

形成権の発展と私権の体系

小 野 秀 誠*

- I はじめに
- II 普通法における形成権の発展
- III ゼッケル (Seckel) による整理と学説の展開
- IV むすび—その後の展開

I はじめに

1 私権の体系

(1) 私権の体系は、外見ほどには確固としたものではない。古典的なものでは、賃借権の物権化にみられるような物権と債権との中間的権利の生成があり、また、より古くには、Jus ad rem の展開と消滅という現象もみられた¹⁾。そして、比較的新しくは人格権の承認という現象もある。さらに、先端医療の発展とともに、臓器などの身体の一部に対する権利は、たんなる物権というよりも、人格権との中間的な権利としての性格をもつものと位置づけられつつある²⁾。

形成権も、比較的新しい概念であるが、その承認は19世紀に遡る。一般的な私権の概念は、それ自体が比較的新しい学問的な産物である。訴権 (actio) を実体法上の私権と訴訟法上の訴求可能性とに分離した体系にもとづくからである。そして、日本民法は、基本的に私権の体系を (個別の条文以上に) ドイツ民法典

【一橋法学】(一橋大学大学院法学研究科) 第3巻第3号2004年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科教授

- 1) 私権の体系につき、Ono, A Comparative Study of Property Rights in Japanese Civil Law (2) – A Transfer of Property Right in Japanese Civil Law on Comparative Perspective, Hitotsubashi Journal of Law and Politics, vol. 32, 2004, p.1 (V 1). とくに、Jus ad rem については、好美清光「Jus ad rem とその発展的消滅」一橋大学研究年報・法学研究3号(1961年)179頁以下参照。
- 2) 身体の一部や臓器については、大陸法的には、人格権との融合を認める見解が多いと思われるが、他方で、より即物的な把握をする英米法的な発想がある。小野「先端医療と法」一橋法学3巻3号参照。人由来物質につき、12頁、59頁。また、司法の現代化と法(2004年)49頁、97頁(以下【現代化】と略する)にも所収。

から引き継いでおり、そこでの理論の展開は無視することができない。

1900年のドイツ民法典（その原規定）は、私権の意味での「権利」という言葉を850回も使用しているといわれる。私権は、2つの要素、すなわち法秩序によって保護される物や人に対する具体的な力と法的に保護される利益の要素から特徴づけられるが、ここで私権の本質論や哲学的な考察に立ち入る必要はあるまい³⁾。主体や客体による分類がより機能的である。ここでの私権の種類は、おおむね普通法と伝統的なドイツ私法の理論と連続していることから、ドイツ民法典の体系がまったく新たな産物というわけではないのである。

まず、私権を権利の客体 (Objekt) によって分けると、人、人の団体、目的財産、物、特有の財産、無体財産のいずれを規制するかにより、債権 (請求権)、物権、家族上の、あるいは団体法上の権利といった区別ができる。また、特定財産に関する家族法上、相続法上の権利、発見物への権利、著作権、名前への権利などを区別することができる。人格権もこれにつけ加わる。

また、区別は、権利の主体 (Subjekt) によってもなされ、ここには権利の主体に帰属する私権と主体なき私権がある。たとえば、出生前の胎児や胎児の監護

3) Seckel, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, 1903 (Neud. 1954), S. 5.

1903年5月23日に、Seckelは、ベルリン法曹協会 (Berliner Juristischen Gesellschaft) において、「民法における形成権」という講演を行い、これは、この協会の総裁を長く務めたRichard Kochへの献呈論文集 (Festgabe für Koch, S. 205-253) に掲載された。その講演において、ゼッケルは、形成権の一般的性格づけを行った。

形成権は、現在では、比較的限定的に列挙され説明されるにとどまるが、ゼッケルは、包括的な定義づけを行っている。そのため、講演の前半には、権利に関する法哲学的議論も含まれ、比較的わかりづらい。また、講演記録であったことによる表現的・技術的な制約もあり、必ずしも包括的に検討されることがなかったように思われる。

それからほぼ半世紀後に、同じベルリン法曹協会で行われた講演が、ゼッケルの講演の歴史的な意義づけを行っている。Vgl. Bötticher, Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 8. November 1963, (Schriftenreihe der juristischen Gesellschaft e. V. Berlin, Heft 17), 1964 S. 1 ff.

さらに、ゼッケルの講演からはほぼ1世紀をへた今の時期に、形成権をあらためて概観しておくことは、民法学の歴史にとって意義のあることであろう。なお、vgl. Dölle, Juristische Entdeckungen, Verhandlung des 42. DJT (1958), Bd. II, Teil B. S. 11 f.

者の法律関係である。

さらに、権利を内容によって分類することもある。絶対権と相対権の区別である⁴⁾。

ドイツ民法典の制定からほぼ100年後の、20世紀末における私権の分類方法も、細部においては変遷があるものの、その基本線はそれほど異ならない。たとえば、ラーレンツはそのテキストにおいて、権利をつぎの11種類に区分した。①人格権 (Persönlichkeitsrecht)、②人格的家族権 (Persönliches Familienrecht)、③物に対する支配権 (Herrschaftsrecht an Sachen)、④無体財産権 (Immaterialgüterrecht)、⑤債権 (Forderung)、⑥協同権 (Mitwirkungsrecht)、⑦形成権 (Gestaltungsrecht)、⑧先占権 (Aneignungsrecht)、⑨帰属および期待権 (Anfalls- und Anwartschaftsrecht)、⑩権利に対する権利 (Recht an Rechten)、⑪反対権〔抗弁権〕 (Gegenrecht) である。

これらは、権利を作用や享有する利益によって分類したもので、わが法のもとでも、もっと大雑把に、支配権、請求権、形成権、抗弁権、あるいは身分権、人格権、財産権、社員権といった分類が認められている。したがって、一部のものを除いて、これらの周知の概念について、本稿で繰り返す必要はないであろう⁵⁾。なお、2002年の債務法現代化法も、私権の体系自体に、大きな変更を加えるものではなかったことを付言する必要がある (以下、4の日本法以外の条文はドイツ民法典であるが、とくにわが民法と区別する必要がある場合には、ド民と略する)。

(2) これらのうち、⑩の権利に対する権利は、権利に対する利用権や (1068

4) Seckel, a.a.O., S. 6-7.

5) Larenz, Schuldrecht, Allgemeiner Teil (1975), §13 I 7 (S. 174 ff.). 同書のオリジナル版としては、この版を引用する。(2004) S. 249 ff.

しかし、Wolf は、Larenz-Wolf, 2004, S. 230 ff.; S. 249 ff. の版において、Absolute Herrschaftsrecht (絶対的支配権①、③、④), Persönliche Familienrechte (人格的家族権②), Forderungsrechte (債権、⑤), Ansprüche (請求権), Gestaltungsrechte (形成権、⑦、⑪), Anteils- und Mitgliedschaftsrechte (持分的、共同体権⑥), Erwerbsrechte (取得権、⑧、⑨), Teilhaberrechte (公的・社会的な共同〔関与〕権) の8分類をとっている (括弧内の数字がLarenzのオリジナルの分類にほぼ対応している)。本稿との関係では、先占権が、形成権から取得権に改められた点が新しい。

条)、権利に対する質権(1273条)など、広義の権利の利用に関する権利であり、対象となる権利は、債権や著作権のような準物権でもかまわない。③が、有体物を対象とするのに対し、これを権利に拡張するものであり、機能的には支配権の一部と位置づけることができる。

また、②は、夫婦や親子といった親族関係にもとづいて発生する権利である。家族法上の権利であり、やや古めかしい言い方をすれば、身分権というカテゴリーに属する。⑥の協同権は、組合や会社の意思形成や活動に共同して参加する権利である。広義の社員権(Organschaftsrecht)を指している。

その他の一般的な概念である①人格権、③支配権、④無体財産権、⑤債権、⑨期待権、⑩抗弁権などにふれる必要はないであろう。

さらに、⑦形成権は、わが民法上も受容されている概念であり、また、⑧先占権もそれ自体としては知られている。しかし、後者が、たんなる物権法上の個別の概念としてではなく、私権の体系において形成権の一部として扱われることの意義については、検討する必要がある。

2 形成権と先占権

(1) 形成権は、一方的な形成行為により、他人との間の法律関係を形成しまたは内容的に確定し、変更、破棄する権利である。その多くは、受領を必要とする意思表示により生じる。形成権の特徴は、権利者に、その意思のみにしたがって法律効果を惹起する法的な「力」を付与することである。そのような変更は、他人の権利にも関係するので、通常はその他人の同意を必要とする。そこで、これを不要とする場合に、形成の相手方である他人の側では、形成権による拘束をうけることになる。

このような形成権は、法律によって生じるが、他人との契約によって付与されることもある。一方的な行為で他人との法律関係を基礎づける形成権は、オプション権(Optionsrecht)といわれ、典型的なものとして、先買権(Vorkaufsrecht)や買戻権(Wiederkaufsrecht)がある(旧504条および497条、現463条および456条)。

債務関係の詳細な内容を決定する権利は、たとえば、選択債務における選択権

にみられる(262条)。給付内容や反対給付の範囲を契約当事者(315条、316条)や第三者(317条)が決定する契約上の定め、あるいは法律で認められた法的救済の中から、たとえば、解除と損害賠償(旧325条、326条、現326条、283条)、瑕疵担保解除と減額請求を選択することも(旧462条、旧634条1項3号)、あるいは2002年の債務法現代化法のもとでは、追完請求、解除、減額請求、または損害賠償の方法を選択することも(現437条以下、現634条)、含まれる。

法律関係の変更をする場合としては、契約上の合意により、賃貸借契約の期間を更新するオプションが付与された場合がある(Verlängerungsoption)。賃貸借に関する旧556b条、556c条、565d条(556bは、2001年の賃貸借法現代化法で基本的に廃止、後二者は現574c、576aに相当⁶⁾)の更新請求権(Weitere Fortsetzung des Mietverhältnisses)は、形成権とはみられていない。一方的な形成力の代わりに、これらでは、賃貸人との合意が予定され、それができない場合に賃借人の請求権が法定されているだけだからである(締約強制、Kontrahierungszwang)。もっとも、契約で合意された更新のオプション(Verlängerungsoption)によって継続的關係の更新を生じうる場合には、形成権となる。

法律關係の解消に向けられた形成権もある。ここでは、継続的債務關係が将来に向かって消滅する告知権と、1回または多数の給付に向けられた債務關係の破棄または解除による返還關係への変更である解除権が区別される。取消は、遡求的に意思表示の効果が除去される場合である(142条)。法律行為の効果を無効とする形成権には、ほかに、忘恩行為による贈与の撤回の場合がある(530条)。撤回権は民法(109条、178条、530条)だけでなく、かねて特別法により発展した消費者保護法規によっても定められていた(旧訪問販売1条、旧消費者信用7条、旧通信販売4条、KAGG(KapitalanlagegesellschaftenG,投資会社法)23条、AIG(Akteneinsichts- u. InformationszugangsG,株式閲覧および情報アクセス法)11条など。2002年の債務法現代化法では、前3者は、民法典にそれぞれ312条、355条、312b条として組み込まれた。さらに、旧・期間割の住居契約に関する485条参

6) 賃貸借法現代化法につき、小野「ドイツ賃貸借法における保護規定と投資、労働流動性、環境保護」国際商事法務29巻11号参照。2001年の改正により、定期賃貸借が広く導入された結果、更新請求権の実質的機能は縮小された。

照)。形成力は、契約の破棄に主眼があるが、同時に、未確定の契約の無効 (schwebende Unwirksamkeit) を確定的な無効 (endgültige Unwirksamkeit) に転換する点にも意味がある。なぜなら、当初の未確定の無効は、撤回権が行使された場合にも、もはや有効とはならないからである。この種の撤回権は、民法109条、178条、530条のほか、通説によれば、旧訪問販売法1条と旧消費者信用法7条にもあるとされる⁷⁾。

(2) 形成権の行使は、原則として、相手方に対する意思表示によって行われる(143条1項、263条1項、315条2項、318条1項、349条、旧497条1項=現456条1項、旧505条1項=464条1項、531条1項など)。もっとも、若干の場合に、形成訴訟を提起することによって、裁判官による形成が必要とされている。たとえば、子どもの嫡出の否認(旧1593条。現1600条による父性の否認)や離婚の場合である。この場合に、権利者は、みずから直接に権利関係を形成することはできず、「形成訴訟の権利」を有するにとどまる。これも、最終的には、権利者の意思的な行為による形成であるから、訴訟の提起を要するとしても、広義では形成権(提起権)といえる。裁判所が関与するのは、他人の法的な地位に対する侵害の重大性と公益のためである。

形成権と形成訴訟の提起権は、原則として独立しては譲渡できず、当該の法律関係からの法的な地位に結びついている。この地位が譲渡されると、それに伴って承継される。しかし、オプション権は、独立して譲渡される。もっとも、先買権(旧514条=現473条)は、別段の合意なしには、譲渡も相続もできない。取消

7) Larenz, a.a.O., (1997) S. 308; (2004) S. 267; Becker, Gestaltungsrecht und Gestaltungsgrund, AcP 188 (1988), S. 35 f. 本稿の以下の部分は、後述IVによってもカバーされるので、必要な限りで形成権を概観するにとどめる。

8) Larenz, a.a.O., (1975), §13 I 7 (S. 176); (1997) S. 309 f.; (2004) S. 271. Flume, Allgemeiner Teil des BGG, I-2, 1979, §113 (S.136 ff). 形成権の譲渡については、かねてゼッケルが詳細に論じたところである(後述III参照)。なお、未確定無効については、山本弘明「ドイツにおける消費者保護撤回権(クーリング・オフ権)の現状」国際商事法務30巻6号743頁参照。解釈上、撤回権が行使されるまで、未確定的に有効とする見解と、未確定的に無効とする見解があり、後者は、これにより、売主の履行請求権がないことを理由づけた。しかし、逆に、買主の目的物確認権を保障するためには、未確定な有効が望ましいことから、2001年の民法典改正、2002年の債務法現代化法は、未確定な有効を原則とした。

権は、譲渡されないが、通常は相続可能である⁸⁾。

(3) 先占権 (Aneignungsrecht) は、形成権と類似した点を有する。ドイツにおいて、これが形成権の1つに数えられるのは、普通法以来の伝統にもとづくものである (後述3参照)。日本法上の無主物の先占よりは広義の概念であって、債権的な先買権や買戻権の物権的なものを包含する。形成権の沿革の1つである「取得権」の系譜をひくものである。日本法ではいささか疎遠な観点となっているので、以下に検討しよう。

無主の物に対する物権的な先占権は、権利者に、先占行為によって排他的な権能を与える。無主の動産は、誰でも自主占有 (Eigenbesitz) によって所有権を取得することができるのである (958条1項、*Res nullius cedit occupanti*)。しかし、他の者の排他的な先占権がある場合には、所有権を取得することはできない (同条2項)。狩猟権 (Jageberechtigt)、漁業権 (Fischereiberechtigt)、鉱業権 (Berechtigt an Bergrechtlichen Mineralien)、および所有者が放棄した不動産に対する国庫の先占権 (928条2項) がこれに属する⁹⁾。新たに生じる権利関係は、物に対する所有権である (Eigentum an der Sache)。

他方、反対説によれば、先占権は、形成権に包含されず、無主の物に対する固有の物権的な権利であるか、あるいはその性質上物権に近いものとされる¹⁰⁾。それは、ただちに物を確定的に支配可能にするわけではないから、物権のように、

9) 以上につき、Larenz, (1975), §13 I 7 (S. 176); (1997) S. 307; (2004) S. 267. Enneccerus/Nipperdey, *infra* (AT) §73 I 3 a, und §79 II. Enneccerus (1843–1928), *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, 1888. S. 600 ff.; ders. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, I, 1926, §98 は、形成権に相当するものとして、*Erwerbsberechtigung* (取得権) といって、*Jagdrecht, Fischereirecht, Recht des Finders, Expropriationsrecht, Retractsrecht*などを扱っている。Enneccerus/Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1959, §73 (S. 441) は、形成権または変更権という (Recht auf Rechtsänderung)。ほかに、形成権説は、von Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, I, 1910, §7 (Recht des Könnens), 8 I (Aneignungsrechte), S. 171 ff.; Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, 1992, Rdnr 80 (S. 37)。なお、国庫の先占権については、性質上、私法上のそれとは異なる位置づけをする見解が多い。

10) Westermann, *Sachenrecht* §58 III 2. Wolff/Raiser, *Sachenrecht* §2 III 3 a, §79 Anm. 11 は、先占権を形成権とすることに反対する。v. Tuhr, a.a.O. (前注9)), §8 I, Anm. 6. は、どちらかという取得権とする。

ある物を権利者に関連づけるのではないが、先占権者は、すべて他の者を当該の物から排除する絶対権を有するのである。そして、先占によって、他の者を物から排除することは、先占権の本質的な機能である。そこで、先占権は、典型的に、形成権でも物に対する支配権でもなく、それは物に関係し、その「絶対的な」効力から物権に近いが物に対する支配権である物権とは異なるグループに属するのである。ちなみに、日本法の構成は後者に近く、国家の許可をえて鉱山を採掘し、あるいは漁業により物を取得する権利である鉱業権や漁業権は、準物権と位置づけられている。

物の産物 (Erzeugnisse) とその他の構成部分 (sonstige Bestandteile) に関する先占権はやや異なる。許容された者 (Gestattungsempfänger) に主物 (Mattersache) の引渡がされない場合に、956条1項のいわゆる「先占許容」(Aneignungsgestattung) がされる (「所有者が物の産物その他の構成部分の収取を許容した場合には、許容された者は、物の引渡があるときにはその分離によって、そうでない場合には占有の取得によって所有権を取得する」)。この場合に、許容された者は、これらの物を占有によって取得することができる。本来、物の産物その他の構成部分は、分離されても、物の所有者に属するが (953条)。許容がある場合には占有 (Besitzergreifung) によって取得されるのである。この先占権の意義は、先占によってすべての他者を排除するのではなく、許容者 (Gestattenden) =所有者の拘束 (Gebundenheit) だけをもたらすということである。所有者にとっては、占有による先占を甘受しなければならず、所有権の変更をも甘受することを意味する。そこで、先占権は、形成権の1つに数えられるのである。

ただし、所有者が許容された者に主物の占有を移転した場合には、後者には、当該の産物と他の部分の所有権は、主物からの分離 (Trennung) によって帰するのである。この場合には、たんなる先占権でなく、取得権あるいは帰属権 (Erwerbs- oder Anfallsrecht) の問題となる。

先占権の機能は、先占が権利者の取得意思 (Erwerbswillen) のみでなしうる点にある。先占権によっては、他人との法律関係も生じることはなく、物との関係を基礎づけるだけのものもある。それは、絶対的効力の点から物権に近接している。もっとも、先占の前には、物に対する支配はないから、物権法一般の、既

存の物への支配権とは異なる。また、他人を介せず、誰もがなしうる無主物の先占（958条1項）のほか、取得権である先買権もこれに属する（464条、1098条）。この場合には、法律行為的な行使の意思表示を必要とし、権利の主張を確実にするためには仮登記が必要となる。しかし、無主物の先占では、物への自己占有者の取得の意思が必要である。これは、法律行為的な意思ではなく、自然的な意思である。取得意思は、所有権の取得そのものではなく、自己占有（Eigenbesitz）の取得のみを目的とすることであり¹¹⁾。

3 形成権の前史

(1) いわゆる形成権は、普通法上みられた私権の一種であり、実務的重要性があるにもかかわらず、ゼッケル（Seckel, Emil, 1864.1.10-1924）にいたるまで、確定した名前も理論も確立していなかったのである。民法典には、「形成権」に対応する包括的な概念は欠けており、たんに権利と呼ぶにすぎない。もっとも、ゼッケルの前にも、対象とする権利は存在していたし（後述Ⅱの諸法参照）、「形成権」について実質的に論じた者がなかったわけではない。ましてや、それ自体が、ゼッケルの創作によるというわけではない。すなわち、学説は、法典と実務において先行した権利を体系づけたにすぎないのである。

「形成権」は、法律行為上の意思表示によって行使され、特定財産や無体財産に関する直接の支配を内容としていない点に特徴を有する。また、支配権やその他の法的関係を一方的に基礎づけ、破棄し、変更するものである。他の権利とは異なり、支配権の根拠づけのために行使されるが、支配権そのものではなくその

11) Larenz, a.a.O., (1975), §13 I 7 (S. 177); (2004) S. 275.

近時の分類によれば、スイスにおいても、形成権は、①法律関係を基礎づける（begründe）場合として、たとえば、提供の認諾（Annahme der Offerte）、代理の認可（Genehmigung des Vertretenen、スイス債務法38条1項）、②法律関係を変更する（ändernde）場合として、たとえば、遅滞した給付の拒絶と損害賠償の請求、履行延期の告知（Kündigung einer Forderung zur Bewirkung ihrer Fälligkeit）、③法律関係を終了させる（aufhebende）場合として、債権関係の告知、解除（同541条）、委任の撤回（同404条1項）、相殺（Verrechnung、同120条、124条1項）のように分類される。Schulin und Vogt, Tafeln zum Schweizerischen Obligationenrecht I, 1993, 6 A.

基礎づけをなしているにすぎない。

(2) ゼッケルの研究の当時、学説では、Gegenrecht, negatives Recht, Erwerbs-

12) Seckel, a.a.O., S. 8-9. ゼッケルも、同人が形成権と名付けた権利について、チーテルマンは、その国際私法 (Zitelmann, Internationales Privatrecht, II 1, 1898. ただし、1912年版による。S. 32 ff.)、および民法総則 (Das Recht der BGB, Allgemeiner Teil des BGB, 1900, S. 23 ff.) において、またヘルビツヒも、その論文 (Hellwig, Anspruch und Klagrecht, 1900; Rechtskraft, 1901; Lehrbuch des Civilprozeß rechts, I, 1903, S. 232 ff. ただし、1912年版による。S. 291 ff.) においても論じているとする。Zitelmann は、Rechte des „rechtlichen Könnens“の中に、Anfechtungsrechte, Sonstige Rechts blossen rechtlichen Könnens, Aneignungsrecht, Recht an Rechten, Anwartschaftsrechte. を包含せしめている (a.a.O., S. 32 ff.)。Hellwig のそれは、当時の権利保護請求権 (Rechtsschutzanspruch) の一部としてである。

さらに、クローム (Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, I, 1900, S. 160 ff.) は、「反対権」(Gegenrecht) という概念を用い、ベッカーは消極的権利 (negatives Recht) という概念を用いた (Bekker (1827-1916), Die Aktionen des römischen Privatrechts, S.1 ff.; ders. System des heutigen Pandektenrechts, Bd. 1, 1886, S. 76 ff.; ders. Syetem und Sprache des Entwurfes eines BGB, 1888 (Neud. 1974), S. 29 ff.)。しかし、クロームは、チーテルマンのした権利概念の分類を抽象的すぎるとし、「反対権」の概念のもとに、取消権、相殺権、解除権、買戻権、告知権、離婚権、取用権と抗弁権を考えたのである。

石坂晋四郎「形成権 (私権ノ新分類)」京都法学会雑誌 2巻10号は、わがくにで、形成権を詳細に紹介したもっとも早い研究である。これらのドイツの諸学説 (チーテルマン、エンネクツェルス、ベッカー、クローム、エンデマンなど) についても言及している。

永田真三郎「形成権概念の成立過程」関法23巻4・5・6合併号185頁は、ゼッケルの引用した者も含めて、トーンの権能 (1878)、ベッカーの消極権 (1886)、エンネクツェルスの取得権 (1888)、チーテルマンの可能権 (1898)、クロームの反対権 (1900) の順に検討している。以下、同論文によって、ゼッケルの整理を若干補完しよう。

トーンの権能 (Befugnis) は、ゼッケルによっても言及されないものであり、形成権概念を遡る点で意義深い。永田・前掲書によれば、「権能」は法的可能を意味し、その行使によって初めて法的な効果を生じるとする点で、形成権の先駆といえる (同書・189頁以下、Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878 (1964), S. 147 f.)。

これに対し、ベッカーの消極権は、一般の権利である積極権の効力を破る権利であり、抗弁的なものである。そこで、その行使が権利者の意思にかかっている点で、形成権と共通するにすぎない (同書・192頁以下)。クロームの反対権はこの発展である。法は、法律要件を充足しない事実がある場合に、直接これを否定する場合と、一定の者が援用することによって否定する場合があり、後者において、その者に帰属する権能はその者の権利である (取消権、解除権など)。(同書・207頁以下)。

エンネクツェルスは、支配権と請求権による権利の分類が不十分なものとして、第3のカテゴリーとして、取得権を提唱した。取得権は、所有権を取得する権利であり、物の直接の支配ではなく、権利の取得可能性を本質とする点において、

berechtigung など種々の対応する概念があった¹²⁾。学説上は、まだ種々の用語が用いられていたのである。チーテルマンは、「法的な可能性の権利」(Recht des rechtlichen Können) という用語を使用していたが、その用語は、形式的にも長すぎる欠点があった。また、実質的には、法的な可能性はすべての権利に共通して存在するとの疑問があった。可能性は「形成権」についてだけではなく、チーテルマンのいう法的な *Dürfen* (=absolutes Herrschaftsrecht) についての権利と、法的な *Sollen* (=relatives Herrschaftsrecht) についての権利 (つまり絶対権と相対権) にも共通した性質である。

エンデマン (Endemann, Allgemeiner Teil des BGB) によれば、民法典は、*Können* という用語を、これら権利の分類である *Kannrechte*, *Darf- und Sollrechte* について一般的に用いている。イエリネック (1851-1911; Jellinek, System des subjektiven öffentlichen Rechts, 1892) も、「すべての私権は、不可避免地に *Dürfen* を含み、同様に *Können* をも含んでいる」とし、「*Können* なしには、*Dürfen* もありえない」という。チーテルマンの *Darf-*, *Soll-*, *Kannrechte* の権利の3分法は、*Dürfen*, *Können* の権利が積極性の側からだけ、*Sollen* の権利が消極性の側からだけ特徴づけられているところに欠陥がある¹³⁾。

そこで、ゼッケルは、従来の用語を否定して、形成権と名付けることを提案したのである。そして、この名前は、この権利の特徴をよく現し、言語的にも広い造語能力があり、訴訟法的な形成判決 (Gestaltungsurteil) とよく対応してい

物権とも異なるとする。しかし、この概念は、たんに所有権の取得のみに向いており、形成権に比して限定的である (取消権、解除権を包含しない。Erneccerus, a.a.O. (Rechtsgeschäft, 前注9)), S. 600-1; ders. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1926. 同書・198頁以下)。

チーテルマンの可能権は、ゼッケルによっても評価されており、今日の形成権概念にもっとも近い。すなわち、権利には、財産に対するもの以外に、法的可能性に関するものがある。後者は、法的な効力に対する力であり、その典型は取消権である。そして、取消可能性は、たんに取消が有効にされうるという事実ではなく、権利である。このような権利には、たんに権利の取得に向けられたものだけではなく、義務からの解放に向けられたものもある。この権利は、意思表示によって有利な効果を生じるか、不利な効果を意思表示によって阻止するのである (同書・201頁以下)。チーテルマンの可能権の概念がゼッケルのそれとときわめて近いことは、ゼッケル自身が認めている (後注48) 参照)。

13) Seckel, a.a.O., S. 12. ほかにも、von Tuhr が、可能権 (*Können*) の概念を用いる。a.a.O. (前注9), S. 159 ff.

るものとして一般に受容されたのである (Schrutka の *Rechtenstamm*, Stein, Hellwig など)¹⁴⁾。

これら学説の相違はたんに用語の相違にあったというだけではなく、形成権の範囲をどこまで認めるかにかかわっている。もっとも狭義のものは、法律関係の解消や阻止を求めるものに限定し、広義のものは抗弁権や取得権をも包含した。これらは、おおむね従来 の *Gegenrecht*, *negatives Recht*, *Erwerbsberechtigung* に対応している。日本法が継受した形成権は、このうち狭義の概念であって、取消権や解除権を典型としているが、ドイツ法には、もっと広義の概念がなお残されており、たんに形成権といっても、対象は必ずしも同一ではないのである。

(3) 権利とその実現の一般的な体系という観点からみれば、形成権は、一種の自力救済的テクニック (*Selbsthilfetechnik*) である¹⁵⁾。そこで、形成権の発展の歴史は、この自力救済的な性格の実現の歴史であり、取消権や解除権も形成権として規定されたのは比較的新しい現象なのである (後述Ⅱ参照)。

形成権と形成訴訟、請求権の機能的な統一関係がドイツ法やこの概念を受け継ぐ法体系の特徴となっている。この構造は日本法にも共通する。すなわち、権利の実現のために法が本来予定している救済装置は、訴訟である。しかし、訴訟にも、給付を求める場合のほかに、確認や形成のみを求める場合があるように、当事者の関係の確認には、意思表示のみでたりる事例がある。当事者間の関係において、権利を実現するためには、必ずしも訴訟は必要ではない。実現される対象が権利の形成や破棄そのものである場合には、形成権の付与でたりるのである。しかし、その自力救済的効果が強すぎる場合には、裁判を予想させるような一般条項 (相当な事由の要件) や説明義務、開示責任といった要件が附加される可能性がある。一定の方式が必要となる場合もある。離婚訴訟において、形成訴訟の前提として調停が附加されるのもその延長にある。これらは、形成権の自力救済

14) Seckel, a.a.O., S. 12.

15) Vgl. Becker, a.a.O., S. 24 ff. (S. 25). 後注97) 参照。すなわち、形成訴訟が必要な場合は、法律関係の変動は裁判によるが、形成の要件はもっぱら実体法により定められるから、裁判所は適用されるべき事実の存否を確定するにとどまるのである。Vgl. Medicus, *Bürgerliches Recht*, 1975, S. 8. (なお、本書16版には、河内宏・河野俊行監訳「メディクス・ドイツ民法 (上)」1997年がある (16頁参照)。

的な性格を緩和するための装置と位置づけられる。そこで、形成訴訟が必要となる場合は、本来的な権利救済方法への回帰にすぎないのである（後述Ⅱのフランス法をも参照）。

4 日本法

(1) わがくにでも、形成権の概念は、比較的早くに肯定されている。民法の起草者は、必ずしも請求権との区別を認識せず、「請求権」について述べるにとどまる。形成権は請求権の前提にすぎず、権利者の権利の実質が請求権にほかならないからである¹⁶⁾。

しかし、民法起草後第1期のフランス法的解釈が衰退し、ドイツ法の解釈が優勢になるにつれ、請求権と形成権の区別は、ほとんど当然のこととされている。「形成権」概念が、多くのテキストに当然のものとして登場している。

起草者のなかでも、早くに富井政章・民法原論（1巻・1922年、1985年復刻）133頁は、形成権につきふれる。「形成権トハ一方的行為ニ因リテ一定ノ法律関係ヲ形成スルコト即チ主トシテ或権利ノ創設、変更又ハ消滅ヲ生セシムルコトヲ目的トスル権利ヲ謂フ」。その例として、無権代理における追認権、選択権、取消権、解除権をあげる。従来独立の権利とはせずに、「他ノ権利ノ効果又ハ作用ニ過キササルモノ」とされていたが、ドイツの学説では「原権ト離レテ別個ノ存在」としたとする。しかし、抗弁権と先占権を包含するかには、議論があるという。

中島玉吉・民法釈義（1巻・1912年）53頁は、チーテルマンの可能権、エンネクツェルスの変更権にふれ、ゼッケルの形成権の語が妥当とする。「形成権ハ前述ノ支配権、請求権其ノモノニ非スシテ之等ノ権利ノ発生変更消滅ヲ到サシムル権利ナリ、故ニ前者ト之レヲ区別シテ独立セシムルハ至当ナリ」。ただし、権利の作用からは形成権といえるが、内容からみて、請求権、支配権と対照するには「可能権ノ觀念ヲ取ラサル可ラス」とする（同書55頁）。

学説に大きな影響を与えたのは、石坂音四郎「形成権（私権ノ新分類）」京都法学会雑誌2巻10号である。この論文は、ドイツの学説のほか、その性質、他の

16) 取消権の時効に関する126条の注釈に関し、梅謙次郎・民法要義（1巻・1911年、1984年復刻）324頁参照。これにつき、四宮・後掲（4(2)）27頁。

私権との関係、内容の分類、発生、行使について述べている。詳細なわがくにへの紹介であるが、内容的には、ゼッケルに従うところが大と思われるので、ここで詳述することは避けよう（Ⅲ以下の Seckel の見解を参照）¹⁷⁾。

戦前にもっとも影響力があったテキストである鳩山秀夫・日本民法総論（1927年）31頁は、「形成権（Gestaltungsrecht）トハ一方的意思ニ依リテ一定ノ法律効果ヲ発生セシムル権利ヲ謂フ。例ヘバ取消権、解除権ノ如シ。其意思表示ヲ受領スベキ地位ニ在ル者アレド此ノ行為ヲ目的トスルモノニアラザルガ故ニ請求権ト異ル」とする。そして、形成権なる名称は、「近時我が学界ニ於テ漸ク広く用ヒラルルニ至レル」が、なお他の名称を用いる者もあるとし、また変動権（Recht auf Rechtsänderung. Hellwig, Enneccerus による）、可能権（Kannrecht. Zietelmann による）および得有权（Erwerbsrecht）の名称があるとする。このうち、得有权は、独占的先占権については適当だが、取消権については穏当ではないという。そして、意思表示によって法律関係を形成しうる場合を狭義の形成権とし、単独行為によって法律関係を形成しうる権利を包含する場合には、広義の形成権とする。

(2) しかし、戦後は、形成権概念を当然の前提とするが、詳細にふれるものはむしろ減少した。また、取消権、解除権などの権利消滅の形成権がおもに念頭におかれることが多く、ドイツでも争いのある先占権や抗弁権は、ほぼ無視されている。戦後のもっとも標準的なテキストである我妻栄・民法講義I（1965年）は、支配権、請求権、形成権の種類について言及するが、内容については、それぞれの典型的な権利について説くべしとし、おもに、取消権の除斥期間についてふれるにとどまる（439頁、496頁）。川島武宜・民法総則〔1965年〕48頁、四宮和夫・民法総則（1986年）26頁は、比較的詳細に記述していたが、後者の第5版からは「私権の種類」に関する一般的な記述は消えた。

谷口知平編・注釈民法1（1964年）59頁〔田中実〕、谷口知平＝石田喜久夫編・新版注釈民法1（1988年）59頁〔田中実＝安永正昭〕もごく簡単に言及するにとどまる。ほかにも、形成権を包括的に検討するより、取消権や解除権の個別

17) 石坂論文は、たんにドイツの学説を紹介するだけでなく、形成権の説明に関し、日本法の条文を詳細にあてはめている。

の権利の検討によるとするものが多い。たとえば、幾代通・民法総則(1984年)443頁は、126条の期間との関係でふれ、鈴木禄弥・民法総則講義(2003年)29頁も同様である。星野英一・民法概論I(1983年)72頁は、簡単に言及するが、形成権につき、独自の権利と認めるべきか学説上議論があるとする¹⁸⁾。

近時でも、形成権の概念そのものを肯定することにつき、あまり異論はないが、詳細に言及されることはまれである。たとえば、川井健・民法概論I(2000年)21頁、北川善太郎・民法講要I(2001年)35頁などがある。後者はごく簡単に言及するのみである¹⁹⁾。

広中俊雄・民法綱要総論上(1989年)109頁は、近時のテキストとしてはもっとも詳しく、①権利者の単独の意思表示によって法律関係の変動を生じさせる形成権と、②裁判上の行使を必要とし勝訴判決の確定によって法律関係の変動を生じさせる形成権とを区別し、①につき、解消的な形成権、変更的形成権、創設的形成権、所与の債権関係で期待された変動を導く権利(選択権など)の区別をする。

II 普通法における形成権の発展

1 自然法的法典

(1) 以下(II)で対象とする形成権は、おもに解除権と取消権である。これらにおいては、19世紀に、形成権としての制度的転換がみられたから、とりわけ注目に値する。それ以外の権利、たとえば先買権や買戻権などには、普通法上も相当するものがなかったわけではないが、各法によって内容が多様であり、反面、権利の性質上、文字通り現在のものと基本的には異ならないものが観念されていたこともあり、いちいち立ち入る必要性に乏しい。また、先占権は、その位置づけについて前述のような争いがあり、これについても立ち入る必要はあるまい。

(ア) フランス民法典(1804年)は、少なくとも法文上、形成権としての解除権

18) ほかに、比較的新しいテキストとして、内田貴・民法I(1995年)266頁、283頁、山本敬三・民法講義I(2001年)466頁も、除斥期間との関係で言及するが、大村敦志・基本民法I(2001年)122頁では、形成権という言葉も登場しない。学説史としては、前注12)の永田論文があり、詳細である。

19) さらに、辻正美・民法総則(1999年)28頁参照。

をもたない。法典上の制度としては、合意解除のみが認められている。ただし、明示の合意は必要ではなく、双務契約には当然に解除条件が包含されているものとする。

1184条「(1)双務契約にはつねに、2当事者の一方が約束を履行しない場合に対する解除条件が包含されている。

(2) 前項の場合には、契約は当然に解除されるものではない。約束が履行されなかった当事者は、相手方に対して、合意の履行が可能などときにはこれを強制するか、あるいは損害賠償とともに〔契約の〕解除を請求する選択権を有する。

(3) 解除は、裁判上請求されなければならない。裁判所は、事情によって、被告に猶予期間を与えることができる」。

双務契約は、当事者の一方が債務を履行しない場合には、つねに解除条件が包含されている、とみなされている（同条1項）。つまり、当事者の一方の履行は、相手方の履行がなされることを条件としているのであるから、相手方が履行しない場合には、給付をうけない当事者は、明示に解除条件を付した場合と同じく、当該の契約がみぎの解除条件の成就によって解消された、とみなすことができる。もっとも、この場合に、契約は当然に解消されるのではなく（同条2項）、その主張は裁判上の請求によらなければならない（同条3項）とされる。

しかし、この1184条は、2面において拡張されている。第1に、同条は、本来契約の不履行につき不履行当事者に帰責事由がある場合を予定しており、判例や学説でも、伝統的にはそのように解されていた²⁰⁾。しかし、その後、判例は、19世紀から20世紀の初頭にかけて、不履行が偶然あるいは不可抗力によって（つまり当事者に帰責事由なくして）生じた場合にも、1184条の適用を認める立場をとったのである²¹⁾。これは危険負担への解除権の転用と拡張である。

20) 小野・危険負担の研究〔1995年〕48頁、54頁注16）（以下、【研究】と略する）。

21) 同・48頁以下。そして、この方法が、20世紀後半の転換点において、広く採用された構成となった。1964年のハーグ統一国際動産売買法、1980年のウィーン統一国際動産売買法、1997年のLando委員会のヨーロッパ契約法原則（The Principles of European Contract Law, 1997）（なお、1998/99に改定）、1994年のUNIDROIT（Principles of International Commercial Contracts, 1994）、2002年のドイツ民法典の改正法（債務法現代化法）などにおいて、採用されたのである。

第2に、法文上それは当事者の解除につき裁判上の請求を必要とするが、請求の前提となる解除の意思は裁判外にも存在するとして、実質的に拡張されたのである。また、当事者間において約定解除は可能である。しかし、この拡張によっても、比較法的に形成権としての解除権の機能が限定されていることは否定しえない。また、法定解除に比して、信義則などの制約をうけやすいのも当然である。

債務不履行による解除権以外に、瑕疵担保解除の可能性もある。その性質は法定解除の一種である。ここで、その内容の詳細に本稿で立ち入る必要はあるまい(1641条以下)。瑕疵担保解除権(action résolutoire)は、ローマ法の解除訴権(action rédhibitoire)の系譜をひくものであり、対象は限定されている(1644条)²²⁾。

(1) 詐欺または強迫による取消(1109条、1117条)にも、訴訟上の行使が必要とされる。したがって、ここでも、形成権としての機能は限定されている。

(2) ALR(プロイセン一般ラント法典、1794年)は、債務不履行による損害賠償のみを認め(1部5章393条)、法定解除権は例外的に認められたにすぎない(1部5章377条、396条～399条)。普通法は、一般的な解除権を認めなかったからである。ただし、個別の解除規定は存在する(売買に関する1部11章129条、130条、207条、938条、1001条)²³⁾。

22) 解除権をローマ法の解除訴権とは区別する見解では、形成権的な行使(de plein droit)が可能となるが(効果も絶対効)、区別せずに解除訴権を売買上の合意にもとづくものとする見解では訴訟が必要となる(効果も相対的)。比較的新しい学説は、前者による。Cf. Planiol-Ripert, *Traité pratique de Droit civil français*, t. X, 1956, n° 34 (p. 150)。なお、1644条によれば、買主は、代金減額権との選択権を有する。また、1647条に関連して、【給付障害】112頁、146頁参照(以下、小野・給付障害と危険の法理(1996年)をこのように略する)。

形成権の発展が、ドイツ法においては法典先行型であるとするれば、フランス法においては、実務・学説先行型である。訴権体系の古い法典には、請求権や解除条件の形式しか備わっていないにもかかわらず、実務上、実質的に意思表示の本質性が認められたからである。しかし、逆の立場から、あらかじめ形成権が容認されていたとしても、相手方が形成の効果を肯定しない場合には、訴訟が必要になる点は同様であるから、両者の相違は見かけほどには大きくはないのである。

23) ただし、その草案268条、275条は、契約の一般的な解除権を認めたという。これにつき、本田純一「近世ドイツ立法史における形成権の基礎」一橋論叢74巻2号228頁。なお、同論文は、19世紀の諸立法例についても詳しい。Vgl. Richter, *Studien zur Geschichte der Gestaltungsrechte des deutschen bürgerlichen Rechts*, 1939, S. 132; Leser, *Rücktritt vom Vertrag*, 1975, S. 7 ff.

また、ALRは、詐欺などによる取消を肯定したが、これにも裁判上の請求が必要とされていた(1条4章45条、46条、85条、92条)。

(3) ABGB(オーストリア一般民法典、1811年)は、920条において、一般的に、契約の解除を認めた。「義務者の過失またはその責めに帰すべき偶然により、履行が挫折した場合には、相手方は、不履行による損害賠償を請求するか、契約を解除することができる(vom Vertrag zurücktreten)。一部の挫折(Vereitlung)の場合には、行為の性質上、または義務者に知られた給付の目的上、一部履行が利益をもたないと解されるかぎり、解除権が帰属する」。

自然法的な法典において、一方的な解除を認め、かつ裁判上の手続を必要としないとした点において、ABGBは画期的な意義を有する。

2 後期普通法

(1) 19世紀の中葉まで、多くの立法例も、瑕疵担保解除の場合を除き、形成権としての解除権にはいたらず、合意解除の方式にとどまっていた。

一方で、1861年のバイエルン民法典草案は、一般的な解除権を認めた。

債務関係(第2部)の138条1項「双務契約において、一方の当事者が履行を遅滞する場合には、相手方は、履行、あるいは契約を解除し(Auflösung)、すでに給付されたものを返還し損害賠償を請求する選択権を有する」。

ここでは、解除は、一般的な救済方法と位置づけられており、訴訟を必要とすることもない。これは、つぎの第2項が訴訟による特別規定となっていることから明らかとなる。

「原告が契約の解除を求め、被告が訴訟の通知後ただちに事情による給付のための期間を裁判官に求めるときには、被告の請求は、原告に利益のある限度でのみ認められる」。

他方、取消権については、原則として裁判上の請求を必要とした(第1部・法律行為の83条、84条)。83条「それ自体は正当に存在するが、その破棄(Aufhebung)が当事者により求められる法律行為は、取消可能である」。

どのような要件のもとで、法律行為が取消されるか、誰に取消権が帰属するか、いかなるときに訴訟の方法によって主張されるかは、法典の当該の場所に定め

る]²⁴。

(2) 他方で、一方的な解除権を肯定する傾向は必ずしも支配的なものではなく、ザクセン民法典(1865年)は普通法に従い、一般的な解除権を否定した。

864条「相手方が履行しないこと、または契約が締結された事情が変更し、あるいは給付と反対給付が不均衡になったことを理由として、一方的に契約を解除しまた履行を拒絶することはできない。ただし、別段の合意または法定の規定により権限のある場合を除く」。ここでは、一般的な債務不履行解除のみならず、普通法的な事情変更と給付の均衡を理由とする解除も否定されているのである²⁵。

しかし、取消権について、ザクセン民法典は、意思表示のみによる取消権の効力を肯定した(107条、849条)。

849条「無効な契約は、無効の意思表示を必要とすることなく、最初から法的な効力をもたない。取消は、権利者が相手方に対して契約を取消すとの意思表示をしたときに初めて効力を生じ、契約は双方当事者に対して解消される]²⁶。本条によりザクセン民法典は、形成権としての取消権の発展にとって先駆的なものと位置づけられる。

(3) ウィーン体制下で成立したドイツ連邦(1815年~1866年)の立法作業では、ドレスデン草案(1866年、Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, 1866 (Neud. 1973))は、債務不履行の一般的な救済としては、損害賠償を規定したにとどまり(273条)、一般的な解除権については規定しなかった²⁷。

273条1文「義務の履行が債務者の過失によって全部または一部不能になった

24) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern, Theil. I Von den Rechtsgeschäften, S. 18 (Artikel 83) ; Theil II. Recht der Schuldverhältnisse, 1861. S. 58 (Artikel 138) ; Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern, 1861, S. 94 ff. (Art. 138) ; S. 37 (Art. 83).

25) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen nebst allgemeinen Motiven und Inhaltsverzeichnis, 1860, S. 143. 草案889条がこれに対応する。

26) *Ib.*, S. 140. 草案874条がこれに対応する。本田・前掲論文233頁をも参照。

27) ドレスデン草案は、ドイツ民法典第1草案の債権編の基礎となったことから意義の大きい立法作業であるが、ナポレオン没落後に成立したドイツ連邦(1815—66)の脆弱さから、債権法のみを対象としたこと、および政治的経過からプロイセンが参加しなかった点に制約を有していた。

ときには、その義務は存続し、債権者は、義務の不履行によって直接または間接にこうむった財産的損失と失った利益を理由として、223条と224条〔不法行為における損害賠償の算定方法〕の規定の方法により、損害賠償を請求することができる。債務不履行に対する一般的な救済方法は損害賠償とされる。一般的な解除権に反対する普通法の呪縛はなお強かったのである。

他方、取消権については、ドレスデン草案も、形成権としての構成を肯定した(139条以下)。139条1項「取消しうる契約は、権利者によって取消されるまで、正当に存続するものと扱われる」。取消権者の意思表示により取消されることが前提となっている。形成権の発展にとっては、取消権の効果が先行したのである。

しかし、ほぼ同年代のドイツ普通商法典(ADHGB, Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, 1861)は、債務不履行による一方的な解除権を定めた。商行為の売買に関する規定のうち、買主の遅滞に関する254条と売主の遅滞に関する355条がこれを定めた。一般的な解除権の発展にとっては画期的な法典と位置づけられる²⁸⁾。

354条「買主が売買代金の支払につき遅滞となり、商品が引渡されない場合には、売主は、契約の履行と遅滞による損害賠償を請求するか、343条の規定を考慮し〔売主の保管義務と買主の受領遅滞、供託、自助の公売〕履行に代えて、商品を買主の計算で売却し、損害賠償を請求するか、契約が締結されなかったようにこれを解除するか(von dem Vertrag abgehen)の選択権を有する」。裁判は必要ではなく、当事者の意思表示のみでたりる²⁹⁾。356条によれば、その要件は通知(Anzeige)である。解除の効果は、遡及的(resolutio ex tunc)なものとなる。

355条「売主が商品の引渡につき遅滞した場合には、買主は、履行の遅延による損害賠償とともに履行を請求するか、履行に代えて、不履行による損害賠償を請求するか、契約が締結されなかったようにこれを解除する選択権を有する」。

28) Leser, a.a.O. (前注23)), S. 10. ただし、先例としては、プロイセンとオーストリアの商法草案にも、一般的な契約解除権が定められていた(Ib., S. 11)。

29) Reyßner, Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch nach Rechtsprechung und Wissenschaft, 1878, S. 368 ff. S. 374 Anm. 23. フランス法とは異なり、権利者の決定のみでたりるのである(durch bloße Entschließung des Berechtigten)。

この場合にも、要件は、通知であり(356条)、解除(Rücktritt vom Vertrag)の効果は、遡及的である(*ex tunc*)。ちなみに、いずれの解除の場合にも、権利者は、解除とともに損害賠償を請求することはできない。これは、1900年のドイツ民法典(旧325条)が解除と損害賠償を選択的にしか認めなかったことの淵源の1つとなり、2002年の債務法現代化法の制定にいたるまで影響したのである(新325条は両立を認めた)³⁰⁾。

これらの条文は、フランス民法典1184条の影響をうけながらも、解除権の行使につき、裁判上の解除の方式を採用せず、裁判外の解除を認めたことから、形成権としての解除権が肯定されたのである³¹⁾。しかし、普通商法典は、商事特別法(商事総則、商事会社、匿名会社、商行為)にとどまったことから、取消権に関する一般規定は存在せず、これが同法典の限界であったといえる³²⁾。

3 ドイツ民法典

(1) ドイツ民法典(1900年)は、法定の解除を認めたが、その原始的な規定において(1900年法。以下の2002年法までの説明は1900年法による)、主として合意解除を規定し、法定解除には合意解除を準用する方式を採用していた。すなわち、327条において、325条、326条の法定解除権にも、346条から356条の約定解除権の規定を準用するとして、意思表示による解除を一般的なものとしたのである³³⁾。

第1草案426条「契約当事者が契約解除を留保した場合には、権利者が相手方に解除の意思を表示したときに解除される。

-
- 30) Reyßner, a.a.O., S. 374 ff., S. 379 Anm. 12. 解除と損害賠償の両立は、すでに1992年の債務法改定草案でも肯定されていた(327条)。これにつき、【給付障害】232頁参照。
- 31) Reyßner, a.a.O., S. 368 ff.
- 32) 普通商法典が民法的な事項を直接規定することを避けた例としては、たとえば、危険負担の345条があり、そこでもラント法の規定に委ねるものとした。ただし、遠隔売買では、運送人への引渡により危険が移転するとする。ド民447条に相当するものである。
- 33) ただし、相手方に責がない事由により解除権が発生する場合には、相手方は、不当利得法による返還の義務を負担するにとどまる。すなわち、818条3項=日民713条の利得の喪失規定が適用され、返還義務が軽減されるのである。327条2文。

その意思表示は撤回できない」〔ド民349条相当。同条では、解除は、相手方に対する意思表示により行うとする〕。

解除の効果については、つぎの規定がある。

第1草案427条〔ド民346条、347条相当〕「解除権の行使により、契約当事者は、契約が締結されなかったように互いに義務づけられ、権利を取得する。とりわけ、いずれの当事者も、契約により取得すべき給付を請求することができず、いずれの当事者も、相手方に対し受領した給付を返還しなければならない。

受領した金銭は、受領時から利子を付して、その他の目的物は、増加したものと利用を返還しなければならない。通常の家父 (Hausvater) の注意をすれば利用 (Nutzungen) をえることができ、毀損を避けるべき場合において、取返しなかった利用と毀損には、賠償をすることを要する。

返還義務をおう者は、利用について (wegen Verwendungen)、所有者に対する占有者の権利を有する。

受領者が目的物を返還できない場合でも、故意も過失もないときには、賠償給付を負担しない。〕³⁴⁾。

そして、つぎは、一般の約定解除権の発生に関する規定である。

第1草案369条〔ド民325条・不能の規定および326条・遅滞の規定に相当〕「双務契約上の給付が、債務者の責に帰すべき事由により不能となったときには、債権者は、不履行による損害賠償を請求するかまたは契約を解除する選択権を有する。給付が一部のみ不能となったときには、債権者は、不能となっていない給付の部分につき利益がない場合にのみ解除権を有する。

同243条の場合〔ド民283条相当。債務者が確定判決をうけた場合に、債権者は、相当の期間を定めて、期間経過後は受領を拒絶する意思を表示することができる〕ならびに給付が債務者の遅滞中に、債権者にとって利益がなくなった場合も同様とする〔解除権が発生する〕。

426条ないし431条、433条〔ド民349条以下。解除の一般規定である〕の規定は、本条の解除権に準用される〕。

34) Motive II, S. 280 f. = Mugdan II, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899, S. 155 f.; Leser, a.a.O. (前注23)), S. 29 ff.

第1草案は、給付障害について、不能の一元的体系をとっていたことから、解除権の発生事由も不能によっていたが(第1草案369条)、1900年のドイツ民法典では、遅滞と不能の二元体系に改められ、解除権の発生原因も、この2つからとなったのである(不能に関する325条と遅滞に関する326条)³⁵⁾。

形成権は訴訟上の権利のこともあり、必ずしも狭義の私権としての性質だけをもつとはいえない。取消権について、民法典では、純粋な私的な権利とするが、Protokolleでは必ずしもそのような権利とみていない³⁶⁾。

(2) 2002年の新債務法現代化法においては、解除は、約定解除とともに、当然に法定解除をも対象とする方式に改められた。解除の効果に関する346条1項がこれを定めている。「契約当事者が契約により解除権を留保しまたは法定の解除権を有するときには、解除の場合には、受領した給付を返還し、收取した利用を返還しなければならない」。

そこで、合意解除の規定を法定解除に準用する327条は、削除された³⁷⁾。しかし、解除権の形成権としての性格には変更がない。349条「解除は、相手方に対する意思表示によって行われる」。

また、約定解除権の発生は、不能と遅滞によるのではなく、給付の不履行によるものと修正された。323条1項「双務契約において、債務者が履行期の到来した給付をしないとき、または契約に従ってしないときには、債権者は、債務者に対し給付または追完のための相当の期間を定めこれが徒過された場合には、契約を解除することができる」。この問題は、給付障害の事由の修正(一般的給付障害法の生成)としては大きな問題であるが、本稿の対象からははずれるので、立ち入らない³⁸⁾。

35) 給付障害の一元的体系はモムゼンに由来し、普通法上の支配的見解であったが、しだいに、遅滞がべつの類型とされ、そして、1900年の民法典成立後、1906年にシュタンプにより、積極的契約侵害の類型が分離するにいたるのである。【現代化】176頁以下参照(以下、小野・司法の現代化と民法(2004年)をこのように略する)。

36) Seckel, a.a.O., S. 18.

37) 新債務法の基礎となった1992年の債務法改定草案に関連して、小野「ドイツ債務法改定草案における清算」【給付障害】212頁所収(214頁)、「ドイツ債務法改定—解除と危険負担、給付障害論」同405頁所収。

38) 小野「不完全履行・積極的債権侵害」【現代化】176頁所収。

(3) 取消権については、第1草案113条1項が存在する。「法律行為の取消は、取消権者から相手方に対して与える意思表示により生じる」。相手方は、双務契約においては、他の契約締結者である(同条2項)。これは、現行143条の基礎となっている³⁹⁾。

取消権の行使については、1900年のドイツ民法典以降、2002年の債務法現代化法による改定後も、規定の変更はない。143条1項「取消は、取消の相手方に対する意思表示により効力を生じる」。したがって、その内容については、とくに立ち入る必要はないであろう⁴⁰⁾。

Ⅲ ゼッケル (Seckel) による整理と学説の展開

19世紀後半の段階では、事実上、形成権に相当する概念は、各地域の法や草案に広く存在したが、その私権の体系上の位置づけは必ずしも明確ではなかった。また、その具体的な要件・効果の基礎づけも十分ではなかった。ここで、形成権の概念の整理や発展に対して多大の貢献をしたのは、前述のゼッケルであり、以後の学説への影響も大きい。そこで、以下のⅢにおいては、おもにゼッケルに従い、形成権を概観しよう。なお、ゼッケルの理論は、形成権の最初の(成功した)体系化であることから、やや錯綜した点と歴史的な限界もみられる。Ⅳにおいて近時の到達点と比較する必要から、やや詳細に跡づけることにしよう。

1 私権体系上の位置づけ

(1) まず、ゼッケルは、形成権の意義、他の権利との区別、類型化を行った。形成権の行使により形成される具体的な法律関係は多様であり、発生する支配権、形成権との相互的な結合、具体的な負担、義務、責任などが問題となる。

形成の方法も多様であり、一方的な意思表示によるが、生存者によるものでも、

39) Motive, I, S. 220 f. = Mugdan, I, S. 474 f. 意思表示の効力を失わせる意思を随意に表示しただけでは (eine beliebige, auf die Entkräftung des Rechtsgeschäftes gerichtete Willenskundgebung) 十分でなく、相手方に対して取消権者の拘束力のある意思表示をすること (gegenüber dem Anfechtungsgegner abzugebende, den Anfechtenden bindende Willenserklärung) が必要とする。

40) Motive, I, S. 220 f. = Mugdan, I, S. 474 f.

死亡を原因とするものでもたります。また、それが有効なためには (Gültigkeit ではなく、Wirksamkeit)、国家の行為 (形成判決や訴訟) が必要な場合も、不要な場合もある。さらに、形成権の概念は、とくに私法において意義が大きいですが、私権に限られず、公法においても役割を果たすことがある⁴¹⁾。

形成権も私権であるから、私権としての一般的な要件をみたすことが必要である。たんに申込をし、財団を設立し、死亡による処分をするようなことは、「権利」というにはあたらない。誰もがなしうることは、何らの具体的な力ともいえないからである。権利というのは、可能なことに対する1種の優先権・特権 (Vorrecht) であり、他の者には帰属しない力を意味する。

形成権は、特定の支配権または形成権あるいは特定の義務と関係することが多い。しかし、行使してもその主体がなお保持する場合も、移転したり消滅したりする場合もある (このように広く定義づけられるのは、Seckel の形成権が抗弁権などを含む広い概念だからである)。これは、すべての解除権や、変更権、回復権などにあてはまる。もっとも、先買権のように、まだ具体的な権利や義務と関係しないものもある。

(2) 形成権を整理するためには、種々の分類方法がある⁴²⁾。

形成権は、法律関係に及ぼす効力によってグループ化でき、それによれば、形成権は、設定権、変更権、破棄権に分けられる。比較的著名な分類方法である。

この分類の欠点は、権利を設定すると同時に破棄するような形成権があることである。いずれか1つに分類することはむずかしい。たとえば、解除権は、既存の契約の効力を破棄し、またそれは受領した給付の返還に関する新しい債務関係を基礎づける。しかし、移転型取引 (Übereignungsgeschäft) の取消は、取消の

41) Seckel, a.a.O., S. 13. これは、公法的な性質の形成権 (Amtgestaltungsrecht) といわれる。既述のものでは、たとえば、国庫の先占権である。なお、以下 III の部分では、ゼッケルの理論の検討であることから、ドイツ民法の条文は、基本的に1900年のそれである。これは、2002年の債務法現代化法が債権総論を中心とする改正であることから、形成権に関する部分の修正が少ないことにもよる (もうらの対照には、【現代化】219頁以下を参照されたい)。

42) Seckel, a.a.O., S. 14. 永田・前掲論文 (前注12) 参照) 210頁以下は、ゼッケルについては、その本質論 (I「形成権の意義、他の権利との区別、類型化」) の部分を紹介している。

相手方の所有権を消滅させ、また前の所有者の所有権（不当利得）を基礎づける。贈与の撤回も、贈与の原因を終了させ、不当利得を発生させる。そこで、破棄の効力のみが発生し、返還は、独立した（法定の）効力として生じるにすぎない⁴³⁾。

行使された形成権の効力による分類もある。すなわち、発生する法律関係ではなく、影響をうける権利の範囲や権利主体への効力によるものである。

一定の形成権は、他人の権利の範囲にはほとんどあるいは間接的にしか影響しない。これは、自分のための形成権（Eigengestaltungsrecht）といわれる⁴⁴⁾。権利の取得または確定的な権利取得にさいし、他人の負担となることがない場合である。たとえば、主体なき物の先占権、相続分の受領権である。これを Zugriffsrecht（獲取権）という。他方、行使のさいに、直接に他人の権利に影響を与える形成権もある。これを Eingriffsrecht（侵襲権）という。

もともと、Zugriffsrecht と Eingriffsrecht とを必ずしも区別できない領域もある。先占はときに Zugriffsrecht となり、Eingriffsrecht となる。たとえば、狩人の権利としての Zugriffsrecht の行使は、（無主物先占の場合に）他人の所有権を侵害することはないが、占有者の分離権の行使、所有者の枝の剪除権、造作の取去権に包含される Eingriffsrecht は、他人の所有権の取得を導くからである⁴⁵⁾。

(3) 他人に影響を与える Eingriffsrecht（侵襲権）は、さらにつぎのように区別することができる。

(a) たんに利益を与えるだけの Eingriffsrecht は、他人に負担を強いることなしに、自分の利益にだけ行使される。たとえば、利息のない消費貸借の告知、給付の減額（Herabsetzung）、譲受（Übereignung）の取消、物権的な負担（dingliche Belastung）の権利者側からの取消（自分の不利益になる場合もある）、取消者が債務者である一方的な債務関係の取消である。

(b) 不利益的な Eingriffsrecht は、権利の行使が、自分の不利益になり、他人

43) この解除権の説明は、直接効果説によるものであり、近時の類型論でいけば、給付利得の返還請求権は、たんに履行請求権の変形であるから、権利変更型の形成権となる。また、直接効果説的な説明は、解除権や取消権の譲渡でも差異を生じる（後述）。ここでは立ち入らない。

44) Seckel, a.a.O., S. 15.

45) Seckel, a.a.O., S. 16.

の権利には利益に働く場合である。たとえば、負担のない遺言の拒絶、第三者のためにする契約上の権利の拒絶、受贈者による贈与の取消、物権的な負担の権利者側からの一方的な破棄、不動産の放棄である。

(c) 利益と不利益を与える Eingriffsrecht は、負担の交換による2つの権利の行使をするものである。自分と他人に、有利と不利の2面に働く。他の権利に対して、権利の喪失や義務の発生を導くものである。たとえば、相殺、離婚、双務的な債務関係の取消である⁴⁶⁾。

(d) 中立的な Eingriffsrecht は、その行使によって、自分の権利範囲には影響がなく、利益も不利益も生じないものである。たとえば、第三者の決定権、相続欠格者 (Erbunwürdigen) に対する次順位者の取消権である。

(4) 形成権の実行方法は、意思表示である。意思表示は受領を要しない。意思の表現が、自然的行為の形態をとるときには (たとえば、先占)、表示ではなく、自然的行為でもたりる。実現の効力からみると、形成権の対象は、形成される法律関係またはそれによる客体 (ないし当事者) の中に見いだされる。「義務者」は、法律関係が形成される前はまだ義務者ではなく、あらかじめ形成権の権利者と対峙しているわけではないからである。そこで、先買権の行使の前に、法が、先買の「義務者」について述べるのは正しくない。停止条件付きの義務を、すでに存在するものとして認めることになる。形成権の行使によってはじめて、請求権を生じるのである。たとえば、請求権を基礎づける解除の例がある。

そして、形成権では、その享受 (利益) は、法律行為による行使にある。享受と処分はここでは、同一になる⁴⁷⁾。

(5) 形成権かどうかについて、学説上、争いもある場合もある。この論争は、前述のように現在まで継続している (前述 I 2, 3 参照)。

(a) チーテルマン (Zitelmann, 1852-1923) は、法的な可能性 (Können)、および権利に対する権利 (Rechte an Rechten) であることを形成権の属性とみる。そこで、権利に対する権利の属性として、ときとして支配権 (Darf- od. Soll の権

46) Seckel, a.a.O., S. 17. 離婚は、被告である配偶者への支配権を原告から失わせるが、同時に被告である配偶者の支配権から原告の免責をもたらすものである。

47) Seckel, a.a.O., S. 18.

利)も包含されてしまう。そうすると、支配権への権利、たとえば債権質も形成権の概念のもとにおかれる。しかし、債権質は一方的な法律行為によって行使されるのではないから、形成権ではない。

(b) ヘルヴィツヒ (Hellwig) は、民法的な意味での永久的な抗弁をもって形成権の属性とする。彼は、権利者の債権を行使したことを前提とする給付拒絶権の裁判上あるいは裁判外の行使によって、停止された権利の消滅を認める。そこで、抗弁権 (Einrede) は、取消権や、請求権を無効とする権利と類似する。ドイツ民法典にもこのような無効説に有利な表現はあるが、法の内容からすると、民法上の抗弁が行われても、必ずしも無効をもたらす効力が生じるわけではない(とくに1169条の規定参照)。裁判上・裁判外の抗弁の行使は、請求権の行使可能性につき個々の主張の効力を失わせるにすぎない⁴⁸⁾。

(c) ヴイントシャイト (Windscheid, 1817-92) は、処分権 (Verfügungsrecht) をもって形成権の属性とした。しかし、形成権と処分権とを区別する必要がある。処分権は、自分または他人の権利を自分の名前で処分する権利と代理権(すなわち他人の名前の法律行為によって他人の権利範囲に効力を生じる権利)であり、必ずしも一方的な意思表示によって行使されるわけではない。たとえば、夫が、(妻の)物に関する処分権の効力として、その物を自分の名前で第三者に譲渡したときには、物権契約あるいはたんなる契約があるのであって、これは、契約と一方的な法律行為によるわけではない。

(6) 形成権には、独立のものも、非独立のものもある。独立の形成権は、原始的な形成物であることも、他の権利(支配権、形成権)の遺物であることもある。非独立の形成権は、他の権利や受動的な位置(義務や負担)と結合している⁴⁹⁾。

この結合の密接性には相違がある。形成権は、構成部分となることも、他の権

48) Seckel, a.a.O., S. 19. 永田・前掲論文(前注12)) 214頁は、ゼッケルの理論は、チーテルマンの理論におうところが多く、その功績は、チーテルマンの確立した概念に、「受容され易い、精確な名前を付したということにとどまるとさえいえるかもしれない」とする。

49) Seckel, a.a.O., S. 20. Vgl. Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, I, 1906. S. 155 ff. Kippによる改訂版では、とくに、S. 156 Anm. 3およびS. 165. Verfügungsrecht (Recht der Verfügung über ein Recht) は、Gestaltungsrechtとして肯定的に言及されている。

利関係のたんなる従となることもある。もっとも密接な関係は、形成権が主物から分離できないような場合にあり、すなわち独立して譲渡できず、独立した放棄によって消滅させられない。他の結合関係では、形成権は、独立して放棄できるが、存続や少なくとも発生が主たる関係に依存することもある⁵⁰⁾。

2 形成権の発生と存続

(1) 形成権の発生については、ゼッケルは簡単にふれるにとどまる。独立した形成権は、支配権ではないから、不法行為や遺言 (Vermächtnis, 1939条、2174条) によっては発生しない。この2者は、人に対する支配権である債権の要件のみをみたすからである。独立でない形成権は、たとえば、過失による離婚権や組合員に対する除名権、詐欺・強迫による取消権は、違法な行為によって生じるが、これも、狭義の不法行為法によって生じるわけではない。

そこで、私法的な発生原因としては、法律行為と法規のみが残る。多くの形成権は、現行法では法律行為によってのみ生じる (買戻権)。法律の規定によって生じることもあるが (取消権、離婚権、相殺権、一方的放棄、先占)、法律行為と法律の双方によって生じるものもある (告知権、解除権、撤回権、先買権)⁵¹⁾。

法律によって規定された形成権以外に法律行為による発生が可能かどうか、それとも物権法のような閉ざされた体系があるか (物権法定主義)、すなわち形成権の数が限定されているかという疑問に対しては、広く発生を肯定するべきであ

50) Seckel, a.a.O., S.21. (たとえば、良俗違反の無効の法律関係では、取消権が生じるわけではない) Vgl. Windscheid-Kipp, a.a.O., S.155 ff.の分類では、Vermögensrecht, Anspruch, Einrede, Rechte an Rechten である。

51) Seckel, a.a.O., S. 22. ただし、私見によれば、遺言で先買権を付与することは、技術的には不可能ではない。遺言の効力が発生したあとは、遺言者ではなく負担は相続人につき生じるが、不利な立場も相続されるとすれば、義務者がみずから負担することを不可能とする必要はない。ただし、ド民旧514条のようにその譲渡や相続が政策的に禁止されるのは、べつの問題である (別段の合意や権利の期間制限があれば、相続は可能。同条2文参照)。また、相続できない場合に、遺言による付与も禁じられることは解釈の問題である。

Becker, a.a.O., S. 27 ff. は、形成権の発生原因を、法律行為、高権行為 (Hoheitsakt)、判決、形成可能性の抗弁 (Einrede der Gestaltbarkeit) とする。第1、第3にふれる必要はあるまい。第2のものは、行政行為によるものである (vgl. §§35 S. 1, 39, 42 Abs. 1 VwVfG)。第4のものは、2083条にあるが、IVでふれる。

る。私的な新しい形成権の概念、たとえば、先借権や先雇権のような権利も理論上考えられないわけではない。

(2) 一般に、形成権と類似の法的な権利では、法律行為による条件の附加を認めることができる。可能な条件の設定によって、たとえば回復のための権利が生じうる。一方的な買戻権と、買戻の特約がこれにあたる。権利者が所有権を取得したいとの意思表示をすることのできる条件の下で譲渡する特約は、先占権の取得と類似する。しかし、必ずしも同一ではない。というのは、契約の成就是、それが意思表示でされるとしても、形成的要件によるわけではない。上の例で、所有権は条件の下の一方的な取得の意思表示の効力としてではなく、過去の譲渡契約の効力として移転するにすぎない。すなわち、停止条件付きの期待権は（形成的な一方的な法律行為による）形成権ではなく、また、そのような期待権は、契約の成就是によって、実行され消費されるのではなく、完全な権利に転換されるだけである⁵²⁾。

(3) 多くの非独立の形成権は、本質的部分である権利を発生させたのと同じ、かつ目的的に同じ要件によって（*zugleich mit demselben und bestimmungsgemäß durch denselben Tatbestand*）生じる。また、同じ要件によって、しかし目的的には同じ要件によらずに（*zwar zugleich mit demselben, aber nicht durch denselben Tatbestand*）生じるものもある（たとえば、取消権）。さらに、まったく同じでも、目的的に同じ要件でもなく（*weder zugleich mit demselben, noch durch denselben Tatbestand*）生じるものもある（たとえば、離婚権、組合の解散権）⁵³⁾。

3 形成権の譲渡性と相続性

(1) 形成権の譲渡可能性と移転に関して、一般的な原則を立てることは多くの困難がある。とくに取消権については困難がある⁵⁴⁾。

52) Seckel, a.a.O., S. 23.

53) *Ib.* [全体的要件と部分的要件が同一のものも、前者のみ同一のものも、両者ともちがうものもある。]

54) Seckel, a.a.O., S. 24.

相続性のあることについて比較的問題はないが、相続できないものもある（夫婦関係の取消権）。そして、形成権の一般承継が許されるからといって、特定承継が許されることにはならない。ドイツ民法典は、「法律が別段の定めをしないかぎり、債権の譲渡に関する規定は、他の権利の譲渡に準用される」とする（413条）。また、民法典は、形成権について、それ自体としては規定していない。そこで、形成権の譲渡、とくに方式のない契約による譲渡も可能であると解されている。これは、買戻権におけるように、他人に影響を与える形成権の行使でも同様である⁵⁵⁾。

しかし、明文規定により形成権の譲渡が排除されることもある（先買権、旧514条＝現473条。別段の合意ある場合を除く）、また、性質上、譲渡可能性のないことが明らかな場合もある。そして、形成権だけの独立した譲渡可能性は、存在しないことも多い（後述）⁵⁶⁾。なぜなら、形成権は、多くの場合に他の権利関係と結合し、その部分あるいは附加として機能するからである。そこで、選択権、確定権、告知権、第三者のための契約における第三者の拒絶権、過度の給付の引下げ権、撤回権（たとえば、懸賞広告と消費貸借の予約において、これと結合した撤回権）は、結合した本体関係とともにだけ移転する。

また、独立でない形成権は、主たる権利関係が特定承継されるときには、必然

-
- 55) 買戻権は、Eingriffの権利であり、その行使により土地所有権の譲渡の義務を生じる。ドイツ法では、所有権移転は、予約の完結だけでは生じないから、所有権移転を生じさせる物権的な先買権に意味がある。登記があれば、優先権も確保される。日本法では、売買の一方の予約でも所有権移転を生じるから、これと区別された先買権にそれほど利点はない。
- 56) Seckel, a.a.O., S. 25. 非独立の形成権については譲渡性のないことは当然である。ただし、独立の形成権では、先買権の譲渡が明文で制限されていることによるのであり（514条）、性質上不可能とまではいえない。なお、前注51)の私見をも参照。オプションや先買権など、独立した価値を有するものが増大した近時にあっては、譲渡可能性を認めるべき要請が強まっている。Vgl. Schürnbrand, Gestaltungsrechte als Verfügungsgegenstand. (同論文は、もっぱら形成権の譲渡可能性を問題とする。ただし、一般的な譲渡可能性を認めるのではなく、類型的な可能性を検討する。この限りでは、Seckelの方法に近い。すなわち、人的な権利については否定（717条の組合上の権利の譲渡不能と同様）、債権に関連づけられた権利（forderungsbezogene Gestaltungsrechte）では、401条に従い担保や保証と同様に債権とともに譲渡され、契約に関連づけられた権利（vertragsbezogene Gestaltungsrechte）では、債権の譲渡とは関係づけずに譲渡可能になるとし、独立した形成権では、413条、398条に従い譲渡性を認めるとする。

的に主たる権利関係とともに移転することが多い。人的な性格から譲渡性のないのは、贈与者の撤回権、人的な家族法上の取消権、家族財産法上の撤回権などである。

(2) 独立して譲渡可能な形成権と、譲渡できないあるいは独立しては譲渡できない形成権とがある。前者の例としては、契約による先買権、これは物権的なものでも(争いがある)あるいは債権的なものでもよい、後者としては、譲渡しない合意がある場合(*pactum de non cedendo*)の買戻権、事情変更による解除権などである(以下のA 1b, 2d参照)。

法文上、譲渡可能性が明らかな例もある。被相続人が、第三者によって他の物にある物Aが結合(添付)された結果、Aの所有権を喪失したが、添付した物Aを収去する権利を留保したときには、物Aの遺贈は、Aの収去権の遺贈に転換する。相続人は、収去権(*ius tollendi*)が遺贈の受領者に譲渡されるよう義務づけられ、それは、譲渡も可能である。先占権も、譲渡と先占を包含する全権利の本質的部分として移転する⁵⁷⁾。

(3) ゼッケルは、とくに解除権と取消権を例にして詳細な検討を加えている。この部分は、契約上の地位の移転に関する議論と混同されており、必ずしも明確に整理されていない。もっとも、分類は詳細であるが、今日的な見地からは、むしろ契約上の地位の移転がある場合には、これらの権利も譲渡可能ということに帰結しよう。つまり、形成権の固有の譲渡の問題というよりも、契約の解釈が問題なのである。また、解除権の効果についても、古い直接効果説的な考慮の残滓がみられる。

(A) まず、解除権では、契約が片務契約か双務契約か、および解除権者がすでに給付したかどうかによって区別されている。

(1a) 片務契約の債務者(贈与契約)が、悔悟権(Reurecht, 悔悟による解除権である)を留保し、かつまだ給付していないときには、解除権は、債務の本質的部分であり、債務の引受によってのみ移転し、単独では移転しない。なぜなら、解除権は、ここではRekuperation(回復)の機能ではなく、Liberation(解放)

57) Seckel, a.a.O., S. 26. 無主物の先占では意味はないが、優先取得権では、譲渡の意味がある(たとえば、鉱業権である)。

の機能のみを有するからであるとされる。つまり、ここでは、契約上の地位の移転のみが問題である。

(1b) 同じ例で、債務者がすでに給付したときには、履行のための債務関係は消滅する。解除権の行使は、義務から解放するためではなく、たんに債権を基礎づけるために〔返還請求〕、また解除者に有利に働く。そこで、解除権単独の移転に反対する理由はないとする⁵⁸⁾。

(2a) 双務契約(売買)が、解除権者(売主)によって履行され相手方の給付(代金の給付)が行われていない場合には、売主による解除権の行使によって、買主は義務から解放され、代わりに受領した物(売買物)の返還債権が生じるから、解除権は独立したものではなく、代金に対する契約上の債権とともに譲渡される⁵⁹⁾。

(2b) 双務契約(売買)が解除権者(売主)によって履行されておらず、相手方(買主)が履行した場合には、解除権は、解除権者の解放のために用いられる(1a参照)。しかし、解放するかどうかの判断(権、つまり解除権)が第三者のために譲渡されることには意味がないから、解除権は単独では譲渡されない。また、解除されれば、相手方によって履行された給付の回復には、最初の債務者(売主)ではなく、債務の譲受人が義務づけられる。後者が当事者となるからである⁶⁰⁾。

(2c) 双務契約が、解除権者(売主)によっても、相手方(買主)によっても履行されていない場合には、上の2aと2bの結合から、第三者への解除権は、債権譲渡によってこの者が全債務関係に加入した場合にのみ移転される。すなわち、地位の移転がある場合にだけ、解除できるとするものである。

(2d) 双務契約が、解除権者(売主)によっても、相手方(買主)によっても履行されている場合には、履行のための関係は消滅する。1bで述べたことの

- 58) Seckel, a.a.O., S. 27. つまり、必ずしも契約上の地位の譲渡は必要ではないというのである。
- 59) Seckel, a.a.O., S. 27. つまり、売主が履行して、解除して取り戻すための返還請求権の譲渡には意味があり、解除権は、これといっしょなら譲渡できるとするが、その趣旨は、むしろ返還請求権の譲渡である。
- 60) Seckel, a.a.O., S. 28. ここでも、解除権は譲渡されず、売主が解除するのは、契約上の地位の譲渡が必要だからである。

結果、解除権の独立した譲渡可能性が主張されうる。解除権の行使は、解放のためではなく (nicht befreiend)、たんに債権を発生させるように (sondern lediglich forderungsbegründend) 機能する⁶¹⁾。おおむね、移転可能性は、未履行の場合の解放では否定的に、既履行の場合の返還請求権については肯定的にとらえられる。

(B) 取消権においても、同様の区別をすることができる。

(1a) 債務者が、取消可能な片務の契約によって (贈与約束) 義務をおり、債務がまだ未履行の場合に、債務者の取消権は、債務の本質的部分として独立しては譲渡されず、債務引受によって債務と同時に (=A 1a) のみ譲渡される。最初の債務者が取消理由を知る前に、債務引受がされたときには、(詐欺による) 取消権は最初の債務者にとどまるか、法律上当然に新たな債務者に移転するかが問題となる⁶²⁾。

Schollmeyer (および Crome) は、引受人が債権者に対して債権者と旧債務者の間の法律関係から生じた抗弁を主張できる場合でも、取消権 (および追認権も。Bestätigungsrecht) は最初の債務者にあるものとする。さらに、Schollmeyer は、「詐欺の抗弁」(Einwendung des Betrugs) を否定する。このうち、詐欺の抗弁の否定は、不当である。なぜなら、詐欺により、最初の債務者は、取消権のほかに、明らかに不法行為上の解放 (Liberation) の権利を有する [不法行為上の権利により実質的に解放される]。また、これに相当する拒絶の抗弁 (853条、加害者が不法行為によって被害者に対する債権を取得したとき、被害者は履行を拒絶できる) をも取得する。そして、債務引受人は、この抗弁権を、債権者に対しても主張できる。抗弁により可能なことは、Eingriffsrecht でも可能でなければならない。さらに、最初の債務者は、この贈与の例では、取消につき実質的な利益をもたない。彼が、詐欺を宥恕し、その行為を追認しても、この認容によって自分のふところが痛むわけではないからである⁶³⁾。

61) Seckel, a.a.O., S. 28. ここでも、取戻権があると、譲渡に意味があるとする見解である。

62) Seckel, a.a.O., S. 29.

63) Seckel, a.a.O., S. 30. 未履行の場合でも、実質的に移転される場合である。

(1b) 債務者が、取消しうる片務の契約によって(贈与約束に)義務づけられ、義務のある給付が、彼によって履行された場合には、取消しただけでは十分ではない。なぜなら、債務は、履行によって消滅したが、債権を発生する原因としては消滅していないからである。取消権はそれ自体としては純粹の無効化権(Vernichtungsrecht)であるが⁶⁴⁾、取消は、(贈与)の原因を遡的に消滅させ、履行の原因の瑕疵は、不当利得を基礎づける。取消権の単独の移転は、ここでは意味がない。なぜなら、取消は、譲受人にではなく、譲渡人に不当利得の権利を生じるからである(直接効果説で法定の返還請求権)。取消は、原因を除去するが、解除の場合のように(解除では原状回復請求権)、返還請求権を形成権者[譲受人たる]に基礎づけられないからである。しかし、取消権と、取消により間接に行われる将来の不当利得請求権との結合された譲渡を否定するものではない。「全法律関係への立ち入り[つまり引受]」(Hellwig)は、将来の不当利得の発生を前提とする⁶⁵⁾。

(2a) さらに、取消しうる双務契約(売買)において、取消権者(たとえば売主)により履行されたが(4000の価値の目的物の引渡がすんだ)、相手方の給付(600の代金)は、まだされていない場合がある。取消事由を知る前に、売主が債権を新債権者に(贈与目的で)譲渡したとする。

取消の結果、売買は遡って無効となる。贈与をうけた譲受人に取消権を認めると、彼は、贈与された金の取得を安定させようとする。そこで、むしろ追認によって取消権を失わせ、詐欺者に対し詐欺の成果を承認するであろう。逆に、贈与をした譲渡人、売主に、取消権を与えれば、彼は、自分の損失がないように、売買物の価値を取り戻すために取消権を行使するであろう。そこで、2人のいづれに、取消権を与えるべきかにつき、ゼッケルは、取消権は、売主にとどまるべきであるとする。売主が引渡したことに重きをおくべきでなく(B1b、取消は解

64) 前述したように、直接効果説的な見解である。

65) Seckel, a.a.O., S. 31. 解除権は、既履行の場合には譲渡された(原状回復請求権と不可分だから)。しかし、取消では、不当利得は譲渡人に生じるから、取消権だけの譲渡には意味がなく、不当利得権といっしょになら譲渡できるとする。この点、類型論的に考えれば、取消も給付利得を生じることになり、解除と同じく、譲渡可能となろう。もっとも、問題の本質は、契約上の地位の移転にある。

除と異なり、法定の関係で譲渡人に不当利得の権利を生じるだけであるからである)、不知の売主(600を贈与した)は、将来の不当利得(4000の価値)の請求権を贈与してはいないとみるからである⁶⁶⁾。

譲受人は、ここで、いわば弱い権利を取得したにすぎず、譲渡人の全地位を承継したのではない。ただし、売主が、取消権を知っており、将来の不当利得(ないし *vindicatio*) が、売買代金請求権とともに受贈者に譲渡された場合には、解除権の譲渡の場合(A 2a)と同じく、すべての権利は、譲受人に移転する。

(2b) さらに、取消しうる双務契約(売買)が、取消権者(買主)により履行されず、相手方によって履行された場合がある。取消理由(詐欺)のみつかるまえに、第三者が買主の債務を引き受けたとする。取消の結果、売買は遡的に失効する。債務引受人が取消できるとすれば、同人は、引き受けた義務から免責される⁶⁷⁾。

そして、買主は、当然に売買物の返還義務をおう。取消権が買主に保持されるとしても、彼は、贈与(第三者が贈与として引き受ける場合, *causa donanti*) による利益との選択をしなければならない。買主が売買を追認すると、彼は、自分の給付なしに売買物を保持し、代金を譲渡人からえることができる。しかし、買主が取消すと、代償をえることなく、えたもの(物を受領しているから)を失う。ここで、取消権は、買主にとどまるべきである。贈与の趣旨で債務を引き受けた者は、最初の債務者の他人の財産に関して形成力を取得する必要はない。そして、買主に取消権が帰属すると、引受人には、保証法の類推により、売主の債権に対する延期的抗弁が帰する。もっとも、取消権を買主が知っている場合には、売買債務の引受と取消権の譲渡が一括して行われるとするよちはある⁶⁸⁾。

(2c) 取消しうる双務契約(売買)が、取消権者(売主)からも、相手方(買主)からも履行されていない場合には、取消権は、第三者に、代金債権の譲渡と債務の引受によって、取消権者の全地位が承継されたときにのみ、移転するとする。これも、契約上の地位の譲渡があれば、移転することをいっているにすぎな

66) Seckel, a.a.O., S. 32.

67) Seckel, a.a.O., S. 33.

68) Seckel, a.a.O., S. 34. これは、契約上の地位の移転がある場合である。

い。

(2d) 取消しうる双務契約(売買)が、取消権者(売主)からも、相手方(買主)からも履行された場合には、取消権の譲渡は、買主に対する売主の将来の不当利得請求権の譲渡と売主の将来の不当利得債務の引受によってのみ生じる。

以上のゼッケルの分類した諸場合を総括すると、債務関係の特定承継では、取消権は、その行使が、権利の譲渡人の権利の範囲に関係するときには、移転しない。しかし、取消権の効果が承継者の固有の権利の範囲にかかわるときには移転するということになる⁶⁹⁾。

4 形成権の滅失事由—法律行為、停止(失効)、目的の到達、外的な偶然—

(1) 形成権が消滅する理由の第1は、法律行為である。形成権は行使により消滅する。形成権は消費的な権利であり、消費による消滅は当然である。

そこで、ゼッケルは、べつの消滅事由である放棄をおもに扱う。たとえば、追認して取消権などを放棄する場合である。もっとも、ドイツ民法典は、普通法と同様に、あまり放棄行為につき詳しくなく、形成権の放棄についても、わずかしか規定されていない⁷⁰⁾。

形成権の多くは、私的自治の効果として放棄可能であるが、放棄できないEingriffsrechtもある。放棄は、一方的あるいは双務的な法律行為により生じる。方式が必要な場合も不要な場合もある。また、生存者の行為による場合も、死亡によって生じる場合もある、さらに、受領を必要とすることも、任意に行われる

69) Seckel, a.a.O., S. 35. 債権的な取消に関するのと同じ原則は、債務法以外にもあてはまる。取消権の移転の前提は、契約上の地位の移転に対応する物権的な地位の移転である。そこで、物的負担に関する取消権は、つねに物の取得者に移転する。この場合に、その取消権は、主観的・物的権利(subjektiv-dingliches Recht)と位置づけられる。

AのBに対する動産所有権の移転の合意が取消しうる場合には、Cへの所有権の譲渡によって取消権も譲渡できる(新所有者による取消権の行使)。所有権移転の合意と、引渡の代償としての、将来の遡及効のある物の返還請求権の譲渡が結合していることが必要である。これも契約上の地位の譲渡ということになろう。なお、取消しうるとしても、所有権移転の形式主義の要件をCが具備することが必要であり、不動産の所有権移転を取消す権利は、譲渡可能ではない。

70) Seckel, a.a.O., S. 36.

意思表示によって生じることもある。

一方的な放棄行為は、法律上も豊富に現れる。取消権者の方式なき追認によって、多くの取消権は、消滅する。生存中のまたは死亡後の認知によって、嫡出否認権は放棄される。認容によって、方式なしに、相続の拒絶権と財産共同体の存続を拒絶する権利は、放棄される⁷¹⁾。

法が一方的な放棄権を認めていないところで、どのような方法で形成権を放棄するかは、明確ではない。学説は、形成権の数が限定されていることから、一方的な放棄を法律またはその類推が許すところでのみ認め、その他の場合には、放棄契約のみを認める。相殺については、相殺しない約束 (*pactum de non compensando*) によってのみ放棄される。他の非独立の形成権では、たとえば告知権や解除権では、契約によるほかはない。なぜなら、債務関係の変更には、通常、当事者の契約が必要だからである。先買権や買戻権、贈与者の撤回権などの独立した形成権では、破棄するとする契約によってのみ消滅する。先占権も同様である。夫婦の財産権上の形成権の放棄には、夫婦契約の方式が必要である。

契約による放棄は、免除ではないが、免除と形成権を無効とする放棄行為は、性格のうえで接近する⁷²⁾。

(2) 第2は、黙示〔*Verschweigung*=不行使〕による消滅である。この部分は、形成権の期間制限に関し、日本法でも比較的著名な部分である(権利の失効)。すなわち、形成権は請求権ではないから、時効にかからないが、あまりに長い継続は不当になる。長期間の権利の不行使には制限が必要であり、ここから、一定の除斥期間 (*Ausschlussfrist*) 内に行使されなければ、形成権は当然に消滅するとの理論が生じる。消滅の効力が生じる期間は、法定されるか、形成権者の相手方によって一方的に設定されるか、あるいは契約による。民法上の法定の除斥期間には、絶対的なもの(確定の始期)と相対的なもの(浮動の始期)とがある。多くの *Eingriffsrecht* は、法律上、絶対的な期間を付されていない。その種の期間がないことが多く、法律が期限を付しているところでも、期間の長さは異なる。もっとも長いものは、30年である。相対的な期間は通常短い。もっとも短い期間

71) Seckel, a.a.O., S. 37.

72) Seckel, a.a.O., S. 38.

は、錯誤による一般的取消権である(119条、121条)⁷³⁾。すなわち、取消原因を知った後、遅滞なく(ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich))取消することである。

形成権が時効にかからないとの理論は、ゼッケルの提唱にかかるものであるが、請求権ではないからという形式的な理由のほかに、その実質的な理由は必ずしも明確ではない。請求権との性質の違いは、せいぜい期間の短縮や多様性の承認につながるものであっても、完全な否定までが帰結されるわけではないからである。普通法的な長い期間を回避し、またその多様性を肯定することに意図があったと考えられる。

法定の除斥期間がない場合、また契約による期間が定められていない場合でも、形成権者の相手方からする一方的な法律行為によって期間が補充されることがある。相手方の期間の設定によって(相手方の催告権である)、形成権の行使には制限が生じる。

法定の行使期間があっても、それはかなり長い期間となっている。たとえば、詐欺による取消の期間は、1年である(124条)。騙された者が、たとえば土地の売買を取消しうる場合に、1年間、詐欺者の負担で投機することを認めるべきかが問題となる。ドイツ民法典は、詐欺者には期間設定権を否定したので、法は、騙された者に投機の利益を与えたようにみえる。しかし、訴訟法が欠缺を補充している。強制執行の反訴について、民訴法は「主張される理由が、主張されなければならない口頭弁論の終結後にはじめて生じたときのみ、そのような抗弁が許される」とする。形成権のある者も、このような「抗弁」をうける⁷⁴⁾。

73) Seckel, a.a.O., S. 39. 形成権は時効にかからないが、一定の除斥期間内に行使されなければ、形成権は当然に消滅するとの理論には、その後かなりの進展があるが、本稿の主題からはそれるので立ち入らない。

74) 取消権については、多数の学説があり、解除権については、Schollmeyer, Hellwigの説があり、*causa ex tunc* を無効とする撤回権については、Abrahamの説がある。Seckel, a.a.O., S. 40.

解除権の付与により、解除権者に相手方の危険で投資する機会を与える可能性があることはつとに指摘される。解除権者は、買主の場合も売主の場合もあるが、近時では、金融サービス給付に関する通信取引契約において、株式投資の通信販売にクーリングオフの権利を与えるかが問題とされ否定された。小野「通信販売と金融サービス給付」国際商事法務32巻4号参照。

(3) 第3は、目的到達による消滅である。形成権は、債権と同様に、目的権(Zweckrecht)である。目的である権利の形成が、形成権以外の方法で達成されたなら、目的権は消滅する。もっとも、形成権の目的は、権利の行使以外の方法でいつでも達成されるわけではない。当事者の法律行為による権利実現が他の方法によって生じることは、形成判決が必要な場合には、とくにそれを必要とした理由によって排除されることもある。また形成権が遡及効をもつ場合、Zugriffsrechtでも排除される。その他の場合には、他の権利の行使が先にされることは、相手方の一方的な行為によっても、あるいは当事者の契約によってもありうる⁷⁵⁾。

このような形成権の目的の先行到達は、形成が、形成行為と形成判決の二重の要件を前提とする場合にも生じる可能性がある。控訴審でもなお可能性があり、そして、判決後、形成判決の既判力をえるまでにも生じる。1審または2審の裁判所から出された形成判決が前提とするものをもたない場合には、判決は、不要であるだけでなく、目的不在となる⁷⁶⁾。

(4) 第4に、外的な偶然の場合がある。(a)たとえば、相続できない権利に関し、形成権者が死亡した場合や、後発的な不能と混同の場合である。前者は、主体の欠缺であるから、とくに説明する必要はない。

形成が不能になると、目的権の目的が達成できずに、形成権は行使されないまま消滅する。他方の配偶者が死亡し、または婚姻が無効となったときには、離婚権は消滅する。他方配偶者の死亡後の離婚判決には意味がないからである。夫婦関係の確認も、夫婦関係が無効となりあるいは取消されたときには、不要となる。対立する債権の一方が消滅したときには、取消権も存続しない。組合が消滅したときには、組合員の除名権も無意味となる。先買権、買戻権、先占権も、相手方の帰責事由なくして目的物が消滅したときには、消滅する⁷⁷⁾。

75) 形成判決が必要なのは例外である。Seckel, a.a.O., S. 41. なお、債権の目的到達については、一般的に【研究】198頁、【反対給付】155頁参照(小野・反対給付論の展開(1995年)をこのように略する)。

76) Seckel, a.a.O., S. 42.

77) Seckel, a.a.O., S. 43. ただし、対立する債権の一方が消滅したときには、取消権も存続しないとの理論は、再考のよちがある。取消による危険の転嫁の可能性があ

(b) 混同は、形成権と形成の相手方との一体化である。たとえば、形成権者(債権的な先買権、買戻権、取消権などの)が相手方を相続した場合、あるいは逆の場合に、形成権は消滅する。権利者は、みずからを相手方として権利を行使しえない、しかし、遺産の分離が行われた場合には、形成権は遡求的に存続する。これは、ドイツ民法典の規定によるというよりも、性質上の帰結である。法典は混同につき「権利と義務または、権利と負担の一体化」のみを規定するが、形成権と形成権の相手方の一体化も同様である。

そして、混同の例外は、第三者の法的地位にも影響するので、形成権者と形成権の相手方の一体化についても同じ考慮が必要である。所有者Aが、相手方Bから引渡を強迫されBにとられた物が、さらに第三者Cが、強迫の事実を知って取得したとする。取消権のある所有者Aが相手方Bを相続した場合に、悪意の第3取得者Cも守られる。なぜなら、取消権者Aには、もはや相手方がないからである。しかし、遺産が特別財産(たとえば、Bの遺産管理により)となったときには、この一体化はなく、取消権者は、遺産管理人を取消の相手方として(独立した特別財産を形成の相手方として)取消し、前の所有権を、悪意の第三者から回復することができる⁷⁸⁾。

5 形成権の各論—主体、行使義務、行使方法、判決との関係—

(1) 形成権は、一方的な意思表示により法的な効果を生じる権利である。意思表示のほかの要件が必要な場合があり、補助的な要件、とくに国家的な行為、たとえば既判力ある判決が必要な場合もある⁷⁹⁾。

(a) 行使の主体は、形成権者およびそれと同視される者である。形成権がなければ、形成は生じない。たとえば、密猟者が占有したり、収去権者以外の者が設備を先占したとしても、所有権の取得は生じない。

るからである。解除による危険の転嫁については、【給付障害】87頁、230頁参照。

78) Seckel, a.a.O., S. 44. 本文の混同による形成権の消滅に関する説明は、かなり資格あるいは人格融合説的である。本人と無権代理人の相続の議論によれば(対象はおもに追認権や追認拒絶権であるが)、わが法のもとでは、もっと資格併存説的な考慮が働くよちがあろう。

79) Seckel, a.a.O., S. 45. 形成判決の必要な場合については、立ち入らない。

権利者が多数生じる場合もある。形成権の分割が可能なとき、連帯的なとき、合有的なときである。共有の種類は、非独立の2次的な形成権では、形成権に関係する基本的な法律関係についての共有の種類に従って定められる。たとえば、業務執行をする組合員または夫が、共同体の主として騙されたときには、取消権は、構成員に共同的に生じる。しかし、単純な共有物で、共同所有者の1人が強迫を受けたときには、取消権は、共同所有者に持分についてだけ生じる。最初から単独の権利も、多数の承継人への移転によって共同権の対象に変形する。一部の特定承継の場合も同様である⁸⁰⁾。

特定の場合については、ドイツ民法典に規定がある。解除権、買戻権、先買権が多数人に共同的に帰属する場合に、Eingriffsrecht は、すべての者から合有的にのみ行使される（解除権などの不可分性）。権利が1人のために消滅すると、解除権は他の者についても消滅する。しかし、買戻権と先買権は、この場合には、すべての共同権利者に付着し消滅しない。全権利者が権利を行使しないと、解除権は行使されないが、買戻権と先買権では、この場合でも可能である。権利の存続に関してだけ不可分性が機能するのである。日本法では、地役権の不可分性がこれに近い（日民284条、292条参照）。

(b) 形成権を行使するかどうかは、通常は、権利者にとって自由である。行使の義務は、契約または法律によって生じるだけである。

このような義務を生じる契約も、法律の制限の範囲でのみ有効である。そこで、夫婦は、離婚や婚姻取消権の行使を義務づけられない。しかし、義務の対象である物を売った売主は、担保責任を実現するうえで、実質的に取消権の行使を義務づけられることになろう。

法の規定による場合もある。生存配偶者には、再婚の場合に、かつての財産共同体を消滅させる Eingriffsrecht を行使する私法的な行使義務があり、また、夫婦関係の無効訴訟につき提起義務のある検察官にも、公法的な行使義務がある⁸¹⁾。

80) Seckel, a.a.O., S. 46. 建設共同体で、主たる企業体の倒産にさいし、他の構成員も商法511条（多数債務者間の連帯）で責任をおうとするのが、わが最判平10・4・14民集52巻3号813頁や一部の下級審判決である。この結論のもとでは、主企業の詐欺の場合の取消権に関する本文の考慮は参考となろう。小野「団体の法人格の有無とその構成員の責任」国際商事法務32巻10号参照。

81) Seckel, a.a.O., S. 47.

(c) すべての形成権の行使は、一方的な法律行為による。この行為は、つねに処分行為であり、私法的な法律行為である。形成権を行使する行為は、訴訟の提起や形成判決を要する場合でもつねに必要である。

形成行為は、通常は方式によらず、例外的にのみ方式を要する。すなわち、訴訟の提起の方式が形成行為に必要な場合である。形成の一方的な意思表示は、多くの場合に受領を必要とする。多くは、私法的に受領が必要であり、例外的にのみ官憲による受領が必要である。受領を必要としない意思表示の例は、死亡による第三者のための契約における補充指定、取消しうる夫婦の子どもの認知、先占のための意思表示である⁸²⁾。

通常、形成には、たんなる意思表示でたりるが、先占権の行使では、現実行為 (Real- od. Naturalakt) による意思の確認が必要である。

形成行為は、原則として、意思表示についての代理を許す。ただし、当事者の意思を重視するとの要請から、家族法と相続法の代理は排除され、同じことは形成権の行使にもあてはまる。

形成の法律行為が、全部要件の場合には (つまり訴訟などのべつの要件を必要としない場合)、形成は、ただちに生じる。そこで、条件と期限を付することは、多くの形成権につき法律的に排除されている。たとえば、取消権、子どもの認知、相続と遺贈の承認と放棄、遺言執行者の認容と拒否である。法律上排除が述べられていなくても、しばしば条件や期限の許されないことは、形成行為の性質から明らかである。たとえば、告知や解除の場合である。

(2) (a)有効な形成のために、私法的な意思表示のみではたりない場合には、意思表示は要件の一部となるにすぎない。二重要件による形成 (法律行為と国家行為) の場合である。法律行為に加えて、国家行為が附加されなければならない。とくに形成判決である。附加される国家行為も、一部の要件にすぎない。形成行為と国家行為が合致してのみ、形成が生じるのである。後者は、学説上争われている (後述)⁸³⁾。

82) Seckel, a.a.O., S. 48.

83) Seckel, a.a.O., S. 49.

取消が訴訟と判決によって生じるとしても、夫婦関係の取消、夫婦性・夫婦の承認が私法的な取消行為であることは争うよちはない。相続排除といった、相続分を取得することの取消（訴訟が必要）についても、同じことがいえる。

(b) 形成判決を生じる他の場合については、争いがある。ここでは、反対説によると、効果を生じるには、形成的な判決が唯一の原因であり、それだけが「決定的な」要素である。したがって、原告の意思は、たしかに効果を生じるための条件であるが、訴訟や判決の一契機にすぎない。また、訴訟は、手続的であり、権利の変更の原因である民法的行為を包含しない、といわれる⁸⁴⁾。

このテーゼの理由は、明確ではないが、訴訟も、原告の意図した直接の効果ではなく、当事者の意思は間接的なものであるとの考え方にもとづく。直接の私法的な法律行為による効果ではないとする。また、たとえば、Auflassung（物権的意思表示）による所有権移転の効果も、法律行為にではなく、登記に結合されているとする。そして、養子契約でも、養子は、裁判所の確認行為により効果を生じるとするのである。取消訴訟も、法律行為の直接の効果を惹起するわけではない。しかし、一般の見解では、取消訴訟でも、訴えは、民法的な意味の取消を包含するのである。

ゼッケルの立場では、形成権の行使は、私法的な法律行為に属する。期限の定めのない組合の告知のため、事務遂行権と代理権を否定するために、また組合員の除名のために、私法行為が民法上必要である。商法では、私法行為の必要性は、会社関係において訴訟と判決が必要であることから不明確となっている。しかし、私的自治がより大きい古い夫婦法では、離婚は私法的な告知行為により生じる。たしかに、終極的な効果は、離婚判決によって生じる。しかし、夫婦財産の解消は（生存配偶者による財産共同体の破棄）、私法的な法律行為によって生じるものである⁸⁵⁾。

84) Seckel, a.a.O., S. 50-51.

85) Seckel, a.a.O., S. 52. Auflassungによる所有権移転の効果については、公法的な側面を強調する場合があります、プロイセンのパターナリズムを強調する見解にみられ、法文上もそごがみられたが、今日では、登記官の面前での受領が廃止され、公証人に委ねられることとなったから、その私法的性格が明確になったとよいであろう。小野・専門家の責任と権能（2000年）161頁。なお、小野・公証138号3頁以下にも再録。

法律行為が判決の必要性によって「吸収されている」ことは多い。法では、しばしば訴訟の提起が求められている。しかし、判決は、私法行為の排除をしたり代行しているわけではない。それは、私法との二重要件を実現しているのである。訴訟と判決の要件は、私法的なマイナス (Minus) ではなく、訴訟的なプラスを与えているにすぎない。訴訟的なプラスは、司法行為の訴訟的な形式においてなされ、また判決も必要となる。しかし、私法行為と判決は、同価値の原因である。

完全な効果は、二重要件によってはじめて満たされる。目的とされた効果は私法行為ないし訴訟の提起によってではなく、形成判決によってはじめて生じるとするのが正しい。そこで、私法上の法律行為は、「実質的に意義がない」ことにはならない。結果の発生は、私法行為のみの効果でないとしても、その行使の効果によるものでもある⁸⁶⁾。

(c) 形成権は、それが争われるかぎりでは、不確定的に行使され (pendent), 効果も不確定である (pendenti)。このような不確定さ (Pendenza) から、訴訟によって形成されず (すなわち訴の棄却、*absolutio ab instantia*) 解決されるときに、私的な行為が効果を生じえないこともある (形成判断以外の方法で解決される場合である)。さらに、不確定に行使されること、すなわち、不確定に行使された形成権が、なお法律行為、目的、形成の不能などによって、覆滅されることもある (前述)。

国家行為の完成によって (形成判決の既判力)、不確定な行使の効果は、確定的なものに変わる。先行する私法行為と結合した国家行為は、単独で形成する法律行為と同様の形成行為であるから、たんなる執行行為ではない。

形成判決には、たんに形成行為の実現として意義があるだけでなく、確定行為 (Feststellungakte) としての意義がある。既判力ある形成判決は、原告の形成権が被告に対し最後の弁論終結時に存在し行使されるものを、将来的に確定するのである⁸⁷⁾。

86) Seckel, a.a.O., S. 53.

87) Seckel, a.a.O., S. 54. そこで、破棄されるか変更される法律関係が、たんに当該の時に存在することのみを確定するわけではない

(d) そこで、形成判決は、(α) 形成される法律関係が全然存在しないか、(β) 判決の既判力発生時に存在しない場合には、無効である。最終の口頭弁論と既判力発生時の間に、(α) 行使された形成権が消滅するか(放棄、目的の到達、離婚事由の有無あるいは婚姻障害事由からの後発的な免責など)、(β) (訴訟に含まれる) 形成行為が取消されるかしたときも、無効である⁸⁸⁾。

6 形成権の行使の効果

(1) 形成権の行使の効果は、将来的な場合も、遡求的な場合もある。また、直接・物権的なことも債権的なこともある。特定の形成権が物権的権利となるかどうかは、実定法により定められる。ドイツ民法典では、物権的な形成権は1つしかない。すなわち、土地の物権的な先買権または地上権取得である。第三者に対する物権的な効果は、予約権の範囲でのみ生じる⁸⁹⁾。

予約は、予約債権者のために形成の相手方の処分権の制限という効果を生じる。先買権による制限は、相手方に給付させない可能性を生じるからである。もっとも、たんなる予約権は、消極的な支配権であり、形成権によってのみ生じるものではない。

(2) 行使の効果の破棄や否定も可能である。形成の破棄は、将来的にも、あるいは遡求的にも可能であり、形成された法律関係は、前の状態をふたたび回復し、それが形成されなかったように扱われる。そこで、形成権も、可能であるかぎり回復される。

形成される法律行為や形成される国家行為に欠陥があるが、法律行為ないし、二重要件が必要なときで、かつ法律行為または国家行為の1つがすでに行われた場合には、遡及的に破棄の効果を認めることはむずかしい。たんなる法律行為が取消されたときには、はじめから無効なもののみなされるが、既判力ある形成判決がある場合には、それが再審によって除去されたときに、はじめから無効とみ

88) Seckel, a.a.O., S. 55. ただし、形成判決の無効の問題は、学説ではあまり扱われていない。放棄や宥恕については、争いがある。Motive は、訴訟法上、事実を主張できる限りは、有効な宥恕を主張できるとした。

89) Seckel, a.a.O., S. 64.

なされる⁹⁰⁾。

有効な形成判決がある場合の取消による形成行為の除去を、より詳細に考察すると、形成される法律関係が判決の既判力発生時に存在せず、あるいは最終の事実審口頭弁論の終結後、既判力発生前に実質的な形成行為が取り消されたときでも、形成判決ははじめから無効となる。この立場からすると、形成された法律関係が遡及的に脱落したときには、形成判決は、既判力の生じたあと（効力を生じたあと）でも、後発的に無効となりうるのである⁹¹⁾。

取消は、既判力に反するものではない。形成される法律関係は、確定（Feststellung）の効果とは関係しない。既判力のある判決は、最終口頭弁論後に形成権が有効に行使されたことを確定するのである。しかし、判決は、原告がみずから行為を取消しえないように行使行為が生じることを確定するわけではない。判決が原告から取消権を排除してしまうと、原告は、訴の基礎を撤回して自分の権利を追及することができなくなる。たとえば、形成行為は、錯誤、強迫または詐欺によって取消可能である。形成は、訴訟外では、それ自体で完結した法律行為によってなされ、また、訴訟中なら、形成行為の要件と形成判決によって生じるが、最後の場合には、取消によって行為は無効となり、判決も無効となるのである⁹²⁾。

IV むすび—その後の展開

1 意義

(1) ゼッケル以後、ほぼ1世紀の間、形成権は、比較的限定的に列挙され説明されてきた。包括的な検討や修正は行われなかったといってよい。そのため、性格づけには、ほとんど本質的な進展はない。ただし、ゼッケルが重きをおいたが、あまり注目されていない部分もあり、そのかぎりでは変遷がみられる部分もある。以下、主題にそくして、ドイツ法の現状を概観するにとどめよう。

90) Seckel, a.a.O., S. 65.

91) Seckel, a.a.O., S. 66. ただし、この部分は、形成訴訟の性格を公権的に考慮すれば反対のありうるところである。

92) Seckel, a.a.O., S. 67.

形成権は、一方的な行為 (durch einseitigen Akt) により、他の者との権利関係を成立させ、内容的に確定し、変更あるいは消滅させる権利である。通常は受領を必要とする意思表示 (eine empfangsbedürftige Willenserklärung) による。権利者が義務者の行為 (作為または不作為、194条) を請求し、その協力を求める請求権とは異なり、形成権は、他人の協力なしに、権利を行使でき、その意思のみで法的効果を生じさせることができる。これは、相手方からすれば、自分の権利の範囲内において、一方的に形成の拘束が生じることを意味し、受忍を求める権利となる。当事者の権利の領域への一方的な介入のためには、相当性を必要とする。その基礎は、法律あるいは契約によって形成権が生じることにあり、それゆえ一方的な決定に従うのである⁹³⁾。

(2) 形成権の基礎にある一方的な形成力は、人が同等の地位を有する市民社会では、無制限に存在するよちはない。一方的な形成権は、拘束力の根拠につねに当事者の合意を必要とする合意主義の例外である。それが生じるには、一定の要件を必要とする。たとえば、取消権、法定解除権、重大な事由による告知権のような法定の形成権である。また、期間の定めなき継続的債務関係において特別な事由を必要としない告知もある⁹⁴⁾。

93) Larenz, (1997), V 1 (S. 306); (2004) S. 267; Bötticher, a.a.O. (前注3) Gestaltungsrechte), S. 2 f.

94) 日本民法典上の未履行双務契約の解除と、これを整理した類型的な契約の終了事由については、小野「契約の終了事由と当事者の履行能力」【反対給付】351頁参照。

解除権の系譜は、おもに3つある。その中心は、①伝統的な相手方の帰責事由を理由とするものであるが (541条、543条)、ドイツ民法債務法現代化法 (2002年) およびドイツ債務法改定草案 (1992年) 323条は、この帰責事由の要件をはずした (①^{*)})。また、これとはべつに、継続的契約における自分の側の事由を理由とする解除が、個別の契約には認められており (②)、さらに、これらとはべつに、もっぱら当事者間の公平のみを理由とする事情変更の原則による解除権もありうる (③)。

民法典上は、(1)債権者の破産の場合について、債務者のする解除 (貸與人、被用者など) が規定されているだけで、債務者の破産の場合については、とくに規定がない。これは、(2)破産法上の破産管財人のする解除によってカバーされるが、破産の場合の解除は、規定の体裁がやや一般的であるから、内容上は2種類がありうる。1つは、①の系譜につらなるものであるが、もう1つは②の系譜につらなるものであり、破産管財人の解除は、この②の系譜に属する。たんに、①を否定して、②の系譜のみに一元化することはできないのである。

形成の理由は、契約自由の内容でもあるから、基本的に自由な合意が可能である。たとえば、約定解除権である（旧346条はこれを解除の原則とした。現346条は法定解除と共通の規定）。告知権も同様である⁹⁵⁾。

オプション権の行使には、その理由づけは必要ではない。しかし、賃貸人や使用者の告知権は、社会法的見地から一定の制限に服する（旧564条b=現573条、573a条、573b条）。そして、その行使の事由は必ずしも一義的に明確ではないから、理由づけられることが必要である。しかし、このように法律が理由づけを義務づけている場合は例外である。

そこで、形成権の行使のために、一般的にそれを説明する義務を課すことは当然には導かれえない。相手方にとっては権利の防御にとって不便に感じられることもあるが、逆にこれを義務づけると、権利者にとって、権利を失う危険を生じる可能性がある。そこで、理由が明確でない場合には、相手方がそれを探求しなければならないこともある。そして、形成権者に対して積極的に義務づけることはできなくても、消極的に相手方に理由を求める権利を認めることは可能である（108条2項、174条1文、177条2項の趣旨⁹⁶⁾。そして、権利者が答えない場合

解除事由と解除の効果

	要件	効果	例
① ¹⁾ 相手方の帰責事由を理由とする解除権	541, 543条 (通説による場合)	解除プラス損害賠償請求 (545条3項)	債務不履行の解除 (瑕疵担保解除では帰責事由は いらない)
① ²⁾ 相手方の人的事由・給付障害一般 (帰責事由はいらない)	死亡、破産 禁治産	解除のみ (とくに 帰責事由があれば 損害賠償も可能)	破産の場合の債務者の解除 遅滞の危険 信類関係破壊の理論—相手側 ドイツ債務法改定の解除権
②自分の側の事由を理由とする解除権	己ムコトヲ 得サル事由	自分に過失あれば 損害賠償 (628)。 自分から損害賠償 して解除	継続的契約の特別 信類関係破壊の理論—自分側 (立退料を払って解約) 破産管財人のする解除
③事情変更の原則による解除	行為基礎の 喪失	ドイツ債務法改定草案306条 (2002年法313条)、不安 の抗弁と解除 (草案307条、2002年法321条)	

95) Larenz, a.a.O., S. 310 ; (2004) S. 267.

96) Becker, a.a.O. (前注7, AcP 188), S. 44, S. 47f. この点に関し、わが法では、借家人が賃料を不払いをする場合に、転借人に代払いの機会を与えるべきかとの議論があり、最判昭63・7・1判タ680号118頁は、「借地上の建物の賃借人はその敷地の

には、形成権の行使が無効となり、また権利の濫用にあたるのであれば、形成権の消滅をもたらすこともありうる。立法者は、意思表示者ではなく、相手方が理由を求めることを予定しているのである⁹⁷⁾。

また、一般的に、重大な事由による告知権は放棄が制限される。当事者にとって処分が自由でない法律関係、たとえば、夫婦や親子関係については、形成の合意も自由というわけではない。

(3) 一方的な法律行為は、法秩序により付与される。そこで、権利の法定（物権と同様に法定される。numerus clausus）によることから、法律行為による合意によっては、法の規定に反して拡大されたり、内容的に変更されることはできない。もっとも、生存者間の一方的な法律行為と同じ効果は、法定の一方的行為に代えて、契約によっても実現することはできる。この方法は、行為が一方的なものとしては実現されえないときには、意義がある。たとえば、行為能力の制限された者に対する一方的告知は無効であるが（111条）、契約による告知は、法定代理人によって同意されうるのである⁹⁸⁾。

地代の弁済について法律上の利害関係を有すると解するのが相当である」とした。これにつき、小野・判タ695号101頁参照。

そして、第三者弁済ができるのは、転借人が賃借人の不払、あるいは建物の賃借人が土地賃借人の不払の事実を知りえたときだけであり、代払の機会がなく賃借人が解除されてしまった場合には、転借人あるいは建物の賃借人は、建物から退去して土地を明け渡さざるをえない。そこで、不払のある場合に、解除の前提として、これらの弁済をなしうる者にも、代払の機会を与えることが必要かどうかの問題となる。これにつき、最判昭37・3・29民集16巻3号662頁は、賃貸人は、賃借人に催告をすればたり、転借人にまで支払の機会を与える必要はないとする。また、最判平6・7・18判時1540号38頁も、転貸借関係は、賃貸借契約の存在を前提とするものであり、転借人もそのことを承知しながら契約していることを理由としてこれを踏襲した。

ここでも、解除権者に対して積極的に代払いの機会を与えるよう義務づけることはできないが、消極的に相手方に説明や理由を求める権利を認めることは可能であろう。一方的な権利である形成権は、法律上その事由を加重することによって制限されるが、ついで理由を課すことによっても制限される。この中間として、形成権者に対して、消極的に相手方に理由を求める権利を認める形態もありうる。さらに、より制限が必要な場合には、判決を必要とする方法、あるいは形成権を請求権に引き下げることによっても行われるのである。前述I 3(3)および後注100)参照。

97) Becker a.a.O. (前注7), S. 44 f. S. 67. そして、訴訟法上、権利の貫徹のために、理由づけが必要なのは当然である。

98) Flume, a.a.O. (前注8)), I-2, S. 137.

2 形成権の態様

(1) まず、形成権は、法律関係の基礎づけを行う。法律関係を基礎づける形成権には、物権的な先占権 (dingliches Aneignungsrecht) があり、これについては、前述のような争いがある (I 2(3)参照)。繰り返さない。

つぎに、債務関係の内容の詳細を決定し、また、法律関係の変更を行い、さらに、法律関係の解消を行うものがあり、これらについても、前述した (I 2(1))。

(2) ほかに、形成権に入れられるものとして、反対権 (Gegenrecht) がある。これは、権利者に対する他人の権利を中立化し (neutralisieren)、その効力を失わせるものである。ここでは、とくに、債務者に付与される給付拒絶権がある (時効に関する現214条1項、旧222条1項=現214条。ドイツ民法上の消滅時効は、給付拒絶権である。273条1項=留置権、Zurückbehaltungsrecht、320条1項=同時履行の抗弁権。旧478条1項の瑕疵の抗弁権=現438条の瑕疵に関する時効)。これによる形成の効力は、権利者が請求権の貫徹可能性を失わせる法的な地位の変動をもたらす点にある。もともと、抗弁権の特殊性として、その行使は、法律行為的な意思表示によるのではなく、事実的な意思の表明にすぎないことである⁹⁹⁾。

また、特殊な形成権として、形成反対権 (Gestaltungsgegenrecht) がある。これは、他人の形成権の効果を差し止めあるいは緩和するものである。たとえば、賃貸人の告知に対し、賃借人は、旧556a=現574条、574a条、および旧565d条=現576a条により異議権を有する。この異議権は、賃貸人のした告知の効果を緩和し、賃貸借関係の終了ではなく、賃借人の更新請求権を生じる。2001年の賃貸借法改正により、その適用は縮減された。さらに、111条2項、174条の拒絶権も、形成の表示に対するものであり、形成反対権となる¹⁰⁰⁾。

3 形成権の行使と相手方の保護

(1) 形成権の行使は、原則として、相手方に対する意思表示によって行われる

99) Becker, a.a.O., S. 27 ff.; Larenz, S. 310; (2004) S. 267 f.; Medicus, a.a.O. (前注9)), Rdnr. 85 (S. 39).

100) Larenz, S. 308 f.; (2004) S. 267-8. これは、おもに、Medicus, a.a.O., Rn 86. の提唱にかかる概念である。

(143条1項、263条1項、315条2項、318条1項、349条、旧497条1項=現456条1項、旧505条1項=464条1項、531条1項など)。形成の意思表示は、相手方に権利の変動を知らせるためである。それゆえ、これは、抗弁の主張を例外として、受領を必要とする意思表示である (empfangsbedürftige Willenserklärung, 130条到達主義)。しかし、抗弁の主張では不要であり、また、先占権でも、それが絶対権であり、物に対する法律関係を基礎づけることから、相手方に対する意思表示は必要ではない。先占意思の一般に認識できる可能性は必要であるが、これは占有の取得により獲得される。

また、形成権の行使をする者は、前述のように (2参照)、一般にはその理由を述べる必要はない。しかし、それが拒絶され、訴訟に持ち込まれた場合には、形成権を主張する者は、それを基礎づける事実を証明しなければならない。

多くの場合に、権利者はその主張をするだけでなく、形成訴訟を提起し、裁判上の形成を求めなければならない。離婚 (1564条)、嫡出の否認 (旧1599条以下、現1600条担当)、婚姻の無効 (旧婚姻法 (1938年) 28条以下=現1313条以下) にみられる。ほかに、会社法でも、多くみられる。業務遂行権、代表権の剥奪 (商法117条、127条)、社員の除名 (同140条)、会社の引き受け (同142条)、会社の解散 (同133条)、株式会社の無効 (株式法275条、277条)、株主総会の決議の取消 (同243条、246条、248条)、有限責任会社 (GmbH) の解散 (GmbHG 61条) などである。

これらの場合に、権利者は、形成訴訟を提起する権利をもつだけである。これも広義においては、形成権といえる。なぜなら、形成は最終的に判決によるが、権利者の訴訟提起に依存し、相手方は、判決による形成の効果を受忍しなければならないからである。

裁判所の関与は、相手方の権益への侵害が重大であること、および明確に認識できる法的状態への公益的要請から、法律関係の形成を確かかつ明確に判断するために、あらかじめ裁判官による判断を介し、また法律の求める要件を既判力をもって確定できるようにしているのである¹⁰¹⁾。

(2) 形成権者は、一方的な形成力を認められているから、相手方の利益の保護を要する。相手方の権利への侵害が予見可能であり、合理的な範囲に限定づけら

れることが必要である。

第1に、権利行使の効果を予見可能にするために、当事者に対して形成の意思表示が行われ、また条件づけられないことが必要である。条件が禁じられるのは、

101) Larenz, S. 309 f.; (2004) S. 268-9; Becker, a.a.O., S. 50 ff.

形成権においては、立証の転換が問題となる。立証責任は、権利主張者が負担することが通常であるが、形成権では、実体上の権利は意思表示のみで当然に発生するから、立証は形成権の存在と意思表示の点に限定される。権利の具体化を容易にするとの自力救済的な性格が反映されている。そこで、もしこれを限定しようとする場合には、形成権者による負担を増加させるために、実体的に「正当事由」の具備や権利を基礎づける説明義務を課すことになる。後者は、相手方の防御を容易にする機能をも有している。前述I注15)参照。形成権の行使を容易にし、他方で、相手方の防御をも容易にするための中間的な妥協として、形成権の行使に一定の方式を必要とするとの方法もあろう。消費者保護法的なクーリング・オフの権利に、書式を求める例がこれである。

二重効との関係では、かねてキップ (Theodor Kipp, 1862-1931) のつぎの指摘がある。Vgl. Kipp, Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit; in Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Ferdinand von Martitz zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum am 24. Juli 1911, S. 211 ff. (S. 216).

キップは、実体法から導き出される司法法 (Justizrecht) が存在することを前提として、それが裁判官を義務づけるとし、実体法と司法法の区別は、立証責任に関しても以下のような意義を有するとする。

すなわち、権利発生のための私人の行為の基礎としての事実は、一般に立証の必要がない。人が、他人に行為を請求しうる場合は、その請求は、明示であれ黙示的であれ、法によって基礎づけられたものとして現れるからである。人が、他人をある場所から追い出そうとするときには、その主張が権利により保護され、たんなる感情や越権によるのではないことが認識できればたりる (一般的な説明義務はない。特別な説明義務は民法典成立後の課題となった)。たとえば、人が、医者待合室で、他人から、もっている新聞を要求されたときには、それが自分のもってきたものであり、医者がおいておいたものでないことを教えなければならないが、権利の正しい表示までは必要ではない。私法上は、この原則を超えて、権利の主張のために相手方に対する特定の証明が必要なことは、まれである (111条、174条、179条、410条、413条、1160条2項など)。逆に、相手方が、権利者に対して権利の行使をしやすくするための規定があり、その規定の効力として、相手方は、権利者に対し、通知、計算、開示の宣誓によって、権利の主張を助けなければならない (259条以下、2027条、2057条)。Vgl. Kipp, a.a.O., S. 218.

しかし、裁判官の判決理由としての事実は、争いのある場合には、つねに証明を要する。判決をする裁判官は、事実を知らず、原則として、いずれの当事者をも、その相手方以上に信じてはならないからである。そこで、争いのある場合には、証明を請求しなければならないからである。この証明責任は、司法法の問題である。かつて、Wach, Gaupp-Steinなどは、立証責任を訴訟法におき、Leonhardは、それを実体法においた。しかし、立証責任は、訴訟法に属するのではない。なぜなら、それによって手続ではなく、裁判官の判決の内容が義務づけられるからである。Kipp, a.a.O., S. 219. これにつき、【現代化】135頁。

形成の効力が生じるのかどうかにつき不確定かつ不安定な状態を生じるからである。そこで、相手方が容易に確定でき、とくにその意思のみにかからせる条件は、可能である。時期による明確な期限も可能であるが、始期や終期が相手方に不確定な期限は許されない。さらに、撤回できない(130条参照)。行使の意思表示よりも早く撤回が到達した場合には、撤回できる。また、相手方が形成権の有効性を争う場合にも、撤回が可能である。というのは、その場合には、相手方が主張する状態に帰するだけであるからである¹⁰²⁾。

第2に、形成権による相手方の利益の侵害は、形成の事由によっても限界づけられる。これが契約により合意されたなら、契約の自由から、相手方は、みずから契約を限定することができるし、形成権が法定のものである場合には、限界は法規により定まる。とくに賃貸借法と労働法では、告知事由の制限により、特別の社会的な存在保障が行われている(旧564b条=現573条、573a条、告知保護法=Kündigungsschutzgesetzの1条)。346条による一般の解除権は、原則として自由に合意でき、継続的関係の告知権でも同様である。しかし、賃貸人や使用者の告知権は、賃借人の住居保護、および労働者の保護という社会的利益から、法定の告知事由により制限され、賃貸人や労働者に不利な合意はできない。告知期間なき告知では、重大な事由という要件が必要である(569条、626条)。これらの理由は、任意に拡大させることはできず、重大事由による告知権も原則として放棄することはできない。夫婦や親子関係のように当事者が自由にできない法律関係でも、形成の事由は、自由に合意できるわけではない。

第3の限界は、形成権の行使に関する。形成権は、行使(消費、Verbrauch)により消滅する。また、形成権の多くは、特定の期間内に行使しなければならず、期間経過後には、消滅する。たとえば、錯誤による取消権は、最長30年の期間中は行使できるが、錯誤を発見した後「遅滞なく」(unverzüglich)行使しなければならない(121条)。先買権は、469条2項で行使期間が定められている。そし

102) Medicus, Allgemeiner Teil (前注9), Rn. 849 f. (S. 315); vgl. ders. a.a.O. (前注15), S. 8. (訳16頁以下参照)。この場合には、形成力の破棄に関する合意があるともいえる。合意は、形成権の基礎でもあるから、その有効性を認める必要がある。法定の形成権の場合でも、形成権の不行使は、相手方をより不利にするほど働くことはないであろう。

て、この期間は、その経過後権利を失わせる除斥期間 (Ausschlußfrist) である¹⁰³⁾。

第4の限界は、不可分性である。多数の当事者から一方的な法律行為が行われる場合には、多数者の意思表示は、総体として (insgesamt) 1つの法律行為である。たとえば、複数の借主のいる賃貸借である。告知は、すべての借主がうけた場合にのみ有効である。不可分の告知の意思表示が、総体として一方的な告知の行為となるのである¹⁰⁴⁾。

4 形成権の保護と財産性

形成権は、絶対権ではないから、823条1項の保護をうけない。また、1004条の類推による不作為 (妨害排除および差止) 請求権による保護をうけない。形成権は、権利者によってのみ行使され、無権利者の行使によって影響をうけないから、これらの保護を必要としないのである¹⁰⁵⁾。

形成権は、原則的には、独立した財産権ではない。そこで、単独で譲渡できないし、関係した当該の当事者や地位と結合している。形成権は、この法律関係が移転されてはじめて譲渡できる。しかし、オプション権は、単独で譲渡可能である。別段の合意がなければ、先買権は、旧514条 (現473条) によれば譲渡できず、相続もできない。破産管財人は、破産財団に法律関係が属している場合には、形成権を行使できる。債権者は、質にとった財産権の換価に必要なかぎり、形成権を質にとることもできる¹⁰⁶⁾。

103) Larenz, S. 311 f.; (2004) S. 269–270.

104) Flume, a.a.O. (前注8) I-2, S. 137. わが法では、解除権の不可分性についてだけ規定がある (544条1項)。なお、不可分性の効果として、解除権は、当事者の1人につき消滅すると、他の者についても消滅する (同条2項) が、地役権の不可分性では、時効取得の場合には他の共有者も取得し (284条1項)、消滅時効の中断があった場合には、他の共有者のためにも中断する (292条)。この違いは、当該の権利については反対であるが、解除権の基礎となっている権利 (たとえば、賃借権) にも着目すると、権利の存続で一貫している。ここにも、形成権の自力救済的な性格と、それに対する制限が表現されている (前注15)、100) 参照。

105) Larenz, S. 312; (2004) S. 271.

106) Larenz, S. 312 f.; (2004) S. 271. 財産権としての形成権については、前注56) の文献 (Schürnbrand) 参照。

5 抗弁権の永久性との関係

ドイツ民法2083条によれば、給付を義務づける終意処分 (letztwillige Verfügung) を取消しうる場合には、たとえ2082条によって取消権が消滅したときでも (終意処分の取消は、取消権者が取消原因を知ったときから1年内にすることを要する)、義務者は義務を拒絶することができる。権利には期間の制限があり、これを行使しえない場合でも、もとの形成権には、弱い防御的な効力が認められる¹⁰⁷⁾。わが法上は、抗弁権の永久性として知られている法理の明文化である。形成権者は、給付拒絶権のみを有する。矛としての形成権を失っても、楯としての抗弁権を保持することができ、しかも、この抗弁権によって、すでに履行した給付を不当利得として返還請求するよちもある (813条)。

前述のように、ドイツ法上は、抗弁権をも形成権の属性の一部とみる考え方があることから、この見解のもとでは、このような縮小された形成権として抗弁権をみるのが比較的容易である。日本法のもとでも、その理由と性格づけは参考となろう。

しかし、この2083条の抗弁をどこまで一般化できるかには争いがある。これを法政策上のものとし、あるいは2083条を相続法に特有なものであるとすれば、答えは消極的になる。そして、総則の取消権の制限は、もっと終局的なものだという位置づけとなる¹⁰⁸⁾。逆に、広く解する立場では、142条1項の取消権にも同様の抗弁が拡大される。これによれば、事実上、121条、124条の期間制限は無意義となる。ライヒスゲリヒトの判例には、124条を適用した場合の厳格さを緩和するために拡大を認めた場合があった¹⁰⁹⁾。すなわち、詐欺により生じた契約上の債

107) この2083条と類似する規定は、不当利得の821条、不法行為の853条にもある。すなわち、人が不当利得や不法行為により被害者に対し債権を取得した場合には、債権の破棄を求める権利が時効によって消滅しても、被害者は履行を拒絶することができる。典型的なのは、不法行為が詐欺の場合で、詐欺取消権が時効消滅した場合である。ただし、後注109)のように、121条、124条と853条の適用の範囲については争いがある。

108) Vgl. Münch-Komm BGB, Bd. 6 (hrsg. v. Skibbe), §2083 Nr. 1 (1982, S. 780; 1989, S. 843) (Leipold). 本規定の一般的な合理性を疑問とする。

109) Vgl. RGZ 79, 194 (Urt. v. 1912. 3. 29); RG JW 1928, 2972 (Urt. v. 1928. 4. 24); RGZ 60, 294 (Urt. v. 1905. 3. 15); 130, 215 (Urt. v. 1930. 11. 7). などである。強迫に関する第3判決以外は、詐欺の典型例であり、不法行為により締結した契約の履行に

権につき、取消権の制限期間後でも（損害賠償請求権の時効期間も経過）、その履行を拒絶しうるのである。

折衷的な見解として、Beckerによれば、124条では、123条（詐欺・強迫による取消）において、取消の相手方の危険領域に取消の原因があるから、この特別な考慮が正当化されるとする。他方、121条の取消では（内容の錯誤、伝達のための人または設備による不正確）、取消権者の危険領域の意思表示の瑕疵が問題となっているとする。また、後者では、124条のように1年内に行使することを要するのではなく、取消原因を知ったのち遅滞なく行使することが必要とされており、必ずしも確定的ではない。そこで、構成上124条とは異なり、取消可能性の抗弁は許されない。もっとも、許される場合でも、先の2083条と異なり、形成権と抗弁権の併存ではなく、取消がなお可能なら、そののみが許されるのである。また、抗弁権によった場合にも、122条にしたがって、相手方に対して賠償義務が生じる場合もあるとされる¹¹⁰⁾。

この問題は、形成権の期間制限に関する一般論とも関係する。形成権は請求権ではないから、時効にかからないとされるが、あまりに長い継続は不当になり、長期間の権利の不行使には制限が必要であるとされる。ここから、一定の除斥期間内に行使されなければ、形成権は当然にあるいは失効の原則により消滅する。逆に、消滅の期間が法定されることもあるが、それがあまりに短期の場合には、内容を限定し存続させる必要も生じるのである。この場合には、権利の存続期間と保護されるべき利益と取消されるべき危険の衡量が必要となる¹¹¹⁾。存続期間後も縮減された効力を認める理論は、この延長と位置づけられる。

つき、詐欺取消権の時効消滅後に被害者が拒絶できるか（前注107）の853条による請求の拒絶の適用）が問題となっている。

- 110) Becker, a.a.O. (前注7), S. 33 f. ただし、この問題は、今日でも必ずしも解決されていない。本稿では立ち入りえないが、詐欺取消の規範的効力の射程ということになろう。解除権の消滅については、【給付障害】87頁以下、219頁以下参照。
- 111) 形成権の期間制限につき、前注73) 参照。