

「契約形成権授与契約」について(一)

本田 純一

一 問題の所在

「契約形成権授与契約」(Optionsvertrag)とは、契約関係を一方的意思表示によって形成することができる権利(契約形成権)を附与する契約のことである。⁽¹⁾この種の契約類型は、主としてドイツにおいて実務の要請に基づいて発達したものであるが、他の諸国(仏・伊・瑞・英・米)にも広くその存在が確認される。⁽²⁾これに対して、わが国では、近時ようやく「契約形成権授与契約」を一つの契約類型として契約法の中に位置づけようとする試みがあらわれてきたところである。この見解は、売買一方の予約(民法五五六条)の性質を契約形成権(形成権)を附与する契約であるとする。これまでのわが国の通説が、予約完結権の行使前にすでに売買契約が締結され、当事者の(停止条件付)権利が発生していると説明して、予約完結の意思表示があつて初めて契約が成立したと観念する当事者意思に必ずしも合致しているとは思われないことを考えあわせると、この

見解は注目に値するものといえる。⁽³⁾そこで問題は、この立場をとると通説との間にどのような実際上の差異が生じるかである。本稿の目的は、まずドイツにおける「契約形成権授与契約」理論の発展を探索し(第二節)、ついでこの理論を再売買の予約(Wiederkauf)に適用した場合に停止条件説と比較していかなる異同があるのかを考察し(第三節)、最後に、この理論をわが国の解釈論に導入した場合にその適用の意義を検討する(第四節)にある。

(一) D. Hennich, Vorvertrag Optionsvertrag Vorrechtsvertrag, S. 227 ff.; K. Larenz, Die rechtliche Bedeutung von Optionsvereinbarungen, DB 1955, S. 209 ff.; Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, 1962, S. 95 ff.; Lorenz, Vorzugsrechte beim Vertragsabschluss, Festschrift für Dölle, I, 1963, S. 103 ff.; W. Schumann, Die Option, Diss. Tübingen 1969; Georgiades, Optionsvertrag und Optionsrecht, Festschrift, für Larenz 1973, S. 409 ff.; Cartellieri, Die Option, BB 1948, S. 162 ff.; I. Najjar, Le droit d'option contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, 1967. わが国では、浜上則雄「契約形成権授与契約」について——一つの契約類型として——」ジュリスト三八九号八一頁。

(2) ドイツ民法典(BGB)は、「契約形成権」の概念を知らない。債権法各則で先買権(五〇四条)・再買権(四九七条)を規定するだけである(Schumann, a. a. O., S. 1)。

(3) Henrich, a. a. O. S. 20, 41, 59. イタリアでは、契約形成権 (opzione) が明文で認められていない (Vgl. c. Art 1331)。

(4) 浜上・前掲ジュリ三八九号八一頁。

(5) 我妻栄・債権各論 (中巻一) 二五七頁、柚木馨・注釈民法 94 九五頁。

(6) この理論は、予約完結権の授与契約と予約完結権自体の行使によって生じる契約とを切断するので、もっとも当事者意思に合致する (浜上・前掲八五頁参照)。

二 「契約形成権授与契約」理論の発展

(1) 「契約形成権授与契約」は、ドイツ法において固有の歴史を有している。ドイツ普通法学は、契約締結以前に当事者双方が何らかの交渉をもつ場合に、いつからその者たちを契約に拘束すべきかという実際目的を達成するために、「予約」(Vorvertrag) という契約類型を考え出した⁽¹⁾。そして、デーゲンコルフによって、今日一般に主張されているような「予約」概念が確立された⁽²⁾。彼により、「予約」は、本契約とは別個の、契約当事者の一方または双方に契約締結義務を負わせる独立の契約類型になった⁽³⁾。この「予約」理論は、今日でもなお維持されつづけている⁽⁴⁾。ところが、この理論によれば、本契約を実現するためには相手方の意思表示が必要であり、相手方がこれをしていないときには意思表示に代わる判決を求めることが必要であった。「契約形成権授与契約」理論は、この迂路を回避するため

の一手段として展開されたものである⁽⁵⁾。

(2) ついで、この「契約形成権授与契約」に「予約」とは別箇の独自の内容を与えるために、とりわけ契約形成権 (Optionsrecht) なるものを案出し、右の契約を民法典の体系内へ導入して、これに適用可能な法規範を考え出す努力がなされてきた⁽⁶⁾。そして、現在の通説は、契約形成権を申込の受領者の地位と同一視し、そこからいくつかの諸原則を導き出す。すなわち、この契約形成権者と申込の受領者との法的地位の間には、たしかに、発生原因としては一方は契約によって基礎づけられ、他方は申込の効果によって生じるという差異があるが、しかし、その生じた機能としては、どちらも一方的意思表示によって契約を締結することができる点で本質的な相違はない、とするのである。この通説の立場からは、契約形成権授与契約をめぐる諸々の問題は、申込の拘束力の理論とバラレルな形で把握される。その結果、たとえば義務者による有責な契約締結の侵害は、契約締結上の過失 (culpa in contrahendo) 責任や積極的契約侵害を理由とする損害賠償責任によって処理されるべきだと解されている⁽⁷⁾。

(3) これに対して、近時、申込の受領者の地位は形成権 (Gestaltungsrecht) ではなく、たんなる権能 (Befugnis) にすぎないと解する立場が有力になってきた⁽⁸⁾。この立場に立つと、申込の拘束力の理論とバラレルに形成されてきたこれまでの「契約形成権授与契約」の理論は、もはや維持できなくなる。そこで、いくつかの新しい試みがなされている。

まず、シューマンは、通常の契約締結の方式⁽¹⁾の他に、権利者の一方的意思表示だけで契約が成立する場合があることをみとめる。そして、このような契約は、「申込」承諾の産物ではなく、一方的な権利形成の結果であり、それゆえ「実質的合意主義」を放棄して、権利者の一方的意思表示のみによって基礎づけられる」とする。彼は、このような理解によって、「契約形成権授与契約」をめぐるすべての諸問題を契約形成権という私権⁽²⁾（形成権）の一般理論から導き出そうとする。

ゲオルギアデスは、次のように主張する。「契約形成権授与契約」は伝統的な法形式によっては理解することのできな⁽³⁾法取引の発展によって惹起された新たな法制度である。このことの認識が、「契約形成権授与契約」を理論的に把握し、現行法体系の中へ組み入れるためには必要である。「契約形成権授与契約」の場合、たしかに一方的意思表示によって契約が実現されるが、この意思表示はすでに契約形成権授与契約の中で双方の合意の下に附与されていることを看過してはならない。それゆえ、この契約形成の一方的な意思表示は、契約形成権授与契約と別個の法律行為ではなく、それと結合した本契約の合成的構成要素である。このような立場から、彼は、契約形成権行使前の被拘束者（契約形成権の附与者）の義務の根拠について、被拘束者は契約形成権授与契約から直接義務を負うものであり、この義務違反は法定債権関係ではなく契約形成権授与契約の債務不履行として、債権法の一般原則に従って処理されるべきものとする。また、対価が交付されて双務契約となるときに

は、危険負担が問題になるとする。

- (1) Henrich a. a. O., S. 6; Koutrouboussis, Die vertragliche Verpflichtung zum Vertragsschluss. Diss. 1971. S. 3f.
- (2) Henrich, a. a. O. S. 6 ff.; Koutrouboussis, a. a. O., S. 3 ff.
- (3) Koutrouboussis, a. a. O., S. 4.
- (4) Henrich, a. a. O., S. 6; Koutrouboussis, a. a. O., S. 3.
- (5) Koutrouboussis, a. a. O., S. 14 f.
- (6) Vgl. Georgiades, a. a. O., S. 409, Anm. 2 u. S. 410, Anm. 3.
- (7) Larenz, a. a. O.; Lorenz, a. a. O.; Henrich, a. a. O.
- (8) Georgiades, a. a. O., S. 411; Vgl. Lorenz, a. a. O., S. 116.
- (9) Schumann, a. a. O., S. 19; Vgl. Henrich, a. a. O., S. 271, 275 f.
- (10) この立場は、形成権の機能的把握の意義を提唱するベッチェルの二つの論文の影響を強く受けた。ベッチェルは、申込の受領者の地位を形成権とすることは、契約を二つの単独行為に融解させてしまうが、それは両者の法効果を別個に取扱う民法の規定（「民法一一一条」〔同意なき単独行為〕・「民法一八〇条」〔単独行為の無権代理〕、「民法一〇八条」〔同

意なき契約」・一七七条〔無権代理—契約—〕に矛盾する、という。(制限行為能力者・無権代理人のなす契約は追認されうるが、その単独行為は無効である。従って承諾は無効であるのに契約は追認可能ということになる〔本間義信・〈紹介〉民事訴訟法雑誌一二号二一〇頁参照〕)。

ついで、ゲオルギアデスは、契約形成権と申込の受領者の地位の差異を次のように説明する。第一に、両者は利益状態を異にする。申込者が申込の承諾にかなり長い期間を申込の受領者に与えるときには、契約を締結しようという関心は申込者にある。彼は、長い考慮期間を与えることによって承諾者が契約締結するための刺激を与える。これに対し、契約形成権の場合、契約締結に関心をもつ者は契約形成権者自身である。彼は、このために相手方に対価を支払うことがある。第二に、申込の拘束期間は、それが契約の一要素であることからできるだけ短かくあるべきなのに対して、契約形成権の場合には通常五年・一〇年・三〇年存続することがある。(これについて詳しくは、Böttcher, *Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungs klagerrecht*, Festschrift für Dölle, 1963 I, S. 41; *Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht*, 1964; Georgiades, a. a. O. 参照)。

(11) 申込と承諾の意思表示の合致による契約の締結

(12) すなわち、契約形成権は—私権として—被拘束者による侵害から保護され、譲渡性があり、被拘束者の破産後も

存続し、仮登記によって保全される (Vgl. S. 29)。

(13) Georgiades, a. a. O., S. 411 f., 422 f.

(14) Georgiades, a. a. O., S. 434. 彼の見解は、この点で契約形成権の行使だけを本契約の構成要素として捉えるベッチェルやシェーマンと異なる (Vgl. Böttcher, *Besinnung*, a. a. O.)。

三 「契約形成権授与契約」理論による再売買の予約の構成

(一) 判例と契約形成権授与説の概観

(i) 判例及び一部の学説

一部有力学説⁽¹⁾や判例⁽²⁾は、基本的には「契約形成権授与契約」理論を承認するにもかかわらず、再売買の合意については、依然として再売買の予約完結権の行使を停止条件とする買戻契約と解している。その理由は、この構成をとれば、再売買の予約完結権の行使前の買主(予約義務者)の義務の根拠を明確に示うこと、再売買の予約完結権を附与する契約に方式(ド民三一二条。なお同法四九七条一項二文参照)を必要とすることの説明がしやすいこと、予約完結権者の「条件付」請求権をド民八八三条一項二文で仮登記によって保全しうること⁽³⁾、買主が破産した場合に「条件付」請求権が財団債権 (Masseschuld) になりうること(ド破産法五九条二号)、などの利点があるからだとされる。

(ii) 通説

通説は、再売買の合意を再売買の契約形成権を附与する契約形成権授与契約とみる。そして、再売買の予約を停止条件付法律行為とすることに対して、実際の観点からいくつかの批判をしている。これについては後に述べる。

- (1) Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 13 Aufl. Bd. 2, § 116 b; Fikentscher, Schuldrecht, 3 Aufl. § 23 III β; Erman-Weirauch, BGB, 4 Aufl., § 497; Staudinger-Ostler, Komm., 10 Aufl. § 497.
 (2) RGZ 121, 369; 126, 308; BGHZ 29, 107.
 (3) Leonhard, Besonders Schuldrecht des BGB, § 45.
 (4) Siebert-Ballerstedt, Komm., 11 Aufl. § 497. (2); RGZ 121, 369.

- (5) Siebert-Ballerstedt, a. a. O., § 497. (3)
 (6) Siebert-Ballerstedt, a. a. O., § 497 (6)
 (7) Lorenz, a. a. O.; Carterelli, a. a. O. Heinrich a. a. O.; Lorenz, a. a. O.; Esser, Schuldrecht, Bd. 2, § 66 II.
 (1) 再売買の予約をめぐる個々の問題の検討
 以下、再売買の予約をめぐる諸問題につき、停止条件付買戻契約説と契約形成権授与説とで、いかなる異同があるか、検討しよう。

(α) 再売買の予約完結権の行使前における買主の義務
 被拘束者(買主)が、売主の再売買の予約完結権の行使前に故意または過失によってこの予約完結権を侵害することがある。停止条件説は、条件附権利の侵害として民法一六〇条以下に

従って責を負わせる。この点、明快である。しかし、この見解をとると、場合により買主は物権的に処分を制限されることになる(「民法一六一条参照」)。このことは直ちに物権的にまで拘束されるのを欲せず予約完結権を附与したにとどまる当事者の意思に反し、妥当でない。⁽¹⁰⁾

契約形成権授与説の立場からは、右の設例につき、次のような主張がなされている。まず、ヘンリッヒは、契約締結上の過失に基づく損害賠償請求権をみとめる。被拘束者(買主)は、申込れた契約に従って給付すべきものを給付する準備をなし、それを保持すべき義務を負う、という(S. 271)。これは、契約形成権を申込の受領者の地位と同一視することに由来している。しかし、前述したように、両者の同一視はもはや正当なものではなくなった。⁽¹¹⁾

ついでシューマンは、買主の義務は他人の私権(契約形成権)を侵害してはならないという一般的な法律上の義務から生じるとする。この義務は、他人の絶対権——たとえば所有権を侵害してはならないという一般的な義務と異ならないとする。彼は、「損害行為が拘束されている当事者によって惹起されるときは、契約形成権の侵害は損害賠償請求権を生じさせる。それは、私権としての契約形成権が侵害されたと考えられるからだ」とする。そして、契約形成権が有責に侵害された場合の法効果を「民法八二三条から引き出す。しかし、疑問がある。第一に、この立場は、すでに契約(再売買の予約)を締結している当事者間を不法行為法で律しようとしている。第二に、さ

らに契約締結前の契約当事者間にも契約法理(たとえば契約締結上の過失)を適用しようとするのが近時の傾向であるからである。

最後に、ゲオルギアデスは、右のシューマン説の欠陥を克服しようとする。彼は、契約形成権の行使によって生じた本契約は、契約形成権授与契約と契約形成権の行使とを合成的構成要素として成立するものとみる。それゆえ、買主の義務は契約形成権授与契約それ自体から生じ、この義務の侵害は、債務不履行の一般原則(下民三二〇条以下)に従って損害賠償責任を基礎づける、という。

この問題については、右のように契約形成権授与説の中でも法律構成の点では一致してはいない。しかし、通常の債権契約を締結して直ちに契約上の義務を負うことを欲せず、将来行使されることのあるべき契約形成権を附与するにとどまる当事者の意図を顧慮すると、その義務違反の問題は債権法上の効果(「損害賠償」として処理すべきだと考えられる。その意味で、契約形成権授与説の結論は妥当というべきであろう。

(β) 仮登記

再売買の予約完結権を第三者に対抗するために、将来の所有権移転請求権を保全するための仮登記が認められている(ド民八八三条一項二文)。

停止条件説の立場では、再売買の合意がなされたときから条件付権利(期待権)が成立していたとみるのであるから、この請求権の仮登記を認めるのは容易である。

契約形成権授与説では、右の請求権の仮登記が許されうる根拠が問題となる。なぜなら、この立場では、契約形成権者が再売買の契約形成権を行使する以前には、同人にはいかなる請求権も発生していないはずだからである。しかるに、この立場の学説の多くは、理由も挙げずに所有権移転請求権なるものの保全のための仮登記をみとめている。わずかにシューマンだけが、次のように説く。「民法八八三条一項二文(仮登記—本田注)の『将来の請求権』たる為には、条件付権利(期待権)のように成立要件自体が現在実現されているものである必要はなく、単なる機会や見込みとは異なり、請求権の成立を『保障』する法律上の地位が存在していればよい」(527)と。

(γ) 破産の場合

売主が契約形成権を行使する以前に買主が破産した場合、右の契約形成権は破産開始後も存続して行使しうるか、また売主の破産債権と買主の債権との相殺が認められるかが問題となる。判例は、再売買の予約を「条件付法律行為」とみるので、破産法三条の一般的解釈に従い、予約完結権が破産開始後も破産財団に対する効力を維持するとみるのは当然である。またこの立場によれば、売主は自己の破産債権をもって買主の代金債権と相殺することができる。なぜなら破産した買主の右債権も条件付に成立しているからである。

契約形成権授与説のうち、これを申込の受領者の地位とバラレルに把握する立場からは、この問題に正しい解答を与えることはできない。なぜなら、申込は、破産開始後はもはや消滅してしまふと一般に解されているからである。そこで、ヘンリッヒは、破産法三条の「発生せる財産上の請求権」の中には、「確定した権利関係」から生じるすべての請求権を含む、と同条の拡張解釈を行なう。しかし、契約形成権が「発生せる財産上の請求権」にあたることについての彼の説明は、不十分である⁽²⁸⁾。

契約形成権の承諾権との同一視を否定するシューマンは、次のように理由づける。彼は、すべての相對權 (relatives subjektives Recht) を破産法三条の「発生せる財産上の請求権」に該当するとし、彼らの理解によれば右の相對權 (債權) と内容は異なるにしても「質」においては相違しないとされる形成権にもこれを及ぼす⁽²⁹⁾。

こうして、契約形成権授与説によっても、契約形成権が破産財団に対する効力を維持することの説明は可能である。しかし、この説によれば破産開始時には買主はいかなる代金債權も有していないので、売主は自己の破産債權と買主の右債權とを相殺することはできない(破産法五四・五五・五六条参照)。他の一般債權者との關係を考慮し、契約形成権者に相殺權をみとめるべきかは問題である。この点の詳細は後の日本法の叙述に譲りたい。

(d) 方式(下民三三三条)

不動産を目的とする再売買の予約の場合には、再売買の予約完結權の行使については下民三三三条の方式を要しない(下民四九七条一項二文)。停止条件説からは、条件の成就という意味をもつ行為に方式を要しないのは当然である。しかし、契約形成権授与説をとっても、再売買の予約の場合にはすでにこの予約に方式を具備しているから、その行使にまで二重の手間を要求しないとしたただけなどと説明することができ⁽³⁰⁾。従って、明文がある以上どちらの説をとっても一般的には説明方法の違いである。しかし、市が再売買の予約をした場合は事情が異なる。下地方自治法 (rev. DGO) 三七条二号は、市の義務負担行為に二重の方式の遵守を要求する。判例は、この方式を欠いた予約完結權の行使も、有効であるとする⁽³¹⁾。停止条件説の立場からは、条件成就という意味をもつ予約完結權の行使に常に方式を必要としないであろう。しかし、この場合二重の署名は市の支払義務を初めて成立させるのであるから、この説の結論は疑問である⁽³²⁾。

(8) 再売買の予約の対象たる不動産に担保を設定したり、長期の賃貸しをすることが考えられる。下民四九八条参照。

(9) Enneccerus-Lehmann, a. a. O., § 166 b.

(10) Schumann, a. a. O., S. 7 f.

(11) Henrich, a. a. O., S. 271 f.; Vgl. Schumann, a. a. O., S. 71. Georgiades, a. a. O., S. 418, Anm. 27, 29.

(12) 前述七七頁注(10)参照。

(13) Schumann, a. a. O., S. 71 f.

- (14) Schumann, a. a. O., S. 72.
- (15) Schumann, a. a. O., S. 71. ぶったん生じた地位の侵害に対して、損害賠償という制裁を課するのは、私権のまさに本質的内容であるからというのがその理由である。
- (16) 彼は、伝統的な見解に反して、契約形成権を『その他の権利』(八二三条)とみなす。ただし、この権利は、拘束された当事者にのみ向けられる『相對権』(relatives Recht)であることから、契約の相手方だけが責任を負い、第三者には責任が及ばないとする。
- (17) Georgiades, a. a. O. 契約形成権が、双方の合意に基づいて契約形成権授与契約の中で附与されることを理由とする。
- (18) 形成権の相手方は、服従者としての地位におかれ、理論上目的物を滅失または毀損したり、他へ譲渡してはならない拘束を負わなければならない (Georgiades, a. a. O., S. 416 ff, 426 ff; Vgl. Böttcher, Besinnung, a. a. O. und Unterverfugung, a. a. O.)°
- (19) Baur, Sachenrecht, 3. Aufl. § 201, 2; Soergel-Siebert, Komm. 9. Aufl. § 883, 8; Staudinger-Seuffert, a. a. O., 883, 17 a; RGZ 47, 45; 69, 283.
- (20) Henrich, a. a. O., S. 287; Vgl. Koutrounouboussis, a. a. O., S. 121.
- (21) Schumann, a. a. O. S., 27 und Anm. 14.
- (22) Vgl. Henrich, a. a. O., S. 290 ff.
- (23) RGZ 121, 369.
- (24) Siebert-Ballerstedt, a. a. O., § 497, 6. の場合破産管財人は、再売買契約を履行するか損害賠償義務を負うかの選択権を持つことになる (下破産法一七条)。彼が履行を選択したときには、相手方は財団債権 (Masseschuld) を有することになる (下破産法一七条・五九条二号)。彼が損害賠償義務を負うときは、売主は損害賠償請求権を破産債権として主張できる (Henrich, a. a. O., S. 290 ff.)°
- (25) RGZ 121, 369. 相殺がみとめられない場合には、売主は自己の全債務は履行しなければならないのに対し、破産財団からは債権額に按分比例した配当しか受けられないことになる。
- (26) Jaeger-Lent, KO 18. Aufl. § 7, Ahm. 15 b.
- (27) Henrich, a. a. O., S. 291.
- (28) Schumann, a. a. O., S. 89.
- (29) Schumann, a. a. O., S. 90. ドイツでは、近時請求権と形成権の機能的同一視をする見解が有力である (Vgl. Böttcher, a. a. O.)°
- (30) Henrich, a. a. O.
- (31) BGHZ 29, 107.
- (32) Böttcher, Besinnung, a. a. O., S. 48.

(未完)

(一橋大学大学院博士課程)