

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(3)

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/10.57529/0002000375

契約当事者の地位と形成権(三)

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、第五一卷三号)

第二節 契約引受と形成権(以上、第五一卷四号)

第三節 債権譲渡と形成権

第四節 小 括(以上、本号)

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

第二章 比較法——ドイツ法・オーストリア法の検討——

第三節 債権譲渡と形成権

本節では、債権譲渡の場合における取消権⁽¹⁾・解除権⁽²⁾の帰属および行使方法に関する議論を扱う。以下では、第一

節で紹介した伝統的見解、合意に基づく形成権の譲渡を認める近時の有力な見解、この有力説に対する批判的見解の順に、債権譲渡のケースがどのように扱われているかを整理する。

一 伝統的見解

1 譲渡人に帰属するとの立場

伝統的な立場に立つ見解の多くは、取消権や解除権は譲渡人に帰属するとする。これは、次のような理由に基づく。⁽³⁾ ①取消権・解除権は、契約関係全体を解消する権利であるから、契約当事者にのみ付与されるべきである。債権譲渡の場合、契約当事者は、譲渡人ではなく譲渡人であるから、それらの形成権は、譲渡人に帰属すべきである。⁽³⁾ ②解除権等の行使により契約関係の変更を生じるといような契約関係への介入につき権限を持つのは、契約当事者の地位にある者のみである。③相手方たる債務者は、それらの形成権の行使を決断するに際して原債権者（譲渡人）とは異なる利益および動機を有する新たな当事者（譲受人）を甘受する必要がある。⁽⁴⁾ ④取消権や解除権は、契約当事者の地位と不可分に結合している。⁽⁵⁾ ⑤譲渡人の取消・解除により譲渡債権が消滅する場合、譲受人は譲渡人に対して担保責任（BGB旧四三七条、現行四三七条、同四五三条、ABGB一三九七条参照）を追及できる。⁽⁶⁾

この立場に立つ場合、さらに次の二点が問題となる。

第一は、取消権・解除権を特別の譲渡行為によつて譲受人に移転させることができるかという問題である。これを論じる文献はわずかであるが、そこでは否定的な見解が主張されている。⁽⁷⁾

第二は、譲渡人は取消権・解除権を単独で行使できるか否かである。この点、単独行使を認める見解は少数で

あり、多くは、譲受人の同意を必要とする(条文上の根拠としては、無権利者の処分に関する規定(たとえば、BGB一八五条)が挙げられている)。これは、次のような理由に基づく。①取消や解除により、譲渡債権や債務不履行に基づく損害賠償請求権、代償請求権等は打ち碎かれることになる。よって取消や解除は、それらの権利を処分する行為である。⁽⁹⁾②債権譲渡により譲渡債権は譲受人の財産となるから、譲渡人は一方的に譲受人から債権を奪ってはならない。⁽¹⁰⁾

2 譲受人に帰属するとの立場

右の見解に対して、少数ながら譲受人に帰属するとの見解も主張されている。これは、解除権や取消権等の非独立的形成権を付随的権利と位置づけ、それらが債権とともに譲受人に移転すると構成するものである(BGB四〇一条参照)⁽¹¹⁾。それらの形成権の行使に関しては、譲受人の単独行使を認める見解⁽¹²⁾と譲渡人の同意を必要とする見解⁽¹³⁾とが主張されている。

二 債権譲渡の目的への着目——ゲルンフーバーの見解

ゲルンフーバーは、債権譲渡の際の二次的権利の分配について、伝統的見解の前提——とりわけ、他人の法領域への介入の禁止——を批判したうえで、債権譲渡の目的と形成権との間に存する関連性に着目することを主張する。彼によれば、債権譲渡の目的とは、債権を流通可能な法取引の対象とすることである。そしてそのことは、譲渡人にとっては、債権を満期前に活用することができるという点で利益となり、譲受人にとっては、債務者の給付を、譲渡人の中間取得を介することなく直接に受領できるという点で利益となり、一般の人々にとっては、流通の客体(適切な金融手段)となるという点で利益となる。他方、債務者はほとんど関わりを持たない(債権譲渡の

際、債務者の同意や彼への通知は不要である（BGB 三九八条参照）。なお、彼の利益保護は、債権譲渡の債務者保護規定（BGB 四〇四条）により貫徹されるとされている。そして以上のような考え方に基づき、ゲルンフーバーは、譲受人のみが債権を主張する権利を有し、また代償物や等価物を受け取ることができる、とする⁽¹⁴⁾。

では、法定解除権は誰に帰属するか（なお、取消権は考察の対象とされていない）。この点についてゲルンフーバーは、債権譲渡によって譲渡人・譲受人間に一種の清算共同体（Liquidationsgemeinschaft）が生じるとしたうえで、譲渡人と譲受人は、解除権を共同で行使するべきであるとする。これは、次のような理由に基づく。すなわち、解除権は、その行使により、広義の債務関係すなわち契約関係を清算関係へと変更する権利である。ところで、解除権と損害賠償請求権という債務者に対するサンクションは、譲受人の給付請求権に対する債務者の侵害——侵害要件（Verletzungstatbestand）——から生じるが、それにつき譲渡人は、彼の反対給付義務の脱落ということを通じて関わるに過ぎない。この点で、解除権を、契約関係の支配者である譲渡人に必然的に帰属する権利でなければならぬと見ることは、誤りである。しかし、債権譲渡の目的を出発点とする見解でも、解除権は譲受人には分配され得ない。解除権は、債権の貫徹に資する権利ではないし、代償物または等価物を媒介する権利でもないからである。譲受人の観点から見ると、解除権は、破壊的権利であるに過ぎない。以上のような状況は、譲受人が侵害要件の支配者であり、譲渡人が法的効果の支配者であることを示している。そしてこのことから、譲渡人と譲受人を一種の清算共同体へと結び付けるということが導き出され得る。そこでは、解除権は、共同行使のために両者に割り当てられる⁽¹⁵⁾。

以上のように譲渡人と譲受人が清算共同体を構成すると考える場合、両者はどのような関係に立つかが問題となる。ゲルンフーバーはこの点について、譲渡人と譲受人の清算共同体は、いずれにしても通常は自由な拒否が支配

する共同体であり、従つてそこでは、譲渡人は譲受人の提案に従わなければならないわけではない⁽¹⁶⁾。

三 合意に基づく形成権の移転を認める見解

すでに述べたように、この見解では、解除権や取消権の帰属は、それに関する合意があればそれに従うことになる。問題は、そのような合意がない場合の法的処理である。この点に関して学説は分かれている。

1 譲渡人Ⅱ契約当事者に帰属するとの見解

これは、債権譲渡の場合、取消権や解除権が譲受人に移転する旨の合意がないときは、それらは譲渡人に帰属するとの見解である⁽¹⁷⁾。この見解の代表的な主張者であるシェイヒングは、おおむね次のように主張している。

解除権や取消権のように、個々の債権ではなく、債務関係全体(Ⅱ契約関係)のような包括的な法律関係を目的とする形成権の場合、その包括的法律関係が移転するときは、それらの形成権が譲渡人の手に残ることには意味がなく、全債務関係の移転が望まれたことも矛盾する。この意味で、形成権と法律関係とは不可分であると言える。では、個々の債権が経済的に見て主要なもの(Hauptsache)であるとき、形成権を全債務関係と個々の債権のいずれに割り当てるべきか。解除権・取消権は、その実際的な効力から見れば、譲渡される債権がそれらの行使によつて侵害され、または破棄され得るとき、個々の債権を否定するものであることが明らかである。この場合譲受人は、形成権を行使しないためにそれを獲得することにつき利益を有し得るであろう。他方で、この種の権利の場合、譲渡人は通常それらを手放すことを望まないことが明らかである。したがつて、利益考量においては、形成権を債権に結合ないし帰属させること——それにより、形成権は債権に伴つて自動的に移転できることになる——を認める余地はない。しかし、債権への意識的な割当は許されると考えることができる。もつとも、その場合、形

成権の譲渡が疑いなく望まれなければならない。⁽¹⁸⁾

以上のようにシェイヒングは、債権譲渡の場合、取消権や解除権が移転するためには譲渡人と譲受人の明確な合意が必要であるとす⁽¹⁹⁾。またその際に取消権・解除権の移転につき譲受人が有する利益は、それらが行使されないことであるとしている。

2 債務者の地位という観点から形成権を分配する見解

ネルは、前述したように、債務者の地位という観点から取消権・解除権等の分配を行うことを主張する。すなわち、それらの権利の帰属につき疑いが生じる場合、債務者は、それによって被害を被つてはならず、そのようなとちつかずの状態は、債権者に帰せられなければならない、とする。⁽²⁰⁾

(1) 法定解除権・約定解除権⁽²¹⁾

法定解除権に関し、ネルは、金銭債権の譲渡の場合と物債権の譲渡の場合を区別する。しかし結論的には、それらのいずれにおいても解除権は譲渡人に帰属するとする。その理由は次のとおりである。①金銭債権の場合、実際に問題となるのは債務者の履行遅滞である。金銭債権の譲受人は、履行請求権および遅延損害賠償請求権を主張できる。譲受人への解除権の帰属を認め、その行使によって不履行を理由とする損害賠償請求権が生じることにも理論的には考えられる。しかしそれは、履行請求権プラス遅延損害賠償請求権という救済方法以上のものをもたらさない。また、譲渡人から解除権を取り上げて譲受人の債権の脱落を回避するという観点から見ても、解除権の移転は、(その合意がない場合) 目的を超えている。譲受人は、譲渡人が原因関係に基づいて譲受人に対して負う債務によって十分に保護される。②物債権の譲渡の場合、解除は譲受人には何ももたらさない。譲受人は債務者に対して給付義務を負っているわけではなく、解除によってその義務から免れる必要はないからである(ただしネル

は、個別事例において、譲受人が譲渡人に対して内部関係に基づいて責任を追及するつもりの場合には別と考えるようである⁽²²⁾。

約定解除権についても、その帰属に関する合意がない場合、状況は法定解除権の場合と同じであり、通常譲受人は約定解除権を有さない、とする⁽²³⁾。

(2) 意思の瑕疵(錯誤、詐欺、強迫)を理由とする取消権

この点につきネルは、意思の瑕疵が譲渡人によって提供される給付に関連する場合、取消権は譲渡人に帰属し、意思の瑕疵が債務者によって提供される給付に関連するときは譲受人に帰属するとする⁽²⁴⁾。この見解については後に改めて取り上げるので、詳細はそちらに譲る(後述3(4)、4(3)を参照)。

3 補充的契約解釈を行う見解

この見解は、形成権の帰属に関する合意の欠缺を、補充的契約解釈により当事者の仮定的意思の確定することを通じて補充するものである。後述するデルナーが指摘するように、ここで検討の対象としている場面では、当該紛争を解決するための制定法上の任意規定はなく、当事者間の合意もないという、いわゆる「二重の欠缺」が問題となっている。そして、これを補充する方法には、任意法規(およびその継続的形成)と補充的契約解釈があると考えられている。問題は両者の適用関係であるが、この点については、前者は、解決の対象となる事態が典型的なものである場合に適用され、後者は、事態が非典型的である場合に適用されるとされている⁽²⁵⁾。この図式によれば、ここで紹介する見解は、後者の方法を採用するものと言える。

この見解の特徴は、補充的契約解釈に際して債権譲渡の原因関係ごとに類型的考察を行い、譲渡人・譲受人・債務者の利益を詳細に考量する点にある。具体的な類型としては、①債権売買、②担保のための債権譲渡、③取立の

ための債権譲渡、④間接代理が挙げられている。⁽²⁶⁾

(1) 債権売買

議論が最も錯綜しているのは、債権売買の場面である。以下、その経済的な目的を確認したうえで形成権の分配に関する議論を整理してみよう。

(ア) 経済的目的 債権売買の経済的目的は、金銭債権の売買の場合と物（引渡）債権の売買の場合と異なる。シュベンツァーによれば、前者は、債権の財産的価値の資金化に資するものであり、特殊な融資である。この場合、債権者の二次的権利の中で実際に使えるものは限られているので、それらの権利の帰属の問題はごくわずかな意味しかない。他方後者は、経済的に見れば「不完全な契約引受」である（本章第二節注(63)参照）。通常、物債権の売買の背後にある目的は、譲受人が債務者に物の給付を請求してそれを保持すること、そして内部関係（譲渡人・譲受人間）においては、譲受人が反対給付を調達する（Aufbringen）ことにあるからである（譲受人はこの反対給付を、直接債権者（つまり譲渡人の相手方である債務者）に提供するか、譲渡人を通じて提供する⁽²⁷⁾。もつともこの点については、物債権の売買と不完全な契約引受を同視しない立場⁽²⁸⁾や、不完全な契約引受という視点を取り入れていない立場⁽²⁹⁾もあることに注意が必要である。

(イ) 形成権の帰属

(a) 法定解除権 法定解除権については、物債権の売買と金銭債権の売買を区別して論じる立場と区別しない立場がある。もつとも、後者の立場における理由づけは、前者における物債権の売買に関する理由づけとほぼ共通している。そこで以下では、物債権の売買と金銭債権の売買を区別して議論を紹介することにした。

④ 物債権の売買 学説では、譲受人に帰属するとの見解が多い。その理由は、次のように整理できる。①ま

ず譲受人の立場について。彼は、解除権の行使または不行使を決定することにつき強い利益を有している。なぜならば、譲受人は、彼の意思に反する解除権の行使により譲渡債権や損害賠償請求権を失うため、譲渡人による解除権の行使を回避することにつき大きな関心を有しているからである⁽³⁰⁾。また、物債権の売買を不完全な契約引受と見る立場でも、この場合、解除権を行使するか否かは譲受人の判断に委ねられるべきであるとされている⁽³¹⁾。なお、解除権を、債務者による履行を達成するための強制手段と見る見解もある⁽³²⁾。②次に、譲渡人の立場について。これについては、大きく三つの点が挙げられる。第一は、譲渡人は解除権の行使につき独自の利益を有していないという点である。すなわち、たとえば債権譲渡の後に債務者が履行遅滞に陥ったような場合、そのことは譲渡人の危険領域とはもはや関わりがないため、債務が適時に履行されることは譲渡人にとってはどうでもよいことである⁽³³⁾。また、譲渡人は、譲受人との間で債務者に対する債権を現金と交換しているので、譲渡債権に関しては、それによって債務者との関係から離脱している⁽³⁴⁾。さらに物債権の譲渡を不完全な契約引受と見る見解では、譲渡人が契約関係から脱退することが債権譲渡の目的であるような場合には、譲受人の解除により譲渡人は不当な目にあわない(この見解では、この場合、譲渡人・譲受人間で履行引受が生じる)とされている⁽³⁵⁾。第二は、債権売買の場合、譲渡人は譲受人から債権の対価を受領しているという点である⁽³⁶⁾。第三は、譲受人により解除権が行使されても、それによって譲渡人は、譲受人に対する損害賠償義務を負うわけではないという点である。この点については、たとえば、債権の売主は、債権の法的存立につき担保責任を負うとされているが(BGB旧四三七条(現行法では、BGB四三七条、同四五三条)、ABGB一三九七条)、この場面では、売主は、債権の譲渡によってその義務を履行しているため、担保責任を負わないとの見解が主張されている。また、担保責任の適用範囲であるとしつつ、譲受人は自らの解除権行使によって債権を消滅させているため、担保責任の追及は矛盾行為であるとの見解もある。なお、譲

渡人が債務者の不履行の場合にも賠償責任を負うことを引受けた場合でも、譲受人は損害軽減義務を負うので、彼
 は譲渡人にとって最も有利な方法で解除権を行使することになるとされている⁽³⁷⁾（以上の点については、後述する）。
 ③債務者の立場については、債務者は債務不履行を生じさせたため保護に値しないとか、債権譲渡の債務者保護規
 定の類推適用により保護される等の理由により、債務者の保護ということは、形成権の移転を否定する根拠にはな
 らないとされている（本章第一節二 3 (3) 参照。なお以下では、重複を避けるため、債務者の立場に関する理由づけ
 は省略する）。

① 金銭債権の売買 この場合については、譲受人に帰属するとの見解と譲渡人に帰属するとの見解が主張さ
 れている。前者はその論拠として、物債権の売買に関するのと同じ論拠のほか、譲渡人の解除を認めることにより
 金銭債権の流通性が制限されるという点を挙げる⁽³⁸⁾。これに対して後者は、この場合、譲受人は解除権の所持につき
 利益を有するが、譲渡人も損害賠償請求をするか解除（その結果生じる原状回復請求）をするかにつき選択する利
 益を有しており、後者の利益を優先すべきであるという点⁽³⁹⁾、譲受人は譲渡人に対する損害賠償請求権を有するとい
 う点⁽⁴⁰⁾を根拠として挙げている。

(b) 約定解除権 約定解除権については、法定解除権と同じ理由により譲受人に帰属するとの見解のほか⁽⁴¹⁾、約
 定解除権が債権関連性を有するか（または債権志向的か）、それとも債務関連性を有するか（または債務志向的か）
 により区別する見解がある（なお、この区別の先駆的主張者は、後述するデルナーである）。以下では後者の見解
 のみを取り上げる。

① 債権関連性を有する場合 これは、たとえば譲渡人 A が相手方 C から自動車を購入する際、C に債務不履
 行があった場合には当該契約を解除できる旨の合意をしていた。その後、A は引渡債権を B に譲渡したという場合

である。ここでは、解除権は、債務者の不履行に対する債権者の救済として合意されており、譲渡債権に関連して発生することになる。そのため、譲渡人は、債権譲渡後は解除権の行使つき利益を有していない。他方譲受人は、譲渡債権を他人によって侵害されない利益を有する。以上により、この場合約定解除権は、譲受人へ移転するとされている。⁽⁴²⁾

⑥ 債務関連性を有する場合　これは、たとえば譲渡人Aが相手方Cから自動車を購入する際、Aが金融機関から購入資金を借りることができないときは売買契約を解除できる旨の合意がされていた。その後Aは、引渡債権を譲受人Cに譲渡したという場合である。この場合、約定解除権は、譲渡人の反対給付義務(代金支払債務)に関連して発生し、その義務から譲渡人を解放することに資するものである。他方譲受人には、この場合に解除権を行使するいわれはない。また、譲受人は、双務的に結合している債権を取得しているところ、その債権は譲渡人が彼の債務を履行する場合にのみ貫徹できるものであることを認識すべきである(なお、譲渡人が解除する場合、譲受人は、譲渡人に対する損害賠償請求権により保護されるとされている)。以上により、この場合約定解除権は、譲渡人に帰属するとされている。⁽⁴³⁾

(c) 取消権　取消権に関しては、基本的な場合分けをする見解が多い。その区別の方法につき、物債権の売買と金銭債権の売買を区別する見解⁽⁴⁴⁾と、取消権が債権に関連するか債務に関連するかで区別する見解(後者の区別の先駆的主張者は、デルナーである)⁽⁴⁵⁾が見られる。もともと、前者における物債権の譲渡の場合と後者における取消権が債権に関連する場合は、ほぼ一致している(例…譲渡人Aは、錯誤に基づき、Cから実際には二〇〇ユーロの価値しかない商品を一〇〇〇ユーロで購入した。その後Aは、その引渡請求権をBに譲渡した(以下、例一とする))。また、前者における金銭債権の売買の場合と後者における取消権が債務に関連する場合もほぼ一致している

(例…Aが、錯誤に基づき、実際には五〇〇ユーロの価値がある商品を二〇〇ユーロでCに売却した。その後Aは、当該代金債権をBに譲渡した(以下、例二とする)⁽⁴⁶⁾)。このように、実際に想定されている場面という点では、両者の見解にはほとんど違いはないと思われる。そこで以下では、両者を区別せず、問題となる場面に着目して学説の整理を行う。

① 物債権の売買の場合・取消権が債権に関連する場合(例一を参照)

〔A〕 譲受人に帰属するとの見解 この場合については、取消権は譲受人に帰属するとの見解が多い。その理由は次のとおりである。①この場合譲渡人は、売買目的物の代金(一〇〇〇ユーロ)に相当する譲渡債権の対価を受領する。そのため、彼にとつて譲渡人・債務者間の契約が取り消されるか否かは、たいして重要ではない。⁽⁴⁷⁾ ②譲受人の立場から見ると、譲渡人の錯誤により生じた給付と反対給付の不均衡は、物引渡債権の譲渡により、譲受人のもとで影響を及ぼし続けている(この場合、譲渡人・譲受人間には、給付と反対給付の不均衡(Inäquivalenz)が存在する。例一で言うと、譲受人は、二〇〇ユーロの価値を有する物を受領するが、譲渡人に対し、債権の対価として物の代金(一〇〇〇ユーロ)に相当する金額を支払うことになる⁽⁴⁸⁾)。③物債権の売買の場合、実際には不完全な契約引受が問題となっている。⁽⁴⁹⁾ ④売買契約等の締結の時点で目的物に瑕疵があるために取消権が発生する場合、錯誤や詐欺を理由とする取消権と瑕疵担保解除権が生じ得るが、両者の間には交換可能性がある。よって、取消権の帰属の判断に際しては、解除権に関するのと同じ考え方により判断がなされるべきである。これによれば、物債権の売買の場合に解除権の移転が認められるとするならば、取消権もまた、譲受人に帰属し得ることになる。⁽⁵⁰⁾

さて、以上のように譲受人への取消権の移転を認める場合、それを譲受人が有する利益とは何かが問題となる。

この点については、(譲受人の取消権不行使により)譲渡人・債務者間の契約が維持されるという点に求める見解⁽⁵¹⁾と、譲受人にとって取消権の行使が可能となる点に求める見解⁽⁵²⁾が見られる。

〔B〕 譲渡人に帰属するとの見解 これは、例一の場合、譲渡人の錯誤は譲受人へも影響を及ぼしているため、譲受人は、債権譲渡の原因関係の取消によって保護され得ることから、取消権は債権譲渡後も譲渡人に帰属するとの見解である。⁽⁵³⁾

⑥ 金銭債権の売買・取消権が債務に関連する場合(例二を参照) この場合、取消権は譲渡人に帰属するとされている。その理由は次のとおりである。①この場合における譲渡人の錯誤は、彼が提供する物給付に関連している。このとき、錯誤の経済的な結果を負担しなければならないのは譲渡人である(この場合、Aは、五〇〇ユーロの価値のある物を錯誤により一〇〇ユーロで売却している)。②これに対して譲受人は、物給付の提供と何ら関わりを有していない。また、彼が譲渡人に支払った債権の代金と(錯誤により合意された)代金支払債権との間に不均衡はないから、譲受人は不利益を被らない(Aは、Bから譲渡債権(一〇〇ユーロ)の対価を受領するに過ぎない)。この場合に譲渡人により取消権が行使されるとしても、譲受人は担保責任および損害賠償請求権による保護を受け入れなければならない。⁽⁵⁴⁾

(2) 担保のための債権譲渡

ア 経済的目的 担保目的のための債権譲渡は、債務者(譲渡人)に与えられた信用の担保のために債権者(譲受人)に移転するものであり、⁽⁵⁵⁾ドイツやオーストリアでは、延長された所有権留保や包括的債権譲渡の形で行われている。⁽⁵⁷⁾これは、法的性質としては、信託的債権譲渡と位置づけられている。すなわち、第三債務者との関係(対外的関係)においては、譲受人はすべての債権者たる地位を取得する。他方譲渡人・譲受人間(対内

的關係)では、譲受人は譲渡人との合意に拘束され、この合意の枠内で債権を処分する権限を有する。⁽⁵⁸⁾

なお、要件面では、ドイツとオーストリアとで相違点がある。すなわちドイツでは——債権質とは異なり (B G B 一二八〇条)——債務者への通知は要求されない。⁽⁵⁹⁾これに対してオーストリアでは、債権質と同じ目的に資するとの理由から、質権設定に関する公示規定 (A B G B 四五二条) が類推適用される。⁽⁶⁰⁾ もっとも、登記記載 (Buchvermerk) により必要な公示がなされるときは、黙示の債権譲渡の形で行うことができる。⁽⁶¹⁾

(イ) 形成権の帰属 形成権の帰属については、学説上次のような対立がある。

[A] 譲渡人に帰属するとの見解 この見解の根拠は、債権の譲渡にもかかわらず、この場合の経済的な支配者は譲渡人であるという点にある。すなわち、担保の合意によれば、担保権者は、担保の原因事実 (Sicherungsfall) がある場合にはじめて譲渡債権を処分できる。しかしそれまでは、譲渡人が依然として債権の経済的な支配者であるから、彼は、その処分の自由を制限されるべきではない、とされている。⁽⁶²⁾

[B] 譲受人に帰属するとの見解 この見解の主な根拠は、次の通りである。①債権者は担保のために譲渡された債権が現実化することによつてはじめて満足を得るが、そのためには、譲渡人側の取消や解除により当該債権が否定されるという危険がないことが必要である (譲受人⇨担保権者は、譲り受けた債権を失わないことにつき利益を有している)。②担保が要求されるのは債務者 (⇨譲渡人) の資力に問題があるときであり、譲受人の譲渡人に対する請求権を認めてもほとんど無意味である。⁽⁶³⁾③担保権者は、譲渡債権を実現するための手段として形成権を取得する利益を有する (たとえば、A が、B に対する貸金返還債務の担保のために、C との生命保険契約から生じる請求権を B に譲渡した場合、B に生命保険契約の告知権が譲渡されると解することにより、B は自ら生命保険契約につき告知権を行使し、解約返戻金を取り立てることができる)。⁽⁶⁴⁾

〔C〕 時期的な区分を設ける見解　これは、担保の原因事実の発生前は、形成権（なお、この見解で挙げられているのは告知権である）は譲渡人に帰属するが、発生後は、債権質に関する BGB 一二八三条三項の法思考⁽⁶⁵⁾に基づき、譲受人に帰属するとの見解である⁽⁶⁶⁾。

(3) 取立のための債権譲渡⁽⁶⁷⁾

〔A〕 経済的目的　取立のための債権譲渡の場合、譲受人は、対外的には債権の所持者たる地位を完全に取得する。これによって譲受人は、実体法的にも手続法的にも完全な処分権を有することになり、譲り受けた債権を自己の名で取り立てることができる⁽⁶⁸⁾。しかし対内的には、譲受人は、譲渡人との委任契約（BGB 六六二条以下、ABGB 一〇〇二条以下⁽⁶⁹⁾）に基づき、譲渡人の利益のために行動しなければならず、また、受領したものを譲渡人に引き渡さなければならない⁽⁷⁰⁾。このため、取立のための債権譲渡は、信託的債権譲渡として位置づけられている⁽⁷¹⁾。

〔1〕 形成権の帰属　この場合における形成権の帰属につき、学説はほぼ一致して譲渡人に帰属するとする。その根拠として、①経済的観点からみると、この場合の債権の経済的な所持者は、譲渡人であるという点⁽⁷²⁾、②取立のための債権譲渡の場合、譲受人は、委任に基づき委任者の利益のために債権の取立を行うという点、③譲渡人による解除権等の行使により譲渡債権が消滅するとしても、譲受人の利益は、委任の危険移転ルール（BGB 六四四條、同六四五條の類推）により十分保護されるといふ点⁽⁷³⁾等が挙げられている。

(4) 間接代理

〔A〕 経済的目的　間接代理については、おもに問屋を念頭において議論がなされている。この場合、間接代理人たる問屋は、問屋契約の締結により、自己の名において、しかし本人たる委託者の計算において物品等の買入や売却を行う（ドイツHGB 三八三条以下、オーストリア事業法（UGB）三八三条以下）。委託者と相手方との法

律関係が生じるためには、問屋から委託者へ所有権の譲渡や債権譲渡が行われることが必要である。このように間接代理では、その経済的な効果は、最終的には委託者に帰属する。

(イ) 形成権の帰属 間接代理において間接代理人がその取得した債権を本人に譲渡する場合につき、学説の多くは、取消権・解除権もそれに伴って譲受人（＝本人）へ移転するとする。その理由として、間接代理人は、自己の名において相手方と契約を締結するが、それは、本人の委託に基づき、本人の計算においてなされるのであり、その経済的效果は、内部関係に基づいて結局は本人に帰属する（すなわち、債務関係を経済的に支配しているのは本人である）という点が挙げられている。⁽⁷⁵⁾

4 任意法規の継続的形成による欠缺の補充

この見解の代表的な主張者としてデルナーが挙げられる。彼は、形成権の帰属に関する合意の欠缺をいわゆる「二重の欠缺」と捉えたうえで、これを、補充的契約解釈ではなく、任意法規の継続的形成によって補充しようとする。⁽⁷⁶⁾ 前述したように、契約欠缺を補充する方法には任意法規の継続的形成と補充的契約解釈があるが、この見解は前者を採用するものである。その際、この見解は、債務者保護（債務者の予見可能性の重視）の観点から債権譲渡の原因関係を考慮することを否定し、それに代えて債権譲渡行為の目的と個々の形成権の客観的な機能を考慮しようとする。ここで債権譲渡行為の目的とは、債権が有する積極的価値を完全に第三者に移転することである。そして、譲受人への給付の提供に際して場合によっては生じ得る状況の変化へ対応する可能性につき柔軟性が狭められないようにするために、譲受人はできる限り広い範囲で債権者たる地位を取得すべきであるとする。⁽⁷⁷⁾ 以上を前提として、次に各形成権の帰属について見てみよう。

(1) 法定解除権

デルナーは、法定解除権は譲受人に帰属するとする。これは、次の理由に基づく。①譲渡人は、譲受人により解除権が行使されるとしても、反対給付義務を免れるだけであるから、不利益を被らない。②解除権が譲渡人に帰属するとの見解によれば、彼の解除権行使により、譲受人は——BGB旧債務法上の解除権と損害賠償請求権の選択制を前提とする場合——損害賠償請求権を主張できなくなるが、これは不当である。③譲受人が損害賠償請求権よりも解除を選択し、それを行使する場合でも、彼は譲渡人に対して事務管理に基づく費用賠償または不当利得返還(義務の脱落により生じた利得の返還)を請求できる。⁽⁷⁸⁾

(2) 約定解除権

デルナーは、約定解除権を、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とに区別する。前者は、その発生原因が譲受人に移転した債権との関連で定められている場合であり、後者は、約定解除権の要件が譲渡人に義務づけられた反対給付との関連で定められている場合である。これらは、約定解除権が契約当事者により定められるものであることから、当事者が当該契約において解除権行使のために定式化した要件から明らかとなるとする。また、相手方は、債権譲渡行為の目的と約定解除権の要件を認識しているため、形成権の行使権者を認識できるとする。

さて、右のような債権に関連する約定解除権と債務に関連する約定解除権という区別は、前述した補充的契約解釈を採用する見解でも見られた(正確に言えば、それらは、デルナーの影響を受けたものである)。よって基本的には、そこでの議論がここでも当てはまる(すなわち、約定解除権が債権に関連する場合、それは譲受人に帰属し、債務に関連する場合、それは譲渡人にとどまる⁽⁷⁹⁾)。そのため、詳細は、前述した箇所に譲る。

(3) 取消権

デルナーは取消権に関しても、債権に関連する場合と債務に関連する場合とを区別する。この区別自体は、前述したものとほぼ同じであるので、⁽⁸⁰⁾ 詳細はそちらに譲る (3)(4)。以下、錯誤取消に関する彼の見解を見てみる。⁽⁸¹⁾

(a) 取消権が債権に関連する場合 前述したように、これは、典型的には、売買の目的物の価値につき買主に錯誤がある場合 (たとえば、二〇〇ユーロの商品を一〇〇〇ユーロの価値があると誤解した場合) において、目的物引渡債権を譲渡したというケースである。この場合、契約の解消の利益は譲受人にあるので、取消権は譲受人に移転するとされている。その理由は次のとおりである。①譲渡人 (＝買主) は債権譲渡行為によって譲渡債権の価値を現金化しているので、主たる契約 (売買契約) につき問題が生じることは彼の希望にかなうものではない。②譲受人は、取消により——債権が存在していたため、譲渡人に担保責任を追求することはできないが——事務管理または不当利得に基づく請求ができるので、契約を解消する利益を有する。③譲渡人の相手方 (＝債務者) にとっては、取消権が誰によって行使されるかは重要ではなく、また、債権者の交代という理由によってのみ債権者側の取消権が失われるということを期待することはできない。⁽⁸²⁾

なお、譲受人は、原因契約締結の際、譲渡人と同じ錯誤に陥っているので、主たる契約を取り消す代わりに原因契約を取り消すこともできるとされている。⁽⁸³⁾

(b) 取消権が債務に関連する場合 これは、典型的には、売主が錯誤により五〇〇ユーロの価値がある商品を一〇〇ユーロで売却し、代金債権を譲渡したという場合である。この場合、契約の取消につき利益を有するのは譲渡人であるから、取消権は譲渡人に帰属するとされている。その理由は、次のとおりである。①この場合譲渡人は、錯誤により負担することになった債務から免れる利益を有する。②他方譲受人は、一〇〇ユーロの価値のある

債権を、それに相当する代金(一〇〇ユーロ)を支払うことで取得している。③譲受人は、——譲渡人に取消権が帰属するとする場合——取消により譲渡債権を失うことになる。しかし彼は、双務的に結合している債権を取得しているので、彼が譲渡債権の実現を望むことができるのは、譲渡人が反対給付を履行したり、形成権の行使がなされない場合だけである。またこの場合、譲受人は譲渡人に対して積極的契約侵害に基づく損害賠償を請求できる。⁽⁸⁴⁾

右のデルナーの見解に対しては、同じく原因関係の考慮を否定する立場から、錯誤の場合に給付の不均衡が譲受人の負担となるか譲渡人の負担となるかにより取消権の帰属を判断するとすれば、その判断は、債権譲渡の当事者の内部関係に依拠することになってしまふとの批判がある。この批判的見解によれば、取消権の客観的機能は、契約上の拘束の解消にあるので、取消権は常に譲渡人に帰属することになる。⁽⁸⁵⁾

5 協力モデルに対する否定的態度

以上で見てきたように、合意に基づく形成権の譲渡を認める立場では、合意を根拠として、または契約欠缺の補充の結果、取消権や解除権が債権とともに譲受人に移転し得ることが認められている。⁽⁸⁶⁾ その際注目されるのは、その論拠の一つとして、譲渡人による形成権の単独行使により譲受人の譲渡債権や損害賠償請求権等が脱落することは回避されるべきであるという点(形成権の不行使についての譲受人の利益)が挙げられていることである。しかしこれに対しては、譲渡人への解除権等の帰属を認めつつ、それらの行使につき譲受人の同意を要求することでも同じ結論を導くことができるとの反論があり得よう。⁽⁸⁷⁾ そこでこのような構成を、合意に基づく形成権の移転を認める見解がどのように評価しているかが問題となる。結論から言えば、形成権の単独帰属ないし単独行使を支持している見解の多くは、そのような構成に対して否定的である。⁽⁸⁸⁾ 以下、この点をめぐる議論を整理しておこう。

(1) 協力モデルとその形態

取消権や解除権の行使につき譲渡人と譲受人の共同を必要とすることは、協力モデル (Kooperationsmode-
 III)「と呼ばれている。⁽⁸⁹⁾これには、次の(a)ないし(c)の三つの形態があるが、⁽⁹⁰⁾前述した問題関心から、以下では(a)と
 (b)を取り上げる。⁽⁹¹⁾

(a) 譲渡人のみが解除権等を有するが、その行使の際には譲受人の同意を必要とする形態 (根拠条文としては、
 たとえば BGB 一八五条が挙げられている)。

(b) 解除権等は譲渡人と譲受人に共同的に与えられ、彼らが共同して行使するときには有効な形成の意思表示とな
 るとする形態 (ゲルンフーパーの見解を参照)。

(c) 解除権等は譲受人に移転するが、その行使には譲渡人の同意を必要とする形態。⁽⁹²⁾

(2) 問題点

協力モデルには、次に挙げるような批判がある。⁽⁹³⁾

(ア) まず、同意が解除・取消の有効要件ではない (よって、譲受人の同意を得ずにそれらの形成権を行使して
 も、その効力自体は有効に発生する) との見解に対しては、それは、譲受人の利益の保護という目的にとってほと
 んど役に立たないとの批判がある。

(イ) 逆に、譲受人の同意または形成権の共同行使が形成権の有効要件であると解する場合、それらのことは、実
 際にはほとんど達成されないと批判がなされている。というのは、譲渡人と譲受人の利益はたいは反対方向
 を向いているので、統一的な意思形成を要求すると、形成権の行使は相当に難しくなるからである。⁽⁹⁴⁾

四 取消権・解除権が譲受人に帰属することに対する批判

右で見たように、ドイツやオーストリアでは、債権譲渡の場合にも取消権や解除権が債権譲受人に移転することを認める見解が有力化している。しかしこれに対しては、なおこれらの形成権が譲渡人に帰属するとの見解も見られる。以下、代表的な見解を見てみよう。⁽⁹⁵⁾

1 ゴーラの見解

合意による形成権の移転を認める見解が有力化しつつある中、ゴーラは、その論文『債権譲渡後の給付障害の際の債権者の権利』(一九九五年)において、譲渡債権が債務者の帰責事由により履行不能となる場面における損害賠償請求権および法定解除権の帰属について検討した。彼は、この場面における債権者の二次的権利の分配の問題は、契約当事者の法的領域と債権者の法的領域の区別というテーゼではなく、譲渡人・債務者間の契約関係における、債権者の二次的権利が発生する段階(これを「浮動状態」とする)に関連づけられなければならないとする。そして、この浮動状態において発生した二次的権利の行使によって契約関係の新たな形成が生じるが、その新たな形成にとって決定的であるのは、債権者の利益であるとする⁽⁹⁶⁾。そしてこの考え方に基づき、①譲受人は代償方式による損害賠償請求権を有する、②法定解除権は譲渡人に帰属する。しかし、譲渡人がそれを行使するためには、譲受人の同意が必要である、という結論を出した。以下、法定解除権に関する彼の見解を見てみる。

まず解除権が譲渡人に帰属する理由としては、債権の譲受人は、(譲渡人・債務者間の双務契約より生じた)譲渡人の反対給付義務とは無関係であるから、解除により反対給付の提供を免れ、または既に給付した反対給付を取り戻すという利益を有さないという点を挙げている(むしろ譲受人にとっては、債務者からの損害賠償給付を保持

するという観点からは、履行不能が生じた後にもなおこの反対給付が提供されることが利益となるとする。そして譲受人は、解除権の行使によりもはや損害賠償給付を保持しない——BGB 旧債務法における解除権と損害賠償請求権の選択制——から、解除権が行使されないことについて利益を有することは確かであるとしつつも、そのことは、譲受人に解除権を帰属させることを正当化するものとしては決して十分ではない、とする。⁽⁹⁷⁾

しかし、譲受人が代償方式により損害賠償を請求する場合、彼は譲渡人の同意を得ることなくこの権利を行使することができるのに対し、譲渡人が解除権を行使する場合には譲受人の同意が必要であるとされる。これは、譲受人の債権の経済的価値の現実化の方が優先するからである。ただし、譲受人の譲渡人に対する不当利得返還請求権が肯定される場合には、譲受人は譲渡人の解除権の行使に同意する義務を負う、とする。⁽⁹⁸⁾

2 ルーカスの見解

オーストリアでは、既に紹介したビドリンスキーの見解がかなりの支持を得ている。これに対してルーカスは、これに反対する立場を表明している。

まず法定解除権（ABGB 九一八条、九二〇条）につき、ルーカスは、譲渡人・譲受人間の関係における債権譲渡の合意により契約関係が分裂する場合、解除権の包括的な効力は、譲受人と譲渡人の相互同意による解除権行使を命ずる、とする。⁽⁹⁹⁾ その論拠としては、——ゲレンフーバーと同様——、解除権は、譲受人の観点から見ると、単なる「破壊的権利」であるという点、債権譲渡により譲受人は「侵害要件の支配者」となり、譲渡人は「法的効果の支配者」となるという点を挙げている。⁽¹⁰⁰⁾ しかしさらに注目されるのは、次の二つの論拠である。第一は、譲渡人は、債権譲渡の後、債務者に対して当該債権を主張できないにもかかわらず、その契約関係の清算につき利益を有し得るという論拠である。すなわち、有効な解除は、譲渡人（例…売主）・債務者（例…買主）間の契約関係に

において譲渡人により追求される目的が実現することを妨げる。しかしその目的は、債務者により約束された給付についての譲渡人の当初の利益をはるかに超える可能性がある。たとえば、①売主が買主にある物を売却するとき、その売主にとって決定的だったのが、売買代金を獲得する見込みではなく、自分にとって(さまざまな理由により)厄介な物から解放されることであつたという場合、あるいは、②譲渡人が債務者との間で継続的な取引関係を結んでおり、譲渡人にとって、それを維持することに大きな意味がある場合等である。これら①・②の場合、取引関係の継続は、譲渡人にとって大きな意義を有する。第二は、譲受人による解除は、譲渡人を債務から免れさせるから、譲渡人にとつても利益であるとの主張に対する反論である。すなわち、譲受人により解除がなされ、譲渡人・債務者間の契約関係が脱落すると、それは、譲渡人・譲受人間の債権譲渡関係にも影響を及ぼす——これは、譲渡人が、一方では債務者に対する給付義務を免れながら、他方では、債権譲渡の対価を保持できることが不当であるためである——。右の主張にある譲渡人の利益は、通常の場合、幻想であるに過ぎない⁽¹⁰⁾、と。

次に取消権について。ルーカスはこれについても、譲渡人に帰属し、その行使には譲受人の同意が必要であるとの立場に立つ。取消権が譲渡人が譲受人のいずれかに排他的に与えられるならば、このことは、債権譲渡契約によって意図された譲渡人の法的地位の分裂(Aufspaltung)に適合しないからである。すなわち、譲渡人による取消を認めるならば、そのことは、その取消に関与しない譲受人の法的権限への明白な介入となってしまう。他方、譲受人が譲渡人の協力を得ず取り消すことができる⁽¹⁰⁾とすれば、譲渡人の法的地位への介入が、それに劣らず深刻であるとする。

3 ホフマンの見解

ホフマンは、債権譲渡の場合、取消権および解除権は譲渡人に帰属すると主張する。ただし、それらの権利の行

使を譲受人に授権することは可能であるとする。

(1) 債権譲渡と権利割当のシステム

ホフマンは、前述のごとく、私法秩序を権利割当のシステムであるとする。債権の場合については、債権が「実質権」であり、これを保障するために「保護メカニズム」が規定されている。そして債権が侵害される場合、この「保護メカニズム」から「権利実現的な保護権」と「権利継続的な保護権」が生じるとする。⁽¹⁰⁾

さて、ホフマンは、この権利割当のシステムは、契約より生じた債権が譲渡される場合にも適用され得るとする。⁽¹⁰⁾ その際に問題となるのは、保護メカニズム・権利実現的な保護権・権利継続的な保護権を、実質権である債権から分離することができるか否か、債権の所持者は第三者へ授権することができるか、である。これらの問題に対するホフマンの解答は、おおむね次のように整理できる。すなわち、⁽¹⁰⁾ ①保護メカニズムは目的拘束を伴うという点。すはできない。その理由として、次の二つの点が挙げられている。①保護メカニズムは目的拘束を伴うという点。すなわち、保護メカニズムは、保護される法的地位ないし実質権に基づいてのみ正当化される。また、保護メカニズムの機能は、保護される法的地位の所持者の手においてのみ果たされ得る。⁽¹⁰⁾ ②処分行為である債権の譲渡については、——物権の場合の同じように——⁽¹⁰⁾ numerus clausus が妥当するという点。その根拠は債務者保護である。⁽¹⁰⁾ ③権利実現的な保護権（例：履行請求権、情報請求権、相殺権等）を債権から分離することはできない。この保護権は、債権の不可欠の構成要素であり、独自の実質権ではないからである。⁽¹⁰⁾ ④権利継続的な保護権（例：債務不履行により生じた損害賠償請求権等）を債権から分離し、処分の対象とすることは可能である。この保護権は、実質権と同じ性質を有しているからである。⁽¹⁰⁾ ⑤債権所持者は、保護権および債権の諸権能（取立権能等）の行使を第三者に授権することができる。⁽¹⁰⁾

(2) 形成権の割当

以上を前提として、ホフマンは、債権譲渡の場合における取消権、解除権、告知権、消費者撤回権の割当について検討する。彼はこの点につき、自律的に根拠づけられた債権が譲渡される際の形成権についても実質権と保護権の区別を手掛りとしてのみ割当が行われるとする⁽¹¹⁾。そして問題となる形成権につき、それがどのような法的地位を保護し、誰がその所持者なのかを考察することによって割当を行っている⁽¹²⁾。

(ア) 取消権 ホフマンは、錯誤や詐欺・強迫に基づく取消権は、自己決定の自由を権利実的に保護する権利であるとし、譲渡人に割り当てられるべきであるとする。なぜならば、取消権は、表意者を(望まれない)契約上の拘束から解放する権利であり、債権の実現または継続に資するものではない。そして譲渡人は、債権が譲渡されたにもかかわらず引き続き契約上の拘束力のもとにあるからである。また、取消権は、取消の相手方の落ち度(Fehlverhalten)に基づいて認められる制裁的な制度ではなく、取消権者を解放する権利であるので、第三者の権利への介入も認められる。よって譲渡人は、譲受人の同意を得ることなく取消権を行使することができる(なお、原因関係に基づいて、取消権を行使しないという譲渡人の義務を生じさせることは可能である。もともと、それに対する違反は、損害賠償責任を生じさせるとされている⁽¹³⁾)。

(イ) 解除権 ホフマンは、解除権は、解除権者の自己決定の自由を保護するための権利実質的保護権であり、それにとって不可欠の構成要素である(このことは、約定解除にも法定解除にも妥当する)とし、債権譲渡の場合、解除権は譲渡人に割り当てられるとする。なぜならば、解除権は、自己決定の自由を侵害する契約上の拘束を除去する権利であり、債権の保護に資するものではない。そして譲渡人は債権譲渡の後も債務者に契約上拘束されることよって彼の自己決定の自由を侵害されているからである。譲渡人は、(取消権の場合と同じように、個々

の事例において内部関係において同意が義務づけられるときであっても）譲受人の同意なしで解除をすることができ⁽¹⁴⁾る。

(3) 形成権の譲渡性、授權による行使の可能性

以上のように、ホフマンは、取消権と解除権は債権譲渡の後も譲渡人に帰属するとする。彼はまた、これらの形成権は、自己決定の自由のための権利実現的保護権であり、契約上拘束されている者のみに割り当てられるため、合意によって他人に譲渡することもできないとする。しかし、譲渡人がこれらの形成権の行使を他人に授權することは可能であるとする（BGB 一六四条、一八五条参照）。これは、権利実現的な保護権を實質権から分離できないことと矛盾はしない。授權した者（譲渡人）は、引き続き自ら形成権を行使できるし、場合によっては授權の撤回をすることもできるからである⁽¹⁵⁾。

五 付随的な問題——取消権・解除権の行使と譲渡人・譲受人間の内部関係

債権譲渡の場合、取消権・解除権が譲渡人または譲受人のいずれにより行使されても、それが譲渡人・債務者間の契約関係の解消をもたらす点では違いはない。では、このことは、譲渡人・譲受人の関係にはどのような影響をもたらすだろうか。このことはまた、譲受人が取消権・解除権を所持する利益は何かという議論にも関わる。以下、この点に関する議論状況を簡単に整理しておくことにする。

1 譲渡人による取消権・解除権の行使の場合

取消権・解除権が譲渡人に帰属する場合、多数説によれば、それらの行使の結果譲受人が譲渡債権を奪われると、譲受人は譲渡人に対して担保責任を追及できる⁽¹⁶⁾（BGB 旧四三七条、BGB 現行四三七条、同四五三条、AB

GB一三九七条⁽¹⁷⁾。すなわち、債権の売主は、売買の対象となる債権が存立していない場合、譲受人に対して担保責任を負う。なお、対象となる債権の債務者が支払能力を欠く場合の担保責任については、ドイツでは特約が必要であるが(BGB旧四三八条参照)、オーストリアでは特約は不要である(ABGB一三九七条)。

もともと、右の見解には、債権の「存立」要件との関係で若干の問題がある。すなわち、譲渡人・債務者間の契約関係が譲渡人によって取り消された場合に譲渡人の担保責任が肯定されるのは、取消の遡及的効力により、債権が始めから生じていなかったと扱われるためであると考えられる。また解除についても、契約の遡及的消滅を認める場合には、取消と同様に考えることになる⁽¹⁸⁾。他方、次で見るように、債権が譲渡の時点で存在していた場合には、譲渡人は担保責任を負わないとの見解が主張されている。これは、譲受人により形成権が行使された場合について有力説により主張されているものであるが、その考え方は、譲渡人による形成権行使の場合にも妥当するとされている(ただしこの見解は、譲渡人が形成権の行使により事後的に譲渡債権を奪ったことを積極的契約侵害であるとして、譲受人の損害賠償請求権を認めている)。

2 譲受人による取消権・解除権の行使の場合

(1) 譲受人の譲渡人に対する担保責任の追及の可否

取消権・解除権が譲受人に帰属することを認める有力説は、多少異論もあるが、この場合における譲渡人の担保責任を否定する。その理由づけは、二つあり得る。一つは、債権がその譲渡の時点で存在していた場合、譲渡人は、債権を譲渡することにより譲受人に対する調達義務を履行したのであるから、担保責任を負わないとの理由づけである⁽¹⁹⁾。もう一つは、譲受人が自ら形成権を行使しつつ譲渡人に対して担保責任の主張することは矛盾行為であり、許されないとの理由づけである⁽²⁰⁾。これは、この場面でも譲渡人の担保責任が適用されることを前提として、信

義則等により譲受人の主張を制限するものと位置づけられるであろう。

(2) 譲受人による形成権の行使の場合における譲受人の保護

譲受人が解除権等を行使する場合に譲渡人の担保責任を否定する立場では、たとえば債権売買において譲受人が債権の対価を譲渡人に支払っていた場合、解除後も譲渡人がその対価を保持し続けるという問題が生じる。そこで、これを譲受人に返還させるための方策が議論されている。この点については、たとえば次のような見解がある。

(a) デルナーは、譲受人の取消や解除により譲渡人が反対給付義務から解放される点に着目し、事務管理に基づく費用賠償請求または不当利得返還請求権（求償利得返還請求権）が発生するとする。⁽¹²⁾

(b) ゴーラは、前述のごとく、解除権は譲渡人に帰属するとし、その行使に譲受人の同意を必要とするが、この問題につき興味深い見解を主張している。すなわち彼は、譲受人が譲渡人に対し、すでに支払った債権の代金を取り戻す権利を有する場合には、譲受人は同意義務を負うとする。⁽¹³⁾そしてその権利として、目的不到達を根拠とする不当利得返還請求権（BG B 八一二条一項）を挙げている。⁽¹⁴⁾

(c) ビドリンスキーは、解除権の場合につき次のように言う。すなわち、譲受人により解除権が行使されるならば、譲渡人・債務者間の契約は除去されるので、譲渡人は彼の義務から免責されたり、債務者に対する不当利得返還請求権を取得したりする。しかし譲渡人は、彼による不当な受益を回避するために、譲受人による解除後、債務者に対する不当利得返還請求権を譲受人に譲渡するか、本来債務者に対して負担していた給付を譲受人に提供しなければならぬ。その根拠は、代償請求権の思想、および当事者の仮定的意思に基づく補充的契約解釈である。この解決方法は、取消権の場合にも用いられる。⁽¹⁵⁾

(1) 取消権に関しては、それが一身専属的権利か否か議論があるが、多数説は譲渡性を肯定する(第二節参照)。以下でもこれを前提として議論を進める。

(2) 債権譲渡の際の解除権の分配については、前提的な問題が三つある。以下で簡単に整理しておこう。

(1) 解除権と損害賠償請求権の関係

BGBの旧債務法では、解除権と損害賠償請求権は択一的関係にあった(BGB旧三二五条、同三二六条等)。このことは、債権が譲渡された場合における解除権の分配の問題にも大きく影響する。なぜならば、たとえば解除権が譲渡人に帰属するとする場合、譲渡人の解除権行使により、譲受人は債務者に対する損害賠償請求権を失うことになるからである。そこでこの結論を回避するために、譲渡人の解除権行使につき譲受人の同意を要求する見解や譲受人へ解除権を帰属させる見解が主張されることになる(本文参照)。

これに対してBGBの新債務法やABGBでは、解除と損害賠償請求権は併存するとされている(BGB三二五条、ABGB九二〇条)。もともと、これによって譲渡人による解除権の単独行使の問題点がなくなるわけではない。というのは、この立場では、確かに譲渡人が解除をしても、譲受人は債務者に対して履行に代わる損害賠償を請求できる。しかし債務者は、この請求に対して、債権が譲渡されなければ彼は譲渡人に対して差額損害の給付のみを負っていたであろうとの抗弁を主張できるため、譲受人の損害賠償義務は譲受人との関係においてその差額損害に制限されると解されているからである。これによれば、解除権が債権とともに譲受人に移転するとの見解にも、なお一定の合理性がある(この点について詳細は、Ernst in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6, Aufl., 2012 (zit.: Ernst in Minkom), §325, Rdn. 31)。

(2) 譲渡債権につき債務不履行が生じた場合の損害賠償請求権の帰属

譲渡債権につき債務不履行が生じた場合、損害賠償請求権は譲渡人と譲受人のいずれに帰属するか(ドイツにおける議論の概要については、やや古いが、Schwenzer, Acp 182, 214, 232, 239が要領よく整理している。もともと、その後の判例・学説では注目すべき展開が見られるが、これについては割愛する。オーストリア法に関しては、Thöni in Fenyves/Kerschner/Von-Klitch, Klang, §1394, Rdn. 11ff)。

(ア) 遅延損害賠償請求権 遅延損害賠償請求権に関しては、損害の発生が債権譲渡の前か後かで区別されている。①債権譲渡前に発生した遅延損害については、一般的に譲渡人を基準に算定され、またその賠償請求権は、彼に帰属するとされている。

⑥これに対して債権譲渡後に発生した遅延損害については、譲受人を基準に算定され、その賠償請求権は彼に帰属するとされている。

(4) 履行に代わる損害賠償請求権 この損害賠償請求権が譲受人に帰属することについては異論はない。問題は、その内容を差額方式と代償方式のいずれにより決定するか、また、誰が決定するかである。この点、譲受人は緩和された差額方式により請求できるとする見解（たとえば、Brügmann, aaO, S. 10ff）や、代償方式により請求できるとする見解（たとえば、Seetzen AcP 169, 352, 363f）もあるが、多数説は、譲受人が差額方式か代償方式かを決定できるとする（たとえば、Gernhuber, aaO, S. 91）。

(3) 履行遅滞の場合における解除のための期間指定権の帰属

ドイツやオーストリアでは、これは債権に関連する形成権とされている。したがって、債権譲渡がなされた場合、この権利は譲受人に帰属することになる（ドイツ法に「Busche in Staudinger, §413, Rdn. 13等。オーストリア法に「Lukas, aaO, S. 239）」。

(c) たんべん Brügmann, aaO, 34ff, 40ff ; Lorenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 14. neubearb. Aufl., (zit : Lorenz, SAT, 14, Aufl) S. 578 等。

(4) 以上の②は、たんべん Seetzen, AcP 169, 352, 365. ③は先駆的に Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 5., ungarbeitete Auflage, 1928, §399, 1 g) a) (S. 442)。

(5) Blomeyer, aaO, S. 280 ; Esser/Schmidt, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 6. völlig neubearbeitete Aufl, 1984 (zit : Esser/Schmidt, SAT 6, Aufl), S. 606 ; Pieper, aaO, S. 167.

(9) たんべん Brügmann, aaO, S. 93f.

(7) たんべん Brügmann, aaO, S. 41.

(8) von Tuhr, aaO, S. 306 ; Esser/Schmidt, SAT 6, Aufl, S. 606.

(6) Brügmann, aaO, S. 34f, 41 ; Seetzen, AcP 169, 352, 365.

(10) Brügmann, aaO, S. 38f, S. 42. 同は、たんべん Blomeyer, aaO, S. 272f ; Lorenz, SAT, 14, Aufl, S. 578f 等。

- (11) von Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 3, 1917 (Keip, 2000), S. 192f.
- (12) von Gierke, aao, S. 192f.
- (13) RGZ55, 402 (この判決については、本章第一節を参照)。
- (14) Gernhuber, aao, S. 57, 80f. なお、権利行使の独占、および代償物および等価物の主張における独占は、債権の流通性を本質的構成要素とはしてはならないかもしれないが、それを支えている、とする。
- (15) Gernhuber, aao, S. 95f.
- (16) Gernhuber, aao, S. 96. なお、内部関係での特約は可能であるとす。
- (17) Rohe in Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 3., Aufl., 2012, §398, Rdn. 66 (譲渡人に帰属する場合、その行使には譲受人の同意が必要であるとす)； Müller in Pritting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, 6., Aufl., 2011, §413, Rdn. 8； Busch in Staudinger, §413, Rdn. 13. なお、これらの見解の多くは、形成権の三分類を依然として採用している。
- (18) Nörr/Scheyhing, Sukzessionen, 1983, S. 234f.
- (19) これらについて、黙示の同意は必要であるとす見解もある (Ernst in Minkom, §325, Rnd. 30)。
- (20) Nörr/Scheyhing/Pöggeler, aao, S. 47ff.
- (21) Nörr/Scheyhing/Pöggeler, aao, S. 47f.
- (22) Nörr/Scheyhing/Pöggeler, aao, S. 50.
- (23) Nörr/Scheyhing/Pöggeler, aao, S. 51. ただし譲渡債権の実現のために必要な契約告知は、譲受人に帰属するとす。
- (24) Nörr/Scheyhing/Pöggeler, aao, S. 48. ネルは、とりわけデルナーの影響を受けている。
- (25) この点については、山本敬三「補充的契約解釈(三)」論叢二二〇号一号(一九八六年)二三頁以下、同「補充的契約解釈」私法五〇号(一九八八年)一四四頁以下、石川博康『契約の本性』の法理論(有斐閣、二〇一〇年)一四頁以下を参照。
- (26) なお、これに契約引受を含める見解もある (Schwenzer, ACP 182, 214, 222)。
- (27) Schwenzer, ACP 182, S. 222f. その他、金銭債権と物債権を区別するものとして、Bydlinski, aao, S. 64ff； Kaiser in Staudinger, Vorbem zu §§346-354, Rdn. 37f； Lobinger in Soergel, Vor §346, Rdn. 41ff があ。

- (28) Bydinski, aaO, S. 133.
- (29) Steinbeck, aaO, S. 87 ; Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 456ff.
- (30) Schwenzer, AcP 182, 214, 244 ; Bydinski, aaO, S. 134 ; Steinbeck, aaO, S. 8f ; Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 456.
- (31) Schwenzer, AcP 182, 214, 244 ; Lobinger in Soergel, Vor §346, Rdn. 43 ; Kaiser in Staudinger, Vorbem zu §§346-354, Rdn. 38.
- (32) Battatarano, Allgemeine und spezielle Regelung der Forderungsabtretung im deutschen und italienischen Recht, 2011, S. 110. へのような法定解除権の捉え方には、イタリヤ法の影響がある。
- (33) Bydinski, aaO, S. 133.
- (34) Bydinski, aaO, S. 136.
- (35) Schwenzer, AcP182, 214, 245 (Fn. 123).
- (36) Scholz, Gestaltungsrechte im Leistungsstörungsrecht, 2010, S. 370.
- (37) Steinbeck, aaO, S. 89 ; Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 457 ; Scholz, aaO, S. 56.
- (38) Schwenzer, AcP182, 214, 245 ; Bydinski, aaO, S. 133ff.
- (39) Kaiser in Staudinger, Vorbem zu §§346-354, Rdn. 37. ショルツは、金銭債権の場合、解除権の譲渡は、譲渡人からの同権利の剝奪と譲渡債権の防護に役立つが、それは譲受人への移転をささる理由としては十分でないとする (Scholz, aaO, S. 56)。
- (40) Lobinger in Soergel, Vor §346, Rdn. 42.
- (41) Bydinski, aaO, S. 137.
- (42) Steinbeck, aaO, S. 90f ; Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 457f.
- (43) Steinbeck, aaO, S. 90f ; Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 457f.
- (44) Schwenzer, AcP182, 214, 250 ; Bydinski, aaO, S. 64f, 69f.
- (45) Steinbeck, aaO, S. 93f ; Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 457f.
- (46) たとえばハッテンハウアーは、金銭債権の譲渡の場合と取消権が債務に関連する場合について通常は結論が同じであることを指摘する。また、物債権の譲渡の場合と取消権が債権に関連する場合についても同様の指摘をしている (Hattenhauer, Rechts-

- gestaltung, S. 454ff.)
- (47) Bydłinski, aaO, S. 69 ; Steinbeck, aaO, S. 93 ; Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 455.
- (48) Bydłinski, aaO, S. 7 ; Steinbeck, aaO, S. 93 ; Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 455. そのため、たとえば表示上の錯誤のように給付の不均衡がない場合には譲渡人のみが取消につき利益を有するとの見解がある (Bydłinski, aaO, S. 70)。
- (49) Schwenzler, AcP 182, 214, 250ff.
- (50) Schwenzler, AcP 182, 214, 250ff. なお、解除が将来に向かって効力を生じると解する場合でも、取消(適及的無効)との間には交換可能性があるとする。
- (51) Bydłinski, aaO, S. 69.
- (52) Steinbeck, aaO, S. 93 ; Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 455.
- (53) Battafarano, aaO, S. 104.
- (54) Schwenzler, AcP 182, 214, 251 ; Bydłinski, aaO, S. 64f, 68 ; Steinbeck, aaO, S. 92 ; Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 454f. ビドリンスキーはその他の理由として、この場合に取消権が譲受人に帰属するとすると、このことは取消の相手方を免責することになるという点を挙げる。なぜならば、譲受人は、通常は譲り受けた債権の消滅を望まないために取消権を行使しないと考えられるからである。しかし——錯誤の場合とはかく——詐欺やラエシオ・エノルミス (A B G B 九三四条参照) の場合、それらの構成要件は債務者に帰責され得るため、契約維持に対する相手方債権者の利益は保護に値しないとされる。もっとも、これは次のように相対化されることも言う。すなわち、取消権が譲渡人に帰属するとしても、譲受人の意思に反する取消権の行使は原則として違法となり得る。このため、取消の主張の確率は低くなり、結果的に、相手方は優遇されることになる。これは、譲受人が譲渡人より、侵害されてはならない権利を取得したという事実の不可避の結果である (Bydłinski, aaO, S. 65)。
- (55) マイツに「き」 Busche in Staudinger, Einl zu §§398ff, Rdn. 65 ; オーストリアに「き」 Neumayr in Koziol/Bydłinski/Bollenberger, ABGB, 3. Aufl., §1392, Rdn. 7f. マイツにおける担保のための債権譲渡については、鳥谷部茂「権利の譲渡担保」同『非典型担保の法理』(信山社、二〇〇九年) 一三一頁以下〔初出：法時五二巻六号、同七号 (一九八〇年)〕。
- (56) 延長された所有権留保については、米倉明『所有権留保の研究』(新青出版、一九九七年)のほか、石口修『所有権留保の現代的課題』(成文堂、二〇〇六年)を参照。

- (57) シュレンンブーは、履行のための債権譲渡も担保のための債権譲渡と同視する (Schwenzer, AcP 182, 214, 223)。
- (58) Busche in Staudinger, Einl zu §§398ff. Rdn. 91 ; Schulze in Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 4. Auflage, 2005, §398, Rdn. 14f ; Welsler, aao, S. 124 ; Dullinger, aao, S. 110.
- (59) Nörr/Scheyhing/Pöggeler, aao, S. 140f ; Schwab/Pritting, Sachenrecht, 32. Aufl., 2006, Rdn. 846 ; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 7. Neu bearbeitete und erweiterte Aufl., 2007, Rdn. 1370.
- (60) Welsler, aao, S. 125 ; Dullinger, aao, Rdn. 5/27.
- (61) Thöni in Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang, ABGB, §1392, Rdn. 140.
- (62) Schwenzer, AcP 182, 214, 241, 251 ; Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 451ff ; Kaiser in Staudinger, Rdn. 36 ; Lohninger in Soergel, Vor §346, Rdn. 41.
- (63) Bydinski, aao, S. 63f, 138f (ただし、金銭債権が担保のために譲渡される場合の取消権については、譲渡人に帰属するとす (S. 69)) ; Steinbeck, aao, S. 85ff ; Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 451ff (ただし、譲渡人により形成権が行使されても、それによって譲受人の利益が侵害されない場合には、形成権が譲渡人にとどまることを認める)。
- (64) Steinbeck, aao, S. 86f ; Hattenhauer, Rechtsgestaltung, S. 452.
- (65) BGB 一二八三条三項は、権利質において、担保権を履行できる時期以降、質権者と債権者が独自の告知権を有する旨を定めつつ。
- (66) Bülow, aao, Rdn. 1373.
- (67) 取立のための債権譲渡と類似するものとして取立授權がある。この概念は、取立のための債権譲渡には、譲受人に債権譲渡の経済的目的以上の権限を与えるという危険があることから、それに対応するため、債権者(授權者)が他人(被授權者)に、自己(被授權者)の名で債権を取り立てることができる権限を授与するものである。しかし、債権自体は授權者にとどまる。この取立授權と取立のための債権譲渡の違いは、取立のための債権譲渡の場合、譲受人は譲渡人の債権者たる地位を完全に取得するが、取立授權の場合、授權された者はたんに一定の債権を取り立てる権限を授与されるに過ぎないという点にある (Busche in Staudinger, Einl zu §§398ff. Rdn. 108)。なお、取立授權は、ドイツでは認められているが(ドイツ法については、米倉・前掲二一〇頁以下、伊藤進『授權・追完・表見代理』(成文堂、一九八九年)二八頁等)、オーストリアの判例・学説では否定されている (Wol-

- ser, aAO, S. 127 ; Thöni in Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang, §1392, Rdn. 143)°
- (76) Busche in Staudinger, Einl zu §§398ff, Rdn. 107.
- (69) ABGB 100二条は、委任と代理を統一的な契約類型(代理契約(Bevolmächtigungsvertrag))として規律するが、通説はこれらを区別してゐる(この点については、Welser, aAO, S. 210)°。
- (70) ドイツ法については、BGB 六六七条参照。またオーストリア法については、Thöni in Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang §1392, Rdn. 133.
- (71) Busche in Staudinger, Einl zu §§398ff, Rdn. 107 ; Thöni, in Klang, §1392, Rdn. 132.
- (72) Schwenzler, AcP182, 214, 244 ; Bydlinksi, aAO, S. 62, 132 ; Steinbeck, aAO, S. 84 ; Hattenauer, Rechtsgestaltung, S. 451 ; Kaiser in Staudinger, Rdn. 35 ; Lohinger in Soergel, Vor §346, Rdn. 41..
- (73) Steinbeck, aAO, S. 84. なお、Schwenzler, AcP 182, 244 は、解除権等の形成権の行使により債権が消滅するとしても、それは譲受人にとってはどうでもよいことであるとす。
- (74) この内部関係に基づき、譲渡人は譲受人に対して免責請求権(BGB 二五七条参照)を有する(Schwenzler, AcP 182, S. 243f ; Steinbeck, aAO, S. 85.
- (75) Schwenzler, AcP182, 243f ; Bydlinksi, aAO, S. 63, 132 ; Steinbeck, aAO, S. 85 ; Hattenauer, Rechtsgestaltung, S. 451 ; Kaiser in Staudinger, Rdn. 35 ; Lohinger in Soergel, Vor §346, Rdn. 41.
- (76) Dörner, aAO, S. 299.
- (77) Dörner, aAO, S. 299.
- (78) Dörner, aAO, S. 309.
- (79) Dörner, aAO, S. 315ff. なお、デルナーによれば、①債権に関連する約定解除権の行使の場合、譲受人は、譲渡人に対して事務管理または不当利得に基づく請求権を取得する。②債務に関連する約定解除権の場合、譲受人は、譲渡人の解除権行使による譲渡債権の消滅を甘受しなければならない。しかし、譲渡人は、できる限り譲受人の債権の実現を支援するという付随義務(BGB 二四二条または六七七条)の違反に基づき、損害賠償請求を譲渡人に主張できる。
- (80) なお、デルナーは、詐欺がなされたが給付と反対給付とが均衡している場合、取消権の機能は、瑕疵ある意思形成に基づいて

成立した契約から脱退するという契約締結者の利益の保護にあるため、取消権は譲渡人にとどまるとする (Dörner, aaO, S. 320)。強迫については、譲渡人が取消可能性を認識しているため、債権譲渡は追認に該当するから、取消は実際にはほとんど問題とならないとの見解がある (Stizmann, aaO, S. 70f)。

(81) デルナーは取消権の移転が問題となる前提として、①追認が生じないこと (BGB 一四四条)、②取消期間が経過していないこと (BGB 二二一条)、③譲渡人が債権譲渡前に自分が錯誤に陥っていることを認識しなかったこと、それと同時に、譲受人が原因契約の締結の際、譲渡人と同じ錯誤に陥っていること、が必要であるとす (Dörner, aaO, S. 320)。

(82) Dörner, aaO, S. 322.

(83) Dörner, aaO, S. 322. これは、譲渡人の意思の瑕疵が譲受人に引き続き作用しているためであると考えられる (前掲注(81)参照)。この場合、譲受人は債権とともに取消権を戻し譲渡することになる。しかし譲受人は、譲渡人が期間徒過により取消権を失う (BGB 二二一条参照) ことがないように、あらかじめ取消権を行使することを義務づけられるとされている (BGB 二五四条、同二四二条参照) (Dörner, aaO, S. 322f)。

(84) Dörner, aaO, S. 323f.

(85) Stizmann, aaO, S. 70f.

(86) なお、譲渡人・譲受人間で形成権の移転に関する合意がない場合、および補充的契約解釈の結果、形成権が譲渡人に帰属する場合には、譲渡人のみが単独で形成権を行使することとなることになっている (Gaier in Münchener Kommentar, Vor §346, Rdn. 13; Otto in Staudinger, §325, Rdn. 44; Kaiser in Staudinger, Vorbem zu §346-354, Rdn. 41)。

(87) 譲受人の「協力」が要求される理由としては、本文で述べた譲渡債権の保護の他、譲渡人・譲受人間の内部関係に基づく譲渡人の担保責任や積極的契約侵害に基づく損害賠償責任は、場合によっては譲受人にとってほとんど役に立たないということ (とくに物の譲渡を目的とする債権を譲り受けた場合や譲渡人の支払能力に疑いが生じた場合) が挙げられている (Steinbeck, aaO, S. 73)。

(88) Dörner, aaO, S. 296; Steinbeck, aaO, S. 77.

(89) 協力モデルという用語については Dörner, aaO, S. 296; Steinbeck, aaO, S. 73.

(90) Bydlinski, aaO, S. 27; Dörner, aaO, S. 296; Steinbeck, aaO, S. 73.

- (91) 協力モデルにおいて、譲受人の同意あるいは譲渡人・譲受人の共同行使は、解除等の有効要件か、それともそれらが欠けても解除等自体は有効であり、たんに譲渡人・譲受人の内部で損害賠償等の問題が生じるだけであるのか、については必ずしも明確ではない。(a)に関しては、右のいずれの捉え方もあり得る。他方(b)に関しては、共同行使は解除の要件であるとされている(Steinbeck, aO, S. 74; Golla, Die Gläubigerrechte bei Leistungsstörung nach Abtretung, 1995, S. 157f)。
- (92) (c)は、基本的には合意による形成権の移転を認める立場で問題となる(たとえば Weber in RGRK, BGB, §401, Rdn. 19; Emmerich in MünchKommBZ zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§241-432), 1979, §325, Rdn. 16; Kaiser in Staudinger, Vorben zu §§346-354, Rdn. 42)。なおカイザーは、譲渡人の同意が必要か否かは譲渡人・譲受人間の債権譲渡契約の解釈の問題であるとする。
- (93) 以下の整理は、シュタインベックの論文に負う(Steinbeck, aO, S. 75)。
- (94) その他、特に(d)に対しては以下のような批判がある(Steinbeck, aO, S. 75f)。^①この見解は、法的根拠として解除の不可分性(BGB旧三五六条参照)を挙げる。しかしこれに対しては、同条は解除権者の側または相手方の側に複数の人が存在している場合にのみ適用されるものとの指摘がある。^②この見解は、BGB旧三二六条所定の解除権は、違反要件およびそれと結びついた法的効果という二つの構成要素に区分されるサンクションであり、譲受人は違反の構成要件の支配者であり、譲渡人は法的効果の支配者であるとして、両者がある種の清算共同体へと結びついている。しかしこの考え方は、その他の解除について常に妥当するわけではない。また、法的効果の支配者である譲渡人の地位は、不可侵の地位にあるわけではない。譲受人も解除の効果に関わっているからである。
- (95) なお、ドイツBGH二〇〇二年一月一七日判決(NJW2002, 1568)は、担保のための債権譲渡の場合において、譲渡人は債権譲渡により解除のための期間指定権を失わない旨を判示した。その際、BGHは、契約上の形成権は、担保の合意の内容に反しない限り、譲渡人にとどまるとした。これに対しては、形成権の不可分性への逆戻りであるとの評価がある(Hattenhauer, Rechts-gestaltung, S. 453)。
- (96) Golla, aO, S. 148.
- (97) Golla, aO, S. 152.
- (98) Golla, aO, S. 156ff. なおゴラーは、債務者の利益は顧慮されないとする。債務者は、新旧債権者の利益を侵害しているから

である。

- (99) Lukas, Zession, S. 238.
- (100) Lukas, aaO, S. 236f.
- (101) Lukas, aaO, S. 236f.
- (102) Lukas, aaO, S. 229ff. この同意を要求する見解に対しては、取消権を麻痺させてしまうとの批判がある。この点につきルースは、以下の提案をしている。①譲渡債権の受戻し (A B G B 一四二二条) を認めること。これにより、債務者は彼によって選択された債権者としての契約当事者を得ることになり、他方、譲受人は、彼が債権の取得によって目的としたものを取得できることになる。譲渡人は、債務者との契約関係に基づくすべての権利をすべて彼の手に集中させることができ、問題なく取り消すことができる。②譲渡人が譲受人に対して、A B G B 一三七三条以下の基準により担保を提供すること (これは、取消権に関する譲受人の同意を問題としないのに十分であると見なし得る、とする)。
- (103) Hoffmann, aaO, S. 77.
- (104) Hoffmann, aaO, S. 77ff, 249. なおホフマンは、彼の権利割当のシステムを、まず物権、すなわち法律による保護を享受する権利を基礎として構築し、これを債権譲渡に適用する、という形で議論を展開している。彼によれば、法律に基づく債権を譲渡する場合にこのシステムを適用することには問題はない。これに対して、合意に基づく債権を譲渡する場合にこのシステムを適用することには問題があり得る。本文の記述は、この文脈において彼が下した判断である。
- (105) Hoffmann, aaO, S. 81. なお、目的拘束については、S. 59 を参照。
- (106) 物権の場合、numerus clausus は、類型強制と類型固定の原則により構成されている (Hoffmann, aaO, S. 85)。
- (107) Hoffmann, aaO, S. 91f. この点についてホフマンは、おおむね次のように言う。すなわち、債務者には、方位確認の安全 (Orientierungssicherheit) を保障するための基礎が存在する。債務者は、債権の発生要件に関わりを持っていない。彼は、合意に基づきそれを発生させたからである。そのため、債務者は、債権の具体的・質的な性質を承知している。彼がこの債務を履行する予定であるならば、方位確認の安全の必要性が存在する。債権の場合、そのような安全性は、譲渡可能性の予見可能性および計算可能性によって保障され得る。つまり、債権譲渡の場合、numerus clausus は、債権所持者の形成可能性——債務者はそれに同意していない——にとって妥当する。以上の説明は、要するに、契約に基づく債権の発生に債務者は関与しているが、それが譲渡さ

れる場合、誰に弁済するかについて知る必要性があるということの意味していると考えられる。

- (108) Hoffmann, aao, S. 178, 254.
- (109) Hoffmann, aao, S. 178, 254.
- (110) Hoffmann, aao, S. 177ff.
- (111) Hoffmann, aao, S. 187.
- (112) ホフマンは、告知権や消費者撤回権も自己決定の自由の保護を理由に譲渡人に帰属させる (Hoffmann, aao, S. 214ff, 217ff)。
- (113) Hoffmann, aao, S. 197ff, 255.
- (114) Hoffmann, aao, S. 208ff, 256. なお、解除権に関するホフマンの考え方については、本章第二節一・二も参照。
- (115) Hoffmann, aao, S. 226f.
- (116) 現行法上の債権の売主の担保責任の内容は、次のとおりである。①追履行請求権、②解除権、③代金減額権、④損害賠償請求権、⑤無駄になった費用の賠償請求権 (BGB四三七条) である。⑥オーストリア法では、①解除権、②代金減額権、③修補請求権または追完請求権 (以上、ABGB一三九七条)、④譲渡人に過責がある場合における損害賠償請求 (ABGB九三三a条) である。
- (117) 上記のとおり、Brügmann, aao, S. 93. のみを挙げておく。
- (118) たごえな、Brügmann, aao, S. 93.; Battafarano, aao, S. 105 (Fn. 93); Schwenzer, AcP 182, 214, 252 (Fn. 150).
- (119) Bydinski, aao, S. 105, 133; Steinbeck, aao, S. 89; Dörner, aao, S. 310. また、Battafarano, aao, S. 105も参照。なお、ドイツでは、譲渡債権につき債務者の給付障害がある場合について、譲渡人は原則としては保証しないとされている。他方、オーストリアでは、ABGB一三九七条は、債権の給付提供性 (Einbringlichkeit) につき譲渡人は責任を負うとしている。
- (120) Schwenzer, AcP 182, 214, 245.; Bydinski, aao, S. 133f.
- (121) Dörner, aao, S. 307, 309, 321f.
- (122) Golla, aao, S. 171.
- (123) Golla, aao, S. 169ff.
- (124) Bydinski, aao, S. 135, S. 105.

第四節 小 括

一 契約当事者の地位と取消権・解除権の関係——密接不可分の関係から分離可能な関係へ

以上、形成権、とりわけ取消権および解除権の移転に関するドイツ・オーストリアの議論を検討してきた。それらの議論は、学説史的には、次のように推移してきている。すなわち、①ゼツケルにより形成権が発見された二〇世紀初期から中期にかけては、形成権の譲渡性につき、債権者の地位や契約当事者の地位から独立して譲渡できる形成権（独立的形成権）と、それらの法的地位からは分離できない形成権（債権に関連する形成権、契約に関連する形成権）というカテゴリーを設け、問題となる形成権がそれらのいずれに該当するかによって譲渡性を判断する見解が支持されていた。②一九七三年、ドイツの連邦通常裁判所は、形成権は原則として合意により譲渡できると判示した。そしてその後、一九八〇年代になると、ドイツやオーストリアの学説においてこの見解が支持・発展させられ、現在有力な潮流となっている。③しかし、この有力説を批判し、結論的になお伝統的な見解を支持する見解も主張されている。

伝統的見解（以下では、有力説に対する批判的見解（右の③）も含む意味で用いる）では、形成権のうち独立的形成権は、他の法的地位から分離して譲渡することが可能であるとされてきた（たとえば、オプション権、先買権、再売買権等）。これに対して、取消権や解除権は、契約当事者の地位と不可分の関係にあると捉えられてきた（非独立的形成権のうち、契約に関連する形成権¹⁾）。このように形成権の中に他の法的地位と分離して譲渡できないものがあるということは、すでにゼツケルにより主張されていた。彼の見解そのものは、その後全面的に受け入れ

られたわけではなかったが、この不可分性の考え方は、その後の学説に引き継がれ、伝統的見解の基本的な支柱の一つとなった。⁽²⁾

これに対して有力説は、契約自由の原則または私的自治の原則を根拠として、形成権は契約引受行為や債権譲渡行為の当事者の合意によって譲渡することが可能であるとす。これによれば、取消権や解除権についても、契約当事者の地位から分離させて債権とともに譲受人に移転させることが可能となり、さらには債権や契約上の地位を伴うことなく移転させること(独立的譲渡)さえ可能となる。この点に関して注目されるのは、取消権・解除権の譲渡が債権譲渡に準じて扱われているという点である。このことは、適用規範として、直截に私的自治の原則または契約自由の原則を挙げる見解のほか、ドイツBGB四一三条の適用ないし類推適用を挙げる見解やオーストリアABGB一三九三条を類推適用する見解が見られる点に表れている。⁽³⁾ なお、当事者の合意が尊重されている点に鑑みると、この見解では、「取消権・解除権は、契約当事者⇨債権譲渡人に帰属する」というルールは、いわば任意法規的な性質を有するものとして捉えられていると思われ。⁽⁴⁾

以上のような伝統的学説から有力説への学説史的な展開は、債権が次第にその譲渡性を承認されていったのと同じように、⁽⁵⁾ 契約当事者の地位とともにのみ譲渡され得ると考えられていた取消権や解除権が次第にそのような枠から解放されて、自由な意思に基づく譲渡の可能性を獲得していく過程を示していると思われる。⁽⁶⁾ すなわち、^(a) これらの形成権は、伝統的見解では、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されていた。^(b) しかし、この見解にもとにおいて、これらの形成権の行使権限につき授權することは可能であるとされていた。^(c) ドイツの連邦通常裁判所は、——瑕疵担保解除権等の独立的譲渡については授權構成の可能性を認めるにとどまってい⁽⁷⁾ るが——一九七三年判決等において解除権が合意によって移転することを認めている。⁽⁸⁾ またオーストリアでも、

合意による形成権の譲渡が学説によりほぼ認められており、さらに判例は、形成権の独立的譲渡を認めている（なお有力説は、形成権の完全な譲渡という構成と行使権限の授權という構成は、本質において違いはないとする）¹⁰⁾。

さて、右のようなドイツ・オーストリアの議論状況から、日本法にとって次のような示唆が得られると考える。

(1) 第一は、取消権や解除権が契約当事者の地位と不可分の関係にあるという点は再検討が必要であるという点である。この不可分性は、ドイツ・オーストリアの伝統的見解では当然の前提のように捉えられてきた。しかしこれは、契約当事者の地位と取消権・解除権とがどのような場合にも分離し得ないことが明らかにされた後にはじめて言えることである（このことは、債権者の地位と債権に関連する形成権とが不可分の関係にあるという点についても同様である）。このことを指摘する有力説には説得力があると考ええる。

日本でも、取消権・解除権と契約当事者の地位の不可分性を説く見解があるが、それらの形成権の帰属が問題となる具体的な場面について改めて検討を行い、そのうえで不可分と解してよいか否かを判断する必要があるのではなからうか。

(2) 第二は、右で述べた不可分性の検討の際、ドイツおよびオーストリアの有力説は有益な視点を与えるということである。

(ア) まず注目されるのは、形成権の分配に際して、契約引受行為や債権譲渡行為の当事者（契約譲渡人・引受人、債権譲渡人・譲受人）の内部関係に着目するという点である。この点、伝統的見解では、取消権・解除権と契約当事者の地位が不可分とされていたため、当事者間における承継の対象が債権か契約当事者の地位かということが重要な判断要素であったと言える。これに対して有力説では、形成権（その他の二次的権利も含む）の分配は、当事者間の合意または契約欠缺の補充の問題として捉えられている。もつとも、このことは、契約引受の場面で

は、伝統的見解との間で大きな違いを生じさせるわけではない。これは、契約引受が契約当事者の地位から生じる権利義務の包括的な移転を目的としているためであると考えられる。これに対して債権譲渡の場面では、取消権・解除権が一定の場合に譲受人に移転することが認められており、¹¹⁾ 伝統的見解との相違は明らかである。この点で、右のような視点の転換は、有力説の大きな特徴の一つと言えよう。

さて、右のように当事者の内部関係に着目して形成権の帰属の判断する立場では、形成権の帰属に関する合意が重要な判断の対象となる。もつともここで注意を要するのは、契約引受や債権譲渡の場面において取消権・解除権の帰属につき合意がなされることは実際にはほとんどないため、議論の重点は、その合意の欠缺をどのように補充するかという点に置かれている、ということである。この点に関する判断の方法および基準について、学説はかなり錯綜している。その中で最も重要な対立は、債権譲渡の場合にその原因関係を考慮するか否かをめぐる対立であると思われる。これは、形成権の移転により生じる債務者の不利益をどのように保護するかという点に関する対立に起因するが、また、形成権の分配の際に考慮されるファクターにも影響する。すなわち、原因関係を考慮する見解では、債権売買、担保のための債権譲渡、取立のための債権譲渡、間接代理という事例類型ごとに、問題となる形成権の機能も視野に入れて、譲渡人、譲受人、相手方の有する利益の考量がなされる。他方、否定的な見解では、債務者は原因関係の個別性を認識できないという考え方に基づき、債権譲渡行為(Ⅱ処分行為)の目的(Ⅱ債権の有する財産的価値の移転)と形成権の機能という客観的な基準を設定している。

(イ) 次に注目されるのは、(原因関係を考慮するにせよしないにせよ)形成権の帰属を判断するに際して、関係当事者(契約引受における譲渡人・引受人・相手方、債権譲渡における譲渡人・譲受人・相手方)につき、かなり詳細な利益考量がなされているという点である。もつとも、契約引受の場面については、議論はさほど複雑ではな

い。これに対して債権譲渡の場面に関する議論は、かなり複雑である。これは、債権譲渡の場合、契約当事者の地位と債権者の地位の分裂が生じるため、形成権の分配をめぐって譲渡人と譲受人との間で利害関係が鋭く対立し得ることに起因すると思われる。

なお、この点に関して特に注目されるのは、激しく議論されているのは債権売買の場面であるということである。⁽¹²⁾ この点、日本で債権譲渡に伴う形成権（特に解除権）の移転が議論される際、主に想定されていたのは、債権売買（特に物債権の売買）の場面である。そこで、このことは、日本法の検討に際して重要な視点を提供し得ると思われる。

(ウ) 次に、有力説は、伝統的見解が採用する諸前提に対していくつかの疑問を提起している。もつとも、有力説においても、それらの諸前提が全く考慮されていないわけではないと思われる。この意味において、有力説は、それらの諸前提の射程を問い直す契機となり得るものと評価できるのではないだろうか。この点については、以下で項を改めて若干の整理をしておく(二)。

(3) もつとも、有力説を全面的に採用すべきか否かについてはなお検討が必要であろう。この点、権利割当システムの観点から形成権の帰属を論じるホフマンの見解が注目される。また、ゴーラやルーカスの見解にも、利益考量の仕方等につき参考にするべき点があると思われる。

二 伝統的見解の諸前提をめぐる議論

1 取消権・解除権の譲渡性

(1) 伝統的見解における形成権の譲渡性

伝統的見解における形成権の分類 (a) 独立的形成権、(b) 非独立的形成権としての債権に関連する形成権、(c) 非独立的形成権としての契約に関連する形成権¹³ は、形成権の行使がどのような効果を生じるかという観点に基づくものである¹⁴。これは、形成権の「発見者」たるゼツケルの見解があまりにもカズイスティックであることに對する批判として主張されたものであり、その目的は、債権者や契約当事者の地位の交代等が生じた場合における形成権の帰属につき明確性を確保する点にあったと考えられる¹⁵。また、右における形成権の区別を財産的性質の有無に求める考え方もある。すなわち、形成権は、原則として独立した財産としての性質を有していない。そのため、他の法的地位とともにのみ譲渡が可能である。他方、オプション権等は、財産的性質を有しているため、独立して譲渡することが可能と考えるのである¹⁷。

(2) 譲渡の対象としての取消権・解除権

右の伝統的な考え方から見ると、取消権や解除権を合意によって譲渡することができるとの見解に対しては、次のような疑問が提起され得る。では、有力説は、これらに對してどのように解答しているだろうか。

(ア) 取消権・解除権の技術的手段性と合意による譲渡可能性 まず、取消権や解除権は、契約関係の変動を生じさせるためのいわば手段的な権利¹⁸であるため、それらを財産権である債権と同様に合意によって譲渡することができるか、という問題がある。この点に對する有力説の解答としては、取消権や解除権にも、債権や物権その他の

財産権と同様、財産的価値があるとする見解がある。たとえばシュタインベックは、これらの形成権は——確かに取引価値は明確に認識できないが——それらの行使により不利な契約から免れることができる点で財産的価値があるとしている。ここでは、財産的価値は、取消権や解除権自体ではなく、それらの行使により生じる法的効果という点に求められていると言える。

(イ) 債権の譲受人が取消権・解除権を所持する意味は何か 伝統的見解も有力説も、契約から生じた債権が譲渡された場合、契約当事者の地位の移転は生じないので、契約当事者は依然として譲渡人とその相手方（＝債務者）であるとする点では共通している。しかし、取消権や解除権は、それらの行使によって契約関係自体の遡及的消滅または原状回復関係への変動を生じさせるものである。そのため、伝統的見解は、これらを契約に関連する形成権と位置づけたのである。これに対して、債権譲渡に伴い取消権・解除権が譲受人に移転するとの立場では、譲受人がそれらの形成権を持つ実益がどこにあるかが問題となる。なぜならば、債権譲受人自身は、譲渡債権の発生原因たる契約の債務者に対しては何ら債務を負担しているわけではないため、譲受人がそれらの形成権を行使しても契約上の債務を免れるわけではない。この点で、それらの形成権を譲り受ける利益がないのではないかとも考えられるからである。

この点に関しては、形成権に財産的価値があるか否かよりもむしろ、権利の所持者がその権利によって追求する利益に着目する見解が重要と考える。たとえばビドリンスキーは、形成権は、その権利を有する者が自己にとつて最も目的適的な方法で自己の利益を追求するために、法秩序のよつて彼に割り当てられているとする。そして、この場合の利益を、実体的または観念的な性質を有し得るものであり、また、その権利の行使または不行使に向けてられている、としている。このようにこの見解は、形成権も一定の利益を追求するために法秩序によつて一定の人

に割り当てられるとし、この点に債権との共通性を見出し⁽¹⁹⁾ている。注目されるのは、その際、形成権によって追及される利益として、形成権を行使する利益だけでなく、不行使の利益も含められている点である⁽²⁰⁾。これによれば、取消権や解除権を所持する利益も、たんに契約上の債務から解放されることにとどまらないことになるであろう。このようにこの見解では、形成権を有する「利益」が広く捉えられている。

さて、右の見解を前提とするとき、先の問いに対する有力説の解答は、次のようになる。①一つは、譲受人がその意思に反して譲渡債権を奪われないという利益である。すなわち、取消権・解除権が譲渡人に帰属する場合、彼がそれらの形成権を行使することによって、譲受人はその譲り受けた債権を、彼の意思に反して奪われることになる。そこで有力説は、これを回避するために譲受人への形成権の移転を認めるのである。ここでは、譲渡債権の維持という譲受人の利益が重視されていることになる。もつとも、このような譲受人の利益保護は、いわゆる協力モデルの採用によっても達成が可能であろう。②もう一つは、①とは逆に、譲受人により取消権・解除権が「行使」される場合に、譲受人の譲渡人に対する一定の権利を認めることにより、譲受人にもそれらの形成権を有することにつき利益があるとするものである。たとえば債権売買の場合、債権の買主⇨譲受人は、譲渡人に対して債権の対価を支払っている。他方、債権の売主⇨譲渡人がすでに相手方に対して債務を履行していた場合、相手方は、取消・解除により、譲渡人に対して受領した物の返還義務を負うことになる。このため譲渡人は、債権の対価と返還された財貨という二重の利益を所持していることになる。そこでこの場合、譲受人は譲渡人に対して債権の対価の返還を主張できる、と考えられている(ただし、その法的構成についてはなお見解の一致を見えない⁽²¹⁾)。これは、取消権・解除権の行使によって、譲受人に、いわば間接的に生じる利益だと言えよう。

以上のような取消権・解除権を所持する利益の捉え方、とりわけ①は、必ずしも一般的に受け入れられているわ

けではない。このことは、合意による形成権の移転を認める有力説に対するゴウラ等の批判的見解だけでなく、有力説の一部においても、取消権・解除権の機能として契約上の債務からの解放が重視されている点に表れている（シェイヒングやネルの見解を参照）。また⑥についても検討が必要であろう。

2 他人の法領域に対する介入の禁止

他人の法領域への介入の禁止は、とりわけ債権譲渡の場面で問題となる。すなわち、契約上の債権が譲渡される場合、債権者の地位は譲受人に移転するが、契約当事者の地位は譲渡人のもとにとどまることになる（契約当事者の地位と債権者の地位の分離）。この場合において、債権譲受人が譲渡人・債務者間の契約関係につき取消権や解除権を行使して契約関係の変動を生じさせることができるとすると、債権を譲り受けただけの者が契約関係に介入できることになる。伝統的見解はこれを禁止する（なお、取消権・解除権が譲渡人Ⅱ契約当事者に帰属すると解する場合、譲渡人はそれらの行使によって譲受人の有する債権を消滅させることが可能となる（契約当事者による債権者の地位への介入）。しかし伝統的見解では、この点について、形成権の行使につき譲受人の同意を要求することにより、譲受人の意思に反して譲渡債権が消滅することが回避されていたと言える）。以上のような「他人の法領域に対する介入の禁止」という考え方の背後には、債権譲渡により、契約当事者Ⅱ譲渡人の法領域と個々の債権の所持者Ⅱ譲受人の法領域が分離するというテーゼ²²⁾、そして譲渡人は契約関係の支配者であるとのテーゼ²³⁾があると考えられる。

さて、有力説は、右の前提に対して次のような批判をしている。すなわち、①契約上の債権が譲渡される場合における債権者の権利の分配に際し、譲渡人Ⅱ契約当事者は契約関係の支配者であり、譲受人は債権関係の支配者である、という考え方は厳密さを欠く²⁴⁾。むしろ、債権の譲渡によってどの程度譲渡人Ⅱ契約当事者の支配が失われる

かが問われるべきである。②合意によって形成権が移転するという法的構成が採用される場合、譲渡人は意識的に自己の法領域への介入を譲受人に認めたことになる。⁽²⁵⁾

もつとも、有力説においても、契約当事者の地位への債権者の介入が全面的に許容されるわけではない。あくまで契約当事者の支配が「どの程度」失われるかが問われているという点に注意が必要である。

では、有力説では、債権譲渡により「どの程度」契約当事者の支配が失われるとしているだろうか。この点に関して学説では、たとえば、債権譲渡によって譲受人が「債務関係(契約関係)の経済的支配者」になるかという点を挙げるものがある。これは、おおまかな指標としては便利である。しかし、どのような場合に誰が契約関係の経済的支配者となるのかは必ずしも明らかではない。そこで、この点をより具体化する必要がある。この点については、債権譲渡の原因関係ごとに譲渡人・譲受人それぞれの利益状況を明らかにする方法を採用している見解が有益な視座を与えていると思われる。⁽²⁶⁾

右の点に関連して注目されるのは、とりわけ物債権の売買である。すなわち、この場面については、取消権・解除権の譲受人への移転を認める見解が多い。そしてその論拠として、ある見解は、物債権の売買は不完全な契約引受であり、譲渡人は契約関係からの脱退を目的としているという点を挙げている。このことは、物債権の売買と契約上の地位の移転との近似性を示唆していないだろうか。⁽²⁷⁾ この見方が適切であるとすれば、ここでの問題を、債権譲渡と契約引受のいわば「中間的な形態」をどのように規律すべきかという観点から分析することも有益であるように思われる。⁽²⁸⁾

3 形成権の移転によってその相手方は不利益を被ってはならないという要請

BGBおよびABGBは、債権の移転によって相手方の法的地位が害されることを禁止している(BGB三九九

条、A B G B 一三九六条)。そこで、形成権の譲渡を債権譲渡に準じて考える場合、その移転によって相手方の法的地位が侵害されるときは、その移転は禁止されるとの解釈論が考えられる。このような債務者の利益保護の視点は、有力説に対する批判的見解の重要な論拠であり、無視しえないものと考えられる(ルーカス、ホフマンの見解)。

もつとも、債権の譲受人によって取消権や解除権が行使されるとしても、清算関係は契約の当事者間で生じることになる。よってこの点では、形成権の所持者の変更が相手方に不利益をもたらすわけではない。また、譲受人が譲渡人とは異なる利益および動機のために形成権を行使するということから形成の相手方を保護すべきではないかも問題となる。しかし、右のような相手方の利益は保護に値しないとされている。なぜならば、これらの場合に取消・解除の原因である詐欺・強迫、債務不履行を惹起したのは、相手方だからである。

これに対して、取消権や解除権が——債権譲渡に準じて——合意のみによって移転し、相手方への通知は必ずしも要求されないとすると、相手方が受領した形成の意思表示が真の形成権者によるものか否かが不明確となるという問題は重要である。しかし有力説は、この問題点を理由として取消権・解除権の譲渡性自体を認めないことにはおおむね否定的であり、これを債権譲渡における債務者保護規定の類推等の方法で克服することを提案している。

三 有力説内部における対立——債権譲渡の原因関係の考慮、契約欠缺の補充方法

右で伝統的見解と近時の有力な見解との対立について簡単に整理したが、有力説の内部においても見解の一致を見えない点が多い。その中で特に重要と思われるのは、前述したように、債権譲渡の原因関係を考慮するか否かという点であろうと思われる。

この点、原因関係の考慮を否定する見解は、相手方＝債務者の保護を重視する。すなわち、債務者にとって譲渡

人・譲受人間の内部関係は通常は認識できないものである。よって原因関係に基づく権利の分配は、債務者にとって不測の損害を与えるおそれがある。そこでこの見解は、原因関係ではなく、処分行為としての債権譲渡の目的を考慮して権利の帰属を判断しようとする。これは、債権譲渡の目的は客観的に判断することが可能であり、債務者も認識することが可能だからである。これに対して肯定説は、債権譲渡は様々な経済的目的のために行われるものであり、譲渡人・譲受人の利益状況もそれに応じて多様であることを根拠としている。また、債務者の保護に関しては、債権譲渡の債務者保護規定の類推適用により保護することが可能であると反論している。

右の議論について若干のコメントをしておきたい。

(a) 第一は、契約上の債権が譲渡される際の取消権・解除権の帰属をめぐる利害関係は、債権譲渡の経済的目的によつて多様であるということ、よつて、債権譲渡のすべての場合を画一的に取り扱うのではなく、原因関係ごとに譲渡人・譲受人・債務者の利益を考量し、妥当な解決を探索することが妥当なのではないか、ということである。以上の点を指摘したことは、右の原因関係を考慮する見解の大きな功績であると考ええる。

もつとも、右の利益考量の結果、譲受人の利益を保護すべきであるとの判断がなされるとしても、そのために形成権の移転という構成を採用するのが妥当かどうかは別に検討する必要があると考える。その際には、いわゆる協力モデルの適用による解決との関係も検討されねばならないであろう。

(b) 第二は、(a)とも関連するが、形成権の移転により生じ得る相手方(債務者)の不利益にどのように対処するかという問題である。ここでは、債権譲渡に準じてその債務者保護規定を類推適用するか、それ以上に原因関係の考慮を否定するかが問われることになる。さらに、債権譲渡の場合において取消・解除原因が債務者側にあるときは、このことが譲受人への取消・解除権移転の正当化根拠とされている点が注目される。

(c) 最後に、形成権の帰属に関する合意の欠缺をどのような方法で補充するかという問題について付言しておく。この点については、次の二点に留意する必要があると考える。

第一に、契約引受や債権譲渡の場合における形成権の移転は、現行民法典上規律されておらず、また、通常これに関する合意もないという点において、いわゆる「二重の欠缺」に該当するということである。もともと、契約引受の際に形成権の帰属に関する合意がないことを契約の欠缺と捉えることには異論もあり得るのではないだろうか。というのは、一体説では、契約関係は権利義務の有機的な総体であり、契約引受によってこれらが包括的に移転すると説明されている。これによれば、契約関係から生じる形成権は契約引受の合意に默示的に含まれていると考えるのが論理的であり、あえて契約の欠缺と捉える必要はないようにも思われるからである。

第二に、契約欠缺の補充方法に関して補充的契約解釈を主張する見解と任意法規の継続的形成を主張する見解があるが、両者の関係をどのように捉えるかという問題である。

この議論は、二重の欠缺の補充方法につき任意法規の継続的形成と補充的契約解釈を区別することを前提とする。両者の違いは、前者は、解決の対象となる事態が典型的なものである場合に適用され、後者は、事態が非典型的である場合に適用されるという点にあるとされている。このことは、原因関係を考慮すべきか否かという問題とも関連しているように思われる。すなわち、任意法規の継続的形成を主張する見解は、原因関係の考慮を否定する。これは、相手方保護の観点から、契約引受や債権譲渡において形成権の帰属が問題となる場面について典型的・一般的な事態を想定し、その典型的な解決方法を探索しているからであると考えることができるのではないだろうか。これに対して補充的契約解釈を主張する見解は、契約引受行為・債権譲渡行為の当事者の多様な利益を考量するために原因関係を考慮する。この場合には、非典型的・個別的な事態を想定した解決方法を探究することが

必要である。そのために補充的契約解釈の手法を取り入れていられると考えることができると思われる。⁽²⁹⁾

- (1) ハッテンハウアーは、「契約に関連する形成権」に属するとされる取消権や解除権が契約当事者の地位から分離できないとする見解に対して、構成的法律学の法律的自然主義であるとする (Hattenhauer, *Rechtsgestaltung*, S. 431)。
- (2) 伝統的見解の形成過程については、拙稿・契約当事者の地位参照。
- (3) ドイツでは、債権は譲渡人・譲受人間の合意によって移転するとされている (BGB 三九八条)。このことはオーストリアでも同様である (たとえば 'Dullinger, *aaO*, S. 107)。
- (4) 「取消権・解除権は、契約当事者＝債権譲渡人に帰属する」というルールに関して右のような問いが立てられたことは従来なかったと思われる。この点、伝統的な見解では、これを強行規定的なものと捉えることになると考えられる。なぜならば、伝統的見解では、仮に債権の譲渡人・譲受人間で取消権・解除権を譲受人に移転する合意があったとしても、契約当事者の地位とこれらの形成権の不可分性を理由として当該合意の効力が否定されると考えられるからである。これに対して、合意に基づく形成権の移転を肯定する見解では、このルールはむしろ任意規定的なものと捉えられることになると考えられる。なぜならば、反対の合意 (取消権・解除権が譲受人に帰属するとの合意) があれば、取消権・解除権は譲受人に移転することを認めているからである。
- (5) 債権が譲渡性を獲得していく過程については、一般的に周知のことと思われるのでここで改めて論じることはいらない。詳細については、たとえばケッツ (潮見佳男・中田邦博・松岡久和訳) 『ヨーロッパ契約法 I』(法律文化社、一九九九年) 四九六頁以下等を参照。
- (6) これを指摘するものとして 'Hattenhauer, *Rechtsgestaltung*, S. 427ff.
- (7) たとえばドイツの連邦通常裁判所は、瑕疵担保解除権や告知権の独立的譲渡に関する判断の中で、その可否そのものの判断について未解決のままとしつつ、いずれにしてもかような法律行為は、形成権の行使権限の授権への転換が可能であった (無効行為の転換に関する BGB 一四〇条参照)。その際、連邦通常裁判所が持ち出した根拠は、「解釈学的な根拠」ということだけであった。以上については、本章第一節二③ (注(4)) を参照。
- (8) 債権譲渡の場合につきなお授権構成を主張するものとして 'Schmidt-Kessel in J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*, Eckpfeiler des Zivilrechts, Neubearbeitung 2011, H Rdn. 11.

- (9) オーストリアにおける議論状況については、拙稿・前掲「オーストリア法における形成権の独立的譲渡」参照。
- (10) Hattenauer, Rechtsgestaltung, S. 427.
- (11) 伝統的見解と有力説との結論の異同は、大まかに整理すると次のよう言える。
 (a) 合意に基づく契約引受に関しては、要件が具備され、契約当事者の地位が移転する場合、説明の仕方に違いはあるにせよ、結論の面ではいずれの見解も同じとなる（取消権・解除権が移転する）。しかし、契約引受につき残存当事者の同意が得られない場合や、双務契約の一方当事者が債務のすべてを履行した後、その債権のすべてを譲渡した場合には、違いが生じる可能性がある。すなわちこれらの場合、ドイツやオーストリアでは、契約引受に関する一体説に従う限り、契約当事者の地位は移転しないとされている。そのため、伝統的な見解では、取消権や解除権も移転しないことになる。他方、有力説では、これらの場合にもそれらの形成権が移転する可能性がある。
 (b) 債権譲渡の場合、伝統的見解では、取消権・解除権は譲渡人に帰属する（ただし、それらの行使に際しては譲受人の同意を必要である）。これに対して有力説では、債権譲渡行為の当事者の合意があれば譲受人への形成権の移転が認められる。合意がない場合に関しては、——原因関係ごとに整理すると——間接代理と物債権の売買の場合に関しては、譲受人に帰属するとの見解が多い。
- (12) これに対して、取立のための債権譲渡や間接代理の場合、そのような対立はほとんどないといわれている。
- (13) 右のような形成権の三分類は、合意による形成権の移転を認める見解では不要となるようにも思われる。しかし、この点は必ずしも明確ではない。たとえばビドリンスキーの見解では、「債権に関連する形成権」と「契約に関連する形成権」の区別がなお維持されている (Bydinski, aao, S. 291ff.)。もっとも、この見解では、形成権のかような性質決定は、利害関係人の利益考量を通じて、個々の形成権が個別事例において誰に帰属するかを詳細に検討したうえでなされている。この点で、伝統的見解と同列に扱うことには慎重であるべきだろう。
- (14) Steinbeck, aao, S. 44.
- (15) たとえば、von Tuhr, aao, 1910, S. 226 (Fn. 25)。
- (16) Steinbeck, aao, S. 44.
- (17) Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9., neubearb. und erw. Aufl., 2004, S. 271.

- (18) Hoffmann, aaO, S. 188.
- (19) Bydlinski, aaO, S. 24.
- (20) Bydlinski, aaO, S. 290.
- (21) この点に関しては、オーストリア法における瑕疵担保解除権の独立的譲渡に関する議論も参考になる。すなわち、オーストリアの判例・通説は、ファイナンス・リース取引において、リース業者がサプライヤーに対して有する瑕疵担保解除権が独立的にユーザーに譲渡されることを認めている。そしてその行使により売買契約が解消するとき、行為基礎の脱落を理由としてリース業者・ユーザー間のリース契約も解消されるとする。この場合、ユーザーは、売買契約の解消により、リース契約の解消という、いわば間接的な利益を享受していると言えると思われる(以上については、拙稿・前掲「オーストリア法における形成権の独立的譲渡」一八九頁以下参照)。
- (22) Golla, aaO, S. 30. また、形成権を債権に関連するものと契約に関連するものとに区別するという伝統的な分類の背後には、この考え方が影響を与えていると思われる。
- (23) Gerhuber, aaO, S. 78 ; Schwenzler, AcP 182, 214, 218ff ; Dörner, aaO, S. 295.
- (24) すでに紹介したように、契約当事者の法領域と債権者の法領域の区別に対しては、損害賠償請求権の帰属の観点からも疑問が呈せられている。すなわち通説は、債権譲渡により、損害賠償請求権は譲受人に帰属するとしているが、その際、譲受人が差額方式により損害賠償請求できるとすると、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、財貨交換が実行される前の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(Dörner, aaO, S. 308 ; Golla, aaO, S. 85f)。
- (25) デルナーは、債権譲渡により、債権とともに契約当事者たる地位の一部も譲受人に移転すると説明する(Dörner, aaO, S. 154)。
- (26) 合意による形成権の移転を認める見解だけでなく、ゴーラやルーカスの見解でも、譲渡人・譲受人につき詳細な利益考量が行われている。
- (27) (物の引渡しを目的とする)債権の譲渡が実質的に契約引受に近い可否かを判断する際、譲渡債権が、経済的に見て、残りの債務関係よりも重要であるか否か(Nörr/Scheyhing, aaO, S. 235 (Fn. 25))等の基準も参考になると思われる。

(28) この点に関連して重要と思われるのは、譲渡人の債務者（相手方）に対する反対給付義務である。たとえば解除権が譲受人に移転することを認める見解は、その行使によって譲渡人は反対給付義務から免れるので、彼にとつて利益となるとする。他方、譲渡人には債務者との契約関係を維持する利益があるとの指摘もある (Lukas, aaO, S. 337)。また、譲受人の保護として代償方式による損害賠償請求権を重視する見解では、譲渡人が反対給付義務から免れる利益は、損害賠償請求に比して低いものと評価される (Golla, aaO, S. 157)。

(29) もっとも、この見解は原因関係ごとに事例類型を構築している。その点で、「典型」と「非典型」との区別は相対的であるように思われる。

【お詫びと訂正】

國學院法学五一号三号および同四号に掲載した本稿の記述に以下の誤りがありました。お詫びして訂正いたします。

1 國學院法学五一号三号

・三六頁右から四行目

【誤】 デルナーの見解がそれである。

【正】 デルナーの見解がそれである。なおこの見解は、契約の欠缺を、補充的契約解釈ではなく、任意法規の継続的形成によって補充するものであるが、次に見る見解との関係上、ここで紹介する。

・三九頁右から一四―一五行目

【誤】 取ることを出発点としているからである。

(3) 形成権の相手方の保護

【正】 取ることを出発点としているからである。

〔C〕 任意法規の継続的形成による補充 すでに紹介したデルナーは、形成権に関する契約の欠缺を、補充的契約解釈ではなく、任意法規の継続的形成により補充する立場に立つ。その詳細については前述した箇所を参照されたい。

(3) 形成権の相手方の保護

・ 四九頁右から三行目―四行目

【誤】 この中で、……パニコロウである (Papanikolaou, aO, S. 66)。

【正】 右の一文は削除してください。

・ 四九頁四行目

【誤】 シュベンツァーの見解は、おそらくパニコロウ

【正】 シュベンツァーの見解は、これら

2 國學院法学五一号四号

・ 三八頁右より一七行目

【誤】 仮定的意思を確定することにより

【正】 仮定的意思を確定すること、または任意法規の継続的形成により