

『契約は他人を害さない』ことの今日的意義（二）

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の理解

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

三、日本法における相対性原則の理解

四、第一節のまとめ（以上、第二〇〇号）

第二節 相対性原則の再構成

一、従来の理解の再検証

- (1) 「契約は当事者のみを拘束する」
- (2) 債権の効力と契約の相対性
- (3) 契約による拘束
- (4) 契約と当事者

一、日本法における相対性原則の素描

- (1) 相対性原則の独自性
- (2) 契約の相対性と債権の相対性
- (3) 契約の相対性原則と債権の第三者効

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」

第一節 「第三者に負担をもたらす契約」の概念

- 一、「第三者に負担をもたらす契約」の原則的否定
- 二、「第三者に負担をもたらす契約」の意義

(1) 第三者の義務負担

- (2) 第三者の権利消滅（以上、本号）
- (3) 第三者に対する責任制限の主張
- (4) 訴訟に関わる第三者の不利益

三、第一節のまとめ

第二節 周辺問題

第三節 小括

第三章 第三者の法的地位に対する契約の効力

終章

第一章 相対性原則の再検討（承前）

第二節 相対性原則の再構成

一、従来の理解の再検証

（1）「契約は当事者のみを拘束する」

1. 契約の相対的効力の原則を言い表すものとして、「契約は当事者のみを拘束する」という命題が説かれることがある。⁽¹⁾ この命題自体が一般的に否定されることはないであろう。

ところで前節までによれば、相対性原則が基本原則であること自体に疑いはないとしても、その内容までも当然視できるとは言い難いことが明らかとなつた。そこで、相対性原則の今日的意義を探るためには、この命題の意味を検討する必要がある。

2. まずは、この命題を巡るこれまでの理解を確認しておこう。

「契約は当事者のみを拘束する」という命題は、「契約」、「当事者」、「拘束」という三つの構成要素から成立っている。従来の理解は、これらの構成要素のうち「契約」について「契約から生じる債権」を想定し、「拘束」を「契約によつて成立する債務の負担」と考えてきた。その際、相対性原則に関する債権の相対性と契約の相対性との一体的把握が、その前提となつてゐると推測される。

こうした理解に立つた上で、種々の制度や事例と契約の相対性原則との間の関連性が説明されてきている。具体的には、債権者代位権（民四二三三）・債権者取消権（同四二四一～四二六）、債権侵害に基づく損害賠償請求権、不動産賃借権に基づく妨害排除請求や、民法六一二条による転借人にに対する貸貸人の直接請求権、民法六〇五条、借地借家法一〇条、三一条に従い不動産取得者に対しても賃貸借関係が対抗される場合などが、相対性原則に対する例外的性質を有するものとして挙げられている。また、近時において契約中の特約の対第三者効について議論されていふことも、既述のとおりである。

3. ここに挙げられた制度・事例を一見すると、契約の効力が第三者に及んでいると評価できそうである。しかし、これらを個別的に見れば、第三者が契約の効力もしくは契約から生じる債権の効力に服することを許容する法的根拠や、その際の利益状況は様々である。これまでにはこの多様性が顧慮されないまま、各制度・事例と相対性原則との関連性が漠然と把握されてきたと言える。各制度・事例相互間の、あるいは、個別の制度・事例と相対性原則の間の具体的・理論的関係について、これを解明する試みはこれまでのところ行われていない。契約の相対性原則の意義が不明確なままであつたのは、この点に原因があると思われる。

したがつて、契約の相対性原則を理解するためには、「契約は当事者のみを拘束する」とする命題についてのこれまでの解釈と、契約の相対性原則に関連するものとして挙げられた制度・事例との関係を、再検証しておく必要があ

ある。以下に、命題の構成要素である「契約」、「拘束」および「当事者」の観点から、従来の理解を問いかけてみる。

（2）債権の効力と契約の相対性

1. まず、「契約」についてである。

民法典の起草者は、相対性原則に関する限りにおいて、契約の相対性を債権の相対性と同視していた。⁽¹⁸⁾ また、民法債権編第二章の「契約」は、債務者の発生を目的とする合意（狭義の契約）を意味していると説かれている。⁽¹⁹⁾ これらのことから、契約の相対性原則に際して、債権の種々の効力が論じられることにつながつていったものと考えられる。

2. しかし、この立場に立つたとしても、債権の効力全てが相対性と関連するのではない。

奥田昌道教授によれば、債権の効力は、「債権内容実現のために債務者に対する関係において認められる効力」（債権の対内的効力）、「債務者に属する一般財産（責任財産）の維持・回復を図る権限」（責任財産保全の効力）、⁽²⁰⁾ 「第三者の違法な侵害に対する法的保護」（債権の対外的効力）の三つに大別される。⁽²¹⁾

その一方で債権の相対性は、特定の債務者に対するのみ給付を請求できること、および、その債務者との関係においてのみ給付の利益を保持することができること、この二点において如実に顕現すると説かれている。⁽²²⁾ これらの点と債権の効力との関係を見ると、第一の点が債権に基づく請求力として、第二の点が債権に基づく給付受領権・給付保持力として、いずれも「債権の体内的効力」の中の「債権の第一次的効力」に位置付けられている。つまり、奥田教授の説明に従えば、債権の相対性が当てはまるのは、債権の効力のうち、「債権の体内的効力」に属する債権に基づく請求力と給付受領権・給付保持力についてのみということになる。

このような債権の相対性に関する限定的な理解は、説明の仕方に若干の違いはあるものの、他の論者においても見られるところである。⁽¹³⁾

3・それでは、その他の債権の効力と相対性との関係はいかなるものなのか。

先の奥田教授の分類によれば、「債務者に属する一般財産（責任財産）の維持・回復を図る権限」に当るものは、契約の相対性原則の例外的な制度としても挙げられてきた債権者代位権と債権者取消権である。

債権者にこれらの権利が認められているのは、債権者にとって債権の最終的な引当てとなる債務者の一般財産（責任財産）が、不当に減少させられることを防止することを目的としている。⁽¹⁴⁾また、これらの権利は、債権の実質的価値に影響を与える債務者の責任財産について、債務者がその維持を怠り、あるいはこれを散逸させた場合に、この責任財産を維持・回復するための法的手段と理解されている。⁽¹⁵⁾つまり、債権者代位権・債権者取消権とは、強制履行や損害賠償を含めて債務者に対してしか請求しえない「債権の体内的効力」について、その実効性を確保するための法的手段なのである。

もつとも、これらを行使することによって、債務の履行請求や給付保持、あるいは履行がなされない場合の強制履行や損害賠償を、債務者ではない者に対しても主張することまで可能となるわけではない。その場合であっても、「債権の対内的効力」の相手方は依然として債務者のみである。これらの権利はその実効性確保のための手段に過ぎない。⁽¹⁶⁾

こうした責任財産保全のための効力としての性質に鑑みれば、債権者代位権・債権者取消権を、相対性原則の例外的制度として位置付けることに、疑念が生じる。

4・「第三者の違法な侵害に対する法的保護」に関する債権の効力についてはどうか。これには、前節で取り扱つ

た債権侵害に基づく不法行為責任の他に、違法な侵害に対する妨害排除請求権の肯定に関する問題も含まれる。

この点、そもそも、先に見た債権の相対性の限定的な理解自体が、債権侵害に基づく不法行為責任の成否を相対性原則に依拠させない論者によるものである。したがって、奥田教授の債権の対力に関する分類に従う限り、違法な侵害に対していくかに債権を保護するのか、という問題は、当然のことながら債権の相対性とは無関係に判断されることになる。⁽¹⁷⁾ 判例・通説もそのような態度であることは既に見たとおりである。⁽¹⁸⁾

5. 以上によれば、仮に契約の相対性と債権の相対性とを一体的に把握するとしても、これまでの相対性原則に関する説明の中には、債権の相対性に関係しない制度・事例までも含まれていたことになる。

（3）契約による拘束

1. 次に、先に挙げた命題の構成要素の中の「拘束」の意味について考えてみる。

この「拘束」は一般に、「債務負担」のことを指すと説明されていた。このことは、「契約」を「債権」と理解することの裏返しと言える。また、「契約は他人に利益を与えない」とことの例外である第三者のためにする契約に関する民法五三七条の文言が、債務者に対して給付を請求する権利（債権）の第三者への付与を予定していることと対比すれば、「契約は他人を害さない」ことが禁止する内容を、契約の基づく第三者の債務負担と解することも自然であろう。梅博士も「契約は他人を害さない」ことが示すものとして、「第三者ニ義務ヲ負ワシムルヲ目的トスル契約ノ無効」を想定していた。さらに、ドイツ法において相対性原則が、他人の契約関係を顧慮する第三者の義務とともに、契約に基づく第三者の債務負担を排斥するものと理解されていることや、契約の相対性原則を定めたフランス民法典一一六五条の「害する（nuire）」⁽¹⁹⁾という文言が、債務負担効（拘束力 *effet obligatoire*）の意味に限定されて解釈されていることと比較して、「拘束」を「債務負担」と解釈する従来の理解に、別段の特殊性を見て取ること

はできない。

2・しかし、契約の相対性原則が契約に基づく第三者の「債務負担」を禁じているとの理解を徹底させれば、最初に挙げたいいくつかの制度・事例について、契約の相対性原則に対する例外性に疑惑が生じる。

例えば、債権者代位権を債権者が行使した場合、確かに、第三債務者は債権者に対して債務を履行することになるが、この債務は債務者と第三債務者との間で成立したものであり、債権者と債務者との間で締結された契約に基づいて生じたものではなく、契約が第三者を拘束しているとは言えない。債権者取消権についても同様であり、債権者取消権の相手方（受益者、転得者）は、債権者と債務者との間の契約に基づく義務を負うことではなく、債権者取消権行使の効果として現物返還義務または価格賠償義務等を負うに過ぎない。

同様のこととは、債権侵害に基づく第三者の責任についても当てはまる。この場合に第三者は、侵害した債権を発生させた契約に基づいて債務を負担するのではない。第三者の債務負担は不法行為法上の観点からもたらされる。そもそもこのような不法行為法上の保護は権利その他の利益一般に通じるものであり、債権そのものの効力とみるべきではないとの指摘もなされている。²¹⁾契約の存在はその債務負担の要件となっているに過ぎない。

これらのことから、仮に「拘束」を「債務負担」として解するとしても、その中には契約に基づかない義務も含められてきたと言える。

3・この点とは別に、「拘束」を「債務負担」と限定的に解釈すること自体も、そもそも疑わしい。

契約の効力は債権の発生に限られない。権利の発生・変更・消滅や身分関係の設定・変更を含む「広義の契約」²²⁾の概念を想起すれば、これらの効力が第三者に対する関係で問題となりうることは、想像に難くない。例えば、建築請負契約の中で建物の所有権が材料の供給者ではなく注文者に帰属することが取り決められた場合に、材料を供

給した下請負人がその特約の効力を受けるとしても、その特約により債務を負わされるのではなく、むしろ本来は自身に帰属するはずの所有権を喪失させられていると評価することもできる。²⁶⁾ この点につき、すでにボワソナードが契約の相対性原則を説明する際に、「何人も自身は関係していない行為によって、その権利を減少させられ、あるいは、その負担を増大されられることはない」²⁷⁾と述べていたことは見過ごしえない。

また、「狭義の契約」（債権契約）に限ってみても、契約は債権のみを発生させるわけではない。契約内容に応じて特約等が付されることとは日常的に行われており、近時では、このような債務負担以外の効力を伴う特約の第三者に対する効力が問題となっている。例えば、預金債権への差押債権者は、債務者と金融機関との間の契約により何らかの債務を負うのではない。当該契約中の相殺予約に関する特約の効力により、結果として預金債権からの債権回収について、差押債権者が金融機関に劣後することになることの当否が論じられているのである。²⁸⁾ 運送契約の当事者ではない運送品の所有者が、運送人に対して不法行為に基づき損害賠償を請求する場合も同様である。この場合に問題となるのは、運送契約による所有者の債務負担ではない。運送契約中の責任制限の効力を受けて、所有者の損害賠償請求が制限されるか否かが争われている。²⁹⁾ さらに、いわゆる「抗弁の接続」が問題となる場面でも、議論の対象は第三者の債務負担ではない。³⁰⁾

これらの債務負担以外の契約の効力が第三者に対する関係で問題となる場合に、契約の相対性原則との調和が必要となることはすでに指摘されている。³¹⁾

4・以上を併せて鑑みれば、従来の理解では、「拘束」の概念に含まれない制度・事例が相対性原則に関係するものとして取り上げられ、契約の相対性原則が問題とされるべき事例がこの概念と適合しないことになる。

(4) 契約と当事者

1. 最後に「当事者」と契約の効力との関係について検討する。

契約の「当事者」概念を巡っては、フランスで古くから議論されていることを、すでに紹介した。³³⁾これに対しても日本法では、契約の相対性を論じる際に「当事者」の概念、すなわち、契約によつて拘束される「当事者」とは誰か、という問題について、これまであまり検討の対象となつてこなかつた。

この点、フランス法の議論を参考にして考えれば、契約を自ら締結した者の他に、代理の本人、包括承継人、および、契約引受（譲渡）の際の引受（譲受）人が、当該契約によつて拘束される「当事者」に含まれることに異論はないであろう。

しかし、このようなことを指摘したのみでは、「当事者」と契約の効力との関係を説明したとするに十分ではない。なぜなら、「当事者」の範囲と契約の効力が及ぶ人の範囲とが、完全に一致するとは限らないからである。

2. 第一に、契約の「当事者」であるにも拘らず、契約の効力に服さない場合が存在する。

例を挙げると、対抗力を伴う賃借権の対象となつてゐる不動産が売買されたとき、一般的には、賃貸人たる地位が不動産取得者に移転し、売主である元の賃貸人は賃貸借関係から離脱すると解されている。³⁴⁾したがつて、その帰結として、取得者は旧賃貸人に代わつて賃貸借契約の当事者となり、この契約の効力に服さなければならぬはずである。しかし、その際、旧賃貸人と賃借人との間で賃料などについて通常とは異なる特約がなされていたとき、この特約の取得者に対する効力が問題となることがある。このような事例に関して、新たに賃貸人となつた取得者が件の特約までも承継することを否定した裁判例が存在する。³⁴⁾

3. 第二に、契約の「当事者」ではないにも拘らず、契約の効力に服せしめられる場合もある。

例えば、債権譲渡の譲受人は、契約上の地位の移転が認められない限り譲渡人が契約当事者として有する権利を取得することはないにも拘らず⁽³⁵⁾、当該債権の債務者が異議を留めることなく債権譲渡を承諾しない限り、債務者が譲渡人に対抗できる事由を、自身に対しても対抗される（民四六八②）。また、第三者のためにする契約の受益者も当事者としての地位を有しないが、この契約に基因する抗弁の対抗を受ける（民五三九）。民法四六八条二項に言う「事由」とは（3）で触れたところの抗弁や特約といった契約の効力も含まれ、また、同五三九条における契約に基因する抗弁も契約の効力と言える。つまり、ここでの債権譲受人や受益者は、契約当事者でないにも拘らず契約によって拘束されている。

4. これらのこと顧慮すれば、契約の効力が及ぶ対象を検討する際に、契約の「当事者」は、必ずしも決定的な基準とはならないことが分かる。むしろ、どのような者が契約に拘束されるのかを知ることが重要であろう。契約の相対性原則の意義を検討する際に、「当事者」概念自体に拘泥することは有益ではない。

二、日本法における相対性原則の素描

（1）相対性原則の独自性

1. ここまで検討から、契約の相対性原則に関する従来の理解は決して首尾一貫したものではなかつたことが明らかである。従来の理解の下では、「契約」＝「債権」、「拘束」＝「債務負担」との解釈がとられてきたが、実際の契約の効力と債権の効力とが完全には符合していない。それどころかむしろ、その間には重大かつ著しい齟齬が存在している。

確かに、債権者が債務者以外の者に対する債務の弁済を請求できないことは、契約に基づく債権・債務関係につ

いても当然に妥当し、この点では両者の効力は重なっている。しかし、債権の効力には契約と無関係に債権自体について認められる効力（責任財産保全の効力、債権の対外的効力）も存在する。他方で、債権の発生は契約の主たる効力ではあるが、唯一の効力ではない。また、「拘束」・「債務負担」とする解釈の元では、契約による債務負担とは異なる事例まで契約の相対性の問題として取り込まれていた反面、「債務負担」の意義を厳密に解せば、債権発生以外の契約の効力である特約や抗弁の効力が、「拘束」概念に含まれないことにもなる。

このようなずれを自覚しないまま、様々な問題を相対性原則と結び付けてきたことが、相対性原則の希薄化をもたらしてきた。それゆえ相対性原則の意義の明確化のためには、債権の効力から離れて、実際に生じる契約の多様な効力を念頭に置いた理解が求められる。

2. その検討の前に、まず確認しておかなければならぬのは、相対性原則を巡る、フランス法・ドイツ法と日本法との関係である。

日本法において最初に現れた相対性原則は、ボワソナードにより旧民法典の中に持ち込まれた当時のフランス法上の合意の相対性原則であった。その後、民法学の発展の過程で、「第三者ノ負担ヲ目的トスル契約」や債権侵害論を巡り、ドイツ法的な相対性原則の理解が日本法に影響を与えていた。

その中で、相対性原則の理論的根拠に関して、ドイツ法やフランス法の近代意思主義哲学に基づく理解が紹介されてきた。³⁵⁾また、「第三者ノ負担ヲ目的トスル契約」³⁶⁾が無効であることの理由が、「何人ト雖モ他人ノ承諾ヲ得シテ他人ニ不利益ヲ被ラシムルコトヲ得サルカ故ニ」、「何人ト雖モ他人ノ意思ニ因リテ或債務ヲ負担スヘキ法理ナキヲ以テナリ」³⁷⁾、あるいは、「各個人は自己の意思に基づかないで義務を負担せしめられることはないのだから」といった表現により説明されていた。第三者の同意があれば、この第三者に直接的に債務を負担させる契約であつて

も有効であるとの指摘もある。⁴³⁾

これらのことから、日本法においても、ドイツ法やフランス法と同様に、相対性原則が近代意思主義哲学に基礎付けられるものとして考えられてきたことが、まず確認されうる。

3・もつとも、ドイツ法が日本法に対してもこれまで多大な影響を与えてきたことは事実であるとしても、ドイツ法的な相対性原則の理解は、日本法のこれまでの発展と適合しない。

既述のように、ドイツ法における相対性原則は、「狭義の債務関係」（＝債権）⁴⁴⁾の相対性を想定していた。これを前提として、相対性原則は契約に基づく第三者の債務負担とともに、他人の債権を顧慮する一般的な義務も否定するものとして、理解されていた。

しかし、日本法について言えば、債権侵害論に関する通説・判例に従うと、相対性原則を後者の義務の否定まで含むものとして捉えることは困難である。むしろ、相対性原則とは無関係に、債権侵害による不法行為責任の成立の可能性自体が一般的に承認されている。このような債権の法的保護に関する基本的かつ重要な点についての日本法とドイツ法との間の相違は、日本法において相対性原則がドイツ法に倣つて理解されることを妨げる決定的な要因となる。

4・これに対して、日本法におけるフランス法の相対性原則の適合性はどうか。

フランス法的な契約の対抗力（opposabilité）の考え方を、日本法の中でどのように評価するかの問題について、ここで検討する必要がないとしても、債権侵害に基づく第三者の不法行為責任を相対性原則と結び付けることなく判断している点において、日本法とフランス法が共通していることは確かである。

フランス法において相対性原則が妥当するのは、この対抗力と区別されるところの契約の拘束力（force obliga-

toire) であった。このような契約の効力の区別自体は、フランス法において一般的に受け入れられている。ただし、この拘束力の概念自体はこれまでほとんど探求されてこなかつたと指摘する見解がある。⁽⁴⁶⁾ アンセルによれば、契約の拘束力の射程については、これまで多くの議論がなされたものの、その概念については、債権債務関係(obligation) を説明することに尽きて いるとされる。⁽⁴⁷⁾

このアンセルの指摘が正しいとすれば、フランス法においては一般的に、相対性原則によって相対的な効力しか認められない拘束力とは、契約によって生じる債権債務関係の効力として理解されていることになる。この債権債務関係は、債権者が債務者に対してある給付を請求し うる法律関係、つまり、ドイツ法における「狭義の債務関係」⁽⁴⁸⁾ と類似した一対の債権と債務を表す概念として説明されている。したがつて、フランス法における相対性原則とは、契約に基づく債権ないしは債務負担の相対性を示すものと解されて いると考えられる。

こうしたフランス法における相対性原則の理解を日本法に導入するとなると、先に見た命題に関する「拘束」⁽⁴⁹⁾ 「債務負担」との理解に対する疑惑が、ここでもそのまま当てはまることになる。すなわち、一方において、「狭義の契約」(=債権契約) だけでなく、「広義の契約」の効力も、第三者との関係において問題となりうる。⁽⁵⁰⁾ また、他方において、債権契約であつても、契約から生じるのは債権に限定されえない。

これらのことから、フランス法における相対性原則の理解もまた、日本法と適合しないことになる。

5. このように、第三者に対する契約の効力を検討する上で、現在のドイツ法やフランス法の相対性原則をそのまま日本法に適用することはできない。この点、前節でローマ法、ドイツ法およびフランス法の相対性原則を概観したところによれば、時代や国によつて相対性原則の意義は一様ではなかつた。それゆえ、現在の日本法における相対性原則がその周辺問題に関わる民法学の展開の中では、他の国々と異なる発展を示すこととも、排除されるべきでは

ない。実際の契約の効力と適合的に契約と第三者との関係を規律するためには、日本法独自の相対性原則の存在を探る必要がある。

（2）契約の相対性と債権の相対性

1. 日本法独自の契約の相対性原則を探求する際に、前提とされるべきは、日本法においても近代意思主義哲学から出発していること、および債権の効力と契約の効力とは必ずしも一致しないことである。これらのこと踏まえて、私見の立場を先に示すと、現在の日本法における契約の相対性原則の意義を理解するためには、契約の相対性と債権の相対性との区別が必要であると考える。^[51]

2. 現在の契約の相対性原則は、意思自治あるいは私的自治の原則という近代意思主義哲学によって根拠付けられている。このような相対性の説明は、意思表示によつて成立する法律行為としての契約について當てはまるとしている。債権に関しては適合しない。なぜならば、債権を発生させる原因となるのは契約に限られないからである。

事務管理、不当利得および不法行為も、債権発生原因である点に違いはない。かつ、契約も含めたこれらいすれの原因によるとしても、発生した債権にはその発生原因に関わりなく、相対性を含めた共通の意義が与えられてい る。つまり、債権の相対性と意思自治（私的自治）の原則との結びつきは、必然的なものではないのと言える。

このように近代意思主義哲学と結びついているのが契約から生じる債権の相対性のみであることは、ドイツ法において相対性原則が説明される際にも、暗に示されている。先に、ドイツ法では、私的自治の原則から導かれる「消極的な」契約の自由の觀念によつて、相対性原則が根拠付けられていることを紹介したが、これには「契約の効力の相対性が問題となる限りにおいて (sofern es um die Relativität von Vertragswirkungen geht)」^[52] の限定が付されてい るのである。

むしろ、債権の相対性は、多くの体系書等が示しているように、あらゆる債権の性質に過ぎない。⁽⁵³⁾ 債権を「特定の人をして特定の行為をなさしめる権利」⁽⁵⁴⁾として把握することの現われと言つてもよい。

これに対し、近代意思主義哲学と結びついた契約の相対性原則は、民法上の基本原則の一つである契約自由の原則との関係において意味を有していると評価できる。すなわち、契約当事者にとつては、契約自由の原則により、契約内容を自由に定めることを認められる（契約内容決定の自由）反面、契約の相対的効力の原則により、契約に関与していない第三者を害する内容の契約を締結することができない。この意味において契約の相対的効力の原則を、契約自由の内在的限界を画する法規範と解することができる。債権の相対性には、このような契約自由との関連性における規範性は見出されず、あくまで債権の本質的性質に過ぎない。

このように、契約の相対性と債権の相対性は本質的に異なるものと言える。

3・また、契約の相対性と債権の相対性とを区別することは、契約と第三者との間で問題となるすべての契約の効力を、相対性原則の観点から統一的に検討することを可能にする。

先に契約の相対性原則との関連性を論じられてきた制度や事例を、個別的に検討したところ、その中には実際には相対性原則とは関係のない債権の効力や、逆に従来の理解では相対性原則との関係を説明できなくなる契約の効力も含まれていた。このような相対性原則と現実の問題との間にずれが生じていたのは、「契約は当事者のみを拘束する」とする命題の解釈において、「契約」＝「債権」、「拘束」＝「債務負担」と読み替えていたことが原因であつた。しかし、契約の相対性と債権の相対性との違いを自覚すれば、このような読み替えは適切でないことが分かる。この「契約」＝「債権」、「拘束」＝「債務負担」の図式を放棄して、命題を字義通りに理解することにより、債務負担以外の効力を含めた契約の効力と第三者との関係を適切に評価することが可能となる。

ところで、これまでの研究によつて、債権者と債務者との間には、単なる一対の債権・債務のみではなく、その債権の内容である給付義務を中心とする規範群としての債権関係が存在することが明らかにされている。⁽⁵⁵⁾ 債権者・債務者間には給付の実現に向けて、給付義務の他にも、付隨的注意義務や保護義務⁽⁵⁶⁾あるいは容態義務などと呼ばれる種々の義務が認められているのである。そして、このようなドイツ法における「広義の債務関係」に対応した債権関係の存在は、契約以外の原因から生じた債権に関するも承認されている。⁽⁵⁷⁾ したがつて、債務負担⁽⁵⁸⁾以外の効力を生じさせるのは契約に限られない。

しかし、当事者が任意的な意思によつて債権関係（給付の実現に向けられた規範群）を創出させている点において、法律行為たる契約は他の債権発生原因と異なつており、かつ、それゆえに第三者に対する効力が問題となる。また、他の債権発生原因に見られない契約に特有の特約や抗弁の効力が、第三者との関係で論じられていることも考慮されなければならない。⁽⁵⁹⁾ このような債権関係概念とは異なる観点からの契約の効力の多様性を前提として、相対性原則を把握する必要がある。

4. 以上の私見をまとめると、契約を当事者の意思に基づいて生じる規範群として捉えることを前提として契約の相対性と債権の相対性を区別し、契約の相対性原則に意思自治・私的自治の観点から、当事者による自由な契約規範形成の範囲を制限する、という規範的意義を認めることになる。つまり、契約の相対性原則によって、第三者をその同意なしに契約規範に服せしめることが禁止されている、と解するのである。

このような理解は、起源とされるローマ法上の相対性原則と比較して、内容的にも、本質的にも異なる。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、野澤正充教授の研究によれば、ローマ法が問答契約を要求していたことと、債務の人格性に基づくものであった。⁽⁶⁰⁾ これに対して、日本民法の中では、意思表示のみで契約が成立

し、かつ、代理制度、債権譲渡および第三者のためにする契約が承認されている。このような制度上の違いから、ローマ法の事情により現在の日本法の契約の相対性原則を説明することはできない。この点において、日本法においても、ドイツ法やフランス法と同様に、相対性原則を巡って、ローマ法との断絶がある。この断絶は、近代意思主義哲学による相対性原則の根拠付け、契約自由の承認および債務の人格性の放棄からの、必然的な帰結と言える。

(3) 契約の相対性原則と債権の第三者効

1. 契約の相対性原則に関する私見の理解の前提となっているのは、契約が当事者の意図した利益実現のための規範群を生じさせるものであり、その中には債務負担以外の効力も含まれることの承認である。このような契約の捉え方からは、債権者代位権・取消権の制度や債権侵害による第三者の不法行為責任の承認が、第三者が契約によつて生じる規範に服することを意味し、引いては、契約の相対性原則の例外として位置づけられることにつながると考えることもできそうである。

2. まず、契約の相対性原則と債権者代位権・取消権との関係であるが、「これらについては、先に「契約は当事者のみを拘束する」とする命題の考察の中で指摘したことが、ここでも当てはまる。

すなわち、債権者代位権・取消権が行使されたとしても、それによって第三者が負う義務は、契約規範から生じるものではない。これらは、債権の実効性を確保するために、法律が債権者に認めた独立の権利である。契約規範によつて生じた債権が問題となる場合には、債権の満足が契約規範の目的であり、債権者代位権・取消権はその実現の実効性を確保するための法的手段として位置付けられることになる。

これらのことから、債権者代位権・取消権の行使に際して、第三者に契約規範が及んでいるわけではないことが分かる。つまり、契約の相対性原則の例外は存在しない。

3・また、債権侵害の場合についても、それに基づく不法行為責任の成立の過程を確認していくば、契約の相対性原則との抵触が存在しないことが明らかとなる。

まず、ある契約の締結により、当事者の隨意に内容を定められた規範群が発生したと想定する。この規範群は当事者の契約目的に対応しており、債権の発生を含むものであつたとする。

ここで顧慮されなければならないのは、債権の平等性（非排他性）により、同一内容の債権が複数存在することが、法的に承認されている、ということである。⁽¹⁵⁾そのため、当事者の一方（債務者）が先の契約と同一内容の債権を生じさせる契約を、第三者と締結したとしても、この債権も有効に発生し、各債権が併存することになる。このような債権を発生させたことだけでは、第三者に対する非難可能性はまだ生じない。

しかし、現在の一般的な理解によれば、法は同一内容の債権の発生、あるいは、既存の債権と矛盾する債権の発生が、無制約に認められるわけではない。その発生の態様が不法行為の成立要件を満たすものと評価される場合がある。この段階に至つて初めて、第三者に不法行為責任が負わされるのである。

このときに注意しなければならないのは、第三者は他人の特殊な契約規範に服せしめられるのではなく、不法行為規範に一般的に服している結果として責任を負わされていることである。ここでは契約規範の第三者への拡張が問題となつてているのではない。債権の要保護性の観点から第三者の不法行為責任が承認されている。つまり、債権侵害論においては「契約が第三者を害している」のではなく、「第三者が契約を害している」ことの法的評価が議論されていると言える。これに対して契約の相対性原則によって否定されるのは、「契約が第三者を害する」ことのみである。

したがつて、債権侵害論は契約の相対性原則との間には、せいぜいのところ間接的な結びつきしか存在しない。

さらに言えば、契約の相対性原則は、伝統的な「物権の絶対性」と「債権の相対性」との対置論やそれを巡る諸問題との関係では理論的つながりを有しないのである。

4・このように、債権の効力が第三者に及ぶかのように見えるこれらの場合において、それぞれの効力は契約当事者間内部の契約規範から生じるものではなく、その保護のために一般的な法律から認められるものである。そのため、契約規範の範囲を限定する契約の相対性原則と抵触するものではない。

注

- (1) 山田誠一「条文にない民法の『原則』Ⅷ 契約の相対効」法教一五二号三九頁（一九九三）。
- (2) 山田・前掲注(1)三九頁参照。
- (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）参照。
- (4) 谷口知平『注釈民法（一二）』一三三頁（有斐閣、一九六六）、山田・前掲注(1)四〇頁。
- (5) 谷口・前掲注(4)二三三頁。
- (6) 山田・前掲注(1)四〇頁。
- (7) 米津稜威雄「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）、山田・前掲注(1)四〇頁、久保宏之「特約の第三者効」林良平・甲斐道太郎編代『谷口知平先生追憶論文集二 契約法』三七八頁（信山社、一九九三）。
- (8) 我妻栄『債権各論上巻』四三頁（岩波書店、一九五四）、星野英一『民法概論IV 契約』三頁以下（良書普及会、合本新訂版、一九八六）。

『契約は他人を害さない』ことの今日的意義（二）（岡本）

- (16) (15) (14) (13) 奥田昌道『債権総論』七三頁（悠々社、増補版、一九九二）。
- (16) (15) (14) (13) 奥田・前掲注⁽⁹⁾四頁、二一頁。
- (11) (10) (9) 奥田・前掲注⁽⁹⁾七八頁以下。
- (12) この他、奥田教授の分類によれば、強制履行や損害賠償は同じように「債権の体内的効力」に含められているものの、「債権の第二次的効力」と区別されて呼ばれている（奥田・前掲注⁽⁹⁾七四頁）。このような債権の効力は、債務者が債権者の履行請求に応じて任意に債務の本旨に従つた履行をしない場合の債権内容の実現のために用意されている法的手段に過ぎないため、債権の相対性を説明する際には、債権に基づく請求力と給付受領権・給付保持力を指摘しておくだけで足りるであろう。
- (13) 潮見佳男『新版注釈民法（一〇）I』三三頁以下（奥田昌道編）（有斐閣、二〇〇三）。
- 我妻栄『新訂債権総論』八頁（岩波書店、一九六四）が「債権が特定人に対する権利であるとは、債権の内容についていうことである」としているのも、奥田教授と同じ趣旨であると推測される。
- 林良平（安永正昭補訂）ほか『債権総論』九頁注⁽⁷⁾（林良平＝安永正昭）（青林書院、第三版、一九九六）は、請求権と給付保持力を債権の「本来的内容」として捉え、この「本来的内容」の実現が妨げられたことに対する、その実現を確保するための防衛的な法上の力を「債権の効力」として理解している点では、奥田教授の見解と異なる。しかし、債権の相対性・対人性について、「債権はその給付保持力を、対人的に、つまり債務者との間で相対的に認められる点に特色があ」ると説明していることから（林ほか・前掲書十二頁〔林＝安永〕）、債権の相対性の意味内容に関して言えば、奥田教授の理解との違いはないと解される。
- (14) 我妻・前掲注⁽¹³⁾一五七頁以下。
- (15) 奥田・前掲注⁽⁹⁾七八頁以下。
- (16) 奥田教授は「請求力や権取力のように債権に内在し・債権から派生する・債権の効力とみられるべきものではなく、債権を

保護するために債権者に付与されるところの、債権とは別の権利（ただし、実体法上の権利）である」と述べている（奥田・前掲注⁽⁹⁾七九頁）。

奥田・前掲注⁽⁹⁾二二二頁。

(18) 大判大正四年三月一〇日刑録二一輯二七九頁、我妻・前掲注⁽¹³⁾八頁以下、於保不二雄『債権総論』八頁以下（有斐閣、新版、一九七二）、平井宜雄『債権総論』一一四頁（弘文堂、第二版、一九九四）、林ほか・前掲注⁽¹³⁾十一頁以下〔林＝安永〕。

(19) 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）。

(20) 以上のドイツ法・フランス法における相対性原則の理解については、本章第一節二、(2)（名法二一〇〇号一二三頁以下（一〇〇四））を参照。

(21) 林ほか・前掲注⁽¹³⁾七頁以下〔林＝安永〕。

山田・前掲注⁽¹⁾四〇頁。

我妻・前掲注⁽⁸⁾四二頁。

(24) 第三者のためにする契約に関して、債権以外の権利を第三者に取得させることと、すでに論じられていることとの対比。第三

者に物権を取得させることに関する大判明治四年九月二二日民録一四輯九〇七頁、同昭和五年一〇月一一日民集九卷九三〇頁、第三者的ための債務免除に関する大判大正五年六月二六日民録二一輯一二六八頁、同昭和一六年九月三〇日民集二〇卷一三三三頁、ならびに、中馬義直『新版注釈民法（一三）』六〇五頁以下〔谷口知平＝五十嵐清編〕（有斐閣、一九九六）（以下、「新版注民（一三）」）といつ）とそこに挙げられている文献を参照。

(25) もちろんこれは、請負契約の所有権の帰属を巡る判例（「請負人帰属説」）を前提とした場合である。

最判平成五年一〇月一九日民集四七卷八号五〇六一頁参照。

sha,1891, no 168, p. 210.

(28) 最判昭和四五年六月二四日民集二四卷六号五八七頁参照。

(29) 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・金判一〇五〇号三三一頁参照。

(30) 最判平成二年二月二〇日判時一三五四号七六頁・判タ七三一號九一頁・金法一二六三号二七頁・金判八四九号三頁。

(31) 「契約は他人に利益を与えない」とする原則を巡って、いわゆる「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」が議論されていることと対比されたい。

(32) 前掲注⁽²⁰⁾の箇所を参照。

(33) 大判大正一〇年五月三〇日民録二七輯一〇二三頁、最判昭和三九年八月二八日民集一八卷七号一三五四頁、我妻栄『債権各論

中巻二』四五二頁（岩波書店、一九五七）、星野英一『借地・借家法』四二四頁（有斐閣、一九六九）。

(34) 大判昭和一五年八月五日民集一九卷一三三〇頁、最判昭和三五年一〇月一四日民集一四卷二二号二五一五頁、東京地判昭和

三五年四月六日判時二三五号二二頁、新潟地新発田支判昭和三七年七月一八日下民集一三卷七号一四六一頁、東京地判昭和五

一年八月一七日判時八五〇号五二頁、東京高判平成一四年九月一九日金判一一五六号一六頁。これらの判例については、星野英一

『『借地・借家法』四二八頁以下（有斐閣、一九六九）、久保・前掲注⁽⁷⁾三七一頁以下を参照。

甲斐道太郎『注釈民法（一）』三四五頁〔西村信雄編〕（有斐閣、一九六五）（以下、「注民（一）」という）。

中馬義直『新版注民（一）』六三四頁以下。

大判昭和六年一月二二日民集一〇卷一〇八一頁、明石三郎『注民（一）』三九二頁。

以上の日本法の状況については、本章第一節三（名法二一〇〇号一三一頁以下）を参照。

(39) (38) (37) (36) (35) とりわけ、星野英一『契約思想・契約法の歴史と比較法』『民法論集第六卷』二二三頁以下（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）が、フランス法において契約の相対的効力が意思自治の原則のコロラリー

として説明されることがあることを指摘している。また、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(一)三〇四頁(一九八六)が、債権関係の相対性の原則は私的自治ないし契約自由の原則の法技術的帰結であるとするドイツ法における説明を紹介している。

(40) 石坂音四郎『日本民法 第三編 債権 第六巻』一二二四七頁(有斐閣、一九一六)。

(41) 村上恭一『債権各論』二七六頁(巖松堂書店、第三版、一九一七)。

(42) 末川博『契約法 上(総論)』一一六頁(岩波書店、一九五八)。

(43) 末川・前掲注⁽⁴²⁾一一六頁。

(44) ドイツ法における「狭義の債務関係」と「広義の債務関係」の概念については、本章第一節一、(2)(名法)一〇〇号一二四頁以下)を参照。

(45) 対抗不能(inopposabilité)の評価も含めて、この問題に関わるものとして、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—」判夕六二八号六頁(一九八六)、滝沢聿代「物権変動の理論」(一九八七)、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六五頁(一九八七)、浜上則雄「不動産の二重譲渡と対抗要件」阪法一四五・一四六号一五頁(一九八八)を参照。

ANCEL(P.), *Force obligatoire et contenu obligационnel du contrat, RTD civ.*, 1999, p.771.

ANCEL, *ibid.*

(47) 山口俊夫『フランス債権法』一頁(東京大学出版会、一九八六)。

(48) この点に関して、フランス法上の概念のうち、「契約」と和訳されるcontratとは債権債務関係の発生を目的とする約定を指し、債権債務関係の発生、消滅、変更を目的とする約定はconventionと呼ばれる(山口・前掲注⁽⁴⁸⁾一頁)。このconventionは、contratと区別して、一般に「合意」と和訳されるが(法務大臣官房司法法制調査部『法務資料第四四一號』フランス民法典

『契約は他人を害さない』ことの今日的意義（二）（岡本）

—物権・債権関係—】五九頁（一九八一））、*convention* にあれ、*contrat* であれ、債権契約の範疇に含まれる」とに違ひはない（来栖三郎『契約法』二頁（有斐閣、一九七四））。

ゆいとも、アンセルも「意思の合致 (*accord de volontés*)」が債権債務関係を創出するばかりに、権利 (*droit*) を消滅させ、移転させ、あるいは権利や新たな法的状況を創出させへる」とを指摘している。その上でアンセルは、これらの効力も契約の拘束力を表すものとして理解している。ANCEL, *op. cit.*, pp. 778 et s.

(50) この点についてもアンセルが、債権債務関係（アンセルの表現によると）の「債務的内容 (*contenu obligationnel*)」以外の効力が債権契約から生じることを指摘している。ただし、そこで想定される効力は本稿よりも限定的であり、契約に基づく特約や抗弁は考慮されず、債務負担以外の契約による束縛が念頭に置かれている。例えば、要物・片務契約である使用賃貸借契約において貸主が約束した期限よりも前に返還請求できないことや、根保証契約において主債務が生じる前から保証人がこの根保証契約によって束縛されることが挙げられており、これらは債務的内容を伴わない契約の拘束的効力 (*force obligatoire*) であると説明されてくる。ANCEL, *op. cit.*, pp. 704 et s.

アンセルの見解は、従来のフランス法において見過ごされていた契約の効力を再認識させる点において、重要な示唆を含むものである。しかし、第三者に対する関係における契約の対抗力を、結論的に最後に挙げた債務的内容を伴わない契約の拘束的効力に包含させている（ANCEL, *op. cit.*, pp. 806 et s.）。その理解や用語法において強い独立性を帯びている。

(51) 契約の相対性原則と債権の相対効との異同に関する問題意識は、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」一九八頁注⁽⁶²⁾（有斐閣、一九九九）においてすでに見受けられるところである。

(53) (52) MünchKomm/Kramer, BGB, Bd.2, 4.Aufl., 2003, Einf. Rdn 15, S.11.

於保・前掲注⁽¹⁸⁾八頁、奥田・前掲注⁽⁹⁾一〇頁以下、林ほか・前掲注⁽¹³⁾九頁以下〔林＝安永〕。

(54) 我妻・前掲注⁽¹³⁾五頁。

(55) 我妻・前掲注⁽¹³⁾六頁以下、於保・前掲注⁽¹⁸⁾七頁、奥田・前掲注⁽⁹⁾一五頁以下、林ほか・前掲注⁽¹³⁾一四頁以下〔林＝安永〕、潮見佳男『債権総論〔第二版〕I』一〇頁以下（信山社、二〇〇〇三）。

(56) 奥田・前掲注⁽⁹⁾一五頁。

(57) 林ほか・前掲注⁽¹³⁾一五頁〔林＝安永〕。

(58) この債権関係の理解は、これまでの綿密なドイツ法研究の成果である。松坂佐一『債権者取消権の研究』（有斐閣、一九六二）、我妻・前掲注⁽¹³⁾六頁以下、林良平『近代法における物権と債権の交錯』（有信堂、一九八九）、北川善太郎『契約責任の研究』（有斐閣、一九六三）、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、一九七八）、潮見佳男『契約規範の構造と展開』（有斐閣、一九九一）などを参照。

(59) 我妻・前掲注⁽¹³⁾七頁。

(60) 債権関係は、債権者の利益保護を志向した議論の中で、債務者の種々の義務が認められるようになったことを説明するための概念である。換言すれば、債権関係を巡っては、債権者利益実現のための債権者・債務者間の規律内容が問題とされている。これに対して、契約が様々な効力を生じさせることは、契約自由からの当然の帰結であり、相対性原則を巡っては、契約当事者が自己のために生じさせた契約の効力と第三者との関係が議論されている。つまり、債権関係概念が包摂している様々な規範群と、第三者に対する契約の多様な効力は、問題となる場面を異にしている。

(61) 野澤正充『契約の相対的効力と特定承継人の地位（一）』民商一〇〇巻一号一一七頁（一九八九）。

(62) 債権の発生を含まない契約としては、権利の譲渡や消滅を目的とした契約（債権譲渡契約や債務免除契約）が考えられる。

(63) 「債権の平等性」と「債権者平等の原則」との違いについては、中田裕康『債権者平等の原則の意義—債権者の平等と債権の平等性—』曹時五四巻五号一二八三頁（二〇〇二）を参照。

第三節 小括

前節のまとめを兼ねて、本章を小括する。

1. 私法上の基本原則としていわば当然視されてきた相対性原則であったが、第一節における考察の結果、その内容まで一義的とは言えず、むしろ、時代や国によつて相対性原則は変容していた。
2. 翻つて、日本法における相対性原則をみたとき、ボワソナードによる旧民法典以来、論者によつて相対性原則の理解は異なつていた。また最近では、相対性原則を表す「契約は当事者のみを拘束する」について、「契約」＝「債権」、「拘束」＝「債務負担」と解するのが一般的であった。
3. しかし、相対性原則と関連性を有するものとされる制度や事例、および、第三者と契約の関係が問題となる事例を個別的に見ていくと、契約の効力とは言えない債権の効力や、あるいは、債務負担とは解されない契約の効力が、その制度や事例に含まれていた。また、意思自治・私的自治の原則を相対性原則の理論的根拠として説明することは、契約以外の原因から生じる債権には適合的ではなかつた。
4. このような契約の効力と債権の効力との内容的な齟齬、および、近代意思主義哲学と相対性原則との関係に鑑みて、契約の相対性と債権の相対性とを区別すべきとの結論に至つた。この私見に従えば、契約の相対性原則を、契約自由に基づいて当事者が自由に決定できる契約内容の範囲を限定する、という規範的意義を有すると評価することになる。
4. 契約の相対性原則を以上のように解するとして、次に問題となるのは、当事者の契約自由が相対性原則によつて制限される範囲である。いかなる契約の効力が相対性原則によつて否定されるのであろうか。この点につき、契

約の効力、ならびに、契約と関わりを持つ第三者のそれぞれが、事案によつて多様であることから、画一的な基準を導くことは困難を極める。しかし、契約の相対性原則から基本原則としての実質的な役割を失わせないために、その意義の明確化を追求するという本稿の問題意識からすれば、各事案において契約の効力と第三者との関係を判断するための基本的視点を示しておくことは必要であり、なおかつ可能であると思われる。

5・そこで次章においては、そのような基本的視点を検討する上で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。ここでドイツ法の議論を取り上げるのは次の理由からである。

第一に、すでに見たとおり、契約が問題となる限りにおける相対性原則を、ドイツ法も近代意思主義哲学（私の自治の原則）に依拠させている。

第二に、ドイツ法は相対性原則に対し、二つの意味を与えていた。すなわち、契約に基づく第三者の債務負担（「第三者に負担をもたらす契約」）の否定と、一般的に他人の債権を顧慮する義務の否定である。このようにいわゆる債権侵害論についても相対性原則の中に含めて議論するドイツ法は、先に示した本稿の相対性原則の理解と相反する。しかし、実際には、「第三者に負担をもたらす契約」の効力が問題となる際、ドイツにおいても債権侵害論からの影響を受けることなく、独立した議論が行われている。そのため、債権侵害論と隔絶させた日本法における相対性原則の意義を検討するのであれば、ドイツ法における相対性原則のうち、「第三者に負担をもたらす契約」の否定を巡る議論の考察のみで、十分な示唆が得られると考えられる。また、相対性原則が債権侵害論と関連性を有しないとする本稿の立場からすれば、ドイツにおける相対性原則全体を検討対象とすることは、むしろ議論を混乱させることにもなる。

第三に、ドイツ法における契約（*Vertrag*）の概念である。フランス法における相対性原則は、法律の文言において合意（*convention*）、その解釈において契約（*contrat*）の拘束力の相対的効力を表すものと理解されていた。これらうち、*convention* は債権債務関係の発生、消滅、変更を目的とする約定を、*contrat* は債権債務関係の発生を目的とする約定を指すものとされている。それゆえ、いずれの概念も債権契約の範疇に含まれることになる。¹⁾ したがって、債権債務関係に関わらない契約の効力を検討するためには、いずれの概念を用いることも十分ではない。これに対して、ドイツ法の *Vertrag* は、債権に限定されず、物権の変動、その他身分関係の設定・変更を含めて、広く私法上の効果の発生を目的とする合意（「広義の契約」）を意味するものとして用いられている。²⁾ そのため、契約の種々の効力と第三者との関係を検討する上では、第三者に対する *Vertrag* の効力をドイツ法がどのように捉えているかを見ることは、有益であると考えられる。

第四に、第三に述べたこととも関連するが、ドイツ法において「第三者に負担をもたらす契約」として当初想定されていたのは、第三者に債務を負担させる契約であった。しかし、現在のドイツの判例や学説により、債務負担以外の効力を第三者にもたらす契約も、「第三者に負担をもたらす契約」としてその効力を否定されることが、一般的に承認されるようになっている。このことを含めて、ドイツ法が第三者に対する契約の効力を限定している範囲を確認することは、日本法に対して重要な示唆を与えるであろう。

以上を踏まえて、「第三者に負担をもたらす契約」を巡るドイツ法における議論の概観へと移る。³⁾

注

(1) これらのフランス法上の概念については、前節注⁴⁾を参照。

(3) 我妻・前節注⁽⁸⁾四二頁。

これまで本稿においては *Vertrag zu Lasten Dritter* に対して、「第三者ノ負担ヲ目的トスル契約」あるいは「第三者に負担をもたらす契約」との訳語を当ててゐた。本章第一節において触れた日本の学説は、それぞれ *Vertrag zu Lasten Dritter* に様々な訳語を当てるか統一されていなかつたが、一般的には「第三者ノ負担ヲ目的トスル契約」とすることが多かつた（中馬「新版注民（一三三）」六〇一頁参照）。しかし、次章におけるドイツ法の議論を踏まえると、必ずしも第三者的負担を「目的」としていなかつた契約の効力まで *Vertrag zu Lasten Dritter* に含まれるようになつてきている。そのため、「第三者に負担をもたらす契約」と訳する事がより適切であると思われ、以下ではこの「第三者に負担をもたらす契約」に統一する。

なお、この「第三者に負担をもたらす契約」については別稿（拙稿「ドイツ法における『第三者に負担をもたらす契約』について」一論一二八卷一号三七頁（一〇〇一一））でも、全体の概要を簡潔に示した。本稿ではこの別稿で紹介していない最近の文献等も踏まえた、より詳しい考察を行う。

第二章 ドイツ法における「第三者に負担をもたらす契約」

第一節 「第三者に負担をもたらす契約」の概念

一、「第三者に負担をもたらす契約」の原則的否定

1. ドイツの体系書・コメントールの多くは、「第三者のためにする契約」を説明する際に「第三者に負担をもたらす契約」の項目を設けた上で、その効力について触れている。この「第三者に負担をもたらす契約」とは「第三者

のためにする契約」に対置される概念であり、「Res inter alios acta」原則に則して言えば、「第三者を害する契約」にあたる。このような契約が無効である」とは相対性原則からすれば疑いのないところであり、「第三者に負担をもたらす契約」の効力は当然に否定されている。^[1]

2. ところで、ここまで考察によれば「第三者に負担をもたらす契約」は、ドイツにおいて債務関係の相対性のコロラリーの一つとして理解されており、また、契約に基づく債務関係の相対性は「消極的な契約自由の観念」に基づくものとして説明されていた。これらのことからすると、「第三者に負担をもたらす契約」の否定も、「消極的な契約自由の観念」から導かれるとして解されることになる。

もつとも、債務関係の相対性から離れて、「第三者に負担をもたらす契約」自体が取り扱われる場合には、その無効の理論的根拠として異なる表現が用いられている。この点、一般には、「第三者に負担をもたらす契約」は私的自治に反するために認められないと説明されている。^[2] すなわち、「当事者は、権威的な介入を必要とすることなく、合意によって自己の規律関係を取り決める資格を有するだけでなく、自己の法領域に他の者が法律行為により干渉してくることに対する、保護されなければならない」ということが私的自治の原則から導かれるとして考えられているのである。^[3]

やがて、このこととは別に、学説の中には、「第三者に負担をもたらす契約」の効力が否定されることを、ドイツ連邦共和国憲法（以下、「GG」と記す）二条一項に依拠させるものも見られる。このうちラウフケは、当該法律行為の実施について第三者が授権していない限り、当事者が意図した法律効果の発生を「第三者に負担をもたらす契約」に認めるることは、GG二条一項によって立法者に禁じられている、と説明する。^[6] この見解に対するフルーメの批判によれば、法律が一般的に「第三者に負担をもたらす契約」の効力を生じさせることができないのは、GGを

説援用するまでもなく当然のことであるとされる。⁽⁷⁾

3. このようにドイツ法において「第三者に負担をもたらす契約」の無効を説明する仕方に違いが見られることを、どのように理解すべきであろうか。

まず、「第三者に負担をもたらす契約」の効力が否定される根拠となつてゐる「消極的な契約自由」と私的自治の原則との関係について検討すると、その前提として、ドイツ法における私的自治の原則が契約の自由、団体設立の自由、および、遺言の自由などを含めた上位概念として説かれていることは、周知のとおりである。⁽⁸⁾また、「消極的な契約自由」の具体的に意味するところは「自身の行為の自由を契約により制限するか否かを決断する自由」であり、そのような判断を自身で行うことが私的自治に当たると解される。そのため、ここで表現の相違はあまり重要ではないと考えられる。

次に、「第三者に負担をもたらす契約」が否定されることとGG二条一項との関係も議論されている。ここでの問題は、立法者が「第三者に負担をもたらす契約」の効力を法律により一般的に承認することができないことは、GGへの依拠を必要とするか、ということである。このような法体系全体に関わる問題は契約の相対性原則のみならず、民法秩序全般に広く関係するものと言える。この点、「契約は他人を害さない」ことのみを検討対象とする本稿は、このような問題を検討するための準備ができていない。そのため、ここで深く立ち入ることは避けておくことにするが、差し当たり次のことを指摘しておく。

この「第三者に負担をもたらす契約」とGGとの関係を巡る議論の際には、「第三者に負担をもたらす契約」の禁止に反する規定の策定が立法者に禁じられている。つまり、ここでは、「第三者に負担をもたらす契約」が否定されること自体の理論的根拠が問題とされているのではない。この点において、議論の対

象が異なっている。

4・したがつて、ドイツ法における「第三者に負担をもたらす契約」の原則的無効の理論的根拠としては、私的自治の原則を挙げておくことで十分である。逆に言えば、第三者の私的自治の保護のために、「第三者に負担をもたらす契約」が無効とされていることになる。

ところで、現在では原則として認められている第三者のためにする契約にも、第三者の消極的な契約自由や私的自治を害する側面がある。いかに自身に利益をもたらす権利とはいえ、契約当事者ではない者はそのような権利を取得することを強制されるべきではないからである。とりわけ、第三者のためにする契約による権利の発生を第三者の受益の意思表示に係らしめている日本法（民法五三七条二項）とは異なり、BGBは契約当事者の意思のみによつて第三者の権利が発生することも認めていたため（BGB三二八条^⑩）、第三者の契約自由あるいは私的自治が侵害される危険がより顕著であると言える。そこでBGBは、権利取得についての第三者の意思を尊重するために、権利取得を拒絶する権利を第三者に与えることにより（BGB三三三条^⑪）、第三者の私的自治との調整を図つている。

この拒絶権を巡つて問題となるのが、BGB三三三条の類推適用による「第三者に負担をもたらす契約」の許容性である。これが肯定されれば、たとえ第三者が負担を拒絶する権利を付与されるとても、これを行使するまでは第三者に課された負担は有効であることになる。しかし、契約による負担を回避するための拒絶権行使を第三者に強制すること自体が不当であるため、契約や拒絶権の不知あるいは拒絶権行使の不手際による負担の危険を第三者に負わすことは妥当ではない。また、他人の契約に基づいて債務を負わされた第三者が拒絶権行使すれば、債権者は債務者を失うことになるため、債権者も不安定な地位に置かれることになる。それゆえ、ドイツの学説はB

GB三三三条類推適用によつて、同意なくして第三者に負担をもたらす契約を正当化することを認めていない。⁽¹²⁾ もつとも、契約当事者が第三者に給付させる義務を負うことまでも妨げられるわけではないことは、このようない義務が第三者の私的自治を侵害するものでないことから異論はない⁽¹³⁾。

5・以上に見たように、ドイツ法においては、私的自治の原則から「第三者に負担をもたらす契約」の無効が導かれており、また、その際に第三者の私的自治は、第三者のためにする契約の場合よりも厳格に保護されている。それでは、ドイツ法において第三者の私的自治はどの程度まで保護されるべきとされているのか、換言すれば、契約のどのような効力が第三者に対する関係において否定されているのであろうか。そこで次に、ドイツの判例の中に現れた事例や、学説上の理解をもとに、ドイツ法において「第三者に負担をもたらす契約」に当たるものとされる具体的な契約の効力について考察する。

なお、以下において事例を説明する際には、契約当事者をX、Y、第三者をDと表示する。

二、「第三者に負担をもたらす契約」の意義

(1) 第三者の義務負担

1・当事者が原則として「第三者に負担をもたらす契約」を締結できないことについては、BGBが制定される以前からすでに認識されていた。その際、この原則によつて否定される契約の効力として想定されていたのは、ヴィントシャイトが「ある者が第三者の行為について義務を負う場合であつても、この者はそれにより第三者に義務を負わせていない」⁽¹⁴⁾と説明していたように、第三者の義務負担であつた。「第三者に負担をもたらす契約」が第三者のためにする契約に対比される概念であること、および、「第三者に負担をもたらす契約」の無効が「(狭義の)債権

関係」（＝債権）の相対性のコロラリーとして解されている」とからすれば、容易に理解できるところである。

2. 公表されている判例の中で、最上級審裁判所として「第三者に負担をもたらす契約」の効力の否定を初めて明言したライヒ裁判所（以下、「RG」という）一九二五年六月三〇日判決^[15]の事例もまた、第三者の義務負担が問題となつたものであった。

この事例では、ライヒ労働大臣により労働組合Xと使用者組合Yとの間に拘束力を伴うものとして宣言された仲裁決定（Schiedsspruch）が、Yの構成員であるDにその内容を履行する義務（ストライキの際に解雇した労働者を再雇用する義務）を負わせうるか否かが争われた。RGは、「第三者に負担をもたらす契約」が承認されていないことを理由として、このDの義務の存在を認めなかつた。^[16]

3. その後も、種々の契約に基づく第三者の義務負担が判例において争われた。実際に問題となつたものを挙げる」と、債権的権利である「戻し買受権（Rückkaufsrecht）」に関する条項を付して、売主Xと買主Yとの間で不動産が売買された場合に、Yから^[17]の不動産を譲り受けたDに、この「戻し買受権」条項に基づいてXに当該不動産を売却する義務を負担させること^[18]や、土地開発に関するXとYとの契約に基づき、開発された土地の取得者Dが開発費用を負担すること^[19]、および、自動車の購入者Xと製造業者Yとの間の修理等に関する品質保証契約が、提携販売業者Dに修繕義務等を負わせることなどがある。それぞれについて、RGや連邦通常裁判所（以下、「BGH」という）は、「第三者に負担をもたらす契約」に当たることを理由として、当該契約の第三者に対する効力を否定した。

4. この「第三者に負担をもたらす契約」と同様に、他人の行為による義務負担の否定という観点から、ドイツ住居所有権法（以下、「WEG」という）の規定に従つた所有権者集会の議決の効力が判例において否定されることがある。実際の事例では、分割宣言（Teilungserklärung）^[20]の際に登記簿に記載された共同規則（Gemeinschaftsordnung）

の中で、前住居所有権者が負っていた住居管理費等の債務について連帯して責任を負う者に含まれない強制競売手続における住居所有権の競落人Dに対する、この競落以前の年次決算に関する住居所有権者決議の効力⁽²¹⁾、住居所有権者であった期間に住居管理費を滞納していたDに対する、Dが住居所有権を譲渡した後の住居所有権者決議の効力⁽²²⁾などが問題となつた。

この住居所有権者による議決は、本来的には契約ではなく、法律行為上の合同行為 (rechtsgeschäftlicher Gesamtakt) に当たる。⁽²³⁾しかし、当事者の意思表示によって債務を発生させる点において契約と共通している」とから、「第三者に負担をもたらす合同行為」として、「第三者に負担をもたらす契約」との関連において挙げられることがある。⁽²⁴⁾

5・こうした第三者の義務負担は、契約から直接的に生じるものであるがゆえに、「第三者に負担をもたらす契約」として、その効力を否定されている。

その一方で、ある契約が締結されたことにより、第三者が間接的に義務を負担させられるときにも、当該契約が無効となることがある。離婚の際に、扶養請求権を有する配偶者がこの権利を放棄すれば、社会扶助に頼らざるを得なくなることを認識した上で、扶養請求権の放棄を約定した、という事案である。この配偶者間の約定が有効であれば、それが原因となって、社会扶助機関 (Sozialhilfeträger) Dは間接的に、扶養を放棄した者に対して社会扶助給付の義務を負うことになる。しかし、このような場合には当該扶養放棄は無効となり、放棄をした配偶者は社会扶助を受けることができないと解されている。⁽²⁵⁾

ただし、この場合における扶養放棄の約定の無効は、それが「第三者に負担をもたらす契約」に該当することから導かれているのではなく、そのような約定が良俗違反と評価されることに基づいている点に注意が必要である。

BGHも、このような扶養放棄が良俗違反により無効となる限りにおいて、一般的に無効なものとして取り扱われる「第三者に負担をもたらす契約」に近似しうる（nahekommen）、と述べて、それぞれを区別している。²⁶⁾したがって、社会扶助機関に間接的に義務を負わせることになる扶養放棄は、厳密な意味での「第三者に負担をもたらす契約」には該当しないと思われる。²⁷⁾

6. 以上に見たように、いかなる態様の契約であつても、第三者に直接的に義務を負担させるものは、「第三者に負担をもたらす契約」とみなされ、その効力を否定されている。「第三者に負担を持たず契約」を無効とする原則が、抽象的に承認されているだけではなく、具体的な事例の中で実際に適用されているのである。このような契約に基づく第三者の義務負担を厳格かつ直接的に否定する態度は、債務負担以外の契約に基づく「第三者の負担」の評価に対しても、拡大されていくことになる。

（2）第三者の権利消滅

1. 契約によつて発生する権利変動のうち、消極的な効果を發揮するものとしては、義務の負担を除けば、権利消滅が最も重要なものといえる。それでは、第三者の権利を消滅させる内容の契約が締結された場合、この契約の効力は第三者に対しても及ぶのか。次に見るのは、このような第三者の権利消滅と「第三者に負担をもたらす契約」との関係である。

2. ドイツ保険契約法（以下、「VVG」という）によれば、保険の目的物が譲渡された場合、その取得者は従来の保険契約に加入させられ、保険契約に基づく権利を取得するだけではなく、義務も負わされる（VVG六九条）。²⁸⁾²⁹⁾これに対して、自己の意思とは関係なく新たに契約関係に立たされる保険者と取得者の契約自由を保護する必要性から、両者に保険契約を解約する権利が認められている（VVG七〇条）。³⁰⁾この解約告知権については、書面を要求

することを除いて、取得者に不利益となるような変更を行うことができないとされている（VVG七二条）。

他方でVVGは、これらの規定とは別の箇所において、保険の引受を強制させられている公的な保険機関が、自身にとって「契約自由の制限」となるVVGの規定の適用を免れることができる」とを認めていた（VVG一九二条二項⁽³²⁾）。この規定を根拠として、公的保険機関は保険契約者との保険契約の中で、保険の目的物の取得者の解約告知権を排除していた。

このような解約告知権排除条項は、保険契約に加入させられることと引き換えに法律が保険の目的物の取得者に与えた解約告知権を、取得者からその意思に関わりなく失わせることになるため、その有効性が争われることとなつた。

3・この問題はすでにRGの時代から判例の中に現れている。その判例の中で、RGは解約告知権排除条項が取得者に対する有効であることを認めていた。⁽³³⁾学説においても、保険契約の承継人である取得者は第三者ではない、との理由から、解約告知権排除条項は「第三者に負担をもたらす契約」ではないとして、RGの判断に賛同するものもあつた。⁽³⁴⁾

しかし、学説においては、RGとは異なる立場も主張され、「第三者に負担をもたらす契約」の禁止を根拠として解約告知権排除条項の無効を説く見解も見られた。⁽³⁵⁾さらに、旧ドイツ約款規制法（以下、「AGBG」という、二〇〇二年に失効）が成立して以降は、RGの見解に反して、保険契約当事者がVVG七〇条の取得者解約告知権を保険約款によりあらかじめ排除しておくことを無効と解する下級審裁判例も、数多く現れるようになった。⁽³⁶⁾その際には、このような解約告知権排除条項が「第三者に負担をもたらす契約」に当たることも考慮されていた。

これら一連の下級審の判断を受けて、BGHも同様の結論を採るに至つた。ただし、この判決の中では、解約告

知権排除条項がすでにAGBG九条によつて無効となることを理由に、この条項が「第三者に負担をもたらす契約」に当たるかどうかについての判断までは行われていない。

4. この他にも、法律に基づく契約上の地位の移転に際して、「第三者に負担をもたらす契約」が問題となりうる。

先に見たVVG六九条では、保険の目的物の譲渡とともに、既存の保険契約上の地位が取得者に移転していた。このようなことは、使用賃貸借契約を巡つても認められている。すなわち、日本民法六〇五条、借地借家法一〇一条、三一条におけるのと同様に、賃貸住居が譲渡された場合、これを譲り受けた者が、譲渡人が有していた使用賃貸借契約上の地位を承継することとされている（BGB五六六条⁽³⁹⁾）。これにより、住居の使用賃借人は、不動産所有者が変更しても、新所有者に対して既存の使用賃貸借契約に基づく権利を主張することができる。

それでは、賃貸住居の所有権者Xとその譲受人Yが、使用賃借人Dの意思を確認することなく、譲渡契約の際に使用賃貸借契約をYが引き継がないと取り決めた場合、この契約のDに対する効力はどのように評価されるのか。このような譲渡契約の効力がDにも及ぶことになると、DはBGB五六六条によつて認められている固有の権利を奪われることになる。そこで、このような契約を「第三者に負担をもたらす契約」として無効とする下級審裁判例がある。⁽⁴⁰⁾

5. 以上、第三者の権利を消滅させる契約の効力についてみてきた。最初に見た保険契約における保険の目的物の取得者の解約告知権を排除する条項の無効について、BGHは「第三者に負担をもたらす契約」に当たることをその根拠とはしていない。しかし、これはすでに別の理由（AGBG九条）からこの条項が無効であるために、その判断が必要となかつたに過ぎない。むしろ、この問題に関するBGH判決後の学説の対応を見る限り、この解約告知権排除条項が「第三者に負担をもたらす契約」であることを承認した下級審と同様の評価が示されてい

る。また、使用賃貸借契約に関する事例の中では、他人の権利の剥奪する契約が「第三者に負担をもたらす契約」である^[41]、明確に述べられてる。これのいふから現在では、第三者的の権利を消滅させる契約も「第三者に負担をもたらす契約」に含まれる^[42]れば、ドイツ法における共通の認識となつてゐる解される。

注

- (1) RGZ 111, 166, 178; 154, 355, 361; BGH, WM 1970, 99, 100; BGHZ 54, 145, 147; 58, 216, 220; 61, 359, 361; BGH, NJW 1995, 3183, 3184; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.2., 7. Aufl., 1891, S.197f.; Oehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 3. u. 4. Aufl., 1910, § 305, S.154; Laufke, F.S. Lehmann, Bd.I, 1956, S.145, 170; Schirmer, F.S. Reiner Schmidt, 1976, S.821, 830; RGRK/Balhaus, BGB, 12. Aufl., 1976, § 328 Rdn.13, S.5; Martens, AcP 177 (1977), S.113, 139; Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, 14. Aufl., 1987, S.233; Soergel/Hadding, BGB, 12. Aufl., 1990, § 328 Rdn.118, S.1577; Habersack, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 26ff.; Staudinger/Kaduk, BGB, 12. Aufl., 1994, Vorbem. zu § 328ff; Rdn.64, S.31; Hübsch, VersR 1997, S.799, 804; Rieble, DB 1997, S.1165, 1168; 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/Gottwald, BGB, 4. Aufl., 2003, § 328 Rdn.172, S.2124.
 - (2) Larenz, a.a.O., S.233; Soergel/Hadding, a.a.O., Rdn.118, S.1577; Staudinger/Kaduk, a.a.O., Rdn.64, S.32; Hübsch, a.a.O., S.804; Ermann/Westermann, a.a.O., Rdn.10, S.907; Staudinger/Jagmann, a.a.O., Rdn.42, S.25; MünchKomm/Gottwald, a.a.O., Rdn.172, S.2124.
 - (3) Martens, a.a.O., S.139.
 - (4) GG 11条
- ①何人も、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序又は道徳律に違背しない限り、その人格の自由な発展に対する権利を有する。

『契約は他人を害さない』ことの今日的意義（二）（岡本）

②何人も、生命に対する、及び身体の不可侵に対する権利を有する。人格の自由は、侵される」とがなる。これらの権利は、ただ法律の根拠に基いてのみ、侵害する」とがである。

(GGの訳に關しては、衆議院法制局ほか「ドイツ連邦共和国憲法」『和訳各國憲法集（111）』（一九五五）を參照した。)

Soergel/Hadding, a.a.O., Rdn.118, S.1577; Hubsch, a.a.O., S.805; Staudinger/Jagmann, a.a.O., Rdn.42, S.25.

Lauke, a.a.O., S.170.

Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd.2, Das Rechtsgeschäft, 4.Aufl., 1992, S.18, Fn.20.

星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」『法講座第6卷』一一五頁以下（有斐閣）一九八六）〔初出、『岩波講座基本法学四—契約』（岩波書店、一九八〇）。〕

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

BGB III 18条

①契約により、第三者が給付を請求する権利を直接に取得する効力をもつて、第三者に対する給付を定める」とがである。

②第三者が権利を取得するか、第三者の権利が即時にまたは一定の要件の下にのみ発生するか、および第三者の同意なしに第三者の権利を廃棄または変更する権限を契約当事者が留保しているかにつき、特別の定めがないときは、諸事情から、特に契約の目的から定めるものとする。

BGB III 19条

第三者が契約に基づき取得した権利を詰約者に對して拒絶したときは、その権利は取得されなかつたものみなす。

(12) Schirmer, a.a.O., S.830ff.; Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, S.475; Ermann/Westermann, a.a.O., Rdn.10, S.907; Staudinger/Jagmann, a.a.O., Rdn.42, S.25; MünchKomm/Gottwald, a.a.O., Rdn.172, S.2124.

(13) Gernhuber, a.a.O., S.476; Soergel/Hadding, a.a.O., Rdn.118, S.1577; Ermann/Westermann, a.a.O., Rdn.10, S.907; Staudinger/Jagmann, a.

a.O., Rdn.42, S.25; MünchKomm/Gottwald, a.a.O., Rdn.173, S.2124.

(14) Windscheid, a.a.O., S.197.

ヴィントンシャイトはこの説明の中で、例外的に効力が認められる「第三者に負担をもたらす契約」として、相続人の行為について義務を負う場合を挙げている。

(15) RGZ 111, 166.

【事実関係】

褐炭鉱業経営者と鉱山労働者との間に賃金に関して紛争が生じ、一部の労働者がストライキを決行した。この際、これらの労働者はストライキ中に即時解雇された。その後、ライヒ労働大臣によつて招集された調停委員会により、ストライキの終結、および、解雇された労働者の再雇用などを内容とした仲裁決定が下され、ライヒ労働大臣はこの仲裁決定が拘束力を伴うことを宣言した。これに対して、使用者側の組合Yはこの仲裁決定の拘束力を拒絶し、使用者組合Yの個々の組合員Dらが労働組合X、および労働組合Xの個々の組合員Aらに対して、仲裁決定を履行する義務を負わないことなどの確認を求めた。

【裁判所の判断】

RGはまず仲裁決定が使用者組合Yと労働組合Xとの間で拘束力を有するかについて、この仲裁決定の拘束力をライヒ労働大臣が宣言したことにより、両組合間において自由意思によって当該仲裁決定と同内容の労働協約が締結された場合と同内容の拘束力が生じることを認めた。そして、使用者組合Yがその組合員に仲裁決定の規定に注意するよう促すことや、不従順で強情な構成員に対して組合規約に則った強制・懲罰手段による措置をとることを怠った場合、あるいは労働協約に対する組合員の抵抗を明示的もしくは黙示的に支援した場合に、労働組合Xは労働協約に従つた行動を執ることや、場合によっては損害賠償について使用者組合Yに対し訴追することができるとされた。さらに、労働協約が自由意思で締結された場合には、再雇用条項について解雇された労働者のためにする契約が見出され得ることを理由に、労働組合Xの個々の組合員Aらにも使用者組合

『契約は他人を害さない』ことの今日的意義（二）（岡本）

Yに対する同様の請求権が認められた。

これに対して、使用者組合Yが仲裁決定に従うよう強制したにも拘らず、組合規約に違反して、再雇用条項を自身にとつて拘束力があるものと認める 것을拒む使用者組合Yの個別組合員Dらに対する措置をとることは、労働組合Xも個別労働者Aらもできないと判断された。この点、仲裁決定やこれが拘束力を有することについてのライヒ労働大臣の宣言は、使用者組合Yおよびその組合員Dらと労働組合Xの個々の組合員Aらとの間に直接的な法律関係を発生させるものではなく、また「第三者に負担をもたらす契約」が民法上認められていないことがその理由とされた。

(16) 現在では、ドイツ労働協約法（TVG）五条が、労働協約の一般的拘束力を認めている。
(17) RG一九三七年四月二一日判決RGZ 154, 355.

事案が複雑なため、「第三者に負担をもたらす契約」に関する部分のみの紹介にとどめる。

【事実関係】

ビール醸造会社X₁が隣接するレストランの土地を売却する際に、買主Yとの間でビール醸造会社の「戻し買受権」を約定し、その旨を土地登記簿に仮登記していた（その後、X₁の地位を別のビール醸造所X₂が包括承継した）。まず本事案における「戻し買受権」について説明すると、この「戻し買受権」の内容は、買主はこの契約締結後二十五年の間に売買不動産を転売しようとすると場合に、売買不動産を一定の価格でX₁に譲渡を申し出る義務を負う、というものであった。これはBGBに規定された買戻権（BGB旧四九七条以下（現行四五六条以下））や先買権（BGB旧五〇四条以下（現行四六三条以下））と類似の権利であり、また、自らにとつて都合の悪い者が所有権を取得することを妨げるために約定される点において、先買権と共通の性質を有していた。

【裁判所の判断】

RGは本件「戻し買受権」とBGB上の買戻権や先買権との間に、次の点において決定的に異なる内容を有していると解し

た。それは、買戻権や先買権の場合には、買戻権者または先買権者の一方的意思表示によつて、当該権利者と義務者との間に売買契約が成立するのに対し（BGB旧四九七条（現行四五六条）、旧五〇五条（現行四六四条）、本件「戻し買受権」）に関しては、ビール醸造所X₁は買主Y₁が当該土地を売却する際に特定の条件の下で売買を申し込む権利しか有しておらず、売買契約は買主Y₁の承諾をもつて初めて成立する、という違ひである。したがつて、このような「戻し買受権」が仮登記されたとしても、第三者に対して保護されるのは、買主Y₁に対して土地の売買を申し込む権利のみということになる。こうした「戻し買受権」を巡つては、確かに買主Y₁はこの申し込みに対し承諾する義務を契約により負わされているが、この義務は仮登記によつても買主Y₁からの土地所有権の承継人Dに課されえない。なぜなら、「第三者に負担をもたらす契約」が認められていないため、債権契約は契約当事者ではない者に義務を負わせられないからである。

【参考条文】

BGB旧四九七条（現行四五六条）

①売主が売買契約において買戻しの権利を留保したときは、買戻しは、売主が買主に対して買戻権を行使する旨の意思表示により成立する。この意思表示は、売買契約について定めた方式を必要としない。

②略。

同旧五〇五条（現行四六四条）

①先買権は、義務者に対する意思表示によつて行使する。この意思表示は、売買契約について定めた方式を必要としない。先買権の行使により、売買は、権利者と義務者の間に、義務者が第三者と合意した定めのもとに成立する。

②略。

(18) BGH一九七三年一一月八日判決BGHZ 61, 359.

【事実関係】

この事案で問題となっているのは、地方自治体Yと建設業者Xとの間の契約である。両者の間である建設地域に関する開発契約が締結され、それによって建設業者Xは歩道を含めたいわゆる計画街路（Projektstrasse）の設置を請け負った。その際に生じる費用については、建設業者Xが九〇%、地方自治体Yが一〇%を負担すると取り決められた。また、開発契約には「開発費用を個々の土地の取得者に分担させることは地方自治体の事柄ではなく、請負人の義務である」とする規定が含まれていた。この規定に基づいて建設業者Xは、整備した街路に隣接する土地所有者Dに対しても、「この街路の歩道に関する持分に応じた設置費用の償還を請求した。

【裁判所の判断】

本件のような状況において地方自治体は、ドイツ建設法典（以下、「B B a u G」という）の規定に従い、土地所有者に対して開発された施設に関する費用を、開発分担金（Erschließungsbeitrag）として徴収することができる（B B a u G 一二三條、一二七條三項）。しかし、このような権限は地方自治体の公課高権（Abgabehoheit）に属し、他人に譲渡されないと判断して、B G HはB B a u G 一二三條に基づくXの徵收権限を否定した。

そのうえでB G Hは建設業者Xと土地所有者Dとの法律関係を民事上の観点から検討し、XとYとの開発契約に基づくDに対するXの開発費用請求権について、B G Bが「第三者に負担をもたらす契約」を認めていないことを理由にこれを認めなかつた。

【参照条文】

B B a u G 一二三條 条例による規律

地方自治体は以下のことを条例により規律する。

一、略。
二、略。

三、費用分割（Kostenspaltung）（一二七條二項）

四、略。

同一二七条 開発分担金の徴収

- ① 地方自治体は他の方法では填補されない開発施設に関する費用の填補のために、以下の規定に従つて開発分担金を徴収する。
- ② 略。

- ③ 開発分担金は、土地取得、発掘（Freilegung）に関して、および開発施設の一部に関して、独立して徴収され得る。

④ 略。

(19) BGH一九八〇年一一月一二日判決BGHZ 78, 369.

【事実関係】

XがY社製の自家用車をYと提携関係にある自動車販売業者Dで購入した際、XとYとの間に、Y社の提携会社にて一年間無償修理もしくは無償交換する旨の品質保証契約が成立した。その保証期間内に変速装置の異音について、XがDに対して苦情を申し立て、Dがそれに応じて部品交換を行つた。その後も異音が続いたことから、Xが改めてDに苦情を申立てたところ、Dは再修理を拒んだ。そこでXはYに問い合わせたが、YはDに問い合わせるように指示し、また、問題となつていて異音は全ての車両に発生しており、製品の瑕疵ではないことを説明した。

このような経緯の後に、XはYに対して、主位的に、瑕疵のある箇所をDの選択に応じて修理するか、もしくは交換する」と、補助的に、車両の返品を受け付けて、代価減額金（Minderungsbetrag）を支払うことを求めた。

【裁判所の判断】

本件品質保証契約に基づいてYは修理・交換義務を負うのか、それとも修理・交換を行う提携会社網を整備する義務を負うに止まるのかが争われた。この問題についてBGHは、Yの修理・交換義務を認めた。その理由が述べられる中で、「第三者に負担をもたらす契約」を法秩序が認めていなかったため、本件品質保証契約は修理・交換に関するDのXに対する義務負担を創出されるのではない」とも言及されている。

(20) WEGにおいて定められた住居所有権成立の方法の一つである。住居所有権を成立させる方法は二つあり、一つには、建物の共有者（となるべき者）が、全員の契約で、建物の特定に部分についての特別所有権ないし部分所有権をそれぞれに譲渡することにより、住居所有権が成立する（WEG二条、三条）。もう一つの方法が分割宣言であり、建物の単独所有者（土地所有者）が登記所に対する意思表示によつて建物を複数の住居所有家人に分属せしめることができる（WEG二条、八条一項）。この分割宣言の際に共同規則が作成され、特別所有権の内容として登記簿に記載されれば、この共同規則は住居所有権の特定承継人に対しても効力を有する（WEG八条二項、五条四項、一〇条一項二文、同条二項）。以上のことに関しては、丸山英気『区分所有法の理論と動態』二八二頁以下、三四三頁（三省堂、一九八五）（初出、『建物区分所有権法』〔玉田ほか編〕（一粒社、一九七五）、「各國の規約」（日本住宅総合センター））を参照。

(21) バイエルン州最高裁判所（以下、「BayObLG」）といふ）一九八四年七月一七日決定 BayObLGZ 1984, 198.

【事実関係】

X₁らが住居所有権を有する住居所有建物では、分割宣言の際に登記簿に記載された共同規則が、「住居所有権の譲渡」に関する節の第三条の中に次のような規定を含んでいた。

「・・・三、住居の譲渡人は、管理財産の持分、とりわけ修繕費積立金の持分が、自身に支払われることを、請求することができます。前所有者によつてすでに給付された支払いや積立金のすべては、後の取得者に移転する。取得者は場合によつて生じる延滞金について、連帯債務者として責任を負う。示談は譲渡人と取得者側の事情である。」

さらにX₁らは一九八二年七月二〇日の住居所有権者集会によつて以下の決議を行つた。

「共同規則第三節三条三項に拠れば、特別所有権の譲渡人と取得者は、場合によつて生じる住居管理費義務に関して、連帯債務者として責任を負う。この規定は、特別所有権の取得が法律もしくは公權的行為（強制競売手続における競落）に基づく場合であつても、取得者の連帯債務者的責任が生じる、との趣旨に拡張される。」

この決議の後に、Dが住居所有権を強制競売手続において競落した。ところが、Dの取得した住居所有権の前所有権者Aが住居管理費を延滞していた。そのため、住居所有権者X₁らを代理する管理人X₂が、一九八一年の年間決算に基づく住居管理費および一九八二年の競落以前の月に関する住居管理費等を支払う義務を、Dが負うことの確認を求めた。

【裁判所の判断】

B a y O b L Cは、前所有者Aが延滞していた住居管理費等について住居所有権取得者Dが支払義務を負うことを否定した。その説明を要約すると、次のようになる。

まず、共同規則第三節三条三項は住居所有権の「譲渡人」と「取得者」の権利・義務について規定しているが、これの「取得者」は法律行為による取得者のみを意味し、強制競売における買受人を意味しない。もつとも、本事案ではさらに、所有権者集会の議決によって、取得者の範囲が強制競売手続により競落した者にも広げられている。住居所有権者の特定承継人は、住居所有権者団体に加入する前に所有権者決議がなされた場合にも、この所有権者決議が有効であればこれにより拘束され（WEG一〇条三項）、強制執行の方法で住居所有権を取得した者も、この趣旨における特定承継人である。しかし、住居所有権の買受人が前所有者の未払いの住居管理費義務について責任を負う、とする所有権者決議は、何人も第三者の法律行為によって債務法上の義務を課され得ない、という原則に違反する。第三者に負担をもたらす契約は認められておらず、住居所有権者による法律行為上の合同行為である住居所有権者集会決議も、この一般原則により制限されるのである。住居所有権者はWEG二一条三項、五項四号、五号、二八条五項に基づいて、とりわけ、個々の住居所有権者らによって義務を負担された住居管理費を再び生じさせる経済計画や年間決算について、議決することができ、特定承継人も、共同に帰属したとき以降に期限が到来する義務がこの決議から生じる限りにおいて、この決議に拘束される。しかし、前所有者の未払いの住居管理費債務に関する買受人の責任の発生は、法律行為は第三者に義務を課すことができないという一般原則に違反するため、経済計画や年間決算などの共同所有権の管理に関する通常の規律のための決議によって規定され得る事項に含められるべきではない。したがって、住居所有

権の買受人が、前所有者の未払いの住居管理費義務について責任を負う、とする所有権者決議は、瑕疵を有している。

【参照条文】

W E G 一〇条 一般的諸原則

①住居所有権者相互の関係は、この法律の諸規定によって決せられ、また、この法律に別段の規定が存しないときは、共同（Gemeinschaft）に関するB G B の諸規定によって決定される。住居所有権者は、別段の明示の規定がない限り、この法律の諸規定と異なる協議（Vereinbarung）をすることができる。

②住居所有権者がこの法律を補完または変更して彼ら相互の関係を律するためには、諸協議ならびにこれらの協議の変更または廃止は、それが特別所有権の内容として登記簿に登記された場合にのみ、住居所有権の特定承継人に対してもその効力を有する。

③第二三條による住居所有権者の決議および第四三條による裁判官の審判が住居所有権者の特定承継人に対して効力を有するためには、登記簿への登記を必要としない。

④この法律または住居所有権者の協議によつて多数決でなしうるものと定められた事項についての法的行為（Rechtshandlung）は、それが所定の多数による決議に基づいて行われたときは、この決議に反対投票しましたはこの決議に加わらなかつた住居所有権者に対しても、その効力を有する。

同二一条 住居所有権者による管理

①この法律または住居所有権者の協議により別段の定めがなされない限り、共有者の管理は住居所有権者が共同してこれを行う。

②略。

③共有物の管理が住居所有権者の協議によつて規制されていない場合には、住居所有権者は共有物の性質に適応した秩序あ

る管理を、多数決により決議することができる。

④略。

- ⑤住居所有権者全体の利益に適合した秩序ある管理とは、特に以下のものをいう。
- 一、略。
 - 二、略。
 - 三、略。

四、適当な修繕基金を蓄積すること。

五、経営計画を作ること（第二十十八条）。

六、略。

⑥略。

同二八条 経営計画・計算書 (Rechnungslegung)

①管理人は、各暦年ごとに、一つの経営計画を作成しなければならない。経営契約は次のものを含む。

一、共有物の管理に際しての予想される収入および支出。

二、負担分担および費用分担について各住居所有権者に割り当てる義務。

三、第二条第五項第四号に予定されている維持費用基金 (Instandhaltungsrückstellung) についての各住居所有権者の分担額。

②住居所有権者は、管理人による宣言 (Abruf) の後、決定された経営計画に応じた前払金を支払わなければならない。

③管理人は、暦年の経過後、決算をしなければならない。

④住居所有権者は、いつでも、計算書の提出を、多数による決議をもって、管理人に請求することができる。

⑤管理人の経営計画・決算および計算書については、住居所有権者は、多数決をもって、これを決する。

(WEGの訳出に関しては、鈴木禄弥『借地・借家法の研究Ⅱ 民法論文集(三)』一七〇頁以下(創文社、一九八四)を参考にした。)

(22) BGH一九八八年四月二一日決定BGHZ.104, 197.

【事実関係】

YらはDらから住居所有権を一九八二年に譲り受けたが、以前の管理人Aによつて提示された一九七七年から一九七九年、一九八一年および一九八二年に關する決算は、そのときにまだ住居所有権集会によつて決議されておらず、一九八三年にこれらの決議が行われた。Aに代わつて代理人となつたXは、この決議に基づいて住居所有権者らに住居管理費を請求したが、Yらはこれを支払わなかつたため訴訟を提起した。Yらは、決算の期間中に住居の所有者だつたのはYらではなくDらであるため、自らは請求について責任を負わない、と主張した。

【裁判所の判断】

BGHは、住居管理費等を負担する義務は住居所有権者集会の決議によつて生じると判断し、そのような決議は招集された住居所有権者に関する債務のみを発生させることができ、それらの者の前権利者に関する債務を生じさせることはないとした。この中で、招集されていない前所有者の義務を決議が生じさせるとすれば、「第三者に負担をもたらす合同行為」が問題となり、このような合同行為は許されないとも、その理由として挙げている。

この点に関しても、BGH一九九九年九月二三日決定BGHZ.142, 290.を参照。

(23) BayObLGZ 1984, 198 201; BGHZ 104, 197, 203.

(24) Staudinger/Lagmann, a.a.O., Rdn.44, S.26.

(25) BGH一九八二年一一月八日判決BGHZ.86, 82.

【事実関係】

X女とY男は婚姻し、障害のある子を儲けていたが、Yの責任に基づいて婚姻は解消された。その離婚手続においてX・Y間で締結された約定の中で、Yが婚姻から生じた債務を弁済し、子のための養育費を支払う義務を負うことと引き換えに、XはY

からの離婚後の扶養料の支払いを放棄した。Xは子とともに生活し、Yからこのための養育費を受けながら、自身の扶養料は受け取らず、社会扶助(Sozialhilfe)を受けている。Xに社会扶助を与えていた社会扶助機関Dは、Xに対する通知(Anzeige)によりYに対するXの扶養請求権が自身に移転したとして、その履行を求めて提訴した。区裁判所は、Xによる扶養放棄が有効であるとの理由で、訴えを棄却した。これに対してDは控訴し、社会扶助機関の負担となる扶養放棄は公序良俗に反して無効であり、Yは扶養料支払義務を負う、と主張した。しかし、上級地方裁判所は、X・Y間に約定が締結された意図は、Xの扶養負担を社会扶助機関に転嫁し、扶養放棄によってこの機関から「給付を引き出す」というものではないとの理由で、控訴を棄却した。

【裁判所の判断】

BGHの説明を要約すると、次のようになる。

このような扶養放棄が約定される背景には、不可避なものとなつた離婚の手続を可能な限り迅速に、かつ、注目を集めることなく終結させたいとする夫婦の願望がある。そのため一般的に夫婦は、例えば、妻の責任(単独責任、もしくは少なくとも共同責任)の主張を夫が行わない代わりに、妻が扶養を放棄することを約定する。このような扶養放棄は、社会扶助機関の負担において配偶者を免責する、という意図において、もしくは本質的にはこの意図と並んで決定的な動機(wesentlich mitbestimmen der Beweggrund)に基づいて、約定が締結された場合にのみ、公序良俗に違反する、と理解されていた。しかしながら、このような解釈は狭すぎるものである。確かに、放棄約定が社会扶助機関の負担を必然的に伴う場合に、常にそれだけでそのような約定が良俗違反とみなされるわけではない(例えば、一方的に有責な配偶者が、責任のない配偶者からの扶養を放棄する場合)。しかし、夫婦が離婚手続の枠内における扶養放棄によって、単に同人らの金銭的な義務しか規律しようとしていない限りにおいて、夫婦に認められた契約の自由は一般原則GG二条一項に従い、第三者の権利が対立するところでその限界を見出す。約定された扶養放棄は主観的な動機によってだけでなく、客観的な本質に関しても、さらにはその限りにおいて、第三者の法的地位

への考え方を得る影響に關しても、公序良俗と一致しなければならない。また、社会国家原則の發露としての「自力で自助し得る状況にある」者は「自身の希望によつて国家的援助を辞退しなければならない」という原則から、扶養を必要とする者は原則として、個別事例の諸状況から期待可能な限りにおいて、社会扶助への請求という方法で公共に負担をかける前に、同人が自由に処分できる私的な収入原因や扶養可能性を利用し尽くさねばならない、という一般義務が明らかになる。したがつて、この原則を無視して社会扶助の負担において、離婚した配偶者の援助の必要性を意図的に生じさせる契約は、それが社会扶助業者に対する配偶者の加害意図に基づかなくとも良俗に反し、それによってBGB一三八条により無効となる場合があると解される。

このような見解に基づき、BGHは、離婚時にXが仕事に従事しておらず、離婚後も障害のある子を扶養するために仕事に従事し得ないこと、および、Yの扶養給付能力について、XとYが認識した上で、社会扶助機関の負担において扶養放棄を約定したと認定し、この放棄約定は、主觀的にも（離婚した）夫婦の責めに帰されるべき、その客觀的な本質により、内容、動機および目的の総体的な評価に基づき、良俗違反とみなされ得るとした。

【参照条文】

BGB一三八条

①善良の風俗に反する法律行為は無効とする。

②特に他人の強制状態、未経験、判断能力の不足又は著しい意志薄弱に乗じて、その者の受ける利益に比べて著しく不相当な財産上の利益を、自己又は第三者に約束または給付させる行為は無効とする。

BGHZ 86, 82, 89.

(26) BGH一九八二年一二月八日判決の他に、社会扶助機関に間接的に義務を負わせる扶養放棄の良俗違反に関する判例として、連邦社会裁判所（BSG）一九九三年一二月一六日判決 NJW-RR 1994, 1346 がある。この判決の中では、反良俗性は、契約の態様や、契約が諸事情により第三者にも負担をもたらす可能性があった、という点に存するのでは決してなく、第三者に負担

をもたらす意図的な行為のみに存する、と述べられている。この点において、契約による第三者の負担という法律効果そのものところよりも、第三者に負担をもたらす意図の反良俗性が、扶養放棄が無効とされる理由である」とが強調されていると言えふ。BSG, NJW-RR 1994, 1346, 1347.

下級審裁判例の中には、扶養放棄が端的に「第三者に負担をもたらす契約」に該当すると評価するのみの (OLG Karlsruhe, FamRZ 1983, 174, 175) も見受けられる。

(27) サルイエは、(i)での扶養放棄のように、契約が発生させているのが第三者の法的な義務ではなく事実状態に過ぎず、社会法に基づいての事実状態が第三者の義務の根拠となる場合について、「最広義の第三者に負担をもたらす契約」の概念を当てている。その上で、「狭義の第三者に負担をもたらす契約」については他人の私的自治への介入を理由にその無効が一般的に承認されているが、(i)の無効の効果は社会法における「最広義の第三者に負担をもたらす契約」へと当然に拡張されるものではない、と述べている。Salje, NZA 1990, S.299, 300, 302, 304. Vgl. Staudinger/Jagmann, aa.O., Rdn.45, S.27; MünchKomm/Gottwald, aa.O.

O., Rdn.174, S.21/24.

また、リープレは「第三者に負担をもたらす契約」の無効を、法律行為の直接的な法律効果にしか適用されない原則と理解し ハンネ。Rieble, DB 1997, 1165, 1168. Vgl. OLG Dresden, DB 1997, 1176; BGH, NJW 1998, 1493.

(28) VVG六九条

①保険の目的物が保険契約者によって譲渡された場合には、譲渡人に代わって取得者が、その所有権の継続する間に保険関係から生じる保険契約者の権利および義務に加入する。

②加入のときまでに経過した保険期間に割り当てられた保険料については、譲渡人と取得者が連帯債務者として責任を負う。

③保険者は保険関係によって同人に対し発生した債権に鑑みて、同人が譲渡の事実を知ったときから自身に対する譲渡の効

『契約は他人を害さない』ことの今日的意義（二）（岡本）

力を認めなければならない。ドイツ民法典四〇六条乃至四〇八条の規定が準用される。

(29) この法定の契約加入が「第三者に負担をもたらす契約」の法律上の例外とされることもあるが（Staudinger/Jagmann, a.a.O., Rdn.45 S.27.）、本稿では相対性原則の法律上の例外を検討対象に含んでいないため、ここで深く立ち入る」とはしない。

(30) VVG七〇条

①保険者は一ヶ月の期間の遵守の下で、取得者に対し保険関係を解約する権利を有する。この解約告知権は、保険者が譲渡の事実を知つたときから一ヶ月以内にこれを行使しなければ消滅する。

②取得者は保険関係を解約する権利を有する。解約は通常の効力を伴うか、もしくは経過した保険期間の終了においてのみ行われる。解約告知権は、取得後一ヶ月以内に行使されなければ消滅する。ただし、取得者が保険の事実を認識していないなかつた場合には、取得者が保険の事実を知つてから一ヶ月経過するまで、解約告知権は存続する。

③本条の規定に基づいて保険関係が解約された場合、譲渡人は保険者に対し保険料を支払わなければならない。但し、保険関係の終了のときまでに経過した保険期間を超えてはならない。この場合に取得者は保険料に関する責任を負わされない。

(31) VVG七二条

保険者は取得者の不利益において六九条乃至七一条の規定に反する保険契約の規定を、援用することができない。但し、七〇

条二項により取得者が権利を有している解約について、および、譲渡の通知については、書面形式を条件とすることができる。

(32) VVG旧一九九二条（一九九四年に削除）

①略。

②州法に従い設立された公的機関の下で引き受けられた通常の保険には、本法において規定された契約自由の制限、および、保険代理人に関する規定は、適用されない。

③略。

論説
【事実関係】

強制競売によってDが取得した不動産上の建物には、前所有者Xと公的保険機関Yとの間で締結された契約によつて火災保険が付されていた。この保険契約についてYは引受を強制されたものであったが、他方でこの契約の中には、「保険契約が、Yが引受強制・・・に基づいて保険引受義務を負つている建物に関するものである場合は、Yも取得者も、譲渡を起因として保険を解約する権利を有さない」との条項が含まれていた。

Dは、自身は解約告知権の排除に拘束されないと見解に基づき、書留郵便によつて保険契約を解約した。Yはこの解約に対し異議を唱え、保険契約は解約告知に關わらず存続する、と主張した。これに対してDは、契約が解約告知によつて終結したとの確認訴訟を提起したが、地方裁判所と上級地方裁判所は訴えを棄却した。

【裁判所の判断】

RGの見解を要約すると次のようになる。

VVG七二条一項は同七〇条二項による取得者解約告知権の排除を禁止している。しかし、VVG六九条から七三条の規定が分離し得ない一体的な規範であり、取得者は七〇条により解約告知権が付与されなければ、六九条によつて保険契約に加入させられない、と解することはできない。VVG六九条から七一条の規定は、その全てがそれについて保険の目的物の取得者の利益に資するとされる一連の法規である。とりわけ六九条と七〇条二項はそれぞれ、取得者は一般に保険に加入すべきこと、つまり、ある期間に保険法上の保護を欠くべきではないこと、ならびに、取得者は加入の場合に元の契約期間に拘束されべきではなく、一ヶ月以内に解約することが許されるという、取得者の利益における二つの規定を含んでいる。これは保険契約の移転に条件が付されたのではなく、単に、移転された保険関係が取得者によつて終了させられることと、その方法が規定されているに過ぎない。

このような保険関係の拡張は、譲渡の事実そのものに基づくものではなく、譲渡の事実と結び付いたVVG六九条に基づいており、かつ、保険関係が任意の第三者に対して拡張されるのではなく、自身にとって有益な同条の規定によって譲渡人に代わり保険関係の当事者となる取得者に拡張されている。そしてまた、契約当事者には、普通市民法によれば有していないはずの取得者に対する契約権限が、六九条によって付与されている。他方で、VVG七〇条の規定は取得者が加入した保険関係の内容を、その譲渡によって変更しているが、これによつて影響を受けているのは契約加入という法的現象ではなく、加入された法律関係である。こうして、VVG六九条は保険契約当事者の契約権限を拡張しているが、この契約権限に関する契約自由はVVG七〇条を考慮したVVG七二条によつて制限されている。しかし、このような契約自由を制限する規定は、公的保険機関についてはVVG一九二条によつて適用除外されている。つまり、VVG七二条がなければ、同一九二条の効果は同七〇条に及ばなかつたのである。また、VVG六九条と同七〇条は独立して並存している規定なので、これにより七〇条の解約告知権が取得者に付与することになつても、六九条による契約加入の効力は否定されない。

さらに、VVG六九条が保険契約当事者の契約権限を拡張しているため、VVG七〇条において取得者に認められた解約告知権の契約上の排除もしくは制限は、「契約の効力に関する法的一般原則」（BGB旧三〇五条（現行三二一条一項））によつて無効である、という見解も妥当しない。

以上のことから、Yを含めてVVG一九二条一項に該当する州法に従い設立した公的機関は、保険契約者との契約によつて、保険の目的物の取得者はVVG七〇条二項に規定されている解約告知権を有しない、と約定する自由を有している。

【参考条文】

BGB旧三〇五条（現行三二一条一項）

法律行為によつて債務関係を発生させ、又は債務関係の内容を変更するためには、法律に別段の定めのない限り、当事者間の契約を必要とする。

Bruck-Möller/Sieg, VVG, 8.Aufl., 1973, § 70 Anm.27, S.885.

当初から取得者解約告知権の排除の効力を批判する代表的な見解」といへ、Hagen, JRPV 1933, S.81.

(35) (34)
Martin, Sachversicherungsrecht, 1982, AIV Rdn.4, S.334; Pröß-Martin, 23.Aufl., 1984, § 72 Anm.1, S.448f. Vgl. Wille, ZIV 1986, S.240,

(36) 241f.; Martin, Sachversicherungsrecht, 1992, 3.Aufl., A IV Rdn.5ff, S.404f.

(37) デュッセルドルフ上級地方裁判所一九八八年五月五日判決 NJW-RR 1988, 1051.

【事実関係】

AGBG 一二条二項における「営業利益の促進を目的とする権利能力ある団体」であるAは、公法上の保険機関であるXの約款の中の以下の条項について、その使用の差止めを請求した。

(1) 「Xも取得者も、Xが引受義務を負つてゐる保険を、譲渡を起因として解約する権利を有さない。」(普通火災保険約款(以下、「AFG」といふ)一二条二号、保険取引約款(以下、「VGB」といふ)一二条一項二号)

(2) 「Xのもとで保険を掛けられている建物に関しては、同じ危険に対する保険が他の方法で引き受けられへばならない。

」(1)の「」がXの同意なく行われた場合には、他の保険が解消されるまでXは免責される。」(AFG 一〇条一号、VGB 一二条一号)

(3) 「Xも取得者も、譲渡を起因として火災保険を解約する権利を有さない。」(VGB 一二条二号三文)

(4) 「火災保険は賠償義務のある保険事故を起因として、Xにも保険契約者にも解約され得ない。」(VGB 一〇条二号五文)

【裁判所の判断】

デュッセルドルフ上級地方裁判所はこれらの条項のうち、(2)以外について訴えを認容した。特に、VVG七〇条二項により保険の目的物の取得者に与えられている解約告知権の排除に関する(1)や(3)の条項については、次のような見解を示した。

VVG七〇条二項、七二条一文による取得者の解約告知権の任意変更不能性が、VVG一九二条二項の趣旨における「契約自由の制限」にあたるか否か、という問題については判断を必要としない。なぜなら、これまで支配的であったRGの見解に従うとしても、この見解は少なくともAGBGの発効以降は、任意に変更し得ない法定解約告知権の排除がAGBG一条の趣旨における普通保険約款によって約定される限りにおいて、もはや妥当しないからである。RGの見解によれば、VVG七二条一項は契約自由の制限を含み、この制限はVVG一九二条二項によって再び破棄されることになる。しかし、この契約内容形成の自由はAGBGなどにより、あらかじめ書式化された取決めが法定の模範から逸脱し、使用者の契約相手を信義誠実の命じるところに反して不当に不利な取り扱いをする場合には、あらかじめ書式化された契約約款の使用者は約定の内容を、有効かつ一方的に規定することができない、という形で制限されている。そして、AGBG第四章（適用範囲）は法律に基づく公的保険機関を、このAGBGによる制限から除外していない。

また、VVG七〇条二項、七二条一文による解約告知権の任意変更不能性は、VVG一九二条二項の趣旨における「契約自由の制限」であるか、という問題が重要であるとしても、RGの見解に従うことはできない。この「契約自由の制限」という概念は、例えば意志薄弱や無経験（Schwäche oder Unerfahrenheit）により生じる不利益から契約自由の制限によって保護されるべき（当初の）保険契約者と、保険者との関係のみに関わるものに過ぎない。しかし、取得者の解約告知権を排除することの禁止は、保険契約者をそのような不利益から保護するものではない。この禁止に含まれているのは、保険契約締結の当事者はいわゆる「第三者に負担をもたらす約定」の枠内において、保険の目的物の潜在的な取得者の法定解約告知権を、この取得者の私的自治への侵害の下で排除してはならない、という当然の規律のみである。

さらに、これらの条項はAGBG九条からも無効である。確かに取得者は保険契約を締結しておらず、そのため、Xもこの取得者に対して、自身の普通保険約款を直接的には「使用して」いなかった。しかし、取得者は保険の目的物の譲渡とともに、契約関係から生じる権利・義務へVVG六九条一項に従い加入する。これによって取得者が譲渡人の代わりに被告の新たな契約

相手となり、被告はこの時点からすでに、取得者に対しても自身の約款を使用している。また、解約告知権排除条項は譲渡の時点になつて初めて顕在化するものであるから、同条項の使用は、Xの当初の契約相手ではなく、取得者にのみ関わるものである。そして、解約告知権排除条項によつて本件約款は法律上の規律の本質的な基本理念から逸脱しているから、取得者は信義誠実の命ずるところに反して、不当に不利な取り扱いも受けている。この法律上の規律の basic concept は VVG 六九条から七二条の中で、明確かつ一義的に表されており、それはすなわち、取得者は確かに、譲渡人によつて締結された保険契約への加入によって、損害危険から保護されるべきであるが、しかし私の私的自治に鑑みれば、契約は取得者に強制されるべきではないため、取得者には任意に変更し得ない解約告知権が帰属する、というものである。

このような取得者の不利益は、Xが保険約款の中で取得者に利益を与えていたことによつても、調整されていない。個々の契約規定が約款使用者の契約相手に対し不当に不利な取り扱いをしているか、という問題は確かに、契約内容全体の評価や、契約によつて発生する相互の権利・義務の衡量に基づいてのみ、信頼できる回答がなされ得る。しかしながら、このような衡量は、利益と不利益が相互的な交換関係にあることを要件としている。そして、本件においては、Xによつて付与された利益のすべてが実現し得るのは、取得者が解約の放棄によつて契約関係の継続を決定した場合に限られるため、そのような交換関係は存在しない。このように、取得者の私的自治への介入は、取得者に特別に有利な契約を強制することによつて、正当化され得ない。

以上のことから、本件条項については AGBG 九条の要件が満たされており、A は AGBG 一三条に基づいて差止め請求することができる。そのため、AGBG 九条に挙げられた以外の理由、例えば、第三者に負担をもたらす約定は許されないとの理由から約款の条項が無効となる場合に、AGBG 一三条に基づく差止め請求ができるか、という問題は、判断する必要がない。

【参考条文】

AGBG一条 概念定義

①普通取引約款とは、契約の一方当事者（使用者）が、契約の締結に際して他方の契約当事者に設定する、多くの契約に用いるために予め定式化された全ての契約条件をいう。約款の諸規定が、外見上は契約書と分離されているかあるいは契約書 자체に取り込まれているか、いかなる範囲に及ぶものであるか、いかなる種類の書体で記載されているか、および契約がいかなる形式をとっているかは、これを問わない。

②当該契約条件が契約当事者間において個別に交渉された結果である場合には、普通取引約款ではない。

AGBG九条 一般条項

①約款中の条項が信義誠実の命ずるところに反して約款使用者の契約相手方に不當に不利益を与える場合には、その条項は無効である。

②約款中の条項が次の各号に該当する場合には、疑わしいときは、その条項は不當に不利益を与えるものと推定される。

一、法規定と異なる条項が、その法規定の本質的基本理念と相容れないとき

二、条項が、契約の性質から生じる本質的な権利または義務を、契約目的の達成が危殆化されるほどに制限するとき

AGBG一三条 差止めおよび撤回請求権

①本法第九条乃至第一一条により無効とされる約款中の条項を、使用もしくは法律行為による取引のために推奨した者に対しては、差止請求を、もしくは推奨の場合には撤回請求をすることができる。

②差止めおよび撤回請求は、次の者に限りなすことができる。

一、啓発および助言を通して消費者の利益を擁護することを定款上の任務とする権利能力ある団体で、その任務のもとで活動している団体または少なくとも七五名以上の自然人をその構成員として有するもの

二、営業利益の促進を目的とする権利能力ある団体

二二、商工会議所または手工業会議所

(3)略。 (4)略。

(AGBGの訳に関しては、石田喜久夫編『注釈ドイツ約款規制法』(同文館 改訂普及版、一九九九)を参考にした。) i)のデュッセルドルフ上級地方裁判所判決の他に、解約告知権排除条項を無効と判断した下級審裁判例として、AG Kleve,

VersR 1987, S.504; OLG Koblenz, NJW-RR 1989, 537; OLG Schleswig, VersR 1990, 197などがある。

(38) BGH一九九〇年五月三〇日判決 NJW 1990, 2686.

【事実関係】

Dらは住居建物が建設された土地を取得したが、i)の土地には、公法上の保険機関たるXの下で、火災、落雷、爆発および暴風雨に対する保険が付されていた。この保険契約の基礎となっているXの普通保険約款(以下、「AVB」という)は二三条一項において次のような条項を含んでいた。

「保険契約者が被保険物を譲渡した場合には、保険はVVG六九条に従い取得者に移転する。譲渡人もしくは取得者は、譲渡を遅滞なく書面によって通知しなければならない。保険者も取得者も、譲渡を理由に保険全体を解約する権利を有さない。」Dらはこの保険契約を書面によって解約したが、Xらはこの条項を援用した。そこで、Dらは解約により保険関係が消滅したi)との確認を求めて、訴訟を提起した。

しかし、地方裁判所と上級地方裁判所は訴えを認容しなかった。

【裁判所の判断】

BGHは次のような見解を示した。

VVG一九二条二項は公法上の保険機関に、VVG七〇条二項による取得者の解約告知権を有効に排除する可能性を開いているか、あるいは、取得者の解約告知権の排除は、「第三者に負担をもたらす契約」の禁止に違反しているか、という問題は、

『契約は他人を害さない』ことの今日的意義（二）（岡本）

本件に関して判断される必要がない。なぜなら、AVB一三条一項三文は、AGBG九条二項一号に違反するために、有効性が否定されるからである。

公法上の保険機関の契約約款もAGBG九条による内容規制を受ける。そして、建物が建設された不動産の取得者は、同人自身が保険者と保険契約を締結していないくとも、VVG六九条一項によつて譲渡人の代わりに、保険関係から生じる保険契約者の権利・義務に加入するため、AGBG九条において場合によつては不利な取扱いが問題となる契約当事者としてみなされなければならない。

AVB一三条一項における解約告知権の排除は、法律の規定の本質的な基本理念から逸脱している。VVG六九条から七三条の立法理由によれば、保険の目的物の取得者は、補償を受けない中間状態を譲渡がもたらすことの危険から、保険関係の直接的な移転によつて保護されるべきであるが、被保険物の取得者も諸般の事情において、譲渡人によつて締結された保険契約に拘束されない正当な利益を有している。それゆえ、私の自治に内在する決定の自由は、保険契約者の保護のために法定契約移転によって制限されていたが、解約告知権によつて復元されている。また、このことの重要性はVVG七二条一文から明らかである。したがつて、VVG六九条一項、七〇条二項には典型機能（Leitfunktionsfunktion）が付随しており、かつ、この機能はVVGの本質的な基本理念であり、保険者は説得力のある根拠なしに、保険契約者の不利益においてこの理念から逸脱してはならない。しかし、そのような説得力のある根拠は存在せず、むしろ、解約告知権の排除は信義誠実の命ずるところに反して、取得者に不当に負担をかけている。とりわけ、VVG一九二条二項もすでに被告について、保険契約法の本質的な基本理念から逸脱することを正当化していない。この条項が規定しているのは、公法上の保険機関の保険約款は保険契約法による契約自由の制限を顧慮する必要はない、ということのみである。RGの見解に従うとしても、AGBGの施行後は、解約告知権の排除はAGBG九条に従い衡量されなければならず、それによれば法律上の基本理念から逸脱している。

約款使用者の個々の契約規定が契約相手を不当に不利に取り扱つてゐるか否かの問題は、契約内容全体の評価や、それに

よつて発生する双方の権利や義務の衡量に基づいてのみ、信頼できる回答がなされ得るが、契約款は取得者に補償していないため、取得者は解約告知権の排除によつて不當に不利な取扱いを受けていると解される。公法上の保険機関が法律により保険契約者にとって有利となる義務（保険引受義務、査定義務、即時の保険始期等）を負わされているとしても、保険関係はすでに存在するため、取得者はそれによつて利益を享受せず、解約を望む取得者にとって補償とならない。また、法律により保険契約者に有利な効力（通知義務違反の際の解除権不発生、危険増加の際の解約告知権不発生、保険料遅滞の際の即時給付解放の不発生等）が生じるが、法律にはそれらの制限も含まれていることからすれば、それらの効力は解約告知権排除の十分な代償となり得ない。

それゆえ、解約告知権の排除はAGBG九条二項一号により無効である。

(39) BGB五六六条

① 使用賃貸人が賃貸住居を使用賃借人に委ねた後、第三者に譲渡したときは、譲受人は、その所有権の存続する間、使用賃貸人に代わつて使用賃貸借関係から生ずる権利を有し、義務を負う。

② 譲受人が義務を履行しないときは、使用賃貸人は、譲受人が賠償すべき損害について、先訴の抗弁を放棄した保証人と同様の責めに任ずる。使用賃借人が使用賃貸人の通知により所有権の移転を知つた場合において、告知の許される最初の期限における、使用賃貸借関係を告知しないときは、使用賃貸人はその責めを免れる。

（同条の訳に関しては、関西借地借家法研究会「ドイツ賃貸借改正法新旧対照仮訳（五）」龍法三五巻四号四〇頁以下（二〇〇三）を参考にした。）

(40) ケルン地方裁判所一九九二年五月二一日 Wum 1995, 151.

【事実関係】

DがXから使用賃借している住居を、YはXから譲り受けた。その後、Yはこの住居の立替を理由にDを別の代替住居に移し

〔契約は他人を害さない〕ことの今日的意義（二）（岡本）

た上で、元の住居や、の代替住居を他人に譲渡したと称し、あるいは、使用賃貸借契約を告知したとして、Dに代替住居の明渡しを請求した。」の訴訟の中で「第三者に負担をもたらす契約」に関連する部分について述べると、XとYとの間の譲渡契約において、Yが既存の使用賃貸借関係を「債務法的に(schuldrechtlich)」引き受けないと取決めていたことの効力も問題となつた。

【裁判所の判断】

「第三者に負担をもたらす契約」に関連する部分についてだけ紹介すると、ののような取決めは、Dからその契約上の関連な⁴¹⁾て(hinter dessen vertragliche Einbeziehung) 使用賃貸借契約上の権利を剥奪する」とに向けられてくるため、「第三者に負担をもたらす契約」にして無効である、と評価された。

Dörner, NJW 1991, S.409, 410; Prößl-Martin/Kolhosser, VVG, 25.Aufl., 1992, § 72 Ann. I, S.566, § 192 Ann.3b, S.854.

(42) LG Köln, WuM 1995, 151.

保険の目的物の譲渡の際に、譲渡人(保険契約者)と譲受人との間で保険契約が移転しないことを取り決めておくことだが、第三者(保険者)に負担をもたらす契約として無効である、と説明されることがある。Prößl-Martin/Kolhosser, VVG, 26.Aufl., 1998, § 72 Rdn.4, S.604.