

國學院大學學術情報リポジトリ

契約当事者の地位と形成権(1)

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 国学院大学法学会 公開日: 2024-05-11 キーワード (Ja): 契約当事者, 形成権 キーワード (En): 作成者: 佐藤, 秀勝 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.57529/0002000363

契約当事者の地位と形成権(一)

佐藤 秀 勝

第一章 はじめに

第一節 問題意識

第二節 検討の対象・方法・順序

第二章 比較法——ドイツ法・オーストリア法の検

討——

第一節 形成権の譲渡に関する基礎理論

(以上、本号)

第二節 契約引受と形成権

第三節 債権譲渡と形成権

第四節 小 括

第三章 形成権の譲渡に関する基礎理論

第四章 類型的考察

第五章 結びに代えて

第一章 はじめに

第一節 問題意識

本稿は、契約当事者の地位と形成権、とりわけ取消権や解除権のようにその行使によって契約関係全体の解消を

生じさせる形成権（以下では、このような形成権を「契約に関連する形成権」⁽¹⁾と称する）との関係を検討するものである。以下、この問題を取り上げる理由を述べることにする。

一 従来の議論状況

契約当事者の地位と契約に関連する形成権との関係は、従来日本では、これらの形成権が契約上の地位とともに移転するか、また、債権譲渡の際に債権とともに移転するか、という形で議論されてきた。

1 契約上の地位の移転と形成権

契約上の地位の移転（なお、以下では合意による契約上の地位の移転を対象とする）⁽²⁾は、民法典上明文規定はないが、判例・通説によって認められている。⁽³⁾そして、契約に関連する形成権が契約上の地位の移転によって譲渡人から譲受人へ移転することについては異論はない。⁽⁴⁾もともと、契約上の地位の移転の法的構成については、分解説と一体説の対立があり、これは、形成権の移転をどのように説明するかにも影響する。すなわち、契約上の地位の移転を債権譲渡と債務引受の組合せと見る分解説では、解除権や取消権の移転を説明することは難しい。他方、現在の通説である一体説⁽⁵⁾は、契約上の地位の移転を債権譲渡と債務引受のたんなる結合とは質的に異なる一体的な行為であり、契約から生じる個々の債権・債務だけでなく、付随義務や取消権・解除権等の形成権も移転すると考える。よってこの説では、形成権の移転を容易に正当化することができることになる。⁽⁶⁾その際、取消権や解除権は、契約当事者の地位と「不可分性」を有すると考えられてきたように思われる。⁽⁷⁾近時はこの点について、具体的な当事者の利害や形成権の制度趣旨を考慮して決すべきであるとの主張が見られるが、「不可分性」の考え方はなお強いのではないだろうか。⁽⁸⁾⁽⁹⁾

2 債権譲渡と形成権

(1) 判例・通説

この点につき判例は、とりわけ解除権に関して、それはその行使により契約関係の消滅をもたらす権利であるから、契約当事者または契約上の地位の移転によりその地位を承継した者のみが有することができ、契約に基づく債権のみを譲り受けた者には移転しないとの立場に立ってきた。たとえば大審院判決大正一四年二月一日(民集四卷七一〇頁)は、大豆の売買契約の買主Aから一切の権利を譲り受け、代金債務を引き受けたB——ただし、売主Cの承諾は得ていなかったため、買主の地位の移転は認められなかった⁽¹⁰⁾——に解除権が認められるか否かが問題となった事案について、「解除権ハ契約ヲ解除スル権利ナルヲ以テ契約当事者タル地位ニ在ル者ニ非サレハ之ヲ有スルコト能ハサルハ言ヲ俟タサル所ニシテ売買契約ニ基ク買主ノ権利ヲ譲受ケタル者ハ単ニ其ノ権利ノ譲受人タルニ止マリ売買契約ノ当事者タル地位ヲ承継スル者ニ非サルヲ以テ該売買契約ノ解除権ハ右権利ノ譲渡ニ当然随伴シテ譲受人ニ移転スルモノニ非サルナリ」として譲受人の解除権を否定した。また、大審院判決昭和三年二月二八日(民集七卷一〇七頁)は、試掘鉱区の買主Aが、その債権をBに譲渡した後、売主Cの債務不履行を理由として売買契約を解除し、それによって取得した手付金返還請求権および損害賠償請求権をBに譲渡し、Bがこれらの権利をさらにDに譲渡したという事案である。この事案について大審院は、Aによる解除権の行使を否定した。その理由として、解除権は債権契約を初めから存在しなかったのと同一の効果を生じさせることを目的とする権利であり、契約より発生した全法律関係は解除権の行使により消滅するから、解除権は契約の当事者またはその地位を承継した者のみが有することができるといふ点を挙げてゐる。ただし、解除の結果、譲渡債権は消滅するので、譲渡人の専断により解除権を行使し得るものとする譲受人の権利が蹂躪されるおそれがあるので、譲渡人が解除権を

行使するためには譲受人の同意が必要であるとする。

学説上も、解除権や取消権は、契約上の地位の移転によってのみ移転し、債権譲渡によっては移転しないとするのが通説である⁽¹¹⁾。

なお、近時の民法（債権関係）改正の議論において、ファイナンス・リース契約に関する規定の新設が問題となっている。法制審議会民法（債権関係）部会による「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」で、これに関する試案が提示された（「第38 賃貸借 15 賃貸借に類似する契約」）。その中の(1)ウは、「上記アの当事者の一方（筆者注…リース提供者）がその財産の取得先に対して売主の担保責任に基づく権利を有するときは、上記アの相手方（筆者注…ユーザー）は、その当事者の一方に対する意思表示により、当該権利（解除権及び代金減額権を除く。）を取得することができるものとする。」と規定する（部会資料によれば、右の規定は、リース提供者のサブライヤーに対する権利がユーザーに移転するとの構成を採用するものである⁽¹²⁾）。この規定に関する検討はここでは行わないが、ユーザーに移転する権利から解除権および代金減額権が除かれていることは、本稿の観点からは注目される。

(2) 契約上の地位が移転しない場合にも契約に関連する形成権の移転を認める見解

以上の判例・通説に対して、少数ではあるが、契約上の地位が移転しない場合にも契約に関連する形成権が債権とともに移転することを肯定する見解がある。

(ア) 加藤(一)説 加藤一郎は、前記大審院大正一四年判決（買主Aの地位の移転につき売主Cの同意がないため、Aの債権のみがCに移転した事案）について、譲受人Bの解除権を認めてどだけの不都合があるのかとの問いを立て、当事者の利益状況を詳細に分析した。それによれば、①原契約当事者Aは、解除の効果として相手方C

に対する代金債務を免れるが、それによつてなら不利益を被ることはない。②AがCに対する代金債務を免れるためには契約を解除するほかないが、Aは、実質的には譲受人Bに契約上の利益を譲つて契約関係から脱落しており、Aが解除権を行使し得るかどうかには疑問がある。むしろ、解除の利益は、Aの代金債務の履行を引き受けたBにある。③Cは、債務不履行があつた以上、契約を解除されてもやむを得ない。以上のような分析結果を受けて、加藤は、結論として解除権の移転を肯定した。そしてそのうえで、「契約引受ないし契約上の地位の移転という観念は、便利ではあるが、具体的な分析には不要であるばかりか有害なのではないだろうか。」⁽¹³⁾という重要な問題提起をしたのである。⁽¹⁴⁾

右の見解で注目されるのは、売主の同意がなく買主の地位の移転が生じない場合にも、買主の解除権が第三者に移転することを認めている点、そしてその際、契約から生じる個々の権利・義務を個別に観察するという手法が採用されている点である。この考察方法は、契約当事者の地位の法的構成に関する、いわゆる分解説的な考え方に近いと言えそうである。

この加藤(一)説は、契約上の地位の移転概念に懐疑的であるため、契約上の地位と解除権の関係を不可分と捉えているか否かは必ずしも明らかではない。しかし、残存当事者の同意がない場合でも債権とともに解除権が移転することを認める点で、少なくとも契約当事者の地位と解除権との分離を認める契機となるものと言えるのではないだろうか。⁽¹⁵⁾

(イ) 三宅説 三宅説もまた、債権とともに形成権が移転し得ることを主張する。同説は、次のように言う。①
 約定解除権および取消権は、譲渡人の負担する反対債務を消滅させることにその主眼がある。約定解除の場合、債権譲渡は、その権利の相対的放棄(相手方との関係では放棄しない、したがって、譲受人の同意を得てのみ解除で

きる)となる。取消権の場合には、債権譲渡は、取消しの原因となっていた状況が消滅した後に行われるならば、追認とみなされる(民法一二五条五号)。そうでない場合には、譲渡後も譲渡人が独自に取消をなし得るが、譲受人に対し債権売買に基づく担保責任を負う。②債務不履行による解除権は、譲渡された債権が履行されない場合に、契約の目的であった交換を消滅させ、原状回復と差額賠償に変形させる権利である。これは、専ら譲渡された双務契約上の債権の救済を目的とする。したがって、この解除権は、債権に従たる権利として、債権譲渡に伴い譲受人に移転する⁽¹⁶⁾。以上のように三宅説は、法定解除権については、それが債権とともに移転することを認めている。

ところで三宅説は、買戻権の譲渡に関しても興味深い見解を主張している。すなわち、買戻特約の登記のない買戻権の譲渡につき、判例は、「不動産買戻権の譲渡は、契約解除権たる本質にかんがみ、売主の地位と共にのみこれをなし得べく、右譲渡を以て買主に対抗するには、民法一二九条四六七条に従い買主に対する通知又はその承諾を要し且つこれを以て足りる」とする(最判昭和三五年四月二六日民集一四卷四号一〇七一頁)。これに対して三宅説は、これは、「言葉の上では、解除権と契約上の地位との不可分性の理論を守りながら、実際にはこの理論を放棄」するものであると評価する。そして、買戻権の譲渡とは実質的には将来の目的物返還債権の譲渡であり、解除はその前提ないし手段であるとしたうえで、買戻権は買主の同意なしで譲渡することができるとする。これは、売主の地位の譲渡とは異なる(売主の代金返還債務については、買戻権譲受人は、通常はこれを引受けるのではなく、その履行を引受けるとする)。この考え方によると、売主の地位が買主の同意がないために移転しない場合でも、解除権を将来の返還債権とともに譲渡することができる。三宅説は、以上のような考察に基づき、契約当事者の地位と形成権(解除権だけでなく取消権等も含む)との不可分性を見直すことを主張するのである⁽¹⁷⁾。

3 問題点の抽出

(1) 契約当事者と契約に関連する形成権とは不可分の関係にあるか？

加藤(一)説では、契約上の地位の移転につき残存当事者の同意がない場合について、利害関係人の利益状況の分析に基づき、契約に関連する形成権(解除権)の移転という結論が導かれている。この分析と結論には、かなり説得力があると考えられる¹⁸⁾。もつとも、筆者は、契約上の地位の移転概念自体を否定する必要はないと考えている。契約関係を包括的・一体的に捉えることができれば、譲渡の意思表示や相手方の同意等の点で便利だからである¹⁹⁾。この観点から見ると、より重要なのは三宅説である。同説は、契約上の地位の移転概念を肯定しつつ²⁰⁾、契約上の地位が移転しない場合であつても法定解除権の移転を認めているからである。

以上の整理から、契約当事者の地位と契約に関連する形成権が不可分の関係にあるとの考え方は、必ずしも当然のことではないのではないか、換言すれば、契約上の地位が移転しない場合にも契約に関連する形成権が移転することを認めるべきではないか、という問題を提起することができるように思われる。

もつとも、前述した判例・通説の——かなり安定している——状況²¹⁾を目の前にするとき、今日改めて右のような問いを立てる意義を具体的に示す必要があると思われる。以下ではこの点について、二つのケースを挙げて説明していくことにしたい。

(2) 具体例

(ア) 契約当事者の地位の移転につき残存当事者の同意が得られないケース⁽²²⁾ たとえば買主の地位の移転につき売主の同意が得られない場合、判例によれば、買主の地位は第三者に移転しないと考えられる(前掲大判大正一四年等を参照)。これに対して学説では、①いわゆる「契約加入」が生じるとする見解、②債権譲渡ともに履行引受

が生じるとする見解が主張されている。

前者の見解によれば、残存当事者の同意がない場合でも、契約上の地位の移転に含まれている免責的債務引受が併存的債務引受へと転換され、譲渡人・譲受人に併存的責任を負わせることよって契約上の地位が移転したのと同様の結果を達成することができる。⁽²³⁾そして、解除権等の形成権の移転も認められる。⁽²⁴⁾しかし、これには次のような難点がある。第一に、免責的債務引受につき同意がない場合でも併存的債務引受への転換が認められるという点に対しては、両制度の経済的機能が異なる（免責的債務引受の機能が債務の簡易な決済であるのに対し、併存的債務引受の機能は債権の担保である）ため、転換は認められないのではいかとの有力な批判がある。⁽²⁵⁾さらに、契約上の地位の移転に関する一体説の立場からは、たとえ併存的債務引受への転換が認められるとしても、それによって契約上の地位は移転しないのではないかとの疑問がある。なぜならば、このように債権譲渡と併存的債務引受の組合せにより契約上の地位が移転するとの考え方は、分解説的な考え方だからである。⁽²⁶⁾

後者の見解は、残存当事者の同意がない場合、彼に対して譲渡人は引き続き債務を負うが、契約上の地位の譲渡人・譲受人間では同債務につき履行引受が生じるとする。⁽²⁷⁾しかし一体説の立場では、この場合にもやはり契約上の地位は移転しないことになるであろう。⁽²⁸⁾

以上の検討によれば、残存当事者の同意が得られない場合、契約上の地位の移転に関する一体説では、たとえ債権譲渡とともに併存的債務引受または履行引受が生じるとしても、契約上の地位は移転しないことになる。そして、契約当事者の地位と契約に関連する形成権の不可分性を前提とする以上、それらの形成権の移転もまた認められないことになる。⁽²⁹⁾

さて、私見では、契約上の地位の移転が残存当事者の同意を欠くために挫折する場合でも、当事者が目指した経

済的な効果ができる限り達成されるべきであると考え⁽³⁰⁾。この点につき学説では、この場合の法的処理に関して、契約上の地位の移転を一体的な関係だと強調する以上、(たとえば)代金債務の移転に要求される残存当事者の同意・承諾が、いわば契約引受全体へ拡大されて、譲渡人からの通知で足りるはずの権利(債権や形成権)の譲渡まで巻き込んでしまう結果となる、との指摘がなされてきた⁽³¹⁾。そしてそのために、一方では契約上の地位の移転を一体的な取扱いをしつつ、他方で、契約上の地位の移転が挫折した場合には個々の構成要素のみを抽出して考察することの必要性が主張されてきた⁽³²⁾。そこで、この考え方を形成権についても推し進めて、利害関係人の利益状況によっては解除権等の形成権を契約上の地位から切り離して移転させることも可能であると考えすることはできないだろうか。たとえば、債権の移転とともに履行の引受が生じた場合、譲受人は、負担を免れる利益があるので、解除につき利益を有すると言えるのではないだろうか。問題は、その際に形成権の移転をどのように正当化するか、である。

(イ) 双務契約の一方当事者がその債務のすべてを履行した後、契約上の地位を第三者に譲渡するケース このケースに関する裁判例として、東京地判昭和三十七年七月一日(判時二七一号一九頁)がある(買主の地位の移転が問題となった事案)。東京地裁は、売買契約における買主たる地位の譲渡は、売主の承諾を要するが、買主である当事者の地位がすでに代金全部を支払済みで何等の債務を負担しないものである場合には、指名債権譲渡の規定に準じ、特約がない限り、売主の承諾を要せずに契約上の地位を移転することができるとし、第三者への解除権の移転を認めた。

学説でも、買主が代金すべてを支払い済みであり、残存当事者である売主にとっては契約相手の資力はもはや問題とならない場合であるから、売主の同意なしでも買主の地位の移転を認めてよいとする見解が見られる⁽³⁴⁾。

確かにこのような事例の場合に債権譲受人への解除権の移転を認めることは、結論的には妥当であろう。しかし、一体説の立場では、次のような理由から、契約上の地位の移転が生じたとはできないと考えられる。

① 一体説は、契約当事者の地位を、債権・債務だけでなく、付随義務や形成権等の権能から構成されていると見る。そのため、譲渡人がその債務をすべて履行したとしても、契約関係はなお存在し得ることになる。よって、債務の弁済により債権のみが残るから債権譲渡に準じて契約上の地位を移転できる、とは言えない。⁽³⁵⁾ ② 仮に契約上の地位の移転が生じたとする場合、取消や解除によつて契約関係が解消されるとき、不当利得返還義務または原状回復義務を負うのは譲受人ということになる。⁽³⁶⁾ しかし、残存当事者側から見ると、このことは、彼の同意を得ずに債務者の変更を生じさせることにならないだろうか。よつてこの事案でも、契約上の地位の移転は生じないと解すべきであるように思われる。

以上によれば、このケースにおいて契約に関連する形成権の移転を認めるのが妥当だとしても、それは、契約上の地位の移転法理によつては正当化できないと考えられる。

(ウ) 整理 以上の検討から、次のような問題を提起することが許されるのではなからうか。

契約上の地位が移転するためには原則として残存当事者の同意が必要である。しかし、右の(ア)(イ)のような事案については、残存当事者の同意がないにもかかわらず取消権や解除権の移転を認める見解が主張されており、これを支持する見解も多い。しかし、一体説によれば、これらの場合には契約当事者の地位は移転しないことになるはずであり、したがつて、契約当事者の地位と不可分の関係にある形成権も移転しないことになるはずである。そこで、契約上の地位の移転につき一体説を採用しつつ右の結論を導くためには、契約に関連する形成権を契約当事者の地位から切り離して移転させるための法理を考える必要があるのではないだろうか。

二 新たな動向

この点について、近時注目すべき論稿が登場した。すなわち、形成権の根拠を契約自由の原則に求める見解が主張されたのである。³⁸⁾ それによれば、解除権や取消権等の契約と関連する形成権の譲渡は、およそ次のように解されることになる。すなわち、形成権は原則として債権譲渡行為の当事者間の合意によって移転する。その結果、契約と関連する形成権は、契約当事者たる地位を伴うことなく債権とともに移転することが可能となる。さらに、契約と関連する形成権を他の法的地位を伴うことなく移転させることも可能である(独立的譲渡の承認³⁹⁾)。

この見解では、これまで契約当事者の地位に由来するためにそれとともにのみ移転すると考えられてきた解除権や取消権等を当事者の意思を根拠として第三者に移転させることが可能である。よって、これらの形成権と契約当事者の法的地位が密接不可分に結合しているという考え方は否定されることになる。また、形成権の分配の基準は、形成権と契約上の地位との結合関係ではなく、譲渡行為の当事者間における規律(それがなされない場合には、仮定的意思)に求められることになる。その根拠となっているのは、形成権も権利(私権)の一種に位置づけられるから、その譲渡については契約自由の原則が妥当するということである。理論的な観点から見ると、このことは十分可能であり、その点で重要な指摘であると言えよう。

しかし他方で、この見解にもなお解決すべき課題があるように思われる。たとえば、取消権や解除権は、その行使によって契約関係を解消する権利であることから、契約当事者ではない債権譲受人にそれらの権利を行使する利益があるのかという疑問が生じる。また、形成の相手方(債務者)の保護という観点からは、彼は譲渡行為の当事者の内部関係を知り得ず、そのため、誰に形成権が帰属しているかを知ることが容易にはできないのではないかと

いう疑問もある。この見解が支持を得るためには、少なくともこれらの課題を解決しなければならぬであろう。

(1) 「契約に関連する形成権」は、ドイツ法やオーストリア法で用いられている概念である。後述するように、ドイツやオーストリアの伝統的な見解は、形成権を「独立的形成権」と「非独立的形成権」とに区別し、後者をさらに「債権に関連する形成権」と「契約に関連する形成権」とに区別したうえで、それぞれにつき他の法的地位（契約上の地位、債権者・債務者の地位等）とともに移転するか否かを判断している。日本では、このような形成権の分類が明確になされているわけではなく、また、ドイツやオーストリアでも、この分類方法に対して批判がある（第二章参照）。よって、日本でこの概念を用いることに疑問がないわけではない。本稿が「契約に関連する形成権」概念を用いるのは、その日本法への導入を意図するからではなく、契約関係全体に影響を与える点で共通する解除権と取消権を包含するものとして便利だからである。この点をあらかじめお断りしておく。

(2) 日本法における契約上の地位の移転の類型について論じるものとして、野澤正充『契約譲渡の研究』（弘文堂、二〇〇二年）〔本書の原型となった論文として、「契約当事者の地位の移転」の再構成〕立教法学三九号一頁、同四〇号一一八頁、同四一号一頁（一九九四～一九九五年）、「契約当事者の地位の移転」の機能的考察〕立教法学五三三号六二頁、五四号一三五頁、五六号三五頁、五七号一頁（一九九〇～一九九一年）（以下、野澤・契約譲渡として引用）九七頁以下、同『叢書民法総合判例研究 債権引受・契約上の地位の移転』（一粒社、二〇〇一年）（以下、野澤・判例研究として引用する）がある。それによれば、契約上の地位の移転には、合意に基づく契約上の地位の移転と特定の財産の譲渡に伴う契約上の地位の移転という二つの類型がある。なお、ドイツやオーストリアでは、法律行為に基づく契約引受と法定契約引受という区別がなされている（第二章第二節参照）。

(3) 民法（債権関係）の改正に関する議論では、契約上の地位の移転の条文化が提案されている。法制審議会民法（債権関係）部会による「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（平成二五年三月一日に公表）では、次のような試案が提示された。

「契約の当事者の一方が第三者との間で契約上の地位を譲渡する旨の合意をし、その契約の相手方が当該合意を承諾したときは、譲受人は、譲渡人の契約上の地位を承継するものとする。」

なお、中間試案の補足説明によれば、契約上の地位の移転の効果には、形成権の移転が含まれる（商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（商事法務、二〇一三年）二七二頁）。

民法（債権関係）改正における契約上の地位の移転に関しては、以下の文献も参照。野澤正充「『契約当事者の地位の移転』の

立法論的考察(二)』立教法務研究二一〇〇八年)二頁、同「契約譲渡に関する一般規定の立法をどう考えるか」椿寿夫他編『民法改正を考える』(日本評論社、二〇〇八年)(以下、椿『民法改正』とする)二四九頁、椿寿夫「債務引受けと契約譲渡の関係をとどのように考えるか」椿『民法改正』二五二頁、池田真朗「債権譲渡・債務引受け・契約上の地位の移転(譲渡)」池田真朗他編『民法(債権法)改正の論理』(新青出版、二〇一〇年)一頁、拙稿「契約上の地位の移転」円谷峻編『社会の変容と民法典』(成文堂、二〇一〇年)二七四頁、同「契約上の地位の移転」円谷峻編『民法改正案の検討 第二巻』(成文堂、二〇一三年)三六頁。

(4) 契約上の地位の移転による形成権の移転についてまとめた分析をする文献として、須藤正彦「ゴルフ会員権の譲渡に関する研究」(信山社、一九九二年)五七頁以下、野澤・契約譲渡九七頁以下、野澤・判例研究一二二頁がある。

(5) 日本では、ドイツ法の影響を受けて、早くから一体説が主張されてきた(たとえば我妻栄『債権総論(民法講義IV)』(岩波書店、一九四〇年)(以下、我妻・債権総論として引用する)三六九頁、柚木馨「判例債権法総論下巻」(有斐閣、一九五一年)一九七頁、四宮和夫「債務の引受け」『総合判例研究叢書・民法(4)』(有斐閣、一九六〇年)六九頁、神田博司「契約譲渡論(一)」(二・完)『法学新報六八巻六号二〇頁、同七号二六頁(一九六一年)、西村信雄編『注釈民法(11)』(有斐閣、一九六五年)四七四頁(椿寿夫執筆)(以下、椿・注民として引用)等。学説史については、野澤・契約譲渡七頁以下が詳細である。近時でも、池田真朗「契約当事者論」山本敬三他『NBL51 債権法改正の課題と方向』(商事法務研究会、一九九八年)(以下、池田・契約当事者論として引用する)一四七頁(一六二頁以下)のほか、潮見佳男「債権総論II(第2版)」(信山社、二〇〇一年)六〇〇頁、淡路剛久「債権総論」(有斐閣、二〇〇二年)五一四頁、平野裕之「プラクティスシリーズ 債権総論」(信山社、二〇〇五年)五一八頁、川井健「民法概論3 債権総論(第2版)」(有斐閣、二〇〇五年)二七九頁、内田貴「民法III(第3版) 債権総論・担保物権」(東京大学出版会、二〇〇五年)二四四頁、近江幸治「民法講義IV 債権総論(第3版補訂)」(成文堂、二〇〇九年)二九九頁、中田裕康「債権総論 第三版」(岩波書店、二〇一三年)五八二頁、小野秀誠「債権総論」(信山社、二〇一三年)四二七頁等の代表的な教科書で採用されている。

(6) たとえば小野・前掲注(5)四二七頁。

(7) この点については、三宅正男『契約法(各論)上巻』(青林書院、一九八三年)(以下、三宅・各論上として引用する)四九〇頁以下参照。

- (8) たとえば、渡辺達徳・野澤正充『債権総論』（弘文堂、二〇〇七年）二二六頁。
- (9) たとえば、我妻・債権総論五七九頁は、「契約に伴う取消権・解除権」と表現する。また、平野・前掲注(5)は、「契約当事者たる地位と結びついている権利」という表現を用いている。
- (10) 契約上の地位が移転するためには、原則として残存当事者の同意ないし承諾が必要である（大判大正一四年二月一日民集四卷七一〇頁、最判昭和三〇年九月二十九日民集九卷一〇号一四七二頁）。もっとも、この点については契約類型ごとに判断が必要である。たとえば不動産の賃貸人が当該不動産を第三者に譲渡する場合、賃借人が對抗要件を備えているときは、賃貸人の地位は賃借人の承諾がなくても移転する（最判昭和三九年八月二十八日民集一八卷七号一三五四頁）。また、賃貸借の目的不動産とともに賃貸人の地位が第三者に譲渡された場合、相手方の承諾がなくても地位の移転が認められる（最判昭和四六年四月二三日民集二五卷三号三八八頁）。判例の総合的研究として、四宮・前掲注(5)、野澤・判例研究がある。学説については、前掲注(5)掲載の各文献を参照。
- (11) たとえば、我妻・債権総論五八一頁、同『債権各論 上巻（民法講義Ⅴ）』（岩波書店、一九五四年）一八四頁、須藤・前掲注(4)六〇頁以下、川井健『民法概論 4 債権各論』（有斐閣、二〇〇六年）八七頁等。その他、前掲注(5)掲載の各文献も参照。
- (12) 民法（債権関係）部会資料 48・二二頁以下。
- (13) 加藤一郎「債務引受と契約引受」柚木他『判例演習（債権法Ⅰ）（増補版）』（有斐閣、一九七三年）一六〇頁（二六七頁）。この見解を支持するものとして、森島昭夫「判批」『売買（動産）判例百選』（有斐閣、一九六六年）一五四頁。
- (14) この問題提起は、契約上の地位の移転に関するその後の研究の出発点となり、数々の優れた業績が登場することになった。斉藤充弘「契約上の地位の譲渡に関する一考察」帝京法学一七卷二号（一九八九年）一六九頁、大窪誠「ドイツにおける契約引受論」法学五五卷三号（一九九一年）（以下、大窪・契約引受論として引用する）一四二頁、野澤・契約譲渡、野澤・判例研究等。
- (15) このことは、森島説についても当てはまる（森島・前掲注(13)）。
- (16) 三宅正男『契約法（総論）』（青林書院、一九七八年）（以下、三宅・総論として引用する）二二六頁。
- (17) 三宅・各論上四九二頁以下。
- (18) 森島・前掲注(13)頁も同様の分析を示す。また、椿・注民四七八頁は、残存当事者の同意がない場合につき「契約加入」概念を用いて形成権の移転を認めるが、その際の利益分析は、加藤(一)説のそれに近い。星野英一『民法概論Ⅲ』（良書普及会、一九

- 九二年) 二二九頁もほぼ同じ分析を示すが、結論としては、債務の残っている者の追認を条件として譲受人からの解除を認める。
- (19) 星野・前掲注(18)二二九頁。
- (20) 三宅・総論二一六頁、三宅・各論上四九一頁以下。
- (21) このような議論状況の中で、形成権の分配を取り上げた注目すべき論稿として池田・契約当事者論一五七頁以下がある(但し、結論としては否定)。
- (22) この事例について日本法およびドイツ法を詳細に検討する文献として、大窪誠「契約引受についての原契約相手方の同意拒絶」岩手県立盛岡短期大学法経論叢一四号(一九九三年)(以下、大窪・同意拒絶として引用する)三七頁、同「契約引受と相手方の同意」私法五七号(一九九五年)(以下、大窪・私法として引用する)一七八頁がある。
- (23) 椿・注民四七八頁、林良平他『債権総論(第三版)』(青林書院、一九九六年)五五〇頁、前田達明「口述 債権総論 第三版」(成文堂、一九九三年)四三一頁等。これに対して、この考え方の問題点をドイツの契約加入にも触れつつ指摘するものとして、斉藤・前掲注(14)二四二頁以下、大窪・同意拒絶六一頁以下、大窪・私法七八頁がある。
- (24) 椿・注民四七八頁。
- (25) 池田・契約当事者論一六八頁、野澤・契約譲渡一〇〇頁(注13)、野澤・判例研究六三頁。
- (26) 斎藤・前掲注(14)二四五頁以下、野澤・契約譲渡九六頁がこの点を鋭く指摘している。
- (27) 我妻・債権総論五七二頁は、免責的債務引受につき債権者の同意が得られない場合、履行引受が生じるとする。契約引受の場合については、須藤・前掲注(4)五六頁以下。加藤雅信『債権総論』(有斐閣、二〇〇五年)三四七頁は、契約上の地位の譲渡の合意がなされ、残存当事者に通知がなされた場合(通知型の契約上の地位の移転)、債権譲渡は認められるが、債務については履行引受が生じるとする。
- (28) 斉藤・前掲注(14)二四三頁以下が指摘するように、この見解は分解説的な考え方に基づく。他方、一体説の立場では、履行引受が認められるとしても、契約当事者の地位は移転しないと考えられる。
- (29) 結論的に形成権の移転を否定するものとして、須藤・前掲注(4)六〇頁以下、大窪・同意拒絶七九頁、大窪・私法一八三頁がある。
- (30) 椿寿夫「判批」民商三四卷二号一一七頁、同「契約引受中」(下)法セ二五八卷四八頁、同二五九卷四二頁(一九七六年)

- (以下、椿・契約引受(中)または(下)として引用する)、神田・契約譲渡論(二・完・前掲注(5)三六頁)。
- (31) 椿・契約引受(中)五〇頁、同「債権譲渡・債務引受と契約上の地位の移転とはどのように異なるか。」奥田昌道他編『民法学 4 《債権総論の重要問題》』(有斐閣、一九七六年)二九二頁(二九六頁)。
- (32) 椿・注民四三〇頁、四七四頁以下、椿・前掲注(31)二九五頁以下、大窪・同意拒絶八〇頁以下。
- (33) 加藤(一)説は、契約上の地位の移転につき同意がない場合、債権とともに履行を引受けたことを前提にしている(加藤(一)・前掲注(13)一六七頁)。
- (34) 森島・前掲注(13)一五四頁、安部浩二「契約上の地位の移転」遠藤浩他『演習民法(債権)』(青林書院新社、一九七二年)一五八頁(一六四頁以下)。野澤・判例研究二〇九頁は、この事例は、片務契約の場合とともに、債権譲渡に準じて処理されるとする。
- (35) 斉藤・前掲注(14)二四一頁以下。
- (36) 斉藤・前掲注(14)二六三頁は、契約上の地位の移転と債権譲渡・債務引受との違いとしてこの点を重視する。
- (37) 外国の文献であるが、Mader/W. Faber in Schwimann, ABGB Praxiskommentar, 3. Neubearb. Aufl., Bd. 6, §1405, 1406, Rdn. 10 等。
- (38) 遠山純弘「債権譲渡の通知・承諾の効力(2・完)」商学討究五五巻四号(二〇〇五年)(以下、遠山・債権譲渡として引用する)一九五頁(二〇三頁、二〇五頁以下)、同「合意による形成権の移転——予防法学(Kautelarjurisprudenz)の観点から——」法学研究(北海学園大学)四一卷三号(二〇〇五年)(以下、遠山・形成権として引用する)。
- (39) 遠山・債権譲渡二〇五頁以下、遠山・形成権二三五頁以下。

第二節 検討の対象・方法・順序

1 検討の対象

本稿は、以上で述べたような観点から契約当事者の地位と契約に関連する形成権との関係を再検討しようとするものである。⁽¹⁾ 具体的に問題とするのは、契約当事者の地位が移転しない場合にも契約に関連する形成権を移転させ

ることが可能か否かである。もつとも、これはさまざまな形で問題となり得る。たとえば、最も議論されるのは、契約に関連する形成権が債権とともに移転するかどうかであるが、それだけでなく、個々の債務とともに移転するかという形でも問題となり得る。さらに、形成権が債権者・債務者の地位や契約当事者の地位から独立して譲渡され得るか(独立的譲渡)²⁾も問題となる。³⁾しかし、これらのすべてを扱うことは筆者の能力を超えるし、議論が複雑になる。そこで本稿では、債権譲渡の場合、および——契約上の地位の移転が挫折する場合等における形成権の帰属いかんという前述した問題意識から——契約上の地位の移転の場面を取り上げることにする。

なお、本稿で検討の対象とする契約当事者の地位および形成権について述べておく。まず契約当事者の地位として、本稿ではおもに売買契約の当事者の地位、とりわけ買主の地位の移転を念頭に置くことにする。契約当事者の地位はさまざまであり、その法的問題の考察に際してはそれぞれの事情を考慮する必要がある。そこで、議論を明確化するためには対象を限定する必要があると考える。とりわけ本稿は、契約当事者の地位と形成権の関係を検討を目的とするので、対象とする契約当事者の地位をこのように限定してもあながち不当ではないと考える。そして売買契約当事者の地位は、従来より議論も多く、取り上げるのにふさわしいと考える。

次に形成権について。「契約に関連する形成権」には、解除権や取消権の他、告知権等も含まれる。しかし、告知権——これは、おもに賃貸借契約等の継続的契約の場面で問題となる——については議論が複雑であることから、別に取り扱うのが妥当だと考えられる。よって本稿では、解除権と取消権のみを検討対象とする。

2 検討の方法

以上の諸問題を解決するために、本稿ではドイツ法・オーストリア法を対象とする比較法的手法を用いることにする。これは、形成権概念はドイツを母国としており、また、オーストリアでも定着していること、これらの国で

は形成権の譲渡に関する議論が盛んであること、さらに、形成権が合意を根拠として譲渡可能であるとの見解がこれらの国の議論を参考にしていることを理由とする。

3 検討の順序

本稿の構成は次のとおりである。まずドイツ法およびオーストリア法の議論状況を整理する(第二章)。次に、日本法において契約当事者と契約に関連する形成権の関係をどのように考えるべきかを検討する(第三章)。そして、それらの検討を踏まえたうえで、各論的な検討を行うことにする(第四章)。

(1) 筆者は、この問題について既に別稿で論じたことがある(「契約当事者の地位といわゆる『契約に関連する形成権』の関係」 関東学園大学法学紀要一九卷一号(二〇一〇年)九三頁)。しかしそれは、契約当事者の地位と「契約に関連する形成権」が不可分な関係から分離可能な関係へと理解されていた点について学説史的な検討を行っただけであり、形成権の具体的な分配基準についてはごく簡単に触れただけにとどまった。また、ドイツやオーストリアでは、前記別稿公表の後も当該問題を扱ったモノグラフが公表されている。本稿には、以上のような点について前稿を補う意味もある。

(2) オーストリア法における独立的譲渡については、拙稿「オーストリア法における形成権の独立的譲渡」関東学園大学法学紀要一八卷一号(二〇〇九年)五三頁で論じたことがある。

(3) ドイツやオーストリアにおいて、形成権の譲渡につき包括的に検討する文献として、次のものがある。P. Bydlinski, Die Übertragung von Gestaltungsrechten, 1986; Steinbeck, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, 1994.

第二章 比較法——ドイツ法・オーストリア法の検討——

本章では、比較法としてドイツ法およびオーストリア法の議論を整理・検討する。これらの国では、形成権の譲

渡をめぐる多くの議論がなされている。注目されるのは、伝統的な見解が債権者・債務者の地位や契約当事者の地位との関係という観点から形成権を三つに分類したうえでそれぞれについて譲渡性を判断してきたのに対して、近時、形成権を合意に基づいて譲渡することが可能であるとの立場に立って譲渡性を判断する見解が有力化していることである。しかし、これに対する批判がないわけではないし、有力説内部でも見解の一致を見ていない点も多い。その意味で、議論は錯綜している。

以下では、形成権の譲渡に関する基礎理論についての議論を整理したうえで（第一節）、契約引受（契約上の地位の移転）および債権譲渡における契約に関連する形成権の分配について判例・学説を整理する（第二節、第三節）。そして、以上の作業を基礎として、ドイツ法・オーストリア法における議論の特徴を抽出して、日本法を検討するための手がかりを得ることにはしたい（第四節）。

第一節 形成権の譲渡に関する基礎理論

一 法律の規定

1 ドイツ法

ドイツ民法典（以下、BGBとする）は、形成権の譲渡に関する一般的な明文規定を置いていない。学説では、これは同法四一三条の解釈論として論じられている。同条は「債権の譲渡に関する規定は、法律に別段の定めがない限り、債権と異なる権利に準用される。」と規定している。これに対応するBGB第一草案の規定は、三一二条

であつた⁽¹⁾。モティーベの説明によれば、譲渡性のある権利の移転の態様および形式、当事者間および第三者に対する効力の点について、BGB またはその他の法律において特別の規定が設けられていないとき、当該規定によつて欠缺を補充するという点にある。その際、おもに想定されていた権利は、著作権や特許権であつた⁽²⁾。ゼツケルによる形成権の「発見」は一九〇三年であるから、BGB の制定過程ではこれが考慮されなかつたのは当然と言えるだろう。

形成権の譲渡との関係で四一三条をどのように解するかにつき、学説では、おおむね三つの見解が主張されている⁽³⁾。まず、①立法者は、法律の体系における欠缺を回避し、あらゆる主観的権利 (subjektives Recht) の広範な譲渡可能性を達成するために、四一三条を一般条項として取り入れたとする見解がある。これによれば、同条は、形成権を含むあらゆる主観的権利が譲渡可能であること、そしてそれは不要式の譲渡契約によつて行うことができることを規定していることになる。次に、②主観的権利としての形成権は同条の適用範囲内にあるが、そのことからただちに形成権が原則として譲渡可能であるということが結論づけられるわけではないとする見解がある。この見解は、同条から主観的権利は完全に譲渡可能であるという一般的な命題を取り出すことはできないとし、同条の規律内容は、譲渡可能であることに疑いのない主観的権利のための譲渡方法を規律していることに尽きるとする。よつてこの見解では、問題となる形成権が譲渡可能であるか否かが確定されてはじめて四一三条が適用されることになるだろう⁽⁴⁾。最後に、③私的自治の原則から形成権の原則的な譲渡可能性を導く見解 (後述) では、私的自治という一般的な考慮から形成権の譲渡可能性が導かれるならば、四一三条の規律内容に関する争いに実際の意義はないとされている。

2 オーストリア法

オーストリア一般民法典(以下、A B G Bとする)も——再売買権の非譲渡性を定めるA B G B一〇七〇条や先買権の非譲渡性を定める同一〇七四条等のような個別規定を設けてはいるもの——形成権の譲渡に関する一般的な規定は有していない。A B G Bの立法者は、「形成権」というカテゴリーは知らなかったからである。⁽⁵⁾ もっとも、同一三九三条一文は「すべての譲渡可能な権利は、譲渡(Abrichtung)の対象となる。」と規定している。しかし、これは——B G B四一三条が債権とは異なる権利の譲渡について規律しているのに対し——「債権」の譲渡としてのAbtretung(Zession)を表わしている⁽⁶⁾と理解されている。

二 判例・学説

1 ゼツケルの見解

「形成権の発見者」であるゼツケル⁽⁷⁾は、形成権の特定承継に関し、B G B四一三条を根拠として、形成権が原則として譲渡可能であること、および不要式の契約により譲渡できることを導く。しかし他方で、形成権の中にも、法律の規定により譲渡性が排除されるもの、その性質上独立的に譲渡することができず、他の法的地位とともにのみ譲渡可能であるもの、一身専属性のため譲渡性がないものがあるとする。⁽⁸⁾

本稿の考察の対象である解除権や取消権の譲渡について、ゼツケルは、双務契約の場合か片務契約の場合か、債務が既履行か未履行かを考慮しつつ判断をしている(結論的には、解除権は一定の場合、独立して譲渡し得るとする。他方取消権は、他の法的地位とともに移転するとする)。具体例として、ここでは解除権の譲渡に関するゼツケルの見解を見てみよう。⁽⁹⁾

(1) 片務契約（贈与契約）の場合

〔a〕 贈与者（以下、A）が未履行の場合、解除権は、債務の構成要素であり、債務引受によってのみ第三者（以下、B）に移転可能である。単独では移転できない。この場合、解除権が発揮するのは免責機能だけであり、回復機能ではないからである。要するに、Aが未履行の場合、債務を免れる利益を有するのは債務者たるAだけであるから、解除権も債務を引き受けたBに移転するということであろう。

〔b〕 Aが履行済みの場合、債務関係は消滅している。解除権が行使されるならば、それは返還請求権を根拠づけるので、解除権者の利益となる。よってAは、解除権を単独でBに譲渡することができる。

(2) 双務契約（売買契約）の場合

〔a〕 売主（以下、A）は履行済みであるが買主（以下、C）は未履行の場合、Aの解除権は、単独では第三者（以下、B）に移転しないが、契約に基づく代金支払債権とともにBに移転する。解除権の行使によってCは義務を免れるが、それに代わってCが受領した物の返還請求権が発生することになるからである。

〔b〕 Aは未履行であるがCは履行済みの場合、Aの解除権は、単独では譲渡され得ない。解除権は、Aを債務から解放するが、解放か否かについての判断を第三者に移転させることに意味はないからである。むしろ、Aの解除権は、Aの債務がBにより引き受けられることよって譲渡され得る。この場合、Cによつて提供された売買代金の原状回復義務を負うのは、債務引受者たるBである。

〔c〕 A・Cとも未履行の場合、Aの解除権は、債権譲渡と債務引受によつてBが全債務関係に加入するときのみBに移転する（いわゆる契約引受）。前述したルールの組合せによる。

〔d〕 A・C双方とも履行済みの場合、前述したルールにより、Aの解除権は単独でBに移転する。

以上のゼツケルの見解に対しては、カズイシユティシユであるとの批判がなされた⁽¹⁰⁾。また、今日的な観点から見ると、個々の債権・債務が履行されるとき、契約関係（広義の債務関係）は消滅するとし、形成権（解除権）をそれと切り離して独立して譲渡し得るとする点には問題がある。というのは、現在の債務関係に関する理解では、広義の債務関係（契約関係）と狭義の債務関係（個々の債権・債務）とが区別され、前者は、個々の債権・債務だけでなく、付随義務や形成権等をも含む一体的な関係⁽¹¹⁾と理解されている。これによれば、個々の債権・債務が履行により消滅する場合でも、同じ契約関係から生じる付随義務や形成権がなお存続し得るから、この意味で契約関係はなお存続するのである⁽¹²⁾。

2 形成権と債権者・契約当事者の地位との関連性に基づき譲渡性を判断する見解

通説的見解（以下では、伝統的見解と呼ぶこともある）は、形成権を大きく三つに分類し、それぞれについて譲渡性を判断する。その分類に際して着目されているのは、形成権と債権者（債務者）や契約当事者等の法的地位との関連性である⁽¹³⁾。

(1) 形成権の分類

この見解では、形成権は、まず、「独立的形成権」(selbständige Gestaltungsrechte) と「非独立的形成権」(unselbständige Gestaltungsrechte) とに分類される。独立的形成権には、買戻権、先買権、先占権等が属する。これらの形成権は、債権者の地位や契約当事者の地位の存在に依存していないので、原則としてそれらを伴うことなく譲渡することができる。

非独立的形成権は、さらに、形成権と結びつくのが個々の債権（債務）関係か契約関係かという観点から「債権に関連する形成権」(forderungsbezogene Gestaltungsrechte) と「契約に関連する形成権」(vertragsbezogene

(Gestaltungsrechte) とに分類される。その際、形成権と債権関係（狭義の債務関係）または契約関係（広義の債務関係）との結びつきは、形成権が個々の債権・債務の内容にのみ影響を与えるか、それとも契約全体に影響を与えるかという観点から判断される。¹⁴⁾

① 債権に関連する形成権 これは、債権の変形・貫徹・行使に資する形成権である。たとえば、給付決定権、履行遅滞を根拠とする解除の要件である期間設定権および拒絶予告権、選択権、消費貸借契約における満期告知権等である。債権に関連する形成権は、債権が譲渡される場合、それとともに法上当然に移転する。¹⁵⁾

② 契約に関連する形成権 契約に関連する形成権は、個別的な債権・債務ではなく、契約関係（広義の債務関係）に関連する形成権である。本稿で検討の対象とする解除権（法定解除権・約定解除権）や取消権はこれに該当する。その他、告知権等もこれに含まれる。伝統的な見解では、これらの形成権は、契約当事者の地位とともにのみ第三者に移転し、個別の債権・債務とともに移転することはできないとされている。

この見解は、ドイツおよびオーストリア双方の学説で支持を受けてきた。¹⁶⁾ もつとも、判例を見てみると、この見解を採用したと見られるものは、さほど多くはないようである。¹⁷⁾ その意味で、判例に対する影響力は必ずしも明らかではない。

(2) 論 拠

右の見解の論拠としては、以下のものが挙げられる。¹⁸⁾

① 形成権は、その行使が「何に対して」、「どのような」影響を及ぼすかという観点から、個々の債権の内容にのみ影響を及ぼすものと契約関係全体に影響を及ぼすものとに区別される。¹⁹⁾ として前者は、債権の支配者である債権者の地位に帰属し（債権に関連する形成権）、後者は、契約関係の支配者である契約当事者の地位に帰属する

(契約に関連する形成権)。なお、ある権利が債権に関連するか契約に関連するかという区別は、損害賠償請求権等のその他の二次的権利についても見られる。

このような区別に基つき譲渡性を判断する目的は、法律関係の明確性、予見可能性の確保という点にあると考えられる。⁽²⁰⁾

⑥ 債権譲渡の当事者である譲渡人と譲受人は、一方的に他方当事者の法的地位に介入することは禁止される。その背後には、契約当事者(Ⅱ譲渡人)の法領域と債権者(Ⅱ譲受人)の法領域との区別という考え方があって考えられる。⁽²¹⁾これによれば、たとえば契約から生じた債権を譲り受けただけの者(契約当事者ではない)は、当該契約関係に介入することは許されないので、契約を取り消したり解除すること等はできないことになる。

⑦ 形成の相手方(債権譲渡における債務者、契約引受における残存当事者)は、形成権の移転により生じる不利益から保護される必要がある。⁽²²⁾

⑧ 債権は債権に関連する形成権と不可分に結合しており、また、契約当事者の地位は契約に関連する形成権と不可分に結合している。⁽²³⁾この不可分性という論拠には、構成法学の思想の影響があることが指摘されている。⁽²⁴⁾

(3) 問題点

これらの論拠に対しては、おもに合意による形成権の譲渡を認める見解から、以下のような批判がなされている。

まず⑥に対する批判から見よう。①形成権を債権に関連する形成権と契約に関連する形成権に区別することは、概念的である。たとえば、譲渡の対象となる債権が経済的に見て契約関係の主たる内容を構成している場合、譲渡人Ⅱ契約当事者による「契約に関連する形成権」の行使は、結論的には債権に影響するだけである。この場

合、譲渡人Ⅱ契約当事者による形成権の行使は、債権の流通性をきわめて重大に侵害することになる。⁽²⁵⁾ ②伝統的見解によれば、債権譲渡後に債務者が履行遅滞に陥った場合に債権者が契約を解除するとき(BGB三二三条(旧三二六条)、ABGB九一八条)、債権者の期間指定の権限(ドイツでは拒絶予告を伴う)は、債権に関連する形成権として譲受人に帰属するが、契約に関連する形成権である契約解除権は、譲渡人に帰属することになる。これは矛盾である。⁽²⁶⁾

次に、⑥に対しては、以下のような批判がなされている。①契約関係については譲渡人(Ⅱ契約当事者)が原則として優先するということによって債権に関連する行為(Akte)を契約関係全体を変更する行為から区別することは、厳密さを欠いている。契約関係に対する譲渡人の支配が債権譲渡によって原則として弱まることはない、とはただちには言えないからである。むしろ問われるべきは、譲渡人の支配が債権譲渡によってどの程度失われるか、または、譲渡人が債権譲渡に基づいて自己の法的地位に対する一定の影響を甘受しなくてもよいか、である。⁽²⁷⁾

②譲渡人は債権譲渡によって意識的に譲受人の手の中へ入ったのである。⁽²⁸⁾ との批判がある。③契約に関連する形成権が譲渡人のもとにとどまると解する場合、譲渡人はその権利を行使することによって譲受人が取得した債権を消滅させることができることになってしまう。⁽²⁹⁾ ④契約当事者の法領域と債権者の法領域の区別という論拠は、損害賠償請求権の帰属の観点からも問題がある。すなわち、通説によれば、債権譲渡の場合、譲渡債権につき生じる損害賠償請求権は譲受人に帰属する。そしてその際、それを差額方式(損害賠償の内容は、給付と反対給付の財産的価値の差額となる)と代償方式(損害賠償の内容は、給付の全部の価値の賠償であり、債権者は依然として反対給付義務を負う)のいずれによって主張すべきかが問題となる。この点につき、譲受人が差額方式によって請求することを認めるとすると、⁽³⁰⁾ その際になされる給付と反対給付の差引勘定は、その効力の点で解除の効果と広く一致する

ことになる。この点で、解除権は譲受人には帰属しないとすることは矛盾が生じることになる。⁽³¹⁾

◎に対しては次のような批判がある。①債務者は、原債権者と異なる者によって形成権が行使されても、それによって不利益を被らない。形成権行使後に生じる原状回復関係または不当利得返還関係における事実的・法的な効果は同じであり（これらの法律関係は、あくまで契約当事者（譲渡人・相手方）間で生じる）、それを生じさせたのが譲渡人か譲受人かで変更されるわけではないからである。②原債権者が形成権を行使することに対する債務者の信頼は、とりわけ債務不履行を生じさせた債務者については、保護に値しない。③形成の相手方は、形成権について譲渡禁止の特約をすることが可能である。④債務者の保護は、債権譲渡に関する債務者保護規定（BGB四〇四条、同四〇七条、同四〇九条、ABGB一三九五条以下）の準用または類推適用によっても可能である。⁽³²⁾

最後に④に対する批判をしてみる。形成権と債権者の地位または契約当事者の地位とが不可分に結合しているということは、次の二点、すなわち①債権譲受人があらゆる場合において譲り受けた債権（一次的請求権）だけでなく債権に関連する形成権も保持するということ、②譲渡人は、債権譲渡後、契約関係を無制限に支配すること、が明らかになってはじめていえることである。要するに、債権に関連する形成権や契約に関連する形成権をそれぞれ債権者の地位や契約当事者の地位から分離して譲渡することはできないということが最初に論証されるべきであるのに、それがなされていない。⁽³³⁾

(4) 授権による形成権の行使の可能性

契約に関連する形成権が、右の伝統的見解のように契約関係と不可分に結合していると解する場合、債権譲渡によつてはそれらの形成権は譲受人に移転しないことになる。しかしその場合でも、譲渡人が形成権の行使権限を譲受人に授権し、彼が自己の名でそれを行使用することができないかが問題となる。この点については、肯定説⁽³⁴⁾と否定

説がある。⁽³⁵⁾ この問題については、債権譲渡がなされた場合の形成権の移転を扱う箇所を改めて取り上げることとする。

なお、このような誰が形成権を行使する権限を有するかという問題は、次に見る合意に基づく形成権の譲渡を認める見解でも登場する。⁽³⁶⁾

3 合意に基づく形成権の譲渡を認める見解

以上の伝統的見解に対して、一九七〇年代以降、債権譲渡行為または契約引受行為の当事者（債権の譲渡人・譲受人、契約関係の譲渡人・引受人）の合意に基づいて形成権を譲渡することができるという見解が判例・学説上主張され始め、今日、かなり有力化している。⁽³⁷⁾

注目されるのは、この見解では、合意を根拠として契約に関連する形成権を契約当事者の地位から分離し、債権とともに譲渡することが可能とされていることである。もともと、このような形成権の分配に関する合意が——通常そうであるように——当事者間でなされていない場合にどのような方法で形成権の帰属を判断するかにつき議論が錯綜している。筆者は、前者の問題（契約当事者の地位と契約に関連する形成権の不可分性とその克服）については別稿で論じたが、後者の問題（形成権の分配方法）については十分な検討を行ってこなかった。そこで本稿では、後者に関する議論を中心に整理を行うことにする。なお、内容的に重複する部分については基本的には既発表の論文に譲る。

(1) 合意に基づく形成権譲渡の可能性

ア 根拠 前述したように、BGBもABGBも、形成権の譲渡性に関する一般的規定を有していない（BGB四一三条は、債権と異なる権利の譲渡について定めているが、この規定から形成権が譲渡可能であるということ

を直ちに導くことはできない)。では、合意に基づく形成権の譲渡を認める見解は、何を根拠として合意による譲渡可能性を導いているのであろうか。

これは、形成権も私権の一種であることから、その譲渡については私的自治の原則または契約自由の原則が妥当する、という考え方を根拠としている。³⁹⁾ここでは、シュタインベックの主張を紹介しよう。①形成権の譲渡性の理論的な根拠は、私的自治の原則ないし契約自由の原則である。すなわち、人格の自由な発展の権利(ドイツ基本法二条参照)は、私法においてはとりわけ私的自治、とくに契約の自由において具体化している。それは、ある行為は、それが法秩序によって禁止されない限り許されるということを意味する。したがって、個人にとって彼の主観的権利、したがって形成権もまた、契約によって他人に譲渡することが原則として可能である。②主観的権利が譲渡可能であることは、経済的観点にも対応している。すなわち、主観的権利は、通常財産的価値を有しており、それは法秩序内において、権利者の利益を彼にとって最も合理的に見える方法で追求するために彼に割り当てられる。しかし、これらの権利の経済的に合理的な利用は、その主張だけでなく、他の価値との交換によっても可能である。形成権もまた、他の主観的権利と同じように財産的に価値のある権限を含んでいる。確かに形成権の場合、その取引価値は、債権や物権の場合のように明らかに認識できるわけではない。しかし、意思表示により不利な法律行為から離れることができる可能性に財産的価値が与えられるということは、確かに認められる。③最後に、債務法の歴史的な発展、すなわち「債務関係の客観化および動産化」も形成権の譲渡可能性にとって有利な根拠として挙げられる。⁴⁰⁾

以上のように、シュタインベックは、形成権が原則として譲渡可能であることを私的自治または契約自由から導き、その非譲渡性を例外と位置づけている。そして、問題となる形成権が譲渡できないということの論証責任は、

譲渡可能性を否定する者にあるとする⁽⁴¹⁾。

(イ) 判例 ここでは、債権譲渡の際に契約に関連する形成権が譲受人に移転する可能性を認めたドイツの判決を紹介する。ドイツに限定するのは、筆者が調べた限りでは、債権譲渡の場合に関する判決は、オーストリアでは見当たらなかつたからである。

なおこの点に関連して、裁判所が扱った事例の多くは——ドイツでもオーストリアでも——いわゆる独立的譲渡に関するものであるということを指摘しておきたい。この点、オーストリアの最高裁判所は、ファイナンス・リースの事案につき瑕疵担保解除権の独立的譲渡を認めている⁽⁴²⁾。他方ドイツの連邦通常裁判所は、ファイナンス・リースの事案のほか、賃貸借契約等の事案に関して、瑕疵担保解除権や告知権の独立的譲渡を扱ってきた。しかし、形成権の独立的譲渡に関する合意が無効であるとしても、無効行為の転換（BGB 一四〇条）により形成権行使の授権を認めることができるとの理由より、独立的譲渡が認められるか否かについては明言を避けてきている⁽⁴³⁾。本稿ではこの問題は扱わないが、両国の相違を示す例として興味深い。

〔1〕 帝国裁判所一九〇三年一〇月二一日判決（RG55:402）

【事案】 詳細は明らかではないが、双務契約より生じた債権が譲渡された後、譲渡人の契約相手方Ⅱ債務者がその責めに帰すべき事由により履行不能に陥つたという事案のようである。控訴審裁判所は、BGB 旧三二六条に基づく権能が譲受人に移転することを否定した。債権の譲受人と譲渡人の契約相手方との間には、消極面の譲渡がなされていないので、双務契約関係は存在しない、というのがその理由である。

【判旨】 帝国裁判所は、結論としては債権の譲受人が契約を解除することができるか否かという問題を未決定のままとした。しかしその際、付言して次のよう言う。「この問題は、たとえば、譲受人に解除権を認めることにより、

事情によっては譲渡人の利益が侵害され得るという理由によっては否定され得ない」。そして、「この観点は、解除権の完全な排除ということにはならず、場合によってはその解除権の行使のために譲渡人の同意を要求することになるに過ぎないであろう」。このように本判決は、解除権が債権とともに移転する可能性を認めている。この点で重要な判決と言える。

〔2〕 連邦通常裁判所一九七三年六月一日判決 (NJW1973, 1793) この判決は、合意による形成権の移転を認める見解の契機となったものである。

〔事案〕 不動産の売主Aが買主Cに対する代金債権を担保のために銀行Bに譲渡した。その際、債務者たるCに対する通知の中で、当該債権とともに約定解除権もBへ譲渡されるということが述べられていた。

〔判旨〕 BGHは判決の中で、前記帝国裁判所一九〇三年判決に言及しつつ、法定解除権または約定解除権の譲渡は、契約自由を鑑みて、原則として否定され得ないと述べた。なお、そのような譲渡がなければ、解除権は譲渡人にとどまるとしている。

〔3〕 連邦通常裁判所一九八五年六月二一日判決 (NJW1985, 2540)

〔事案〕 CはAから不動産を購入した。この不動産には、信用組合Bのために土地債務が設定されていた。この売買契約の条項では、売買代金債権はBで開設されているAの口座に振り込まれること、代金債権の一部はAからBに譲渡されること等が規定されていた。その後Cは、代金の一部をAの口座に入金したが、その後入金しなかったため、AはCに対して解除する旨の意思表示をした。CはAに対して土地の明渡しを求めて訴えを提起した。ここで問題となったのは、債権譲渡によりAは解除権を所持していないのではないか、ということである。

〔判旨〕 まず解除権の要件である猶予期間の設定権について、「支配的見解によれば、債務者に対し猶予期間を設

定し、その後給付の拒絶を予告する権利は、債権譲受人に帰属する。当裁判所はこの見解に従う。債権者としての譲受人の法的地位は、すべての法律上の手段によって債務者に給付を促す権利を包含する。債務者に給付するよう要求し、催告し、給付するように訴える権能は、いずれにしてもこれに属する。拒絶の予告を伴う期間指定は、なにはさておき、同じように、債権者の一次的請求権を貫徹するための強圧的手段 (Druckmittel) である。」

次に解除権の帰属について。連邦通常裁判所は、債権譲渡の際の解除権の帰属に関する諸見解を紹介したうえで、「(2)の判決で立てられた諸原則、すなわち、解除権は債権とともに譲渡され得、そのような譲渡がなされないときは譲渡人にとどまる、という原則を維持するとした。「譲受人の法的地位は債権譲渡契約に由来するので、この契約は、譲受人の権利の範囲にとつても決定的である」。もつとも、債権の一部が譲渡された場合には、譲渡人は解除権の行使について少なくとも譲受人と共同で権限を有しており、譲渡人は、解除権の譲渡後でさえ、それを譲渡人と共同でのみ、または彼の同意と共にのみ行使できる、ということが推定されるのが自然である、としている。」

(ウ) 合意による形成権の譲渡の限界 以上のように合意に基づく形成権の譲渡を認めるとしても、それには一定の限界があると考えられる。以下では、学説で挙げられている制限原因を整理しておく。

(a) 形成権が一身専属性を有する場合 一身専属性を有する形成権が譲渡できないことについては問題はない (BGB 三九九条、ABGB 一三九三条参照)。

(b) 移転による形成権の内容の変更 債権は、その譲渡により給付の内容に変更が生じるときは譲渡することができない (BGB 三九九条参照)。形成権についても同じことが妥当する。もつとも形成権に関しては、次の理由により、このことは (一身専属性を有する形成権の場合に別として) あまり問題とならないとされている。すな

わち、①取消権の場合、それが第三者に譲渡されたとしても、その発生要件は譲渡の時点ですでに充足されているので、譲渡によって変更されることはない。また、その行使の結果、法律行為が遡及的に無効となる点にも変更はない。さらに、不当利得返還関係は、契約当事者である譲渡人と債務者（形成の相手方）の間で生じるので、やはり変更はない。②解除権の場合も、その譲渡によって要件・効果について内容に変更は生じないと解されている。⁽⁴⁴⁾

③ 形成の相手の信頼保護 これについては、後であらためて取り上げる（二・三(3)参照）。

④ 形成権の譲渡につき原所持者と相手方との間で禁止特約がなされた場合 債権は、債権者・債務者間で譲渡禁止特約がなされた場合、譲渡することができない（BGB三九九条、ABGB一三九六a条参照）。このことは、形成権についても妥当し、債権と同様、特約によってその譲渡性が排除され得ると考えられている。⁽⁴⁵⁾

⑤ 形成権の取得者が、その所持につき法秩序によって保護される利益を有していない場合 これは、とりわけ独立的譲渡に関連して議論されている。ピドリンスキーによれば、形成権の独立的譲渡が有効であるためには、形成権の取得者に保護に値する利益が必要である。これは、形成権が主観的権利の一つであり、権利とは、独自の利益を追求する力であるからである。この見解では、独立的譲渡は、①形成権の取得者がその形成権を所持することにつき法秩序によって保護される利益を証明できる場合に認められるが、②形成権の取得者が形式的な——形成権の取得につき保護に値する利益を有しない——地位しか有しない場合であっても、例外的に、譲渡人が法秩序によって許容された独自の目的を追求するときには独立的譲渡が許される。そしてこのことは、形成権が債権や債務等のような他の——形成権によって強化される——法的地位とともに譲渡される場合は、いつそう考慮されるとされている。⁽⁴⁶⁾

f) 形成権が、構造的な秩序の観点から他の権利や法的地位と結びつけられている場合 シュルンプラント

は、たとえば給付に代わる損害賠償請求や解除の際の期間指定権は、第一次的給付請求権を貫徹するための債権者
 の手段であるから、付従性（B G B 四〇一条を参照）により、独自に譲渡することができないとする。⁽⁴⁷⁾

⑧ 分離の禁止 これもシュルンプラントが挙げるものである。その例として、組合の構成員としての資格に
 基づく持分権や保護権は——これは、法構造的には形成権に近い——、構成員としての資格から分離することはで
 きない（B G B 七一七条）というものが挙げられている。⁽⁴⁸⁾

(2) 形成権の分配につき合意がない場合の判断方法

合意による形成権の譲渡を認める見解では、債権譲渡契約や契約引受契約の当事者間で形成権の帰属につき合意
 がなされている場合、その合意に従って分配がなされることになる。もつとも、その合意が明示的である必要があ
 るか、黙示的なものでもよいかという点については見解が分かれている。明示の合意を要求する見解もあるが、多
 くの見解は黙示の合意でもよいとする。⁽⁵⁰⁾

最も問題となるのは、形成権の帰属に関する合意がなされない場合、その合意の欠缺⁽⁵¹⁾をどのように補充するか
 ある。この点についての学説は、おおむね次のように整理できると考えられる。

〔A〕 債務者保護の観点から形成権の帰属を判断する見解 ネルは、債権の譲渡人・譲受人間で明示または黙示
 の合意がある場合には、契約自由の原則により形成権を譲渡することが可能であることを認める。他方、合意がな
 い場合における形成権の帰属の判断については、方法論上、①構造的な考察方法（これは、伝統的見解を指すと考
 えられる。ネルによれば、これには、信頼性が高いというメリットがあり、論証に際して跡づけが可能である。他
 方、結論の点から、一度ならず修正が必要である）、②譲渡人と譲受人の間の利益考量により判断する方法（これ
 には利益考量に必然的に伴う不安定性と主観性を抱え込んでいるという問題があるとされている）、③債務者の地

位の観点から考察する方法（債務者をあらゆる不利益から守るといふ法律上の規律の基本思考であるとされている）という三つの方法があるとす。そしてネルは、最後の第三の方法を重視することを主張している。⁽⁵²⁾

〔B〕 補充的契約解釈により形成権の帰属を判断する見解 この見解は、補充的契約解釈を行って当事者の仮定的意思を確定し、それによって形成権の帰属を判断するものであり、今日多くの支持を得ている。もつとも、その際にどのような基準によって当事者の仮定的意思を確定するかという点については一致を見ていない。以下では、この点に関する学説の展開を整理してみたい。

(i) まず主張されたのは、債権譲渡の基礎となる目的、換言すれば譲渡人・譲受人間の原因関係（内部関係）を手掛りとして当事者の類型的な利益を考量し、形成権を含む二次的権利の分配を行う見解である。その主張者として、シュベンツァーが挙げられる。⁽⁵³⁾

シュベンツァーは、債権の譲渡の場合（契約引受を含む）についておおむね次のように言う。譲渡人がどの程度権利を保持するか、その権利が債権譲渡によってどの程度譲受人に移転するのかが当事者の自由な処分に委ねられる。当事者が債権譲渡の基礎となる契約において解除権や取消権、損害賠償請求権等の二次的権利の行使に関して具体的な規律をしなかった場合、裁判官は、補充的契約解釈の方法により二次的権利の割当を行わなければならない。このための基準となるのは、債権譲渡の基礎となる目的を手がかりとして判断される当事者の類型的な利益である。これは、債権譲渡がさまざまな経済的目的に資するものであることを考慮するとき、二次的権利の割当を統一的に解決することは、経済的な現実を無理やり捻じ曲げるおそれがあるからである。むしろ、譲渡人・譲受人間の権利の分配は、それらのその都度その都度の内部関係を手掛りとして判断されなければならない。

以上のような考えに基づき、シュベンツァーは、①契約引受、②間接代理、③担保のための債権譲渡、④取立の

ための債権譲渡、⑤債権売買という事例類型を立て、それぞれにおける経済的目的を考慮しつつ二次的権利の分配を検討している。⁽⁵⁵⁾

(ii) シュベンツァーの見解に対しては、とりわけ債権譲渡の原因関係を考慮する点に対して批判的な見解が主張された。デルナーの見解がそれである。

デルナーは原因関係を考慮することに対し、債務者は、通常は原因関係の個別性を認識しておらず、二次的権利が内部関係の状況に従ってどのように分配されることが適切であるかを知ることができない、と批判する。そして、決定的であるのは、債権譲渡契約（処分行為）によって追求される目的——これは、一定している——であるとする。そのうえで、次のような二つのルールから成る見解を主張する。

(二次的権利の分配に関する第一のルール) 二次的権利の分配は、債権譲渡契約等の出捐契約 (Zuwendungsvertrag) の当事者自身によって規律される。これに関連する明確な規律が契約内容から明らかにならないときは、他の契約条項の解釈により、当事者の意思の確定が試みられなければならない。

(二次的権利の分配に関する第二のルール) 出捐契約の当事者が特別の合意をしていない場合、二次的権利の分配は、契約プログラムにおいて個々の二次的権利に与えられる機能に従ってなされる。この機能は客観的に定められるので、契約相手方も認識可能である。⁽⁵⁶⁾

右のうち、ここで重要なのは第二のルールである。これは、次のような考慮に基づく。当事者が二次的権利の行使について考慮しなかったためにあらゆる拠り所が欠けている場合、その契約には欠缺がある。この欠缺は、新しい・一般的な・任意的な法律の規律の発展によって補充される。したがって、二次的権利の分配は、一方では当事者の典型的な利益に関連づけて確定される譲渡行為の意義および目的、ならびに、他方ではその都度その都度の二

次的権利の機能に依拠する（なお、二次的権利は、その機能により、債権に関連するものと債務に関連するものに區別される）。この見解によれば、たとえば債権譲渡の場合、譲渡人と譲受人の利益は、債権の価値が完全に譲受人に移転することにあるので、譲受人は、疑わしい場合には、債権者の地位をできる限り大きな範囲で手に入れるべきであるとされる。したがって、債権と結びつく権能はすべて譲渡されるべきであるとされている。⁽⁵⁷⁾

(iii) しかし、原因関係の考慮を批判し、出捐契約の目的に着目するデルナーの見解は——形成の相手方を保護する必要の点は別として——、その後の学説では必ずしも受け入れられなかった。彼の見解に対する批判は多岐にわたるが、とりわけ指摘されているのは次の点である。すなわち、①補充的契約解釈を行うに際しては、全法律関係の評価から明らかになる当事者の利益を包括的に考慮しなければならない。そして、債権譲渡における形成権の分配に際しての決定的な評価は、原因関係——債権譲渡は、それがどのような原因関係に基づいて行われるかによつて法的・経済的な違いを生ずる——の基礎となる目的に基づいて行われる、という点、②統一的なシエーマに依拠するとき、多様な利益および原因となる合意を目的にして原因関係に表れている利益を考量することは、実際には許されないという点、③形成の相手は、債権譲渡の債務者保護のための規定によつて保護することができるといふ点である。⁽⁵⁹⁾ 他方、形成権の機能を考慮する点は、その後の学説（シュタインベック、ハッテンハウアー等）に影響を与えている。

④ デルナー論文の翌年（一九八六年）に教授資格論文『形成権の譲渡』を公表したペーター・ビドリンスキは、次のように言う。補充的契約解釈に際して決定的に重要なのは、関連する利益の評価と考量である。形成権の運命は、原形成権者と形成権の（推定される）取得者との間に存在する関係の法的原因に依拠する。さらに、問題となる形成権自体がどのような目的を追及しているかも考慮されるべきである。⁽⁶⁰⁾

もつとも、ビドリンスキーは、「債権または債務に関連する形成権」や「契約に関連する形成権」という区別自体はなお維持している。しかしこれは、右の基準に従って判断した結果明らかになるものである。⁶¹⁾ その点で、伝統的見解とは区別する必要がある。

⑥ シュタインベックは、補充的契約解釈における仮定的意思の確定の際には原因関係を考慮すべきであり、さらに一定の場合（とりわけ債権売買の場合）には形成権の機能をも考慮すべきであるとの見解を主張した。この見解は、補充的契約解釈の際、当事者の仮定的意思は、利害関係人の利益の考量によつて確定されるが、その都度その都度の利益状況は非常に多様であるから、譲渡人と譲受人の利益を規定するための統一的なシエーマを立てることはできない、という認識に基づいている。そして、① シュベンツァーと同様、二次的権利分配の際の当事者の利益考量にとつて重大な役割を果たすとの理由に基づき、債権譲渡の原因関係を考慮する（債権売買、担保のための債権譲渡、取立ての為の債権譲渡、間接代理）。② しかし、とくに債権売買の場合、利益状況が明確ではないため、形成権の分配を原因関係に基づいてのみ行うことはできないとして、契約関係内部における形成権の機能をも考慮して判断しようとする。その際、形成権は、原債権保持者の視点から「債権に向けられた形成権」（形成権の成立要件が債権者としての譲渡人の地位と関係がある場合）と「債務に向けられた形成権」（形成権の成立要件が、形成の相手方に対する原債権者の債務に関わる場合）に区別される。そして、前者は債権譲渡とともに譲受人に移転するが、後者は譲渡人にとどまるとされている。⁶²⁾

⑦ ハッテンハウアーの見解も、シュタインベックと同じ方向を志向している。彼は、合意が欠ける場合の補充的契約解釈では、包括的な利益の確定と評価という骨の折れる作業をすることになるが、その作業を容易にするために、類型的な利益状況を手掛りとして事例類型の形成することを主張する。⁶³⁾ 事例類型の第一は、形成権の目的に

より分配がなされる場合である。この場合、当事者間の法律関係における形成権の目的により、それが譲渡人と譲受人のいずれの利益に資するかが決定される。形成権が、債権の所持者の利益に資する場合、それは「給付に関連する形成権」であり、疑わしい場合には債権とともに移転する（催告権、満期告知権等）。他方、形成権が、反対給付義務を負う債務者としての譲渡人の利益に資する場合、それは「債務に関連する形成権」であり、疑わしい場合には譲渡人とどまる（抗弁権、選択権等⁶⁴）。事例類型の第二は——伝統的見解における——契約に関連する形成権が分配される場合である。この事例類型では、まず①原因関係で基礎づけられた債権譲渡の目的により形成権が分配される。この方法は、具体的には、取立てのための債権譲渡、間接代理、担保のための債権譲渡の場合に妥当する⁶⁵。しかし、②債権売買の場合には、この基準だけでは不十分である。そこで、この場合にはさらに、形成権が譲渡人と譲受人のいずれの利益に資するかに着目すべきである⁶⁶と云う。

(iv) 譲渡人の反対給付義務に着目する見解 ショルツは、債務者の給付または賠償給付に対する譲受人の利益と、債務者へ反対給付を提供しなくてよい、または返還請求をすることができるといふ譲渡人の利益が考量されるべきであるとする。そして、給付障害法における二次的権利に関しては、譲受人の利益が譲渡人の利益よりも優先するとする。両者は、譲渡人が債務者に反対給付を提供し、それに代わって譲渡人は譲受人から売買代金を受け取ることを出発点としているからである⁶⁷。

(3) 形成の相手方の保護

形成権を合意に基づいて譲渡できると考える場合、その形成の相手方（債権譲渡の場合における債務者、契約引受の場合における残存当事者）の保護、すなわち、契約に関連する形成権が原契約当事者と異なる者によって行使されることにより、その法的地位が弱められるという不利益から相手方をどのように保護するかが問題となる。も

つとも、契約引受——とりわけ法律行為による契約引受——の場合、原則として残存当事者の意思的関与が必要なので、とくに問題はない。⁽⁶⁸⁾これに対して債権譲渡の場合、とりわけ相手方の信頼の保護についてどのように配慮するかが重要な問題となる。この見解では、解除権や取消権の譲渡の際、形成の相手方への通知は基本的に要求されていないからである。⁽⁶⁹⁾これに関する議論は、大きく二つに分かれていると考えられる。

(ア) 一つは、形成の相手方保護の観点から、契約に関連する形成権が債権とともに移転することを否定するという議論である。その根拠としては、形成の相手方（債務者）は債権譲渡によって、それが行われない場合における状態よりも不完全な状態に置かれてはならないという点⁽⁷⁰⁾が挙げられる。これに対する反論については、前述した二二(3)。

(イ) もう一つは、合意による形成権の移転を認める見解の内部における議論である。この点、形成権の分配基準として債権譲渡の原因関係を考慮すべきではないという見解（デルナー等）がある。前述したように、この見解は、必ずしも支持を受けていない。

他方、原因関係の考慮を認める立場でも、形成の相手方をどのように保護するかは重要な問題であることに変わりはない。そのための方途としては、債権譲渡の際の債務者保護のための規定（BGB四〇四条、ABGB一三九五条）の準用ないし類推適用という方法や形成の相手方への通知を要求する方法が提案されている。⁽⁷¹⁾但しこの見解では、形成の相手方の信頼保護は、形成権を合意によって譲渡できるということに優先するものではないとされている。そして相手方の保護は、合意による譲渡が可能であることから生じる相手方の不利益に対する調整と位置づけられている。⁽⁷²⁾

4 合意に基づく形成権の譲渡に対する批判

現在、右で紹介した合意に基づく形成権の譲渡を認める見解は、広く支持を集めつつある。しかし他方で、これに対する批判的見解も見られる。

(1) ルーカスの見解

オーストリアでは、前述したビドリンスキーの見解がかなりの支持を得ている。⁽⁷³⁾これに対してルーカスは——伝統的見解の思考方法を批判しつつも——、ビドリンスキーの見解、とりわけ譲渡人・譲受人間の関係（彼はこれを「対価関係」と表記する）に基づく利益考量により形成権の帰属を判断する点を強く批判する。彼いわく、この方法は、無数にある変形が考慮されないとき、必然的に満足できない不完全な仕事にとどまる。形成権が実際に当事者の利益という基準により譲渡人または譲受人に排他的に帰属させられ、他方の当事者にそれに関与する権利が与えられないならば、法適用者は、通常は個々の事例の検討を免れないままである。形成権がどのように分配されるかについて言明することは、そのような検討によつてはじめて可能となるだろう。しかしこの場合、債権譲渡の債務者は非常に困難な状況に陥る。なぜならば、この解決方法では、債務者にとつて具体的に誰が契約を解消する権利を有するかを跡付けることが非常に困難であつたろうからである。そのうえ、譲渡人と譲受人がこれに関して矛盾する意思表示をするならば（たとえば、一方が契約の解消を主張し、他方が契約の維持を主張する場合）、債務者は、多かれ少なかれ自由を束縛されるであろう。以上のように述べたうえで、ルーカスは、形成権自体の帰属は相当明確な原則に従わなければならないと主張する。⁽⁷⁴⁾

(2) ホフマンの見解

さらに近時、ホフマンは、合意に基づく形成権の移転を主張する見解に対して根本的な批判を展開している。そ

の批判は、おおむね次のとおりである。①当事者の意思は、典型的な債権譲渡の状況を練り上げることによっても、常に確実に確定され得るわけではない。当事者がある特定の状況のもとで権利の分配のために何を望んだのかを明確に確定することはできないということは、事例類型を精製することによっても回避することはできない。②債権譲渡については債権の処分につき *numerus clausus* があることとの関係が説明されていない。③債権者が債務者の同意を得ずに債権から二次的権利を任意に分離するということは、債務者保護のために回避されなければならない。⁽⁷⁵⁾

次に、ホフマンが主張する見解を整理してみる。彼は、私法秩序においてある私権の主体がなぜ権利を割り当てられるのかを問い、これについて一般的な権利割当の基準を展開する。その際、彼は、法的地位 (*Rechtspositionen*) または実質権 (*Substanzrecht*) と、それが侵害された場合に発生する保護権 (*Schutzrecht*) とを区別する (たとえば所有権の場合、所有権が法的地位 (実質権) に該当し、それが侵害された場合に所有者に与えられる物権的請求権、不当利得に基づく返還請求権、不法行為に基づく損害賠償請求権が保護権に該当する⁽⁷⁶⁾)。

さて、ホフマンによれば、私法秩序は、整合性のある権利割当の秩序である (これは、割当システム (*Zuweisungssystem*) と称されている)。私権の主体 (*Privatrechtssubjekte*) の個人的自由の領域は、それにより法的地位または実質権が割り当てられるという方法によって認められ、相互に限定し合っている。私権の主体は、そのような割当を、契約上の合意という方法で債権を創り出すことによって自ら行うことができる。この実質権を保護するために、保護メカニズム (*Schutzmechanismen*) が規定されている。これは、第三者による侵害に対する権利者の権利領域の保護に役立つものであり、権利侵害が生じるとき、法的地位の所持者にはこのメカニズムによって保護権が割り当てられる⁽⁷⁷⁾。この保護権には、二つのカテゴリーがある。一つは、権利実現的な保護権 (*Recht-*

sverwirklichende Schutzrechte) である。これは、もつぱら実質権の実現に役立つ権利(たとえば所有権に基づく請求権等)であり、法的地位にとつて不可欠の構成要素であるため、法的地位から分離することはできない。ただし、その行使について授權することは可能である。もう一つは、権利継続的な保護権(rechtsfortwirkende oder rechtsfortsetzende Schutzrechte)である。これは、保護される実質権を超える財貨移転をもたらす権利(たとえば不法行為または不当利得に基づく請求権等)である。これは、新たな、二次的な実質権であるとされ、また、処分の対象となり得る。⁽⁷⁸⁾ 保護メカニズムは、実質権から分離され得ない。また、一定の保護権も、実質権から分離され得ない。それらは目的により拘束されているからである(Zweckbindung)。⁽⁷⁹⁾

以上の考え方に基づき、ホフマンは、債権譲渡および契約引受の場合における二次的権利の分配につき検討を行っている。⁽⁸⁰⁾

- (1) 第一草案三二二条は、次のような規定であった。「債権の譲渡および債権の差押えの許容性に関する規定は、特別の規定がない場合、債権と異なる権利に準用される。譲渡性のない権利は、その行使が他人に委ねられる限りにおいて、法律で別段の定めがない限り、差し押さえられる。」
- (2) Mگردан, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, 1979, S. 77.
- (3) この見解の対立については、拙稿「契約当事者の地位といわゆる『契約に関連する形成権』」関東学園大学法学紀要一九卷一號(二〇一〇年)(以下、拙稿・契約当事者の地位として引用する)九三頁(九六頁以下)を参照。
- (4) Steinbeck, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, 1994, S. 41.
- (5) Bydlinski, Peter, Die Übertragung von Gestaltungsrechten, 1986, S. 24.
- (6) Bydlinski, aaO, S. 25.

- (7) ゼツケルの形成権概念については、永田真三郎「形成権概念の成立過程」関西大学法学論集二三卷四・五・六合併号（一九七四年）一八五頁、同「形成権理論の展開（一）」関西大学法学論集二六卷二号（一九七六年）一九頁、同「形成権概念の位置と構造」関西大学法学論集二六卷四・五・六合併号（一九七七年）一二七頁、小野秀誠「形成権の発展と私権の体系」同『民法の体系と変動』（信山社、二〇一二年）（初出：一橋法学三卷三号（二〇〇四年）八二三頁）三頁、高瀬暢彦「形成権」概念の再検討」日本法学七一巻一号一〇三頁。
- (8) Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, FS für Koch, 1903, S. 205, 220f.
- (9) Seckel, aao, S. 220. 形成権の譲渡に関するゼツケルの見解を詳細に検討するものとして、小野・前掲注(7)八二三頁がある。なお、拙稿・契約当事者の地位一〇七頁以下も参照。
- (10) Vgl. Steinbeck, aao, S. 44.
- (11) ドイツやオーストリアでは、債務関係は一般的に狭義の債務関係と広義の債務関係に分類される。契約を例とすれば、前者は、契約から生じる個々の債権・債務を指すのに対し、後者は、契約関係すなわち多数の権利・義務で構成される包括的な法的関係である (Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2005, Rd. 3; Waiser, Bürgerliches Recht, Bd. II, 13. Aufl., 2007, S. 3f.)。この広義の債務関係は、「組織」「目的より制限される社会的結合」「機能的統一体」等と表現されている。契約上の地位の移転との関係でこの点を論じるものとして、斉藤充弘「契約上の地位の譲渡に関する一考察」帝京法学一七巻二号（一九八九年）一六九頁（一八二頁以下）、大窪誠「ドイツにおける契約引受論」法学五五巻三号（一九九一年）一二頁（一五二頁以下）がある。
- (12) Steinbeck, aao, S. 43. また、小野・前掲注(7)二七頁は、今日の観点からは、契約上の地位の移転の問題として捉えることができる部分もあると指摘する。
- (13) シュタインベックによれば、この見解を最初に主張したのはシュロホーフ (Schlochhoff, Die Gestaltungsrechte und ihre Übertragbarkeit, 1933) である (Steinbeck, aao, S. 44)。この文献は、残念ながら未見である。
- (14) Steinbeck, aao, S. 44.
- (15) 債権に関連する形成権が債権とともに当然に移転する根拠については、これらの権利の付属的権利 (Anhangrecht) としての性質を挙げる見解 (Pieper, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, 1963, S. 167) と (ドイツ法に関し) BGB 四〇一条

- の準用を挙ぐる見解 (Jaerning/Stürmer, Bürgerliches Gesetzbuch, 2004, II., neubearb., Aufl., §401, Rdn. 2b) なるを。
- (19) von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910, S. 225ff; Britzmann, Die Abtretung von Forderungen aus gegenseitigen Verträgen, 1934, 34f, 41, 46f, 51f; Emmeccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 1958, S. 332f; Esser, Schuldrecht, allgemeiner und besonderer Teil, 2., vollkommen neubearb. Aufl., 1960, S. 75; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 5., neubearb. u. erw. Aufl., 1962, S. 337f; Pieper, aaO, S. 165ff; Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl., 1969, S. 280; Krejci, Betriebsübergang und Arbeitsvertrag, 1972, S. 184f; Mayrhofer, Schuldrecht Allgemeiner Teil (=3. Auflage des Systems von Ehrenzweig, Das Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeine Lehren), 1986, S. 474, 534.
- (17) たとえば、オーストリア最高裁判所 (OGH) 一九六一年一〇月四日判決 (5Ob305/61) がある。これは、詳細な事実関係は不明であるが、取消権の独立的譲渡が問題となった事案のようである。最高裁判所は、売買契約を錯誤を理由として取り消すことができる権利は、たんにそれだけでは譲渡できないが、主たる権利 (Hauptrecht) と結合して譲渡可能であると判示した。
- (18) 伝統的な見解の論拠に「ごく簡潔に整理するものとすべし」Schwenzer, Zession und sekundäre Gläubigerrechte, AcP 182, 214, 218f; Hattenhauer, Einseitige private Rechtsgestaltung, 2011 (zit.: Hattenhauer, Rechtsgestaltung), S. 412ff.
- (19) なお、①②の論拠とそれに対する批判は、内容的に重なる部分が多い。
- (20) von Tuhr, aaO, S. 226 (Fn. 25)。この点については、拙稿・契約当事者の地位——四頁以下も参照。
- (21) Seetzen, Sekundäre Gläubigerrechte nach Abtretung des Hauptanspruchs aus einem gegenseitigen Vertrag, AcP 169, 352, 365。この論拠については、Golla, Die Gläubigerrechte bei Leistungsstörung nach Abtretung, 1995, S. 56ff を参照。
- (22) Seetzen, AcP 169, 365。
- (23) たじやんぞう von Tuhr, aaO, S. 225ff; Larenz, aaO, S. 338; Pieper, aaO, S. 166f; Esser/Schmidt, Schuldrecht, Bd. 1, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. völlig neubearb. Aufl., 1995, S. 91; Blomeyer, aaO, S. 280; Krejci, aaO, S. 185 節。
- (24) Hattenhauer in Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, B II/2, §339-413 (zit.: Autor in HKK), Rdn. 61; ders., Rechtsgestaltung, S. 419, なお、拙稿・契約当事者の地位——一〇頁も参照。
- (25) Steinbeck, aaO, S. 80; Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 415f.

- (26) Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 414.
- (27) Gernhuber, Synallagma und Zession, FS für L. Raiser zum 70. Geburtstag, 1974, S. 57, 79 ; Schwenzer, Acp 182, 219f ; Dörner, Dynamische Relativität, 1985, S. 295.
- (28) Dörner, aAO, S. 296 ; Steinbeck, aAO, S. 68 ; Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 416.
- (29) Dörner, aAO, S. 296 ; Steinbeck, aAO, S. 68 ; Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 416.
- (30) ドルナー Gernhuber, aAO, S. 91 ; Schwenzer, AcP182, 240ff.
- (31) Dörner, aAO, S. 308 ; Golla, aAO, S. 85f.
- (32) Schwenzer, AcP182, 220f ; Dörner, aAO, S. 301 ; Steinbeck, aAO, S. 72 ; Schürbrand, AcP 204, 183ff ; Scholz, aAO, S. 113 ; Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 444f.
- (33) Gernhuber, aAO, S. 79 ; Schwenzer, AcP 182, S. 219 ; Steinbeck, aAO, S. 67, Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 419.
- (34) Levenz, Jura 1996, 1, 2 ; Seetzen, AcP169, 352, 365f ; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, aAO, Rdn. 779 ; Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 228ff.
- (35) Brüggemann, aAO, S. 37 ; Esser/Schmidt, aAO, S. 91f.
- (36) Scholz, Gestaltungsrechte im Leistungsstörungsrecht, 2010, S. 126.
- (37) この見解は、学説上は一九八〇年代より主張され始めたが、その登場には、二つの契機があったと考えられる。一つは（後述する）連邦通常裁判所一九七三年六月判決であり、もう一つは、一九六〇代から七〇年代に公表された債権譲渡および第三者のためにする契約に関する研究である。すなわち、債権譲渡に関するゲルマンの論文（Gernhuber, aAO）と、第三者のためにする契約に関するゲルマンの論文（Lange, Die Auswirkung von Leistungsstörungen beim echten Verträge zugunsten Dritter im Rechtsbereich des Dritten, NJW 1965, 657）が、パパンニコラウ, Schlechterfüllung beim Vertrag zugunsten Dritter, 1977）の点で、この点については、拙稿・契約当事者の地位一二二頁以下を参照。
- (38) 拙稿・契約当事者の地位一〇四頁以下。
- (39) Schwenzer, AcP 182, 218f ; Dörner, aAO, S. 298, Bydlinski, aAO, S. 24f ; Steinbeck, aAO, S. 41f ; Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Sukzessionen, 2. teilw. völlig neubearb. Aufl., 1999, 46ff ; Hattenhauer in HKK, §§398-413, Rdn. 63f ; ders,

Rechtsgestaltung, S. 412f.; Schürbrand, AcP 204, 182f.; Scholz, aaO, S. 111f. なお、法律上の根拠については、とくに条文を挙げない見解と民法上の規定(ドイツにつきBGB四一三条、オーストリアにつきABGB一三九二条の準用)を挙げる見解がある。

(40) Steinbeck, aaO, S. 41ff.

(41) Steinbeck, aaO, S. 42. ただし、ハッテンハウアーは、この考え方が現在解釈論上疑いのない前提であるということに対しては、あまりに楽観的であるとみる(Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 413 (Fn. 71)).

(42) オーストリア法における独立的譲渡については、拙稿「オーストリア法における形成権の独立的譲渡」関東学園大学法学紀要一八巻一号(二〇〇九年)五三頁を参照。

(43) 独立的譲渡に関するドイツの代表的な判決を二つ紹介しておく。

① 連邦通常裁判所一九九七年二月二三日判決(BGHZ68, 118)

【事案】本件はファイナンス・リースの事案である。A(リース会社)とB(ユーザー)は、AがC(サプライヤー)から購入した事業用の機器を賃借する旨の契約(リース契約)を締結した。その契約条項には、以下のような規定があった。

「第四条 賃借人は、賃借目的物の物の瑕疵および権利の瑕疵のために、賃貸借契約の締結とともに瑕疵担保請求権、保証請求権および損害賠償請求権を、提供会社に対するそれらの権利が賃借人に帰属する限りで、賃借人に譲渡する。賃借人は、自己に譲渡された請求権を適時に主張する義務を負う。BGB五三七条(筆者注・債務法現代化前の規定)以下による、または積極的債権侵害に基づき、賃借人の賃借人に対する別の請求権および権利は、排除される。」

「第一条 BGB五四二条(筆者注・債務法現代化前の規定)による告知権は、いずれの場合にも、その者(賃借人)には帰属しない。」

Bは、受領した機器の瑕疵を理由として、Cに対して瑕疵担保解除を主張した。ここで問題となったのは、右の契約条項により、AがBに譲渡した売買契約上の瑕疵担保請求権に瑕疵担保解除権が含まれるか(換言すれば、Aの売買契約上の瑕疵担保解除権がBに譲渡されたか)否かである。

【判旨】連邦通常裁判所は、この点について、いずれにしてもそのような事例では、瑕疵担保解除権の無効な「譲渡」がBGB一四〇条により法的に有効な授権に転換され、ユーザーは買主(賃借人)の瑕疵担保解除の権能を自己の名で主張できる、という理

由で、この問題を未定にしておいた。

② 連邦通常裁判所一九九七年一月一〇日 (NJW1998, 896)

【事実の概要】 A は C にホール付きの所有地を賃貸した。当該土地は、B に売却されたが、B は所有者として登記をしなかった。その後、A は告知権を B に譲渡した。その後、B は賃貸借契約を告知し、C に対して土地の明渡しを請求したが、C はこれに応じなかった。そこで C は訴えを提起した。ここで問題となったのは、告知権が C に独立的に譲渡されたか否かである。

【判旨】 連邦通常裁判所は、「BGB 四一三条の準用により、形成権も原則として譲渡され得る」とする。もつとも、非独立的形成権の独立的譲渡に関しては、従来 BGB H は未定のままとしていた。これに対して学説では、独立的譲渡は無効であるとの見解が支配的であった。以上の判例・学説の検討の後、連邦通常裁判所は、告知権の独立的譲渡が無効であったとしても、無効行為の転換 (BGB 一四〇条) により、BGB 一八五条一項による告知権の有効な授權へと転換されるとする。

- (44) Bydinski, aaO, S. 47; Steinbeck, aaO, S. 68ff; Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 433f.
- (45) Schwenzer, AcP 182, 220; Steinbeck, aaO, S. 71; Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 418.
- (46) Bydinski, aaO, S. 42.
- (47) Schürmbrand, AcP 204, 177, 186f.
- (48) Schürmbrand, AcP 204, 177, 187ff.
- (49) Nörr/Scheyhing, Sukzessionen, 1983, S. 235.
- (50) Weber in BGB-RGRK, Bd. II/1, 12. neubearb. Aufl., §413, Rdn. 26.
- (51) デルナーは「二重の欠缺」とする。権利・義務の譲渡が許容される場合に生じる二次的権利の帰属について法律自体が規律を欠いており、また、債権譲渡や契約引受の当事者もこれに関する規律をしていないからである (Dörner, aaO, S. 299)。
- (52) Nörr/Scheyhing/Poggeler, aaO, S. 47f.
- (53) ドイツにおける補充的契約解釈については、山本敬三「補充的契約解釈(一)―(五)完」法学論叢一一九巻二号一頁、同四号一頁、一二〇巻一号一頁、同二号一頁、同三号一頁(一九八六年)を参照。
- (54) Schwenzer, AcP 182, 214, 219. シュエンツァーは、このような主張をするに際して、ゲルンフーパー、ランゲ、パバニコロウの見解を引用している。これらのうちゲルンフーパーは、債権譲渡の際の二次的権利の分配について、債権譲渡の目的に着目す

- ることを主張している。この場合の債権譲渡の「目的」とは、債権が譲渡可能な権利取引の客体となることであるとされている。ただし、彼の見解では、解除権の帰属の判断方法に関して、補充的契約解釈という視点は出ていない (Gemhuber, aaO, S. 80f.)。ランゲやパパニコロウは、第三者のためにする契約に関して、やはり当事者の内部関係に着目する見解を主張した。この中で、合意がない場合に補充的契約解釈により解決するという主張をしているのはパパニコロウである (Papanikolaou, aaO, S. 66)。シムンツプアーの見解は、おそらくパパニコロウの見解の影響を受けているものと考えられる。
- (55) Schwenzer, AcP 182, 214, 221f.
- (56) Dörner, aaO, S. 299ff. なお、(同意が必要な) 債権譲渡や債務引受、契約譲渡の当事者が、二次的権利の分配について (本文中述べたような) 客観的・機能志向的な分配と異なる合意をするときは、この合意につき相手方の同意または追認が必要であり、これらがなされないときは、その合意は無効である、とされている。
- (57) Dörner, aaO, S. 299. このブルナーの見解は、その後、シムンツマンによってさらに発展を遂げた (Sitzmann, Die Verteilung der Folgerechte nach der Zession und nach der Übertragung der Anwartschaft, 1998, S. 43ff.)。
- (58) ブルナーの見解を詳細に検討するものとして、Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 436ff.
- (59) Bydlinski, aaO, S. 62 (Fn. 85) ; Steinbeck, aaO, S. 83 ; Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 437ff.
- (60) Bydlinski, aaO, S. 291.
- (61) Bydlinski, aaO, S. 289ff.
- (62) Steinbeck, aaO, S. 81ff.
- (63) Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 447.
- (64) Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 447ff.
- (65) Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 450ff.
- (66) Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 454ff.
- (67) Scholz, aaO, S. 112.
- (68) Steinbeck, aaO, S. 57.
- (69) Bydlinski, aaO, S. 51, 290 ; Steinbeck, aaO, S. 70ff. ; Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 417f.

- (70) これは、ドイツでは、BGB 四〇四条(債務者は、債権譲渡時に原債権者に対して有していた抗弁を新債権者に対抗できる)、同四〇六条(債務者は、旧債権者に対して有する債権をもって、新債権者に対しても相殺することができる)、同三九九条に基づく債務者保護の要件より引き出られるとされている (Seetzen, AcP 169, S. 359)。
- (71) Bydlinski, aao, S. 49 は、たとえば、取消の相手方が契約相手方に対して訴訟を提起した場合、取消権が誰に帰属するかを知らないと訴えを棄却されるといふ危険があるため、取消の相手方は特別な保護が必要であるとし、ABGB 一三九五条を類推し、債権譲渡は通知なくしても可能であるが、債務者は、譲渡人に債務を履行することによって責任を免れるとする。その他、Steinbeck, aao, S. 71f.; Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 445; Dörner, aao, S. 301 脚。
- (72) Bydlinski, aao, S. 49; Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 437. 下の点について、脚注(73)の文献も参照。
- (73) コトリンスキーの見解の影響は、代表的な教科書やコンメンタールに見られる (たとえば、Welser, aao, S. 117; Herdinger in Schwimann ABGB Praxiskommentar, 3. neu bearb. Aufl., Bd. 6 (zit.: Autor in Schwimann, ABGB VI), §1393, Rdn. 15ff.; Thöni in ABGB §§1375 bis 1410, 3. Auflage des von Dr. Heinrich Klang begründeten Kommentars zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (zit.: Autor in Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang), §1393, Rdn. 47ff.; Ertl in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Neubearb. Aufl., Bd. 2/1 (zit.: Autor in Rummel), §1393, Rdn. 5)。
- (74) Lukas, Zession und Synallagma, 2000, S. 222f.
- (75) Hoffmann, aao, S. 33ff.
- (76) Hoffmann, aao, S. 35f, 57f.
- (77) Hoffmann, aao, S. 35ff, S. 246f.
- (78) Hoffmann, aao, S. 64ff, S. 248f.
- (79) Hoffmann, aao, S. 58f, 247f.
- (80) Hoffmann, aao, S. 187ff, 191f.