

タイトル	合意による形成権の移転：予防法学 (Kautelarjurisprudenz)の観点から
著者	遠山，純弘
引用	北海学園大学法学研究，41(2)：285-305
発行日	2005-09-30

# 合意による形成権の移転

—— 予防法学 (Kautelarjurisprudenz) の観点から ——

遠 山 純 弘

- 合意による形成権の移転
- 一 はじめに
  - 二 形成権の移転可能性をめぐる議論状況
    - (1) 独自性を有する形成権 (Selbständige Gestaltungsrechte)
    - (2) 独自性を有しない形成権 (Unselbständige Gestaltungsrechte)
      - (i) 債権・債務と関連する形成権 (Forderungs- oder verpflichtungsbezogene Gestaltungsrechte)
      - (ii) 契約と関連する形成権 (Vertragsbezogene Gestaltungsrechte)
  - 三 出発点としての契約自由の原則 (srechte)
  - 四 形成権の移転可能性に対する疑念
    - (1) 形成権の移転に関する規定の欠如
    - (2) 契約関係または債権・債務と形成権との結合
    - (3) 形成権の相手方の不利益
  - 五 形成権の孤立した移転 (Die isolierte Übertragung von Gestaltungsrechten)
  - 六 おわりに

## 一 はじめに

ドイツの法学者エミール・ゼッケル (Emil Seckel) によって発見された形成権という概念が、一つの法学的概念であり、また一つの権利として民法一条一項に言うところの「私権」に含まれるという<sup>(1)</sup>ことは、今日では争いがない<sup>(2)</sup>。ところで、私は、「債権譲渡の通知・承諾の効果 (2・完)」において、<sup>(3)</sup>債権譲渡の事案における譲渡当事者間の権利分配の問題を論じ、その中で、形成権が譲渡当事者間においてどのように分配されるのか、言い換えれば、如何なる形成権が債権譲渡によって譲受人に移転し、あるいは如何なる形成権が債権譲渡後も譲渡人のもとに残るのか、という問題を論じた。その際、私は、この問題を検討するに当たっては、譲渡当事者間に形成権の移転について合意があるかを区別して考察すべきであり、そして譲渡当事者間に形成権の移転について合意がある場合には、形成権は、原則としてその合意に従って債権の譲受人に移転すると考えるべきである、という提案をした (二〇二―二三頁)。もっとも、わが国における形成権の移転可能性をめぐる議論状況にかんがみると、なおこの問題について詳論する必要があると考えた。また、後述するように、わが国の判例・通説と異なり、ドイツの判例・学説は、債権が譲渡された場合には、たとえば、取消権や解除権のように、契約と関連する形成権 (Vertragsbezogene Gestaltungsrechte) も、契約自由の原則に基づいて譲渡当事者の——形成権の移転についての——合意によって債権の譲受人に移転するとする。しかし他方で、たとえば形成権の移転について合意されたとしても、契約当事者や債権者としての地位の移転を伴わない場合 (いわゆる形成権の孤立した移転 [Die isolierte Übertragung von Gestaltungsrechten]) には、形成権の移転は認められないとする。しかしながら、形成権の孤立した移転に反対する論拠は、私の考えによれば、いずれも契約自由の原則に基づく形成権の移転を否定するために十分な説得力を持たない。そのため、わが国において

も当事者の合意に基づく形成権の移転を認めるとするならば、この問題についても検討しておく必要があると考えた。さらに、本稿において合意による形成権の移転という問題を取り上げたのは、この問題が予防法学 (Kautelarjurisprudenz) の観点から興味深く重要な問題であると考えたからである。すなわち、形成権を合意によって移転することができるとするならば、他者への形成権の帰属や他者による形成権の行使から生ずる不利益を危惧する者は、裁判所による事後的な解決に頼ることなく、自らの力でそのような不利益を防止することができるのである。それゆえ、債権の流動化ということが強く主張される今日、形成権を合意によって移転することができるか否かという問題は、法ドグマ・テイクの観点だけでなく、実務的な観点においても重要な問題であると考えられる。

## 二 形成権の移転可能性をめぐる議論状況

形成権が当事者の合意によって、あるいはそのような合意なしに移転するが、という問題に関しては、従来わが国ではそのような形で議論が行われたことはほとんどなく、むしろ、債権譲渡、債務引受または契約上の地位の移転が行われた場合に、取消権や解除権が、債権の譲受人、債務の引受人または契約上の地位を承継した者に移転するか、<sup>(4)</sup> というように、取引類型ごと、かつ、形成権に当たるとされる個々の権利ごとに移転可能性の問題が議論されてきた。もちろん、このような議論の方法は適切であり、ここでそれについて異論を唱えるつもりはない。それにもかかわらず、本稿において形成権という抽象的なレベルでの権利の移転可能性を論ずるのは、次の理由による。まず、形成権の移転可能性は、形成権に当たるとされる個々の権利の移転可能性を議論する際、その議論のあり方に重大な影響を与えるからである。すなわち、取消権や解除権という個々の権利の上位概念に当たる形成権が原則として移転されうる、ということは、ある権利が形成権に当たるということが確認されるならば、原則としてその権利の移転可能性が

認められる、ということの意味する。<sup>⑤</sup>そしてこのことは、われわれが形成権に当たるとされる個々の権利の移転可能性について議論をする際、その権利の移転可能性を肯定する論者が自らの主張を正当化するのはなく、その権利の移転可能性を否定する論者が自らの主張を正当化しなければならない、ということの意味するのである。つまり、形成権に当たるとされる権利の移転可能性に関する論証の責任は、その権利の移転可能性を否定する論者にあるということになる。<sup>⑥</sup>このように、形成権に当たるとされる個々の権利の移転可能性について議論をする際、その議論のあり方に重大な影響を与えるという点において、形成権という抽象的なレベルでの権利の移転可能性を論ずることにも意義があると思われる。また、たしかに本来取引類型ごと、かつ、形成権に当たるとされる個々の権利ごとに移転可能性の問題が検討されるべきであり、実のところ、本稿の考察においても主として念頭に置かれているのは、孤立した形成権の移転の問題を除けば、債権譲渡あるいは債務引受の事案における取消権および解除権の移転可能性の問題である。しかしながら、とりわけ合意による形成権の移転という問題に関しては、後述することは、基本的には形成権に当たるとされる他の権利に一般化されるべきであり、そのため、本稿においては、形成権に当たるとされる個々の権利ではなく、形成権という、より一般化された概念を用いることにした。

ところで、右に述べたように、わが国では形成権という抽象的なレベルでの権利の移転可能性が問題とされることはほとんどなかった。もつとも、形成権に当たるとされる個々の権利の移転可能性に関する判例・学説の理解から、形成権の移転可能性をめぐる議論状況を以下のようにまとめることができる。

さしあたり形成権を契約関係または債権・債務と分離することができるか否かが区別される。

(1) 独自性を有する形成権 (Selbständige Gestaltungsrechte)

形成権は、通常、契約関係または債権・債務と密接な関係を有し、その基本たる契約関係または債権・債務があるために発生するが、そうでないものもある。独自性を有する形成権 (Selbständige Gestaltungsrechte) は、契約関係または債権・債務に結び付けられず、それと関係なく独立して発生し存在する<sup>(7)</sup>。たとえば、買戻権 (民法五七九条以下) は、この種の形成権に属する。そしてこの独自性から、独自性を有する形成権は、契約関係または債権・債務と関係なく、当事者の合意によって独立して移転することができる<sup>(8)</sup>。

(2) 独自性を有しない形成権 (Unselbständige Gestaltungsrechte)

これに対して、独自性を有しない形成権 (Unselbständige Gestaltungsrechte) は、契約関係または債権・債務と密接な関係を有し、それと分離することができない<sup>(9)</sup>。この種の形成権は、「補助的権利 (Hilfsrechte)」として債権の行使や実現または契約関係を作り変えること (Umgestaltung) だけに役立ち、独自の価値を持たない<sup>(10)</sup>。もっとも、これらの形成権と契約関係または債権・債務との結び付きはさまざまなので、移転可能性の問題を考察するに当たっては、さらに債権・債務と関連する形成権と契約と関連する形成権とが区別される。

(i) 債権・債務と関連する形成権 (Forderungs- oder verpflichtungsbezogene Gestaltungsrechte)

債権・債務と関連する形成権 (Forderungs- oder verpflichtungsbezogene Gestaltungsrechte) は、債権者・債務者としての地位と結び付けられ、それと分離することができない<sup>(11)</sup>。たとえば、選択債権における選択権 (民法四〇六

条以下)や給付目的物の指定権(民法四〇一条二項)などは、これに属する。これらの形成権と形成権所持者が有する債権者・債務者としての地位との厳格な結合は、これらの形成権の発生だけでなく、存続においても重要となる。その結果、債権・債務と関連する形成権が債権者・債務者としての地位と分離して移転されることはなく、<sup>(12)</sup>他方、債権者・債務者としての地位が移転した場合には、この種の形成権は、その他の合意や移転行為なしに当然に債権の譲受人や債務の引受人に移転する。<sup>(13)</sup>

### (ii) 契約と関連する形成権 (Vertragsbezogene Gestaltungsrechte)

取消権や解除権など、契約と関連する形成権 (Vertragsbezogene Gestaltungsrechte) の行使は、譲渡された債権あるいは引受けられた債務だけでなく、それと牽連関係にある反対債権あるいは債務関係全体に影響を及ぼす。<sup>(14)</sup>そのため、契約と関連する形成権は、契約当事者としての地位と結び付けられ、それと分離することができない。<sup>(15)</sup>その結果、この種の形成権は、債権の譲受人や債務の引受人には移転せず、他方、契約当事者としての地位が移転した場合には、この種の形成権は、その他の合意や移転行為なしに当然に契約上の地位を承継した者に移転する。<sup>(16)</sup>

## 三 出発点としての契約自由の原則

以上によれば、形成権の移転可能性の問題を考察するに当たっては、さしあたり独自性を有する形成権と独自性を有しない形成権とが区別されるべきである。そして、形成権は原則として移転することができる、という私の考えによれば、独自性を有しない形成権の移転可能性、とりわけ実際にその移転可能性が問題とされているという点において、契約と関連する形成権の移転可能性が問題となる。判例・通説によれば、独自性を有しない形成権は、契約関係

または債権・債務と密接な関係を有し、それと分離して移転することができない。これによれば、契約関係または債権・債務の移転を伴うことなしに形成権のみを当事者の合意によって移転すること、すなわち、形成権の孤立した移転はもちろん、すでに述べたように(二)(2)(ii)、債権譲渡や債務引受の事案において債権の譲渡人と譲受人または債務者と債務の引受人との間に形成権の移転について合意がある場合であれ、そのような合意がない場合であれ、いずれにせよ、取消権や解除権のような契約と関連する形成権を債権の譲受人や債務の引受人に移転することはできないということになる。しかしながら、このように、独自性を有しない形成権を契約関係または債権・債務と分離して移転することができない、という考え方は、私の考えによれば、疑わしい<sup>(17)</sup>。むしろ、独自性を有する形成権と同様に、独自性を有しない形成権も、当事者の合意によってそれが結び付くとされる契約関係または債権・債務と分離して移転することができる、と考えるべきである。

ところで、形成権を当事者の合意によってそれが結び付くとされる契約関係または債権・債務と分離して移転することができる<sup>(18)</sup>と考える場合に、そもそもそのような考え方を正当化する法的根拠は何か、ということが問題となる。私の考えによれば、形成権の移転について当事者に合意がある場合には、契約上の地位の移転にその端緒を見ることができ<sup>(19)</sup>るように、形成権の移転は、契約自由の原則に基づいてその合意に従って行われる<sup>(20)</sup>。

契約自由の原則が所有権絶対の原則とともに近代市民法の基本原理である<sup>(21)</sup>ということは言うまでもない。わが国の民法には契約自由の原則を正面から認める規定は存在しないが、契約自由の原則は、わが国においても所有権絶対の原則と並んで民法の基本原則であると理解<sup>(22)</sup>されている。個々の権利主体は、私的自治の原則に基づいて自らの意思によって法律関係を形成することができる<sup>(23)</sup>。この私的自治の原則による法律関係の形成に関して、その主たる形式は契約である<sup>(23)</sup>。そして、自由な自己決定あるいは法律によって許された範囲内において契約を利用する個々の権利主体の



可能性は、契約自由の原則によって確保される。<sup>(24)</sup> 契約自由の原則とは、法秩序によって承認され、かつ、一定の範囲において保障された個々人の可能性であつて、その者によって選ばれた相手方との法律関係をこの者との合意によつて、かつ、両者にとつて拘束力のあるものとして自ら規律する可能性であるとされたり、<sup>(25)</sup> また契約自由の原則によつて、現行法上、債権契約の当事者は、自らが義務を負う給付の内容を自由に決定することができる。<sup>(26)</sup> いずれにせよ、私的自治の原則あるいは契約自由の原則によつて、すべての権利主体は、そもそも契約を締結するか否か、誰と契約を締結するか、どのような方式で契約を締結するか、あるいはどのような内容の契約を締結するかを自由に判断することができる。言い換えれば、私的自治の原則、とりわけ契約自由の原則によつて、ある行為は、それが法秩序によつて禁止されない限り、許されるのである。それゆえ、形成権を当事者の合意によつて移転するということ<sup>(27)</sup> が契約自由の原則に基づいて個々の権利主体に許されるのである。

#### 四 形成権の移転可能性に対する疑念

このように、契約自由の原則に基づいて、形成権は、原則として当事者の合意によつて移転することができる、と考えるべきであるが、この考え方に対しては、いくつかの疑念が提起される。

##### (1) 形成権の移転に関する規定の欠如

わが国の民法が契約自由の原則をその基礎に置き、そのため、どのような内容の契約を締結するかという判断は、原則として契約当事者に委ねられるとしても、それでもやはり、それは法律によつて認められた範囲内で許されるにすぎない。

ところで、わが国の民法典は、形成権の移転に関する規定も、またドイツ法と異なり(ドイツ民法四一三条)、権利移転に関する一般規定も持たない。もちろん、法律が権利一般や形成権の移転に関する規定を持たないということ、すなわち、形成権の移転についての法律の沈黙が、法律は権利一般や形成権の移転を認めない趣旨であるとか、法律は債権の譲渡しか認めない趣旨である、と解釈されてはならない。周知のように、今日では、判例・学説は、解釈によつて法律が規律していない債務や契約関係の移転も認めているのである<sup>28)</sup>。そのような状況において、権利一般や形成権の移転に関する法律の規定が存在しないということから、法律は権利一般や形成権の移転を認めない趣旨である、という解釈が導かれる理由はない。それゆえ、権利一般や形成権の移転に関する規定の欠如に伴つて、形成権の移転可能性が肯定される場合に如何なる方法・手続のもとで形成権の移転を認めるか、という問題はあるとしても、権利一般や形成権の移転に関する規定の欠如それ自体は、形成権の移転可能性を否定するための論拠にはならない。

## (2) 契約関係または債権・債務と形成権との結合

形成権の移転可能性に反対する、より重要な論拠として、形成権は、契約関係または債権・債務と密接な関係を有し、それと分離することができない、ということが言われたり、あるいは形成権は、契約関係または債権・債務の一部もしくはそれに付随するものにすぎない、ということが言われる<sup>29)</sup>。そして、このような契約関係または債権・債務と形成権との厳格な結合は、形成権を契約関係または債権・債務と分離して移転することに反対する。

しかしながら、形成権の移転可能性に反対して最も頻繁に主張される契約関係または債権・債務と形成権との厳格な結合という論拠は、私の考えによれば、形成権の移転可能性を否定するための論拠として説得力を持たない。

そもそも形成権が結び付けられ分離することができないとされる「主たる権利 (Hauptrecht)」<sup>30)</sup>あるいは「本権」<sup>31)</sup>と

は何を意味するのか、ということとは必ずしも明らかではない。<sup>(32)</sup>

また、かりに形成権が契約関係と密接な関係を有し、あるいは契約関係の一部であるにすぎないとしても、われわれは、すでに同じく契約関係と密接な関係を有し、あるいはその一部である債権・債務をその法的地位から分離して移転しうることを認めたのである。何故一方で、形成権について、それらが契約関係と密接な関係を有し、あるいはその一部であるが故に、形成権をその法的地位から分離して移転することができないとされ、他方で、債権・債務について、それらが契約関係と密接な関係を有し、あるいはその一部であるにもかかわらず、債権・債務をその法的地位から分離して移転することができるというのであろうか。法律あるいは解釈論は、契約関係から生ずる権利・義務——さらに契約関係それ自体でさえ——は、それらが由来するところの契約当事者のものでなければならぬ、という古い考え方と決別し、それらを契約関係から分離して移転しうることを認めたのである。この状況において解釈論はなお、契約関係と形成権との厳格な結合あるいは不分離のドグマに固執すべきではない。<sup>(33)</sup>

これに対して、債権・債務と異なり、たいていの形成権は、独自性のない補助的権利 (Hilfsrechte) として債権の行使や実現または契約関係を作り変えること (Umgestaltung) だけに役立つ、ということが言われるかもしれない。<sup>(34)</sup> しかしながら、債権・債務も、それらが由来するところの契約の内容を実現することに役立つものであり、それゆえ、形成権が補助的権利であるということは、移転可能性について債権・債務と形成権とを区別する論拠にはならない。

さらに、契約関係または債権・債務と形成権との厳格な結合という論拠に対して、次のことが指摘されるべきである。すなわち、形成権が代理人によって行使されうることは一般的に認められているところであるが、<sup>(35)</sup> 形成権の譲受人による形成権の行使は、形成権行使の効果という点では、代理人による形成権の行使と変わらないのである。<sup>(36)</sup> そうであるならば、何故形成権の譲受人による形成権の行使が否定されなければならないのであろうか。

以上のように、形成権は、それが結び付くところの契約関係または債権・債務と分離することができない、という考え方や、形成権は、それが結び付くところの法的地位を有する当事者のものでなければならぬ、という考え方は、契約関係から生ずる権利・義務は、それらが由来するところの契約当事者のものでなければならぬ、という古い考え方の名残であつて、法律や判例・学説によつて契約関係から生ずる権利・義務をその法的地位から分離して移転しうることを認められた今日、形成権の移転可能性を否定するための論拠としてもはや説得力を持たない。<sup>(37)</sup>

### (3) 形成権の相手方の不利益

さらに、形成権の移転可能性に反対する重要な論拠として、関与当事者の不利益が問題とされる。<sup>(38)</sup>

もちろん、形成権の移転が当事者の合意によつて行われる場合には、形成権の移転によつて譲渡当事者に生ずる不利益は、ここでは問題とならない。なぜなら、この場合には、譲渡当事者の契約自由は完全に守られているからである。そのため、形成権の移転によつて譲渡当事者に生ずる不利益は、その者が自ら引き受けなければならぬ。

状況が異なるのは、形成権の相手方との関係である。形成権の移転に形成権の相手方が関与する場合、すなわち、形成権の移転が形成権の譲渡人、譲受人および形成権の相手方の三面契約で行われる場合には、形成権の移転によつて形成権の相手方に生ずる不利益は、ここでは問題とならない。<sup>(39)</sup> この場合には、形成権の相手方の契約自由は守られており、それゆえ、形成権の相手方は、形成権の移転によつて生ずる不利益を自ら引き受けなければならない。

最も重大な問題を投げかけるのは、形成権の移転が形成権の譲渡当事者の合意によつて行われ、ドイツ法におけるように、譲渡当事者の合意のみによつて形成権移転の効果が生ずると考える場合であれ(ドイツ民法四一三条)、日本民法四六七条を類推適用して、形成権の移転を形成権の相手方に対抗するためには形成権の相手方に対する通知また

は形成権の相手方の承諾を要すると考える場合であれ<sup>(40)</sup>、いずれにせよ、形成権の相手方が形成権の移転過程に関与しない場合である。この場合には、形成権の相手方は、自己の関与なしに形成権の移転によって不利益を被るということが生じうる。もちろん、形成権の相手方が自己の関与しない形成権の移転によって不利益を被ることがあってはならない。しかしながら、このことから、形成権の移転可能性は認められない、ということが帰結されるべきではない。ここでも債権譲渡の考え方がわれわれにこの問題を解決するための手がかりを与えてくれるのである。債権譲渡は、譲渡当事者の契約によって行われ、債務者の関与を必要としない。もちろん、この場合に債務者が自己の関与しない債権譲渡によって不利益を被ることがあってはならない。そのため、債権譲渡の法の解釈適用においては、常に債務者の保護という観点から問題が考察されなければならないのである<sup>(41)</sup>。つまり、債権譲渡において立法者は、それによって債務者に不利益が生ずるということから債権譲渡を認めないという選択をしたのではなく、それを認めた上で、そこから生ずる不利益に対しては、別な手段によって対処するという選択をしたのである。そうであるならば、何故形成権について相手方に不利益が生ずるということから形成権の移転可能性が否定されなければならないのであろうか。むしろ、形成権の移転についても債権譲渡におけるのと同じことが認められるべきであり、形成権の移転<sup>(42)</sup>によって形成権の相手方に生ずる不利益に対しては、解釈によって対処すべきであって、形成権の移転によって形成権の相手方に不利益が生ずるということから形成権の移転可能性が否定されるべきではない。

## 五 形成権の孤立した移転 (Die isolierte Übertragung von Gestaltungsrechten)

これまで述べてきたところによれば、形成権の移転可能性に反対する論拠は、いずれも十分な説得力を持たない。それゆえ、形成権の移転可能性が認められるべきであり、契約自由の原則に基づいて、形成権は、原則として当事者

の合意によって移転することができる、と考えるべきである。したがって、わが国の判例・通説とは反対に<sup>(43)</sup>、債権譲渡や債務引受の事案において契約と関連する形成権、たとえば、取消権や解除権も、債権の譲渡人と譲受人または債務者と債務の引受人との合意によって債権の譲受人や債務の引受人に移転することができる、と考えるべきである。<sup>(44)</sup>

もつとも、ドイツの学説は、形成権、とりわけ契約と関連する形成権も債権譲渡の当事者の合意によって債権の譲受人に移転することができる、とするにもかかわらず、契約当事者や債権者としての地位の移転を伴わない形成権の移転、すなわち、形成権の孤立した移転(Die isolierte Übertragung von Gestaltungsrechten)は認められないとする<sup>(45)</sup>。しかしながら、これまで述べてきたところによれば、形成権が契約当事者や債権者としての地位とともに移転されるのか、あるいはそのような地位の移転を伴うことなしに移転されるのかで結論を異にする理由はない。これに対して、契約当事者や債権者としての地位を有しない者は、それらの法的地位と関連する形成権を行使することについて利益を有しない、ということが言われる<sup>(46)</sup>。すなわち、形成権は、債権の行使や実現または契約関係を作り変えること(Umgestaltung)だけに役立つ権利であるため、契約当事者や債権者としての地位を有しない者による形成権の行使は、それらの者に何ももたらさず、そのような者に形成権を与えることは意味がない、というわけである。しかしながら、そもそも法律あるいは解釈論は、——形成権が債務関係の当事者の合意によって与えられる場合であるが——形成権が契約当事者や債権者としての地位を有しない者が譲渡人を代理して形成権を行使することができるとするならば、すでに述べたことがここでも当てはまる<sup>(48)</sup>。さらに、たとえば、間接代理における本人は、代理人によって行われた法律行為から生ずる権利を行使することについて利益を有するし、あるいは取消しうべき債務の保証人は、債務者の有する取消権を行使することについて利益を有する<sup>(49)</sup>。それゆえ、契約当事者や債権者としての地位を有しない者は、それらの法的地位

と関連する形成権を行使することについて利益を有しない、という考え方は、一般化することができず、契約自由の原則に基づく形成権の移転を否定するための論拠として十分な説得力をもたない<sup>(50)</sup>。

## 六 おわりに

債務法の歴史的な発展は、包括的な債務関係とそこから生ずる権利・義務との結合をますます後退させ、債務関係の「客観化および流動化 (Objektivierung und Mobilisierung)」の歴史として特徴づけることができる<sup>(51)</sup>。包括的な債務関係と密接な関係を有する債権・債務をその法的地位から分離して移転しうることが認められた現在、契約関係または債権・債務と結び付けられる権利は、それらの法的地位を有する当事者のものでなければならぬ、という考慮にもはや固執されるべきではない。これまで述べてきたところによれば、形成権の移転可能性に反対する論拠は、いずれも形成権の移転可能性を否定するために十分な説得力を持たない。それゆえ、形成権の移転可能性が認められるべきであり、契約自由の原則に基づいて、形成権は、原則として当事者の合意によって、形成権所持者が有するその他の法的地位とともに、あるいはそのような地位の移転なしに移転することができる、と考えるべきである。もちろん、このような形成権の移転可能性は無限定に妥当するわけではない。形成権も、権利として一般的に権利が移転できない場合には移転することができない<sup>(52)</sup>。しかしながら、このことは、債権譲渡におけるのと同様に、形成権が原則として移転されうるという考え方に何ら影響を与えるものではないのである。

注

(一) Seckel, "Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts", in: Festgabe für Koch, (Berlin, 1903), S.205ff.

- (2) 我妻栄『新訂民法総則』（岩波書店、一九六九年）三三二頁、谷口知平Ⅱ石田喜久夫編集『新版注釈民法（1）』（有斐閣、一九八八年）五四頁以下（田中実・安永正昭執筆）、椿寿夫「形成権」椿寿夫Ⅱ中含寛樹編集『解説条文にない民法』（日本評論社、二〇〇二年）一九頁などを参照。
- (3) 拙著「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』五五巻四号（二〇〇五年）一九五頁以下。
- (4) 「形成権」の移転可能性を論ずるものとして、石坂音四郎「形成権（私権ノ新種類）」『民法研究第一巻』（有斐閣書房、一九一一年）五一頁、同『日本民法債権編第四巻』（有斐閣書房、一九一六年）一一二—一二頁。
- (5) Steinbeck, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, (Berlin, 1994), S.42.
- (6) これに対して、形成権は原則として移転することができないとするならば、反対のことが当てはまる。
- (7) 石坂・前掲論文注（4）五一頁。
- (8) 判例（大判明治三四年九月一日民録七輯五頁）・通説（我妻栄『債権各論中巻一』（岩波書店、一九八六年）三三二頁、柚木馨編集『新版注釈民法（14）』（有斐閣、一九八一年）三二一頁などを参照）は、買戻権の譲渡を肯定する。これに対して、買戻権は、解除権たる性質を有するため、本権と分離して譲渡することができないとするものとして、石坂音四郎「買戻権ノ譲渡ニ就キテ」『民法研究第一巻』（有斐閣書房、一九一一年）一九六頁以下、同・前掲書注（4）一一二頁。また、石坂・前掲論文注（4）五一頁によれば、原則として形成権のみを独立して譲渡することはできない。なお、ドイツにおいても、独自性を有する形成権は、原則として契約によつて移転することができると解せられる（Vgl. Steinbeck, a.a.O., S.44f.; Staudinger=Busche, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., [Berlin, 2003], §413, Rdnr.11; Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2a, 4. Aufl., [München, 2003], §413, Rdnr. 11 [Roth]; Palandt=Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, 64. Aufl., [München, 2005], §413, Rdnr.5.)。
- (9) 石坂・前掲論文注（4）五一頁。
- (10) 石坂・前掲論文注（4）四四頁以下。Vgl. auch Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.I: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., (München, 1987), S.601; Esser=Schmidt, Schuldrecht, Bd.I, Allgemeiner Teil, Teilband2, 8. Aufl., (Heidelberg, 2000), S.311, 318; Staudinger=Busche, a.a.O., §413, Rdnr.13; MünchKomm=Roth, a.a.O., §413, Rdnr.30; Palandt=Heinrichs, a.a.O., §413, Rdnr.7.
- (11) 石坂・前掲書注（4）一一二—一一頁。Vgl. auch P. Bydinski, Die Übertragung von Gestaltungsrechten, (Wien, 1986), S.10f.;



Steinbeck, a.a.O., S.45f.

(12) 石坂・前掲書注(4) 一一一一頁。Vgl. auch P. Bydlinski, a.a.O., S.10f.; Steinbeck, a.a.O., S.45f.

(13) それについて、拙著・前掲論文注(3) 二〇八頁を参照。

(14) 取消権や解除権は、一般的に契約と関連する形成権であるとされるが(それについて、後注〔15〕の文献を参照)、石坂・前掲書注(4) 一一一一二頁は、取消権および解除権は債権と分離できない権利であるとする。また、ドイツの近時の学説も、取消権や解除権を契約と関連する形成権として一律に扱うのではなく、さまざまに場合分けをしてそれらの権利の移転可能性を検討する(それについて、拙著・前掲論文注〔3〕 二〇六―八頁を参照)。

- (15) 大判大正一四年一月五日民集四卷七一〇頁、大判昭和三年二月二八日民集七卷一〇七頁、大判昭和五年三月二九日新聞三一―二五頁、大判昭和二年五月七日民集一六卷九号五四四頁、加藤一郎「債務引受と契約引受」柚木馨Ⅱ谷口知平編集『判例演習〔債権法Ⅰ〕』(有斐閣、一九六六年) 一五七頁、西村信雄編集『注釈民法(11)』(有斐閣、一九七三年) 三四五頁(甲斐道太郎執筆)、安達三季生「債務引受」谷口知平Ⅱ加藤一郎編集『新版・民法演習3〔債権総論〕』(有斐閣、一九七九年) 一六六頁、我妻栄『新訂債権総論』(岩波書店、一九九一年) 五七九頁以下、淡路剛久『債権総論』(有斐閣、二〇〇二年) 四三七頁などを参照。これに対して、ドイツの判例・学説は、債権が譲渡された場合に契約と関連する形成権を譲渡当事者の——形成権の移転についての——合意によって債権の譲受人に移転することができる(RGZ55, 402; BGH NJW1973, 1793; 1985, 2640; BGHZ96, 182〔法定および約定解除権〔Rücktrittsrecht〕〕; BGHZ68, 118〔解除権〔Wandlungsrecht〕〕; BGHZ95, 250〔減額請求権〕; BGHZ96, 146〔修補請求権〕; BGH NJW 1998, 896〔賃貸人の解約告知権〕; Schwenger, “Zession und sekundäre Gläubigerrechte”, AcP182〔1982〕, S.248ff.; Dörner, Dynamische Relativität-Der Übergang vertraglicher Rechte und Pflichten, (München, 1985), S.298f.; MünchKomm=Ernst, a.a.O., §325, Rdnr.30; Staudinger=Busche, a.a.O., §413, Rdnr.13f.; Palandt=Heinrichs, a.a.O., §413, Rdnr.7.)。
- (16) 四宮和夫Ⅱ能見善久『民法総則(第7版)』(弘文堂、二〇〇五年) 二五八頁および——それに賛成して——野澤正充『債務引受・契約上の地位の移転』(一粒社、二〇〇二年) 一一四―五頁、同『契約譲渡の研究』(一粒社、二〇〇二年) 九九頁は、契約上の地位の譲渡があった場合に追認をなしうる状態で行われたときは、法定追認(民法一二五条五号)になり、取り消しえなくなるとする。
- (17) 拙著・前掲論文注(3) 二〇二―三頁。
- (18) 債権譲渡の事案において譲渡当事者間に形成権の移転について合意がない場合に形成権が譲渡当事者間でどのように分配されるか、という問題に関しては、拙著・前掲論文注(3) 二〇五頁以下を参照。

- (19) それについて野澤・「債務引受・契約上の地位の移転」一〇六頁を参照。
  - (20) BGH NJW1973, 1793; Steinbeck, a.a.O., S.41f.; Nörr = Scheyhing = Pöggeler, Sukzessionen, Forderungszession・Vertragübernahme・Schuldübernahme, 2.Aufl., (Tübingen, 1999), §41V2; 拙著・前掲論文邦(8) 1101-113頁。
  - (21) 五十嵐博「私法基本法と契約の自由」『比較民法学の諸問題』(一粒社 一九八四年) 五六-七頁などを参照。
  - (22) Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd.II: Das Rechtsgeschäft, 3.Aufl., (Berlin/Heidelberg/New York, 1979, Nachdruck 1992), S.1.
  - (23) Flume, a.a.O., S.12.
  - (24) Flume, a.a.O., S.7ff.; Raiser, "Vertragsfreiheit heute", JZ1958, S.1ff.; ders, "Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit", in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Bd.I, (Karlsruhe, 1960), S.104ff.; Larenz, Schuldrecht I, S.39ff.
  - (25) Larenz, Schuldrecht I, S.40f.
  - (26) Flume, a.a.O., S.12.
  - (27) ヲノノビノ ヌンシナオコトハ 形成権の移転根拠をドイツ民法四一三条に求める考え方があゝ(Loewenthal, Die Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte unter Lebenden und von Todes wegen, (Köln, 1932), S.7; Kühne, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, (Frankfurt, 1929), S.7; Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, 5.Aufl., 2. Buch, (Berlin, 1928), §413, Rdnr.1; Schlohoff, Die Gestaltungsrechte und ihre Übertragbarkeit, (Breslau, 1933), S.30; Seckel, a.a.O., S.220; Tils, Zur Abtretbarkeit von Gestaltungsrechten, (Köln, 1935), S.11; Waltermann, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten im Rahmen von Geschäftsbesorgungen, (München, 1968), S.19; Staudinger = Kaduk, 12.Aufl., [1994], §413, Rdnr.29)。同条によれば、債権の移転に関する規定は、法律に別段の定めがない限り、他の権利の移転に準用される。形成権の移転根拠を同条に求める論者によれば、ドイツ民法四一三条の広範な文言「すなわち、一般的に」権利(Rechte)」とだけ述べる文言から、形成権の原則的な移転可能性が帰結される。なぜなら、同条は、あらゆる権利は流通し、そしてこれらの権利の移転は譲渡契約によって行われる、ということを意味しているからである。それゆえ、形成権も、主観的な権利としてドイツ民法四一三条に基づいて移転することができると思われる。
- しかしながら、形成権の移転根拠をドイツ民法四一三条に求める考え方は、私の考えによれば、適切ではない。たしかにドイツ民

法四一三条は、一般的に「権利」とだけ言う。けれども、同条は、形成権が同条に言う「権利」に当たるということを積極的に根拠づけるものではない。エンネクツェルスレーマンは、ドイツ民法四一三条から、権利は完全に移転する、という一般命題を引き出すことはできないとし、同条から形成権の移転可能性を帰結することを「概念からの法律効果の詐取 (Rechtsfolgenschleichung)」であるとする (Enneccerus = Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 14. Bearb., [Tübingen, 1958], S.332f.)。また、他の論者によれば、同条は、移転可能性について疑いがない権利の移転「方法 (Art und Weise)」を定めるべきである (Blomeyer, *Allgemeines Schuldrecht*, 4. Aufl., [Berlin, 1969], S.279; *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs* [RGKR], 12. Aufl., [Berlin, 1976], §413, Rdnr.24 [Weber]); Steffen, *Selbständige Gestaltungsrechte*, [Würzburg, 1966], S.86; Stoll, *Besprechung: Eberhard Kühne, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten*, AcP135 [1932], S.236.)。しかも、ドイツ民法典の立法過程の議事録 (Protokolle) によれば、立法者は、同条によって権利移転の「方法 (Art und Weise)」に関するべき事項だけを処理しようとしたことがうかがわれる (それどころか、Vgl. Jakobs = Schubert, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse I*, [Berlin, 1978], S.837.)。

もともと、すでに述べたように、形成権の移転根拠を契約自由の原則に求めるならば、ドイツ民法四一三条が形成権の移転根拠であると考えるか、あるいはドイツ民法四一三条は単に権利の移転「方法」を定めるにすぎないと考えるか、という問題は、差し当たりわれわれの考察にとって重要ではない (Steinbeck, a.a.O., S.42.)。

(28) 野澤・「債務引受・契約上の地位の移転」一一四頁、同・「契約譲渡の研究」九九頁によれば、起草者は、契約上の地位の譲渡はもちろんで、債務引受も否定してはならないとされる。

(29) それどころか詳しくは、前述二(2)を参照。

(30) Larenz, *Schuldrecht I*, S.601; Staudinger = Kaduk, a.a.O., §413, Rdnr.35ff.; Esser = Schmidt, a.a.O., S.318.

(31) 石坂・前掲書注(4)一一一一頁。

(32) Vgl. Steinbeck, a.a.O., S.97.

(33) P. Bydliński, a.a.O., S.29; Steinbeck, a.a.O., S.98.

(34) 石坂・前掲論文邦(4)四四頁以下; Larenz, *Schuldrecht I*, S.601; Esser = Schmidt, a.a.O., S.311,318; Staudinger = Busche, a.a.O., §413, Rdnr.13; Palandt = Heinrichs, a.a.O., §413, Rdnr.7.

(35) 民法一一〇条二項。石坂・前掲書注(4)一一一一頁以下を参照。

- (36) 民法典の立法過程の議論において債権譲渡の許容のためにすでに代理との対比が援用されている（それについて、星野通『民法典論争資料集』（日本評論社、一九六九年）二四二頁、東川徳治『博士梅謙次郎』（鳳出版、一九八五年）二二九頁を参照）。
- (37) それゆえ、債権の譲受人による契約と関連する形成権の行使を認めない考え方と同様に、契約関係または債権・債務と形成権との厳格な結合あるいは不分離のドグマを基礎に置きながら、債権の譲受人による契約と関連する形成権の行使を認めようとする試み、たとえば、契約と関連する形成権の協同（Kooperation）行使—譲渡人は形成権の単独の所持者であるが、この権利の行使は譲受人の同意がある場合に行使することができる—とする見解（前掲大判昭和三年二月二八日；Brügmann, Die Abtretung von Forderungen aus gegenseitigen Verträgen, [Hamburg, 1934], S.42; Piper, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, [Berlin, 1963], S.167; Seetzen, "Sekundäre Gläubigerrechte", AcP169 [1969], S.365.）や譲渡人と譲受人とが形成の意思表示を共同で（gemeinschaftlich）行う場合だけに有効な意思表示と認められる<sup>6</sup>とする見解（近藤民雄「契約解除の当事者を論ず（中）」『新聞』一三九七号（一九一八年）七—八頁；RGZ55, 402; BGH NJW1973, 1793; Gernhuber, "Synallagma und Zession", in: Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, [Tübingen, 1974], S.95; Scheyhing, JZ1986, S.86f.）——および形成権の行使権限の移転（Die Übertragung der Ausübungsbefugnis von Gestaltungsrechten）と<sup>7</sup>の解決提案（Waltermann, a.a.O., S.73ff.）も、形成権の協同行使や形成権の行使権限の移転という法律構成の問題点を一先ず置くとしても、形成権を契約関係または債権・債務と分離することができないという考え方を前提としている点においてすでに賛成することができない（なお、契約と関連する形成権の協同行使という解決提案の問題点については、拙著・前掲論文注〔c〕二〇九頁を参照）。
- (38) Waltermann, a.a.O., S.26; Seetzen, a.a.O., S.365.
- (39) P. Bydinski, a.a.O., S.31.
- (40) 鳩山秀夫『日本債権法総論』（岩波書店、一九三三年）三四五頁。
- (41) 債権譲渡の法の解釈適用における債務者保護の重要性について、拙著「債権譲渡と債務者の異議を留めない承諾」『北海学園大学法学論集』三九巻二号（二〇〇三年）一六二—五頁、同「債権譲渡の通知・承諾の効果（1）——特に契約債権の譲渡について（民法468条2項）——」『商学討究』五四巻四号（二〇〇四年）一九七頁などを参照。
- (42) P. Bydinski, a.a.O., S.31; Steinbeck, a.a.O., S.57, 96f.
- (43) それについて、前述二（2）（ii）を参照。
- (44) 同旨、加藤・前掲論文注（15）一五八—九頁。この考え方に対して、債権譲渡の事案において債権の譲受人に取消権や解除権の行使

を認めたとしても、それらの権利の行使は譲受人にとって利益がない、ということが言われるかもしれない。しかしながら、譲受人が原因関係に基づいて譲渡人との関係において解決を図ろうとする場合 (Vgl. Dörner, a.a.O., S.315f., 321ff.; Nörr, a.a.O., §41V3c, P.)、あるいは譲渡人による取消権や解除権の行使を防ぐという点において (Vgl. P.Bydinski, a.a.O., S.137.)、譲受人が取消権や解除権を譲渡人から譲り受けるということには意味がある。形成権の譲受人による形成権行使の利益について、さらに後述五も参照。

(45) 学説の状況について、Vgl. P.Bydinski, a.a.O., S.32; Steinbeck, a.a.O., S.105. また、石坂・前掲論文注(4)五一頁も、原則として形成権のみを独立して譲渡することはできなうとする。

(46) 安達・前掲論文注(15)一六九頁; Loewenthal, a.a.O., S.27; Seckel, a.a.O., S.225; Tils, a.a.O., S.29; Waltermann, a.a.O., S.26.

(47) 選択権について、民法四〇九条一項。給付目的物の指定権 (民法四〇一条二項) について、奥田昌道『債権総論(増補版)』(悠々社、二〇〇〇年)四二頁などを参照。

(48) それについて、前述四(2)を参照。

(49) ビドリンスキーおよびシュタインベックは、個別の事案において形成権の譲受人が形成権を行使することについてどのような利益を有するかを詳細に検討する (Vgl. P.Bydinski, a.a.O., S.32ff.; Steinbeck, a.a.O., S.105ff.)。

(50) Steinbeck, a.a.O., S.96; Nörr, a.a.O., §41V2; P. Bydinski, a.a.O., S.42f. さらに、形成権の譲受人による形成権行使の利益という問題について言えば、そのような利益は、形成権の移転契約締結についての意思を推認させる一つの要素であって、形成権の移転可能性の問題とは区別されるべきである。

(51) Nörr, JZ1985, S.1095.

(52) P.Bydinski, a.a.O., S.29; Steinbeck, a.a.O., S.50. そのため、一身専属的性質を有する形成権は、移転可能性が認められない (石坂・前掲論文注〔4〕五一頁; P.Bydinski, a.a.O., S.29; Steinbeck, a.a.O., S.50f.)。

ところで、取消権についてときおり人的な性質が主張される。すなわち、意思表示の瑕疵は、契約の締結に関連する要件事実であり、この要件事実が、契約引受や債権譲渡によって何らの影響も受けない。そのため、契約を取り消すことができる者も、契約引受や債権譲渡の前後を問わず、意思表示の瑕疵によって契約締結の意思表示をした者である、ということが言われる (Larenz = Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9.Aufl., [München, 2004], §44IIIb; Larenz, Schuldrecht I, §34VI; Piper, a.a.O., S.212; Kühne, a.a.O., S.94f.)。

しかしながら、この考え方は、私の考えによれば、適切ではない。そもそも法律は、取消権を契約締結の意思表示をした者に結び

付けていないのである (Vgl. Dörner, a.a.O., S.319f.; Schwenzer, a.a.O., S.249; Steinbeck, a.a.O., S.55)。民法一二〇条二項によれば、代理人や承継人も意思表示の瑕疵によって締結された契約を取消することができるのである。また、取消権行使の役目と働きが熟慮されるべきである (Vgl. Schwenzer, a.a.O., S.248ff.; Dörner, a.a.O., S.299ff., 319ff.; P. Bydliński, a.a.O., S.59ff.; Steinbeck, a.a.O., S.54ff.; Nörr, a.a.O., §21IV)。民法典は、意思表示に瑕疵があるときは、取消によって契約関係は遡及的に無効にするとする (民法一二一条)。つまり、民法典は、意思表示に瑕疵がある場合にただちにその意思表示を無効とすることに代えて、意思表示を無効とするか否かの決定を当該契約関係の当事者に委ねたのである。これを取消権行使の役目と働きという面から考察するならば、取消権行使の役目と働きは、ネルが述べるように、無効の抗弁を提起することと何ら変わりはないのである (Nörr, a.a.O., §21IV:クヌー トIIヴォルフガング・ネル〔小川浩三訳〕「契約引受 (Vertragsübernahme)」:新しい法形象の成立」『北法』三九卷三号〔一九八八年〕六〇八頁)。しかも、契約関係や債権を他の者に譲り渡し、もはや契約関係を無効とすることに何らの利益も有しなくなった者に契約を無効とする権能を残す、ということは実に無意味なことである。それゆえ、取消権は、意思表示の瑕疵によって契約締結の意思表示をした当事者のものであると考えられるべきではなく、取消権も、移転可能性が認められるべきであり、したがって、当事者の合意によって移転することができる应考虑すべきである (債権譲渡の事案における取消権の移転について、拙著・前掲論文注〔3〕二〇一三、二〇五―八頁も参照)。

さらに、形成権の移転が認められない場合として、形成権の移転が合意によって禁止される場合、すなわち、当該形成権につき譲渡禁止特約が締結される場合が問題となる。この場合に、譲渡禁止特約の効果が契約当事者に限られるのか、つまり、単なる相対的な効果しか持たないのか、あるいは譲渡禁止特約によって当該形成権が取引から排除されるのか、つまり、絶対的な効果を持つのか、あるいはまたわが国における債権譲渡の譲渡禁止特約におけるように (民法四六六条二項但書)、譲渡禁止特約は、善意の譲受人に対しては対抗することができない、と考えるかは、なお問題となろう。

(完)