HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	契約引受（Vertragsubernahme）：新しい法形象の成立
Author(s)	ネル, クヌート＝ヴォルフガング; 小川, 浩三//訳
Citation	北大法学論集, 39(3), 99-116
Issue Date	1988-10-20
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16636
Type	bulletin (article)
File Information	39(3)_p99-116.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

講演

契約引受（Vertragsübernahme）：新しい法形象の成立

クヌート＝ヴォルフガング・ネル
小川浩三訳

私の講演を、三つの事案を示すことからはじめさせていただきます。一つ目の事案は、使用賃貸借契約で、賃貸人がその全権利を第三者に譲渡し、この第三者がこれにより賃貸人の地位についた、というものです。ここで出てくる問題は、保証人が最初の賃貸人のために賃料債権を保証していたという場合に、新しい賃貸人の債権についても責任を負うか、というものです。二つ目の事案は、ある建設会社が建設機械を購入し、その後この機械のためにリースによる融資を受けたいと思い、このためにあるリース会社が建設会社と製造者との売買契約に参入したところ、後でこのリース会社が「自分は建設会社に欺罔された」と主張する事案です。ここで生じる問題は、だれに対して取消を主張すべきか、建設会社か、製造者か、それとも両方にか、というものです。最後の事案は、次のとおりです。一九五二年に、ある土

地に地上権(Erbbaurecht)が設定されました。後に、土地所有権者も、地上権者も交替し、その際両場合とも、譲受人は、その都度譲渡人に替わって地上権に関する債務契約に参入し、その当事者となりました。地上権設定後三〇年経って、土地譲受人がこの間生じた購買力の喪失に見合うように地代の値上げを請求しましたが、ここで生じた問題は、購買力減少の程度を測定するにあたって、地上権契約の当事者交替前の期間も考慮すべきか、というものです。これら三つの事案は、最近の連邦通常裁判所判例集に三巻連続して現われたものです(第九五乃至九七巻)[1]。三つとも契約引受の事案、すなわち本日私がいたします講演のテーマに関する事案であります。判例集を遡って繰ってまいりますと、遡るにつれて、契約引受の事案だといえる判決の数は、目立って減ってまいります。理由中に契約引受に言及しております最初の判決は、一九六五年の第四四巻に認められます[2]。

この現象は、どのように説明したらよろしいのでしょうか。経済生活で契約引受が登場してまいりますのは、とりわけ、継続的債務関係と長期にわたる継続的供給契約であります。これらの内には、実際、新しい契約類型であって、それが契約引受に馴染むというものもあります。たとえば、熱供給契約がそうです。以前からある契約類型ではありますが、その現われ方が何倍にもなったというものもあります。たとえば、雑誌の定期講読、そしてとりわけ信用契約の場合です。他方で、契約の中には、一〇〇年も前から契約当事者の交替が見られるものもあります。主な事例は、ビール供給契約でありまして、この契約は、バイエルンではとくに重視され、したがって、民法典に付せられた一八九九年バイエルン施行法にその定めがあります。これは、第一三条第二項で、ビール飲食店の亭主がその飲食店を譲渡する場合には、新しい亭主が従前の醸造元とのビール供給契約に参入できるよう配慮しなければならない、と定められております。こういうわけですから、経済生活の進展、事実関係の側面からだけでは、公式判例集で契約引受の判決がふえたことの説明はできません。そうではなく、この現象は、第一には、法解釈学による継続発展の一例であり、法解釈学上の

新しい考え方の獲得なのであります。それ以前には、上で申しました類の事実関係が裁判所に出てきた場合でも、それは、必要に応じて、債権譲渡（民法典第三九八条）ないし債務引受（同第四一四、四一五条）の観点から取扱われました。これは、法曹が民法典の考え方を揺るがせにすることなく厳密に守ったということです。民法典の中心要素となっているのが、第二四一条に規定されている一方通行の債務関係（einbahniges Schuldverhältnis）であり、民法典が原則として予定しているのが、このような債務関係の譲渡だけであって、契約を全体として譲渡することではないからです。たしかに、契約を全体として見るということもあるにはあったのですが、その場合でも、契約の承継が可能であるということを認めたわけではなく、そういった事案の処理は、従前の契約を消滅させ、新たに別の契約を結んだという形で行われました。これから見てまいりますように、法律は、一定の事案に契約引受にあたるものを規定しましたが、この事情がありましても、私が確認してまいりましたことには、何の変わりもありません。と申しますのは、これらの事案は、非常に限定された特殊な事例と考えられたのであって、一般的に承認されている法形象の適用事例だなどとはおよそ考えられなかったからであります。

以上の全発展を理解するために、ここで簡単に歴史を振り返っておきます。契約引受は、ずっと古くからあり、より包括的な概念である権利承継（Rechtsnachfolge）、あるいはもっと正確にいえば参入（Sukzession）*を新しい鋳型に入れて出来上がったものです。参入という言葉を、ここでは、法関係の主体は交替するが、法関係の同一性と連続性は保たれる、という承継の意味で用いることにします。承継の例は、相続、資本会社〔物的会社〕の合併、所有権の譲渡、債権譲渡および債務引受です。しかし、これらの法形象は、みな一挙に生じたものではなく、しだいにそれぞれが承継にあたる事実だと捉えられるようになってきたものなのです。最初にあったのは、相続と所有権譲渡です。この二つに即して承継という考え方の歴史が展開してきたのです。これに対して、この考え方が債務法にまで及んで来たのは後に

なってからのことで、その及び方も、段階的なものでしかありませんでした。すなわち、まず債権譲渡、ついで債務引受、最後がすでにざっと輪郭を示しました契約引受であります。中では、債権譲渡に一番長い歴史があります。[3] ローマ法は、債務関係とは債権者と債務者とをつなぐ法の鎖(iuris vinculum)であるという観念を作り出していました。法の鎖とは、給付を行なう法的な義務ということですが、この言い回しは、ユースティーニアーヌス帝法学提要(3.13 pr.)に由来し、この出典から中世以来普通法によく知られ、これは両当事者の人的な紐帯(persönliches Band)なのだと解釈されました。この見方のために、債権の承継という概念の出現が何世紀にもわたって妨げられました。もちろん、実際の必要から解釈学がこの概念にもう少しで達するところまでいったということは、歴史の流れのなかで再三見られました。たとえば、すでにユースティーニアーヌス帝法にも見られ、さらに中世後期の初期近代的な経済関係においても見られます。しかし、こういった見方に初めて転回をもたらしたのは、理性法の理論家たちであります。彼らは、債権というものが債権債務関係であるだけでなく、客体的な財産という性質ももっているということを明らかにし、物の譲渡と並んで債権の譲渡をも包含する権利の譲渡という一般的な理論を展開しました。ドイツでは、歴史法学派がこれを後戻りさせるということもありましたが、この後退もヴントシャイト(Windscheid)とベーア(Bähr)によって間もなく回復されました。債務関係に関する一八六六年ドレスデン立法草案で、承継の概念は、債権に最終的に貫徹しました。債務引受へといたる発展の流れは、もっと静かでした。債務に承継があるということは、債権の場合以上にイメージしにくいことであり、債務が譲渡可能な対象になったとしても、それはただ受動的な財産上の地位としてでありました。この領域では、更改と指図というローマの考え方がずいぶん遅くまで手が付けられないままでした。現在の理解へといたる道が開かれたのは、ようやく一八五三年のことで、ベルトルト・デルブリュク(Berthold Delbrück)という実務家の筆になる小さなモノグラフィーによってでありました。[4] とはいえ、一度築き上げられると、承継の概念は消極財産に

ついても急速に貫徹し、民法典によっても承認されました。最後に、契約引受が承継の独立した法形象として展開したのは、ようやく今世紀になってからのことです。民法典の契約総則、債権総論中には、契約引受の規定はありませんでした。注目すべきことに、法律行為と債務関係とには高い抽象度が備わっておりましたのに、その狭間にあって契約については、契約当事者の人的関係だという考えが尾を引いていたのでした。いずれにしても、この状態は、民法典施行後も続き、契約全体についても客体化し動産化する歩みはその後にようやくはじまったのでした。今世紀の最初の数十年間、通説は、契約上の地位は債権譲渡と債務引受の合体という道を通らなければ譲渡できないのだという考えに固執しました。ようやく五〇年代になって反対の考え方が地歩を獲得しました。この考え方が解釈論としてまとまったものになったのは、一九六三年にH・ピーパー（Pieper）が著わした教授資格取得論文においてであります。[5] 判例でこの新しい法形象が最終的に承認されたのは、七〇年代のことであります。この発展とともに、契約とは契約当事者の人的な紐帯であるという観念の、いわば最後の砦が崩されたのです。契約当事者の交替は、債権譲渡と債務引受との総和をもはや意味せず、単一の法律行為として捉えられました。契約引受は、それ以後承継の新しい類型としてその地位を確保いたしました。ちなみに付言いたしますと、承継の考え方は契約引受で終わりになっているようには見えず、さらに新しい領域を獲得しております。これについてのもっとも新しい例は、会社設立前の〔設立途上の〕有限会社、つまり、有限会社設立の契約が結ばれてから商業登記簿に登録されるまでの期間の会社〔組合契約〕関係に関する連邦通常裁判所の判例です。一九八一年の判例集第八〇巻のリーディング・ケース[6]以来、設立された有限会社は、設立途上の会社の包括承継人とされておりますが、これによって包括承継のもうひとつ新しい事案が解釈学上に登場することになったのです。

以上述べてまいりましたように、契約引受は新しい法形象であります。そして、こういう事情からしますと、解釈学

がこれをなお全面的に捉え切っていないように見えるとしても、それには何の不思議もありません。[7] とはいえ、基本構造とよべるものは現在すでに確定でき、これが安定したものであることについてはもはや疑いがありません。それでは、この解釈論の基石はどこからえられるのでしょうか。法律にはこの法形象は規定されておりません。ここでまず物をいいますのは、またしても民法典の抽象度が高いことであります。法律行為論に由来する多くの準則が引受契約に適用されますから、契約当事者の交替をめざす合意にも適用されます。引受けられた契約そのもの、つまり引受後の契約の運命については、債権譲渡と債務引受とから一定の準則を引き出すことができます。もうひとつ別の法源となるのが、法律が定めている契約引受の事案であります。法律は、さまざまな領域で、一定の法事象の効果として契約引受にあたる効果を定めました。かつてのもっとも有名な事例は、民法典第五七一条の「売買は賃貸借を破らず」の原則でした。この規定によれば、賃貸物の譲受人は譲受けという行為それだけで当然に(eo ipso)譲渡人と賃借人との間の賃貸借契約に介入します。もうひとつの事例は、保険法からきます。保険をかけられている物が譲渡されると、保険関係は、法律の定めにより新しい所有者に移転します(保険契約法第六九条)。まさにこの規範についての保険法の学説と判例はさまざまの準則を発展させてきましたが、これらの準則は契約引受に関する一般論に適用できます。実務上大きな意義をもつのは、最後に、企業の持ち主が交替する場合に、労働関係も移転することを定める法律です。この規律は、一九七二年に民法典に挿入されました(第六一三a条)。契約引受の解釈論の基石をえるためには、さらに、もろもろの類似の法形象を頼りとすることもできます。この内もっとも役に立つことを実証しておりますのは、会社法、もっと正確に申しますと、人的会社の持ち分譲渡の規律であります。もちろん、これについて展開された法命題を吟味することなくそのまま契約引受に適用してはなりません。これら二つの法形象には、いくつか違いがあるからです。これらの違いの主たる根拠は、会社の持ち分の譲渡には会社構成員資格〔社員権〕の譲渡が伴うものであり、そして、人的会社の社員権は

単なる契約当事者たる地位以上のものだ、ということであります。

以上の諸要素から、契約引受の解釈論が立てられます。無論、法学のあらゆる分野におけると同様、欠缺部分が残りますが、これは、法曹が巧みに充塡していかなければならないものです。充塡に際しては、通常論争が生じ、この論争は、しばらくしてようやく共通の意見（communis opinio）〔通説〕が形成されて落着します。以下では、私は、二つの問題領域を論ずることにしますが、これらは最近になって初めて論争を呼び起こしたものです。これに続けて三つ目の問題領域を論じますが、それは、この問題を論ずることで承継という考え方の核心にいたると思うからであります。

第一の問題領域は、引受契約の締結に関するものです。この契約には、三人の利害関係人が皆関与しなければなりません。すなわち、契約を引受ける者、契約から離脱する者、および契約に残る者の三人です。三人全員の関与は、私的自治の原則から要請されます。私的自治の原則は、契約当事者をだれにするかの選択の自由を含むものだからです。この点については、争いがありません。また、三人の関与者に二つの道が開かれていることにも、従来は争いがありませんでした。すなわち、三人の関与者が三面的な契約を結ぶこともできますし、また、二人の関与者が契約を結び、第三の者が同意を与えるということもあります。両方の結び方とも可能だと、連邦通常裁判所も含めて裁判所は繰り返し明言しております。この考え方に対して、最近異論が提起されました。二年前にH・デルナー（Dörner）の『動的な相対性』と題する教授資格取得論文が出版されました。この書物がめざしたのは、特定承継（Singularsukzession）の体系ないし全体的理論を明らかにするということでしたが、この特定承継の体系とは、債権譲渡、債務引受、契約引受、ならびに第三者のためにする契約を統合して説明できるものであります。本講演の問題設定との関連では、デルナーは、まず債務引受を論じます[8]。法律の定めでは、債務引受のやり方には二通りの方法があります。すなわち、引受人と債権者との契約で行なう方法（第四一四条）と、引受人と離脱者〔債務者〕とが契約し、債権者が同意するという方法（第四

一五条）との二通りの方法があります。デルナーの考えは、およそ引受契約というものの基本となる型は第四一五条の定める型なのだ、ということです。したがって、彼の考えでは、この基本型は契約引受にも当然あてはまることになります。この基本型のほかに、三面的な契約を認める余地はない、というのであります。この主張の基礎づけを、デルナーは出捐という概念からはじめます。契約引受の事案で出捐が行なわれるのは、契約から離脱する当事者と契約に参入する当事者との間です。彼らの間で積極、消極の財産価値の移動が行なわれるからです。それならば、この出捐関係にこそ引受行為の規律の重点がある、というのがデルナーの主張です。契約に残る者にとって大切なことは、契約引受人の財産状態及び支払能力が契約から離脱した者の財産状態等より悪くないかということです。この見方からしますと、契約に残る者も引受契約に利害関係をもってはいるが、しかしそれは間接的なものにすぎない、ということになります。以上のことから、デルナーは、引受契約の両当事者と契約に残る者との間には「利害関係の落差」がある、という結論を導きます。この利害関係の落差に適合するのは、三面的な契約ではなく、四一五条が定める型に従う契約だけだというわけです。しかし、この利害関係の落差は、デルナーはあんなに強調していますが、単に主張しただけで、そこに留まっています。基準が展開されて、それに即して関与者それぞれの利害関係が衡量され、評価されているわけではありません。債権者が債務者の支払能力につきもつ利害関係が、契約からの離脱者と契約引受人とが彼らの間の財産移動につきもつ利害関係より小さいものと評価できるというのは、いったいどういうわけからなのでしょうか。ここには、またしても利益法学の罠が示されています。もうひとつ別の考慮がつけ加わります。それは、利益状況によっては、契約引受の切っ掛けを与えるのが契約に残る者その人だという場合もあるという考慮です。その一つの例がすでに言及したビール供給契約です。この契約を居酒屋の新しい亭主に引受けてほしいというのですから、そこでは醸造元、したがって契約に残る者がビール販売にもつ利害関係が前面にでているのです。したがって、結論的には、デルナーの考え方は

取らず、関与者にはどの道を通って引受契約を結ぶかの選択権がある、とすべきであります。

二つ目の問題領域は、最初の問題領域に関連します。引受契約締結に際して意思に瑕疵があった場合の効果の問題です。民法典が意思の瑕疵について規律するさい念頭にあったのは、単独行為と双方的な契約であって、必然的に三当事者が契約に関与するという利益状況は念頭にありませんでした。もちろん、若干の規定は表示者と表示の受取人のほかにさらに別の第三者に言及しております。とりわけ、第一二三条第二項第一文の詐欺に関する規定がそうです。この規定によれば、第三者が欺罔を行なった場合に、欺罔された者が取消できるのは、表示の相手方が第三者の欺罔行為を知っていたはずだという時だけであります。しかし、ここで第三者として法律が考慮している者は、契約締結に関与していない者であります。ところが、引受契約には、三人の利害関係人全員が関与しております。この場合には、三人の利害関係人が三面的な契約を結ぶか、それとも、三人のうち一人が同意という形で契約に関与するか、は問題になりません。どちらの場合でも、表示者がその意思表示を取消したいと思う場合には、他の二人の意思表示の受取人が彼に向かいあうことになります。ここから、損害賠償についての推論も導きだされます。錯誤を理由にしてその意思表示を取消す者は、一定の要件があれば、意思表示の受取人に対し損害賠償しなければなりません。例を、引受人が引受けられた契約の内容について、たとえば自分が負うことになった債務の価額について錯誤をしている場合に取りましょう。この引受人は、第一一九条第二項に従って取り消すことができますが、しかし、第一二二条に従って他の二人に損害賠償しなければなりません。これは、二人の内の一人が同意という形でしか契約に関与しなかった場合でも同じであります。

答えることのもっと難しい問題は、取消権者はだれに対して取消の意思表示をしなければならないかという問題です（第一四三条）。一番簡単な解決法は、取消は常に自分以外の両当事者にしなければならないというもので、これを取れば、一人に対してだけ表示された場合には取消の効果は生じないということになります。この解決法には、それだけで

はっきりしているという利点がありますが、その欠点は、取消権者が二番目の取消の意思表示をしなかったが、この過ちは許されるものだという場合にも、取消権者には救済策がなくなってしまう、ということです。二つ目の解決法は、取消すことができる意思表示を当該具体的事案ではだれに行なったかを考慮して、この意思表示の名宛人である当事者を取消の意思表示の名宛人とするものです。しかし、この解決法は、三面的な契約締結には、ほとんど貫徹できません。三番目の解決法は、取消権者に選択権を与えて、彼が欲する者に対して取消の意思表示をするというものです。しかし、この解決法を取る場合には、補充的に取消の名宛人となっていない第三の当事者のことを配慮しなければなりません。この第三の当事者は、取消のことを知らずに、一定の財産処分をしたり、しなかったりするからです。この取消の意思表示の名宛人の問題を、連邦通常裁判所は、本講演の最初に言及した建設機械のリースの事案で扱うことになりました。[9] 連邦通常裁判所は、すべての解決方法を論ずることなく、最初の解決方法を取ることに決め、取消が有効になるのは、その意思表示が他の二人の関与者に対してなされた場合だけだ、という命題を立てました。ここで重要なことは、この裁判所がその採用した解決法を、引受契約が三面的になされたか、それとも二面的になされて三番目の当事者が同意するというように締結されたか、つまり引受契約の結び方とは関係がないとしていることです。この考え方は、私の考えでは、拡張することができ、一般原則として次の準則を打ち建てることができます。すなわち、引受契約に瑕疵がある場合には、同じ基準に服し、当事者がどのような契約締結方法を選んだかには関わらない、という準則です。

ここまで論じてきた問題は、引受行為、すなわち引受という効果をもたらす契約に関することでした。三つ目の問題領域として、行為の対象つまり引受けられる契約そのものに目を向けることにします。契約は引き受けられたことによって、一方では、当事者を交替し、離脱するものに替わって引受人が登場しました。しかし、その他の点では、引受けられた契約はその同一性を保持しました。少なくとも、原則はこういうことです。契約引受を承継の事案として扱うのも、

承継という概念に、法律関係の主体は交替したけれどもこの関係そのものは連続し、同一性も維持されているという考えが結び付いているからです。したがって、契約関係は、主体交替の時点の状態で移転されます。この例となるのが、この講演のはじめに言及した、地上権の賃料値上げに関する連邦通常裁判所の判決です。[10] この判決の背景は、金銭債務の名目主義という昔からの問題です。名目主義の原則は相変わらず維持されていますが、しかし、判例がこの原則と異なる扱いをする領域が、恒常的にふえています。こういった領域の一つに、最近では、地上権の賃料も加えられています。連邦通常裁判所は、地上権の賃料の調整を許していますが、それは、六〇パーセントをこえる金銭価値の減少があった場合のことです。本講演で問題にしている判決では、地上権契約の当事者は二度の契約引受により双方ともに交替していました。しかし、こういった当事者の交替という事象によっては、購買力の喪失の算定に際して全期間が考慮に入る、したがって、契約引受より前の期間も考慮に入る、ということに変わりはありません。

同一性の原理が現われている例は、いくらでも増やすことができます。たとえば、最初に引き合いにだしました、保証に関する連邦通常裁判所の判決もこの例の一つです。[11] 賃料債権の保証人となった者は、賃貸借契約の引受人に対する賃料債権にも責任を負います。しかし、同一性の原理も無制限に妥当するものではありません。利益状況によっては、同一性の考え方だけでは十分でなく、さらに別の考慮が働く、そういう場合があります。こういう利益状況を、以下で論じてみたいと思います。最初の例は、引受けられた契約が無効だったという場合です。原則は、引受後の契約の有効、無効は、引受前の契約の有効、無効に一致する、ということです。引受前の契約が条件付、期限付きであれば、引受後も条件付、期限付きですし、引受前が無効、あるいは取消得る場合であれば、引受後も契約は、無効あるいは取消得るものです。しかし、ここにもやはり、例外があります。たとえば、官庁の認可を必要とする契約は、別の扱いとなります。一つ例をあげます。土地取引法（Grundstückverkehrsgesetz）によりますと、農地の売却には、農業政策上の理由

から、官庁の認可が必要です。この認可は、条件に係らしめることができますが、中でも、当該土地の買主が、購入後も農業従事者に小作にだすという条件に係らしめることができます。[12] そこで、土地がまず農業従事者に売られたという場合には、認可はそのまま無条件に与えられ、売買契約は完全に有効です。ところで、この買主である農業従事者に替わって別の職業に従事する都市住民がこの売買契約を引受けることになりますと、改めて認可が求められなければなりません。これにより、官庁は、引受によって新たに売買契約の当事者となった者が、土地を購入後も小作にださなければならないかどうか、審査できることになります。ここでは、法的に見ますと、独特の状況が生じています。完全に有効な売買契約が、契約引受により、この行為から当然に、有効、無効の決まっていない契約に後戻りする、という状況が生じているのです。この結果は、土地取引法の目的から要請されるものです。この目的に対しては、同一性の考えは先を譲らなければなりません。ここでは、契約の有効ということが、契約一方の当事者がもつ一定の性質と結び付いています。したがって、この当事者が交替すれば、契約が有効かどうかという問題が、改めて立てられるのです。

次のテーマは、形成権です。これをどう扱うかということは、特定承継一般に関する問題としても、もっとも争いのある問題の一つです。とはいえ、形成権に関しては、契約引受の状況の方が、債権、および債務の別々の移転、つまり、債権譲渡と債務引受の状況より単純です。私は、以下では、まず債権譲渡の問題に立ち入って論じておくことにしますが、ここで述べたことは、必要な変更を加えれば債務引受にも当て嵌まることです。譲渡される債権は、大抵の場合、双務契約から生ずるものです。したがって、こういう債権は、通常、反対債権と牽連関係にあります。この牽連関係にあるということが、双務契約から生ずる債権の重要な特徴の一つなのです。ところで、こういった債権が譲渡されますと、同一性の考え方からすれば、債権はいわば孤立して移転するのではなく、牽連関係にあるという性質をもって移転することになります。しかし、牽連関係にあるという性質は、債権者の地位そのものに由来するものではなく、全体と

しての契約上の地位に由来するものであり、この全体としての契約上の地位から見れば、債権者たる地位はたかだかその一部であるにすぎません。言い換えると、債権譲渡によって移転するのは債権者たる地位に尽きないのであって、契約上の地位の一部もまた移転するということになります。この一部をどう決めようと、とにかく契約上の地位の一部が移転するのです。しかし、この推論は、法律の考え方に著しく矛盾するものです。法律は、譲受人に債権者の地位を与え、彼をいかなる形であれ契約当事者にはしておらず、したがって、譲渡人と債務者との間の契約に譲受人が参加するということを望んでいないのです。この矛盾を解消するためには、債権譲渡に関して、同一性の意味を限定して理解するしかありません。同一性の限定という結論は、当然のことながら、同一性の概念そのものから引き出すことはできず、別の観点から導きだされるものであります。このことは、形成権についてとりわけ当て嵌まります。形成権の行使が譲受人と譲渡人の間でどのように割り振られるか、この両名のうちだれが債務者の形成権行使の意思表示を受取る権限をもつかという問題は、同一性という考え方からは答えることはできず、元へ戻って別の考慮をしなければなりません。ところで、この問題については、契約引受の状況の方がもっと簡単です。というのも、引受人は、契約から離脱する者の契約上の地位をすべて承継し、したがって、債権ないし債務が牽連性をもつという性質から困難な問題が生じないからです。こういうわけで、引受人には、契約の解除権、解約告知権もあり、したがって、契約不履行を理由として損害賠償へと移行する権利もあります。無論、何の摩擦もなしに、意思の瑕疵による取消についても考えを進めることができるというわけではありません（なお、ここで論じているのは、引き受けられた契約の取消のことであって、すでに述べた引受契約の取消のことではありません）。契約から離脱する者が、錯誤に陥った、あるいは、彼が欺罔されたという場合には、同一性の考え方は、もはや役立ちません。というのも、意思の瑕疵は、契約の締結に関係する要件事実で、この要件事実は、契約引受によっては何も変更を受けないからであります。契約の解釈と比較してみましょう。引き受

けられた契約の解釈にあたって基準となります状況は、契約から離脱する者とそこに残る者とがこの契約を結ぶ、その時にあった状況です。これと同じに考えると、契約を取り消すことができる者も、契約引受の前後を問わず、意思の瑕疵により契約締結の意思表示をした者だということになります。したがって、別の面から問題にアプローチしなければなりません。立法者が意思の瑕疵を考慮し、それを取り除くことに決めたときに、立法者には、二つの解決方法がありました。一つは、意思の瑕疵によって意思表示の無効という効果が生ずるという解決方法で、もうひとつは、民法典で最終的にはその採用を決めた解決方法である、意思表示を取消得るとする者、つまり、表示者にその意思表示を無効にするかどうかを任せるという解決方法です。したがって、取消権というのはまったくの技術的な道具であって、その目的は、端的に無効とすることに替えて、無効とするかどうかの決定を、当該契約当事者に委ねるということであります。この機能が、真の意思を勝たせることだということに着目すれば、この二つの解決方法は、相互に互換可能であります。ところで、民法典が第一の解決方法を選んだのだとすれば、契約引受人が契約の無効を引き合いにだす〔援用する〕ことができるということには、何の疑いもありません。技術の観点から見れば、二つの解決方法が互換的だと考えることには異論がありましょう。しかし、機能の面から考察すれば、第二の解決方法にも別段変わったことはないということができます。取消という形成権の行使の役目と働きは、無効の抗弁を提起することと同じなのです。したがって、引受人に取消権を与えるべきであります。この結論は、別の考慮からも正当化できます。すなわち、取消権は空虚な空間を漂っているわけではなく、契約に結び付いたものであり、したがって契約当事者のものでなければならないという考慮です。契約をその効果ともども他人に譲渡し、しかも、よりによってその契約を無効にする権能をもはやその契約とまったく無関係になった者に残すということは、無意味なことであります。無論、この解決方法も無限定に妥当するわけではありません。さらに、不可分の契約と可分的な契約とを分別しなければなりません。不可分の契約というのは、給付

が一回きりの契約、そうでないとしても、給付が一体的な契約、たとえば、何巻もあるコメンターの予約などであります。この場合には、無限定に、契約の引受人に取消権が認められます。時間的に分割可能な契約、たとえば賃貸借やビール供給契約の場合には、事情は異なります。ここで思い出していただきたいのは、民法典が契約の一部無効を規定しており（第一三九条参照）、そしてこの一部無効の一部ということが時間という要因についても認めることができるということであります。契約引受の場合にも、この一部無効という法形象を用いることができます。この考え方によれば、契約から離脱した者には、彼が契約当事者であった期間につき取消権が残ります。彼は契約を取消しますが、それは、時間という面から見て、一部にすぎないのであって、彼の取消の効果は、引受前の契約の無効という一部無効であります。これに対応して、引受人には、彼が当事者となっている期間につき取消が認められ、引受人の取消の効果は、引受後の契約の無効という一部無効であります。

以上同一性の問題について考察してきたことを簡単にまとめることにします。契約引受は、新しい法形象の一つであり、権利承継ないし参入の新しいカテゴリーの一つであります。これを承継というのは、契約当事者は交替するが、その他の点では、契約関係の同一性が保たれているからです。とはいっても、すでに述べてきましたように、同一性の概念ではうまくいかなくなる利益状況も若干あります。それにもかかわらず、この考え方は維持しなければなりません。同一性という概念は、真性の法学の概念の一つであります。他のすべての概念と同様、同一性の概念も一定のプログラムを内に含んでおります。プログラムとは、その内に説明の諸要素と規範の諸要素とがまとめて見いだされるものです。私どもがこのようなプログラムを必要といたしますのは、生活の諸現象の藪のなかに一本の道を通すためです。概念がなければ、世界は近づくことができません。法学の世界も同じです。もちろん、ただ一つのプログラムしかないのではありません。多くの、数えきれないほど多くのプログラムがあります。これら数多くのプログラムを一つにまとめあげ

ることには、まだだれも成功しておりません。かくして、これらのプログラムは、相互にぶつかりあい、抵触し、あるいは差し当たりの妥協点を求めています。いかなるプログラム、いかなる法学の概念といえども、まったく形だけで主張されるということはなく、また、そのすべての帰結にまでわたって実現されるということもありません。プログラムや概念は、かならず削り落とされたり制限されたりするものです。しかし、法学の概念を以て取り組まねばならないという必要性は、この事実によっていささかも損なわれはしません。法の発展が一歩、また一歩進むたびごとに、この必要は確認されます。契約引受もまたこの例外ではありませんでした。

(1) BGHZ 95. 88; BGHZ 96. 302; BGHZ 97. 171.

(2) BGHZ 44. 229.

(3) 債権譲渡の歴史については、以下の文献参照。H. Schumann, Die Forderungsabtretung im deutschen, französischen und englischen Recht, Entwicklung und heutige Gestaltung, 1924; K. Luig, Zur Geschichte der Zessionslehre, 1966; ders., Zession und Abstraktionsprinzip, in: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert II, 1977, S.122; B. Huwiler, Der Begriff der Zession in der Gesetzgebung seit dem Vernunftrecht, 1975; ders., Begriff und Rechtswirkung: zum Zessionsrecht des Obligatoinenrechts von 1881, in: Das Obligationenrecht 1883-1983, hg. v. P. Caroni, 1984, S.209.

(4) Berthold Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preußischem Rechte, 1853.

(5) Helmut Pieper, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt: zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Vertragsverhältnis, 1963.

(6) BGHZ 80. 129.

(7) 以下の説明については、Nörr, in: K. W. Nörr/R. Scheyching, Sukzessionen (Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen, hg. v. J. Gernhuber, Band 2), 1983, S. 246 ff.

（8） Heinrich Dörner, Dynamische Relativität: der Übergang vertraglicher Rechte und Pflichten, 1985, S.133 ff.

（9） BGHZ 96.302 （評釈 Dörner NJW 1986 S. 2916 ff.）.

（10） BGHZ 97.171; BGHZ 96.371 も参照。

（11） BGHZ 95.88 (評釈 Nörr JZ 1985 S. 1095 f.)

（12） 土地取引法第一〇、一一条。

＊ Nachfolge と Sukzessionとは、厳密にいえば、異なる概念である。後者は、既存の法律関係の下に(sub)第三者が入って来る（cedere）こと一般を意味し、したがって、第三者が従前の当事者と交替する場合も、従前の当事者と重畳的に法律関係に参加する場合も包含する。前者は、交替する場合だけを意味する。しかし、本講演では、ほとんどの場合両者を同義的に用いている。したがって、Sukzession の訳語としては、Nachfolge と区別せず「承継」を用い、例外的に広義で「参入」という訳語も用いた。なお、Nörr, in: Nörr/Scheyching, a.a.O., S. 2 参照。

［付記］本講演は、一九八七年一〇月二日北海道大学法学会で行われたものである。講演者は、現在テュービンゲン大学教授で、民法、ローマ法、教会法(史)などを講じている。略歴を簡単に紹介すると、一九三五年に生まれ、一九六〇年にミュンヘン大学で学位を取得し（学位論文 Kirche und Konzil bei Nicolaus de Tudeschis (Panormitanus), Böhlau, Köln, Graz, 1964)、一九六五年に教授資格取得（論文 Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat, Beck, München, 1967）後、一九六六年よりボン大学教授、一九七一年以降現職にある。また、ボン大学教授就任以来 Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung の編集者を勤めている。法史学者としての特色は、師の Wolfgang Kunkel および Stephan Kuttner の影響からか、学説史(Dogmengeschichte)を重視するという点にあると思われるが、現行法の解釈を論じた本講演でも、氏のドグマーティクに対する態度を読み取って頂けるであろう。ちなみに、氏が本講演のテーマについて研究するに至った直接の切っ掛けは、注でも引用されている Handbuch des Schuldrechts の執筆であるが、これを引き受けたのは新しい法領域でのドグマーティクの形成に興味を感じたからとのことである。氏の業績を扱った邦語文献として、上田徹一郎・田中実・石田秀博「クヌート・W・ネル『自然法と民事訴訟――一九世紀初頭に至るまでの自然法時代のドイ

ツ民事訴訟法史研究」『法と政治』三八巻二号（一九八七年）一七七頁、拙稿「Azonis Summa in C.2. 10 ―― K. W. ネル『早期学識法訴訟手続における審判人の地位について』の紹介を兼ねて ――」本誌三八巻二号（一九八七年）二九五頁がある。今回の来日は、日独法学会の招待によるもので、札幌の他に、東京、大阪、京都でも講演した。それらについては、『日独法学12』を参照していただきたい。

（訳者）