

債権譲渡の通知・承諾の効果（2・完）

—特に契約債権の譲渡について（民法468条2項）—

遠山純弘

- I. はじめに
- II. 原則
 - 1. 債権の同一性
 - 2. 債務者の保護
- III. 同一性と債権の「個性（Individualität）」
 - 1. 一般論
 - 2. 弁済の場所
 - 3. 訴訟法上の抗弁
 - 4. 例外
- IV. 債権譲渡の通知・承諾後ににおける債務者の法的地位
 - 1. 給付障害一般
 - 2. 個別的考察
 - a) 取消
 - b) 解除
 - c) 相殺（以上，54巻4号）
 - d) 信義則に基づく抗弁（Einwendungen）
 - e) 譲渡人との法律関係に基づく抗弁（Einreden）
- 3. 事実上の不利益
 - a) 債権者の気質（Mentalität）
 - b) 不履行に基づく損害賠償
- V. 債権譲渡に基づく譲渡人と譲受人間の権利分配
 - 1. 法的地位の移転について譲渡人・譲受人間に合意がある場合
 - a) 形成権
 - b) 同時履行の抗弁権
 - 2. 法的地位の移転について譲渡人・譲受人間に合意がない場合
 - a) 意思表示の瑕疵に基づく取消権
 - b) 譲渡債権と関連する権利
 - c) 契約全体と関連する権利
- VI. おわりに

d) 信義則に基づく抗弁（Einwendungen）

信義則（民法1条2項）に基づく抗弁（Einwendungen）がもつばら譲渡人だけに対抗することができる（ausschließliche Beziehung zur Person des Zeden-

ten) ものでない限り、債務者は、信義則に基づく抗弁も譲受人に対抗することができる⁸⁷⁾。たとえば、契約締結後にその基礎となった事情が変更し、その変更について当事者が予見することができず、また帰責事由もない場合において、その事情の変更のために当初の契約に債務者を拘束することが極めて不当になったときは、債務者は、事情の変更を譲受人に対しても援用することができる。あるいは、権利者が長期間にわたり権利を行使せず、債務者においてその権利はもはや行使されないものと信ずべき正当の事由を有するに至ったため、その後これを行使することが信義誠実に反すると認められる場合には、債務者は、その権利行使が許されないことを譲受人に対しても主張することができる⁸⁸⁾。

e) 譲渡人との法律関係に基づく抗弁 (Einreden)

債務者は、譲渡人との法律関係に基づく抗弁 (Einreden) も譲受人に対抗することができる⁸⁹⁾。譲渡人が債務者に対して負担する反対給付を履行しないときは、債務者は、譲受人に対して同時履行の抗弁権 (民法533条) を行使することができる⁹⁰⁾。また、債務者は、譲渡人との間で行われた期限の猶予

87) MünchKomm=Roth, a. a. O., §242, Rdnr. 207, §404, Rdnr. 9; Nörr, a. a. O., §4III2e.

88) 権利失効 (Verwirkung) の原則がわが国において認められるか否かについては争いがあるが (成富信夫『権利の自壊による失効の原則』〔有斐閣, 1957年〕386頁以下, 我妻栄「行使を怠ることによる権利の失効 (Verwirkung) —最高裁判所の最近の二つの判決に関連して—」『民法研究II総則』〔有斐閣, 1966年〕50頁以下, 星野英一「判例批評」『法協』83巻1号〔1966年〕63頁以下, 田中實「判例批評」『民商』53巻5号〔1966年〕82-3頁などを参照), 最高裁は、一般論として、権利者が長期間にわたり権利を行使せず、相手方においてその権利はもはや行使されないものと信ずべき正当の事由を有するに至ったため、その後これを行使することが信義誠実に反すると認められる場合には、もはやその権利行使は許されない、ということ認めている (最判昭和30年11月22日民集9巻12号1781頁, 最判昭和40年4月6日民集19巻3号564頁, 最判昭和41年12月1日判時474号15頁)。

89) Nörr, a. a. O., §4III2f; Erman=H. P. Westermann, 11. Aufl., (2004), §404, Rdnr. 3.

90) 明石・前掲書注(5)395頁, 谷口知平・五十嵐清編集『新版注釈民法(13)』(有斐閣, 1996年) 475頁 (沢井裕・清水元執筆) など参照。また、このことは、不安の抗弁 (Unsicherheitseinrede) についても当てはまる (Gernhuber, Das Schuldverhältnis, [Tübingen, 1989], §15IV9a.)。

を譲受人に対しても主張することができる⁹¹⁾。さらに、債務者は、譲渡人との間で行われた減額の合意⁹²⁾、あるいは、債権の一部につき債権者に支払うのに代えて直接第三者に支払うこととする旨の合意⁹³⁾を譲受人に対しても主張することができる。

3. 事実上の不利益

債務者の保護という考え方、すなわち、債権譲渡によって債務者に不利益を及ぼしてはならない、という考え方が債権譲渡の法の解釈適用において出発点とすべき重要な考え方であり、そのため、この考え方にどんなに注意を向けても向けすぎるということは決してないとしても、それでもなお、それは一つの法命題 (ein Rechtssatz) にすぎない⁹⁴⁾。それゆえ、債権者が交替しても、法律上特に不利益が債務者に生じない限り、言い換えれば、譲渡人に対して主張しえたすべてのことを譲受人に対しても主張しうる限り、債権譲渡によって債務者に生ずる事実上の不利益は、債務者がこれを甘受しなければならない⁹⁵⁾。

a) 債権者の気質 (Mentalität)

譲受人が譲渡人と比べて厳しい権利行使をするというような債権者の気質 (Mentalität) にかかわる不利益は、事実上の不利益のカテゴリーに属する⁹⁶⁾。譲渡人が寛容な人間であるとか、辛抱強い人間であるというような譲渡人の気質を債務者は譲受人に対して主張することはできず、債務者がそのような譲渡人の気質を譲受人に対して主張することができるのは、支払猶予という形においてのように、それが法律行為のレベルにまで高められている場合だけである。

91) 於保・前掲書注(4)296頁、奥田・前掲書注(9)440頁、淡路・前掲書注(14)436頁など。

92) 東京控判大正12年12月7日評論13巻民法214頁。

93) 大阪高判昭和41年12月5日下民17巻11-12号1195頁。

94) Nörr, a. a. O., §4III3.

95) 我妻・前掲書注(17)517-9頁。なお、ここで「事実 (Tatsache)」とは、契約によっても法律によっても規律されていない状況を言う (Nörr, a. a. O., §4III3.)。

96) 石坂・前掲書注(4)1170-1頁、我妻・前掲書注(17)518頁。

b) 不履行に基づく損害賠償

譲渡債権につき債務者が債務の本旨に従った履行をしなかったときは、債務者は、それによって生じた損害を譲受人に賠償しなければならない（民法415条⁹⁷⁾。

ところで、この場合に譲受人に対してなされるべき損害賠償が譲渡人に対してなされたであろう損害賠償を越えることがあり、そこで、債務者が譲受人に対して賠償すべき損害が譲渡人について判断されるのか、あるいは、譲受人について判断されるのか、ということが、別な言い方をすれば、債務者が譲受人に対してなすべき損害賠償を譲渡人に対してなされたであろう損害賠償に限定することを主張することができるか否かが問題とされる。

ドイツにおける支配的な見解によれば、賠償すべき損害は、譲受人について判断される⁹⁸⁾。何となれば、債務者は、新たな債権者（譲受人）を、この者

97) 債務者の不履行に基づく損害賠償請求権は譲受人に帰属する（東京高判昭和45年6月30日金法594号38頁。さらに、後注〔98〕の文献を参照）。

98) ドイツ法においては、債権譲渡の効果は、譲渡人と譲受人との間の譲渡行為によって生ずるため、通説は、債権譲渡についての債務者の認識にかかわらず、賠償すべき損害は、常に譲受人について判断されるとする（Gernhuber, Synallagma, a. a. O., S. 86f.; Staudinger=Medicus, 12. Aufl., [1983], §249, Rdnr. 184; Röder, "Das vergiftete Pferdefutter", JuS1984, S. 619; Schwenger, "Zession und sekundäre Gläubigerrechte", AcP182 [1982], S. 234f.; Dörner, a. a. O., S. 257ff.; Larenz, Schuldrecht I, 14. Aufl., [München, 1987], §34I; U. Hoffmann, "Abtretung der Hauptforderung und Verzugsschaden", WM1994, S. 1464f.; Staudinger=Schiemann, 13. Aufl., [1998], Vor§§249ff., Rdnr. 52; Esser=Schmidt, Schuldrecht, Bd. I, Tb. 2, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., [Heidelberg, 2000], §37I3b; MünchKomm=Emmerich, 4. Aufl., [2001], §325, Rdnr. 35; MünchKomm=Ernst, a. a. O., §286, Rdnr. 124, §325, Rdnr. 30; Medicus, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl., [München, 2004], Rdnr. 709; Staudinger=Löwisch, 13. Aufl., [2004], §286, Rdnr. 195; Staudinger=OttO, 13. Aufl., [2004], §325, Rdnr. 45; Staudinger=Busche, 13. Aufl., [2004], §398, Rdnr. 82; Erman=H. P. Westermann, a. a. O., §398, Rdnr. 29.)。これに対して、判例（RGZ107, 187; BGHZ128, 371）および学説の一部（Seetzen, "Sekundäre Gläubigerrechte nach Abtretung des Hauptanspruchs aus einem gegenseitigen Vertrag", AcP169 [1969], S. 357ff.; ders, "Positive Vertragsverletzung gegenüber Zedent oder Zessionar?", MDR1970, S. 809; RGRK=Weber, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesger-

が適時に履行を受領していたならば置かれていたであろう状況に置かなければならないのであり、またあらゆる債権において債権譲渡は通常行われうることであり、決して異常な結果ではないからである、ということが言われたり⁹⁹⁾、あるいは、債権譲渡が行われる以前の状況が存続することに対する債務者の信頼は保護に値しないからである、ということが言われたり¹⁰⁰⁾、あるいはまた、債務者は、損害額の変更にとって重要な事情の変更を計算しなければならないからである、ということが言われる¹⁰¹⁾。他方で、この考え方に反対して、債務者は、常に譲渡人のもとで生じたであろう損害を賠償すれば足りる、とする考え方も主張されている¹⁰²⁾。ペータースは、ドイツ民法399条を援用して次のように述べる¹⁰³⁾。同条によれば、給付の内容を変更しなければ本来の債権者と異なる者に給付がなされないときは、債権を譲渡することができない。そこで、彼は、譲渡によって損害賠償額が増加することも、同条の意味における譲渡債権の内容の変更に当たり、そのため、同条の基礎にある債務者保護の考

ichtshofs, Bd. II, 1. Teil, [§§241-413], 12. Aufl., [Berlin, 1976], §398, Rdnr. 41; MünchKomm=Roth, a. a. O., §398, Rdnr. 93.) は、譲受人についての損害の算定を債権譲渡についての債務者の認識に依存させる。もちろん、日本民法467条1項によれば、債権譲渡の通知・承諾がなければ、債権譲渡の効果を債務者に対抗することができないから、わが国では、債権譲渡の通知・承諾がなされなければ、そもそも譲受人のもとにおいて生じた損害の賠償が問題となることはない。

99) Brüggmann, Die Abtretung von Forderungen aus gegenseitigen Verträgen, (Hamburg, 1934), S. 7f.

100) Brüggmann, a. a. O., S. 8; Gernhuber, Synallagma, a. a. O., S. 86f.; U. Hoffmann, a. a. O., S. 1464; Schwenzler, a. a. O., S. 234ff.; MünchKomm=Emmerich, a. a. O., §325, Rdnr. 35; Staudinger=Busche, a. a. O., §398, Rdnr. 82.

101) Staudinger=Medicus, a. a. O., §249, Rdnr. 184; Staudinger=Schiemann, a. a. O., Vor§§249ff., Rdnr. 52.

102) Peters, "Die Schadensberechnung bei der Verletzung zedierter Forderungen", JZ1977, S. 122; Junker, "Der Umfang des einem Zessionar zu leistenden Schadensersatzes", AcP195 (1995), S. 5ff.; Palandt=Heinrichs, 64. Aufl., (2005), §398, Rdnr. 18a. なお、担保のための債権譲渡においては、判例 (BGHZ128, 371=LM§398 BGB Nr. 85.) および通説 (Vgl. Peters, a. a. O., S. 120.) は、担保が実行されるまでは、賠償すべき損害は、譲渡人について判断されるとする。なぜなら、経済的にみれば、担保が実行されるまでは、譲渡人が債務者の義務違反によって損害を被るからである。

103) Peters, a. a. O., S. 122.

え方によれば、そのようなことは許されず、債務者は、譲渡人のもとにおいて生じたであろう損害を譲受人に賠償すれば足りるとする。また、ユンカーも、契約自由の原則を援用して次のように述べる¹⁰⁴⁾。契約違反から生ずる債務者のリスク評価、すなわち、特定の者との契約の締結によって如何なる損害賠償義務を負うかということについての債務者の予測 (Prognose) は、それが債務者にとって契約の締結において、つまり、自己の契約相手方の選択において重要な役割を果たすが故に、契約自由の原則によって保護される。もし債務者が債権譲渡によって譲渡人に対してなされたであろう損害賠償を超える損害賠償をしなければならないとするならば、債務者は不利益を受けることになる。そのため、ユンカーは、債権が譲渡されなかった場合と同様に、債務者は、譲渡人のもとで生じたであろう損害を賠償すれば足りるとする¹⁰⁵⁾。

結論においてドイツの支配的な見解に賛成して、賠償すべき損害は、譲受人について判断されると解すべきである。二当事者の法律関係において債務者が債権者と契約を締結する際、将来生ずるかもしれない不履行およびそれに伴って債権者のもとにおいて生ずるであろう損害を予測して契約を締結したとしても、その予測は、それだけでは法的には何らの保護も受けない。債務者が実際に債務の本旨に従った履行をせず、債権者に対して損害賠償をしなければならない場合に、実際に発生した損害が契約締結の際に予測していた損害を超えるとしても、債務者は、賠償すべき損害を契約締結当時予測していた損害に限定することを主張することはできない。つまり、ペータースやユンカーらに反対して、不履行に基づく損害賠償額の変更や損害賠償についての債務者の予測は、債権譲渡の法の基礎にある債務者保護の考え方あるいは契約自由の原則による保護を受けないのである¹⁰⁶⁾。それゆえ、債務者の不履行の場合において、た

104) Junker, a. a. O., S. 5ff.

105) Junker, a. a. O., S. 8. ハイニクスも、債務者の法的地位が債権譲渡によって悪化させられてはならない、という考え方から、債務者は、譲渡人のもとで生じたであろう損害を賠償すれば足りるとする (Palandt=Heinrichs, a. a. O., §398, Rdnr. 18a.)。

106) Nörr, a. a. O., §4III3b.

とえ譲受人について判断された損害が譲渡人について判断された損害を超えるとしても、そのような不利益は事実上の不利益として、債務者は、譲受人について判断された損害を賠償しなければならない。むしろ、そのような状況が生ずることを危惧する債務者は、旧債権者（譲渡人）との間で、法律上可能な範囲内で、責任の上限をもうけるか、あるいは、そもそも責任を排除するという合意をすべきであり、その場合にだけ債務者は、その合意を譲受人に対抗することができる。もちろん、ドイツの通説に賛成して、譲受人には警告義務が課され、譲受人は、譲渡人のもとにおけるのと比べて、自己のもとにおいて生ずる損害が大きくなる危険を債務者に知らせる義務があると解すべきであろう¹⁰⁷⁾。

V. 債権譲渡に基づく譲渡人と譲受人間の権利分配

債権譲渡によって債権は、同一性を失うことなく、譲渡人から譲受人に移転する。つまり、債権譲渡によって債権者たる地位は、譲渡人から譲受人に移転する。

ところで、この債権者たる地位は、そもそも契約に由来するものであり、契約上の地位にほかならない。そのため、債権者たる地位の移転は、契約上の地位の移転をも意味する。それゆえ、債権譲渡の効果は、単なる債権の移転に尽きないのであり、そこで、如何なる法的地位（広義の抗弁〔Einwendungen〕、狭義の抗弁〔Einreden〕、形成権）が債権譲渡によって譲受人に移転し、あるいは、債権譲渡後も譲渡人のもとに残るのか、ということが問題となる¹⁰⁸⁾。

107) Gernhuber, Synallagma, a. a. O., S. 87; Röder, a. a. O., S. 619; Esser=Schmidt, a. a. O., §37I3b; Dörner, a. a. O., S. 259; Nörr, a. a. O., §4III3b; Erman=H. P. Westermann, a. a. O., §398, Rdnr. 29.

108) 譲渡債権に付従していた担保権、保証債権など、従たる権利の移転の問題については、たしかにこれらの権利は、債権譲渡の効果として、原則として譲受人に移転するが、厳密な意味における債権の同一性の問題とは異なるので、別な機会に改めて論ずることとする。

もちろん、この問題の考察においても、債権譲渡の通知・承諾の時点においてすでに譲渡人が債務者に対して有している法的地位の移転が考察の対象とされるだけでは十分ではなく、譲渡の通知・承諾後に生ずる法的地位の移転も考察の対象とされなければならない。債権譲渡およびその通知・承諾は、債務者側におけるのと同様に、債権者側においても契約関係が展開していくのを妨げない。その結果、債務者に対する法的地位が譲渡の通知・承諾後に初めて行使されたり、あるいはその後に初めて発生するということがあり、その場合にこれらの法的地位が譲渡人と譲受人との間でどのように分配されるのか、ということも問題となる。

さらに、個々の問題の検討に入る前に、次のことが注意されるべきである。債権者の一方が、判例や学説がたてたあるいはたてるであろう準則によれば、相手方が権限を持つにもかかわらず、債務者に対して権利を行使するということが生じうる。もちろん、この場合にもそれによって債務者が不利益を被ることがあってはならない。別な言い方をすれば、譲受人と譲渡人との間における権利分配についての法知識が債務者に要求されてはならない。むしろ、この場合には、債権譲渡の法の基礎にある債務者保護の考え方が援用され、権限を有する債権者が相手方によってなされた権利行使の無効を債務者に対して援用することを妨げなければならない¹⁰⁹⁾。そして、このことは、譲渡当事者が債権者の権利を判例や学説がたてた準則と異なって分配しようとする場合にはますます当てはまるのである。

1. 法的地位の移転について譲渡人・譲受人間に合意がある場合

譲渡人と譲受人との間における法的地位の分配の問題を考察するに当たっては、譲受人への法的地位の移転について譲渡人と譲受人との間に明示的または黙示的な合意があるか否かが区別されるべきである。

そして、譲受人への法的地位の移転について譲渡人と譲受人との間に合意が

109) Nörr, a. a. O., §4IV5. Vgl. auch Dörner, a. a. O., S. 300f.

ある場合には、譲受人への法的地位の移転は、契約自由の原則に基づいて、その合意に従って行われる。

a) 形成権

形成権—あるいはそのような一般的・抽象的なレベルでの—移転可能性の問題については、そもそも十分に議論されていると言うことはできないが、契約自由の原則に基づいて、原則としてその一般的な移転可能性が認められるべきである¹¹⁰⁾。もっとも、支配的な見解によれば、譲渡人が契約当事者として有する解除権や取消権は、契約上の地位の移転が認められない限り、譲受人に移転しない¹¹¹⁾。しかしながら、後述する考え方から（V 2 a 参照）、この論拠は、契約自由の原則に基づく解除権や取消権の移転可能性を否定するための論拠として十分な説得力をもたない¹¹²⁾。

b) 同時履行の抗弁権

同時履行の抗弁権（民法533条）は、譲渡人に残される¹¹³⁾。なぜなら、債

110) P. Bydlinki, Die Übertragung von Gestaltungsrechten, (Wien, 1986), S. 26; Steinbeck, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, (Berlin, 1994), S. 80; Nörr, a. a. O., §4IV2a. なお、ドイツの判例・通説は、債権譲渡の事案において契約と関連する形成権が合意によって債権の譲受人に移転することを認めている（BGH NJW1973, 1793; 1985, 2640; BGHZ96, 182 [法定および約定解除権 [Rücktritt]] ; BGHZ68, 118 [解除権 [Wandlung]] ; BGHZ95, 250 [減額請求権] ; BGHZ96, 146 [修補請求権] ; BGH NJW 1998, 896 [賃貸人の解約告知権] . Schwenzler, a. a. O., S. 221, 248ff. ; Dörner, a. a. O., S. 298f.; MünchKomm=Ernst, a. a. O., §325, Rdnr. 30 ; Staudinger=Busche, a. a. O., §413, Rdnr. 13f. ; Palandt=Heinrichs, a. a. O., §413, Rdnr. 7.)。

111) 大判大正14年12月15日民集4巻710頁, 大判昭和3年2月28日民集7巻107頁, 大判昭和5年3月29日新聞3112号15頁。加藤一郎「債務引受と契約引受」柚木馨・谷口知平編集『判例演習 [債権法1]』(有斐閣, 1966年) 157頁, 甲斐・前掲書注④5345頁, 淡路・前掲書注④4437頁などを参照。

112) 加藤・前掲論文注(111) 159頁も参照。

113) 三宅正男『契約法(総論)』(青林書院新社, 1978年) 58頁。BGHZ55, 354; BGH WM 1978, 951=MDR1978, 920; BGHZ70, 193; 118, 229. Scheyhing, a. a. O., §4II6c; Dörner, a. a. O., S. 325; Staudinger=Otto, a. a. O., §320, Rdnr. 18; MünchKomm=Emmerich, a. a. O., §320, Rdnr. 41; Erman=H. P. Westermann, a. a.

権譲渡によって債務者に不利益を及ぼしてはならないが、反対に、債務者が譲渡によって、それがなかったならば置かれていたであろう状況よりも有利な状況に置かれる必要もないからである¹¹⁴⁾。また、譲渡人による同時履行の抗弁権の行使は、譲受人に対する債務者の義務を履行させる誘因を与えるからである¹¹⁵⁾。さらに、担保責任 (Gewährleistung) に基づく権利の譲受人への譲渡や譲受人への帰属を認める論者によれば、債務者からの請求に対する防御手段として不履行契約の抗弁は譲受人に与えられるべきである、ということが言われる¹¹⁶⁾。

O., §398, Rdnr. 29. これに対して、譲渡人による同時履行の抗弁権の行使を否定するものとして、沢井・清水・前掲書注 (90) 475-6 頁。しかしながら、譲渡人を無権利者と考えること自体適切ではなく、また以下に述べる理由から、この見解に賛成することはできない。なお、不安の抗弁 (Unsicherheitseinrede [ドイツ民法321条]) については争いがある。譲渡人による不安の抗弁の行使を否定する論者は、先履行義務を負う譲渡人が自己の債権を譲渡した場合には、譲渡人にとって反対給付の履行を確保する必要性はなく、これに対して、譲受人は、譲渡人による給付がなされない限り、債務者による給付を受けることができないから、この抗弁の行使を譲渡人に認めることは、不履行契約の抗弁 (ドイツ民法320条) と異なり、譲受人にとって利益とならないどころか、却って譲受人を害する結果になるとする (Gernhuber, Synallagma, a. a. O., S.73ff.; ders, Schuldverhältnis, a. a. O., §15IV9b; Staudinger=Otto, a. a. O., §321, Rdnr. 43; MünchKomm=Emmerich, a. a. O., §321, Rdnr. 26.)。他方、譲渡人による不安の抗弁の行使を肯定する論者は、不履行契約の抗弁についての考慮は、原則としてこの抗弁についても当てはまり、法律によって意図された保護の実効性は、先履行をしなければならぬ譲渡人が自己の給付を拒絶することができる限りで担保されるとする。そして、もし譲渡人による不安の抗弁の行使を認めないとするならば、給付の結合可能性 (Verkoppelungsmöglichkeit) はなくなり、債務者は先給付を回収することができるが、譲受人には受領のリスクだけが残される結果になるとする (Scheyhing, a. a. O., §4II6c; Dörner, a. a. O., S. 325f.)。後者の考え方に賛成すべきであろう。

114) Scheyhing, a. a. O., §4II6c; Dörner, a. a. O., S. 325; Staudinger=Otto, a. a. O., §320, Rdnr. 18.

115) Gernhuber, Synallagma, a. a. O., S. 73; Scheyhing, a. a. O., §4II6c. そのため、譲渡人は、譲受人に対してこの抗弁を行使する義務を負うとされる (Staudinger=Otto, a. a. O., §320, Rdnr. 18; MünchKomm=Emmerich, a. a. O., §320, Rdnr. 41.)。

116) Scheyhing, a. a. O., §4II6c; Nörr, a. a. O., §4IV2b.

2. 法的地位の移転について譲渡人・譲受人間に合意がない場合

より大きな問題を投げかけるのは、譲受人への法的地位の移転について譲渡人と譲受人との間に何らの合意もない場合である。もちろん、この問題の考察においても、債務者の地位の観点が重視されなければならない。そのため、ここでも債務者保護の考え方、言い換えれば、債権が譲渡されていなかったならば置かれていたであろう状況に債務者を置く、という考え方が考察の出発点とされなければならない、またその考え方が貫徹されなければならない。

a) 意思表示の瑕疵に基づく取消権

支配的な見解によれば、譲渡人が契約当事者として有する取消権は、契約上の地位の移転が認められない限り、譲受人に移転しない¹¹⁷⁾。しかしながら、この論拠は、私の考えによれば、十分な説得力をもたない。すでに述べたように（II 1 参照）、譲渡される債権は、通常、双務契約から生ずるのであり、反対債権と牽連関係にある。同一性の考え方によれば、このような債権の性質、すなわち、譲渡される債権と反対債権とが牽連関係にあるという性質もまた、譲渡によって譲受人に移転するのである。そして、この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のではなく、全体としての契約上の地位に由来するのである。これによれば、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り、契約上の地位の一部もまた、譲渡によって譲受人に移転するのである¹¹⁸⁾。それゆえ、取消権は契約当事者としての地位に由来する、という論拠は、それだけでは、取消権が債権の譲受人に移転しないことを肯定するための論拠として十分な説得力をもたない¹¹⁹⁾。

しかし他方で、この考え方は、法律の考え方に著しく矛盾する¹²⁰⁾。なぜな

117) 加藤・前掲論文注(111) 157頁, 甲斐・前掲書注15345頁, 淡路・前掲書注14437頁などを参照。

118) Dörner, a. a. O., S. 152ff. クヌート=ヴォルフガング・ネル (小川浩三訳) 「契約引受 (Vertragsübernahme) : 新しい法形象の成立」『北法』39巻3号 (1988年) 606-7頁。

119) Vgl. auch Schwenzler, a. a. O., S. 248ff.; Dörner, a. a. O., S. 319ff.; P. Bydliński, a. a. O., S. 47ff.; Steinbeck, a. a. O., S. 64ff., 92ff.

120) ネル・前掲論文注 (118) 607頁。

ら、法律は、債権の譲受人に債権者としての地位を与えるものの、如何なる形であれ、彼を契約当事者にしておらず、譲渡人と債務者との間の契約関係に債権の譲受人が関与することを欲していないからである。そのため、この矛盾を解消しようとするならば、ネルが適切に述べるように¹²¹⁾、債権譲渡について、同一性の意味を限定して理解するしかない。もっとも、当然のことながら、同一性の概念の限定は、同一性の概念それ自体から導き出すことはできない。それゆえ、形成権を行使しうる地位が譲渡人と譲受人との間でどのように分配されるのか、あるいは、譲渡人と譲受人のいずれが債務者の形成権行使の意思表示を受領する権限を有するのか、という問題に対する答えは、同一性という考え方から導き出すことはできず、別の考慮から導き出さなければならないのである。

このような観点のもとで、譲渡当事者の利益状況の分析から、物の引渡を目的とする債権が譲渡された場合と金銭債権が譲渡された場合とを区別し、金銭債権が譲渡された場合には、取消権は譲渡人のもとに残り、それに対して、物の引渡を目的とする債権が譲渡された場合には、譲受人が取消権を行使することができる、ということが言われる¹²²⁾。金銭債権が譲渡され、譲渡人によってなされるべき反対給付、すなわち、物給付について意思表示の瑕疵がある場合には、譲渡人の給付の価値が反対給付の価値を超えるような契約関係に譲渡人が残されてはならない。そのため、譲渡人は取消権の行使について利益を有する。他方、この場合に譲受人は反対給付の実行と何のかかわりもなく、譲受人に取消権を帰属させたとしても、取消権は譲受人に何ももたらさない。それゆえ、金銭債権が譲渡された場合には、取消権は譲渡人に残されるとされる。これに対して、物給付が意思表示の瑕疵に基づいて高く評価され、この物の引渡を目的とする債権が譲渡されたならば、その債権を譲り受けた者は取消権の行使について正当な利益を有する。なぜなら、物の引渡を目的とする債権の譲渡によって意思表示の瑕疵に基づく譲渡人の給付と反対給付との価値の不均衡

121) ネル・前掲論文注 (118) 607頁。

122) Schwenzer, a. a. O., S. 250ff ; P. Bydlinski, a. a. O., S. 61ff.

は譲受人に移り、その結果、譲渡人の意思表示の瑕疵は、譲受人の財産に影響を及ぼすからである。それゆえ、物の引渡を目的とする債権が譲渡され、意思表示の瑕疵がその物給付と関連するときは、取消権は譲受人に帰属するとされる。

しかしながら、このように、物の引渡を目的とする債権が譲渡された場合と金銭債権が譲渡された場合とを区別する考え方は、シュタインベックが述べるように、事柄の本質を捉えていない¹²³⁾。ここで重要なのは、物の引渡を目的とする債権が譲渡されたか、あるいは金銭債権が譲渡されたかということではなく、むしろ、意思表示の瑕疵が譲渡人によってなされるべき反対給付と関連するか否かということである¹²⁴⁾。そして、意思表示の瑕疵が譲渡人によってなされるべき反対給付と関連するならば、取消権は譲渡人に帰属し、さもなくば、譲受人に帰属すると解すべきであろう。たしかに意思表示の瑕疵は、契約の締結に関連する要件事実であり、この要件事実、債権譲渡によって何の影響も受けない。そのため、契約を取り消すことができる者も、債権譲渡の前後を問わず、意思表示の瑕疵によって契約を締結した者であるということになる¹²⁵⁾。しかしながら、このような考え方が何の考慮もなしに債権譲渡の事案において一般化されてはならない¹²⁶⁾。そもそも取消権の行使の機能という点に着目するならば、ネルが述べるように、取消権の行使は、無効の抗弁を提起することと何ら変わりはないのである¹²⁷⁾。しかも、契約を無効とする権能を、債権譲渡によってもはやその契約を無効とすることに何の利益も有しなくなった譲渡人に残すということは実に無意味なことである。それゆえ、意思表示の

123) Steinbeck, a. a. O., S. 93.

124) Dörner, a. a. O., S. 321ff.; Steinbeck, a. a. O., S. 93; Nörr, a. a. O., §4IV3a.

125) Larenz=Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., (München, 2004), §44III1b; Larenz, Schuldrecht, a. a. O., §34VI; Piper, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, (Berlin, 1963), S. 212; Kühne, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, (Frankfurt, 1929), S. 94f.

126) Schwenzler, a. a. O., S. 248ff.; Dörner, a. a. O., S. 299ff., 319ff.; P. Bydlinski, a. a. O., S. 59ff.; Steinbeck, a. a. O., S. 54ff.; Nörr, a. a. O., §§4IV3a, 2IIV.

127) Nörr, a. a. O., §2IIV. ネル・前掲論文注(118)608頁。

瑕疵が譲渡人によってなされるべき反対給付と関連しない場合には、取消権は譲受人に与えられるべきである¹²⁸⁾。

b) 譲渡債権と関連する権利

もっぱら譲渡債権と関連する権利は、譲受人が行使することができる¹²⁹⁾。たとえば、選択債権における選択権、債務の履行を要求する催告（民法153条、412条3項、541条など）あるいは目的物の瑕疵の修補を請求する権利（民法634条1項本文）は、これに属する。また、債務者が自己の債務の履行を不能にした事情に基づいて代償を取得した場合には、譲受人は、債務者に対して、その代償の返還を請求することができる¹³⁰⁾。さらに、債務者が債務の本旨に従った履行をしない場合には、譲受人は、それによって生ずる損害の賠償を債務者に請求することができる¹³¹⁾。

他方、譲受人は、譲渡債権を債務者の有利に処分することができる。たとえば、譲渡債権の支払を猶予したり、免除することができる¹³²⁾。

c) 契約全体と関連する権利

さらに、問題となるのは、債権者の権利行使が譲渡債権だけではなく、契約全体、とりわけ譲渡人によってなされるべき反対給付と関連する場合である。

支配的な見解によれば、譲渡人が契約当事者として有する解除権は、契約上の地位の移転が認められない限り、譲受人に移転しない¹³³⁾。しかしながら、

128) もっとも、取消権の行使それ自体は、債務者との関係において譲受人に何ももたらさない。そのため、譲受人は、原因関係に基づいて譲渡人との関係において解決を図ろうとする場合にだけ、取消権を行使することになろう（Nörr, a. a. O., §4IV3a）。

129) Dörner, a. a. O., S. 301f.; Nörr, a. a. O., §4IV3b.

130) RGZ107, 187. Gernhuber, Synallagma, a. a. O., S. 72; Steinbeck, a. a. O., S. 88.

131) それについて、前述IV 3 bを参照。

132) RG Gruch 43, 989; RGZ88, 254. Gernhuber, Synallagma, a. a. O., S. 72; Dörner, a. a. O., S. 301; Nörr, a. a. O., §4IV3b.

133) 前掲大判大正14年12月15日, 前掲大判昭和3年2月28日, 前掲大判昭和5年3月29日。加藤・前掲論文注(111)157頁, 甲斐・前掲書注(15)345頁, 淡路・前掲書注(14)437頁などを参照。

すでに取消権について述べた考慮から（V 2 a 参照），解除権は契約当事者としての地位に由来する，という論拠は，債権の譲受人による解除権の行使を否定するための論拠として十分な説得力をもたない。

あるいは，契約全体と関連する形成権の協同（Kooperation）行使ということが言われる。すなわち，譲渡人は形成権の単独の所持者であるが，しかし，この権利の行使は，譲受人の同意でもって行使することができる，ということが言われたり¹³⁴⁾，あるいは，有効な形成の意思表示は，譲渡人と譲受人とがこの意思表示を共同で（gemeinschaftlich）行う場合にだけ認められる，ということが言われる¹³⁵⁾。

しかしながら，とりわけ解除権の共同行使という考え方は，特別な合意がなくとも，自動的に，すなわち，債権の譲渡のみによって解除権の共同行使が行われるとする点において，ドグマティックな帰結として疑わしいだけでなく，そもそも契約全体と関連する形成権の協同行使という考え方は，債務者の不履行による解除権の行使が問題となる事案において譲渡人と譲受人は稀にしか同じ目的を追求しない（am gleichen Strang ziehen）ということにかんがみて，実効性という点において疑わしい¹³⁶⁾。

さらに，解除権の帰属について次のことが言われる。すなわち，債権と関連するあるいは債権に向けられた解除権（forderungsbezogenes- oder forderungsorientiertes Rücktrittsrecht）は，債権譲渡によって譲受人に移転し，義

134) 前掲大判昭和3年2月28日。Brüggmann, a. a. O., S. 42; Piper, a. a. O., S. 167; Seetzen, a. a. O., S. 365.

135) 近藤民雄「契約解除の当事者を論ず（中）」『新聞』1397号（1918年）7－8頁。RGZ55, 402; BGH LM §413BGB Nr. 5=NJW1973, 1793. Gernhuber, Synallagma, a. a. O., S. 95; Scheyhing, JZ1986, S. 86f.

136) 加藤・前掲論文注（111）160頁。Dörner, a. a. O., S. 296; P. Bydlinki, a. a. O., S. 27, 62; Steinbeck, a. a. O., S. 74ff.; Nörr, a. a. O., §4IV4. さらに，民法502条2項も参照。なお，譲渡人が譲受人との内部関係に基づいて譲受人の同意に拘束されるか否か，その結果，その同意なしになされた形成権の行使が譲受人に対する譲渡人の損害賠償義務を生じさせるか否かは問題となる。しかしながら，それは，個別の事案における譲渡当事者間の原因関係の熟慮によって答えられるべき問題である。

務と関連するあるいは義務に向けられた解除権（verpflichtungsbezogenes oder verpflichtungsorientiertes Rücktrittsrecht）は、譲渡後も譲渡人のもとに残る、ということが言われる¹³⁷⁾。

しかしながら、そもそも譲受人は解除権の行使によって何を得るというのか。金銭債権が譲渡された場合には、債務者遅滞だけが問題となる。この場合に、履行を請求し、遅延損害の賠償を請求する権利を譲受人に与えない理由はない¹³⁸⁾。これに対して、解除権の行使は譲受人に何ももたらさない。なぜなら、譲受人は、債務者に対して義務を負わないので、それから解放される必要もなく、また債務者に対してすでになされた給付とも関係がないからである¹³⁹⁾。

他方、物の引渡を目的とする債権が譲渡され、債務者が債務の本旨に従った履行を行わない場合にも、損害賠償請求権は譲受人に帰属する。履行不能の事案においては、債権者は、契約を解除しなくとも、填補賠償を請求することができる¹⁴⁰⁾。そのため、この場合に解除権の行使は譲受人に何ももたらさない。これに対して、履行遅滞の事案においては、譲受人はなお、履行を請求し遅延損害の賠償を請求することができる。この場合に譲受人が填補賠償を請求する

137) Dörner, a. a. O., S. 315ff.; Steinbeck, a. a. O., S. 91f. 解除権が債権と関連するあるいは債権に向けられるとは、解除の要件が債権者としての譲渡人の地位にかかわる場合、すなわち、債務者が契約で定められた方法で給付を行わない場合であるとされる。また、解除権が義務と関連するあるいは義務に向けられるとは、解除の要件が譲渡人によってなされる反対給付にかかわる場合、すなわち、契約の締結において計算された譲渡人の負担が増加したときなどのために、譲渡人の契約からの解放が留保されている場合であるとされる。

138) それについて、前述Ⅳ 3 b および V 2 b を参照。

139) もっとも、ネルが指摘するように（Nörr, a. a. O., §4IV3c.）、例外的な状況が認められる。たとえば、債務者だけでなく、譲渡人も破産になり、譲渡人が譲受人に対して債権を有する場合であり、この場合に譲受人は、債務者に対する履行請求権が消滅した後、譲渡人との内部関係に基づいて譲渡人に対して債権を取得し、その債権と譲渡人が自己に対して有する債権とを相殺することができる。

140) 大判大正8年4月14日民録25輯680頁、大判昭和7年5月27日新聞3448号7頁、大判昭和8年6月13日民集12巻1437頁、最判昭和30年4月19日民集9巻5号556頁。我妻・前掲書注(7)147頁、於保・前掲書注(4)108頁、淡路・前掲書注(4)115頁など。

ためには契約の解除が必要であるとするならば¹⁴¹⁾、解除権を譲受人に与えることは、譲受人にとって有益であろう。しかしながら、判例・通説は、正当に、解除の意思表示がなされていなくとも、履行遅滞後に相当期間を定めて催告している場合には、債権者は填補賠償を請求することができるとする¹⁴²⁾。これによれば、履行遅滞の事案においても解除権の行使は譲受人に何ももたらさない。つまり、履行不能の場合であれ、履行遅滞の場合であれ、解除権の行使は譲受人に何ももたらさない¹⁴³⁾。そうであるならば、何故そのような権利を譲受人に与えなければならないのであろうか¹⁴⁴⁾。もちろん、この考え方に対しては、譲受人は譲渡人による解除権の行使から守られるべきである、ということが言われるかもしれない¹⁴⁵⁾。しかしながら、このような譲受人の利益を問題とするのであれば、問題は、解除権が譲受人に与えられるか否かという観点からではなく、むしろ、解除権が譲渡人から取り去られるか否か、すなわち、譲渡人による解除権の行使が完全に否定されるか否かという観点から議論されるべきである¹⁴⁶⁾。そして、この問題について言えば、譲渡人の解除権の行使によって譲渡債権が消滅するという事態を危惧する譲受人は、譲渡人との間で解除権の移転について合意をしておくべきであり、そのような合意がないにも

141) 大判大正4年6月12日民録21輯931頁、大判大正7年4月2日民録24輯615頁、最判昭和28年12月18日民集7巻12号1446頁。石坂音四郎『日本民法債権編第二巻』（斐閣書房、1916年）499頁以下、横田秀雄『債権総論』（清水書店、1912年）314頁以下、末弘巖太郎『債権総論』（日本評論社、1936年）63頁、石田文次郎『債権総論』（早大出版部、1947年）174頁、林＝石田＝高木・前掲書注(9)98頁。

142) 前掲大判昭和8年6月13日。於保・前掲書注(4)101頁、奥田・前掲書注(9)138頁、淡路・前掲書注(4)114頁などを参照。

143) ネルが述べるように（Nörr, a. a. O., §4IV3d.）、ここでも個々の事案において調べられるべき例外的な状況が認められる。すなわち、譲受人が原因関係に基づいて譲渡人との関係において解決を図ろうとする場合である。なお、類似したことは、減額請求権についても当てはまる（Nörr, a. a. O., §4IV3d. a. M.: Schwenzner, a. a. O., S. 246; Scheyhing, a. a. O., §4II6c; Dörner, a. a. O., S. 313; P. Bydlinski, a. a. O., S. 161f.）。

144) もちろん、催告をする権利は譲受人に与えられる（Dörner, a. a. O., S. 304; Nörr, a. a. O., §4IV3d.）。

145) P. Bydlinski, a. a. O., S. 137.

146) 適切に Nörr, a. a. O., §4IV3c.

かかわらず、譲渡人による解除権の行使から譲受人の利益を守るために譲渡人から完全に解除権を取り去ること、すなわち、譲渡人による解除権の行使を完全に否定してしまうことは、債権譲渡の目的を超える¹⁴⁷⁾。譲渡人による解除権の行使の制限は、譲渡人と譲受人との間の内部関係における、譲受人に対する譲渡人の債務法上の義務と解すべきである。

解約告知権がもつ機能は、譲渡債権が発生する個々の契約類型ごとに異なる。そのため、解約告知権については、一般的な準則をたてることはできない¹⁴⁸⁾。いずれにせよ、ここでも問題の解決にとって重要なのは、譲受人が解約告知権の行使によって何を得るか、ということであり、譲渡債権が発生する個々の契約類型において解約告知権がもつ機能に相応しい準則をたてる必要がある¹⁴⁹⁾。

さらに、給付障害以外の領域においては、約定解除権が問題となる。ピドリンスキーは、譲渡当事者の利益状況の分析から、譲受人への解除権の帰属を認める¹⁵⁰⁾。すなわち、一方で、譲渡人は、債権譲渡によって解除権の行使について何の利益も有しない。他方で、譲受人は、取得した債権が第三者によって侵害されないことについて利益を有する。それゆえ、解除権は、債権譲渡によって譲受人に帰属するとする。しかしながら、譲渡人と譲受人が約定解除権の移転について何の合意もしていない場合には、すでに法定解除権について述べたことが約定解除権の帰属についても当てはまる¹⁵¹⁾。

147) Dörner, a. a. O., S. 316f.; Steinbeck, a. a. O., S. 79; Nörr, a. a. O., §4IV3c.

148) Dörner, a. a. O., S. 318f.; Nörr, a. a. O., §4IV3d. 石坂・前掲書注(4)1211頁は、解約申入権は、本権と分離して独立に譲渡することができないとする。

149) デルナーおよびネルは、賃貸借契約において使用・収益権が譲渡されたときは、譲受人が解約告知権の行使によって早急に賃貸借関係を終了させることができるようにするため、解約告知権は譲受人に与えられるべきであるとする (Dörner, a. a. O., S. 318f.; Nörr, a. a. O., §4IV3d.)。

150) P. Bydlinski, a. a. O., S. 137. Vgl. auch Dörner, a. a. O., S. 316; Steinbeck, a. a. O., S. 91f.

151) Nörr, a. a. O., §4IV3e.

Ⅵ. おわりに

本稿においては、債権譲渡の効果あるいはその通知・承諾の効果について検討してきた。もちろん、本稿においては、それらのあらゆる問題について検討したわけではなく、また本稿における解決提案は、例外を認めない絶対的な解決ではなく、原則的な解決にとどまる。そのため、債権譲渡の効果あるいはその通知・承諾の効果についてなお検討すべき問題は残されており¹⁵²⁾、また今後生ずるであろう問題については、改めて検討されるべきである。しかしながら、これらの問題の検討においても、本稿においてしばしば強調したように、まずもって債務者の視点から問題が検討されるべきであり、言い換えれば、債権譲渡によって債務者が、債権が譲渡されていなかったならば置かれていたであろう状況よりも不利な状況に置かれないかどうか慎重に検討されるべきである。たしかに法律は債権を譲渡しうることを認めた（民法466条1項本文）。しかしながら、それは、決して法律が債権譲渡によって生ずる不利益を譲渡に関与しない債務者に甘受させること認めたということの意味するものではない。むしろ、法律は、債権譲渡によって債務者に不利益が生じない限りで、債権譲渡を認めているにすぎないのである。それゆえ、債権譲渡の効果あるいはその通知・承諾の効果を検討するに当たっては、まずもって債務者の保護という考え方が重視されなければならず、取引の安全や譲受人の保護という考え方、あるいは一たとえ二当事者の法律関係においては、適切なものであるとしても一二当事者の法律関係にかかる法原理や法理論を援用することによって債権譲渡に関与しない債務者に不利益を与えることは許されないのである¹⁵³⁾。

(完)

152) 債権の譲受人による相殺と債務者による相殺が競合した場合の両相殺の優劣について、拙著「債権の譲受人による相殺と債務者による相殺」『北海学園大学法学研究』40巻2号（2004）223頁以下。

153) 拙著・前掲論文注(152)227頁以下も参照。

訂正

・「債権譲渡の通知・承諾の効果(1)」『商学討究』54巻4号に下線部の文章を加筆いたします。

218頁3行目

「さもなければ、通知・承諾の時点において自働債権の弁済期が到来しているか、または通知・承諾以前に自働債権が取得され、かつ自働債権の弁済期が受働債権のそれより先に到来する場合にだけ、」

220頁8行目

「自働債権と受働債権が同一の契約関係や同一の法律関係・生活（事実）関係から生じた債権ではない場合には、通知・承諾の時点において自働債権の弁済期が到来しているか、または通知・承諾以前に自働債権が取得され、かつ債務者の自働債権の弁済期が受働債権のそれよりも先に到来する場合にだけ……」

Die Wirkungen der Mitteilung oder der Annahme der Abtretung⁽²⁾

—Besonders in Hinblick auf die Abtretung der vertraglich begründeten
Forderung (§468 Abs.2 jZGB)—

Junkou Tōyama

I. Einleitung

II. Grundsätzliches

1. Die Identität der Forderung

2. Der Schutz des Schuldners

III. Identität und »Individualität« der Forderung

1. Allgemeines

2. Der Leistungsort

3. Die prozessuale Einreden

4. Ausnahmen

IV. Die Rechtsstellung des Schuldners nach der Mitteilung oder der Annahme der Abtretung

1. Allgemeines

2. Im einzelnen

a) Die Anfechtung

b) Die Rücktritt

c) Die Aufrechnung

(Bd. 54, H. 4)

d) Der Schuldner kann sich auch die Einwendungen aus §1 Abs. 2 jZGB berufen, soweit sie aus der Person des Zedenten nicht ergeben.

e) Die Einreden aus den Rechtsbeziehungen mit dem Zedenten kann der Schuldner auch gegenüber dem Zessionar geltend machen.

3. Die tatsächlichen Nachteile, die dem Schuldner durch die Zession entstehen, hat er zu hinnehmen.

a) Die Mentalität des Gläubigers fällt in die Kategorie der tatsächlichen Nachteile.

Auf die Mentalität des Gläubigers kann der Schuldner sich gegenüber den Zessionar nur dann berufen, wenn sie sich rechtsgeschäftlich verdichtet hat.

b) Der Schuldner hat den Schadensersatz wegen des Verzuges oder der Nichterfüllung dem Zessionar gegenüber zu leisten, auch wenn er beim Zessionar höher ausfiel als er beim Zedenten ausgefallen wäre. Will der Schuldner hier Vorsorge treffen, dann muß er im Rahmen der Möglichkeit des Gesetzes für Vereinbarungen sorgen, die seine Haftung summenmäßig begrenzen oder die Haftung überhaupt ausschließen.

V. Die Verteilung der Gläubigerrechte

Mit dem Transport der Forderung erschöpfen sich die Rechtsfolgen einer Abtretung nicht in allen Fällen. Es handelt sich dabei um die Frage, wie die Rechtspositionen zwischen Zedent und Zessionar verteilt werden. Freilich hindert die Abtretung auch auf Seiten der Gläubiger nicht die weitere Entwicklung des Vertragsverhältnisses. Die Frage, wie die Rechtspositionen gegenüber dem Schuldner, die erst nach der Mitteilung oder Annahme der Abtretung geltend gemacht werden oder entstehen, verteilt werden, ist aber auch zu erörtern.

Übt der eine, der nach der Rechtsprechung oder des Schrifttums nicht zuständig ist, das Gläubigerrecht gegenüber dem Schuldner aus, dann ist der Rechtsgedanke des Schuldnerschutzes heranzuziehen und dem Berechtigten zu verwehren, Unwirksamkeit der erfolgten Ausübung des Gläubigerrechts dem Schuldner gegenüber ins Feld zu führen.

1. Die Übertragung von Rechtspositionen durch ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung

Es ist Sachgerecht, zu unterscheiden, ob die Rechtspositionen durch ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung auf den Zessionar übertragen werden oder nicht. Im ersteren Fall kann die Übertragung aufgrund der Vereinbarung erfolgen.

a) Die grundsätzliche Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten soll aufgrund des Prinzips der Vertragsfreiheit bejaht werden. Nach Rechtsprechung und h. M. kann das Anfechtungs- oder Rücktrittsrecht nicht nur durch die Forderungsabtretung auf den Zessionar abgetreten werden. Dieser Gedanke ist aber m.E. nicht ausreichend überzeugend (Vgl. unter V2a).

b) Dem Zedenten verbleibt die Einrede des nichterfüllten Vertrages (§533 jZGB).

2. Die Übertragung von Rechtspositionen ohne ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung

a) Nach h.M. kann nur der Zedent das Anfechtungsrecht ausüben, weil das Anfechtungsrecht auf die Rechtsstellung als die Vertragspartei bezieht. Das Argument ist aber m.E. nicht überzeugend. Die zedierte Forderung wird auf den Zessionar übertragen, ohne die Identität zu verlieren. Durch die Abtretung wird also auch die engste Verknüpfung mit anderen Forderungen des gegenseitigen Vertrags auf den Zessionar übertragen. Diese Verknüpfung beruht freilich auf dem Vertrag. Durch die Abtretung wird daher auch ein Teil der Rechtsstellung als die Vertragspartei auf den Zessionar übertragen.

Das Gesetz will jedoch den Zessionar am Vertrag nicht beteiligen. Um diesen Widerspruch zu vermeiden, ist der Gedanke der Identität zu beschränken. Die Verteilung der Gläubigerrechten muß unter dem anderen Gesichtspunkt erfolgen.

Die Ausübung des Anfechtungsrechts unterscheidet sich im Hinblick auf die Funktion der Ausübung nicht von der Erhebung des Einwands der Nichtigkeit. Daß die Rechte bei dem, der durch die Abtretung das Interesse daran nicht hat, sie zu ausüben, verbleiben, ist sinnlos. Das Anfechtungsrecht wegen Willensmangel (§96 Abs. 1 jZGB) kann daher der Zedent ausüben, wenn sich der Willensmangel auf die vom Zedenten zu erbringende Gegenleistung bezieht, andernfalls dem Zessionar.

b) Die Rechte, die ausschließlich mit zedierten Forderung zusammenhängen, werden durch die Abtretung auf den Zessionar übertragen.

c) Nach der Rechtsprechung und h.M. stehen die Rechte, die nicht nur mit der zedierten Forderung, sondern mit dem ganzen Vertrag, also besonders auch der dem Zedenten obliegende Gegenleistung zusammenhängen, dem Zedenten zu. Das Argument der Rechtsprechung und h.M. ist nach das oben Gesagten (S. V2a) nicht überzeugend. Im Hinblick auf Rücktrittsrecht bringt doch die Ausübung grundsätzlich dem Zessionar nichts ein. Freilich kann sich die Frage stellen, ob das Rücktrittsrecht dem Zedenten zu entziehen sein. Wenn Übertragung des Rücktrittsrechts aber nicht vereinbart wird, dann ginge der dingliche Entzug des Rücktrittsrechts über das Ziel hinaus. Das Rücktrittsrecht steht daher grundsätzlich dem Zedenten zu.

Für ein vertragliches Rücktrittsrecht gilt nichts anderes als für ein gesetzliches Rücktrittsrecht, wenn Zedent und Zessionar hierüber nichts bestimmt haben.

Für die Kündigungsrechte lassen sich allgemeine Regeln nicht aufstellen, weil sie haben je nach den Vertragstypen unterschiedliche Funktionen. Zu überlegen ist, was der Zessionar mit der Kündigung gewinnt, und die der Überlegung angemessenen Regeln sind zu aufstellen.

VI. Exkurs