

〔論文〕

## 契約上の地位の移転と解除権（1）

——契約当事者概念を視野に入れて——

山 岡 航

名古屋学院大学法学部

### 要 旨

債権譲渡との比較において契約上の地位の移転の独自の効果とされてきたものの1つに、解除権の移転がある。しかし、債権譲渡において、債権の譲受人にその債権の発生原因である契約の解除権を認める見解もあり、契約当事者の地位にともなって解除権が移転するということには、理論的に検討の余地がある。本稿では、ドイツ法を参考に、債権譲渡の場面から、解除権と契約当事者の地位との関係を明らかにすることを試みた。検討の結果、解除権は、契約当事者の自己決定の保護を目的としており契約当事者以外の者に帰属しえないこと、および、契約上の地位の移転によって移転するのではなく、地位を譲り受けた者のもとで新たに発生することを明らかにした。このことは、契約当事者の地位を移転の対象とする一般的な理解に対して再検討の必要性を示すとともに、契約当事者の地位および契約当事者概念の分析の端緒となり得るものである。

キーワード：契約上の地位の移転，解除権，債権譲渡，契約当事者

## Vertragsübernahme und Rücktrittsrecht (1)

—mit dem Blick auf den Begriff der Vertragspartei—

Wataru YAMAOKA

Faculty of Law  
Nagoya Gakuin University

---

※本稿は、平成28年度公益信託山田学術研究奨励基金の助成による研究成果の一部である。

発行日 2020年3月31日

## 目 次

### 第1章 問題の所在

### 第2章 ドイツ法の検討

#### 第1節 BGBの法定解除制度の概要

#### 第2節 解除権と契約当事者の地位との関係についての議論

##### 第1款 議論の概観と検討の順序

##### 第2款 学説の検討

1. 解除権と契約当事者の地位との分離の可否（第一段階の問題）
2. 債権譲渡がされた場合における解除権の分配（第二段階の問題）〔以上、本号〕
3. その他の問題

##### 第3款 判例の検討

#### 第3節 ドイツ法のまとめと考察

### 第3章 日本法の検討

### 第4章 課題と展望

## 第1章 問題の所在

### 第1節 序説

#### 第1款 本稿の目的

契約上の地位の移転<sup>1)</sup>がなされると、その契約の当事者たる地位が包括的に移転する。具体的には、その契約から発生する債権と債務に加え、解除権や取消権などの形成権が移転するとされる<sup>2)</sup>。特にこれらの形成権の移転は、債権譲渡や債務引受に対する、契約上の地位の移転の独自の効果であるとされてきた<sup>3)</sup>。

しかし、この「独自性」に対しては、後述するように、異論が唱えられている。1970年代には、

---

1) 契約当事者の地位を第三者に移転させる行為については、「契約上の地位の移転」のほか、「契約当事者の地位の移転（譲渡）」、「契約譲渡」、「契約引受」など、いくつかの呼び方がある。これらは、論者のこの行為に対する基本的な理解ないし立ち位置や、比較法の対象をある程度反映しているともいえる（たとえば、当事者による譲渡行為であることを重視すれば「譲渡」の語が用いられるなど）。もっとも、いずれの呼び方も、指し示しているものはおおむね同じである。本稿では、改正民法で新たに設けられた539条の2に合わせ、「契約上の地位の移転」という呼び方を用いる。

また、一般に「契約上の地位の移転」というとき、契約当事者の地位が合意によって移転する場合は意図されている。契約当事者の地位が相続や合併などの法定の効果によって移転する場合は含まれていない。本稿でも、法定の効果による場合は検討の対象から除外する。

2) 中田裕康『契約法』256頁（有斐閣・2017年）など。

3) 我妻榮『新訂 債権総論』581頁（青林書院・1964年）、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』480頁（悠々社・1992年）。

この「独自性」を真っ向から否定する見解が主張されている<sup>4)</sup>。もっとも、この見解は、契約当事者の地位の移転という概念自体の有用性を否定しようとするものでもあった。新たに民法に条文が設けられるなど（民法539条の2<sup>5)</sup>）、契約上の地位の移転の概念が定着した現在では、この見解に言及がされることは少なくなっている。しかし、これは契約上の地位の移転の概念が定着したことによるものにすぎない。「独自性」に対してこの見解が提唱した疑義が解消されたわけではない<sup>6)</sup>。また、その後も、比較法研究により、この見解とは別の観点から「独自性」を否定する見解が現れている<sup>7)</sup>。

このようにしてみれば、解除権などの形成権が、なぜ契約上の地位の移転がされれば移転するのか、逆になぜ債権譲渡や債務引受によっては移転しないのかについては、当然視されてきたきらいもあり、これまでに十分な検討がされてこなかったように思われる。しかし、このことは、契約上の地位の移転の独自かつ中心的な効果とされてきたものが、なお不明確さを孕んでいることを意味する。契約上の地位の移転についてはなお説明を要する点が多いところ、その中心に不明確さがあるという状況は望ましいものではない。また、この問題は、裏返せば、債権譲渡があった場合に誰が解除権を有するのかという実的な問題でもある。ひいては、解除権を有する者という観点からは、契約当事者の概念とも関係する。

以上のことによれば、契約上の地位の移転の「独自性」には、検討の必要性があるといえる。本稿は、この「独自性」の当否を、言い換えれば、契約上の地位の移転が解除権の移転を必然的にもたらすものであるのかどうか、それはなぜなのかを明らかにすることを目的とする。まずは次節において従来の議論を整理し、問題の所在および検討をすべき点を明確にすることにしたい。

## 第2款 検討対象の限定と用語の確認

本論に入る前に、数点、確認しておく。

第一に、本稿の検討対象について。契約上の地位の移転の「独自性」としては、解除権や取消権などの形成権の移転といわれることが多い。本稿では、このうちの解除権のみを対象とする。教科書等における契約上の地位の移転に関する叙述では、解除権と取消権などの形成権というように、ある程度まとめて記述がされることが一般的である。しかし、両権利は、特に機能する場

4) 加藤一郎「債務引受と契約引受」柚木馨ほか編『判例演習（債権法1）〔増補版〕』166頁以下（有斐閣・1973年）。

5) 本稿で単に「民法」というときは、2020年4月1日より施行される改正民法（平成29年法律第44号によるもの）を指すものとする。改正前の民法を指す場合には、「改正前民法」と称する。また、検討においても、改正民法を基準としている。

6) 新設された民法539条の2も、従来の共通理解を最大公約数的に条文化したものである。もっとも、改正の審議においても、この独自性は当然の前提とされていた（法務省民事局参事官室編『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明（平成23年6月3日補訂）』134頁：<http://www.moj.go.jp/content/000074988.pdf>）。

7) 遠山純弘「合意による形成権の移転——予防法学（Kautelarjurisprudenz）の観点から——」北海学園大学法学研究41巻2号285頁（2005年）。

面が大きく異なっている。このことにかんがみれば、両権利がともに形成権というカテゴリに属するとしても、そのことのみから一律の検討をすることは適当ではない<sup>8)</sup>。さらに、本稿では、解除権のうち、債務不履行にもとづく法定解除権のみを取り扱う<sup>9)</sup>。これも、法定解除権と、約定解除権などのその他の解除権とでは、場面が異なることを理由とする。

また、本稿においては、契約上の地位の移転よりも、むしろ債権譲渡の場面が検討の中心になる。契約上の地位の移転がつつがなく——関係当事者（地位の譲渡人と譲受人、移転する地位の相手方）全員の了解のもとで——行われた場合、理屈はどうあれ、地位の譲受人が移転した契約関係についての解除権を有するという結果には、ほぼ問題がない。そうすれば、契約上の地位の移転の「独自性」の当否は、むしろ契約当事者の地位は移転せず、契約関係にもとづく権利や義務のみが移転する場合——債権譲渡や債務引受<sup>10)</sup>——において、解除権が移転するかどうかという問題として顕在化してくるのである。

なお、検討対象である解除権は、契約上の地位の移転や債権譲渡がされる時点では、まだ発生していないことも多い。したがって、厳密に言えば、解除権の移転は、将来に発生する（可能性のある）解除権の移転を含んでいる。本稿では、特に必要である場合を除き、この点については区別をしていないことをことわっておく。

第二に、本稿で使用する用語について。本稿では、契約上の地位の移転について、契約当事者の地位を譲り渡す者を「契約譲渡人」、地位を譲り受ける者を「契約譲受人」、地位の移転がなされる契約の他方当事者を「契約残留者」と称する。債権譲渡については、債権を譲り渡す者を「債権譲渡人」、譲り受ける者を「債権譲受人」、譲渡される債権の債務者を「譲渡債務者」、譲渡される債権を「譲渡債権」と称する。

8) もっとも、日本民法が、債務不履行に際しての契約の解消と、意思表示の瑕疵にもとづくその否定との制度化にあたり、形成権という法技術を選択したということに意義を見出すことができる可能性は否定できない。しかし、これについては今後の課題とせざるをえない。形成権の概念については、永田真三郎「形成権概念の成立過程」関西大学法学論集23巻4・5・6号185頁（1974年）、「形成権理論の展開（一）」同26巻2号19頁、「形成権概念の位置と構造」同26巻4・5・6号129頁（1977年）を参照。

9) 以下で単に「解除」、「解除権」というときも、債務不履行にもとづく法定解除、法定解除権を指すものとする。また、本稿で参照する見解においては、解除権だけでなく形成権を広く検討の対象としているものが少なくない。こういった見解については、解除権について述べている部分と、形成権全般について述べている部分の両方を参照することになる。そこで、本稿の叙述でも、形成権全般を対象とする場合には「形成権」の語を、解除権のみを対象とする場合には「解除権」の語を用いる。

10) もっとも、債務引受については、この問題についての議論が債権譲渡に比べると圧倒的に少ないこともあり、本編では詳細には取り上げない。また、以下では、特にことわりのないかぎり、「債務引受」というときは、免責的債務引受と併存的債務引受を区別していない。

## 第2節 従来の議論

### 第1款 契約当事者に解除権を認める見解

#### 1. 学説

ほとんどの学説<sup>11)</sup>は、契約上の地位の移転がされた場合、その契約の解除権が契約譲受人に移転するとしている<sup>12)</sup>。その理由は、解除権は契約の当事者が有すべき権利である<sup>13)</sup>、あるいは、契約の当事者に発生する権利である<sup>14)</sup>、などとされている。このように簡単な説明しかしていないものが多く、なぜ解除権を有すべき者が契約の当事者であるのかは明確でない。この点、解除権のように債権関係全体を解消させる権利は、権利者に債権関係全体の形成を可能にするためのものであるから、契約当事者の地位と結合されると述べる見解もある<sup>15)</sup>。他の見解と比べれば一歩踏み込んでいるといえるものの、なぜ解除権が契約当事者の地位と結合するのかの理由づけは、なお不十分であるように思われる。

契約上の地位の移転に関する以上の学説の態度は、債権譲渡および債務引受において、いわばその裏面としてあらわれる。単なる債権譲渡や債務引受では、契約当事者の地位が移転しない。それゆえに、移転する債権や債務の発生原因である契約の解除権は、債権譲受人や債務引受人には移転しないとされるのである。このような立場をとる見解の中には、債権譲渡に関して、債権譲渡人がなお契約当事者であるとともに、自己の債務を免れる利益をもつために解除権を有すると述べるものもある<sup>16)</sup>。そうであれば、債務引受においては、まさに債務から免れる利益を有する債務引受人に解除権を認めることも考えられなくはない。しかし、この見解自身も含め、一般的にはそのように解されてはいない<sup>17)</sup>。債権譲渡や債務引受では解除権は移転しないとされ、解

11) 本稿と同様の問題を検討する先行研究として、佐藤秀勝「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19巻1号93頁（2010年）、「契約当事者の地位と形成権（一）～（三）」國學院法学51巻3号1頁（2013年）、51巻4号33頁（2014年）、52巻2号23頁（2014年）がある。従来の議論についても、「（一）」2頁以下で紹介がされている。

12) 通説といってよいであろう。以下で掲げるもののほか、我妻・前掲注（3）581頁、於保不二雄『債権総論〔新版〕』342頁（有斐閣・1972年）、内田貴『民法Ⅲ〔第3版〕債権総論・担保物権』244頁（東京大学出版会・2005年）、潮見佳男『新債権総論Ⅱ』534頁（信山社・2017年）、中田・前掲注（2）256頁、中舎寛樹『債権法 債権総論・契約』418頁以下（日本評論社・2018年）。なお、これらの見解の中には、債権譲渡や債務引受の箇所理由を述べているものもある。これらについては、注18の引用箇所を参照。

13) 同様の趣旨のものも含め、四宮和夫「債務の引受」『総合判例研究叢書 民法（14）』69頁以下（有斐閣・1960年）、西村信雄編『注釈民法（11）債権（2）』345頁〔甲斐道太郎〕（有斐閣・1965年）、奥田・前掲注（3）480頁、林良平（安永正昭補訂）・石田喜久夫・高木多喜男『債権総論〔第3版〕』549頁（青林書院・1996年）〔高木〕、野澤正充『債権総論〔第2版〕』254頁以下（日本評論社・2017年）。

14) 近江幸治『民法講義Ⅳ 債権総論〔第3版補訂〕』299頁以下（成文堂・2009年）。

15) 神田博司「契約譲渡論（一）」法学新報68巻6号37頁（1961年）。なお、四宮、潮見も債務引受に関してこれに近いことを述べている。これについては、注19および対応する本文の記述を参照。

16) 中田・前掲注（2）218頁。

17) 改正で新たに設けられた民法471条2項、472条の2第2項でも、債務引受がされた場合、原債務者がなお解除権を有することを前提とする規定が設けられている。両条文については、「民法（債権関

除権は契約当事者の有する権利であることが、その理由としてあげられている<sup>18)</sup>。あるいは、契約上の地位の移転におけるのと同様に、解除権の効力を理由とするものもある。解除権は契約全体に効力を及ぼすものであるため、債務のみを引き受けたにすぎない債務引受人には認められないとされる<sup>19)</sup>。

ところで、契約当事者でない債権譲受人等へ解除権が移転するかどうかの問題は、解除権の側からみれば、解除権の当事者（民法540条）は誰かという問題でもある。この側面から見ても、上述の学説の傾向は同様である。ほとんどの学説においては、解除権を有するのは契約当事者であるとされている。そして、契約当事者の地位を譲り受けない限りは、解除権の移転も起こらないという<sup>20)</sup>。

なお、以上の結論を当事者の合意で覆せるかどうか、すなわち当事者の合意によって契約当事者以外の者に解除権を与えることができるかどうかについては、ほとんど言及がされていない<sup>21) 22)</sup>。

---

係)の改正に関する要綱案のたたき台(2)」（民法（債権関係）部会資料67A：<http://www.moj.go.jp/content/000118482.pdf>）34・40頁、潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』167・170頁（金融財政事情研究会・2017年）などを参照。

- 18) 我妻榮『債権各論 上巻』184頁（青林書院・1954年）、西村編・前掲注（13）345頁〔甲斐〕、於保・前掲注（12）341頁、奥田・前掲注（3）473頁、林ほか・前掲注（13）540頁、近江・前掲注（14）295頁、中舎・前掲注（12）416頁以下、野澤・前掲注（13）243頁。

以上のほか、西村編・前掲注（13）478頁以下〔椿寿夫〕も、契約加入者（椿の提唱する契約加入論については、同頁を参照）に解除権を認めており、契約当事者に解除権を認める立場であると解される。もっとも、同「契約引受（上）」法学セミナー 257号73頁（1976年）では、後述する加藤の見解を引用しており、契約当事者以外の者に解除権を認める可能性を排除していないようにも読める。

- 19) このような趣旨を述べるものとして、四宮・前掲注（13）18頁、潮見・前掲注（12）505・517頁。これらは債務引受に関する記述であるものの、債権譲渡にも当てはまると考えて問題はないであろう。
- 20) すでに掲げたもののほか、末広・前掲注（20）223頁（有斐閣・第7版・1992年）、池田真朗「契約当事者論」『債権法改正の課題と方向——民法100周年を契機として——』159頁（別冊NBL51号・1998年）、谷口知平ほか編『新版 注釈民法（13）債権（4）〔補訂版〕』802頁（有斐閣・2006年）〔山下末人〕。なお、池田は、契約の「当事者」の概念が拡張されれば、契約の解除権者も増大するという方向性がありうることを指摘している。「契約当事者」の概念との関係については、第4章であらためて取り上げる。

- 21) 末広・前掲注（20）223頁は、このことを明確に否定している。
- 22) 解除権の移転に関する学説の立場は、法律の規定によって債権が移転する、弁済による代位の場合でも同様である。弁済による代位に関しては、民法502条4項（改正前民法502条2項）が、一部弁済による代位の場合において、弁済された債権の発生原因である契約の解除は、原債権者のみがすることができる規定している。これを受けて、同条の反対解釈として、全部代位の場合には弁済者が解除権も取得するという見解が、かつて主張されたことがある（末広・前掲注（20）223頁）。これに対し、その後の学説は、全部代位と一部代位とを問わず、ほぼ一致して、弁済者に解除権を認めていない。そのことの理由としては、契約当事者の地位が弁済後も原債権者にとどまることがあげられている。このことを述べるものとして、我妻・前掲注（3）255頁、中田裕康『債権総論〔第3版〕』360・371頁（岩波書店・



## 2. 判例

判例も、学説と同様の見解をとっている。

解除権の移転に関しては、まず、大判大正14年12月15日（民集4巻710頁）がある。事案は、次のとおりである（適宜簡略化した）。A（買主）とY（売主）との間で大豆の売買契約が締結された。Xは、Aからこの売買契約にもとづく権利一切を譲り受け、さらにこの売買契約にもとづく代金債務を引き受けた。債権譲渡についてはYへ適法な通知がされたものの、債務引受についてYは承諾をしていない。その後、YがXに対して大豆の引渡しをしなかったため、Xが、Yへの催告を経て、Yの債務不履行にもとづく解除を主張し、Aがすでに支払っていた内金の返還および大豆の時価と代金との差額の賠償を請求した。この事案では、Yとの関係では、債権譲渡のみが有効になされたにすぎない。そこで、契約にもとづく権利のみを譲り受けた者が、その契約の解除権を有するかどうか争われた。

判決は、以下のように述べて、Xによる解除権の行使を否定した。

解除権は契約を解除する権利であるため、契約当事者たる地位にある者でなければ、行使することができない。そして、売買契約にもとづく権利のみを譲り受けた者は、契約当事者の地位を譲り受けてはいないため、売買契約の解除権はこの権利の譲渡に当然に随伴して譲受人に移転するものではない。

この判決は、債権のみの譲受人が解除権を有しないことを示したものであった。これに続いて、大判昭和3年2月28日（民集7巻107頁）は、債権のみが譲渡された場合は、なお債権譲渡人が解除権を有することを述べる。事案は、次のとおりである（適宜簡略化した）。A（買主）とY（売主）との間で、試掘鉦区の売買契約が締結された。Xは、Aからこの売買契約にもとづく買主の権利を譲り受けた。その後、YがXに対して履行をしないため、AがYへの催告を経て、Yとの売買契約を解除した。さらにAは解除によって取得したYに対する手付金返還請求権と損害賠償請求権をBに譲渡し、Bはこれらの請求権をXに譲渡した。XがYに両請求権の履行を請求した。控訴審においては、解除権が債権者の地位に伴う権利であって債権を譲渡した者（A）はもはや契約の相手方に対して履行を請求できず、解除権も有さないという判断がされた。それを受けて、上告審において、Aのした解除の有効性が争われた。

判決は、以下の理由のもと、Aへの解除権の帰属を肯定した<sup>23)</sup>。

第一に、解除権の行使により、契約から発生した法律関係はすべて消滅するため、解除権は、契約の当事者または全法律関係についてその地位を承継した者のみに認められる。第二に、債務不履行にもとづく解除権は、債務不履行をした者の契約相手を契約上の拘束から離脱させるため

---

2013年）、潮見・前掲注（12）137頁など。これに対し、磯村哲編『注釈民法（12）債権（3）』355頁以下〔石田喜久夫〕（有斐閣・1970年）は、全部代位における弁済者に解除権を認める可能性を述べるものの、その根拠は明確でない。

23) 本判決は、Aへの解除権の帰属を肯定しつつ、Aが解除権を行使するためには債権譲受人であるXの同意が必要であるとして、事件を差し戻している。債権譲受人の同意の問題については、第3章第2節第2款2. 2) で検討をする。

のものである。双務契約について言えば、債務不履行をした者の契約相手を債務から解放することが解除権の目的である。したがって、双務契約の当事者または全法律関係についてその地位を承継した者のみが、このような保護を受ける資格をもつ。第三に、債権譲渡人が解除権を有さないとする、他方で譲渡債務者には引き続き解除権が認められることにかんがみれば、双務契約における当事者の地位が著しく不公平になる。

以上の2つの判決では、契約当事者の地位にある者のみが解除権を有するとされた。特に昭和3年判決は、このことを、解除権の効力と趣旨など、複数の観点から正当化している。解除権の移転に関する以上の判決の立場は、その後の判例でも踏襲されており、確立しているといえる<sup>24)</sup>。

## 第2款 契約当事者ではない者に解除権を認める見解

第1款で紹介した通説および判例の見解は、確立しきっているようにもみえる。しかし、冒頭で述べたように、通説および判例に反論をする見解が、複数の観点から主張されている。以下では、それらの見解を取り上げる。

### 1. 解除権の目的に着目する見解

#### 1) 「契約の効力」からの離脱

この見解に分類できるものとして、第一に、近藤の見解がある<sup>25)</sup>。近藤は、契約当事者が解除権を有することについて、契約締結者と契約上の権利義務の主体とのいずれの立場にもとづいて有するのかという問いを立て<sup>26)</sup>、次のように述べる。

解除権の目的は解除をした者を契約の効力から離脱させることにあり、債権者と債務者はとも

---

24) 大判昭和5年3月29日新聞3112号15頁（買主の権利のみの譲受人に解除権を認めず）、大判昭和12年5月7日民集16巻544頁（賃貸人の地位の譲受人に解除権を認めた）、大判昭和16年8月20日民集20巻1092頁（賃貸人の地位の移転が無効であった場合において、地位の譲渡人による解除の有効性を前提とする判断）、最判昭和39年8月28日民集18巻7号1354頁（賃貸人の地位の譲渡人による解除を認めず）など。判例に賛成する評釈として、宮崎孝治郎「判批（昭和3年判決前掲）」法学協会雑誌47巻12号2152頁（1929年）、内田力蔵「判批（昭和12年判決前掲）」法学協会雑誌55巻10号1983頁以下（1937年）など。また、賃貸借契約の解約申入れに関するものであり、本文で紹介した判決よりも古いものではあるが、大判大正10年5月30日民録27輯1013頁（賃貸人の地位の譲渡人による解約申入れを認めず）も参照。

以上のほか、権利の譲渡担保において、担保権設定者である債権譲渡人による解除の可否が問題となった下級審裁判例がある。これらの裁判例も、契約当事者のみが解除権を有するという前提をとっていると解される。これらの裁判例については、第3章第2節第2款2. 2) b) (2) (b) で取り上げる。

25) 近藤民雄「契約解除の当事者を論ず（上）（中）（下）」法律新聞1396号402頁、1397号10頁、1398号40頁（すべて1918年）。

26) 近藤・前掲注（25）「（上）」403頁。



に契約の効力を受ける<sup>27)</sup>。したがって、解除の当事者は権利関係から判断すべきであり、契約にもとづく債権または債務のいずれかでも有している者または有していた者はすべて、原則として解除権を有する<sup>28)</sup>。

近藤は、契約当事者の地位が債権者および債務者の地位に尽きるという前提に立っている<sup>29)</sup>。このことは、契約上の権利義務の主体と対置されているのが契約「締結」者であることから裏付けられる。この点で、近藤の見解は、契約当事者の地位と債権者および債務者の地位とを区別する現在の一般的理解とは、前提を異にしている。そうであっても、近藤の見解は、解除権をその目的にふさわしい者に認めようとするものとして、意義を有するといえる。

## 2) 債権者の救済

第二は、三宅の見解である。三宅の見解の内容は、次のとおりである<sup>30)</sup>。

解除権は、契約にもとづく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とに変換させる権利である。このことから、解除権は、債権の救済を目的とする。したがって、解除権は、債権譲渡があった場合、債権に従たる権利として、譲渡債権とともに債権譲渡人に移転する。譲渡債務者が譲渡債権の履行をしない場合、債権譲渡人は、同時履行の抗弁権によって反対債務の履行を拒むことはできる。しかし、債権譲渡人には、自ら債権を譲渡した以上、解除をして反対債務の消滅という利益を受ける理由はない。

この見解は、解除権の目的を債務不履行に遭った債権者の救済に純化させるという、三宅の理解<sup>31)</sup>にもとづくものであり、まさにその点に決定づけられている。そうであるとしても、ここに

---

27) 近藤・前掲注(25)「(中)」11頁。

28) 近藤・前掲注(25)「(中)」10頁、「(下)」41頁。過去に債権または債務を有していた者も解除権者になることについては、解除の遡及効が根拠とされている。また、例外的に解除権を有しない場合としては、その者が解除の効果に利害関係を有しない場合や、法律の規定がある場合があげられている。この点については、「(下)」42頁を参照。

29) 近藤・前掲注(25)「(中)」12頁。

30) 三宅正男『契約法（総論）』216頁以下（青林書院・1978年）。三宅は、以下で述べる解除権の目的に関する理解にもとづき、解除権の目的を反対債務からの解放とした大判昭和3年2月28日前掲を批判する。

31) 三宅のこの理解は、双務契約において債務不履行があった場合についての法律関係の理解にまでさかのぼる。簡潔に述べておくと、次のとおりである。双務契約における双方の債務は相互に存続の条件をなす。そして、債務不履行があった場合、債権者は、契約の維持をしつつ遅延賠償を請求するか（履行遅滞の場合）、解除をして原状回復と差額賠償を請求するかのいずれかの手段を採ることができる（履行遅滞、履行不能の場合）。この解除は、当初の交換関係を原状回復関係に転換させる意味をもつ。履行遅滞の場合、この交換の消滅によって双方の債務が消滅する。履行不能の場合は、交換が無に帰しているため、解除をまたずに双方の債務が消滅する（以上につき、三宅・前掲注(30)136頁以下）。

このように、三宅によれば、反対債務の消滅は交換の消滅によるものとされるため、それ以上に、解除権に反対債務からの解放という役割が与えられることがない（もっとも、履行遅滞の場合には結果的に解除によって双方の債務が消滅するのであり、反対債務からの解放とみる余地はあるように感じる）。

も、解除権はその目的にふさわしい者に認められるべきであるという思考がみられるといえる。

## 2. 当事者の実質的な利害に着目する見解

この見解にあたるのは、第一に、加藤一郎の見解である。加藤は、前掲の大判大正14年12月15日<sup>32)</sup>を批評する中で、債権譲渡人に解除権を認めることにどのような不都合があるのかということを出発点として、次のように当事者の利害を検討する<sup>33)</sup>。

第一に、債権譲渡人の利害について。債権譲渡人は、解除の効果として譲渡債務者に対する反対債務を免れるところ、これによって不利益を受けることはない<sup>34)</sup>。契約を解除する利益は、実質的に契約関係から脱落している債権譲渡人ではなく、債権譲渡人の代金債務の履行を引き受けた債権譲受人にある<sup>35)</sup>。第二に、譲渡債務者の利害について。譲渡債務者は、債務不履行をした以上、契約を解除されてもしかたがない。譲渡債務者の利益は、その同意がなければ免責的な効果をもつ債務引受がなされないということで十分に保護されている<sup>36)</sup>。以上のことによれば、解除権は債権譲渡人ではなく、債権譲受人に認められるべきである<sup>37)</sup>。

加藤と同じく当事者の利害を考慮するのが、星野の見解である。星野は、次のように述べる<sup>38)</sup>。

解除権の移転の有無は、契約類型および当事者ごとに分けて考えるべきである。売買契約において、売主の権利が譲渡された場合、解除は解除権者を反対債務から解放するための制度であるため、債務も引き受けていない者<sup>39)</sup>には、認める必要がない。他方、債務のみをなお負担する

---

その結果、解除は債権者が損害賠償を請求するための前提手段として位置づけられることになる。それゆえに、債権譲渡があった場合にも、譲渡債権に従たるものとして、債権譲受人に移転することになるのであろう。なお、本文にあるように、三宅は解除による反対債務の消滅を利益と述べている。これは、三宅の理解のもとでは、債権の救済にともなう付随的・反射的な利益と理解されよう。

32) 本節第1款2. 参照。

33) 加藤・前掲注(4) 166頁以下。

34) 加藤は、このことが債権譲渡人の意思に反するとしても、債権譲渡人は内部的に債権譲受人に一切の権利義務を譲っているため、債権譲渡人の意思を問題にする必要はないとする(加藤・前掲注(4) 167頁)。ただし、これは、大正14年判決の事実関係を前提とした記述であり、債権譲渡のみがされた場合にも妥当するとは限らない。

35) 注34と同様に、この点についても大正14年判決の事実関係が前提となっていることに注意を要する。

36) この前提には、譲渡債務者の不利益を、反対債権の債務者(債権譲渡人)が譲渡債務者の同意なく交替することのみに認めるという理解があるものと思われる。本文の記述は、債権譲渡人によって解除権が移転するとしても、譲渡債務者の反対債権の債務者は変更されないため、譲渡債務者には不利益がないことをいうものと理解される。

37) 大正14年判決の評釈には、当事者の実質的な利害の点では、加藤の見解を支持するものもみられる。高島平蔵「判批」『統判例百選〔第2版〕』65頁(1965年)、野澤正充「判批」『民法判例百選Ⅱ 債権〔第4版〕』77頁(1996年)。

38) 星野英一『民法概論Ⅲ(債権総論)』228頁以下(良書普及会・補訂版・1981年)。

39) 債権譲受人を意図するものと思われる。

者<sup>40)</sup>は、債務の消滅によって利益を受けるので、この者以外の者が解除権を援用することは可能である。最後に、譲渡債務者は、債務不履行をした以上、解除をされてもやむを得ない。以上により、債権譲受人は、債権譲渡人の追認を要件として解除をすることができる。これは、法的には、無権代理行為の追認（改正前民法113条）の一種と位置づけられる<sup>41)</sup>。

以上の2つの見解は、特に債権譲渡の場面において、契約当事者の地位を有さない債権のみの譲受人に解除権を認めることが、むしろ当事者の利益に適うことを指摘し、債権譲受人への解除権の移転（ないし債権譲受人による解除権の行使）を認める。他方、契約当事者でない者に解除権を認めることの理論的な正当化は、必ずしも十分ではない。

### 3. 解除権と契約当事者の地位との分離を認める見解

この見解<sup>42)</sup>は、通説や判例が認めてきた解除権と契約当事者の地位との関係<sup>43)</sup>を問いなおすものである。この見解によれば、解除権と契約当事者の地位とは、不可分に結びつくものではない。両者の関係は、私的自治の原則にもとづき、当事者が自由に決定することができるとされる。したがって、解除権は、契約当事者の地位にない者にも、さらにはその契約にもとづく債権や債務を有していない者にも、当事者の合意によって、自由に移転させることができることになるという。

この見解は、ドイツ法との比較研究にもとづくものである。そのドイツ法の議論については、本稿でも第2章で検討をする。そこで、この場では、以上の程度の簡単な紹介にとどめておくこととする。

## 第3節 検討の課題と方法

### 第1款 検討の課題

これまでに述べたことを踏まえ、本稿における検討の課題を設定する。

通説および判例は、解除権を契約当事者の地位にある者に帰属させる。その理由は、解除権が

40) 債権譲渡人を意図するものと思われる。

41) この記述からは、解除権自体はなお債権譲渡人に帰属しており、債権譲受人はそれを行使するにすぎないように読み取れる。他方で、星野・前掲注(38)229頁では、「誰が解除権を有するのかは類型ごとに考えるべきであり……」と述べられている。星野が解除権の帰属についてどのように考えているのかは判然としない。

42) 遠山純弘「債権譲渡の通知・承諾の効果（2・完）—特に契約債権の譲渡について（民法468条2項）—」商学討究55巻4号203頁（2005年）。より詳細には、遠山・前掲注(7)285頁以下。遠山の論稿は形成権一般に関するものである。本稿では、解除権のみを検討の対象としていることにより、解除権に即した形で記述をする。

43) もっとも、解除権に関していえば、そのような結びつきが不可分のものであるとされてきたのかは、必ずしもそう言い切れるわけではないように思われる。もっとも、筆者も、従来の学説や判例を見る限り、そのような前提がある可能性が高いことまでは否定しない。このような前提の存在を肯定するものとしては、末広・前掲注(20)223頁、三宅正男『契約法（各論）上巻』491頁以下（青林書院・1983年）、佐藤・前掲注(11)「契約当事者の地位と形成権（一）」2頁がある。

契約当事者の有すべき権利であるということに求められ、多くの見解はそれ以上の説明をしない。これに対し、解除権の効力や目的の観点から理由づけをするものもみられる。解除権は契約関係全体を消滅させるので契約当事者に認められるとする見解や、解除権は債務不履行に遭った者を契約の拘束力から解放することを目的とするために契約当事者に認められるとする見解である。この観点において、近藤や三宅の見解は、通説や判例とは結論が異なるものの、発想においては同じ軸に位置づけることができる。この発想は、解除権を、その効力や目的にふさわしい者に認めようとするものであり、一定の説得力を有するといえよう。

もっとも、この発想のもとで通説および判例の立場に立ったとしても、なぜ解除権が常に契約当事者の地位にある者に帰属するのかは、理論的に十分に明らかであるとはいいがたい。特に、債権譲渡がなされた場合のように、1つの契約にもとづく債権関係が複数人の間に分裂したときには、なおさらである。この場合には、債権譲受人も、解除によって譲渡債権を失うなどの影響を受けるからである。通説や判例と同様の発想をしつつも、通説とは異なって債権者の地位にある者に解除権を認める近藤や三宅の見解が、——両者の前提がやや特殊であることを差し引いても——まさに通説や判例とは異なる可能性があることを示しているといえるであろう。そうすれば、解除権が契約当事者の地位にある者に常に帰属するかどうかには、理論的に、検討の余地がなお存在しているといえる。

この点と関連して、解除権と契約当事者の地位との分離を認める見解があることも、看過できない。仮に通説が両者を不可分であると考えてきたとしても<sup>44)</sup>、通説の根拠から論理必然的に両者の不可分の関係が導かれるとはいえない。この両者の関係の問題は、帰属の問題の前提にあたり、検討を要する。

他方、当事者の実質的な利害にも目を向ける必要がある。特に、解除権が契約当事者の地位にある者に常に帰属するかどうかの問題が顕在化する債権譲渡においては、解除権の帰属先として考えられる債権譲渡人と債権譲受人の利益が対立する<sup>45)</sup>。実質面においては、当事者の利害に着目した見解の主張も一定の説得力を有する。もっとも、この見解には、理論構成の面でなお不十分さが残っているように思われる。

以上のことから、本稿の課題を次のように設定することができる。解除権と契約当事者の地位、あるいは債権者および債務者の地位とがどのような関係にあるかを、理論的に明らかにする。この際、その結論のもとでの実質的な利害にも目を向ける。これをもって、従来、解除権の移転が契約上の地位の移転の独自の効果であるとされてきたことの当否、および——結論が当否のいずれであるとしても——その当否の理由を理論的に明らかにする。

44) 通説のほか、本章第2節第2款で紹介した通説に反対する見解も、必ずしも両者の関係について検討を行うものではない。三宅の見解が結果的に両者の不可分の関係を否定することになっているのも、積極的に両者の関係を検討した結果というよりは、むしろ解除権の目的に関する三宅の理解の結果である。

45) 債権譲渡人が解除をすれば、債権譲受人は譲渡債権を失うことになるためである。

## 第2款 検討の方法

以上の課題の検討において、本稿ではドイツ法を取り上げる。ドイツ法を取り上げるのは、次の理由による。

第一に、ドイツ法は、形成権の概念を最初に発見した法系であり<sup>46)</sup>、形成権に関する議論も豊富に擁していることである。特に本稿の課題との関係では、形成権の譲渡可能性に関する議論が参考になる。また、ドイツ法では、債権譲渡の場面に関して、解除権をはじめとした債権者側に発生する権利を、債権譲渡人と債権譲受人との間でどのように分配するかという問題があり、以前から議論がなされてきている。ここでは、解除権が契約当事者の地位から分離できるかどうか、解除権を有するにふさわしいのは債権譲渡人と債権譲受人のいずれであるか、などについて検討がなされている。これらは、本稿の課題に有益な視点を提供すると考えられる。

第二に、ドイツ法の解除制度が、日本法と同様に、債権者に解除権という形成権を与える構成を採っていることである<sup>47)</sup>。本稿の課題によれば、解除制度の構成の類似性が重要であることは多言を要しないであろう。

これに対し、ドイツ法では、債権譲渡の制度が、特に第三者との関係において、日本法とは異なっている。日本法が対抗要件主義を採っているのに対し、ドイツ法では、債権譲渡は債権譲渡人と債権譲受人との合意のみで譲渡債務者を含む第三者に対しても効力が生じる（ドイツ民法典（BGB）398条<sup>48)</sup>）。譲渡債務者が債権譲渡を知らなかった場合には、個別に保護が図られている（BGB404条、406～410条）<sup>49)</sup>。もっとも、本稿の検討対象は、権利の移転という現象自体であり、これは債権譲渡でいえば、一次的には債権譲渡人と債権譲受人との間の問題である。したがって、日本法とドイツ法の差異は、留意を要するのは当然としても、比較検討の障害にはならないと考えられる。

以下では、ドイツ法における議論を検討し（第2章）、それをもとに日本法での解釈を探る（第3章）。最後に、残された課題と今後の展望を示すことにしたい（第4章）。

46) 形成権の概念の歴史的展開については、注8に掲げた永田の各論文、および小野秀誠『民法の体系と変動』3頁以下（信山社・2012年〔初出2004年〕）を参照。

47) フランス法においては、2016年の債務法の改正により、債権者からの通知による一方的解除が明文で規定された。日本語の文献として、荻野奈緒ほか（訳）「フランス債務法改正オルドナンス（2016年2月10日のオルドナンス第131号）による民法典の改正」同志社法学69巻1号280・304頁（2017年）、シャルロット・ドゥ・カバリュス〔白石友行訳〕「II 契約不履行」慶應法学38号138頁以下（2017年）など。

48) BGB398条（債権の譲渡）

債権は、債権者和其他の者との契約によってその者に譲渡することができる（債権譲渡）。契約の締結によって、新債権者は、旧債権者に代わる。

訳出にあたっては、椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』344頁〔貝田守〕（日本評論社・1988年）を参考にした。

また、対抗要件に関する相違を除けば、債権譲渡の基本的な点について、日本法とドイツ法との間に大きな違いはない。

49) これらの条文の日本語訳は、第2章での検討の際に紹介する。



## 第2章 ドイツ法の検討

本章では、解除権と契約当事者の地位との関係、ないし債権譲渡がなされた場合における解除権の扱いなどに関するドイツ法の議論を検討する。これにより、ドイツ法の議論の状況を明らかにするとともに、日本法での解釈の手がかりを得ることをめざす。以下では、まずBGBの法定解除制度の概要を紹介した上で、本題の検討に入ることとする。

### 第1節 BGBの法定解除制度の概要

BGBの法定解除制度については、すでに多くの先行研究がある<sup>50)</sup>。そこで、以下では、本稿の検討との関係で必要な点を中心に紹介をするにとどめる。また、関連する事項として、損害賠償についても、必要な限りで言及をする。

なお、BGBの債務法は2002年に改正されている。法定解除の制度もこの改正によって変更がなされた。したがって、改正の前後に分けて制度を概観する。

#### 第1款 債務法改正前のBGBにおける法定解除制度

##### 1. 解除の要件と効果

###### 1) 解除の要件

債務法改正前のBGB（以下「旧BGB」という）では、法定解除は、履行遅滞と履行不能の2つの場面について規定されていた<sup>51)</sup>。

まず、履行遅滞による解除については、次のような規定がおかれていた（旧BGB326条<sup>52)</sup>）。

---

50) 債務法改正前のBGBに関するものとして、鶴藤倫道「契約の解除と損害賠償（一）（二・完）」民商法雑誌110巻3号429頁、110巻4・5号859頁（ともに1994年）、杉本好史『独仏法における法定解除制度の歴史と論理』（有斐閣・2018年）〔初出2001～2003年〕など。債務法改正後のBGBに関するものとして、川角由和「ドイツにおける新契約解除法の位置づけ——不当利得法との関係を重視しつつ——」龍谷法学38巻3号886頁（2005年）、松井和彦「法定解除権の正当化根拠と催告解除（一）（二・完）」阪大法学61巻1号55頁、61巻2号113頁（ともに2011年）など。

51) その他の債務不履行については、これらの規定が類推適用される（*Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1 Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987, S.369*）。

52) 旧BGB326条（遅滞；受領拒絶予告付期間の設定）

(1) 双務契約において、当事者の一方が自己の負う給付について遅滞にあるときは、相手方は、履行のために相当の期間を定めて、その期間の経過後は給付の受領を拒む旨の表示をすることができる。給付が適時になされないときは、期間が経過した後において、相手方は、不履行による損害賠償を請求し、又は契約を解除することができる；この場合においては、履行を請求することができない。期間が経過するまでに給付の一部がなされないときは、第325条第1項第2文の規定を準用する。

(2) 遅滞のために契約の履行が相手方の利益とならないときは、相手方は、期間を定めることを要せず、第1項に定める権利を有する。

訳出にあたっては、椿・右近編・前掲注（48）225頁以下〔赤松秀岳〕を参考にした。また、第2



債務者が履行遅滞に陥った場合、債権者は、債務者に対し、履行のために相当な猶予期間を設定するとともに、その期間が経過した後は債務者の給付の受領を拒絶する旨の表示をすることができる（1項1文）。猶予期間内に履行がなされなかった場合、債権者は、不履行にもとづく損害賠償請求か契約の解除をすることができる（1項2文）。

2点補足をしておく。第一に、債務者の履行遅滞は、債務者の責めに帰すべき事由によるものでなければならない（旧285条<sup>53)</sup>）。したがって、履行遅滞を要件とする解除も、債務者の帰責事由を要件とすることとなる。第二に、債権者の設定した猶予期間が徒過した場合、それによって債権者の債務者に対する履行請求権が排除される<sup>54)</sup>。同時に、債権者も反対給付義務から解放される<sup>55)</sup>。

次に、履行不能による法定解除の規定は、以下のとおりであった（旧325条<sup>56)</sup>）。債務の履行が債務者の責めに帰すべき事由によって不能となった場合、相手方は、不履行にもとづく損害賠償請求か契約の解除をすることができる（1項1文）。この場合には、猶予期間の設定は不要である。

ここでは、1点のみ補足をしておく。債権者は、不履行にもとづく損害賠償の請求、解除をする代わりに、旧323条に規定されている権利の行使を選ぶこともできる（旧325条1項3文）。この権利の行使とは、債権者の債務者に対する反対給付義務の消滅（旧323条1項1文）の主張と、

---

章で条文の番号のみを掲げるときは、BGBの条文を指すものとする。

53) 旧BGB285条（過失なければ遅滞なし）

債務者は、その責めに帰することができない事由によって給付を行わなかった限りは、遅滞に陥らない。訳出にあたっては、椿・右近編・前掲注（48）155頁〔今西康人〕を参考にした。

54) *Larenz*, aaO. (Fn.51) S.356f.

55) *Larenz*, aaO. (Fn.51) S.356.

56) 旧BGB325条（債務者の責めに帰すべき事由による不能）

（1）双務契約によって当事者の一方が負う給付が債務者の責めに帰すべき事由によって不能となったときは、相手方は、不履行による損害賠償を請求し、又は契約を解除することができる。給付の一部が不能となった場合において、契約の一部の履行が相手方の利益とならないときは、相手方は、第280条2項の規定に従って、債務の全部の不履行による損害賠償を請求し、又は契約の全部を解除することができる。相手方は、損害賠償の請求及び解除に代えて、第323条の場合に定める権利の行使をすることもできる。

（2）〈略〉

旧BGB323条（責めに帰することができない事由による不能）

（1）双務契約の当事者の一方は、自己が負う給付が自己及び相手方のいずれの責めにも帰することができない事由によって不能となったときは、反対給付に対する請求権を失う；給付の一部が不能となったときは、反対給付は、第472条及び第473条の規定によって減少する。

（2）相手方が第281条の規定により債務の目的に代わる代償の引渡し又は代償請求権の譲渡を請求したときは、その〔筆者注：1項の「当事者の一方」を指す〕反対給付義務は、存続する；〈以下略〉

（3）〈略〉

訳出にあたっては、椿・右近編・前掲注（48）222頁以下〔赤松：325条〕、217頁〔右近健男：323条〕を参考にした。

いわゆる代償請求権の行使（同2項）である<sup>57)</sup>。これにより、債権者には、4つの選択肢があることになる。債権者が手段を選ぶまでの間、債務関係<sup>58)</sup>は一種の不確定状態に入る<sup>59)</sup>。この不確定状態は、債務者が債権者の選択した手段に対する準備をした時点で終了し、以後は債権者の選択した手段に応じた法律関係になると解されている<sup>60)</sup>。したがって、債務者の履行不能の時点では、債権者の反対給付義務は当然には消滅しない。

## 2) 解除の効果

旧325条1項, 326条1項の定める解除の要件が充たされた場合、債権者には解除権が発生する。解除権は形成権と解されており<sup>61)</sup>、その行使は意思表示による（旧349条<sup>62)</sup>）。債権者が解除権を行使すると、契約関係は原状回復を内容とする清算関係に転換する（旧327条による346条の準用<sup>63)</sup>）。<sup>64)</sup>解除が債務者の負う債務の履行不能による場合には、解除によって、当事者双方の負う給付義務が消滅する。

## 2. 損害賠償

旧325条1項, 326条1項によれば、債権者は、解除をすることができる場合において、損害賠償<sup>65)</sup>を請求することもできる。この損害賠償請求について、ドイツ法では、差額説（Differenztheorie）と代物説（Surrogationstheorie）という2つの方法がある<sup>66)</sup>。差額説によれば、

57) *Larenz*, aaO. (Fn.51) S.336; *Josef Esser / Eike Schmidt*, Schuldrecht Band I: Allgemeiner Teil, Teilband 2, Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis, 8.Auflage, Heidelberg 2000, S.124.

58) 債権や債務にもとづく当事者の関係のことを、ドイツ法ではSchuldverhältnisと呼ぶ。ドイツ法に関する限りでは、この関係について、本稿でも「債務関係」の語を用いる。日本法に関する場合には、「債権関係」の語を使う。

59) *Larenz*, aaO. (Fn.51) S.336.

60) *Larenz*, aaO. (Fn.51) S.337.

61) *Larenz*, aaO. (Fn.51) S.273.

62) 旧BGB349条（解除の意思表示）

解除は、相手方に対する意思表示によって行う。

訳出にあたっては、椿・右近編・前掲注（48）271頁以下〔右近〕を参考にした。

63) 旧BGBは、法定解除権の効果について、約定解除権の規定を準用するという体裁をとっていた。旧327条はこの準用を指示する規定であり、旧346条は原状回復義務に関する規定である。日本語訳は省略する。

64) *Larenz*, aaO. (Fn.51) S.403; *Esser / Schmidt*, aaO. (Fn.57) S.134. 従来の通説であった、いわゆる直接効果説については、*Larenz*, S.404を参照。この点に関する日本語文献としては、鶴藤・前掲注（50）の両論文がある。

65) この損害賠償の内容は、履行がなされていたのであればあったはずの経済的状态を債権者にもたらしものである（*Larenz*, aaO. (Fn.51) S.340）。

66) これらの方法、および後述する差額説と解除との関係については、鶴藤・前掲注（50）「（二・完）」

債権者の損害賠償請求により、当事者双方の給付義務が消滅し、代わって、履行がされていない債務者の給付の価額と、債権者が免れた給付義務の価額との差額を内容とする1つの賠償請求権が発生する。別の観点からいえば、損害賠償請求によって、当初の給付の交換関係が消滅し、一方の債権のみが存在する清算関係が発生する<sup>67)</sup>。他方、代物説によれば、債権者の損害賠償請求によっても、給付の交換関係は消滅しない。履行がされていない債務者の給付義務の「代物」として、その価額を内容とする損害賠償義務が発生する。債権者の債務者に対する給付義務は、そのまま存続する<sup>68)</sup>。債権者にとっては、特に自己の給付をまだ行っていない場合、清算が簡易になるため、差額説による利益があるとされる。そこで、判例および通説は、差額説による賠償請求を原則としつつ、代物説による利益が債権者にある場合に限りて代物説による賠償請求を認めるという立場に立っていた（緩和された差額説）<sup>69)</sup>。

ところで、旧BGBでは、以上の債権者の損害賠償請求は、解除と択一的な関係にあった（旧325条1項1文、326条1項2文の「又は」という文言による）。しかし、この択一的な関係のもとでは、債権者が自己の債務を履行しており、かつ、債務者の債務が履行不能となった場合に、債権者が損害賠償請求と解除による自己のした給付の返還請求とを両立できないという不合理があった<sup>70)</sup>。もっとも、この不合理さは、前述の差額説によって一定程度解消されていた<sup>71)</sup>。差額説による損害賠償請求は、債権者の給付義務を消滅させる点で、解除に類似した効果をもつ。債権者が差額説による損害賠償請求をすることができる場合には、解除をしつつ損害賠償請求をするのと同様の結果がもたらされるのである。

## 第2款 債務法改正後のBGBにおける法定解除制度

### 1. 解除の要件と効果

#### 1) 解除の要件

債務法改正後のBGB（以下、単に「BGB」というときは債務法改正後のものをさす）では、法定解除は、3つの場面について規定されている。

---

869頁以下も参照。

67) 以上について、Larenz, aaO. (Fn.51) S.340; Esser / Schmidt, aaO. (Fn.57) S.128。

68) 以上について、Larenz, aaO. (Fn.51) S.339f; Esser / Schmidt, aaO. (Fn.57) S.128。

69) Larenz, aaO. (Fn.51) S.341; Esser / Schmidt, aaO. (Fn.57) S.128; Otto Palandt (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 79.Auflage, München 2020, § 281 Rn.19 [Christian Grüneberg] [zitiert: Palandt(2020)/Bearbeiter].

70) Larenz, aaO. (Fn.51) S.339f. この不合理さは、特に交換契約において現れる。交換契約においては、当事者は、相手方から目的物を獲得できなければ、自己の物を相手方に引き渡さないと考えることが少なくないとされる。相手方の債務が履行不能になった場合、その債権者は、損害賠償請求をすれば、本来の給付ではない財産的価値の満足の代わりに、自己の物の返還を断念しなければならない。他方、解除をすれば、自己の物を取り戻すことはできるものの、なお損害があったとしても、その賠償を請求することができない。

71) Larenz, aaO. (Fn.51) S.340。

1つめは、履行がされないことによる解除である（323条<sup>72)</sup>）。債務者が履行期に履行をしないか、契約にしたがった履行をしない場合、債権者は、債務者に履行または追完のために相当な期間を設定することができる。その期間が徒過した場合、債権者は、契約を解除することができる（1項）。旧326条と比較すると、特に本稿においては、以下の点が重要である。

第一に、改正後の323条のもとでは、債権者の設定した猶予期間が経過しても、債権者の債務者に対する履行請求権は、当然には消滅しない。改正後においては、債権者の履行請求権は、解除によって初めて消滅する。債権者は、解除をするまでの間は、なお履行を請求するか、解除をするかを選択することができる<sup>73)</sup>。第二に、債務不履行についての債務者の帰責事由は、解除の要件から外されている<sup>74)</sup>。

解除についての規定の2つめは、履行請求権の排除による解除である（326条<sup>75)</sup>）。債務者によ

---

72) BGB323条（債務の履行がされないこと又は契約に従った履行がされないことによる解除）

- (1) 双務契約において、債務者が履行期の到来した債務の履行をせず、又は契約に従った履行をしない場合において、債権者が債務者に履行又は追完のために相当な期間を定め、その期間が徒過したときは、債権者は、契約を解除することができる。
- (2) 次に掲げる場合には、前項の期間を定めることを要しない。
  1. 債務者が、履行を断固として、かつ終局的に拒絶しているとき。
  2. 期日又は期間における履行がされることが契約の締結よりも前にされた債権者の債務者に対する通知又は契約の締結の際のその他の事情によれば債権者にとって重要であるにもかかわらず、債務者が、契約において定められた期日までに又は契約において定められた期間に履行をしないとき。
3. 〈略〉
- (3) 〈以下（4）まで省略〉
- (5) 債務者がその債務の一部の履行をした場合、債権者は、一部の履行に対して利益を有しない場合に限り、契約の全部を解除することができる。債務者が契約に従った履行をしなかった場合において、その義務違反が軽微であるときは、債権者は、契約を解除することができない。
- (6) 〈略〉

73) Dieter Medicus / Stephan Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 21.Auflage, München 2015, S.229 Rn.501f.; Dirk Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 16.Auflage, München 2018, S.262 Rn.14.

74) Medicus / Lorenz, aaO. (Fn.73) S.222 Rn.487; Looschelders, aaO. (Fn.73) S.257 Rn.2.

75) BGB326条（反対給付からの解放及び履行請求権が排除された場合における解除）

- (1) 債務者が第275条第1項から第3項までの規定により履行をすることを要しないときは、反対給付の請求権は、消滅する；債務の一部の履行がなされた場合には、第441条第3項の規定を準用する。債務者が契約に従った履行をしない場合において、第275条第1項から第3項までに定める追完をすることを要しないときは、第1文の規定は、適用しない。
- (2) 〈以下（4）まで省略〉
- (5) 債務者が第275条第1項から第3項までの規定により履行をすることを要しないときは、債権者は、契約を解除することができる；解除については、期間の設定をしなければならないことを除き、第323条の規定を準用する。

る履行が不能等になった場合、債務者の給付義務は排除される（275条1～3項）。このとき、債権者は、猶予期間を設定することなく、契約を解除することができる（326条5項）。もっとも、債務者の給付義務が275条によって排除された場合、そのことによって、債権者の反対給付義務も消滅する（326条1項）。したがって、債権者の負う反対給付義務からの解放に関しては、この場合には解除は必ずしも必要ではない<sup>76)</sup>。なお、323条と同様に、326条においても、債務不履行についての債務者の帰責事由は解除の要件ではない<sup>77) 78)</sup>。

## 2) 解除の効果

債権者が解除をすると、契約関係は原状回復を内容とする清算関係に転換する（346条1項）。これにより、当事者の一次的な給付義務が消滅する<sup>79)</sup>。改正前におけるのとは異なり、債務者の履行遅滞の場合には、この時点で初めて債権者の履行請求権が消滅する。債権者の反対給付義務も、解除によって消滅する。これに対し、不能等によって債務者の給付義務が排除される場合は、それが債権者の履行請求権の排除を意味するとともに、前述のとおり、同時に債権者の負う反対給付義務も消滅する。

以上のほか、解除権が形成権であることや、解除権者の意思表示によって行使することは（349条）、改正前と同様である<sup>80)</sup>。

## 2. 損害賠償

債務者が履行をしなかったり、債務者の給付義務が排除されたりした場合、債権者は、債務者

---

### BGB275条（給付義務の排除）

(1) 履行が債務者又はすべての人にとって不能である限り、履行請求権は、排除される。

(2) 履行のために必要な費用が、債務関係の内容及び信義誠実の原則に照らして給付に対する債権者の利益に比して著しく均衡を失するものである限り、債務者は、履行を拒むことができる。債務者に期待されるべき努力を確定するにあたっては、履行の障害が債務者の責めに帰すべき事由によるものであるかどうかとも考慮しなければならない。

(3) 債務者が自ら履行をしなければならない場合において、債務者の履行を妨げている事情と給付に対する債権者の利益とに照らしてその履行を債務者に期待することができないときも、債務者は、履行を拒むことができる。

76) *Looschelders*, aaO. (Fn.73) S.271 Rn.26ff.によれば、契約に適合していない給付の治癒が不能な場合や、一部不能の場合などに、解除をする意味がある。前者の場合は、326条1項2文により、債権者の負う反対給付義務が消滅しないからであり、後者の場合は、326条1項1文により、債務者の給付義務が排除される範囲でのみ債権者の反対給付義務が消滅するからである。

77) *Looschelders*, aaO. (Fn.73) S.264 Rn.1.

78) 解除についての3つめの規定は、いわゆる保護義務の違反による解除（324条）である。以下の検討には特に関わらないため、本稿では省略する。

79) *Medicus / Lorenz*, aaO. (Fn.73) S.229 Rn.501, S.275 Rn.595; *Looschelders*, aaO. (Fn.73) S.302 Rn.5.

80) *Medicus / Lorenz*, aaO. (Fn.73) S.229 Rn.502, S.274 Rn.594; *Looschelders*, aaO. (Fn.73) S.301 Rn.3. 349条は債務法改正の際も変更されていない。日本語訳については、注62を参照。



に対して履行に代わる損害賠償を請求することができる（280条，281条，283条<sup>81)</sup>）。履行に代わる損害賠償と解除は，ともに，債権者がどのような要件のもとで契約の遂行から離脱することができるかという問題に関係する。また，履行に代わる損害賠償と解除は，結果においても同様である<sup>82)</sup>。これらの点から，評価矛盾を避けるため，両制度の要件は基本的に揃えられている<sup>83)</sup>。

損害賠償請求にあたっては，改正前と同様に，差額説と代物説の2つの方法がある。いずれの方法によるかは，債権者が選択することができる と解されている<sup>84)</sup>。

また，旧BGBでの解除と損害賠償との択一関係は，改正によって明文で廃止された（325条<sup>85)</sup>）。これにより，債権者は，解除とともに損害賠償の請求をすることができるようになっている。

### 第3款 小括

以上で述べたことのまとめを兼ねて，次節以降の検討場面である債権譲渡との関係で重要な点

#### 81) BGB280条（義務の違反による損害賠償）

(1) 債務者が債務関係にもとづく義務に違反したときは，債権者は，これによって生じた損害の賠償を請求することができる。ただし，その義務の違反が債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは，この限りでない。

(2) 〈略〉

(3) 債権者は，第281条，第282条又は第283条の定める要件を充たす場合にのみ，履行に代わる損害賠償を請求することができる。

BGB281条（債務の履行がされないこと又は義務に従った履行がされないことによる履行に代わる損害賠償）

(1) 債務者が履行期の到来した債務の履行をせず，又は義務に従った履行をしない限りにおいて，債権者が債務者に履行又は追完のために相当な期間を定め，その期間が徒過したときは，債権者は，前条第1項の規定に従って，履行に代わる損害賠償を請求することができる。〈以下略〉

(2) 〈以下（3）まで略〉

(4) 債権者が履行に代わる損害賠償を請求したときは，その履行請求権は，ただちに排除される。

(5) 債権者が全部の履行に代わる損害賠償を請求したときは，債務者は，第346条から第348条の規定により自己の給付したものの返還を請求することができる。

BGB283条（給付義務が排除された場合における履行に代わる損害賠償）

債務者が第275条第1項から第3項までの規定により履行をすることを要しないときは，債権者は，第280条第1項の定める要件のもとで履行に代わる損害賠償を請求することができる。この場合においては，第281条第1項第2文，第3文および第5項の規定を準用する。

82) 債権者が履行に代わる損害賠償を請求した場合，債務者の給付義務は排除され，債務者は自己のした給付の返還請求をすることができる（BGB281条4項，5項参照）。

83) *Medicus / Lorenz*, aaO. (Fn.73) S.205 Rn.449, S.231 Rn.505; *Looschelders*, aaO. (Fn.73) S.302 Rn.5. ただし，損害賠償では債務者の帰責事由が要件となる点は異なる。

84) *Medicus / Lorenz*, aaO. (Fn.73) S.205 Rn.448, S.236 Rn.513; *Looschelders*, aaO. (Fn.73) S.245 Rn.5ff. ; Palandt(2020)/*Grüneberg*, § 281 Rn.20ff.

85) BGB325条（損害賠償と解除）

双務契約において損害の賠償を請求する権利は，解除によって排除されない。



を確認しておく。

まず、改正前のBGBについて、2点述べる。1点目は、債務者の履行遅滞による解除について、債権者による給付受領拒絶予告付きの猶予期間の設定——厳密に言えば猶予期間の徒過——に、履行請求権に対する効力が認められていることである。特に、猶予期間の徒過により、解除をまたずに、債権者の債務者に対する履行請求権が排除される。債権譲渡がされた後に譲渡債権について履行遅滞が生じた場合を考えると、猶予期間の設定は、債権譲受人に対して、履行請求が排除されることで選択できる手段の限定につながるという点で、解除と同様の影響を与えるといえる。

2点目は、解除と損害賠償の択一関係である。この択一関係は、両手段をとる権限が別人に帰属した場合、これらの者の間にある種の競争をもたらす。債権譲渡がなされた後に譲渡債権について不履行が生じた場合、仮に解除権を債権譲渡人、損害賠償請求権を債権譲受人に分配すると、両者のうち、先に行動をした方のみが救済を得られることになる可能性がある。特に、債権者側の選択が債務者の準備の時点まで認められるところ、債権譲受人の損害賠償請求の直後に債権譲渡人が解除をすれば、解除が優先する可能性は否定できない。いずれにせよ、解除がされることとなった場合は、債権譲受人は、少なくとも譲渡債務者からは、本来の履行と損害賠償とのどちらでも得ることができないことになる<sup>86)</sup>。

以上のことは、改正後のBGBのもとでは生じない。しかし、旧BGBのもとで主張された見解を検討する際には、留意をしなければならない。

次に改正後のBGBについて、3点述べる。1点目は、すぐ前に述べた、解除と損害賠償との択一関係が廃止されたことである。もっとも、解除と合わせて損害賠償請求をできるとはいっても、このとき、賠償の額は、債務者の債務の額から債権者の反対給付等の額を差し引いたものとなる。さもなければ、債権者が本来得られた以上の利益を獲得できてしまうからである。したがって、先ほどと同様に債権譲渡の場面を考えると、仮に債権譲渡人が解除をすれば、債権譲受人の損害賠償の額が減ることになる。程度は小さくなったものの、ここでもなお債権譲受人への影響が存在している。

2点目は、解除の要件から債務者の帰責事由が外されたことである。これにより、解除が債権者を反対給付義務から解放するための制度であるということが、条文の上でも明確になった<sup>87)</sup>。このことは、解除権を債権譲渡人と——反対給付義務を負っていない——債権譲受人のいずれに分配をするかに対して、影響を与える可能性がある。

3点目は、債務者の給付義務が排除された場合の解除の意味である。債務者の給付義務が排除された場合、法律上当然に債権者の反対給付義務も消滅する（326条1項）。この限りでいえば、解除権を認める意味は必ずしも大きくない。このように考えると、債権譲渡があった場合には、

86) 債権譲受人が債権譲渡人に対して何らかの請求をすることは考えられる。この点については後の検討でふれる。

87) *Looschelders*, aaO. (Fn.73) S.253 Rn.4.

債権譲渡人に解除権を認める必要性が減殺されるようにも思われる。しかし、次節で紹介するドイツ法の議論では、このことへの言及はされていない。

最後に、改正の前後で共通するものとして、差額説による損害賠償請求にも注意をする必要がある。この請求がなされると、解除をまたずに債権者の反対給付義務が消滅する。この点で、差額説による損害賠償請求の効果は、解除の効果と部分的に重なり合う。したがって、解除権の分配にあたっては、差額説による損害賠償請求との間で矛盾が出ないかに留意をする必要がある。

## 第2節 解除権と契約当事者の地位との関係についての議論

### 第1款 議論の概観と検討の順序

ドイツ法<sup>88)</sup>において、解除権と契約当事者の地位との関係は、解除権を含む形成権の概念の発見後、まず、形成権の譲渡可能性の問題の中で論じられた。この問題は、形成権が当初の権利者以外の他人に移転すること、あるいは形成権を他人に譲渡すること<sup>89)</sup>の自体の可否に始まる。その後、議論は形成権が他の法的地位、債権や債務などとともに移転するかどうかという問題へ展開する<sup>90)</sup>。次いで、議論の焦点は、債権譲渡がされた場合における債権譲渡人と債権譲受人の間での権利の分配の問題へと移る。ここでは特に、譲渡債権について履行障害が発生した場合にその譲渡債権について発生する権利（ドイツ法では「二次的権利」といわれる）が検討の対象とされることが多い。債務不履行にもとづく解除権や損害賠償請求権がこれにあたるほか、意思表示

88) 本節で取り上げるドイツ法の議論については、注11に掲げた佐藤論文が詳細な紹介をしている。このほか、注7および42に掲げた遠山論文でも検討がなされている。また、この問題はオーストリア法でも議論がなされている。オーストリア法における議論については、佐藤秀勝「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18巻1号53頁（2009年）がある。

89) 形成権の譲渡可能性については、当初から、413条がその根拠になるのかどうかということが1つの問題とされてきた。同条は、債権譲渡に関するBGBの規定を他の権利の譲渡にも準用する旨を規定しているものである（日本語訳は下記）。当初は、この規定をもって「他の権利」に該当する形成権の譲渡可能性を肯定する見解も見られた。これに対し、現在では、形成権の譲渡可能性について検討をする論者の多くは、同条は譲渡が可能な権利について債権譲渡の規定を準用することを意味するにすぎず、債権以外の権利の譲渡可能性については規定をするものではないとの理解をしている。これによれば、形成権の譲渡可能性を肯定するにせよ否定するにせよ、その根拠は413条以外に求められなければならないことになる。したがって、本稿でも、413条に関する議論は取り上げない。以上については、*Christian Hattenhauer, Einseitige private Rechtsgestaltung, Tübingen 2011, S.405f.*を参照。

BGB413条（その他の権利の譲渡）

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、債権以外の権利の譲渡について準用する。

訳出にあたっては、椿・右近編・前掲注（48）364頁〔松井宏興〕を参考にした。

なお、そもそも形成権の譲渡可能性が議論の対象となったのは、形成権が新しい権利概念であったことや、形成権とされた権利の多くが手段的なものであり、「財産」権とは異なる性質があると考えられたことなどによるものと推測される。

90) この展開は、実際に問題になる、あるいは問題として想定されたのが、形成権の単独での譲渡ないし移転よりも、他の法的地位と関連した譲渡ないし移転であったことによるものと推測される。

の取消権などが取り上げられている。このような権利の分配について語るためには、問題の権利と契約当事者あるいは債権者の地位との関係が明らかでなければならない。とりわけ解除権や取消権については、契約当事者の地位からの分離が認められなければ、その分配を問題とする余地がないからである。それゆえに、権利の分配についての議論では、前提として、その権利の譲渡可能性ないし契約当事者の地位との関係が検討されている。

以上のことにかんがみれば、問題は、2つの段階に整理することができる<sup>91)</sup>。

第一の段階として、解除権と契約当事者の地位との分離の可否である。ここでは、解除権の譲渡可能性や、解除権と契約当事者の地位との関係が検討の対象となる。

第二の段階として、解除権と契約当事者の地位との分離が可能であるという前提のもとで、債権譲渡がなされた場合における解除権の分配である。

これらのうち、本稿の検討課題<sup>92)</sup>と直接に関係するのは第一段階の問題である。しかし、本稿では第二段階の議論も検討する。先に述べたように<sup>93)</sup>、本稿の検討課題について最終的な結論を出すに際しては、当事者の実質的な利害にも目を向ける必要がある。第二段階の議論では、解除権を債権譲渡人と債権譲受人のどちらに分配するべきであるかという形で、まさに当事者の実質的な利害が検討されている。この意味で、第二段階の議論は、どちらかといえば理論的側面が強い第一段階の議論に対し、実質的な裏付けを与えるものであるといえる。以下では、第一段階、第二段階の順番で検討を行う。

また、以上の問題に関する議論は、ドイツ法では学説を中心に展開されている。問題の2段階の区別も、基本的には学説に当てはまるものである。したがって、まず学説についての検討を行い、その後で、判例を取り上げることとする。

## 第2款 学説の検討

### 1. 解除権と契約当事者の地位との分離の可否（第一段階の問題）

#### 1) 解除権と契約当事者の地位との分離を認めない見解

##### a) 権利と法的地位との関係性に着目をする見解

##### (1) ゼッケルの見解

形成権<sup>94)</sup>と法的地位との関係性への着目は、すでに、形成権概念の発見者であるゼッケルの見解に見出すことができる。ゼッケルは、形成権の譲渡可能性に関する検討において、413条を根拠に一般論として譲渡可能性を認めつつ、形成権の性質によって譲渡可能性が否定される場合が

91) 同様の区別をするものとして、*Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.434。

92) 第1章第3節第1款を参照。

93) 第1章第3節第1款を参照。

94) 第1款で述べたように、ドイツ法の学説は、形成権や二次的権利全般を対象としているものが多い。そのため、本稿で取り上げる学説の多くも、特に各々の見解の総論部分では対象を解除権に絞っているわけではないことをこわっておく。

あるとする<sup>95)</sup>。ゼッケルは、これにあたる場合として複数のものをあげているところ、本稿において重要なのは、形成権と他の法律関係との関係である<sup>96)</sup>。ゼッケルによれば、他の法律関係と、その構成要素や付加物として結びつく形成権は、形成権のみで譲渡することはできない。このような形成権は、形成権と結びつく債権や債務とともにのみ譲渡をすることができるとされている。これに対し、他の法律関係に対して独立の関係に立つ形成権は、形成権のみで譲渡できるという。ゼッケルは、他の法律関係と結びつく形成権として選択権や給付確定権を<sup>97)</sup>、独立の関係に立つ形成権として買戻権などをあげる<sup>98)</sup>。解除権に関しては、詳細な検討を行っている。

ゼッケルは、契約が片務契約と双務契約のいずれであるか、および当事者による履行の状況に応じて場面を分けている。そのうえで、次のように述べる。

(1a) 片務契約において解除権者が未履行の場合。解除権<sup>99)</sup>は、債務の構成要素であるため、債務引受とともにのみ譲渡が可能であり、単独では譲渡できない。この場合には、解除権は解放(Liberation)の機能を有するにすぎず、回復(Rekuperation)の機能を有さないからである<sup>100)</sup>。

(1b) 片務契約において解除権者が履行済みの場合。債務関係は履行によって消滅をしている。このとき、解除権の行使は、返還請求権を発生させるという意味で、返還請求権者のために効力を発揮する。したがって、解除権の単独での譲渡をすることができる<sup>101)</sup>。

(2a) 双務契約(売買。以下同じ)において解除権者(売主)が履行済み、相手方(買主)が未履行の場合。この場合、解除権の行使によって、相手方は債務から解放され、解除権者は代金債権の代わりに目的物の返還請求権を取得する。したがって、解除権は、代金債権とともにのみ譲渡することができる<sup>102)</sup>。

(2b) 双務契約において解除権者(売主)が未履行、相手方(買主)が既履行の場合。この場合、(1a)と同様に、解除権は売主を解放する機能のみをもつ。解放をされるかどうかの決定を第三者に委ねることには意味がない。したがって、解除権は、債務の構成要素として、債務引受とともにのみ譲渡することができる。なお、これによって解除権が移転した場合、原状回復義務を負うのは、

95) *Emil Seckel, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, Darmstadt 1954 (Sonderausgabe; Erst:1903), S.25.* このゼッケルの論考の邦訳として、小野・前掲注(46) 26頁以下。

96) このほかにゼッケルが言及しているのは、形成権に一身専属的性質がある場合や、法律の規定によって譲渡が否定されている場合である。これらについては、*Seckel, aaO. (Fn.95) S.26f.*を参照。

97) これらの権利について、ゼッケルは条文をあげていない。選択権とは、いわゆる選択債務における選択権(BGB262条)、給付確定権とは、契約において給付の内容が未確定である場合に、当事者の合意により、当事者の一方がその確定をする権利をもつ場合のその権利を(BGB315条以下)、それぞれ指していると思われる。

98) 以上につき、*Seckel, aaO. (Fn.95) S.26.*

99) ゼッケルは、解除権者が留保した悔悟権(Reurecht)を想定している。

100) *Seckel, aaO. (Fn.95) S.27.*

101) *Seckel, aaO. (Fn.95) S.27.*

102) *Seckel, aaO. (Fn.95) S.28.* これは、解除権が代金債権を返還請求権に転換させるものとして機能するため、代金債権に対して独立性をもたないということであると思われる。

債務引受人である<sup>103)</sup>。

（2c）双務契約（売買）において解除権者（売主）と相手方（買主）の双方が未履行の場合。（2a）と（2b）により、債権譲渡と債務引受によって全債務関係が移転した場合にのみ、解除権も移転する<sup>104)</sup>。

（2d）双務契約（売買）において解除権者（売主）と相手方（買主）の双方が履行済みの場合。この場合、双方の履行によって債務関係は消滅している。（1b）により、解除権は単独で譲渡することができる<sup>105)</sup>。

以上（1a）から（2d）の端々に見られるように、ゼッケルは、契約当事者の地位あるいは契約関係の内容が債権および債務に尽きるという前提に立っている<sup>106)</sup>。このような理解は現在では克服されており、そのためにゼッケルの見解には、現在から見れば首肯できない点が多い<sup>107)</sup>。それゆえに、現在では、ゼッケルの見解は支持されていない<sup>108)</sup>。他方、このことを措いてゼッケルの見解を見ると、ゼッケルは、形成権と法律関係との独立性という基準を立てつつも、解除権については、独立性の有無を、解除権の行使が法律関係に対してもつ機能という観点から判断している。特に、——場面ごとにとという意味ではあるものの——具体的な検討をしていることは、学説の展開を俯瞰する際には留意をしておくべきである。

## （2）伝統的見解

### （a）形成権の区別と解除権の扱い

ゼッケルの見解が主張された以後も、学説は、権利と法的地位との関係を中心に展開をする。その中の代表的な見解は、形成権と関係する法的地位を、個々の債権および債務と契約関係全体とに分け、それぞれと形成権との関係性にもとづいて、形成権の譲渡可能性を論じる。この見解

103) *Seckel*, aaO. (Fn.95) S.28.

104) *Seckel*, aaO. (Fn.95) S.29.

105) *Seckel*, aaO. (Fn.95) S.29.

106) ドイツ法で契約上の地位の移転に関する議論が本格化したのは、デメリウスの論文（*Heinrich Demelius, Vertragsübernahme, JherJB 72 (1922), S.241ff.*）以降である。ゼッケルの論考は1903年のものであるため、ゼッケルがこのような前提に立っていたことは不思議ではない。

107) たとえば、（1b）や（2b）において、ゼッケルは、解除権が譲渡された場合、そのことのみをもって、解除権の譲受人が解除権の行使によって発生する原状回復の当事者となるとしている。現在の理解では、少なくとも、解除権の行使によって発生する原状回復請求権ないし義務も移転させなければならないであろう。

108) 契約関係についての理解からゼッケルの見解を批判するものとして、*Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.407 など。また、ゼッケルと同時期には、カズイスティックにすぎるとの批判がなされていた（*Andreas von Türr, Der Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1.Band, Goldbach 1997, Nachdruck des 1914 erschienenen Werks, S.226 Fn.25*）。しかし、その後のドイツ法の議論の展開を見る限り、むしろこの点は評価されてもよいように思われる。



は、かつては通説とまでされたものであり、現在では伝統的見解として位置づけられている<sup>109)</sup>。

伝統的見解は、形成権を、まず、独立的形成権 (*selbständige Gestaltungsrecht*) と非独立的形成権 (*unselbständige Gestaltungsrecht*) に分ける。独立的形成権とは、債権、債務、契約関係など、形成権者のもつ他の法的地位と結びつかず、それらに依存せずに存在する形成権のことをいう。先買権や買戻権などがこれに該当する。独立的形成権は、他の法的地位とは結びついていないため、単独で譲渡することができる<sup>110)</sup>。

これに対し、非独立的形成権とは、形成権者の債権、債務や契約関係などと結びついている形成権のことをいう。独自の価値をもたず、補助的な機能をもつにすぎないといわれることもある<sup>111)</sup>。非独立的形成権は、他の法的地位と結びついているため、単独で譲渡することはできない。

非独立的形成権が債権、債務や契約関係のいずれと結びついているのかは、次のように判断される。形成権が債権の行使、実現あるいは内容の変更などに資する場合、その形成権は債権と結びつく (債権に關係する形成権 (*forderungsbezogene Gestaltungsrecht*))。選択債務における選択権、給付確定権などがこれに該当する<sup>112)</sup>。債権に關係する形成権は、その機能により、關係する債権と分離されれば、存在理由を失うことになる。したがって、債権に關係する形成権は、關係する債権と分離することはできず、債権が移転した場合にのみ、債権とともに移転する<sup>113)</sup>。このことの根拠として、譲渡債権に対して付従的な性質をもつ権利の移転に関する401条があげられることもある<sup>114)</sup>。

109) この見解に分類されるものとしては、*Helmut Pieper*, *Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt*, Köln/Berlin 1963, S.164ff; *Uwe Seetzen*, *Sekundäre Glaubigerrechte nach Abtretung des Hauptanspruchs aus einem gegenseitigen Vertrag*, AcP 169 (1969), S.352-371; *Larenz*, aaO. (Fn.51) S.578f., 601; *Esser / Schmidt*, aaO. (Fn.57) S.311, 318 などがある。コンメンタールでは、少なくとも1970年代前半においては、この見解に依拠した記述がみられる (*Otto Palandt* (Begr.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 32.Auflage, München 1973, § 413 (S.403) [*Helmut Heinrichs*])。その後、2000年頃でもなお通説とされているものの、記述からはその地位が揺らいでいることが読み取られる (*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*: Band 2, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 4.Auflage, München 2001, § 413 Rn.11, § 398 Rn.97ff., § 399 Rn.19 [*Günter H. Roth*])。なお、この見解を最初に主張したのは、*Wolfgang Schlochoff*, *Die Gestaltungsrechte und ihre Übertragbarkeit*, Niedermarsberg 1933であるとされている。しかし、この文献は参照できていない。また、現在でもこの見解に近い立場をとるものとして、*Erman*, *Bürgerliches Gesetzbuch*: Band I, 15.Auflage, Köln 2017, § 399 Rn.12 [*Harm Peter Westermann*]。

110) 以上につき、*Pieper*, aaO. (Fn.109) S.165。なお、伝統的見解を支持する論者のすべてが、*selbständige Gestaltungsrechte* などの語を用いているわけではない。もっとも、これらの語は広く定着しているため、本稿でもそのまま用いることとする。

なお、先買権については、473条 (旧514条) が原則的に譲渡可能性を否定しているため、単独で譲渡可能なのは、当事者の合意で譲渡が可能とされた場合である。

111) *Pieper*, aaO. (Fn.109) S.166。

112) 選択権、給付確定権については、注97を参照。債務法改正による条文の変更はない。

113) 以上につき、*Pieper*, aaO. (Fn.109) S.166f。

114) 債権に關係する形成権については、この結論自体は現在でも広く認められている。401条から説明を



次に、形成権の行使によって契約関係全体に変更，解消などの変動が生じる場合，その形成権は契約関係と結びつく（契約に関係する形成権（*vertragsbezogene Gestaltungsrecht*））。解除権，取消権，解約告知権などがこれに該当する。契約に関係する形成権は，契約関係全体に影響を与えるため，契約当事者のみに帰属し，契約当事者の地位と分離することはできない。契約に関係する形成権は，債権譲渡や債務引受によっては移転せず，契約当事者の地位が移転した場合にのみ，契約譲受人に移転する<sup>115)</sup>。

このほか，契約に関係する形成権のこのような扱いについては，さらに形成権行使の相手方の保護を根拠としてあげる見解もある。この見解は，特に債権譲受人が譲渡債権の発生原因である契約の解除権を取得した場合を想定し，債権譲受人は譲渡債務者の契約相手である債権譲渡人とは異なる利害や動機によって解除権を行使する可能性があるとする。そして，債権譲渡および解除権の移転に関与していない譲渡債務者は，そのような解除を甘受する必要はないとしている<sup>116)</sup>。

このように，伝統的見解によれば，債権のみが譲渡された場合，譲渡債権の発生原因である契約の解除権は，債権譲渡人に帰属したままとなる。このとき，債権譲渡人が解除権を行使すると，債権譲受人は譲渡債権を失うとともに，譲渡債権全額に相当する損害賠償を譲渡債務者に対して請求することもできなくなる<sup>117)</sup>。そこで，伝統的見解の中には，債権譲渡人による解除権の行使は債権譲受人の同意がある場合に限り認められるとするものが多い<sup>118)</sup>。

---

するものとして，*Esser / Schmidt*, aaO. (Fn.57) S.311; *Palandt*(2020)/*Grüneberg*, § 413 Rn.4, § 401 Rn.4. BGB401条（従たる権利及び優先権の移転）

(1) 譲渡された債権のために存在する抵当権，船舶抵当権及び質権，並びに譲渡された債権のために設定された保証にもとづく権利は，その債権とともに新債権者に移転する。

(2) 〈略〉

訳出にあたっては，椿・右近編・前掲注（48）350頁〔右近〕を参考にした。401条には債務法改正による変更はない。

115) 以上につき，*Pieper*, aaO. (Fn.109) S.167; *Seetzen*, aaO. (Fn.109) S.364f; *Larenz*, aaO. (Fn.51) S.578f., 601。

116) *Seetzen*, aaO. (Fn.109) S.365. 解除権に関して述べられたものであるが，取消権や解約告知権にも妥当すると考えてよいであろう。

117) 旧BGBのもとでは，解除と損害賠償との択一関係により，債権譲受人は，損害賠償自体をすることができなくなる。本章第1節第1款2. を参照。

なお，このことから明らかなように，債権譲受人が譲渡債権についての損害賠償請求権を有することについては，争いがない。この点については，*Seetzen*, aaO. (Fn.109) S.363, 366; *Esser / Schmidt*, aaO. (Fn.57) S.311を参照。

118) *Pieper*, aaO. (Fn.109) S.167; *Seetzen*, aaO. (Fn.109) S.365; *Larenz*, aaO. (Fn.51) S.578f. なお，ゼーツェンは，債権譲渡担保において債権譲渡人（担保設定者）が損害賠償請求権の行使について債権譲受人（譲渡担保権者）から授權を受けている場合や，取立てのための債権譲渡の場合には，債権譲受人の同意は不要であるとしている（S.366）。ここには，後述する第二段階の問題における分配基準との共通性を窺うことができる（本款2. 1) b) およびc) を参照）。

## (b) 給付受領拒絶予告付き猶予期間を設定する権限

先に述べたように、旧326条1項による給付受領拒絶予告付きの猶予期間の設定は、債権者の履行請求権を排除する点で、解除と同様の効力をもつ<sup>119)</sup>。他方、この猶予期間は、債務者の履行遅滞の場合における解除の前提でもある。そこで、伝統的見解が猶予期間を設定する権限をどのように扱っているのかについても確認をしておく。以下では、債権譲渡がなされた後、譲渡債権について履行遅滞があり、猶予期間を設定する場合を想定する。

伝統的見解の中で、この問題を検討しているのはゼーツェンである。ゼーツェンは、猶予期間設定権限を債権譲受人に認めており、そのことを次のように説明する。

債務者の履行遅滞に関する旧326条2項<sup>120)</sup>は、履行遅滞のために給付が債権者の利益とならなくなった場合に、債権者に、猶予期間の設定をせずに損害賠償請求や解除をすることを認めている。これと同様のことが、旧286条2項<sup>121)</sup>にも規定されている。同条が主に片務的な債務関係に適用されることからすれば<sup>122)</sup>、猶予期間の設定をせずに給付を拒絶して損害賠償を請求する権利は、契約当事者の地位の具現ではなく、債権の具現である。そうすると、旧326条1項は、給付に対する利益の消滅の代わりに猶予期間の徒過を要件とすることで、同条2項および旧286条2項の要件を一般化し、証明責任を緩和したものにしすぎない<sup>123)</sup>。したがって、猶予期間の設定権限は、旧326条2項の権限と同様に、債権譲受人に認められる<sup>124)</sup>。

猶予期間の設定権限を債権譲受人に認めると、債権譲渡人は自身のみでは解除権を行使できなくなる。この点について、ゼーツェンは、旧326条2項における給付に対する利益の消滅については債権譲受人のみが基準とされるべきであるとし、それゆえに給付を拒絶し、履行請求権を放

119) 本章第1節第3款参照。

120) 条文については、注52を参照。

121) 旧BGB286条（遅滞による損害賠償）

(1) 債務者は、債権者に対して、遅滞によって生じた損害の賠償をしなければならない。

(2) 遅滞のために給付が債権者の利益とならないときは、債権者は、給付を拒絶して不履行にもとづく損害の賠償を請求することができる。約定解除権に関する第346条から第356条までの規定は、この場合について準用する。

訳出にあたっては、椿・右近編・前掲注(48)350頁〔今西〕を参考にした。

122) 旧286条は債務関係一般に関する規定であるものの、双務契約については旧326条が適用されるため、実際に旧286条が適用されるのは片務契約であることが多くなる。本文の記述は、このことを踏まえ、片務的な債務関係の場合にも権利が認められる以上、それは契約当事者の地位にもとづくものではなく、債権にもとづくものであることをいうものと解される。もっとも、片務契約においても契約当事者の地位を観念できる以上、旧286条2項からこのような主張をすることには疑問もある。ゼーツェンが片務契約における契約当事者の地位をどのように考えていたかは明らかではない。ただし、ゼーツェンがこの場面で片務「契約」のみを想定したかもまた、不明確である。本文において「片務的な債務関係」という語を使用したのは、このことによる。

123) このことは、いわゆる催告解除の位置づけの問題と関連する。本稿では今後の課題とせざるを得ない。

124) 以上につき、Seetzen, aaO. (Fn.109) S.366f.

棄する権限も債権譲受人にのみ認められるべきであるとする。そして、債権譲渡人は、債権譲受人が猶予期間を設定していた場合に限り、解除権を行使することができるという結論に至っている<sup>125)</sup>。

ゼーツェンによれば、同様の効果をもつ解除権と猶予期間の設定権限が、債権譲渡人と債権譲受人とに分属する。しかし、解除権の行使について決定する権限を実質的に債権譲受人に認めることで、2つの権利の衝突が回避されている。その結果として、債権譲渡人の解除権は、大きく制約を受けているということができる。

### (c) 伝統的見解に対する批判

かつては通説であった伝統的見解には、現在ではさまざまな観点から批判がなされている<sup>126)</sup>。3つに分けて説明をする。

1つめの観点は、伝統的見解が先に述べたような形成権の区別のもとで、解除権と契約当事者の地位との関係を考察していることである。この観点からなされている批判は、さらに5つに分けることができる。

第一に、債権譲渡人が債権譲渡後も契約関係の当事者であることを理由に、解除権を債権譲渡人に認めることへの批判である。伝統的見解は、解除権のような契約関係全体を変動させる権利は契約当事者にのみ認められるとして、解除権を債権譲渡人に認めている。このことに対して、債権譲渡人が債権譲渡後もなお契約関係全体を支配できることが先に証明されなければならないにもかかわらず、伝統的見解はこれを前提としているという批判がなされている<sup>127)</sup>。また、契約関係の帰趨について、契約当事者である債権譲渡人の支配が債権譲渡によってどの程度失われるのがまず検討されなければならないという批判も<sup>128)</sup>、これと同様の趣旨であるといえる。さらに、債権譲渡人が解除権を行使すれば、債権譲受人が取得した譲渡債権も消滅するため、解除権が契約関係を変動させることだけでは債権譲渡人に解除権を認める理由として不十分であるという批判も向けられている<sup>129)</sup>。これらに加えて、伝統的見解の基準が二重の基準になっているとい

125) *Seetzen*, aaO. (Fn.109) S.367f. なお、ゼーツェンは、債権譲受人は、債権譲渡人による解除に同意をする義務を負う場合には(注118参照)、債権譲渡人のために猶予期間を設定する義務も負うとしている。

126) 本項目では、批判をする論者が解除権と契約当事者の地位との関係について、どのような基本的立場に立っているのかを区別していない。批判に論者の基本的立場が特に反映されているなど、言及が必要な場合には、その都度補足をしている。逆に、特段の補足がない批判は、特定の基本的立場に依存するものではないということになる。

127) *Ingeborg Schwenzer*, *Zession und sekundäre Gläubigerrechte*, AcP 182 (1982), S.214, 218; *Peter Bydlinski*, *Die Übertragung von Gestaltungsrechten*, Wien 1986, S.10f.; *Anja Verena Steinbeck*, *Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten*, Berlin 1994, S.67; *Jan Schürnbrand*, *Gestaltungsrechte als Verfügungsgegenstand*, AcP 204 (2004), S.177, 190; *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.419.

128) *Joachim Gernhuber*, *Synallagma und Zession*, FS Ludwig Raiser, Tübingen 1974, S.57, 79; *Heinrich Dörner*, *Dynamische Relativität*, München 1985, S.295; *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.421f.

129) *Stefan Golla*, *Die Gläubigerrechte bei Leistungsstörung nach Abtretung*, Frankfurt am Main 1995,

う批判も向けられている。これによれば、伝統的見解は、債権に関係する形成権については形成権の目的<sup>130)</sup>を基準とする一方で、契約に関係する形成権については形成権の効力が及ぶ対象を基準としているとされている<sup>131)</sup>。

第二に、非独立的形成権と法的地位との結びつきに対する批判である。伝統的見解は、非独立的形成権は関係する債権や契約当時者の地位と分離できないとしている。これに対して、この分離が不可能であること自体が証明されなければならないという批判がある<sup>132)</sup>。また、債権に関係する形成権については選択債務における選択権を債権者以外の者が保持できることが<sup>133)</sup>、契約に関係する形成権については契約関係の一部である債権が譲渡できることが<sup>134)</sup>、それぞれの分離が不可能であることへの反論としてあげられている。

第三に、伝統的見解の思考方法に対する批判である。伝統的見解は、形成権を一定の基準に従って区別し、その区別にもとづいて形成権と契約当事者の地位との関係を考察する。これに対して、体系的な整序概念にもとづくものである<sup>135)</sup>、概念的ないし構成的である<sup>136)</sup>といった批判がされている。

第四は、第三の批判とも関連して、当事者の実質的な利害関係からの批判である。伝統的見解

---

S.30f.; *Norbert Sitzmann*, Die Verteilung der Folgerechte nach der Zession und nach der Übertragung der Anwartschaft, Frankfurt am Main 1998, S.24.

130) ここでいわれている「目的」とは、何のために各種の形成権に各々の効力が認められているのかということである。

131) *Jan Felix Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, Tübingen 2012, S.21f. ホフマンは、権利によって保護されるべき法的地位にある者にその権利が帰属すべきとの考えから、むしろ契約に関係する形成権についても目的を考慮する必要があるとする。

また、権利の効力の及ぶ対象から権利によって保護されるべき法的地位を導くことは必ずしもできないことから、効力の及ぶ対象を基準にすること自体に問題があるとしている。ホフマンはこのことの例として、取消権をあげている。取消権の効力が及ぶ対象は契約関係であるものの、取消権はむしろ契約上の拘束の除去に資するものであるという(つまり、契約当事者の地位が保護されるべきなのではない)。ホフマンの見解は、後に詳細に取り上げる。

132) *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.419. ハッテンハオアーは、伝統的見解が形成権と法的地位の分離が不可能であることから形成権の単独での譲渡を否定することを、循環論法であるとも批判する。そのうえで、これらを「分離不可能性のドグマ」と称している。

133) *Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.100; *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.420. 選択権の債務者への移転は、BGB264条2項によって認められている。また、第三者に選択権を付与することも、一般に認められている。これにつき、Palandt (2020) / *Grüneberg*, § 262 Rn.2.

134) *Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.65f.; *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.421. これらの批判は、特に、私的自治を根拠に形成権の単独での譲渡までを認め、また権利の分配において債権譲渡の当事者の意思を重視する立場から主張されているものである。

135) *Bydlinski*, aaO. (Fn.127) S.11. これは、実質面での考慮が不十分であることをいうものと解される。

136) *Dörner*, aaO. (Fn.128) S.296; *Schwenzer*, aaO. (Fn.127) S.219; *Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.80; *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.419.

は債権譲渡の当事者である債権譲渡人と債権譲受人の利益を無視している<sup>137)</sup>、当事者間の具体的な利害の対立を解決できない<sup>138)</sup>といった批判がこれにあたる。

第五に、伝統的見解に従った場合の具体的な帰結に対する批判である。たとえば、伝統的見解によれば、給付受領拒絶予告付きの猶予期間設定権限（旧326条1項）は債権譲受人に認められるところ、この権利は債務関係を変動させる効力を有するため、債権譲渡人に認められなければならないはずであるという批判がされている<sup>139)</sup>。このほか、差額説による損害賠償請求権についても同様のことが言われている<sup>140)</sup>。

2つめの観点は、伝統的見解が、債権譲渡人の契約当事者としての法的地位と債権譲受人の債権者としての法的地位を截然と区別<sup>141)</sup>したうえで、他方への介入の禁止を前提としていることである。伝統的見解のこのような姿勢は、契約に関係する形成権の帰属をその効力に応じて決めていることに現れているといえよう。この点については、他人の法的地位への介入の禁止が一般的には妥当するとしても、債権譲渡がされた場合にも当てはまるのかどうかこそが本来の問題であるという批判がなされている<sup>142)</sup>。債権譲渡人は自ら債権譲渡をした以上、債権譲受人による介入については甘受しなければならないという批判<sup>143)</sup>も、同様の発想によるといえる。

また、伝統的見解の多くが、債権譲渡人が解除権を行使するためには債権譲受人の同意が必要であるとしていることも、この文脈に位置づけられる。このように解除権を有していない者の同意を解除権行使の要件とすることについても、批判がされている。解除についての債権譲渡人と債権譲受人の利害は通常は対立するため、解除権を有していない者が同意をすることは考えにくく、現実性を欠くという批判が特に多い<sup>144)</sup>。一步進めて、同意を要件としたうえで同意義務の有無を検討することは、解除権自体を誰に帰属させるかの問題を先送りにしているにすぎないという見解もある<sup>145)</sup>。さらに、解除権を債権譲受人に分配すべきであるという見解からは、債権的な

137) *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.420.

138) *Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.80. 特に、譲渡債権が経済的に契約関係の主たる内容である場合にこのことが顕在化するとされている。この場合、契約に関係する形成権は、実質的に譲渡債権のみに影響を及ぼすことになるからである。なお、第四の批判も、権利の分配において債権譲渡の当事者の意思を重視する立場から主張されているものである。

139) ゼーツェンに対する批判である。*Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.414. 異なる文脈においてではあるが、*Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.67 も同旨。

140) *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.414f.; *Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.23ff.

141) ゴーラは、この区別に対する疑義を出発点として検討を行う（*Golla*, aaO. (Fn.129) S.30ff.）。ゴーラの見解は後で取り上げる。

142) *Gernhuber*, aaO. (Fn.128) S.79; *Schwenzer*, aaO. (Fn.127) S.219; *Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.67f.

143) *Schürnbrand*, aaO. (Fn.127) S.204; *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.416f. ハッテンハオアーは、債権譲渡人による形成権の行使こそが、むしろ債権譲受人に対する不当な介入になるとする。なお、これらの論者は、解除権と契約当事者の地位との分離を認める立場に立っている。

144) *Dörner*, aaO. (Fn.128) S.296; *Bydlinski*, aaO. (Fn.127) S.62; *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.416 など。

145) *Sitzmann*, aaO. (Fn.129) S.83f.



同意要件では債権譲渡人による解除権の行使を完全には阻止できないために不十分であるという批判もなされている<sup>146)</sup>。

3つめの観点は、伝統的見解が、形成権行使の相手方（債権譲渡においては譲渡債務者）の保護を根拠としていることである。これは、特にゼーツェンの見解に対する批判である。ゼーツェンは、解除権が債権譲渡人から債権譲受人に移転すると、解除権を行使する動機が変わり、そのことによって譲渡債務者が不利益を被る可能性を指摘している。これに対して、学説はほぼ一致して反論をしている。直接的には、解除権を行使する動機に対する譲渡債務者の信頼は保護に値しないという批判がなされている<sup>147)</sup>。ここでは、債権譲渡において、債権譲受人が債権譲渡人よりも厳しい取立てを行うことなどは、譲渡債務者の不利益として認められていないことが引き合いに出されている<sup>148)</sup>。さらに一般化して、解除権の債権譲受人への移転において譲渡債務者の保護を考慮することについても、反論がなされている。主なものとして、債務者は譲渡債権や解除権について譲渡禁止の合意をすることで対処できる<sup>149)</sup>、解除権の要件が充足されている以上譲渡

146) Steinbeck, aaO. (Fn.127) S.74. この批判の前提にある基本的立場については、本款2. 1) を参照。また、自身の基本的立場にもとづき、本文で述べた以外の批判をするものとして、Hoffmann, aaO. (Fn.131) S.209がある。これについては、注212および対応する本文の記述を参照。

147) Schwenzner, aaO. (Fn.127) S.220; Bydlinski, aaO. (Fn.127) S.131; Steinbeck, aaO. (Fn.127) S.71; Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.62; Schürnbrand, aaO. (Fn.127) S.183, 204; Stephan Scholz, Gestaltungsrechte im Leistungsstörungenrecht, Berlin 2010, S.113, Hattenhauer, aaO. (Fn.89) S.418. また、解除権の移転に関与していない者に対する不利益の禁止という命題からの演繹ではなく、個々の移転行為の規律に応じた解釈の必要性を説くものとして、Dörner, aaO. (Fn.128) S.149, 157, 255がある。

148) このことはドイツ法でも広く認められている。それにもかかわらずゼーツェンのような主張がなされたのは、次のような事情によるものと思われる。形成権についての検討の初期段階においては、その一方的に法律関係を変更するという性質から「形成権行使の相手方の形成権者への服従」や「契約原理を破る」といった表現や比喩がさかんに使用された。このことが、形成権行使の相手方は当初の契約相手にしか服従をしていないため、形成権者の変更は相手方の意思にもとづく服従の範囲を超えることとなり、相手方に不利益を与えるという理解へ展開したのだと思われる。ここにも、伝統的見解の概念的な思考方法の一端が現れているといえよう。「服従」や契約原理との関係については、Eduard Böttcher, Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, Berlin 1964, S.7ff. を参照。また、以上と同様のことを述べるものとして、Hattenhauer, aaO. (Fn.89) S.246.

149) Schwenzner, aaO. (Fn.127) S.220; Dörner, aaO. (Fn.128) S.157; Steinbeck, aaO. (Fn.127) S.71; Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.62; Schürnbrand, aaO. (Fn.127) S.184; Scholz, aaO. (Fn.147) S.113; Hattenhauer, aaO. (Fn.89) S.418f.

なお、譲渡禁止については399条に定めがある。

BGB399条（内容の変更又は合意による債権譲渡の禁止）

債権は、その内容を変更しなければ従前の債権者以外の者に給付をすることができないとき、又は債務者との合意により債権譲渡を禁止したときは、譲渡することができない。

訳出にあたっては、椿・右近編・前掲注（48）348頁〔貝田〕を参考にした。399条には債務法改正による変更はない。なお、399条による譲渡禁止の合意は、いわゆる物権の効力をもつ（Larenz, aaO. (Fn.51) S.581）。

債務者は解除を覚悟しなければならない<sup>150)</sup>、債務不履行をした譲渡債務者は保護に値しない<sup>151)</sup>、譲渡債務者は債権譲渡における債務者保護規定の類推によって十分に保護されている<sup>152)</sup>、などがある。

最後の点のみ補足をしておく。BGBでは、債権譲渡が譲渡債務者の関与を必要とせずこの者に対しても効力を生じることから、債権譲渡による不利益から譲渡債務者を保護する規定が置かれている。そのうち、解除権に特に関係するのが、抗弁の対抗に関する404条、譲渡債務者が債権譲渡を知らずに給付等をした場合に関する407条、譲渡債務者に譲渡の通知がされた場合に関する409条である<sup>153)</sup>。伝統的見解に対する反論は、これらの規定が413条を介して解除権の移転にも準用されることで、譲渡債務者の保護が図られるというものである。この反論によれば、譲渡債務者は、債権譲渡の時点において債権譲渡人による解除権の行使に対する抗弁を有していた場合、その抗弁を債権譲受人にも対抗できる（404条）。譲渡債務者は、解除権の移転を知らなかった場合は、なお債権譲渡人が解除権を有していると主張することができる（407条）。譲

150) Bydlinski, aaO. (Fn.127) S.131; Steinbeck, aaO. (Fn.127) S.71; Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.62; Schürnbrand, aaO. (Fn.127) S.184, 204.

151) Golla, aaO. (Fn.129) S.154; Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.62; Scholz, aaO. (Fn.147) S.113.

152) Steinbeck, aaO. (Fn.127) S.72; Schürnbrand, aaO. (Fn.127) S.184; Scholz, aaO. (Fn.147) S.113; Hattenhauer, aaO. (Fn.89) S.418. これらの批判は、特に、私的自治を根拠に形成権の単独での譲渡までを認め、また権利の分配において債権譲渡の当事者の意思を重視する立場から主張されているものである。

#### 153) BGB404条（債務者の抗弁）

債務者は、債権が譲渡された時点において旧債権者に対して有していた抗弁をもって、新債権者に対抗することができる。

#### BGB407条（旧債権者に対する給付）

- (1) 債権者は、債務者が債権の譲渡よりも後に旧債権者に対してした給付、及び債権の譲渡よりも後に債務者と旧債権者との間でなされたその債権に関するすべての法律行為について、自己に対するその効力を認めなければならない、ただし、債務者が給付又は法律行為をした時に譲渡を知っていたときは、この限りでない。
- (2) 債権の譲渡よりも後に債務者と旧債権者との間で係属した訴訟についてその債権に関する確定判決があったときは、新債権者は、その判決の自己に対する効力を認めなければならない、ただし、債務者が訴訟の係属の時に譲渡を知っていたときは、この限りでない。

#### BGB409条（債権の譲渡の通知）

- (1) 債権者は、債権を譲渡したことを債務者に通知したときは、譲渡を行わず、又は譲渡が無効であったときでも、債務者に対して通知した譲渡の自己に対する効力を認めなければならない。債権者が譲渡に関する証書をその証書において指名された新債権者に交付し、かつ、新債権者がそれを債務者に呈示したときも、通知をした場合と同様とする。
- (2) 通知は、新債権者として指名された者の承諾がある場合にのみ撤回することができる。

訳出にあたっては、椿・右近編・前掲注（48）352頁〔貝田：404条〕、357、360頁〔松井：407、409条〕、を参考にした。いずれの条文にも債務法改正による変更はない。

渡債務者は、解除権の譲渡の通知を受けた場合は、その通知を前提に行動することができる（409条）<sup>154)</sup>。もっとも、譲渡債務者の保護がこれで十分であるかどうかは、伝統的見解に反対する見解の中でも一致をしているわけではない<sup>155)</sup>。

#### b) 履行障害の場面における債権譲渡人と債権譲受人の利益に着目する見解

学説では、伝統的見解のほかにも、解除権と契約当事者の地位との分離を認めない見解が主張されている。これらの見解は、伝統的見解を批判しつつ、別の観点から、契約当事者への解除権の帰属を説明する。まずは、履行障害の場面における債権譲渡人と債権譲受人の利益に着目をするゴーラの見解を取り上げる。ゴーラの論考は、双務契約にもとづく債権が譲渡された後に譲渡債権について履行障害が発生した場合における二次的権利の分配を対象とするものである。また、二次的権利のうち、解除権と損害賠償請求権（履行に代わる損害賠償請求権）のみが検討の対象とされている。

#### (1) 広義の債務関係と二次的権利の関係

ゴーラは、出発点として、伝統的見解が債権譲渡の場合に、債権譲渡人と譲渡債務者による広義の債務関係<sup>156)</sup>の領域と、債権譲受人と譲渡債務者による譲渡債権の領域とを截然と区別していることを疑問視する。そのうえで、次のように述べる。

伝統的見解は、この区別にもとづき、それぞれの領域に影響を及ぼすことができる者に、その影響の内容に応じた二次的権利を分配している。たとえば、伝統的見解によれば、債権譲受人は、債権譲渡がされても広義の債務関係の領域に取り込まれることはない。それゆえに、解除権は債権譲渡人のみに認められる。しかし、解除権の行使は、債権譲受人の損害賠償請求権を消滅させるという点で<sup>157)</sup>、譲渡債権の領域にも影響を与える。このような結果は、伝統的見解が上記のような領域の分離を前提とすることによる。領域の分離を前提とはせずに、二次的権利の分配がされなければならない<sup>158)</sup>。

表現がやや独特ではあるものの、以上の批判は、要するに、伝統的見解の「債権に関係する形

154) *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.418. なお、409条の場面は、合意による解除権の譲渡を認めることが前提になっている。

155) 本款2. 1) e) を参照。

156) ゴーラは、広義の債務関係 (*Schuldverhältnis im weiteren Sinne*) という語を使用している。ドイツ法では、*Schuldverhältnis* という語には、債権者と債務者の間の個々の給付関係と、両者の間の法律関係全体との両方の意味がある。そこで、前者が狭義の債務関係 (*Schuldverhältnis im engeren Sinne*) 後者が広義の債務関係と呼ばれている。前者は個々の債権や債務を指し、後者は契約関係などを指す。もっとも、ゴーラは、契約関係そのものというよりは、契約関係にある当事者の関係の全体（契約関係も1つの要素にとどまる）というようなニュアンスで、広義の債務関係という語を使用している。そこで、広義の債務関係という語は日本法では一般的ではないものの、本稿でもこの語をそのまま使用している。

157) これは、旧BGBでの解除と損害賠償の択一関係にもとづく記述である。

158) 以上につき、*Golla*, aaO. (Fn.129) S.30ff.。

成権」と「契約に関係する形成権」の区別と、それにもとづく権利の分配とを批判するものである。もっとも、ゴーラは、このような区別の根本が、上記のような領域の分離にあるとしている<sup>159)</sup>。この点がゴーラの見解の特徴であるといえる。

ゴーラは、以上の問題意識のもと、譲渡債権ないし広義の債務関係<sup>160)</sup>と二次的権利との関係を検討することで、二次的権利の分配を明らかにしようとする<sup>161)</sup>。先に概要を述べると、ゴーラの見解は、譲渡債権ないし広義の債務関係と二次的権利との関係を分析したうえで、その結果を踏まえつつ、債権譲渡の当事者の利益に応じて二次的権利を分配するというものである。

まず、譲渡債権ないし広義の債務関係と二次的権利との関係について、ゴーラは、次のように述べる。

双務契約においては、債務者の負う債務の履行不能<sup>162)</sup>は、給付の交換を挫折させるという意味で、広義の債務関係全体に影響を及ぼす。このとき、法律により、債権者には、本来の給付による利益の埋め合わせを獲得させるために、種々の権利が付与される。この権利の行使に応じて、広義の債務関係には債権者の権利に応じた変更が生じる（権利が行使されるまでの間、広義の債務関係は不確定な状態にある）。これらの権利が、履行障害における二次的権利である<sup>163)</sup>。具体的には、解除権は、広義の債務関係を、原状回復を内容とする債務関係に変更する。損害賠償請求権も、同様に広義の債務関係を変更させる<sup>164)</sup>。損害賠償が差額説によって請求された場合、それまでの給付の交換関係は、双方の給付の差額の賠償を内容とする1つの関係に変更される<sup>165)</sup>。損害賠償が代物説によって請求された場合は、給付の交換関係は結果的に復活する。しかし、債権者に対してなされるべき給付の内容が当初とは異なるものになっており、また、広義の債務関

159) 伝統的見解が契約当事者の地位と債権者の地位とを厳格に区別していることに対する批判をするのは、ゴーラに限られない。もっとも、論者の多くは、伝統的見解の箇所ですべてのように、債権譲渡人と債権譲受人との相互の介入の禁止の文脈でこの区別に言及をしている。これに対し、ゴーラは、債権譲渡によって広義の債務関係、すなわち契約当事者の地位の一部が債権譲受人に移転するという理解をしている節がある（Golla, aaO. (Fn.129) S.147）。ゴーラによる伝統的見解に対する批判の背景には、このような理解があるようにも思われる。

160) ゴーラは、広義の債務関係には、当事者間に法的な効力をもたらす「源泉」としての理解と、当事者間に発生した法律効果や法律関係の総体としての理解の2つがあるとする。そして、両者は互いに排斥し合う関係にはないものの、二次的権利の分配に関しては、後者の理解によるとしている。これは、二次的権利の分配の問題が、債務者の履行障害によって発生した法律効果の分配の問題であるからだという。以上につき、Golla, aaO. (Fn.129) S.95ff. ゴーラの叙述は必ずしも明快ではないが、契約を例にとれば、「契約にもとづく債権」というときの契約は前者の理解に、契約にもとづいて発生した債権や債務などをまとめて「契約関係」というときの契約は後者の理解にあたるものと思われる。

161) Golla, aaO. (Fn.129) S.32.

162) ゴーラは、具体的な検討においては、債務者の帰責事由による履行不能のみを対象としている。

163) 以上につき、Golla, aaO. (Fn.129) S.110ff, insb. 113ff.

164) Golla, aaO. (Fn.129) S.118ff.

165) Golla, aaO. (Fn.129) S.122ff.

係の目的も、当事者双方の給付に対する利益の実現ではなく、債権者の利益の実現となっている。これらの点で、この場合にも広義の債務関係に変更が生じている<sup>166)</sup>。以上のことから、二次的権利である解除権と損害賠償請求権は、いずれも、個々の債権ではなく、広義の債務関係全体に関係する<sup>167)</sup>。

## (2) 二次的権利の分配

続いて、ゴーラは、債権譲渡後に譲渡債権が履行不能となった場合における債権譲渡人と債権譲受人の利益にもとづいて、二次的権利を分配する<sup>168)</sup>。このとき、ゴーラは、解除権と損害賠償請求権がいずれも広義の債務関係に関係することから、両権利は一次的には広義の債務関係の「関係点」である債権譲渡人に認められることを前提としている<sup>169)</sup>。これは、両権利は、債権譲受人に分配する積極的な根拠がない限りは、債権譲渡人に分配されるということであると解される。ゴーラの見解は、次のとおりである。

履行障害があった場合において重要な債権者の利益は、挫折した給付の賠償を得る利益と、反対給付義務から解放される利益である。前者の挫折した給付の賠償を得る利益は、債権譲渡の後には、債権譲受人のみが有している。この賠償を本来の給付の形としてであれ、代替物としてであれ、債権譲受人が獲得するというのが、債権譲渡の当事者の意思にも適っている。したがって、損害賠償請求権は債権譲渡人に分配される<sup>170)</sup>。これに対し、債権譲受人は反対給付義務を負っていない以上、後者の反対給付義務から解放される利益をもつのは、債権譲渡人のみである。債権譲受人にとっては、譲渡債権の実現のためには反対給付がなされることが望ましい。この点で、債権譲受人は、むしろ解除権の不行使について利益をもつ。しかし、このような不行使に対する利益は、解除権を付与する根拠としては不十分である。したがって、解除権は債権譲渡人に分配される<sup>171)</sup>。

以上のように解除権と損害賠償請求権の分配先が分かされると、両権利の行使は、択一関係にある旧BGBのもとでは互いに相手方への介入となる<sup>172)</sup>。ゴーラは、この状況を、次のように、債権譲渡人と債権譲受人の利益の衡量によって解決しようとする。

166) Golla, aaO. (Fn.129) S.125f.

167) Golla, aaO. (Fn.129) S.128f.

168) ゴーラは、このことの前提として、二次的権利と広義の債務関係との関係性が債権譲渡によっても失われないことを確認している。その理由は、両者の関係性の根拠が広義の債務関係の双務性にあるところ、この双務性が債権譲渡の後も失われないことだとされている。この点につき、Golla, aaO. (Fn.129) S.140ff.

169) Golla, aaO. (Fn.129) S.147f. この「関係点」というのは、債権譲渡人と譲渡債務者を当事者とする広義の債務関係それ自体は、債権譲渡があったとしても、なおこの両者の間に存在することをいうものと思われる。

170) Golla, aaO. (Fn.129) S.149f.

171) Golla, aaO. (Fn.129) S.151f.

172) Golla, aaO. (Fn.129) S.153.



債権譲渡があった場合、債権譲渡人は、債権譲受人に対し、自身が反対給付義務を履行することで譲渡債権を実現させるということを約している。このとき、債権譲渡人は譲渡債権の対価を債権譲受人から獲得しているところ、これは、譲渡債務者への反対給付の対価に相当する。これらのことによれば、譲渡債務者の負う債務の履行不能の際に、債権譲渡人が反対給付義務から解放されることは、債権譲渡の当事者の間では想定されていない。したがって、反対給付義務からの解放に対する債権譲渡人の利益は、譲渡債権の実現に対する債権譲受人の利益に劣後する<sup>173)</sup>。

具体的に、解除権については、その行使によって債権譲受人の損害賠償請求権が消滅することになるため、債権譲渡人は、債権譲受人の同意がなければ行使をできない<sup>174)</sup>。このとき、債権譲受人は同意の義務を基本的に負わない。ただし、債権譲渡人が解除をした場合、債権譲受人には、債権譲渡契約の目的不達成にもとづく不当利得返還請求権が認められる（812条1項2文後段<sup>175)</sup>）。そこで、このことにかんがみ、反対給付からの解放ないし給付した物の取戻しに対する債権譲渡人の利益が、譲渡債権の実現に対する債権譲受人の利益よりも重大な場合には、債権譲受人に同意の義務が認められることがありうる<sup>176)</sup>。また、損害賠償請求権については、まず代物説による場合、これによって債権譲渡人を反対給付義務に拘束し続けることにはなる。しかし、債権譲渡人の利益が債権譲受人の利益に劣後するため、債権譲受人は単独でこの請求をすることができる<sup>177)</sup>。これに対し、差額説による損害賠償請求は、債権譲渡人を反対給付義務から解放しつつ、債権譲受人に賠償を獲得させる。そこで、二次的権利の中から差額説による損害賠償請求を選択することは、債権譲渡人と債権譲受人の共同でなされなければならない<sup>178)</sup>。

以上のように、ゴーラが解除権の分配の根拠とするのは、解除権が広義の債務関係に効力を及ぼすということではなく、履行障害の際の反対給付義務からの解放に対する利益が債権譲渡人に

173) 以上につき、Golla, aaO. (Fn.129) S.154f.。ゴーラは、履行障害においてどの二次的権利を行使するかを選択は、広義の債務関係の関係点である債権譲渡人に委ねられているとしつつ、債権譲渡人がこの選択を債権譲受人に委ねた場合には、債権譲受人が選択をできるとする。そして、この委譲があったかどうかについては、補充的解釈によって確定されるという立場をとっている。本文の内容は、当事者の原則的な利益状況として述べられている。

174) Golla, aaO. (Fn.129) S.157f. これに対しては、伝統的見解に対するのと同様の批判が向けられよう。注144から146に掲げた文献を参照。

175) BGB812条（返還請求権）

(1) 法律上の原因なく他人の給付又はその他の方法によってその他人の費用をもって利益を受けた者は、それをその他人に返還する義務を負う。この義務は、法律上の原因が後に消滅し、又は法律行為の内容に従い給付によって意図されていた結果が生じない場合にも生じる。

(2) 契約によってなされた債務関係の存在又は不存在の承認は、給付とみなす。

訳出にあたっては、柚木馨（補遺：上村明廣）『現代外国法典叢書（2）独逸民法〔Ⅱ〕債務法』783頁以下（有斐閣・復刊版・1955年）を参考にした。812条には、債務法改正による変更はない。

176) 以上につき、Golla, aaO. (Fn.129) S.158ff.

177) Golla, aaO. (Fn.129) S.155ff.

178) Golla, aaO. (Fn.129) S.172.

あり、解除権がその利益に資するということである。ただし、この利益が通常は債権譲受人の譲渡債権の実現に対する利益に劣後するという理由で、ここでも債権譲渡人による解除権の行使に制約が課されている。もっとも、ゴーラがこのような利益の優劣関係を、あくまでも先述の双方の利益が衝突した限りにおいて、かつ極めて経済的な観点から考えていることには、注意を要する。すなわち、ゴーラは、反対給付義務からの解放に対する債権譲渡人の利益と、譲渡債権の実現に対する債権譲受人の利益とが衝突した場合には、後者が優先するとしている。しかし、それ以上に、債権譲受人が債権譲渡人に対し、反対給付義務から解放されるように強いることは認めていない。その理由として、広義の債務関係が不確定な状態にあるときの債権者の利益があげられている<sup>179)</sup>。この利益とは、ゴーラが二次的権利の選択権が一次的には債権譲渡人にあるとしていることによれば、まさにそのような選択の利益であると考えられる。また、上述のとおり、ゴーラは、債権譲受人の債権譲渡人に対する目的不達成にもとづく不当利得返還請求が認められる場合には、債権譲渡人による解除権の行使について、債権譲受人に同意の義務が認められうとしている。以上のことにかんがみれば、ゴーラの見解は、一次的には広義の債務関係の当事者である債権譲渡人に、解除を含めた広義の債務関係の形成に関する選択ないし利益を認めつつ、債権譲渡の際のとりわけ経済的な利益衡量により、その利益を一定程度制約するものであるといえるように思われる<sup>180)</sup>。

### c) 権利による保護の内容と対象に着目する見解

伝統的見解を批判しつつ、解除権を契約当事者にのみ認める見解として、さらに、ホフマンの見解がある。ホフマンの論考も、債権譲渡がされた場合における権利の分配を対象とするものである。しかし、債権譲渡の場面にとどまらず、より一般的に誰に権利が分配されるのかという問題までさかのぼっているところに特徴がある。ホフマンは、一般的な権利の分配の基準を見出した後に、それを債権譲渡に適用するという形で検討を行っている。

#### (1) 実質権と保護権

##### (a) 実質権と保護権の意義

まずホフマンは、民法秩序が、個々人の自由の保護のための、権利分配秩序であると述べる<sup>181)</sup>。そして、この権利分配の一般的な基準の分析において、実質権 (Substanzrecht) と保護権 (Schutzrecht) という概念を用いる。実質権とは、法秩序によって保護される法的地位のこ

179) Golla, aaO. (Fn.129) S.171 Fn.113. ゴーラが差額説による損害賠償の選択を債権譲渡人と債権譲受人との共同でしなければならないとしていることも、このような理解にもとづくものである。

180) ゴーラは、解除権と契約当事者の地位とが不可分の関係にあるかどうかについては、何も述べていない。本文で述べたような理解が成り立つのであれば、ゴーラの見解に立てば、解除権は契約当事者の地位にある者に認められるべきであると考えられる。このことと、解除権と契約当事者の地位との分離を明確に認めていないことにかんがみ、本稿では、ゴーラの見解を、この分離を認めない見解に分類した。

181) Hoffmann, aaO. (Fn.131) S.33f.

とをいう<sup>182)</sup>。保護権とは、法的地位を侵害された者に、自身の法的領域と自由を守るために付与される権利のことをいう<sup>183)</sup>。さらに、このように、実質権が侵害されたときに、その地位にある者に保護権を付与する仕組みのことを、ホフマンは保護メカニズム（Schutzmechanismus）と称する<sup>184)</sup>。たとえば、所有権を実質権とすれば、物権の請求権が保護権にあたる<sup>185)</sup>。あるいは、契約関係においては、当初の給付請求権を実質権とすれば、その不履行によって発生する解除権や損害賠償請求権が保護権である<sup>186)</sup>。実質権と保護権の区別は相対的なものであり、後述するように、保護権がさらに実質権に該当することもある。

ホフマンによれば、保護メカニズムは、実質権にもとづいてのみ正当化することができ、かつ、実質権の権利者のもとでのみ機能を果たす。ホフマンは、このことを目的拘束（Zweckbindung）と称し、この目的拘束のために、保護メカニズムは実質権から分離することができないとする<sup>187)</sup>。そして、実質権が侵害された場合には、保護メカニズムの目的拘束により、実質権者に、侵害に応じた保護権が常に原始的に付与されることになる<sup>188)</sup>とされている。

以上によれば、ホフマンの構想においては、保護メカニズムにもとづく保護権の付与が、民法秩序による権利分配と位置づけられることになるといえよう。

#### （b）保護権の区別と目的拘束

ホフマンは、権利分配の一般的基準の定立にあたり、保護権をさらに、権利実現的保護権（rechtsverwirklichendes Schutzrecht）と財産移転的保護権（vermögensverschiebendes Schutzrecht）とに区別する<sup>189)</sup>。権利実現的保護権とは、実質権を貫徹することで、もっぱら実質

182) Hoffmann, aaO. (Fn.131) S.40. この法的地位が意味しているものは、一般的にいわれているものと同じである。ホフマンがあえて実質権という概念を用いるのは、保護権という概念と、権利という点で揃えるためである。ホフマンの検討中、「実質権」に代えて「保護される法的地位」という表現が使用されていることもあるが、本稿では、混乱を避けるため、以下では基本的に実質権の語のみを用いる。

183) Hoffmann, aaO. (Fn.131) S.36.

184) Hoffmann, aaO. (Fn.131) S.36. これは、法律の規定そのものではなく、実質権の侵害にもとづいて保護権を付与するという抽象的な仕組みを指しているものと思われる。あえていうとすれば、保護権の根拠となる法律上の規定は、保護メカニズムを法律上の規定という形に具体化したものとなろう。

185) Hoffmann, aaO. (Fn.131) S.57.

186) Hoffmann, aaO. (Fn.131) S.40.

187) Hoffmann, aaO. (Fn.131) S.59. これは、保護メカニズムによって付与される保護権が他人の実質権への同意のない介入を伴うところ（Hoffmann, aaO. (Fn.131) S.38）、そのことは実質権の要保護性によってのみ正当化され、かつ、保護権は実質権の権利者にとってしか意義をもたないため、保護権を発生させる保護メカニズムは実質権とは切り離せない、という意味であると思われる。

188) Hoffmann, aaO. (Fn.131) S.59f.

189) ホフマンは、この区別において、請求権の性質に関するトゥールの見解を参考にしている。トゥールは、請求権を、権利者の権利行使の障害を除去するもの（物権的請求権など）と、債権者と債務者の間において債権者のための財産移転をもたらすものとに区別をする（Tuhr, aaO. (Fn.108) S.246）。ホフマンは、この区別を権利全般にも妥当させるため（債権がそれ自体に財産移転の要素を含むため、トゥー

権の実現に資する権利であり、これ自体は独立の法的地位ではない。財産移転的保護権は、法的地位をより先へ進め、実質権を超えた財産の移転を生じさせる権利である。財産移転的保護権は、それ自体が新たな価値の分配を含むため、独立の法的地位、すなわち実質権でもある<sup>190)</sup>。ここでも実質権として所有権を例にすれば、物権的請求権が権利実現的保護権、所有権侵害にもとづく損害賠償請求権が財産移転的保護権となる<sup>191)</sup>。

ホフマンは、このうち、権利実現的保護権については、次のように、目的拘束があるとする。

法秩序による保護権の付与は、付与そのものを目的としてではなく、実質権および実質権にもとづく財産分配を不当な侵害から保護することを目的としている。このような法秩序およびそれにもとづく保護権の目的は、法秩序によって保護権を付与された者に対してしか果たされない。そうすれば、権利の移転が権利者の人的な変更を必然的に伴う以上、保護権のみを実質権から分離して単独で移転させることはできない。このように、実質権に対する奉仕機能のみをもつ保護権は、目的拘束により、実質権から分離して単独で譲渡することはできない<sup>192)</sup>。

ホフマンは、具体的な例として、人格権侵害の除去請求権（人格権を実質権とする権利実現的保護権である）のみを第三者へ譲渡することや、物権的返還請求権のみを譲り受けた者が自身に対する返還を求めることは考えられないということをあげている<sup>193)</sup>。以上のことは、要するに、権利実現的保護権は、実質権を離れては観念できるものではなく、また、その意味もないということであるといえよう。

ここまでの内容をまとめると、権利の分配について、次のようにいうことができる。ある権利が権利実現的保護権にあたる場合、その権利は、侵害された実質権者に原始的に付与される。権利実現的保護権を実質権と分離して単独で移転させることはできない。ある権利が財産移転的保護権にあたる場合も、侵害された実質権者に原始的に付与される。しかし、財産移転的保護権はそれ自体が実質権でもあるため、保護対象である実質権とは分離して単独で譲渡することもできる<sup>194)</sup>。

### (c) 債権譲渡への妥当性

以上の権利分配の基準は、民法秩序一般に妥当するものとして展開されてきた。中でも、ホフ

---

ルの区別の後者が妥当しないということのようである）、本文のような区別をしている。以上につき、*Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.63f.。

190) 以上につき、*Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.64f.。なお、ホフマンは、財産移転的保護権を、法的地位をより先に進める（これは、単なる実現以上の結果をもたらすということの比喩であろう）という性質から、権利継続的保護権 (*rechtsfortsetzendes Schutzrecht*) とも呼んでいる。

191) *Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.65f.

192) 以上につき、*Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.61.

193) *Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.61f.

194) 以上につき、*Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.74f.。また、債権を実質権とする場合の保護権については、177頁以下を参照。なお、後述するように、ホフマンは、解除権の実質権を債権とはしていない。

マンが具体例としてあげていたのは、所有権や人格権などの絶対権である実質権が侵害された場合における法定の保護であった。これに対し、債権の譲渡においては、私的自治の原則が妥当する。しかも、この私的自治は、保護メカニズム自体に関して、権利分配に関してとの二重の意味で考えられる（ただし、これらは相互に無関係ではない）。そこで、ホフマンは、権利分配の基準の債権譲渡への妥当性を検討している。ホフマンは、この債権譲渡への妥当性を、目的拘束がこの場合にも及ぶことと、債権譲渡には処分行為の *numerus clausus*<sup>195)</sup> が妥当することの2点から説明をしている。

まず、目的拘束について、ホフマンは次のように述べる。

保護権が法律の規定にもとづくのか、当事者の合意にもとづくのかは、保護権の分配には影響を与えない。いずれにせよ、保護権の追求する目的は変わらないからである。したがって、この目的にもとづく保護メカニズム、実質権と保護権の区別、さらには権利分配の基準は、債権にも妥当する。したがって、債権譲渡において、保護メカニズムの一部を債権譲渡人のもとに残すようなことは認められない<sup>196)</sup>。

次に、処分行為の *numerus clausus* について、ホフマンは、債権譲渡では債務者保護が根拠になるとして、次のように述べる<sup>197)</sup>。

債務者は債権の発生に関与しているため<sup>198)</sup>、債権の具体的な性質を知っている。それゆえに、債務者は、債権の履行や侵害をするにあたって、その相手方が確定されていること<sup>199)</sup>を必要とする。債権においては、この必要性は、譲渡の可能性<sup>200)</sup>が予測ないし予見可能でなければ充たされない。したがって、債権譲渡に際して、債務者の同意を得ずに、譲渡債権の内容を質的に変更すること、言い換えれば、当初の譲渡債権とは異なる内容で権限を質的に債権譲渡人と債権譲受人とで分割することは許されない<sup>201)</sup>。

195) ここでは、処分行為である債権譲渡の内容は限定されており、当事者の合意によって自由に変更できるものではないという意味で用いられている。

196) 以上につき、*Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.80ff.。なお、ホフマンは、当事者が合意によって保護権の性質を自由に決めることは認めている。その場合には、決定された性質にしたがって、権利の分配基準が妥当することになる。

197) ホフマンは、物権においては取引の安全が根拠となるのに対し、債権についてはそれが根拠にならないとする。その理由については、*Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.88ff. を参照。

198) この関与とは、債権発生原因である合意や、損害賠償の要件を債務者が充足したことである。

199) 原文では、*Orientierungssicherheit* という語が用いられている。これは、誰に対して給付をすれば債権を履行したことになり、あるいは誰に対する行為が債権の侵害となるのかが、事前に確定しており、行為者である債務者にわかることを意味しているものと思われる。

200) どのような債権譲渡をすることができるか、言い換えれば、債権をどのような内容で譲渡することができるのか、ということであると思われる。

201) 以上につき、*Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.91f.。本文でも述べたように、債務者の同意があれば、このことは妥当しなくなる。

また、ホフマンは、404条以下の債務者保護規定はこの場面には適当ではないとする。その理由は、



以上のことから、先述の権利の分配の基準は、債権譲渡にも妥当することになる。

## (2) 解除権の分配

### (a) 解除権の正当化根拠

続いて、解除権の分配に関するホフマンの見解を確認する。ホフマンは、解除権を含む形成権の分配は、各形成権の実体的根拠のみを基準として決定されるべきであるとする。このことは、ホフマンの見解によれば、次のように説明できると思われる。形成権は相手方の法的地位に対する一方的な介入を可能とする。このような権利を付与することは、法律が介入にあたって追求している目的によって正当化される。この目的はまさに、形成権の実体的根拠であると同時に、保護権ということからは、形成権という保護権の付与についての正当化根拠となる。したがって、保護権である形成権の分配においては、その形成権が認められる実体的根拠が考慮されなければならないのである<sup>202)</sup>。

この実体的根拠について、ホフマンは、まず、解除権が双務関係の条件的牽連性にもとづく<sup>203)</sup>ものであるとする。双務契約の当事者は、相手方からの給付を獲得するために、自己の給付を約束する。解除権は、履行障害により債権者の債権の保護がその実現という形ではもはやできなくなったことによって正当化されるという。ホフマンは、このように、契約の拘束の除去を解除権の本来の機能と理解している<sup>204)</sup>。

問題は、履行障害によって双方の給付の交換が挫折したときに、なぜ契約の解消が認められるのかである。この点について、ホフマンは、次のような理解をしている。

双務契約の当事者は、相手方が給付をするという条件のもとで、自己の給付を約束している。言い換えれば、当事者は相手方からの給付がある限りで契約に拘束されるという、限定的な拘束意思を有している。この限定的な拘束意思によれば、履行障害によって給付の交換関係が挫折し

---

numerus claususの趣旨は、事情を知っている者も含めて他人の契約内容の影響から免れさせることにあるところ、404条以下の規定は、債権譲渡を知らない債務者の保護を前提としているからであるとされている（なお、404条では債務者が債権譲渡を知っているかどうかは関係がないが、ホフマンの主張に影響はない）。そして、ホフマンは、このnumerus claususを、債権譲渡の当事者の意思に従った権利分配をする見解に対する批判の根拠としている。この点は後述する。

202) 以上につき、*Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.187ff.

203) 解除を条件的牽連性から説明するのは、一般的な理解といってよい。このような説明をするものとして、*Soergel Hans Th.*(Begr.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, Band5/2: Schuldrecht 3/2, 13.Auflage, Stuttgart 2005, Vor § 320 Rn.15 [*Beate Gsell*] [zitiert: *Soergel(5/2)/ Bearbeiter*]; *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*: Band 3, Schuldrecht Allgemeiner Teil II, 8.Auflage, München 2019, Vor § 323 Rn.3 [*Wolfgang Ernst*] [zitiert: *Münchener (2019) /Bearbeiter*]; *Hannes Unberath*, *Die Vertragsverletzung*, Tübingen 2007, S.208.

204) 以上につき、*Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.204f.。ホフマンは特に、給付義務に違反をした債務者に対する制裁や、給付をしない債務者に対する圧力的手段ではないことを強調している。この点については、*Thomas Lobinger*, *Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten*, Tübingen 2004, S.318も参照。

た場合、債権者は、もはや契約に拘束される意思を有していないといえる。この限定的な拘束意思は契約の合意に現れており、解除権は、この拘束意思を法的に表現したものである。したがって、解除権は、契約の合意に内在しているものであり、当事者の意思にもとづく<sup>205)</sup>。

このような理解にもとづき、ホフマンは、解除権を、現実の契約関係の展開が債権者の当初の意思とは一致しなくなった場合に、そのような意図しない拘束から債権者を解放するための権利であると捉える。それゆえに、解除権は、自己決定を侵害する拘束の除去を目的とする権利であり、自己決定の保護に資するものであるとする<sup>206)</sup>。このことから、ホフマンは、解除権を、自己決定を実質権とする権利実現的保護権と位置づける<sup>207)</sup>。

## （b）解除権の分配

解除権は、契約当事者の自己決定を保護する権利実現的保護権であるならば、契約にもとづいて発生した債権の保護を目的とするものではないということになる。ホフマンによれば、債権譲渡がされたとしても、解除権の正当化根拠である、現実の契約関係の展開と債権者の意思との齟齬は解消されない。これは、債権譲渡人が、債務者から受けるはずであった給付に相当する額を債権譲渡の対価として債権譲受人から受け取ったとしても同様であるとされる。債権者の拘束意思は、あくまでも契約相手である債務者から給付を受けるという条件で限定されていることが、その理由とされている。したがって、債権譲渡がされた場合でも、解除権は、実質権である自己決定の主体である債権譲渡人に分配される<sup>208)</sup>。また、権利実現的保護権という性質により、解除権は実質権である自己決定から分離することはできないとされている<sup>209)</sup>。この自己決定が契約当事者によるものである以上、解除権は契約当事者の地位から分離できないということになろう。

解除権の分配自体についてのホフマンの見解は以上のとおりである。以下では、この分配にもとづく当事者の実質的利害や、関連する事項について、4点、ホフマンの叙述を確認しておく。

第一に、債権譲渡人と債権譲受人の利害について、ホフマンは次のように述べて、解除権の債権譲渡人への分配を正当化する。

債権譲渡において、譲渡債権の履行のリスク（譲渡債務者の無資力のリスク）を負うのは、原則として債権譲受人である。債権譲渡によって解除権が消滅するとすれば、債権譲受人は、債権譲渡人との原因関係<sup>210)</sup>にもとづいて、債権譲渡人に譲渡債務者との契約を解除するように促す

205) 以上につき、*Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.205ff.。このような理解に対しては異論もある。この問題については、第3章で検討を行う（第3章第2節第1款1. 2) b) (1)を参照）。

また、ホフマンは、保護義務の違反にもとづく解除権にも同様の根拠が妥当なとしている（*Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.207f.）。

206) 以上につき、*Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.206。

207) *Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.210。

208) 以上につき、*Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.208f.。

209) *Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.210。

210) これは、処分行為である債権譲渡の基礎にある当事者間の債権的合意を指す。債権の売買や譲渡担保

ことができなくなる。その結果、債権譲受人は、実現の見込みの小さい譲渡債権の行使をするしなくなる。これに対し、債権譲渡人が解除をすれば、債権譲受人には、譲渡債務者から債権譲渡人に返還された反対給付を担保する可能性がある。したがって、解除権を債権譲渡人に分配することは、債権譲受人の利益にも適う<sup>211)</sup>。

また、ホフマンは、解除権が債務者に対する制裁ではなく、自己決定に反する拘束からの解放を目的とすることから、解除権の行使が債権譲受人の譲渡債権を消滅させることも正当化されるとしている<sup>212)</sup>。

第二に、債権譲渡の際に解除権を債権譲渡人に分配した場合、債権譲受人は、解除権を有していないにもかかわらず、譲渡債権について免除や支払い猶予をすることで、解除権の要件の充足を妨げることができる。このことは、債権譲渡人が自らした債権譲渡の結果であるところ、自己決定の保護権としての解除権の位置づけとの矛盾が問題となりうる。ホフマンはこのような可能性について述べても、この矛盾を否定している。その理由は、債権譲渡人が債権譲渡によって債権譲受人に上記のような可能性を付与したとしても、債権譲渡人にはなお、債権譲受人との内部関係において、債権譲受人による解除権の要件充足の阻止にもとづいて対処をする可能性が残されているからであるという<sup>213)</sup>。このように、解除権の要件の充足の一部が債権譲受人に委ねら

---

の合意などである。ドイツ法が無因主義を採っているため、このような表現が一般的に用いられている。

211) 以上につき、*Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.209. もっとも、これについては、補足が必要であろう。第一に、ホフマンは、解除権が債権譲渡人に分配されないのであれば、債権譲渡によって解除権が消滅すると考えている。つまり、債権譲受人に解除権が移転するとは考えていない。このことは、ホフマンの見解に照らせば当然のことである。

第二に、譲渡債権の履行のリスクを負うのが債権譲受人である以上、譲渡債権に履行障害が発生しても、債権譲渡人はその責任を負わないはずである。したがって、この場合に、債権譲渡人は、債権譲受人に対して、解除権を行使する義務を原則としては負わないものと考えられる。さらに、解除権の行使は譲渡債権の実現の可能性を高めるものでもない。そうすると、原因関係でそのような義務の合意がない限りは、債権譲受人ができるのは、債権譲渡人に対して解除を「促す」ことに尽きると考えられる。

第三に、すぐ後に述べるように、ホフマンは、解除権が自己決定の保護を目的とすることから、解除権の行使による譲渡債権の消滅を正当化している。そうすれば、債権譲受人は、解除権の行使による譲渡債権の消滅を理由として、債権譲渡人に「責任追及」をすることはできないと思われる。債権譲渡人が解除権を行使した場合に、債権譲受人が債権譲渡人へ返還された反対給付を担保できることについては、不当利得返還請求権（812条1項2文後段）が根拠となりうると思われる。不当利得返還請求については、注175を参照。

以上のことからすれば、本文の叙述は、債権譲受人にとっては、解除権が消滅するよりは債権譲渡人のもとに残存していた方がよいという程度のものであるともいえる。なお、ホフマンは、債権譲受人には、譲渡債務者の履行障害を理由に、債権譲渡人との間の債権譲渡の原因契約を解除する可能性があることも述べている（*Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.208）。もっとも、これも、当事者の原因関係に左右されよう。

212) *Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.209. このことは、債権譲渡人による解除権の行使を、債権譲受人の同意がある場合にのみ認める見解に対する反論として述べられている。

213) 以上につき、*Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.209f.。ホフマンの意図するところは、次のようなものだと思う

れることも、債権譲渡人への解除権の分配への障害にはならないとされている。

第三に、解除権の行使によって原状回復などの権利関係の変動が生じることにかんがみれば、解除権には財産移転の保護権の性質があるといえなくもない。ホフマンは、これも否定して、権利実現的保護権としての位置づけを正当化する。ホフマンの述べるところは、次のように解される<sup>214)</sup>。

債務者の履行障害によって債権者の拘束意思の前提が欠けると、その時点で債務者の実質権（債権者に対する債権）は内部的な法的原因を欠くことになる<sup>215)</sup>。この場合でも解除がされるまでは債務者の反対債権および契約の拘束が維持されるのは、形成権という法技術的な構成の結果、言い換えれば、解除権者に解除の選択権を付与するという制度設計の結果である。つまり、債務者の利益を考慮したものではない。それゆえに、解除がされるまで維持されている債務者の実質権は、実体的・規範的な根拠を欠く。したがって、そのような実質権が解除によって債務者から剥奪されるとしても、それは実体的な財産移転を発生させるものではないということになる<sup>216)</sup>。

第四に、差額説による損害賠償請求との関係である。ホフマンは、差額説による損害賠償請求は、解除権と同様に、双務契約の条件的牽連性にもとづくとする<sup>217)</sup>。したがって、解除権と同じく、債権譲受人は、差額説による損害賠償請求をすることができないとされる。これに対し、債権譲渡人は、譲渡債権の債権者の地位を失っているため、履行に代わる損害賠償請求自体をすることができない<sup>218)</sup>。したがって、ホフマンによれば、債権譲渡人と債権譲受人とのいずれも、差額説による損害賠償請求をすることはできないことになる<sup>219)</sup>。

以上ここまで述べてきたホフマンの見解は、権利の類型化およびそれにもとづく分配については、独特なものといえる。他方で、そこでなされている実質的な考慮は、利益の保護という観点から権利の目的に着目をし、その目的に相応しい者に権利を付与するものであるといえ、示唆に

---

われる。債権譲渡人は、債権譲受人による解除権の要件の充足の阻止で損害を被ったのであれば、原因関係にもとづいて、債権譲受人との間で解決をする可能性が残されている。それゆえに、譲渡債務者との契約における限定的な拘束意思ないし自己決定は、その限定が債権譲受人による行為で飛び越えられたのであれば何らかの対応をするという意味で、なお放棄されていないといえることができる。

214) ここでも、ホフマンの叙述はあまり明快ではない。そこで、この点については、説明を筆者が補っていることをことわっておく。

215) このことを述べるものとして、Unberath, aaO. (Fn.203) S.362; Soergel Hans Th.(Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, Band5/3: Schuldrecht 3/3, 13.Auflage, Stuttgart 2010, Vor § 346 Rn.19 [Thomas Lobinger] [zitiert: Soergel(5/3)/ Bearbeiter]。

216) 以上につき、Hoffmann, aaO. (Fn.131) S.210。このことは、解除権の単独での譲渡を認める見解が、その根拠として解除権に財産的価値があることを認めていることへの反論となりうる。この見解については、次項2) b) (2) を参照。

217) Hoffmann, aaO. (Fn.131) S.149f.

218) 履行に代わる損害賠償請求権が債権譲受人に分配されることについては、Hoffmann, aaO. (Fn.131) S.147ff。

219) 以上につき、Hoffmann, aaO. (Fn.131) S.210。

富むものである。

## 2) 解除権と契約当事者の地位との分離を認める見解

### a) ゲルンフーバーの見解

比較的早い時期において、不完全ながら解除権と契約当事者の地位との分離を認めていたものとして、ゲルンフーバーの見解がある。ゲルンフーバーの論考は、特に債権売買の場面を念頭に、債権譲渡後の権利の分配を対象とするものである。ゲルンフーバーは、伝統的見解を批判し<sup>220)</sup>、権利の分配にあたっては、債権譲渡の目的と、その目的と権利の関連性を基準とすべきであると説く。

まず、債権譲渡の目的について、ゲルンフーバーは、次のように述べる。

債権譲渡の目的は、債権に流通可能性を与えて取引の客体とすることにある。このことの結果として、特に、債権譲受人は債権譲渡人を介在させずに譲渡債権の履行を受けることができる。これは、債権譲受人のみが譲渡債権の債権者となり（402条<sup>221)</sup>）、給付およびその代替物を債権譲受人のみが受領できるということを意味する<sup>222)</sup>。この債権譲受人の排他的地位は、債権の流通性を支えるものである。逆に、債権譲受人が債権譲渡人に依存することになれば、債権の流通性が阻害される<sup>223)</sup>。

このような理解のもと、ゲルンフーバーは、債権譲渡人と債権譲受人の利害も加味して、解除権の分配について検討をする。まず、債権譲渡人への分配について、ゲルンフーバーは次の3つの問題を指摘する。第一に、旧BGBにおける解除と損害賠償との択一関係により、債権譲渡人が解除をすると、債権譲受人の損害賠償請求権が消滅する。両者の競争となった場合には債権譲渡人の方が有利であるため、債権譲受人は、譲渡債務者に迅速な給付を促すことしかできなくなる<sup>224)</sup>。ここではっきりとは述べられていないものの、ゲルンフーバーの理解のもとでは、このことは、債権譲渡人への依存にあたり、債権の流通性を阻害することにもなる。第二に、債権譲

220) ゲルンフーバーによる批判については、注128、142および対応する本文の記述を参照。

221) BGB402条（情報提供義務；証書の交付）

旧債権者は、新債権者に対し、債権を主張するために必要な情報を提供し、かつ、債権の証明のために適した証書を、自己が占有する限りにおいて、交付しなければならない。

訳出にあたっては、椿・右近編・前掲注（48）351頁〔貝田〕を参考にした。402条には債務法改正による変更はない。

222) ゲルンフーバーは、債権譲受人が給付の代替物も受領できることについて、債権譲渡人が譲渡債権の履行のリスクを負わない以上、債務者が本来の給付を履行しないときに、給付の代替物を受領する権利を債権譲受人に認めないことは困難であるとしている（Gernhuber, aaO. (Fn.128) S.80f.）。

223) 以上につき、Gernhuber, aaO. (Fn.128) S.80f.。債権譲渡人への依存の例としては、404条による債務者の抗弁の対抗があげられている。

224) Gernhuber, aaO. (Fn.128) S.91ff. 債権譲渡人の方が有利な理由は、解除権が行使された場合には損害賠償請求をする余地がなくなるのに対し、損害賠償請求権が行使された場合には後の解除によって覆されるからであるとされている。



渡人は、解除権を行使して譲渡債権を消滅させれば、債権譲受人からの償還請求を覚悟しなければならない。したがって、債権譲渡人は解除権の行使について利益をもたない<sup>225)</sup>。第三に、債権譲渡人は、解除によって、自身の反対給付義務が消滅するという影響を受けるにすぎない。それゆえに、債権譲渡人が債務関係の支配者であることを理由に解除権を分配されるというのは、誤りである<sup>226)</sup>。

もっとも、ゲルンフーバーは、債権譲受人への分配についても、問題を指摘する。それによれば、解除権は、債権の実現に資するわけでもなく、また譲渡債権の代替物でもない。さらに、債権譲受人は、仮に債権譲渡人が譲渡債権の履行リスクを負担していたとしても、自ら解除をしたのであれば、債権譲渡人に償還を請求することもできない。それゆえに、解除権は、債権譲受人にとっては破壊的な権利にすぎないという<sup>227)</sup>。

以上のことから、ゲルンフーバーは、解除について、要件は債権譲受人について充足されなければならない一方で、効果は債権譲渡人に生じることになるとする<sup>228)</sup>。そして、解除権は、両者の共同行使となるという結論に至っている。ここでは、相互に行使の義務は負わず、任意の行使を求めることのみができるという<sup>229)</sup>。もっとも、これに対しては、一方の同意を要件とすることに対するのと同様の批判<sup>230)</sup>のほか、解釈論としても無理があるという指摘がなされている<sup>231)</sup>。

ゲルンフーバーの見解は、現在では支持を受けていない。しかし、学説の展開という観点からは、ゲルンフーバーの見解は、概念的と批判された伝統的見解に、債権譲渡の目的や当事者の利益といった観点から対抗し、また、共同行使という不完全な形ではあるものの、契約当事者以外の者に解除権を認めたものとして意義を有するといえる。ゲルンフーバーの着目した観点は、後の学説にも引き継がれていくことになる。

225) *Gernhuber*, aaO. (Fn.128) S.93.

226) *Gernhuber*, aaO. (Fn.128) S.95.

227) *Gernhuber*, aaO. (Fn.128) S.95. これに対しては、債権譲受人は、自ら解除をしたとしても、債権譲渡人に対して不当利得返還請求をすることができる、という反論がある（*Dörner*, aaO. (Fn.128) S.309; *Sitzmann*, aaO. (Fn.129) S.53f.）。

228) *Gernhuber*, aaO. (Fn.128) S.95, 97. ゲルンフーバーは、債権譲受人が要件の支配者に、債権譲渡人が効果の支配者になるとしている。本文で述べたことを意図しているものと思われる。

229) 以上につき、*Gernhuber*, aaO. (Fn.128) S.95f.。合意によって行使の義務を定めることは、もちろん可能である。ゲルンフーバーは、このような任意的な関係こそが、当事者の利害に適した解決を導くことができるとしている。理想的にはそのとおりであるとしても、双方が対立した場合における解決の困難の問題は残るといえる。

230) 注144および対応する本文の記述を参照。

231) *Dörner*, aaO. (Fn.128) S.296; *Bydlinski*, aaO. (Fn.127) S.62（取消権に関する記述）; *Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.75f.; *Knut Wolfgang Nörr / Robert Scheyhing / Wolfgang Pöggeler*, *Sukzessionen*, 2.Auflage, Tübingen 1999, S.51f. [Nörr]; *Scholz*, aaO. (Fn.147) S.375; *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.416f.

## b) 当事者の私的自治を根拠とする見解

## (1) 原則的な譲渡可能性とその制約要因

解除権と契約当事者の地位との分離を認める見解の多くは、解除権を移転させようとする当事者の私的自治・契約自由を根拠とする。これらの見解の間では、どの程度まで分離を認めるか、特に解除権の単独での移転までを認めるかどうかについては、なお相違がある。しかし、私的自治を根拠に契約当事者の地位との分離を認めるという点では、この見解は、現在では多くの支持を集めている<sup>232)</sup>。この見解は、形成権もまた「権利」であることに着目し、次のように述べる。

形成権も、権利として、利益を各自がもっとも有利な方法で追求するために法秩序によって付与されたものである。権利者は、この利益を、必ずしも権利の行使によって追求する必要はない。別の方法をとることも、権利者の自由である。譲渡もそれに含まれるため、形成権も私的自治にもとづいて、自由に譲渡することができる<sup>233)</sup>。したがって、債権譲渡がされた場合に、債権譲受人に解除権を移転させることも可能となる。

以上のことについては、基本法2条1項を根拠としてあげるものもある<sup>234)</sup>。さらに、より実質的な根拠として、これまでに権利の当初の権利者への結びつきが緩和されてきたこと、債務関係の客観化および流動化がみられること<sup>235)</sup>、形成権の譲渡に対する経済的な需要があること<sup>236)</sup>、形

232) この見解を支持するものとしては、本文で取り上げるもののほか、次のものがある。*Manfred Wolf / Jörg Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11.Auflage, München 2016, S.240 Rn.43; *Julius von Staudinger*, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse: § § 397-432, Berlin 2017, § 413 Rn.13 [*Jan Busche*] [zitiert: Staudinger (2017)/*Bearbeiter*]; Münchener(2019)/*Günter H. Roth / Eva-Maria Kieninger*, § 413 Rn.12; *Heinz Georg Bamberger / Herbert Roth / Wolfgang Hau / Roman Poseck*, Bürgerliches Gesetzbuch: Band 1 §§ 1-480, 4.Auflage, München 2019, § 401 Rn.9 [*Mathias Rohe*] [zitiert: Bamberger/ Roth / Hau / Poseck /*Bearbeiter*]; Palandt(2020)/*Grüneberg*, § 413 Rn.5.

233) 以上の記述は、*Bydlinksi*, aaO. (Fn.127) S.24による。同様の見解として、*Schwenzer*, aaO. (Fn.127) S.221; *Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.41, 67; *Dörner*, aaO. (Fn.128) S.298; *Sitzmann*, aaO. (Fn.129) S.126ff.; *Nörr / Scheyhing / Pöggeler*, aaO. (Fn.231) S.46 [*Nörr*]; *Scholz*, aaO. (Fn.147) S.111; *Dominik Klimke*, Die Vertragsübernahme, Tübingen 2010, S.25; *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.412f.。

234) 基本法2条

(1) 何人も、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法に適合する秩序又は道德律に反しない限り、自己の自由な人格の発展に対する権利を有する。

(2) 〈略〉

同条をあげるものとして、*Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.41; *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.277ff.。

235) 以上の2点について、*Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.42。また、後述の形成権の単独での譲渡に関する文脈においてはああるが、同様の趣旨を述べるものとして、*Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.427ff.。

236) *Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.42. 具体的な内容は書かれていない。しかし、シュタインベックが著書の冒頭で、ファイナンスリースの設例(リース業者のサプライヤーに対する瑕疵担保にもとづく権利をユーザに譲渡することの可否)をあげていることからすれば、このような場合を念頭に置いているものと推測される。この問題はオーストリアで多く論じられてきたものであり、ビドリンスキーもこの問題に言

成権にも財産的価値が認められること<sup>237)</sup>もあげられている。

私的自治を根拠とする見解によれば、形成権は原則的に譲渡が可能ということになる。したがって、むしろ形成権の譲渡が不可能であることが論証されなければならないとされる<sup>238)</sup>。このことは、形成権の譲渡が譲渡人と譲受人との合意によって行われることにかんがみれば、当事者の合意に対する制約の問題といえることができる。私的自治を根拠とする見解は、以下のように、制約要因を想定し、その妥当性を検討している<sup>239)</sup>。

まず、形成権の一身専属性がある。特定の利益の満足という権利の機能が、当初の権利者以外の者のもとでは果たされない場合、その権利には一身専属性があるとされる<sup>240)</sup>。形成権の一身専属性は、個々の権利ごとに判断される<sup>241)</sup>。解除権については、一般に、一身専属性は否定されている<sup>242)</sup>。解除権の機能は契約遂行の障害を訂正するものであるところ、この機能は当初の解除権者の人格と結びつくものではないからであるとされる<sup>243)</sup>。

このほかの制約要因としては、形成権と法的地位との不可分な結びつき<sup>244)</sup>、形成権の譲受人に

---

及している (Bydlinski, aaO. (Fn.127) S.3)。この問題を紹介するものとして、佐藤・前掲注 (88) がある。

237) Steinbeck, aaO. (Fn.127) S.42; Scholz, aaO. (Fn.147) S.111. 財産的価値に関するシュルツの見解の詳細は、後述 (2) を参照。

238) Steinbeck, aaO. (Fn.127) S.42; Schürnbrand, aaO. (Fn.127) S.185; Scholz, aaO. (Fn.147) S.111; Hattenhauer, aaO. (Fn.89) S.413.

239) シュルンブランドは、形成権の権利性のみからは譲渡可能性が認められるとは限らないとし、制約要因が妥当しないことが確認できて初めて譲渡可能性が認められるという立場をとる (結論としては、解除権については譲渡可能性を認めている)。Schürnbrand, aaO. (Fn.127) S.180, 189 を参照。

また、以下に掲げる制約要因のほか、債権譲渡の際の権利分配の問題に関して、いわば逆向きの制約要因として、債権譲渡の目的をあげる見解がある。この目的とは、制度的な観点からみたものであり、ここでは財産的価値の移転とされている。この見解によれば、債権譲渡人に、譲渡債権を自由に否定できるような権利を分配することは、債権譲渡の目的に反して認められない。例としては、譲渡債権について免除や支払猶予をする権限、任意的な解除権および解約告知権 (権利者の随意でいつでも行使できるという意味である)、通常の解約告知権があげられている。以上につき、Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.134f.

240) Steinbeck, aaO. (Fn.127) S.50; Klimke, aaO. (Fn.233) S.274; Hattenhauer, aaO. (Fn.89) S.431. このことから、一身専属性による譲渡の禁止の条文上の根拠は、後述する 399 条 (413 条による準用) である。

241) Steinbeck, aaO. (Fn.127) S.51ff. 一身専属性が認められる例としては、家族法上の形成権があげられている。Seckel, aaO. (Fn.95) S.26 も参照。

242) Dörner, aaO. (Fn.128) S.298; Bydlinski, aaO. (Fn.127) S.131 Fn.34; Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.52; Klimke, aaO. (Fn.233) S.275.

243) Klimke, aaO. (Fn.233) S.275.

244) Schwenzer, aaO. (Fn.127) S.214; Bydlinski, aaO. (Fn.127) S.10f.; Dörner, aaO. (Fn.128) S.295f.; Steinbeck, aaO. (Fn.127) S.65ff., 80, 100; Schürnbrand, aaO. (Fn.127) S.177, 190; Hattenhauer, aaO. (Fn.89) S.419ff.

よる形成権の譲渡人への法的地位への介入<sup>245)</sup>、形成権行使の相手方の不利益<sup>246)</sup>などが検討の対象とされている。私的自治を根拠とする見解は、これらの制約要因についても妥当性を否定しているところ、その論拠は、伝統的見解に対する批判と一致する。そのため、ここでは繰り返さない<sup>247)</sup>。

以上のほか、本稿との関係で注目に値する制約要因として、権利の内容の変更による譲渡禁止がある（413条による399条の準用）。399条<sup>248)</sup>は、債権の内容を変更しなければ債権譲渡人以外の者に給付をすることができない場合に、その債権の譲渡が禁止されるとする<sup>249)</sup>。具体的には、債権が一身専属的性質をもつ場合、債権や法律関係の性質に照らして債権者の人的要素が重要である場合、債権が他の権利に付従する場合などがこれにあたるとされる<sup>250)</sup>。このうちの2点目は特に多様であるところ、例としては、誰に給付をするのが重要な場合や<sup>251)</sup>、債権者の人格が信頼関係にもとづいて特に重要な場合<sup>252)</sup>などがあげられている。任意の債権者への交替が譲渡債務者に期待できない場合とも表現される<sup>253)</sup>。399条の譲渡禁止は、理論的には、譲渡債権の同一性が維持されなくなるからであると説明される<sup>254)</sup>。また、特に債権者の人的要素が重要である場合は、譲渡債務者の保護が実質的な根拠として付け加わる<sup>255)</sup>。

399条による譲渡禁止を形成権に準用すると、同条の権利の内容の変更という要件は、形成権の要件および効果の変更に読み替えられるとされる<sup>256)</sup>。ショルツは、この理由を、形成権行使の

245) *Schwenzer*, aaO. (Fn.127) S.219; *Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.67f.; *Schürnbrand*, aaO. (Fn.127) S.204; *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.416f.

246) *Schwenzer*, aaO. (Fn.127) S.220; *Bydlinski*, aaO. (Fn.127) S.131; *Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.71f.; *Sitzmann*, aaO. (Fn.129) S.62; *Schürnbrand*, aaO. (Fn.127) S.183f., 204; *Scholz*, aaO. (Fn.147) S.113; *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.418. ただし、債権譲渡の債務者保護規定による保護で十分かどうかについては、見解が分かれている。この点は、後述する権利の分配基準に影響を与える。

247) 伝統的見解に対する批判については、前述の1) a) (2) (c)を参照。

248) 条文については、注149を参照。

249) 日本法では、民法466条1項ただし書における、債権の性質が譲渡を許さない場合として議論されている問題である。我妻・前掲注(3) 522頁以下、奥田・前掲注(3) 426頁以下、潮見・前掲注(12) 386頁などを参照。

250) *Staudinger*(2017)/*Busche*, § 399 Rn.4; *Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Rohe*, § 399 Rn.4ff. もっとも、必ずしも明確に区別ができるわけではないとされている。

251) *Staudinger* (2017)/*Busche*, § 399 Rn.22. 具体例として、雇用契約にもとづく労務請求権(613条2文)などがあげられている。

252) *Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Rohe*, § 399 Rn.5. 具体例として、賃借人の目的物使用請求権があげられている。

253) *Münchener* (2019)/*Roth/Kieninger*, § 399 Rn.2; BGH NJW 1972, 2036.

254) *Staudinger* (2017)/*Busche*, § 399 Rn.4.

255) *Staudinger*(2017)/*Busche*, § 399 Rn.23; *Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Rohe*, § 399 Rn.5. したがって、譲渡債務者が同意をすれば譲渡をすることができる。

256) *Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.69; *Scholz*, aaO. (Fn.147) S.96f. なお、ショルツは「要件」ではなく、「形

相手方は、具体的な要件のもとで形成権に服従しているにすぎないからであるとする<sup>257)</sup>。これは、形成権行使の相手方が形成権による一方的な法律関係の変更を甘受しなければならないことの根拠が形成権の要件に体现されているため、その要件が変更されると、その形成権自体の正当化ができなくなって相手方に不当な甘受を強いることになり、要件の変更が許されないということであると解される。また、形成権の効果については、先述した債権についての変更と同様に考えることになるだろう。

解除権について、シュタインベックは、解除の要件が債務者と債権者のいずれに関して充足されるかに応じて、検討をしている。前者としては債務不履行による法定解除権が、後者としては債権者側の事情を行使の要件とする約定解除権が想定されている。まず、前者の場合については、要件に関係するのは債務者の行動のみであるとして、解除権の譲渡による要件の変更が否定されている。後者の場合についても、解除権の譲受人を基準として行使の要件が判断されれば、解除権の要件が変更されることになるとして、要件の変更が否定されている<sup>258)</sup>。また、効果については、誰が解除権を行使したかによって解除の効果が変わることはないとして、変更が否定されている。ここでは、解除の効果である原状回復は解除権の譲渡人と解除権行使の相手方との間で発生すること、解除権の譲受人が原状回復義務を負うとすれば、相手方にとっては無断で債務者が変更されることになるために許されることが、合わせて述べられている<sup>259)</sup>。

もっとも、一見して明らかなように、約定解除権の要件および原状回復における債務者の変更の部分は、結論の先取りであり、理由になっていない。しかし、このほかにこの問題を詳しく検討するものはなく<sup>260)</sup>、内容の変更による譲渡の禁止も、形成権の譲渡可能性を否定するものとはされていない<sup>261)</sup>。

---

成の根拠（*Gestaltungsgrund*）」の語を用いている。もっとも、ショルツは「形成の根拠」の語を要件と同義のものとして使っている（S.49）。そのため、本稿では、「要件」の語に統一している。

257) *Scholz*, aaO. (Fn.147) S.96f. ショルツは、服従をすることの主語を「債務者」としている。これは、債権譲渡にともなう形成権の移転を想定しているからであると思われる。実質的な意味としては、むしろ形成権行使の相手方である。本稿では、わかりやすさを重視し、形成権行使の相手方という表現に変更した。

258) シュタインベックは、次の設例を使って説明をしている（*Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.70）。Aは、Bから壁に作り付けの戸棚を購入する契約をし、その契約において、戸棚がA宅の壁に合わなかった場合には契約を解除できるということを約しておいた。その後、Aが戸棚の引渡債権と解除権をCに譲渡した。シュタインベックによれば、この場合に解除権の行使の可否を決するのは、戸棚がC宅の壁に合うかどうかではなく、A宅の壁に合うかどうかだという。

259) 以上につき、*Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.70。

260) ハッテンハオアーは、形成権には、債権でいうところの対応する義務にあたるものが存在しないため、形成権では債権の場合のような給付関係の変更が観念できないとする。また、解除権については、シュタインベックの見解に従っている（*Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.433f.）。ズィッツマンも、解除権についてシュタインベックの見解を引用して、内容の変更を否定している（*Sitzmann*, aaO. (Fn.129) S.62）。

261) この問題は、第3章であらためて取り上げる。



## (2) 形成権の単独での譲渡

当事者の私的自治を重視すると、究極的には、形成権と、形成権者の他の法的地位一切との結びつきまでが、私的自治の範疇に含められる。解除権についていえば、契約当事者の地位との分離のみならず、解除権者の有する債権（債権譲渡でいえば譲渡債権）の債権者の地位との分離が認められることになる。言い換えれば、解除権のみを第三者に譲渡することが可能となる。そうすると、解除権ないし形成権の帰属は、一般条項に反しない限り、解除権を有する者と解除権を譲り受けようとする者に完全に委ねられることになる。私的自治を根拠とする見解の中には、このような立場をとるものも少なくない<sup>262)</sup>。他方、同様に私的自治にもとづいて形成権の譲渡可能性を認めつつも、形成権を譲り受けようとする者に何らかの条件を課す見解も存在する<sup>263)</sup>。以下では、この点に関する見解を見ていくこととする。

形成権の単独の譲渡に慎重な見解は、形成権を譲り受けようとする者に、形成権を取得することについて利益があることを求める。この利益をどのような観点から判断するかによって、学説の間には違いがある。まず、ビドリンスキーは、次のような見解をとる。

形成権を単独で譲渡すると、自己の利益を追求するための力と、それによって追求される利益とが分離することになる。この場合、形成権者は、いわば他人のために行使する権利をもつことになる。もっとも、このような権利は、給付確定権や選択債務における選択権を第三者に付与できるという形で、法律ですでに認められている<sup>264)</sup>。しかし、これらの場合、権利を付与した者は、第三者の権利をいつでも消滅させることができる。そうすると、形成権の単独の譲渡を認めるためには、上述のような第三者への権利の付与が、付与した者によって撤回されない場合があるといえなければならない。このように考えると、形成権の単独の譲渡は、法秩序によって認められる正当な目的のためであり、その目的が譲渡以外の方法によっては達成できないような場合に認められるといえる。言い換えれば、特に、形成権を譲り受けようとする者が形成権の取得ないし行使に対して固有の利益を有しており、かつ、形成権の譲渡によって形成権行使の相手方が不利益を受けないような場合である<sup>265)</sup>。この利益の有無は、一般的に確定することはできず、個々の

262) Steinbeck, aaO. (Fn.127) S.95ff., 111; Nörr / Scheyhing / Pöggeler, aaO. (Fn.231) S.46 [Nörr]; Schürnbrand, aaO. (Fn.127) S.203ff. (伝統的見解のいう契約に係る形成権について); Klimke, aaO. (Fn.233) S.25; Hattenhauer, aaO. (Fn.89) S.412f.

263) もっとも、これらの見解も、結果的には形成権の単独の譲渡を認めている。私的自治を根拠としつつ、単独の譲渡を否定する見解は見られない。

264) 給付確定権については317条に規定がある（債務法改正による変更はない）。選択権については、注133を参照。

265) ビドリンスキーは、これが充たされる例として、①リース契約において、目的物の瑕疵にもとづく権利は、ユーザーが自己の費用で適切に行使すべきとの合意がある場合や (Bydlinski, aaO. (Fn.127) S.3 Beispiel 3), ②錯誤によって契約および給付をした者から目的物の返還請求権を譲り受けた者が、債権譲渡人の錯誤にもとづく取消権を行使する場合 (S.4 Beispiel 5) などをあげている。より一般的には、撤回できない代理と形成権の単独の譲渡の類似性から、撤回できない代理が例外的に認められるような場合には（ビドリンスキーによれば、オーストリア法では撤回できない代理は原則として公序良俗違反

場合ごとに考慮される<sup>266)</sup>。

このように、ビドリンスキーは、第三者が形成権の取得に対して正当な利益を有しているかどうか、単独の譲渡の可否の基準となるとしている。ビドリンスキーは、この利益を、形成権の行使の効果に対するものに限らず、形成権の取得や保持そのものにも見出している<sup>267)</sup>。実質的な利益も含めていることにかんがみれば<sup>268)</sup>、この利益が認められる範囲は、相当に広くなりうるといえよう<sup>269)</sup>。また、ビドリンスキーによれば、当事者が形成権の譲渡を自らするという事情では、形成権の取得に対する利益を考慮しなくてもよいことにはならないという<sup>270)</sup>。

ビドリンスキーとは異なり、形成権の効力から形成権の取得に対する利益を判断するのが、ショルツである。ショルツの見解は、次のとおりである。

まず一般論として、形成権の主体となるのは、法的に保護される利益をもつ者である。伝統的見解にいう非独立的形成権については、原則として、形成権の効力の対象に関与している者（契約当事者、債権者など）が形成権の主体となる。これは、形成権は、この者についてのみその目的を果たすからである<sup>271)</sup>。非独立的形成権の単独の譲渡にあたっては、形成権を譲り受けようとする者が、形成権の効力の対象に関与しており、かつ、形成権の効力に対して固有の利益を有し

---

になる）、形成権の単独の譲渡に対する利益も認められるとしている（S.40f.）。

また、ビドリンスキーは、形成権の単独の譲渡に対する利益が形成権を譲り渡そうとする者にしかない場合でも、譲渡人のためのみにする権利の信託的譲渡が認められる場合と同様の利益状況があり、不当な目的の追求でない場合は、形成権の単独の譲渡が認められるともしている。ここでは、区分所有者の1人から区分所有者団体への、瑕疵担保にもとづく権利の譲渡を認めたオーストリア最高裁の判決があげられている。ビドリンスキーは、この場合の譲渡に対する利益として、訴訟費用の低減という実質的なものも認めている（S.39f.）。

266) 以上につき、*Bydlinski*, aaO. (Fn.127) S.37ff.

267) *Bydlinski*, aaO. (Fn.127) S.42. また、ビドリンスキーは、贈与の撤回権を例に、形成権は観念的な利益も保護するものであるとして、利益の内容を財産的利益に限定していない（S.215）。なお、ここでの観念的利益とは、いわゆる忘恩行為による撤回などにおける、贈与者の感情的、精神的なものを指していると思われる。

268) 注265の区分所有者の例を参照。

269) 以上のことは形成権の単独の譲渡について述べられたものではある。しかし、このことは、当初の形成権者以外の者が、伝統的見解のいうところの形成権と関係する法的地位をともなわずに形成権のみを取得しようとする場合にも当てはまる。実際に、ビドリンスキーは、債権譲渡の際における解除権の分配についても、本文で述べた基準を使って判断をしている。したがって、ビドリンスキーが解除権の移転について本文の一般の基準のもとでどのように判断しているかは、後述の権利の分配の基準の箇所でも述べることにする（2. 1）参照）。

270) *Bydlinski*, aaO. (Fn.127) S.41f. その理由として、撤回できない代理の可否がまさに当事者の合意に対する制限の問題であることと、（形成権の放棄が認められる以上は譲渡も認めてよいという反論に対して）形成権の放棄は形成権の行使の相手方のためになされるのに対し、形成権の譲渡は譲受人のためになされるために利益状況が異なることがあげられている。

271) 以上につき、*Scholz*, aaO. (Fn.147) S.78ff.

ていなければならない。そのような場合でなければ形成権には財産的価値が認められないところ、形成権の譲渡は形成権に財産的価値があることを前提とするからである<sup>272)</sup>。

ショルツは、形成権の財産的価値の有無を、基本的に形成権の効力から判断している。典型的な例としては、形成権の行使の結果として何らかの請求権が生じる場合があげられている。この場合には、形成権に、その請求権の発生を前提をなすという点で、財産的価値が認められている<sup>273)</sup>。もっとも、形成権を譲り受けようとする者がこのような請求権を取得しない場合でも、この者が形成権の行使による他人の法律関係の変動に固有の利益をもつ場合にも、形成権の財産的価値が肯定されている<sup>274)</sup>。このように、ショルツは、形成権の取得に対する利益をそこまで厳格には求めている。そうであっても、あくまでも形成権の効力を基準とする点で、利益を認める範囲はビドリンスキーの見解よりは狭くなるものと思われる<sup>275)</sup>。

以上のような形成権の取得に対する利益は、一般条項に反しない限りで当事者の私的自治を尊重する見解でも、考慮はされている。そもそも形成権の取得に対する利益がなければ、現実に形成権の移転を認める必要がない以上、これは当然のことである。しかし、これらの見解は、その限りでのみ、言い換えれば、形成権を単独で譲渡する「必要性」があることを根拠づけるためにのみ、取得に対する利益を考慮している<sup>276)</sup>。そうすれば、形成権のみの取得を「正当化」する根拠として、法的な観点から取得に対する利益を求める見解との間には、やはり差があるというべきであろう。

### (3) 批判

最後に、私的自治を根拠とする見解に対する批判を確認しておく。現在ではこの見解が支持を集めていることもあり、批判をするものは多くはない。ここでは、ホフマンによる批判を取り上げる。

ホフマンは、私的自治を根拠とする見解が、形成権が権利であることから形成権の譲渡可能性

272) 以上につき、Scholz, aaO. (Fn.147) S.111, 115。

273) 以上につき、Scholz, aaO. (Fn.147) S.75f.。ここでは、形成権の行使によって生じる請求権も合わせて譲渡されることが前提となっているものと思われる。

274) Scholz, aaO. (Fn.147) S.115. ショルツは、リース契約のような場合としているのみで、ここでは詳細を述べていない。しかし、ショルツが後の箇所ですリース契約における形成権の譲渡の問題を検討しており (S.379ff.)、それに照らせば、リース契約に言及する他の見解と同様に (注236, 265を参照)、リース業者のサプライヤーに対する瑕疵担保にもとづく権利をユーザーに譲渡する場面が想定されているものと思われる。

275) ビドリンスキーの見解について注269で述べたことは、ショルツの見解にも当てはまる。したがって、解除権の移転に関する利益の有無についてのショルツの理解は、後述の権利の分配の基準の箇所ですべる (2. 1) d) (2) 参照)。

276) たとえばシュタインベックの見解が、これに当てはまるというよいであろう (Steinbeck, aaO. (Fn.127) S.105ff.)。シュタインベックは、随所でビドリンスキーの見解を引用しているものの、本文で述べるように、両者の間には差があると思われる。

を導き出していることを批判している。ホフマンは、このことは必然ではないとして、物権的請求権が権利にもかかわらず譲渡できないとされていることを引き合いに出している<sup>277)</sup>。

ホフマンの批判は以上のように簡単であるものの、私的自治を根拠とする見解の欠点がある程度は浮き彫りにしているといえる。まさに物権的請求権がそうであるように、権利の中には譲渡ができないとされているものは存在する。そうすれば、形成権という形で一括りにするのではなく、個別の権利の性質に応じた検討が必要であるということではできよう。もっとも、私的自治を根拠とする見解も、形成権が権利であることのみから譲渡可能性を肯定しているわけではなく、制約要因の検討も行っていた。そうすれば、私的自治を根拠とする見解には、考慮が不十分であり、なお検討の余地を残しているという評価をすることができよう。

なお、債権譲渡に関する限りでは、ホフマンの主張する譲渡債務者の保護の観点（処分行為の *numerus clausus*）も、私的自治を根拠とする見解への批判たりうる。しかし、これは、解除権と契約当事者との地位との分離の可否というよりは、むしろ権利の分配に関連する。そこで、この点については、後述の権利の分配の基準の箇所であふれることにする<sup>278)</sup>。

### 3) 第一段階の問題のまとめ

解除権と契約当事者の地位との分離の可否について、ゼッケルは、形成権と他の法的地位との関係に着目をしていた。もっとも、ゼッケルは、その関係からの演繹に終始していたわけではなく、詳細に場面を分け、その限りでは具体的な検討を行っていた。その後の伝統的見解は、形成権と法的地位との関係という視点のみを引き継ぎ、形成権を関係する法的地位に応じて分類し、

277) *Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.15f.。ホフマンは、さらに形成権が権利であることから譲渡可能性を導くのは、概念法学的であるという批判もしている。これは、私的自治を根拠とする見解が、伝統的見解に対して概念的であるという批判を向けていること（注135、136および対応する本文の記述を参照）を念頭においたものである。

278) 2. 1) e) 参照。また、ここまでの本文で取り上げなかった見解として、シュテフェンの見解がある。シュテフェンの見解の特徴は、第一に、あらゆる形成権は他の法的地位（債権や契約当事者の地位）の非独立的な構成要素であるとする点にある。シュテフェンは、この理解のもと、形成権は法的地位から分離できず、法的地位の移転にともなって移転するとする。第二に、契約当事者の地位を本質的には債権と理解していること、言い換えれば、契約当事者の地位と債権を厳密に区別していないことである。以上の理解が合わさった結果、シュテフェンは、伝統的見解にいう契約に関係する形成権は、債権譲渡があった場合には債権譲受人に移転するとしている。シュテフェンは、このことの実質的な根拠として、債権譲渡人に、譲渡債権を否定できる権限を残すべきではないことなどをあげている。このように、シュテフェンの見解は、形成権と法的地位との結びつきを重視する点では伝統的見解に近いものの、その実質的考慮においては、むしろ私的自治を重視する見解に近い（私的自治を重視する見解の実質的考慮は、後述2. を参照）。そのため、本文の区別の一方に分類することは困難である。このことは、上記で特徴として掲げたシュテフェンに特有の理解にもとづくといえる。そこで、本文では取り上げないこととした。以上につき、*Roland Steffen, Selbständige Gestaltungsrechte? zugleich ein Beitrag zur Rechtsnatur der zivilrechtlichen Gestaltungsrechte*, Würzburg 1966を参照。

その分類に応じて形成権と契約当事者の地位との分離の可否を検討する。解除権については、契約関係全体に効力が及ぶことから、契約に関係する形成権とされ、契約当事者のみに帰属するとされている。伝統的見解には、さまざまな観点から批判が向けられている。その中でもっとも問題視されているのは、契約当事者の地位と債権者の地位を截然と区別し、それぞれに関係する権利という形で形成権の帰属を決定していることであるといえる。債権が契約から生じたものであれば、契約関係への影響は債権へも及ぶ。そうすると、契約関係に影響を及ぼすという理由では、解除権などの「契約に関係する形成権」を契約当事者に分配することの説明がつかなくなるのである。

伝統的見解を批判する学説は、複数の方向に展開する。ゴーラとホフマンは、伝統的見解を否定しつつ、解除権と契約当事者の地位との分離を否定する。ゴーラは、契約当事者の地位と債権者の地位との区別にもとづく権利分配を否定し、履行障害が発生した際の債権者の利益という観点から、権利の分配をする。この利益の1つとして、反対給付義務からの解放をあげ、その義務を負っている債権譲渡人に解除権を分配する。

他方、ホフマンは、権利による保護を重視し、保護されるべき者に権利が分配されるべきであるという前提をとる。そのために、各種の権利が何を目的としているのかの検討が必要であると、また伝統的見解における権利の目的の考慮の不十分さを指摘する。解除権については、契約の拘束に関する自己決定の保護を目的とするとして、この自己決定の主体である債権譲渡人に分配をする。

これらに対し、解除権と契約当事者の地位との分離を認める見解も主張されている。比較的早期にこれを認めたゲルンフーバーは、債権譲渡の目的を債権に流通可能性を与えて取引の客体とすることとし、これを考慮に取り入れるとともに、債権譲渡人と債権譲受人との間の利益衡量を行う。ゲルンフーバーの提示した解除権の共同行使という結論は支持を得ていないものの、検討の視点は、後の見解にも引き継がれているといえる。

この流れに位置づけられるのが、私的自治を根拠に解除権と契約当事者の地位との分離を認める見解である。この見解は、当事者の私的自治を根拠に形成権の譲渡可能性を原則的に肯定する。ここでは、制約要因がない限りは形成権に譲渡可能性が認められ、従来の見解と比較すれば原則と例外が逆転することになった。私的自治を重視していけば、究極的には、形成権を他の法的地位から切り離して単独で譲渡することも認められる。一方でこのような見解が主張され、他方では形成権の取得に対して正当な利益があることを求める慎重な立場も見られる。私的自治を根拠とする見解は、形成権の譲渡可能性を原則的に認めるため、その限りでは、当事者の利益等は検討の対象には上がってこない。この見解では、当事者の利益は、権利の分配の基準の中で現れてくる。次項では、この問題を取り上げる。

## 2. 債権譲渡がされた場合における解除権の分配（第二段階の問題）

本項目では、債権譲渡がされた場合において、譲渡債権の発生原因である契約の解除権を債権譲渡人と債権譲受人のいずれに分配するかについての議論を取り上げる。もっとも、解除権と契



約当事者の地位との分離を認めない場合には、分離を認めない根拠と、分配の基準とが重なり合う。これらについてはすでに述べているため、以下では繰り返さない。したがって、本項目で取り上げるのは、解除権と契約当事者の地位との分離を認める場合、特に、私的自治を根拠にこの分離を認める場合における分配の基準である。私的自治を根拠とする場合、債権譲渡における解除権の分配も、一次的には当事者の意思にしたがって決まることになる。しかし、債権譲渡の際に、解除権の分配についても合意がなされることは考えにくい<sup>279)</sup>。そこで、このような合意がない場合に、権利の分配をどのようにして決めるかが問題になる。学説は、以下のように、大きく3つの立場に分かれる。

すでに述べているように、この議論においては、債権譲渡人と債権譲受人の利害が特に問題とされている。このことは、解除権と契約当事者の地位との関係の考察に対して、実質的観点からの有益な示唆をもたらすであろう。

## 1) 当事者の具体的な意思を基準とする見解

### a) 見解の概要

学説の一方は、権利の分配の基準にあたって、債権譲渡人と債権譲受人との具体的な意思を重視する。もっとも、両者が合意をしていない以上、合意から直截に分配を導くことはできない。そこで、この学説は、債権譲渡行為の補充的解釈<sup>280)</sup>によって分配をすることを主張する<sup>281)</sup>。補充的解釈によるとすれば、権利の分配は、最終的には個別の場面ごとの具体的な事情に左右されざるを得ない。そこで、学説では、債権譲渡の原因関係ごとに類型化をして、一応の基準が模索されている。この検討においては、次のような要素が考慮されている。第一に、債権譲渡の原因関係である。特に、各種の原因関係において、当事者が達成しようとする経済的な目的が抽象的に考慮される。第二に、当事者の利益である。債権譲渡人と債権譲受人のそれぞれについて、自身が解除権を保持又は行使することへの利益ないし不利益、および、相手方が解除権を保持又は行使することへの利益ないし不利益が、ここで考慮される。具体的には、解除の効果ないし結果、譲渡債権について履行障害が発生した場合における債権譲渡人と債権譲受人の関係などが問題になる。第三に、分配される権利の目的や機能、あるいは債権譲渡自体の目的である。ここでは、

279) Dörner, aaO. (Fn.128) S.299.

280) 補充的解釈については、Wolf / Neuner, aaO. (Fn.232) S.420f., および、山本敬三「補充的契約解釈——契約解釈と法の適用との関係に関する一考察（1）～（5・完）」法学論叢119巻2号1頁、4号1頁、120巻1号1頁、2号1頁、3号1頁（すべて1986年）を参照。

281) Schwenzler, aaO. (Fn.127) S.221f.; Bydlinski, aaO. (Fn.127) S.132; Steinbeck, aaO. (Fn.127) S.81; Scholz, aaO. (Fn.147) S.366ff.; Hattenhauer, aaO. (Fn.89) S.445ff. これらのほか、ギッツマンも、補充的解釈による分配を検討している（Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.146ff.）。しかし、ギッツマンの見解は、当事者の合意と補充的解釈との間に、客観的な分配の基準を挟む点で、補充的解釈のみを考慮する見解とは大きく異なっている。この点にかんがみ、ギッツマンの見解は、後述する第二の見解の中で取り上げる（後述2）b）（3）を参照）。

具体的な事情ではなく、制度的な観点からの考慮がなされる。

これらの要素をどのように位置づけ、考慮するのかは、論者ごとに幅がある。それに応じて、債権譲渡人あるいは債権譲受人への権利の分配をどのように説明するのかも、論者ごとに異なってくる。しかし、ここでの相違は説明の違いという面が大きく、実質的な考慮それ自体については、あまり差がない。また、当事者の利益に関連して考慮されている事情が、むしろ原因関係に關係するといえるような場合もある。すでに述べているとおり、本稿が示唆を求めているのは、第一には実質的な考慮の内容である。そこで、結論に至るまでの説明の方法にはこだわらず、実質的な考慮の内容自体に焦点を当てる<sup>282)</sup>。以下では、学説による類型化にしたがって、解除権についてなされている議論を確認していく。

#### b) 取立てのための債権譲渡および間接代理

最初に、学説の間で争いのないものから取り上げる。この類型では、原因関係の考慮のみで分配が決定されている。

まず、取立てのための債権譲渡について。この場合、債権譲受人が債権譲渡人に代わって取立てをするという目的のため、その限りで債権譲渡が用いられているにすぎない。このような原因関係によれば、経済的観点からは、債権譲渡人が債権譲渡後もなお債権者ないし債務関係の主体であるということができる。そうすれば、解除権を行使するかどうかを決めるのは、債権譲渡人であるべきだといえる。学説は、以上の考慮により、一致して、債権譲渡人に解除権を分配している<sup>283)</sup>。なお、債権譲受人による取立てについて報酬が取り決められていた場合、解除がされれば債権譲受人は報酬を受け取ることができなくなる。この点については、債権譲受人は644条および645条<sup>284)</sup>の類推適用によって保護されるため、解除権の行使に対しては債権譲渡人の利益が

282) たとえば、シュヴェンツァーは、権利の行使の経済的な結果が最終的に及ぶ者は誰かという観点から、分配の基準を検討する（Schwenzer, aaO. (Fn.127) S.252）。ビドリンスキーは、形成権の単独の譲渡について、形成権の取得に対する正当な利益があることを求める。そして、形成権の分配についても、形成権の取得に対する正当な利益があることを、基準の1つとしている。ここで正当な利益の有無を判断するためには、形成権の効果などが考慮されなければならない。そのときになされる考慮それ自体は、シュヴェンツァーや他の見解で見られるものと同様である。本稿では、そのような考慮に焦点を当てる。

ただし、ショルツは他の論者と視点が異なり、それが結論にもつながっていると思われるため、この見解については実質的な考慮の内容以外も取り上げる。なお、ショルツは後述の原因関係のうち、債権売買のみを検討している。

283) Schwenzer, aaO. (Fn.127) S.244; Bydlinski, aaO. (Fn.127) S.132f.; Steinbeck, aaO. (Fn.127) S.84; Hattenhauer, aaO. (Fn.89) S.445ff.

284) BGB644条（危険の移転）

(1) 請負人は、仕事の結果が受領されるまでの間、危険を負担する。注文者が受領について遅滞にあるときは、危険は、注文者に移転する。注文者の供した材料が偶然の事情によって滅失及び損傷したときは、請負人の責めに帰すべき事由によるものとはしない。

(2) 請負人が注文者の請求により仕事の結果を履行地以外の場所に送付したときは、売買に関する第

優先すべきだとされている<sup>285)</sup>。この限りでは、当事者の利益が合わせて考慮されているといえる。

次に、間接代理について。ここでは、代理人が代理取引によって取得した債権を本人に移転させる場面が問題となる。すなわち、代理人が債権譲渡人、本人が債権譲受人である。間接代理においては、代理人が自己の名でした法律行為の効果は代理人に帰属するものの、その経済的な結果については、本人に帰属させることが意図されている。このような原因関係によれば、本人（債権譲受人）こそが債務関係の主体であるといえる。また、行為の経済的な結果が本人に帰属するため、解除権を行使するかどうかとも本人（債権譲受人）が決めるべきであるといえる。以上の考慮により、学説は、解除権を債権譲受人に分配する<sup>286)</sup>。

### c) 債権譲渡担保

債権譲渡担保については、原因関係のみからは一義的に権利の分配を導くことができない。債権譲渡担保では、一方で、債権譲受人は担保のために債権を譲り受けているにすぎない。そうすれば、経済的な観点からは、引き続き債権譲渡人が債務関係の主体であるともいえる。シュヴェンツァーは、このことを理由に、債権譲渡人に解除権を分配する<sup>287)</sup>。他方で、担保という点を重視すれば、債権譲受人が譲渡債権を確保できなければ無意味であるともいえる。こちらの観点からは、債権譲受人は、債権譲渡人の影響を受けることなく、被担保債権の実現に必要なかつ適切と判断する手段を採れなければならない<sup>288)</sup>、債権譲渡人が譲渡債権を消滅させられるとすれば、担保としての意味がない<sup>289)</sup>ということが考慮される。学説の多くは、このような理解のもと、債権譲受人に解除権を分配する。

こちらの見解は、原因関係に加えて、当事者の利益も考慮している。債権譲受人については、

---

447条の規定を準用する。

BGB645条（注文者の責任）

（1） 仕事が注文者の供した材料の瑕疵又は注文者が遂行について与えた指図により、その受領の前に、請負人の責めに帰すべき事由によらずに滅失、損傷又は遂行不能となったときは、請負人は、すでにした仕事の割合に応じて報酬及び報酬に含まれない費用の賠償を請求することができる。契約が第643条の規定に従って解消されたときも、同様とする。

（2） 第1項の規定は、注文者の過失によるその他の責任に影響を与えない。

訳出にあたっては、柚木・前掲注（175）587頁以下を参考にした。644条、645条のいずれにも、債務法改正による変更はない。

285) Steinbeck, aaO. (Fn.127) S.84; Hattenhauer, aaO. (Fn.89) S.440.

286) Schwenzer, aaO. (Fn.127) S.243f.; Bydlinski, aaO. (Fn.127) S.132f.; Steinbeck, aaO. (Fn.127) S.85; Hattenhauer, aaO. (Fn.89) S.451.

287) Schwenzer, aaO. (Fn.127) S.244. シュヴェンツァーは、解除権の分配に関して、債権譲渡担保を取立てのための債権譲渡と同視している。

288) Bydlinski, aaO. (Fn.127) S.138. ここでは、特に譲渡債権の取立てが念頭に置かれている。要するに、債権譲渡人が解除をすれば債権譲受人による取立てができなくなるということであろう。

289) Steinbeck, aaO. (Fn.127) S.85; Hattenhauer, aaO. (Fn.89) S.451f.

債権譲渡人が解除権を行使した場合の不利益があげられている。この場合、譲渡債権が消滅するために債権譲受人は担保を失う<sup>290)</sup>。このときに、債権譲受人が債権譲渡人に対して不当利得返還請求などの何らかの請求をできないとする立場からは、そのこと自体が債権譲受人の不利益としてあげられている<sup>291)</sup>。これは、債権譲受人が譲渡債権の代償物を獲得できない以上、譲渡債権の消滅につながる解除は債権譲受人に不利益を及ぼすということであろう。これに対し、債権譲受人からの債権譲渡人に対する償還請求などが認められるとする立場からは、債権譲受人が、自身が信用に疑義を抱いている<sup>292)</sup> 債権譲渡人の倒産リスクを負わされることが問題視されている<sup>293)</sup>。

次に、債権譲渡人については、債権譲受人が解除権を有することが不利益となるかが考慮されている。まず、債権譲受人は、解除権を行使しても譲渡債権を失うという結果を招くことになるにすぎない。したがって、債権譲受人は解除権を行使しないはずであるとされている<sup>294)</sup>。これは、債権譲受人による行使が考えにくい以上、債権譲受人に解除権を分配しても、債権譲渡人は他人による解除を強いられることはないことをいうものであろう。このほか、債権譲渡人は、譲渡債務者からの履行請求に対しては、契約不履行の抗弁権（320条<sup>295)</sup>）で対処ができることもあげられている<sup>296)</sup>。このような事情により、債権譲受人が解除権を有することは、債権譲渡人にとって不利益にはならないとされている。

以上の利益の考慮においては、解除権の不行使に対する当事者双方の利益が考慮されていると

---

290) このこと自体は債権譲受人の不利益として特にあげられていない。当然の前提であるか、原因関係ですでに考慮されているということであると推測される。本文a)において考慮要素を3つに区別したものの、このように、必ずしも明確に区別ができるわけではない。

291) *Bydlinski*, aaO. (Fn.127) S.138. ビドリンスキーは、債権売買との比較をして、債権譲渡担保では債権譲受人は譲渡債権を終局的に取得したわけではないことを理由としている。債権売買の場合に債権譲受人がどのような請求権を獲得できるのかについては、後述d)を参照。

292) このようにいえるのは、そもそも債権譲受人が担保を要求しているからであるとされる (*Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.86)。

293) *Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.86; *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.452.

294) *Bydlinski*, aaO. (Fn.127) S.138.

295) BGB320条（契約不履行の抗弁権）

(1) 双務契約に基づいて義務を負う者は、反対給付がなされるまでは自己が負う債務の目的である給付を拒むことができる、ただし、この者が先に履行する義務を負っているときは、この限りでない。  
〈以下略〉

(2) 〈略〉

訳出にあたっては、椿・右近編・前掲注(48)209頁〔右近〕を参考にした。320条には、債務法改正による変更はない。

296) *Bydlinski*, aaO. (Fn.127) S.138.

いえよう<sup>297) 298)</sup>。

また、ハッテンハオアーは、債権譲渡人による解除権の行使が債権譲受人の利益を害さない場合には、解除権が債権譲渡人に分配されるとしている。具体的には、解除によって発生する債権が、当事者の仮定的意思によって譲渡債権の代替となる場合であるとして、連邦通常裁判所（BGH）の判決があげられている<sup>299)</sup>。ここには、債権譲受人への解除権の分配を認める考慮が、いわば裏向きで現れているといえよう。

#### d) 債権売買

原因関係の中で、もっとも議論が多いのが、債権売買である。債権売買においては、考えられる状況が多様であり、債権譲受人が譲渡債権を獲得するという点以上の共通点を見出すことが難しい。それゆえに、債権譲渡担保以上に、原因関係から一義的に権利の分配を導くことが困難である。その結果、考慮される事情も多岐にわたることになる。

#### （1）解除権を債権譲受人に分配する見解

債権売買においては、原因関係から一義的に権利の分配を導くことはできないとされている<sup>300)</sup>。これは、当事者が達成しようとする経済的な目的が、抽象的には債権譲受人に譲渡債権を

297) これらのほか、債権譲渡人は、信用供与を得るためには、譲渡債権を害さないことを内容とする債権譲受人からの要求を受け入れなければならないはずであるという意見もある（*Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.86）。これは、それゆえに当事者は解除権を債権譲受人に割り当てるはずである、ということ述べるものである。

298) シュタインベックとハッテンハオアーは、OLG Frankfurt am Main Urteil 4.1.1994 (3 U 230/88: 未公表) も根拠としてあげている（*Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.86f.; *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.452）。この判決は、生命保険契約にもとづく請求権が担保のために譲渡された場合において、生命保険契約の解約告知権の譲渡を認めたものであるとされている。しかし、この場合における解約告知権は、債権譲渡担保の実行のために必要なものである。これに対し、債務不履行による解除権は、せいぜいその不行使が譲渡債権の消滅を阻止するという意味で、譲渡担保の実行に必要なにすぎない。したがって、この判決は解除権の分配に関してはただちに根拠とはならないというべきであろう。ただし、シュタインベックとハッテンハオアーは、この判決を引用している箇所では取消権や解約告知権も含めて検討しており、この判決が引用されていること自体は不自然ではない（もっとも、この判決の射程について特段の言及もない）。

299) *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.452f. ここであげられているのは、BGH NJW 2002, 1568である。この事件では、建築請負契約の注文者（原告）が、代金の融資をした銀行に対し、請負契約にもとづく一切の権利を担保のために譲渡したところ、注文者が、履行遅滞に陥った請負人（被告）に対し、給付受領拒絶予告付き猶予期間の設定（旧BGB326条）をすることができるか（この権限が銀行に移転しているのではないか）が問題になった。BGHは、猶予期間の徒過によって発生する損害賠償請求が銀行に譲渡されていることを理由に、猶予期間の設定によって銀行は害されないとして、猶予期間の設定権限が注文者にあるとした。この判決は、判例の検討の箇所でも取り上げる（本節第3款1. 3）参照）。

300) *Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.87; *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.453. シュタインベックとハッテンハオアー



取得させることとしかいえず、それ以上は具体的事情に左右されるためであると思われる。そのため、こちらの見解では、原因関係が必ずしも考慮されてはいない。原因関係を考慮するものとしてはビドリンスキーの見解がある。ビドリンスキーは原因関係に照らせば、債権譲渡人が譲渡債権を消滅させられることには問題があると述べる。また、譲渡債権について履行遅滞が発生した場合、契約を維持しつつ遅延賠償を請求するのか、解除をするのかの決定は債権譲受人に委ねられるべきであるとしている<sup>301)</sup>。また、シュヴェンツァーは、譲渡債権を金銭債権と物の引渡債権とに区別したうえで、後者の場合には、実質的には契約上の地位の移転がなされているとする。そして、以下の理由から、解除権を債権譲受人に分配する。第一に、譲渡債権の履行障害にもとづく二次的権利のうちどれが有利かは債権譲受人のみが判断できること、第二に、債権譲渡人は契約関係から離脱することが意図されていることである<sup>302)</sup>。

次に、当事者の利益については、以下のような事情が考慮されている。

第一に、債権譲受人については、債権譲渡人による解除権の行使に対する不利益である。具体的には、債権譲渡人が解除をすると、債権譲受人の譲渡債務者に対する損害賠償請求権が消滅する<sup>303)</sup>、または反対給付との差額の賠償に制限される<sup>304)</sup>ことがあげられている。このほか、債権譲受人が解除による譲渡債権の消滅を理由として債権譲渡人に償還等の請求ができるとしても、それでは十分な救済にならないことも指摘されている<sup>305)</sup>。特に、債権譲受人にとって目的物の獲得が重要な意味をもっている場合や、債権譲渡人の財産状態が良好ではない場合に、このことが危惧されている<sup>306)</sup>。

第二に、債権譲渡人について、債権譲受人が解除権を取得ないし行使することによる不利益である。まず、債権譲渡人は、譲渡債務者からの履行請求に対しては、契約不履行の抗弁権（320条）で十分に対応することができるとされている<sup>307)</sup>。また、債権譲受人が解除をしたとしても、債権譲渡人にとっては、譲渡債務者との間の契約が約定通りに遂行された場合と同様の結果がも

---

は、債権売買についてのみ、債権譲渡の目的（シュタインベック）、権利の目的（ハッテンハオアー）を考慮している。

301) *Bydlinski*, aaO. (Fn.127) S.134f. ビドリンスキーは、当事者の利益という観点から検討を行っているため（注282参照）、このことも債権譲受人の利益として検討している。しかし、考慮の内容は原因関係である。また、なぜ本文のようにいえるのかについて、詳細は述べられていない。しかし、ビドリンスキーは、この後で、債権譲渡人は、譲渡債権と債権譲受人から得た債権譲渡の対価とを交換しており、債務者に対する関係からは離脱しているため、もはや解除権は認められないと述べている（S.136）。本文で述べたことは、この理解によるものであると思われる。

302) *Schwenzer*, aaO. (Fn.127) S.244f. シュヴェンツァーは、譲渡債権が金銭債権の場合には、当事者の利益を中心に考慮している。

303) *Schwenzer*, aaO. (Fn.127) S.244; *Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.89. 改正前のBGBを前提とした見解である。

304) *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.456. 改正後のBGBを前提とした見解である。

305) *Schwenzer*, aaO. (Fn.127) S.244.

306) *Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.89; *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.456f.

307) *Bydlinski*, aaO. (Fn.127) S.134; *Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.89; *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.457.

たらされることをあげるものもある。これは、次のような状況を指している。解除がされると、債権譲渡人は、一方で、譲渡債務者に対する反対給付義務を免れ、または、譲渡債務者に給付したものの返還を請求することができる。他方、債権譲渡人は、債権譲受人から債権譲渡の対価を受け取っている。このとき、いわば、譲渡債務者への反対給付を免れたことと、債権譲渡の対価との二重取りが発生している。そこで、債権譲渡人は、債権譲受人に対し、譲渡債務者に対する返還請求権を譲渡するか、譲渡債務者に給付するはずであったものを給付すべきである。結果的に、債権譲渡人は債権譲渡の対価を保持しつつ、譲渡債務者に対する給付を行ったのと同様になる<sup>308)</sup>。以上のとおり、債権譲受人が解除権を取得または行使しても、債権譲渡人には不利益はないとされている。

第三に、債権譲渡人と債権譲受人との間の内部関係も考慮されている。多くの見解が言及するのが、譲渡債権の履行障害に関する債権譲渡人の責任である。以下のように要約できる。債権譲渡人は、通常、譲渡債権の存在についてのみ責任を負う。それゆえに、譲渡債務者の不履行は債権譲渡人に不利な影響を与えることはない<sup>309)</sup>。また、債権譲受人が解除をしても、債権譲渡人が譲渡債権を債権譲受人に移転させた以上、債権譲渡人は債権譲受人に対して責任を負わない<sup>310)</sup>。逆に、債権譲渡人が、特約等によって譲渡債権の存在以上の責任を負っているとしても、同様である。この場合、債権譲受人は、解除をしたとしても、自ら解除をした以上、そのことを理由に債権譲渡人に責任追及をすることはできない<sup>311)</sup>。あるいは、債権譲受人は、解除権を行使するとしても、254条2項によって損害軽減義務を負うため<sup>312)</sup>、債権譲渡人にもっとも有利な方法で解

308) 以上につき、*Bydlinski*, aaO. (Fn.127) S.135f.。ビドリンスキーは、債権譲渡人に、返還請求権の債権譲受人への譲渡および債権譲受人への給付をさせる根拠を、代償請求権や原因関係の補充的解釈に求めている。

309) *Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.89; *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.457.

310) *Schwenzer*, aaO. (Fn.127) S.245; *Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.89. ビドリンスキーはオーストリア一般民法典（ABGB）1397条を前提としているために事情が若干異なるものの、結論は同様といってよい。同条によれば、有償で債権を譲渡した者は、債権の適法性（*Richtigkeit*）と収益性（*Einbringlichkeit*）について、債権譲渡の時点基準として責任を負う。ビドリンスキーによれば、適法性については、債権譲渡の時点では通常は問題がない。したがって、それ以後に債権譲受人が解除をしても債権譲渡人は責任を負わない。収益性については、個々の事案ごとに考慮することになるものの、いずれにせよ解除権には関係がないとされている。以上につき、*Bydlinski*, aaO. (Fn.127) S.133f.。

#### ABGB1397条

債権を無償で譲渡、すなわち贈与した者は、以後その債権について責任を負わない。しかし、債権譲渡が有償の方法でなされたときは；譲渡人は、譲受人に対し、その債権の適法性と収益性の双方について責任を負うが、譲渡人が譲受人から受け取った以上の責任は負わない。

311) *Schwenzer*, aaO. (Fn.127) S.245. 矛盾行為になるからであるとされている。

312) BGB254条（共働過失）

(1) 損害の発生において被害者の過失が寄与したときは、賠償の義務及び範囲は、事情によって、特に、どのような範囲においていずれの当事者が主として損害を惹起したかによって定まる。

(2) 債務者が知らず、かつ、知ることを要しない特別に多い損害の危険を被害者が債務者に告げなかつ

除権を行使しなければならない。債権譲受人がこの義務に違反した場合、債権譲渡人に対する損害賠償請求権の額が減らされる<sup>313)</sup>。したがって、この場合でも債権譲渡人の利益が害されることはない<sup>314)</sup>。以上の責任関係の事情のほか、債権譲渡人が譲渡債務者への給付を取り戻し、または他の方法で処分したいと考えるにいたったとしても、そのことは債権譲受人との関係では考慮に値しないこともあげられている<sup>315)</sup>。さらに、債権譲渡人による解除は、債権譲受人との関係では違法であるとされてもいる。解除権は契約の等価性の障害が債権譲渡人に期待できないことにもとづくものではないことが、理由とされている<sup>316)</sup>。これらの2点は、反対給付義務からの解放に対する債権譲渡人の利益が、譲渡債権の実現に対する債権譲受人の利益に劣後することをいうものと理解できよう<sup>317)</sup>。

最後に、原因関係の考慮からは結論を出すことができないとして、債権譲渡の制度的な目的を考慮する見解もある。この見解は、次のように主張する。

債権譲渡の目的は、債権が体现する価値を債権譲受人に移転することである。この目的からは、譲渡債権に加え、その代償物や等価物も債権譲受人に移転させることが導かれる。もっとも、解除権は、これらのいずれにも該当しない<sup>318)</sup>。しかし、解除権を債権譲渡人に分配すると、債権譲渡人に、債権譲受人への価値の移転を否定する可能性を認めることになる。これは、債権譲渡の目的に反する<sup>319)</sup>。

---

たこと、又は、被害者が損害を防止もしくは軽減しなかったことについてのみ被害者の過失があるときも、前項と同様とする。この場合においては、第278条の規定を準用する。

訳出にあたっては、椿・右近編・前掲注(48)59頁以下〔青野博之〕を参考にした。254条には、債務法改正による変更はない。

313) このことからわかるように、この損害軽減義務はいわゆるオプリーゲンハイトである。

314) 以上につき、Steinbeck, aaO. (Fn.127) S.89; Hattenhauer, aaO. (Fn.89) S.457。この2人は、権利の分配基準で異なる立場に立つデルナーの見解を引用している(Dörner, aaO. (Fn.128) S.310)。

315) Bydlinski, aaO. (Fn.127) S.134。

316) Bydlinski, aaO. (Fn.127) S.134。

317) このようにいえるのであれば、これらの事情は、原因関係に関するものと位置づけることもできよう。

318) ハッテンハオアーは、このことを理由に、債権譲渡の目的を考慮することを否定している(Hattenhauer, aaO. (Fn.89) S.453f.)。

319) 以上につき、Steinbeck, aaO. (Fn.127) S.88f。シュタインベックの叙述には、「債権売買にもとづく債権の移転」という言葉があり、この点を見れば、債権譲渡の制度的な目的ではなく、原因関係が考慮されているようにも見える。しかし、シュタインベック自身が、債権売買においては原因関係からは一義的な結論を導くことができないとしている。さらに、シュタインベックはこの箇所でゲルンフーパーとデルナーの論考を引用しているところ、両者が考慮しているのは、債権譲渡という制度の目的である(ただし、ゲルンフーパーは債権売買の場面のみを対象に検討を行っていることもあり、この点がやや不明確である。ハッテンハオアーは、原因関係を考慮しているものとみている(Hattenhauer, aaO. (Fn.89) S.439f.)。デルナーは明確に制度的な目的を検討している。この点は後述する)。以上のことにかんがみれば、シュタインベックが意図しているのも、債権譲渡の制度的な目的であるというべきであろう。その意味で、シュタインベックの叙述はやや不徹底であるといえる。なお、デルナーは権利の分配につい

以上の考慮にもとづき、解除権は債権譲受人に分配されている。考慮の内容を簡潔に言えば、債権譲受人には解除権の不行使に対する利益がある一方で、債権譲渡人は解除権が行使されても不利益を受けるわけではない。また、原因関係に照らせば、譲渡債権の帰趨の決定および譲渡債権の実現については債権譲受人が優先し、反対給付からの解放に対する債権譲渡人の利益は、それに劣後するといえる。さらに、解除権を債権譲渡人に分配することは、債権譲渡の目的にも反するということになる。

## （2）解除権を債権譲渡人に分配する見解

解除権を債権譲渡人に分配する見解を主張しているのは、ショルツである。ショルツは、一般論として、権利の分配に関する補充的解釈において、その権利の移転が債権譲渡で当事者が追求する目的に適っているかを基準とし、当事者の内部関係とその権利の機能を考慮する<sup>320)</sup>。そのうえで、ショルツは、解除権を含む契約に関係する形成権の分配について、反対給付義務に関する決定が債権譲受人に委ねられたかどうかを基準とする<sup>321)</sup>。特に解除権については、債権譲受人に、解除による法的な状況の変更に対する利益があるかどうかを基準とされる。この利益が認められるには、債権譲受人が変更される法的な状況に関係しているだけでは足りず、解除が譲渡債権の履行によって得られる利益の実現に資するといえなければならない<sup>322)</sup>。

ショルツは、以上の基準が充たされるかどうかについて、金銭債権と物の引渡債権とに分けて、

---

てシュタインベックと異なる考え方をしている。そのデルナーの論考をシュタインベックが引用しているのは、両者の見解の接近を示すものとして、興味深い。

320) Scholz, aaO. (Fn.147) S.367, 369. このこと自体は、他の見解においても同様であると思われる。

321) Scholz, aaO. (Fn.147) S.370. ショルツが一般論からこのような記述にいたった論理は、明確には述べられていない。しかし、ショルツは、ゴーラの見解を引用して次のように述べており、この点にかんがみれば推測ができる。ショルツによれば、債権譲渡人と債権譲受人のいずれを利益衡量で有利に扱うかについては、分配される権利の発生原因が、広義の債務関係にどのような効力をもつのかを考慮しなければならない。たとえば、履行不能にもとづく二次的権利であれば、不能によって不確定状態になり、債権者に二次的権利の選択を認めている状態の広義の債務関係が、基準とされなければならないという。ゴーラの見解も踏まえれば（本款1. 1) b) (1)を参照）、ショルツの意図は、次のようなものであると推測される。二次的権利の発生原因である履行不能は、広義の債務関係について、その当事者である債権者に二次的権利の選択を認めるという効力をもつ。これらの二次的権利は、広義の債務関係全体を変動させるものである。したがって、そのような二次的権利については、債権譲渡後も、広義の債務関係の当事者である債権譲渡人が有するという点を出発点とする。このように考えれば、解除権の分配について、反対給付義務についての決定が債権譲受人に委ねられたかどうかを基準となっていることの説明がつく（ショルツは、解除権の分配の基準についてもゴーラの見解を引用しているため、このように考えている可能性が高い）。しかし、この基準自体は、ショルツのいう、当事者の利益衡量においていずれを有利に扱うかは、関連はするものの、別の問題である。むしろ、当事者の利益衡量は、この基準の充足の有無の判断に位置づけられる。その意味で、やや説明が不足している感がある。

322) 以上につき、Scholz, aaO. (Fn.147) S.370. このことは、形成権の単独の譲渡の可否に関するショルツの理解とも一致する。この点については、本款1. 2) b) (2) 参照。

次のように述べる。

まず、金銭債権が譲渡された場合、債権譲受人は、基本的に、遅延賠償に対してのみ利益をもつ。債権譲受人にとって、解除権の取得は、債権譲渡人による行使を阻止し、譲渡債権を保全するという限りで利益をもつにすぎない。このような利益だけでは、契約解釈によって解除権の債権譲受人への移転を認めるために十分とはいえない<sup>323)</sup>。次に、物の引渡債権が譲渡された場合、解除権は、債権譲受人にとって、譲渡債務者に対する履行請求権を失うという結果をもたらすにすぎない。このとき、債権譲受人は、譲渡債務者に対して何らかの返還請求ができるわけでもない。また、譲渡債権が履行不能となったときに、債権譲受人が債権譲渡人に原因関係にもとづいて契約責任を追及する場合<sup>324)</sup>、債権譲渡人と譲渡債務者との間の契約を解除する必要はない。譲渡債権について不能以外の不履行が生じた場合は、譲渡債務者の履行能力の問題であるところ、債権譲渡人は、特段の合意がない限り債権譲受人に対してこの点について責任を負わない。以上のことにかんがみれば、契約解釈によれば、解除権の移転は原則的に否定される<sup>325)</sup>。

323) 以上につき、Scholz, aaO. (Fn.147) S.369f.

324) 権利の売買については、453条1項によって物の売買に関する437条が準用される。437条により、債権譲渡人は、損害賠償を請求する場合には、280条1項・3項、283条、311a条2項に従うことになる。債権譲渡人が解除をする場合には、326条5項によることになる。

BGB453条（権利の売買）

(1) 物の売買に関する規定は、権利およびその他のものの売買について準用する。

(2) 〈以下(3)まで省略〉

BGB437条（瑕疵がある場合における買主の権利）

目的物に瑕疵がある場合において、次に掲げる規定の要件に該当し、かつ、別段の定めがないときは、買主は、

1. 第439条の規定に従って追完を請求することができる。
2. 第440条、第323条及び第326条第5項の規定に従って契約を解除し、又は第441条の規定に従って代金を減額することができる。
3. 第440条、第280条、第281条、第283条及び第311a条の規定に従って損害賠償を請求し、又は第284条の規定に従って無駄になった費用の賠償を請求することができる。

BGB311a条（契約締結時の履行障害）

- (1) 契約の有効性は、債務者が第275条第1項から第3項までの規定によって履行をすることを要せず、及びその履行障害が契約締結時にすでに存在していたことによって妨げられない。
- (2) 債権者は、その選択により、履行に代わる損害賠償又は第284条の範囲における費用の賠償を請求することができる。第1文の規定は、債務者が契約締結時にその履行障害を知らず、及び知らないことが債務者の責めに帰すべき事由によるものではないときは、適用しない。この場合においては、第281条第1項第2文及び第3文並びに第5項の規定を準用する。

その他の条文の訳については、注75（326条）、注81（280条、283条）を参照。

325) 以上につき、Scholz, aaO. (Fn.147) S.378。ただし、最後の点については補足が必要であろう。仮に、譲渡債務者の不履行を理由に債権譲受人が解除をすれば、その結果として譲渡債権は消滅する。しかし、その根本的な原因は譲渡債務者の履行能力にあり、それについて債権譲渡人は責任を負わないため、債権譲受人は債権譲渡人に対して責任追及をすることはできない。したがって、解除は譲渡債権ないしそ



このように、ショルツは、解除権を債権譲渡人に分配する。もっとも、債権譲渡人が解除権を自由に行使できるわけではない。ショルツは、譲渡債務者の履行能力のリスクが現実化した場合の権利（代償請求権や損害賠償請求権）を、債権譲受人に分配する。その理由として、ショルツは、債権譲渡人が債権譲受人から債権譲渡の対価を受け取っていること、および、債権譲渡人は譲渡債務者の履行能力のリスクを原則として負担しないことをあげる。そして、対価を受け取っているということから、債権譲受人に割り当てられた権利の行使によって債権譲渡人の反対給付義務に影響が及ぶとしても、債権譲渡人はそれを甘受しなければならないとしている<sup>326)</sup>。ショルツは、このように、履行障害発生後の広義の債務関係の展開についての選択に関して、債権譲受人に優先的な地位を認めている。このような理解を前提に、ショルツは、債権譲渡人は、債権譲受人の同意がなければ解除権を行使できないとしている<sup>327)</sup>。

以上のショルツの見解においては、特に解除権の分配を決する具体的な事情については、解除権を債権譲受人へ分配する見解と、大きな違いがあるわけではない。事情によっては、同様の評価がされているものもある。それにもかかわらず、反対の結論が導かれている。この理由は、解除権に対する債権譲受人の利益についての理解にある。ショルツは、この利益を、一貫して解除権の「行使」に対するものとして理解している。行使によって発生する効果が債権譲受人に利益になるかどうかという基準である。これに対し、債権譲受人へ解除権を分配する見解は、行使よりも、むしろ「取得」ないし「保持」に利益を見出している。このような理解のもとでは、解除権の不行使もまた利益として認められる。見解の相違は、この点にあるということができる。

### e) 批判

最後に、当事者の具体的意思を基準とする見解に対する批判を確認しておく。批判は、概ね2つに分けることができる。

第一に、この見解が当事者の「具体的」意思を基準としていることについてである。このことに対して、類型化や典型的状況の考慮をどれだけ洗練させても、当事者の意思を確定できない場合が残ることは否定できないため、抽象的な基準が必要であるという批判がなされている<sup>328)</sup>。

---

の代償利益の実現に資するものではないから、債権譲受人には認められない。ショルツの理解は、以上のようなものであると思われる。ショルツは、債権譲渡の制度的な目的を、債権が体现する積極的な価値を債権譲受人に移転することであるとしている（S.375）。このこととも整合するといえよう。

326) Scholz, aaO. (Fn.147) S.370. たとえば、債権譲受人が譲渡債務者に対して代物説による損害賠償請求をした場合、債権譲渡人は、326条1項1文による反対給付義務の消滅を主張できなくなり、この義務に引き続き拘束されることになる。

327) Scholz, aaO. (Fn.147) S.375f. この叙述において、ショルツは、債権譲受人の同意の必要性を、直接的には、債権譲受人が解除によって譲渡債権を奪われないようにするということから説明している。しかし、債権譲受人の同意を要件とするためには、債権譲受人が譲渡債権を奪われてはならないことが論証されなければならない。そうすれば、むしろ本文で述べたことが、債権譲受人の同意を必要とすることの根拠といえる。

328) Hoffmann, aaO. (Fn.131) S.33.

第二に、譲渡債務者の保護という観点から、批判がなされている。譲渡債務者は、債権譲渡の原因関係や当事者の意思にもとづく権利の分配の内容を知ることができるとは限らない。そこで、債権譲渡人または債権譲受人が譲渡債権の二次的権利などを行使した場合、譲渡債務者は、その権利行使が有効かどうかを判断することができず、判断のリスクを負担させられることが、問題視されている<sup>329)</sup>。当事者の具体的意思を基準とする見解は、この問題を認識していないわけではなく、債権譲渡における債務者保護規定（404条以下）によって、譲渡債務者が十分に保護されると考えている<sup>330)</sup>。しかし、これに対しては、さらに批判がなされている。この批判は、特に407条に関して<sup>331)</sup>、次のように述べる。譲渡債務者が債権譲渡自体を知らなかった場合には、407条が直接適用されるため、問題はない。しかし、譲渡債務者が債権譲渡は知っているものの、権利の分配の内容を知らなかった場合には、譲渡債務者の信頼の対象となるべき権利の分配の標準が存在しない。しかし、ここで、債権譲渡がなかった場合を標準とすることもできない。譲渡債務者は債権譲渡がなされたことは知っているため、それがなかった場合を標準とするのは矛盾するからである<sup>332)</sup>。この批判によれば、当事者の具体的な意思を基準とするだけでは、407条による債務者保護が機能しないことになる<sup>333)</sup>。そこで、この批判をする論者は、譲渡債務者が債権譲渡は知っているものの権利の分配の内容を知らないということを考慮した分配の基準、言い換えれば、債権譲渡がされたこと、および、不変でありかつ債務者にも認識ができる債権譲渡の目的を考慮に入れた分配の基準が必要であるとする<sup>334)</sup>。次項で、この見解を取り上げる。

---

329) 以上につき、Dörner, aaO. (Fn.128) S.297; Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.38f.; Hoffmann, aaO. (Fn.131) S.34も同趣旨である。ズィッツマンは、このことを、債権譲渡による譲渡債務者への不利益の禁止から根拠づけている。これに対し、ホフマンは、処分行為の *numerus clausus* (本款1. 1) c) (1) (c) を参照)との関係で説明をしている。また、ネルも、明確な批判はしていないものの、同様の方向だと考えられる (Nörr / Scheyhing / Pöggeler, aaO. (Fn.231) S.48 [Nörr])。

330) Steinbeck, aaO. (Fn.127) S.89; Hattenhauer, aaO. (Fn.89) S.440. このほか、注152に掲げた文献も参照。また、ビドリンスキーは、この問題が代理や取立てのための授權などでも生じることから詳細な検討を見送るとしつつ、解除権の譲受人が譲渡人の協力を得るなどして解除権の取得を証明しない限りは、解除権の行使が、相手方に対して効力を生じないという案を提示している (Bydlinski, aaO. (Fn.127) S.132f.)。

331) 407条があげられているのは、同条が、債権譲渡を知らない譲渡債務者を保護する規定だからである。同条は、譲渡債務者に対し、債権譲渡がなされていないことを前提に行動することを認める規定である。本文の記述はこのことを踏まえて述べられている。407条の訳については、注153を参照。

332) 以上につき、Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.39, 41。

333) ホフマンも、404条以下による保護では不十分であるという批判をしている。しかし、ホフマンの批判は、処分行為の *numerus clausus* を根拠としており、ズィッツマンとは異なる観点からなされたものである。ホフマンの批判については、注201を参照。

334) Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.39。

## 2) 債権譲渡の典型的目的と形成権の機能とを基準とする見解

### a) 見解の概要

当事者の具体的意思を基準とする見解に対する批判のように、譲渡債務者に権利の分配の内容がわかることを重視すれば、譲渡債務者にも明らかな事情を基準としなければならない。そこで、この批判をする論者は、債権譲渡の典型的な目的と、分配される権利の機能とを基準とするべきであるとする。ここでは、債権譲渡の原因関係は考慮されない<sup>335)</sup>。

債権譲渡の典型的な目的とは、法制度として債権譲渡が意図していることを意味する。この目的は、債権が体现する積極的な価値を、可能な限り債権譲受人に移転させることであるとされる。債権者の地位を可能な限り債権譲受人に移転させることとも言い換えられている<sup>336)</sup>。もっとも、このことをどのように説明するかについては、見解に差がある。デルナーは、典型的な当事者の利益から、次のように説明をする。

債権譲渡の当事者にとっては、債権譲受人が、譲渡債権の給付の獲得に際して起こった状況の変更<sup>337)</sup>に制約を受けずに柔軟に対応できることが、利益に適うということが出来る。債権譲受人にとっては、譲渡債務者に対して必要な権限を自己責任で、かつ全面的に行使できるからである。また、債権譲渡人にとっては、債権譲渡の対価を高めることができるとともに、債権譲受人から原因関係にもとづいて責任を追及されることがなくなるからである<sup>338)</sup>。

これに対し、ズィッツマンは、債権譲渡人が譲渡債務者への契約関係に残ることから当事者の利益だけでは説明ができないうとして、債権譲渡に関する法律の規定に根拠を求める<sup>339)</sup>。第一に、402条をあげ、同条は、譲渡債権の主張がもっぱら債権譲受人の領分であることを示すものであるとともに、このことが債権譲渡の原因関係とは切り離された普遍的な目的であるとする<sup>340)</sup>。第二に、410条1項2文をあげ、同条は、履行期の告知権<sup>341)</sup>が債権譲受人に帰属することを前提と

335) *Dörner*, aaO. (Fn.128) S.298ff.; *Sitzmann*, aaO. (Fn.129) S.43ff. なお、デルナーは、債権譲渡の当事者が分配について合意をしていない場合、当事者の合意にも法律の規定にも分配の規律がないとして、「二重の欠缺」があるとする（法律の規定については、立法者の想定外とする）。デルナーは、この欠缺をいわゆる任意法規の継続形成によって埋めるべきであるとし、このときには関連する法制度の目的を考慮すべきであるとして、本文で述べた基準をあげる。これを方法論的な根拠であるとするれば、本文で述べた譲渡債務者の保護は、実質的な根拠と位置づけることができよう。

336) 以上につき、*Dörner*, aaO. (Fn.128) S.299; *Sitzmann*, aaO. (Fn.129) S.43ff.

337) 典型的なものが、譲渡債権についての履行障害である。

338) 以上につき、*Dörner*, aaO. (Fn.128) S.299f.。債権譲渡人が原因関係にもとづく責任追及を受けなくなるのは、譲渡債権に履行障害が生じたとしても、債権譲受人は譲渡債権と合わせて獲得した権利で自ら対応をすべきことになるからであると思われる。

339) *Sitzmann*, aaO. (Fn.129) S.42.

340) 詳細については、*Sitzmann*, aaO. (Fn.129) S.45を参照。402条の訳については、注221を参照。

341) 履行期の告知（*Fälligkeitskündigung*）とは、履行期が定まっていない場合に、債権者が、一方的に履行期を到来させ、または履行期間を開始させることをいう。その権利を履行期の告知権という。告知とはいうものの、継続的契約を終了させる解約告知権とは別物である。この概念については、*Joachim*

しているとする。このことから、譲渡債権の実現に資する権利は債権譲受人に移転すべきであること、債権譲渡人にとっても重要な権利でも債権譲受人に移転しうること、を読み取ることができるという<sup>342)</sup>。第三に、407条1項をあげ、次のように述べている。

同条は、債権譲渡後に債権譲渡人と債権譲受人との間でなされた法律行為について、債権譲渡人の処分権限を擬制する。このような擬制がされていることは、この処分権限が債権譲受人にあることを意味する。この処分権限に関する法律行為は、同条が譲渡債務者の保護を目的としていることによれば、広く解されなければならない。特に、債権譲渡人による形成権の行使も同条の「法律行為」に含まれる<sup>343)</sup>。これらのことから、直接に権利の分配に関する規律が導かれるわけではない。しかし、譲渡債権の実現に資する以上に契約関係全体を変動させる権利も、債権譲渡による権利の移転から一概に除外されるわけではないといえることができる<sup>344)</sup>。

以上のように説明は異なるものの、結論においては、見解はおおむね一致している。すなわち、債権譲渡の典型的な目的により、譲渡債権の給付の実現に資する権利は、債権譲受人へ分配すべきということになる<sup>345)</sup>。

このように考えれば、権利の分配においては、その権利が譲渡債権の給付の実現に資するかどうかが決定的な基準となる。ここで考慮されるのが、先に述べた、分配される権利の機能、とりわけ債権譲渡の目的である価値の移転との関係における機能である。権利の機能も、債権譲渡の典型的な目的と同様に客観的に決まるため、譲渡債務にも明らかであるとされている<sup>346)</sup>。権利の機能という観点からは、本来の給付の獲得に関係する権利（履行の告知権など）のほか、給付の代替物や等価物を獲得する権利（損害賠償請求権、代償請求権など）も、譲渡債権の給付の実現

Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2.Auflage, Tübingen 1994, S.68を参照。

342) 詳細については、Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.45f.を参照。履行期の告知権が債権譲渡人にとってどのような意味をもつのかは述べられていない。

BGB410条（譲渡証書の引渡し）

(1) 債務者は、旧債権者が交付をした債権譲渡に関する証書の引渡しとの引換えでのみ新債権者に対して給付を行う義務を負う。新債権者による告知又は催告は、証書を呈示しないでなされ、かつ、債務者が証書の呈示がないことを理由に遅滞なく拒絶をした場合には、無効である。

(2) 前項の規定は、旧債権者が債務者に債権譲渡を書面で通知した場合には、適用しない。

訳出にあたっては、椿・右近編・前掲注(48) 361頁〔松井〕を参考にした。410条には、債務法改正による変更はない。

343) ズィッツマンは、その理由として、譲渡債務者は形成権を行使している者が本当に権利を持っているのかどうかを知る必要があること、および、形成権の行使は譲渡債務者にとって利益にも不利益にもなりうるために一概に本条の適用範囲から除外すべきではないことをあげている(Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.47ff.)。

344) 以上につき、Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.46ff.。また、407条の訳については、注153を参照。

345) Dörner, aaO. (Fn.128) S.300; Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.50。

346) Dörner, aaO. (Fn.128) S.300。

に資する権利に該当する<sup>347)</sup>。さらに、価値の移転という目的からは、債権譲受人がこの価値を自由に処分できるということも導かれる。これにより、譲渡債権について免除や支払猶予をする権限も、債権譲受人へ分配されている<sup>348)</sup>。なお、債権譲受人が免除や支払猶予をすると、債権譲渡人は契約不履行の抗弁権を失う。このことについては、債権譲渡人は債権譲受人から債権譲渡の対価を受け取っていることや<sup>349)</sup>、債権譲渡人が自らの意思でした債権譲渡の直接かつ予測可能な結果であることから<sup>350)</sup>、債権譲渡人が甘受しなければならないとされている。以上のような権利は、「債権に関する権利」と分類されており、債権譲受人に分配される<sup>351)</sup>。

これに対し、義務者が自己の負う給付義務を具体化または確定し、あるいは義務にもとづく自己の財産上の負担を減少しまたはその負担から解放されるための権利は、「義務に関する権利」と分類されている。これにあたる権利は、債権譲渡後も債権譲渡人に分配される<sup>352)</sup>。このことは、以下のように説明される。債権譲渡がされた後は、債権譲渡人の法的地位は、譲渡債務者に対する反対給付義務を中心に構成されることになる。そうすれば、債権譲渡人には、譲渡債務者からの不当な請求に対して防御をする権利が認められなければならない。これに該当するのは、債権譲渡人の反対給付義務に関して要件が定められている権利である。たとえば、契約締結時に計算した反対給付義務の負担からの逸脱に対応するための権利（事情の変更に備えて合意された約定解除権など）である<sup>353)</sup>。

もっとも、債権譲渡人がこれらの権利を行使すると、債権譲受人は、譲渡債権を失う場合がある。ここでは、先ほどとは反対に、債権譲受人が不利益を甘受しなければならないとされている。その理由としては、債権譲渡人に期待できる負担の限度があらかじめ譲渡債権の発生原因である契約や法律の規定に示されている限りで、債権譲受人は債権譲渡人の負担の限度を超えた場合にまで譲渡債権の実現を期待してはならないことや<sup>354)</sup>、それと合わせて債権譲受人は債権譲渡人の反対給付義務と牽連関係にある債権を取得した以上、債権譲渡人が履行をしなければ譲渡債権の

347) Dörner, aaO. (Fn.128) S.302; Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.50.

348) Dörner, aaO. (Fn.128) S.301; Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.87ff. ズィッツマンは、さらに、407条の「法律行為」に免除や支払猶予が含まれることも根拠としている。

349) Dörner, aaO. (Fn.129) S.302. しかし、このことは原因関係にもとづく事情であるため、理由とするのは矛盾しているようにも思われる。

350) Sitzmann, aaO. (Fn.128) S.88f. このようにいえるのは、権利の分配が客観的な基準にもとづくという前提があるからであろう。

351) Dörner, aaO. (Fn.129) S.301f.; Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.50.

352) 以上につき、Dörner, aaO. (Fn.128) S.303f.; Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.51f.。本文の記述はデルナーの叙述による。

353) 以上につき、Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.51f.。デルナーも約定解除権に関して同様のことを述べている（Dörner, aaO. (Fn.128) S.316）。なお、債務法改正によって行為基礎の障害にもとづく解除の規定が新設されたため（313条）、両者の見解は、現在では同条の解除権にも妥当すると思われる。

354) Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.52.



実現が得られないことを理解している<sup>355)</sup>、といったことがあげられている。

以上のとおり、権利は、その機能に応じて、債権に関係する場合には債権譲受人に、義務に関係する場合は債権譲渡人に分配される。なお、債権譲渡人と債権譲受人が、合意によってこれとは異なる分配をした場合、譲渡債務者に通知をしなければならない。通知がされず、分配の内容を譲渡債務者が知らない場合は、債権譲渡の債務者保護規定（407条、409条、410条）が類推適用される。このときは、以上で説明をした分配の基準が、債務者の信頼の標準となる<sup>356)</sup>。

## b) 解除権の分配

### (1) 解除権の機能

前項で述べたことにより、解除権の分配においても、解除権が債権譲渡の目的との関係で有している機能が基準となる。この点、解除権は、譲渡債権の給付の実現に資するわけでも、給付の代替物でもない。そこで、解除権と同じ要件のもとで生じ、解除権と択一的な関係にある履行に代わる損害賠償請求権との関係から、考察が行われている<sup>357)</sup>。

履行に代わる損害賠償請求権は、譲渡債権の給付の代替物であるため、債権譲受人に分配される<sup>358)</sup>。もっとも、損害賠償請求が差額説によって行われた場合、債権譲渡人の反対給付義務が消滅するという点で、債権譲渡人にも影響が及ぶ。しかし、以下のような理由から、このことは債権譲受人に差額説による損害賠償請求を認めることを妨げないとされている<sup>359)</sup>。第一に、債権譲受人に差額説による損害賠償請求を認めない、つまり代物説による損害賠償請求に限定をすると、譲渡債務者の地位を不当に向上させることになる<sup>360)</sup>とされる。譲渡債務者に履行障害が生じた場合、債権譲受人が代物説による損害賠償請求しかできなければ、債権譲渡人は反対給付義務から解放されることがない。これに対し、債権譲渡人に履行障害が生じた場合、譲渡債務者は差額説による損害賠償請求をすることで、自己の反対給付義務を免れることができる。このことが、双務契約における当事者間の不均衡をもたらすため、許されないとされている<sup>360)</sup>。第二に、差額説によ

355) *Dörner*, aaO. (Fn.128) S.316f. なお、デルナーは、この場合、債権譲受人は債権譲渡人に対して原因関係にもとづいて責任追及をすることができるとしている。また、シュタインバックやハッテンハオアーは、債権売買に関して、デルナーらの約定解除権に関する見解を支持している。この点でも、両者の見解の接近が見られる (*Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.90ff.; *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.457ff.)。

356) *Sitzmann*, aaO. (Fn.129) S.61f., 118f. デルナーは、当事者間の合意が無効である場合に407条、409条が類推適用されるとしており、同趣旨であろう (*Dörner*, aaO. (Fn.128) S.300f.)。

357) この択一関係は旧BGBのもとにおけるものである。しかし、改正後のBGBにおいても、少なくとも解除と代物説による損害賠償は併存できない。そのため、本文で述べることは、改正によって意味を失うわけではない。

358) *Dörner*, aaO. (Fn.128) S.304; *Sitzmann*, aaO. (Fn.129) S.59.

359) このことを詳細に検討しているのはゾイツマンである。しかし、デルナーも、反対給付義務の消滅は債権譲渡人にとっては利益でしかないと述べており (*Dörner*, aaO. (Fn.128) S.307)、意識はしているようである。

360) *Sitzmann*, aaO. (Fn.129) S.56f. これが許されないのは、債権譲渡によって譲渡債務者の法的地位は不

る損害賠償も、代物説による損害賠償と同様に、譲渡債権の代替物に変わりはないことがあげられている。差額説による損害賠償請求ができる場合には、譲渡債務者に対する給付請求権の額が反対給付義務の額を上回っており、この給付請求権は債権譲受人に移転している。そうすれば、この差額という形で代替物も債権譲受人に移転させることが、債権が体現する価値を移転するという債権譲渡の目的にも適うとされる。それゆれに、債権譲受人は、差額説によるか代物説によるかを選択できることになる。それにともなう反対給付義務の消滅もしくは存続については、債権譲渡人は、自らの意思で債権譲渡をした以上、甘受しなければならないとされる<sup>361)</sup>。

ズィッツマンは、以上のことを前提にしつつ、解除権の行使が損害賠償請求権を消滅させるという点で、解除権はその不行使を通じて間接的に譲渡債権の埋め合わせに資するものであるとする。このことを理由に、ズィッツマンは、解除権を譲渡債権の実現に資するものとして、債権譲受人に分配する<sup>362)</sup>。また、デルナーは、差額説による損害賠償請求を債権譲受人に認めるのであれば、それと同様の効力をもつ解除権も債権譲受人に分配すべきであるとしている<sup>363)</sup>。

## （2）当事者の利益

債権譲渡の典型的目的と形成権の機能を基準とするのであれば、以上に述べたことのみで、解除権の債権譲受人への分配は論理的に説明される。これらを基準とする見解は、債権譲受人への分配を実質的にも正当化するために、当事者の利益についての考察も行っている。以下、この点を確認する。

まず、債権譲受人の利益について。債権譲受人に解除権が分配されるという前提に立てば、問題となるのは、債権譲受人が解除権を取得ないし行使することによって不利益を受けるかどうかである。しかし、このような不利益は通常は考えられない。そのことを示すように、債権譲受人の利益に関しては、債権譲渡人に解除権を分配すると、債権譲受人の損害賠償請求が制限される

---

利にだけではなく有利にも変更されてはならないという、いわゆる同一性維持の原理によるものであると思われる。

361) *Sitzmann*, aaO. (Fn.129) S.58f. 債権譲渡人への影響という出発点からすれば、第一の理由よりも、この第二の理由が直接の理由となろう。

362) *Sitzmann*, aaO. (Fn.129) S.60. これに対し、デルナーは、債権譲受人は、自身で解除権を行使した場合、債権譲渡人に対して不当利得返還請求ができるため、解除権は債権譲受人にとって、単なる「破壊的な権利」ではないとしている（この部分はゲルンフーパーへの反論である。注227を参照）。これは要するに、解除権が債権譲受人にとっても無意味ではないことをいうものであろう。デルナーがこのことを解除権の機能として位置づけているのかは、定かではない（デルナーの叙述では、後述する当事者の利益と解除権の機能とが明確に区別されていない）。しかし、仮にそうであるとしても、デルナーのいう不当利得返還請求は、債権譲渡人が債権譲渡の対価を取得していないと認められないはずである。そうすると、これは原因関係にもとづく事情であることになり、解除権の機能の分析においてこれを持ち出すのは矛盾するといえる。このことを指摘するものとして、*Sitzmann*, aaO. (Fn.129) S.53f.。

363) *Dörner*, aaO. (Fn.128) S.308.

ことに言及がされているにすぎない<sup>364)</sup>。

そうすると、問題の中心となるべきなのは、債権譲受人による解除権の取得ないし行使によって債権譲渡人が受ける不利益の有無である。債権譲受人による解除権の行使は、債権譲渡人の法的地位への介入ともいえるところ、このような介入の正当化の問題でもある。この問題は、以下の2つの観点から考察されている。

第一に、債権譲受人が解除権を行使すれば、債権譲渡人の反対給付義務が消滅するという点についてである。これに対しては、債権譲渡人にとっては義務から解放されるだけであり、利益を受けることはあっても、不利益にはならないとされている<sup>365)</sup>。もっとも、このことは、債権譲渡人の反対給付義務が金銭債務である場合には問題なく妥当するものの、物の引渡債務である場合には留保を要する。債権譲渡人は、その物を手放すことに利益を有しているかもしれないからである<sup>366)</sup>。しかし、このような利益は、次のような理由から、権利の分配にあたっては考慮すべきではないとされている。まず、債権譲受人が差額説による賠償をすれば、いずれにせよ債権譲渡人の反対給付義務が消滅することである。もっとも、これは債権譲受人に差額説による損害賠償請求を認めることを前提としているため、根拠としては弱い<sup>367)</sup>。そこで、次にあげられるのが、反対給付義務の消滅は、債権譲渡人が自らの意思でした債務関係の分割の帰結であるということである。これは、債権譲渡人が自ら債権譲渡をして債務関係の一部を債権譲受人に委ねた以上、そのために自身が反対給付をできなくなっても甘受しなければならないということであろう<sup>368)</sup>。

第二の観点は、解除権の行使によって、債権譲渡人が債権譲受人に対して原因関係にもとづいて何らかの責任を負う可能性があることである。このことは、債権譲受人による解除権の行使に債権譲渡人の同意等の関与を要するかどうかという問題にもつながる。もっとも、本項で検討している見解は原因関係を考慮の対象から外すため、このような可能性は、この見解にとっては外

---

364) Dörner, aaO. (Fn.128) S.308. そもそも、このことも、債権譲受人が解除権を取得ないし行使することによる不利益ではない。なお、旧BGBにおける瑕疵担保にもとづく解除に関する叙述ではあるが、ズィッツマンは、債権譲渡人に解除権を分配することへの反論として、債権譲受人が瑕疵のある給付で満足するかどうかを債権譲渡人が決定できる理由がないとしており、注目される (Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.91)。

365) Dörner, aaO. (Fn.128) S.309; Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.61.

366) Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.61. 物に高額の保管費用がかかる場合があげられている。

367) ズィッツマンもこのことを自覚したうえで述べている。

368) 以上の2つの理由につき、Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.61.。ズィッツマンは後者の理由を決定的としている。しかし、債権譲渡人が自ら債権譲渡をしたのであれば、債権譲受人から及ぼされる影響を甘受しなければならないということ自体、両者の間で債権譲受人が優先するという評価を含んでいる。ここで問題の根本は、なぜ債権譲受人が優先するかである。そうすれば、それに対する評価をすでに含んでいる以上、債権譲渡人が自ら債権譲渡をしたことも、根拠にはならないというべきであろう。しかし、おそらく、ズィッツマンの見解では、債権譲受人が優先することは、債権譲渡の目的から説明がなされる。そうすれば、ズィッツマンが、債権譲渡人が自ら債権譲渡をしたことを理由としてあげることには矛盾はない。

在的な問題でしかない<sup>369)</sup>。デルナーは、このことを踏まえつつも、当事者間の原因関係の内容にかかわらず債権譲渡人が責任を負うことはないとし、それを次のように説明する。

まず、債権譲渡人が債権譲受人に対して譲渡債権を取得させる義務のみを負う場合である。この場合は、債権譲渡人は債権譲受人に譲渡債権を移転させたことで、すでに自身の義務を果たしている。したがって、債権の目的物の瑕疵や譲渡債務者について生じた履行障害に関して、債権譲渡人は責任を負わないとされる。また、債権譲受人による解除権の行使への関与という観点からは、債権譲渡人は債権譲渡後においては譲渡債権について関心を持たず、それへの関与はむしろ負担になりうるという<sup>370)</sup>。次に、債権譲渡人が債権譲受人に対して譲渡債権の移転を超え、その履行まで責任を負っている場合である。この場合、債権譲受人は債権譲渡人に対して損害軽減義務を負うことになり、解除権を含む二次的権利を債権譲渡人の損害が少なくなるように行使しなければならない。債権譲受人がこの義務に違反した場合、債権譲受人の債権譲渡人に対する損害賠償請求の額が減らされる。これらによって債権譲渡人は十分に保護されているため、債権譲受人による解除権の行使について関与を認める必要はないとされている<sup>371)</sup>。最後に、債権譲渡担保や取立てのための債権譲渡など、債権が信託的に譲渡された場合である。この場合、債権譲受人が解除権を行使しないという拘束を債権譲渡人との関係で受けており、それに反して解除権を行使したとしても、対外的、すなわち譲渡債務者との関係では、その行使は有効である。しかし、このとき、債権譲渡人は債権譲受人に対して原因関係にもとづいて責任追及をすることができる。これによって、債権譲渡人の利益は完全に保護されるという<sup>372)</sup>。

以上のことから、解除権を債権譲受人に分配することは、当事者全員の利益に適うとされている。債権譲受人は、譲渡債権の履行障害の際、自身にとってもっとも有利な二次的権利を自由に選択することができる。債権譲渡人は、債権譲受人による解除権等の行使によって影響を受けることはない。仮に不利な影響を受けるとしても、それは債権譲受人との原因関係において補填される。最後に、譲渡債務者については、債権譲渡の典型的目的と形成権の機能が分配の基準となることで、権利の分配先が確実に明らかになる<sup>373)</sup>。

369) Dörner, aaO. (Fn.128) S.310; Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.60. ズィッツマンは、このような理由でこの問題を退けている。ただし、債権譲受人が自ら解除をして譲渡債権を消滅させておきながら債権譲渡人に責任追及をするのは、矛盾行為であるともしている（S.60 Fn.218）。

370) 以上につき、Dörner, aaO. (Fn.128) S.310。

371) 以上につき、Dörner, aaO. (Fn.128) S.310。損害軽減義務の部分については、注312～314および対応する本文の記述を参照。

372) 以上につき、Dörner, aaO. (Fn.128) S.311。これに対しては、ビドリンスキーが、倒産リスクの考慮が不十分であると批判をしている（Bydlinski, aaO. (Fn.127) S.62 Fn.85）。

なお、デルナーは、このほかに、履行のために債権譲渡がなされた場合についても検討を行い、債権譲渡人の不利益を否定している（S.310f.）。

373) Dörner, aaO. (Fn.128) S.312. ズィッツマンは、債権譲受人による解除権の行使に対する債権譲渡人の同意の要否、および譲渡債務者の保護の要否についても検討をしており、結論としてはいずれも否定している。この内容は、伝統的見解に対する批判の箇所所述べたことと一致するため、ここでは繰り返さ

## (3) 補充的解釈による分配

債権譲渡の典型的な目的と形成権の機能とを基準とする見解をとるデルナーとギッツマンは、いずれも、債権譲渡人と債権譲受人との合意によって、この基準に従った場合は異なる権利の分配をすることを認めている。そこで、ギッツマンは、債権譲渡の原因関係の典型的な目的および当事者の利益から、権利を前項までとは異なって分配することが補充的解釈によって導かれるかどうかを検討している<sup>374)</sup>。解除権に限れば、債権譲渡人に解除権を分配することが導かれるかどうかである。以下では、この点を簡単にのみ確認しておく。

第一に、間接代理においては、経済的にみれば債権譲受人が債務関係の主体であるということをも理由として、解除権は債権譲受人に分配されている<sup>375)</sup>。

第二に、債権譲渡担保において、ギッツマンは、当事者の利益を次のように分析する。一方、債権譲渡人にとっては、あくまでも担保目的で譲渡がなされていることにかんがみ、債権譲受人に移転する権限の範囲は、可能な限り少ない方が都合がよい。他方、債権譲受人は、債権そのものではなく、債権の財産的価値に関心をもっている。そうすれば、債権の財産的価値がより大きくなり、また担保としてもより適格といえるのは、債権譲渡による価値の移転を否定できる可能性を債権譲渡人にできるだけ残さないとともに、譲渡債権の代替物も債権譲受人に移転する場合である<sup>376)</sup>。解除権を債権譲渡人に分配することは、債権譲受人の譲渡債権や損害賠償請求権を消滅させる可能性を債権譲渡人に与えることになる。これは、担保の目的に反する<sup>377)</sup>。したがって、この場合にも、債権譲渡人に解除権を分配することは導かれない。

第三に、取立てのための債権譲渡においては、債権譲渡はもっぱら債権譲渡人の利益のためになされている。債権譲受人は解除によって譲渡債権が消滅するかどうかについても、基本的に関心をもたない。しかし、ギッツマンは、このことを踏まえつつも、債権譲渡人が債権譲受人に形成権の行使を委ねることに利益をもつ場合がありうるとして、一律に債権譲渡人への解除権の分配が導かれるわけではないとしている<sup>378)</sup>。

第四に、債権売買については、債権の体現する価値の移転ということが、そのまま妥当する。

---

ない。債権譲渡人の同意については、注145および対応する本文の記述を、譲渡債務者の保護については、注149～151および対応する本文の記述を参照。

374) Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.146ff.

375) Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.146f., insb. Fn.700.

376) Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.147. ギッツマンは、一般論として、担保目的の譲渡であるということだけからは、補充的解釈によって、債権売買などと比較して債権譲受人に分配される権利が少なくなるということは、導かれないとしている。

377) Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.147f. なお、損害賠償請求権が債権譲受人に分配されることは、本稿ですでに述べたとおりである。

378) Sitzmann, aaO. (Fn.129) S.150f. ギッツマンは、物の引渡債権について取立てのために債権譲渡がされ、債権譲渡人が完全に取立ての負担から逃れようとしている場合をあげている。もっとも、ギッツマンも、物の引渡債権について取立てのために債権譲渡がされること自体が現実には考えにくいことは認めている。



したがって、ここでも、解除権を債権譲渡人に分配することは導かれないとされている<sup>379)</sup>。

以上のように、ズィッツマンによれば、原因関係の典型的な目的および当事者の利益からは、前項までで検討した分配と異なる分配は導かれない。その結果、そのような異なる分配がされているかどうかは、もっぱら個々の場面ごとの判断に委ねられることになる<sup>380)</sup>。

### c) 批判

最後に、債権譲渡の典型的な目的と形成権の機能とを基準とする見解に対する批判を確認しておく。ズィッツマンと比較するとデルナーの見解は明確さをやや欠いているため、批判の多くはデルナーの見解に向けられている。

第一に、譲渡債務者が権利の分配の内容を知ることを重視している一方で、債権譲渡人と債権譲受人との合意で分配の内容を決められるとするのは、整合していないという批判がなされている。特に、デルナーが、譲渡債務者が分配に関する合意を知らない場合には、債権譲渡の債務者保護規定が類推適用されるとしている点が、批判の対象となっている。その理由は、この類推適用を認めると、譲渡債務者が原因関係を知らない場合に同様の類推適用を認めると、さほど変わらない結果になるからであるとされている<sup>381)</sup>。確かに、デルナーの叙述だけをみれば、このように考えられなくもない。しかし、ズィッツマンによれば、譲渡債務者が債権譲渡を知っているものの権利の分配を知らない場合には、債務者保護規定の類推適用は機能しない。このズィッツマンの主張の当否は措くとしても、少なくとも、以上の批判はそのままでは不十分であるといえる。

第二に、債権譲渡の典型的な目的を基準とすることに対して、批判がなされている。まず、私的自治による権利の分配においては、債権譲渡の目的は当事者の原因関係で定められるのであり、債権譲渡人および債権譲受人の利益に適った分配をするためには、原因関係および当事者の利益が考慮されなければならない、という批判がある<sup>382)</sup>。しかし、デルナーは、まさにこの目的が譲渡債務者にはわからないことから、その点では譲渡債務者の利益を債権譲渡人と債権譲受人の利益とに優先させているのである<sup>383)</sup>。したがって、この批判は、その当否はともかく、外在的なものといえることができる。

むしろ、内在的なものは、次の批判である。デルナーは、債権譲渡の目的が価値の移転にあるとして、そのことから債権者の地位を可能な限り移転させるということを導いている。しかし、こ

379) *Sitzmann*, aaO. (Fn.129) S.151.

380) *Sitzmann*, aaO. (Fn.129) S.152.

381) *Bydlinski*, aaO. (Fn.127) S.62 Fn.85; *Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.83; *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.436f.

382) *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.438ff. なお、ハッテンハオアーのいう「目的」とは、債権譲渡人と債権譲受人が債権譲渡をした意図を指しており、デルナーのいう「目的」とは意味が異なる。ただし、ハッテンハオアーも「目的」の多義性を指摘しており、このことを自覚している。

383) ハッテンハオアーは、債権譲渡における債務者保護規定の類推適用で足りるという反論をしている(*Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.440)。これに対しては、すでに述べたズィッツマンの批判が向けられることになる。ズィッツマンの批判については、上述1) e) を参照。

これは循環論法であり、価値の移転ということからは、債権者の地位が実際にどの程度移転しているのかを導くことはできないという批判がされている<sup>384)</sup>。むしろ、問題の本質は、何が債権譲渡の処分の対象としての債権の内容であるのか、何が債権の価値を決定するのかであるという。それが明らかでなければ、「可能な限りの移転」が何を意味しているのかも不明確なままでであるとされている<sup>385)</sup>。この点については、先述のように、ズィッツマンが、債権譲渡に関するBGBの規定から、譲渡債権の給付の実現に資する権利が債権譲受人に移転することを説明している<sup>386)</sup>。これに対しても、ズィッツマンのあげる規定は権利の分配の問題を完全に規律しているわけではないために、根拠にはならないという批判がされている<sup>387)</sup>。

### 3) 譲渡債務者の保護を重視する見解

解除権の分配の基準に関する第三の見解として、譲渡債務者の保護を特に重視するネルの見解がある。ネルは、債権譲渡が譲渡債務者の関与なくなされることから、債権譲渡に関する問題について、譲渡債務者の保護を中心に据えた解釈をする<sup>388)</sup>。権利の分配においては、ネルは、譲渡債務者の視点からはどのような分配がなされるかを基準とする<sup>389)</sup>。解除権の分配について、ネルは次のように述べる。

金銭債権が譲渡された場合、債権譲受人は解除をしても何かを獲得できるわけではない。そこで、解除権の分配の問題は、債権譲受人に解除権を認めるかどうかではなく、債権譲渡人から解除権を剥奪し、譲渡債権の消滅をさせないようにすべきかどうかの問題として考えるべきである。解除権の譲渡が合意されていない場合には、解除権を債権譲渡人から完全に奪うのは、この目的を超える。この目的のためには、債権譲渡人に、解除権を行使しないという債権的な義務を原因関係において債権譲受人に対して負わせることで足りる<sup>390)</sup>。また、物の引渡債権が譲渡された場

384) *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.437; *Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.30f. なお、デルナーは債権譲渡人と債権譲受人の典型的な利益から説明をしているものの、批判は同様に妥当しよう。

385) *Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.31.

386) 上述a)を参照。

387) *Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.31.

388) ネルの立場が端的に現れているものとして、クヌート・ヴォルフガング・ネル（飛世昭裕訳）「契約の相手方を選ぶ自由と債権譲渡」西村重雄・児玉寛編『日本民法典と西欧法伝統』401頁（九州大学出版会・2000年）。

389) *Nörr / Scheyhing / Pöggeler*, aaO. (Fn.231) S.48 [Nörr]. なお、ネルは、伝統的見解にみられる構造的な分析に対しては、結論が必ずしも妥当ではないことを、債権譲渡人と債権譲受人の利益を基準とすることに対しては、利益衡量は不確実性と主観を排除できないことを指摘している（S.47）。

390) 以上につき、*Nörr / Scheyhing / Pöggeler*, aaO. (Fn.231) S.49 [Nörr]。ネルは、債権譲受人への解除権の分配が認められる例外として、譲渡債務者と債権譲渡人の双方が破産しており、かつ、債権譲渡人が債権譲受人に対して債権を有している場合をあげる。この場合、債権譲受人は、解除によって譲渡債権を消滅させ、それによって発生した債権譲渡人に対する請求権（不当利得返還請求権等と思われる）と債権譲渡人の自身に対する債権とを相殺できることが理由とされている（S.49 Fn.62）。また、ネルは、遅

合は、債権譲受人には、譲渡債務者に対する反対給付から解放される必要も、譲渡債務者にした給付を取り戻す必要もない。したがって、解除権は債権譲受人には何ももたらさない<sup>391)</sup>。

このように、ネルは、解除権を債権譲渡人へ分配する。その根拠となっているのは、解除権の行使が、債権譲受人にとって実際には意味がないことである。ここで考慮されている事情自体には、他の見解と大きな差はない。しかし、そもそもの基準であった譲渡債務者の視点がネルの結論にどのように影響しているのかは、明らかではない<sup>392)</sup>。

ネルの見解に対しては、私的自治による権利の分配においては債権譲渡人と債権譲受人の利益が考慮されるべきであるという批判がなされている。また、譲渡債務者の保護だけではなく、債権譲渡人と債権譲受人との合意のみで債権を譲渡することができることもまた債権譲渡制度の基本的な思想であり、後者の場合には譲渡債務者の保護はそれにとまなう調整にすぎない、ともされている<sup>393)</sup>。もっとも、いずれの批判も、特に権利の分配に関しては外在的なものであるといえよう。

#### 4) 第二段階の問題のまとめ

私的自治を根拠として解除権と契約当事者の地位との分離を認める場合、債権譲渡がされた場合における解除権の分配も、当事者の合意によって決定される。しかし、このような合意がされていない場合は、別の手段によって、解除権の分配を決める必要が出てくることになる。

補充的解釈によってこの分配を決する見解は、当事者の私的自治を重視するものであるといえる。この見解では、債権譲渡の原因関係を基準にしつつ、債権譲渡人と債権譲受人の利益や内部関係が合わせて考慮される。これらの事情を考慮した原因関係ごとの分配について、取立てのための債権譲渡、間接代理、債権譲渡担保においては、見解がおおむね一致をしている。これに対して、債権売買では結論が分かれている。しかし、分配に際して考慮されている事情や、各個の事情への評価それ自体には、結論ごとに大きな差があるわけではない。むしろ結論を分けているのは、債権譲受人の解除権に対する利益の捉え方である。債権譲受人が自ら解除権を行使することを利益と捉えれば、譲渡債権の債権者にすぎず、反対給付義務を負っていない債権譲受人には利益が認めにくい。これに対し、解除権が行使されないことまでを債権譲受人の利益と捉えれば、譲渡債権の消滅を防ぐという意味で、債権譲受人に利益が認められることになる。もっとも、解除権の行使を利益と捉える見解においても、解除権の不行使への利益が無視されているわけではない。この見解でも、原因関係にもとづいて、譲渡債権の履行障害の際の法的手段の選択には、

---

延賠償の請求権は債権譲受人に分配している。

391) 以上につき, *Nörr / Scheyhing / Pöggeler*, aaO. (Fn.231) S.50 [Nörr]。ネルは、金銭債権の譲渡の場合と同様であるとしているので、債権譲渡人に解除権を分配し、その不行使の義務を債権譲受人との関係で課すことになろう。

392) あえていうとすれば、債権譲渡人と債権譲受人との間の原因関係や詳細な利益衡量をしない点に、譲渡債務者の視点を見出すことができようか。

393) 以上につき, *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.445。

債権譲受人が債権譲渡人に優先する。このような前提のもと、解除権の不行使への利益は、債権譲渡人による解除権の行使に債権譲受人の同意を求めるという形で現れている。なお、補充的解釈による見解には、原因関係や当事者の利益の考慮では不十分な場合、債権譲渡の制度的な目的を考慮に入れるものもある。この点では、債権譲渡の典型的な目的を基準とする見解との接近がみられる。

債権譲渡の原因関係は債権譲渡人と債権譲受人の間の事情であるため、それにもとづく権利の分配は、通常は譲渡債務者にはわからない。そうすれば、譲渡債務者は、自身に対して権利を行使してきた者が真の権利者であるかどうかについてのリスクを負わされることになる。この点を重視する見解は、原因関係の考慮を否定し、譲渡債務者にも認識できる事情として、債権譲渡の典型的な目的と、特にその目的との関係における権利の機能とを基準とする。譲渡債務者の保護という点では、この見解とネルの見解は、軌を一にすることができる。この見解は、債権譲渡の目的を価値の移転として、そこから債権者の法的地位を可能な限り移転させること、特に譲渡債権の実現に資する権利の移転を導き出す。もっとも、解除権は、損害賠償請求権などとは異なり、直接に譲渡債権の実現に資するわけではない。しかし、この見解は、解除権の不行使が損害賠償請求を妨げない点、および解除権と損害賠償請求権の相互の關係に、譲渡債権の実現への間接的な影響を見出す。さらに、当事者の利益衡量も合わせて、原因関係を問わず、解除権を債権譲受人に分配する。以上のことをみると、原因関係に応じた具体化を除けば、先の補充的解釈による見解と、考慮要素自体は類似しているということができる。そうすれば、両者の相違は、根本的には、譲渡債務者の保護に対する考え方の相違にあるといえる。また、債権譲渡の典型的な目的を基準とする見解に対しては、価値の移転ということからは移転するものの範囲は当然には導かれずとして、処分の対象である債権の内容こそを明らかにすべきであるという批判がなされている。