第2には租税に対する一般的優先権の承認である。租税が国家の一般的需要を賄うために、法律に基づいて一律に成立するものであって、担保を提供する者に対して選択的に成立させることができる私債権とは根本的に異なるものであること、さらにその徴収は大量性、反復性を有し、あまりに煩瑣な手続を要求することがはなはだしく困難であること等の点を考慮すると、上記2つの原則が国家の財政力を確保する上にやむを得ない必要性を有するものと認めるべきである⁽⁸⁸⁾。諸外国においても、何らかのかたちで優先徴収権が与えられているのが通例のようである⁽⁸⁹⁾。

(87) 最判昭和35年12月21日民集14巻14号3140頁は、租税債権に一般的優先権を認めることは憲法に違反しないとする。

(88) 昭和33年12月8日公表「租税徴収制度調査会答申」序の一租税徴収の確保参照。租税について債権者平等の原則を適用し、物的担保を設定しなければ優先権を取得しないとするのは、合理的な態度とはいえないというべきである(我妻栄『新訂担保物権法』(岩波書店、1968年)309頁参照)。租税の優先徴収権の理論的根拠としては、①租税の共益費用性、②租税の優先控除性、③租税債権の無選択性、④租税の無対価性、⑤租税の公示性、⑥租税担保の特異性という諸点に要約することができる。この点の詳細については、吉国ほか共編・前掲注(16)128頁を参照。

(89) 田中・前掲注(83)269頁参照。主要諸国における租税優先権に関する制度の概要については、佐上武弘「租税優先権の沿革と外国制度」法律時報29巻9号(1957年)45頁、吉国ほか共編・前掲注(16)4頁を参照。

しかし、私債権に対する租税債権の優先権をあまりに強く認めることは、私的取引の安全を害することにもなり得るため好ましいとはいえない。私債権が担保物権によって保護されている場合は、特にそうである。したがって、租税と被担保債権をどのように調整するかは、極めて重要な問題である⁽⁹⁰⁾。

この点について、国税徴収法は、近代担保制度における公示の原則と租税の特質とを対比して考慮することときは、租税と担保付債権との優先劣後を決定する時期を、納税者の財産上に担保権を設定する第三者が、具体的に租税の存在を知ることができる時期とすることによって、両者の調整を図ることが妥当な措置であるという考え方に基づいて⁽⁹¹⁾、原則として租税の法定納期限等を基準として両者の優劣を定めることとし、また、租税債権と質権・抵当権以外の担保権及び非典型担保との優劣についても必要な定めをなしている⁽⁹²⁾。

(90) 明治30年に制定された旧国税徴収法は、国税は、その法定納期限より1年前に設定された質権または抵当権によって担保される債権には劣後する(3条)が、それ以外のすべての公租・公課及び私債権に優先する旨を定めて(2条)、極めて手厚く租税債権を保護していた。これに対しては、かねて私法学者の批判が強く、租税が、その納期限より1年近くも前に設定された質権・抵当権に優先するのは、物権公示の原則に反するものであり、私法秩序の安定を根本的に害するものであるとの主張がなされてきた。また、質権・抵当権以外の担保物権についても、租税債権に対して何らかの保護を与える必要があるとの指摘がなされていた。これらの問題を解決するため、昭和34年に国税徴収法が全面的に改正され、昭和35年から施行された(金子・前掲注(82)721頁、吉国ほか共編・前掲注(16)12頁参照)。

(91) 昭和33年12月8日公表「租税徴収制度調査会答申」序の二私法秩序の尊重参照。

(92) 金子・前掲注(82)722頁、西野敏雄「『租税債権の優先性』序論」税務大学校論叢19号(1989年)5頁参照。

租税の優先的効力は、租税債権に内在する特殊性というような抽象的な根拠からこれをジャスティ・ファイしようとせず、それを認める必要性の有無と、これに代わる適当な制度の有無を検討した上で、考えられなければならないものである(我妻栄「近代私法と租税の優先的効力」金融法務事情200号(1959年)1頁参照)。近時では、一般に、租税債権を一旦、私債権と同じものと考えた上で、それが租税債権に認められる何らかの制度的又は理論的な特徴によって変更される余地があるかを考えるべきであると理解されていて(佐藤英明「租税債権と私債権(そ

ウ 自力執行

租税債権については、納税者の納税義務の不履行の場合に、国又は地方公共団体は、一定の裁判手続を経ることなく、自己の機関により、法律の定めるところにより、直接、滞納処分を行うことによって、その債権を実現することができる（国税通則法40条、国税徴収法47条以下）⁽⁹³⁾。

2 譲渡担保に対する国税の徴収確保策

(1) 譲渡担保に係る債権と国税との調整

譲渡担保と国税徴収との関係について、国税徴収法は、「(納税者)が譲渡した財産でその譲渡により担保の目的となっているもの」を「譲渡担保財産」として把握し、「(納税者)の財産について滞納処分を執行してもな

の2)」法学教室241号(2000年)95頁参照)、租税債権と私債権の利益調整は、国税徴収法が定めた特別ルールの範囲でこそ認められるものであり、一般民事ルールそのものを曲げたり、一般民事の解釈論を変容させたりするものではないとされている(池田真朗「将来債権譲渡担保における債権移転時期と、譲渡担保権者の国税徴収法24条による物的納税責任」金融法務事情1736号(2005年)17頁参照)。なお、租税債権の優先性というものは、歳入を確保するという国家の財政需要からみて、必要な限りで租税の充足を図ればよいのであって、私債権に対する優位性も、そのような観点から、技術的に考えるべきであるとするものとして、水野・前掲注(83)491頁を参照。

- (93) 明治憲法下の学説は、課税処分には自力執行力が内在しており、税務行政庁に下命権が付与されると同時に強制執行権も授権されているとして両者を一体のものとして構成してきたが、戦後の学説は、下命と強制を別個に構成し、自力執行力を課税処分の本質的属性と解さず、これを別個のものとして政策的に認められた力とみている。したがって、自力執行力は、国税徴収法等の根拠によりはじめて創設されるものである(村井正「租税債権と私債権」租税法研究15号(1987年)1頁参照)。この点、租税債権も一種の債権であるから、その強制徴収は裁判所の権限に委ねることがむしろ正道であるかもしれないが、民事執行手続と滞納処分手続は、その内容においても、手続を施行する機関の人的・物的構成においても、相当の差異があるので、多年の慣行を破って直ちにこの主義に移行することには大きな障害がある。そこで、現行国税徴収法は、租税債権についての自力執行主義を承認した上で、その執行方法について適当な規制を加えることで満足している(我妻・前掲注(88)321頁参照)。

お徴収すべき国税に不足すると認められるときに限り」、その「譲渡担保財産」から納税者の国税を徴収するという構成を基本としている（同法24条1項）。前述のとおり、国税徴収法は、一般私債権との関係で、国税債権の原則的優先性を承認するが、国税債権の法定納期限等以前に設定され又は成立している質権、抵当権又は先取特権等により担保される債権には劣後すると定める（同法15条、16条、19条、20条、23条）。さらに、同法は、これをもう一步推し進めて、譲渡担保との関係では、法定納期限等以後の譲渡担保でも、国税債権者は、設定者の財産につき滞納処分を執行してもなお徴収すべき国税に不足すると認められるときに限り、告知を前提として譲渡担保財産から国税を徴収できると定める（同法24条6項、2項）。すなわち、譲渡担保財産が経済的実質において譲渡担保設定者の財産であり、その機能が抵当権その他の担保物権と同様に担保であることに着目して、国税の優先徴収権との合理的調整を図るため、旧国税徴収法施行当時、譲渡担保財産が法形式において譲渡担保設定者の責任財産から逸出することにより設定者の滞納国税を徴収する方法がなかったのを是正したものである⁽⁹⁴⁾。

譲渡担保財産が、法形式上、譲渡担保権者の財産に帰属していることを認め、これを前提として、譲渡担保財産から設定者の国税を徴収するためには、その財産が法形式上帰属する権利者を滞納処分の執行手続において租税債務者としなければならない。これが、「譲渡担保権者を第二次納税義務者とみなして、その譲渡担保財産につき滞納処分を執行することができる」（国税徴収法24条3項）こととした理由である⁽⁹⁵⁾。

(94) 志場喜徳郎「新国税徴収法と譲渡担保」ジュリスト192号（1959年）18頁参照。旧法にあっては、譲渡担保が国税の法定納期限等の後に設定された場合でも、その被担保債権は常に国税に優先するだけでなく、被担保債権を控除した残額についても、国税は追及することができなかつた（村井・前掲注(93)11頁参照）。

(95) 譲渡担保財産から設定者の国税を徴収する手段としては、その実質に着目して、譲渡担保の権利移転の事実を国税徴収法上否認するという方法も理論上は不可能ではない。しかし、私法上、譲渡担保が権利の移転という法形式を採っている以上、

(2) 国税徴収法24条の民事法的評価

国税徴収法が権利移転の形式を採る物的担保たる譲渡担保について、その形式に捉われず、実質に従って徴税の対象として質権・抵当権の設定された財産と類似した取扱いをなそうとしたことは、私法の立場からみれば、相当大胆な態度であるといわれている。譲渡担保の法律構成と法律効果については、学説・判例は一致せず、私法の分野で立法的解決が要請されているところ⁽⁹⁶⁾、その解決を待たずに、徴税の面においてある程度の解決をしようとしたことは、私法関係に対する不当の干渉として非難する見解もある⁽⁹⁷⁾。

しかし、法律的には所有権の移転という形式を採りつつも、実質は担保物権と同じ目的を達成しようという譲渡担保を、形式的には所有権の移転であるという面を重視すべきか、それとも、実質的には担保の設定であるという面に重点を置くかの2つの見解の対立に処して、国税徴収法はわが国の実定法として初めて後者の考え方によることを明確に打ち出したので

「第二次納税義務」という税法独自の技術を用いた方が、私法秩序に直接の影響を与えることを避けることができると考えられる。すなわち、このような構成は、譲渡担保権者自身の債権者が譲渡担保財産を担保権者に帰属するものとして行う執行手続を阻害しない（志場・前掲注(94) 19頁参照）。国税徴収法24条の分析については、三ヶ月章「譲渡担保と租税」『民事訴訟法研究第二巻』（有斐閣、1962年）248頁を参照。

なお、譲渡担保権者が第二次納税義務者に準ずるものとはいえ、抵当権者が抵当権設定者の国税を納付する義務がないのと同様に、譲渡担保権者もまた、譲渡担保設定者の国税を納付するいわれはない。設定者と担保権者との間には、第二次納税義務を負担させる実質的な理由を欠くからである。したがって、物的納税責任という構成は、第二次納税義務制度という法律上の技術を借用してきたものということができ、第二次納税義務者に準ずるものとはいえ、譲渡担保権者が執行を受けるのは譲渡担保財産に限られることになる（吉国ほか共編・前掲注(16) 261頁参照）。

(96) 我妻・前掲注(88) 319頁参照。昭和34年の国税徴収法の改正は、判例及び学説が譲渡担保の所有権的構成を堅持していた時期になされたものである（村井・前掲注(93) 14頁注19参照）。

(97) 柚木馨「新国税徴収法案に対する私見」金融法務事情200号（1959年）14頁は、譲渡担保の制度が一部成文法の裏打ちを欠くため不安定でもあり欠陥も多いというのであれば、私法の体系の中で立法ないし解釈による補正が行われるのを

あり、この意味で、譲渡担保の対外的効力を私法理論として取り扱って行く場合にも、看過し得ない意義を持っているものと考えられる⁽⁹⁸⁾。

国税徴収法24条は、譲渡担保の所有権的構成を不動の法的構成とする立場からの強い反対にあいつつ、難産の末に生まれ出た規定であるが、一旦この規定が登場すると、これを援用しつつ執行、破産及び会社更生等において、担保権的構成を貫徹しようとする解釈論が次々とあらわれるに至ったのであり、税法の分野ではあるが、譲渡担保の担保権的構成を補強する役割を果たすものと評価されている⁽⁹⁹⁾。

第3節 債権譲渡と債権譲渡担保との区別の基準

1 問題の所在

前述のとおり、譲渡担保と租税との関係については、国税徴収法24条が譲渡担保を担保権的に構成し、債権の譲渡担保は債権譲渡の法形式を用いる

待ってその上に租税制度を樹立すべきであろう、とする。

(98) 三ヶ月・前掲注(95)252頁参照。柚木馨「譲渡担保と新国税徴収法との解釈論的調整について」法曹時報12巻5号(1960年)9頁は、国税徴収法の改正過程においては現行私法秩序を乱すのゆえに声を大にして反対論を叫んだものの、その改正が終了した後においては、極めて謙虚にその改正法を尊重して解釈上の変更を試みるべきであり、変更された解釈の法が従前のものよりより合理的なものであることが感ぜられるのであって、国税徴収法24条は案外私法学の上に大きな貢献をしたものであると痛感せざるを得ないとする。また、松田二郎『会社更生法』(有斐閣、1960年)103頁も、国税徴収法の改正規定を援いて、会社更生法上の譲渡担保論の取扱いにつき、更生担保権の中に位置付けようとの解釈論を提示していて、前掲最判昭和40年4月28日民集20巻4号900頁が判示したとおり、これは、最高裁の容れるところとなり、譲渡担保の担保権的構成を推し進める判例理論が発展していく契機となった。なお、国税徴収法24条の規定は、法定納期限等前の譲渡担保について触れておらず、また、法定納期限等後の譲渡担保権者を「第二次」納税義務者としているにすぎないことから、譲渡担保を法定の担保物権と全く同格に取り扱うことの根拠となるか問題がないわけではないとする指摘については、斎藤ほか編・前掲注(49)575頁を参照。

(99) 深谷松男「譲渡担保権の第三者に対する効力」別冊ジュリスト104号(1989年)203頁、青山善充「譲渡担保の会社更生法上の取扱い」金融法務事情52

ことから、債権の譲渡人が国税を滞納している場合に、当該譲渡が債権を終局的に譲受人へ移転させる通常の債権譲渡であるのか、または、担保目的で譲受人へ移転させる債権譲渡担保であるのかを区別する基準を明確にすることが滞納処分のあり方との関係で問題となる。すなわち、国税徴収法24条は、譲渡担保に対する国税の徴収確保策として「譲渡担保権者の物的納税責任」という法技術を導入しているところ、債権譲渡の法形式を用いる取引において、当該債権が譲受人に排他的に帰属することになるのであれば、譲渡人の責任財産から逸出することになるので、当該債権に対して譲渡人の滞納処分を執行することは原則としてできないことになる。これに対して、当該債権が譲受人に担保的に帰属することになるのであれば、当該債権は譲渡担保財産を構成することになるので、譲受人は譲渡人の滞納国税について物的納税責任を負う場合があることになる。このように、滞納処分においては、国税徴収法24条の適用範囲を画する上で、オリジネーターが平常状態の場合であっても、倒産隔離の基準、すなわち真正売買性を考察する必要性が顕在化してくるのである。そして、これは、国税徴収法が定めた租税の優先性に関する特別ルールの特質ではなく、一般民事ルールによって規律される性質のものというべきである。

そこで、以下では、この債権譲渡と債権譲渡担保とを区別する基準について、民事法の枠組みに依拠した考察を行うが、本節では、一般的な取引を念頭に置いて議論を進め、次節において、資産流動化・証券化取引における仕組みの特色に相応した議論を行うことにする。

2 債権譲渡と債権譲渡担保との関係

債権譲渡は、債権をその同一性を失わないで移転することを本則とする、旧債権者（譲渡人）と新債権者（譲受人）との間の契約である⁽¹⁰⁰⁾。一方、

0号（1968年）5頁参照。

(100) 我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店、1964年）550頁、西村信雄編集『注

債権譲渡担保は、担保の目的で債権を移転する非典型担保であるが、債権譲渡の法形式を用いて債権を担保化するものであることから、通常の債権譲渡との関係が問題となる⁽¹⁰¹⁾。

一般に、債権譲渡は、債権の処分・移転を本来的目的としてなされることが多く、この場合には、債権の譲受人は排他的に譲受債権を行使し得る⁽¹⁰²⁾。他方、債権譲渡の特殊形態として、「担保のための債権譲渡」と「取立のための債権譲渡」がある⁽¹⁰³⁾。後者は、債権者が自ら取り立てることをせず、第三者に自己の名をもって取り立てさせるため債権譲渡の方式を用いるもので

積民法(11)』（有斐閣、1965年）335頁〔甲斐道太郎〕参照。

(101) 近江幸治『担保物権法〔新版補正版〕』（弘文堂、1998年）318頁参照。

債権の場合、有体物の場合と比べて、売買と担保のための移転の区別は、あいまいにならざるを得ない。有体物を目的とした担保にあつては、債権者・債務者間において、債権者は、被担保債権が返済された場合には、担保目的物を債務者に返還するという約定が行われる。これに対して、債権を目的とした担保にあつては、債権は、有体物とは異なって、第三債務者の弁済によって消滅する存在であるために、債務者は、必ずしも受け戻す必要がない。そこで、債権を目的とした担保の場合には、有体物を目的とした担保の場合と同様に、被担保債権の弁済によって債務者が受け戻すこともあれば、債権者が第三債務者から取り立てた金銭を被担保債権に充当することによって、担保の目的となった債権をもって、担保の目的物としての機能とともに被担保債権についての決済機能を果たさせることもある。ところで、担保の場合には、第三債務者が不履行に陥ったために、債権者が第三債務者から取り立てることができた額が被担保債権額に満たない場合には、債務者は、両者の差額を支払わなければならない。しかし、同様の現象は、償還請求権（recourse）付きで債権の売買が行われた場合にも生ずる。第三債務者が不履行に陥った場合には、売主に対して、当該債権の買戻義務が課されている売買契約を仮定すると、債権を目的とした担保において、債権者が、債務者に対して、被担保債権額という一定の金銭の支払いを受ける権利を有しているのと同様に、買主も、第三債務者の支払状況のいかんにかかわらず、売主に対して、一定の金銭の支払いを受ける権利を有しているからである（角紀代恵「証券化における債権の売買と担保のための移転(1)」NBL659号（1999年）9頁参照）。

(102) 加藤雅信『現代民法学の展開』（有斐閣、1993年）190頁、高島平蔵『債権総論』（成文堂、1987年）218頁参照。

(103) 於保不二雄『債権総論〔新版〕』（有斐閣、1972年）296頁、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社、1992年）457頁、鳥谷部茂「権利譲渡担保序説」筑波法政3号（1980年）73頁、竹内俊雄「権利の譲渡担保(-)」亜細亜法学19巻1・2号（1985年）64頁参照。

あり、次の2つがあるとされている。1つは、取立権限の授与にとどまる場合であり、もう1つは、債権自体をも譲受人に移転させる意思をもって譲渡が行われる場合であって、一般に債権の信託的譲渡といわれる⁽¹⁰⁴⁾。

まず、債権譲渡担保と担保のための債権譲渡との関係については、わが国では、担保のための債権譲渡というかたちではほとんど論じられておらず、むしろ債権の譲渡担保として論ずるものが多い⁽¹⁰⁵⁾。そして、わが国における学説・判例の動向は、担保のための債権譲渡と債権の譲渡担保は、同様のもののように解しているようである⁽¹⁰⁶⁾。

次に、債権譲渡担保と取立のための債権譲渡、特に債権自体が譲受人に移転する債権の信託的譲渡との関係については、従来、これを論じた学説は少ない⁽¹⁰⁷⁾。債権の信託的譲渡は、債権を譲受人に譲渡し、譲受人をして、取立のためにのみ行使する債務を負担させるものであるから、譲受人は、このような債務を負担するものの、対外的には債権はこの者に帰属する⁽¹⁰⁸⁾。この場合の債権譲渡は、あたかも譲渡担保と同様の関係を生ずることになるが⁽¹⁰⁹⁾、その経済的実質は債権の取立であり、債権の譲渡担保における債権譲渡は、いわゆる債権担保の経済的実質を有するものであるから、別次元の問

(104) 債権譲渡は種々の経済的目的のためになされるが、通常、譲受人は、譲り受けた債権について、何らかの目的による拘束を受けることはない。これに対して、「取立のためにする債権譲渡」と「担保のためにする債権譲渡」にあつては、譲受人は、譲り受けた債権について、それぞれ「取立」あるいは「担保」の目的による拘束を受けることになる（角紀代恵「債権非典型担保」別冊NBL31号（1995年）77頁参照）。

(105) 鳥谷部・前掲注（103）74頁参照。

(106) 竹内・前掲注（103）64頁参照。

(107) 角・前掲注（104）77頁参照。

(108) 近江・前掲注（101）318頁参照。

(109) 我妻・前掲注（100）551頁参照。債権の信託的譲渡は、担保のための債権譲渡と同様に考えることができるものとして、鳥谷部茂「権利の譲渡担保1」法律時報52巻6号（1980年）108頁、担保の目的でなされる債権譲渡とは、まさに信託的譲渡にほかならないものとして、近江・前掲注（101）319頁、椿寿夫「民法の制度・理論と権利担保」別冊NBL10号（1983年）56頁を参照。

題であることはいうまでもない。しかし、両者は、いずれも法的形式面では権利を移転するという手段を用いているものの、その実質面は債権の取立であったり、債権の担保であったりという、法的形式面と経済的実質面が齟齬する点で同様であるといえる⁽¹¹⁰⁾。

3 個別債権譲渡担保の法的構成

現在、譲渡担保の法的構成については、担保権的構成が通説となっている⁽¹¹¹⁾。担保権的構成にあつては、譲渡担保は、その法形式にもかかわらず、経済的目的は担保であることから、設定者にも目的物についての何らかの物権が帰属していると解されている。ところで、譲渡担保の法的構成を考えるに際して、従来の学説は、有体物、なかんずく、動産を目的とする譲渡担保を念頭に置いてきたと考えられ、債権を目的とする譲渡担保をも包摂して考えてきたものではないようである⁽¹¹²⁾。そこで、個別債権の譲渡担保の法的構成を考える場合には、まず、有体物を目的とする譲渡担保との異動に留意するとともに、また、典型担保として整備されている債権質との異動にも留意しなければならない⁽¹¹³⁾。

個別債権の譲渡担保の法的構成についてのこれまでの見解は、①譲渡担保

(110) 竹内・前掲注(103) 64頁参照。

ドイツにおいては、債権の譲渡担保は、信託的譲渡と構成されている(竹内俊雄「権利の譲渡担保(二)」*亜細亜法学*20巻1・2号(1986年)194頁注7、鳥谷部茂「権利の譲渡担保」*私法*45号(1983年)210頁参照)。

(111) 学説の詳細については、米倉明「譲渡担保の法的性質」*金融・商事判例*737号(1986年)11頁、竹内俊雄「譲渡担保の法的構成と効力」*ジュリスト増刊民法の争点I*(1985年)181頁を参照。

(112) 椿寿夫「譲渡担保論の課題と考え方」*法学教室*49号(1984年)29頁参照。

(113) 角・前掲注(104) 79頁。有価証券化しない金銭債権を個々の担保化する場合には、換価方法が必ずしも煩瑣とはいえないことから(民法367条参照)、譲渡担保の手段を採る必要はほとんどなく、特殊な金銭債権に限って譲渡担保としての効力を認め、その他は質として取り扱うべきであるとも解し得るからである(我妻・前掲注(88) 660頁参照)。有体物担保との関係については、椿寿夫「新しい集合債権譲渡担保論の基礎(下)」*ジュリスト*807号(1984年)78頁、債権質との関係については、竹内・前掲注(103) 59頁を参照。

の設定により、担保権者には一応目的たる債権は全部移転することになるが、債権取立の段階では、担保権者の債権額の範囲までしか取り立てられないものと解する立場⁽¹¹⁴⁾、②譲渡担保の設定により、対外的には目的債権は担保権者に移転し、担保権者は常に目的債権全額についての取立権を有すると解する立場⁽¹¹⁵⁾、③譲渡担保の設定により、対外的には目的債権は担保権者に移転するが、当事者間においては担保についての合意も考慮し、設定者の権能（清算請求権及び受戻権といった物権的請求権）をできる限り強化し、設定者の保護を図るのが妥当であると解する立場⁽¹¹⁶⁾、④譲渡担保を債権証書の交付を必要としない債権抵当と構成し、優先弁済権は被担保債権の範囲内で生じ、取立権もその範囲に限られると解する立場⁽¹¹⁷⁾、⑤債権の譲渡担保を否定して、債権質のみを認める立場⁽¹¹⁸⁾、に整理される⁽¹¹⁹⁾。

-
- (114) 鈴木禄弥ほか「座談会／銀行取引と譲渡担保〈第20回〉」金融法務事情791号（1976年）29頁（鈴木禄弥発言）、道垣内弘人『担保物権法』（有斐閣、2004年）337頁参照。この立場は、譲渡担保権のもつ実質的側面から、この担保にも債権質権に関する規律を及ぼそうとするものであり、被担保債権を超える部分は清算すべきであるから、結果的には被担保債権の範囲内でのみ優先権が認められることになる。
- (115) 角・前掲注（104）82頁参照。この立場では、被担保債権額を超過して取り立てた部分については、設定者に対して清算義務が生じる。
- (116) 鳥谷部・前掲注（110）212頁参照。この立場では、担保権者は譲受人の地位に基づいて、目的債権の全額について取立権の行使ができるが、超過部分があれば清算義務を負う。
- (117) 鈴木ほか・前掲注（114）30頁（米倉明発言）参照。この立場では、公示＝対抗要件は債権の譲渡方式を借用し、第三債務者の保護は民法478条により、それ以外の第三者との関係では民法467条によって規整される。
- (118) 我妻・前掲注（88）671頁、鎌田薫「債権を目的とする担保」法学教室158号（1993年）46頁参照。この立場は、対抗要件、実行方法及び優先弁済権の範囲において、債権質に対して、債権譲渡担保を用いることに格別の実益を認めることはできないとする。
- (119) 竹内・前掲注（110）184頁参照。

なお、裁判例は、担保のためをもってする債権譲渡は譲渡担保であるとするものがほとんどであり（東京地判昭和32年3月19日下民集8巻3号512頁、福岡高判昭和39年11月16日高裁民集17巻7号496頁、大阪高判昭和47年1月27日判例タイムズ275号217頁など参照）、債権の譲渡担保の法的構成に言及したものとしては、「右債権譲渡はこれによって被控訴会社（注＝担保権者）

譲渡担保の法的構成を、有体物に関する所有権的構成と担保権的構成に大きく二分する考え方に従うならば、債権譲渡担保に関する上記諸見解は担保権的構成に属するものといえる。しかし、債権譲渡担保は、債権が移転したとしながら担保としての実質を考慮するか、債権は移転しないとして担保の実質を貫くかで見解が分かれていることから、むしろ、債権移転構成と債権非移転構成とに対比すべきである⁽¹²⁰⁾。この観点からみると、上記①ないし③説は前者であり、目的債権の担保権者への移転を認めた上で、対内的には担保の実質を重視し、上記④及び⑤説は後者であり、目的債権の担保権者への移転を認めず、担保の実質を重視する。

ところで、債権譲渡担保に関する上記諸見解のうち、④説は、担保権者は債権抵当権者として被担保債権の範囲内で取立ができるとするものであるが、債権抵当という概念は現行民法典にはなく、新たな概念を定立する必要があるというべきであるから、現行法の枠内の解釈としてはなじまないものと解される。また、⑤説は、個別債権の譲渡担保を債権質として取り扱うことに関して、債権を目的とする担保手段として譲渡担保にどこまでの独自性を認めるべきかという問題と密接な関連を有する⁽¹²¹⁾。一般には、債権譲渡担保の質権に対する独自性を認める合理性は少ないとされている⁽¹²²⁾。しかし、譲渡担保に関する通説的理解によれば、少なくとも対外的には、債権が譲渡担保権者に移転するものと解されており、この点では質権と明らかに異なっている⁽¹²³⁾。また、取立権の範囲においても、質権者は被担保債権額しか取

をして直接その取立てを行うことを得させその結果被控訴会社はその支払いを受けたときは、その入金をもって順次被控訴会社の訴外会社（注＝設定者）に対する本件売掛金債権（注＝被担保債権）の内入弁済に充当することとしたものであることが認められ、これを要するに右債権譲渡はいわゆる譲渡担保」とであると判示した東京高判昭和42年9月27日金融法務事情493号34頁がある。

(120) 鳥谷部茂「権利の譲渡担保」法律時報65巻9号（1993年）13頁参照。

(121) 角・前掲注（104）79頁参照。

(122) 高木多喜男「集合債権譲渡担保の有効性と対抗要件(上)」NBL234号（1981年）8頁参照。

(123) 鎌田・前掲注（118）46頁参照。

り立てることができない（民法367条2項）のに対し、譲渡担保権者は第三債務者との関係では目的債権を完全に取得したものであるから、目的債権全額について取り立てることができる（¹²⁴）、債権質と債権譲渡担保とは差異が認められる。そうすると、わが民法典上、債権質が存在するにもかかわらず、なお、債権譲渡担保の独自の必要性は認められるといふべきであり（¹²⁵）、さらに、この考え方によれば、取立権の範囲につき債権質に関する規律を及ぼそうとする上記①説も採用し難い。

以上によれば、個別債権譲渡担保の法的構成は、上記②ないし③説のとおり、目的債権は担保権者に移転することを認めた上で、ただ、それは担保の目的に応じた部分に限られ、その余の部分は設定者に留保されていると考えるべきである（¹²⁶）。

4 債権譲渡と個別債権譲渡担保との区別の基準

個別債権譲渡担保の法的構成について、上記のような考え方を前提とすると、その効力も明らかとなる（¹²⁷）。まず、担保権者は、第三者に対する譲渡の対抗要件を備えたときは、対外的に譲受人としての地位を取得し、設定者より目的債権についての取立権が移譲せられ、優先弁済権としてその弁済充当が認められることになる（¹²⁸）。逆に、設定者には、担保提供後においても、受戻権及び清算請求権といった設定者留保権が認められることになる（¹²⁹）。

(124) 角・前掲注(104) 80頁参照。

(125) 竹内・前掲注(103) 63頁参照。

(126) 角・前掲注(104) 82頁参照。設定者が目的債権に対して有する権利は、「設定者留保権」といふべき物権であり、物権法定主義（民法175条）との関係では、慣習法上の物権であると考えられることになる（道垣内・前掲注(114) 293頁及び295頁参照）。

(127) 鳥谷部・前掲注(110) 212頁参照。

(128) 近江・前掲注(101) 321頁参照。

(129) 譲渡担保は、目的物の権利自体を移転し、弁済があったときはその目的物を返還するというのが基本構造である。このことから、譲渡債権の受戻（戻し譲渡）をもって債権譲渡担保の特質とする見解もある（鳥谷部茂「権利の譲渡担保2」法律時報52巻7号（1980年）124頁参照）。しかし、不動産や動産と異なり、債

そして、債権の譲渡という法形式との関係で、最も重要な債権譲渡担保の特質は、清算法理の確立にあるというべきである⁽¹³⁰⁾。そうすると、債権譲渡と個別債権譲渡担保とを区別する基準としては、上記のような債権譲渡担保の法的構成及び特質に照らし、譲渡人についての清算請求権の存否に求めるべきである⁽¹³¹⁾。

ところで、この清算請求権は、被担保債権の存在を前提とするものと解されるが、広義の譲渡担保、すなわち権利移転型の担保のうち、売買の形式によって信用の授受を行い、信用を与えた者は、代金の返還を請求する権利を有せず、ただ信用を受けた者がそれを返還して目的物を取り戻し得る売渡担保の場合には、債権と関連なく信用の授受を行うものであるから⁽¹³²⁾、当事者間に被担保債権は存在しないことになる。形式はともかく、担保取引であれば、債権・債務を前提に、債務の履行により財産権等の返還関係が生じ、不履行により清算関係が現実化すると考えるのが通常であり、狭義の譲渡担保はこの一般的条件をほぼ満たしている。しかしながら、真の売買形式を採る売渡担保は、法形式上この条件の枠外にあり、売渡担保の実質が、目的物の有する交換価値の移転と再移転とを売買形式を借りて実現しようとするものであることに照らすと⁽¹³³⁾、被担保債権が表れない債権売渡担保の場合に、

債権の譲渡担保は、本来、債権の取立権と弁済充当（優先弁済）とを譲渡担保権者に与えるものである以上、債務者の受戻権は、ほとんど意味をもたないと思われる（近江・前掲注（101）321頁参照）。すなわち、当事者間では担保というよりはむしろ返済の手段として譲渡するという場合が多いと思われ、また、債権の譲渡担保は、不動産や動産の譲渡担保と異なって、金銭により金銭債権を取り戻すことになり、あえて受け戻すという必要性が認められないことなどから、一般的には問題となることは少ないといえる（竹内・前掲注（110）185頁、鈴木ほか前掲注（114）33頁（米倉明発言）、道垣内・前掲注（114）337頁参照）。

(130) 近江・前掲注（101）321頁参照。

(131) 椿・前掲注（113）79頁、椿寿夫「新しい金融取引と債権の担保化の展開」金融法務事情1032号（1983年）55頁参照。

(132) 我妻・前掲注（88）592頁参照。

(133) 伊藤英樹「『売渡担保』概念は不要か」ジュリスト増刊民法の争点I（1985年）178頁参照。

狭義の債権譲渡担保の場合と同様の清算請求権を認めることができるか否かについて検討を要することになる⁽¹³⁴⁾。

この点については、権利移転型非典型担保の法的構成に照らし、売渡担保概念の枠内で、そこに隠れた被担保債権の存在を認めつつ、清算に至るまでの通常担保の処理をする方法が相当である⁽¹³⁵⁾。すなわち、売渡担保も1つの担保である以上、端的に清算義務を認めるべきであり⁽¹³⁶⁾、この場合の被担保債権額は、最初の売買代金額とすることが相当である⁽¹³⁷⁾。

そうすると、債権売渡担保の場合においても、狭義の債権譲渡担保の場合と同様に、これと債権譲渡とを区別する基準は、清算法理の確立に起因する譲渡人についての清算請求権の存否であると解すべきである⁽¹³⁸⁾。

-
- (134) もっとも、前述の注129で述べたとおり、債権譲渡担保の場合には、金銭債権の非個人的性格から、目的債権の受け戻し（取り戻し）が問題となることは少ないと思われるが、債権譲渡担保の実質的側面から、当事者が望むならば、履行期までの間に被担保債権を弁済すれば、設定者はその債権を取り戻し得るとする約定は当然有効である（竹内・前掲注（110）185頁参照）。ただし、売渡担保については、「主として不動産につき」売買の形式で信用の授受が行われるとか（鈴木禄弥『物権法講義〔三訂版〕』（創文社、1985年）271頁参照）、売渡担保が「特に意味をもつのは動産である」など（星野英一『民法概論Ⅱ〔合本再訂〕』（良書普及会、1980年）319頁参照）、通常は、不動産か動産についてのみ問題とされていることに留意すべきである（田中・前掲注（66）45頁参照）。
- (135) 伊東秀郎「残された売渡担保の問題点」判例タイムズ246号（1970年）9頁参照。なお、近江幸治「譲渡担保理論の再構成」早稲田大学大学院法研論集13号（1976年）33頁は、債権を念頭に置いた議論ではないが、権利自体を移転させる担保形式において、譲渡担保と売渡担保は実体上同一であるといえることができる。
- (136) 生熊長幸「買戻・再売買予約の機能と効用」加藤一郎＝林良平編集代表『担保法体系4巻』（金融財政事情研究会、1985年）458頁、椿・前掲注（46）61頁参照。清算は、担保の取引から不当な利得を除くフィルター機能を果たすと考えるのが通常である（伊藤・前掲注（133）179頁参照）。
- (137) 生熊・前掲注（136）458頁、星野英一『民法概論Ⅳ〔合本新訂〕』（良書普及会、1986年）150頁参照。
- (138) この点について、椿・前掲注（112）25頁は、債権譲渡に関する議論ではないが、真正売買と譲渡担保の中間形態として売渡担保をおき、担保目的の有無でいずれかに寄せるという考え方をとる。

5 集合債権譲渡担保の類型と法的構成⁽¹³⁹⁾

集合債権譲渡担保とは、多数の指名債権群を将来債権も含めて担保のために一括譲渡するものであり、実務上、その指名債権群は代金債権群であることが多い⁽¹⁴⁰⁾。集合債権とは、一定の識別基準で範囲を画される既発生、未発生の多数債権の総体（債権群）をいうが、明確な定義があるわけではなく、特定債務者に対する現在、将来の債権の総体から、不特定多数の債務者に対する一定種類の取引から生ずる現在、将来の債権の総体まで含むことがある。この集合債権譲渡担保契約においては、担保設定者が正常な経営を続けている限りは、担保設定者が枠内の目的債権を自由に取り立てて費消し、担保設定者の下で目的債権が順次消滅していくことを当初から予定し、一定の信用上の問題が発生して初めて、担保権者が現実に存する未決済の債権を取り立てて自己の債権に充当することができることが期待されており、形式的には契約時に特定した債権の集合を対象としながら、現実的には債務者が危機又はその前段階の状態に陥った時に存する債権のみを担保としている点で特色がある。集合債権譲渡担保契約は、上記の効果を期待される担保契約であることから、対象債権の特定性（識別性）、担保としての有効性、法的構成、対抗要件の具備方法、破産法との関係でどこまで優先権が認められるか等の種々の観点から問題が指摘されて今日に至っている⁽¹⁴¹⁾。

(139) 三村昌子「金銭債務の担保として既発生及び将来債権を一括して譲渡するいわゆる集合債権譲渡担保契約における債権譲渡の第三者に対する対抗要件」法曹時報55巻12号（2003年）220頁参照。

(140) 宮川不可止「集合債権譲渡担保と法的担保概念」京都学園法学30・31号（1999年）228頁参照。代金債権群を一括して担保にとる場合には、債権質では対抗要件を備えられないことから、譲渡担保が利用されることになる（我妻・前掲注（88）660頁参照）。

(141) 集合債権譲渡担保についての学説の紹介と整理については、伊藤進「流動集合債権群譲渡担保・序説」法律論叢67巻4・5・6号（1999年）169頁を参照。近時は、集合債権譲渡担保の有効性を肯定する見解が多数となり、前述のとおり、判例においても、将来債権譲渡の有効性及び目的債権の特定性が認められている（角・前掲注（15）77頁参照）。すなわち、未発生の将来債権の譲渡については、最判平成11年1月29日民集53巻1号151頁が、譲渡対象債権の発生の具体

集合債権譲渡担保の契約類型には種々のタイプがあるが、実務上は、譲渡担保の効力が発生する方式により、①本契約型、②予約型、③停止条件型、④債権契約型の4つの類型に分けられている⁽¹⁴²⁾。①本契約型は、契約において将来債権についても譲渡を合意しておく類型であり、将来債権が現実発生したときに、この合意の効力として、改めて法律行為を要せず当然に債権が担保権者に移転する。②予約型は、設定契約では現存債権についても直ちには譲渡せず、譲渡の予約をしておく類型であり、その予約完結権は担保権者が保有し、担保設定者の破産申立てその他一定の事由があるときにこれを行行使する。③停止条件型は、担保設定者について、将来破産申立てその他一定の事由が発生することを停止条件として、現在及び将来の債権の譲渡を合意しておく類型であり、将来債権については、発生そのものも一種の停止条件だと考えると、二重の条件が付されていることになる。④債権契約型は、設定契約では譲渡の合意をせず、あるいは現存債権についてのみ譲渡の合意をして、将来債権については、債権発生後の一定時期に譲渡すべき義務

的可能性は、その譲渡契約の有効性を左右するものではないとして、広く複数年にわたる長期の将来債権の譲渡の有効性を承認した。この事案における債権譲渡は、医師の有する社会保険診療報酬支払基金に対する診療報酬債権の担保化のためであったことから、将来債権の譲渡担保の有効性も明らかとなった。また、最判平成12年4月21日民集54巻4号1562頁は、他と識別できる範囲内の現在及び将来の債権群を包括的に担保のために譲渡する契約の有効性を最高裁が初めて認め、また、集合債権譲渡予約の目的債権の特定性について、予約完結時に譲渡の目的となるべき債権を譲渡人である債務者が有する他の債権から識別できる程度に特定されていれば足りるとした。ドイツの判例・学説においても、①法律がこれを禁じていないこと、②契約自由の原則が働く領域の事柄に属すること、③これを肯定すべき明白な取引上の必要性があることから、将来債権譲渡の有効性が肯定されている（竹内・前掲注（110）188頁参照）。

なお、平成10年10月から施行された債権譲渡特例法は、集散的、包括的な債権譲渡を円滑に行い、民法の対抗要件の使いにくさを解消するため債権譲渡登記という第三者対抗要件のための制度を設け、立法的解決により活用しやすい対抗要件が整えられ、債権の流動化等、広く資金調達のための債権担保化が図られることになった。しかし、この債権譲渡特例法ですべてが解決したわけではなく、従前の方式による集合債権譲渡の解決すべき問題が残されているようである。

(142) 河合伸一「第三債務者不特定の集合債権譲渡担保」金融法務事情1186号（1

を担保設定者に負わせるにとどめておく類型であり、契約後、たとえば毎月末日に、担保設定者がその月中に発生した目的債権の明細表を担保権者に交付して、同記載の債権を譲渡して担保に差し入れる⁽¹⁴³⁾。

①本契約型は、契約時に一括して債権を譲渡する形式の契約であり、契約時に対抗要件を具備することがもっとも担保権者にとって効果的であるが、集合債権譲渡契約は、他に取引の保証として提供する担保物を持たない取引の相手方に対し、信用供与をするための最後の手段として締結されることが多いため、契約時（設定時）に民法上の対抗要件を具備すると、譲渡人の信用不安が惹起されるリスクがある上、危機状態が発生するまでは譲渡人に個々の債権の取立、費消を認めて営業を継続させる必要があるため、対抗要件を留保するのが実務における大勢であった⁽¹⁴⁴⁾。これに対し、②停止条件型及び③予約型は、担保権の実行が必要な時期に、現存する個別債権について譲渡の効力を生じさせてその対抗要件を具備するというものである⁽¹⁴⁵⁾。

988年) 71頁参照。

(143) 「基本契約型」と呼ばれることもあるが、担保設定者が危機状態に陥ってから以降に発生する債権を担保に取り入れることは困難であり、実務的にもその例は少ないと思われるので、以下の議論においてはこの類型への言及は省略する。

(144) 対抗要件を留保することは、①すべての対象債権に個別的な通知の対抗要件を具備するとなると膨大な事務処理が必要であり、経費もかさむ、②対象債権は、譲渡人の業務が正常に継続する限りは、同人の取立と使用により消滅する運命にある、③対抗要件を具備すると譲渡人の取立に支障を与える可能性がある、④取引開始時に承諾を徴求しようとしても、まだ担保提供先が確定していないことが多く、第三者対抗要件としての有効な承諾が取得できない、⑤債権譲渡通知の発送により、譲渡人の信用を損なう危険がある、という点でメリットがあると指摘されている（巻之内茂「債権非典型担保の実務上の問題点」別冊NBL31号（1995年）176頁参照）。

もっとも、対抗要件を留保すると、それまでの間の二重譲渡の危険や債務者倒産時に対応しにくいこと、さらに、支払停止等の後に具備された対抗要件は、権利変動のあった日から15日を経過した後に悪意でされたものは否認できるとする破産法164条（旧74条）により、そのほとんどの場合が対抗要件を否認されてしまうといった欠陥がある。

(145) 権利移転の日から15日以内に対抗要件を具備すれば旧破産法74条1項による否認はできないとする最判昭和48年4月6日民集27巻3号483頁からすれば、当初から第三債務者に対する通知を発して対抗要件を具備することにより債

務者の信用不安を惹起するという弊害を避け、いざという時に対抗要件を具備しても破産法による対抗要件否認を回避することができるという点に魅力があるとして提唱された類型である（宮廻美明「将来債権の包括的譲渡予約と否認権の行使」法律時報55巻8号（1983年）117頁、梅本弘「集合債権担保に関する問題点」判例タイムズ510号（1984年）73頁参照）。もっとも、停止条件型、予約型は、本契約型で対抗要件を留保する形式と同様、債権回収のための手続を開始する時点（実行通知）までの間の一般債権者からの差押えや重複譲渡ないし重複担保設定の危険に備えることができず、信用不安が生じたときには債権担保の効力は実際にはなく、担保として機能しなくなるという危険性を最初からはらんだ担保契約という難点は免れないことになるが、上記のとおり、破産法上の対抗要件否認の対象とならないとするほか、債権譲渡担保の債権の流動性の実態に整合的であり、債務者の危機状態での担保である集合債権譲渡担保の効果に適合するなどの積極的な意義が認められるもので、広く実務において歓迎されている。

他方で、停止条件型、予約型の法形式を用いた契約について、危機状態に陥ったときに具備した対抗要件を破産法164条（旧74条）により否認することができるとする見解も有力になっている。すなわち、集合債権譲渡担保設定契約は独立した担保契約であって、停止条件型、予約型の契約締結時に非典型担保権が発生するものと理解し、債権質に関する民法364条を準用して条件付債権譲渡の確定日付ある包括的通知ないし承諾をもってこの集合債権譲渡担保設定契約の対抗要件とすることができ、契約日から15日以内にこの対抗要件を具備しなければ破産法により否認されるというものである（長井秀典「停止条件付集合債権譲渡の対抗要件否認」判例タイムズ960号（1998年）42頁、同「停止条件付集合債権譲渡と否認」金融・商事判例1060号（1999年）106頁参照。同見解の紹介と検討については、根本晋一「集合債権譲渡担保の理論と金融実務」日本法学67巻4号（2002年）197頁を参照）。現在、この見解を採用し、停止条件型、予約型であっても、担保設定者の危機状態になってから発送された債権譲渡通知について、旧破産法74条による否認を認める下級審判決も多くみられる（大阪地判平成10年3月18日金融法務事情1523号75頁、その控訴審である大阪高判平成10年7月31日金融法務事情1528号36頁、大阪高判平成10年9月2日金融法務事情1528号36頁参照）。

しかし、停止条件型、予約型の集合債権譲渡担保契約を特別な対抗要件を有する特殊担保として構成する上記のような見解は、本契約型集合債権譲渡担保との整合性や、担保目的以外の債権譲渡予約の予約完結・停止条件付債権譲渡の条件の成就の場合との整合性をいかに説明するのか、当初の契約で担保権者が取得するという権利の具体的内容は何かという点、前掲最判昭和48年4月6日判決との抵触の有無等、理論的問題がある（この問題に関する判例・学説の詳細な検討については、勝田信篤「集合債権譲渡担保の否認について」清和研究論集10号（2004年）63頁を参照）。

この点について、近時、最高裁は、支払停止等を停止条件とする集合債権譲渡について、旧破産法72条2号による否認権行使を初めて認めた（最判平成16年7月16日民集58巻5号1744頁参照）。同判決は、危機時期到来後に債権譲渡

集合債権譲渡担保は、法形式としては、あくまで債権譲渡を用いる非典型担保であり、形式的には担保権者に目的債権を譲渡するものの、正常な経営が続いている限りは、譲渡目的債権の管理、処分はこれを譲渡した担保設定者が行い、危機状態に至ってから担保権者がこれを管理、処分するというものである。このような管理処分権の帰属に関する法的構成は、集合債権譲渡担保の契約形式のうち、危機状態になるまで対象債権を担保権者に移転させない停止条件型、予約型においては問題にならない。また、本契約型であっても対抗要件の具備を留保している場合には第三債務者に債権譲渡を対抗できないから、譲渡人がその債権の取立をすることができるのは当然であり、やはり問題にならない。しかし、本契約型で譲渡について対抗要件を具備している場合は、実行通知がされるまで譲渡人が債権を取り立てて取立金の返還を要しないという実態を、いかに法的に構成するかが問題になる⁽¹⁴⁶⁾。

この点について、最高裁は、集合債権について担保権を取得し、実行段階に至るまでは債権の流出が予定され、実行手続に入った段階で現存する枠内

行為があったという一種の擬制を通じて、債権譲渡担保契約自体ではなく、危機時期到来後に生じた債権譲渡の効力を否定したものと考えられ（判決の分析及び新破産法との関係については、山本和彦「停止条件付債権譲渡と否認権」NBL794号（2004年）44頁を参照）、対抗力のある債権担保を設定するには正当な手続によるべきであり、対抗要件の具備を怠るならばその危険は担保権者が負うべきであって、技術的な解釈により法の目的を潜脱することは許されないとする最高裁のメッセージのようである（田原睦夫「停止条件付集合債権譲渡担保と否認権行使」金融・商事判例1197号（2004年）3頁参照）。そして、同判決は、停止条件型だけでなく、予約型についても射程が及ぶと考えられることから、これによって、対抗要件の否認の可否を考える以前の問題として、停止条件型、予約型ともに、債権担保の調達方法として完全にその命脈を絶たれたといえる（角紀代恵「停止条件付債権譲渡契約について破産法72条2項の危機否認を認めた事例」判例タイムズ1173号（2005年）107頁参照）。また、最高裁は、同判決から間もない時期に、同様の事実関係の事案において理論構成及び結論を同じくする判断を示した（最判平成16年9月14日判例時報1872号64頁参照）ことからすれば、これは、ほぼ確定した判例となったといえることができる（吉田光寿「支払停止等を停止条件とする集合債権譲渡と否認権行使」銀行法務21・641号（2005年）24頁参照）。

(146) 三村・前掲注(139) 216頁参照。

の債権について優先権を主張し得るとの効果が期待される集合債権譲渡担保契約のうち、その本契約型の法的構成について、法形式に沿った債権譲渡の効果が発生しており、担保権実行通知まで担保設定者への取立権の留保という担保目的による制約は、譲渡契約とは別個の譲渡当事者間の内部的合意でその当事者間を規律するにすぎないとの構成を示し⁽¹⁴⁷⁾、担保設定時の譲渡通知の効力につき、目的債権は担保設定者から担保権者に確定的に譲渡されていることを肯定し、担保権者に帰属した債権の一部について担保設定者に取立権限を付与し第三債務者にその行使への協力をした場合にも、第三者対抗要件の効果を認め、ここに判例法理を確立した⁽¹⁴⁸⁾。

そうすると、集合債権譲渡担保のいずれの契約類型においても、担保権実行前の段階では、担保設定者に取立権を付与するなど発生した債権を取り立てることができる措置が講じられているのが一般的であり、個々に発生し、かつ、弁済により消滅していく債権のうち、結局、担保権者が把握する担保価値は、担保権実行の時点で現実に存在している債権の残高であるということが出来る⁽¹⁴⁹⁾。したがって、集合債権譲渡担保にあつては、集合物概念を媒介とした集合動産譲渡担保とは異なり、現象的には将来債権を一括して担保に供するようみえても、法律的には個々の債権について譲渡担保を設定するという構成が採られていると解するのが相当である⁽¹⁵⁰⁾。

(147) 最判平成13年11月22日民集55巻6号1056頁参照。

(148) 宮川不可止「集合債権譲渡担保の効力」NBL770号(2003年)48頁参照。債権が担保設定者から担保権者に移転したと取立権が担保設定者にあることが矛盾なく説明できる以上、取立権が担保設定者にあることを記載した債権譲渡通知であっても、第三者対抗要件としての効果を否定されることはない(角・前掲注(15)77頁参照)。

(149) 東京高判平成16年7月21日金融法務事情1723号43頁参照。集合債権譲渡担保の特質は、「債権群」が譲渡担保の目的物である点にみられるが、「債権群」を全体として1個の債権と観念することは困難である(伊藤進「集合債権の譲渡担保と権利の実行」金融・商事判例737号(1986年)78頁、椿・前掲注(113)80頁参照)。

(150) 角紀代恵「流動債権譲渡担保」法律時報73巻11号(2001年)24頁参照。集合動産譲渡担保において集合物概念を採るメリットは、対抗要件具備の時期を最

6 集合債権譲渡と集合債権譲渡担保との区別の基準

集合債権譲渡担保の法的構成について、上記のような考え方を前提とすると、集合債権譲渡担保は個別債権譲渡担保の束として捉えられるため⁽¹⁵¹⁾、集合債権譲渡と集合債権譲渡担保とを区別する基準としては、債権譲渡と個別債権譲渡担保とを区別する基準と同様に、清算法理の確立に起因する譲渡人についての清算請求権の存否という点に求めるべきである。

第4節 滞納処分における倒産隔離の基準の再考

1 被担保債権重視説及び総合考慮説の評価

第1節で述べた滞納処分における財産の帰属認定の基準は、資産流動化スキームにおいて滞納処分の対象となる財産をどのように把握するかという場面にも同様に妥当すべきものである。ただし、資産流動化取引には、通常の利用に比べると、オリジネーターによる流動化対象資産に対する管理権限の保持やスキームにおける信用補完の措置といった固有の特色が認められることから、この特色に相応する責任財産の帰属認定の基準を再構成する必要があるものというべきである。

ところで、第1章第2節で述べた倒産隔離の基準についての議論は、オリジネーターが倒産状態に陥った場合を想定した民法上ないし倒産法上の要請に基づくものであるが、オリジネーターが国税を滞納した場合の流動化対象

初に担保を設定した時点で固定化できることにあるが、集合債権譲渡担保においては、未発生将来債権についても担保に取り、それについて現時点で対抗要件を具備することが認められることから、あえて集合物概念類似の考え方を採る必要はない（道垣内・前掲注（114）338頁参照）。そのため、集合債権譲渡担保は、実質上は、個々の債権を離れた債権群が有する総体としての価値支配を目的としながら、形式上は、個々の債権を担保の目的としており、実質と形式が乖離した状態にあるといわれる（角紀代恵「確定日付ある証書による第三債務者に対する流動債権譲渡担保の設定通知について第三者対抗要件としての効力を否定した事例」判例評論504号（2001年）21頁参照）。

(151) 角・前掲注（104）84頁、道垣内・前掲注（114）344頁参照。

資産の帰属認定は、オリジネーターが倒産状態にあるか否かにかかわらず、国税徴収法上の要請に基づいて徴収職員が適正に行うべきものである。この場合においても、オリジネーターについて倒産手続が開始したときと同様の倒産隔離の実現の成否が問題となるのは当然であるが、より直接的には、滞納処分の対象となる財産の帰属認定が問題となることから、従来、倒産隔離の議論において主として争われてきた「売買か担保か」という観点のみではなく、「滞納者に帰属する財産といえるか」という観点からも倒産隔離の基準を再考し、その実質的要件を明らかにすることが必要になる。

そうすると、滞納処分における倒産隔離の基準の考察としては、担保であるかどうか、被担保債権が存在するかどうかではなく、実質的な所有権がオリジネーターにあるかどうかという点が重要であり、さらに、1つの取引が売買的要素も担保的要素も共に含むという資産流動化取引に特有の状況の下では、被担保債権の有無によりオール・オア・ナッシング的な判断をしようとする被担保債権重視説よりも、より柔軟な解釈のできる総合考慮説の枠組みに依ることが相当であるというべきである⁽¹⁵²⁾。

2 総合考慮説における各要素の当否

前述のとおり、倒産隔離の基準としての総合考慮説は、資産流動化・証券化取引を構成する各種の要素を基にして真正売買性を判断しようとする試み

(152) 勝田・前掲注(57) 51頁参照。もともと、担保、特に譲渡担保という構成自体、債権者の丸取りを防ぐために、被担保債権を多少強引に創生してきた歴史がある。また従来は、譲渡人、譲受人及び管財人の利益調整を考えればよかったが、今後はこれに投資家という新たな利益主体が加わる。さらに、後述のとおり、オリジネーターとSPVは至極密接な関係にある。これらにみられるように、資産流動化取引は、従来とは場面が異なっているのであり、新しい議論を創設していくことも大切といえる。

また、鈴木・前掲注(63) 125頁注19は、被担保債権や担保目的物の存在により資産流動化が担保取引として認定されることと、流動化対象資産に対する権利が別除権や更生担保権として取扱われることとは別の問題であり、物上保証の場合を例にして、被担保債権の存否と財産の帰属の判断とは区別して議論すべきであるとする。

であるが、ここでは、滞納処分における倒産隔離の基準を再考する前提として、総合考慮説で売買と担保とを区別するメルクマールとされる各種の要素の当否を検討する。

(1) 当事者の契約意思ないし合理的意思について

当事者の意思は、私人間の取引から生じる法律関係である以上決定的に重要な要素であり、一般的には重視されるべきであることは当然である。しかしながら、資産流動化・証券化取引の場合、仕組みが複雑で当事者の意思の探求が容易でないことが通常である上に⁽¹⁵³⁾、その仕組みはオリジネーターサイドが作っていて、契約の相手方であるのはオリジネーターサイドによって仕組みを作り出された器ないし導管であるSPVであることから、その意思を重視することにはなお疑問が残るものといわざるを得ない⁽¹⁵⁴⁾。

契約書に「売買」ないし「債権譲渡」と書かれているからといって、そのままの法的効果を認めるのは問題があるというべきであり、資産流動化・証券化では、一定率までオリジネーターに対してリコースが請求できる等の信用補完措置が採られていることが通常であるし⁽¹⁵⁵⁾、オリジネーターがサービサーを兼務してそのまま回収業務を継続する上、回収が進んで残余資産（残余債権）の残高が減少すると、回収費用に比して回収額が多くないため、クリーンアップ・コールと称してオリジネーターが残余資産を買い戻すことも多く、SPVが実質的には実体のない組織であることまで考慮すると、全体的な考察としては、資産流動化・証券化取引を譲渡担保による資金調達と捉え得る場合があるものといえる⁽¹⁵⁶⁾。

(153) 小林・前掲注(19) 426頁参照。

(154) 高見・前掲注(47) 127頁参照。

(155) 債権流動化においては、オリジネーターによる一定部分の貸倒損の負担や想定される負担額相当分の割引、あるいは当該負担部分についての担保としての譲渡というような工夫がなされることが多く、このようなオリジネーターのリスク負担をリコースという（大垣・前掲注(1) 141頁参照）。

(156) 法制化調査・前掲注(43) 56頁参照。なお、アメリカの裁判例では、契約書上

(2) 譲渡対象資産の特定性の程度について

売買であれば、買主は目的物の特定をすることで自己の権利を確定するはずであり、逆に特定性が緩やかであれば、担保としての譲渡であることを推認させ⁽¹⁵⁷⁾、そもそも譲渡の対象が特定しない限り譲渡の対象である資産が移転することはあり得ない⁽¹⁵⁸⁾。

しかしながら、譲渡担保であっても、本来的には売買と同じ程度の特定が要求されることを考えると⁽¹⁵⁹⁾、譲渡対象資産の特定性は両者に共通の要素であるとするのが相当である⁽¹⁶⁰⁾。

(3) 対抗要件の具備について

前述のとおり、資産流動化・証券化スキームにおいて、真正売買か譲渡担保かの区別が問題になるのはオリジネーターの倒産時であり、管財人やDIP型の債務者は第三者にあたと解するのが一般であることから⁽¹⁶¹⁾、対抗要件を具備していなければ、オリジネーター倒産の場合に、SPVに代表される投資家側は真正売買の主張ができなくなる。また、対抗要件を具備していなければ、譲渡担保の主張も困難であり、一般債権者と取り扱われるリスクさえ十分ある。さらに、オリジネーターの危機時期に対抗要件を具備しても、対抗要件自体が否認されて（破産法164条、会社更生法88条、民事再生法129条）、結局、有効な対抗要件がないことになって真正売買どころか譲渡担保の主張までもできなくなるおそれもある⁽¹⁶²⁾。したがって、対抗要件を具備する必要性は、売買でも譲渡担保でも同様と

の文言を重視するよりも、取引を取り巻く事実と事情を検討し、当事者の真の意図を導き出そうとする考え方が主流のようである（勝田・前掲注（57）40頁参照）。

(157) 田中・前掲注（66）43頁参照。

(158) 櫻井・前掲注（46）79頁参照。

(159) 高見・前掲注（47）128頁、法制化調査・前掲注（43）51頁参照。

(160) 小林・前掲注（19）424頁参照。なお、特定性の程度の問題については、勝田・前掲注（74）266頁を参照。

(161) 管財人の法的地位をめぐる議論状況については、小林秀之＝山田明美「SPCの倒産隔離のための一方策」資産流動化研究Vol. V（1999年）58頁を参照。

(162) 法制化調査・前掲注（43）58頁参照。

なる⁽¹⁶³⁾。

なお、対抗要件の具備なくして真正売買の主張ができないことから、民法467条が、債権譲渡の対抗要件として債務者への通知又は債務者の承諾を要求しているため、債務者が多数存在する債権流動化スキームでは手続の手間及び費用の負担が重く、実務上の困難が生じていたところである。これを救済するため、特定債権法では、リース・クレジット債権の譲渡について、第三者対抗要件及び債務者対抗要件を公告のみによって具備することが可能となり、ついで、債権譲渡特例法では、法人がなす金銭債権の譲渡について、債権譲渡登記ファイルへの登記による簡易な第三者対抗要件が認められることになった⁽¹⁶⁴⁾。

(4) 譲渡価格の均衡性・妥当性について

譲渡される資産の価値に比べて譲渡代金の方が少額の場合、資産の価値に担保掛目を乗じた結果である可能性があり、公正な市場価格との開差は売買としての合理性を欠くことから、差額清算義務を認め担保的構成につながってくる⁽¹⁶⁵⁾。したがって、真正売買性が認められるためには、その対価は公正な市場価値を反映したものでなければならない⁽¹⁶⁶⁾。

しかしながら、一般に資産の価値を厳密に判定するのは困難であり、また、譲渡価格決定のメカニズムには当事者間の種々の個別的事情が影響してくることから、譲渡価格が公正な市場価値から大きく乖離していない限り、譲渡担保とは認定しにくいといえる⁽¹⁶⁷⁾。

(163) 高見・前掲注(47) 128頁、小林・前掲注(19) 424頁参照。なお、対抗要件を具備する時期の問題については、勝田・前掲注(74) 268頁を参照。

(164) 法制化調査・前掲注(43) 58頁参照。

(165) 田中・前掲注(66) 43頁、小林・前掲注(19) 426頁参照。

(166) 法制化調査・前掲注(43) 60頁参照。

(167) 櫻井・前掲注(46) 80頁、小林・前掲注(19) 427頁参照。資産価値と代金の均衡それ自体としては、売買にせよ担保にせよオリジネーター倒産の際の否認権行使において問題となる事柄であるが、かけ離れた譲渡代金が定められていれば、売買としての合理性を欠き、担保と判断される一要素となり得る(高見・前掲注(47) 128頁、勝田・前掲注(12) 257頁注129参照)。

(5) 買戻条件、償還条件、差替特約、リコース率等について

資産流動化・証券化スキームにおいては、組成した流動化商品の商品性を高め、あるいは当該商品について高格付を取得するため、各種の信用補完措置及び流動性補完措置が講じられることが多い⁽¹⁶⁸⁾。債権流動化のスキームにおける補完措置の代表的なものとしては、①オリジネーターによる買戻義務、償還義務、差替義務⁽¹⁶⁹⁾、②優先劣後構造⁽¹⁷⁰⁾、③立替払約定

なお、金銭債権については、従来、個別債権の元本の回収可能性を重視し、過去の貸倒実績率等の経験に基づく一定率を用いて貸倒見積額を算定してきたが、この方法による貸倒見積額は、債務者の状況を反映したものでもなければ、債権回収に伴うキャッシュフローを反映したものでもないことから、必ずしも債権の価値を適切に判定したものではなかった。このため、債務者が破綻した場合には、貸倒見積額の不足や見積方法の不十分さなどが指摘されてきたところである。そこで、平成11年1月に企業会計審議会により設定された「金融商品に係る会計基準」では、債権一般の貸倒見積額を適切に算定するために、債務者の財政状態及び経営成績等に応じて、債権を、①一般債権、②貸倒懸念債権及び③破産更生債権等に区分し、これに応じて、それぞれ貸倒見積額を、①については貸倒実績率法、②については財務内容評価法又はキャッシュフロー見積法、また、③については財務内容評価法で算定することとし、回収額主義に基づく精度の高い金銭債権の価値の判定を可能としている（広瀬義州『財務会計〔第5版〕』（中央経済社、2005年）191頁、花田重典「金融商品の評価及び会計処理」JICPAジャーナル12巻5号（2000年）35頁参照）。さらに、債権の流動化においては、流動化対象債権の譲渡価額を適正に評価するため、平成10年10月に日本公認会計士協会による報告書である「流動化目的の債権の適正評価について」が公表され、債権を正常債権と不良債権の2つに分類した上で、それぞれの評価方法が規定され、将来キャッシュフローの合理的な見積りに基づく精度の高い流動化目的債権の価値の判定を可能としている（久禮義継『流動化・証券化の会計と税務〔第2版〕』（中央経済社、2003年）176頁参照）。

- (168) 櫻井・前掲注(46)80頁参照。流動性補完とは、譲渡債権等について回収遅延が発生する場合において、流動化商品の償還及び利払いの期日に投資家に支払われるべき金額を、回収又は信用填補が実行されるまでの間確保する手当てをいう（大垣・前掲注(1)118頁参照）。なお、信用補完措置の一般的な意義については、注6を参照。信用補完の技術としては、内部的には超過担保の設定、優先劣後構造の採用等、外部的には全部保証、一部保証、第三者担保提供等の手法があり、流動性補完の技術としては、バックアップ・ライン、資産からのキャッシュフロー等の手法がある（大垣・前掲注(1)246頁参照）。
- (169) 原債務者が返済を怠った場合等の一定の条件が満たされたときに、譲渡債権を買い戻す、代金減額・代金一部払戻等の方法により償還に応じる、不良化した譲渡債

⁽¹⁷¹⁾、などが考えられる。

これらの補完措置が第三者ではなくオリジネーター自身によって講じられ、オリジネーターが一定のリコース率を負っている場合、譲渡対象債権が完全にSPVに移転していないのではないかとの疑念を抱かれかねない。他方、民法は、債権売買契約に付随して売主が譲渡対象債権の債務者の資力を担保することを肯認している（同法569条）⁽¹⁷²⁾。そして、上記①ないし③の各補完措置は、いずれも結果的にオリジネーターが原債務者の資力を担保するという効果が発生する約定であり、その担保責任の履行方法に差異があるにすぎないと考えられる⁽¹⁷³⁾。それゆえ、民法の観点からは、SPVへの資産譲渡を売買と判断することの妨げにはならないと思われる⁽¹⁷⁴⁾。

権を健全な債権と差し替える等の方法により、譲渡債権に生じた損失をオリジネーターが負担する義務を定めるものをいう（櫻井・前掲注（46）80頁参照）。

- (170) 原債務者の返済状況が悪化した場合に備えて、予め債権を余分に譲渡し、オリジネーター自身が譲渡債権に係る代金債権を劣後部分として保有するとの約定をいう（櫻井・前掲注（46）86頁参照）。なお、優先劣後構造の手法については、注14も参照。
- (171) 原債務者が返済を遅延した場合でも、流動性補完のためにサービサーであるオリジネーターが債務を立替払いするとの約定をいう（櫻井・前掲注（46）87頁参照）。
- (172) 債権の売主は、債権の存在については担保責任を負うけれども、債務者が債務を弁済するに十分な資力を有することまでも担保するものではない。しかし、売主が債務者の資力を担保する特約をした場合には、いつにおける債務者の資力を担保したか疑いを生ずることがあるので、民法は、i 売主が単に債務者の資力を担保したときには、契約の当時における資力を担保したものと推定し（同条1項）、ii 弁済期に至らない債権の売主が、特に債務者の将来の資力を担保したときには、弁済期における資力を担保したものと推定する（同条2項）、との規定を設けた。そして、資力担保の範囲は、担保された時期における債権額を標準とする（松坂佐一『民法提要債権各論〔第四版増補版〕』（有斐閣、1985年）107頁参照）。
- (173) 櫻井・前掲注（46）81頁参照。
- (174) 高見・前掲注（47）128頁参照。オリジネーターが負担するリコースの割合によっては、リコース付債権売買と債権譲渡担保とを区別することは非常に困難になることから、真正売買性に必要な条件として、リコース率が数値で示された一定の割合以下にあることを要求する考え方がある。この点については、椿寿夫ほか「座談会／債権譲渡担保から債権売買へ」金融法務事情1387号（1994年）86頁、小林秀之ほか「パネルディスカッション／信託を利用した資産流動化スキーム

(6) 取立権能あるいは取立事務の帰属について

債権売買においても、回収コストの観点に照らし、譲受人から第三者に取立委任をする必要性が認められ、その委任を受けた者が譲渡人であったとしても、その一事をもって当該譲渡が担保を目的としたものであると断定することには無理があると思われる。確かに、債権譲渡担保において、担保設定者たる債務者に債権の取立権を認めることと外観上は類似するが、両者の趣旨は異なるものであり、取立委任特約の存在が売買か譲渡担保かを判断する要素にはなり得ないといえる⁽¹⁷⁵⁾。

(7) 被担保債権の存在について

債権譲渡が売買を原因とするものであれば、被担保債権が存在しないことは当然であり、被担保債権が存在するのであれば、当該譲渡は当然に担保を原因とするものと判断される。したがって、被担保債権がおよそ存在しないことは、債権譲渡が売買であるための必要要件である⁽¹⁷⁶⁾。

(8) 受戻権及び清算義務について

受戻権及び清算義務は、譲渡担保ないし仮登記担保の担保物について認められるものであり、債権譲渡が売買を原因とするものであれば、これらが存在しないことは当然である。したがって、受戻権及び清算義務が存在しないことは、債権譲渡が売買であるための必要要件である⁽¹⁷⁷⁾。

(9) 会計上のオフバランス化について

の倒産隔離の観点からの考察」SFI会報23号(2001年)23頁、勝田・前掲注(12)187頁を参照)。なお、アメリカにおいては、リコースが損失のリスク移転という点で、真正売買性のもっとも重要な判断要素になっているが、同時に、売買か担保かの一般的な判断基準としては、①リコース条項があることが、必ずしも担保たる経済的取引実態を示す根拠とはならないこと、②どの程度のパーセンテージのリコースがあれば危険領域となるのか、明確な線引きが困難であることから、限界があることも知られているようである(青木・前掲注(57)144頁参照)。

(175) 濱田・前掲注(66)8頁、櫻井・前掲注(46)82頁、椿ほか・前掲注(174)85頁〔小野傑発言〕参照。

(176) 櫻井・前掲注(46)82頁、濱田・前掲注(66)8頁参照。

(177) 櫻井・前掲注(46)82頁、濱田・前掲注(66)8頁参照。

オフバランス処理が認められるか否かは、本来、会計上の独自の観点から判断されるべきものであるから、譲渡資産がオフバランスされている場合には常に売買であると断定できるものではないし、逆にオフバランスされていない場合であっても担保取引であると認定されるわけでもない⁽¹⁷⁸⁾。また、オフバランス化の有無の判断基準は、倒産隔離が実現されているかという点につけるものではないが、実務上、実質的には倒産隔離の成否が重要な判断要素になっているため、一種の循環論になるおそれがあるともいえる⁽¹⁷⁹⁾。

しかしながら、オフバランスされているか否かは、真正売買か担保取引かの客観的なメルクマールになり、第三者保護の観点からは重要なファクターである上に⁽¹⁸⁰⁾、法的判断と会計処理とで同様の問題に直面していて、既に会計処理の分野において確立した判断基準が整備されているのであれば、法的判断においても、その整備された基準を参考とする意義は大きいものと思われる。

(10) SPVの独立性について

前述のとおり、オリジネーターが倒産した際、SPVの有する流動化対象資産が譲渡担保にすぎなければ、当該資産は管財人の支配下に入り、SPVは、担保権者としての倒産処理による配当しか望めない。一方、真正売買として流動化対象資産の所有権が完全にSPVへ移転していれば、管財人の支配その他の影響は排除でき、オリジネーターの倒産に関係なく、その収益を完全に享受できる。そのため、SPVには、オリジネーターとは異なる全く別個の法人格として、所有権者としての権利を完全に取得することのできる独立性が必要となる。このSPVの独立性は、倒産隔離のための大前提であるといえる⁽¹⁸¹⁾。

(178) 櫻井・前掲注(46) 82頁参照。

(179) 高見・前掲注(47) 128頁参照。

(180) 法制化調査・前掲注(43) 52頁、勝田・前掲注(74) 288頁参照。

(181) 法制化調査・前掲注(43) 68頁参照。なお、法人格の形骸化によるSPVの法

この点、わが国の法制では、資産の流動化に関する法律で最低資本金の低額化はなされているが、なおオリジネーターが負担しているのが実情のようであり、また、わが国の実態としては、オリジネーターと関係の深い会社がSPVやサービサー等となって、1つのプロジェクトを実施することが多いようである。このように、オリジネーターの支配力が排除されていないときには、倒産隔離の実現に疑義が生じることになる⁽¹⁸²⁾。

3 倒産隔離の基準を再考する視点

前述のとおり、滞納処分による差押えの対象となる財産は、滞納者に帰属するものでなければならず、財産の差押えに際しては、徴収職員に財産帰属の実体的な判定が要請されている。この実体的な権利帰属は、前提となる事実の認定と当該事実関係に適用されるべき法令によって決定されるものであるが、資産流動化・証券化スキームにおいては、流動化対象資産の帰属認定を直接的に規律する法令は存しないことから、視野を広げて、資産流動化に影響を及ぼすものと思われる裁判例及び公表されている実務処理基準等を基礎として判断することが相当となる。

そこで、以下においては、①最も原初的な債権流動化の手法といえる手形割引について⁽¹⁸³⁾、学説及び裁判例を概観してその法的性質を分析し、②法的判断と会計処理は相互に密接に関連・依存していることから⁽¹⁸⁴⁾、既に整備されているオフバランス処理に関する会計基準を整理し⁽¹⁸⁵⁾、③金融資産

人格の否認については、第3章第3節を参照。

(182) 小林・前掲注(19) 428頁参照。

(183) 山本和彦「債権流動化と否認権」金融・商事判例1060号(1999年)172頁注4参照。

(184) 高橋・前掲注(1) 260頁参照。

(185) 法的判断と会計処理とは区別すべき問題であるとの指摘が有力であるが(瀬川・前掲注(12) 100頁、椿ほか・前掲注(174) 77頁〔小野傑発言〕参照)、実務的には、両者はほぼ平行な関係に立つ場合が多いと考えられる(高橋・前掲注(1) 194頁参照)。前述のとおり、オフバランスの有無は、真正売買性の客観的なメルクマールになり、また、会計上売却と認定されない限り、真正売買性が

の消滅を認識する権利支配移転の範囲に関する法人税の取扱いを考慮することにする⁽¹⁸⁶⁾。

4 手形割引とアセット・ファイナンス

(1) 手形割引の法的性質及び手形貸付との区別の要件

手形割引とは、手形所持人（割引依頼人）が、銀行その他の者（割引人）に、満期未到来の手形を裏書譲渡すると同時に、割引人より、手形金額から満期日までの利息（相当額）その他の費用を差し引いた金額（割引代金）を受領する形式の与信取引をいう⁽¹⁸⁷⁾。手形割引の主たる経済的機能は、商業手形の資金化である。すなわち、商人は、商人間において信用取引上の金銭債務の支払確保のために受け取った手形を、その支払期日前に裏書譲渡して割引代金を入手することにより、現金取引の場合と同様の流動性

見直されるリスクが生じることになって、法律上の真正売買性を決定するにあたっては、売却に関する会計基準が重要な判断要素となって法解釈に大きな影響を及ぼすことから（大沢和人「金融資産証券化にかかる債権売却の認定基準(上)」NBL 588号（1996年）41頁参照）、実務的な会計処理の側面からオフバランス化の判断基準を整理する意義は大きいものと思われる。なお、法律上の真正売買性と会計上のオフバランス化との関係については、i 両者を同義と捉える立場、ii 一方が他方の前提となると捉える立場、iii 両者の間に相関関係はあるが条件関係はないと捉える立場等がある（ワークショップ「会計上の負債と資本」金融研究23巻2号（2004年）8頁〔井上コメント〕参照）。

- (186) このほか、一般に、資産流動化・証券化取引は、流動化対象資産について特定物売買の法形式で行われることから、売買における所有権移転時期と関連して問題となる危険負担における債権者主義（民法534条1項）を制限する趣旨も参考になるものと思われる。すなわち、周知のとおり、危険負担においては、債権者主義の不合理性が強く批判されているところであり、その適用範囲を限定しようとする考え方は、売買における目的物の所有権移転の可否に影響を及ぼすものであることから、倒産隔離の基準を検討する際の手懸りになり得るものと考え（なお、田中幸弘「証券化金融取引の債権譲渡をみる視点(下)」NBL 511号（1992年）38頁に「債権売買における危険負担」とあるのは同趣旨であろうか）。
- (187) 大隅健一郎『手形法小切手法講義〔新版〕』（有斐閣、1989年）108頁参照。手形割引という用語は、実務上形成された概念であり、明確な法的定義はない（銀行法10条1項2号参照）。

を確保することができる⁽¹⁸⁸⁾。

この手形割引の法的性質については、理論上、消費貸借説と手形売買説の争いがある⁽¹⁸⁹⁾。消費貸借説は、割引人の意思は金銭を貸し付けることにあり、割引依頼人と割引人の間には手形外の金銭消費貸借契約が締結され(民法587条以下参照)、手形の裏書はこの原因関係上の債務の支払のためになされる(支払確保又は担保目的)と解する。割引依頼人は、手形関係としての裏書人の償還義務のほか、金銭消費貸借契約上の債務として借入金の返済義務を負担し、割引料は貸付利息となる。これに対し、手形売買説により手形割引を定義すると、それは手形金額から割引料を差し引いた金額を代金として支払うことを約して、満期未到来の手形の裏書譲渡を受けるものとなる(民法555条参照)。売買説からは、割引依頼人と割引人の間には、裏書による手形関係が生じるだけであり、金銭消費貸借契約その他の信用取引関係(原因債務)は生じない。割引依頼人は割引人に対して、手形不渡の場合に裏書人として償還義務を負担するにすぎないのである⁽¹⁹⁰⁾。

(188) 森本滋「手形法小切手法の理論と実務〈第15回〉約束手形の裏書(3)」法学教室201号(1997年)82頁参照。手形割引により、支払期日前の代金回収が制度的に可能となり(商業信用の銀行信用への置換)、手形制度は商人間の信用取引を助長する。この関係で、金融機関が安んじて約束手形を割り引くことができることを主要な目的として、手形の譲渡及び権利行使を簡易かつ円滑確実にする制度が設けられている。

(189) このほか、混合契約説や無名契約説と呼ばれる見解もある。学説の詳細については、濱田一顯「手形割引理論の研究」法と政治1巻1・2号(1949年)1頁、西原寛一「手形割引」鈴木竹雄=大隅健一郎編『手形法・小切手法講座Ⅲ』(有斐閣、1965年)296頁を参照。

(190) すなわち、手形売買説と消費貸借説との差異として、手形割引を手形の売買であると解すると、割引依頼人と割引人との間に特約がない限り、割引人は手形が不渡になって遡求権が発生した時にはじめて割引依頼人に対する権利を取得するにすぎないのに対して、手形割引によって消費貸借が成立すると解すると、割引人は手形割引をした時点で即座に消費貸借上の権利を取得することになる(鈴木竹雄(前田庸補訂)『手形法・小切手法〔新版〕』(有斐閣、1992年)277頁注16参照)。

なお、会計処理上は、売却処理説と借入処理説との対立であらわれ、割引依頼人

手形割引の法的性質を論じる主な実益は、1つは、割引料に利息制限法2条の適用があるかという問題であり、もう1つは、金融機関に対する預金者の債権が差し押さえられ又は預金者が破産した場合において、金融機関が手形割引に基づく債権をもって対抗できるかという問題であるが⁽¹⁹¹⁾、手形割引がいかなる法的性質を有するかは、結局において、その取引の実態、当事者の意思解釈によって決せられるべきものといえる⁽¹⁹²⁾。しかしながら、手形割引を売買とし、手形貸付を消費貸借とする通説によれば⁽¹⁹³⁾、

の立場からは、売却処理説が、手形割引時に資産の消滅を認識するのに対して、借入処理説では、割引時には負債を計上し、手形決済時に至って負債の消滅とともに資産の消滅を認識することになる（寺坪修「手形割引の会計処理」税経通信56巻7号（2001年）28頁参照）。

- (191) このほか、手形売買説と消費貸借説との間で取扱いに差異の生ずる余地のある法的問題として、i 期限の利益喪失約款の適用の有無、ii 相殺の場合の手形交付の要否、iii 利得償還請求権の成否が説かれている（鈴木禄弥＝庄子良男「各種の貸付取引の法的構成」鈴木禄弥＝竹内昭夫編『金融取引体系4巻』（有斐閣、1983年）251頁参照）。
- (192) 瀬戸正二「信用組合に対し第三者振出の約束手形を裏書交付し割引金を受領した取引が消費貸借と認められた事例」『最高裁判所判例解説民事篇昭和41年度』（法曹会、1970年）104頁参照。
 なお、後述する国対三菱銀行事件を契機として全国銀行協会連合会が昭和37年に制定した銀行取引約定書ひな型6条では、手形売買説を前提とした上で詳細な取決めがなされているため、手形割引の法的性質をどう解するにせよ、実務上の取扱いに差異を生ずることはなくなっている（鈴木＝庄子・前掲注（191）252頁参照。なお、同ひな型は平成12年に廃止され基本的な留意事項を示すのみに改められた）。
- (193) 学説上は、手形売買説が通説であるが（鈴木禄弥編集『新版注釈民法(17)』（有斐閣、1993年）340頁〔中馬義直〕参照）、実務上は、消費貸借説が有力に主張されてきた（堀内仁『銀行実務講座5巻貸付整理』（有斐閣、1956年）66頁、鈴木正和「実務からみた手形割引の法的性格について(下)」金融法務事情105号（1956年）13頁、安武政俊「手形割引は消費貸借説が妥当」金融法務事情163号（1958年）11頁参照）。また、手形の振出人など署名者の信用を中心としていれば売買であり、割引の依頼者の信用で貸出をしていれば消費貸借とする学説も強力に主張されており（高窪利一『手形・小切手法論』（文久書林、1981年）283頁、木内宜彦『手形法小切手法〔第二版〕』（勁草書房、1982年）328頁参照）、手形割引を売買として断定的に取扱うのではなく、依頼人の信用に依存しているかどうかによって個別的な意思解釈として消費貸借とみる余地も存在している（大野正道「手形割引と金銭消費貸借契約の存否」ジュリスト

手形に関する金融取引が手形割引であるか手形貸付であるかを見分ける基準が定められることが望ましい⁽¹⁹⁴⁾。

この点についての裁判例の立場を、銀行取引における手形割引と銀行取引以外における手形割引とを区別して概観すると次のとおりである⁽¹⁹⁵⁾。

まず、銀行取引の場合は、詳細な約定書によって周到に債権保全の法的対策を講じて割引取引に臨んでいる。この代表的な裁判例としては、滞納処分による預金の差押えと割引手形の買戻請求権による相殺の効力が問題となった国対三菱銀行事件があり、その第一審及び控訴審は手形売買説を採用した⁽¹⁹⁶⁾。他方、銀行による手形買戻請求権と預金債権との相殺の適

872号(1986年)91頁参照)。

ドイツにおいても、手形割引の法的性質をめぐって、わが国におけると同様に、それが売買であるか消費貸借であるかという争いがあるが、通説・判例とも、手形の売買であると解している(高木正則「手形割引の法的構成に関するドイツにおける理論の展開」保佐昭一先生古希記念『企業社会と商事法』(北樹出版、1999年)235頁、田中誠二「手形割引の法的性質についての比較法的考察」『商事法研究』(千倉書房、1966年)199頁参照)。

- (194) 柳川俊一「手形割引の法律問題」金融法務事情629号(1971年)13頁注参照。
- (195) 田邊光政「商業手形割引と金銭消費貸借」金融法務事情1331号(1992年)23頁、神田秀樹「手形割引の法的性質」別冊ジュリスト144号(1997年)184頁参照。
- (196) 京都地判昭和32年12月11日下民集8巻12号2302頁及び大阪高判昭和37年2月28日高裁民集15巻5号309頁参照。控訴審は、手形割引においては、割引依頼人と関係のない第三者が支払義務を負担し、その者に対する手形上の債権を化体する手形を裏書譲渡し、手形債権そのものを移転することにより割引代金を取得することを契約の要素とするものであって、その行為は手形裏書の実質関係たる意味を持つものであるが、その性質は、原則として手形の売買と解するほかないと判示した。

この事件を契機として、手形割引の法的性質がはなばなしく議論されることになったといわれている(神田・前掲注(195)184頁参照)。この点について、田邊・前掲注(195)22頁は、手形売買説は、典型的な銀行取引を念頭に置いた議論であるが、手形の売買ならば、手形自体の価値、したがって手形上の主たる債務者の信用が前面に出るべきであるのに、銀行は、手形割引に際し、割引依頼人について貸付同様の慎重な審査を行い、むしろ割引依頼人の信用を重視して取引に応じていることに鑑み、手形割引取引の現実及び銀行取引約定書に基づく当事者の法律関係を直視して判断すると、手形割引取引を手形の売買と捉えることには疑問が生

否が問題となった事件で、最高裁は、手形割引は信用供与を目的とするものであって、手形をそれ自体独立の価値ある商品として売買することを目的とするものではないと判示している⁽¹⁹⁷⁾。また、信用組合による手形割引に係る貸金債権と滞納処分により差し押さえられた預金債権との相殺が問題となった事件で、最高裁は、第三者振出の約束手形を裏書譲渡し割引金を受領した取引が消費貸借であると認めている⁽¹⁹⁸⁾。なお、下級審判決は、手形売買説に立つのが主流である⁽¹⁹⁹⁾。

つぎに、銀行取引以外の場合には⁽²⁰⁰⁾、金融業者が満期に支払呈示した

じると指摘し、そこで、銀行が現実に行っている手形割引は、割引代金相当額についての消費貸借がなされているとの説が唱えられたとする。これに対し、我妻栄ほか「銀行取引セミナー〈商業手形第5回〉」ジュリスト263号(1962年)98頁〔加藤一郎発言〕は、手形割引の実体的な本質をみて消費貸借説が唱えられてきたのではなく、国対三菱銀行事件において、滞納処分による差押えに対抗するために考え出されたような印象があると指摘する。

- (197) 最判昭和46年6月29日裁判集民事103号293頁参照。判旨は、銀行が行う手形割引は、通常、銀行が割引依頼人に対し、広い意味で信用を供与するための手段として行っているものにほかならず、割引手形をそれ自体独立の価値ある商品として買い受けることを目的とするものではないことは公知の事実であり、割引手形上の債務者に信用悪化の事態が生じ、将来その手形の支払に不安がある場合には、それが手形振出人について生じた事由であると、割引依頼人について生じた事由であるとを問わず、銀行取引約定書にその旨を明文で規定していなくても、事実たる慣習による手形買戻請求権を肯定し得るとする。
- (198) 最判昭和41年3月15日民集20巻3号417頁参照。判旨は、信用組合に第三者振出の約束手形を裏書譲渡し、割引代金の名で金員を受領した場合であっても、割引の都度当該金員を貸し付けたものとする特約があり、組合は振出人の資力を十分調査し、手形の実質上の価値を見定めて割引料を定めることをせず、むしろ割引依頼人の資力に重きを置き、これを信用して一律に一定の割引率で割引に応じており、不渡の場合でも振出人の責任を追及せず、当事者としては手形を買い取るという考えは薄く、むしろ割引依頼人に一定期間手形金額に相当する金員を利用させる考えであった等の事情のもとにおいては、当該手形割引は消費貸借と解すべきとする。
- (199) 前掲国対三菱銀行事件判決のほか、大阪高判昭和38年4月11日高裁民集16巻4号218頁、大阪高判昭和41年4月18日判例時報463号54頁、比較的近時のものとして、破産債権確定請求に関する大阪高判平成10年4月24日判例時報1660号128頁参照。
- (200) 銀行(規制金融機関)以外で信用の供与ないし融資業務を行う金融業者、さらに

が支払を拒絶された割引手形の手形金を請求した事件で、最高裁は、手形割引は手形の売買たる実質を有するとして、これに利息制限法の適用はないと判示している⁽²⁰¹⁾。しかし、下級審判決の中には、当事者が手形割引と呼んでいた場合であっても、利息制限法の適用を考慮し、広く消費貸借を認める傾向にある⁽²⁰²⁾。

消費貸借と判断された裁判例を分析すると、個別具体的な事実に基づいて、手形貸付として金銭消費貸借の成立が認められているものであり、これを一般化することは困難な面があるが、その要件を抽出してみると、①割引人は割引依頼人の資力を信用して割り引いたのであり、振出人の信用

は、事業会社が取引先の金融の便宜のために行う手形割引の中には、約定が整備されていないことから、具体的な法的問題の解決との関連において、手形割引の法的性質の決定が問題となることがある（森本・前掲注（188）83頁参照）。

- (201) 最判昭和48年4月12日金融法務事情686号30頁参照。判旨は、本件手形の授受は手形自体の価値に重点を置いてなされたものであり、手形以外に借用証書の交付や担保の提供はなされなかったなどの事情のもとでは、本件各約束手形の授受はいわゆる手形の割引として手形の売買たる実質を有し、当該手形の授受に係る金員の交付は手形の売買代金の授受にあたるものであって、これについては利息制限法の適用がないとする。
- (202) 消費貸借としたものとして、東京高判昭和28年7月30日下民集4巻7号1047頁、名古屋高判昭和32年1月30日判例時報104号24頁、福岡高判昭和39年5月19日金融法務事情385号2頁、東京地判昭和46年3月31日判例時報666号86頁、東京地判昭和56年5月28日判例タイムズ465号148頁、東京地判平成2年5月14日判例時報1388号64頁参照。これに対し、手形売買としたものとして、大阪地判昭和29年8月13日下民集5巻8号1319頁参照。

この点に関して、銀行取引以外での手形割引は、銀行取引のように手形買戻請求権を特約で定める例は余り多くはないと思われる。少なくとも、裁判例にあらわれた事案では、割り引いた手形が不渡になると、金融業者は原因関係上の貸金債権か手形上の訴求権を行使している。前者の場合、金融業者の側で、手形割引の法的性質は金銭消費貸借であったと主張することになるが、利息制限法の適用は免れ難い。これに対して、手形割引の性質が売買であったと認定されると、金融業者のとり得る手段は訴求権行使に限られるが、利息制限法は適用されない。このような状況の中で、両当事者は自らに有利な法的構成を主張するとすれば、裁判例が取引の法的性質について一般論として示す基準を、各事案の類型を離れて額面どおりに受け止めてよいかは慎重に考える必要があるといえる（小塚莊一郎「手形割引と手形買戻請求権」法学教室204号（1997年）30頁参照）。

調査もしておらず、割引料も一律に一定の歩合であること、②割引人は振出人に対して支払のため手形を支払場所に呈示したこともなく、不渡りの場合でも振出人や裏書人の責任を追及していないことが挙げられる。そうすると、前述のとおり、銀行取引では、銀行取引約定書が手形割引を手形の売買とみる立場を前提とした規定を設けているため、割引の都度手形金額を貸し付けたものとする特約があることを金銭消費貸借と判断する要素に加えるならば、特約のない手形割引を消費貸借と解する余地はないが、銀行以外の取引では、上記①及び②の要件がある場合には、名目は手形割引であっても、実際は手形貸付として消費貸借の成立を認めてよいと考える⁽²⁰³⁾。

(2) アセット・ファイナンスとしての手形割引

手形割引の法的性質をさらにアセット・ファイナンスの観点からみてみると、前掲最判昭和48年4月12日は、手形の授受は手形自体の価値に重点を置いてなされたものであり、いわゆる手形の割引として手形の売買たる実質を有し、金員の交付は手形の売買代金の授受に当たると判示して手形売買説を採る一方、前掲最判昭和41年3月15日は、手形の銘柄のいかんを問わずに、一定率の割引料で割引していた事例につき、手形を担保とする消費貸借であると判示している。前者は割引手形自体の価値を重視した典型的な手形割引のケースであり、これに対して、後者は手形の価値よりも割引依頼人の資力を重視したケースであって、最高裁は、手形割引の法的性質が売買か消費貸借かという問題につき、手形の価値（第三債務者の資力）を重視した場合を売買とし、割引依頼人の資力を重視した場合を消費貸借としていると解される⁽²⁰⁴⁾。

このような最高裁の準則について、上記(1)で述べたような手形割引と手形貸付とを区別する要件に照らしてこの両者を比較して検討すると、手形

(203) 大野・前掲注(193) 92頁参照。

(204) 宮川・前掲注(148) 48頁、森本・前掲注(188) 83頁参照。

貸付は、実際には、額面小額のもの、手形期間の長いものなど手形支払人の資力が不確実な手形を担保にして資金調達を図る場合に利用されていて、手形貸付の法的性質は、手形を担保とする消費貸借であり、担保手形は裏書により譲渡担保として金融機関に譲渡されるものであることについては争いがなく、手形貸付では、担保掛目が設定されていることがその特徴となる。この担保掛目は、「第三債務者の支払リスク」と理解すべきであり、手形貸付では、この第三債務者の支払リスクに対して被担保債権額を上回る担保手形を確保している。手形割引では、第三債務者の支払リスクを割引料に反映させると、割引料は高額になりすぎるので、結果として、手形割引をすることができなくなる。

このことを前述の最高裁の準則に照らしてみると、第三債務者の支払リスクを基軸にして考察し、これを対価（交付する金員）に反映させて対処している場合が売買であり、担保掛目を設けるなどして被担保債権を上回る手形確保でこれに対処している場合が消費貸借かつ担保であると解するのが相当である⁽²⁰⁵⁾。

5 オフバランス処理に関する会計基準

(1) 主要会計基準における資産のオフバランス化の基本的な考え方

資産流動化・証券化取引においては、単純に資産を譲渡するのではなく、オリジネーターが流動化対象資産やSPVに対して、譲渡後も引き続き何らかのかたちで継続的に関与し、リスクや経済価値を留保するのが一般的

(205) 宮川・前掲注(148) 49頁参照。上記の最高裁の準則を指名債権譲渡の場合にあてはめると、譲渡目的債権の経済価値について、第三債務者の資力に期待しているときには、その性質は売買であり、債務者（譲渡人）の資力に期待しているときには、その性質は消費貸借ないし担保になる（宮川・前掲注(66) 82頁参照）。この点について、山本・前掲注(183) 172頁注4及び山本・前掲注(35) 45頁は、手形の信用力自体を重視する取引を売買とする判例（前掲最判昭和48年4月12日）などに鑑み、オリジネーターの過度の信用補完があるケースは譲渡担保と認定されるおそれが残るが、そのような事情がなければ、債権流動化は手形割引に比べてよりアセット重視の取引であり、売買と認定してよいとする。

である。こうした資産の譲渡取引に関する会計情報が、適切に投資家に対して提供されることは、流動化市場の発展にとっても極めて重要なことであるところ、会計の観点からは、オリジネーターが流動化対象資産やSPVに対して一定の関係を有する譲渡取引において、当該資産のオフバランス化を認めてよいのか、オフバランス化を認めるとしても、オリジネーターが引き続き留保しているリスクや経済価値をどのようにバランスシート上で認識すればよいのか、といった点が問題となってくる⁽²⁰⁶⁾。

現在、主要国の会計基準で採用されている資産のオフバランス化に関する基本的な考え方としては、大きく分けて、英国で採用されている「リスク経済価値アプローチ (risks and rewards approach)」と、米国及びわが国等で採用されている「財務構成要素アプローチ (financial component approach)」の2つがある⁽²⁰⁷⁾。以下、それぞれのアプローチの基本的な考え方及び譲渡資産に係る留保リスクや便益の認識のあり方についてみていく⁽²⁰⁸⁾。

(206) 宮田慶一「オフバランス化とリスク・経済価値の認識」企業会計56巻8号(2004年)18頁、秋葉賢一「金融資産の証券化とオフバランス化」証券アナリストジャーナル40巻10号(2002年)24頁参照。無条件の譲渡であれば、オフバランスすることに疑問の余地はない。なお、オリジネーターが譲渡後においても流動化対象資産やSPVに対して継続的な関与を行う場合の例としては、リコース、保証債務、譲渡人による回収サービス業務及び買戻契約、オプション契約等が挙げられる(原田昌平「金融資産・負債の発生および消滅の認識と会計処理」税経通信54巻5号(1999年)91頁参照)。

(207) このほかに、2003年12月に改訂された国際会計基準(IAS)39号が、公開草案段階で採用していた「継続的関与アプローチ (continuing involvement approach)」と呼ばれる考え方もある(茂木哲也「金融資産の証券化」企業会計56巻8号(2004年)30頁、秋葉・前掲注(206)25頁参照)。

(208) 宮田慶一「金融資産の譲渡の会計処理」金融研究23巻2号(2004年)50頁参照。オフバランス化は、対価と引き換えに当該資産の認識を止める(derecognize)ため、「認識の中止」、「消滅の認識」と呼ばれることがあるが、本稿では主としてオフバランス化という呼び方を用いる。

なお、オリジネーターにとって、流動化対象資産がオフバランス可能であるかどうかは、流動化スキームの成否に大きな影響を及ぼすものであるが、ほとんどのスキームにおいては、譲受人がSPVであることから、オリジネーターの個別財務諸

ア リスク経済価値アプローチ

英国における資産のオフバランス化の一般原則を定める財務報告基準（FRS）5号「取引の実質の報告」では、「すべての重要なリスクと経済価値」が移転することを資産のオフバランス化の基本要件として定めている⁽²⁰⁹⁾。これは、FRS 5号では、資産に内包するリスクと経済価値は1つの単位として不可分なものと考えられているためであり、この基本要件については、いくつかの例外規定が設けられているものの、基本的には1つの資産についてすべてオフバランス化（譲渡処理）か、すべて認識の継続（資金調達取引としての会計処理）か、というオール・オア・ナッシングの会計処理が求められることになる。こうした英国のアプローチは、リスク経済価値アプローチと呼ばれている。

リスク経済価値アプローチのもとでは、譲渡資産に対して譲渡人が留保リスクを有する場合、すべての重要なリスクと経済価値が移転されたか否かという観点から取引の実質が吟味され、オフバランス化が検討されることになる。たとえば、証券化の場合には、具体的には次の3点がオフバランス化の要件として示されている。

- ① 取引が独立した第三者間の公正な売買価額で行われること
- ② 取引が確定した対価で行われ、かつ、譲渡人が損失について明示又は黙示のリコース義務を負わないこと
- ③ 譲渡人は、証券化資産が期待以上の成果を生んだ場合、あるいは期待以下の成果しか生まなかった場合でも、利益を得たり損失を負ったりしないこと

表のみならず、連結財務諸表においても流動化対象資産の譲渡が真正売買として認められるとともに、SPVがオリジネーターの連結対象とならないことが必要となる（横田雅志「資産流動化に活用されるSPEの会計上の問題点」中央大学大学院研究年報商学研究科篇33号（2004年）122頁参照）。SPVの連結については、秋葉・前掲注（206）28頁を参照。

(209) FRS 5号は、後述する他の会計基準とは異なり、金融資産のみならず、すべての資産を対象にしている（宮田・前掲注（208）51頁注3参照）。

したがって、譲渡人が譲渡資産の劣後部分等の保有を通じて譲渡資産に係る重要なリスクと経済価値を実質的に有する場合や、買戻条件付譲渡において譲渡人が譲渡資産の価格変動リスクを引き続き負っているとみなされる場合などは、資産のオフバランス化が認められないことになる。さらに、譲渡資産に対して譲渡と反対方向の取引に係るオプション契約等が付されており、当該オプションが行使される蓋然性が高い場合には、やはりオフバランス化が認められない。そして、資産のオフバランス化が認められない場合には、譲渡資産に係る受取対価を借入金として負債計上することが求められる。

イ 財務構成要素アプローチ

米国財務会計基準書（S F A S）140号「金融資産の譲渡及びサービス業務、負債の消滅に関する会計」では、譲渡資産（全体あるいはその一部）に対する「支配」が移転した場合に、当該構成要素のオフバランス化を認めるという考え方を採っている。こうした米国のアプローチは財務構成要素アプローチと呼ばれている⁽²¹⁰⁾。

財務構成要素アプローチでは、譲渡資産に対する支配が移転したか否かという観点からオフバランス化の問題を判断するが、支配の移転を判定する基本的な単位としては、譲渡資産全体に加え、譲渡資産の一部の場合も認められている。すなわち、財務構成要素アプローチでは、譲渡対象資産自体を譲渡部分と非譲渡部分に分割して行う部分的な譲渡についても、譲渡部分の支配が移転している限りにおいて当該譲渡部分の

(210) 米国FASBは、1986年にはじめてオフバランスシート金融のディスクロージャーをデリバティブとともに取り上げ、1990年にはSFAS105号を公表した。その後、SFAS105号のオフバランス金融部分は、1996年のSFAS125号によって、またデリバティブ部分は、1998年のSFAS133号によって、それぞれ承継された。さらに、オフバランス金融部分は、2000年度公表のSFAS140号によって取り上げられ、SFAS125号は代替された（藤田・前掲注（3）12頁参照）。米国会計基準の変遷の背景については、吉田康英『金融商品会計論』（税務経理協会、2003年）18頁を参照。

オフバランス化を認めている。

この財務構成要素アプローチでは、支配の移転の要件として、次の3要件がすべて満たされることを求めている。

- ① 譲渡資産が譲渡人から隔離され、破産又は他の管財人の管理下でも、譲渡人及びその債権者が力を及ぼす範囲外にあると推定されること
 - ② 各譲受人が譲受資産を担保差入れ又は交換する権利を有しており、かつ、譲受人がそのような権利を行使することを制約したり、譲渡人にわずかと考えられる以上の便益を提供する条件が付されていないこと
 - ③ 譲渡資産をその満期前に買い戻す又は回収する権利及び義務を譲渡人に対し与える契約、または、クリーンアップ・コール以外の方法で一方的に特定の資産をその保有者から返還させる能力のいずれかを通じて、譲渡資産の実質的支配を譲渡人が維持していないこと
- したがって、譲渡資産に対して買戻条件やオプション等の付帯条件が付されており、譲渡人が譲渡資産に係る留保リスクや便益を有する場合についても、上記①ないし③の要件が検討されることになる。支配の移転が認められない例としては、譲渡人が譲渡資産に係る劣後受益持分を直接有するなどの理由から譲渡取引が法律上の真正売買に該当しない場合（要件①に抵触）、市場売却が容易でない譲渡資産に対して、譲受人が契約時点において行使される可能性の極めて高いプット・オプションを有している場合（要件②に抵触）、買戻条件付資産譲渡の場合（要件③に抵触）などがある。そして、支配の移転が認められない資産については、基本的には譲渡資産に係る受取対価を借入金として負債計上することが求められる⁽²¹¹⁾。そして、金融商品が構成要素に分解できると

(211) なお、譲渡人が譲渡資産に係る劣後受益持分を有する場合でも、真正売買となるような手当てがなされている場合には、上記①の要件が満たされ、支配の移転が認

いうことを前提に、支配の移転が認められた資産に付された付帯条件は、各構成要素ごとに新たに資産あるいは負債として、公正価値で認識することが求められている。

以上の財務構成要素アプローチの特徴を、リスク経済価値アプローチとの対比でみると、前者においては、i オフバランス化の要件として支配の移転を求めていること、とりわけ支配の移転が認められるための要件の1つとして、倒産隔離を求めていること、ii 金融商品を1つの単位として不可分のものではなく、その構成要素に分解可能であることを前提にしており、資産の部分的なオフバランス化を認めているほか、iii 支配の移転が認められた資産については、当該資産に付された付帯条件を各構成要素ごとに新たに資産あるいは負債として公正価値で認識することが求められていることが指摘できる⁽²¹²⁾。

(2) わが国における金融資産のオフバランス処理に関する会計基準の概要

金融資産の流動化スキームが実行される場合、オリジネーターの貸借対照表において流動化対象資産のオフバランス化が認められるか否かは重要な問題となるが、わが国では、従来、金融資産のオフバランス化に関する統一的な会計基準はなく、ローンパーティシペーションのように特定の金融取引に関する会計処理のみが基準化されていたり、慣行的に行われてい

められる。この場合、譲渡人は、譲渡資産のうち、劣後受益持分の公正価値に該当する部分以外の部分をオフバランスすることになる。また、譲渡資産に対し、譲渡人がコール・オプションを、あるいは譲受人がプット・オプションを有していても、実質的に上記②や③の要件が満たされている場合には、支配の移転が認められることになる（宮田・前掲注（208）54頁参照）。

- (212) 2つのアプローチの利点及び欠点については、吉田・前掲注（210）250頁及び254頁を参照。また、概念フレームワークとの関係で2つのアプローチを比較するものとして、藤田・前掲注（3）14頁を参照。なお、主要国の会計基準設定主体などをメンバーとするジョイント・ワーキング・グループ（JWG）が2000年12月に公表した基準案では、2つのアプローチの調整を図ることにより、共通的なアプローチの開発を試みている。この点については、小賀坂敦「認識及び認識の中止」企業会計53巻6号（2001年）37頁を参照。

る会計処理が混在する状態になっていた⁽²¹³⁾。しかし、近年における証券・金融市場の発達により、金融資産の流動化・証券化等高度な金融技術が急速に広まってきており、そこでは債権の部分譲渡や買戻義務を留保した譲渡のように金融資産を財務構成要素に分解して取引することが多くなってきている。そこで、1999年1月に企業会計審議会より公表された「金融商品に係る会計基準の設定に関する意見書」（以下「金融商品意見書」という。）と「金融商品に係る会計基準」（以下「金融商品会計基準」という。）では、そのような取引の実質的な経済効果を財務諸表に適切に反映させるため、財務構成要素アプローチに基づく金融資産の譲渡に係るオフバランス化の要件が定められた。これを受けて、実務上の取扱いの詳細については、2000年1月に日本公認会計士協会より会計制度委員会報告第14号「金融商品会計に関する実務指針（中間報告）」（以下「金融商品実務指針」という。）が、同年9月には「金融商品会計に関するQ&A」（以下「Q&A」という。）が公表された⁽²¹⁴⁾。

金融商品会計基準では、金融資産の流動化・証券化の進展を考慮し、金融資産の譲渡に係るオフバランス化は、上記のとおり財務構成要素アプローチによることとし⁽²¹⁵⁾、次の3つの要件のうちいずれか1つが満たされ

(213) 従来の会計処理の問題点については、原田・前掲注(206) 89頁を参照。なお、金融商品に対する取得原価主義会計の限界を論じるものとして、吉田・前掲注(210) 48頁を参照。

(214) 久禮・前掲注(167) 144頁、横田・前掲注(208) 124頁参照。金融商品会計基準の設定経緯については、若杉明「『金融商品』意見書の設定とその特質」企業会計51巻5号(1999年) 18頁、大塚宗春「金融商品会計基準の設定について」JICPAジャーナル12巻4号(2000年) 12頁を参照。なお、金融商品、金融資産及び金融負債の定義については、伊藤眞「金融商品の範囲、認識及び消滅」JICPAジャーナル12巻4号(2000年) 16頁を参照。

(215) 金融商品は契約に起因する将来キャッシュフローの集合体であり、キャッシュフローの分解及び合成の自在性が金融商品の特性であることを勘案すると、キャッシュフローとリスクの可分性を前提とする財務構成要素アプローチには合理性があり、また、リスク経済価値アプローチと異なり、財務構成要素アプローチは、会計上の結果が取引履歴に左右されないことから、複雑な金融商品取引にも対応できる利点がある(吉田・前掲注(210) 338頁参照)。

れば、そのオフバランス化を認めるとしている（第二. 二. 1）⁽²¹⁶⁾。

要件1：契約上の権利を行使したとき

要件2：契約上の権利を喪失したとき

要件3：契約上の権利に対する支配が他に移転したとき

上記のうち、資産流動化・証券化における譲渡資産のオフバランス化では要件3が問題となり、金融商品会計基準は、金融資産の譲渡に係る支配の移転の要件として、次の3つの要件をすべて満たすことを要求している（第二. 二. 1(1)(2)(3)）。

要件①：譲渡された金融資産に対する譲受人の契約上の権利が譲渡人及びその債権者から法的に保全されていること（権利の法的保全性）

要件②：譲受人が譲渡された金融資産の契約上の権利を直接又は間接に通常の方法で享受できること（権利の享受）

これに対し、2000年7月に日本公認会計士協会より、不動産流動化に係る会計処理についての実務上の問題点に対処するための会計制度委員会報告第15号「特別目的会社を活用した不動産の流動化に係る譲渡人の会計処理に関する実務指針」が公表され、不動産の売却の認識は、不動産が法的に譲渡されていること及び資金が譲渡人に流入していることを前提に、譲渡不動産のリスクと経済価値のほとんどすべてが他の者に移転した場合に当該不動産をオフバランスする方法、すなわちリスク経済価値アプローチによって判断することが妥当であるとされている（高橋秀法「特別目的会社を活用した不動産流動化の会計処理」企業会計52巻12号（2000年）18頁、秋葉賢一「資産の流動化における会計処理」債権管理93号（2001年）79頁参照）。また、2004年2月に企業会計基準委員会より公表された「不動産の売却に係る会計処理に関する論点整理」においても、これまでの会計慣行では、不動産の譲渡につきリスク経済価値アプローチの考え方が採られていると分析している。上記論点整理では、その理由として、i 不動産に係る権利の譲渡であること、ii リスクと経済価値が不動産の所有と一体化していること、iii 金融商品に比べて時価の算定が容易でなく流通性も劣ること等が挙げられている（宮田・前掲注（206）26頁注11参照）。

(216) 伊藤眞＝花田重典＝荻原正佳編著『金融商品会計の完全解説〔改訂5版〕』（財経詳報社、2003年）第4章、久禮・前掲注（167）145頁、荻茂生『証券化とSPE連結の会計処理』（中央経済社、2003年）217頁、福井聡「金融商品会計基準が資産流動化に与える影響」資産流動化研究Vol. VII（2001年）59頁参照。

要件③：譲渡人が譲渡した金融資産を当該金融資産の満期前に買い戻す権利及び義務を実質的に有していないこと（買戻権・義務の不存在）

上記要件①について、金融商品意見書は、譲渡人に倒産等の事態が生じても、譲渡人やその債権者等が譲渡された金融資産に対して請求権等のいかなる権利も存在しないこと等、譲渡された金融資産が譲渡人の倒産リスクから確実に引き離されていることが必要であるとしている（Ⅲ二2(2)①）。これを受けて、金融商品実務指針は、法的に保全されているかどうかを判断するには次の2つの点を考慮して行うべきとしている（31項、245項、246項）。

- i：契約又は状況により譲渡人は譲渡を取り消すことができるか否か
- ii：譲渡人が破産法、会社更生法、民事再生法等の下に置かれた場合、管財人が当該譲渡金融資産に対し返還請求権を行使できるか否か
（注・現行法制の下においては、第三者対抗要件を満たす場合に譲渡金融資産は法的に保全されているものとして取り扱われる）⁽²¹⁷⁾

また、上記要件②について、金融商品意見書は、譲受人が譲渡された金融資産を実質的に利用し、元本の返済、利息又は配当等により投下した資金等のほとんどすべてを回収できる等、譲渡された金融資産の契約上の権利を直接又は間接に通常の方法で享受できることが必要であり、譲受人が特別目的会社の場合には、その発行する証券の保有者が譲渡された金融資産の契約上の権利を直接又は間接に通常の方法で享受できることが必要であるとしている（Ⅲ二2(2)②）。金融商品実務指針は、譲受人に譲渡制限が付されていても、次のiないしiiiの場合には支配の移転が認められるとし

(217) なお、金融商品実務指針246項は、法的に保全されているためには債務者対抗要件も必要であるとしながら、現状では債務者対抗要件を満たす行為は一般的ではなく、手間も費用もかかることを考慮し、金融商品会計基準は法的保全として第三者対抗要件を想定していると解されることから、債権流動化の促進のため、債権譲渡特例法に基づく債権流動化取引においては、債務者対抗要件を満たしていない場合でも譲渡金融資産は法的に保全されているものとして取り扱うこととしている。

ていて(32項、249項)、Q&Aは、ivの場合も同様としている(9項)。

- i : 譲受人に最も有利な第三者からの購入の申込みと同一条件による譲渡人の優先的買戻権がある場合
- ii : 譲受人が譲受資産を売却又は担保差入れする際に、それが譲受人の不利益にならないか事前に譲渡人の承認を要する場合
- iii : 譲受人が譲受資産を多数の第三者に売却できる場合において、譲渡人の競争相手への売却が禁止されている場合
- iv : 特定債権法の小口債権につき省令に基づく譲渡制限がなされている場合⁽²¹⁸⁾

さらに、上記要件③について、金融商品意見書は、譲渡人が譲渡した金融資産を満期日前に買い戻す権利及び義務を実質的に有していることにより、金融資産を担保とした金銭貸借と実質的に同様の取引となるが、そのような取引については、売買取引ではなく金融取引として処理することが必要であるとしている(Ⅲ二2(2)③)。金融商品実務指針は、譲渡人に買戻権があっても、次のiないしiiiの場合には支配の移転が認められるとしていて(33項、250項)、Q&Aは、ivの場合も同様であるとしている(10項)。

- i : 譲渡金融資産が市場からいつでも取得することができるとき
- ii : 買戻価格が譲渡人の買戻時の時価であるとき
- iii : 買戻しがクリーンアップ・コールによるとき
- iv : 原債権の期限前償還やデフォルト等の限定された場合においてのみ買い戻すときで、かつ、買戻価格が譲渡価格から著しく低い価格でないとき⁽²¹⁹⁾

(218) 支配の移転の要件①は、譲渡人が譲渡資産を利用できないことを意図したものであるが、要件②は、譲受人が譲渡資産を自由に利用できることを意図したものであり、両者は表裏の関係にあるといえる(久禮・前掲注(167)155頁参照)。

(219) この場合の買戻しは譲渡人にとって不利な条件であり、実質的には買戻権ではなく買戻義務と考えられるため、譲渡によって生じた新たな負債として考えることになる。また、譲渡人にとって不利な条件でない時にのみ買い戻す場合には、権利行

(3) オフバランス化の要件としての倒産隔離

譲渡資産をオフバランス処理するための要件として、倒産隔離を求めるか否かは議論のあるところである⁽²²⁰⁾。たしかに、倒産隔離がなされていない場合、譲渡人の破綻に伴い、譲受人は譲受資産に係る便益を得ることができなくなるから、譲渡人から譲受人に対して譲受資産に係るリスクと経済価値のすべてが譲渡されているとはいえなくなる。しかしながら、倒産隔離が十分なされていないスキームにおける資産譲渡については、通常、譲渡人の倒産リスクを反映した譲渡価格が設定されており、譲渡人が引き続き留保するリスクと経済価値は、倒産隔離がある場合とそうでない場合の譲渡価格の差額として表せるはずである。そして、譲渡人は当該公正価値相当の負債を認識すれば足りるといえる。そうであるにもかかわらず、譲渡人からの倒産隔離がなされていない場合には、譲渡人の倒産リスクの違いを問わず、一切、譲渡資産のオフバランス化を認めないという会計処理は、譲渡人における過大資産及び譲受人における過小資産の認識という意味で、適切ではないように思われる⁽²²¹⁾。

この点、財務構成要素アプローチでは、倒産隔離を支配の移転の要件としたことについて、証券化市場において格付機関や投資家が、譲渡資産が譲渡人から法的に隔離されているか否かという点に大きな関心を有しているという市場慣行を指摘しているにすぎない (par. 152)。また、前述のと

使が限定した事象の発生した場合においてのみ行われること及び譲渡金融資産と同様の資産全体や特定された個々の債権を対象とするものでないことを条件として、支配の移転が認められない買戻権には該当しないことになる（久禮・前掲注（167）156頁参照）。

(220) 秋葉・前掲注（206）28頁注15参照。

(221) 宮田・前掲注（206）23頁参照。これに対し、金融資産及び金融負債に係る経済的便益の支配概念について契約に起因する法的権利又は法的義務に依拠する立場から、倒産隔離の確保は、譲受人による対象資産の支配を法的に裏付けるものであり、それは反射的に譲渡人における支配の喪失につながるものであって、譲渡人と譲受人との間での会計処理のミラーイメージを確保し、循環論に陥らないために倒産隔離の要件が必要となるとするものとして、吉田・前掲注（210）261頁を参照。

おり、支配の移転の要件として、財務構成要素アプローチと同様なオフバランスの考え方を採用しているわが国の会計基準では、債務者対抗要件の具備までは求めておらず、さらに、IAS 39号では、倒産隔離自体を求めている。このようにみると、財務構成要素アプローチ的な立場であっても、倒産隔離が絶対的な条件として考えられているわけではない⁽²²²⁾。

一般に、会計処理は、経済的実質優先（substance over form）の考え方に基づいて、法的形式としての事実（現象的事実）に従うのではなく、経済的実質としての事実（本質的事実）に従うべきであることから⁽²²³⁾、金融資産の実質が、法律上ないし契約上の権利義務によってどこまで規律されるのかが問題となるところである。

6 金融資産の消滅を認識する権利支配移転の範囲に関する法人税の取扱い

企業会計上の金融商品会計基準の導入に応じて、法人税法上も金融資産のオフバランスに関して、2000年6月発遣の「法人税基本通達の一部改正について（法令解釈通達）」において一定の取扱いが定められている。

すなわち、税務上も、会計上の取扱いと同様に、金融資産のオフバランス化は、①金融資産の契約上の権利を行使したとき、②権利を喪失したとき、または、③権利に対する支配が他に移転したとき、と認められるときに認識されるが、このうち、③権利に対する支配が他に移転したときとは、具体的にどのような要件が満たされればよいのかということが問題となる。

この点について、法人税基本通達2-1-44においては、大きく次の2つの要件を掲げ、いずれの要件も満たしている場合には、権利に対する支配が他に移転、すなわち金融資産の売却等による消滅があったものとして、その売却等に係る損益を計上することとしている⁽²²⁴⁾。

(222) 宮田・前掲注(208) 68頁参照。なお、JWGドラフト基準においても、オフバランス化について倒産隔離は求められていない（par. 3.35）。

(223) 寺坪・前掲注(190) 28頁、横田・前掲注(208) 122頁参照。

(224) 奥田芳彦編著『法人税基本通達逐条解説〔三訂版〕』（税務研究会出版局、20

まず、1つめの要件は、金融資産の譲受人は、次の点を満たすことにより、その金融資産に含まれている将来の経済的利益を実質的にすべて享受することができるなど譲り受けた金融資産の契約上の権利を実質的な制約なしに行使できる状況になっていることであり、他方、譲渡人は、その金融資産から生じるいかなる理由による損失についてもリスクを負わないことになっていることである。

- i : 譲受人に債務不履行等の事実が発生したことを理由とする場合は別として、譲渡人が契約又は自己の自由な意思によりその譲渡を取り消すことができないこと
- ii : たとえば、譲渡人が破産法、会社更生法等の下に置かれた場合に、その管財人等がその譲渡した金融資産の返還請求権を行使できないというように、譲渡された金融資産が譲渡人の倒産等のリスクから確実に引き離されていること

なお、この場合の「譲受人が、譲り受けた金融資産に係る権利を実質的な制約なしに行使できること」の要件については、その権利の移転について法的な第三者対抗要件を完全に具備していないときや金融資産に係る権利の一部が形式的に留保されているときであっても、上記 i 及び ii が満たされているものは含まれることになる。

次に、2つめの要件は、譲渡人は、売却等をした金融資産をその金融資産の満期日前に買い戻す権利及び義務を実質的に有していないことである。よって、売却後も譲渡人が買戻権を有する場合や買戻条件付の譲渡である場合は、実質的には権利に対する支配は移転していないことになる。

以上の要件は、金融商品会計基準で示されている金融資産のオフバランスの判断基準とほぼ同一の内容となっている。したがって、基本的には、金融資産の譲渡取引が会計上でオフバランス取引として認められる場合には、原

則として税務上もオフバランス取引として認められるものと考えられる⁽²²⁵⁾。

ただし、税務上は、「実質課税の原則」の考え方があることには留意すべきである。すなわち、上記基本通達の中に「原則として」という用語が使用されていることから分かります。たとえ譲渡人が会計上は売却処理をしたとしても、税務上は取引の実質を判断して金融取引と認定され、売却等がなされていないものとして取り扱われる可能性がある⁽²²⁶⁾。

7 滞納処分における倒産隔離の基準

以上の考察を前提とし、さらに、上記2で検討した倒産隔離の基準としての総合考慮説でメルクマールとされる各種の要素の当否に照らすと、資産流

(225) 藤本幸彦＝鬼頭朱実「資産流動化スキームにおける税務上の取扱い〈第1回〉」国際税務21巻2号(2001年)34頁、茂木哲也編著『債券投資・発行の会計と税務』(中央経済社、2003年)88頁、藤本幸彦＝鬼頭朱実編著『基礎解説証券化の税務〔第2版〕』(中央経済社、2005年)9頁参照。税務上は、上記5で述べた金融商品会計基準における要件①が満たされることにより、同要件②が充足されるという構成が採られている(太田達也『金融商品の会計と税務』(中央経済社、2001年)50頁参照)。

なお、金融資産が売却等により消滅した場合に、譲渡人に新たな資産が生じたり、また、金融負債が債務引受等により消滅した場合に、原債務者に二次的な責任が生じたりすることがあるが、このような場合に生じた潜在的な権利又は義務については、財務構成要素アプローチを厳格に適用しようとするれば、その権利又は義務の時価を算定して、新たな資産又は負債として別途認識すべきであろうが、通常、これらの権利又は義務の時価を合理的に測定することは困難である。そこで、企業会計では、i 譲渡した金融資産の残存部分又は新たに生じた資産の時価をゼロとする方法や、ii 新たに生じた負債や二次的責任の金融負債の時価は、その譲渡による利益がゼロとなるように調整した金額やゼロとすることができる方法が認められている(金融商品実務指針38項、45項)。しかしながら、税務上、このような会計処理を認めることは、実現している金融資産の譲渡や金融負債の引渡しに係る収益の計上を否定することにほかならず不合理であること、会計処理の方法により各法人ごと又は各取引ごとに収益計上額が異なることとなるのは公正性の観点からも問題があること等から、現状においては、このような会計処理を行っても、税務上は、原則として、区別経理した資産・負債はないものとしたところにより、売却等に係る損益を計算すべきものと考えられる。法人税基本通達2-1-46においては、このことが明らかにされている(奥田編著・前掲注(224)148頁参照)。

動化・証券化スキームでの徴収職員の実体的判断権に基づく滞納処分における倒産隔離の基準としては、主位的な判断要素として、上記第3節で検討したとおり、債権譲渡と債権譲渡担保とを区別する基準となる①清算法理の確立に起因する清算請求権の存否を考慮すべきであり⁽²²⁷⁾、副位的な判断要素として、資産流動化・証券化取引としての資産譲渡の特色に鑑み、アセット・ファイナンスとしての手形割引の法律関係における第三債務者の支払リスクの対価への反映及びオフバランス処理に関する会計基準における財務構成要素アプローチの譲渡資産に対する支配性に照らして⁽²²⁸⁾、②資産譲渡に係る支配の移転、③資産の価値に相応した相当対価の取得を考慮すべきであると

(226) 久禮・前掲注(167) 173頁参照。

(227) 譲渡担保やリース契約といった明文規定のない非典型担保取引については、判例上、清算義務が強行法的に要求されている(たとえば、譲渡担保については最判昭和46年3月25日民集25巻2号208頁、ファイナンス・リース契約については最判昭和57年10月19日民集36巻10号2130頁参照)。清算義務が強行法規として位置付けられる根拠は、債務者に十分な合理性が期待できないような場合に強行法というかたちでパターンリスティックな事後的介入を行うことで私的合意を修正することに合理性を見出すという「債務者の属性」と、担保物の価値が安定していたり予測可能性が高い場合には債務者から担保権者への利益移転を発生させリスク移転に合理性がなくなるという「担保物の属性」にあるといわれている(森田果「清算義務は合理的か?」NBL802号(2005年)55頁参照)。

(228) このほか、双務契約における危険負担において、わが民法534条1項が債権者主義を採用していることに対しては、合理的根拠を欠き、公平に反するとする批判が強く、今日の学説は、ほとんどがその適用範囲を制限的に解釈しようとしている。二重売買や他人物売買の場合に、債務者主義による民法536条の原則を適用しようとする解釈もその1つのあらわれであるが、通常の売買でも、危険移転の時期を単に契約成立時としないで、債権者(買主)が目的物に対して実質的支配を得たときとすることで、近時の学説はほぼ一致しているといえることができる(遠藤浩編『基本法コンメンタール債権各論I〔第四版〕』(日本評論社、1995年)43頁〔千種秀夫=須藤純正〕、谷口知平=五十嵐清編集『新版注釈民法(13)』(有斐閣、1996年)562頁参照)。危険負担は、特定物売買における所有権移転時期の問題とも関連するものであり、資産流動化・証券化取引は特定物売買の法形式で行われることが通例であることから、上記のような危険負担における債権者主義を制限する趣旨は、倒産隔離の基準を検討するに際しても参考になるものと思われる。

考える⁽²²⁹⁾。

したがって、責任財産となる重要な資産を流動化・証券化したオリジネーターが国税を滞納した場合、徴収職員は、上記のメルクマールにより当該流動化・証券化スキームにおける倒産隔離の実現の成否を判断することになる。これにより、倒産隔離が実現されていないとしたときには、流動化対象資産は、担保の目的でオリジネーターからSPVへ移転した譲渡担保財産として構成されるというべきであるから、当該資産譲渡が国税の法定納期限等に後れるときには、SPVは、オリジネーターの滞納国税につき、国税徴収法24条の規定により物的納税責任を負う場合があることになり、また、倒産隔離が実現されていたとしたときには、流動化対象資産は、真正売買によりオリジネーターの責任財産から逸出してオリジネーターに帰属しないものというべきであるから、直接には滞納処分による差押えの対象となるものではな

(229) この点について、資産流動化・証券化取引では、当事者間の権利義務はほとんどすべて契約書に落とし込まれていることから、契約外において、契約書の内容と異なる当事者の意思を認定し得る諸事情が生じる可能性は極めて低い（後藤・前掲注(69) 82頁参照）。そうすると、売買の法形式を用いる資産流動化・証券化のための資産譲渡の契約書において、①清算法理の確立に起因する清算請求権が取り決められているということは極めて考え難いことから、徴収職員は、当事者の合理的な意思を推測し、次に述べる②資産譲渡に係る支配の移転及び③資産の価値に相応した相当対価の取得といったメルクマールも勘案して、契約書の内容に直接的に明記されない「隠れた清算法理の確立」を探求することになる。

また、②資産譲渡に係る支配の移転の判定に際しては、前述のとおり、金融商品会計基準で明記されたi 権利の法的保全性、ii 権利の享受及びiii 買戻権・買戻義務の不存在というファクター並びに金融商品実務指針及びQ & Aで明記されたそれぞれの具体的な考慮ポイントが実務に有力な拠り所を提供しているものと思われる。

さらに、③資産の価値に相応した相当対価の取得の判定に際しては、譲渡債権を適正に評価するための実務上の指針として、前述のとおり、日本公認会計士協会より「流動化目的の債権の適正評価について」が公表されており、金銭債権については、譲渡債権から今後発生するキャッシュフローに基づいて、適切な市場金利に当該債権の信用度に係るプレミアム等を加味した割引率で割り引いて現在価値が算定されることになったことから、実務上、第三債務者の支払リスクを反映させた譲渡債権についての合理的な価値の把握が可能であると思われる。これに、債権の売主の担保責任の範囲及び譲渡人が負担するリコースの割合を勘案して、対価の相当

くなる。

しかしながら、納税義務の適正な実現を通じて国税収入を確保するという国税徴収法の目的に鑑みれば、倒産隔離が実現されている場合であっても、次章で述べる手法により、なお滞納処分の執行が可能であるか否かを考察する必要があるというべきである⁽²³⁰⁾。

性を判断することになる。

- (230) 倒産法との関係で議論される倒産隔離が実現して、資産流動化・証券化による資産譲渡が真正売買であるとされれば、流動化商品のキャッシュフローは、原則としてオリジネーターの倒産手続の影響を受けることはないが、当該資産譲渡の否認の可能性はなお問題となり得る（山本・前掲注（8）18頁、高橋・前掲注（4）63頁注22参照）。滞納処分においては、倒産法上の否認権に直接相当する規定は国税徴収法に存しないが、資産流動化・証券化取引において、倒産隔離が実現して真正売買であるとされたとしても、なお滞納処分を執行することが可能となれば、流動化商品のキャッシュフローに重大な影響を与え得るという点で、倒産法による否認と同様の関係になるものと思われる。

第3章 資産流動化における滞納処分のあり方

第1節 オリジネーター兼サービサー名義の 回収金専用預金口座の差押え

1 コミシングリング・リスク

債権流動化のスキームにおいては、本来、債権を譲り受けたSPVが譲受債権の取立・回収を行い、譲受債権からの回収金をもって流動化商品の投資家に対する元利金の支払いに充てることになる⁽²³¹⁾。しかしながら、SPVは、資金調達を図る企業から流動化対象資産を分離するためだけの「道具」として用いられるものであることから、SPV自身は債権の取立・回収を行うだけの人的・物的組織を有していないことが通常である。そこで、SPVは、譲受債権の取立・回収等を第三者に委託することになり、この債権取立・回収のサービスを提供する者がサービサーと呼ばれる⁽²³²⁾。金銭債権の流動化は、流動化対象債権のみを信用の源泉とするものであるから、当該債権から生じるキャッシュフローがスムーズに投資家に受け渡されることが重要であり、原債務者からの取立・回収を担当し、キャッシュフロー全般を管理するサービサーの役割は非常に大きなものとなる。

他方、わが国においては、債権の回収について銀行の預金口座振替が利用

(231) 債権流動化の基本的なスキームは、①金銭債権の保有者から資産の譲渡を受けたSPVが、それを裏付けとして証券を発行し、投資家から得た資金を保有者に引渡すことにより完成する「資産の流動化のルート」と、②原債務者から債権を回収し、証券の投資家への元利払いに充てるという「資産の回収のルート」がある（ワークショップ「債権流動化を巡る法律問題」金融研究15巻2号（1996年）4頁参照）。

(232) サービサーは、一般的には、原債務者からの回収金の管理、SPVへの回収金の引渡し、延滞債権の回収等のほか、回収が遅延した場合の一時的な資金提供や、余剰資金の一時的な運用等を行う場合がある（青山善充＝小川万理絵「債権流動化におけるサービサー・リスクについて」金融研究15巻2号（1996年）46頁参照）。

されることが多く、この場合、原債務者の預金口座からオリジネーターの預金口座に毎回の返済金が自動的に振り替えられることになる⁽²³³⁾。そして、預金口座振替網が利用されている場合に、返済金の振替先をオリジネーター以外の第三者の口座に変更するには、原則として個々の原債務者の協力が必要になると考えられ、原債務者が多数存する場合、この協力を得るためにはかなりのコストを要することになる。そうすると、サービサーを変更することは現実的でなく、債権を流動化する場合には、SPVは事実上オリジネーターをサービサーとせざるを得ない。すなわち、わが国における債権流動化においては、オリジネーターがサービサーとなることが通常である⁽²³⁴⁾。

ところで、原債権の回収権限を保持するオリジネーター兼サービサーは、SPVから委託を受けた債権の回収のみならず、オリジネーター自身が保有する債権等、他の債権の回収も行っていることが考えられ、また、そもそもオリジネーターの固有資産も存在するはずである。そこで、オリジネーターがSPVから取立の委託を受けた債権を回収した場合、当該回収金が、他の債権からの回収金やオリジネーターの固有資産と混合してしまう可能性がある。特に、サービサーの債権者が回収金について差押えを執行した場合、S

(233) 預金口座振替による債権回収業務の実務については、青山＝小川・前掲注(232) 49頁を参照。

(234) サービサーは、SPVからの回収委託を受けて回収金の管理、引渡し等の事務を行うことから、両者は基本的には委任関係にある。また、サービサーは、サービシング業務の対価として、流動化債権残高の一定割合といったかたちでサービシング手数料を受け取るのが通常であるから、その性質は有償委任である(青山＝小川・前掲注(232) 47頁参照)。SPVに譲渡された債権の取立と債権管理回収業に関する特別措置法との関係については、丸山秀平「資産担保証券取引におけるサービサーによる債権取立」小島康裕教授退官記念『現在企業法の新展開』(信山社出版、2001年) 497頁を参照。

なお、オリジネーターがサービサーとなるのであれば、資産譲渡契約とサービシング契約は一体のものとして理解すべきであり、利払い及び償還の原資がサービサーであるオリジネーターの役務提供に依存している以上、投資家は、求償対象が特定されたコーポレートファイナンスとして、SPVを通じてオリジネーターに資金提供することになると考えるべきであるとするものとして、三國仁司「サービサー業務と真正売買の関係」NBL806号(2005年) 48頁を参照。

PVは差押債権者に対して、当該差押対象資産がSPVの資産であることを理由として差押えを排除できるかという問題（コミングリング・リスク）が生ずることになる⁽²³⁵⁾。

このコミングリング・リスクを低減させるための具体策としては、次のような方法が考えられる⁽²³⁶⁾。

- ① 原債務者からSPVに直接送金する。
- ② サービサーからSPVに送金するまでの期間を可能な限り短縮する。
- ③ 現金担保や第三者による信用補完措置を付する。
- ④ サービサーが回収金をサービサー名義の専用預金口座に分別する。
- ⑤ サービサーの信用度を一定の高い水準に維持する。

上記のうち、いずれが最も優れているかは決し難いが⁽²³⁷⁾、④のサービサー

(235) 櫻井英喜「資産流動化に際してのサービサー・リスクおよびその回避手段に関する一考察」資産流動化研究Vol. III（1997年）118頁参照。コミングリング・リスクとしては、上記のほかに、①回収金をSPVに引き渡す前の状態において、オリジネーターに倒産手続が開始した場合、SPVは管財人等に対して、回収金相当額を優先的に自己に引き渡すよう請求することができるか、②サービサーが回収金を銀行預金の状態で保管していたところ、銀行がサービサーに対して有する債権と当該預金債権とを相殺した場合、SPVは銀行に対して、当該預金債権がSPVの資産であることを理由として相殺の無効を主張することができるか、という問題も生ずる。

資産流動化・証券化取引に限らず、さまざまなストラクチャード・ファイナンスにおいても、特定の資産や事業からのキャッシュフローを切り分けるために特別目的会社や信託をつくり、当該キャッシュフローの取扱いを第三者に委任することがしばしば行われる。この場合、少なくとも当該第三者の責任財産と分別して管理されている限りにおいて、かかる資産は、一般債権者が本来期待すべき財産ではないといえる。それにもかかわらず、投資家がコミングリング・リスクをとらなければならぬとすれば、投資家にとって耐え難い打撃になり得る（井上聡「証券化取引に関する倒産法改正の論点」NBL738号（2002年）22頁参照）。

(236) 青山＝小川・前掲注（232）53頁参照。

(237) ①の方法については、原債務者がサービサーではなくSPV名義の口座に直接送金するとすれば、コミングリング・リスクは完全に回避し得るが、前述のとおり、ほとんどのSPVは自ら債権の取立・回収を行うだけの組織を有しておらず、かつ、自動預金振替の振替先を第三者（SPV）の口座に変更することも困難であるため、通常はこのような方法を用いることはできないと思われる。②の方法については、送金までの期間をいくら短縮しても、完全にリスクを回避できるものではないとい

名義の専用預金口座は、サービス側で採り得る低コストのリスク低減の方法であり、また、SPVには資金管理能力がなく、サービスがSPVを代理して資金を回収するという実態に適したものといえる⁽²³⁸⁾。

もっとも、このような専用預金口座が、名義人の一般財産から分別されるのかという点に関しては、その有効性が明らかであるとはいえない⁽²³⁹⁾。そこで、以下では、オリジネーター兼サービス名義の回収金専用預金口座の帰属について検討し、オリジネーターに対する滞納処分のあり方を考察する。

わざるを得ない。③の方法については、サービスに滞留することになる回収金の最高額と同額の現金をSPVがサービスから預り、担保として保有するとすれば、当該現金の調達コストを要し、また、銀行・損害保険会社等第三者の保証等を付するとすれば、保証料を要することになり、いずれもスキーム全体のコスト増加要因となる。④の方法については、サービスが回収金について、サービスの一般財産と区分して専用預金口座に分別して管理した場合、SPVが当該預金債権に対して排他的な権利を取得するとすれば、これによりコミングリング・リスクを回避できることになる。⑤の方法については、サービスを信用力の高い企業に限定すれば、コミングリング・リスクが減少することになるが、どれほど優良で信用力の高いサービスであっても、倒産又は信用状態悪化に陥る可能性がないものではない以上、コミングリング・リスクがゼロにはならず、また、そもそも預金口座振替の振替先を変更することは困難であることから、通常はこの方法を用いることはできないと思われる（櫻井・前掲注（235）121頁参照）。

なお、以上のほか、近時は、SPVがサービスの有する普通預金口座に譲渡担保権や質権を設定する方法が提案されている（この方法を具体的に検討するものとして、道垣内弘人「普通預金の担保化」中田裕康＝道垣内弘人編『金融取引と民法法理』（有斐閣、2000年）43頁、森田宏樹「普通預金の担保化・再論（上）（下）」金融法務事情1654号（2002年）57頁及び1655号（2002年）25頁を参照）。

(238) 青山＝小川・前掲注（232）55頁参照。

(239) 他人のために業務を行う者が、業務上生じた金銭を保管するに際しては一定のルールが存在し、一般には、これらの金銭を金融機関の専用口座の普通預金として保管することを義務付けられることが多い。これまで裁判例で問題となった専用普通預金口座としては、①損害保険代理店が受領した保険料を保管する口座、②弁護士が業務上受領した預り金を保管する口座、③マンション管理会社が管理組合から預った管理料等を保管する口座、④請負業者が保証事業会社の保証に係る公共工事の前払金を保管する口座がある（渡邊博己「専用普通預金口座預金の帰属」京都学園法学44号（2004年）30頁参照）。

2 専用預金口座の帰属認定

(1) 預金者確定レベルでの預金債権の帰属

定期預金債権の帰属の判定に関しては、預金者を認定するための基準として、学説上、①客観説、②主観説及び③折衷説の対立がある。①客観説は、自らの出捐によって、自己の預金とする意思で自ら又は代理人・使者を通じて預金契約をした者を預金者とする見解であり、預入行為者が出捐者の金銭を横領し、自己の預金とするなどの特段の事情がない限り、出捐者が預金者であるとする。②主観説は、預入行為者が他人のための預金であることを表示しない限り、預入行為者を預金者とする見解である。また、③折衷説は、原則として客観説によるが、例外的に預入行為者が明示又は黙示に自己が預金者であることを表示したときは、預入行為者が預金者であるとする見解である⁽²⁴⁰⁾。

下級審裁判例や学説の中には、預金の種別にかかわらず客観説によるのが確定した判例であるかのようにいうものもあるが、最高裁が客観説を採用しているのは定期預金についてにすぎず⁽²⁴¹⁾、普通預金については、最高裁判例は存在しなかった⁽²⁴²⁾。

(240) 平出慶道「預金者の認定と預金の払戻し」鈴木禄弥＝竹内昭夫編『金融取引法体系2巻預金取引』（有斐閣、1983年）79頁、榎本克巳「預金者の認定」塩崎勤編『裁判実務体系22巻金融信用供与取引訴訟法』（青林書院、1993年）14頁、前田庸「預金者の認定」金融法務事情1581号（2000年）14頁参照。通説である客観説の根拠と最近の預金者確認実務の変化、特に金融機関等による顧客等の本人確認等に関する法律の影響については、渡邊・前掲注（239）46頁を参照。

(241) 無記名定期預金について、最判昭和32年12月19日民集11巻13号2278頁、最判昭和48年3月27日民集27巻2号376頁参照。記名式定期預金について、最判昭和52年8月9日民集31巻4号742頁、最判昭和57年3月30日金融法務事情992号38頁参照。

(242) 尾島明「損害保険代理店が保険契約者から収受した保険料のみを入金する目的で開設した普通預金口座の預金債権が損害保険会社ではなく損害保険代理店に帰属するとされた事例」ジュリスト1256号（2003年）178頁、升田純「預金の帰属をめぐる裁判例の変遷」金融法務事情1555号（1999年）24頁参照。

普通預金は、いったん預金契約を締結し、口座を開設すると、以後預金者がいつでも自由に預入れや払戻しをすることができる継続的取引契約であり、口座に入金があるたびにその額についての消費寄託契約が成立するが、その結果発生した預金債権は、口座の既存の預金債権と合算され、1個の預金債権として取り扱われることになる⁽²⁴³⁾。このような性質を有する普通預金について、預金者を確定するに当たり、ある特定の時点での口座残高についてその出捐者を確定することは困難であり、客観説を適用することについては違和感が指摘されている⁽²⁴⁴⁾。しかしながら、確かに、一般的な普通預金には、このような特徴が認められるとしても、専用口座預金のように、預入行為者の一般財産とは分別管理され、預金債権として特定性を有している普通預金については、このような特徴は減殺されると考えることもできる⁽²⁴⁵⁾。

この点について、近時、最高裁は、損害保険代理店が保険契約者から收受した保険料のみを入金する目的で開設した普通預金口座の預金債権につき、第1に、代理店が「保険会社代理店某」名義の預金口座を開設したが、

-
- (243) 我妻栄『債権各論中巻二』（岩波書店、1962年）742頁参照。普通預金の預金者認定については、1個の包括的な契約が成立していると解すべきであり、個々の預入金ごとに格別の預金債権が成立するとみることはできないから、口座を開設した時のもとの預金者がその後の預入金についても預金者となる（東京高判平成7年3月29日金融法務事情1424号43頁参照）。
- (244) 客観説の射程を限定しようとするものとして、雨宮啓「損保代理店専用口座預金者の認定について」銀行法務21・549号（1998年）27頁、黒沼悦郎「損害保険代理店が保険料保管のために開設した専用口座の預金債権の帰属」金融法務事情1492号（1997年）9頁、森田宏樹「振込取引の法的構造」中田裕康＝道垣内弘人『金融取引と民法法理』（有斐閣、2000年）138頁参照。これに対し、預金者確定法理としての客観説そのものを廃棄し、当事者の確定に関する契約の一般法理によるべきだとするものとして、河合伸一「記名式定期預金の預金者」金融法務事情1047号（1984年）8頁、石田喜久夫「預金者の認定」金融・商事判例816号（1989年）2頁、安永正昭「預金者の確定と契約法理」石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集下巻『金融法の課題と展望』（日本評論社、1990年）181頁参照。
- (245) 岩藤美智子「他人のために所持する金銭を原資とする専用口座預金」NBL785号（2004年）47頁、森田・前掲注（244）139頁参照。

保険会社から普通預金契約締結のための代理権を授与されていなかったこと、第2に、代理店のみが当該預金口座の通帳及び届出印を保管し、入出金事務を行っていたという事実関係の下においては、同預金口座の預金債権は、保険会社にでなく、代理店に帰属すると判示した⁽²⁴⁶⁾。最高裁は、同判決において、損害保険代理店の保険料専用預金口座の帰属という長年議論され、かつ、見解が分かれていた問題について新判断を示したものである⁽²⁴⁷⁾。

同最判について、その反対意見は、客観説の判断過程に立つことを正当なものではないとして否定するが、法廷意見がどのような理論的立場に立って判断したとみるかは見解が分かれる⁽²⁴⁸⁾。事件を担当した最高裁判所調査官は、「本判決が原資の出捐者は誰かということを決め手とする客観説

(246) 最判平成15年2月21日民集57巻2号95頁参照。

(247) 尾島・前掲注(242)177頁。事実の概要並びに法廷意見及び反対意見については、たとえば岩藤・前掲注(245)43頁を参照。また、下級審判決及び学説の詳細については、吉田光碩「代理店預金の帰属と金融実務上の留意点」金融法務事情1555号(1999年)43頁、滝本豊水＝古角和義「損害保険代理店の破綻と保険料専用口座の帰属」金融法務事情1677号(2003年)24頁を参照。

なお、公刊された下級審判決においては、①東京地判昭和63年3月29日金融法務事情1220号30頁、②東京地判昭和63年7月27日金融法務事情1220号34頁が保険会社に帰属すると、③千葉地判平成8年3月26日金融法務事情1456号44頁が保険代理店に帰属すると判断していた。このうち、①②は、保険代理店の破産時において保険会社と保険代理店の破産管財人との間で預金債権の帰属が争われたものである。これに対して、③は保険会社の平常時において、保険会社と口座が開設されている金融機関の間で預金債権の帰属が争われたものである。上記最判は、③と同じく、保険会社と金融機関の間で預金債権の帰属が争われたものではあるが、③とは異なり、保険代理店は破綻状態にあり、金融機関は保険代理店に対する貸金債権と預金債権との相殺を行っている。したがって、同最判は、一般債権者全体の弁済に充てるか、一債権者の弁済に充てるかという違いはあるが、専用口座に係る預金債権を保険代理店自身の債務の弁済に充ててよいかどうかという点においては、①②と共通する問題を含んでいる。ただし、同最判の争点は保険料専用口座に係る預金債権の帰属であるため、最高裁は、金融機関による相殺の可否についての判断はしていない(角紀代恵「損害保険代理店が保険料保管のために開設した専用口座の預金債権の帰属」判例タイムズ1128号(2003年)84頁参照)。

(248) 渡邊・前掲注(239)37頁参照。

的なアプローチを採っていない」とする⁽²⁴⁹⁾。これは、「出捐者と預入行為者のいずれが預金者か争われたのは、ほとんどすべてが出捐者が預入行為者に金銭の預入を委託した事例であり、代理店が保険会社に金銭を送付する一段階として銀行口座に預入が行われた例ではなく、両者は事案の類型を異にするから、客観説などの理論的立場から議論するのは正当ではない」と考えられたことによるものと思われる⁽²⁵⁰⁾。そうすると、同最判は、「事例に則して客観説、主観説とは別の枠組みにより預金債権の帰属を認定したもの」であり⁽²⁵¹⁾、「契約法理による当事者確定ルールにしたがって、預金者を確定した」と解されることになる⁽²⁵²⁾。これに対して、同最判が、預金の原資は代理店が所有していた金銭であるとした理由付けに着目して、「『原資の所有者が誰か』という客観説の基準を、唯一ではないが主要な基準の一つとして捉えたもの」としたり⁽²⁵³⁾、「最高裁判決が原資の法律的な支配権について詳細に論じていることからすると、最高裁も客観説に立ちつつ、『出捐』を法律的に捉えたにすぎないと見る余地がある」とする立場

(249) 尾島・前掲注(242) 178頁参照。

(250) 甘利公人「損害保険代理店が保険契約者から収受した保険料のみを入金する目的で開設した普通預金口座の預金債権が代理店に帰属するとされた事例」判例評論540号(2004年)41頁参照。

(251) 滝本＝古角・前掲注(247) 26頁、今井克典「保険料保管専用普通預金口座にかかる預金債権の帰属主体」法学教室276号(2003年)89頁参照。この点について、雨宮啓「損保代理店専用口座の預金債権が損保代理店に帰属するとされた事例」金融・商事判例1168号(2003年)5頁は、「普通預金では客観説に依拠する必要はない旨を類型的に示したとも評価できる」とし、また、升田純「預金帰属の主観説、客観説、折衷説」金融法務事情1686号(2003年)37頁は、「預金者の認定の法理として客観説を放棄したか、あるいは少なくとも従来預金者の認定につき客観説を明示的に採用してこなかった類型の預金における預金者の認定の法理として客観説を採用しないことを示したものと評価することができよう」とする。

(252) 角紀代恵「損害保険代理店が保険契約者から収受した保険料のみを入金する目的で開設した普通預金口座の預金債権が損害保険会社にではなく損害保険代理店に帰属するとされた事例」金融法務事情1716号(2004年)10頁参照。

(253) 潮見佳男「損害保険代理店の保険料保管専用口座と預金債権の帰属(下)」金融法務事情1685号(2003年)43頁参照。

や⁽²⁵⁴⁾、「専用口座預金である普通預金が問題になった当該事案において、従来の判例と異なる見解を採用したと理解するのは妥当でない」とするもの⁽²⁵⁵⁾、また、「普通預金の帰属に関する判断にあたり、一般契約法で考慮される要素を用いたものと評価することが可能である」としながらも、「単一の債権の帰属を判断する際に、伝統的な『出捐者』概念から結論を導くことはできず、他の判断枠組を選択した、と考えれば、やはり客観説を放棄したわけではない、とも評価できる」とするものもある⁽²⁵⁶⁾。

以上のように、いずれの法律構成によって判断すべきであるかは未解決のままであるが、同最判での契約関係を前提とする限り、最高裁としては、預金者は代理店とする考え方に確定したものと思われる⁽²⁵⁷⁾。そして、同最判で認定された要素を分析し、さらに、債務整理事務の委任を受けた弁護士が、委任事務処理のため委任者から受領した金銭を預け入れるために弁護士の個人名義で開設した普通預金口座に係る預金債権の帰属について判断した最高裁判決で認定された要素を照らし併せて⁽²⁵⁸⁾、現在の判例の判断基準を独立して抽出してみると、①口座開設者、②口座名義人、③口座管理者及び④原資の帰属の4要素がすべて合致した場合には、当該人物に預金債権が帰属するといえることができる⁽²⁵⁹⁾。そして、このような理解

(254) 秦光昭「預金者の認定と客観説の行方」金融法務事情1681号(2003年)5頁参照。

(255) 岩藤・前掲注(245)47頁参照。

(256) 榊素寛「専用口座形態で管理された普通預金の帰属と倒産隔離」神戸法学雑誌53巻4号(2004年)57頁及び58頁参照。

(257) 渡邊・前掲注(239)37頁参照。

(258) 最判平成15年6月12日民集57巻6号563頁参照。事実の概要並びに法廷意見及び補足意見については、たとえば岩藤・前掲注(245)44頁を参照。

(259) 榊・前掲注(256)62頁参照。

両判決の結論を積極的に支えるために最高裁が認定した要素は、①口座名義人、②口座管理者、③口座開設者、④預金の帰属の原資、の4点である。最高裁が従来の客観説を採用するのであれば、④のみを認定すれば足りるにもかかわらず、①②③の各要素を認定していることには留意が必要である。両判決では、その結論において上記各要素で判断される預金債権の帰属主体が同一人物であると認定されている。そのことからすれば、少なくとも、預金の出捐者のみを考慮する伝統的な意

は、サービスが顧客の債権を回収した金銭を保管する預金口座の帰属の問題にも参考になると思われる⁽²⁶⁰⁾。

(2) 預金債権の帰属とその責任財産性

前掲最判平成15年2月21日の法理は、およそ一般に別口の専用口座で分別管理されている預金の預金者をどのようにみるかという問題へと展開する要因をはらんでいて、極めて重要な意義を有するものであるが、他方、同最判は、専ら「預金者が誰か」という点について判断を下した最高裁判決であるという限定付きのものである。換言すれば、同最判は、預金債権の帰属問題全般について言及したものではない。およそ専用口座の預金債権が誰に帰属するかという問題には、「預金者が誰か」という契約当事者レベル（預金者確定レベル）での帰属のほかに、「その預金債権が誰の一

味での客観説をそのまま採用しているわけではないことは間違いないが、これらのうちどの要素が決定的なのか、これら相互の要素が異なる場合の処理はどうなるのかについては、判決文からは明らかではない。逆に、従来から学説で指摘されていた「専用口座である」という事情については、損保代理店判決は最終的な結論に影響を与えない旨の判示をしている。また、従来の判例の判断を決定付けてきた「出捐者」の認定は、両判決とも直接には行っていない。そして、両判決とも、客観説を採用するとは述べていない。とりわけ、損保代理店判決は、反対意見でも、一見すると客観説を否定する限りで法廷意見と判断が一致することを示唆しているようにも思われ、このように理解できそうなことが、最高裁が客観説を変更したという理解につながっているように思われる。ところが、仮に最高裁が客観説を変更したのならば、判決文の多くを割いて預金の原資が誰に帰属するかを認定する必要はないはずである。客観説以外の判断枠組を示して結論を導けばよいからである。原審の判断を改め、原資が誰に帰属するかを積極的に判断した理由を検討してみると、1つの可能性として、客観説を修正して維持しているため、この点を判断する必要があったと考えることが可能である。また、これらの判示が、原判決を否定する理由を示すためになされているにすぎず、最高裁における結論に影響を与えていないという理解も可能である。さらに、複数の要素を考慮して預金債権の帰属を決めることを前提に、原資の帰属も他の要素から導かれる結論と平仄を合わせるため、保護されるべき利益を有するか否かを導く原資の経済的な位置付けではなく、あえて法的な位置付けを詳論して原資の帰属の判断を下したという理解も可能だと思われる。この3通りの理解は、両判決に妥当し得る（榊・前掲注（256）55頁ないし61頁参照）。

(260) 尾島・前掲注（242）178頁参照。なお、サービス名義の回収金専用預金口座の法的性質については、青山＝小川・前掲注（232）62頁を参照。

般財産（責任財産）に属するか」という責任財産レベルでの帰属問題も含まれる。「預金者の預金債権は、常に、預金者とされた者の責任財産を構成する」とは当然にはいえないからである。ことに、専用口座として別口にされ、分別管理されている預金については、この2つのレベルの帰属問題の相違を慎重に見極める必要がある⁽²⁶¹⁾。この責任財産レベルでの専用口座の預金債権の帰属という観点から、保険料保管のための口座を例にして、預金者確定レベルで代理店に帰属するとされた預金債権をその代理店の責任財産と捉えてよいのかという問題を考察する⁽²⁶²⁾。

預金債権の責任財産性に関する主な理論構成としては、①信託構成と、②問屋構成に大別できる⁽²⁶³⁾。①信託構成は、保険料債権を対象として、保険会社を委託者かつ受益者、代理店を受託者とする信託関係が設定されているものとみる見解であり⁽²⁶⁴⁾、この構成を採れば、専用口座の預金は信託財産として受託者である代理店を預金者とする預金になるが、受託者の債権者は信託財産への強制執行を行うことはできないので（信託法16条1項）、受託者破綻の際には信託財産は破産財団に属さない取扱いになり

(261) 潮見佳男「損害保険代理店の保険料保管専用口座と預金債権の帰属(上)」金融法務事情1683号(2003年)39頁、岩藤・前掲注(245)50頁、渡邊・前掲注(239)53頁参照。

なお、尾島・前掲注(242)178頁も、「本件は、A社(注・保険会社)が預金者であるかどうかという請求原因レベルの認定判断が問題となった事案であり、Y信組(注・専用口座に係る金融機関)による相殺の抗弁が認められるかどうかという別個の問題については、本判決の触れるところではない。この点については、預金債権は代理店に帰属するとしつつも、信託等別個の法理により保険会社の利益を保護すべきであるとする説があるが、その当否は、将来に残された問題である。」とする。

(262) 潮見・前掲注(253)45頁、伊藤眞「損害保険代理店が収受した保険料を保険募集の取締に関する法律に基づき専用口座に保管中、保険代理店が破産宣告を受けた場合、右預金債権は保険会社に帰属するとされた事例」判例評論372号(1990年)62頁参照。

(263) 両構成とも、代理店を専用口座の預金者としつつ、その責任財産性を否定して、保険会社の実質的利益を保護しようとする試みである。このほかに同様の効果を生じさせる理論構成については、榊・前掲注(256)47頁を参照。

(264) 弥永真生「取戻権の対象」ジュリスト995号(1992年)110頁参照。

(破産法34条3項2号)、保険会社はこの預金に対して取戻権を行使できる(破産法62条、民事再生法52条1項、会社更生法64条1項)。これによって、受託者破綻時の専用口座預金の保険会社への帰属を認める結果となる⁽²⁶⁵⁾。そして、近時に至り、専用口座による預り金の帰属をめぐる争われた事件において、信託構成に言及する最高裁判決が続けて登場した。1つは、弁護士預り金口座に関する事件の補足意見であり⁽²⁶⁶⁾、もう1つは、公共工事の請負者が保証事業会社の保証の下に地方公共団体から支払を受けた前払金について、地方公共団体と請負者との間の信託契約の成立が認められた事件である⁽²⁶⁷⁾。

一方、②問屋構成は、代理店を商法511条の問屋とみて、この問屋が委託の実行により取得した権利につき実質的利益を有するのは委託者すなわち保険会社であるから、問屋がこの権利を委託者に移転しない間に破産した場合に、保険会社は当該権利につき取戻権を行使することできるとする見解である⁽²⁶⁸⁾。この構成は、後に破産宣告を受けることとなった証券会社に株式の買付委託をして代金を支払った顧客が、証券会社の破産管財人に対して取戻権を行使して買付株式の引渡しを求め、これが認められた

(265) 渡邊・前掲注(239)53頁参照。

(266) 前掲最判平成15年6月12日参照。深澤・島田補足意見において、「会社の資産の全部又は一部を債務整理事務の処理に充てるために弁護士に移転し、弁護士の責任と判断においてその管理、処分をすることを依頼するような場合には、財産権の移転及び管理、処分の委託という面において、信託法の規定する信託契約の締結と解する余地もある」とする指摘がある。

(267) 最判平成14年1月17日民集56巻1号20頁参照。判旨は、前払金が預金口座に振り込まれた時点で、地方公共団体と請負事業者との間で、前者を委託者、後者を受託者、本件前払金を信託財産とし、これを当該工事の必要経費の支払に充てることを目的とした信託契約が成立したと解するのが相当であるとし、本件預金債権が請負事業者の破産財団に属するかどうかにつき、信託構成に依拠して同債権が破産財団に組み込まれることを否定した。事実の概要及び判決理由については、たとえば岩藤美智子「信託契約の成立と受託者破産時の信託財産の帰趨」金融法務事情1659号(2002年)13頁を参照。

(268) 吉田・前掲注(247)46頁、山下友信「損害保険代理店の保険料保管専用預金口座と預金債権の帰属」ジュリスト929号(1989年)49頁参照。

最高裁判決に依拠するものであり⁽²⁶⁹⁾、問屋は委託者の計算において委託者から資金の前払いを受けて目的物品を取得したのであり、問屋の一般債権者は委託の実行として取得した物まで一般担保になることを期待すべきではないということを示したのが上記判例であるところ、この法理は、問屋だけでなく、間接代理一般及び損害保険代理店にも及ぼすことができるとする⁽²⁷⁰⁾。

このような理論構成の可否を検討すると、まず、①信託構成については、保険料保管専用口座の場合で信託行為と評価するにあたって最大の障害となり得るのは、「当初は保険会社に帰属していた資金（財産権）が、代理店に移転した」という意味での「財産権の移転」を認めることができるかどうかである。信託宣言を認めないわが国の支配的な信託法学説に依拠する限り⁽²⁷¹⁾、ここで信託構成に載せるためには、代理店が収受した保険料（所有権）が預金口座への入金前に保険会社に帰属したということを説明する必要がある。そして、この点について、前掲最判平成15年2月21日判決の法廷意見は、保険料が保険会社に帰属するのは代理店による払戻し後に保険会社へと送金された時であるとして、預金口座への入金前に保険料が保険会社に帰属することを否定した。そのために、「保険会社から代理店

(269) 最判昭和43年7月11日民集22巻7号1462頁参照。問屋が委託の実行としてした売買により取得した権利を委託者に移転する以前に破産した場合に、委託者は当該権利につき取戻権を行使することができるかについては見解が分かれていた。従来通説は、当該権利は破産財団に帰属し、委託者は当該権利につき取戻権を行使し得ないと解していたのに対し、有力説は、委託者は実質的権利に基づき取戻権を行使することができるかと解した。最高裁は、この点につき、有力説を採用することを明らかにしたものである（栗山忍「問屋の破産と取戻権」ジュリスト408号（1968年）67頁参照）。この点の学説の状況については、斎藤ほか編・前掲注（49）613頁を参照。

(270) もっとも、前掲最判昭和43年7月11日の主旨をどこにみて損害保険のような事例に類推するのかについては、ニュアンスのある3つの見方が示されている。この点については、潮見・前掲注（253）45頁を参照。

(271) 四宮和夫『信託法〔新版〕』（有斐閣、1989年）84頁、新井誠『信託法〔第2版〕』（有斐閣、2005年）参照。

への信託財産の移転」を認めることができず、その結果として、前掲最判平成14年1月17日判決と異なり、信託構成に依拠した構成を行わなかったとみることができる⁽²⁷²⁾。

また、従前の理論において少なからず支持されている②問屋構成については、信託構成以上の問題がある。問屋構成を採る見解の目的は、問屋の場合に法的効果帰属主体と経済的効果帰属主体を分離して観念している点に準拠した上で、問屋が破産したときに委託者に目的物品の取戻権を認めたと前掲最判昭和43年7月11日の法理へとつなげることにある。しかし、同最判は、問屋が委託者のために取引をしたことから直ちに委託者に取戻権を認める（当該取引により得られた物品を問屋の責任財産から外す）という帰結を導いたのではない。問屋契約という問屋と委託者の内部関係から、直ちに問屋の責任財産から当該物品を外すことを認めたものでもない。法的効果帰属主体と経済的効果帰属主体とが分離しているという事実だけから、受託者の責任財産から目的物品の財産権が外れて委託者の物権的支配権に服するということにはならない。同最判は、あくまでも、委託者が問屋に対して当該物品に対応する対価を与えていたことを考慮に入れて、当該物品を問屋の責任財産から分離して委託者の取戻権の対象とすることを認めたものである。ところが、保険料保管のための専用口座の事例において、問題の預金債権が存在している段階では、その預金債権に対応する（見返りとなる）対価は、保険会社から代理店には供与されていない。したがって、同最判の法理をここで推及することには問題がある。まして、問屋の法理が推及されるとすれば、同最判で取戻権の対象となった目的物品に対応するのは、流動性のある普通預金口座における、ある一定の時点での預金債権である。しかし、このとき、その普通預金口座が別口の専用口座として独立性・識別性を有していたとしても、その口座の預金残高は

(272) 潮見・前掲注(253) 48頁、角・前掲注(247) 86頁、岩藤・前掲注(245) 50頁、榊・前掲注(256) 75頁、天野佳洋「預金者の認定と信託法理(中)」銀

時々刻々と変化するものである。しかも、個々の時期ごとの残高預金債権については、保険会社が代理店に対して行った個々具体的な出捐との間に1対1の対応関係はない。そうであれば、ますます、問屋の法理を推及して当該普通預金口座の預金債権が代理店の責任財産から外れ、保険会社の物権的支配に服するとはいい難いものとなる⁽²⁷³⁾。

結局、保険料保管専用口座の事例が、信託構成に載らず、また、問屋構成からの推及にはそれ以上に問題があるとすれば、当該口座の預金債権については、代理店を預金者とするものと認定され、かつ、代理店の責任財産を構成することになる⁽²⁷⁴⁾。

3 滞納処分による回収金専用預金口座の差押えの可否

以上に述べたことを債権流動化スキームにおけるサービサー名義の回収金専用預金口座についてみてみると次のとおりである。まず、預金者確定レベルにおいては、前述のとおり、預金者の認定は、①口座開設者、②口座名義人、③口座管理者及び④原資の帰属の4要素から判断することが相当であるところ、①口座開設者及び③口座管理者については、サービサーが金融機関との間で普通預金契約を締結して預金口座を開設し、かつ、当該口座の通帳

行法務21・623号(2003年)51頁参照。

(273) 潮見・前掲注(253)49頁参照。この点について、伊藤・前掲注(262)63頁は、問屋の場合の買入代金に相当するのが、損害保険の場合には代理店手数料であるとすれば、その精算が完了していない段階で保管保険料を目的とする預金債権が保険会社に帰属するというのは、問屋の破産に関する判例・学説から当然に導き出される結論ではないとする。また、榊・前掲注(256)70頁は、問屋構成を主張することは、事後的な紛争解決としてこれが認められるかは明らかとはいえず、事後的にこれを主張できるよう専用口座形態にしておくことは望ましいが、事前的にこの法理の適用を前提に他の策を講じないことは、倒産リスクを回避するには適切ではないとする。これに対し、渡邊・前掲注(239)57頁は、委託者から受託者へは手数料を対価とするが、この手数料を目的物である保険料の対価と解することは、その価値のバランスから疑問であり、代理店が問屋としての実質を備えており、かつ、保険会社の委託の実行として取得する金銭が分別管理されているのであれば、問屋構成によることも可能と考えられるとする。

(274) 潮見・前掲注(253)50頁、岩藤・前掲注(245)50頁参照。

及び印鑑を所持していて、専用口座から払戻しを受け手数料を差し引きしてSPVに送金するというような一般的な取扱いであれば、口座開設者及び口座管理者は、いずれもサービサーであると解することになる。②口座名義人については、サービサー名が単独で表示されている場合には、その表示どおりに解することになり、専用口座であることが明らかになるように、たとえば、「(SPV名) 委託回収金勘定 (サービサー名)」とか、「サービサー (委託回収金勘定)」等といった工夫がなされて表示されている場合にも、預金者としてSPVを表示しているものであることが一見明白であるとはいえないことから、口座名義人は、やはりサービサーであると解することになる。④原資の帰属については、受任者が委任契約によって委任者から代理権を授与されている場合、受任者が受け取った物の所有権は当然に委任者に移転するが、金銭については、占有と所有とが結合しているため、金銭の所有権は常に金銭の受領者（占有者）である受任者に帰属し⁽²⁷⁵⁾、受任者は同額の金銭を委任者に支払うべき義務を負うことになるにすぎない。そうすると、サービサーが原債務者から回収した弁済金の所有権はいったんサービサーに帰属し、サービサーは、同額の金銭をSPVに送金する義務を負担することになるのであって、SPVは、サービサーが金融機関から払戻しを受けた金銭の送金を受けることによって、はじめて弁済金に相当する金銭の所有権を取得するに至るといふべきである。よって、預金の原資は、サービサーが所有していた金銭にほかならないと解する。したがって、サービサー名義の回収金専用預金口座は、預金者確定レベルにおいて、口座開設者、口座名義人、口座管理者及び原資の帰属の4要素がすべてサービサーで合致していることから、当該預金口座に係る預金債権は、SPVではなく、サービサーに帰属すると解することになる。

次に、責任財産レベルにおいては、SPVの実質的利益を保護するため、預金者確定レベルでサービサーに帰属すると認定された専用預金口座につき、

(275) 最判昭和39年1月24日裁判集民事71号331頁参照。

①信託構成ないし②問屋構成により、サービスの責任財産性を否定し得るかが問題となる。①信託構成については、保険料保管のための口座の場合と同様に、当初はSPVに帰属していた資金がサービスに移転したという意味での「財産権の移転」が認められないことから、信託の成立は否定するほかはない。また、②問屋構成についても、サービス手数料の清算が完了していない段階では、SPVの取戻権を認めることは相当ではないというべきである。したがって、預金者であるサービスの責任財産性を否定することはできないと解するのが相当である。

そうすると、オリジネーターがサービスを兼務している場合、サービス名義の回収金専用預金口座に係る預金債権は、原則として、オリジネーターに帰属し、かつ、オリジネーターの責任財産を構成することになるから、徴収職員は、オリジネーターに対する滞納処分として、当該預金債権を差し押さえることが可能となる。

第2節 SPVに対する第二次納税義務の賦課

1 オリジネーターによる信用補完措置

前述のとおり、資産流動化・証券化スキームにおいては、キャッシュフローを確実にするため、様々なレベルでリスクを低減する信用補完措置が講じられることになる。この流動化商品の信用力を補完する手段は、内部信用補完と外部信用補完に分類することができる。内部信用補完とは、第三者の信用を利用せず、資産流動化の仕組みを工夫することによって組成商品の信用力を高める方法であり、外部信用補完とは、第三者の信用を利用して、当該第三者にリスクを転嫁することによって組成商品の信用力を高める方法である⁽²⁷⁶⁾。内部信用補完には、超過担保の設定⁽²⁷⁷⁾、スプレッド・アカウント⁽²⁷⁸⁾、

(276) 吉川・前掲注(5)126頁参照。内部信用補完と外部信用補完は、同一のスキームの中で併用されることが多い(寺山大右「資産担保証券の信用補完に関する法

優先劣後構造⁽²⁷⁹⁾、などの手法があり、外部信用補完には、銀行や保険会社による保証契約・保険契約、現金担保⁽²⁸⁰⁾、などの手法がある。

これらの信用補完措置は、資産流動化・証券化スキームの重要な特色であるが、滞納処分の執行との関係で問題となるのは、信用補完措置のうち、オリジネーター自身によるものである。たとえば、オリジネーターが、譲渡債権の回収が一定水準に達しない場合に、取立困難な債権について、①買戻義務、②保証債務（間接保証）を負う場合、あるいは、③債権移転の代金を劣後債権で取得したり、④流動化商品の劣後部分を取得する場合には、キャッシュフローがオリジネーターの信用に依存することになる⁽²⁸¹⁾。特に、①買戻義務及び②保証債務の場合には、オリジネーターが一定額の債務を負担することになり⁽²⁸²⁾、また、③劣後債権による取得及び④劣後部分の取得の場

律問題」金融研究20巻2号（2001年）176頁注12参照）。なお、信用補完の意義・手法については、注6及び注168も参照。

- (277) ABSの元利金支払債務をABSの裏付け資産となる原債権の価値より小さくし、オリジネーターにその差額を一定水準以上に保つよう義務付けるもの。原債権のデフォルト等により、その差額が一定水準を下回る場合には、オリジネーターが追加的に担保を積み増す必要性がある（寺山・前掲注（276）176頁参照）。
- (278) 原債権より生じるキャッシュフローから、投資家に支払う元利金とサービサーへの手数料等を差し引いた残余資金を、スプレッド勘定としてSPV内部に積み立てておき、原債権のキャッシュフローが減少した場合には、スプレッド勘定を取り崩すことでABSの元利金支払債務を担保するもの（寺山・前掲注（276）176頁参照）。
- (279) 販売されるABSを2つ以上のクラスに分け、それぞれ元利金支払いの優先度によって、優先クラス、劣後クラス等に分けて発行し、劣後クラスを優先クラスの信用補完として機能させるもの。優先クラスのデフォルト・リスクを減少させる効果がある（寺山・前掲注（276）176頁参照）。なお、優先劣後構造の意義・手法については、注14及び注170も参照。
- (280) 銀行がSPVに対して劣後特約付きの融資を行い、SPVがその調達資金を原債権のデフォルト等の発生に備えてCD等で短期運用し、ABSの担保とすること（寺山・前掲注（276）176頁参照）。
- (281) 瀬川・前掲注（12）94頁及び100頁参照。この場合には、流動化商品の評価としての格付も低くなるものと思われる。
- (282) 瀬川・前掲注（12）94頁参照。

合には、譲渡代金を割り引くことになるのであって⁽²⁸³⁾、いずれもその程度によっては、廉価による資産譲渡と評価すべきものとなる⁽²⁸⁴⁾。

2 SPVに対する第二次納税義務の賦課

(1) 第二次納税義務の性質

租税債務は、本来、担税力ありとして課税されたその納税義務者によって履行されるべきものである。しかし、租税徴収の確保の観点から、租税債権の効力として、本来の納税義務者以外の者に租税債務者が拡張される場合がある。その態様の1つが第二次納税義務であり、租税の徴収確保策としては、最も特色のあるものである⁽²⁸⁵⁾。この第二次納税義務は、形式的には第三者に財産が帰属している場合であっても、実質的には納税者にその財産が帰属していると認めても公平を失しないときにおいて、形式的な権利の帰属を否認して、私法秩序を乱すことを避けつつ、その形式的に権利が帰属している者に対して補充的に納税義務を負担させることにより、徴税手続の合理化を図るために認められている制度である⁽²⁸⁶⁾。この制度

(283) 大垣・前掲注(1) 141頁参照。

(284) 会計上は、劣後部分に信用リスクが凝縮していることについては、期末評価において考慮することが求められる(茂木・前掲注(207) 31頁参照)。すなわち、金融商品実務指針によれば、劣後債権、劣後受益権及び資産担保型証券等債権の内容が特殊なものは、特定の条件下において通常の債権を上回る高い信用リスクを生じるため、その発生し得る最大の損失見積額に基づいて貸倒見積高を算定するとされ、流動化後、劣後部分を保有する場合、譲渡された債権の貸倒見積高と劣後債権の帳簿価額とのいずれか低い額をもって劣後債権に対する貸倒見積高とするとされている(同118項)。この点の具体的な会計処理については、坂本道美「金融商品の範囲、認識及び消滅、商品ファンド及び複合金融商品の会計処理」企業会計52巻5号(2000年)22頁を参照。

(285) 田中・前掲注(83) 278頁参照。そのほかの租税債務者の拡張の態様としては、相続、法人の合併等における租税債務の承継及び連帯納付義務が挙げられる。

(286) 昭和33年12月8日公表「租税徴収制度調査会答申」第三の一第二次納税義務の拡充、田中・前掲注(83) 282頁、金子・前掲注(82) 157頁注1、最判昭和50年8月27日民集29巻7号1226頁参照。第二次納税義務の制度は、私法上の取引行為そのものについては直接干渉するところがないので、私法秩序そのものを直接乱すことなく、かつ、詐害行為取消のように司法裁判所の判断を必要と

は、本来の納税義務者の財産につき滞納処分を執行しても徴収すべき租税に不足すると認められる場合に限り、その者と一定の関係のある者に対して、第二次的に納税義務を負わせることをその内容とする⁽²⁸⁷⁾。したがって、第二次納税義務は、主たる納税義務に対し附従性（主たる納税義務について生じた消滅・変更等の効力が原則として第二次納税義務者に及ぶ）と、補充性（主たる納税義務の履行がない場合に限って第二次的に履行の

するものでもなく、税務行政庁が行政のレベルで自力執行により、詐害行為取消があった場合と同じような効果をもたらしめる点に、この制度の実効的な機能を見出すことができる（吉良実「第二次納税義務と主たる納税義務との関係(1)」税法学256号（1972年）6頁注2参照）。わが国における第二次納税義務の沿革については、大崎満「主たる納税義務の瑕疵と第二次納税義務者の争訟手段」税務大学校論叢9号（1975年）166頁を参照）。

- (287) 第二次納税義務の法理論的な性格については、①第二次納税義務を私法上の保証債務と同一視し、私法上の保証債務に関する民法上の規定あるいは法理論から、第二次納税義務そのものの法理論的な性格付けを行おうとする見解と、②第二次納税義務と私法上の保証債務との類似性は認めながらも、この両者は異なるものであるとの前提に立って、第二次納税義務固有の法理論的な性格付けを行おうとする見解の対立があり、そのいずれの説を採るかによって、具体的な問題解決の結論を異にすることになる。この問題の詳細な検討については、吉良実「わが国の第二次納税義務制度」日本税法学会編『杉村章三郎先生古希祝賀税法論文集』（三晃社、1970年）84頁を参照。この点に関して、判例は、「主たる納税義務者の納税義務や財産は、第二次納税義務者の納税義務や財産とは法律上別個のものなのであるから、第二次納税義務者の納税義務が主たる納税義務者の納税義務に附従する性質を有し、かつこれを補充する性質を有するからといって、主たる納税義務者の責任に制約を加えるにすぎない更生手続開始決定につき、第二次納税義務者の納税義務や責任に影響を及ぼすべきものではない」と判示し（最判昭和45年7月16日民集24巻7号1047頁参照）、主として義務を負担する者につき更生手続開始決定があった場合に、第二次納税義務を、民法上の保証債務と同様に規律している（柳川俊一「主たる納税義務者に対し更生手続開始決定があった場合と地方税法11条の3に定める第二次納税義務者に対する滞納処分の許否」『最高裁判所判例解説民事篇昭和45年度』（法曹会、1971年）660頁参照）。

なお、租税法律関係から第二次納税義務の法的性格を検討するものとして、北野弘久「第二次納税義務の納付告知の取消訴訟において本来の納税義務者の納税義務を争うことの可否」民商法雑誌75巻6号（1977年）108頁、三木義一「第二次納税義務の法的性格の再検討」税理20巻8号（1977年）139頁、田邊正「第二次納税義務の法的性質について」中央学院大学社会システム研究所紀要5巻2号（2005年）187頁を参照。

責を負う)とをもつが、主たる納税義務に係る租税債務と第二次納税義務に係る租税債務は別個の債務であるので、この附従性と補充性から生ずる制約を除けば、その一方に生じた事由は、他方に影響を及ぼさない⁽²⁸⁸⁾。第二次納税義務は、国税徴収法33条ないし39条及び41条、地方税法11条の2ないし11条の9に規定する納税者が租税を滞納し、かつ、各条に規定する要件を充足することによって成立する⁽²⁸⁹⁾。

(2) SPVに対する国税徴収法39条の適用の可否

納税者が国税の差押えを免れるためにその財産を譲渡した場合においては、その譲渡が虚偽表示に基づくときは、その行為は無効である(民法94条1項)から、その財産は依然として納税者に帰属するものとして、また、その譲渡が詐害行為に該当するときは、その行為を訴訟によって取り消し(国税通則法42条、民法424条)、その財産を納税者に復帰させた上で、それぞれ滞納処分を執行することになるが、租税に対する詐害行為のすべてを訴訟を待って処理することにしたのでは、租税の簡易・迅速な確保を期待し得ないことになる⁽²⁹⁰⁾。そこで、国税徴収法39条は、納税者が無償又は著しい低額で財産を処分し、そのため納税が満足にできないような資産状態に立ち至らせた場合には、その処分による受益者に対して

(288) 吉国ほか共編・前掲注(16)301頁、田中・前掲注(83)282頁参照。このような性質を有する第二次納税義務には、①手続上の形式はともかく、実質上の目的は主たる納税義務者の納税義務の履行を担保するものであること、②納付通知書による告知という賦課行為に似た確定方式を採用していること、③具体的内容を見ると、全面的な人的保証もあれば制限的な物的責任もあること、といった特質が認められる(大島恒彦「第二次納税義務の法律的性質と時効」税法学160号(1964年)11頁参照)。

(289) 第二次納税義務の徴収手続については、吉国ほか共編・前掲注(16)304頁を参照。

(290) 徴収回避の目的をもってする財産の譲渡は、実務上、納税者からその親族その他の特殊関係人に対してなされることが多い。このような場合には、納税者はその譲渡行為を一方的に行うため、財産の譲受人にはその譲渡行為により滞納者の債権者を害するという認識がないことも多いから、これらの譲渡行為をすべて詐害行為として提訴するのは国税の早期徴収の実現に支障が生ずることになる(杉沢史郎『詳解/国税・地方税租税徴収の実務』(清文社、2000年)657頁参照)。

直接第二次納税義務を負わせ、実質的に詐害行為の取消しをした場合と同様の効果を得ることを目的としている⁽²⁹¹⁾。

国税徴収法39条による第二次納税義務の成立要件は、①滞納者の租税について滞納処分を執行してもなお徴収すべき額に不足すると認められること、②滞納者が当該租税の法定納期限の1年前の日以後に、無償又は著しく低い額の対価による財産の譲渡、債務の免除、その他第三者に利益を与える処分をしたこと、③その徴収不足額が、当該無償譲渡等の処分に基因すると認められること、の3点である⁽²⁹²⁾。このうち、資産流動化・証券化取引との関係で問題となるのは、無償又は著しく低い額の対価による譲渡等の処分の範囲である。この「著しく低い額」の判定に当たっては、所得税法59条1項2号を受けた同法施行令169条が、「著しく低い価額の対価」を時価の2分の1に満たない金額と定めているところ、国税徴収法39条及び所得税法59条はいずれも租税徴収の確保を目的として定められた規定であることに照らせば、国税徴収法39条に規定する「著しく

(291) 吉国ほか共編・前掲注(16)353頁、金子・前掲注(82)156頁、東京高判昭和53年4月25日判例時報893号21頁参照。この点について、実務上は、①納税者の無償譲渡等の行為が悪意でなくてもよいこと、②第二次納税義務者は特殊関係者に限定されず、第三者でもよいこと、③第三者は現存利益の限度で納税義務を負うこと等から、現行法は詐害行為の取消しよりも一種の不当利得返還(いわば、租税との関係だけにおける不当利得返還)に類似するとの見方が有力である(浅田久治郎『租税徴収の理論と実務』(金融財政事情研究会、1970年)501頁参照)。

なお、滞納者が行った法律行為が、第二次納税義務の成立要件と詐害行為取消権の要件の双方を満たす場合には、双方の成立要件の異同、追及の範囲の差異等からみて、両者の間に一般法と特別法の関係があるとはいえないことから、いずれによることもできるとされている(国税徴収法基本通達32条関係31、庫本編・前掲注(16)263頁参照)。両者の法的構成の相違については、吉国ほか共編・前掲注(16)359頁を参照。

(292) その効果として、譲受人等が負うことになる納税義務の額は、原則として、無償又は著しい低額譲渡等の処分により受けた利益が現に存する限度となる(国税徴収法39条後段)。これは、第二次納税義務を課することにより、第三者にその受けた利益以上の負担をかける結果となること、すなわち、第三者の固有資産から持ち出しさせることになることまでをも目的とするものではないことによる(東京地判

低い額」についても、所得税法59条（同法施行令169条）に規定する「著しく低い価額の対価」と同様に、時価の概ね2分の1に満たない価額をいうとする考え方もある⁽²⁹³⁾。しかしながら、すべての処分に一律にこの考え方を採ることは合理性が乏しく、所得税法の場合との利益状況の相違に鑑み、「著しく低い額」に該当するか否かは、当該財産の種類、数量の多寡、時価と対価の差額の大小等を総合的に考慮して、当該取引価額が通常取引価額、すなわち時価に比して社会通念上著しく低いと認められるか否かにより判断すべきものと解するのが相当であって⁽²⁹⁴⁾、時価の2分

昭和50年3月24日行裁例集26巻3号376頁参照）。

- (293) 大阪地判昭和52年12月7日行裁例集28巻12号1293頁、その控訴審である大阪高判昭和54年4月24日行裁例集30巻4号779頁参照。

低額譲渡の課税の取扱いについては、国税徴収法39条、相続税法7条、みなす譲渡所得課税に関する所得税法59条1項2号、みなす寄付金課税に関する法人税法37条8項等が存するが、かかる低額譲渡にあたるか否かについての判断基準は、所得税法59条（同法施行令169条）の場合を除いて法定されておらず、低額譲渡の認定判断をめぐっては、これまで、多くの訴訟が提起されてきている（増田英敏「国税徴収法39条にいう著しく低い対価」ジュリスト981号（1991年）126頁参照）。そのうち、たとえば横浜地判昭和57年7月28日訟務月報29巻2号321頁は、相続税法7条における「著しく低い価額」の意義について、所得税法59条や国税徴収法39条と対比して詳細な検討を加え、「同条にいう著しく低い価額の対価に該当するか否かは、当該財産の譲受事情、当該譲受の対価、当該譲受に係る財産の市場価額、当該財産の相続税評価額などを勘案して社会通念に従って判断すべきものと解するのが相当である」と判示する（岩崎政明「相続税法7条にいう『著しく低い価額の対価』とは当該財産の譲受の対価が相続税評価額の二分の一を下回る場合をいうと解することはできないとされた事例」税務事例15巻10号（1983年）4頁参照）。

- (294) 広島地判平成2年2月15日判例タイムズ738号94頁参照。同判決は、所得税法59条と国税徴収法39条の解釈について、所得税法59条は、資産の値上りによる増加益が譲渡の時に発現したものとみなして課税することができる場合を定め、もって増加益に対する課税が繰り延べられることを防止することを図ろうとするのに対し、国税徴収法39条は、第二次納税義務の制度の趣旨に照らし、衡平の理念に基づいて国税債権者と利益を享受している譲受人との調整を図ろうとしているものであって、両者は、その目的、利益状況を異にしているから、国税徴収法39条にいう「著しく低い額の対価」を所得税法59条の場合と同様に解さなければならないものではないと判示し、また、松江地浜田支判昭和44年7月2日第二次納税義務関係判例集309頁は、国税徴収法39条にいう「著しく低い額の対

の1に満たない場合に限定されるものではないというべきである⁽²⁹⁵⁾。

そうすると、前述のとおり、金融商品会計基準の設定や日本公認会計士協会による実務指針の公表により、時価（公正な評価額）が明確となった金銭債権の流動化においては、オリジネーターが信用補完措置に基づいて、比較的僅少な範囲でのみリコース義務を負担するとしても、時価と対価との差の絶対額が大きい場合には、対価が時価の90%というようなときでも、国税徴収法39条に規定する「著しく低い額による譲渡」に該当することもあるというべきであって⁽²⁹⁶⁾、この場合には、徴収職員は、流動化

価による譲渡」とは、画一的に判断できるものではなく、財産の種類等に応じて具体的に判断されるべきであると判示する。

一般的には、低額譲渡に該当するか否かは画一的に判定できるものではなく、財産の種類に応じて、社会通念上判定されるべきであるとされている（深谷和夫＝牧野正満『国税徴収の理論と実際〔新版〕』（財経詳報社、1992年）245頁、杉沢・前掲注（290）659頁参照）。

(295) 金子・前掲注（82）156頁参照。

この点について、国税徴収法基本通達39条関係6は、その本文において、「著しく低い額の対価によるものかどうかは、社会通念上、通常取引に比べ著しく低い額の対価であるかどうかによって判定する。」と定め、その注において、「1. 値幅のある財産については、特別の事情がない限り、時価のおおむね2分の1に満たない価額をもって著しく低いと判定して差し支えない。2. 対価が時価の2分の1を超えている場合においても、その行為の実態に照らし、時価と対価との差額に相当する金員等の無償譲渡等の処分がされていると認められる場合があることに留意する。」と定めている。この通達に関して、前掲広島地判平成2年2月15日は、「右注は、上場株式、社債等のように、一般に時価が明確な財産については、価額の差（時価と対価との差）が比較的僅少であっても、「著しく低い」と判定すべき場合があるのに対し、不動産のように通常は人により評価額を異にし、値幅のある財産については、価額の差がある程度開いていても直ちには「著しく低い」とはいえない場合があることに鑑みて設けられたものと解される」とする。

(296) 浅田久治郎ほか共著『租税徴収実務講座3特殊徴収手続〔4版〕』（ぎょうせい、1994年）121頁参照。なお、税務上の債権の評価は、正常的な債権については、過去の貸倒れの実績に基づいた貸倒引当金を計上することができ（法人税法52条2項）、債務者がデフォルトを起こしたなどの事由が認められた債権については、個別に貸倒引当金を設定することができるが（法人税法52条1項）、これは、金融商品会計基準及び金融商品実務指針に基づいて一般債権に貸倒実績率法を適用する場合の算定方法とは異なるものであり、さらに、一般引当の対象となる債権の範囲についても相違があることに留意すべきである（太田・前掲注（225）16

対象資産の譲受人であるSPVに対して、当該流動化取引に係る現存利益を限度として、第二次納税義務を賦課することが可能となる。

第3節 SPVの法人格の否認

1 法人格否認の法理と租税関係への適用

(1) 法人格否認の法理の展開

アメリカやドイツでは、個人企業に比すべき小規模会社あるいは企業グループ（結合企業）から生ずる法律問題に関して、会社解散命令、会社設立無効・取消の制度などとは別に、ある特定の法律関係についてのみ、第三者との関係で会社と社員（親会社）をその支配・利益の一体性に鑑みて同一人格とみなすことによって、実質と法形式のずれから生ずる不公正を調整する法理、すなわち「法人格否認の法理」が生まれた。わが国でも、戦後の小規模な株式会社の氾濫及び結合企業に対する法規整の不備に鑑み、早い時期から比較法的研究を基礎に、法人格否認の法理の導入が主張されている⁽²⁹⁷⁾。やがてその法理を適用する若干の下級審判決も現れたが、実務及び学説の大勢は、一般条項に位置付けられる同法理の適用には慎重な

6頁参照)。また、法人税においては、取引日の公正な価額（時価）をもって収益の額として認め、それを益金の額とする立場をとっているため、前述のとおり、譲渡価額が時価と乖離しているものと税務上認定された場合、時価と譲渡価額との差額について、譲渡人（低額譲渡の場合）又は譲受人（高価買入の場合）からその相手方に贈与したものとみなされ、当該贈与部分については寄附金の額に含まれることになる（同法37条8項）。

- (297) 大隅健一郎「法人格否認の法理」法曹時報2巻8号（1950年）1頁、松田二郎「コンツェルン関係における株式会社の自主独立性」法曹時報2巻2号（1950年）27頁参照。その後の主要な文献については、江頭憲治郎『会社法人格否認の法理』（有斐閣、1980年）3頁、蓮井良憲「会社法人格の否認」ジュリスト451号（1970年）97頁、村井正「『法人格否認の法理と税法』序説」日本税法学会編『杉村章三郎先生古希祝賀税法学論文集』（三晃社、1970年）279頁、奥山恒朗「いわゆる法人格否認の法理と実際」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『実務民事訴訟法講座5』（日本評論社、1969年）160頁を参照。

態度をとっていた。その抑制的姿勢を一挙に覆したとされるのが、昭和44年の最高裁判決である⁽²⁹⁸⁾。同最判は、法人格否認の法理に判例法としての地位を付与することを宣言し⁽²⁹⁹⁾、これを受け入れるかたちで学説も概ね同法理の適用を是認している⁽³⁰⁰⁾。

ここで、改めて同法理を定義すると、現在の一般的理解によれば、法人格否認の法理とは、法人制度の目的に照らして、ある会社について、その形式的独立性を貫くことが正義・衡平の理念に反すると認められる場合、その会社の存在を全面的に否定するのではなく、その法人としての存在を認めながら、特定の法律関係についてその具体的な利害関係を妥当に調整するために必要な限りにおいて個別的・例外的に、法人格の機能（会社の独立性＝会社と株主の分離原則）を否定して、会社と株主を法律上同一視する法理論である⁽³⁰¹⁾。そして、その実定法上の根拠については、民法1

(298) 最判昭和44年2月27日民集23巻2号511頁参照。

(299) 判示は、「およそ法人格の付与は社会的に存在する団体についてその価値を評価してなされる立法政策によるものであって、これを権利主体として表現せしめるに値すると認めるときに、法的技術に基づいて行われるものなのである。従って、法人格が全くの形骸にすぎない場合、またはそれが法律の適用を回避するために濫用されるが如き場合においては、法人格を認めることは、法人格なるものの本来の目的に照らして許すべからざるものというべきであり、法人格を否認すべきことが要請される場合を生じるのである。」とする。

(300) 前掲最判昭和44年2月27日以後、この法理の適用そのものに消極的な見解はみられないとされている（江頭・前掲注（297）4頁参照）。

(301) 森本滋「法人格否認の法理の新展開」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟法講座7』（日本評論社、1982年）350頁参照。これに対して、法人格否認の法理は、その法律構成自体に意義があるというよりは、現行法の不備な点を明らかにし出す点に真の意義があり、現在は法人格否認の法理で解決されている問題の中には、今後の新たな立法の中で解決されていくべきもの、あるいは従来の硬直な解釈論を改めることによって処理されるべきものが多く、個々の具体的事案の解決は個々の規定の目的や株式会社制度の意義を十分に検討して解決を図るべきであるという考え方が台頭している（江頭・前掲注（297）142頁参照）。

ただし、法人格が否認される場合であっても、判決の既判力及び執行力の範囲は拡張されないとするのが判例である（最判昭和53年9月14日判例時報906号88頁参照）。この点については、竹下守夫「法人格否認と判決の効力の拡張」判例タイムズ390号（1979年）248頁、星野雅紀「法人格否認と訴訟法およ

条3項に求めるのが多数説である⁽³⁰²⁾。

(2) 法人格否認の法理の租税関係への適用

法人格否認の法理は、本来、私人間の取引における相手方保護という要請から認められた理論であることから、この法理が租税法の領域においても適用されるか否かについては、従来から議論のあるところであった⁽³⁰³⁾。この点について、前掲最判昭和44年2月27日以前に、株主相互金融の株主優待金についての法人税法上の性質に関する最高裁判決において、松田二郎裁判官の意見が傍論として法人格否認の法理に触れ、租税法の領域においても同法理が適用される場合があることを示唆し⁽³⁰⁴⁾、その後昭和44年最判を契機として、法人形態を利用した納税者の側から、課税処分を免れるために法人格の否認が主張された裁判例が生じている⁽³⁰⁵⁾。しか

び執行法上の問題点」判例タイムズ412号(1980年)31頁を参照。

- (302) 大隅・前掲注(297)2頁、田中誠二「法人格否認の法理の問題点(上)」商事法務研究560号(1971年)3頁、奥山・前掲注(297)165頁、蓮井・前掲注(297)98頁、森本・前掲注(301)351頁など参照。これに対して、商法54条1項に根拠を求める有力説として、龍田節「法人格否認法理の最近の展開」商事法務研究534号(1970年)12頁を参照。

なお、法人格否認の法理の適用範囲及び要件については、蓮井・前掲注(297)98頁、増田英敏「租税法律主義の形骸化の検証」税法学540号(1998年)115頁を参照。

- (303) 西川勝利「滞納処分における法人格否認の法理の適用について」税務大学校論叢30号(1998年)383頁参照。租税法律関係の領域にも、法人格否認の法理の適用を認めるためには、公法関係における租税法律主義の原則といかに調和すべきかを前提とした上で、i 実質課税とどう調和するのか、ii 課税庁にのみ調査権があることとの関係はどうか、iii この法理が法人の所得とも個人の所得ともいずれをも課税できるとすれば、法人税と所得税のいずれを適用するかで納税義務者側に利益、不利益の差異を生じないかの諸点を検討すべきであるといわれている(松沢智『新版租税実体法〔補正第2版〕』(中央経済社、2003年)57頁参照)。議論の状況については、岩崎政明「租税法における法人格否認の可否」ジュリスト905号(1988年)108頁、増田・前掲注(302)118頁、鈴木涼介「法人格否認の法理の租税法への適用とその課題」私法学研究28号(2004年)126頁を参照。
- (304) 最判昭和43年11月13日民集22巻12号2449頁参照。
- (305) 盛岡地判昭和44年12月11日税務訴訟資料57号681頁、東京地判昭和47年8月2日税務訴訟資料68号1003頁、東京地判昭和48年3月26日税務

し、いずれも課税庁の側から法人格否認の法理の適用が主張されたものではなく、課税庁の援用による同法理の適用については、確定段階における租税回避の問題が、専ら法理論上議論されていたにすぎなかった⁽³⁰⁶⁾。このように、現在まで法人格否認の法理を課税処分へ適用した事例が見受けられないのは、税法上、実質所得者課税の原則の効力の及ぶ範囲が尽きたところに、法人格否認の法理が作用するものといえ⁽³⁰⁷⁾、実質所得者課税の原則（所得税法12条、法人税法11条）や、いわゆる同族会社の行為・計算の否認規定（所得税法157条、法人税法132条）が、法人格否認の法理の代替的作用を営んでいると考えられることから、同法理を適用する必要性が少ないことによるものと思われる⁽³⁰⁸⁾。

これに対して、滞納処分においては、他に徴収手段がない場合には、法人格否認の法理を適用する必要性が生じてくる⁽³⁰⁹⁾。この点について、徴収段階における租税債務の免脱に対し、神戸地判平成8年2月21日金融法務事情1485号50頁は、「租税滞納処分においては、租税債権の成立、

訴訟資料72号411頁、大阪地判昭和50年5月29日訟務月報21巻8号1730頁、岐阜地判昭和57年4月19日税務訴訟資料123号95頁、熊本地判昭和59年2月27日訟務月報30巻7号1270頁、大分地判平成10年3月23日税務訴訟資料231号212頁など。ほぼすべての判決が、会社の法的形態を利用した者が相手方の損失において法人格否認の法理を自己の利益のために援用することは許されないとし、納税者の側からの援用が認められることはなかった。この点については、波多野弘「税法における法人格の否認」税法学351号（1980年）4頁、鈴木・前掲注（303）128頁を参照。

- (306) 中村昭久「滞納処分と法人格否認の法理」龍谷大学大学院法学研究4号（2002年）115頁参照。
- (307) 松沢・前掲注（303）59頁参照。
- (308) 西川・前掲注（303）391頁参照。これらの規定は、法人格否認の法理の精神に基づいて立法されたものであるといえる（井上和彦「税法・民事執行法と法人格否認の法理」産能大学紀要24巻1号（2003年）84頁参照）。法人格否認の法理と実質所得者課税の原則及び質問検査権並びに同族会社の行為・計算の否認規定との関係については、鈴木・前掲注（303）133頁を参照。
- (309) 滞納処分における財産の帰属者の判定について、法人格否認の法理が適用され得るとするものとして、山田二郎『税務訴訟の理論と実際』（財經詳報社、1976年）166頁を参照。この点についての学説の状況及び法人格否認の法理と第二次

すなわち租税の賦課は、権力関係であるとしても、いったん成立した租税債権の実現、すなわちその執行については、特別の規定のない限り、私債権と区別する理由はないと解するのが相当である。そして、本件では本件差押処分の対象財産の帰属が問題となっているのであり、既判力・執行力の拡張の場面とは異なるものである。また、法人格否認の法理は、権利濫用や信義則、禁反言の原則等一般条項に基づくものであって租税法律主義にいう「法律」に内在するものといえる以上、・・・本件においても法人格否認の法理を認めるのが相当」であると判示し⁽³¹⁰⁾、裁判例としてはじめて、滞納処分における法人格否認の法理の適用を認めている⁽³¹¹⁾。

同判決に対しては、法人格否認の法理は、正義・衡平の要請を満たすための例外的な判例理論であって、その適用は限定的になされるべきであるから⁽³¹²⁾、本件においても他の租税法規を適用して解決できると判断される場合には、同法理を適用することなく、他の租税法規を適用すべきであったとして、第二次納税義務の適用による問題解決の可能性を指摘する見

納税義務との関係については、鈴木・前掲注(303) 142頁を参照。

- (310) 事案は、税務署長が滞納処分により滞納会社の債権を差し押さえ、その取立を行ったことに対し、滞納会社の債務の免脱を目的として設立された原告会社が、当該差押えは原告会社の財産を滞納会社の財産と誤認してなされた違法なものであり、また、当該取立により原告会社に損害を与えたとして、被告税務署長に対して差押処分の取消しを、被告国に対して主位的に国家賠償を、予備的に不当利得返還を求めたものである。
- (311) 同判決を検討する文献としては、栗谷桂一「滞納処分による債権差押えが、法人格否認の法理の適用により有効であるとされた事例」税務事例28巻4号(1996年)17頁、村井正「濫用型・法人格否認の法理の租税法域への適用とその意義」税理40巻15号(1997年)32頁、増田英敏「租税債権の執行における法人格否認の法理の適用の可否」ジュリスト1132号(1998年)169頁、西川・前掲注(303)349頁、西川勝利「滞納処分における法人格否認の法理の適用について」税経通信53巻9号(1998年)246頁、増田・前掲注(302)113頁、中村・前掲注(306)113頁、金山剛「租税債権の執行における法人格否認の法理の適用について」旭川大学紀要56号(2003年)63頁、鈴木・前掲注(303)117頁などを参照。
- (312) 増田・前掲注(302)122頁参照。

解がある⁽³¹³⁾。しかしながら、本件の事実関係においては、第二次納税義務の適用さらには詐害行為取消権の行使はできなかつたことから⁽³¹⁴⁾、法人格否認の法理によることが唯一考えられる徴収手段であったものである。そうすると、そのような場合に、滞納処分において法人格否認の法理が適用されるべきか否かが問題となるが、法人格否認の法理と共通の基盤をなす権利濫用の法理や信義誠実の原則ないし禁反言の原則は、あらゆる分野における法に内在する一種の条理の表現とみるべきもので、租税法に限ってその適用を排斥すべき根拠は見出し難いことから、租税法律主義の原則も、これらの適用を否定すべき根拠とはならないというべきである⁽³¹⁵⁾。そして、国は、その有する租税債権につき、自ら執行機関として滞納処分の方法によりその満足を得ようとするものであって、滞納者の財産を差し押さえた国の地位は、あたかも、民事執行法上の強制執行における差押債権者の地位に類するものであり、租税債権がたまたま公法上のものであることは、執行段階において、国が一般私法上の債権者より不利益な取扱い

-
- (313) 村井・前掲注(311) 36頁及び増田・前掲注(311) 171頁は、本件では、国税徴収法36条(実質課税額等の第二次納税義務)あるいは同法38条(事業を譲り受けた特殊関係者の第二次納税義務)の規定を適用して解決する余地があつたのではないかとする。
- (314) 滞納会社から原告会社への営業譲渡が、株主総会の決議を経ていれば、原告会社へ国税徴収法38条を適用して徴収することができるし、株主総会の決議を経ていなくても、譲渡財産が営業の全部又は重要な一部であれば、当該営業譲渡は無効である(商法245条)から、原告会社に移転した財産は依然滞納会社に帰属しているとして直接滞納処分の対象となるし、重要な財産でなくても、無償ないし低額で営業用財産が譲渡されていれば、国税徴収法39条(無償譲受人等の第二次納税義務)を適用し、あるいは、国税通則法42条及び民法424条により、詐害行為取消権を行使して徴収することができるが、本件のように営業譲渡も営業用財産の譲渡も行うことなく、滞納会社の滞納国税を放置して原告会社を設立し、同様の営業を行っている場合には、上記のような徴収方法を用いることはできない(栗谷・前掲注(311) 18頁、西川・前掲注(311) 248頁参照)。また、国税徴収法36条は確定段階において実質所得者課税をする必要があるところ、本件において発生している滞納国税は源泉所得税であつて、所得の帰属の問題と関係することがないことから、同条を適用することはできない(中村・前掲注(306) 121頁参照)。
- (315) 田中・前掲注(83) 129頁参照。

を受ける理由となるものではないと解すべきであることから⁽³¹⁶⁾、滞納処分においても、法人格否認の法理の適用を認めることが相当である⁽³¹⁷⁾。

2 資産流動化における法人格の否認の可否

資産流動化・証券化スキームにおいて、オリジネーターが、自ら有する金融資産を活用するためにSPVを設立して債権を譲渡する形式を採り、サービサーとしてSPVに代わって取立業務を遂行する場合には、オリジネーター自らの債権につき取立をしている場合と外形上はほとんど区別がつかない。しかも、金融を得る目的は、SPVを介在させるか否かで実質的には必ずしも変わらない場合もある。このような場合に、SPVに法人格否認の法理が適用されるかが問題となる⁽³¹⁸⁾。

(316) 最判昭和31年4月24日民集10巻4号417頁参照。

(317) この点について、金子・前掲注(82)737頁は、「滞納会社の債務を免脱する目的で別会社が設立された場合には、法人格否認の法理を適用して、別会社の財産を差し押さえることができると解すべきである」として、滞納処分における法人格否認の法理の適用を承認する。

なお、滞納処分への具体的な適用において、現行規定の枠内で財産差押えを行う際の二方式(①法形式上実質的支配者の名義となっている財産を、法人格否認の法理の適用により、滞納者に帰属する財産と認定した上で、その財産を差し押さえる方法である「帰属認定方式」及び②法人格否認の法理の適用により、滞納者に対する国税債権をもって直接に実質的支配者名義の財産を差し押さえる方法である「直接差押方式」)を提示するものとして、栗谷・前掲注(311)18頁、西川・前掲(303)414頁を参照。

(318) 法制化調査・前掲注(43)45頁参照。

アメリカでは、オリジネーターの倒産手続において、法人格否認の法理に基づきSPVの独立した法人格が否定され、また、連邦倒産法により裁判所に付与された衡平法上の権限に基づいてSPVの債務及び財産がオリジネーターの債務及び財産とみなされ同一の倒産手続に服することはないか、そして、それを避けるためにはSPVはどの程度の実体を備えておく必要があるかが議論される。この点につき一般に検討されるべき視点は、①両会社の実質的同一性を認めるに足る相互の関係がどの程度あるか、②債権者にとって両者を併合するメリットはあるか、ということにある。これらを判断するための客観的基準としては、i資産及び事業の混同、ii会社間の保証の存否、iii法的要件を具備しない資産の移転、iv連結財務諸表の存否、v会社間における共通の支配関係、vi物理的所在地が同一であることによる利益、などが挙げられている(小野傑「証券化スキームにおける特別目的会社について

この点について、スキームの大筋において、SPVがオリジネーターの有する資金とオリジネーターの人材で運営されるとすると、如何なる法技術を用い、関係法主体を多数にしても、結局はオリジネーター自ら債権を流動化し、投資家に販売して資金を調達するという実態に変わりはなく、すべてオリジネーター単独の行為とみられる余地がある⁽³¹⁹⁾。たとえば、SPVの現状、実態に照らして、形骸化に該当し得る場合として、オリジネーターが、倒産隔離のために、制度的に必要に迫られてSPVを設立させ、実質はSPV自体を自らの支配下に置き、資金・組織・陣容等すべてを包摂して運営しているのであれば、SPV自体の形骸化の認定は可能であると思われる⁽³²⁰⁾。

そうすると、オリジネーターに対する滞納処分においても、法人格否認の法理の適用を視野に入れ、資産流動化・証券化の法律関係についてSPVの法人格を否認し、SPV名義の流動化対象資産をオリジネーターに帰属する財産であると認定して差し押さえることを検討すべきことになる。

て」金融法務事情1385号（1994年）12頁参照）。

(319) 宗田親彦「ABSに関する課題と検討(下)」Credit&Law132号19頁、宗田・前掲注(68)91頁参照。

(320) 法制化調査・前掲注(43)75頁参照。これに対して、SPVの法人格が否認されないような仕組みが構築されていれば、SPVがオリジネーターの子会社である場合のオリジネーターによる株主権行使の問題を除き、オリジネーターについて倒産手続が開始した場合でも、倒産隔離を達成することができる(小野・前掲注(318)13頁参照)。この意味において、資産流動化・証券化スキームにおける法人格否認の法理の適用は、真正売買性を判断する際の1つのファクターとしても捉え得るものと考えられる(法制化調査・前掲注(43)45頁参照)。

結 論

以上のとおり、本稿は、近年のわが国での資産流動化・証券化市場の成熟に伴い、滞納処分の対象となる財産の帰属認定を問題にする国税徴収法の要請に基づいて、解釈論のレベルで倒産隔離の基準を考察して、資産流動化スキームにおける滞納処分のあり方を構築してきたものである。本稿から得られた研究成果を再論すると次のとおりである。

1 資産流動化における倒産隔離の基準

倒産隔離において最も重要な問題となるのが、売買の法形式を用いるオリジネーターからSPVへの流動化対象資産の譲渡が、法的にみて真の売買と構成されるか、担保設定として再構成されるかという点である。これは、アメリカにおける同種の問題類型に倣って真正売買（true sale）の問題と呼ばれている。

この倒産隔離については、わが国では立法や裁判例による基準の確立がなされておらず、特定債権法施行以降のここ10年来、資産流動化を専門とする法律家や実務家を中心に、アメリカにおける true sale をめぐる議論を参考にして、取引に含まれる売買的要素と担保的要素を総合的に検討し判断しようという取組みが行われてきた。これに対し、最近では、オリジネーターの破綻事例の発生による関心の高まりもあって、アメリカ法の下での true sale をめぐる理論を直輸入するような問題設定は適切でないとの認識が、倒産法を専門とする学者を中心に表明されるとともに、倒産法に関するわが国の判例・学説の集積を踏まえて検討を加える論稿が数多く発表されるようになった。

この問題に対するアプローチには様々なものがあり得るが、結局、取引当事者が売買と構成しているものについて、他の諸般の要素からそれを担保設定として再構成することができるか否かという点に帰着する。この点については大きく2つの基本的な考え方があり、従来の多数の見解は、①当事者の

契約意思、②対抗要件の具備、③価格の均衡、④会計上のオフバランス化、⑤買戻特約ないし信用補完比率の合理性等の各種のファクターを考慮して担保性の有無を判断するものであるのに対して、最近の有力な見解は、被担保債権の存否の有無を重視して担保として再構成される要件を検討するもので、その基準として、①被担保債権の存否、②担保目的物の存否、③受戻権の存否に重きを置く。

両見解は、一見異なるようにもみえるが別個のものではなく、重なる部分が少なくない。どちらの考え方も、「資産流動化のための資産譲渡が売買か担保か」という同じ大枠の問題設定の中で、要件事実論的には、後者における被担保債権や担保目的物の存否は、担保取引に係る主要事実該当する一方、前者において挙げられる各メルクマールは、そうした主要事実の存在を推認する間接事実群に該当すると理解でき、互いに相容れないものではないと考えられる。

2 滞納処分における倒産隔離の基準

上記のような倒産隔離の基準についての議論は、オリジネーターが危機状態に陥った場合を前提とした民法上ないし倒産法上の要請に基づくものであるが、本稿は、これをオリジネーターが平常状態の場合においても国税を滞納しているときに譲渡担保性を問題とする国税徴収法上の要請に基づいて再検討し、従来、主として議論されてきた「売買か担保か」という観点のみではなく、「滞納者に帰属する財産といえるか」という帰属認定の観点からも倒産隔離の基準を考察し、その実質的要件を明らかにしようとしたものである。

譲渡担保と租税との関係については、国税徴収法24条が譲渡担保を担保的に構成し、債権の譲渡担保は債権譲渡の法形式を用いることから、債権の譲渡人が国税を滞納している場合に、当該譲渡が債権を終局的に譲受人へ移転させる通常の債権譲渡であるのか、または、担保目的で譲受人へ移転させる債権譲渡担保であるのかを区別する基準を明確にすることが、滞納処分のあり方との関係で問題となる。すなわち、国税徴収法24条は、譲渡担保に

対する国税の徴収確保策として「譲渡担保権者の物的納税責任」という法技術を導入していて、設定者である納税者の国税を追求する場合には、譲渡担保権者をあたかも第二次納税義務者に準ずるものと考え、その第二次納税義務者の財産としてその譲渡担保財産に対して滞納処分を執行しようとするものであるところ、債権譲渡の法形式を用いる取引において、当該債権が譲受人に排他的に帰属することになるのであれば、譲渡人の責任財産から逸出することになるので、当該債権に対して譲渡人の滞納処分を執行することは原則としてできなくなる。これに対して、当該債権が譲受人に担保的に帰属することになるのであれば、当該債権は譲渡担保財産を構成することになるので、譲受人は譲渡人の滞納国税について物的納税責任を負う場合があることになる。このように、滞納処分においては、国税徴収法24条の適用範囲を画する上でオリジネーターが平常状態の場合においても倒産隔離の基準すなわち真正売買性を考察する必要性が顕在化してくるのである。

この債権譲渡と債権譲渡担保との区別の基準については、債権譲渡担保の権利移転型の法的構成及び債権譲渡の法形式の特質からの帰結として、清算法理の確立に起因する譲渡人についての清算請求権の存否に求めるべきであり、債権売渡担保の場合においても、隠れた被担保債権の存在を認めつつ、清算に至るまでの通常担保の処理をする方法が相当であることから、債権譲渡担保の場合と同様と考える。

このような考え方は、資産流動化取引としての債権譲渡についても等しく妥当すべきものであるが、資産流動化のスキームには、オリジネーターによる管理権限の保持や信用補完の措置といった、その仕組み性に由来する固有の特色が認められることから、これに相応した債権譲渡と債権譲渡担保との区別の基準の考察が要請される。

この点は、最も原初的な債権流動化の手法といえる手形割引の法的性質を分析し、法的判断と相互に関連するオフバランス処理に関する会計基準を整理し、金融資産の消滅を認識する権利支配移転の範囲に関する法人税の取扱いを考慮することにより、主位的には、前述の債権譲渡と債権譲渡担保との

区別の基準となる①清算法理の確立に起因する清算請求権の存否を考慮し、副位的には、②資産譲渡に係る支配の移転及び③資産の価値に相応した相当対価の取得を考慮すべきである。

したがって、オリジネーターが国税を滞納した場合、徴収職員は、上記の基準によって当該流動化スキームにおける倒産隔離の成否を判断することになる。これにより、倒産隔離が実現されていないとしたときには、流動化対象資産は、オリジネーターから担保の目的でSPVへ移転した譲渡担保財産として構成されるというべきであるから、SPVは、オリジネーターの滞納国税につき、国税徴収法24条の規定により物的納税責任を負う場合があることになり、また、倒産隔離が実現されていたときには、流動化対象資産は、真正売買によりオリジネーターの責任財産から逸出したというべきであるから、直接には滞納処分による差押えはできないことになる。しかしながら、納税義務の適正な実現を通じて国税収入を確保するという国税徴収法の目的に鑑みれば、次に述べる手法により、なお滞納処分の執行が可能であるか否かを考察する必要があるというべきである。

3 資産流動化スキームにおける滞納処分のあり方

(1) オリジネーター兼サービサー名義の回収金専用預金口座の差押え

コミングリング・リスクを低減する方策として、オリジネーター兼サービサー名義の専用預金口座で回収金を分別管理する場合、この預金の帰属に関連して、近時、最高裁が損害保険料保管専用口座及び弁護士預り金口座について示した判断基準に照らせば、預金者はサービサーであると認定でき、また、信託法理ないし問屋法理に照らしても、その責任財産性を肯定し得ることに鑑みれば、回収金専用預金口座をサービサー（＝オリジネーター）に帰属するものとして差し押さえることが可能である。

(2) SPVに対する第二次納税義務の賦課

資産流動化スキームにおいて、オリジネーター自身により信用補完措置が講じられる場合に、比較的僅少な範囲のリコース義務を負担するときで

あっても、一定の場合には、資産流動化のための資産譲渡を国税徴収法39条に規定する低廉譲渡と評価すべきことになるので、その時価と対価との差額である現存利益を限度としてSPVへ第二次納税義務を賦課することが可能な場合がある。

(3) SPVの法人格の否認

SPVがオリジネーターの資金・組織・陣容ですべて運営されるとすれば、その形骸化の認定が可能となり、SPVの法人格を否認して、流動化対象資産をオリジネーターに帰属する財産と認定して差し押さえることが可能な場合がある。

4 おわりに

以上のおり、本稿は、資産流動化スキームにおける倒産隔離の基準及び滞納処分における倒産隔離の基準を解釈論のレベルで考察してきたものである。しかしながら、倒産隔離の基準は、本来的には、格付取得と投資家の納得性の問題であって、極めて実務的な事柄であるし、また、滞納処分は、個別具体的な事案の特殊事情に相応して厳格・適正に執行すべきものであって、これも極めて実務的な事柄である。しかも、資産流動化・証券化の実務は、法制度や法理論を超えて、常に前進していくものであることから、本稿で考察したテーマも、実務に照らして常に研究し続けていく必要があるものである。特に、法律上の真正売買性と会計上及び税務上のオフバランス処理との関係については、実務上、十分な議論が要請されている分野であると考えられる。

資産流動化・証券化取引は、現在では、企業の資金調達手段として必要不可欠なものとなっている。本稿が、今後の資産流動化・証券化市場の不可逆的な発展になにがしかの寄与をもたらすことができれば、望外の幸せである。