

『契約は他人を害さない』ことの今日的意義（一）

岡本 裕樹

序章 本稿の目的

一、問題の所在

二、検討対象の限定

三、論述の順序

第一章 相対性原則の再検討

第一節 相対性原則を巡る問題と従来 of 理解

一、当然の原則としての相対性原則

二、相対性原則の起源と意義

(1) ローマ法における相対性原則の確立

(2) ドイツ法・フランス法における相対性原則

(3) 本款のまとめ

三、日本法における相対性原則の理解

(1) 旧民法典と相対性原則

(2) 現行民法典の下での相対性原則

四、第一節のまとめ(以上、本号)

第二節 相対性原則の再構成

第三節 小括

第二章 ドイツ法における「第三者に負担をもたらす契約」

第三章 第三者の法的地位に対する契約の効力

終章

序 章 本稿の目的

一、問題の所在

1. 契約は相対的な効力しか有しない。ローマ法以来の私法における基本原則の一つであることに、異論の余地はない。この契約の相対的効力の原則には元来、大きく分けて二つの意味が備わっている。すなわちそれは、同原則の起源とされるローマ法諺「*Res inter alios acta aliis neque nocere, neque prodesset potest*」(以下、「*Res inter alios acta*」原則」という)が表しているとおり、一つに「契約は他人に利益を与えない」、もう一つに「契約は他人を害さな

い」である。

2. これらのうち、「契約は他人に利益を与えない」という点に関してみると、民法典の規定が明示的に、第三者のためにする契約を認めていることにより、原則に対して大幅な修正がなされている。また、ドイツ法の判例・学説から示唆を受けた「第三者のための保護効を伴う契約」⁽¹⁾、および、「第三者のための効力を伴う免責」⁽²⁾に関する研究は、契約により第三者が利益を受ける場合を拡大することにつながるものである。

このように、第三者に利益となるように契約の効力を拡張させることについては、原則の適用による不都合を回避するために、比較的寛容な態度が採られてきている。⁽³⁾

3. 他方で、「契約は他人を害さない」という点に関して、契約の相対的効力の原則を一般的に否定する明文の規定は存在しない。判例・学説ともに、この意味における契約の相対的効力の原則に対する厳格な態度を、基本的に維持してきたと言つてよい。「契約は他人を害さない」という原則は、現在においても、その揺るぎない地位を保っているのである。

もつとも、個々の事例においては、事案に適合的な解決を得るために、この原則が個別的に修正されているかのようにも見える場合がある。例えば、相殺予約の対第三者効や、いわゆる「抗弁の接続」が問題となる際には、第三者にとつて契約条項等が不利に働いているにも拘らず、そのような契約の効力が一定の場合に認められている。⁽⁴⁾

また、最近の判例の中では、下請人に対する元請契約の特約の効力や、荷受人に対する運送契約中の責任制限の効力⁽⁶⁾を肯定するものも見受けられる。⁽⁷⁾

4. これらのような契約の相対的効力の原則に対する例外的な事例が生じる要因として、複数の利害関係者が同一の取引関係に関与することの少なくない現代的取引の状況を、挙げるべきであろう。経済の発展は、業務の分業

化、取引の複雑化および約款の精緻化をもたらした。それは同時に、契約当事者ではない第三者が契約の影響を受ける機会や、あるいは逆に、契約に影響を及ぼす機会を増加・多様化させることにもなった。このような趨勢は、今後変わらないものと予測される。そうした中、契約の形式的な枠組みを前提としつつ、取引の実態をより正確に反映した解決が求められてきた。とりわけ、契約を二極当事者間の関係のみで把握すると、適切な解決をもたらさない場合があることが、認識されている。このような事例について、「契約結合」⁽⁸⁾や「複合契約取引」⁽⁹⁾、あるいは、「多数当事者の契約関係」⁽¹⁰⁾や「多数当事者の取引関係」⁽¹¹⁾といった観点からの分析が、これまでも試みられてきた。その中で、形式的に見て、契約当事者ではない取引関与者に契約の効力が及ぶ結果となるのであれば、契約の相対的効力の原則との整合性も考慮されるべきことも指摘されている。⁽¹²⁾

5. しかし、これまでに挙げた例外的事例を見てみると、第三者に対する契約の効力が結果的に認められる際に、民法の基本原則であるはずの契約の相対的効力の原則、とりわけ、「契約は他人を害さない」とする原則すらも、相応の注意が払われてきていないように思われる。むしろ、実質的に妥当（とされるよう）な解決を優先させるために、各事例の個別的事情あるいは類型的事情の検討に重点が置かれている。

相殺予約の対第三者効を例にとってみよう。法定相殺を含めた相殺の第三者に対する効力について、いわゆる制限説を採用したものと評される最判昭和三十九年一月二三日の中では、法定相殺の対抗が許されない場合に「相殺予約の効力を認めることは、私人間の特約のみによって差押の効力を排除するものであって、契約自由の原則を以ってしても許されない」⁽¹³⁾とされていた。ここでは、契約の相対的効力の原則が念頭に置かれている。ところが、相殺の対第三者効に関して無制限説を採った最判昭和四五年六月二四日の法廷意見は、相殺予約の効力が第三者に対して及ぶことについて、かかる相殺予約が契約自由の原則上有効であることのみをもって、その効力を認め

た。¹⁴この中には、契約の相対的効力の原則の顧慮は窺われない。このような最高裁の説明は、当然のことながら批判の対象となった。¹⁵しかし、最高裁に反対する立場（いわゆる合理的期待説）が相殺予約の対第三者効の論拠として挙げる「相殺の期待」や「相殺予約の公知性」も、¹⁶契約の相対性原則との関連が不明確なままである。

契約の相対的効力の原則と抵触するように見える契約の効力が、原則との関係を明らかにされることのないまま、事例の個別的・類型的事情の考慮に基づいて承認されている状況は、相殺予約の場合に限られない。確かに「抗弁の接続」や、請負契約・運送契約中の特約の効力に関する問題の中でも、契約の相対的効力の原則が前提とされている。しかし、それぞれの場合において、第三者に対する契約の効力が認められている際に、原則が後退する理論的根拠に関して触れた説明は、ほとんど見受けられない。¹⁷

6. こうした状況を見てくると、契約の相対的効力の原則は「原則」ではなく、実際には単なる「お題目」に成り下がっているようにも思えてくる。現在の経済的・社会的展開に鑑みれば、将来においても、契約の効力と第三者との関係が問題となる場合が増加することは、想像に難くない。それゆえ、そのような場合に、個別的事情から的事案適的な解決が求められ続ければ、契約の相対的効力の原則のタテマエがなし崩し的に進んでいく恐れがある。それによって得られる解決が、理論的・体系的な適合性も常に有しうるか、疑念を払拭しえない。

しかし、契約が相対的効力しか有しないことが、このまま基本原則としての地位を失っていく、と考える者はおそらくいない。現在でも、第三者に対する契約の効力について議論されるのは、契約の相対的効力の原則が前提とされている証拠である。改めて確認するまでもない。それでは、同原則が個別事例においてさほど表に出てこないのはなぜか。この疑問に対する答は、この原則の理解がこれまで曖昧なものであった点に存すると思われる。なかでも「契約は他人を害さない」という命題は、一見するとあまりに当然のことを述べているに過ぎず、それほど深

く考えられてこなかった。しかし、先に見たように、実際にはこの原則に反するかのような事例が生じてきている。また、これらの事例の解決と契約の相対的効力の原則との整合性が問われていることも、すでに指摘されているところである。そうであるならば、この整合性を判断する前提として、契約の相対的効力の原則に関する理解を明確にしておく必要がある。

本稿はこうした問題意識から、契約の相対的効力の原則の今日的意義を検討することを目的とするものである。ここでの検討は、従来問題となっていた第三者に対する契約の効力の理論的理解に資するのみならず、今後新たに生じる問題の解決にも役立つものと考えられる。

二、検討対象の限定

本稿の問題意識をより明確にするために、検討対象を以下のように限定する。

1. 本稿は、題名が示すとおり、先に挙げた契約の相対的効力の原則の二つの意味のうち、「契約は他人を害さない」の原則の意義を検討する。「契約は他人に利益を与えない」の意義を検討対象としない。その理由は次のとおりである。

第一に、契約によって第三者が利益を受ける場合と、不利益を被る場合とでは、前提となる視点が自ずと異なるからである。契約当事者、第三者のいずれもが、第三者に対する契約の効力について同意していれば、その効力は契約の自由から容易に認められる。契約の対第三者効が問題となるのは、そのような効力を生じさせる契約当事者の一方または双方の意思、あるいは、第三者の意思が、存在しないときである。このうち、契約が第三者に利益を

与えることに關する問題は主に、第三者がそのことを望みながら、当事者の一方または双方がそれを拒んでいる場合に生じる。逆に、契約が第三者に不利益をもたらすことについて紛争が生じるのは、当事者がそのような効力を第三者に対して主張しているのに対して、第三者がこれを拒絶している場合である。このように、契約の対第三者効を第三者が望んでいるのか、拒絶しているのかに応じて、当該効力を認めるための考慮要素につき、差異が生じるのは当然である。したがって、契約の相対的効力の原則について検討を行う際には、その二つの意味を区別して論じる必要がある。

第二に、先に述べたように、すでに民法典において第三者のためにする契約が認められており、かつ、学説の中には「契約が他人に利益を与える」ことについて比較的寛容な態度が見られる。このような規定の存在や学説の態度は、「契約は他人に利益を与えない」の原則を巡る研究の蓄積をもたらしている。これに対して、一般的な例外規定が存在せず、いわば当然視されてきた「契約は他人を害さない」の原則は、これまであまり関心の対象とされることがなかった。また、この意味における契約の相対的効力の原則を取り扱うことは、従来さほど意識されてこなかった体系的視点を提示することにもつながると考える。

第三に、第三者が利益を受ける場合と、不利益を被る場合とを比べれば、後者の場合のほうがより深刻な問題だからである。現代的取引における契約と第三者との接触は、第三者に有利なようにも、不利なようにも働きうる。この点、民法典は契約が第三者に権利を付与する場合ですら、第三者の権利取得の意思を尊重する規定を置いている（民五三七②）。他方で、契約の不利な効力が第三者に及ぶことは、この権利付与の場合よりも第三者の自由を拘束する度合いが強い。そのため、第三者にとって不利な契約のほうが、より慎重な取扱いが求められると同時に、事態の重大性、つまりは検討の必要性も高いと言える。

これらのことから、本稿は「契約は他人を害さない」の意義のみを検討対象とする。以下においては、特に断りのない限り、「契約の相対的効力の原則」「契約の相対性原則」という語を用いる際には、「契約は他人を害さない」という意味において用いることとする。

2. 次に、本稿は契約の相対性原則の「今日的」意義を探ることに重点を置く。同原則のローマ法以来の変遷についてはすでに優れた先行業績が存在しており、改めて本稿で考察して新たな成果を提示するほどの準備はできていない。また、現代における契約と第三者との接触が念頭に置かれるならば、周辺問題に関するものも含めたこれまでの研究成果を前提にして、現在の契約の相対性原則の意義を検討することだけでも、十分な意義があると考えられるためである。

3. さらに、本稿は契約の相対的効力の原則に対する法律上の例外については検討対象としない。法律により例外が規定される際には、原則との理論的整合性よりも、当該規定を動機付ける問題の解決のための政策的配慮が重要となることが多い。そのため、契約の相対性原則の今日的意義の明確化を目的とした本稿で法律上の例外も検討すれば、却って原則の本来の意義がぼやけてしまうと考えられるからである。

4. このような問題意識から、本稿は契約の相対的効力の原則の意義自体を検討対象とする。すなわち、契約の効力と第三者との関係が問題となる個別事例の解決を直接の目的としない。個別事例において、契約の相対性原則が重要な役割を果たす場合であっても、この原則のみによって問題の解決がもたらされるとは限らないからである。むしろ、妥当な解決を導く一つの（ただし、見過ごすことのできない）考慮要素に過ぎないことが多い。そのため、契約の相対性原則の意義を検討する本稿は、個別問題に関しては、解釈のための指針を提示するにとどめる。

三、論述の順序

以上を基にして検討に入るが、その前に本稿における論述の順序を簡単に説明しておく。

1. まず初めに第一章では、これまでの契約の相対的効力の原則に関する理解を概観し、その問題点を指摘する。その際に、現在のドイツ法・フランス法が同原則をどのように理解しているのかについても簡単に触れることで、日本法に適合的な原則の内容を探るための参考とする。これらの作業を通して、日本法における契約の相対性原則の枠組みを提示する。

2. 次に第二章においては、第一章で示した相対性原則の内容を具体化・明確化するための示唆を得ることを目的として、ドイツ法での「第三者に負担をもたらす契約 (Vertrag zu Lasten Dritter)」を巡る議論を概観する。

3. 最後に第三章において、第二章で得られた示唆をもとに、日本法における契約の相対性原則の理論的根拠、具體的意義について検討し、これに基づいて、本稿の立場から、契約と第三者との関係の再構成を試みる。

注

(1) 「第三者のための保護効を伴う契約」については、船越隆司「契約の第三者に対する保護効」法学新報七一巻六号一頁（一九六四）、円谷峻「第三者のための保護効果を伴う契約についての一考察」一橋研究二二号一八頁（一九七二）、奥田昌道「契約法と不法行為法の接点」於保還暦『民法学の基礎的課題（中）』二〇七頁（有斐閣、一九七四）、宮本健蔵「契約責任の再構成をめぐる最近のドイツ民法学の一動向」志林七九巻一、二、三、四、五、六、七、八、九、十、十一、十二、十三、十四、十五、十六、十七、十八、十九、二十、二十一、二十二、二十三、二十四、二十五、二十六、二十七、二十八、二十九、三十、三十一、三十二、三十三、三十四、三十五、三十六、三十七、三十八、三十九、四十、四十一、四十二、四十三、四十四、四十五、四十六、四十七、四十八、四十九、五十、五十一、五十二、五十三、五十四、五十五、五十六、五十七、五十八、五十九、六十、六十一、六十二、六十三、六十四、六十五、六十六、六十七、六十八、六十九、七十、七十一、七十二、七十三、七十四、七十五、七十六、七十七、七十八、七十九、八十、八十一、八十二、八十三、八十四、八十五、八十六、八十七、八十八、八十九、九十、九十一、九十二、九十三、九十四、九十五、九十六、九十七、九十八、九十九、一百、一〇一、一〇二、一〇三、一〇四、一〇五、一〇六、一〇七、一〇八、一〇九、一一〇、一一一、一一二、一一三、一一四、一一五、一一六、一一七、一一八、一一九、一二〇、一二一、一二二、一二三、一二四、一二五、一二六、一二七、一二八、一二九、一三〇、一三一、一三二、一三三、一三四、一三五、一三六、一三七、一三八、一三九、一四〇、一四一、一四二、一四三、一四四、一四五、一四六、一四七、一四八、一四九、一五〇、一五一、一五二、一五三、一五四、一五五、一五六、一五七、一五八、一五九、一六〇、一六一、一六二、一六三、一六四、一六五、一六六、一六七、一六八、一六九、一七〇、一七一、一七二、一七三、一七四、一七五、一七六、一七七、一七八、一七九、一八〇、一八一、一八二、一八三、一八四、一八五、一八六、一八七、一八八、一八九、一九〇、一九一、一九二、一九三、一九四、一九五、一九六、一九七、一九八、一九九、二〇〇、二〇一、二〇二、二〇三、二〇四、二〇五、二〇六、二〇七、二〇八、二〇九、二一〇、二一一、二一二、二一三、二一四、二一五、二一六、二一七、二一八、二一九、二二〇、二二一、二二二、二二三、二二四、二二五、二二六、二二七、二二八、二二九、二三〇、二三一、二三二、二三三、二三四、二三五、二三六、二三七、二三八、二三九、二四〇、二四一、二四二、二四三、二四四、二四五、二四六、二四七、二四八、二四九、二五〇、二五一、二五二、二五三、二五四、二五五、二五六、二五七、二五八、二五九、二六〇、二六一、二六二、二六三、二六四、二六五、二六六、二六七、二六八、二六九、二七〇、二七一、二七二、二七三、二七四、二七五、二七六、二七七、二七八、二七九、二八〇、二八一、二八二、二八三、二八四、二八五、二八六、二八七、二八八、二八九、二九〇、二九一、二九二、二九三、二九四、二九五、二九六、二九七、二九八、二九九、三〇〇、三〇一、三〇二、三〇三、三〇四、三〇五、三〇六、三〇七、三〇八、三〇九、三一〇、三一〇三頁（有斐閣、一九八三）、渡辺達徳「契約の現代的展開と契約責任の人的拡力」遠藤浩ほか監『現代契約法大系第一巻』一〇三頁（有斐閣、一九八三）、渡辺達徳「契約の現代的展開と契約責任の人的拡

大―「第三者のための保護効を伴う契約」法理をめぐるドイツ判例の新展開を契機として―比較法雑誌二二巻二五七頁（一九八八）、船越隆司・渡部達徳「契約の第三者効―白羽裕三編・神田追悼『取引保護の現状と課題』」（蒼文社、一九八九）、野澤正充「新版注釈民法（二三）―四四三頁（谷口知平・五十嵐清編）」（有斐閣、一九九六）（以下「新版注民（二三）」という）、山本宣之「契約の第三者保護効についての最近の議論と展望」石田古稀「民法学の課題と展望」六一―五頁（成文堂、二〇〇〇）等を参照。

(2) 「第三者のための効力を伴う免責」については、田上・前掲注(1)一四頁、山本豊「免責条項の第三者効―履行補助者保護効を中心に―」広中還暦「法と法過程―社会諸科学からのアプローチ―」九〇三頁（創文社、一九八六）、亀岡倫史「免責条項等の履行補助者保護効―履行補助者の自己責任に関する一考察―ドイツ法を手がかりに―」島法四〇巻二七三頁、同三〇一―七頁（一九九六）、同四二二頁（一九九七）を参照。特に亀岡助教授の研究において極めて詳細な考察がなされている。

(3) 野澤「新版注民（二三）―四五〇頁は、「契約の相対効を第三者の自由と財産を保障する原則としてとらえれば、第三者に利益を与え、不測の損害を蒙らせない場合には、この原則をより柔軟に解釈することも許されるのではないであらうか」、と述べている。

(4) 相殺予約の対第三者効に関する最判昭和四五年六月二四日民集二四巻六号五八七頁、および、「抗弁の接続」に関する最判平成二年二月二〇日判時一三五四号七六頁・判タ七三二号九一頁・金法一二六三号二七頁・金判八四九号三頁など。

(5) 最判平成五年一〇月一九日民集四七巻八号五〇六一頁。

(6) 最判平成一〇年四月三〇日判時一六四六号四二頁・判タ九八〇号一〇一頁・金判一〇五〇号三三頁。

(7) これらの判決の結論は、学説においても概ね支持されている。

平成五年判決（前掲注(5)）について、松尾知子「判研」産法二八巻二五三頁（一九九四）、滝沢聿代「判批」判評四二六号（判時一四九四号）一九六頁（一九九四）、後藤勇「建築請負建物の所有権は原始的に注文者に帰属させる旨の元請負契約の特

約とその下請人に対する効力」判タ八四七号八頁(一九九四)、奥田昌道「判批」リマ一〇号四三頁(一九九五)、丸山絵美子「判批」法学五九卷三号三六八頁(一九九五)。

平成一〇年判決(前掲注⑥)について、奥田昌道「判批」判評四八一号三二頁(一九九九)、落合誠一「判批」平成一〇年度重判一〇八頁(一九九九)、半田吉信「判批」リマ一九号五六頁(一九九九)、根本伸一「判批」法学六三卷三号四六四頁(一九九九)、塩崎勤「判批」平成一〇年度主判解一八六頁(一九九九)、行澤一人「判批」民商一二一卷二号一〇三頁(一九九九)、能登真規子「判批」名法一八〇号四五三頁(一九九九)、肥塚肇雄「判批」下関市立大学論集四三卷三号九一頁(二〇〇〇)、田中稔「判批」沖繩法政研究二二号一〇一頁(二〇〇〇)。

(8) 北川善太郎「約款と契約法」NBL二四二号八三頁(一九八一)は、「複数の契約が何らかの視点で相互に関連しあつて一つのまとまりをもつにいたっている取引」を「契約結合」と呼び、「現代契約の多様性にくさびを打ち込んでより現実的にかつ密度の濃い契約法のシステムを構築すること」を試みている。

(9) 山田誠一「複合契約取引」についての覚書(一)「NBL四八五号三〇頁(一九九二)は、「複数の契約によってはじめてその取引を行う当事者が企図した経済的な利益の移転が完結する取引」のことを「複合契約取引」と呼んでいる。

(10) 椿寿夫「提携契約論序説(下)」ジュリ八四九号一〇五頁(一九八五)は、「提携契約」という観点から、「当事者の一方が法形式上すでに、もしくは実質上、複数存するとみられる場合」を「多数当事者の契約関係」と呼んでいる。

(11) 河上正二「複合的給付・複合的契約および多数当事者の契約関係」法教一七二号五二頁以下(一九九五)は、「複合的契約」ないしは「多数当事者の契約関係」として、「三角型複合的關係」(代理受領、リース契約、個品割賦購入斡旋(立替払い)契約)、「亀の甲型複合的關係」(主催旅行(バック旅行)契約、一括建築請負契約)および「多数契約の連鎖・集合」(複合相次運送、製造物流通・販売、約款による多数取引)を挙げている。

千葉恵美子「多数当事者の取引関係」をみる視点、契約構造の法的評価のための新たな枠組み」椿古稀「現代取引法の基

礎的課題』一六一頁(有斐閣、一九九九)(以下、「千葉」多数当事者の取引関係」という)は、以上の概念を総称して「多数当事者の取引関係」と呼んでいる。

(12) 千葉恵美子「割賦販売法上の抗弁接続規定と民法」民商九三巻臨時増刊号(二)三〇二頁以下(一九八六)(以下、「千葉」抗弁接続規定と民法」という)、同・「多数当事者の取引関係」一九五頁以下、山田・前掲注(9)三三三頁などがこの問題を指摘している。

(13) 民集一八巻一〇号二二二頁以下。

(14) 前掲注(4)の最判昭和四五年五九二頁。

(15) 契約自由は当事者間では妥当するが、対第三者の関係でも持ち出すのは適切ではないことが指摘されている。米倉明「相殺と差押」ジュリ四六〇号九六頁、九七頁注(一七)(一九七〇)、藤原弘道「差押・相殺と破産」鈴木忠一・三ヶ月章監『実務民事訴訟講座二〇』一五七頁(日本評論社、一九七〇)、塩崎勤「相殺予約の対外的効力について」金法一〇〇〇号一三頁(一九八二)、林良平ほか「債権総論(第三版)」(石田喜久夫)三四七頁(青林書院、一九九六)。

(16) 昭和四五年判決の大隈意見ほか、多数の学説。なお、最判昭和五一年二月二五日民集三〇巻一〇号九四三頁も参照。

(17) 千葉「抗弁接続規定と民法」三〇二頁以下は、割賦販売法上の抗弁接続規定と相対性原則との調整を、売買契約・立替払契約のそれぞれから生じる顧客の債務の牽連性と、その牽連性に関する信販会社の意思の合理的推測から、説明しようとしている。しかし、このように契約の相対的効力の原則との理論的接合を図る試みは、学説においてもあまり見受けられない。

(18) とりわけ、フランス法研究をもとに契約の相対性原則を取り扱うものとして、高畑順子「フランス法における契約規範と法規範」二頁以下(法律文化社、二〇〇三)〔初出「フランスにおける契約の相対性原則をめぐって」関学三八巻二号一一頁(一九八七)〕(以下、「高畑」契約規範と法規範」という)、野澤正充「契約の相対的効力と特定承継人の地位(一)」民商一〇〇巻一号一二三頁以下(一九八九)が挙げられる。本稿における契約の相対性原則の変遷に関する叙述は、これらをはじめとする

先行業績に負うところが大きい。

(19) 例えば、不動産の賃借権に対抗力が認められる場合、判例・通説に依れば、賃貸借不動産の取得者は賃貸人としての地位を承継すると解されているが、このときに取得者は、不動産所有権が賃借権によって制限されるだけでなく、自身の同意なくして賃貸借契約上の義務を課されることになる。そのため、不動産賃借権に対抗力を認める規定（民六〇五、借地借家一〇、同三一）は、契約の相対性原則に対する例外も含んでいると言える。

この他に、民法四三七条と四三九条が連帯債務者の一人に関する免責や時効消滅に絶対的効力を認めていることと関連して、連帯債務者間の負担部分に関する約定に債権者に対する効力が認められていることも、法律上の例外として評価される。この約定を巡っては、周知のように、債権者に対する効力を無条件で認める判例と、債権者の認識または認識可能性を要求する学説との間で意見の対立が見られる。しかし、ここで争われているのは、債権者に対する効力の要件であり、そのような効力が認められること自体については学説も認めている。これに対して、債権者に対する約定の効力を承認する根拠となつていのは上掲の条文なのである。このことから、上掲条文の中には契約の相対性原則に対する例外が存在していると解されるのである。

また、本稿においては法定相殺の対第三者効を取り扱わない。法定相殺の効力が第三者にも及ぶかどうかは、法律の規定（民五一）の解釈の問題であるため、対第三者効を認めるとしても、それは当該規定の効果である。契約の効力がもたらすものではない。この点において、法定相殺の効力は相殺予約の効力と区別されなければならない（さらに、潮見佳男『債権総論（第二版）』Ⅱ三四四頁以下（信山社、二〇〇一）は、「差押えと法定相殺」の問題のなかに「差押えと相殺予約」の問題を組み込む判断スキームが問題の本質を覆い隠していると非難しつつ、「差押えと法定相殺」とは異なる問題である「差押えと相殺予約」に関して、合理的期待説の視点の重要性を説いている）。

第一章 相対性原則の再検討

本章では、最初に、契約の相対性原則の沿革や外国における相対性原則を参照しながら、この原則がこれまで日本法においてどのように理解されてきたのかを確認する（第一節）。次いで、そこで明らかとなった従来の理解に対して疑問を投げかけた上で、契約の相対性原則の基本的枠組みを検討する（第二節）。

第一節 相対性原則を巡る問題と従来の理解

一、当然の原則としての相対性原則

1. 契約の相対的効力の原則は私法における基本原則であるが、日本の現行民法の中にこの原則を規定した条文は存在しない。契約の効力と第三者との関係に関する規定は、第三編「債権」第二章「契約」第一節「総則」第二款「契約ノ効力」の中の第三者のためにする契約についての条文（民五三七以下）のみである。
2. 他方で、旧民法典はこの相対性原則に関する次のような規定を含んでいた。

旧民法財産編三四五条 合意ハ当事者及ヒ其承継人ノ間ニ非サレハ効力ヲ有セスト雖モ法律ニ定メタル場合ニ於テシ且其条件ニ従フトキハ第三者ニ対シテ効力ヲ生ス

この規定は現行民法典の編纂過程において削除されている。その理由として挙げられているのは、契約が第三者

に對して効力がないことはほとんど明文を待たないこと、および、債権の効力としてこのことが規定されていること(現行民法典修正原案四一七条参照¹⁾)、の二点であった。²⁾もつとも、現行民法典修正原案四一七条も、条文を整理する過程で削除され、明文化されることがなかった。³⁾このような編纂過程から、すでに指摘されているように、現行民法典が契約の相対的効力の原則に関する規定を有していないのは、この原則が同法において採用されなかったためではなく、むしろ当然の原則であるがために明文化されなかった、ということが分かる。⁴⁾

3. それでは、旧民法典において明文の規定が置かれ、現行民法典の編纂過程では明文化されるまでもないものと評価され、現在においても私法における基本原則であると言える契約の相対的効力の原則とは、いかなる内容のものとして理解されてきたのであろうか。換言すれば、どのようなことが明文化の必要のない当然の原則と考えられてきているのであろうか。

二、相対性原則の起源と意義

(一) ローマ法における相対性原則の確立

1. ボワソナードにより起草された旧民法財産編三四五条は、フランス民法典一一六五条を基に規定されたのであるが、さらにこの一一六五条の起源となっているのが、先にも触れた「Res inter alios acta」原則である。⁵⁾このローマ法上の相対性原則の沿革については、すでに野澤正充教授による研究の中で明らかにされている。⁷⁾そこで本稿では、野澤教授の考察の中から、「契約は他人を害さない」の原則に関わる部分を紹介することで、相対性原則の沿革に関する説明に代えたい。

2. 野澤教授の説明によれば、ローマ法時代に「契約は他人に利益を与えない」ということも含めて契約の相対的

効力が原則とされたことについて、四つの理由が挙げられている。⁽⁸⁾ そのうち、本稿の指す相対性原則と関わるものは、以下の三つとされる。⁽⁹⁾

第一に、法技術的・形式的な理由として、ローマ時代に認められていた契約が、当事者が一定の形式的な問答を通して行う問答契約だったためである。⁽¹⁰⁾ このような形式主義が両当事者の現実の立会いを要求したことにより、第三者に義務を生ぜしめることは不可能であった。

第二に、実質的な理由として、他人からの自由と独立を維持すること、すなわち、自己に関わる事柄に他人が干渉することを嫌い、逆に、他人を束縛することも欲しない、というローマ市民のメンタリティが挙げられる。⁽¹¹⁾

第三に、このローマ市民の精神とも密接に関連する実質的な理由として、債務者の人格性がある。⁽¹²⁾ これは、ローマ法が債務を、債務者の債権者に対する一身上のつながりとして理解されていたことを示している。野澤教授によれば、この債務の人格性から、さらに次の二つのことが導かれるとされる。一つには、債権者が債務者の人格の上に強大な権能を有していた結果、ローマ法は債務の消滅には好意的でそれを助長していたが、債務の発生についてはこれを容易に認めず、ゆえに、第三者に債務を負わせることも否定していた、ということである。もう一つには、ローマ法では債権者または債務者の交代が認められず、当事者の一方が死亡すると債務も消滅し、さらに代理も禁止されていた、ということである。⁽¹³⁾

3. このように、ローマ法は契約の相対的効力を原則としていたのであるが、それは「ローマ法の特殊な法技術および契約思想の下で形成された」⁽¹⁴⁾ ものであった。ただし、契約の相対性のうち、第三者への権利付与の禁止に対しては、社会事情や家族事情の変化に対応していくつかの例外が認められるようになった。これに対して、第三者に債務を負担させる契約 (*alium facturum promittere*) は例外なく無効とされていた。⁽¹⁵⁾

契約による第三者の債務負担に対するこのような厳格な態度について、野澤教授は、第三者が問答契約に何ら関与せず、自ら債務を負担する文句を発していない、という形式的理由を持ち出すのみでは説得的ではないとする。むしろ、債務の人格性、すなわち、債務が債務者の人格にまで及ぶという古い觀念が、決定的な根拠として理解されている。¹⁶⁾その上で、「ローマ法における契約の相対効の主たる機能は、本人の知らない間に他人間でなされた契約により債務を負わされることがないということを保証する、すなわち、第三者に不測の損害を与えないという点に存した」との評価がなされている。¹⁷⁾

4. 以上のような成立過程の特殊性にも拘らず、契約の相対性原則は、ローマ法を継受したドイツ法やフランス法において現在も維持されている。もともと、両法は契約の締結について、ローマ法のような厳格な形式主義を採用していない。また、ローマ法では債務の人格性が、第三者に債務を負わせることを否定するとともに、債権者・債務者の交替や代理が禁止されることにもつながっていた。しかし、ドイツ法もフランス法も、債権譲渡や代理、あるいは第三者のためにする契約も認めている。つまり、両法において債務の人格性が重視されているとは、もはや考えにくい。これらの点に鑑みれば、両法における相対性原則は、ローマ法とは本質的に異なることになる。そこで次に、ローマ法を継受し、かつ、日本法に多大な影響を与えてきたドイツ法とフランス法が、契約の相対性原則をどのように理解しているのかについて概観する。

(2) ドイツ法・フランス法における相対性原則

(i) ドイツ法における相対性原則

1. ドイツ民法典（以下、「BGB」という）において、相対性原則を定めた規定はない。この点は、日本民法典と同様であり、また、フランス民法典とは異なる。しかし、起草過程¹⁸⁾や個々の条文に鑑みて、BGBも相対性原則を

前提としていることは明らかであるとされている。²²¹⁾

2. ところで、ドイツ法において相対性原則が語られるとき、多くの場合、「契約」の相対性原則ではなく、契約も含めた「債務関係 (Schuldverhältnis)」の相対性が論じられる。この「債務関係」の概念は BGB により、「狭義の債務関係」と「広義の債務関係」という二つの意味で用いられている。²²²⁾ これらの概念はドイツ法における相対性原則を理解する上で重要であると思われるため、これらの意味についてここで簡単に見ておく。

まず、「狭義の債務関係」とは、個々の債権とこれに対応する債務との間の給付関係である。このような「狭義の債務関係」は、単に「債権 (Forderung)」と言い換えられることもある。²²⁴⁾ BGB 三六二条、三六四条、三九七条などでの「債務関係」が、この意味において使われていると解されている。²²⁶⁾ 売買契約を例にすれば、売主の売買代金請求権と、買主の代金支払義務との関係が、この「狭義の債務関係」に当る。

一方、「広義の債務関係」とは、特定の法律要件によって生じ、当事者のもとで法的な特別結合を示す法律関係全体である。これには、一連の給付義務や行為義務、さらには一方もしくは他方当事者のための形成権（例えば、解約権もしくは選択権）やその他の「法的状況」（例えば、解約を受けるための権限）が含まれる、と理解されている。²²⁷⁾ 「債務関係」をこのように広義で使用しているのは、BGB 二七三条、二九二条、四二五条や、第二編第八章の表題における「債務関係」などである。先ほどのように、売買契約の例に照らせば、売買契約に基づいて生じる売買代金請求権、目的物引渡請求権、履行上の保護義務、瑕疵担保に基づく請求権、債務不履行による解除権等々の法律効果の総体が、売買契約における「広義の債務関係」である。²²⁸⁾

3. これらの債務関係概念のうち、「債務関係の相対性」について問題となるのは「狭義の債務関係」である。つまり、ドイツ法においては「債権の相対性」が相対性原則との関係において論じられている。²²⁹⁾

この「狭義の債務関係」が相対的であるとされる根拠は、契約の効力の相対性が問題となる限りにおいて、消極的な契約の自由の観念である。³¹⁾このことは、次のように説明される。「契約の効力が当事者に限定されるのは、当事者が自身を拘束し、同人固有の行為の自由を制限したからである。同様に第三者は、自分の行為の自由を制限しようとするかどうかについて、自由に決断しうるべきである。第三者が拘束を引き受けない場合、第三者は決断の自由だけではなく、契約締結が関係しうる領域における行為の自由も、引き続き保持する」。³²⁾つまり、ここで言う消極的な契約自由とは、契約に拘束されない自由と言い換えることができる。

4. ところで、右の説明からも分かるように、ドイツ法における消極的な契約の自由から導かれるのは、契約上の義務から第三者を排除することに限定されない。他人の契約関係を顧慮する第三者の義務を原則的に否定すること。また、この消極的な契約の自由起因しているとされるのである。換言すれば、ドイツ法上の相対性原則からは二つのことが帰結される。一つには、契約上の給付義務は（同意がなければ）第三者へ拡張され得ないこと（第三者に負担をもたらす契約の無効）、もう一つには、第三者に対して「不法行為法的結果の強迫のもとで他人の契約の原則的顧慮を要求すること」³⁴⁾も、相対性原則の基礎となる評価と原則として相容れないものとしてみなされること、である。

5. ドイツ法における相対性原則は以下のように要約できる。ドイツ法上、相対性原則を認めた規定はないが、BGBも同原則を前提としていることに争いはない。この相対性原則は、「狭義の債務関係」（債権）の相対性として論じられている。この相対性の根拠は、契約が問題となる限りにおいて、消極的な契約自由の観念である。このような相対性原則は、契約に基づく第三者の債務負担だけではなく、一般的に他人の債権を顧慮する義務も、否定している。

(ii) フランス法における相対性原則

1. 続いて、フランス法における相対性原則を概観する。フランス民法典が契約の相対的効力の原則に関する規定（フランス民法典一一六五条³⁵⁾を有していることは、周知のとおりである。本稿の観点からは、この規定の中の「合意は、第三者をなんら害さない」という文言がどのように理解されているのかが注目される。

2. ローマ法のような契約締結に関する厳格な形式主義を採らなかつたフランス法において、契約の相対性原則を根拠付けているのは意思自治の原則である³⁶⁾。すなわち、独立した個人の自由を制限し、同人を拘束することができないのは、その意思のみであることから、当事者の意思から生じる契約が義務を負わせることができるのは、それを望んだ当事者だけである、ということが導かれている³⁷⁾。

3. 次に、フランス民法典一一六五条の規定について見ると、まず「害する(nuire)」の具体的に意味するところが問題となる。

一九世紀頃までは、契約は契約当事者以外の者に対するいかなる態様のいかなる効果も有し得ない、とフランスでは解されていた³⁸⁾。そこから、第三者は契約によって義務を負わされ得ないことだけでなく、契約によって生じる法的状況を主張され得ないことも導かれていた。債権侵害の問題については認識すらされていないなかつたようである³⁹⁾。

しかし、現在ではそのような理解は放棄されている。すでに多くの文献の中で紹介がなされている契約の拘束力(effet obligatoire)と対抗力(opposabilité)との区別が、そのことを示している⁴⁰⁾。

今日のフランス法の一般的な理解によれば、フランス民法典一一六五条の「害する」という文言は、契約の効力によって債務を負わせることしか表していないとされている。つまり、同条（契約の相対的効力の原則）が禁じて

いるのは、このような拘束力（債務負担効）が第三者に対して及ぶことのみであると解されているのである。⁽⁴¹⁾

もつとも、契約は第三者に対して何らの効力も有しないわけではない。第三者は契約を履行する必要がないとしても、契約の存在や、契約から生じる事実状況・権利状況を無視することができない。これは契約の対抗力によるものであり、契約の相対性原則はこの対抗力まで排除するものではないとされている。⁽⁴²⁾ このような契約の対抗力が認められる結果、契約当事者が第三者に対して、あるいは、第三者が契約当事者に対して、契約によって生じた法的状況を援用することが許されている。⁽⁴³⁾

4. こうして契約の拘束力が対抗力と区別されるとして、次にその人的範囲を巡り、フランス民法典一一六五条の「第三者」の概念が検討されるべきことになる。

伝統的理解によれば、直接的にであれ、代理人を介してであれ、契約を締結した者が契約当事者であり、それ以外の者が第三者とされる。第三者はさらに、包括承継人および包括名義の承継人、特定名義の承継人、一般債権者、ならびに、絶対的第三者 (penitus extranei) に分類される。⁽⁴⁴⁾

これらのうち、契約当事者や包括承継人・包括名義の承継人が、契約の拘束力に服することに争いはない（フランス民法典一一二二条⁽⁴⁵⁾）。また、先の伝統的分類には含まれていないが、契約当事者から、法律の規定⁽⁴⁶⁾または合意に基づいて契約の譲渡を受けた者も、契約により拘束される。⁽⁴⁷⁾

逆に、契約やその当事者のいずれとも何らの関係も有しない絶対的第三者は、当然ながら、契約によって債務を負わされない。⁽⁴⁸⁾ 一般債権者も、債務者が契約を締結することでその一般財産を増減させることの影響を受けるが、当該契約によって債務を負わせられることはない。⁽⁴⁹⁾

この第三者概念でもつとも議論を呼んでいるのが特定承継人である。とりわけ、譲渡された財貨に関して、被承

継人が譲渡前に契約を締結していた場合の、特定承継人に対する当該契約の拘束力が議論されている。この点、特定承継人はこのような契約によって拘束されないのが原則とされる。特に、本稿の検討対象である「契約は他人を害さない」こととの関係で見れば、特定承継人が同意なくして被承継人の締結した契約によって債務を負わされることは、認められていない。⁵⁰⁾そのため、先に挙げた法定の契約譲渡に関する規定は、この原則に対する法律上の例外として位置付けられる。⁵¹⁾

また、この問題とも関連するが、複数の契約の目的同一性・相互関連性に着目して、それらの契約の効力を検討する「契約の集団 (les groupes de contrats)」論が提唱されていることも、フランス法における契約の相対性原則を説明する上で見過ごしえない。

5. フランス法における相対性原則をまとめると次のようになる。「Res inter alios acta」原則を明文の規定によりそのまま採用したフランス法は、契約の相対的効力の原則を、意思自治の原則から導いている。ここでの契約の相対性は、契約の拘束力の相対性として理解されており、契約の対抗力は相対性原則と関係なく認められている。契約の拘束力と第三者との関係に関しては、とりわけ特定承継人について議論がなされているが、特定承継人が被承継人によって締結された契約によって、同人の同意なく債務を負わされることはない。その他に、直接の契約当事者ではない者に契約の効力が及ぶことを認める「契約の集団」論が提唱されている。

(iii) 両法における相対性原則の比較

1. 以上、ローマ法を継受したドイツ法、フランス法において、相対性原則がどのような理解がなされているかについて概観した。これらを比較すると、両者に共通する点と相違する点があることが分かる。

2. 共通する点として挙げられるのが、今日の相対性原則が依拠する原理である。ドイツ法では、契約に関する限

りで、相対性原則は消極的な契約自由、すなわち契約に拘束されない自由がその根拠とされている。他方で、フランス法においては、契約の相対性原則は意思自治の原則からの帰結であると説明されている。確かに、契約自由の原則の上位原則である私的自治の原則と意思自治の原則は、厳密に言えば、区別されるべきことが言われている。⁵³しかし、少なくとも、近代意思主義哲学を源とし、当事者が自己の意思に拘束されることを示している点については、両者に共通していると考えられる。⁵⁴ そうだとすれば、ローマ法を継受しながら、契約形成に関する厳格な形式主義や債務の人格性までは採用しなかった両法は、いずれも近代意思主義哲学を契約制度の根底に置くことで、契約の相対的効力の原則を維持している、と解することができる。

3. しかし、同じ原理から相対性原則を導いている両法の間には、顕著な相違点も見られる。第一に、形式的な側面として、ドイツ法は相対性原則を明文化していないが、フランス民法典は一一六五条によって相対性原則を確認している。

4. 第二に、明文規定の存否と関連することであるが、相対性原則の対象に違いがある。ドイツ法では「狭義の債務関係」(「債権」)の相対性が論じられている。他方でフランス法においては、一一六五条の規定から、「合意」(「契約」)の相対的効力が原則とされている。確かに、ドイツ法で債務関係の相対性が論じられる際に念頭に置かれているのは、多くの場合において契約に基づく債務関係である。また、フランス法において、フランス民法典一一六五条は契約上の債権債務関係だけでなく、契約外の債権債務関係にも妥当すると説明する見解もある。⁵⁵ しかし、相対性原則について想定している対象の点において、すでに両法の間にはずれが存在することは明らかである。

5. 第三に、相対性原則の適用される範囲が異なる。ドイツ法では、相対性原則により、第三者が他人の契約により義務を負わされることと、第三者が他人の債務関係を顧慮する義務を負うことが否定されている。これに対し

て、フランス法において相対的効力しか有しないとされているのは契約の拘束力のみであり、契約の対抗力は万人に対して認められている。契約を契機として第三者が被る負担の観点からこのフランス法の理解を見てみると、相対性原則は、他人の契約による第三者の債務負担のみを禁止しているに過ぎず、他人の債権債務関係を侵害することによる第三者の不法行為責任までも否定するものではない。これらのことから、適用範囲の点において、ドイツ法の相対性原則よりもフランス法のほうが狭いと評価できる。

6・第四に、相対性原則に対する態度である。これは主に契約に基づく第三者の受益の面で明らかとなるが、ドイツ法では、「第三者のための保護効を伴う契約」や「第三者のための効力を伴う免責」といった、第三者のためにする契約の要件を満たさないうちでも、第三者が契約の恩恵を受ける場合が比較的広く認められている。一方、フランス法（とりわけ判例）においては、他人のためにする約定（フランス民法典一一二一条）により権利を取得する他に、第三者が他人の契約から利益を受けることが認められるのは、取得した財貨に附着した債権債務関係に基づき契約上の権利を取得する特定承継人の場合に限られる⁶⁶。このような点を比較する限りでは、ドイツ法よりもフランス法のほうが相対性原則を厳格に適用していると言いうことができよう⁶⁷。

7・こうして見てくると、同じローマ法を継受したはずのドイツ法とフランス法が、相対性原則について多くの点で異なる理解をしていることが分かる。

(3) 本款のまとめ

ローマ法において契約の相対的効力が原則とされたのは、ローマ法の特殊な事情に起因するものであった。また、ローマ法を継受したドイツ法とフランス法において、現在では相対性原則について異なる理解がなされている。これらのことは、契約の相対的効力の原則自体は当然であるとしても、その内容は自明なものではないことを

示している。むしろ、時代や国によって、契約の相対性原則は変容しているのである。日本法も例外ではない。日本法においても相対性の原則は基本原則であるとされているが、その意義を明確にする必要がある。そこで、以下では、そのための準備作業として、従来、日本法において契約の相対性原則がどのように理解されてきたのかについて確認しておく。

三、日本法における相対性原則の理解

(1) 旧民法典と相対性原則

(i) ボワソナードの旧民法典草案

1. 日本の現行民法典はフランス民法典とは異なり、相対性原則に関する規定を有していない。しかし、ボワソナードにより起草された旧民法財産編は第三四五条に、フランス民法典一一六五条を参考にした同様の規定を置いていた。この旧民法財産編三四五条の規定は現行民法の編纂過程で削除されたが、日本法における契約の相対的効力の原則の出発点として重要であるため、この規定がどのように理解されていたかについて検討することが最初に必要となる。そこでは、旧民法典の規定の趣旨を探るために、起草者であるボワソナードの見解を考察することから始めよう。

2. 同条のもととなったのは、ボワソナードによる旧民法典草案(以下、「ボワソナード草案」と言う)財産編人権之部三六五条である。それは次のような規定であった。⁵⁸⁾

ボワソナード草案財産編人権之部三六五条 合意ハ概シテ結約者ノ間及ヒ其承継人ニ対スルニ非サレハ効力ヲ有セス故ニ

法律ニ定メタル場合ニ於テ其条件ニ從フニ非サレハ第三ノ人ノ利益トナラス又之ニ對抗スルコトヲ得ス

ボワソナードによる注解によれば、ボワソナード草案財産編人權之部三六五条の規定は、私法における最も重要な原則の一つであり、それはローマ法上の「Res inter alios acta」原則によって示されているとされる⁵⁷⁾。この原則の内容として明白なことでとされているのは、何人も自身が関係していない行為によつて、その権利を減少させられたり、その負担を増大させられることはない、ということである。そのため、何人も他人の行為によつて害されずならず、他人の行為によつてある不都合が生じる場合には、それは補償されなければならないとされる⁵⁸⁾。

3. しかし、法律に定められた条件に従う場合には、合意の効力が第三者に対して對抗されう⁵⁹⁾。その具体例としてボワソナードが挙げているのが、フランス民法典八二六条、フランス商法典五〇七条および五三二条、工事組合に関する一八六五年六月二一日の法律一二条の四つの条文である⁶⁰⁾。これらの規定の共通点は、同じ地位の利害関係者が複数存在する場合に、一定の多数を占める利害関係者の議決が、その議決に同意しないどころか反対すらしている少数派の利害関係者も拘束することを定めたところにある。

ただし、社員が多数決によつて少数派の社員を拘束する決議を行うのは、この原則の例外ではないことを、ボワソナードは強調している。この場合には、社員の多数決による議決の効力があらゆる者に及ぶことを、定款が定めているときであれ、法律が定められているときであれ、社員は定款の可決や、会社契約を通じて、自己の意思によりその効力を承諾しているためとされる⁶¹⁾。

4. このボワソナード草案財産編人權之部三六五条に関して注意を要するのは、同条により否定されているのが、合意が第三者を害する (nuire) ことではなく、合意が第三者に対して對抗される (être opposée) こととされている

点である。この点につき、同条のもととなったフランス民法典一一六五条と異なっている。このことは、ボワソナード草案財産編人權之部三六六条以下（旧民法典三四六条以下）の動産、記名債権、不動産に関するいわゆる對抗問題についての規定も、「合意は第三者を害さない」との原則に対する例外的性質を有する、とするボワソナードの考えに対応している。⁶⁵⁾

現在のフランス法では、契約の拘束力と対抗力との区別を知らないボワソナードの見解を、一般的には放棄している。それではボワソナードが独自の考えを日本に持ち込もうとしたのかと言えば、そのような評価は適切ではない。現在のような契約の拘束力と対抗力を区別することの萌芽がフランスの判例において見られ始めるのは、十九世紀後半になってからである。さらに、この区別がフランスの学説において定着し、判例においても否定されなくなったのは、二十世紀半ばを過ぎてからのことである。こうしたことから、ボワソナードが旧民法典起草時にこのような区別をしていなかったのは、当時のフランス法の状況に適合しており、むしろ当然のことと言える。⁶⁶⁾

5. 以上の相対性原則に関するボワソナードの見解をまとめると次のようになる。まず、相対性原則により否定されている「合意が他人を害すること」の内容とは、第三者の権利が減少させられることや、第三者の負担が増大させられることである。次に、この原則に対して、法律は例外を定めることができることとされている。その例として、同じ地位にいる複数の利害関係者の間での多数決による議決が、それに反対する少数派も拘束する、ということが想定されていた。また、ボワソナードは当時のフランス法における理解に則して、対抗要件を備えた動産、記名債権、不動産の譲渡をその他の譲受人に対して対抗できる点についても、契約の相対性原則の例外と位置づけていた。つまり、契約の拘束力と対抗力と間の区別は、旧民法典起草時にはまだ日本法に持ち込まれていなかった。

(ii) 法律取調委員会による旧民法典草案の審議

1. 次に、このボワソナード草案財産編人權之部三六五条が旧民法典起草の過程の中で、どのような取り扱いをなされていたのかについて見ていく。

同条は次のように翻訳されて、法律取調委員会によつて審議された。

民法草案財産編人權ノ部三六五条 合意ハ一般ニ契約者間及ヒ其承權人ニ対スルニアラサレハ効力ヲ有セス又合意ハ法律

ニ定メタル場合ニ於テシ且法律ニ定メタル条件ニ従フニアラサレハ第三者ニ利セス又之ニ對抗スルコトヲ得ス⁶⁹⁸

この規定を巡つては、調査案審議において、承權人が第三者であるかについてと、条文中にある二つの「又」の意味に関する若干の議論が行われた⁶⁹⁹。その中で、同条では「何人モ他人ノ為メニハ苦シメス」という格言が述べられている、との指摘がなされている⁷⁰⁰。しかし、この格言が何を意味しているのか、つまり、第三者に「対抗スルコトヲ得」ないのは具体的にはどのような契約の効力であるかについては、何ら触れられていない。

結局、この審議では「第三者ニ利セス」という文言が「第三者ヲ利セス」と修正されるにとどまった。

2. これに続く再調査案審議では、次のような条文案が建議された。

民法草案財産編再調査案二六五条 契約ハ当事者間ニ於テシ及ヒ其承權人ニ対スルニ非サレハ効力ヲ有セス然レトモ法律

ニ定メタル場合ニ於テシ且其条件ニ従フトキハ第三者ニ対シテ効力ヲ生ス⁷⁰¹

この規定に関して注意を引かれるのは、先の調査案審議での草案において「第三者ヲ利セス又之ニ對抗スルコト

ヲ得ス」とされていた部分が、単に「第三者ニ対シテ効力ヲ生ス」とだけ述べられるにとどまっている点である。しかし、再調査案審議においてこの点はまったく触れられることはなく、単に草案の表現の確認や修正について簡単な審議しか行われなかった。つまり、「第三者ヲ利」することと第三者「ニ対抗スルコト」が「第三者ニ対シテ効力ヲ生ス」という表現にまとめられたことは、さほど重要視されなかった。そのため、この審議からも、契約の相對性原則を取調委員がどのように理解していたかについて、窺い知ることができない。

この再調査案は審議の最後に、その冒頭の部分について、「合意ハ当事者及ヒ其承接人ノ間ニ非サレハ効力ヲ有セスト雖モ」と改められた⁷⁶。

3. 旧民法典は、以上の二度にわたる法律取調委員会による審議の後、元老院と枢密院の審議を経て公布されるに至った。上に見たように、その過程の中で契約の相對性原則自体が議論の対象となることはなかった。このことは、同原則が当然視されていたことの裏返しであると考えられる。

こうして契約の相對性原則を定めた規定（財産編三四五条）を含む旧民法典が公布された後、その規定の下で相對性原則はいかように理解されていたのであろうか。特にこの規定は、明文の必要のないものとして現行民法典の編纂過程において削除されたのであるから、旧民法典交付後どのような相對性原則が当然視されていたのかを探ることが重要となってくる。以下に、現行民法典起草者の一人であり、法典調査会で旧民法財産編三四五条についての説明を行った富井政章博士の見解を中心にして、この時期の相對性原則の理解を概観する。

(iii) 旧民法典の下での相對性原則

(a) 富井博士による理解

「第三者に対する契約の効果」に関する富井博士のこの時期における理解をまとめると、次のようになる。

1. まず、「契約ハ第三者ヲ利セス又第三者ヲ害セス」という原則が示しているのは、契約当事者間でなければ法鎖は生じず、第三者はその契約によって債権者となることも、債務者となることもない、ということである。ただし、後見人や代理人がなした契約の効力はこの者らに代表された者にも及ぶ。そのため、契約の効力が及ばない第三者とは、「総テ自身ニテ契約ニ加ハラサル者」ではなく、「自身ニテ契約ニ参加セス又他人ヲ以テ其契約ニ代表セラレサル者（傍点ママ）」⁷³のことをいう。

2. もつとも、契約は第三者に対してまったく何らの効果をも生じさせないのではない。対人権と同時に対世権も必ず生じさせるため、第三者は契約当事者が有する権利を侵害することができない⁷⁴。つまり、この時期にすでに富井博士は、第三者による債権侵害が成立することを認めていた。

3. 会社や破産の場合において、社員や債権者の多数決により少数の者や会議に参加しなかった者に議決の効力が及ぶのは、各自が社則や法律の規定によって初めからその結果を知らないはずがなかったためである。このような効力は契約の相対効の純然たる例外ではない。この点、破産の場合について、これを法律による相対性原則の例外としていたボワソナードと見解が異なる。

また同様に、連帯債務者の一人や主たる債務者が義務を免れば、他の連帯債務者や保証人もその義務を免れるのは、連帯債務者が互いに代表し合っていて、保証人は従たる債務者であるためとされる。この場合も、契約の効力が第三者に及んでいるのではない⁷⁵。

4. しかし、承継人のうち、相続人のような、ある者の有する一般の権利義務を承継する一般の承継人（包括承継人）には、契約の効力が原則として及ぶ。それに対して、買主や受贈者のような、特定の権利を譲り受けた特別の承継人については、前所有者がなした契約の効力は及ばない。つまり、契約から生じる債権や債務が特別の承継人

に移ることはない。⁷⁶⁾

5. この他、無担保の一般債権者については、債務者が契約その他の方法で財産を増加・減少させれば、間接的に債権者の利益・損失となる。そのため、一般債権者は第三者ではなく、一般の承継人である。もつとも、一般債権者は債権者代位権と詐害行為取消権を有している。しかし、このことは、一般債権者が一般の承継人であるとされる原則に背くものではない。⁷⁷⁾

6. 以上見てきたところから、すでに富井博士とボワソナードとの間に、相対性原則に関する理解のずれが存在することが分かる。第三者の概念を巡って承継人や一般債権者についての説明をしていること、一般債権者を包括承継人として説明していること、および、その説明の中でフランスの学者の見解が挙げられていることに照らして、この時期における相対性原則に関する富井博士の理解が、当時のフランス法の影響を強く受けていたことは確かである。そのような富井博士がボワソナードと異なる説明をしているのは、旧民法典が公布されてから現行民法典が起草されるまでの間に、契約の相対性原則についての一致した理解が存在していなかったことの現われと言えよう。この点をさらに確認するために、引き続きこの時期の学説を概観する。

(b) その他の学説

1. 本野一郎博士ら四人による共著である『日本民法義解』は、ボワソナードの訓定によるものであるためか、第三者に対する合意の効力については「プロジェ」の内容とほぼ同様である。

具体的に見ると、まず、合意が第三者に害を及ぼすこととして想定されているのは、第三者が自身の関係しない行為により権利を失い、または義務を負うことである。それが許されない理由として、「道理ノ容レサル所」ということが述べられている。⁷⁸⁾ また、相対性原則の例外について、会社における社員の議決の効果はこれに当たらない

が、協賛契約の承諾に関して旧商法一〇三九条に規定された債権者集会における議決の効力は、法律上の例外であるとされている。⁽⁸¹⁾ この点が富井博士の見解と異なる。さらに、旧民法財産編三四六条以下における譲渡の對抗要件に関する規定も、「プロジェクト」と同様に、相対性原則の例外と考えられている。⁽⁸²⁾

2. 井上正一博士による『民法正義』⁽⁸³⁾も、ボワソナードの見解をおおむね踏襲している。すなわち、その説明によれば、第三者とは合意に関与していない者または合意に関して代表されていない者であり、債権者を含む一般の承継人は第三者ではない。また、特定承継人は、承継した目的物に物的負担をもたらしていた合意は別にして、第三者として前所有者の締結した合意の効力を受けないとしている。旧商法一〇三九条や旧民法財産編三四六条以下は、ここでも、相対性原則の法律上の例外であると説明されている。⁽⁸⁴⁾

3. 後に法典調査会の委員を務めることになる土方寧博士は、旧民法典に関する講義の中で、契約の相対的効力の問題について独自の見解を表している。

すなわち、「余輩ハ合意ノ効力ハ当事者間ニ限ルコトヲ原則ト為サント欲スル者ナリ從テ又縦令此原則ニ対スル例外アリト為スモ我規制民法ニ於テ例外ナリトセルモノヨリモ其範域ヲ狭小ナラシメントスル者ナリ若シ夫レ債権カ第三者ニ対シテ効力アルヤ否ヤノ如キハ渾テ合意ヨリ生スル権義ノ効力問題ニシテ合意自体ノ効果ニ非ス合意ハ一ノ事実ナリ從テ其事実ハ一タヒ存在スルニ止マリ其後ニ在リテハ唯是ヨリ生スル権義關係ハ他人ニ對抗シ得ヘキモノナルヤ否ヤノ問題ヲ生スル」としている。⁽⁸⁵⁾

これを見て分かるように、土方博士は、合意から生じる債権・債務の効力と合意自体の効力とを区別している。この点において、土方博士の見解は、契約の拘束力と対抗力とを区別する現在のフランス法における一般的理解に類似しているようにも思われる。ただし、旧民法典ではそのどちらも含むものとして考えられていた「合意ノ効

力」の問題を、土方博士は、合意自体の効力、すなわち、合意から生じる債権債務関係が他人に対抗されるか否かの問題に限定している。加えて、相対性原則の例外が認められるのは、合意自体の効力についてのみであるとも述べられている。つまり、土方博士の見解では、契約の効力と債権の効力のうち、契約の相対的効力の原則に際しては契約の効力の第三者に対する対抗力が問題となり、この対抗力の相対性についてのみ法律による例外が認められることになる。したがって、契約の拘束力のみが相対性原則により把握されるとする現在のフランス法とは、結論的に異なっている。ただ、いずれにせよ、土方博士が、先に見たポワソナードや富井博士の理解とは全く違う独自の見解を有していたことに変わりはない。

（c）この時期の相対性原則のまとめ

以上のとおり、現行民法起草までの相対性原則に関する理解を概観すると、確かに旧民法財産編三四五条の規定自体に争いはない。しかし、その内容まで当然視できるほど見解の一致があったとも言えない。これは、旧民法を起草したポワソナードと、現行民法典の起草委員であった富井博士、法典調査会の委員であった土方博士のそれぞれの見解が三様に違えていることが示している。

このような点を踏まえて、続いて、現行の民法典の下で相対性原則が、現在までどのように理解されてきたかについて考察する。

（2）現行民法典の下での相対性原則

（i）現行民法典の編纂と相対性原則

既述のように、契約の相対的効力の原則を規定していた旧民法財産編三四五条は、現行民法典の編纂過程の中で削除された。法典調査委員会において富井博士が同三四五条の削除のために示した理由をもう一度確認すると、主

に次の二点が示されていた。

第一に、契約の相対的効力の原則が明文を待たないほど疑いのない原則であるためとされている⁸⁸⁾。しかし、その内容についてまで疑念のないほど一致した理解が存在したとは言い難いことは、先に見たとおりである。

第二に、この原則が別の箇所（現行民法典修正原案四一七条）で債権の効力として規定されていたためであった⁸⁹⁾。これは、富井博士が契約の効力を債権の効力に含まれるものとして考えていたことを示しており、ドイツ法における相対性原則の理解に類似している点で興味深い。そこで以下では、まず、ドイツ法上の相対性原則が禁止していた二つの観点から、現行民法典の下で相対性原則がどのような取り扱いを受けてきたのかについて見ていくことにする。一つは、現行民法典が契約に基づいて第三者の債務負担を認めないのかという観点であり⁽ⁱⁱ⁾、もう一つは、第三者が他人の債権を侵害した場合に、不法行為責任を負わないのかという観点である⁽ⁱⁱⁱ⁾。その後には、日本法における契約の相対性原則全般に関する現在までの状況を概観する^(iv)。

(ii) 契約に基づく第三者の義務負担と相対性原則

1. 旧民法財産編三四五条のような規定を含まない現行民法典が、「契約ノ効力」について定めた諸規定の中（第三編第二章第一節第二款）で、契約と第三者との関係を対象としているものは、第三者のためにする契約についての規定（民五三七以下）のみである。「Res inter alios acta」原則や旧民法財産編三四五条に照らせば、現行民法典には「契約は他人に利益を与えない」ことについて、この原則に抵触する一般規定が存在していることになる。これに對して、「契約は他人を害さない」ことに関しては、明文を要しない原則として現行法の下でも維持されている。

2. この点について、現行民法典起草者の一人である梅謙次郎博士は現行法施行後、『民法要義』の中で、「Res inter alios acta」原則のうち、第三者に権利を得させる契約は、旧来の説に反して有効であるが、「第三者ニ義務ヲ負ハ

シムルヲ目的トスル契約ノ無効ナルコトハ蓋シ言フヲ待タス」と述べている。⁽⁹¹⁾ この契約に基づき第三者に義務を負わせることとの関連では、無権代理の追認と、他人に義務を負担させるための努力をする契約について、若干の言及が見られる。⁽⁹²⁾

この説明から分かるのは、梅博士も「契約は他人を害さない」ことを当然視していること、および、この「害する」ということを梅博士は「義務負担」として捉えていること、である。また、梅博士は講義の中で、契約の効力と承継人との関係についても触れていることから、契約の相対的効力の原則に関して旧民法典から引き続いてポワソナードの説明を踏襲していたと考えられる。

3. とところで、周知のように、現行民法典施行後の時代においては、日本の民法が全般的にドイツ民法学や民法体系に従って理解・解釈・体系化されるようになった。⁽⁹³⁾ 契約の相対的効力の原則についても例外ではなく、石坂音四郎博士の著書を始めとして日本の体系書の中には、第三者のためにする契約と対比する形で「第三者ノ負担ヲ目的トスル契約 (Vertrag zu Lasten Dritter べしくは Vertrag zu Lasten eines Dritter)」について説明するものが現れた。

第二章の中でより詳しく考察するが、ドイツの体系書やコメンタールにおいては一般的に、第三者のためにする契約 (Vertrag zugunsten Dritter) の説明の中で第三者に負担をもたらす契約 (Vertrag zu Lasten Dritter) の項目が設けられている。そこでは、「Res inter alios acta」原則の一方の例外である第三者のためにする契約はBGBの法文上認められているものの、逆の例外となる第三者に負担をもたらす契約は許されていないことが説明されている。⁽⁹⁴⁾ 石坂博士らも当時のドイツ法の体系書やコメンタールをもとにそれらに倣って、第三者のためにする契約に関する説明の際に、「第三者ノ負担ヲ目的トスル契約」についても触れている。それらの内容はいずれの叙述においても概ね共通しており、これを簡単に要約すると次のようになる。

まず、「第三者ノ負担ヲ目的トスル契約」とは他人に対して第三者の行為を約束する契約である。何人も他人の承諾を得ることなく他人に不利益を被らしめること、つまり債務を負担させることはできないため、換言すれば、各個人は自己の意思に基づかないで義務を負担させられることはないため、「第三者ノ負担ヲ目的トスル契約」により第三者は債務を負担させられない。⁵⁸⁾これに対して、第三者がある行為を行うことを当事者の一方が相手方に対して約束することが有効であることは当然である。この場合にはそれを約束した当事者のみが債務を負うことになる。⁵⁹⁾

4. このように、第三者のためにする契約を認めた現行民法典施行以降も、契約に基づく第三者の債務負担の禁止は維持されてきた。ただし、この原則を巡って、第三者の行為に関する二種類の契約類型が区別されている。すなわち、第三者の債務負担を目的とする契約であり、第三者の行為を目的とする契約である。このうち、契約が契約の相対的効力の原則に照らして許されないのは、前者であり、後者は当然に有効であると理解されている。この点に関しては、ボワソナードの見解に沿った第三者概念の説明をする梅博士と、「第三者ノ負担ヲ目的トスル契約」を説明する際にドイツ法を参照する石坂博士らとの間に、明確な差異は存在しない。⁶⁰⁾

このような態様の異なる二つの契約の効力に関する相反する評価は、一見して明白なことであると考えられているのであろう。現在では「第三者ノ負担ヲ目的トスル契約」についての記述を含む体系書・教科書類は見られなくなっている。⁶¹⁾

(iii) 債権侵害論と相対性原則

1. 前述のように、「契約の相対的効力」は「債権の相対性」に含められる、としていた起草者の見解は、相対性原則に関わるドイツ法の一般的理解と類似している。そのドイツ法では、「狭義の債務関係(債権)」についての相対

性原則から、他人の債権を顧慮する一般的な義務も否定されている。その結果、第三者が他人の債権を侵害したとしても、原則として不法行為責任を負わされないこととなっている。

日本法においても、このような第三者の責任の成否について、いわゆる債権侵害論の中で議論されてきた。この議論が、ドイツ学説から多大な影響を受けて進められてきたことは、周知のとおりである。しかし、現在のところ日本の通説・判例は、第三者の債権侵害による不法行為の成立に一般的に承認している。この点、契約の効力を債権の効力と同視して考えるとしても、契約による第三者の義務負担も債権侵害論も共に債権の相対的効力に関する問題として議論しているドイツ法と比べて、日本の通説・判例の見解によれば、契約（債権）の相対的効力と債権侵害に基づく不法行為責任との関係が明瞭ではない。そこで、日本法における相対性原則の意義を探るためには、債権侵害論の展開における相対性原則の役割について検討する必要があると思われる。ただし、この債権侵害論についての日本の学説史は、すでに吉田邦彦教授により詳細かつ網羅的な考察がなされている。以下においては吉田教授⁽³³⁾の叙述をもとに、契約の相対性の原則との関係で債権侵害論がどのように位置付けられてきたのかについて概観することにした。

2. 吉田教授は学説史を五つの時期に区別して分析・検討している。⁽³⁴⁾

その第一期（民法制定前く明治末年）において当時の学者は、第三者による債権（契約）侵害の不法行為の成否について、まだそれほどドイツ法の強い影響を受けていなかったとされる。例えば、後に現行民法典の起草者となる穂積陳重博士や法典調査会に参画した土方博士は、当時に不法行為法理について先進的であったイギリス法を参酌して第三者の不法行為責任を肯定していた。また、穂積博士も法典調査会の議事において、現行民法七〇九条の「他人ノ権利」に債権が含まれると述べている。⁽³⁵⁾つまり、この時期においては、「イギリスの対世権・絶対権 (Right

in rem)と对人権・相對權 (right in personam)の觀念をもとにして、債権は債務者との関係では後者だが、世間一般の人に対しては対世権であり、「一般の者は債権の実現を妨害しないといふ消極的義務 (obligation)と區別されるところの duty)を負い、その違反のサンクションとして不法行為責任がある」と解されていた。¹⁰⁰⁾

他方で、この時期においても、債権侵害による第三者の不法行為責任を否定する見解も主張されていた。その際に理由として挙げられていたのは、二重契約の場合に一方の債権者が正当な権利を行使してそれにより他方の債権者に損害が生じても、この他方の債権者は自身の権利が妨害されたと主張し得ないこと、債権は債務者以外の者によって侵害されることはないこと、債権者は契約の履行が開始されれば対世的な権利を有するが、履行前にはそのような権利を有さないことなどであった。¹⁰¹⁾

このように、この時期の債権侵害論においては、第三者の不法行為責任について、ドイツ法とは異なりローマ法を継受していないイギリス法を参考にした肯定説が主張されていた。その根拠として、他人の債権の実現を妨害しない旨の一般的な消極的義務の存在が認められていた。また、第三者の責任を否定する説も、その論拠を債権の相対性に求めていたのか明確ではない。これらのことから、この時期の債権侵害論において、相対性原則は決定的な判断要素ではなかったと評価できる。

3. 次の第二期 (明治三〇年代末〜大正初年)は、吉田教授の位置づけによれば、ドイツ学説の影響を受けた石坂音四郎博士によって、債権侵害による不法行為の成立を否定する見解が通説化された時期であるとされる。¹⁰²⁾

石坂博士の見解の特徴は、それまでのイギリス法に倣った債権侵害の議論と断絶して、ドイツ法を根拠に債権侵害による不法行為の成立を否定したことにある。石坂博士はまず、「権利カ一方ニ特定人ニ対シ他方ニ一般人ニ対シ同時ニ二種ノ義務ヲ生セシムルコトハ權利ノ性質ニ反スルモノ」¹⁰³⁾ではなく、「問題ハ成法ノ解釈トシテ第三者ノ

債権侵害ヲ認ムルコトヲ得ヘキヤニアリ（傍点ママ）」¹¹²とする。このような前提の下で石坂博士は、ドイツ民法が日本民法の母法であるとの理解から日本民法七〇九条とBGB八二三条一項とを等置し、日本法の規定の不備を指摘しつつ、BGB八二三条一項をめぐるドイツの消極説の論拠をそのまま自身の否定説の論拠として挙げる¹¹³。その上で、「成法ノ解釈上債権ハ相對權ニシテ第三者ニ依リテ侵害スルヲ得スト云フニ歸着ス」と結論付けている。

この石坂博士の他に、債権侵害論に関するドイツ法学の影響を受けていた第二期の代表的見解として、川名兼四郎博士と松本丞治博士が挙げられている。両博士の見解も、債権が相對權であることを理由として、債権侵害を否定している¹¹⁴。

こうした第二期における債権侵害論に関するドイツ学説の導入が、日本法において相對性原則と債権侵害論とを結び付ける土台を築いたと言えよう。

4. 第三期（大正三年～昭和初年）は、債権侵害による不法行為責任否定説に対する末弘厳太郎博士の批判的見解や、不法行為責任の肯定した大審院判決が出され、肯定説が通説化していった時期とされている。

まず、「肯定説が通説化する嚆矢」となった末弘博士の見解によれば、物権の排他性（Ausschließlichkeit）から導かれるのは、一つの物の上に同種の権利が二個以上存在し得ないという¹¹⁵と（「Dominium plurimum in solidum esse non potest」原則）のみであり、第三者が物権の行使を妨害してはならないこと（物権の絶対性・不可侵性）とはまったく別の問題であるとされる¹¹⁶。末弘博士はこうした不可侵性については、物権であってもそれ自体の本質から当然に発生するものではないことを前提とする¹¹⁷。その上で、物権についても債権についても一定の利益を権利者に確保させようとする目的に差異はないことを論拠として、その行使を第三者が不能もしくは困難ならしめるときに、そのような第三者による侵害を禁止し、これを不法とすることを当然のことと解することにより、不可侵性に関する物権

と債権との区別を否定している。¹²³⁾このように末弘博士は、物権と債権の峻別・対置というドイツ的分类を維持してはいるものの、ドイツ法上の絶対権・相対権概念を排したことにより、相対性原則と債権侵害論とのつながりを断ち切っている。

また、大審院大正四年三月一〇日判決が「对世的權利不可侵ノ効力」が債権を含めた「權利ノ通有性」であることを認めたのを始めとして、¹²⁴⁾判例においても、ドイツ法に由来する考え方と無関係に、債権侵害による不法行為責任が肯定されている。

このような、ドイツ法上の絶対権・相対権概念を排して、債権侵害による不法行為責任を一般的に肯定する立場は、次第に通説化していくことになる。¹²⁵⁾

5. この第三期の不法行為責任肯定説をうけて、第四期（昭和五年（戦前）には債権侵害の具体的検討が進められるようになった。とりわけ、末川博士、勝本正晃博士、我妻栄博士らによる研究を通じて、今日においても一般的になされている債権侵害の分類が形成された。¹²⁶⁾もともと、吉田教授は、この分類に関して、債権侵害により不法行為が成立することが前提とされながら、その具体的要件についてはなおドイツ法の影響を受けてかなり限定的な立場が採られた、と評価している。¹²⁷⁾

6. 吉田教授による学説史区分の第五期（戦後（今日）は、第四期に形成された分類が基本的に維持され通説化し、不法行為成立のための具体的要件がより詳しく検討された時期と評されている。¹²⁸⁾その一方で第五期では、第三期において克服されたはずのドイツ法的な絶対権・相対権概念に基づく立場が、川島武宜博士を契機として、少数ながら引き続き有力に主張されている。¹²⁹⁾

この川島博士の見解によれば、第三者による債権侵害が不法行為とならないことは、近代法の古典的法理とされ

る。この点につき、「それは、法的には、個人の地位の独立、法律関係における自由意思の支配、また経済的には自由競争の全面的な保障、ということからの必然的帰結であり、おそらくは、独立生産者が経済構造において支配的地位を占め、その結果個々の法主体者の独立と自由とが特につよく要請された資本制社会の初期の社会規範の表現であるうと思われ」、「このことは、法律構成の上では、不法行為の要件が「権利侵害」とされ、その「権利」とは生命、自由、所有権などの絶対権を意味する、ということ、にほかならなかった」との説明がなされている。その上で、第三者による債権侵害は一般的には不法行為とはならないこと、および、債権侵害がすべて不法行為にならないわけではないことが述べられている。¹¹²⁰

このように「債権の相対的把握に徹底する特殊ドイツ的な債権概念」¹¹²¹を採用した川島博士の見解は、現在でも一定の支持を得ている。¹¹²²

7. 以上、日本法における債権侵害論の変遷を見てきたが、この考察から明らかなのは、日本法の通説・判例は債権の相対性と債権侵害論を結びつけて論じていない、ということである。ドイツ学説の継受により、債権の相対性を根拠とした債権侵害否定説が支配的であった時期があったことは確かであり、また、現在においても、川島博士の見解に代表されるような、債権の相対性をドイツ法的に理解する立場が存在する。しかし、末弘博士により債権の相対性と債権侵害論とが分断されて以降は、債権侵害による第三者の不法行為責任が一般的に肯定されるようになってるのが、現在の状況である。

こうした状況に鑑みると、日本法においては、契約の相対性を債権の相対性に内包させて考えられてはきたが、相対性原則は他人の債権を考慮する一般的義務を否定する根拠となっていない、とすることができると言える。この点、ドイツ法における相対性原則とは異なつた理解がなされている。もともと、債権の相対性に関するドイツ法的な理解

を放棄した通説も、債権侵害の類型化の段階でなおドイツ法の影響を受けていることに、注意を要する。

(iv) 相対性原則に関わる一般的認識

1. ここまでの考察により、日本法における相対性原則は、ドイツ法と同様に、契約の相対性を含む債権の相対性に関わる原則であるとの理解がなされてきたことが分かった。ただし、ドイツ法において相対性原則から導かれていた二つの準則、すなわち、契約に基づく第三者の債務負担の禁止と、他人の債権を顧慮する一般的な義務の否定について言えば、日本法の相対性原則は後者の準則をも包含するものではないとするのが、通説的な見解であった。

2. もっとも、契約の相対性原則に関わる一般的な説明を見る限りでは、これらのことはあまり意識されていない。契約の相対性が債権の相対性に含まれて考えられてきたためか、契約の相対性原則の説明の際に、債権者代位権・詐害行為取消権、不動産賃借権に基づく妨害排除請求権などとともに、債権侵害に基づく不法行為責任もまた、原則に対する例外的制度として言及されている。¹⁰³⁾

3. ところで、これまでの相対性原則との関わりにおいて問題とされていたのは、契約に基因する義務負担の効力であった。しかし、最近になって、契約の中で定められる条項・特約が当事者以外の第三者を拘束するか、ということも、相対性原則との関係において論じられるようになってきている。¹⁰⁴⁾ この中で具体的に議論されているのは、自働債権についての期限の利益喪失の特約が、受働債権を差し押さえた第三者を拘束するか、という問題や、保証人と物上保証人との間の地位の割合を定める特約が、後順位抵当権者を拘束するか、といった問題などである。

これらの問題は、多くの場合、それぞれが個別的に議論されるにとどまる。しかし、散発的ながら、「特約の第三者効」という観点から同様の問題について包括的に検討し、第三者効が認められる条件を探る試みもなされてい

る。¹³⁴⁾そこでの検討から導かれている結論が妥当なものであるかはひとまず置いておくとしても、「特約の第三者効」の考え方が、近時になって新たに生じてきた問題と契約の相対的効力の原則との関係を探る上で、有意義な視点の一つであることは確かである。このような問題意識のもとからは、本稿の冒頭で最近の判例から挙げた、建物建築請負契約において注文者と元請負人との間で建物の所有権が注文主に帰属する旨の約定がなされていたときに、この請負契約の特約の効力が材料の供給者である下請負人に及びうること¹³⁵⁾や、運送人が荷物を滅失・毀損したときに、運送契約外の第三者からの損害賠償請求権に対して、運送契約上の責任制限条項を援用しうる場合があること¹³⁶⁾に関しても、個別事例の具体的な解決の妥当性とは別に、より一般的に契約の相対性原則と当該契約の効力との関係を検討する必要性が生じてくることになるであろう。

4. この「特約の第三者効」の他にも、第三者与信型信用取引においていわゆる「抗弁の接続」を認めるために、契約の相対性原則はどのように理解されるべきであるのかという問題が、検討されるべき課題として認識されている。¹³⁷⁾ここで論じられている抗弁も、義務負担以外の契約の効力と言える。

5. このように、第三者に対する義務負担以外の契約の効力についても、相対性原則との関係が論じられてきているが、ポワソナードのように、いわゆる対抗問題まで相対性原則の例外として捉える見解は、現在では見当たらない。

6. 以上のような契約の相対的効力の原則を巡る一般的な認識をまとめると、次の三点を指摘することができる。

第一に、契約の相対性は債権の相対性を含めて考えられている。

第二に、通説・判例は債権侵害による不法行為責任を債権の相対性によって否定する立場をとっていないにも拘らず、契約の相対性原則の説明に際して債権侵害論が言及されている。

第三に、契約の相対性原則に関して念頭に置かれているのは、第三者の義務負担である一方で、義務負担以外の契約の効力と第三者との関係が問題となる場合が増加している。ただし、いわゆる対抗問題に関わる契約の効力は、相対性原則の適用領域に含まれていない。

四、第一節のまとめ

1. 本節の冒頭において、現行民法典の起草者が契約の相対的効力の原則を当然視し、明文を待たないものとして理解していたことを述べた。しかし、ここまでの考察によれば、そのような理解を無批判に受け入れることはできないことが明らかとなった。

2. そもそも、契約の相対性原則の起源とされるローマ法上の「*Res inter alios acta*」原則は、ローマ法の特殊な事情から生成したものであった。このローマ法を継受したドイツ法とフランス法は、相対性原則を近代意思主義哲学によって基礎付けている点については共通しているが、それぞれの相対性原則の理解において重大かつ明白な相違を示している。

3. 契約の相対性原則を当然視してきた日本法の状況を見ると、現行民法典起草以前からすでに、相対性原則の理解は一致していなかった。現在でも、契約の相対性を債権の相対性に含めた考え方を前提としながら、一方において、通説・判例は債権の相対性を根拠とした債権侵害否定説を排除しつつ、他方において、契約の相対性原則の説明の際に債権侵害論が言及されている。これに加えて、近時においては、義務負担以外の契約の効力と第三者との関係が問題となってきた。

4. 以上に鑑みると、日本法は、必ずしも一義的なものといえない相対性原則を基本原則としながらも、他方で、

未だ明確な意義を与えていないと言わざるを得ない。それでは、日本法における契約の相対性原則はいかなるものと解すべきなのであろうか。次節では、従来の日本法における相対性原則の理解を批判的に分析した上で、これまでの日本法学の発展に適合的な相対性原則の基本的枠組みを検討する。

注

- (1) 現行民法典修正原案四一七条
- (2) 債権ハ当事者及ヒ其他ノ包括承継人ノ間ニ非サレハ其効力ヲ有セス但別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス
- (3) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書三 法典調査会民法議事速記録三』七五八頁〔富井発言〕（商事法務研究会、一九八四）（以下、「法典調査会民法議事速記録三」という）。
- (4) 以上の現行民法典編纂過程については、野澤正充「契約の相対的効力と特定承継人の地位（四）」民商一〇〇巻五号一四三頁以下（一九八九）を参照。
- (5) 野澤・前掲注(3)一四五頁参照。
フランス民法典一一六五条
- (6) 合意は、契約当事者の間でなければ、効果を有しない。合意は、第三者をなら害さない。合意は、第一二二一条によって定められる場合でなければ、第三者の利益とならない。
（フランス民法典の訳出の際には、法務大臣官房司法法制調査部『法務資料第四三三三号 フランス民法典―家族・相続関係―』（一九七八）、同『法務資料第四四一号 フランス民法典―物権・債権関係―』（一九八二）を参考にした。）
もともと、ゲスタン（GHESTIN (J.) Introduction, dans FONTAINE (M.) et J. GHESTIN (J.) (sous la direction de), Les effets du contrat à l'égard des tiers, Paris, L.G.D.J., 1992, n° 3, p.6.) の指摘によれば、古代ローマにおいて当初からこのような表現による原則が存在したので

はない。むしろ、この原則は後になって解釈により作り上げられたものであったとされる。ローマ法は一般的な射程を有する原則をほとんど利用しておらず、事例ごとの解決に頼ることを好んでいたようである。(なお、同書の書評として、武川幸嗣「マルセル・フォンテーヌ ジャック・ゲスタン編著『第三者に対する契約の効力—フランス・ベルギー比較法研究—』」法研六八巻六号一二七頁(一九九五)がある。)

(7) 野澤正充「契約の相対的効力と特定承継人の地位(二)」民商一〇〇巻一号一二三頁以下(一九八九)。

(8) 野澤・前掲注(7)一一四頁。

(9) この他には、ローマ法における契約法が、権利者の権利取得意思に重点を置いていた(原田慶吉『ローマ法』一七二頁(有斐閣、改訂版、一九五五))ことが法技術的・形式的な理由として挙げられており、これは、もっぱら「他人に利益を与えない」という側面に関わるものであるとされている(野澤・前掲注(7)一一四頁以下)。

(10) 野澤・前掲注(7)一一四頁。

(11) 野澤・前掲注(7)一一四頁以下。

(12) 野澤・前掲注(7)一一五頁。

(13) 野澤・前掲注(7)一一五頁。

(14) 野澤・前掲注(7)一一八頁。

(15) 野澤・前掲注(7)一一六頁以下。

(16) 野澤・前掲注(7)一一七頁。

(17) 野澤・前掲注(7)一一七頁以下。

(18) Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, Neudruck, 1979, S. 2. 「債務関係によって

創設されるのは、同じ地位に立つ当事者間の人的な法律関係のみ、すなわち債権者の債務者に対して給付を求める人的請求

権、債務者の給付をもちたらず人的義務のみである、ということに疑念の余地はない (§ 210 六 (BGB 214 一条))。そもそも債務関係の効力が債権者および債務者という人格 (Personen) を越えることはない。」

(19) 例えば、BGB 137 条「法律行為による処分の禁止」、214 一条「債務関係に基づく義務」、311 一条 (旧 305 条)「法律行為の上の、および、法律行為類似の債務関係」、328 条「第三者のためにする契約」、333 条「第三者のためにする契約における第三者による権利の拒絶」など。

(20) MünchKommKramer, BGB, Bd. 2a, 4. Aufl., 2003, Eiml. Rdn. 15, S. 11f.

(21) Staudinger/Schmidt, BGB, 13. Aufl., 1995, Eiml. zu § 241ff. Rdn. 433, S. 142; MünchKommKramer, a. a. O., Rdn. 15, S. 11.

(22) Zepos, AcP 155 (1956), S. 486; Henke, JA 1989, S. 186; Schapp, Jus 1992, S. 537, 539; Staudinger/Schmidt, a. a. O., Rdn. 199, S. 66; MünchKommKramer, a. a. O., Rdn. 13, S. 10.

(23) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, S. 26; Henke, a. a. O., S. 186; Schapp, a. a. O., S. 539; MünchKommKramer, a. a. O., Rdn. 13, S. 10.

(24) Schapp, a. a. O., S. 539; Staudinger/Schmidt, a. a. O., Rdn. 432, S. 141.

(25) BGB 326 二条

① 債務の目的たる給付を債権者に対して行ったときは、債務関係は消滅する。

② 略。

BGB 326 六十四条

① 債権者が本来の給付に代わる他の給付を受領したときは、債務関係は消滅する。

② 略。

BGB 326 七条

① 債権者が契約によって債務者に対して債務を免除したときは、債務関係は消滅する。

② 債権者が債務者との契約によって、債務関係が存在しないことを承認したときも、前項と同様である。

(各条文の傍点は、筆者。BGBの訳出に関しては、川井健『ドイツ民法典―総則―』法務資料第四四五号(一九八五)、椿寿夫『右近健男編『ドイツ債権法総論』(日本評論社、一九八八)、同編『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』(三省堂、一九九〇)、右近健男編『注釈ドイツ契約法』(三省堂、一九九五)、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』(信山社、二〇〇三)を参考にした。)

(26) Staudinger/Schmidt, a.a.O., Rdn. 199, S.66; MünchKomm/Kramer, a.a.O., Rdn. 13, S.10.

(27) Zepos, a.a.O., S.489f.; Larenz, a.a.O., S.66; Henke a.a.O., S.186; Schapp, a.a.O., S.539; MünchKomm/Kramer, a.a.O., Rdn. 13, S.10.

(28) BGB二七三条

① 債務者が、自己に義務が生じたのと同じ法律関係により、債権者に対して弁済期に達した請求権を有するときは、債務関係から異なる結果が生じない限り、債務者は自己の受けるべき給付の実行があるまで、債務の目的である給付を拒絶することができる(留置権)。

② 略。

BGB二九二条

① 債務者が特定の目的物を引き渡すべき場合、毀損、滅失その他の事由によって生じた引渡不能による債権者の損害賠償請求権は、訴訟係属の初めから、債務関係または債務者遅滞から債権者のために異なった結果が生じない限り、所有者と占有者間の法律関係につき所有権に基づく請求権の訴訟係属の初めから適用される規定によって、定まる。

② 略。

BGB四二五条

① 第四二二条から第四二四条までに規定した以外の事項は、債務関係から異なる結果が生じない限り、その事項が生じた連帯債務者についてのみ効力を生ずる。

② 略。

(各条文の傍点は、筆者。)

(29) ラーレンツ (Larenz, IZ 1962, S. 105, 108f.) によれば、このような「広義の債務関係」概念を認める意義は以下の点にあるとされる。第二に、この概念により、債権譲渡や債務引受による当事者の交代だけではなく、契約引受により債務関係全体が移転して当事者が変更した場合でも、当該債務関係の同一性が失われない、と想定することが可能になる。第二に、解約の機能が継続的債務関係を終了させる手段であると理解することが可能になる。第三に、解除によって生じる清算関係を古い債務関係の新たな目的設定を伴う延長として理解し、それによって行為義務やすでに生じた二次的給付義務(とりわけ損害賠償義務)の存続を理解し易くさせる。第四に、給付義務と保護義務とを区別し、契約交渉もしくは取引上の接触の開始によって作出される給付義務を伴わない債務関係が認められるようになる。最後に、給付義務以外の保護義務や注意義務を想定することにより、第三者のための保護効を伴う契約を、第三者のためにする契約を擬制することなく説明することが可能になる。

(30) Staudinger/Schmidt, a.a.O., Rdn. 433, S. 142; MünchKommKramer, a.a.O., Rdn. 15, S. 11.

(31) Staudinger/Schmidt, a.a.O., Rdn. 434, S. 142; MünchKommKramer, a.a.O., Rdn. 15, S. 11.

(32) Krasser, Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter, 1971, S. 299.

(33) MünchKommKramer, a.a.O., Rdn. 15, S. 11.

(34) MünchKommKramer, a.a.O., Rdn. 22, S. 15f.

(35) 前掲注(5)。

同条をめぐるフランスの議論に関しては、高畑『契約規範と法規範』二頁以下も参照。

- (36) CHESTIN, *op. cit.*, n° 2, pp. 5 et s.; MALAURIE (P.) et AYNÈS (L.), Cours de droit civil, t. VI (Les obligations), 10^e éd., Paris, Éditions Cujas, 1999, n° 653, p. 381; TERRÉ (F.) et SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), Les obligations, 7^e éd., Paris, Dalloz, 1999, n° 460, p. 445; ROLAND (H.) et BOYER (L.), Adages du droit français, 4^e éd., Paris, Litec, 1999, n° 393, p. 776; CARBONNIER (J.), Droit civil, t. 4, Les obligations, 22^e éd., Paris, PUF, 2000, n° 116, p. 233; FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.) et SAVVAUX (É.), Les obligations 1, L'acte juridique, 10^e éd., par J.-L. AUBERT et É. SAVVAUX, Paris, Armand Colin, 2002, n° 422, p. 318.
- このように個人主義的思想に基づく契約の相対性原則に対する疑問について、高畑『契約規範と法規範』一七頁以下参照。
- (37) TERRÉ et SIMLER et LEQUETTE, *ibid.*
- (38) CHESTIN, *op. cit.*, n° 6, p. 11.
- (39) 吉田邦彦『債権侵害論再考』三三頁(有斐閣、一九九一)(以下、「吉田『再考』」)と云うによれば、日本の現行民法制定當時はまだそのような状況であったという。
- (40) フランス法において契約の拘束力と対抗力が区別されるに至った経緯に関しては、七戸克彦「対抗」のフランス法的理解——不動産物権を中心に——慶應義塾大学大学院法学研究科論文集二六号六七頁以下(一九八七)、片山直也「一般債権者の地位と「対抗」——詐害行為取消制度の基礎理論として——」法研六六巻五号一三頁以下(一九九三)を参照。
- (41) CHESTIN, *op. cit.*, n° 7, p. 12; MAZEAUD (H., L. et J.) et CHABAS (F.), Leçons de droit civil, t. II, 1^{er} vol. (Obligations théorie générale), 9^e éd., par F. CHABAS, Paris, Montchrestien, 1998, n° 744, pp. 868 et s.; MALAURIE et AYNÈS, *op. cit.*, n° 653 et s., pp. 380 et s.; TERRÉ et SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.*, n° 458, p. 444; ROLAND et BOYER, *ibid.*; CARBONNIER, *op. cit.*, n° 122, p. 243; FLOUR et AUBERT et SAVVAUX, *op. cit.*, n° 432, p. 326.
- (42) CHESTIN, *op. cit.*, n° 7, p. 13; MAZEAUD et CHABAS, *ibid.*; MALAURIE et AYNÈS, *op. cit.*, n° 653 et s., pp. 380 et s.; ROLAND et BOYER, *ibid.*; CARBONNIER, *loc. cit.*, pp. 243 et s.; FLOUR et AUBERT et SAVVAUX, *loc. cit.*, pp. 326 et s. 契約から生じた債権債務関係の対抗力に関する

9° Cass. 3° Ch. civ. 21 mars 1972, Bull. civ., III, n° 193, p.136. 参考:

フランス法における「対抗力」あるいは「対抗不能 (impossabilité)」に関わる先行業績としては、佐賀徹哉「物権と債権の区別に関する一考察(一)〜(三)・完」論叢九八巻五号二七頁、九九巻二号三六頁、九九巻四号六二頁(以上、一九七六)、加賀山茂「対抗不能の一般理論について―対抗要件の一般理論のために―」判タ六一八号一三頁以下(一九八六)、七戸・前掲注(40)、同「対抗要件主義に関するポワソナード理論」法研六四巻二二号一九五頁(一九九一)、吉田『再考』、片山・前掲注(40)がある。

(43) 例えば不動産の売買契約においては、売主のみが売買目的物を引き渡す義務を負い、買主は取り決められた価格を支払う義務を負う。これは契約の拘束力である。しかし、全ての者が売買契約から生じる法的状況、すなわち、買主のための所有権の移転を尊重しなければならない。これは契約の対抗力である。同じように、労働契約においては、使用者だけが取り決められた給料を支払う義務を負い、労働者は労働を行う義務を負い、これは契約の拘束力である。しかし、契約が競業禁止条項を含んでいれば、かつての使用人の競業者のもとで働くことを承諾した労働者は、契約上の義務の不履行のために契約上の責任、契約の拘束力の制裁を負い、その一方で彼の新たな使用者は、一定の条件のもとで、競業禁止条項に起因する契約上の状況を尊重する義務が承認されることにより、不法行為法上の責任を負うことがある。これは契約の対抗力の帰結と理解されている。CHESTIN, *ibid.*

(44) CHESTIN, *op. cit.*, n° 12, p.19; MAZEAUD et CHABAS, *op. cit.*, n° 745, p.869; MALAURIE et AYNÈS, *op. cit.*, n° 656, pp.383 et s.; ROLAND et BOYER, *op. cit.*, pp.776 et s.

かつては、一般債権者を包括名義の承継人に含めて考えられていたところもあった。CHESTIN, *op. cit.*, n° 15, pp.23 et s.; TERRE et SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.*, n° 473, p.455; ROLAND et BOYER, *op. cit.*, pp.778 et s.; CARBONNIER, *op. cit.*, n° 129, pp.254 et s.; FLOUR et AUBERT et SAVVAUX, *op. cit.*, n° 456, pp.346 et s.

(45) フランス民法典一一二二条

約定は、自己、その相続人及び承継人のために行われたものとみなす。但し、反対(の趣意)が表明され、又は合意の性質から生じる場合には、その限りではない。

(46) 法律に基づく契約譲渡の具体例として以下の規定が挙げられる。

フランス民法典一七四三条

① 賃貸人が賃貸物を売却する場合には、取得者は、公署証書による賃貸借又はその日付が確定される賃貸借を有する定額小作人、分益小作人又は家屋賃借人を立ち退かせることができない。

② ただし、取得者は、賃貸借契約でその権利が留保されている場合には、非農事財産の賃借人を立ち退かせることができる。

フランス労働法典一一二二条の一

① 略。

② 特に相続、売買、合併、組織変更、法人成りによって、使用者の法律上の地位に移転が生じた場合には、その変更の日に行中の全ての労働契約は、新しい企業主とその企業の従業員との間に存続する。

フランス民法典一一二一条の一〇

① 保険契約者の死亡または保険目的物の譲渡の場合には、保険契約は当然に相続人または譲受人のために存続する。この相続人または譲受人は、保険契約者が契約に基づき保険者に対して負担していたすべての債務を履行する責を負う。

② ただし、保険者、相続人ないし譲受人は、契約を自由に解除しうる。保険者は、保険目的物の確定的帰属者が保険証券を自己名義に書き換えることを請求した日から三月の期間内に、保険契約を解除することができる。

③ 保険目的物の譲渡には、譲渡人は払込期限の到来した保険料の払込義務を保険者に対して負い続ける。ただし、譲受人が保険者に書留郵便により譲渡を通知した後には払込期限の到来する保険料について、譲渡人は保証人としてさえも免責される。

④複数の相続人または複数の譲受人が存在する場合には、保険契約が存続する限り、これらの者は連帯して保険料支払義務を負う。

⑤保険契約者の死亡または保険目的物の譲渡の場合に、相続人または譲受人が解除を選択するときは、年次保険料額を超える金額を損害賠償として保険者に与えることを約束するあらゆる条項は無効である。

(なお、フランス労働法典およびフランス保険法典の規定の訳に関しては、野澤正充『契約譲渡の研究』一三〇頁以下(弘文堂、二〇〇二)以下「野澤『研究』としよう」を参照した。)

- (47) MALAURIE et AYNÈS, *op. cit.*, n° 658, pp.385; TERRÉ et SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.*, n° 464, p.448.
- (48) MAZEAUD et CHABAS, *op. cit.*, n° 756, p.880; MALAURIE et AYNÈS, n° 656, p.384; ROLAND et BOYER, *op. cit.*, pp.779; CARBONNIER, *op. cit.*, n° 122, p.243; FLOUR et AUBERT et SAVVAUX, *op. cit.*, n° 432, p.326.
- (49) MAZEAUD et CHABAS, *op. cit.*, n° 751, pp.871 et s.; TERRÉ et SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.*, n° 473, p.455; FLOUR et AUBERT et SAVVAUX, *op. cit.*, n° 458, p.348.
- (50) Cass. 3^e Ch. civ. 15 déc. 1999, D. 2000, AJ.123, obs. Y. Rouquet; CHESTIN, *op. cit.*, n° 14, p.22; MAZEAUD et CHABAS, *op. cit.*, n° 752, p.872; TERRÉ et SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.*, n° 476, pp.459 et s.; ROLAND et BOYER, *op. cit.*, p.777; CARBONNIER, *op. cit.*, n° 128, p.254. Cf. FLOUR et AUBERT et SAVVAUX, *op. cit.*, n° 449 et s., pp.340 et s.
- 現在では一般に、特定承継人はフランス民法典一一二二条の「承継人」に含まれなく、と解せられる。MAZEAUD et CHABAS, *op. cit.*, n° 753, p.873; MALAURIE et AYNÈS, n° 660, pp.386 et s.; TERRÉ et SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.*, n° 475, p.459. Cf. FLOUR et AUBERT et SAVVAUX, *ibid.*
- ただし、取得した財貨に附着した債権債務関係に基づいて、特定承継人が権利を取得しうることにについては、学説において一致する(MAZEAUD et CHABAS, *op. cit.*, n° 754, pp.874 et s.; MALAURIE et AYNÈS, n° 662, pp.387 et s.; TERRÉ et SIMLER et LEQUETTE,

loc. cit., pp.458 et s.; CARBONNIER, *op. cit.*, *ibid.*: FLOUR et AUBERT et SAVAUX, *op. cit.*, n° 446, p.337)。このようなフランス法における特定承継人の地位に関しては、野澤正充「契約の相対的効力と特定承継人の地位(一)〜(四)」民商一〇〇巻一号一〇八頁、二号二八一頁、四号六二〇頁、五号八六二頁(以上、一九八九)が詳細な考察を行っている。

(51) GHESTIN, *op. cit.*, n° 35, p. 36; MAZEUD et CHABAS, *op. cit.*, n° 757, p.884; MALAURIE et AYNÈS, *loc. cit.*, p.389; ROLAND et BOYER, *op. cit.*, p.777.

(52) フランス法における「契約の集団」論については、中田裕康『継続的売買の解消』四〇二頁以下(有斐閣、一九九四)、松浦聖子「フランスにおける契約当事者と第三者の関係および契約複合理論」法研七〇巻二二号五六一頁(一九九七)を参照。

この理論の対象となる問題は多岐にわたるが、その中では、同じ「契約の集団」に属しているが直接的には契約を締結していない当事者相互間における、契約関係の創出の有無が検討されている。この「契約の集団」概念に含まれる契約形態のうち、判例において問題となったのは「契約の連鎖(chaines de contrats)」と呼ばれる形態であった。具体的には、注⁽⁵⁰⁾でも触れた、取得した財貨に付着した債権債務関係に基づく特定承継人の権利が問題となった場合と、「サブ契約(sous-contrat)」と呼ばれる下位契約が締結されたとき、例えば、請負契約を基に下請契約が締結されたときに、注文主からの不法行為法上の訴権に対して、下請負人が自らは契約当事者ではない元請契約を援用することが問題となった場合であった。現在のフランスの破産院は、前者については、「契約の集団」論とは異なる根拠(被承継人が締結した契約に基づく権利・訴権が目的物に付着していること)により、特定承継人の権利を肯定している(Cass. Ass. plén., 7 fév. 1986, J.C.P. 1986, II, 20616, obs. P. Malinvaud)。これに対して、後者の場合のような第三者による契約の援用を破産院は認めなかった(Cass. Ass. plén., 12 juil. 1991, D. 1991, J. 549, note J. GHESLIN)。かくして、「契約の集団」論は判例において明確に否定されている。

以上の、フランスにおける「特定承継論」や「契約の集団」論についての判例の変遷に関しては、野澤・前掲注⁽⁵⁰⁾、同『新版注民(一三三)』四四四頁以下、松浦・前掲五七二頁以下に拠る。

- (53) 星野英二「契約思想・契約法の歴史と比較法」『民法論集第六卷』二二九頁以下(有斐閣、一九八六)〔初出、『岩波講座基本法学四―契約』(岩波書店、一九八三)〕。
- (54) 星野・前掲注(53)二二二頁以下、二二五頁以下、二二〇頁以下参照。
- (55) MAZEAUD et CHABAS, *op. cit.*, n° 743, p. 868.
一九世紀まではフランスでも、契約の相対性と債権の相対性が同義のものとして捉えられていたことが指摘されている。七戸・前掲注(40)六八頁。
- (56) 野澤『新版注民(一三三)』四四三頁以下参照。
- (57) ただし、フランス法における、債権者がその債務者の債務者(第三債務者)に対して訴権を行使できる制度(債権者代位権(間接訴権 *action oblique*)―フランス民法典二二六六条―、直接訴権(*action directe*)―同一七五三条等―)が、ドイツ法にはないことの評価も問題となる。
- (58) BOISSONNADE (G.), *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, t.II, nouvelle édition, Tokyo, Kokubun-sha, 1891, p. 201.
ポワソナード草案およびその注解(本稿では「プロジェクト」の新版、以下、特に断りがなければ、本稿において「プロジェクト」とは一八九一年に出版された新版のことを指す)の訳の際には、司法省「ポアソナード氏起稿 再閣修正民法草案註釈 第二編人権ノ部 上巻」三六八頁(出版年不明)を参考にした。
なお、この「再閣修正民法草案註釈」は「プロジェクト」を和訳したものであるが、その中でポワソナード草案財産編人権之部三六五条には八六五条の条文番号が付されているのは、同書の出版時にはまだ人事編(第一編)のために最初の五〇〇条が留保されていたためと思われる。大久保泰甫・高橋良彰『ポワソナード民法典の編纂』五八頁、六五頁、一八七頁(雄松堂出版、一九九九)参照。

(59) BOISSONADE, *op. cit.*, n° 168, p.209.

(60) BOISSONADE, *loc. cit.*, p.210.

(61) 合意が他人に利益を与える場合、すなわち、他人のための約定 (*stipulation pour autrui*) についても、ボワソナード草案及び旧民法典は相対性原則の例外としてこれを認める規定を有していた(ボワソナード草案財産編人權之部三四四條、旧民法財産編三三三條)。しかし、その範囲は、フランス民法典一一二二一條に倣って、限定的なものに過ぎなかった。このことから、ボワソナードが相対性原則を嚴格に解していたことが窺える。

もっとも、フランスにおいては、他人のための約定が判例によってかなり広範に認められるようになってきていることは、周知のとおりである。

(62) フランス民法典八二六條

共同相続人のそれぞれは、相続財産の動産及び不動産の現物の持分を請求することができる。ただし、動産は差押えを行う債権者若しくは故障を申し立てる債権者がある場合、又は共同相続人の過半数が相続財産の負債及び負担の弁済のため売却を必要と判断する場合には、普通の形式によって公に売却する。

フランス商法典旧五〇七條

①協議債権者と破産債務者との間の協約は、上に定めた手続が完了しなければ、許諾され得ない。

②この協約は過半数を構成する数の債権者および代理人による、かつ、立証された債権、確言された債権、または第五章第五節に従い仮承認された債権の総額の四分の三の同意がなければ、確立されない。全体が無効となる。

フランス商法典旧五三二條

①管財人は債権者団体を代表し、清算を執行する責を負う。

②第一項に拘らず、債権者は資産の利用を続けることについての委任を管財人に与えることができる。

③この委任を管財人に付与する議決はその期間と範囲を決定し、管財人が経費や支出に備えるためにその権限の下に保持する金額を定める。この議決は、受命裁判官の前で、かつ、人数および金額について債権者の四分の三の多数決によってでなければ、行われ得ない。

④異議申立てはこの議決に対して、破産者および反対する債権者によって行われうる。

⑤この異議は執行を停止させない。

工事組合に関する一八六五年六月二二日の法律一二二条

①利害関係者の過半数にあたり、少なくとも土地の表面積に三分の二を代表する者ら、または、利害関係者の三分の二にあたり、表面積の半分以上を代表する者らが、同意したならば、県知事は、必要な場合には、組合を許可する。

②許可の場合には、組合証書および県知事のアレテの抄本が、不許可の場合には、県知事のアレテの抄本が、現場の位置する市町村において公示され、県庁の証書集において掲載される。

(63) BOISSONADE, *op. cit.*, n° 169, p.211.

(64) BOISSONADE, *ibid.*

(65) BOISSONADE, *op. cit.*, n° 170, p.211.

(66) GHESTIN, *op. cit.*, n° 6 et s., pp.11 et s.

(67) 七戸・前掲注(40)二〇四頁以下。

(68) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書八 法律取調委員会民法草案財産編人權ノ部議事筆記一』一一〇頁（商事法務研究会、一九八七）（以下、「旧民法典調査案議事筆記」という）。

(69) 旧民法典調査案議事筆記一一〇頁。

(70) 旧民法典調査案議事筆記一一一頁〔松岡委員発言〕。

- (71) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書一一 法律取調委員民法草案財産編再調査案議事筆記』一九二頁（商事法務研究会、一九八八）（以下、「旧民法典再調査案議事筆記」という）。
- (72) 旧民法典再調査案議事筆記一九二頁。
- (73) 富井政章『契約法講義』一頁以下、二四〇頁（時習社、一八八八）（以下、「富井『講義』」という）、同『民法論綱 人權之部』二六二頁（岡島實文館、一八九〇）（以下、「富井『論綱』」）。
- (74) 富井『講義』二二九頁、同『論綱』二六〇頁以下。
- (75) 富井『講義』二二九頁以下、同『論綱』二六一頁以下。
- (76) 富井『講義』二四二頁以下、同『論綱』二六三頁以下。
- (77) 富井『講義』二四六頁以下、同『論綱』二六六頁以下。
- (78) ドウモロンブ、コルメドサンテール、オーブリーーロー、アコラスの名が挙げられている。富井『論綱』二六五頁。
- (79) 本野一郎ほか『日本民法（明治三三年）義解 財産編 第三卷 人權及ヒ義務（上）』（自第二百九十三條至第三百六十四條）日本立法資料全集別巻一一三三三九〇頁（信山社、復刻版、一九九八）。
- (80) 旧商法一〇三九条
- ①協諾契約ヲ承諾スルニハ出席シタル債権者ノ過半数ノ承諾ヲ要ス其過半数ハ議決権アル総債権額ノ四分三以上ニ当ルコトヲ要ス
- ②管財人及ヒ議決権ヲ有スル債権者又後ニ至リ債権ノ確定シタル債権者ハ協諾契約ニ対シテ十日内ニ理由ヲ附シタル異議ヲ裁判所ニ申立ツルコトヲ得
- (81) 本野ほか・前掲注(79)三九一頁以下。
- (82) 本野ほか・前掲注(79)三九二頁以下。

(83) 井上正一『民法正義 財産編第二部 卷之二』(新法註釈会、第六版、一八九二)。

(84) 井上・前掲注(83)二九〇頁以下。

(85) 井上・前掲注(83)二九三頁以下。

井上博士の見解として特徴的であるのは、旧民法財産編三四五条の規定における「第三者ニ対シテ効力ヲ生ス」を、第三者の不利益において効力を生じるだけを示すもので、第三者の利益のために効力を生じるものを含まない、とされている点である。その理由として、旧民法財産編三二五条が第三者の利益のためにする合意について、第三者である受益者の承諾を要件としており、受益者はその承諾により当事者としての地位を得るのだから、同条は相対性原則の法律上の例外ではなく、むしろ相対性原則を適用した結果である、という説明がなされている。井上・前掲注(83)二九二頁以下。

(86) 土方寧『人権法』。出版社、発行年ともに不明であるが、冒頭に「法学博士パリストル土方寧講義 卒業生田中文蔵編輯」とあり、土方博士の講義録であると思われる。

(87) 土方・前掲注(86)六一一頁。

(88) 法典調査会民法議事速記録三・七五八頁。

(89) 法典調査会民法議事速記録三・七五八頁。

ただし、既に述べたように、この修正原案四一七条も結局は削除された。

(90) 旧民法典の中にも、第三者のためにする契約を肯定する規定が存在していた。しかし、この規定はその文言において、フランス民法典と同様に、第三者のためにする契約を限定的にしか認めていなかった。

旧民法財産編三二三条

① 要約者カ合意ニ付キ金銭ニ見積ルコトヲ得ヘキ正当ノ利益ヲ有セサルトキハ其合意ハ原因ナキ為メ無効ナリ

② 第三者ノ利益ノ為メニ要約ヲ為シ且之ニ過怠約款ヲ加ヘサルトキハ其要約ハ之ヲ要約者ニ於テ金銭ニ見積ルコトヲ得ヘキ

利益ヲ有セサルモノト看做ス

③然レトモ第三者ノ利益ニ於ケル要約ハ要約者カ自己ノ為メ為シタル要約ノ従タリ又ハ諾約者ニ為シタル贈与ノ従タル条件ナルトキハ有効ナリ

④右二箇ノ場合ニ於テ従タル条件ノ履行ヲ得サルトキハ要約者ハ単ニ合意ノ解除訴権又ハ過怠約款ノ履行訴権ヲ行フコトヲ得

(91) 梅謙次郎『民法要義 卷乃三 債権篇』四二九頁(明法堂、再版、一八九七)(以下、「梅『民法要義』」という)。

(92) 梅『民法要義』四二九頁。梅謙次郎『民法(明治二九年)債権 第二章 契約(第一節〜第三節)』日本立法資料全集別巻二一「一〇八頁以下(信山社、復刻版、一九九六)(以下、「梅『講義録』」という)も参照。

このうち、他人に義務を負担させるための努力をする契約に関しては、旧民法典において明文の規定が置かれていた(旧民法財産編三三二条)。このような規定が現行民法典の中に存在しないことについて梅博士は、当該契約が自己の行為を目的としているため有効であることや、他人が義務を負担しなかった場合に相当の賠償をなすことを約束することも有効であることは、「当然言フヲ待タル所ナルヲ以テ特ニ明文ヲ置カサリシナリ」と述べている(梅『民法要義』四二九頁)。

(93) 梅『講義録』一〇三頁以下。

(94) 星野英一「日本民法学史(一)」法教八号三九頁以下(一九八一)。

(95) Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 15. Aufl., 1958, S.148; BGB-RGRK/Ballhaus, 12. Aufl., 1976, § 328 Rdn.13; Larenz, *Lehrbuch des Schuldrecht*, 14. Aufl., 1987, S.223; Gernhuber, *Das Schuldverhältnis*, 1989, S.475; Soergel/Hadding, BGB, Bd.2, 12. Aufl., 1990, § 328 Rdn.118, S.1577; Staudinger/Kaduk, BGB, 12. Aufl., 1994, Vorbem. zu § 328ff. Rdn.64, S.31; Ermann/Westermann, BGB, 10. Aufl., 2000, Vor. § 328 Rdn.10, S.907; Staudinger/Jagmann, BGB, Neubearb., 2001, Vorbem. zu § 328ff. Rdn.42, S.25; MünchKomm/Gotwald, BGB, Bd.2a, 4. Aufl., 2003, § 328 Rdn.172, S.2124.

⁽⁹⁶⁾ 具体的には、ヴィントシャイト、エネクツェルス、エルトマン、シュタウディンガー、クレーンベック、ヴィーラントなどが引用されている。

⁽⁹⁷⁾ 石坂音四郎『日本民法 第三編 債権 第六卷』二二四七頁（有斐閣、一九一六）、末弘巖太郎『債権各論』二二七頁以下（有斐閣、一九一七）、村上恭一『債権各論』二七五頁（巖松堂書店、第三版、一九一七）。

⁽⁹⁸⁾ 石坂・前掲注⁽⁹⁷⁾二二四七頁、末弘・前掲注⁽⁹⁷⁾二二八頁、村上・前掲注⁽⁹⁷⁾二七六頁、末川博『契約法 上（総論）』一一六頁（岩波書店、一九五八）。

⁽⁹⁹⁾ このような第三者の行為を目的とする契約はさらに、第三者が行為を実施するよう努力することを約束するに過ぎないものと、必ず第三者に行為を実施させることを約束するものとに区別されている。石坂・前掲注⁽⁹⁷⁾二二四七頁以下、末弘・前掲注⁽⁹⁷⁾二二八頁、村上・前掲注⁽⁹⁷⁾二七六頁、末川・前掲注⁽⁹⁸⁾一一六頁以下。

なお、戒能通孝『債権各論』八一頁（巖松堂書店、再版、一九四三）は、第三者に義務を負わせる契約も公序良俗に反しない限り有効であるが、第三者の義務は他人の承認による以外に発生する理由はなく、第三者が承認しなければ、第三者の債務負担を約束した契約当事者は損害賠償義務を負う、としている。

⁽¹⁰⁰⁾ 法典調査会民法議事速記録三・七八二頁以下（土方・富井発言）も参照。

⁽¹⁰¹⁾ 最近では、中馬義直『新版注民（一三）』六〇二頁などで簡単に付言されるにとどまる。

⁽¹⁰²⁾ 大判大正四年三月一〇日刑録二二卷二七九頁、大判大正四年三月二〇日民録二二卷三九五頁、我妻栄『新訂債権総論』九頁（岩波書店、一九六四）、於保不二雄『債権総論』八頁、一一頁（有斐閣、新版、一九七二）、奥田昌道『債権総論』二二頁（悠々社、増補版、一九九二）、潮見佳男『不法行為法』九四頁（信山社、一九九九）。

⁽¹⁰³⁾ 吉田『再考』七頁以下。

⁽¹⁰⁴⁾ 吉田『再考』九頁。

- (105) 法協七號八頁以下〔穂積発言〕、一八頁以下〔土方発言〕（二八八四）。旧民法典の下での富井博士による契約の相対的効力の原則に関する理解、および、現行民法典起草者である穂積博士、富井博士、梅博士の校閲による松波仁一郎ほか『帝国民法（明治二九年）正解 第五卷 債権（自第三九九條至第五一四條）日本立法資料全集別巻九九』四頁以下（信山社、復刻版、一九九七）も参照。
- (106) 法務大臣官房司法法制調査部『日本近代立法資料叢書五 法典調査会民法議事速記録五』三〇四頁〔穂積陳重発言〕（商事法務研究会、一九八四）。
- (107) 吉田『再考』三一頁。
- (108) 法協七號三頁以下〔松野貞一郎発言〕。
- (109) 法協七號一四頁以下〔田上省三発言〕。
- (110) 吉田『再考』三五頁。
- (111) 石坂音四郎「債権ハ第三者ニ依リテ侵害セラルルヲ得ルヤ」『改纂民法研究下巻』一〇頁（有斐閣、第四版、一九二四）〔初出、法学新報一八卷七号、八号、九号（一九〇八）〕。
- (112) 石坂・前掲注(111)一一頁。
- (113) 石坂・前掲注(111)一三頁以下、吉田『再考』三八頁。
- (114) 石坂・前掲注(111)三七頁。
- (115) 吉田『再考』四二頁以下。
- (116) 川名博士の見解（『債権法要論』二三頁以下（金刺芳流堂、一九一五））は、まず、民法七〇九条により保護される権利は絶対権であることを必要とし債権はこれに含まれず、第三者に債権を侵害させないための絶対権が債権に伴うときには債権侵害が不法行為となる、という前提に立つ。そこから、「民法上何人ト雖モ他人ノ債権ヲ侵害スルコトヲ得スト云フカ如キ一般的ノ規

定ハ明文ニ存セサルコトハ勿論、又民法上ニ潜在スルモノトモ見ルコトヲ得ス」と解している。もつとも、「債権ソノモノヲ直接ニ侵害スルコト」（債権の準占有者または受取証書の持参人として債権を取り立てること）を禁止する規定は民法中に潜在し、このような場合には債権に伴う絶対権が侵害され、不法行為が成立するとも述べられている。

松本博士（「債務者及ヒ第三者ノ共同行為ニ因ル損害ノ賠償責任」『私法論文集』六七頁以下（巖松堂、改訂新版、一九二六）（初出、法学志林一五卷一二号（一九二三））は債権侵害による不法行為の成立について、石坂博士と同じく日本の民法の解釈として消極説を採用している。ただし、松本博士は、日本法の権利侵害要件に関する英仏法との近似性も指摘している。

(117) 吉田『再考』五一頁。

(118) 末弘巖太郎「第三者ノ債権侵害ハ不法行為トナルカ」法曹記事二四卷三号六八頁以下（一九一四）。

(119) 末弘・前掲注⁽¹¹⁸⁾六九頁。

(120) 末弘・前掲注⁽¹¹⁸⁾七〇頁以下。

さらに末弘博士は、他人により侵害されうる権利については必ず不可侵性が伴い、この不可侵性は各権利の内容ではなく、その「腐性」に過ぎないと述べている（末弘・前掲注⁽¹¹⁸⁾七九頁以下）。

(121) 吉田『再考』五三頁。

(122) 刑録二二輯二七九頁。

(123) 吉田『再考』七〇頁以下。

ただし、この第三期に関しては、債権を不法行為法により保護するという結論において第一期と共通するとしても、そこまでに至るまでの学説による議論の展開は、イギリス法を参考にした第一期と異なり、ドイツ法の影響を強く受けていた、との指摘がなされている（吉田『再考』七五頁）。

(124) 吉田『再考』八〇頁以下。

- (125) 吉田『再考』一〇六頁。
- (126) 吉田『再考』一一二頁以下。
- (127) 吉田『再考』一〇七頁以下、一二六頁以下。
- (128) 川島武宜『債権法講義（総則Ⅰ）』九九頁以下（近代思想社、一九四八）。
- (129) 川島・前掲注⁽¹²⁸⁾一〇一頁以下。
- 債権侵害による不法行為の成立が認められるカテゴリとして、川島博士は「保護法規違反」と「公序良俗違反」を挙げてい
るが、これもドイツ法に倣ったものである（川島・前掲注⁽¹²⁸⁾一〇四頁）。
- (130) 吉田『再考』一一〇頁。
- (131) 前田耕造「第三者による債権の侵害（一）」愛知大学法経論集一六集（二九五六）、同「債権侵害と不法行為」『民法の争点』
一六九頁（加藤一郎・米倉明編）（有斐閣、一九七八）、黒木三郎「債権侵害—不法行為の成否と妨害排除請求権—」『民法基本
問題一五〇講Ⅱ債権』一一二頁以下（判例時報編集部編）（一粒社、一九六九）、廣瀬克巨『講義債権総論』一三四頁以下（篠塚
昭次・好美清光編）（青林書院新社、一九八二）、加藤雅信『新民法大系V事務管理・不当利得・不法行為』二二三頁以下（有斐
閣、二〇〇二）。この他に川島博士の見解の影響を受けているものとして、幾代通『不法行為』六八頁以下（筑摩書房、一九七
七）。
- (132) 谷口知平『注釈民法（二三）』二二三頁（有斐閣、一九六六）、山田誠二「条文にない民法の『原則』Ⅷ 契約の相対効」法教
一五二号四〇頁（一九九三）。
- (133) 山田・前掲注⁽¹³²⁾四〇頁。
- (134) 「特約の第三者効」という観点からの包括的検討を試みるものとして、米津稜威雄弁護士と久保宏之教授の研究がある。
米津弁護士の研究（「債権特約の対第三者効（上）（下）」手研三五七号四頁、三五八号四頁（一九八四）（以下、「米津」対第

三者効（上）、同『对第三者効（下）』という）で考察の対象となっているのは、本文で述べた期限の利益喪失条項や代位弁済に関する特約の効力の他に、旧銀行取引約定書における諸条項（相殺予約条項、手形買戻請求権条項、「みなし到達」条項）や、債権譲渡禁止の特約、および、連帯債務者間の負担部分に関する特約である。

これらの特約の検討をもとに、米津弁護士はまず、第三者が生ずるまでに特約から生じた事由と、特約自体の対外的効力とを区別し、前者は原則として第三者に対抗される、と主張する（米津『对第三者効（下）』八頁）。もっとも、契約自由の原則により契約上の特約の効力が当事者間で認められるとしても、直ちにそれが第三者にも対抗できることを意味しない、として、特に、債権の内容（給付の種類・内容）に関しない特約は第三者に対抗されない、と解している。その一方で、債権の内容に関わる特約が第三者に対抗されうるための論拠として、当該条項の合理性と公知性が挙げられている。ただし、法律上の規定が存在すれば、それが任意規定であっても、特約と第三者との関係は、合理性・公知性のある特約に拘束される契約当事者と、任意法規に対する信頼感に依存した第三者との利益考量の問題となるとする。この利益考量の際には、特約の公知性の程度が任意法規の公知性を超える必要はないとされ、公知性よりも合理性が重視されるべきであると解している。さらに、任意法規の任意性の程度（強行法規に近いか、契約当事者の任意に委ねられているか）ということも検討されるべきである、との主張がなされている（米津『对第三者効（下）』八頁以下）。

久保教授の研究（久保宏之「特約の第三者効」林良平・甲斐道太郎編代『谷口知平先生追悼論文集二契約法』三七八頁（信山社、一九九三）（以下、「久保『第三者効』」という））の中で相殺予約、代位弁済に関する特約の他に検討の対象としているのは、賃貸人の地位の承継が生じた場合の借地借家契約における特約の効力、不執行特約、および債権譲渡禁止特約である。

久保教授は米津弁護士の見解を以下の三点に関して批判的に検討している。第一に、米津弁護士の指摘する、特約そのものの効力とそれにより発生した効果との間の峻別論についてである。これに関して久保教授は、銀行取引約定書による相殺予約が、かなり無理をして、差押債権者による差押の前に相殺の効力を生じさせようとしていることを挙げて、そのような相殺予約

を米津弁護士の峻別論から有効と言いきることに疑問を呈している。その上で、「特約そのものの効力が結局はそれによる効果にも影響する」との主張をしている(久保「第三者効」三七八頁)。第二に、債権の内容に関しない特約は、第三者に対抗できない、とする点について、特約が債権の内容であるかどうかは、契約の解釈によりいかようにも判断することができることを指摘する。そのため、解釈により債権の内容であると構成できれば、第三者に対抗できることになることを問題視する(久保「第三者効」三七八頁以下)。第三に、任意法規の有無や任意度に応じて判断基準を変える点についても、米津弁護士が「準強行規定」と解する民法典上の相殺に関して、相殺予約を法定相殺とは別個の一種の非典型的担保権と構成することで、法定相殺の規定を潜脱して特約の第三者効が認められている事実に着目する。このことから久保教授は、任意規定の存する事項についても法的構成により特約の効力を変えることができるのでないか、との見解を示している(久保「第三者効」三七九頁)。

最後に久保教授は、契約上の特約の第三者効を肯定するための基準は、結局は特約の「合理性」に収斂されると主張している(久保「第三者効」三七九頁以下)。

本稿の問題意識との関連においては、このような米津弁護士と久保教授によって提示された「特約の第三者効」の観点が、重要な端緒の一つとなっている。そのため、本稿は両氏による先行業績に負うところが大きいことを、ここに記しておく。

(135) 最判平成五年一〇月一九日民集四七巻八号五〇六一頁。

(136) 最判平成一〇年四月三〇日判時二六四六号四二頁、判タ九八〇号二〇一頁、金判一〇五〇号三三三頁。

(137) 千葉「抗弁接続規定と民法」三〇二頁以下、同「多数当事者の取引関係」一九七頁、山田誠一「複合契約取引」についての覚書(一)〔NBL四八五号三三頁(二九九)〕。