

『契約は他人を害さない』ことの今日的意義（三）

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

二、日本法における相対性原則の素描

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ず契約」

第一節 「第三者に負担をもたらず契約」の概念

一、「第三者に負担をもたらず契約」の原則的否定

二、「第三者に負担をもたらず契約」の意義

(1) 第三者の義務負担

(2) 第三者の権利消滅(以上、第二〇三号)

(3) 第三者に対する責任制限の主張

(i) 問題状況の特徴

(ii) 連帯債務者の免責を巡る問題

(iii) 運送契約に基づく責任制限

(iv) その他の個別問題

(v) 第三者に対する責任制限の主張に関するまとめ

(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

一、代理・義務負担授権

（1）代理

（2）義務負担授權

二、第三者のためにする契約を巡る問題

（1）権利取得に伴う直接的な負担の無効

（2）権利取得に伴う適法な負担

三、「第三者のための保護効を伴う契約」の第三者に不利な効力

四、「第三者に対する負担効を伴う契約」

第三節 小括（以上、本号）

第三章 第三者の法的地位に対する契約の効力

終章

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

二、「第三者に負担をもたらす契約」の意義（承前）

（3）第三者に対する責任制限の主張

（i）問題状況の特徴

1. ここまで、ドイツ法において、第三者に義務を負担させる契約と第三者の権利を消滅させる契約が「第三者に負担をもたらす契約」に該当し、無効とされていることを概観した。次に見るのは、当該契約の当事者となっていない第三者の契約外の請求権に対して、契約上の責任制限を主張する場合の問題である。

2. このような問題を、第三者の権利（契約外の請求権）を（一部）消滅させる契約として類別することも可能なようにも思える。しかし、ここで考察する契約の効力は、次の点においてこれまでのものとは異なっている。

すなわち、先の二つの契約態様においては、当事者が第三者の義務負担、もしくは権利消滅そのものを目的としており、そのことを契約内容としていたことから「第三者に負担をもたらす契約」としての評価がされていた。

これに対して、第三者に対して契約上の責任制限を主張する場合には、当事者はこの責任制限を最初から第三者に対して主張することを想定しているわけではない。当初は、契約当事者間の責任ないし危険の分配しか、目的とされていない。後に第三者から契約外の請求をなされたときに初めて、責任制限の恩恵に浴している当事者が、こ

の責任制限を第三者に対して主張できるかが問題となるのである。

3. ドイツ法においては、このような第三者に対する責任制限の主張もまた、「第三者に負担をもたらす契約」として評価され、第三者の契約外の請求権は責任制限の効力に服さないものと解されている。以下において、実際に問題となった事例を見ていく。

(ii) 連帯債務者の免責を巡る問題

(a) 問題の前提となる原則

1. まず最初に見ていくのは、債権者と連帯債務者の一人との間の約定により、この連帯債務者が免責された場合に、当該約定の当事者ではない者の請求権に対してこの免責が及ぼす効力に関する問題である。

2. 日本法においては、連帯債務者の一人に関する債務免除および時効の完成に、いわゆる絶対的効力が明文の規定によって認められている（日民四三七条、四三九条）。その結果、債務免除を受け、あるいは債務の消滅時効が完成した連帯債務者（以下、「免責連帯債務者」という）の負担部分の範囲において、他の連帯債務者（以下、「非免責連帯債務者」という）も債権者に対して免責される。残りの債務を非免責連帯債務者が債権者に弁済したとしても、もはや非免責連帯債務者は免責連帯債務者に求償できない。

これに対して、ドイツ法では、連帯債務関係において絶対的効力を伴うのは、連帯債務者の弁済、代物弁済、供託、相殺（BGB四二二条²⁾、ならびに、債権者の受領遅滞（BGB四二四条³⁾）のみである。連帯債務者の免責は当事者の意思に拠らなければ、絶対的効力を有しない（BGB四二三条⁴⁾）。また、その他の事由については相対的効力しか認められていない（BGB四二五条⁵⁾）。そこで、連帯債務者の一人に関する絶対的効力を付与する意思のない債務免除や債務の時効消滅が、連帯債務者間の求償に影響を及ぼすのが問題となった。

3. この問題についてBGHは、連帯債務者の一人に関する債務免除や消滅時効に相対的効力しか、原則として認め⁽⁶⁾ていない。そのため、非免責連帯債務者が債権者に満足を与えれば、その連帯債務者はBGH四二六条⁽⁷⁾に従って、免責連帯債務者に対して求償を請求できることになる。

こうした連帯債務者の免責の絶対的効力の否定は、その免責が法律に基づくものであっても、債権者との契約に基づくものであっても、結果について変わりはない。そのような状況の中で、特に免責連帯債務者（Y）が債権者（X）との間の契約上の免責を、他の連帯債務者（D）の求償請求に対して援用することが、「第三者に負担をもたらす契約」の禁止と抵触することを指摘するものもある。⁽⁸⁾

また、学説においても、このような責任制限の主張は「第三者に負担をもたらす契約」として評価されている。⁽⁹⁾

(b) 例外—「妨害された連帯債務求償」における免責の絶対的効力

1. このように免責連帯債務者と債権者との間の契約上の免責には、原則として相対的効力しか有しない。ただし、例外も存在する。そのような免責連帯債務者の免責が絶対的効力を生じさせる場合を、「妨害された連帯債務者求償（gestörter Gesamtschuldnerausgleich）」⁽¹⁰⁾と呼んでいる。

2. この「妨害された連帯債務者求償」の状況が判例において認められたのは、労働災害の事例であった。

詳言すると、労働災害の被害者である被用者との関係において、加害者である使用者や同僚は、ライヒ保険法（以下、「RVO」という）旧六三六条、旧六三七条⁽¹¹⁾の下で免責されることとなっていた。この免責が他の非免責加害者と被害被用者との関係、および非免責加害者と免責加害者との関係にかなる影響を与えるのが争われていた。

3. 当初問題となったのは、労働災害により損害を受けた被用者から非免責加害者（別の事業者等）に対する請求権の移転を受けた免責加害者たる使用者、もしくははその責任保険者（社会保険機関）が、非免責加害者に対してこ

の請求権を主張した事例であった。このような事例において、加害者間の内部関係の特性を考慮して、請求している免責加害者の免責がなければ、非免責加害者が内部関係において負っていたはずの責任負担部分まで、この請求は縮減されていた。¹²⁾

4. そのような傾向の中で、被害被用者が非免責加害者に対して直接的に損害賠償を請求した事案においても、B G Hは賠償される範囲を免責加害者の負担部分について縮減させた。¹³⁾ このように労働災害の場合に限り免責に絶対的効力が認められることについては、非免責加害者に対する被害被用者の損害賠償請求権の範囲が制限されるとしても、被害被用者は社会保険給付を受けるため、実際上は不利益を被らない、という社会保険の適用を受ける労働災害の特殊性が重視されている。¹⁴⁾ したがって、労働災害以外の事例では、依然として、免責加害者の免責に絶対的効力は認められていない。¹⁵⁾

(c) 派生問題——「二重に妨害された連帯債務者求償」における「第三者に負担をもたらず契約」

1. 以上のとおり、ドイツ法では、免責連帯債務者の免責は原則として相対的な効力しか認められていないが、例外的に労働災害の場合には、連帯債務者間の求償権や非免責連帯債務者に対する被害被用者の損害賠償請求権に影響を及ぼしていた。その際、それぞれが制限される範囲は、連帯債務者間の責任負担割合に対応していた。

ところで、連帯債務者相互間で内部的に責任負担割合を約定しておくことは、B G B 四二六条一項の「別段の定め」¹⁶⁾として認められている。したがって、内部関係において、ある連帯債務者がすべての責任を負担する、と取り決めておくことも可能である。¹⁷⁾

このことと先の労働災害における「妨害された連帯債務者求償」とを合わせて考えると、加害者間で免責加害者のみが責任を負担する旨の約定がなされていた場合、被害被用者は非免責加害者に対して損害賠償請求できないこ

となりそうである。つまり、免責加害者（X）と非免責加害者（Y）との間で、Xがすべて責任を負うとの約定がなされた場合に、Yに対して被害被用者（D）が損害賠償請求したとき、YはXとの約定に基づいて免責を主張しうるか、という問題が生じる。¹⁹⁾

2. この問題について初めて判断したBGH一九八七年二月一七日判決²⁰⁾はこれを肯定した。つまり、「妨害された連帯債務者求償」とBGH四二六条一項の「別段の定め」についての理解を組み合わせることにより、非免責加害者に対する被害被用者の損害賠償請求権の範囲が、加害者間の責任負担割合に関する約定によって縮減されうることを認めたのである。

3. しかし、BGHのこの判断は学説からの批判にさらされた。

まず、ブルケルトとキルヒドエルファーが「二重に妨害された連帯債務者求償（Der doppelt gestörte Gesamtschuldnerausgleich）」と題した評釈²¹⁾において、免責加害者の責任負担部分を構成する損害惹起への寄与、および、加害者間の免責条項に基づく義務という二つの要素のうち、BGHが後者の要素をも被害者の損害賠償請求を制限する際に考慮していることを非難した。²²⁾ その中では、加害者間の免責条項に基づいて被害者の損害賠償を制限することが、「第三者に負担をもたらす契約」の禁止に反するものと評価されている。²³⁾ これによると、BGHは、非免責加害者に対する免責加害者・被害者間の免責約定の効力を否定する際に、そのような約定が非免責加害者に負担をもたらす効力を及ぼすことになることを根拠としている。²⁴⁾ 彼らは、これと同様に、加害者間の約定は、非免責加害者から部分的であれ損害賠償を受けることについての被害者の利益を侵害することはできない、と主張しているのである。²⁵⁾

デンクもまたBGHの見解を批判した。²⁶⁾ その見解は、内容的にはブルケルトとキルヒドエルファーと同様である

が、労働法の観点に基づいている。「対価もなく被用者に不利益となる責任の取決めは、労働法上の責任秩序が保護的性質を有することと相反する。このことに対応して、他の使用者が負担する法定の内的責任負担部分を逸脱して、使用者間の免責約定が労災保険を掛けられた被用者に負担をもたらすことはできない」²⁷⁾のである。その上で、デックもまた、加害者間内部においてBGB四二六条一項、二五四条に従い、RVOにより免責された免責加害者の負担とされるはずの法定責任負担部分を超えて、加害者間内部の契約による非免責加害者の免責により、被害者の非免責加害者に対する請求権をゼロにまで削減することを、「第三者に負担をもたらす契約」に当たると解している。²⁸⁾

もつとも、いずれの評釈とも、BGH一九八七年二月一七日判決の事案における結論までも否定してはいない。社会生活上の保護義務(Verkehrssicherungspflicht)の負担を契約により、作業関係者間で移転させることが認められているためである。このことを前提として、BGHの述べるように、「少なくとも(jedenfalls)——本件のように——契約上の責任分配が諸般の関係(Verhältnissen)に従って存する当事者の責任管轄の表明であるとき」³⁰⁾に、被害被用者の損害賠償請求が制限されることは、容認している。³¹⁾すなわち、社会生活上の保護義務の移転の範囲と責任負担部分が一致する限りにおいて、加害者間の約定は被害被用者の損害賠償請求権に影響を及ぼすが、約定による責任負担部分が保護義務移転の範囲を超える場合には、「第三者に負担をもたらす契約」と評価されているのである。

4. このような学説の主張を受けて、その後BGHも態度を修正した。労働災害における「妨害された連帯債務者求償」についての判例を前提として、加害者間の約定により非免責加害者に対する被害被用者の損害賠償請求権を制限することを「第三者に負担をもたらす契約」として評価する一方で、社会生活上の保護義務の移転による実際

の責任管轄と加害者間の責任負担の配分が一致する限りで、被害被用者の損害賠償請求権の縮減を認めたのである。³²⁾

(d) 連帯債務者の免責を巡る問題のまとめ

以上、連帯債務者の免責と関連して「第三者に負担をもたらす契約」が問題となる事例を見てきた。その中では、二つの異なる状況において、契約上の免責を第三者の契約外の損害賠償請求に対して主張することが、「第三者に負担をもたらす契約」として否定されていた。

第一に、一般的に、被害者(X)と免責連帯債務者(Y)との間の契約上の免責が、免責連帯債務者に対する非免責連帯債務者(D)の求償に対して主張される場合(a)参照)である。

第二に、労働災害における「妨害された連帯債務者求償」の際に、免責連帯債務者(X)と非免責連帯債務者(Y)との間の非免責連帯債務者の契約上の免責が、被害非免責連帯債務者に対する被害者(D)の損害賠償請求に対して主張される場合(c)参照)である。

これらと比較すると、免責を約定した契約当事者や第三者に該当する者に違い(連帯債務者か債権者か)が見られるが、いずれの場合においても、第三者に対する契約上の責任制限の主張が禁止されていることに変わりはない。(iii) 運送契約に基づく責任制限

1. 続いて、運送契約に基づく運送人の責任制限に関する問題について見ていく。

その典型的な事例は、運送品の所有者(D)が運送(取扱)人(X)に運送を委託し、このXがさらに別の運送(取扱)人(Y)に運送を再委託した場合である。このような場合に、運送中にYの元で運送品が滅失・毀損し、これについてDがYに対して契約外の原因に基づいて損害賠償を請求したときに、YはXとの契約に基づく責任制

限をこのDの損害賠償請求に対して主張できるか、ということが争われていた。（以下、問題となる責任制限を含む運送契約の当事者ではない運送品所有者を「第三所有者」といい、「運送人」、「運送契約」は、それぞれ「運送取扱人」、「運送取扱契約」も含むものとする。）

2. 現在のドイツ法においては、この問題は立法的に解決されている（ドイツ商法典（以下、「HGB」という）四三四条、四六一條³³、³⁴）。これらの規定に従い、運送人は運送品所有者からの契約外の損害賠償請求に対して、即時取得の場合と類似した要件の下で、契約上の責任制限を主張することができる。

これに対して、HGB改正以前は、第三所有者に対する運送人の運送契約に基づく責任制限の主張が原則として許されないと解されていた³⁵。また、このような責任制限の主張が「第三者に負担をもたらす契約」の禁止に抵触することも指摘されていた³⁶。この点において、HGB四三四条、四六一條は「第三者に負担をもたらす契約」の禁止に対する法律上の例外と言える³⁷。

3. ただし、この問題に関しては、HGB改正よりもはるか以前のRGの時代からすでに、運送人に対する第三所有者の契約外の請求権が運送契約の責任制限に服しうることが認められていた³⁸。

例えば、RG一九〇九年一月四日判決は、運送取扱人Xが鉄道Yで荷物を発送しようとしていたことを第三所有者Dが認識していたこと、および、当該運送契約に関する鉄道会社の責任は法律の規定により必然的に制限されていたことを理由に、自己の荷物について、自己の認識と意思に基づいて、Xが締結した運送契約の規定に反し、Dが契約外の理由から損害賠償請求権を導き出そうとすることは、信義誠実に反する、と判断した⁴⁰。

また、RG一九一一年一月二五日判決は、第三所有者Dに対する運送契約上の責任制限の主張が認められる際の正当化根拠として、運送人Yの責任制限が慣習となつている運送契約を自己の名において、かつ委託者（D）の

計算で締結する旨の委託が、運送取扱人Xに対して行われたのであれば、運送契約における責任制限は委託者により初めから同意されていたものとみなされるのが自然であること、通常締結されている運送契約の締結を委託者も望んでいること、ならびに、委託者が荷物所有者として運送人に対して責任制限を越える請求を留保しておくことはこれらの事情と矛盾することを挙げていた。その上で、信義誠実に従えば運送取扱委託には運送人のための放棄を含んでおり、D（運送委託者）に対するYによるその放棄の援用は「第三者のためにする契約」の基本的な考えによって正当化される、という説明がなされた。⁴²

これらの他にも、RGが第三所有者に対する運送契約上の責任制限の効力を認めた判例があるが、他方において、逆にこの効力を否定する判例もあり、また、それぞれの判断の際の根拠も様々であった。⁴³つまり、この問題に関するRGの立場は一貫してなく、むしろ事例ごとの判断がなされていた。

4. これらのRGの諸判例を受けて学説では、一定の場合に第三所有者に対する運送契約上の責任制限の効力を認めることについては一致していたが、その正当化根拠を巡っていくつかの見解が主張されていた。⁴⁴

BGHは当初このような責任制限の効力を否定していたが、⁴⁵BGH一九七四年七月一二日判決を契機として、一定の要件の下で第三所有者に対する運送契約上の責任制限の効力を肯定することが、判例において定着することとなった。⁴⁷

その要件とは、次のようなものである。すなわち、信義則によれば、運送の実施のために、運送契約で通常の場合利用される運送約款に従い活動している運送取扱人、もしくは所有者が認識しているか、または予測しなければならぬ特別な普通取引約款を利用する運送人に、所有者が委託されることを、所有者が認識しているか、または諸状況から予測しなければならぬ場合には、所有者は業者の約款、特に責任制限の対抗を受けなければならない。⁴⁸

このような判断の背景には、第三所有者（D）は、自己の計算で、かつ他人の名において、つまり運送取扱人等（X）を介して自己の所有物を輸送させようとしている、という状況の中で、Xが当該運送のために他の運送人（Y）を利用することが通常の運送取引に適合していて、かつ、X・Y間の運送契約に用いられた約款が通常の運送取引において用いられているものであるならば、もしD自身が直接Yと運送契約を締結したとしても同様の約款を利用していたはずであるから、たまたまXを介したことだけでDが約款の効力を免れることは信義誠実に反する、との評価が存在していた。⁶⁴⁾

また、このBGH一九七四年七月一二日判決以降は、学説も判例の立場を支持していた。⁶⁵⁾

5. 以上のように、ドイツの運送法の領域では、HGBによる法律上の例外が規定される以前から、第三所有者の契約外の損害賠償請求に対して運送人が運送契約上の責任制限を主張しうる場合が、広く認められていた。第三所有者から運送を委託された者が、第三所有者の意図に基づく運送の実行のために、その運送の内容に従い通常の場合に利用される他の運送人と、通常であれば用いられる約款に従い契約を締結したならば、第三所有者もこの約款の効力を受けなければならないこととなっていた。また、他の運送人を利用することや、使用される約款の内容が特別な場合であっても、第三所有者がそのことを認識していたのであれば同様のことが妥当していたのである。

(iv) その他の個別問題

1. ここまで第三者に対する責任制限の主張について、連帯債務者の免責を巡る問題と運送契約に基づく責任制限についてのドイツ法の状況を見てきた。ドイツ法においては、これらの問題の他にも、第三者に対する契約上の責任制限の主張が争われた事例が存在する。そのような場合をまとめて、「第三者責任制限（Dritthalftungsbeschränkung）」⁶⁶⁾、または、「第三者に負担をもたらす責任制限（Haftungsbeschränkung zu Lasten Dritter）」⁶⁷⁾として類型化する

見解もある。これに含まれる個別事例を以下に紹介する。

2. 中古車の販売を所有者Dから委託された業者Xが、その中古車を客Yに試乗させた。この試乗の際にYが運転を誤り、Dの車を毀損させた場合に、YはDからの不法行為に基づく損害賠償請求権に対して、Xとの間の契約上の責任制限を主張することができるか。

このような第三者に対する契約上の責任制限の主張を、B G Hは容認している⁵³⁾。その際、二つの理論構成が示されている。一つには、試乗のためだけの保険締結を期待されえないYが、Xによる試乗車に関する保険加入を信頼している一方で、DがXに対し、客に試乗させる権限を与えておきながら、この試乗に関する自動車保険についての義務を負わせていなかったという場合には、Dは保険が掛けられていた場合と同様の保護しか受けない、⁵⁴⁾という考え方。もう一つには、Xを「仲買人」として利用したDについては、履行補助者の過失に関する規定（B G B二七八条⁵⁵⁾）に従い、X・Y間の契約上の責任制限が、不法行為に基づくYに対するDの損害賠償請求権にも適用される、とする構成である⁵⁶⁾。

また、試乗した客が直接的な契約関係にない車の所有者に対しても免責されることを根拠付けるために、先に紹介した運送法における判例法理を援用する上級地方裁判所の判例もある⁵⁷⁾。

3. これに対して、企業Xではなく、労働契約に関与していないDの所有である企業設備を毀損した被用者Yが、Dからの不法行為に基づく損害賠償請求権に対して、Xとの労働契約に基づく責任制限を主張することを、B G Hは認めていない⁵⁸⁾。

その説明に際しB G Hは、様々な観点からの論拠を示している。その中でとりわけ、労働関係を支配する誠実義務及び保護義務の考え方に基づく被用者の責任制限を、設備の所有者との関係において主張することは、第三者と

の法律関係（ここでは、企業との労働契約）に基づく抗弁であり許されない、とする私法上の一般原則に反する、ということも挙げている。⁶⁵⁾

こうしたB G Hの態度は、学説においてこれに対する異論が見られるものの、近時においても維持されている。^{61) 62)}

(v) 第三者に対する責任制限の主張に関するまとめ

以上の考察から明らかなように、契約外の第三者の請求権に対して契約上の責任制限を主張することも、「第三者に負担をもたらす契約」として考えられている。契約当事者は第三者からの契約外の請求に対して、契約に基づく責任制限を主張することもまた、「第三者に負担をもたらす契約」として許されないのである。

ただし、このような責任制限の主張が否定される際には、第三者との法律関係に基づく抗弁は許されない、との一般原則が援用されることもある。⁶³⁾

また、第三者に対する責任制限に関しては、他の態様における「第三者に負担をもたらす契約」とは異なり、いくつかの事例において重大な例外が認められていることも注目すべきである。

(4) 訴訟に関わる第三者の不利益

1. これまでの考察から、契約が第三者の実体法上の権利・義務に不利な効果を生じさせる場合に、その契約が「第三者に負担をもたらす契約」として理解されてきていることが分かる。さらにこの他にも、ドイツ法における「第三者に負担をもたらす契約」を巡っては、契約が第三者に実体法上の不利益をもたらすことだけが否定されているわけではない。第三者が契約によって訴訟法上の不利益を被る場合もまた、「第三者に負担をもたらす契約」が問題となると解されているのである。

2. 例えば、裁判例の中には次のような事例が現れている。

XがYからバスを使用賃借した際、その契約の中で、故意・重過失および契約違反の不存在に関する立証責任が、賃借人であるXの負担とされていた。このバスをXの知人であるDが運転し、事故を起こした。このような場合に、Dに対する使用賃貸借契約内の立証責任の転換の効力に関して、ベルリン高等裁判所（以下、「KG」という）は、契約当事者は使用賃貸借契約の当事者ではないDの負担において、立証責任の転換を約定することはできない、と断じている。⁶⁴⁾

訴訟に関わる第三者の不利益についての裁判例をもう一つ紹介しよう。健康保険組合Xに加入しているDが、健康保険歯科医師組合Y₁の構成員Y₂のもとで治療を受けた。XとY₁の間では、治療の適正性を判断するための鑑定手続きを定めた仲裁鑑定条項（Schiedsgutachtenklausel）が約定されていた。Y₂の治療に不満を持ったDは、この仲裁鑑定手続きとは別に、自己が負担した治療費をY₂に請求した。このような事案において、Dがこの仲裁鑑定条項に拘束されることをY₂が主張したのに対し、KGは「第三者に負担をもたらす不適法な約定」として、これを否定した。⁶⁵⁾

3. こうした第三者に負担をもたらす立証責任の転換や仲裁鑑定条項の他に、学説においては、契約当事者が第三者に不利になるように裁判管轄についての合意を行うことも、「第三者に負担をもたらす契約」として無効と解されている。⁶⁶⁾

三、第一節のまとめ

1. ここまで、「第三者に負担をもたらす契約」の概念を理解するために、この概念に包摂されるものと理解されている具体的な事例を概観した。これにより、先に示していたように、ドイツ法の「第三者に負担をもたらす契約」

が単なる「第三者に直接的に義務を負担させる契約」に止まらないことが明らかとなった。

2. ところで、第三者に義務を負担させる契約と比較すると、契約が第三者に対して義務負担以外の負担的な効力を生じさせる契約が「第三者に負担をもたらず契約」として把握され始めたのは、近時になってからであることが分かる。

例えば、公的保険契約の中に見られた保険の目的物の取得者の解約告知権を排除する条項は、すでにRGの時代から契約の中に採り入れられていたものの、学説や裁判例において「第三者に負担をもたらず契約」と評価されるようになったのは、一九八〇年に入ってからのことである。⁶⁷ また、第三者に対する運送契約上の責任制限の効力についても、RGがこれを認めていたにも拘らず、これを最初に「第三者に負担をもたらず契約」と解したのはヘルムであり、その評価が定着するのはさらに後のことであった。その他の問題においても、「第三者に負担をもたらず契約」が論じられるようになったのは一九七〇年代以降のことである。

3. こうした「第三者に負担をもたらず契約」に関するドイツ法の展開には、普通取引約款の効力に関する議論が大きな役割を果たしてきたことは間違いない。公的保険契約における取得者解約告知権排除条項に関するRGの判例がBGHによって変更されたのは、ドイツ普通取引約款規正法の制定（一九七六年）が機縁となっていた。また、運送契約に関する事例においても、実際に問題となっていたのは主に約款中の責任制限条項であった。これらの約款の第三者に対する効力が、学説における関心の対象となっていたのは確かである。

4. しかし、「第三者に負担をもたらず契約」で問題となっているのは、第三者に対する約款の効力のみではない。そのため、一九七〇年代に「第三者に負担をもたらず契約」の理解に転機が訪れたのは、約款論の影響のみでは片付けられない。むしろ、この時期のドイツ法では、約款を含めて、より一般的に第三者に対して契約の効力が及ぶ

のか否かについて、共通の問題認識が浸透し始めていた、と評価するのが適切であろう。

一九七〇年以前においてもすでに、「第三者に負担をもたらす契約」を形式的に「第三者に義務を負担させる契約」として理解することに対して、異論が見られた。むしろ、「第三者に負担をもたらす契約」を実質的に捉えて、「契約によって第三者の法的地位 (Rechtsposition) を悪化させることの全て」が不適法であるとの主張が、有力になされていたのである。⁽⁶⁸⁾

こうした当時の学説の理解を端的に示していると考えられるのが、メデイクスによる債務関係と第三者との間の関係に関する論稿⁽⁷⁰⁾である。この中でメデイクスは、原則として二当事者関係に限定される債務関係が、例外的に第三者と係わり合う場合について、包括的な考察を行っている。具体的には、債務関係が第三者の法的地位を悪化させる場合、改善する場合、ならびに、第三者が債務者の法的地位に影響を及ぼす場合、債権者の法的地位に影響を及ぼす場合に類型化し、それぞれに該当する法律上の例外を個別的に挙げている。これらのうち、本稿と関連するのは債務関係が第三者の法的地位を悪化させる場合であるが、メデイクスはこれをさらに、第三者が債務関係に基づいて義務を負担する場合と、債務関係に基づく抗弁の対抗を受ける場合とに類型化している。⁽⁷¹⁾

ただし、ここでメデイクスが対象としているのは、法律上の例外のみである。それゆえ、この論稿の中で、債務関係と第三者との係わり合う場合が網羅的に考察されているわけではない⁽⁷²⁾。それでもなお注目されるべきなのは、債務関係が外の世界から隔絶されたものではないという認識に基づいて、「第三者に負担をもたらす契約」の例外に当たる法制度を第三者の「法的地位 (Rechtsstellung)」を悪化させる場合に分類している点である。⁽⁷⁴⁾ このことは、第三者に義務を負担させる場合でなくても、第三者の「法的地位」に影響を与えることが、相対性原則に抵触するとの当時のメデイクスの理解を表している。⁽⁷³⁾

5. もつとも、このメデイクスの理解もまだ、第三者に対する義務負担以外の契約の効力まで、「第三者に負担をもたらず契約」と捉えていたかどうかは明確ではなかった。⁽⁷⁶⁾

そうした中で、「第三者に負担をもたらず契約」が第三者の義務負担以外の効力をも含むものであるとの認識をより明確に示したのがシルマーであった。⁽⁷⁷⁾シルマーは、第三者のためにする保険に基づいて被保険者が間接義務（*Obliegenheit*）を負担することの適法性を検討した論稿の中で、次のことを述べている。すなわち、「第三者に負担をもたらず契約」の不適法性の射程については、第三者の義務負担に限定されるかどうかは不明確である。「第三者に不利となる負担効を伴う契約（*Vertrag mit Lastwirkungen zum Nachteil Dritter*）」を始めから適法なものとみなすことも、不適法とみなすことも許されない。そのような契約は、法的保護を受けた第三者の地位を侵害する場合には限り、不適法となる、と。⁽⁷⁸⁾このように、シルマーは、「第三者に負担をもたらず契約」とは、第三者に義務を負わせる契約に限られない「第三者の法的地位を侵害する契約」であるとの認識を示したのであった。

また、同時期に発表されたマルテンスの論稿も、「第三者に負担をもたらず契約」の意義について、シルマーと同様に理解している。自己決定に基づく法律行為と第三者利益との関係を論じる中でマルテンスは、第三者が契約規律によって直接的な義務を負わされ、あるいは従前の権利を奪われる場合のような、第三者の法的地位を直接的かつ負担を伴って侵害する契約を、「第三者に負担をもたらず契約」と評価している。⁽⁸⁰⁾その上で、このような「第三者に負担をもたらず契約」に対して、絶対的な保護を受ける第三者の法的地位を侵害するのではなく、第三者の契約自由を制限するに過ぎない契約である「第三者に対する負担効を伴う契約（*Vertrag mit Lastwirkung gegenüber Dritten*）」は、「第三者に負担をもたらず契約」と区別され、そのような第三者利益への影響を伴うことのみをもってして無効となるものではない、と解したのである。⁽⁸¹⁾

6. このように「第三者に負担をもたらず契約」を契約に基づく第三者の義務負担に限定することなく、より広く解するドイツ学説の趨勢が、裁判所の判断にも影響を及ぼしたものと考えられる。

もつとも、このような見解に対しては、「第三者に負担をもたらず契約」が無効となる射程を巡り、その基準とされる第三者の「絶対的な保護を受ける法益範囲」について、まさにその範囲そのものが問題となるため、個別事例に依存しない一義的かつ予見可能な限界付けは不可能である、との批判もなされている。

しかし、現在では、裁判例に表れている裁判所の判断も踏まえて、シルマーやマルテンスに倣い、「第三者に負担をもたらず契約」は「第三者の法的地位を侵害する契約」と一般に理解されている。⁸³⁾つまり、今日において「第三者に負担をもたらず契約」は、「第三者のためにする契約」の反対概念に止まらない意義を有しているのである。

以上の考察を踏まえて、次節ではドイツ法における「第三者に負担をもたらず契約」概念の外延をより明確に理解することを目的として、この概念に包含されないと解されている周辺問題を概観する。

注

(1) ここでの責任制限は、免責や短期消滅時効などを含めて、契約当事者の責任を緩和するあらゆる契約上の効力を指すものとする。

(2) BGB四二二条

① 連帯債務者の一人による弁済は、他の債務者のためにも効力を生ずる。代物弁済、供託及び相殺についても同様である。

② 連帯債務者の一人に属する債権をもって、他の債務者は、相殺することができない。

(3) BGB四二四条

連帯債務者の一人に対する債権者の遅滞は、他の債務者のためにも効力を生ずる。

(4) B G B 四二三条

債権者と連帯債務者の一人との間で合意された免除は、契約当事者にすべての債権関係を消滅させる意思があるときは、他の債務者のためにも効力を生ずる。

(5) B G B 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、債権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前項の規定は、特に、告知、遅滞、過失、連帯債務者の一人について生じた給付不能、消滅時効、その中断及び停止、債権債務の混同並びに確定判決に適用する。

(6) このように免責や消滅時効の絶対的効力を否定することについてのリーディングケースとなったのは、B G H 一九五四年二月三日判決 B G H Z 12, 213 である。この事案は、夫婦 (X・Y) が夫 X 運転のオートバイでパーティーから帰る途中、酩酊状態で車道にオートバイを置いてその上に座っていたところ、D の車がこれに衝突し、X と Y が負傷した、というものであった。別訴において妻 Y に対する D の損害賠償義務に関する判決が下され、本件訴訟において X が D に対して自己の損害についての賠償を求めた。他方で D は反訴によって、Y に対する損害賠償について、共同加害者である X に求償請求した。これに対して X は、Y との間で黙示的な免責が約定されており、これにより D は X に対して求償請求できない、と主張した。これについて B G H は、X・Y 間の免責の約定は両者の内部関係においてしか効力がなく、このような免責が連帯債務者間の求償関係に影響を与えることはない、と判断した。

この他に、行商の夫婦 (X・Y) が車で自宅に帰る途中、運転していた夫 X の不注意により遮断機のない踏み切りに進入し、列車と衝突して X が死亡、Y が重傷を負った、という事案において、X・Y 間の法律上の責任制限が共同加害者である鉄道会社

DのXに対する求償請求に影響を及ぼすか否かが問題となった。BGHは先の一九五四年判決と同様に、そのような責任制限の連帯債務者間の求償関係への影響を否定した(BGHZ 35, 317)。

(7) BGB 四二六条

①連帯債務者は、別段の定めがないかぎり、その相互関係においては平等の割合で義務を負う。連帯債務者の一人からその負担部分を取り立てることができないときは、求償につき義務を負う他の債務者がその欠損を負担する。

②連帯債務者の一人が債権者に満足を与え、かつ他の債務者に対して求償することができるときは、他の債務者に対する債権者の債権はその債務者に移転する。この移転は、債権者の不利益において主張することができない。

(8) BGH 一九七二年三月九日判決 NJW 1972, 942.

【事実関係】

Xは一九五九年と一九六〇年に自己の建物を増改築し、その建築指導を建築家D₁に委託した。D₁はこの増改築のうちの屋根の工事を建築請負業者Y₁に注文した。その際、XとY₁との間で締結された建築請負契約の中には、建築給付の実施に関する普通契約約款と、D₁が作成した契約条件が取り決められていた。この契約は建築請負人の瑕疵担保責任について次のように規定していた。

「請負人は施工した工事の品質や供給した建築資材について、二年間責任を負う。・・・」

その後、一九六四年に雷雨の際の突風により本件宿泊施設の屋根が毀損した。これによって生じた損害について、XはD₁とY₁に対して賠償を請求した。その中で、XとD₁の間では裁判外での和解が成立し、これに従ってD₁とその責任保険者であるD₂が賠償金を支払った。

このような経緯の後に、D₂は本件訴訟を提起し、VVG六七条に基づいてXから移転を受けた請求権、および、D₁から譲渡された請求権をもとに、Xに生じた損害の三分の二についてY₁の承継人であるY₂に対し求償請求した。これに対してY₂は、Xが

Y_1 に対して請求権を有するとしても、その請求権は損害が発生したときには既に時効消滅しており、このことは D_1 および D_2 に対しても対抗されなければならない、と主張した。

【裁判所の判断】

BGHは、瑕疵担保による X の Y_1 に対する損害賠償請求権が二年間の期間制限に服することについて争いが無いとして、 D_2 がこの請求権から Y_2 に対する求償請求権を導くことは否定した。しかし、 D_1 が D_2 に譲渡した求償請求権については次のように判断した。

BGB四二六条一項から導かれる複数の連帯債務者間の求償請求権は独立しており、連帯債務者の一人に対する債権者の債権が損害事故の発生後に時効消滅したことによって、影響を受けない。同様に、同時に絶対効が約定されることなく債務者の一人に対して事後的に免責が行われても、その免責がその他の債務者の不利に求償義務を変更することはない。このことは連帯債務者の一人と債権者の和解にも妥当する。

さらに、責任放棄や責任免除に関してあらかじめ締結されていた約定についても、その取決めに関与した者の関係における効力しか認められない。さもなければ、弁済に必要な犠牲を払うのはどの連帯債務者であるのか、債権者の恣意によって決められることを防止する、という点において存する法律上の求償規定の目的が無に帰すことになる。また、法律が求償規定によって保護している、約定に関与していない加害者の利益に、約定が介入する場合に、自由な契約内容形成の可能性はその限界を見出さなければならぬ。確かにこのような解決によって、責任免除ないし軽減が与えられていた者が、損害を賠償した共同加害者から求償を請求された場合に、与えられた優遇を諸般の事情により完全には受けられなくなる、という結果がもたらされ得る。しかし、この解決の他には、より満足のいかない結果をもたらす方法か、あるいは本件の事案においては適用され得ない方法しか示されていないため、先の不都合は甘受されなければならない。

まず、連帯債務者の一人の契約による責任免除により、他の連帯債務者が全ての損害を負担しなければならなくなる、という

解決は一般的に否定されている。本件において非免責加害者について免責加害者に対する求償を拒絶することは、「第三者に負担をもたらす契約」の結果として示されるであろうが、現行の民法はそのような契約を認めていない。

次に、責任免除または責任制限に関する約定に関与していない第三者に対する債権者の請求権が、この第三者が約定により優遇される者との関係において、責任約定がなければ負担しなければならない部分に、初めから縮減される、とする見解については、その一般性において従うことができない。このような解決がもたらされ得るのは、債権者と免責連帯債務者との間の完全もしくは部分的な責任免除に関する約定が、真正な（権利付与的な）「第三者のためにする」契約、すなわち他の連帯債務者のためにする契約として解釈され得る場合に限られる。本件の建築請負契約における条項は、このような建築家D₁のためにする契約とはみなされない。

それゆえ、Y₁に対するD₁の求償請求権は、XとY₁との間の契約上の責任制限（短期消滅時効）の影響を受けない。

（本件では、免責連帯債務者の契約上の免責の連帯債務者間の求償関係への影響の他に、当該瑕疵担保条項を起案してX・Y₁間の契約に組み入れたD₁が、この瑕疵担保条項を考慮することなくY₁に対して求償請求することが信義則に違反するか否かが争われたが、BGHはこれについても否定した。）

【参照条文】

VVG六七条

① 保険契約者が第三者に対する損害賠償請求権を有している場合、保険者が保険契約者に損害を賠償した限りにおいて、この請求権は保険者に移転する。この移転は保険契約者の不利益において主張され得ない。保険契約者が第三者に対する請求権、もしくは、この請求権の担保として利用される権利を放棄した場合、保険者がこの請求権もしくは権利から賠償を得ることができた限りにおいて、保険者は自身の賠償義務を免除される。

② 保険契約者の賠償請求権が、この者とともに家族共同体において生活している家族構成員に向けられている場合、賠償請

求権の移転は生じない。ただし、この構成員が故意に損害を発生させたときには、請求権は移転する。

- (9) Schimmer, F.S., Reimer Schmidt, 1976, S.832; Martens, AcP 177 (1977), S.124f.; Soergel/Hadding, BGB, 12.Aufl., 1990, § 328 Rdn.122, S.1578; Staudinger/Jagmann, BGB, Neubearb., 2001, Vorben. zu § 328ff. Rdn.43, S.25; MünchKommBGB, 4.Aufl., 2003, § 328 Rdn.173, S.2124.

- (10) MünchKommBdylinski, BGB, 4.Aufl., 2003, § 426 Rdn.54, S.2719.

「妨害された連帯債務関係 (gestörtes Gesamtschuldverhältnis)」と呼ばれることである。Soergel/Wolf, BGB, 12.Aufl., 1990, § 426 Rdn.45, S.1945.

- (11) RVO旧六三六条

① 事業者は、その企業に勤務する被保険者、その家族および遺族が年金請求権を有していなくても、その者らに対しては、事業者が故意に労働災害を引き起こした場合、又は、労働災害が一般的社会生活 (allgemeiner Verkehr) への関与の際に発生した場合のみ、他の法律の規定に従い労働災害によって生じた身体損害を賠償する義務を負う。ただし、被保険者、その家族および遺族の請求権は、その者らが労働災害のために、法律又は規約に従って社会保険機関から受けた給付の部分について減少する。

② この事業者に対する別の事業者の被用者、並びにその家族および遺族の請求権についてもまた同じである。

- RVO旧六三七条

① 同じ企業の従業員が営業活動により労働災害を生じさせた場合、六三六条は労働災害に関して同従業員に対する被保険者、その家族および遺族の賠償請求権に準用される。

② 六三六条は消防事業における労働災害に関して、消防団体およびその役員、義務的および任意的消防隊の構成員、呼び出された消火義務者、任意で消防業務に助力した者、並びに、消防活動について指揮権を与えられた全ての者に対する被保険者、その家族および遺族の賠償請求権にも準用される。

③民間の住民保護を含めて事故に際して援助するその他の企業における労働災害に関して、本条二項が準用される。
（これらの規定は現在では、ドイツ社会保障法典（SGB）第七編一〇四条、一〇五条に移されている。）

- (12) Vgl. BGHZ 51, 37.
- (13) BGHZ 61, 51.
- (14) BGHZ 61, 51, 55; BGH, NJW 1972, 942, 943.
- (15) Vgl. BGHZ 103, 338.
- (16) 前掲注(7)参照。
- (17) Soergel/Wolf, a.a.O., Rdn.18, S.1933; MünchKommBjdlinski, a.a.O., Rdn.14, S.2706.
- (18) 非免責加害者が加害者間の約定により全ての責任を負担することも、当然想定され得る。このような場合に、被害被用者が非免責加害者に対して全損害について賠償請求することが認められている。この約定によって被害被用者が不利益を被ることはないので、「第三者に負担をもたらす契約」も問題とならなう。Vgl. BGH, VersR 1974, 888.
- (19) 周知のとおり、日本の判例は民法四三七条と四三九条の解釈の中で、この問題を肯定的に解している。大判明治四十二年九月二七日民録一五輯六九七頁、大判大正四年四月一九日民録二二輯五二四頁。これに対して、学説はその要件を論じるに止まり、債権者に対する連帯債務者間の責任負担部分に関する約定の効力自体を否定してはいない。この点に関しては、我妻栄『新訂債権総論』四三二頁（岩波書店、一九五四）、柚木馨・高木多喜男『判例債権法総論（補訂版）』二六二頁（有斐閣、一九七二）、於保不二雄『債権総論（新版）』二三八頁（有斐閣、一九七二）、松坂佐一『民法提要債権総論』一五九頁（有斐閣、第四版、一九八二）、星野英一『民法概論Ⅲ』一六六頁（良書普及会、補訂版、一九八四）、奥田昌道『債権総論（増補版）』三六三頁（悠々社、一九九二）、平井宜雄『債権総論（第二版）』三三九頁（弘文堂、一九九四）、北川善太郎『債権総論（民法講要Ⅲ）（第二版）』二二〇頁（有斐閣、一九九六）、林良平ほか『債権総論（第三版）』四一三頁（青林書院、一九九六）などを参照。

(20) NJW 1987, 2669.

【事実関係】

Y₁は元請人 (Generalunternehmer) としてショッピングセンターの建設を行った際、Xに内装工事作業を委託した。この下請契約に基づいてXの被用者Dが、この建設現場で作業していたところ、Y₁に雇われているY₂がクレーンの操作を誤り、Dはバルコニーから転落し、横断麻痺が残る重傷を負った。このバルコニーには手すりも設置されておらず、作業を行う者の保護のためのその他の予防措置もとられていなかった。

DはY₁に対する訴訟により、慰謝料を請求し、また、社会保険機関への請求権の移転を条件に、事故によって生じた肉体的及び精神的損害の賠償義務の確認を求めた。その際に、DはY₁の責任の根拠として、次の二点を主張した。まず、クレーン操作を誤ったY₂はY₁に雇用されているため、Y₁はBGB八三一条に基づき責任を負う。さらに、内装工事に必要な資材をY₁のクレーンでバルコニーに運び入れることをY₁は認めていたため、Y₁は社会生活上の保護義務違反のために責任を負う。

これに対してY₁は以下のように反論した。すなわち、BGB八三一条の責任については、確かにY₂はY₁により雇用されているが、事故の当時はクレーンとともにXへ「賃貸」されていたのであり、かつ、Y₂の過失の存在は明らかではない。また、社会生活上の保護義務違反による責任については、Y₁はXにも、バルコニーを資材運搬に利用してはならないことを指示していたのであり、これを防止するためにバルコニーのドアのノブを取り除かせていた。他方で、Y₁はXとの契約に組み入れられている以下のような標準契約約款一四条により、社会生活上の保護義務から解放されている。

「第一条

① 作業と結び付いた社会生活上の保護義務の履行は受託者の義務である。受託者はその限りにおいて場合により生じる第三者の主張から委託者を解放する (freistellen)。

② 同業者保険組合上の、土木監督法上の、およびその他の秩序法上の (Ordnungsrechtlichen) 作業に関する規定の遵守は受託者

の義務である。これらの規定を違反した結果と費用は受託者が負う。受託者はその限りにおいて場合により生じる第三者の主張から委託者を解放する。」

このような当事者の主張に対して、控訴審裁判所はY₁の社会生活上の保護義務違反を認めたとうえで、「妨害された連帯債務関係」の法理を貫徹し、社会生活上の保護義務についてY₁はXとの契約により免責されていることを根拠として、この義務の違反を理由としたDの請求を否定した。そして、BGB八三一条に基づく責任についても、このことを適用して、Dの訴えを棄却した。

【裁判所の判断】

BGBは次のように判断した。

客観的にXの作業に限定してY₁の社会生活上の保護義務をXに移転させることは原則として許されるが、事例の状況、特に危険の度合いに従って範囲及び程度が定まる選任、管理、監督義務は、引き続きDの保護のためにY₁に残っていた。また、XもDに対して自らが負う社会生活上の保護義務に違反しており、不法行為責任を負っていた。

しかし、XはRVO旧六三六条一項によってDに対して賠償義務を負わず、これによりXとY₁の間ではBGB八四〇条、四二六条によって連帯債務者の求償は生じ得ない。このような場合、非免責加害者に対する被害者の損害賠償請求権は、BGB四二六条による損害分配がRVO旧六三六条、旧六三七条によって「妨害」されていなければ、免責加害者との内部関係において先の加害者に最終的に割り当てられる負担分に制限される。

そして、BGB四二六条によれば、連帯債務者は「別段の定めがない限り」その相互関係において同等の負担分の義務を負うが、本件においては、X・Y₁間の契約に基づき、第三者による主張からのY₁の解放と結びついて、社会生活上の保護義務がXへ移転されることにより、別段の定めがなされている。このような損害防止及び損害発生についての寄与の度合いに関して当事者の役割を配分する契約上の取り決めには、非免責加害者に対する被害者の賠償請求権に対する影響力が認められる。本件の

ように、免責を受けていない加害者が契約上の取り決めに基づき加害者の内部関係において責任を負担しない場合に、このことが被害者の請求権喪失へとつながる、ということとはこれまでの判例の帰結であり、「少なくとも (identically) — 本件のように — 契約上の責任分配が諸般の事情 (Verhältnissen) に従って存する当事者の責任管轄の表明であるときは、以上のことが妥当する」。この場合に、被害者は社会保険関係に基づく請求権に限定される。

しかしながら、本件における $X \cdot Y_1$ 間の契約による免責は、 X の「作業」と結び付いた保護義務にのみ適用される。したがって、 Y_2 がこの「作業」の範囲ではなく、 Y_1 の任務の履行において活動していたときは、BGB 八三一条に基づく Y_1 の責任が問題となる。

【参照条文】

BGB 八三一条

①ある業務のために他人を使用する者は、その他人が事業の執行につき第三者に対して違法に加えた損害を賠償する義務を負う。使用者が被用者の選任に際し、かつ、使用者が設備若しくは器具を供給し、又は事業の執行を指揮しなければならない限り、供給若しくは指揮に際し、取引に必要な注意をしていたとき、又はこの注意をしても損害が発生していたであろうときは、賠償義務は生じない。

②契約により使用者のために前項第二文が定める業務の管理を引き受けた者も、前項と同一の責任を負う。

BGB 八四〇条

- ①一つの不法行為から生じた損害につき、数人が併存的に責めに任ずるときは、その数人は、連帯債務者として責任を負う。
- ②第八三一条及び第八三二条によって他人が生ぜしめた損害の賠償につき義務を負う者と並んでその他人も損害につき責めに任ずるときは、それらの者の間では、その他人のみが義務を負い、第八二九条においては、監督義務者のみが義務を負う。
- ③第八三三条から第八三八条までの規定によって損害賠償につき義務を負う者と並んで第三者がその損害につき責めに任ず

るときは、それらの者の間では、その第三者のみが義務を負う。

(21) Burkert-Kirchdörfer, JuS 1988, S.341.

(22) Burkert-Kirchdörfer, a.a.O., S.343.

(23) Burkert-Kirchdörfer, a.a.O., S.344.

(24) 前掲注⁽⁸⁾。

(25) この評釈はその他に、加害者間の約定によって非免責加害者が全ての責任を負担していた場合の判例（前掲注⁽⁸⁾参照）を基に、RVOにより免責されない非免責加害者を保護するための「妨害された連帯債務求償」の基本的考え方を免責加害者の保護に利用したBGHの概念法学的的手法や（Burkert-Kirchdörfer, a.a.O., S.343）、使用者が免責条項により自由意思で引き受けた責任までも免除するものではないRVO旧六三六条の趣旨（Burkert-Kirchdörfer, a.a.O., S.343f.）の観点から、BGHを批判している。

(26) Denck, NZA 1988, S.265.

(27) Denck, a.a.O., S.265.

(28) BGB二五四条

① 損害の発生に際し被害者の過失が共働したときは、賠償義務及び給付すべき賠償の範囲は、事情によって、特に、いかなる範囲においていずれの当事者が主として損害を惹起したかによって定まる。

② 債務者が知らず、かつ、知ることを要しない異常に高い損害の危険を被害者が債務者に注意しなかったこと、または被害者が損害を防止もしくは軽減しなかったことに被害者の過失があるときも、前項と同様である。この場合においては、第二七八条の規定を準用する。

(29) Denck, a.a.O., S.267.

この他にデックは、「妨害された連帯債務者求償」の場合に被害被用者の請求権も制限されたのは十分な社会保障が重要な要

因の一つであったが、これは被害被用者の請求権を加害者間の責任約定によってゼロにまで削減することまでも正当化するものではないこと (Denk. a.a.O., S.266)。³⁰⁾ それまで判例が被害者の利益となるように考慮してきていた加害者間の責任約定(前掲注(18)参照)を、論拠を示さず被害者の不利益となる場合にもその効力を認めることは、説得力を有しないこと、非免責加害者が自己の責任負担部分をゼロにして、被害者の社会保険給付を引き合いに出すことは、「第三者の権利に基づく抗弁 (exceptio ex iure tertii)」として許されないこと、労働法上の責任秩序を支配する有利性原則 (Günstigkeitsprinzip) の観点においても、被害者の労災保険が法定責任負担部分の限界を超えて非免責加害者に影響を与えることはないこと (Denk. a.a.O., S.267)。³¹⁾ ならびに、免責加害者が自由意思に基づいて引き受けた責任についてはRVOによる免責の範囲ではないこと (Denk. a.a.O., S.267f.) を指摘している。

(30) BGH, NJW 1987, 2669, 2670.

(31) Burkert-Kirchdörfer, a.a.O., S.345; Denk. a.a.O., S.269.

(32) BGH 一九九〇年一月二三日判決 BGHZ 110, 114.

【事実関係】

DはオーケストラのトランペッターとしてX市に勤務しており、この職務以外のときには室内楽のグループの中でヴァイオリンを演奏し、またヴァイオリンを教えてもいた。Y大学はオーケストラのコンサートのために、人件費および物品費用の支払いと引き換えに、その他の点においては無償で、X市に大講堂を利用させていた。X・Y間の契約は「大学における催事のための部屋の引渡に関する大綱」がその基礎となっており、その七条二項は次のような内容であった。

「主催者は、引き渡された部屋およびその通路を利用する際に、第三者、特に催事の観客、主催者の受任者、あるいは主催者自身・・・に生じたすべての人的および物的損害の責任を負う。ただし損害が大学あるいはその職員の故意又は重過失に起因するときは除く。主催者は大学ないしその職員を、これを理由に主張され得るすべての請求権から解放しなければならない。」

一九八五年二月二八日の午前に、Dは大講堂で行われたオーケストラのリハーサルから帰る際に、地下駐車場へ向かう途中の屋外の階段で転倒し、特に左手薬指の最終関節にある骨の伸筋断裂を負った。この負傷により指は硬化してしまった。

DはYに対し、転倒は階段の上の雪および氷の凍結に起因するものであることを主張し、社会生活上の保護義務違反を理由として、負傷によって生じた費用の賠償および慰謝料の支払いを請求し、この他に、将来Dに生じる損害についてのYの賠償義務の確認を求めた。

【裁判所の判断】

BGH一九八七年二月一七日判決と同様の理由からDの請求を棄却した控訴審判決に対して、BGHは次のように判断した。加害者間の契約により非免責加害者のみが責任を引き受けていた場合に、従来の判例において非免責加害者に対する被害者の請求が制限されないとされていたのは、このとき非免責加害者は免責加害者の免責特権に関わりなく、免責加害者に対して求償請求できなかつたのであり、それゆえこの免責特権により負担をもちならされていない、ということが内在的正当化根拠となっていた。また、RVO旧六三六条によって特権を受けた使用者が非免責加害者を責任から解放させた事案において、確かに一九八七年判決は非免責加害者に対する被害者の請求権を否定したが、しかしそれは、契約によってなされた責任分配が「諸般の事情に従って存する当事者の責任管轄の表明である」、というさらなる要件のもとでのみ当てはまることであり、つまり、「損害防止及び損害発生についての寄与の度合いに関して当事者の役割を配分する」取り決めが問題となるのである。免責加害者と非免責加害者との間の取り決めが損害惹起に関する責任の度合いに依存し、また、このBGB二五四条一項に従い定められた基準を内部求償に転用する場合には、被害者との対外関係においても非免責加害者を責任から解放し、そして連帯債務関係の妨害を非免責加害者の責任特権により補うことが、妨害された連帯債務関係に関する諸原則の帰結となる。他方で、加害者間の契約において、損害予防に関するそれぞれの責任負担の分配が規定されている場合には、この分配が適切なものであれば、損害発生についてのそれぞれの責任は、この分配やBGB二五四条一項の規準に従い判断される。加害者間の

契約はこのような趣旨において、危険防護措置の義務や責任管轄を当事者に割り当てており、この取決めは、諸般の事情から生じるその他の損害責任の基準とともに、妨害された連帯債務関係の枠内においても重要となる。そのため、契約による社会生活上の保護の引受けは、社会生活上の保護義務の移転が一般的に許される限りで、妨害された連帯債務関係の枠内で考慮される。もっとも、免責加害者が責任を負担することを定めた約定が、非免責加害者に損害防止に関する責務を免除することなしに、最終的に非免責加害者をその責任の結果から解放するときも、そのような取り決めが妨害された連帯債務関係の枠内で考慮に値するか否かは、別の問題である。妨害された連帯債務関係に関する判例理論が非免責加害者の責任を制限したのは、免責加害者の免責が求償請求によって効力を失うべきではなく、また、この免責により内部求償の可能性を失わせて非免責加害者のみに責任を負わせることは妥当ではない、という理由に基づく。しかし、この判例理論は、他人が引き起こした損害も負担する旨の自発的に結ばれた約束の結果から免責加害者を守るべきではない。さもなければ、免責加害者と非免責加害者との間で被害者にとって不都合な操作が可能で、非免責加害者の損害管轄にも関わらず非免責加害者への被害者の請求が免除約定によって制限され得ることになり、これは民法が認めていない「第三者に負担をもたらす契約」にほぼ等しい。また、自己の責任負担からの解放を免責加害者に対して非免責加害者が請求し得ることは、第三者との法律関係に基づく抗弁として、被害者との関係においては原則として考慮されない。

以上によれば、確かに免責加害者と非免責加害者との間の契約に基づく責任の移転、例えば社会生活上の保護の移転、妨害された連帯債務関係における損害清算に影響を及ぼす。非免責加害者に対する請求権は、連帯債務関係が免責加害者への特権付与によって妨害されなければ、契約によって設定された免責加害者の義務配置 (Pflichtenstellung) も考慮して非免責加害者が連帯債務上の求償を請求し得る範囲において減縮される。それに対して、自らの損害負担部分を超えて損害を負担し、その限度で非免責加害者を解放する旨の免責加害者の約束は、妨害された連帯債務関係についての判例の適用範囲においては重要ではない。

(33) HGB 四三四条 契約外の請求権

① 本節および運送契約において規定された責任免除および責任制限は、物の滅失又は毀損、あるいは配達期限の超過を理由とした、運送人に対する荷送人又は荷受人の契約外の請求権にも適用される。

② 運送人は物の滅失又は毀損を理由とした第三者の契約外の請求権に対しても、第一項に従った抗弁を主張することができる。しかしながらこの抗弁は以下の場合には主張され得ない、

1. 第三者が運送に同意しておらず、かつ、運送人が、荷送人に物を發送する権限が欠けていたことを、認識していたか、あるいは過失により認識していなかった、もしくは、

2. 物が、運送のために引き取られる以前に、第三者の下から、又は第三者から占有権を取得した (abliehen) 者の下から紛失していた。

HGB 四六一条 運送取扱人の責任

① 運送取扱人は、自己の保護 (Obhut) にある物の滅失又は毀損により生じた損害について、責任を負う。第四二六条、四二七条、四二九条、四三〇条、四三二条第一項、二項および四項、四三二条、四三四条乃至四三六条が準用される。

②③略。

(これらの規定は、一九九八年の運送法改正の折に導入された。)

(34) 連邦政府の立法理由の中では、これらの規定が置かれる理由として、大きく分けて、運送品の所有者が運送の実施によってしばしば利益を受けること、および、所有者は善意取得により所有権を喪失することを勘案すれば、運送に関する所有者の同意について善意である運送人は保護されるべきであること、の二点が挙げられている (BT-Drucks 13/8445, S. 70f.)。このような説明に対して連邦参議院 (Bundesrat) は、所有者は運送人の過失を立証しなければ保護されなくなる点について、このような立証責任の分配が従来原則に反する、と異論を唱えた。その上で、HGB 四三四条二項一文に「第三者が運送に同意していた場合

に」（wenn der Dritte der Beförderung zugestimmt hat）」という文言を挿入すること、および、同項二文の二号を抹消することを提案した（BT-Drucks 13/8445, S.134。）³⁵⁾の提案に対して連邦政府は、「取引の安全を強調して、これに従わなかった（BT-Drucks 13/8445, S.138。）」。

³⁵⁾ Helm, Haftung für Schäden an Frachtgütern, 1966, S.326; Ulmer-Brandner-Hensen/Ulmer, AGBG, 8.Aufl., 1997, § 2 Rdn.69, S.240; Staudinger/Schlosser, AGBG, 13.Aufl., 1998, § 2 Rdn.43, S.70.

³⁶⁾ Helm, a.a.O., S.326; Räche, Haftungsbeschränkungen zugunsten und zu Lasten Dritter, 1995, S.155ff.; Ulmer-Brandner-Hensen/Ulmer, a.a.O., Rdn.69, S.239f.; Hübsch, VersR 1997, S.799, 804f.; Staudinger/Schlosser, a.a.O., Rdn.43, S.70.

³⁷⁾ Vgl. Staudinger/lagmann, a.a.O., Rdn.43, S.25.

³⁸⁾ これについては、拙稿「運送契約における免責条項の第三所有者に対する効力」一論一二六卷一七頁（二〇〇一）を参照。
³⁹⁾ RGZ 70, 174.

この事案は、引越し荷物の所有者Dが運送取扱人Xに運送を委託し、Xがこの荷物を鉄道会社Yに引き渡したところ、Yによる輸送中に荷物が焼失した、というものであった。平野充好「物品運送契約における契約外の第三者—責任制限・免責事由の対第三者効を中心にして—」山口経済学雑誌二三卷一・二号（一九七四）四八頁参照。

⁴⁰⁾ RGZ 70, 174, 177.

⁴¹⁾ RGZ 77, 317.

事案は複雑であるが、本稿と関連する限りでまとめると次のようになる。

第三所有者Dから荷物を引受けた運送人Xがこれらの荷物を埠頭から船まで運ぶよう別の運送人Yに委託し、これをYの艇に積んでいたところ、Yの被用者の監視が不十分であったために艇が流され、荷物が滅失、毀損した。これに関するX・Y間の訴訟において、Yに対するDらの不法行為法上の損害賠償請求権がX・Y間の運送契約上の短期消滅時効によって消滅する

かが争われた。

(42) RGZ 77, 317, 320.

ただしこの判決においては、運送人が運送委託者(第三所有者)に対する固有の運送義務を履行するだけのために、さらなる運送契約を締結して別の運送人を履行補助者として利用した場合には、後者の運送人に対する所有者の請求権は第二の運送契約により制限されることはない、とも述べられている。RGZ 77, 317, 320f.

なお、本判決については、小町谷操三「運送法における免責約款の第三者対抗力について」損保三三巻四号(一九七〇)二三頁以下、平野・前掲注⁽³⁹⁾五〇頁以下も参照。

(43) 拙稿前掲注⁽³⁸⁾九〇頁以下参照。

(44) 拙稿前掲注⁽³⁸⁾九二頁以下参照。

(45) BGHZ 46, 140.

ただしこの判決は、請求権競合の観点から、そもそも契約の効力が不法行為に基づく請求権に及ぶこと自体を否定している。平野・前掲注⁽³⁹⁾四八頁以下参照。

(46) VersR 1974, 1121.

【事実関係】

オランダの商社Aはチェコの商社D₁から鉄骨を購入した。X₁はブラハの運送取扱業者に、この鉄骨の輸送を委託し、X₁はドイツを経由する際の輸送の調達を運送取扱人X₂に委託した。さらにX₂はこのドイツ国内の輸送を運送人Yに委託した。しかし、Yの不適切な保管によって、鉄骨は目的の用途に使用できない状態となった。これによって生じた損害について運送保険会社D₂が補償した。

D₂はD₁およびAから移転ないしは譲渡された権利に基づき、Yに対して損害賠償を請求した。これに対してYは自らの注意

義務違反を否認するとともに、普通ドイツ運送取扱約款(以下、「A D S P」)による責任免除を主張した。

なお、損害発生時における鉄骨の所有者はD₁と認定され、また、運送の実行においてYが関与すること、および、普段YがA D S Pに従って活動していることを、D₁は認識していた。

【裁判所の判断】

B G Hは次のように判断して、A D S Pに基づくYの免責を認めた。

すなわち、「運送の実施のために、A D S Pに従い活動している運送取扱人、もしくは所有者が認識しているか、または予測しなければならぬ特別な普通取引約款を利用する運送人に、所有物が委託されることを、所有者が認識しているか、または諸状況から予測しなければならぬ場合には、所有者は業者の約款、特に責任制限の対抗を受けなければならない」、ということ
がB G B二四二条から導き出される。そして、X₂およびYがA D S Pにしたがって活動していることを所有者たるD₁が認識していたときは、D₁はA D S PによってYと契約を締結することをX₁およびX₂に授権したかのように扱われなければならない、YはD₁およびD₂の請求に対して、YがX₂に対して対抗し得た責任制限を対抗することができる。

【参照条文】

B G B 二四二条

債務者は、取引の慣習を顧慮し信義誠実に適うように、給付を行う義務を負う。

(47) BGH, VersR 1976, 1129; VersR 1978, 836; VersR 1981, 229; VersR 1984, 932; NJW 1994, 852.

(48) Vgl. BGH, VersR 1974, 1121; VersR 1976, 1129, 1129f.; VersR 1978, 836, 837; VersR 1981, 229, 230; VersR 1984, 932, 934; NJW 1994, 852, 855.

(49) BGH, VersR 1981, 229, 230. Vgl. OLG Hamburg, VersR 1970, 1028, 1031; Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935, S.218.

- (50) Staub/Helm, HGB, 4. Aufl., 1986, Anh. I § 415 § 63 ADsp Rdn. 6, S.333; Heil-Bayer, Transpr 1987, S.5; Koller, Transportrecht, 1990, vor § 1 ADsp Rdn. 4, S.78f.; MünchKomm/Hanau, 3. Aufl., 1994, BGB, § 276 Rdn. 159, S.872; Ulmer-Brandner-Hensen/Ulmer, a.a.O., Rdn. 85, S.250; MünchKomm/Bydlinski, HGB, 1997, Vor. § 1 ADsp Rdn. 55ff., S.189f.; Hübsch, a.a.O., S.806ff.
- (51) MünchKomm/Hanau, a.a.O., Rdn. 159, S.872.
- (52) Räcke, a.a.O., S.155ff.; Klein, JZ 1997, S.393ff.
- (53) BGH, NJW 1979, 643, Vgl. BGHZ 54, 264; BGH, NJW 1986, 1099.
- (54) BGH, NJW 1979, 643, 644; NJW 1986, 1099, 1100.
- (55) BGB 二七八条
債務者は、法定代理人および義務の履行のために使用する者の過失について、自己の過失と同一の範囲において責任を負う。第二七六条第三項の規定（故意責任の事前免除禁止、筆者注）は、この場合には適用しない。
- (56) BGH, NJW 1979, 643, 645.
この事案においては特に、Xの経営者が嫌がるYに無理やり試乗させた、という事情も重視されている。
- (57) OLG Karlsruhe, NJW-RR 1988, 29.
- (58) BGHZ 108, 305.
この事案は、Xがリース契約によってDから引渡しを受けた車を、Xの被用者Yが業務のために運転した際に、自損事故を起こした、というものであった。その後、Xが支払不能に陥ったため、DはYに対して損害賠償を直接的に請求した。
- (59) BGHZ 108, 305, 308f.
- (60) Pfeifer, BB 1968, S.132; Hanau, ZfA 1970, S.433; Baumert, FS Wengler, Bd.II, 1973, S.139f.; Günter-Hase, AuR 1974, S.368f.; Otto, Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, 1986, Bd.I, S. E 74; Eberlein, BB 1989, S.624f.; Krause, VersR 1995, S.758ff.

(61) BGH, NJW 1994, 852.

この事案は、 D_1 がAに販売したエンジンの輸送をX₁に委託し、この輸送はX₁からX₂を介してY₁に委託されたところ、Y₁の被用者Y₂がトレーラーで輸送中にエンジンが毀損したため、 D_1 の保険者 D_2 がY₂に損害賠償を求めた、というものであった。BGHは、既述のように、労働関係における被用者の免責を労働関係外の第三者に対して主張することは否定したが、運送法の観点からY₂が D_1 ・ D_2 に対する関係において免責される可能性を指摘している (BGH, NJW 1994, 852, 855)。

学説の多くも、第三者に対する被用者の責任が労働契約によって制限されないとする立場を採っている。Vgl. Gerhardt, VersR 1971, S.386; Buchner, RDA 1972, S.170f.; Reinhardt, Die dogmatische Begründung der Haftungsbeschränkung des Arbeitnehmers, 1977, S.183f.; Heinze, NZA 1986, S.549; Kullmann-Pfister/Kullmann, Produzentenhaftung, 1986, Nr.3210, S.2f.; Staudinger/Schäfer, BGB, 12. Aufl., 1986, Vorbem. zu § 823 ff., Rdn. 52, S.38; Otten, DB 1997, S.1618ff.; Busemann, Die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber und Dritten, 1999, S.128ff.; Hanau-Adomeit, Arbeitsrecht, 12. Aufl., 2000, Rdn. 697, S.202; Schaub-Koch-Linck/Linck, Arbeitsrechtshandbuch, 10. Aufl., 2002, S.472.

(62) なお、BGHは「このような被用者の保護の判断は立法者に委ねられている」との立場をとっている (BGHZ 108, 305, 309 ff.)。また、被用者が対外的に重い責任を負わされるとしても、その生活保障は執行法によってなされることも指摘している (BGH, NJW 1994, 852, 855)。

(63) Vgl. MünchKomm/Kramer, BGB, 4. Aufl., 2003, Einl. Rdn. 28, S.18.

(64) KG, OLGZ 1975, 8, 11.

(65) KG, NJW 1980, 1342, 1343. Vgl. BGHZ 144, 146; Staudinger/Jagmann, a.a.O., Rdn. 44, S.26f.

(66) Geimer, NJW 1985, S.533; Soergel/Hadding, a.a.O., Rdn. 122, S.1578; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann/Hartmann, ZPO, 54. Aufl., 1996, Anh § 286ZPO Rdn. 7, S.947; Staudinger/Jagmann, a.a.O., Rdn. 44, S.26f.

(67) Martin, Sachversicherungsrecht, 1982, A IV Rdn. 4, S.334; Pröls-Martin, 23. Aufl., 1984, § 72 Anm. 1, S.448f.; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1988, 1051.

(68) Helm, a.a.O., S.326.

(69) Vgl. Säcker, Gesellschaftsvertragliche und erbrechtliche Nachfolge in Gesamthandsniederschäften, 1970, S.51ff.

(70) Medicus, Jus 1974, S.613.

(71) これらの類型に分類されるものとして挙げられているのは次の事例である。(以下、メデイクスの挙げる B G B 等の規定は現行の条文に修正した。)

第三者が債務関係に基づいて義務を負担する場合 使用貸借・用益貸借・使用貸借契約に関し、借主から貸借物を引き渡された第三者が、各貸借契約に基づき、貸主に対して返還義務を負わされる場合 (B G B 五四六条二項、五八一条二項、六〇四条四項) ・土地または住居に関する使用貸借・用益貸借契約に関し、貸借物を買受けた第三者が、各貸借契約に基づき、貸主としての義務を負わされる場合 (B G B 五六六条、五七八条一項、五八一条二項) ・その他の法定の契約譲渡等において、第三者が既存の債務関係に基づく義務を負わされる場合 (B G B 六一三 a 条、一二五一条二項、V V G 六九条、H G B 二五一条一文) ・土地または土地に関する権利についての請求権が仮登記されているときに、第三者が仮登記に基づいて義務を負う場合 (B G B 八八三条二項)。

第三者が債務関係に基づく抗弁の対抗を受ける場合―法定の契約譲渡等において、第三者が既存の債務関係に基づく抗弁の対抗を受ける場合 (前傾条文参照) ・動産の譲受人が、譲渡人と占有者との間の債務関係に基づく抗弁を主張される場合 (B G B 九八六条二項) ・破産・和解手続において、ある債権者が別の債権者の債権の存在により、自己の債権について受ける給付が縮減される場合・制限種類債務に関する在庫が不十分なときに、ある債権者が別の債権者の債権の存在により、自己の債権について受ける給付が縮減される場合・他人の与信による割賦販売において、与信者が他人の債務関係に基づく抗弁の対抗を受

『契約は他人を害さない』ことの今日的意義（三）（岡本）

ける場合（BGB三五九条参照）。

- (72) Medicus, aa.O., S.613.
- (73) Medicus, aa.O., S.622.
- (74) Medicus, aa.O., S.614.
- (75) 現在では、このメデイクスによる分類を基にして、債務関係と第三者との係わり合いが説明されることもある。MünchKomm /Kramer, aa.O., Rdn.26ff., S.19ff.
- (76) Vgl. Medicus, aa.O., S.614, 617.
- (77) Schirmer, aa.O.
- (78) Schirmer, aa.O., S.830ff.
- (79) Martens, aa.O.
- (80) Martens, aa.O., S.135, 139.
- (81) Martens, aa.O., S.136f., 164ff.
- (82) Habersack, Vertragsfreiheit und Drittmittessen, 1992, S.28.
- ハーバーザックによれば、第三者の義務を直接的に生じさせる契約のみを「第三者に負担をもたらす契約」と把握することにより、一義的かつ予見可能な決定がなされるとされ、このような立場が「通説」であると解されている。Habersack, aa.O., S.28f.
- (83) Wille, ZfV 1986, S.240, 241; Hübsch, aa.O., S.804; Ermann/Westermann, BGB, 10.Aufl., 2000, Vor. § 328 Rdn.10, S.907; MünchKomm /Gottwald, aa.O., Rdn.172f., S.2124.
- ゴットバルトは「第三者が義務を負担させられたり、権利を奪われるのはどのような方法があるか、ということとは重要ではない」と述べている。MünchKomm/Gottwald, aa.O., Rdn.173, S.2124.

また、「許されない第三者の負担」＝「第三者の法的地位の侵害」という理解を明示していないものの、「第三者に負担をもたらす契約」について各裁判例・個別事例を挙げるものとして、*Staudinger/Jagmann, a.a.O., Rdn.42ff., S.25ff.*

第二節 周辺問題

一、代理・義務負担授權

(1) 代理

1. 代理人と相手方の間の契約により、代理の本人が債務などの法的不利益を受けることを、代理制度は認めている。しかし、代理による本人の負担は「第三者に負担をもたらす契約」として考えられていない。

2. 任意代理の場合には、代理人に対する代理権付与の際に、本人の意思的関与が存在する。そのため、代理人が締結した契約について本人の同意があると評価できる。

3. これに対して法定代理の場合には、そのような本人の意思的関与は存在せず、本人は同意なくして債務を負担させられることになる。しかし、法定代理人のなした契約も、第三者に負担をもたらす契約と解されることなく、本人にとって利益となるようにも不利益となるようにも働く。その根拠は、私的自治を限界付けるまでに重要な公的利益に求められている⁽¹⁾。

この点、BGB一六二九条三項二文は⁽²⁾、離婚手続期間内に両親が子の扶養に関して訴訟上の和解を締結した場合に、この和解が子の扶養請求権を縮減させ得ることを認めている。このときの両親の権限もまた、法定代理の一態様と解されている⁽³⁾。

（2）義務負担授権

1. 契約を締結した者以外に契約上の義務を負担させることとの関連において、ドイツ法では義務負担授権（Verpflichtungsermächtigung）の有効性が争われている。義務負担授権とは、受任者が自己の名において法律行為を締結し、そこから生じる義務を授権者に負わせる権限の付与を指す。

2. この義務負担授権を巡っては、これに基づいて契約当事者以外の第三者に契約上の義務を負わせることを肯定する見解も見られる。⁽⁴⁾しかし、ドイツの通説は義務負担がBGB一八五条の趣旨における「処分」にあたらなことを理由として、義務負担授権を承認していない。⁽⁶⁾

3. 義務負担授権に基づく授権者の義務負担が肯定されると、授権者は契約の当事者となることなく、契約上の義務を負うことになる一方で、契約当事者である受任者は債務を負わない、という状況も生じうる。しかし、このような場合に、義務負担授権に基づいて行為していることを告げずに受任者が契約を締結すれば、債権者である契約の相手方は債務者が誰であるかを知ることができず、見知らぬ債務者を押し付けられることになり、その利益が著しく害される。⁽⁷⁾

義務負担授権の効力を肯定する見解も、このことは認めている。その上で次のように説明する。すなわち、義務負担授権に基づく契約により授権者が債務を負うことが認められるのは、受任者が契約の相手方に対して、当該契約が義務負担授権に基づくものであり、授権者のみが債務を負うことを明らかにした上で契約を締結した場合か、あるいは、BGB三三三三条を類推して授権者が債務を負うことを拒絶し得るといふ条件の下で、授権者と受任者が重畳的に債務を負う場合である。これらの場合にはいずれも、債権者は誰が債務者であるかについて認識して⁽⁹⁾いる、と。

もつとも、第三者の債務負担をBGB三三三条の類推適用によって説明することが、一般的に否定されていることは、すでに紹介したとおりである。¹⁰⁾ また、肯定説に従って義務負担授権を認めたとしても、代理との関連において、このような義務負担が実務的に意義を有するののかについて、疑問視されている。¹¹⁾

4. 義務負担授権を巡る議論の概要は以上のようなものであるが、その効力を認めるにせよ、第三者である授権者は自らが契約に基づいて債務を負担することについて、義務負担授権を通して同意している。したがって、たとえ義務負担授権が認められるとしても、そのことは「第三者に負担をもたらす契約の禁止」に違背するものではないことになる。¹²⁾

二、第三者のためにする契約を巡る問題

(1) 権利取得に伴う直接的な負担の無効

1. BGB三二八条二項¹³⁾によれば、第三者のためにする契約を締結する際に、契約当事者(要約者・諾約者)は、第三者(受益者)の権利を即時に発生させることもできる。また、権利の発生を一定の要件に係らしめることもできる。それでは、権利を取得させると同時に、受益者に負担ももたらすことは許されるのであろうか。日本民法とは異なり、当事者が第三者のためにする契約を締結したことのみにより、第三者の権利が発生するドイツ法においては、受益者の負担の即時発生の可否が争われている。

2. このことが義務負担の観点から実際に問題となったのは、人的会社における社員権の承継に関わる事例である。

人的会社では社員個人の個性が重要となる。そのため会社契約の中で、社員権の譲渡可能性、相続可能性を認め

また、先に「第三者に負担をもたらず契約」として第三者に訴訟に関わる不利益を紹介した際に挙げた健康保険組合と健康保険歯科医師組合との間の約定は、それ自体、健康保険組合に加入している患者を受益者とする第三者のためにする契約としての効力も含むものであったものの、第三者の負担を理由としてその効力が否定された。¹⁸⁾

6. このように第三者のためにする契約が、第三者に権利を付与すると同時に、直接的に負担も課するものである場合には、「第三者に負担をもたらず契約」として無効となる。このとき、第三者に拒絶権を付与することが、第三者の負担を正当化する根拠とならないことは、すでに見たとおりである。

(2) 権利取得に伴う適法な負担

1. もつとも、第三者のためにする契約の際に、受益者のいかなる負担も否定されるわけではない。BGB三二八条二項は受益者の権利取得に条件を付することを認めている。そのため、受益者が特定の給付義務を引受ける、という条件の下で、受益者に権利を付与することは可能である。¹⁹⁾ 受益者が給付義務を引受ける、という条件の下で、第三者のために契約当事者が支払猶予を約定することもまた、容認されている。²⁰⁾

2. さらに、「第三者が特定の行為態様に違反した場合には権利を失う」とする、いわゆる権利喪失条項 (Vertfall-Klausel) も、BGB三二八条二項の条件として、その効力が認められている。²¹⁾

このように、受益者の権利取得に条件が付される場合には、第三者は権利取得や権利自体について制限を受けるに過ぎず、債務を負わされてはならない。また、債務を負わされるとしてもそれは第三者の意思に委ねられている。そのため、「第三者に負担をもたらず契約」としてその効力が否定されることはない。

3. この他、権利取得と同時に第三者が義務を負担する場合であっても、次のような場合には「第三者に負担をも

たらず契約」は問題とならない。

権利と給付義務が法律により結び付けられている場合、そのような権利を受益者に付与しても、「第三者に負担をもたらす契約」として評価されない。²²⁾ 例えば、運送契約において、荷受人は荷物を受領した際に、未払いの運送料を支払う義務を負わされている（HGB四二一条²³⁾）。

4. 第三者が権利の取得を拒絶しない場合には、権利の行使の際に債務者である諾約者を損害から守ることに付いて、保護義務などの付随義務を負わされる。このような義務は債権者としての地位自体から導かれるものであり、第三者の同意なく負わされるとしても「第三者に負担をもたらす契約」に当たらないと解されている。²⁴⁾

5. 第三者のためにする契約に基づいて受益者が権利を取得する際に、同時に間接義務（*Obliegenheit*）も負わされることになる場合についても、第三者に負担をもたらす契約は問題とならない。²⁵⁾ 例えば、第三者のためにする契約が商行為にあたる売買の場合、売買目的物を受領した第三者は、目的物の検査およびその通知について義務（HGB三七七条²⁶⁾）を負う。また、他人のためにする保険においては被保険者の認識や行為が保険の給付に影響を与え（VVG七九条²⁷⁾）、他人のためにする生命保険や健康保険では被保険者も通知義務や情報提供義務等を負う（生命保険に関する同一七一条二項、健康保険に関する同一八二条²⁸⁾）。

このように第三者に間接義務を負わせる契約が「第三者に負担をもたらす契約」を構成しないのは、これに違反したとしても、第三者（受益者）は与えられた地位を失うだけであり、その他の義務を負わされることにはならなためである。したがって、例えば法律の規定が存在しなくても、契約当事者の約定によって第三者が取得する権利に間接義務を結び付けることは許されている。³⁰⁾

6. 以上をまとめると、第三者のためにする契約に際して、受益者に負担が課されるとしても、それが契約から直

接的にもたらされない場合（法律に基づく義務、債権者としての地位に基づく付随義務）、および、その負担によってもたらされる受益者の不利益が、せいぜい受けた利益の喪失に留まる場合（権利取得に付された条件、間接義務）には、「第三者に負担をもたらす契約」に当たらないと考えられている。

三、「第三者のための保護効を伴う契約」の第三者に不利な効力

1. 契約当事者は給付義務の他に、契約的接触（準備的交渉・履行・受領等）によって相手方の生命・身体・財産への侵害可能性が生じる場合に、それらの法益を侵害すべからざる義務（注意義務・保護義務）を相互に負っている。この義務の違反があれば、当事者は契約上の債務不履行責任を負わされることになる。

ドイツ法ではさらに、契約の履行に際して契約の相手方ではなく、その親族や被用者などの第三者に損害を生じさせた契約当事者は、これらの第三者に対しても保護義務違反を理由として、契約上の損害賠償責任を負うことが認められている。このような「第三者のための保護効を伴う契約（Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter）」理論は、契約の補充的解釈により一定の第三者を契約の保護領域に組み入れることで、保護義務違反の契約当事者に対する第三者の契約上の損害賠償請求を承認している。³³¹

2. ただし、これにより契約の保護領域に組み入れられた第三者は、責任制限や短期消滅時効など、自身にとって不利益となる契約の効力も受けなければならない。³³²なぜなら、契約当事者ではない第三者が契約上の保護を受けるとしても、その程度は契約当事者が受ける保護の範囲に限定されるからである。³³³

3. 例えば、公認会計士Yとその顧客Xとの間の公認会計士約款を利用した契約に基づいて、Xが与信を受けるためにYが顧客の財産目録を作成したが、その内容が誤っていた場合に、この財産目録を信用してXに与信した銀行

Dが、第三者のための保護効を伴う契約を根拠として保護義務違反に基づき、Yに対して契約上の損害賠償を請求したとしても、Dは公認会計士約款の責任制限を超えて賠償請求することはできないものと解されている。³⁴

4. このように、契約の保護領域に組み入れられた第三者に不利な契約の効力が及ぶ場合にも、第三者に負担をもたらず契約には含まれていない。

四、「第三者に対する負担効を伴う契約」

1. 前節のまとめの中で、ドイツ法において「第三者に負担をもたらず契約」が「第三者の法的地位を侵害する契約」と理解されていることを確認した際に、「第三者に対する負担効を伴う契約 (Vertrag mit Lastwirkung gegenüber Dritten)」という概念がマルテンスによって導入されたことを紹介した。³⁵ マルテンスによれば「第三者に対する負担効を伴う契約」とは、第三者の法的地位を侵害しないが、第三者の契約の自由を事実上・間接的に制限する契約である。³⁶

2. 第三者に対してこのような影響を及ぼす契約は、現実によく見られる。

例えば、労働契約の際に使用者と被用者との間で、労働契約終了後の競業禁止義務を約定する場合や、雇用関係が終了した後に使用者の顧客や患者を奪ってはならない旨の依頼人保護条項が取り決められる場合には、同業者や顧客は、この契約について同意していない第三者であるにも拘らず、このような条項が原因となり、契約当事者である被用者と契約する機会を事実上奪われることになる。³⁷

この他、専属的購入契約やライセンス契約、価格拘束契約に際しては、第三者はその契約の当事者と契約を締結することができなくなるか、あるいは一定の条件の下でしか契約を締結することができなくなる。³⁸

3. こうした「第三者に対する負担効を伴う契約」は原則として、第三者の契約締結の自由や契約内容決定の自由を制限していることのみをもって、その効力を否定されることはない。「第三者に対する負担効を伴う契約」として性質決定されることによって、契約の効力が当然に肯定されることも、否定されることもないのである。³⁹⁾この点において、「第三者に対する負担効を伴う契約」は、「第三者に負担をもたらす契約」と区別されている。

4. しかし、「第三者に対する負担効を伴う契約」が当然に無効とされないとしても、第三者に対するその影響を看過し得ない場合もあり、常にその効力が認められるとは限らない。とりわけ、競争制限防止法等によって一般的に規制され得ることが認められている。⁴⁰⁾

また、これらの法律によって規制されていなくても、個別事例においてそのような負担効が「契約自由の内在的限界」に違反している場合には、その効力が否定されることがある。⁴¹⁾例えば、病院経営者と主任医との間の契約において、自己支払患者について主任医が通常の医療費とは別に患者に対して報酬を請求できる私的治療を患者が選択した場合のみ、その患者を入院させることが、病院経営者に義務付けられた場合、自己支払患者は事実上、入院のためには通常の医療費以上の費用を支払わなければならないことになる。このような患者の契約自由が制限されることは、医療の必要性に鑑みて許されない。⁴²⁾

5. こうした「第三者に対する負担効を伴う契約」の評価は、第三者の法的に保護された法的地位への侵害を理由とした「第三者に負担をもたらす契約」の無効の外延を限界付けるものと解される。⁴³⁾

注

(1) MünchKomm/Gotwald, a.a.O., Rdn.175, S.2124.

『契約は他人を害さない』ことの今日的意義 (三) (岡本)

- (2) BGB一六二九条
①略。②略。
- ③子の父母が相互に婚姻している場合には、父母が別居しているとき、または父母の間に婚姻事件が係属しているときに限り、父母の一方は他方に対し、自己の名においてのみ、子の扶養請求権を主張することができる。父母の一方が得た裁判所の裁判および父母の間で締結された裁判上の和解は、子の利益においても不利益においても、子に効力が及ぶ。
(本規定の訳出に関しては、岩志和 一郎「ドイツ親権法規定(仮訳)」早法七六卷四号二三〇頁(二〇〇一)を参考にした。)
- (3) Seigel/Hadding, a.a.O., Rdn.119, S.1577; Staudinger/Jagmann, a.a.O., Rdn.44, S.26; MünchKomm/Gotwald, a.a.O., Rdn.175, S.2124.
- (4) Betemann, JZ 1951, S.321; Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, 14.Aufl., 1987, S.233f.
BGB一八五条
- (5) ①権利を有しない者がある対象について行った処分は、その処分が権利者の同意を得て行われた場合、その効力を生ずる。
②権利者が処分を追認したとき、処分者が処分の対象を取得したとき、あるいは、権利者が処分者を相続し、かつ、遺産債務について無限責任を負うときは、権利を有しない者の処分はその効力を生ずる。前文における処分の対象の取得および相続の場合に、同一の対象について互いに矛盾する複数の処分がされたときは、最初の処分のみがその効力を生ずる。
- (6) Emmeerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15.Aufl., 1958, S.148; Staudinger/Kaduk, BGB, 12.Aufl., 1994, Vorbem. zu § 328ff. Rdn.64, S.32.
- (7) Lenz, ZfP 62 (1941), S.129, 184ff.; Martens, a.a.O., S.149f.; Staudinger/Jagmann, a.a.O., Rdn.48, S.28.
- (8) BGB三三三三条
第三者が契約に基づき取得した権利を諸約者に対して拒絶したときは、その権利は取得されなかったものとみなす。
- (9) Betemann, a.a.O., S.322ff.; Larenz, a.a.O., S.233f.; Staudinger/Jagmann, a.a.O., Rdn.48, S.28.

- (10) 本章第一節一、(名法二〇三号二〇五頁以下) 参照。
- (11) Peters, AcP 171, S.239ff.; Staudinger/Jagmann, a.a.O., Rdn. 48, S.28; MünchKomm/Gottwald, a.a.O., Rdn. 176, S.2125. 肯定説であるヘッターマンによれば、強制管理人 (Zwangsverwalter) の法的地位、労働協約の効力、ならびに、強制競売において自己の名で他人のために買受けを申し出た者と落札権を得る第三者の連帯責任を議論する際に、義務負担授権を認めることの実務的・理論的利点が存在するとされる。Bettmann, a.a.O., S.324ff. Vgl. Peters, a.a.O., S.239, 245f.
- (12) Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, S.476; Soergel/Hadding, a.a.O., Rdn. 119, S.1577; Staudinger/Kaduk, a.a.O., Rdn. 64f., S.32f.; Staudinger/Jagmann, a.a.O., Rdn. 48, S.28.
- (13) BGB 三二八条
- 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って、第三者に対する給付を定めることができる。
- 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。
- (14) Secker, a.a.O., S.49; Flume, F.S., Schilling, 1973, S.23, 25ff., 46ff.; Brox, Erbrecht, 16. Aufl., 1996, Rdnr. 754 S.486.
- (15) BGHZ 68, 225; Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der Offenen Handelsgesellschaft, 1954, S.17; Rütters, AcP 168 (1968), S.263, 273ff.; Schirmer, a.a.O., S.839f.; Martens, a.a.O., S.143f.; Kuhn, WM 1978, Beil. 1, S.6; Gernhuber, a.a.O., S.475; Ermann/Westermann, a.a.O., Rdn. 10, S.907; Staudinger/Jagmann, a.a.O., Rdn. 44, S.26f., Rdn. 77 S.41; MünchKomm/Gottwald, a.a.O., Rdn. 174, S.2124.
- (16) BGHZ 68, 225, 231f.; Siebert, a.a.O., S.17; Rütters, a.a.O., S.273ff.; Gernhuber, a.a.O., S.475; Staudinger/Jagmann, a.a.O., Rdn. 44, S.26f., Rdn. 77 S.41; MünchKomm/Gottwald, a.a.O., Rdn. 174, S.2124.

ただし、相続人による被相続人の社員権の承継が会社契約の条項ではなく、相続法のみに基づく場合には、当然ながら、そのような承継の有効性に問題はな^らず。BGHZ 22, 186, 190ff.; BGHZ 68, 225, 234f.

- (17) Soergel/Hadding, a.a.O., Rdn. 122, S. 1578; Staudinger/Jagmann, a.a.O., Rdn. 43, S. 26, Rdn. 77 S. 41; MünchKomm/Gottwald, a.a.O., Rdn. 173, S. 2124.

ただし、既述のように、現在ではBGB一六二九条三項二文により、裁判上の和解であれば、その内容が子にとって不利な場合であっても、子に対する効力を生じさせる(前掲注(2)参照)。このことが規定される以前は、裁判上の和解であっても、子の扶養請求権を縮減させるものであれば、「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た。BGH, FamRZ 1980, 342f.

- (18) KG, NJW 1980, 1342, 1343.

- (19) KG, NJW 1980, 1342, 1343; Martens, a.a.O., S. 140; Gernhuber, a.a.O., S. 476; Soergel/Hadding, a.a.O., Rdn. 120, S. 1577f.; Staudinger/Jagmann, a.a.O., Rdn. 46, S. 27f.; MünchKomm/Gottwald, a.a.O., Rdn. 177, S. 2125.

- (20) RG HRR 1933, Nr. 1741; RGKK/Ballhaus, BGB, 12. Aufl., 1976, § 528 Rdn. 13, S. 5; Staudinger/Kaduk, a.a.O., Rdn. 65a, S. 33; Staudinger/Jagmann, a.a.O., Rdn. 46, S. 27f.

- (21) Gernhuber, a.a.O., S. 476; Soergel/Hadding, a.a.O., Rdn. 120, S. 1577f.; Staudinger/Jagmann, a.a.O., Rdn. 46, S. 27f.; MünchKomm/Gottwald, a.a.O., Rdn. 177, S. 2125.

- (22) Gernhuber, a.a.O., S. 476f.; MünchKomm/Gottwald, a.a.O., Rdn. 177, S. 2125.

- (23) HGB 四二二条

① 引渡し地への物品の到着後、荷受人は運送人に対して、運送契約に基づく義務の履行と引き換えに、物品を自身に引き渡すことを請求する権利を有する。物品が毀損し、または遅延して引き渡され、あるいは紛失していた場合、荷受人は運送契約に基

づく請求権を自己の名において運送人に対し行使することができる。ただし、荷送人はこの請求権の行使について、依然として権限を有する。このとき、荷受人または荷送人が自己または他人の利益において行為しているか否かで、何らの差異も生じさせない。

② 第一項第一文に従いその権利を行使した荷受人は、運送状に記載されている金額までいまだ義務のある運送料を支払わなければならない。運送状が発効されなかったか、あるいは荷受人に提示されなかった場合、もしくは支払われるべき運送料の額が運送状からは明らかではない場合、荷受人は、荷送人との間で約定された運送料が不当でない限り、この運送料を支払わなければならない。

③ 第一項第一文に従いその権利を行使した荷受人はこのほかに、HGB 四二〇条第三項に従った留置料 (Standgeld) または報酬 (Vergütung) を支払わなければならない。ただし、保管期限の超過を理由とした留置料および HGB 四二〇条第三項に従った報酬を支払わなければならないのは、義務のある金額が物品の引渡しの際に荷受人に通知されていた場合に限る。

④ 荷送人は契約に従い義務のある金額の支払いについて、依然として義務を負う。

HGB 四二〇条

① 略。② 略。

③ 運送が開始され、引渡し地へ到着する前に、遅滞が発生し、この遅滞が荷受人の危険範囲に帰せられるべき理由に基づく場合、運送人には運送料に加えて適当な報酬が与えられる。

④ 略。

(24) Gemhuber, a.a.O., S.477; Soergel/Hadding, a.a.O., Rdn. 121, S. 1578; Ermann/Westermann, a.a.O., Rdn. 10, S.907; Staudinger/Jagmann, a.a.O., Rdn.47, S.28; MünchKommBGB, a.a.O., Rdn. 180, S.2126.

(25) Schirmer, a.a.O., S.840ff.; Gemhuber, a.a.O., S.475; Soergel/Hadding, a.a.O., Rdn. 121, S.1578; Ermann/Westermann, a.a.O., Rdn. 10, S.907.

Staudinger/Lagmann, a.a.O., Rdn. 47, S.28; MünchKommBGB/Gottwald, a.a.O., Rdn. 181, S.2126.
HGB 三七七条

(26) ① 売買が両当事者にとって商行為である場合、買主は売主による引渡し後遅滞なく、規則に従った事務手続に照らしないうる限りにおいて、目的物を検査しなければならず、かつ、瑕疵が判明したときには、売主に遅滞なく通知しなければならない。② 買主が通知を怠ったときには、目的物は同意されたものとみなされる。ただし、検査の際に認識し得なかった瑕疵が問題となる場合はこの限りではない。

③ そのような瑕疵が後に判明したときには、発見後遅滞なく通知されなければならない。遅滞なく通知されるときには目的物はこの瑕疵に鑑みても同意されたものとみなされる。

④ 買主の権利の維持については、時宜にかなった通知の発送で足りる。

⑤ 売主が悪意で瑕疵を知らせなかったときには、売主は本条の規定を援用することができない。

(27) VVG 七九条

① 本法の規定により保険契約者の認識および行為が法的重要性を有する限りにおいて、他人のためにする保険の場合に被保険者の認識および行為も問題となる。

② 被保険者に知られることなく契約が締結されていた場合、もしくは、保険契約者による時宜にかなった通知がなし得なかった場合、被保険者の認識は問題とされない。

③ 保険契約者が被保険者から委任されることなく契約を締結し、契約締結の際に被保険者からの委任の不存在を通知していなかった場合、被保険者は被保険者に知られることなく契約が締結されたことについての異議を、自身に対抗される必要はない。

(28) VVG 一七一条

①略。

②給付に関する権利が保険契約者とは異なる者に帰属する場合、通知義務はこの者に負わされる。情報についての義務および証明資料の調達についての義務に關してもまた同じ。

VVG 一八二条

給付に関する権利が受給資格を有する第三者に帰属する場合、保険事故の通知義務はこの者に負わされる。情報についての義務および証明資料の調達についての義務に關してもまた同じ。

(29) Bruck-Möller, 8. Aufl., 1961, § 6 VVG Anm. 57ff., S. 206f.; Bühnenmann, ZversWiss., 1970, S. 20ff.; Schimmer, a.a.O., S. 826ff.

(30) Gemhuber, a.a.O., S. 477.

(31) すでに日本にも紹介されているところである。

(32) MünchKomm/Gottwald, a.a.O., Rdn. 179, S. 2125.

(33) Ebke-Fechtrup, JZ 1986, S. 1112, 1114; Hirte, Berufshaftung, 1996, S. 450f.; Ebke, JZ 1998, S. 991, 996.

(34) Brandner, ZIP 1984, S. 1186, 1193; Ebke-Fechtrup, a.a.O., 1114. Vgl. BGH, JZ 1998, 1013, 1014f.

(35) シルマーも「第三者に不利となる負担効を伴う契約 (Vertrag mit Lastwirkungen zum Nachteil Dritter)」の概念を用いて、第三者の法的地位を侵害するか否かに拘わらず、第三者に不利な影響を及ぼす契約を顧慮し、そのような契約の効力が当然に無効となるものではないとの見解を示していた(前節三、参照)。この概念と「第三者に対する負担効を伴う契約」との関係は必ずしも明確ではないが、シルマーとマルテンスが想定している事例を鑑みれば、次のように考えられる。

すなわち、シルマーは、契約が第三者に何らかの不利な影響を及ぼす場合の全てを、念頭に置いている。これに対して、マルテンスは、契約が第三者の契約自由を制限する場合を、想定している。換言すれば、シルマーの「第三者に不利となる負担効を伴う契約」は、「第三者に負担をもたらす契約」の上位概念と思われるのに対して、マルテンスの「第三者に対する負担効を伴

『契約は他人を害さない』ことの今日的意義 (三) (岡本)

う契約」は等位概念に位置付けられる。

こうした認識に立てば、「第三者に負担をもたらす契約」が禁止される範囲を限界付けるためには、当然には効力を否定されない「第三者に対する負担効を伴う契約」のドイツ法における理解を確認することがより重要である。そのため、ここでは「第三者に対する負担効を伴う契約」概念のみを紹介することで十分である。

(36) Martens, a.a.O., S.136; MünchKomm/Gottwald, a.a.O., Rdn.178, S.2125.

ただし、先に第三者に対する運送契約上の責任制限について考察した際に紹介した、HGB四三四条二項(前節注⁽³³⁾参照)の規定において、第三者が運送に同意していたときに、この第三者に対して運送契約上の責任制限の効力が及ぶ場合を、「第三者に負担をもたらす契約」ではなく、「第三者に対する負担効を伴う契約」の問題として捉える見解もある。Canaris, Handelsrecht, 23.Aufl., 2000, S.574.

(37) Martens, a.a.O., S.127f.

(38) Martens, a.a.O., S.133ff. Vgl. Schirmer, a.a.O., S.834.

(39) Martens, a.a.O., S.136f, 171ff.; MünchKomm/Gottwald, a.a.O., Rdn.178, S.2125. Vgl. Schirmer, a.a.O., S.832ff.; MünchKomm/Kramer, a.a.O., Rdn.29, S.19.

(40) Martens, a.a.O., S.133ff., 187f.; Ermann/Westermann, a.a.O., Rdn.10, S.907; MünchKomm/Kramer, a.a.O., Rdn.29, S.19.

(41) Martens, a.a.O., S.175ff.; Ermann/Westermann, a.a.O., Rdn.10, S.907; MünchKomm/Kramer, a.a.O., Rdn.29, S.19; MünchKomm/Gottwald, a.a.O., Rdn.178, S.2125.

(42) Luke-Walendy, JZ 1977, 657. Vgl. VGH München, NJW 1977, 1118.

(43) 以上まで類似した表現による様々な概念が現れたが、これらの概念は日本法に馴染みのないものも少なくないため、(33)で簡単に整理しておく。

まず、「第三者のためにする契約 (Vertrag zugunsten Dritter)」と「第三者に負担をもたらす契約 (Vertrag zu Lasten Dritter)」との関係である。これらのドイツ語による表記だけを見れば一対の反対概念であるように見える。しかし、前者は第三者への権利の付与のみを意味するのに対して、後者は第三者への債務負担だけでなく、より一般的に第三者の既存の法的地位への侵害をもたらすものであることは本文で見たとおりである。したがって、「第三者のためにする契約」のみでは、「第三者に負担をもたらす契約」の反対概念として完全に対応しているとは言えない。

「第三者のためにする契約」の他に「第三者に負担をもたらす契約」に対応するものとして考えられるのが、「第三者のための効力を伴う免責 (Haftungsausschluss mit Wirkung zugunsten Dritter)」である。これは、「第三者の権利に基づく抗弁は与えられない (Exceptio ex iure tertii non datur)」との原則に反して、契約当事者がその契約に関与した第三者 (履行補助者等) に対して不法行為に基づき損害賠償請求したときに、この第三者が当該契約における免責をこの損害賠償請求に対して主張し得る場合を指す。これに対して、第三者が契約当事者の一方に対して不法行為に基づく損害賠償請求権を行使したときに、この契約当事者が契約に基づく免責を主張することは、「第三者に負担をもたらす契約」にあたるとして、原則的に否定されている。さらに、第三者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」に含まれているが、これに対応すると思われる「第三者のためにする債務免除」は「第三者のためにする契約」によって行うことができないとされている。

したがって、「第三者に負担をもたらす契約」は、「第三者のためにする契約」、「第三者のための効力を伴う免責」および「第三者のためにする債務免除」に対応した概念と解される。

また、「第三者のための保護効を伴う契約 (Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter)」と「第三者に対する負担効を伴う契約 (Vertrag mit Lastwirkung gegenüber Dritten)」も、表記上は類似しているが、その内容はまったく異なる。「第三者のための保護効を伴う契約」とは契約の保護領域に第三者を組み入れて、第三者にも契約上の保護を与える契約である。そのため、これに対する契約を想定するならば、契約当事者ではない第三者に契約当事者に対する契約上の保護義務を課する契約となる。このよ

うな契約態様としては、代理人や交渉担当者の契約締結上の過失、いわゆるプロスペクト責任 (Prospekthaftung) および積極的債権侵害に基づく契約当事者に対する損害賠償責任が考えられる (Vgl. Gerhober, aa.O., S.477)。もともと、このような責任は契約当事者の一方と第三者との間の契約的接触に基づくものと思われ、契約の効力がその契約の当事者ではない第三者に及んでいると言えるのかは疑問である。

他方で、「第三者に対する負担効を伴う契約」とは、直接的に第三者の法的地位を侵害するのではなく、第三者の法律行為上の自由を間接的・実的に制限する契約であることは本文で述べたとおりである。これに対する契約をあえて考えれば、第三者の法律行為上の自由を間接的に拡充する契約であろうか。仮にこのような契約があるとしても、いずれの利害関係者もその効力により何らの不利益を被ることはないため、法的な問題が生じることはないと考えられる。

このように、「第三者のための保護効を伴う契約」と「第三者に対する負担効を伴う契約」概念は対応していない。

第三節 小括

1. 本章では、ドイツ法における「第三者に負担をもたらす契約」を巡る議論を概観した。このような契約の効力が原則として認められないことを、債務関係の相対性から導くドイツ法の態度は、契約の相対性原則と債権の相対性を区別する本稿の基本的立場とは異なる。それにもかかわらず、ドイツ法の議論は以下の点において、本稿の問題意識にとって有益な視点を提示していると評価できる。

2. まず、ドイツ法では「第三者に負担をもたらす契約」の無効を説明する際に、その理論的根拠を私的自治の原則から導いている。自己の権利関係を自律的に決定しうることだけではなく、他人の法律行為によって自己の法領

域が侵害されないこともまた、私的自治の原則の内容と解されているのである。こうした理解に基づいて、「第三者に負担をもたらす契約」の無効は、第三者の私的自治を保護するための基本原則として位置付けられている。

3. こうした「第三者に負担をもたらす契約」の効力を否定する理論的根拠は、実際にそのようなものとして評価される契約の範囲を広げてきたドイツ法の態度とも整合している。

すでに見たように、ドイツ法においては当初、「第三者に負担をもたらす契約」は「第三者に直接的に義務を負担させる契約」と理解されていた。しかし、契約の効力が第三者に影響を与える場合について、広く問題が意識されるようになったことに対応して、第三者に義務を負担させる場合以外のケースについても、第三者に対して契約の効力は及ばないと解すべき場合があることが認識されるようになった。その結果、現在ではより一般的に、「第三者の法的地位を直接的に侵害する契約」が「第三者に負担をもたらす契約」として、第三者に対するその効力を否定されている。その際、第三者が義務を負担させられ、あるいは権利を奪われる態様如何は、もはや重要ではない¹¹⁾。

不利益な権利関係の変動が義務負担に限られないことに鑑みれば、このように義務負担以外の不利な効力も否定されることは、先の私的自治の原則に関する理解から容易に導かれうるものと考えられるのである。

4. 他方で、第三者の私的自治に反しない契約や、第三者の法的地位を侵害しない契約については、「第三者に負担をもたらす契約」とは評価されていない。

例えば、代理や義務負担授權に関しては、私的自治を超える公的利益や本人の意思を根拠にして、「第三者に負担をもたらす契約」と区別されている（前節一）。

また、単に第三者の契約自由を間接的に事実上制限するに過ぎない「第三者に対する負担効を伴う契約」が、当然には無効とならないことの説明として、このような契約が第三者の法的地位を侵害するものではないためとされ

ている（前節四）。

5. さらに、契約に基づいて第三者の法的地位に不利な影響が及ぶにも拘らず、「第三者に負担をもたらす契約」が問題とされない場合もあった。

すなわち、第三者のためにする契約に際して、受益者が特定の給付義務を引受ける、という条件の下で受益者に権利を付与することや、第三者が特定の行為態様に違反した場合には権利を失う、という内容の権利喪失条項を付することは、BGB三二八条二項の条件として、その効力が認められている。また、権利取得に伴う間接義務の負担もまた、「第三者に負担をもたらす契約」として評価されていない。その根拠は、たとえ第三者がこれらの契約の効力にさらされるとしても、第三者が不利益を被るのは新たに取得した法的地位の範囲に限定される（権利を取得し得ない、権利主張を制限される、権利を喪失する）点にある（前節二、（2））。

また、「第三者のための保護効を伴う契約」に際して、契約の保護領域に組み入れられた第三者がその保護を制限する契約の効力も受けなければならないことや、権利取得に伴い債権者として債務者に対し保護義務を負うことも、「第三者に負担をもたらす契約」に当たらない。これらの負担は、取得した法的地位に当然に付随するものだからである（前節二、（2）、三）。

6. これらのことから、ドイツ法において、契約当事者以外に対する契約の効力が、「第三者に負担をもたらす契約」として評価される際の判断基準として、次の三点を挙げることができよう。すなわち、契約の効力は第三者の私的自治を侵害しているか、第三者の法的地位を侵害しているか、ならびに、第三者に課される負担は第三者が取得した法的地位の範囲内に止まっているか。

ドイツ法上の「第三者に負担をもたらす契約」に関する議論の中で、これらの観点から第三者に対する契約の効

力が評価されていることは、契約の相対性原則をいわば所与のものとして、その原則そのものを検討対象とすることの少なかつた日本法と比較して、非常に示唆に富むものと言える。

7. もっとも、ドイツ法においても、契約の効力と第三者との関係がすべて明確に説明されているとは言い難い。

第三者に対する契約上の責任制限の効力が問題となる場合については、事案類型によつてその判断が分かれていた。「第三者に負担をもたらず契約」は無効であるとする原則的理解に対し、これらの例外的な効力が原則との関係においてなぜ認められるのかについて、散発的な検討はなされるものの、一般的な根拠を見出すまでの見解の一致は未だ見られない。

また、日本法においていわゆる「抗弁の接続」といわれる「抗弁貫徹 (Einwendungsdurchgriff)」の問題は、「第三者に負担をもたらず契約」の効力が原則として否定されることと関連付けられていない。ドイツ法において「抗弁貫徹」は、相対性原則との抵触に関して、「他人との債務関係に基づく抗弁の禁止」〔*exceptio ex iure tertii non da-
re*〕に対する例外として捉えられている²⁾。ドイツ法は、私見と異なり、債務関係の相対性と契約の相対性とを区別していないため、「第三者に負担をもたらず契約」と他人との債務関係に基づく抗弁が、相互の関連性を問題にすることなく、それぞれ債務関係の相対性から否定されることも理解できる³⁾。しかし、その際に問題となる抗弁が契約から生じるものである以上、本稿の立場からすれば、「抗弁の接続」を契約の相対性原則との関係においてどのよう
に理解するべきか、検討する必要があることとなる。

8. 以上のようなドイツ法の理解に基づいて、次章では契約の相対性原則の意義を検討し、契約の効力と第三者との関係の明確化を試みる。

注

- (1) MünchKomm/Gottwald, a.a.O., Rdn.173, S.2124.
- (2) MünchKomm/Habersack, BGB, 3.Aufl., 1995, §9 VerbrKrG Rdn.74, S.748; MünchKomm/Kramer, a.a.O., Rdn.28, S.18.
- (3) 「第三者に負担をもたらす契約」の無効も、他人との債務関係に基づく抗弁の禁止も、ともに相対性原則から導かれることにおいて共通していることは、少なくとも明らかである。Vgl. v.Reinersdorf, Zur Dogmatik des Einwendungsdurchgriffs, 1984, S.29f.