

〔論文〕

契約上の地位の移転と解除権（2・完）

——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 (2)

——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7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、56巻4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

3. その他の問題

本項目では、以上の第一および第二段階の問題に関連する問題として、さらに2つの問題を取り上げる。第一に、解除権を契約当事者の地位から分離することの代替手段ともいえる、解除権の行使についての授權である。第二に、本稿の問題設定とも関連して、ここまでで取り上げた見解が、契約上の地位の移転の際に解除権をどのように扱っているのかを確認する。

1) 解除権の行使についての授權

解除権と契約当事者の地位との分離を否定するように、形成権を法的地位から分離して移転することを認めないという前提のもとでは、元々の形成権者以外の者に形成権の行使をさせる手段として、形成権の行使の授權に言及がされることがある。この授權においては、被授權者は、形成権を自己の名で行使する権限を与えられる。他方、授權者である形成権者も、引き続き自身で形成権を行使することができる³⁹⁴⁾。このような形成権の行使の授權が可能なのは、一般に認められている³⁹⁵⁾。このこ

394) 被授權者に行使の権限を完全に委ねてしまう内容の授權は、137条1文に反するために認められないとされている（Scholz, aaO. (Fn.147) S.126）。

BGB 137条（法律行為による処分の禁止）

譲渡することができる権利に関する処分の権限は、法律行為によって排除し、または制限することができない。譲渡することができる権利に関する処分をしない義務を負担する行為の効力は、本条の規定の影響を受けない。

訳出にあたっては、柚木馨（補遺：高木多喜男）『現代外国法典叢書（1）独逸民法〔I〕民法総則』216頁（有斐閣・復刊版・1955年）を参考にした。

395) Staudinger (2017) /Busche, § 413 Rn.15; Münchener (2019) /Roth/Kieninger, § 413 Rn.12; Bamberger/

とは、BGBの条文としては、無権利者による処分に関する185条1項を根拠としている³⁹⁶⁾。また、形成権の行使の相手方の利益においても、次のように、問題はないとされている。すなわち、授權がされても、形成権の行使の相手方が不確実な状況におかれるわけではない。また、形成権の要件にも変更は生じないため、形成権者が自ら行使を決定することに相手方が利益を有していても、その利益が害されることはない³⁹⁷⁾。

解除権と契約当事者の地位との関係の問題では、形成権の行使の授權について、それが可能であることを前提に、この場面における有用性の有無が議論の対象となっている。形成権の行使の授權によれば、解除権と契約当事者の地位との分離を否定しつつも、必要があれば契約当事者以外の者に解除権の行使を認めることができる。たとえば、この分離を否定するホフマンは、形成権の行使の授權によって、第三者に形成権の行使をさせるという実際の需要に対応できるとしている³⁹⁸⁾。もっとも、ホフマンは行使の授權を積極的に認定するわけではない。ホフマンは、特に解除権などについて、債権譲渡の際に当事者が授權について明確な合意をしていない場合、補充的解釈による授權の認定を基本的に否定している。その理由としては、第一に、債権譲渡人には、契約上の拘束を維持するかどうかの決定を債権譲受人に委ねることについて利益がないこと、第二に、解除権は譲渡債権を消滅させるものにすぎず、また譲渡債務者に給付を促す圧力を主たる機能としているものでもないため、債権譲受人には必要がないことがあげられている³⁹⁹⁾。これに対し、ホフマンは、譲渡できない形成権について当事者が譲渡の合意をした場合には、行使の授權に転換されるとしている⁴⁰⁰⁾。このように、解除権

Roth/Hau/Poseck/Rohe, § 413 Rn.5; Palandt (2020) /Grüneberg, § 413 Rn.5. また、判例も同様に認めている。判例については後述する。

396) Scholz, aaO. (Fn.147) S.127; Hattenhauer, aaO. (Fn.89) S.426; Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Peter Bub, § 185 Rn.3 (形成権の行使は処分ではないとしつつ、類推適用を認める); Palandt (2020) /Jürgen Ellenberger, § 185 Rn.13.

BGB185条（無権利者による処分）

(1) 権利者でない者が目的についてした処分は、権利者の同意を得てされたものであるときは、有効とする。

(2) 〈略〉

訳出にあたっては、柚木・前掲注(394) 269頁を参考にした。

397) 以上につき、Scholz, aaO. (Fn.147) S.126f。

398) Hoffmann, aaO. (Fn.131) S.228. なお、ホフマンは、形成権者は授權後もなお自ら形成権を行使でき、またいつでも授權を撤回することができるため、授權が自説の目的拘束に反しないとしている (Vgl. S.73f., 181ff.)。

399) 以上につき、Hoffmann, aaO. (Fn.131) S.229f.。なお、譲渡債務者への圧力に関しては、債権譲渡人が解除権を有していても圧力がかかることも指摘されている。

400) Hoffmann, aaO. (Fn.131) S.229 Fn.211. いわゆる無効行為の転換である。条文への言及はないものの、140条が根拠となろう。

BGB140条（転換）

無効な法律行為が他の法律行為の要件に該当する場合において、その無効を知ったとすれば他の法律行為の効力を意図したと認められるときは、他の法律行為は、その効力を生じる。

ないし形成権と契約当事者の地位との分離を認めない立場からは、形成権の行使の授権は、形成権者以外の者に形成権の行使を認めるための代替的な手段として扱われている⁴⁰¹⁾。あるいは、形成権と契約当事者の地位との分離を否定することの根拠の1つとされているともいえよう。

これに対し、解除権ないし形成権と契約当事者の地位との分離を認める見解は、その多くが行使の授権の有用性に否定的な態度をとる。たとえば、シュタインベックは、形成権の行使の授権では、授権者である形成権者が自ら行使をすることを阻止できないということをあげる。さらに、仮に形成権者に、自ら行使をしない義務を貸したとしても、それは債権的な義務にすぎないことも述べられている⁴⁰²⁾。また、ハッテンハオアーは、形成権の譲渡を認めずに授権のみを認めることは、当事者の私的自治を不当に侵害するものであるとしている⁴⁰³⁾。これらの主張には、形成権の不行使に対する利益を認める、あるいは債権譲渡人と債権譲受人の私的自治を重視するという価値判断が現れている。また、こちらの見解では、形成権の行使の授権が、形成権と契約当事者の地位との分離を肯定することの根拠の1つとされているといえる。

以上のとおり、形成権の行使の授権が可能であること自体には争いがない。しかし、その有用性の評価には、形成権と契約当事者の地位との分離の可否に関する、実質的な価値判断が現れている。

2) 契約上の地位の移転における解除権の扱い

結論を先に述べると、本稿で取り上げた見解は、いずれも、契約上の地位の移転があった場合に、契約譲受人に解除権を認めている。しかし、そのことをどのように説明するのかは、それぞれの見解によって異なっている。この説明の仕方こそが、本稿の問題関心である、契約上の地位の移転の独自性に関係する。本項では、各見解がどのような理屈で契約譲受人に解除権を認めているかを確認する。

なお、契約上の地位の移転がされた後は契約譲受人が契約当事者となるため、地位の移転後は、解除権は契約譲受人のもとで発生をする。ここでは、解除権と契約当事者の地位との関係は問題にならない。そこで、以下の検討では、契約上の地位の移転がされる前に解除権が発生している場合が前提となる⁴⁰⁴⁾。また、各見解の説明の相違は、解除権と契約当事者の地位との分離を認めるかどうかの相違と、おおむね一致する。したがって、本項でもこの分類のもとで、各見解を取り上げる。

訳出にあたっては、柚木・前掲注(394)223頁を参考にした。

401) 形成権と契約当事者の地位との分離を基本的には認めるシュルツも、形成権の効力に対する固有の利益が認められないためにこの分離が認められない場合には、行使の授権のみが可能であるとしている(Scholz, aaO. (Fn.147) S.115)。

402) Steinbeck, aaO. (Fn.127) S.103. シュタインベックは、ここでは間接代理の場合を念頭においている。このほか、Steffen, aaO. (Fn.278) S.91も参照。これに対し、シュルンブラントは、形成権の移転と行使の授権とのどちらが当事者に適しているのかは、検討が必要であるとする(Schürnbrand, aaO. (Fn.127) S.206)。

403) Hattenhauer, aaO. (Fn.89) S.426. ややニュアンスが異なるものの、Steinbeck, aaO. (Fn.127) S.104も参照。

404) ただし、以下の説明が契約上の地位の移転よりも後に発生する解除権についても妥当することを否定するものではない。

a) 解除権と契約当事者の地位との分離を認めない見解

(1) 伝統的見解

伝統的見解では、解除権は、契約に関係する形成権とされ、契約当事者の地位と分離することができない。したがって、契約上の地位の移転がされた場合、解除権は、契約当事者の地位とともに移転することになる⁴⁰⁵⁾。これに対し、債権譲渡では契約当事者の地位が移転しないため、解除権も移転しない。このようにして、契約上の地位の移転と債権譲渡との間で、解除権の移転が相違点として現れる。

(2) ホフマンの見解

ホフマンの見解では、解除権は、契約当事者の限定的な拘束意思の現れであり、自己決定にもとづいてそのような拘束を引き受けた契約当事者を契約から解放する点で、自己決定を保護するものとされる。ホフマンは、このような理解のもと、契約による拘束の正当化根拠を属人的なものとする。契約上の地位の移転がされた場合は、契約譲受人が移転の対象となった契約に拘束されるのは、契約譲受人の意思にもとづくものであり、契約譲渡人の拘束とは別に正当化されるという。したがって、契約譲受人が解除をするためには、契約譲受人自身が限定的な拘束意思を有していなければならないことになる⁴⁰⁶⁾。このような前提のもと、ホフマンは、契約譲渡人と契約譲受人の解除権について、次のように述べる。

契約譲渡人が契約上の地位の移転によって契約の拘束から解放されたのであれば、契約譲渡人の自己決定に対する障害は消滅する。したがって、その限りで、契約譲渡人の解除権は、契約上の地位の移転によって消滅する。また、契約上の地位の移転以後に、契約譲渡人に解除権が発生することもない⁴⁰⁷⁾。他方、契約譲受人が移転の対象となった契約の拘束を受けるのは、自身の意思による決定にもとづく。解除の前提となる拘束意思についても、契約譲受人の意思が基準となる。したがって、契約譲受人は、解除権を原始的に取得する⁴⁰⁸⁾。このことを解除権の要件の面からみれば、次のようになる。解除権の要件である契約の履行障害は、契約それ自体にもとづいて生じる。契約譲受人は、契約上の

405) *Seetzen*, aaO. (Fn.109) S.365; *Larenz*, aaO. (Fn.51) S.616f. 伝統的見解をとる論者のうち、ピーパーは解除権の移転に特に言及をしていない。しかし、むしろ当然のこととして特段の説明をしなかったにすぎず、否定をする趣旨ではないと思われる（ピーパーは、同じく契約に関係する形成権とする取消権については、明確に移転を否定している。*Pieper*, aaO. (Fn.109) S.211f.）。

このほか、シュテフェンは、契約当事者の地位の本質を債権と理解する独自の理解のもと、契約上の地位の移転においても、債権が移転することによって債権に付従する形成権も移転するという説明をする（*Steffen*, aaO. (Fn.278) S.98f.）。形成権の移転に関する理屈自体は伝統的見解と同様である。

406) *Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.230f.

407) *Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.236f. ホフマンは、このことの例外として、移転の対象となった契約の履行障害が契約上の地位の移転にまで及ぶ場合をあげている。たとえば、移転対象の契約の履行障害が、契約上の地位の移転の原因行為（契約譲渡人と契約譲受人との間の契約等）の履行障害を招来し、それによって原因行為が解除された結果、契約譲渡人が移転対象の契約の当事者に復帰する場合があるとされている。この場合には、契約譲渡人の解除権が復活することになる。

408) 以上につき、*Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.233f., 238.

地位の移転をしたことにより、移転する契約の規律を自身の意思に取り込んでいるといえる。それゆえに、解除権の要件においても、契約譲受人の意思が根拠となり、契約譲受人が解除権を原始的に取得する。もっとも、契約譲受人は、契約上の地位の移転をする際、移転の対象である契約の内容、特に拘束の前提となるリスクの分配を通常は変更しない。それゆえに、契約譲受人の拘束意思は、原則として契約譲渡人の拘束意思と一致する⁴⁰⁹⁾。

このように、ホフマンの理解では、契約譲受人が解除権を取得するとしても、それは契約譲渡人の解除権を承継したものではなく、自身で原始的に取得したものであるということになる。もっとも、契約上の地位の移転においては、通常は、契約譲受人は契約譲渡人の地位をそのまま引き継ぐため、両者の拘束意思は、原則として結果的には一致する。そうすれば、契約譲受人が原始的に取得した解除権は、要件の面では、その内容や充足性の両方について、契約譲渡人の解除権と同様のものということになろう。

ホフマンは、以上の結論から、契約関係の承継は、極めて非技術的な意味においてのみ語ることができる⁴¹⁰⁾。移転する契約についての拘束が契約譲受人自身の意思によって根拠づけられる以上、「承継」というのがもはや象徴的な意味しかもたないということであろう。

b) 解除権と契約当事者の地位との分離を認める見解

解除権と契約当事者との地位との分離を認めるのであれば、契約上の地位の移転によって契約譲受人に解除権が認められることは、もはや必然ではなくなる。この分離を認める見解は、分離の根拠を当事者の私的自治に見出しているのと同様に、契約譲受人への解除権の付与も、契約譲渡人と契約譲受人の合意によって説明をする。そのような合意が存在することは、契約上の地位の移転の目的のほか、契約譲渡人および契約譲受人の利益、契約残留者の利益から根拠づけられている（もっとも、必ずしも明確に区別できるわけではない）。具体的には、次のような事情があげられている⁴¹¹⁾。

契約上の地位の移転の目的に関しては、契約譲受人を法的小および経済的に契約関係の当事者とし、契約譲渡人を契約から完全に離脱させることや⁴¹²⁾、契約上の地位の移転では、通常は契約関係が移転の時点での状態のままで移転することである⁴¹³⁾。このような目的によれば、解除権などの形成権は、そのまま移転させなければならないことになる。移転した契約について履行障害が生じた際の手段の

409) 以上につき、Hoffmann, aaO. (Fn.131) S.240f.

410) Hoffmann, aaO. (Fn.131) S.238.

411) 以下で掲げるもののほか、特に具体的な事情をあげずに合意を認定するものとして、Dörner, aaO. (Fn.128) S.294。また、ネルは、契約上の地位の移転の前に生じていた履行障害は、契約関係全体に関係するのであれば、契約譲受人と契約残留者との間で処理されるとする。それにより、契約譲受人が常に解除の当事者になるとする(Nörr/Scheyhing/Pöggeler, aaO. (Fn.231) S.214, 216 [Nörr])。このことの根拠は明らかではないものの、ネルが解除権と契約当事者の地位との分離を認めていることからすれば、契約上の地位の移転の目的にもとづく、当事者の意思の推測といえるように思われる。

412) Schwenzer, aaO. (Fn.127) S.243; Steinbeck, aaO. (Fn.127) S.59; Scholz, aaO. (Fn.147) S.126.

413) Steinbeck, aaO. (Fn.127) S.57f.; Klimke, aaO. (Fn.233) S.285.

選択は、契約譲受人に委ねられなければならないともされる⁴¹⁴⁾。また、仮に契約譲受人が形成権の存在を知らなかったとしても、契約譲受人には以後の契約の遂行に関するあらゆる可能性が維持されることが前提となるとも言われている⁴¹⁵⁾。契約譲渡人および契約譲受人の利益の観点からは、契約譲渡人に解除権を残せば、契約譲渡人は、契約関係から離脱したにもかかわらず、契約譲受人の意思に反して契約を解消できてしまうことがあげられている⁴¹⁶⁾。さらに、契約残留者の観点からは、契約残留者は、契約譲受人が形成権にもとづいてもつ権限が契約譲渡人のものよりも小さいものになるとは通常は想定しないはずであるともされている⁴¹⁷⁾。

このような事情にもとづき、契約上の地位の移転においては、契約譲渡人と契約譲受人が解除権の移転を意図しているとされる。したがって、契約譲受人は契約譲渡人の解除権を承継することになり、そのことは当事者の合意によって説明される。このように考えた場合、契約譲受人への解除権の移転は、契約当事者の地位が移転すること自体によって直接的にもたらされるものではないことになる。その限りでは、契約上の地位の移転の債権譲渡に対する独自性は否定される⁴¹⁸⁾。

第3款 判例の検討

すでに述べたように、解除権ないし形成権と契約当事者の地位との関係についての議論は、主に学説によって展開されてきた。この問題に関する論文においても、判例については、詳細な検討はされていない⁴¹⁹⁾。このような状況を踏まえ、本稿では、事実関係にも注目をしながら、判例をとりあげることとする。なお、判例では、常に解除権が問題となっているわけではない。以下で取り上げる判決には、解除権以外の権利の移転が問題になったものも含まれている。

1. 形成権の譲渡可能性

1) 1973年のBGH判決

判例においても、学説と同様に、形成権と契約当事者の地位との関係は、形成権の譲渡可能性の問題として現れている。この問題のリーディングケースといえるのが、1973年のBGH判決（以下、「1973年判決」という）⁴²⁰⁾である。この判決の事案は、以下のとおりである。

X（原告）とY（被告）との間で、Xの土地をYに売却する旨の契約が締結された。この契約では、Yが売買代金の残額（一部は支払済）を支払わないことを要件とする約定解除権が定められていた。Xは、この売買契約にもとづく代金債権を、担保のために銀行Aに譲渡した。この譲渡はYに通知さ

414) *Schwenzer*, aaO. (Fn.127) S.243.

415) *Klimke*, aaO. (Fn.233) S.285.

416) *Bydlinski*, aaO. (Fn.127) S.132; *Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.59.

417) *Klimke*, aaO. (Fn.233) S.285.

418) *Schwenzer*, aaO. (Fn.127) S.243.

419) 判例の概観として、*Steinbeck*, aaO. (Fn.127) S.57f.; *Hattenhauer*, aaO. (Fn.89) S.404; *Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.19f.

420) BGH NJW 1973, 1793 (v. 1.6.1973).

れた。通知には、Xが、Yとの売買契約にもとづく権利を、特に目的物である土地の返還請求権⁴²¹⁾も合わせて譲渡したという内容の記載がされていた。その後、Yが売買代金を支払わなかったため、Xが約定解除権を行使した。本件では、この解除の有効性が争われた。XがAに債権を譲渡していたため、もはやXは解除権を有していないのではないかということである。

BGHは、要旨、次のように述べる。法定解除権または約定解除権の譲渡可能性は、契約自由により、原則として否定されない。解除権の譲渡を認めると、債権譲受人による解除によって債権譲渡人の利益が侵害される可能性がある。しかし、このことから、解除権の譲渡可能性が否定されることにはならない。解除権が債権とともに譲渡されると、債権譲渡人は、少なくとも債権譲受人の協力がなければ解除ができないという結果になるものの⁴²²⁾、そのことに基本的に問題はない。債権譲渡が担保のためになされたことも、解除権の譲渡可能性を否定するものではない。本件では、債権譲渡契約の解釈により、解除権の譲渡が認められる⁴²³⁾。

判決の要点をまとめておく。第一に、解除権の譲渡可能性について。本判決は契約自由を根拠に原則として譲渡可能性を認めている。本件では、債権譲渡担保において、債権とともに解除権を移転させることが認められた。第二に、債権譲渡人と債権譲受人との関係について。解除による影響や解除をすること自体について、本判決は、債権譲受人の債権譲渡人に対する優位を認めているといえる。

2) 1985年のBGH判決

1973年判決は、法定解除権にも言及をしているものの、それ自体は約定解除権の事案である。特に旧BGBのもとでは、履行障害の場面では、法定解除権と他の権利との関係も問題になる。このほか、当事者が解除権の譲渡をしていない場合の扱いについても、1973年判決は述べていない。これらの点について判示をしたのが、1985年のBGH判決（以下、「1985年判決」という）⁴²⁴⁾である。事案は、次のとおりである。

X（原告）とY（被告）との間で、Yの土地をXに売却する旨の契約が締結された。Yは、売買代金債権の一部を、銀行Aに譲渡した。この譲渡はXにも通知されている。その後、Xが売買代金の支払いをしなかったため、Yが、Xに対し、猶予期間を設定して履行を促すとともに、期間が徒過した場合には受領を拒絶する旨を予告した。しかし、猶予期間内にXが履行をしなかったため、Yが売買契約を解除した。本件では、売買の目的とされた土地の所有権が争われており、その中で、Yのした解除の有効性が問題となった。

BGHの判断は、要旨、次のとおりである。まず、給付受領拒絶予告付き猶予期間の設定権限につ

421) 解除で売買契約が解消された場合を意図しているものと思われる。

422) この場合、解除権を有しているのは債権譲受人であるため、BGHの判示はやや紛らわしい。要するに、債権譲渡人が解除を望むのであれば、解除権を有している債権譲受人に解除権の行使を要請しなければいけない（債権譲受人にはこれに応じる義務はない）ということであろう。

423) 解除権がYに移転しているため、結論として、Xによる解除は無効とされた。このとき、Xによる解除が無権利者による処分に該当するかどうかは、Yの同意がいずれにせよ存在しないため、判断されていない。

424) BGH NJW 1985, 2640 (v. 21.6.1985).

いて（以下、第3款において「猶予期間設定権限」という）。猶予期間設定権限は、（筆者注：当時の）通説にしたがい、債権譲受人に認められる。債権譲受人の債権者としての法的地位は、債務者に履行を促す法定のあらゆる手段をとる権利を包含するからである。猶予期間設定権限は、一次的な履行請求権の実現のために債権者に認められる圧力手段であり、債権者の法的地位に含まれる。もっとも、猶予期間が徒過した場合、契約当事者双方の給付義務が消滅するという点で契約関係全体に影響がおよび、債権譲渡人の法的地位も変動することになる。しかし、これと同時に、二次的な履行請求権である損害賠償請求権が発生し、この権利は債権譲受人に帰属する。このことが、債権譲受人に猶予期間設定権限を認める決定的な理由となる⁴²⁵⁾。

次に、解除権について。解除権は、債権とともに債権譲受人へ譲渡することができ（1973年判決を引用）、譲渡がされていない場合は債権譲渡人のもとにとどまる。債権譲受人の法的地位は債権譲渡契約に由来するため、債権譲受人の権利の範囲についても、債権譲渡契約が基準となるからである。解除権の譲渡がされていない場合、債権譲渡人は、単独で解除権を行使することができる⁴²⁶⁾。

本判決は、猶予期間設定権限を債権譲受人に⁴²⁷⁾、解除権を譲渡がない限りで債権譲渡人に認めるという判断をした。これらの権利の行使（猶予期間設定権限では期間の徒過）は、権利を行使していない方の当事者（債権譲渡人が行使した場合は債権譲受人、およびその逆）の法的地位に影響を与える。学説ではこの点から他方の同意などが求められていたのに対し、本判決は、この点については特に留意する姿勢を見せていない。

3) 2002年のBGH判決

その後、BGHは、猶予期間設定権限に関して注目すべき判断をした。それが、2002年のBGH判決（以下、「2002年判決」という）⁴²⁸⁾である。本件の事案は、次のとおりである。

X（原告）とY（被告）との間で、XがYから分譲住宅を購入する旨の契約が締結された。この住宅については、引渡しまでにYが改修をすることとなっていた。このほか、契約では契約の解除権に

425) 本件では、債権の一部が譲渡されたところ、BGHはこの点を考慮して、次のように判断している。Yが、自身に残存している債権の一部についてはなお猶予期間設定権限を有しているとしても、Yは一部の債権者であるにすぎず、Yのした請求は過大であったため、Yによる猶予期間の設定は効力を生じない。Aに譲渡された部分についての猶予期間の設定は、Aによる事前の同意があれば有効である。

あまり明確ではないが、Yが自身の債権の額を超えてXに請求と猶予期間の設定をしたために無効ということであろう。このようなYによる猶予期間の設定が、無権利者の処分（BGB185条）と捉えられ、Aの同意が必要とされているのだと思われる。

426) BGHは、本件のような債権の一部譲渡の場合には、債権譲渡人のもとにも解除権が残り、債権譲受人は債権譲渡人と共同または債権譲渡人の承諾を得てのみ解除権を行使できる、とする可能性を示している。

本件は、Yによる猶予期間の設定および解除に対するAの承諾の有無についての審理のため、差し戻された。

427) 本判決は、学説としてゼーツェンやゲルンフーパーの見解などを引用している。そのため、本判決が理論的にどのような理解をしているのかは明らかではない。もっとも、猶予期間設定権限のような「債権に関係する形成権」については、伝統的見解とそれ以外との見解との間で、考え方にそれほど差があるわけではない。

428) BGH NJW 2002, 1568 (v. 17.1.2002).

については法律の規定にしたがうこと、および、解除をしても損害賠償請求ができることなどが取り決められていた。Yによる改修が期日に間に合わず、Yは履行遅滞に陥った。そこで、Xが、Yに対し、猶予期間を設定して履行を促すとともに、猶予期間の経過後は受領を拒絶する旨の予告をした。その後、猶予期間が徒過したため、Xが解除をし、合わせて売買代金の返還と損害賠償を請求した。他方、Xは、この売買代金について銀行Aから融資を受けていた。その際に、Xは、Yとの契約にもとづくすべての権利を、融資金額を限度に、担保のためにAに譲渡していた。本件では、Xが猶予期間設定権限を有しているかどうか争点となった。

BGHは、要旨、次のように述べる。本件の債権譲渡は担保の目的でなされている。本件の債権譲渡の合意において、Aには、未返済金を即時に満足させる可能性が認められていない⁴²⁹⁾。このような事情の本件においては、Xは、猶予期間設定権限を債権譲渡によっても失わない。契約上の形成権⁴³⁰⁾は、債権譲渡担保の合意に反しない限り、債権譲渡人のもとに残る。本件の債権譲渡は、Aの貸金債権の保全を目的としている。この目的は、Xが猶予期間設定権限を行使し、契約を清算関係に変更しても挫折しない。清算関係への変更により、Aは損害賠償請求権を取得でき、それによってAの貸金債権が保全されるからである。

本判決は、1985年判決とは異なり、猶予期間設定権限を債権譲渡人に残すという判断をした。本判決は、本件の事情における判断ということを繰り返し示唆しており、一般論として猶予期間設定権限を債権譲渡人に認める趣旨には見えない。判決の中で明言まではされていないものの、当事者の合意により、解除と損害賠償が併存するとされていたことが影響しているように思われる。解除がされたとしても、債権譲受人が譲渡債権に相当するものを有し続けるからである。

2. 形成権の単独の譲渡

1) 1977年のBGH判決

1973年判決および1985年判決では、解除権の譲渡可能性が認められつつも、債権とともに移転することが前提とされていた。この限りでは、解除権と法的地位とが結びつけられていることになる。そうすると、次の段階として問題になるのは、解除権ないし形成権を単独で譲渡することの可否である。この問題のリーディングケースとなっているのが、1977年のBGH判決（以下、「1977年判決」という）⁴³¹⁾である。事案は、次のとおりである。

X（原告・リース会社）とY（被告・ユーザー）との間で、ファイナンス・リース契約が結ばれた。この契約の中で、Xが、リース物件についてサプライヤーに対して有する瑕疵担保にもとづく権利⁴³²⁾をYに譲渡した。これと合わせて、XY間の契約における、リース物件の瑕疵にもとづくXのY

429) これは、Aに譲渡債権の取立てが認められていないということであると解される。

430) これは、約定の形成権を指しているのではなく、いわゆる契約に関係する形成権を指しているものと思われる（判決文の原語は、vertraglichen Gestaltungsrechteである）。このことを指摘するものとして、Hattenhauer, aaO. (Fn.89) S.453 Fn.300。

431) BGHZ 68, 118 = NJW 1977, 848 (v. 23.2.1977)。

432) 具体的には、減額請求権、解除請求権（Wandlung）、損害賠償請求権、追完請求権などである（旧459条

に対する責任が排除されている⁴³³⁾。リース物件の利用開始後、物件の瑕疵を理由に、Yが、サプライヤーに対して解除を通告した。Yは、物件の瑕疵を理由に、Xに対しても、Xとの使用賃貸借契約を解約する旨の告知をしている。本件では、XがYに未払いのリース利用料を請求し、XのYに対する責任の排除の有効性が争点となった。この排除が認められるためには、Yに同等の保護が認められる必要があるところ、そのためになされているXのサプライヤーに対する瑕疵担保にもとづく権利のYへの譲渡の有効性が問題となった。

BGHは、この点について、次のように述べる。学説においては、契約全体の存続に関する決定は契約当事者のみがすることができるという理由により、解除請求権を単独で第三者に譲渡することはできないという見解が支持されている。この見解が、本件のように、瑕疵担保にもとづくすべての請求権の譲渡について債権譲渡人、債権譲受人、譲渡債務者の全員が同意をしている場合にも妥当するかどうかは、判断を要しない。なぜならば、この場合、解除請求権の譲渡が無効であるとしても、140条により、解除請求権を自己の名で行使することの授權への転換が、少なくとも認められるからである。

本判決は、解除請求権の譲渡が無効であっても行使の授權に転換できることを理由に、解除請求権の単独の譲渡の可否については判断を示さなかった。この立場は、後の判決にも引き継がれていく⁴³⁴⁾。

2) 1997年のBGH判決

賃貸借契約における解約告知権について1977年判決を踏襲したのが、1997年のBGH判決（以下、「1997年判決」という）⁴³⁵⁾である。本件の事案は、次のとおりである。

有限会社AとY（被告）との間で、建物の使用賃貸借契約が締結されていた。AがX（原告）に対し、この建物の敷地を売却した。これについての所有権移転登記はされていない。さらに、Aは、Xの希望に応じて、Yとの使用賃貸借契約の解約告知権をXに譲渡した。Xが、Yに対して使用賃貸借契約の解約を告げ、賃借物件の明渡しを請求した。本件では、Xによる解約告知の有効性が争われ、その前提として、解約告知権の譲渡可能性が問題となった⁴³⁶⁾。

以下)。なお、旧BGBにおいて、解除請求権（Wandlung）は、文字どおり、形成権ではなく請求権であった。

もっとも、譲渡可能性等の議論では、形成権と同様に扱われている。以下でもこのことを前提とするが、解除権（Rücktrittsrecht）との区別のため、Wandlungには「解除請求権」の訳語をあてる。

433) この契約は使用賃貸借契約とされ、XのYに対する責任は旧537条以下によるとされている。判決によれば、リース会社がサプライヤーに対する瑕疵担保にもとづく権利を譲渡する代わりに、ユーザーに対する責任を排除する本件の合意は、リース契約においては一般的なものであるという。

434) リース契約における解除請求権について、本判決を引用しつつ同様の判断をしたものとして、BGH NJW-RR 2003, 51 (v. 9.7.2002) がある。

435) BGH NJW 1998, 896 (v. 10.12.1997)。

436) AがXに土地を売却したことにより、AY間で締結された使用賃貸借契約におけるYの契約相手は、Xに交替する（旧571条）。もっとも、この交替は土地の売買による所有権移転登記がなされた時点で発生する。そのため、本件では、Aが依然として契約当事者である。もっとも、未登記の段階でも、AとXの間ではXを契

BGHは、解約告知権の単独の譲渡可能性については、1977年判決を引用し、いずれにせよ行使の授権への転換ができることを理由に、判断を回避した。本判決は、形成権の単独の譲渡が否定されるとしても授権が認められることについて、詳細に述べている。具体的には、以下の理由があげられている。第一に、自己の名で解約告知をすることの授権は、体系的および機能的に代理と類似していることである。BGHは、両者の相違点は権利の行使を自己の名と他人の名とのいずれでするかの違いにしかなく、このような形式的な違いは当初の解約告知権者が自己の権利をどの程度手放すことができるかを左右しないとしている。第二には、代理人および被授権者の権限は本人に由来し、特に授権の場合には、本人がいつでも撤回をできることがあげられている。また、本件では、いまだ契約当事者ではないXが、自身への賃借物件の返還を請求している。この点について、本判決は、XはAから、Yとの使用賃貸借契約にもとづくすべての請求権を譲り受けており、その中に賃借物件の返還請求権が含まれていると判断している。

3) 2012年のBGH判決

以上の判決に対し、BGHは、2012年に形成権の単独での譲渡を明確に否定する判断をした（以下、この判決を「2012年判決」という）⁴³⁷⁾。事案の概要は、次のとおりである。

Aが、保険会社Bと生命保険契約を締結した。Aは、Bとの契約にもとづく一切の権利を、担保のために銀行Cへ譲渡した。この債権譲渡契約では、Aは、Cの事前の承諾を得なければ、生命保険契約を解約できないとされていた。他方、X（原告・州）を管轄する税務署が、Aの上記保険契約にもとづく一切の権利（形成権を含む）を差し押さえた。その後、Aについて倒産手続が開始し、Y（被告）が倒産管財人となった。Yは、上記保険契約の解約返戻金をCの承諾を得て倒産財団に組み入れた。本件は、この解約返戻金をめぐるXとYの争いである。Xの差押えよりも前にAC間で債権譲渡担保がされていたため、債権譲渡担保の対象に、解約返戻金の支払請求権が含まれていたかどうか争点とされた。この点に関する判断の中で、保険契約の解約告知権の譲渡が問題となった。

解約告知権に関して、BGHは次のように述べる。保険契約者の解約告知権は、一身専属性を有さないために原則的に譲渡可能であるものの、その譲渡は解約返戻金の支払請求権とともにのみすることができる。なぜならば、解約告知権は、そのみでは財産価値をもたず、解約返戻金との関係にお

約当事者として扱うものと考えられる。このような事情のもと、解約告知権が譲渡されたものと推測されよう。

なお、契約当事者の交替の時期については、*Schmidt-Futterer, Mietrecht*, 13. Auflage, München 2017, § 566 Rn.53 [*Elmar Strey*] [zitirt: Schmidt-Futterer/*Bearbeiter*] を参照。

旧BGB571条

(1) 使用賃貸人が賃借した土地を使用賃借人に引き渡した後にその土地を第三者に譲渡したときは、その取得者は、その所有権の存続する間において使用賃貸借関係から生じる権利及び義務について使用賃貸人に代わる。

(2) 〈略〉

訳出にあたっては、柚木・前掲注（175）504頁を参考にした。旧571条は、現行法の566条に相当する（578条による準用を介する）。

437) BGH NJW 2012, 1510 (v. 26.1.2012).

いてのみ経済的な意義を獲得するからである。また、Aによる解約告知権の行使にCの承諾が必要とされていることにより、Cの担保の利益は十分に保護されている⁴³⁸⁾。

3. 判例のまとめと考察

以上より、判例の立場は次のようにまとめることができる。

BGHは、解除権などのいわゆる契約に関係する形成権について、一般論として、契約自由を根拠に譲渡可能性を認めている。もっとも、BGHが譲渡可能性を問題なく認めているのは、形成権が債権とともに移転する場合のみである。なぜ債権とともにするのであれば譲渡できるのかについては、BGHは明確な理由を述べていない。形成権の単独の譲渡については、いずれにせよ行使の授権への転換が認められるとして、BGHは判断を控えている。行使の授権を認める根拠としては、代理との類似性があげられている。当事者が形成権を譲渡していない場合は、形成権は債権譲渡人にとどまるとされている。このことについても、BGHは理由を述べていない。

これに対し、BGHは、猶予期間設定権限を基本的に債権譲受人に認めている。その理由とされているのは、猶予期間設定権限が履行請求権の実現に資する手段であることと、猶予期間の徒過によって債権譲受人に損害賠償請求権が発生することである。BGHが損害賠償請求権を二次的な履行請求権としていることにかんがみれば、猶予期間設定権限が履行請求権の実現に資するための手段であるとまとめることができよう。債権譲渡がなされた後に、債権譲渡人と債権譲受人の一方が猶予期間設定権限や解除権を行使（猶予期間設定権限では期間の徒過）すると、他方の法的地位に影響が及ぶ。学説ではこの点に留意するものが少なくないのに対し、BGHは、そのような姿勢を特に見せていない。

判決から問題なく読み取ることができるのは、ここまでであろう⁴³⁹⁾。これを前提に、以下では、若干の考察を加えておく。

BGHは、形成権の譲渡可能性を、契約自由を根拠に認めている。しかし、これはあくまで一般論というべきである。BGHは、現時点では債権とともにする譲渡のみを明確に認めているにすぎず、他方、形成権の単独の譲渡については判断を控えている。さらに、2012年判決は、保険契約の解約告知権の単独での譲渡を否定する判断をした。ここでは、保険契約の解約告知権が、それ自体では財産価値をもたないことが理由とされた。2012年判決によれば、保険契約の解約告知権は、解約返戻金との関係においてのみ経済的な意義をもつため、解約返戻金の支払請求権と合わせてのみ譲渡する

438) BGHは、本件の債権譲渡契約から、解約告知権がCに譲渡されていないことを確定した。そのうえで、Aによる解約告知にCの承諾が必要とされているために、解約返戻金の支払請求権の取得をCは必要としないとする。さらに、解約返戻金の支払請求権だけを譲渡して解約告知権を譲渡しないことが不自然であると指摘する。結論として、BGHは、解約返戻金の支払請求権は債権譲渡担保の対象には含まれていないと判断をした。なお、Cが解約返戻金の支払請求権を必要としていないというのは、次のように理解される。これは、債権譲受人の同意がない限りは解約告知がされることはなく、譲渡債権が消滅することもない。したがって、解約告知によって生じる解約返戻金の支払請求権の譲渡を認める必要はない、ということであろう。

439) ここまでが現在の争いのない見解として紹介をするものとして、*Looschelders*, aaO. (Fn.73) S.436 Rn.31; *Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Rohe*, § 398 Rn.65, § 401 Rn.9, § 413 Rn.4f.。

ことができる。これは、解約返戻金の支払請求権を発生させる手段という点に、解約告知権の経済的意義があるということであろう。

2012年判決を考慮に入れば、BGHが形成権の譲渡を債権がともなう限りで認めていることについて、1つの説明の可能性が浮かんでくる。本稿で取り上げた判決の中で、形成権の譲渡が認められているのは、1973年判決である⁴⁴⁰⁾。この事案では、売買代金債権と合わせて、契約の解除の際に生じる土地の返還請求権も譲渡されていた。そうすると、この解除権は、土地の返還請求権を発生させる前提であり、その点で経済的意義があるということもできる。しかし、ファイナンス・リースにおける解除請求権の譲渡（1977年判決）、使用賃貸借契約における解約告知権の譲渡（1997年判決）では、BGHは、行使の授權への転換を理由に、形成権の譲渡可能性の判断をしていない。特に、1997年判決では、賃借物件の返還請求権も譲渡されていることが認定されており、この前提をなす解約告知権には、経済的意義があるといえる。経済的意義を基準にするのであれば、解約告知権の譲渡を認める可能性もあった⁴⁴¹⁾。そうすれば、経済的意義という基準では、BGHを統一的に説明することはできないことになる。

他方で、以上の分析は、さらに別の理解につながりうる。1973年判決では、上記のとおり、債権譲受人が解除権を行使することに少なくとも意味があった。2012年判決では、BGHが、解約告知権の譲渡にはその行使に意味があることを要求しているといえる。両判決からは、BGHは形成権の移転を認めるかどうかにあたって、その行使に意味があることを求めているという仮説を導くことができる。言い換えれば、債権譲渡人による形成権の行使を阻止すること、つまり形成権の不行使はあまり重視されていないように見える。1985年判決は、一部譲渡ということもあってか、解除権の譲渡の有無については判断をしていない。しかし、この事案の債権譲渡は担保のためになされていたのであり、債権譲渡人による解除権の行使を阻止するという点を重視するとすれば、債権譲受人への解除権の移転を認める可能性があった。また、1985年判決によれば、猶予期間設定権限は原則として債権譲受人に移転する。これに対し、2002年判決は、当事者の合意にかんがみて、猶予期間設定権限を債権譲渡人にとどめている。ここでは、当事者が解除権と損害賠償請求権が併存すると合意していたことが影響したと考えられる⁴⁴²⁾。このこと自体が、BGHが形成権の不行使を重視していないこと

440) 1973年判決は約定解除権の事案である。しかし、1973年判決は約定解除権と法定解除権を特に区別していない。また、この判決での約定解除権の要件は債務者の不履行であり、その点では法定解除権と同様である。これらの点にかんがみれば、約定解除権であることは考察の障害にはならないであろう。

441) ただし、使用賃貸借契約の解約告知権という事情が影響した可能性は否定できない。先述のとおり、現在では、いわゆる契約に関係する形成権の譲渡可能性を私的自治から一般的に肯定する見解が多くなっている。しかし、使用賃貸借契約の解約告知権については、当事者の信頼関係を理由に、自由な譲渡を認めない見解がまだ通説とされているからである。この点について、*Julius von Staudinger, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse: § § 535–556g, Berlin 2018, § 542 Rn.18 [Christian Rofß]; Schmidt-Futterer/Hubert Blank § 542 Rn.32*。賃貸借契約の解約告知権については、今後の課題としたい。

442) 2002年判決は、債権譲渡担保の合意において、債権譲受人に、未返済金を即時に満足させる可能性が認められていないことも述べている。1985年判決は、猶予期間設定権限を債権譲受人に認める根拠を、この権限

を示唆しているものともいえよう。

さらに、2012年判決は、解約告知権の行使に債権譲受人の同意が必要とされていることで債権譲受人の利益が十分に保護されているとしている。しかし、学説で解除権を債権譲受人に分配する見解は、このような同意が債権的な効力しか有さず、解除権の行使を阻止するためには不十分であることを、分配の理由の1つとしていたのである。2012年判決が同意を要件とすることで十分だと判断したことに、形成権の不行使を重視しない姿勢が現れているようにも見える。

ここで再び出発点に戻ると、BGHは、一般論として、当事者の合意があれば形成権の譲渡を認めるという立場をとっている。1985年判決では、債権譲受人が取得する権利の範囲も債権譲渡の合意によって決まるとされており、形成権の譲渡の「有無」については合意を基準とする姿勢がみえる。また、BGHは、債権譲渡人と債権譲受人の一方による形成権の行使による他方への影響については、学説とは異なり、あまり考慮をしていない。しかし、解除権の譲渡の合意が認定された1973年判決では、この影響に関する債権譲受人の優位が認められている。そうすれば、この影響についても、合意が基準となっているということもできよう。当事者が合意によって形成権を譲渡したのであれば、形成権の譲受人による行使の譲渡人への影響は、合意に織り込まれているといえる。他方、特段の合意がなければ、各自が単独で行使できるということになる。なお、1985年判決は、解除権は譲渡されていない限り債権譲渡人にとどまるとしている。このことも、合意を基準とするのであれば、譲渡の合意がなされていない以上は、当初の権利者である債権譲渡人にとどまるにすぎないというものと理解できる⁴⁴³⁾。

BGHの判決を矛盾なく説明することは、本稿の目的ではない。それでも、以上の考察からは、少なくとも次のようなことがいえるであろう。第一に、BGHは、形成権の譲渡可能性を、契約自由を根拠に認めているものの、これはあくまで一般論であり、広範に認めているわけではない。第二に、BGHは、形成権の譲渡の「有無」については、当事者の合意を重視している。第三として、形成権の譲渡の「可否」については、BGHは、形成権の不行使を重視していない。2012年判決で解約告知権の単独での譲渡が否定されたように、この「可否」についての判断は、当事者の合意に優先しうる。また、BGHの判断ではないものの、以上で取り上げた事案では、形成権の「不行使」を重視しないのであれば、形成権の譲渡ではなく、行使の授権（と合わせた形成権の行使によって発生する権利の

が履行請求権の実現に資するものであることとしている。そうすれば、2002年判決のように債権譲受人が未返済金を即時に満足させる可能性を有さない場合には、それだけで債権譲受人へ猶予期間設定権限を認めることが否定されるともいえる。しかし、2002年判決が損害賠償請求権の存続に言及をしているのも事実である。また、2002年判決は述べていないものの、損害賠償請求権が存続するとはいっても、解除がなされれば、債権譲渡人が反対給付義務を免れた分だけ、損害賠償の額は減るはずである。したがって、損害賠償請求権が存続するとはいっても、それが債権譲受人にとって必ずしも十分であるとは限らない。それゆえに、債権譲受人には、本来の譲渡債権に固執する理由があるというべきであろう。

443) ハッテンハオアーは、2002年判決が同様の趣旨を述べているのに対し、伝統的見解の「結びつきのドグマ」に逆戻りをしたという批判をしている（Hattenhauer, aaO. (Fn.89) S.453）。しかし、本文のように理解できるのであれば、そのような批判はあたらないであろう。

譲渡)でも足りるものが多かったことにも、留意をしておくべきであろう⁴⁴⁴⁾。

第3節 ドイツ法のまとめと考察

前節で紹介をしたように、ドイツ法では、解除権と契約当事者の地位との関係は、債権譲渡があった場合において、譲渡債権に関して発生する権利をどのように分配するかという問題の中で議論されてきた。この問題は、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)と、債権譲渡がなされた場合における権利の分配(第二段階の問題)との2つに分けることができる。本節では、ドイツ法の議論について本稿で設定した課題の観点から整理をし直し、そこに考察を加える。これにより、日本法における検討の手がかりを掴むことを目標とする。以下では、解除権と契約当事者の地位との関係、当事者の利害等の実質的観点の順に、検討を行う。

第1款 解除権と契約当事者の地位との関係

1. ドイツ法の学説の整理

解除権と契約当事者の関係とはいえ、問題の中心となるのは、両者の分離の可否である。したがって、ドイツ法の議論においても、本稿の課題と関係するのは、まずは第一段階の問題である。この点にかんがみ、以下では、第一段階の問題に関する結論ごとに学説を整理する。

1) 解除権と契約当事者の地位との分離を否定する見解

初期の学説では、多くが第一段階において分離を否定する立場をとっていた。ゼッケルは、形成権の譲渡可能性という問題設定のもと、形成権と法的地位との関係に着目をした。ゼッケルは、その関係に応じて、形成権を「独立的」または「非独立的」なものに類型化する。この類型化において、特に解除権では、解除権の行使が法律関係に対してどのような機能を有しているかが考慮されていた。ここでは、場合分けをしたうえでの具体的な検討がなされており、必ずしも類型化にもとづく演繹的な考察がなされていたわけではない。

その後、伝統的見解が、ゼッケルが行った類型化を展開させる。伝統的見解は、非独立的な形成権を、関係する法的地位に応じて、債権に係る形成権と契約に係る形成権とにさらに類型化した。契約に係る形成権については、形成権が契約全体を変動させるかどうか、すなわち形成権の効力が基準として考慮されていた。伝統的見解のもとでは、形成権と他の法的地位との間に関係が認められれば、両者の分離が否定される。解除権は、契約に係る形成権に分類され、常に契約当事者に帰属するとされた。また、伝統的見解では、譲渡債務者の保護が根拠としてあげられることもある。ここでは、形成権の行使についての動機の変更が考慮されている。

伝統的見解は、激しい批判に曝され、現在では支持を失っている。もっとも、そのような批判をしつつも、第一段階の問題で分離を否定する見解もなお主張されている。その1つが、ゴーラの見解で

444) 特に、授権への転換に言及がされた1977年判決、1997年判決、2012年判決はいずれもそうである。

ある⁴⁴⁵⁾。ゴーラは、まず、履行障害にもとづく二次的権利が、いずれも広義の債務関係全体との間に関連性をもつとする。このことから、ゴーラは、二次的権利が広義の債務関係の主体である債権譲渡人に帰属することを出発点とする。そのうえで、履行障害の際に債権者の側で問題となる利益を想定し、その利益が債権譲渡人と債権譲受人とのいずれに認められるかにしたが、その利益の実現に資する権利を利益の帰属先に分配する。このうち、反対給付義務からの解放の利益は債権譲渡人に認められるため、その利益の実現に資する解除権は、債権譲渡人に分配されている。

ホフマンも、第一段階の問題で分離を否定している。ホフマンの見解は、民法全体を対象とする権利分配の秩序を構想し、そのために独自の整理概念を用いる点で、他の見解とは一線を画している。もっとも、そのような整理概念を措けば、ホフマンの見解は、法的地位の保護という観点から権利の目的を検討し、その権利によって保護される法的地位にある者に権利を分配しようとするものであるといえる。ここで、権利の保護の目的が保護される法的地位のもとでしか果たされない場合、その権利と法的地位とは分離できない(目的拘束)。ホフマンによれば、形成権においては、その保護の目的は、法が形成権による他人の法的地位への一方的な介入を認めている理由に現れる。これは、法が形成権を認めている理由を意味し、結果的に、形成権の実体的な根拠が分配の基準となるとされている。解除権は、契約当事者の自己決定保護という根拠から、その自己決定の主体である契約当事者から分離できないとされている。

以上の各見解にしたがい、債権譲渡があった場合に債権譲渡人に解除権を分配すると、債権譲受人が解除によって譲渡債権を失うおそれがある。いずれの見解でも、このことは意識されている。伝統的見解は、債権譲渡人による解除に、債権譲受人の同意を求めている。ゴーラは、債権譲渡においては債権譲渡人の利益が債権譲受人に劣後するとして、伝統的見解と同様に、債権譲受人の同意がなければ債権譲渡人は解除ができないとしている。これらとは異なり、ホフマンは、債権譲受人の同意を要件とはしていない。むしろ、解除権の目的が自己決定保護にあることや、当事者の実質的利益から、債権譲受人に譲渡債権の消滅を甘受させている。

2) 解除権と契約当事者の地位との分離を肯定する見解

第一段階の問題で分離を肯定すると、さらに第二段階として、権利の分配の基準が問題となる。この立場に属するものとしては、まず、ゲルンフーバーの見解がある。もっとも、ゲルンフーバーが第一段階において分離を肯定している理由は、明らかではない。これに対し、第二段階においては、債権譲渡の制度としての目的⁴⁴⁶⁾や当事者の利益が考慮されている。具体的には、前者では債権に流通可能性を与えて取引の客体とすることが、後者では、解除権の行使による利益、解除権の機能、解除権の行使にともなう当事者の内部関係といった事情が、それぞれ内容となる。ゲルンフーバーは、結論として債権譲渡人と債権譲受人との共同行使を提案している。

445) 先に述べたように、ゴーラが解除権と契約当事者の地位との分離を否定しているかどうかは、明らかではない。この点については、注180を参照。

446) ゲルンフーバーのいう「目的」の内容については、注319を参照。

これに対し、現在に多数の支持を集めている見解は、第一段階において、当事者の私的自治を根拠に、自由な分離を認める。このように考えると、第二段階でも、当事者の合意が一次的な基準となる。私的自治を根拠とする見解は、二次的な基準として、補充的解釈に依拠し、あるいは債権譲渡の典型的な目的を考慮する。ここでは、分配の内容を知らない譲渡債務者の保護に対する評価が分岐点となっている。基準の内容に目を向けると、補充的解釈においては、債権譲渡の原因関係を出発点にしつつ、形成権の行使に対する利益や行使後の内部関係といった当事者の利益が考慮されている。これに対し、債権譲渡の典型的な目的を考慮する見解では、そのような目的に加え、分配される権利の機能など、客観的な事情が考慮されている。

また、私的自治という根拠を推し進めれば、究極的には、形成権を単独で譲渡する可能性に到達する。この点については、単独の譲渡を認めるものと、慎重な態度をとるものに分かれている。慎重な立場においては、形成権のみを取得ないし行使することへの利益が考慮されている。

2. 考察

1) 第一段階の問題と私的自治の原則

解除権と契約当事者の地位との分離に関するドイツ法学説の思考は、大きく2つに分かれる。一方は、解除権の効力や目的を根拠に分離の可否を考察し、他方は、私的自治を根拠に権利一般について分離を肯定するものである。現在のドイツ法では、後者の見解が、通説ともいえるような地位を固めつつある。この見解は、解除権を含む形成権について、私的自治を根拠に原則的な譲渡可能性を認めつつ、譲渡可能性に対する制約としては、一般的な制約要因のみについて検討をしている。そして、譲渡可能性を否定するのであれば、否定をする者がそのことを論証しなければならないとしている。しかし、私的自治が重要であることは論を俟たないとしても、債権をこえて形成権までもを一律に扱うことには、やや性急であるという印象が拭えない。

もっとも、このことは、議論を全体的に眺めれば、必ずしも問題であるとは言い切れない。解除権と契約当事者の地位との分離の可否という問題は、当初は、形成権の譲渡可能性の中で論じられた。しかし、他の権利を一切伴わずに、形成権のみを単独で譲渡することは、あまり現実的ではない。そこで、問題は、債権譲渡がなされた場合における権利の分配に移り変わることになる。この議論においては、解除権と契約当事者の地位との分離の可否は、第一段階の問題として、問題の一部分を構成することになる。前項で述べたように、第一段階で私的自治を根拠に分離を認める見解は、第二段階である分配の問題に際して、個々の権利の効力や目的、機能などを考慮している⁴⁴⁷⁾。ここで権利ごとの個別的な考察がなされる結果、最終的な分配の結論としては、実質的にみて妥当なものが導かれることは十分に考えられる。また、ある結論が妥当でないとしても、第二段階において反論をすることで、別の妥当な結論に至ることもできる。その結果、権利の分配という問題から見る限りでは、必ずしも問題があるとはいえないのである。

447) 権利の効力は、それ自体が分配の基準とされているというよりは、当事者の利害や内部関係の分析の前提として考慮されているといえる。

以上のような状況においては、第一段階である解除権と契約当事者の地位との分離の可否の問題の重要性が相対的に低下し、問題自体が霞んでしまうことがあり得る。しかし、妥当な結論は、必ずしも理論的に裏打ちされているわけではない。第二段階でなされている考慮では、誰に権利を分配すべきかという実質的な観点前面に現れる。第二段階で妥当な分配に至ったとしても、第一段階の説明が理論的に十分なものであるとは限らないのである。

このことは、BGHの立場にも現れているように思われる。BGHは、形成権の譲渡可能性を、契約自由を根拠に一般論としては認めている。しかし、BGHが実際に譲渡を認めたのは債権とともにする譲渡のみであり、形成権のみの譲渡については一貫して判断が控えられている。さらに、なぜ債権とともにするのであれば譲渡が可能なのか、明確には示されていない。そうすれば、第一段階の問題には、なお検討の余地が残されているのではないか。このように考えることができるのであれば、第一段階で私的自治を根拠に形成権の譲渡可能性を一般的に認めることに対しては、特に理論的な観点において、なお検討が不十分であるという批判を向けることができよう。

2) 検討の方向性

第一段階で私的自治を根拠とする見解が抱える以上の問題は、本稿の問題意識のもとでは、一層顕在化する。解除権と契約当事者の地位との関係を理論的に明らかにするためには、私的自治に依拠するだけでは不十分である。さらに、ホフマンが指摘をしていたように、権利の中には、物権的請求権のように明らかに譲渡可能性がないと考えられているものも存在する。そうすれば、個々の権利ごとに、その性質にもとづいて検討を行う必要があるといえる。

この点、第一段階の問題に関する議論は、大きく分けて、権利の効力を根拠とするもの（伝統的見解）と、権利の目的を考慮するもの（ゴーラ、ホフマン）とに分けることができる。伝統的見解は、解除権については、契約関係全体を変動させるという効力をもって、契約当事者との分離を否定している。しかし、すでに多くの批判がなされているとおり、このことは論理必然ではない⁴⁴⁸⁾。解除権が契約関係全体に効力を及ぼすということからは、解除権を契約当事者に帰属させる「べき」とはいえても、帰属「させなければならない」ということはできない。また、先述のように、第一段階で私的自治を根拠とする見解においては、このような権利の効力は、当事者の利害や内部関係の分析の前提として、第二段階で考慮されている。そうすれば、権利の効力は、むしろ第二段階で考慮されるべき事情であろう。伝統的見解は、第二段階に位置づけるべき事情を第一段階の根拠としていたということになり、ここに問題があったといえる⁴⁴⁹⁾。したがって、第一段階において権利の効力を基準とすることはできない。

伝統的見解とは異なり、ゴーラとホフマンは、権利の目的を考慮しており、またその際に権利によって保護される利益に着目をしている点では共通をしている。両者の違いは、次の点にある。ゴーラは、譲渡債権の履行障害の際に反対給付義務から解放される利益が引き続き債権譲渡人にあることから、

448) 注127～129、132および対応する本文の記述を参照。

449) 伝統的見解が結論においてはさほど違和感がないとすれば、その理由もここにあると考えられる。

その利益に資する解除権を債権譲渡人に分配している。これは、履行障害の際に問題となる債権者の利益を想定し、そこに権利を当てはめるものである。いわば、利益を権利に先行させているといえる。これに対し、ホフマンは、解除権が契約当事者の自己決定を保護するものであるとしたうえで、その自己決定の主体である契約当事者(債権譲渡人)に解除権を分配している。ゴーラとの対比で言えば、権利を利益に先行させているといえよう。

両者の思考のいずれが優れているのかは、一概に言い切ることはできない。このような対照自体、相対的なものでもある。また、解除権が履行障害の場面を対象にした権利である以上、想定する利益の違いにすぎないともいえる。しかし、それでもあえて言うのであれば、ゴーラのように利益を先行させると、考察がその利益の範囲内にとどまってしまうおそれがある。この場面でいえば、解除権の性質が、反対給付義務からの解放という範囲でしか考慮されない可能性が否定できない。少なくとも、解除権と契約当事者の地位との関係を理論的に明らかにするという点では、権利を先行させた方が、より精密な検討ができるものと思われる。また、ホフマンは、解除権と契約当事者の地位との分離の可否について、目的拘束という観点から検討をしており、この点でも参考になると思われる⁴⁵⁰⁾。

以上のことによれば、日本法における検討の方向性は次のように定められる。本稿の問題意識によれば、ホフマンの視点が有意義であり、解除権の目的、特に解除権によって保護されている利益の観点から、解除権と契約当事者の地位との関係を検討することになる。なお、第一段階において私的自治を根拠とすることについて、先述の批判が妥当するとしても、それは私的自治が根拠となること自体までを否定するものではない。むしろ、解除権の目的に着目した検討のうえで、私的自治を根拠とすることへの応接がなされなければならない。

第2款 実質的な観点

1. ドイツ法の学説の整理

1) 問題の概観と整理の方針

債権譲渡人による解除権の行使は、債権譲受人にとって不利にはたらく。譲渡債権が消滅するのはもちろん、譲渡債務者に対する損害賠償請求権にも制約が及ぶ。旧BGBのもとでは、解除との択一関係により、損害賠償請求ができなくなる。現行のBGBにおいては、解除によって債権譲渡人が反対給付義務を免れる結果、その額が損害賠償の額から差し引かれる⁴⁵¹⁾。このような債権譲受人への不

450) このように、ホフマンが目的拘束によって解除権と契約当事者の地位との分離を明確に否定しているのに対し、ゴーラは、両者の分離を否定しているわけではない。ショルツは、第一段階で私的自治を根拠としつつ、第二段階ではゴーラと同様の見解を採っている。そうすれば、ゴーラの見解からは、解除権と契約当事者の地位との分離の可否についての結論を導くことはできないともいえる。ただし、繰り返しになるが、ゴーラが両者の分離についていかなる立場を採っているのかは明らかではない。そもそも、ゴーラの見解は、権利の分配に際して述べられたものであるため、それだけでは分離を否定できないとしても、問題があるわけではない。本文では、このことを踏まえた上で、分離の可否についての基準を見出すために、ゴーラの見解を検討した。

451) 以上については、第2章第1節第3款を参照。

利益や、その阻止をどのように評価するのが、実質的な観点からの検討の中心をなしているといえる。

この検討は、ドイツ法の議論では、主に第二段階の問題の中でなされている。もっとも、このことは、第二段階では権利の分配が問題になるため、特に実質的な考慮が複数の観点からされやすいことの結果にすぎない。前款の整理においてもふれたように、第一段階でいずれの結論をとろうとも、ほぼすべての見解は、実質的な観点からの検討を行っている。さらに、その際に考慮されている事情は、前節において述べたように、いずれの見解においてもおおむね同様である。具体的には、債権譲受人が解除権をもつことによる当事者の利害⁴⁵²⁾、債務不履行に際して生じる他の権利との関係、債権譲渡人と債権譲受人の内部関係などである。

このような事情にかんがみ、考察に先立ち、実質的な観点からの検討において考慮されている事情ごとに、学説の整理を行う。このとき、実質的な観点を問題にする以上、考慮の具体的な内容は、債権譲渡の原因関係ごとに異なってくることが考えられる。しかし、ドイツ法の学説のうち、債権譲渡の原因関係に応じた検討をしているのは、第二段階において補充的解釈による権利分配を行う見解のみである。これに対し、特に、第一段階において解除権と契約当事者の地位との分離を否定する見解においては、原因関係への着目は——見解の内容から必須ではないこともあり——あまりされてはいない。もっとも、これらの見解では、債権譲渡人と債権譲受人との間において、債権譲渡の対価が存在していることが前提とされているように見受けられる。そこで、さしあたりは、原因関係を債権売買として検討を行うこととする。その他の原因関係については、見解の対立がほとんどないことにもかんがみ、日本法の検討の際にふれることとする。

2) 債権譲受人による解除権の行使に対する債権譲渡人の利害

債権譲受人が解除権を行使するという仮定をするため、この事情を考慮するのは、最終的な結論において債権譲受人へ解除権を分配する見解である⁴⁵³⁾。それらのいずれの見解においても、債権譲渡人には不利益はないとされている⁴⁵⁴⁾。ここでは、債権譲渡人にとっては反対給付義務が消滅するので利益になること⁴⁵⁵⁾、譲渡債務者との関係では契約不履行の抗弁権があれば足りること⁴⁵⁶⁾などが理由とされている。もっとも、債権譲渡人の反対給付義務が消滅することは、債権譲渡人が反対給付をすることに利益を有する場合には、むしろ不利益になりうる。これに対しては、債権譲渡人が自ら債権譲渡

452) 債権譲渡人が解除権をもつことについての利害は、問題の出発点にあたるため、以下では取り上げない。

453) 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見解については、債権譲渡人と債権譲受人との間に解除権の分配についての合意がない場合において、補充的解釈や債権譲渡の典型的な目的によって導かれる結論である。同時に、これらの見解においては、債権譲渡人と債権譲受人の合意が、以下で取り上げる実質的な考慮に優先することになる。以上のことは、以下で検討するすべての事情について共通する。

454) 以下に掲げるもののほか、ビドリンスキー（注308）。以下ではこのように、見解を主張している論者と、第2節で紹介をした部分の脚注の番号のみを掲げる。詳細は、それぞれの脚注に対応する本文の記述を参照されたい。

455) ゲルンフーパー（注226）、デルナー（注365）、ズィッツマン（注365）。

456) ビドリンスキー（注307）、シュタインベック（注307）、ハッテンハオアー（注307）。

をして債務関係の一部を債権譲受人に委ねた以上、そのような不利益があるとしても、甘受しなければならないとされている⁴⁵⁷⁾。

3) 履行障害に際して生じる他の権利との関係

ここで問題になるのは、旧BGBにおける給付受領拒絶予告付き猶予期間の設定権限（以下、本款において「猶予期間設定権限」という）と、差額説による損害賠償請求権である。これらの権利は、解除権と部分的に同様の効果をもち、また解除権の前提をなす（猶予期間設定権限）⁴⁵⁸⁾。こういった事情を解除権の分配においてどのように評価するのが問題になる⁴⁵⁹⁾。

猶予期間設定権限については、ゼーツェンが、債権譲受人に認めるという見解をとっている。他方、ゼーツェンは解除権を債権譲渡人に分配する。その結果、解除権の行使についての決定権は、実質的には債権譲受人が握っているということになる⁴⁶⁰⁾。

差額説による損害賠償請求権については、ゴーラが、債権譲渡人と債権譲受人の共同で行使しなければならないとしている。これは、反対給付義務からの解放と譲渡債権の賠償という二面性にもとづく⁴⁶¹⁾。これに対し、ホフマンは、差額説による損害賠償請求権が双務契約の条件的牽連性にもとづくという理解から、契約当事者ではない債権譲受人と、もはや譲渡債権を有しない債権譲渡人とのいずれにも認められないとしている⁴⁶²⁾。

以上の見解では、各様の方法で、解除権との衝突が回避されている。これらに対し、債権譲受人に解除権を分配する立場では、この問題を検討するものは少ない。解除権を債権譲受人に認めるこれらの見解では、猶予期間設定権限や（差額説による）損害賠償請求権も債権譲受人に分配するものが多い。その結果としてこれらの権利の帰属が一致するため、特段の問題が生じないのであろう⁴⁶³⁾。

4) 債権譲渡人と債権譲受人の内部関係

ここでは、第一に、債権譲渡人が解除権を行使した場合に、債権譲受人がそのことを理由に何らかの請求をすることができるかどうかの問題となる⁴⁶⁴⁾。これについては、言及がある限りで、すべての見解が、譲渡債権の消滅を理由として債権譲受人に債権譲渡人に対する何らかの請求を認めている。

457) ズィッツマン（注368）。

458) 詳細については、第2章第1節第3款を参照。

459) BGHは、この問題についてもあまり留意をしているようには見えない。第2章第2節第3款1. 2)（1985年判決）を参照。

460) ゼーツェン（注120～125）。

461) ゴーラ（注178）。

462) ホフマン（注217～219）。

463) デルナーは、差額説による損害賠償請求権を債権譲受人に認めつつ、解除権がこの権利と同様の効力をもつことを、解除権を債権譲受人に分配する理由の1つとしている（デルナー（注363））。

464) 論理的には、債権譲受人が解除権を行使するという逆の場合も考えられるものの、この場合の検討をする論者はいない。2) で述べた、債権譲受人が解除権を行使しても債権譲渡人の不利益にはならないと考えられていることの裏面といえよう。

もっとも、このことをもって何を正当化するのは、見解ごとに異なる。解除権を債権譲渡人に分配する見解では、ゴーラが、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を認める。ゴーラは、このことから債権譲渡人による解除権の行使に対する債権譲受人の同意義務の可能性を導いている⁴⁶⁵⁾。ホフマンは、解除によって譲渡債務者から債権譲渡人へ返還された反対給付の拘取を債権譲受人に認める可能性を述べる。そのうえで、自身の見解によれば解除権が債権譲渡人に認められなければ消滅するという前提のもと、債権譲渡人に解除権がとどまることが債権譲受人にとっても利益になるとする⁴⁶⁶⁾。これに対し、解除権を債権譲受人に分配する見解では、解除をすると債権譲受人からの請求に曝されることから、債権譲渡人には解除権が必要ないことを述べるものがある⁴⁶⁷⁾。それ以上に、債権譲渡人に対する請求では債権譲受人にとって十分であるとは限らないとして、解除権の債権譲受人への分配を正当化しようとするものもある⁴⁶⁸⁾。

第二に問題となるのは、譲渡債権について履行障害が発生した場合、そのことを理由に債権譲渡人が債権譲受人に対して責任を負うかどうかである。このことについても、学説の間に大きな相違はない。それによれば、債権譲渡人は、債権譲受人に対して、原則として譲渡債権の存在についてのみ責任を負い、譲渡債務者の履行能力については責任を負わない。ただし、原因関係次第では、債権譲渡人が譲渡債務者の履行能力についても責任を負う場合があるとされる。

しかし、ここでも、この共通の理解が、解除権の分配についての双方の立場において自説の正当化に用いられている。解除権を債権譲渡人に分配する立場では、ショルツが、債権譲受人は、債権譲渡人が責任を負わないため、また責任を負うとしてもその追及のためには譲渡債権の発生原因である契約の解除を要しないために、いずれの場合にも解除権を必要とはしないとする⁴⁶⁹⁾。これに対し、解除権を債権譲受人に分配する見解は、次のように述べる。債権譲渡人が譲渡債権の存在についてのみ責任を負う場合、譲渡債権を移転させた以上、債権譲渡人は責任を負わない⁴⁷⁰⁾。債権譲渡人が譲渡債務者の履行能力についても責任を負う場合、債権譲受人は自ら解除権を行使した以上、債権譲渡人に責任追及をすることができず⁴⁷¹⁾、あるいは債権譲受人の損害軽減義務により債権譲渡人は保護される⁴⁷²⁾。このことから、債権譲受人が解除権を行使したとしても債権譲渡人には不利益が及ばないこ

465) ゴーラ（注175～176）。

466) ホフマン（注211）。

467) ゲルンフーバー（注225）。

468) シュヴェンツァー（注305）、シュタインベック（注306）、ハッテンハオアー（注306）。

469) ショルツ（注323～325）。また、ショルツは、金銭債権が譲渡された後に履行遅滞が発生した場合にも、債権譲受人は遅延賠償を得られればよいために、解除権は不要であるとしている。これについても、同箇所を参照。

470) シュヴェンツァー（注310）、シュタインベック（注310）、ビドリンスキー（注310）。

471) ゲルンフーバー（注227）、シュヴェンツァー（注311）、ズィッツマン（注369の記述）。ゲルンフーバーは、このことから、債権譲受人にも解除権が必要ないという結論に至る。

472) シュタインベック（注314）、ハッテンハオアー（注314）、デルナー（注371）。

と⁴⁷³⁾、あるいは債権譲受人による解除権の行使に債権譲渡人を関与させる必要はないこと⁴⁷⁴⁾が説明されている。

5) 債権譲渡人の利益と債権譲受人の利益との優劣

学説では、より根本的・抽象的な問題として、譲渡債権について履行障害が発生した場合に、債権譲渡人の利益と債権譲受人の利益とのいずれが優先するかも検討されている⁴⁷⁵⁾。これについては、ホフマンを除き、言及をするすべての見解が債権譲受人の利益を優先させている。この問題においても、そのことから導かれる結論は見解ごとに異なっている。

解除権を債権譲渡人に分配する立場では、ゴーラが、債権譲渡人が譲渡債権の実現を債権譲受人に約束していることから、反対給付義務からの解放に対する債権譲渡人の利益が、譲渡債権の賠償の獲得に対する債権譲受人の利益に劣後するとしている。このことから、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されている⁴⁷⁶⁾。これに対し、債権譲受人に解除権を分配する立場では、原因関係に着目をして、譲渡債権について履行障害（特に遅滞）が発生した場合に契約を維持して遅延賠償を請求するか、解除をするのかの決定は債権譲受人に委ねるべきであるという見解がある⁴⁷⁷⁾。また、債権譲渡の典型的な目的を基準とする見解は、債権譲受人にとっては、譲渡債務者に対する権利を自己責任で全面的に行使できることが利益に適うとする⁴⁷⁸⁾。これらのことは、解除権を債権譲受人へ分配することの根拠の1つとされている。

以上の見解とは異なり、ホフマンは、解除権の目的が債務者への制裁ではなく自己決定の保護であることを理由に、解除権の行使による譲渡債権の消滅も正当化されるとしている。したがって、債権譲渡人による解除権の行使について、債権譲受人の同意が必要とされることもない⁴⁷⁹⁾。ここでは、債権譲渡人の利益に優位性が認められている。

6) 解除権を取得することに対する利益

解除権の単独の譲渡を認める学説の中には、解除権を譲り受けようとする者に、解除権の取得に対

473) 解除権の分配について補充的解釈による見解が、このことを述べている。

474) 解除権の分配について債権譲渡の典型的目的を基準とする見解が、このことを述べている。デルナー（注370, 371）を参照。

475) BGHは、この問題についてもあまり留意をしているようには見えない。

476) ゴーラ（注173, 174）。ショルツ（注326, 327）も同様の見解をとる。債権譲渡人による解除について債権譲受人の同意を求める伝統的見解も、この見解に近いといえよう（注118）。なお、債権譲受人の同意に関するゴーラの見解について、前項4）も参照。

477) ビドリンスキー（注301）、シュヴェンツァー（注302）。また、ズィッツマン（注364内の記述）も参照。

478) デルナー（注337, 338）。これは、債権が体现する価値を可能な限り債権譲受人に移転させるべきであることの根拠として述べられたものである。しかし、債権譲受人が解除権を自己責任で行使できるということは、解除権の行使に関する利益については、債権譲受人が優先するということになる。このほか、シュタインベック（注319）も参照。

479) ホフマン（注212）。

する利益があることを求める見解がある⁴⁸⁰⁾。これらの見解では、利益へ着目をする姿勢が、解除権の分配においても現れている。そこで、実質的観点からの検討を整理する視点の1つとして、このような利益の観点からも、学説の整理を試みておくこととする。

ショルツは、解除権を譲り受けようとする者が、解除権の効力に対して固有の利益を有する場合に、解除権を取得する利益を認める⁴⁸¹⁾。このことは、ショルツが、債権譲渡人と債権譲受人との内部関係にかんがみれば債権譲受人には解除権が不要であるとする⁴⁸²⁾にも整合している。ショルツによる利益の理解に近いものとしては、以下の見解がある。ゴーラは、譲渡債権の実現のためには債権譲渡人が反対給付義務を履行することが必要であることから、債権譲受人は解除権の不行使について利益を有するとしつつも、このような利益は解除権を付与するためには不十分であるとしている⁴⁸³⁾。ゲルンフーバーは、解除権は、債権譲受人にとっては破壊的な権利でしかないとして、債権譲受人への分配を疑問視する⁴⁸⁴⁾。また、ネルは、解除権の行使が債権譲受人には何ももたらさないことから、債権譲受人への分配を否定している⁴⁸⁵⁾。BGHが保険契約の解約告知権について解約返戻金の支払請求権とともにのみ譲渡できるとしたことも、ショルツの理解に近いといえよう⁴⁸⁶⁾。これらの見解では、少なくとも、解除権の行使による効力が自身に発生することが、解除権を付与するために必要であるとされているといえる。これに対し、デルナーは、債権譲受人は解除権を行使すれば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している⁴⁸⁷⁾。これは、以上の観点からは、債権譲受人が解除権の行使の結果に対して利益を有していることをいうものと位置づけられよう。

ショルツとは異なり、ビドリンスキーは、解除権の行使に加え、保持することにも取得の利益を認める。このことは、ビドリンスキーが、譲渡債権について履行障害が発生した場合に、契約を維持するかどうかを債権譲受人が決定すべきとしていることに現れている⁴⁸⁸⁾。ビドリンスキーの理解に近い見解としては、次のものがある。シュタインベックは、解除権を、債権譲渡人に分配すれば譲渡債権を消滅させる可能性を認めることになって債権譲渡の目的に反するため、債権譲受人へ分配する⁴⁸⁹⁾。また、ズィッツマンは、解除と損害賠償請求の択一関係を前提に、解除権の不行使が賠償という形で譲渡債権の実現に間接的に資するとして、解除権を債権譲受人に分配する⁴⁹⁰⁾。これらの見解では、解除権を行使しないことに、解除権を取得する利益が見出されているといえる。

480) ビドリンスキーとショルツの見解である。第2章第2節第2款1. 2) b) (2)を参照。

481) ショルツ（注272～275）。

482) 前項4)を参照。

483) ゴーラ（注171）。

484) ゲルンフーバー（注227）。ただし、ゲルンフーバーが、債権譲渡人と債権譲受人の共同での行使という結論に至っていることには注意を要する。

485) ネル（注391）。

486) 第2章第3款2. 3)（2012年判決）を参照。

487) デルナー（注362内の記述）。

488) ビドリンスキー（注301）。前項5)も参照。

489) シュタインベック（注319）。

490) ズィッツマン（注362）。

2. 考察

前項2)～6)で検討したように、各事情それ自体に関する考慮の内容は、ほとんどの見解で同じ結論となっている。しかし、そのような共通の理解は、解除権の分配に関して、正反対の結論の根拠とされている。解除権を債権譲渡人に分配する見解は、実質的な検討から、債権譲受人には解除権が必要ではないということを導く。これに対し、解除権を債権譲受人に分配する見解は、債権譲受人が解除権を行使することは債権譲渡人の不利益とはならないこと、あるいは債権譲渡人には解除権が必要ないことを正当化する。特に前項4)および5)の検討に現れていたように、両方の立場の見解による正当化は、共通の前提を別の側面から評価しているものにすぎないといえる。それにもかかわらず、正反対の結論が導き出されているということは、考慮されている事情および考慮の内容が、決定的な根拠にはなっていないことを示唆しているといえる。特に債権譲受人に解除権を分配する学説は、債権譲受人に解除権が積極的に必要であるということを正当化できていないということになる⁴⁹¹⁾。

解除権を債権譲受人に分配する見解が、債権譲受人が解除権を取得する必要性について一切述べていないわけではない。たとえば、債権譲渡人が解除権を行使した場合に、譲渡債権の消滅を理由とする債権譲渡人への請求では必ずしも十分な救済にならないことを理由に、債権譲受人に解除権が必要であるとするものがある(前項4)参照)。また、同じ場面において、債権譲受人は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するため、債権譲受人に解除権を分配する意味があることを述べるものもある(前項6)参照)⁴⁹²⁾。前者のいう解除権の必要性は、債権譲渡人による解除権の行使を阻止するという目的にもとづくものである。これに対し、後者のいう必要性は、解除権を行使することにもとづいている。しかし、解除権においては、その性質上、行使することの必要性は、行使の授権によっても基本的に賄うことができると解される。解除にもとづく原状回復の当事者には検討の余地があるものの⁴⁹³⁾、少なくとも債権譲受人については、行使の授権で対応できないような必要性があることは考えにくい。このことは、BGHが形成権の単独の譲渡についての判断を控え、行使の授権を認めた事例にもあらわれている⁴⁹⁴⁾。そうすれば、債権譲受人が解除権を取得する必要性を根拠づけるのは、解除権の不行使の目的しかないことになろう。

このことは、解除権の取得に対する利益(前項6)参照)という視点にも示されている。解除権の取得に対する利益をその行使に求める立場では、解除権の行使は債権譲受人には積極的に何かをもた

491) もっとも、これらの学説がしている実質的な検討は、分配に関する当事者の合意がない場合の、二次的な基準に関するものである。そもそも、解除権が債権譲渡人と債権譲受人との一方に必然的に分配されなければならないほどの必要性があるならば、当事者の合意によって分配を決めること自体が否定されうる。これらのことにかんがみれば、債権譲受人への帰属の正当化には、一定の限界がある。

492) これらは別々の論者の見解であるため、矛盾するものではない。ただし、譲渡債権について履行障害が生じた場合において、債権譲受人が請求の相手方を自由に選択することができるのかどうか——履行障害を理由に譲渡債務者に請求をするか、解除をして債権譲渡人に請求をするか——には、検討の余地があるものと思われる。これは、要するに、債権譲受人が誰の無資力のリスクを負担するのかを自由に選択できるのかどうかの問題である。ここでは、詳細な検討は見送る。

493) 注546を参照。

494) 第2章第2節第3款2. 1)(1977年判決)、2)(1997年判決)を参照。

らすわけではないために、解除権の取得に対する利益が否定されている。これに対し、解除権の保持までを取得に対する利益に含める立場によれば、解除権の不行使に、取得に対する利益が見出されている。

以上のことによれば、ドイツ法における実質的な観点からの検討においては、解除権が債権譲受人にとって、自身で行使をするために取得をするという意味において積極的に必要であるということは、正当化されていないといえることができる。むしろ、債権譲受人への解除権の分配の根拠となっているのは、債権譲渡人による解除権の行使を阻止するという、不行使という目的である。ただし、債権譲渡人へ解除権を分配する見解においても、この点は考慮されている。さらにいえば、債権譲渡人と債権譲受人との利益の優劣（前項5）参照）に現れていたように、債権譲渡人へ解除権を分配する見解も、そのほとんどは債権譲受人の利益に優位性を認めていた。しかし、これらの見解では、この優位性は、解除権の行使に対する債権譲受人の同意という形で現れているにとどまる⁴⁹⁵⁾。この同意の必要性は、債権譲渡人と債権譲受人との間の事情であるため、第三者との関係では考慮されない。つまり、債権譲渡人が債権譲受人の同意を得ずに解除権を行使したとしても、その行使は第三者との関係では有効となる。債権譲受人にとっては、たとえば譲渡債権の消滅を防ぐことはできないことになる。債権譲受人に解除権を分配する見解の問題意識は、この点に存在している⁴⁹⁶⁾。この見解は、解除権を債権譲渡人から剥奪することにより、その行使を第三者との関係においても阻止しようとするのである。

したがって、解除権の分配に関する実質的な観点からの対立は、解除権の不行使を、債権的な同意要件と物権的な行使の阻止とのいずれによって実現するかにあるといえる⁴⁹⁷⁾。この点、前項の検討においては、債権譲渡人への請求が債権譲受人にとって十分であるかどうか、債権譲渡の目的に照らして、債権譲渡人が譲渡債権を消滅させることができよいかといった事情が考慮されている。このことから明らかなように、この問題は、論理必然的に定まる性質のものではない。ただし、理論的な整合性の観点からは、解除権と契約当事者の地位との分離の可否についてどのように考えるかを視野に入れつつ、検討を行う必要があるといえる。

また、前項3）で取り上げた、履行障害に際して生じる他の権利との関係は、以上のこととは直接に関係するわけではない。しかし、権利の分配における体系的な矛盾の回避はもちろん、債権譲渡人と債権譲受人とのいずれの利益を優先させるかという観点からも、考慮する必要がある。

第3章 日本法の検討

第1節 日本法における議論の再定位

本章では、前章での検討の結果をもとに、日本法における考察を試みる。まずは、ドイツ法の議論

495) 解除権の分配に関するBGHの立場は必ずしも明らかではないものの、BGHは、形成権の不行使には利益を認めていないようにみえる。これについて、第2章第2節第3款3.を参照。

496) このことは、伝統的見解に対する批判の中に顕著に現れている。注146および対応する本文の記述を参照。

497) ただし、前項5）で述べたように、ホフマンの見解によれば、自己決定からの解放に関する債権譲渡人の利益が優先する結果、債権譲受人の解除権の不行使に対する利益は常に劣後することになる。

を参考に、日本法における従来の議論を整理する。これにより、従来の議論の課題および検討の指針を明らかにする。

第1款 ドイツ法と日本法との議論の比較

1. 契約当事者に解除権を認める見解

第1章で述べたとおり⁴⁹⁸⁾、日本法においては、通説および判例は、契約上の地位の移転や債権譲渡に際して、契約当事者に解除権を認めている。学説は、その理由として、解除権は契約当事者に発生する権利であることや、解除権が債権関係全体の形成を可能にする権利であることをあげている。判例は、解除権の行使によって契約から発生した法律関係がすべて消滅すること、解除権は債務不履行に遭った契約当事者を契約上の拘束ないし反対給付義務から解放するためのものであること、などを理由としてあげている。

これらの理由のうち、解除権が契約当事者に発生する権利であるということは、同語反復であり、理由になっていない。これに対し、解除権が債権関係全体の形成を可能にすること、あるいは解除権の行使によって契約から発生した法律関係がすべて消滅をすることは、解除権の効力を根拠とするものといえる。ここには、ドイツ法における伝統的見解と同様の思考を見て取ることができる。日本法では、ドイツ法における伝統的見解がしていた形成権の区別を行うものは見られないものの、契約関係全体に効力を及ぼす権利はその契約の当事者にしか認められないという発想があるといっていようであろう。そうすれば、ここには、ドイツ法の伝統的通説に向けられたのと同様の批判⁴⁹⁹⁾が妥当することになる。

また、解除権が契約当事者を契約上の拘束ないし反対給付義務から解放するためのものであるという理由は、解除権の目的に着目をしている。特に、契約上の拘束や反対給付義務からの解放への着目は、ドイツ法においても複数の見解でみられたところである⁵⁰⁰⁾。もっとも、日本法ではそれ以上の検討はされていない。

2. 契約当事者ではない者に解除権を認める見解

日本法においても、通説および判例に対して、契約当事者以外の者に解除権を認めるべきとの主張がされている⁵⁰¹⁾。これらの見解では、一方で、解除権の機能・目的が根拠とされている。これにあたるのは、第一に、解除権は契約の効力からの離脱を目的とする権利であるところ、債権または債務のみを有している者にも契約の効力が及ぶとするものがある。第二に、解除権は債権の救済を目的とす

498) 第1章第2節第1款を参照。

499) 第2章第2節第2款1. 1) a) (2) (c) を参照。特に、第一、第二の批判が当てはまる。また、第2章第3節第1款2.2) も参照。

500) ゴーラの見解(第2章第2節第2款1. 1) b)), ホフマンの見解(第2章第2節第2款1. 1) c)) を参照。

501) 第1章第2節第2款を参照。本文で掲げるもののほか、私的自治の原則にもとづき、解除権と契約当事者の地位との自由な分離を認める遠山の見解もある。しかし、この見解の内容はドイツ法で主張されているものと同様であるため、省略する。

る権利であるために、債権譲受人に認めるべきである、とするものである。これらの見解は、解除権の機能や目的について独特の理解をしており、その理解が結論にもつながっている。また、これらの解除権の機能や目的が、契約当事者以外の者への解除権の帰属を必然的にもたらすかどうかについては、言及がない。

他方では、当事者の実質的な利害に着目する見解も主張されている。この見解では、特に債権譲渡の場面において、次のような理由があげられている。第一に、債権譲渡人は解除によって不利益を受けず、むしろ反対給付義務の消滅という利益を受けることである。第二に、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やむを得ないことである。こういった考慮も、ドイツ法の議論において見られたものである⁵⁰²⁾。しかし、これらの事情は、ドイツ法においては、債権譲渡がされた場合における権利の分配（第二段階の問題）で考慮されているものである。また、ドイツ法では、当事者の利害に関しても多様な事情が詳細に考慮されていた。それと比べれば、日本法で考慮されている事情は、種類と内容の双方において、乏しいと言わざるを得ないであろう。

第2款 従来の議論の問題点

日本法における従来の議論では、ドイツ法におけるのと同様の考慮がなされてきている。もっとも、その内容は、ドイツ法の議論に比べれば、相当に乏しいと言わざるを得ない。日本法における通説は、ドイツ法の伝統的見解と同様に、解除権が契約関係全体に効力を及ぼすことを根拠としている。しかし、この根拠は、ドイツ法では多くの批判にさらされ、根拠としての地位を失っている。この批判は、日本法の通説にもそのまま当てはまる。また、解除権の目的・機能を根拠とする見解もみられるものの、それについて詳細な検討はされていない。特に、各見解による解除権の目的・機能についての理解が、解除権の帰属を必然的なものとして導くのかどうかについては、目が向けられていない。さらに、当事者の実質的な利害に着目し、ドイツ法と同様の検討を行う見解も存在する。しかし、当事者の実質的な利害は、ドイツ法においては、第二段階の問題として考慮されているものである。日本法において当事者の実質的な利害に着目をする見解は、この点のみを根拠としてあげており、ドイツ法における第一段階の問題（解除権と契約当事者の地位との分離の可否）に相当する検討を行っていない。

以上のことによれば、日本法における従来の議論は、ドイツ法における第一段階と第二段階との区別を意識せずになされてきたといえる。その結果、第一段階に相当する検討が、特に不十分な状態にあるといえる。日本法における通説や判例では、解除権が契約当事者の地位から分離できないということは、前提とされているようにもみえる。しかし、そのことが明確に論じられてきたわけではない。そのこともあってか、通説に反対をする見解でも、解除権と契約当事者の地位との関係は意識的に論じられてはいない。それゆえに、どちらかといえば、たとえば債権譲渡においても、債権譲受人に解除権を認める「べき」であるとの見解が主張され、そもそもそれが可能なかどうかには目が向けられてこなかったといえる。

しかし、ドイツ法の議論が示すように、これらは明確に区別されるべき、独立の問題である。議論

502) 第2章第3節第2款1. 2), 注150および対応する本文の記述を参照。

の順序としても、解除権を誰に帰属させるかの前に、解除権を契約当事者の地位から分離できるかどうかを検討されるべきであろう。日本法における従来の議論では、自覚と内容の双方において、この点についての検討が不十分であったといえる。第2章第3節で定めた日本法における検討の指針は、まさにこのような問題点に相応しいものであるといえよう。次節では、この指針にしたがって、解除権と契約当事者の地位との関係を検討する。

第2節 解除権と契約当事者の地位との関係

第1款 解除権と契約当事者の地位との分離の可否

1. ホフマンの見解の検討

1) ホフマンの見解の確認

本款では、ドイツ法における第一段階の問題に相当する、解除権と契約当事者の地位との分離の可否を、日本法において検討する。第2章の末尾で述べたように、ここでは、ホフマンの見解を中心に考察を行う。

ここで、ホフマンの見解のうち、権利と法的地位との関係の一般論に関する部分を、簡潔に確認しておく⁵⁰³⁾。

ホフマンは、民法秩序を、個々人の自由を保護するための権利分配秩序と理解する。そして、民法によって保護される法的地位である実質権と、実質権の保護を目的とする保護権とを区別する。保護権は実質権の侵害に対して付与されるところ、この仕組みを保護メカニズムとする。保護メカニズムは、目的拘束のため実質権から分離できない。したがって、保護権は、常に実質権の権利者に原始的に付与される。また、この保護権は、その内容に応じて、権利実現的保護権と、財産移転的保護権に分類される。このうち、権利実現的保護権についても、目的拘束があり、実質権から分離することができない。以上により、権利実現的保護権は、実質権の権利者に原始的に付与され、その者から分離することができない。

また、債権譲渡の場面では、譲渡債権の発生に関与している譲渡債務者にとっては、履行や侵害における相手方が確定されていることが必要である。したがって、債権譲渡人と債権譲受人が譲渡債務者の同意を得ずにこの相手方を変更すること、言い換えれば、譲渡債権に関する保護権を譲渡債権から分離することは許されない（処分行為の *numerus clausus*）。

このように、ホフマンが権利と法的地位、ないし解除権と契約当事者の地位との分離を否定している論拠は、ホフマンのいうところの目的拘束と処分行為の *numerus clausus* の2点であるといえることができる。ホフマンの前提理解や整理概念などには独特なところがあるものの、これらの論拠の実質的な内容には参考になる点があるように思われる。以下、それぞれについて検討を行う。

503) 詳細は、第2章第2節第2款1. 1)c)を参照。以下、本項では、逐一ホフマンの著書を引用することは控える。

2) 目的拘束の観点

a) 目的拘束の実質的内容

ホフマンは、目的拘束という概念を、保護メカニズムと実質権の関係と、実質権と権利実現的保護権の関係との2つの場面で使用している（以下、前者を「保護メカニズムの目的拘束」といい、後者を「権利実現的保護権の目的拘束」という）。目的拘束の内容は、それぞれで、次のように異なっている。

まず、保護メカニズムの目的拘束は、次のように理解することができる⁵⁰⁴⁾。保護権は、実質権の侵害に対して付与されるものであり、その性質上、他人の法的地位への介入をとまなう。保護メカニズムがそのような性質をもつ保護権を付与することは、保護を必要としている実質権によってのみ正当化できる。また、保護メカニズムは実質権に対する保護権を付与する仕組みである以上、実質権の権利者のもとでのみ機能を果たすことができる。したがって、保護メカニズムは、実質権から分離することができない。その結果、保護メカニズムによって付与される保護権は、実質権の権利者が原始的に取得することになる。

このように、保護メカニズムの目的拘束は、実質権者による保護権の原始取得を根拠づけるものである。実質的に意味するところは、次のようにまとめることができる。第一に、法的地位の保護のための権利の付与は、その権利の効力が他人への介入をとまなうため、法的地位の要保護性によってのみ正当化される。第二に、法的地位の保護のための権利はその法的地位のための内容をもつ。この2点により、保護のための権利は、法的地位にある者に対してのみ、その者自身の権利として付与される。

次に、権利実現的保護権の目的拘束は、以下のように理解できる⁵⁰⁵⁾。権利実現的保護権は、実質権を実現し、あるいは不当な侵害から保護することのみを目的としている。したがって、権利実現的保護権自体の、および権利実現的保護権を付与した法秩序の目的は、この保護権を付与された実質権者に対してしか果たされない⁵⁰⁶⁾。仮に、権利実現的保護権が他人に移転したとすると、権利の主体が当初の実質権者とは異なる者になる。しかし、この者に権利実現的保護権が保護しようとする実質権がない限りで、権利実現的保護権の目的が果たされないことになる。したがって、権利実現的保護権は、その付与の根拠となった実質権から分離することはできない。

このように、権利実現的保護権の目的拘束は、権利実現的保護権とその保護対象である実質権との分離を否定するものである。端的にいえば、法的地位を実現させるという形での保護のみを目的とする権利は、その法的地位を有しない者のもとでは保護の対象を失って機能しないため、その法的地位を有しない者へ移転させることはできないということであろう。このようなホフマンの思考は、物権的請求権の具体例に明快に示されているといえる。所有権(実質権)にもとづく物権的返還請求権(権利実現的保護権)が所有権者でない者に譲渡された場合⁵⁰⁷⁾、所有権者でない者が、自身に対する返還

504) 第2章第2節第2款1. 1) c) (1) (a), およびこの箇所掲げたホフマンの著書を参照。

505) 第2章第2節第2款1. 1) c) (1) (b), およびこの箇所掲げたホフマンの著書を参照。

506) 実質権者が権利実現的保護権の付与を受けることは、保護メカニズムの目的拘束によって確保されることになる。

507) ここでは、物権的返還請求権の譲受人が、目的物の占有権限などのその他の権利を譲り受けていないことが前提である。

を請求することになる。しかし、所有権者でない者に返還がなされても、実質権たる所有権が実現されたことにはならない。したがって、権利実現的保護権である物権的請求権の目的が果たされたことにもならないといえるのである。もっとも、この場合には、権利実現的保護権の目的が達成されない以上に、所有権者でない者が所有権にもとづく返還を請求すること自体が、矛盾しており、そもそも観念できないようにも思われる。

以上の実質的内容によれば、ホフマンが目的拘束として述べることは、——ホフマンの整理概念を用いるかどうかは措くとしても——権利と法的地位、ひいては解除権と契約当事者の地位との分離の可否について、根拠になりうると思われる。

b) 解除権の性質と正当化根拠

ホフマンの目的拘束の思考に依拠するのであれば、解除権と契約当事者の地位との分離の可否を決するのは、保護権としての解除権の性質と、保護の対象ということになる。順序が逆転するが、後者を先に検討する。

(1) 解除権の保護の対象および正当化根拠

(a) 2つの方向性と日本法における議論

ホフマンによれば、形成権の一方的性質により、保護権としての解除権の保護の対象は、解除権の正当化根拠ないし実体的根拠によって決まる⁵⁰⁸⁾。これは、法定解除についていえば、債務者について一定の履行障害が発生したときに契約を一方的に解除することができるのはなぜかという問題である⁵⁰⁹⁾。法律の要件を充たした場合に解除ができるのはなぜかとも言い換えることもできる⁵¹⁰⁾。この点について、これまでに日本法においては詳細な検討はあまりなされていないようであるものの、大きく分けて2つの方向性が示されてはいる⁵¹¹⁾。

第一の方向性は、解除の根拠を契約当事者の意思に求めるものである。これによれば、契約当事者は、履行障害によって契約の効力を維持する利益を失うという事態が発生した場合には、契約の拘束を解消させるという意思を有しているということになる⁵¹²⁾。解除は、そのような当事者の意思を制度化したものであると位置づけられよう。

508) 第2章第2節第2款1. 1) c) (2) (a) を参照。

509) 本稿で「解除権の正当化根拠」などというときは、この問題を指すものとする。

510) 解除に関して言及されることが多い、双務契約における牽連性（およびその破壊）、対価的均衡（およびその破壊）、重大な契約違反、契約目的の達成不能などは、この問題においては、法の要件として位置づけられる。ここで問題としているのは、そのような事情が発生した場合に解除をすることができるのはなぜかということである。

511) 以下の整理は、能見善久「履行障害」『債権法改正の課題と方向——民法100周年を契機として——（別冊NBL51号）』131頁（1998年）による。

512) 松岡久和「履行障害を理由とする解除と危険負担」ジュリスト1318号140頁（2006年）を参照。また、能見は、この方向性の例として、フランス民法典における解除条件構成をあげている（能見・前掲注（511）131頁）。

第二の方向性は、解除の根拠を当事者間の公平に求めるものである。これによれば、履行障害によって双務契約の対価的均衡が崩壊したことによる契約当事者間の不公平を是正するために契約の拘束を解消させるのが解除制度ということになる。

これにつき、能見は、債務不履行による解除が一方的なものであり、当事者の利害が対立することを理由に、第一の方向性に消極的な態度を示している⁵¹³⁾。これに対し、松岡は、次のように述べ、2つの方向性の併存の可能性を指摘する。第一に、契約当事者は、相手方の契約違反によって契約目的が達成できない場合には自己の約束を厳守するまでの意思を有していないのが合理的な解釈である。さらに、この判断は、当事者の利害対立が顕在化する前の契約締結時に存在しているといえる。第二に、双務契約の対価的均衡は、契約の類型によって定まる客観的なものに尽きるわけではなく、具体的な契約において各当事者が目的とした利益が合意に取り込まれたことによる主観的な要素も含んでいるといえる⁵¹⁴⁾。

（b）ドイツ法における議論

ドイツ法においても、おおむね同様の方向性のもとで議論がなされている。ここでは、ホフマンと、ホフマンが著書において取り上げているカナーリスの見解を検討する。ただし、ホフマンの見解については、第2章ですでに述べているため、カナーリスの見解との相違を中心に取り上げる。

まず、カナーリスは、BGBが規定する各種の解除権の趣旨を、次のように説明する。

第一に、履行がされないこと、または契約に従った履行がされないことによる解除権（BGB323条1項⁵¹⁵⁾）は、契約法上の交換的正義の現れとしての条件的牽連性にもとづくものである。もっとも、この解除権の場合には、債務者はなお履行をすることが可能であるため、ここで一方的な解除権を認めることには、「合意は守られなければならない」の原則との間で、緊張関係が生じる。この緊張関係は、契約当事者の意思を超えたところに位置づけられる、公平の観点によってのみ解消される⁵¹⁶⁾。

カナーリスは、この緊張関係の解消について、複数の根拠を検討したうえで、公平の観点に至っている。契約当事者の意思について、カナーリスは、根拠となりうることは認めている。しかし、当事者の意思を拠り所とするだけでは、どのような要件で解除を認めるのかを明確に規定することができないという理由で、当事者の意思を根拠とすることを否定している⁵¹⁷⁾。以上によれば、ここでは、公平の観点解除権の正当化根拠とされているといえる。

第二に、カナーリスは、債務者の履行拒絶にもとづく解除権（BGB323条2項1号）、いわゆる定期

513) 能見・前掲注（511）131頁。このほか、解除制度を公平の観点から説明するものとして、星野英一『民法概論Ⅳ（契約）』70頁（良書普及会・合本新訂・1986年）がある。

514) 以上につき、松岡・前掲注（512）141頁・注10。なお、能見も2つの方向性が矛盾するものではないことは認めている（能見・前掲注（511）131頁）。

515) 条文については、注72を参照。

516) 以上につき、*Claus-Wilhelm Canaris, Teleologie und Systematik der Rücktrittsrechte nach dem BGB*, FS Jan Kropholler, Tübingen 2008, S.4ff.。

517) *Canaris*, aaO. (Fn.516) S.6f.

行為における解除権（同2号⁵¹⁸⁾）は、条件的牽連性ではなく、契約の内容にもとづくものであるとしている⁵¹⁹⁾。これは、当事者の意思を解除権の正当化根拠とするものといえよう。

第三に、履行請求権の排除による解除権（BGB326条5項⁵²⁰⁾）は、条件的牽連性にもとづくものとされているとみられる⁵²¹⁾。ここでは、解除権の正当化根拠は明らかではない。なお、BGB323条2項1号および2号、326条5項にもとづく解除権については、「合意は守られなければならない」の原則との緊張関係は生じないとされている⁵²²⁾。

カナリスに対し、ホフマンは、すでに述べたように、解除権の正当化根拠を契約当事者の意思に求める。再度、確認をしておく、ホフマンは、契約の当事者は相手方からの給付を受けられ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とする。そして、解除権は、この拘束意思を法的に表現したものであり、契約の合意に内在するものであるとしている⁵²³⁾。ホフマンは、自説の正当化のために、カナリスへの批判を兼ねつつ、次のことを述べている。第一に、解除権の正当化における債権者利益への言及は、条件的牽連性にもとづいている。条件的牽連性は当事者の意思にもとづく契約の合意に由来するため、契約外の事情である公平は解除権の根拠とはいえない⁵²⁴⁾。第二に、私的自治が支配する契約法においては、法律行為にもとづく給付義務の限界を確定する際には、比例・比較の基準を援用することには慎重でなければならない⁵²⁵⁾。

ホフマンは、以上の理解のもと、解除権が、当初の限定的な拘束意思に反する状況が発生した場合に契約の拘束を除去することで、契約当事者の自己決定を保護するものであるとする⁵²⁶⁾。これに対し、カナリスのように公平の観点に根拠を求めれば、解除権は、客観的に是認されなくなった契約当事者間の不公平からの保護を目的とするといえよう。

518) 条文については、注72を参照。

519) *Canaris*, aaO. (Fn.516) S.13ff. なお、BGB323条2項3号にもとづく解除権については、詳細な検討が見送られている（S.15）。

520) 条文については、注75を参照。

521) カナリスは、326条5項による解除権については、根拠を明言していない。しかし、カナリスは、同条1項による履行請求権の排除の根拠を条件的牽連性としている。これによれば、5項の解除権についても同様に考えているとみてよいのではないと思われる。*Canaris*, aaO. (Fn.516) S.3を参照。

522) *Canaris*, aaO. (Fn.516) S.22. なお、カナリスは、以上のほかに、いわゆる保護義務の違反にもとづく解除権についても言及をしている（S.16ff.）。本稿ではこの点については省略する。

523) 詳細は、第2章第2節第2款1. 1) c) (2) (a) を参照。また、このほかに解除権の正当化根拠を契約当事者の意思に求める見解として、*Lobinger*, aaO. (Fn.204) S.319f.; *Mathias Schmoeckel / Joachim Rückert / Reinhard Zimmermann* (Hrsg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 2. Teilband: § § 305-432*, Tübingen 2007, § § 323-325 Rn.2 [*Christian Hattenhauer*]; *Unberath*, aaO. (Fn.203), S.360ff. など。

524) *Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.205.

525) *Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.206. この点については、より一般的な文脈に関するものであるが、*Lobinger*, aaO. (Fn.204) S.139ff. も参照。このほかのホフマンの批判は、ドイツ法の体系にかかわることであるため、省略する。

526) *Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.206.

（c）考察

前項で紹介したカナリスとホフマンの見解では、いずれも双務契約における条件的牽連性が、解除権の根拠において考慮されている。これは、要するに、双務契約における対価的關係にある一方の給付がなされない場合には、その給付と交換関係にある他方の給付もなされる必要はないという思考である。日本法に関して紹介をした能見や松岡の見解においても、牽連性という言葉は用いられていないものの、このような思考があるとみてよいと思われる⁵²⁷⁾。そうすれば、双務契約の当事者は、契約相手からの給付を受けられ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といつてよいであろう。それゆえに、限定的な拘束意思は契約に取り込まれており、解除権は契約に内在しているといえることができる。松岡が指摘をするように、この意思は契約締結の時点で存在している。そうすれば、実際に解除がなされる時点で契約当事者の利害が対立することは、以上の理解の障害にはならないと解される。

また、当事者の意思を正当化根拠とすることを否定するに際してカナリスがあげる根拠は、要件としての具体化を意図したものであった。その点を除けば、カナリスも、当事者の意思が正当化根拠となり得ることを否定してはいない。契約が根本的には当事者の自己決定にもとづくことであることにもかんがみれば、日本法においても、解除権の正当化根拠に当事者の意思の要素が含まれているといつてよいものと思われる。そうすれば、解除権の正当化根拠は、当事者の限定的な拘束意思であり、あるいはその意思に反する状況が発生したこととなる。解除権は、そのような状況で当事者を契約の拘束から解放することで、限定的な拘束を引き受けた当事者の自己決定を保護するものであるといえることができる⁵²⁸⁾。

（2）保護権としての解除権の性質

解除権の保護の対象を契約当事者の自己決定と考えると、解除権は、その行使によって契約関係を消滅させることで、自己決定を実現しているということになる。この点では、解除権は、ホフマンの分類における権利実現的保護権に該当する⁵²⁹⁾。他方で、解除権が行使されると、原状回復がなされることになり、場合によっては財産の移転が発生する。この点を捉えれば、解除権には、ホフマンの分類における財産移転的保護権としての性質があるようにもみえる。

ホフマンは、これについて、履行障害によって債権者の限定的な拘束意思の前提が欠けた時点で契約にもとづく財産の帰属は実体的な根拠を失うとし、解除権の行使によって原状回復が生じるとして

527) 近時において、法定解除制度を法的牽連性から説明することを試みたものとして、岩川隆嗣「双務契約の牽連性と担保の原理（一）～（十・完）」法学協会雑誌134巻7号1089頁、8号1492頁、10号2015頁、12号2443頁、135巻2号217頁、4号645頁、6号1233頁、8号1821頁、10号2372頁、12号2851頁（2017～2018年）がある。日本法については、特に「（十・完）」135巻12号2866頁以下を参照。

528) もっとも、本文でも述べたように、このような理解は、公平の観点が正当化根拠に含まれることを排除するものではない。

529) *Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.210.

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している⁵³⁰⁾。

ホフマンの見解によれば、解除権の要件が充たされた時点で、契約にもとづく財産の帰属は実体的な根拠を失う。したがって、解除権が行使されるまでの間は、実体的に根拠のない財産の帰属が維持され続けることになる。このことについて、ホフマンは、解除権が形成権とされていることの結果であると説明している。しかし、解除権が形成権であることにより、解除をするかどうかは解除権者に委ねられている。そうすれば、解除権が行使されるまでは、あくまでも契約は有効であり、財産の帰属に関する根拠であり続けるはずである。この状態を実体的根拠のないものということには、躊躇を覚える。このように考えるのであれば、解除権の行使によって財産の移転が発生する可能性があることは否定できないように思われる。

もっとも、このことによって、ただちに解除権と契約当事者の地位との分離が可能になるわけではない。ホフマンの見解によれば、財産移転の保護権は、それ自体が実質権でもあるために、当初の実質権と分離して譲渡をすることができる⁵³¹⁾。この点、解除権が以上のような財産の移転を発生させうるとしても、解除権自体に実質権、すなわち保護に値するような法的地位としての性質があるとはいえないであろう。むしろ、このような整理をするのであれば、解除権それ自体ではなく、解除権の行使によって発生する原状回復請求権が財産移転の保護権であり、実質権としての性質をもつように思われる。そうすれば、問題の本質は、財産移転の保護権の前提ともいえる解除権の性質をどのように評価するかということになる。このことは、解除権の譲渡可能性を認めるにあたって解除権に財産的価値や経済的意義を要求する議論と接続するといえる⁵³²⁾。これについては、後の箇所⁵³³⁾であらためて検討することとし、この場では、保護権としての解除権の性質だけでは、解除権と契約当事者の地位との分離を否定しきれない可能性があることを確認しておくにとどめる。

3) 処分行為の *numerus clausus* の観点

ホフマンは、処分行為の *numerus clausus* により、債権譲渡人と債権譲受人が譲渡債務者の同意を得ずに譲渡債権を質的に分割するような処分をすることを否定する。その根拠は、譲渡債権についての履行や侵害における相手方が譲渡債務者にもわからなければならないことであるとされている。解除権についていえば、譲渡債務者には誰が解除権を有しているのかわからなければならないということになる。このことは、ホフマン以外の見解によっても考慮されており、結局はBGB404条以下の規定が譲渡債務者の保護として十分かどうかという問題となっていた。このことが示すように、ここでは、譲渡債務者の関与なしに譲渡債務者に対しても効力が生じるというBGBの債権譲渡のシステムが前提となっていることを確認しておかなければならない。

530) 第2章第2節第2款1. 1) c) (2) (b) を参照。なお、ホフマンは、この場面において、債務者が債権者に対して有する債権を念頭においているようにも思われる。しかし、解除による原状回復の対象は、それに限られるわけではない。

531) 第2章第2節第2款1. 1) c) (1) (b) を参照。

532) ショルツ(第2章第2節第2款1. 2)b)(2))やBGHの見解(第2章第2節第3款2. 3)(2012年判決))を参照。

533) 本款2. 1) を参照。

日本法においては、譲渡債務者に対する通知または譲渡債務者による承諾がなければ、債権譲渡を譲渡債務者に対抗することができない（467条1項）。仮に、解除権のような権利についても同条が及ぶとすれば、解除権の移転についての通知または承諾がない限り、譲渡債務者は解除権の移転を否定することができる。解除権者の特定という点では譲渡債務者の保護の必要性は生じない。そもそも、467条の規定が解除権にも及ぶかどうかについての検討は必要であろうが⁵³⁴⁾、少なくとも、解除権者の特定に関する譲渡債務者の要保護性は、ドイツ法におけるのと同様には、解除権と契約当事者の地位との分離の可否についての根拠にはならないというべきであろう。

4) 小括

ホフマンは、解除権と契約当事者の地位との分離を否定する根拠として、目的拘束と処分行為の *numerus clausus* をあげている。

目的拘束のうち、権利実現的保護権の目的拘束は、法的地位を実現させるという形での保護のみを目的とする権利はその法的地位を有しない者のもとでは保護の対象を失って機能しないため、その法的地位と分離することはできないことをいうものと解される。解除権は、当事者の意思の要素を正当化根拠に含んでおり、限定的な拘束意思のもとで契約を締結した当事者の自己決定を保護するものであるといえる。この点をみれば、解除権は、自己決定の主体である契約当事者の地位からは分離できないともいえる。しかし、解除権は、原状回復という点で、財産の移転を生じさせるとも考えられる。このことにかんがみれば、目的拘束の根拠では、解除権と契約当事者の地位との分離を否定しきれない可能性がある。

他方、処分行為の *numerus clausus* は、解除権者が譲渡債務者の関与なく変更され、解除権者を特定できないことから譲渡債務者を保護するものである。しかし、このことは、債権譲渡において対抗要件主義をとる日本法においては必ずしも妥当しない。

以上のことによれば、日本法においては、ホフマンの見解に従うのみでは、解除権と契約当事者の地位との分離の可否について十分な根拠を導き出すことができない。特に、ホフマンは、処分行為の *numerus clausus* を、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に対する批判の論拠としている⁵³⁵⁾。目的拘束についても、第三者への介入の契機を有する保護メカニズムの目的

534) あえて解除権について467条の適用を否定する理由は見当たらない。他方、解除権の移転の通知をすれば、譲渡債務者に対し、譲渡債務者が債務不履行をした場合を想定した通知をすることになるといえ、現実的にそのような通知がなされるのかは疑わしい。そうすれば、譲渡債務者が実際に債務不履行をした後に通知をすることも考えられる。しかし、これでは、ドイツ法で解除権を移転する目的とされていた（これが日本法においても妥当するかどうかは措く）、債権譲渡人による解除権の行使の阻止を十分に達成できない可能性があろう。いずれにせよ、本稿においては、詳細な検討は見送らざるをえない。ただし、少なくとも、譲渡債権についての対抗要件に解除権の移転についての対抗要件が当然に含まれるということは否定されよう。

535) 注333を参照。第二段階の問題における批判ではあるものの、第一段階の問題にも同様に妥当するといえる。

拘束に対し、権利実現的保護権の目的拘束自体は、第三者への介入と直接的には関係がなく、当事者の合意が優先する余地がある。そうすれば、私的自治の根拠への応接としては、ホフマンの論拠は十分な可能性がある。したがって、解除権と契約当事者の地位との分離の可否については、さらに検討をする必要があるといえる。

2. 私見

1) 「自身の権利」としての解除権

先述したように、解除権は、契約当事者の限定的な拘束意思を法的に表現したものである。そうすると、解除の要件と効果にも、この限定的な拘束意思が表れているということになる。要件は、限定的な拘束意思の限界を法律の規定に具体化したものといえる。効果についても、限定的な拘束を受け入れた自己決定の保護が基礎にあるということができよう。

ここで、仮に、債権譲渡において、債権譲受人が譲渡債権とともに債権譲渡人の解除権を譲り受けた場合を想定してみる。この場合、債権譲受人が譲り受けた解除権は、譲渡債権の発生原因である契約にもとづくものである。債権譲受人は、債権譲渡がされたにすぎないときは、この契約の当事者になるわけではない。したがって、この解除権の基礎にある限定的な拘束意思は、債権譲渡人のものである。そうすれば、債権譲受人が譲り受けた解除権は、他人の限定的な拘束意思を基準とする要件のもとで、他人の自己決定を保護するものということになる。しかし、このような権利は、もはや「自身の」権利であるとはいえないのではないか。権利を譲り受けた者は、その権利の主体となるはずである。解除権が自己決定を保護するものであるという前提に立つのであれば、この場合には、債権譲受人が解除権の主体となったとはいえないであろう⁵³⁶⁾。債権譲受人が解除権を行使するとしても、その実態は、債権譲渡人の解除権を債権譲渡人に代わって行使しているにすぎないと捉えるべきである。

なお、譲渡債権の目的物に瑕疵があるような場合であれば、解除をすれば債権譲受人は目的物の受領をしなくてもよくなるため、この限りでは債権譲受人についても拘束からの解放を語る余地がないではない。しかし、ここでも基準となっているのは債権譲渡人の拘束意思である。仮に債権譲受人が受領からの解放を望み、その限りで債権譲受人の意思が債権譲渡人の拘束意思と一致をしたとしても、それは事実上の結果にすぎないというべきであろう。

536) 本稿の前提のもとでは、従来の議論においてみられた、解除権は契約の拘束からの解放を目的とするために契約当事者にしか認められないとする論拠や、解除権のみの譲受人は形式的な地位を獲得するにすぎないという論拠（これはドイツ法におけるものである）は、このような意味で再定位されよう。

また、ドイツ法において、クリムケは、債権者を契約に拘束し続けることが期待できないことを要件とする解除権のような、形成権者の人的な事情に関係する解除権について、契約上の地位の移転がされた場合は、契約譲受人を基準に要件の充足性が判断されることになるとしている。クリムケは、この例として、いわゆる保護義務の違反による解除権(BGB324条)などをあげている(Klimke, aaO. (Fn.233) S.284)。クリムケは、解除権一般について、契約当事者の拘束意思を正当化根拠としているわけではない(S.275)。しかし、以上のことは、解除権の要件次第で、契約当事者以外の者への移転が観念できない場合がありうることを示しているといえよう。

また、以上の前提に立てば、原状回復による財産の移転については、次のように考えられる。そもそも、財産の移転の根拠となるのは、原状回復請求権であって、解除権はその前提として機能をしているにすぎない。そうすれば、財産的価値ないし経済的意義があるのは、第一には原状回復請求権であり、その前提としての解除権を含めるとしても、せいぜいその行使までであろう。したがって、このことから正当化されるのは、解除権の行使についての移転、すなわち行使の授權までであると解される。逆に、解除権自体の移転を、原状回復による財産の移転から根拠づけることはできないと思われる。

以上のとおり、解除権が契約当事者の自己決定を保護するものであるという前提に立てば、解除権について、譲渡は観念できないものといえる。

2) 解除の要件の変更

このように、解除権の移転をしても、譲渡人の拘束意思が基準となる限りで、譲受人が自身の解除権を取得するということは考えられない。仮に、解除権の移転により、譲受人の拘束意思が基準となるとしても、さらに次のような問題がある。

解除権を契約当事者の拘束意思にもとづくものと理解すれば、解除権は契約の合意に内在するものとなる。解除権の基礎である拘束意思は、各当事者の一方的な意思にとどまらず、契約の内容になっている⁵³⁷⁾。そうすれば、解除権の移転によって譲受人の拘束意思が基準となるとすれば、契約の相手方の関与なくして、一方的に契約の内容が変更されることになる。さらに、限定的な拘束意思の限界を法律の規定に具体化したものが解除権の要件であることにかんがみれば、解除の要件の変更を意味することにもなろう。実際的には、具体的な場面において、解除の要件の充足の判断に影響を及ぼす可能性があるといえる⁵³⁸⁾。たとえば、541条ただし書の軽微性や、542条1項1号の不能、同3～5号における契約をした目的の達成の可否などに関係するものと思われる。また、結果的には影響がなかったとしても、それは、譲渡人と譲受人の拘束意思が事実上一致したにすぎないというべきであろう。このほか、要件の変更が相手方にとって有利となる場合も考えられるものの、それも事実上の結果にすぎない。そういった事実上の考慮は基準となるべきではない⁵³⁹⁾。

537) ここでいう「契約の内容」とは、契約の条項を指すものではなく、契約の両当事者の合意に捕捉される抽象的な事情をいう。いわゆる動機錯誤論における、「法律行為の内容」と同様のものである。

538) ドイツ法においてこの問題を検討するゲルンフーバーは、例として、次のような場合をあげる。物の引渡債権が譲渡された場合において、債権譲渡人は引渡し時期が遅れてもさほど影響を受けなかったのに対し、債権譲受人が転売を意図しており、わずかな遅滞でも多大な不利益を被るような場合である。ゲルンフーバーは、この場面における契約相手方（譲渡債務者）のリスクは、事前の計算によって対処可能な範囲を超えているとしている。もっとも、以下で述べるように、ゲルンフーバーは、この場合における契約相手方の要保護性を否定している。以上につき、*Gernhuber*, aaO. (Fn.128) S.97f.。

539) 以上のように考えるのであれば、債権譲渡がされた場合において、解除権の移転の有無にかかわらず、債権譲渡人の拘束意思の内容が、債権譲受人が満足する給付がなされる限りで契約に拘束される、というものに変更されると考えることも否定されよう。いずれにせよ譲渡債務者にとっては、一方的な契約内容の変更にあたるからである。また、譲渡債務者への不利益という意味では、債権譲渡における債務者保護の原則に

この問題に関して、ドイツ法では以下のような見解がある。まず、ゼーツェンは、旧BGB326条2項における、遅滞のために契約の履行が債権者の利益にならないという要件を、債権譲受人を基準に判断すべきとしている⁵⁴⁰⁾。この要件は、債権者が債務者の遅滞を理由として履行に代わる損害賠償請求または解除をする際に、給付受領拒絶予告付き猶予期間の設定が不要となるためのものである。したがって、この要件について債権譲受人を基準として判断をすることは、解除の要件の充足についての判断の基準を変更することにはかならない。ゼーツェンがこのような見解をとる理由は、履行を拒絶してそれに代わる損害賠償を請求する権利が契約当事者の地位ではなく債権に由来するという理解によるものと思われる。しかし、本稿の立場からは、一方的な契約内容の変更にあたるということを考慮していないという批判が可能であろう。あるいは、ゼーツェン自身が、債権譲受人を基準に要件を判断すべきとしていることから、要件の実質的な内容が変わりうる可能性を認めているようにもみえる。そうすると、本稿の立場に立たないとしても、そのような要件の変更についての検討がなされていないという批判が向けられてよいものと思われる。

また、先に述べたように、シュタインベックは、解除権の移転による要件の変更を否定している⁵⁴¹⁾。シュタインベックは、法定解除権のように解除の要件が債務者について充足される場合においては、要件の変更を否定する根拠を、要件に関係するのが債務者の行動のみであることに求めている。確かに、解除権は、直接的には債務者による債務不履行にもとづく。しかし、その債務不履行にもとづいて解除をすることができるかを決定するのは、根本的には当事者の拘束意思である。日本法においては、上述のとおり、この拘束意思は、要件の判断に影響を与えうる。少なくとも日本法においては、債務者の行動のみが要件に関係するのではないということになろう。したがって、シュタインベックのあげる根拠では、要件の変更は否定されない⁵⁴²⁾。

さらに、ゲルンフーバーは、債権譲渡の場面を念頭に、解除の要件が変更されるとしつつも⁵⁴³⁾、そのことに対する譲渡債務者の要保護性を否定している。この理由としては、第一に、この問題が譲渡債務者の責めに帰すべき履行障害の場合に起こるものであること、第二に、譲渡債務者は、債権譲渡がなかったとしても債権者の利益が突然に変わることからは保護されないことがあげられている⁵⁴⁴⁾。しかし、第一の点に対しては、債務者の帰責事由を解除の要件とはせず、解除を債務者への制裁と理

も抵触する。

540) 第2章第2節第2款1. 1) a) (2) (b)を参照。日本語訳については、注52を参照。

541) 第2章第2節第2款1. 2) b) (1)を参照。なお、以下の記述は、シュタインベックが旧BGBを、本稿が日本法を前提としているという相違を踏まえたいうえでのものである。

542) また、シュタインベックは、解除の要件が債権者について充足される場合(約定解除権)においては、解除権の譲受人を基準に判断をすれば、解除の要件が変更されることになるという理由で、要件の変更を否定している。しかし、この理由は、結論を先取りしたものにすぎない。また、シュタインベックの用いる設例(注258を参照)にも照らせば、実際的には、むしろ解除権の移転にともなう要件の変更の必要性および可能性が示されているように思われる。以上のことは約定解除権に関するため、本稿の検討とは場面が異なる。そうであっても、解除の要件の変更を示唆するものとはいえよう。

543) 注538を参照。

544) 以上につき、Gernhuber, aaO. (Fn.128) S.98。

解しない現行法のもとにおいては、履行障害が債務者の責めに帰すべきことを強調すべきではないといえる。第二の点に対しては、そもそも債権譲渡がなかった場合でも、譲渡債務者が保護されないのかどうかが問題であろう。上述のように、解除権の基準となる拘束意思が契約の内容になっていると解するのであれば、当初の契約当事者の間においてもその内容を一方的に変更することは許されないはずである。したがって、本稿の立場からは、第二の理由も否定される。その結果、譲渡債務者の要保護性も否定されないということになる。

以上のことによれば、解除権が移転すれば、それによって要件の変更が生じ、そのことから契約の相手方は保護されなければならないといえる。ここで、形成権という観点からみれば、形成権の要件は、形成権による一方的な法律関係の変更を甘受させるための根拠である。形成権の移転にともなって要件が変更されることは、その形成権の正当化がもはやできなくなることを意味する。この場合、ドイツ法の学説によれば、権利の内容の変更にあたるとして、BGB399条（413条による準用）により譲渡が否定される⁵⁴⁵⁾。より直截に言えば、権利の同一性が維持できていないということになる。日本法においては、権利の性質が譲渡を許さない場合として、466条1項ただし書の類推適用によって譲渡が否定されることになるものと思われる⁵⁴⁶⁾。

解除の要件の変更による解除権の譲渡の否定は、解除権の行使の相手方の不利益を根拠とする。そうすると、この相手方が解除権の譲渡に同意をした場合には、その限りでは、解除権の譲渡を否定する理由がなくなる。しかし、繰り返しになるが、解除権の正当化根拠は、契約当事者の限定的な拘束意思である。この拘束意思の内容は、契約相手からの給付を受けられる限りで契約に拘束されるというものである。解除権を譲渡するということは、譲渡後において解除権が譲受人のこのような拘束意思によって正当化されるということを意味する。このことよれば、たとえば債権とともに解除権が譲渡されたとした場合、もはや単なる権利の移転がなされたとはいえないのではない。むしろ、契約の相手方の同意を得て、契約当事者の地位の（一部）移転がされたとみるべきであるように思われる。

3. 第1款のまとめ——解除権と契約当事者の地位との分離の可否

ホフマンの見解を参考にすれば、権利と法的地位との分離が可能であるかどうかは、その権利がその法的地位を実現させるという形での保護のみを目的としているかどうかによって決定される。この目的のみを有する権利は、その法的地位を有しない者のもとでは保護の対象を失い、機能しえないからである。したがって、その権利の保護の対象、および、その権利の保護の態様が問題となる。

形成権が法律関係の一方的な変動を相手方に甘受させるものであるため、形成権の保護の対象は、

545) 第2章第2節第2款1. 2) b) (1) を参照。399条の訳については、注149を参照。

546) BGB399条との関係では、形成権の効果の変更も問題となる。解除権については、仮に解除権が譲渡されたとした場合に原状回復の当事者が誰になるのかの問題として現れよう。もっとも、その前提として、債権譲渡がされた後に解除権が行使された場合の原状回復の当事者についても、なお不明確点が多い。この問題は、不当利得法も含めた検討が必要となるものであり、今後の課題としたい。この問題を検討するものとして、四宮和夫「給付利得の当事者決定基準——三者不当利得の場合——」『四宮和夫民法論集』143頁以下（弘文堂・1990年）、藤原正則『不当利得法』343頁以下（信山社・2002年）、Dörner, aaO. (Fn.128) S.328ff. など。

その形成権の正当化根拠に現れる。解除権の正当化根拠は、双務契約における、相手方の給付が得られる限りで自身も契約に拘束されるという、当事者の限定的な拘束意思にあるといえる。解除権は、契約関係の現実の展開と限定的な拘束意思との齟齬が発生した場合において、契約当事者を拘束から解放することで、自己決定の保護を図っているものだということになる。換言すれば、解除権は、契約当事者の自己決定の実現を目的としているといえる。

解除権の要件と効果についても、正当化根拠である契約当事者の限定的な拘束意思が基礎にあるといえる。そうすれば、仮に、たとえば債権譲受人などの契約当事者でない者に解除権が移転したとすると、その者は、他人の拘束意思を基準とした要件のもとで他人の自己決定を保護するという権利をもつことになる。しかし、このような権利は、もはや「自身の」権利とはいえず、この者は解除権の主体とはいえない。この者による解除権の行使は、契約当事者の代わりにしている行使と理解される。また、解除権は原状回復請求権を発生させるという点で財産の移転の契機となるものの、財産の移転についての解除権の意義は、原状回復請求権の前提としてのものにすぎない。意義があるのは解除権それ自体というよりはその行使である。したがって、正当化がされるのも、解除権それ自体ではなく行使の移転、すなわち行使の授權までとなる。このように、解除権については、自己決定を保護するという前提のもとでは、譲渡、ひいては契約当事者の地位と分離した状態を観念することができない。

他方、解除権が、契約当事者ではない者に取得された結果、その者の自己決定を保護するものになることも、否定される。解除権が契約当事者とは異なる者の自己決定を保護することは、自己決定の基礎にある限定的な拘束意思の変更を意味する。拘束意思の変更は、契約の内容の変更であるとともに、拘束意思を基礎とする解除の要件の変更でもある。そうすると、解除権の正当化根拠が失われることとなり、また、権利の同一性が移転の前後で維持されていないことにもなる。それゆえに、解除権は、その性質のために譲渡をすることができないといえる（466条1項ただし書類推適用）。

以上のとおり、解除権は、契約当事者の自己決定を実現することを目的としており、その性質により、譲渡は認められず、また契約当事者の地位から分離した状態を観念することもできない。したがって、解除権と契約当事者の地位との分離は認められない。

第2款 実質的な観点からの検討

1. ドイツ法からの成果と検討の指針

本款では、前款で示した解除権と契約当事者の地位との分離の可否について、当事者の利害などの実質的な観点からの検討を行う。本稿のように両者の分離を否定するのであれば、実質的な問題は、特に債権譲渡の場面で顕在化する。日本法において、両者の分離を肯定する見解の論拠の1つは、この実質的な問題であった⁵⁴⁷⁾。このことにかんがみれば、債権譲渡における権利の分配は本稿の直接の検討対象ではないものの、この場面についての実質的な検討をする必要があるといえる。また、すでに述べているように、この検討は、前款で示した結論に実質的な裏付けを与えるものともなろう。

547) 第1章第2節第2款2. を参照。

日本法における検討に先立ち、この問題に関するドイツ法の検討の結果を確認しておく⁵⁴⁸⁾。債権譲渡がされた場合において、債権譲受人への解除権の分配を実質的な観点から正当化できるのは、解除権の不行使に対する債権譲受人の利益のみである。これに対し、債権譲受人が自ら解除権を行使することに利益を有しているとしても、その利益は、解除権の行使の授権を認めることによって達成される。解除権の不行使に対する利益は、債権譲渡人による解除権の行使に債権譲受人の同意を必要とするか、債権譲受人へ解除権を分配することによって実現される。これらの違いは、第三者との関係においても解除権の行使を阻止できるかどうかにある。以上のほか、解除権の分配にあたっては、解除権と同様の効果をもつ他の権利との関係も考慮する必要がある。ここでは、体系的な整合性に加え、債権譲渡人と債権譲受人とのいずれの利益を優先させるかも問題となる。

ドイツ法の検討の結果に見られる視点は、日本法における従来の議論においても、ドイツ法と比べれば詳細ではないものの、窺うことができる。そうすれば、日本法においても、ドイツ法の検討の結果をもとに、検討をすることが可能であろう。前款で述べたように、本稿の立場によれば、解除権を債権譲受人に分配することは認められない。したがって、以下では、解除権を債権譲渡人へ分配することが前提となるとともに、そのことの実質的な観点からの妥当性が検討されることになる。

2. 各論的検討

1) 解除権の不行使に対する利益

解除権の不行使に対する債権譲受人の利益は、解除による譲渡債権の消滅と、債権譲受人への譲渡債務者に対する損害賠償への制約との阻止を内容とする。後者の制約は、解除権の行使によって債権譲渡人が反対給付義務を免れると、その分だけ債権譲受人の損害賠償請求の額が縮減されることを意味する。解除権を債権譲渡人へ分配すれば、これらの債権譲受人への不利益を、完全には阻止することができなくなる。本稿の立場からは、その是非が問題となる。

これについては、譲渡債権の内容に応じて区別をする必要がある。譲渡債権が金銭債権の場合、解除によって譲渡債権が消滅し、または債権譲受人の損害賠償請求額が縮減されても、債権譲受人は、そのために獲得することができなかった金額を債権譲渡人に請求することができるものと思われる⁵⁴⁹⁾。そうすれば、解除権の行使は、債権譲受人にとって、請求の相手方を譲渡債務者から債権譲渡

548) 詳細は、第2章第3節第2款を参照。

549) ドイツ法では、目的不達成にもとづく不当利得返還請求を認めるものがある（BGB812条1項2文後段、注175および対応する本文の記述を参照）。この可能性に加え、債権譲渡についてドイツ法とは対照的に有因主義をとる日本法においては、原因契約にもとづく損害賠償請求の可能性も考えられよう。少なくとも、債権売買などの有償契約においては、このことが認められるように思われる。

債権譲渡担保においては、ドイツ法では、この場合には債権譲受人は債権譲渡人に対して請求権をもたないとする見解もある（注291および対応する本文の記述を参照）。しかし、日本法においては、担保目的物である譲渡債権を消滅させることは、譲渡担保契約の不履行または不法行為となると解される。この点につき、道垣内弘人『担保物権法〔第4版〕』318頁（有斐閣・2017年）、松岡久和『担保物権法』324頁（日本評論社・2017年）を参照。

人に変えるものにすぎないことになる。もっとも、債権譲渡人の資力が十分でない場合には、債権譲受人が不利益を被る可能性がある⁵⁵⁰⁾。しかし、債権譲受人にとって債権譲渡人は自らの契約相手である。債権譲受人は、債権譲渡人の無資力のリスクを負担させられることになったとしても、まったく予期しないリスクを負担させられることになるわけではない。そうすれば、解除権を債権譲渡人へ分配することは不当とまではいえないであろう。

次に、譲渡債権が物の引渡債権である場合には、状況が異なる。債権譲受人にとって目的物の獲得が重要であるときは、債権譲渡人に対する金銭の支払請求では、十分な救済とはならない可能性がある⁵⁵¹⁾。また、譲渡債権にもとづく給付がされたものの、債権譲受人に引き渡された目的物に瑕疵があったときには、その目的物を認容するかどうか、債権譲受人ではなく債権譲渡人に委ねられることにもなる⁵⁵²⁾。困難な問題ではあるものの、本稿の立場からは、次のように考えることができる⁵⁵³⁾。まず、前者の場合については、債権譲受人が、債権のみを譲り受けたことのリスクが現実のものとなったといえる。債権譲受人は、契約上の地位の移転をして万全を期すこともできた。解除権の目的を契約当事者の自己決定保護と考えるのであれば、債権譲受人は、債権譲渡人を契約関係に残した以上、債権譲渡人の解除によって目的物を獲得できない危険性を覚悟すべきである。後者の場合については、債権譲渡後も、債権譲渡人が解除権を有する結果、解除の要件の充足性も債権譲渡人を基準に判断されることを指摘できる。給付された目的物を認容するかどうかを債権譲受人に委ねるとしても、解除の要件において、債権譲受人の判断が完全に反映されるわけではない。このように、契約の存続の決定に対する債権譲受人の利益は、実際的には確固たるものとはいえない。また、上記いずれの場合においても、債権譲受人には、債権譲渡人に対する金銭の支払請求権は認められる。以上のことによれば、この場面においても、債権譲渡人に解除権を分配することは、少なくとも不当ではないといえよう。

実質的な観点からの検討ではないが、対抗要件主義との関係についても付言しておきたい。債権譲渡について対抗要件主義をとらないドイツ法では、解除権を債権譲受人に分配すれば、債権譲渡人と債権譲受人の合意のみによって、債権譲渡人による解除権の行使を第三者との関係でも阻止することができる。これに対し、日本法では、解除権について債務者対抗要件(民法467条1項)を備えなければ、同様の結果を達成することができない⁵⁵⁴⁾。しかし、先にも述べたように、解除権について債務者対抗要件を備えることは、現実的には考えにくい。契約相手である譲渡債務者に対し、譲渡債務者が債務不履行をしたという仮定のもとで、通知をし、または承諾を求めることになるからである。そうすれば、譲渡債務者が債務不履行をしてから債務者対抗要件を具備することも考えられる。ところが、この方法では、債務者対抗要件を具備するまでの間は、債権譲渡人による解除権の行使を防げないこと

550) ドイツ法においてこのことを主張するものとして、注292・293(債権譲渡担保)、注305・306(債権売買)、およびそれぞれに対応する本文の記述を参照。

551) ドイツ法においてこのことを主張するものとして、注306および対応する本文の記述を参照。

552) ドイツ法においてこのことを主張するものとして、注364を参照。

553) 文字通り、本稿の立場を前提とした理由づけであり、内在的なものとはいえない。しかし、実質的な観点という議論の性質、および、理論的な整合性の観点からは、このような理由づけをすることも許されよう。

554) 解除権についての民法467条の適用については、注534を参照。

になり、当初の目的を十分に果たすことができていない。以上のことによれば、対抗要件主義をとる日本法においては、解除権を債権譲受人に分配して債権譲渡人の解除権の行使を阻止することは、あまり現実的ではないと言わざるを得ないようにも思われる。

2) 債権譲渡人による解除権の行使に対する債権譲受人の同意

a) 日本法における議論

債権譲渡人に解除権を分配するのであれば、解除権の不行使に対する債権譲受人の利益は、解除権の行使について債権譲受人の同意を必要とすることで考慮されることになる。債権譲渡人と債権譲受人との合意によって債権譲受人の同意を必要とすることは、言うまでもなく可能である。問題は、このような合意がない場合であり、その場合における同意の要否について、日本法においては、次のような見解がある。

まず、同意を必要とする見解は、債権譲渡人が自ら債権を譲渡しておきながら譲渡債権を随意に消滅させることが著しく信義誠実に反するとする⁵⁵⁵⁾。また、同意が必要なことの根拠として、債権譲受人が履行の強制もなし得る地位にあることや、第三者のためにする契約において、要約者が解除をするためには受益者の同意が必要であること（民法538条2項）との均衡をあげるものもある⁵⁵⁶⁾。これに対し、同意を不要とする見解は、債権譲受人の保護は債権譲渡人が負う担保責任で足りることや、債権譲受人は双務契約の牽連関係から離脱していない債権を譲り受けた以上は解除を受忍すべきであることを根拠とする⁵⁵⁷⁾。このほか、継続的契約にもとづく債権の一部のみが譲渡された場合や、転付命令によって債権が移転した場合との統一性を考慮するものもある⁵⁵⁸⁾。

b) 考察

(1) 債権譲受人の同意の要否とその判断

債権譲受人の同意の要否は、解除権の行使と不行使に関する債権譲渡人と債権譲受人との利益の対立である。このような観点からみれば、日本法における従来の議論は、——議論自体が活発ではな

555) 大判昭和3年2月28日民集7巻107頁。この判決の詳細については、第1章第2節第1款2. を参照。

556) 中田・前掲注(2) 218頁。1点目は、中田自身の見解というよりは、中田による整理であると思われる（本稿の記述も、同書の整理を参考にしている）。中田自身は、実質的には同意を不要とする方がよさそうとしつつも、改正によって538条2項が新設されたことにかんがみ、同条との均衡から、解釈論としては同意が必要と解さざるをえないとする。

557) 以上につき、宮崎・前掲注(24) 2152頁以下。改正法では、売主の契約不適合責任で考慮することになる。また、理由を特に示していないものの、同意を不要とするものとして、我妻・前掲注(18) 184頁。

558) 中田・前掲注(2) 218頁。このほか、石田穰『民法Ⅴ（契約法）』93頁（青林書院・1982年）は、同意を不要としつつも、債権譲受人が民法545条1項ただし書の第三者にあたるとして、債権譲渡人は債権譲受人の権利を害することができないとする。なお、債権譲受人が民法545条1項ただし書の第三者にあたるかどうか自体、1つの問題である（簡潔な整理として、中田・前掲注(2) 234頁）。判例および通説は、債権譲受人は第三者に該当しないという立場をとる（大判明治42年5月14日民録15輯490頁、我妻・前掲注(18) 198頁など）。ここではひとまず判例および通説にしたがい、詳細な検討は他日を期すことにしたい。

いこともあるが——一方の利益のみを考慮した、一面的なものという印象を受ける。理論的な一貫性にもかんがみれば、解除権の行使に対する債権譲渡人の利益にも目を向けつつ、債権譲渡人と債権譲受人の利益の優劣を検討するべきである。なお、第三者のためにする契約において、要約者と受益者は、互いに契約当事者であるわけではない。これに対し、債権譲渡人と債権譲受人は互いに債権譲渡契約の当事者であり、この2人の関係は、要約者と受益者との関係とは性格が異なるように思われる。詳細な検討は別の機会に譲らざるを得ないものの、債権譲渡と第三者のためにする契約との間で結論を同じくする必要はないのではないか。

債権譲渡人と債権譲受人の利益の優劣については、ドイツ法の議論が参考になる。ドイツ法においては、債権譲渡人に解除権を分配する見解も、債権譲受人の利益が債権譲渡人の利益に優越することを認め、債権譲受人の同意が解除に必要であるとしていた⁵⁵⁹⁾。また、補充的解釈や債権譲渡の典型的な目的を基準とする見解では、解除権の債権譲受人への分配が認められないのであれば、最低限として、債権譲受人の同意が求められることになるものと推測される。これに対し、ホフマンは、自己決定の保護に対する債権譲渡人の利益を優先させており、債権譲受人の同意が解除に必要であるとはしていない⁵⁶⁰⁾。

しかし、いずれの考え方によっても、常に債権譲受人の同意が必要または不要となるとはいえないものと思われる。第一に、補充的解釈によったとしても、解除権が債権譲渡人にとって反対給付義務からの解放のための手段であることにかんがみれば、明示の合意があればともかく、債権譲渡人がそのような権利にあえて制約をかけることを望むかどうかは疑わしい⁵⁶¹⁾。第二に、債権譲渡の典型的な目的を基準としても、価値の移転という目的からは、解除に関する債権譲渡人と債権譲受人の利益の優劣を導くことはできない。むしろ、問題の本質は、移転する価値の実質的な内容であろう⁵⁶²⁾。第三に、ゴーラおよびショルツの見解である、反対給付義務からの解放に対する債権譲渡人の利益と、譲渡債権の賠償の獲得に対する債権譲受人の利益との優劣についても、同様である。特に、履行障害の内容にかかわらず、債権譲渡人の利益が債権譲受人の利益に常に劣後するとは言い切れないであろう。ただし、ゴーラとショルツは債権売買を前提としており、その限りで、かつ結論においては、必ずしも否定されるものではない。第四に、ホフマンのように、債権譲渡人の利益が自己決定の保護にあるとしても、それが常に債権譲受人の利益に優先するとも言い切れない。債権譲渡人が、債権譲受人の同意がなければ解除をできないという形で、自己決定の一部を債権譲受人に委ねたと評価できる場合もありうるように思われる。

559) 伝統的見解(注118)、ゴーラ(注172～174)、ショルツ(注327)らがこのような見解をとる。それぞれ、対応する本文の記述を参照。

560) 注212および対応する本文の記述を参照。

561) 解除権自体の移転についてはあるが、Pieper, aaO. (Fn.109), S.50がこのことを述べる。

562) 解除権の自体の移転を念頭に置いた批判ではあるが、ホフマンがこのことを述べる。注384, 385および対応する本文の記述を参照。また、ズィッツマンは、BGBの規定から、譲渡債権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た(第2章第2節第2款2. 2) a) 参照)。しかし、同様の規定をもたない日本法では、ただちに同様の解釈をすることができるとはいえない。

したがって、債権譲渡人の解除に債権譲受人の同意が必要であるかどうかは、結局のところ、個々の場合によるということになる。解除権の目的を自己決定保護と理解する本稿の立場からは、債権譲渡人が、自己決定の一部を債権譲受人に委ねたといえるかどうか、あるいは、譲渡債務者による不履行があったとしても譲渡債権の発生原因である契約に拘束され続けることを債権譲受人に約束したかどうかを検討されるべきである。その際、債権譲渡の原因関係や、譲渡債権の発生原因の契約、譲渡債務者による不履行の内容などが判断材料となる。以下では、必ずしも網羅的ではないが、ドイツ法において取り上げられていた原因関係について、検討を加えておく。

（2）原因関係ごとの検討

（a）債権売買

原因関係が債権売買の場合⁵⁶³⁾、債権譲渡人が譲渡債務者に対して負う反対給付義務が金銭債務であり、債権譲渡人が譲渡債権の対価を得ているときは⁵⁶⁴⁾、基本的に、解除権の行使に債権譲受人の同意が必要とされてもよいように思われる。この場合、債権譲渡人は、解除をすれば債権譲受人から責任追及を受けるのに対し、解除をしなければ譲渡債務者に対して反対給付義務を履行しなければならない。これらはいずれも金銭の給付をする義務であり、いずれにせよ、債権譲渡人に実質的な違いはない⁵⁶⁵⁾。また、反対給付義務の内容が金銭であるため、この義務ならびに契約への拘束は、債権譲渡人にとって不当なものでもないであろう。このような状況のもとでは、債権譲渡人が自己決定の一部を債権譲受人に委ねたといえることができると考えられる⁵⁶⁶⁾。

以上のことに對し、原因関係が債権売買であるというだけでは、常に債権譲受人の同意の必要性が導かれることにはならない。たとえば、債権譲渡人の負う反対給付義務の内容が金銭以外の物の給付である場合は⁵⁶⁷⁾、解除をしたかどうかによって債権譲渡人の負担の内容が異なる。そうすれば、常に債権譲渡人が自己決定の一部を債権譲受人に委ねているとまではいえないであろう。

（b）債権譲渡担保

原因関係が債権譲渡担保の場合、担保としての意義を重視すれば、解除権の行使に債権譲受人の同意を必要とする可能性もなくはない⁵⁶⁸⁾。しかし、債権譲渡担保では、譲渡債権が金銭債権であり、債

563) 従来、日本法において債権譲受人の同意の要否が論じられる場合、基本的には債権売買が前提とされているように思われる。したがって、a) で紹介した各見解が、債権売買における従来の議論に相当するといえる。

564) 典型例は、売買契約にもとづく物の引渡債権が譲渡された場合である。

565) 日本民法が債権譲渡を原則として承認しているように（民法466条）、債務者には債権者を選択する自由が基本的には認められていないことも整合するといえる。

566) 物の引渡債権が譲渡された場合について、債権譲受人への解除権の移転を正当化するために、実質的には契約上の地位の移転がなされているといわれることがある（注302および対応する本文の記述を参照）。このことは、本稿の理解を前提にすれば、本文で述べたように理解することもできよう。

567) 典型例は、売買契約にもとづく代金債権が譲渡された場合である。

568) ドイツ法において債権譲受人へ解除権を分配する見解では、このことが根拠の1つとされている。注288・289および対応する本文の記述を参照。

債権譲渡人が譲渡債務者に対して負う反対給付義務の内容は金銭以外の給付であることが多いと考えられる。そうすれば、上記の債権売買と同様の理由で、常に債権譲渡人が自己決定の一部を債権譲受人に委ねているとまではいえないであろう。特に、債権譲渡担保においては、譲渡債権の発生原因の契約が継続的な契約であることも少なくない。このような場合に、債権譲渡人が、譲渡債務者による債務不履行の内容にかかわらず、将来にわたる拘束を受け入れているといえるのかは疑問である⁵⁶⁹⁾。このことにもかんがみれば、債権譲渡担保というだけでは、常に債権譲受人の同意を必要とすることはできないものと思われる。

なお、この問題について、日本法では、預託金制ゴルフクラブ等の会員権の譲渡担保の場合について、若干の下級審裁判例が存在する。これらの裁判例では、ゴルフ会員権について譲渡担保がなされた後⁵⁷⁰⁾、ゴルフ場に会員契約の債務不履行があった場合、そのことを理由に譲渡担保権設定者（譲渡人）が解除をできるかどうか争われた。この問題について、管見の限りでは、すべての裁判例が設定者による解除に譲渡担保権者（譲受人）の同意が必要であるとしている⁵⁷¹⁾。これらの裁判例では、

569) たとえば、賃貸借契約にもとづく将来の賃料債権が譲渡担保に供された場合において、譲渡債務者が賃借物に重大な被害を及ぼすような行為をしているにもかかわらず、賃貸人である債権譲渡人が解除をすることができないのは、当事者の意思に反すると思われる。この問題については、注579および対応する本文の記述も参照。なお、継続的契約の解除は、ドイツ法では解約告知であり、本稿では検討対象とはしていない。日本法では解除で一括りにされているため本稿でも言及をしたが、ドイツ法を含めた詳細な検討は、他日を期すことにしたい。

570) ゴルフ会員権は、ゴルフ場の優先的利用権や年会費の納入等の義務を含むものであり、単なる権利ではなく、契約上の地位と解されている（最判昭和50年7月25日民集29巻6号1147頁）。そうすると、ゴルフ会員権の譲渡は契約上の地位の移転となるはずであるものの、判例は、対抗要件については債権譲渡に準じた扱いをしている（最判平成8年7月12日民集50巻7号1918頁）。譲渡担保においても、契約上の地位ということにもとづく特別な扱いはあまりされていない。しかし、本文でも取り上げる解除の問題をみるに、むしろ契約上の地位の移転（担保）として考える可能性もあるように思われる。ゴルフ会員権の譲渡については、須藤正彦『ゴルフ会員権の譲渡に関する研究——契約上の地位の譲渡の一態様として——』（信山社・1992年）がある。また、契約上の地位の担保については、須藤正彦「契約上の地位の担保」星野英一ほか編『担保法の現代的諸問題（別冊NBL10号）』109頁以下（1983年、須藤・前掲書にも収録）がある。

571) ①東京地判平成8年1月23日判タ918号146頁、②東京地判平成8年11月29日判時1612号80頁、③東京地判平成9年12月17日判タ980号201頁、④東京地判平成9年12月25日判タ1004号166頁、⑤東京地判平成11年3月12日判時1699号93頁（①～④はゴルフ会員権、⑤はリゾートクラブ会員権の事案である）。このうち、②・③・④では、ゴルフ場が譲渡担保権者であり、これまでに検討をしてきた債権譲渡の事例とは状況がやや異なる（これまでの事例に即していえば、譲渡債務者が債権譲受人でもあることになる。なお、これらはすべて同じゴルフ場についての事件である）。もっとも、これらの裁判例においては、この事情は、解除に譲渡担保権者の同意が必要であるかどうかの判断に特に影響を及ぼしてはいない。②では、譲渡担保権者がゴルフ会員権契約の当事者であるかどうかは同意の要否に影響を与えないことが明言されている。ただし、③は、ゴルフ場である譲渡担保権者がゴルフ会員権契約の不履行をしていることにかんがみ、信義則上、ゴルフ場は設定者による解除権の行使を拒めないとしている。

ゴルフ会員権の処分権が譲渡担保権者に移転していること（①②④）⁵⁷²⁾、譲渡担保契約の趣旨または担保の目的（①⑤）を理由に、設定者は譲渡担保の目的物に変更を及ぼす行為をすることができないとされている。さらに、譲渡担保権者の同意を得ずに設定者が解除をした場合の効力について、その解除は無効であるとするものや（②）、譲渡担保契約との関係では第三者にあたるゴルフ場との関係でも無効とするもの（⑤）がある⁵⁷³⁾。

これらの裁判例については、評価が分かれている。裁判例に肯定的な評価をするものは、次のような理由をあげる。第一に、設定者は、目的物についての管理処分権を失うために、譲渡担保権を侵害してはならない義務を負うことである⁵⁷⁴⁾。第二に、債権質との比較において、債権質では担保目的物である債権の交換価値を破壊することが禁止されていることである⁵⁷⁵⁾。第三に、譲渡担保の被担保債権の債務者には担保価値維持義務があることである⁵⁷⁶⁾。第四に、譲渡担保権者が、第三者であるゴルフ場の債務不履行によって不利益を受ける理由はないことである⁵⁷⁷⁾。第五に、会員権の価値についての判断は、譲渡担保権者に委ねるべきであることもあげられている⁵⁷⁸⁾。

これに対し、裁判例に否定的な評価をするものは、解除の原因である債務不履行が、設定者にとって契約関係を維持しがたいほどの重大な不利益をもたらすものである場合には、譲渡担保権者の同意を不要とすべきであるとして、常に同意を必要とすることを批判している⁵⁷⁹⁾。この見解は、設定者が解除をした場合、譲渡担保権者に、設定者が譲渡債務者に対して有する原状回復請求権への物上代位を認めることで、譲渡担保権者の保護を図ろうとする⁵⁸⁰⁾。

572) このうち、②は、権利質との比較（民法366条、判決当時は367条）にも言及している。

573) 譲受人の同意が必要であるとしている以上、解除権が譲渡人にあると解しているのは確かである。しかし、両者の内部関係にもとづく同意の必要性が、第三者との関係における解除の有効性にまで影響を及ぼす理由は明確でない。裁判例は、物的担保に引きつけて理解をしているのかもしれない。

574) 守谷俊宏「判批（①判決）」金融・商事判例1286号212頁（2008年）。

575) 中西和幸「判批（⑤判決）」金融・商事判例1286号220頁以下（2008年）。質権については、我妻の見解が引用されている。もっとも、我妻は、「質入れ債権を消滅・変更させる一切の行為」と述べており、解除に言及をしているわけではない（我妻榮『新訂 担保物権法』191頁（岩波書店・1968年）。なお、中西は我妻の旧版を参照しているが（119頁・1936年）、記述に変更はない。）。

576) 中西・前掲注（575）220頁。民法137条2号が根拠とされている。

577) 守谷・前掲注（574）213頁。守谷は、②③④のように譲渡担保権者がゴルフ場の場合には、③のように個々の事案に応じて解除を認めるべきであるとしている。

578) 中西・前掲注（575）221頁。これは、「会員権の価値が著しく低下した場合において会員権契約を解除した方が譲渡担保権の価値を維持できる場合には解除を認める」という可能性を否定するものとして述べられている。

579) 吉田光碩「判批（①判決）」金融法務事情1473号5頁（1997年）。裁判例を支持する見解においても、この場合の検討の必要性を指摘するものがある（守谷・前掲注（574）273頁）。道垣内・前掲注（549）117頁は、権利質について同様のことを述べる。

580) 吉田・前掲注（579）5頁。道垣内・前掲注（549）117頁は、権利質について、解除についての質権者の同意を不要とし、物上代位を肯定する。これに対し、物上代位による保護の実効性を疑問視するものとして、中西・前掲注（575）221頁。

以上の裁判例およびそれに対する評価においては、ドイツ法の議論と比較しても、理論と実質の両面において、特段に目新しいことが述べられているわけではない。むしろ、十分な検討がなされているとはいえない。たとえば、会員権の処分権の譲渡担保権者への移転に着目するとしても、実質的に処分権がどの程度移転したことで、解除に対する譲渡担保権者の同意の必要性が根拠づけられるのかが検討されるべきである。それゆえに、以上の裁判例やそれに対する評価によって、上述の本稿の結論が変わるわけではない。

しかし、債権質との比較がされているように、この問題は、権利担保が設定された場合における設定者の拘束という、より一般的な問題につながるものである⁵⁸¹⁾。本稿でここまでの検討をする余裕はないが、債権譲渡担保における債権譲受人の同意の要否には、担保の観点からの検討も必要であり、その意味では上述の本稿の結論は一応のものであることは確認しておきたい。

(c) 取立てのための債権譲渡および間接代理

取立てのための債権譲渡については、ドイツ法において解除権と契約当事者の地位との分離を認める見解でも、債権譲渡人に解除権を分配することに異論がない⁵⁸²⁾。取立てのための債権譲渡においては、経済的にみれば、債権譲渡人がなお債権の主体である。また、債権譲受人は、譲渡債権に対する給付をそのまま自身で獲得することを予定していない。そのため、譲渡債権の消長についても関心を有していないといえる。以上のことによれば、債権譲渡人が、自己決定の一部を債権譲受人に委ねているとはいえない。したがって、債権譲渡人による解除について、債権譲受人の同意は必要ではない。

間接代理についても、ドイツ法の学説には異論がない。ドイツ法の学説では、経済的には債権譲受人が譲渡債権の発生原因である契約関係の主体であることを理由に、解除権が債権譲受人に分配されている⁵⁸³⁾。間接代理においては、この契約関係の消長を決定するのも債権譲受人であるべきであり、それが当事者の意思にも合致するといえる。本稿の立場からは、債権譲渡人は、自己決定の一部（あるいは全部と言ってもよいであろう）を債権譲受人に委ねているということになる。解除権を有するのは債権譲渡人であるものの、その行使については、債権譲受人の同意が必要である。

3) 履行障害に際して生じる他の権利との関係

本項では、解除権を債権譲渡人に分配することの、履行障害に際して生じる他の権利の分配や行使への影響を検討する。ドイツ法においては、旧BGBにおける受領拒絶予告付き猶予期間の設定権限(旧BGB326条)と、差額説による損害賠償請求権が問題とされていた。これを参考に、以下では、解除のための催告をする権限(民法541条)と、履行に代わる損害賠償請求権(民法415条2項)とを取り上げる。

581) この問題について検討をするものとして、梶山玉香『『債権質の拘束』に関する覚書』同志社法学68巻7号465頁(2017年)、道垣内・前掲注(549)116頁以下、松岡・前掲注(549)324頁などを参照。

582) 第2章第2節第2款2. 1) b) を参照。ズィットマンの反論はあるものの、本人も認めているとおり、現実性を欠く(注378および対応する本文の記述を参照)。

583) 第2章第2節第2款2. 1) b)、注375および対応する本文の記述を参照。

民法541条にもとづく解除をしようとする場合、その前提として、債務者に対して相当の期間を定めて履行の催告をしなければならない。債権譲渡人がこの権限を有しないとすれば、債権譲渡人の解除権は大幅に制約されることになる。この点、民法541条による催告および相当期間の徒過は、旧BGBにおける受領拒絶予告付き猶予期間の設定権限のような、履行請求権を排除する機能をもたない。民法415条2項3号によれば、541条による相当期間が徒過した場合、履行に代わる損害賠償請求権が発生する。しかし、このことをもって履行請求権が排除されるわけではない⁵⁸⁴⁾。したがって、民法541条にもとづいて催告をする権限を債権譲受人に認めても、そのことで債権譲受人に不利益が生じることはない。また、債権譲渡人に催告の権限を認めても、債権譲受人が譲渡債務者を遅滞に陥らせるための履行の請求（民法412条3項）をすることができなくなるわけではない。この履行の請求と解除の要件としての催告は、1通の通知ですることができる⁵⁸⁵⁾。しかし、これは、履行の請求が解除の要件としての催告を含むと解することができるからであり⁵⁸⁶⁾、両者が法的に同一であることを意味するものではない。このとき、債権譲渡人と債権譲受人の一方がした催告または履行の請求がもう片方を含むかという問題も考えられる。最終的には個々の場合によることになろうが、含むと解したとしても、債権譲渡人、債権譲受人、譲渡債務者のいずれにとっても特段の問題はないであろう。以上のことから、民法541条にもとづいて催告をする権限は、債権譲渡人に認められる。このことは、債権譲渡人に解除権を認めることもとも整合する。

次に、履行に代わる損害賠償請求権について、ドイツ法では、差額説によってこの請求をする場合、債権譲渡人を反対給付義務から解放するという効果が発生するという点で、解除権との関係が問題となる。

ドイツ法において、差額説による損害賠償請求がされると、契約当事者の双方がなすべき金銭給付の差額を内容とする1個の損害賠償請求権が発生する。これにより、契約相手による債務不履行に遭った債権者は、解除をしなくても反対給付義務から解放される。こうして、旧BGBのもとでは、解除と損害賠償の択一関係にとまなう不合理が一定程度解消されていた⁵⁸⁷⁾。

これに対し、日本法では、解除と損害賠償は択一的な関係にはないため、ただちに同じように考えることができるわけではない。日本法においても、履行に代わる損害賠償請求において、ドイツ法における差額説的な賠償請求と代物説的な賠償請求との両方が認められている。しかし、差額説的な賠償請求においては、基本的に、債権者が契約を解除することが前提とされている。債権者が契約を解除し、それによって免れた反対給付義務の額を控除した額を請求するというものである⁵⁸⁸⁾。他方、債権者が解除をせずに損害賠償を請求した場合、債権者の反対給付義務と債務者の損害賠償義務の双方が金銭給付義務となることがありうる。このときも、双方の義務の間には相殺の可能性があるにとど

584) 潮見佳男『新債権総論Ⅰ』477頁（信山社・2017年）。

585) 大判大正6年6月27日民録23輯1153頁、我妻・前掲注（18）155頁。

586) 中田・前掲注（2）202頁。

587) 第2章第1節第1款2. を参照。

588) 我妻・前掲注（18）135頁、中田・前掲注（22）154頁以下。

まり、当然に差引計算がされるわけではない⁵⁸⁹⁾。また、改正前の民法下においては、債務者に帰責事由のある履行遅滞の場合に債権者が解除をせずに履行に代わる損害賠償請求をすることの可否についての議論があった。通説はこれを認めていたところ、そこでは、債権者の反対給付義務が存続することが前提とされていた⁵⁹⁰⁾。このように、日本法においては、履行に代わる損害賠償請求によって、反対給付義務が消滅するとは考えられていない。これは、当初より解除と損害賠償請求とが択一的な関係になかったため、反対給付義務を消滅させなければ、解除をすればよいだけのことであったからであろう。以上によれば、日本法においては、ドイツ法におけるような、差額説による損害賠償請求権と解除権との関係についての問題は生じない。それゆえに、債権譲受人には、譲渡債権についての履行に代わる損害賠償請求権が問題なく認められる⁵⁹¹⁾。

以上の問題とは別に、債権譲受人が譲渡債務者に対して——代物説的な——履行に代わる損害賠償の請求をした場合についても、目を向ける必要がある。このとき、譲渡債務者が債権譲渡人に対する反対給付請求権と損害賠償義務との相殺をしなければ、債権譲渡人は、引き続き反対給付義務に拘束される。この場合に、債権譲渡人が解除をすることができるかには検討の余地がある。債権譲渡人が解除をすれば、債権譲受人の損害賠償請求権の額から、債権譲渡人の反対給付義務の額が差し引かれる可能性があるからである。

この問題については、以下のように考えるべきである。債権譲渡人の解除によって債権譲受人の損害賠償請求権の額が減少するとしても、そのことは、債権譲渡人による解除が債権譲受人による損害賠償請求よりも先になされた場合と変わらない。したがって、この観点からは、債権譲渡人は、解除に債権譲受人の同意が必要でなければ、原則的に解除をすることができるといえる。しかし、譲渡債務者が損害賠償義務をすでに履行していた場合は、譲渡債務者の利益を考慮する必要がある。この場合に債権譲渡人による解除を認め、債権譲受人の損害賠償請求の額が減少したとすると、譲渡債務者は、その分の返還を債権譲受人に求めることになり、新たな支払リスクを負うことになる。譲渡債務者は、本来であれば債権譲受人の無資力のリスクは負担していない。このリスクを負担させられることは、債権譲渡による不利益と捉えられる。債権譲渡に関与していない譲渡債務者に債権譲渡にとも

589) 我妻・前掲注(18) 135頁、中田・前掲注(22) 154頁以下。譲渡債務者が相殺をした場合、債権譲渡人が反対給付義務から解放される可能性がある。しかし、これは譲渡債務者による相殺の結果であって、債権譲受人が損害賠償請求をしたことの結果ではない。なお、この場合の譲渡債務者による相殺は、民法469条2項2号により常に認められる。この点については、潮見・前掲注(12) 448頁以下を参照。

590) 我妻・前掲注(3) 113頁以下、於保・前掲注(12) 100頁以下、奥田・前掲注(3) 137頁以下、中田・前掲注(22) 155頁以下。そもそも、この議論は、債権者が反対給付義務を履行することに利益を有している場合を想定している部分があり、当然のことともいえる。また、改正法下においても、反対給付義務の消滅を認める根拠がなく、同様と考えてよいであろう。

591) 仮に、日本法においてドイツ法と同様に反対給付義務の消滅をとまなう、差額説による損害賠償請求が認められるとした場合、債権譲受人にはこの請求をする権利は認められないと解される。反対給付義務から解放されるかどうかの判断は、解除権と同様に、債権譲渡人に委ねられるべきだからである。また、債権譲受人があえて差額の賠償を望む理由もないと思われるため、このように解しても、債権譲受人の不利益にはならない。

なう不利益を与えてはならないという基本原則により、このリスクを譲渡債務者に負担させることは認められない。また、譲渡債務者には相殺の可能性があったものの、相殺は譲渡債務者の権利である。相殺を強いることはもちろん、相殺をしなかったからといって不利益を負わせることは正当化できない。したがって、譲渡債務者が損害賠償義務を履行していた場合には、債権譲渡人は、解除をすることができなくなるというべきである⁵⁹²⁾。

3. 第2款のまとめ——実質的な観点からの検討

本稿のように解除権と契約当事者の地位との分離を否定すれば、債権譲渡があった場合、解除権は債権譲渡人に分配される。このことは、自己決定の保護に対する債権譲渡人の利益によって正当化される。これに対し、ドイツ法の検討結果によれば、解除権の取得に対する債権譲受人の利益は、解除権の不行使ないし行使の阻止に見出すことができるにすぎない。具体的には、解除権の行使による譲渡債権の消滅あるいは譲渡債務者に対する損害賠償請求権への制約の阻止である。

解除権の行使によって譲渡債権が消滅し、または損害賠償請求の額が減少した場合、債権譲受人には、債権譲渡人に対する損害賠償請求が認められる。これにより、譲渡債権が金銭債権の場合、解除権の行使は、債権譲受人にとって請求相手の変更をもたらすものにすぎないことになる。このとき、債権譲受人は予期しないリスクを負担させられるわけではない。また、譲渡債権が物の引渡債権の場合、譲渡債権の消滅は、債権譲受人が債権譲渡を選択したリスクが現実化したものである。また、解除権の要件が債権譲渡人を基準とする以上、譲渡債権の発生原因である契約の存続に対する債権譲受人の利益も、確固たるものではない。以上のことによれば、債権譲受人が債権譲渡人による解除権の行使を阻止できないとしても、不当とはいえない。

このように考えるとしても、解除権の不行使に対する債権譲受人の利益は、債権譲渡人による解除権の行使に債権譲受人の同意を必要とすることで顧慮できる。この同意の要否は、解除権の目的等から一律に決めることはできない。本稿の立場からは、債権譲渡の原因関係や、譲渡債権の発生原因である契約、譲渡債務者による不履行の内容などを勘案し、債権譲渡人が自己決定の一部を債権譲受人に委ねたといえるかどうかによって、個々の事案ごとに判断される。債権譲受人の同意の必要性が認められやすいのは、原因関係が債権売買で、債権譲渡人の負う反対給付義務の内容が金銭給付である場合や、原因関係が間接代理の場合である。それ以外の場合には、常に債権譲渡人が自己決定の一部

592) ドイツ法においては、債権譲受人が譲渡債権についての損害賠償請求をする場合に、損害額の算定を債権譲渡人と債権譲受人のいずれを基準にして行うかという議論がある。特に、債権譲受人を基準にすれば債権譲渡人を基準にするよりも損害額が高額になる場合に、譲渡債務者の保護との関係が問題となっている。ドイツ法では、債権譲受人を基準とすべきであるとする見解が多い。その理由としては、債権譲渡がなかったとしても、契約締結後に損害額が増加することはあるために、債権譲受人を基準にした結果として損害額が増加しても、譲渡債務者には不当な不利益が及ぶわけではないことなどがあげられている。なお検討の余地はあると思われるものの、本稿の直接の検討対象からは外れるため、ここでは問題の指摘にとどめておく。この問題については、Seetzen, aaO. (Fn.109), S.357f., 363f.; Gernhuber, aaO. (Fn.128) S.85ff.; Dörner, aaO. (Fn.128) S.257ff.などを参照。

を債権譲受人に委ねているということとはできない。

解除権の分配は、履行障害に際して生じる他の権利との関係において、矛盾をきたさないようにしなければならない。もっとも、旧BGBにおける給付受領拒絶予告付き猶予期間の設定権限とは異なり、日本法における解除の前提となる催告をする権利（民法541条）は、その行使によって債権譲受人に不利な影響を及ぼさない。また、差額説による損害賠償請求と解除権の衝突も、解除権と損害賠償請求権との択一関係のない日本法においては生じない。したがって、解除の前提となる催告をする権利は債権譲渡人に、履行に代わる損害賠償請求権（民法415条2項）は債権譲受人に認められる。このことは、解除権を債権譲渡人に分配することと整合する。以上のこととは別に、債権譲受人が履行に代わる損害賠償請求をし、譲渡債務者がその履行をした場合は、債権譲渡人は解除をすることができなくなる。これは、譲渡債務者の保護を理由とするものであり、解除に関する債権譲渡人の利益と債権譲受人の利益との優劣に矛盾するものではない。

以上の状況とは異なって、債権譲受人が解除権を行使することに利益をもつ場合は、解除権の行使の授權によって対応をすべきである。この授權は、当事者の合意によってなされるほか、債権譲渡の補充的解釈によっても認められうると解される。ここでも、債権譲渡の原因関係などを考慮しつつ、債権譲渡人が自己決定を債権譲受人に委ねたといえるかどうかが基準とされるべきである⁵⁹³⁾。

第3節 契約上の地位の移転と解除権

以上の検討を踏まえ、第1章で設定した本稿の課題⁵⁹⁴⁾の検討を行う。

本稿の理解によれば、解除権の根拠は、契約当事者の限定的な拘束意思に求められる。この拘束意思は、双務契約において、契約の相手方からの給付を得られる限りで自身も契約に拘束されるというものである。契約の相手方が約束どおりの履行をしない場合、この拘束意思の前提となった状況と現実の状況との間に齟齬が生じる。解除権は、このような状況で契約当事者を契約の拘束から解放することで、契約当事者の自己決定を保護するものであるということが出来る。

解除権のこのような性質に照らせば、当初の契約当事者以外の者が、当初の契約当事者の解除権を取得するということは観念できない。解除権が譲渡されるとすれば、譲受人は、他人の限定的な拘束意思にもとづく要件のもとで他人の自己決定を保護する権利をもつことになる。また、原状回復との関係でも、解除権はその前提としての機能をもつにすぎない。当初の契約当事者との合意によってこのような権利を譲り受けたとしても、それをその権利の主体となったということはもはやできない。

他方、解除権の譲渡によって、解除権が譲受人の自己決定を保護することになるともいえない。解

593) 解除についての債権譲受人の同意とは、「自己決定を委ねた」の内容が異なる。解除についての同意では、解除の可否を債権譲受人に委ねたどうかの問題であるのに対し、授權では、自身に加えて債権譲受人にも解除を認めたかどうかの問題である。もっとも、債権譲渡人は、契約上の拘束を受け続けるかどうかの決定を債権譲受人に認めることに対して利益をもたないものと思われる。したがって、解除についての同意と比べて認められやすいわけではなく、むしろ認められにくい可能性もある。以上については、*Hoffmann*, aaO. (Fn.131) S.229も参照。

594) 第1章第3節第1款を参照。

解除権が譲受人の自己決定を保護するということは、その基礎となる拘束意思も譲受人のものに変更されることを意味する。しかし、この拘束意思は契約の内容になることを通して、解除の要件に具体化されている。したがって、拘束意思の変更は、契約内容の一方的な変更を意味するとともに、権利の内容の変更にあたる。解除権を当初の契約当事者から分離して譲渡することは、契約相手の保護の趣旨にもとづく民法466条1項ただし書の類推適用により認められない。

以上により、解除権は、契約当事者の自己決定の保護という目的にもとづき、契約当事者にのみ認められる。したがって、解除権と契約当事者の地位とは、不可分の関係にあるといえる。

解除権と契約当事者の地位とが不可分であるとしても、それは、契約上の地位の移転における解除権の移転を意味するものとは限らない⁵⁹⁵⁾。契約上の地位の移転によって契約譲渡人が契約から離脱すると、契約譲渡人の拘束意思にもとづく解除権は、契約譲渡人がもはや契約に拘束されていない以上、消滅する。他方、契約譲受人は、自身の拘束意思にもとづく決定によって契約関係に入っており、自らの拘束意思にもとづいて解除権を取得する。この点、契約上の地位の移転においては、通常は契約関係はその同一性を失わない。したがって、契約譲渡人と契約譲受人の拘束意思の内容は一致することになる。その結果、解除権の内容も一致する。しかし、理論的には、それぞれの解除権の根拠である拘束意思、および解除権によって保護される自己決定は、同一のものではない。契約譲渡人と契約譲受人の解除権は、客観的には同じ内容をもつものの、別の権利である⁵⁹⁶⁾。したがって、契約上の地位の移転により、契約譲渡人の解除権は消滅し、契約譲受人には解除権が原始的に発生するということになる⁵⁹⁷⁾。

以上のとおり、日本法の通説がいうような、契約上の地位の移転による解除権の移転が起こっているわけではない。確かに、契約譲受人は契約上の地位の移転の結果として解除権を取得する。しかし、この解除権は、契約譲受人が自ら拘束意思にもとづいて原始的に取得したものである。そうすれば、通説のいう契約上の地位の移転の独自性も、もはやそのままでは維持することができないであろう。通説のいう独自性は、債権譲渡や債務引受によっては移転しない解除権が、契約上の地位の移転においては契約当事者の地位とともに移転するということを意味するものであると解される。これに対し、

595) 以下の記述については、ホフマンの見解も参照（第2章第2節第2款3. 2) a) (2)）。

596) 別の権利である以上、解除権の消滅時効も、新たに算定されることになる。しかし、契約残留者の保護の観点からは、同一の債務不履行にもとづく解除権については、契約上の地位の移転の前後で時効期間を通算することは考えられる。この点については、契約上の地位の移転に対する契約残留者の同意の解釈も関係する。この点については、山岡航「契約上の地位の移転と相殺の抗弁——地位の移転にともなう不利益に関する一考察——」同志社法学67巻1号248頁以下（2015年）を参照。

597) 解除権の要件のうち、実質的に契約の拘束への期待可能性を意味するものについては、契約当事者の変更によって要件が変わりうる。もっとも、このような解除権については、契約上の地位の移転により契約譲受人が要件の基準となる、あるいは契約譲受人のもので新たに解除権が発生するかどうかの問題となることが、認められている（Klimke, aaO. (Fn.233) S.284）。そうすれば、本稿の理解は、自己決定および拘束意思という観点から、このような解除権を含めた統一的な説明を可能にするものと位置づけることができる。なお、このような解除権の要件の変更は、契約残留者にとっては契約内容の変更を意味する。しかし、これに対する同意は、通常は契約上の地位の移転の同意に含まれているといえよう。

本稿の理解によれば、契約譲渡人の解除権の承継という事態は存在しない。契約譲受人が解除権を取得するのは、契約譲受人が契約当事者となったことの必然的な結果にすぎない。このような結果は、債権譲渡や債務引受によっては発生しないのであり、その限りでは契約上の地位の移転の独自性といえることができるかもしれない。しかし、それは結局のところ、契約当事者の地位の移転が契約上の地位の移転の独自性であると言っているに等しい。これは定義の繰り返し、あるいは同語反復であり、そのようなものを独自性として強調することには、説明以上の意味はないであろう。したがって、契約上の地位の移転の結果として契約譲受人が解除権を取得することは、契約上の地位の移転の債権譲渡および債務引受に対する独自性というべきではない⁵⁹⁸⁾。

第4章 課題と展望

本稿を閉じるにあたり、残された課題と、今後の展望について述べておくこととする。叙述は、本稿の検討の総括（第1節）、契約当事者の概念を視野に入れた展望（第2節）の順で行う。

第1節 検討の総括

第1款 本稿の結論

契約上の地位の移転に関して、契約譲受人への解除権の移転は、債権譲渡に対する独自の効果であるとされてきた。これは、解除権が契約当事者の権利であるという理解にもとづく。この理解は、解除が契約関係全体に影響を及ぼすものであること、あるいは解除権者を契約の拘束力から解放するものであることを根拠とする。これに対しては、当事者の実質的な利害を考慮して、債権譲渡において債権譲受人に解除権を認める見解が主張されている。このような議論の状況を踏まえ、本稿では、一方で、解除権と契約当事者の地位との関係という理論的な検討を（第一段階の問題）、他方で、当事者の実質的な利害という、文字通り実質的な検討を（第二段階の問題）、それぞれ行った。

第一段階では、解除権と契約当事者の地位との分離の可否が問題となる。日本法においても見られるように、この分離を否定する見解は、従来、解除権が契約関係全体に影響を及ぼすものであることを理由としてきた。しかし、このことは、分離の可否を根拠づけるものではなく、むしろ解除権の分配の基準となるべきものである。他方で、ドイツにおいては、解除権と契約当事者の地位との分離を、私的自治を根拠に認める見解が近時有力となっている。こちらの見解には、個々の権利ごとの検討が不十分であるという問題がある。

権利の基本的な内容の1つが利益の保護にあることにかんがみれば、解除権と契約当事者の地位との分離の可否に関しても、解除権による保護に目を向けるべきである。解除権は、双務契約における契約相手による給付を見込んだ当事者の限定的な拘束意思を正当化根拠とするものである。解除権は、この限定的な拘束意思と現実の展開とに齟齬が生じた場合に契約当事者を拘束から解放することで、

598) このことは、当然のことながら、制度あるいは概念としての契約上の地位の移転の存在や有用性を否定するものではない。

自己決定の保護を図っているといえる。このような性質にかんがみれば、解除権については、契約当事者の地位との分離を観念することができない。また、仮に解除権の移転が可能であるとした場合、移転にともなう解除権者の変更は、その前提となる限定的な拘束意思、ひいては解除の要件の変更を意味する。これが契約相手の関与なしに行われるとすれば、契約相手を害する可能性がある。それ以上に、移転の前後で解除権の同一性が維持されていないことになる。それゆえに、解除権は、その性質のために譲渡をすることができない（466条1項ただし書類推適用）。

第二段階の実質的な検討は、解除権と契約当事者の地位との分離を否定するという立場においては、そのことを実質的に正当化するものと位置づけられる。債権譲渡がされた場合、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ことになる。しかし、この場合でも、債権譲受人は、債権譲渡人に対して損害賠償請求をすることができるのであり、不当な不利益を負わされるわけではない。債権譲受人には、債権譲渡人との合意によって、債権譲渡人に解除権を行使しない義務を課したり、解除について債権譲受人の同意を求めたりするという方法もある。特段の合意がない場合におけるこのような同意の要否は、債権譲渡人が債権譲受人に自己決定の一部を委ねたといえるかどうかという観点から、個々の事案ごとに判断される。以上に対し、債権譲受人が解除権の行使を望む場合には、解除権の行使の授權によって十分に対応をすることができる。このように、解除権と契約当事者の地位との分離を否定することは、当事者の実質的な利害に照らしても、問題がないものといえることができる。

また、債権譲渡があった場合に解除権を債権譲渡人に認めることは、譲渡債権の履行障害に際して生じる他の権利の分配との関係においても、矛盾をきたすものではない。

解除権と契約当事者の地位との分離を否定すれば、契約上の地位の移転があった場合は、契約譲受人が解除権を取得することになる。もっとも、これは、解除権が移転したのではない。本稿のように、解除権の正当化根拠を契約当事者の限定的な拘束意思に求めるのであれば、契約譲受人の解除権は、その限定的な拘束意思にもとづき、契約譲受人のもとで原始的に発生したものということになる。これは、契約当事者が交替したことの結果であり、契約当事者の地位とともに解除権が移転したことを意味するものではない。もとより、債権譲受人による解除権の取得は債権譲渡では起こらないものの、その意味における「独自性」は、契約当事者の交替の有無をいうにすぎず、説明以上の意味をもつものではない。

第2款 残された課題

本稿の冒頭でも述べたとおり、本稿では、債務不履行にもとづく法定解除権のみを対象として検討を行った。しかし、同様に問題となりうる権利は、当然のことながら法定解除権に限られない。

特に、契約上の地位の移転については、解除権と並んで、取消権の移転も債権譲渡や債務引受に対する独自の効果とされてきた。取消権は、意思表示の瑕疵にもとづくという性質上、解除権以上に、当初の権利者の保護を意図しているという側面をもつ。この点にかんがみれば、取消権についても、出発点においては本稿で解除権についてしたのと同様の発想のもとで考察をする可能性もある。他方において、取消権には、解除権と異なり、民法上にその承継人に関する規定が存在している（120条）。

このほか、取り消しうる意思表示にもとづく契約について契約上の地位の移転をすることが法定追認（125条5号）にあたるかどうかという問題もある。取消権については、これらのことも含めて検討をする必要があると思われる。それゆえに、今後の課題とせざるをえない。

また、解除権の中でも、賃貸借契約の解除権については、別個に考察をする余地がある。日本法におけるのとは異なり、ドイツ法では、賃貸借契約を解消する権利は解約告知権であり、そもそも解除権ではない。前述のように、ドイツにおいては、賃貸借契約の解約告知権については、当事者の信頼関係を理由に、自由な譲渡を認めない見解がいまだ通説とされている⁵⁹⁹⁾。この信頼関係の意味や、それが解約告知権者の変更とどのように関係するのかについても、今後の課題である。ここでは、継続的契約に関する議論にも目を向ける必要があろう⁶⁰⁰⁾。

以上の課題は、本稿で検討の対象とした、契約上の地位の移転にともなう形成権の帰趨に関するものである。次節では、より広い視点のもとでの課題あるいは展望について述べることにしたい。

第2節 展望

第1款 契約上の地位の移転および債権譲渡と「契約当事者」

従来、解除権の「移転」が、債権譲渡や債務引受との比較における契約上の地位の移転の独自性とされてきたことの背景には、契約当事者の地位についての次のような理解がある。契約当事者の地位は、債権や債務の単なる総和ではなく、その他の権利も含むものであるという理解である。ここでいう「その他の権利」の典型とされるのが、解除権や取消権などの形成権である。それゆえに、これらの権利は債権譲渡や債務引受によっては移転せず、契約上の地位の移転によってのみ移転するとされてきたのである⁶⁰¹⁾。このような理解には、契約当事者の地位と、債権者および債務者の地位との明確な区別を見て取ることができる。

もとより、契約当事者の地位が債権や債務に尽きるものでないことは正当である。しかし、解除権や取消権といった権利が契約当事者の地位の基準となることの根拠は、明確にされてきたわけではなかったといえる。本稿の検討における第一段階の問題は、この点に関係するものでもある。

599) 注441を参照。

600) ドイツ法を参考に、賃貸不動産が譲渡された場合における取消権および解除権の帰趨を検討するものとして、大窪誠「賃貸不動産の譲渡後における賃貸借契約の取消権の帰趨：ドイツの学説を参考にして(1)～(3・完)」東北学院法学75号178頁、76号728頁、77号106頁（2014～2016年）、同「賃貸不動産の譲渡前に生じた債務不履行等を理由とする賃貸不動産の譲渡後における賃貸借契約の解除：ドイツの学説を参考にして(1)」東北学院法学79号37頁（2019年）がある。

601) 以上のことは、契約上の地位の移転に関する初期の議論である、いわゆる分解説から一体説への展開に重なる。分解説とは、契約上の地位の移転を債権譲渡と債務引受の総和に解消し、概念としての独自性を否定する考え方である。これに対し、分解説の発想では形成権が移転せず、契約当事者の地位の移転が達成できないという批判がなされた。この批判にもとづき、契約上の地位の移転を、債権譲渡や債務引受では捕捉しきれない契約当事者の地位を一体的に移転させる概念として理解する一体説が主張され、定着するに至った。分解説と一体説については、神田・前掲注（15）34頁以下を参照（神田は一体説に代えて「統一説」の語を用いている）。

本稿とは異なって契約当事者の地位と解除権との分離を認める見解に従えば、契約から発生した債権や債務のみを有する者、すなわち契約当事者ではない単なる債権者や債務者に、契約の解除権を認めることもできる。そうすれば、解除権を基準とした、契約当事者の地位と債権者・債務者の地位との区別が否定されることになる。このことは、従来の理解のもとでの契約上の地位の移転と、債権譲渡・債務引受とを連続的なものとすることを意味する。

実際に、デルナーは、債権譲渡によって解除権などの二次的権利が譲渡債権とともに債権譲受人に移転することから、債権譲渡によって契約上の地位の一部が移転するとしている⁶⁰²⁾。デルナーによれば、効力の面において、契約上の地位の移転は独自の概念ではなく、債権譲渡と債務引受が重なったにすぎないとされる⁶⁰³⁾。デルナーは、この状況を、契約関係が双務的な牽連性を維持したまま、債権譲渡人と債権譲受人との間に「切れ目なく分割」されていると表現する⁶⁰⁴⁾。

これに対し、本稿の結論によれば、契約当事者の地位と解除権との分離は認められない。もっとも、その理由は、解除権の正当化根拠である限定的な拘束意思を有しているのが契約当事者だからである。そうすれば、従来は「契約当事者」ではないとして解除権を認められなかった者も、限定的な拘束意思を有しているのであれば、解除権を認められうることになる。解除権を有している者を契約当事者とするのであれば、ここには「契約当事者」の概念の拡張の契機がある。その結果、たとえば債権のみを譲り受けた者に解除権が認められることがあれば、契約上の地位の移転と債権譲渡・債務引受との従来の区別に見直しを迫る可能性があろう。

このようにしてみれば、契約上の地位の移転や債権譲渡・債務引受に関して、一定の「契約当事者の地位」を措定したり、契約当事者の地位と債権者・債務者の地位とを截然と区別したりしたうえで考察を行うことには、限界があるように思われる⁶⁰⁵⁾。むしろ、契約上の地位の移転、債権譲渡や債務引受による当事者の交替によって、誰に、どのような効力が、いかなる根拠で発生するのかが、検討されるべきである。本稿で行った検討に即していえば、契約上の地位の移転や債権譲渡によって、解除権が、譲渡人と譲受人のいずれに、承継的または原始的に認められるか、それはなぜかということになる⁶⁰⁶⁾。当事者の交替が契約上の地位の移転なのか、債権譲渡や債務引受なのかは、その結果としてついてくるものといえよう。

ここに至ると、再び、契約当事者の概念に光が当たることとなる。もっとも、ここでは、契約当事者の概念の内実を確定することは一次的には目指されない。むしろ、契約当事者という視点のもとに整理される一連の問題に目が向けられる。この問題は多岐にわたるものの、本稿の関心のもとでは、

602) Dörner, aaO. (Fn.128) S.190. デルナーは債務引受による、引き受けられる債務に係する権利の移転についても論じている。この点については、本稿では債務引受を検討の対象から外したため、省略する。

603) Dörner, aaO. (Fn.128) S.190, 384ff.

604) Dörner, aaO. (Fn.128) S.386.

605) このことは、従来の議論でいえば、特に契約上の地位の移転に当てはまるといえよう。

606) 本稿では否定をしたものの、解除権が譲受人に承継的に認められるとすれば、それは契約当事者または債権者の地位とともに移転した、と表現されうる。いずれにせよ、このような「地位とともに移転」は、当事者の交替にともなう効力の態様の1つにすぎない。

契約当事者の権限などといった契約主体の問題や、複合的な取引などの契約構造の問題が視野に入る⁶⁰⁷⁾。これらまでを含めた検討は、今後の課題である。

第2款 総合的把握の試み

前款で述べた契約当事者の地位と債権者・債務者の地位との従来の区別を徹底すれば、特に、債権譲渡や債務引受において（以下、債権譲渡のみについて述べる）、譲渡債権の発生原因が等閑視されやすい。言い換えれば、譲渡債権の発生原因である契約ないしその契約の当事者の地位とは明確に分離された債権の移転が観念されることになる。

しかし、現在では、特に契約にもとづく債権を中心に、その発生原因に照らした考察をすることが主流であるともいえる。改正民法の履行障害法がその一例である。そうであれば、契約上の地位の移転や債権譲渡などの、債権関係における当事者の交替についても、当該の債権関係の発生原因など、交替前の当事者の間に存在する「事情」に目を向けるべきである。債権譲渡でいえば、やや比喩的ではあるが、移転の対象である債権が発生原因である契約などの「事情」⁶⁰⁸⁾をともなったまま移転をする、といえようか。

もっとも、このような見方自体は特段に新しいものではない。ドイツ法では、以前から、このような見方をするものが存在している。たとえば、ネルは、債権譲渡における譲渡債務者の抗弁の対抗に関して（BGB404条⁶⁰⁹⁾）、その根拠の1つを譲渡債権の同一性維持に求めつつ、その同一性に、譲渡債権の発生原因である双務契約の牽連性が含まれるとしている⁶¹⁰⁾。また、前款で述べたように、デルナーは、債権譲渡によって契約上の地位の一部が移転するとしている⁶¹¹⁾。さらに、近時では、他人の債権関係にもとづく抗弁について包括的な検討を行った、マコウスキーの論文がある⁶¹²⁾。マコウスキーは、他人の債権関係にもとづく抗弁の主張が認められることを、債権関係の相対的効力の否定と

607) 契約当事者という視点からの問題の整理については、池田・前掲注（20）148頁以下を参照。本稿の叙述も同論文に倣っている。また、契約主体の問題については157頁以下、契約構造の問題については、160頁以下も参照。

608) この「事情」の典型は、本文で述べたように、債権であればその発生原因である契約である。しかし、もう少し広い概念として「取引」なども「事情」にあたる可能性がある。たとえば、債権譲渡において、譲渡債務者が、譲渡債権の発生原因である契約とは異なるものの、その契約と一体的な決済が予定されている契約にもとづく債権による相殺の抗弁を債権譲受人に対抗するような場合である（民法469条2項2号参照。ただし、同条の解釈として、このような相殺の抗弁が対抗できるかどうか自体も検討を要する。また、ここで譲渡債務者の抗弁に関連する理由は後述する）。さしあたり、以下の記述においては、契約を「事情」の代表として扱う。

609) 日本語訳については、注153を参照。

610) *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*, aaO. (Fn.231) S.37 [Nörr]. ネルは例として契約不履行の抗弁権（BGB320条）をあげている。また、ネルは、BGB404条に関し、譲渡債務者には「契約関係のその後の展開から生じる」あらゆる反対権が付与される、とした判決を引用している（RG Recht 1909 Nr.3323）。

611) *Dörner*, aaO. (Fn.128) S.190.

612) *Mark Makowski*, *Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis*, Tübingen 2019.

いう観点から検討している。これは、債権譲渡では、譲渡債務者が債権譲渡人に対する抗弁を債権譲受人に対抗する場面にあたる。マコウスキーは、この場面を、債権譲渡人と譲渡債務者との間の債権関係の効力が債権譲受人にも及ぶという説明をする。ここでは、まさに、上述のような見方が問題となっているといえることができる⁶¹³⁾。

本稿で検討をした解除権の問題も、このような見方のもとに位置づけることができる。契約譲受人や債権譲受人が解除権を取得するかどうかの問題は、これらの譲受人に対し、「事情」そのもの（契約上の地位の移転の場合）、あるいは譲渡債権の背後に存在する「事情」である契約（債権譲渡の場合）がどこまで及ぶかの問題と表現することができる。また、方向としては逆であるものの、契約上の地位の移転（債権譲渡）において、契約残留者（譲渡債務者）が契約譲渡人（債権譲渡人）に対する抗弁を契約譲受人（債権譲受人）に対抗することの可否も、同様に位置づけることができる⁶¹⁴⁾。ここでは、契約譲渡人（債権譲渡人）と契約残留者（譲渡債務者）との契約という「事情」が、契約譲受人（債権譲受人）に及ぶかどうかの問題となる。

このような、債権関係における当事者の交替にともなう「事情」の影響という問題は、一面において、債権関係における相対効の原則——債権関係の効力は、その当事者のみに及び、第三者には及ばないという原則——の否定ないし例外の問題という性格をもつ⁶¹⁵⁾。そして、この点において、再び契約当事者の概念とも接続する。契約の相対効に従えば、契約の効力が及ぶのは当事者のみであるところ、契約の効力が及ぶのであれば、その者を契約当事者とする可能性もあるからである⁶¹⁶⁾。

以上のような問題の把握が、ただちに具体的な結論をもたらすわけではない。しかし、今後の考察の手がかりないし展望を示すことは可能である。

まず、債権関係における当事者の交替にともなう「事情」の影響の具体的な考察にあたって、次のような事情を考慮することが考えられる。第一に、前述した、債権関係の相対効の原則である。第二に、本稿のように、権利の帰趨が問題になる場合には、その権利の保護の目的に目を向けることがあり得よう。第三に、特に当事者の交替を被る側の者の抗弁などの問題においては、この者の保護や、債権関係の同一性の維持といったことも考慮の対象となる⁶¹⁷⁾。以上の事柄は、同列に位置づけられるとは限らず、それぞれの相互関係についても検討が必要である⁶¹⁸⁾。

次に、債権関係における当事者の交替における「事情」の影響の問題は、より一般化をすれば、他

613) 本稿で第一段階の問題として検討をした解除権と契約当事者の地位との分離の可否について、伝統的見解には、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していることに対して、強い批判がなされている（第2章第2節第2款1. 1) a) (2) (c) 参照）。この批判も、本文で述べた見方につながるものであろう。

614) 抗弁の対抗の可否については、山岡・前掲注（596）157頁以下で検討を行った。

615) この点については、Dörner, aaO. (Fn.128) S.376, 385; Makowski, aaO. (Fn.612) を参照。

616) 池田・前掲注（20）152頁を参照。

617) これらについては、注614に掲げた拙稿を参照。

618) たとえば、マコウスキーは、債権譲渡における譲渡債務者の抗弁の対抗に関し、相対効の否定を根拠とし、譲渡債権の同一性の維持は現象面での説明にすぎないとしている（Makowski, aaO. (Fn.613) S.197）。

人の債権関係に関与した者に対して、その債権関係の効力がどれだけ及ぶのかという問題といえることができる。このような一般化は、さらなる関連問題を浮かび上がらせる。第三者のためにする契約、保証、複合的取引などにおいても、「事情」の影響を観念することができよう⁶¹⁹⁾。

展望と言いつつも、示されたのは課題ばかりである。本稿はそのわずかな一端を検討したものにしていないが、先を見据えて、今後も考究を深めていきたい。

619) これらを含め、近時「多角的法律関係」と呼ばれるものの多くが射程に入る。多角的法律関係については、椿寿夫・中舎寛樹編『多角的法律関係の研究』（日本評論社・2012年）、椿寿夫編著『三角・多角関係と民法法理の深化（別冊NBL161号）』（商事法務・2016年）を参照。