

『契約は他人を害さない』ことの今日的意義（四）

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、第二〇三号)

(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

一、代理・義務負担授權

二、第三者のためにする契約を巡る問題

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、第二〇四号)

第三章 第三者の法的地位に対する契約の効力

第一節 契約—第三者関係の再構成

一、再構成のための視角

二、相対性原則の基礎的法理

三、相対性原則の射程

（1）第三者の私的自治の保護

（2）第三者の法的地位の保護

（3）第三者が取得した法的地位に対する負担

四、第三者の法的地位と契約

（1）法的関係の存否と相対性原則

（2）契約に基づく法的地位を取得した第三者と契約規範

五、第一節のまとめ（以上、本号）

第二節 契約関係外の第三者に対する契約の効力と相対性原則

終章

第三章 第三者の法的地位に対する契約の効力

第一節 契約—第三者関係の再構成

一、再構成のための視角

1. 本稿は契約の相対性原則が有している意義の明確化を目的として、ここまで検討を進めてきた。第一章では従来の相対性原則の理解を再検討し、契約の効力と債権の効力との間の齟齬、ならびに、契約の相対性と債権の相対性に認められるそれぞれの意義の差異に着目して、契約の相対性原則を債権の相対性と区別して理解すべきことを指摘した。続く前章において、契約の相対性原則の表す具体的意義を探る示唆を得るために、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。

これらを基に、本章では日本法において契約の相対的効力が原則とされる意義をより明確にした上で、契約と第三者との関係を再構成し、それに基づいて両者の関係を再検討することで相対性原則の限界を明らかにしたい。まず本節において、相対性原則の意義の明確化と契約と第三者との関係の再構成を試みる。

2. とところで、これまでの検討からも明らかのように、契約と第三者とが係わり合う場面は様々な状況が考えられる。契約が第三者を害する場合しか検討対象としないことにより、契約と第三者との間の問題領域を限定している。本稿においても、すでに様々な個別事例が現れてきている。これは、契約の効力の多様性と、契約と何らかの接点を有する第三者の多様性との相乗による必然的結果に他ならない。これらの組合せを逐一確認することは、思考経済に反するだけでなく、筆者の能力の及ぶところではない。そのため、契約と第三者との関係を再構成するため

には、あらかじめ一般的・抽象的な視角を提示しておくことが必要であり、かつ十分と言える。

3. その際に、有用となるのは、前章に行ったドイツ法の考察である。ドイツ法における「第三者に負担をもたらす契約」を巡る議論を振り返ると、そこで第三者に対する契約の効力を評価する際の特色は、以下の四点にまとめることができる。

第一に、「第三者に負担をもたらす契約」の無効は、私的自治の原則、すなわち、第三者の私的自治の保護の観点から導かれている。

第二に、このことから演繹されることとして、第三者の私的自治に反しない契約であれば、第三者に対する契約の効力は否定されない。

第三に、「第三者に負担をもたらす契約」として考えられているのは、「第三者の法的地位を侵害する契約」である。この定義は、債務負担に限られない多様な契約の効力が第三者に対する関係において否定されることを表すとともに、第三者の契約自由のみを事実上・間接的に制限するいわゆる「第三者に対する負担効を伴う契約」の効力が当然には否定されないことも説明するものであった。

第四に、たとえ契約が第三者の法的地位に負担をもたらすとしても、問題となる法的地位が当該契約に基づくものであり、これによる負担が第三者の取得した法的地位の範囲内に止まっていれば、そのような負担について「第三者に負担をもたらす契約」が問題とされることはない。

4. これらは、これまで相対性原則を過度に自明視してきた日本法にとり、契約・第三者間の関係を問い直す際に、非常に重要な観点であると言える。そこで以下では、日本法における相対性原則の意義を探るために、まず、相対性原則の基礎原理（第一の視角）と射程（第二から第四の視角）の問題に分けて日本法の状況を概観する。

二、相対性原則の基礎的法理

1. 日本法における契約の相対性原則の理論的根拠についてはすでに、近代意思主義哲学が紹介されてきたことを指摘した。ただしこのことは、フランス法やドイツ法における説明をそのまま受容した、という以上の意味を有しない。本稿ではその点を踏まえ、第三者が契約に基づいて義務を負うことについてさらに、第三者の意思の存在によりその有効性が認められていることを参酌して、日本法においても相対性原則が近代意思主義哲学に基礎付けられてきたとの評価を行っている¹⁾。

もつとも、このような認識の上に立つとしても、日本法においてこれまで契約の相対性原則の理論的根拠がどのように理解されてきたのかについて、明確な回答を行ったことにはならない。確かに、フランス法において契約の相対性原則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や²⁾、ドイツ法において債務関係の相対性が私的自治の原則から導かれていることは³⁾、すでに紹介されているところではある。しかし、相対性原則との関係において、私的自治ないし意思自治の原則に内包される法命題が、具体的にいかなる内容のものであるかについては、これまで言及されてきていない。

日本法は契約の相対性原則について明文の規定を有していない。そうであるからこそ、相対性原則の具体的意義を探るためには、それを基礎付けている法理を改めて確認して置かなければならない。

2. この点、前章で見たドイツ法の「第三者に負担をもたらす契約」を巡る議論の中では、私的自治の原則から次のような法命題が導かれていた。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對しても、保護されなければならない」⁴⁾。

このことから読み取られるのは、自己の権利関係を自由に支配することが認められることの派生的帰結として、他人の契約から自己の権利関係が保護されることもまた、私的自治の原則の中に含まれている、との理解である。

3. 翻って、日本法における私的自治ないし意思自治の原則の理解に目を向けると、それぞれの原則について論者ごとにニュアンスの異なる説明がなされている。ただし、このことは日本法に限ったことではない。⁵⁾ また、これらの原則は契約の相対性原則のみに関わるものではない。そのため、この両原則の意義そのものをここで論じること、本稿の主題から逸脱することになる。

したがって、ここでは契約の相対性原則と両原則との関係に絞って検討する。この点につき、本稿はすでに、両原則が区別されるべきものであることを前提としながらも、いずれについても近代意思主義哲学を源としていることを理由に、少なくとも契約の相対性原則との関係で言えば、両原則が共通した理念から相対性原則を根拠付けている、との理解を示している。⁶⁾ その内容について、ここでより詳しく提示しておきたい。

4. まず、意思自治の原則とは、根本的には、人がなぜ自らの契約によって拘束されるのかについて、契約の拘束力を根拠付ける理論と解されている。⁷⁾ 既述のように、フランス法では、このような意思自治の原則から、独立した個人の自由を制限し他人を拘束することができるのはその意思のみであるゆえに、当事者の意思から生じる契約が義務を負わせることができるのはそれを望んだ当事者だけである、という法命題を導いている。⁸⁾

次に、私的自治の原則について言えば、多義的であるが、大別して二つの理解がなされているとされる。すなわち、第一には、「契約の自由」「遺言の自由」「社団成立の自由」の上位概念としての「法律行為の自由」と等置され、実定法上の基本原理として説明されることがある。第二に、人がその意思によって法関係を自ら形成するといふ、自己決定の一部として理解される。⁹⁾ これらの二つの意味のうち、先に示したドイツ法上の法命題と関連するの

は、より哲学的様相を帯びた後者の理解ということになるであろう。

このように両原則の意味は、私的自治の原則について第二の理解がなされる限りにおいて、相互に重なっていると解されている。¹⁰⁾ このことは、両者が近代意思主義哲学を源に持つゆえの結果であるとされ、より具体的には、個人の意思の尊重・自己決定権という一般的・普遍的な理念が強調されている。¹²⁾

こうしたことから、自己決定の理念を含む近代意思主義哲学を理論的根拠としている点に着目して、フランス法における契約の相対性原則と、ドイツ法において「第三者に負担をもたらす契約」を無効とする原則とが共通している、と評価できる。

さらに、こうした相対性原則の背後にある共通の理念は、日本法についても妥当する。つまり、近代意思主義哲学に起因する私的自治の理念を基本原則とする限り、相対性原則を根拠付ける基礎的法理に違いが生じることはない。それゆえ、日本法における私的自治の原則についても、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までも意味するものとして、理解することができる。

5. 私的自治の原則に包含されている自己決定を重視したこのような内容の法理念から、契約の相対性原則が導かれることに関しては、これまで明確な説明がなされることはほとんどなかった。そうだとすると、このことが従来¹³⁾の日本法でも一般的な共通認識であったことに、異論の余地はないと思われる。とりわけ、契約に基づく第三者の義務負担を第三者の意思に依存させていたのは、そのような認識の表れと言えよう。

日本法においても、契約の相対性原則が私的自治の原則から根拠付けられることが確認されうるとして、次に検討されるべきは、契約の相対性原則が示す具体的内容の問題である。ドイツ法の考察から得られた評価のための視角のうち、相対性原則の射程を画する第二から第四の視角に基づいて、日本法の状況を確認する。

三、相対性原則の意義

（一）第三者の私的自治の保護

1. まず、第三者の私的自治の保護の観点である。

契約の相対性原則を私的自治の原則から導くことは、換言すれば、相対性原則により第三者の私的自治が保護されることを意味することになる。しかし、逆にこのことは、第三者の私的自治さえ侵害されなければ、第三者が契約の効力に服せしめられることにもつながる。

2. こうした視角に関わるドイツ法を振り返ると、任意代理や義務負担授權は、負担に対する本人の意思が存在するため、「第三者に負担をもたらす契約」と区別されていた。このような取扱いの中に、自律的判断に沿った契約に基づく第三者の負担を妨げない態度が見受けられる。

また、法定代理については、本人に意思的関与はないものの、私的自治よりも重要視される公的利益を根拠として、契約に基づく本人の負担が「第三者に負担をもたらす契約」に該当しないものと理解されていた。¹¹³

3. この観点における日本法の状況を見ていくと、まず、契約に基づく第三者の債務であっても、これに同意する第三者の意思が存在すれば、有効に成立しうることが認められている。

次に代理制度について言えば、契約の相対性原則との関係において例外的な制度として位置付けられることがある。¹¹⁴ このうち任意代理においては、契約の当事者となることについての本人の意思が存在するため、本人の私的自治を害するものではないことは当然である。これに対して法定代理はどうか。その存在意義に関する説明を見ると、法定代理の目的は取引能力がない者の活動を補充することとされており、このことは「私的自治の補充」の機能として言い表されている。¹¹⁵ つまり、法定代理を私的自治に優先する公的利益から説明するドイツ法とは異なり、

日本法においては私的自治に反するどころか、むしろ私的自治に資するものとして理解されている。いずれにせよ、法定代理が第三者の私的自治の観点からその趣旨を減じられることはない。

4. 以上のことから、契約の相対性原則を私的自治から導いた上で、第三者の私的自治に反しない限りにおいて第三者に対する契約の効力を認めることは、これまでの日本の民法体系の中にも存在する態度と言える。

(2) 第三者の法的地位の保護

1. 次に、第三者の法的地位の保護の観点はどうか。

簡単に確認しておく、現在のドイツ法は、第三者に対して契約が及ぼす様々な影響を認識した上で、「第三者に負担をもたらす契約」を「第三者の法的地位を侵害する契約」として理解している。そして、このような第三者の法的地位に着目した理解は、次の二つの意味を持っている。すなわち、一つには、相対性原則によって否定される第三者に対する契約の効力は第三者の義務負担に限られないこと、もう一つには、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契約の効力は相対性原則に反しないことである。

2. 前者の意味について言えば、第一章で見た日本法における問題意識の中に、同様の認識が存在していた。すなわち、従来の相対性原則の理解において、相対性原則が契約に基づく第三者の義務負担を否定するものとして捉えられながら、「特約の第三者効」やいわゆる「抗弁の接続」に関わる議論の中で、義務負担以外の契約の効力と相対性原則との整合性に関わる問題が指摘されていた。¹⁶⁾ 契約の相対性と債権の相対性とを区別する本稿の立場も、このような第三者に対する契約の効力の多様性を承認することを前提とする問題意識に立脚している。¹⁷⁾

3. 後者の意味についてはどうか。

この点、ドイツ法において「第三者に対する負担効を伴う契約」として具体的に想定されていたのは、労働契約

終了後の競争禁止義務や専属的購入契約、あるいは、ライセンス契約や価格拘束契約であった。これらの内容を含む契約が締結された場合、第三者は契約当事者と一定の条件の下でしか契約を締結できなくなるか、あるいは、特定の内容を含む契約をそもそも締結できなくなる。この状況に対し、他人の契約によって第三者の契約自由が、間接的に事実上制限されているものとの評価がなされていた。こうした「第三者に対する負担効を伴う契約」は、第三者の法的地位を侵害するものではないため、「第三者に負担をもたらず契約」に当たらないものと解されている。¹⁸⁾

このような契約の効力に関する日本法の状況を見ると、例えば、公正かつ自由な競争秩序の維持により、他の事業者や消費者の実質的自由を確保する、という独占禁止法の目的の中に、他人の契約自由を制限する契約を否定的に評価する基本姿勢を読み取ることができる。²⁰⁾ かかる独占禁止法の領域では、独占禁止法違反（民法九一条）もしくは公序良俗違反（同九〇条）を根拠として、独占禁止法の契約の効力が争われることがある。²¹⁾ また、独占禁止法に違反する契約によって第三者が利益を侵害され、または侵害されるおそれがある場合、第三者は民法七〇九条や独占禁止法二四条、二五条に従い、損害賠償請求や差止請求を行うことが認められている。

しかし、日本法の議論において、契約が相対性原則に反する効力を第三者に及ぼしているとの認識が現れることはない。契約の効力自体が否定される際には、専ら法規や公序良俗に対する違反がその理由とされるのであって、契約の相対性原則から契約の無効が導かれているとは言えない。損害賠償請求や差止請求に関しても、契約が第三者に直接的に法的な不利益を及ぼしていると評価されることはなく、事実としての契約が第三者に損害を生じさせている状況に対し、不法行為法の観点から第三者に損害賠償請求権や差止請求権が付与されている。²²⁾

こうしたことから、第三者の契約自由を間接的に制限するに過ぎない契約の効力は、相対性原則に抵触しない、との認識が日本法においても見られる。

4. また、代位弁済に関する特約が「特約の第三者効」の観点から論じられるときに、第三者の事実上の利益が保護の対象とされていないことから、第三者が契約から保護される範囲に関する日本法の認識を窺うことができる。

すなわち、保証人と主債務者、および物上保証人との間で、求償権の範囲、および代位の割合に関する特約が結ばれることがある。このような特約に関して、判例によれば、その内容が民法四四二条二項や五〇一条但書五号に示される規定と異なっている場合であっても、保証人は物上保証人の不動産に関する後順位抵当権者の利害に関わらず、この特約に従い根抵当権を代位行使することが認められている。²²³

このように保証人が後順位抵当権者等の利害関係者に対しても特約を主張しうることの理由として、判決文の中では、先順位根抵当権の極度額の範囲内での優先弁済を承認せざるをえない後順位抵当権者らにとつて、特約によつて受ける不利益が事実上反射的なものに過ぎないことが挙げられている。つまり、特約によつて影響を受ける後順位抵当権者らの利益は、法的に保護されていないものと評価されているのである。²²⁴多くの学説においても、特約がなければ得られていたはずの後順位抵当権者らの利益は、法律上期待することのできない間接的・反射的利益に過ぎない、と解されている。²²⁵

こうした判断から、当事者間の契約に基づいて発生する債権の存在を否認しうるのは、隠れた合意によつて自己の「法的境位」²²⁶ないしは「法的地位」²²⁷が左右される第三者に限られる、との見解が示されることもある。これらの表現にも表れているように、代位弁済に関する特約の第三者効を肯定するための論拠の反面において、相対性原則による保護の対象が第三者の法的地位に限定されることの認識を確認することができる。

5. 以上の考察から、日本法においても、契約の相対性原則の保護の対象となるのは第三者の法的地位であり、これを直接的に侵害する契約の効力が相対性原則によつて否定される、と理解することができよう。

ただし、このように解した場合、「法的地位」とは何かが問題となる。ここではそもそも相対性原則によって保護されるものが何であるかを問われているのだから、単に「法的に保護される地位」と答えるのみでは循環論に陥ることになる。²⁸⁾この点、次のように考えることができよう。

ドイツ法における個々の事例で問題となっていたのは、第三者の権利の縮減・消滅や義務の発生、あるいはそれらの実現ないしは存否の確認を求めるための手段に関わる裁判上の不利益であった。相対性原則を基礎付ける私的自治の原則との関係で言えば、これらは個人が自律的に支配できる同人の法領域を構成する要素や、法領域の自己決定を有効ならしめる手段であり、これらの変更は直接的に個人の法領域に影響を及ぼす。しかし、法律行為の自由や単なる期待が事実上制約されるに過ぎない場合には、個人の法領域に変化は生じない。こうした認識に立ち、個人の自律的・法的法領域が他人の契約によって侵害されないことを、契約の相対性原則が保障すると言うのであれば、それは法領域の構成要素や実現手段の保護を意味することになる。ここで保護される個人の権利関係の構成要素・実現手段を総称して「法的地位」と呼ぶことは可能であろう。この意味での「法的地位」は法の世界における観念的な存在であり、現実の世界における具体的利益とは区別されなければならない。

このような理解に基づき、以下においては、「法的地位」を「個人の法領域を構成する諸要素とその実現手段」という意味に用いる。

(3) 第三者が取得した法的地位に対する負担

1. 最後に、ある契約に基づく法的地位を第三者が取得したときに、この法的地位の範囲内でその契約が第三者に負担をもたらすことの許容性について確認する。このような第三者に対して容認されている契約の負担については、ドイツ法において二つの態様が見られた。一つには、契約に基づく負担が第三者の法的地位の取得不能・喪失

・制限のみをもたらすに過ぎない場合、もう一つには、契約に基づく負担が第三者の法的地位に付随するものである場合である。

2. 前者について具体的には、第三者のためにする契約の際に、第三者に同時に義務を直接的に負担させることが認められないこととの対比として、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取り決めておくこと、あるいは、権利を取得させるとともに間接義務 (Obliegenheit) を受益者に負担させることなどが論じられていた。

このような第三者に対する契約の効力は、日本法において異論なく認められるであろう。なぜなら、ドイツ法と日本法との間には、第三者のためにする契約の際の受益者の権利取得の要件について相違があるからである。

ドイツ法においては、諾約者と要約者の間の取決めのみによって受益者の権利が生じることが、明文の規定により認められている (BGB 三二八条二項)²⁶⁾。つまり、受益者には拒絶権が与えられるものの、受益者の意思に関わらず権利が発生するため、権利とともに受益者に負担も生じるものと取決められていた場合に、そのような負担の効力が認められる範囲が問題となっていた。²⁷⁾

しかし、日本法上の第三者のためにする契約に関しては、権利取得ですら受益者による利益享受の意思表示を要件としていることにより (日民五三七条二項)、受益者の同意のない直接的な義務負担についての問題は生じない。受益者による利益享受の意思表示なしに受益者の権利は発生しないため、権利取得にどのような条件や義務が付されていようと、それらを負担することに対して受益者の同意が存在することになる。従来の判例や通説も、受益者の権利取得に伴う義務負担を認めているところである。²⁸⁾したがって、ドイツ法のように、直接的な義務負担

と、取得する権利の喪失・制限を限度とするその他の条件・負担等とを区別する必要性も存在しない。³³²

3. 次に、第三者が取得した法的地位に基づく負担が付随する場合に關してはどうか。

ドイツ法では、債権者としての保護義務や、「第三者のための保護効を伴う契約」における第三者の損害賠償請求權に対する債務者の責任制限が、許容される第三者の負担と解されていた。これらは、第三者が債権を取得し、あるいは契約上の保護領域に組み入れられることにより得た法的地位に、当然に付随する負担と考えられているのである。³³³

こうした第三者が取得した法的地位に付随する契約上の負担を許容する態度は、日本法においても見受けられるものである。例えば、債権譲渡における債権譲受人や、第三者のためにする契約の受益者が、契約に基づく債権を取得することがある。このとき、譲受人や受益者は、債権者となることはあっても、それだけでは債権を生じさせた契約の当事者としての地位までは認められていない。³³⁴ それにも拘らず、これらの者は、明文の規定により、契約上の抗弁の対抗を受けることとなっている（日民四六八条二項、五三九条）。つまり、当事者ではない者に契約に効力が及んでいると言えるのである。³³⁵ そして、これらの規定を疑問視する見解は存在しない。

このように、第三者が取得した法的地位に、その法的地位を生じさせた契約に基づいて負担が付随する場合に、この負担が第三者にも及ぶことは、日本法においても契約の相対性原則に反しないものと解されている。ただし、このような第三者に対する契約の効力の承認は、契約と第三者との關係を検討する上で、さほど重視されてきていないように思われる。そこで、取得した法的地位に付随する契約の効力と第三者については、契約と第三者との關係を再構成する中で、改めて触れることとする。

四、第三者の法的地位と契約

(1) 法的関係の存否と相対性原則

1. ここまでの考察から、日本法における契約の相対性原則は、理論的根拠や適用範囲の点において、ドイツ法における「第三者に負担をもたらす契約」を無効とする原則とほぼ同様に理解されうることを、確認することができる。すなわち、相対性原則は私的自治の原則に依拠しており、契約がこれと無関係な第三者の法的地位を侵害することを禁止しているのである。これまでの日本法における契約の相対性原則は、漠然と自明視されていたに過ぎなかった。しかし、実際には、右の内容の法規範が潜在してきたと評価することができる。

2. この潜在的な法規範の適用範囲を画しているのは、これまでの検討からも明らかのように、第三者の法的地位である。契約が第三者に不利益をもたらす場合であっても、一方において、法的地位として評価されない第三者の契約の自由などは、他人の契約によって侵害されたとしても、契約の相対性原則の保護を受けない。また、他方において、契約に基づく法的地位を取得した第三者は、相対性原則に関わらず、その法的地位と関係する限りにおいて、それを生じさせた契約の効力に服するのである。

契約の相対性原則の中で第三者の法的地位が有するこれらの意義のうち、より重要なのは後者である。なぜなら、第一に、第三者の法的地位と契約との間に法的な関係が存在すれば、単なる事実上の不利益ではなく、法的な負担であっても、第三者は甘受しなければならないのであり、第二に、法的関係の有無によって、第三者に対して契約の効力が及ぶか否かについて、正反対の結論がもたらされるためである。

3. このことから、とりわけ第二の点に鑑みれば、契約と第三者との関係を検討する前提として、契約に基づく法的地位を取得した第三者と、契約と法的関係のない第三者とを同列に取り扱うことは妥当ではない。すなわち、前

者の場合には、その法的地位に関わる限りにおいて、第三者は契約の効力に服することが原則であり、このことについて契約の相対性原則との抵触は存在しない。他方で、後者に関しては、私的自治の原則からそのような第三者は、他人の契約によって自己の法的地位を侵害されてはならず、このことこそが、契約の相対性原則が示している意義であると考えられるのである。したがって、第三者に対する契約の効力を判断する際には、問題となる第三者の法的地位と契約との法的関係の有無が、最初に確認されなければならない。

4. もっとも、契約の相対性原則の適用の可否を、問題となる契約と第三者の法的地位との法的関係の有無によって判断する視角については、契約と第三者の関係を分析する際の基準として徹底されていると言い難い。

例えば、差押債権者に対する期限の利益喪失型の相殺予約の効力が論じられる場合には、相殺予約が差押えられた債権に附着していることは、その効力を肯定する理由とならない。³⁷⁾ 相殺予約の第三者効が認められると、差押えの効力が生じる前に相殺適状が創出され、それに続く相殺によって被差押債権が遡及的に消滅する。このとき、差押債権者は債権を差押えることができないことになり、被差押債権に附着する抗弁の対抗を受ける状況は生じないからである。それゆえ、相殺予約の第三者効を肯定するためには、他の理論的・実質的根拠が求められることになる。

これに対して、不動産の賃借権に対抗力が認められる場合、判例・通説によれば、賃貸借不動産の取得者は賃借人としての地位を承継し、その際には登記事項になつていない賃貸借契約の特約も不動産取得者に承継される。³⁸⁾ つまり、不動産取得者は原則として賃貸借契約に服することになる。特約の内容によっては、不動産取得者と賃借人との間でその効力が争われることがあるが、これは例外的な場合に過ぎない。

このように、相殺予約と不動産賃貸借契約の特約とは、それらの第三者に対する効力について、原則が逆にな

るはずである。しかし、このような差異は重視されていない。³⁸⁾

5. 相対性原則の意義の明確化のためには、その適用範囲の外延も明らかにすることも必要である。そこで、第三者が取得した法的地位と契約との間に法的関係が存在する場合について、確認的に少し立ち入って検討しておく。

(2) 契約に基づく法的地位を取得した第三者と契約規範

(i) 第三者に対する契約規範の効力の理論的基礎

1. 契約に基づく法的地位を第三者が取得した場合に、その限りにおいて第三者が契約に効力を受けるのはなぜなのか。まずは、債権譲渡と第三者のためにする契約に関する民法四六八条二項と五三九条の理解から、その理論的基礎を確認する。

2. 民法四六八条は、現行民法典修正原案四七一条がその原型となっている。この規定に関しては、参照条文として旧民法典財産編三四七条二項と五二七条が挙げられており、現行民法典起草者は、これらの規定を合わせたものと趣旨を同じくするものと説明している。⁴³⁾さらに、これらの旧民法典の規定の基礎となったのは、ボワソナードにより作成された草案の三六七条二項と五四九条である。⁴⁴⁾ボワソナードはこれらの規定の中で、債権譲渡人に対する債権譲渡人・債務者間の対抗事由の対抗可能性を、債権譲渡の対抗要件の充足が、通知(送達)によるものか、債務者による承諾によるものかによって区別し、前者の場合のみ対抗可能性を認めている。このときに対抗可能性が承認される理由について、ボワソナードは次のように説明している。

「送達は、被讓債務者の参加しない行為であるから、これをもって被讓債務者を害することはできない(ボワソナード草案財産編人權之部三六五条参照)。その結果、送達は被讓債務者に対し、彼が讓渡人に対して有し得たすべての防御の手段をその讓受人に対抗する権利を維持させる」⁴⁶⁾。

つまり、ここでボワソナードは、債務者の関与していない事情によって、債権譲渡人に対する対抗事由を債務者が失うことこそが、むしろ契約の相対性原則の理念に反すると考えているのである。⁴⁷ このように自身に関与していない債権譲渡から債務者を保護するという考え方は、最近でも民法四六八条二項の説明において現れている。⁴⁸

ただ、現在では、そもそも債権譲渡とは、債権の同一性を失わせないで主体だけを変更することをその本質とするものであるとの理解から、同規定を当然のものと解するのが一般的である。⁴⁹ このことは、債権自体に「附着」していた瑕疵ないし抗弁事由がすべて「附着」したまま債権が移転する、という表現で表されることもある。⁵⁰

3. 第三者のためにする契約に関する民法五三九条について見ると、この規定の基になったのは、現行民法典修正原案五三六条である。同条の起草者である富井政章博士は次のように説明している。

「元ト此第三者ノ權利ト云フモノハ甲乙間ノ契約カラ生マレテ來タモノデアルカラ何ウシタ所ガ其範圍ヲ出ルコトハ出來ヌ夫レテ受諾者ガ反對給付ヲ負擔シテ居レバ其反對給付ヲ受ケナイ中ハ債務者ハ第三者ニ對シテ履行ハシナイト云フコトガ言ヘル……併ナガラ何處迄モ第三者ノ權利ト云フモノハ甲乙間ノ契約ニ依テ得タ權利デアリマスカラ契約外ノ原因カラ其權利ガ出テ來ラレルト云フヨウナコトガアツテハナラヌ」。⁵¹

この説明から次のような理解を読み取ることができる。すなわち、第三者のためにする契約によって権利を取得した受益者が契約当事者とみなされないとしても、その取得した権利は契約から生じているのでこの契約の範囲から出ることが出来ない。そのため、受益者は契約の範囲内において、契約に基因する抗弁の対抗を受ける、と。

そして現在では、諾約者が受益者に対して契約に基因する抗弁を対抗し得ることの理由として、単に、受益者の権利が当該契約から生じていることのみが挙げられるに過ぎない。⁵²

4. 両規定に関するこのような理解から、契約に基づく法的地位を取得した第三者に対して、その限りで契約の効

力が及ぶことの理論的基礎として、次の二つの点を指摘することができる。

第一に、契約に基づく法的地位を第三者が取得したことにより、契約当事者が不利益を被ってはならない、という契約当事者保護の理念である。

第二に、契約に基づく法的地位は、その主体が変更したとしても契約規範の内部に止まり、そこに含まれるその他の事由との結び付きを失わない、とする契約規範ないしは債権関係の構造的な理解である。⁵⁴⁾

(ii) 各論的考察

次に、右で確認した理論的基礎を前提として、契約に基づく法的地位を取得した第三者が問題となる場面について、各論的に概観する。

(a) 契約当事者の地位の承継

1. 法律の規定や合意によって、第三者が契約当事者の地位を承継した場合、以後この第三者が契約当事者として契約に服することになる。当然ながら、第三者は他人が締結した契約から生じる義務なども負担しなければならぬ。

2. ただし、契約当事者の地位が承継される以前に発生していた債務を、第三者が負担するか否かが問題となることがある。賃借人の地位が承継された場合の既発生債務について、特にこれを引き受ける旨の合意がない限り承継人に移転しないと解するのが通説とされる。⁵⁵⁾

この通説に従うとしても、既存の契約当事者（賃貸人）にとって不利益とならないと言えるであろう。

3. また、先にも触れたように、不動産の賃借権に対抗力が認められる場合に賃貸借不動産を取得した者は、登記事項になつていない賃貸借契約の特約も含めて、賃貸人としての地位を承継するのが原則である。このことは、既

存当事者の保護の必要性や債権関係構成要素の結び付きによって、根拠付けられうるものと考えられる。

ただし、個別事例の中には、目的不動産の取得者に対する賃貸借契約の特約の効力が認められない場合も存在する。⁵⁶⁾ これらの事例では、原則として従前の賃貸借契約がそのまま不動産取得者に承継されることが前提とされながら、賃借人・取得者の利益や、特約の背後にある旧賃貸人・賃借人間の特殊な事情などが考慮されて、不動産取得者に対する特約の効力が例外的に否定されているに過ぎない。⁵⁷⁾ ここでは、不動産取得者との関係における契約当事者の利益の要保護性が否定されていると言えよう。

4. ところで、以上のように第三者が他人の定めた契約規範に服するとしても、それはあくまで、その前提として、契約当事者の地位の第三者への承継が生じた場合に過ぎない。つまり、前段階において、第三者が契約当事者の地位を承継したのか、あるいは、承継しなければならないのか、ということが問われることになる。

この点、債権者Xと物上保証人Yとの間で担保保存義務免除特約が締結された場合の、物上保証人から担保不動産を譲り受けた第三取得者Dに対する当該特約の効力が論じられる際に、Dは担保権の設定された不動産を取得することで担保権の負担を承継するのに伴い、その担保権設定契約上の担保保存義務免除特約の効力も承継する、との見解が示されることがある。⁵⁸⁾ 担保保存義務免除特約の人的射程を説明する際に採りうる考え方の一つであろうが、その中には、なぜ担保権の負担の承継が当該特約の効力の承継を伴うのか、ということも明らかにされていない。

賃借権の対抗を受ける不動産譲受人が、その賃借権を生じさせた賃貸借契約の当事者としての地位を承継し、賃借権に附随する特約の効力にも原則として服するように、担保権の対抗を受ける不動産譲受人が、その担保権を生じさせた担当権設定契約の当事者としての地位を承継し、担保権に附随する特約の効力に原則として服せしめられ

る、と解するのであれば、そのような契約当事者の地位の承継が生じる理由が示される必要がある。例えば、賃貸借契約当事者の地位の移転に関しては、状態債務論によって理論的正当化の努力がなされており、その背後には、日本古来の慣習や不動産賃借人保護の要請といった社会的事情が存在している。⁵⁸⁾

さらに、これはむしろ次に見る債権者としての地位の取得の場合に近い状況となるがここで付言しておく、特約が担保権の負担に付随するために担保不動産に伴い第三取得者に移転する、という法律構成も考えられる。⁶¹⁾しかし、担保権が物権であることに鑑みれば、担保権設定契約上の特約が担保権に当然に付随すると言うことはできない。それは次のような理由からである。すなわち、契約法の領域においては、契約自由の原則により、契約当事者が事由に契約内容を定めることができる。また、契約によって生じた債権・債務や抗弁・特約は、債権関係の中で相互に有機的結合を有していると考えられており、原則として契約規範から離れて存在することはできない。これに対し、物権法は物権法定主義によって支配されているため、物権の内容を自由に変更することはできない。この点、物権法における公示の原則もその根拠の一つとされている。⁶²⁾こうしたことから、担保権に関しては、担保権設定契約如何に関わらず、その内容が法定されており、設定契約のその他の特約等が公示の対象ではない限り、それらと無関係に存続すると解される。さらには、公示によって對抗されない契約や特約に関しては、契約の相対性原則が問題となる以前に、「売買は賃貸借を破る」の原則が妥当するとも言えよう。⁶³⁾

(b) 債権者としての地位の取得

1. 次に契約に基づく債権を取得した第三者についてみると、債権譲渡と第三者のためにする契約に関して考察したように、契約に基づく債権を取得した第三者は、その債権と結び付いたその他の契約の効力に服する。このことは、契約当事者保護の要請と債権関係の構造から説明される。

2. とところで、債権者の立場において債務者から契約に基づく事由の対抗を受けるのは、債権者としての地位を取得した場合に限られない。第三者が債権者から債権を譲り受けたのではなく、債権を取り立てる権限を付与されたに過ぎない場合（いわゆる「取立授権」の場合）についても、取立権限を有する第三者は債務の履行を請求する際、債権者に対する対抗事由の対抗を受けなければならない。⁶⁵⁴

この場合、取立権限を誰が有しているかは債権者・取立権者間内部の問題であり、このことにより債務者が不利益を被ってはならない。取立権者にしても、債務者に対して契約上の独立した地位を有するわけではなく、債権者の権限の一部を代替して行使しているに過ぎない。したがって、債務者が取立権者に対しても、債権者自身に対する場合と何ら変わりのない措置をとりうることに、多言を要しない。取立権限授与の通知を受けた後に債権者に対して取得した債権によって、債務者が民法四六八条二項の適用を受けることなく、自身に対する債権と相殺することが認められていることから、容易に理解できよう。⁶⁵⁵

3. この他、民法五一一条は、支払差止めを受けた第三債務者が、その後取得した債権を自働債権として、被差押債権と相殺したとしても、この相殺が差押債権者に対して対抗されない旨を規定する。周知のようにこの規定を巡っては、第三債務者が支払差止めを受ける以前に取得した債権による、被差押債権を受働債権とする相殺を、差押債権者に対して対抗できる範囲が問題となっている（いわゆる「差押えと法定相殺」）。この問題について、本稿冒頭にも触れた最高裁判昭和四五年判決⁶⁵⁶以降、裁判実務においてはいわゆる無制限説が採用されているが、このような見解に対しては現在でもなお異論が呈されている⁶⁵⁷。契約に基づく抗弁が問題となっているわけではないが、先に挙げた理論的基礎に即して言えば、ここでの議論の重点は、被差押債権と抗弁との結び付きの評価とともに、第三債務者の利益（相殺の期待）がどこまで保護されるべきかという点にある。⁶⁵⁸

ただし、前に指摘したように、期限の利益喪失型の相殺予約については問題が異なる。すなわち、この場合に、差押えを行おうとした債権者に対して相殺予約の効力が及ぶとすれば、この債権者の差押えの効力が生じる前に、差押えの対象とされた債権が相殺によって消滅することになる。このように、法律によって許容されている差押えを企図した第三者が、自身が関与していない契約の効力によって差押えを阻まれる点に関して、当事者間にしか妥当しない契約自由の原則のみをもって説明することはできず、契約の相対性原則との関係も十分に検討されているとは言い難い。そこで、この点については次節で検討する。

4. この他の従来「特約の第三者効」という表題の下で扱われている問題についても、右に示した観点から整理することが可能と解される。⁷⁰⁾

債権に関与してきた第三者に対しては、その債権に附着した特約の効力が原則として認められる。したがって、不執行特約も債権譲受人に対抗され得る。⁷¹⁾ただし、最初に確認した理論的基礎に鑑みれば、第三者やその他の利益状況と比して、契約当事者の利益の要保護性が小さい場合には、第三者に対する特約の効力は制限される。例えば、債務者Aの不動産と物上保証人Yの不動産につき共同抵当権を有している債権者Xが、Yとの間で結んだ代位権不行使特約の、Y所有不動産の後順位抵当権者Dに対する効力について判断した最判昭和六〇年五月二三日は、⁷²⁾ Y所有不動産の競売手続の申立をX自ら行っていることを重視して、A所有不動産の抵当権から優先弁済を受けようとしたDに対する代位権不行使特約の効力を否定している。この最高裁の判断については、代位権不行使特約に関するXの利益を保護する必要性が実質的な意義を有しており、Yが取得した代位権不行使特約付の求償権および抵当権を代位行使するDに対する関係において、その保護の必要性が認められなかったものと解しうるのではないだろうか。⁷³⁾

これに対して、第三者による債権への関与そのものを無に帰せしめる特約については、第三者に対する効力を承認するための別段の正当化根拠が必要となる。債権譲渡禁止特約については、その合理性に対する疑問や債権流動性確保に対する強い要請から、有効性を疑う見解も主張されているものの、その効力を認める明文の規定（日民四六六条二項但書）が存在する⁽⁷³⁾。また、手形買戻請求権条項などの銀行取引約定書に含まれる条項は、期限の利益喪失条項による相殺予約と同様に考えられよう。ただし、多くの場合、その他の条項は期限の利益喪失条項と併せて主張されるため、その第三者効を期限の利益喪失条項と別個に論じる意義は小さい⁽⁷⁶⁾。

（c）債権者としての地位の取得

1. 以上につき、第三者が債権者としての地位を取得した場合に関しても、基本的な考え方は変わらない。

現在では、債務引受によって第三者が既存の契約の債務者となることも、一般的に認められている。その要件（とりわけ、免責的債務引受の際の債権者の承諾の要否）について争いがあるものの、効果として、引受人が既存の債務と同一内容の債務を負担することに異論はない⁽⁷⁷⁾。その結果、債務引受人は、従来の債務者が有していた抗弁や従たる権利を債権者に対して原則として主張し得るが、契約当事者間で約定された条件で債務を履行しなければならぬ⁽⁷⁸⁾。

これらの債務引受の効果も、契約当事者保護の理念と債権関係の有機的構造から説明されうる。

2. ところで、債権に関する取立授權と同様に、債務に関しても、第三者が契約上の債務者としての地位を取得することなく、契約に関与する場合がある。履行引受の際の履行引受人がそれである。履行引受人は債務者に対して債務者の既存の債務を履行する義務を負うのみであり、債権者に対する関係では直接的な債務を負担することはなく、第三者として債務を履行する⁽⁷⁹⁾。

このとき、債権者は履行引受人に対して債務の履行を請求することはできない。そうだとすると、履行引受人に対していかなる契約の効力も主張できないとされるのであれば、債権者は本来の債務者が債務を履行した場合よりも、履行引受人が介在したときのほうが不利な状況に置かれるおそれがある。先に示した理論的基礎に照らし合わせれば、取立授権の裏返しとして、債務者としての地位を一部代替して履行を代行する履行引受人に対し、債権者は直接的に債務の履行を請求しえないにせよ、履行に関する限りで契約上の対抗事由を主張できる、と解されることになるはずである。

そのことを示していると思われるのが、最高裁平成五年一〇月一九日判決⁸⁸⁾である。この事案では、建物の建築に関する元請負契約の中に、契約が解除された場合に工事の出来形部分が注文者Xの所有に属する旨の条項が約定されていた。他方で、元請負人Yは建築業法二二条で禁止されているにも拘らず、注文者の承諾のないまま、工事を一括して下請負人Dに請負させた。このような場合に、Xが当該契約条項をDに対しても対抗できるかが争われた⁸⁹⁾。この問題につき、第一審と原審とで判断が分かれたが、最高裁は、一括下請負の際の下請負人が注文者との関係において「元請負人のいわば履行補助者の立場」に立つことを理由に、Dに対するX・Y間の所有権帰属条項の効力を認め⁹⁰⁾た。

この結論については学説においても概ね支持されている⁹¹⁾。ただし、最高裁が下請負人の「履行補助者の立場」を理由とした点について、「履行補助者の概念は、履行補助者の行為についても債務者に不履行責任を負わせるという局面で用いられてきたものであって、履行補助者にも債務者と同じように契約の効力を及ぼすという局面で援用できるものなのか」は問題があるとして、契約に関与していない第三者に契約の効力を及ぼすための論拠として、最高裁の説明だけでは不十分であるとする見解もみられる⁹²⁾。

この点につき、ここまでの検討を踏まえると、この事案において、元請負契約と下請負契約が別個の契約であることは重要ではない。とりわけ所有権の帰属に関する特約を付しておいた当事者の利益を保護する必要性に鑑みれば、Dに関して、Yの履行補助者であることではなく、Yの履行引受人であることに着目することで、Dに対する元請負契約の効力を説明するに十分と考える。つまり、Yの履行引受人であるDは、Xに対する関係において、Yの債務者としての地位を一部代替して債務を履行しているのだから、その限りでX・Y間の契約規範に服する、と解しうるのである。

もつとも、履行引受人に関するこうした理解は、履行引受人は「第三者として」債務を履行する、とこれまで説明されてきたことと、適合しないかのように思われるかもしれない。この点を敷衍しておく、履行引受は契約に基づく債務に限定されず、債権関係一般に関して論じられており、契約のその他の効力との関係にまで言及されることはない。また、相対性原則に関する従来の見解は、契約の効力として債権発生しか念頭になく、その他の特約や抗弁についての理解が乏しかった。これらのことを鑑みれば、履行引受人が「第三者として」債務を履行する、とは元々、履行引受人が債権者に対して直接的に債務を負わない、という意味しか有していなかったと考えられる。つまり、これまでの説明は、債務の履行に関する限りで債務負担以外の契約の効力が履行引受人に及ぶことまでも否定する趣旨を含んでいなかったと解されるのである。

3. ただし、このように、履行引受人に契約の効力が及ぶとしても、その範囲が履行引受人により履行された債務と関係する範囲に限定されることについて、留意しておく必要がある。

例えば、履行引受人が履行の際に債権者に損害を生じさせた場合、元の契約において債務者の責任を制限する条項が約定されていたとしても、履行引受人という地位は、同人が債権者に対してこの責任制限を援用することを正

当化しない。取立授權の際の取立権者が債権の履行しか請求することができず、かつ、債務者から主張され得るのが債権に関する対抗事由に限られるのと同様に、履行引受人は履行した債務に関する契約の効力を受けるのみである。

このときに履行引受人による契約上の責任制限の主張を認めるならば、それは契約当事者の意思と無関係に契約が第三者に利益を与えることになる。第三者に対するこのような契約の効力は、履行引受とは異なる観点からの検討を必要とする。⁷⁰⁾

(iii) 契約に基づく法的地位を取得した第三者に関するまとめ

1. 以上、契約に基づく法的地位を取得した第三者が、取得した法的地位に関する限りにおいて、当該契約の効力に服することについて見てきた。ここでは、このような契約の効力の理論的基礎が、契約当事者保護の理念と債権関係の構造的理解の二点に存することが確認された。

2. これらの理論的基礎から導かれる第三者に対する契約の効力は、第三者がどのような形で契約に関与したのかを問わない。つまり、第三者が契約当事者の地位を承継する場合であれ、債権を譲り受け、または、債務を引き受ける場合であれ、あるいは、単に債権者や債務者の行為を一部代替する場合であれ、契約に関与した範囲内で、第三者は契約規範に服することになる。

3. ただし、ここでは個別事例も考察の対象としながらも、その具体的な解釈問題から離れて、契約と第三者との関係、特に契約に基づく法的地位を取得した第三者と契約の効力との関係についての評価の基本指針を示したに過ぎない。この指針のみから直ちに、具体的な問題の解決が導かれるわけではないことは当然である。

とりわけ、担保権と担保権設定契約中の特約との関係に関しては、先に言及したとおりである。また、特約の内

容が明文の規定と食い違う場合には、第三者に対する効力が論じられる以前に、当該規定の強行性および当事者間における特約の有効性・合理性が問われることになる。⁸⁸⁾ さらには、第三者に対する特約の効力が論じられる際に前提となっている法律の解釈そのものを問い直すことが、問題の本質的な解決につながる場合もある。⁸⁹⁾

本稿の冒頭でも述べたように、本稿は契約の相対性原則の意義の明確化を第一次的目的としており、ここでの判断枠組みは具体的事例を評価する際に考慮されるべき観点の一つに過ぎないことを、改めて確認しておく。

4. ここで考察した第三者に対する契約の効力は、契約の相対性原則とは無関係に認められる。したがって、このような第三者に対する契約の効力を判断する際には、第三者の負担よりも、保護されるべき契約当事者の利益と債権関係内の構成要素の結び付きをいかに評価すべきかが問題となる。換言すれば、議論の重心は、契約によつて干渉される第三者の私的自治ではなく、第三者の関与を受けた契約当事者の私的自治について、その保護の必要性を評価することに置かれる。

五、第一節のまとめ

1. 本節では、ドイツ法の考察から得られた示唆を基に、四つの視角から日本法を再検討した。その中で、第三者の私的自治に反しない契約、第三者の法的地位を侵害しない契約、第三者が取得した法的地位を生じさせた契約は、それらの効力が第三者に何らかの負担をもたらしたとしても、相対性原則に抵触するものと捉えられていないことが明らかとなった。このことから、日本法における契約の相対性原則は、私的自治の原則に基づき、契約と無関係な第三者の法的地位を契約による侵害から保護することを、その具体的意義としている、との結論に至った。

2. もつとも、相対性原則に関わるこうした理解は、従来の法制度・法意識に対応するものではあるが、明確に認

識されてこなかった。そのため、契約と第三者との関係がいかなる態様であるかということ、第三者に対する契約の効力を判断する際に、あまり顧慮されていなかった。

しかし、契約に基づく法的地位を取得した第三者が、その法的地位に関わる限りにおいて、当該契約の効力に服することは、契約の相対性原則とは無関係に承認されている。したがって、契約と第三者との関係は、具体的事案における第三者が契約に基づく法的地位を取得しているか否かによって明確に区別され、それぞれの場合について異なった観点から評価されなければならない。これが肯定されれば、相対性原則は適用されることなく、契約当事者の要保護性と債務関係の有機的構造を評価した上で、第三者に対する契約の効力を論じることが必要となる。

3. 以上、ここまでの考察から、契約の相対性原則の具体的意義を明確にするという本稿の目的が、一定程度達成されたと思われる。最後に論じられるべきは、本稿における相対性原則の理解を前提として、相対性原則の適用領域に含まれる契約の効力が、第三者との関係において判断される際の指針である。次節では、契約の相対性原則が、生きた法規範として、具体的な法律問題の中でどのように解釈・適用されるべきかについて、検討を加えることとする。

注

- (1) 第一章第二節二、(1) (名法二〇三号一八四頁以下) 参照。
- (2) 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)〕。
- (3) 千葉恵美子「割賦販売法上の抗弁接続規定と民法」『民商九三卷臨時増刊号(二)』三〇四頁(一九八六)。

- (4) Martens, ACP 177 (1977), S.139.
- (5) 星野・前掲注(2)、同「意思自治の原則、私的自治の原則」『民法論集第七卷』(有斐閣、一九八九)〔初出、『民法講座(一)民法総則』(有斐閣、一九八四)を参照〕。
- (6) 第一章第一節二、(2)(iii)(名法二〇〇号二二八頁以下)参照。
千葉・前掲注(3)三四頁もまた、「フランス法における意思自治の原則とドイツ法における私的自治の原則を漫然と同視すべきではないが、少なくとも債権関係の相対性の原則が何人も自らの意思によらずして拘束されないという点から導かれると解することは許されるように思われる」と述べている。
- (7) 星野・前掲注(2)二二二頁、中田裕康『継続的取引の研究』四二五頁(有斐閣、二〇〇〇)〔初出、法教一七一号(一九九四)〕。
- (8) TERRE (F.) et SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), Les obligations, 7e éd., Paris, Dalloz, 1999, n° 460, p.445.
- (9) 中田・前掲注(7)四二五頁。
- (10) 星野・前掲注(2)二二七頁、中田・前掲注(7)四二五頁。
- (11) 星野・前掲注(2)二二〇頁。
- (12) 山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(二)・完」論叢一三三卷五号五頁(一九九三)、中田・前掲注(7)四二五頁。
- (13) 前章第二節一、(名法二〇四号一七六頁以下)参照。
- (14) 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)。
- (15) 我妻栄『新訂民法総則』三三三頁以下(岩波書店、一九六五)、於保不二雄『注釈民法(四)』五頁以下(有斐閣、一九六七)、四宮和夫『能見善久『民法総則』三〇二頁(弘文堂、第六版、二〇〇二)』。

- (16) 第一章第一節三、(2) (淫) (名法二〇〇号一四八頁以下) 参照。
- (17) 第一章第二節二、(2) (名法二〇三号一八八頁以下) 参照。
- (18) 前章第二節四、(名法二〇四号一八三頁以下) 参照。
- (19) 金井貴嗣『独占禁止法』七頁 (青林書院、第二版、二〇〇〇)。
- (20) ただし、自由競争秩序に反する行為が常に、「一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進する」とする独禁法の究極目的 (独禁法一条参照) に反するとは限らないとされる (最判昭和五九年二月二四日刑集三八卷四号一七八七頁)。
- (21) 最判昭和五二年六月二〇日民集三二卷四号四四九頁。
 村上政博『独占禁止法』五二二頁以下 (弘文堂、第二版、二〇〇〇) によれば、独禁法に違反した契約の私法上の効力は、禁止規定の趣旨、違反行為の違法性の程度、取引の安全などの諸要因を考慮し具体的契約ごとに判断される。その際、第三者の利益は、これらの諸要因のうち、取引の安全の観点から考慮されるが、契約の効力を否定するというよりも、むしろその効力を維持する方向に働くことになろう。
- このほか独占禁止法違反の法律行為の効力については、森田修『独占禁止手続法』一五六頁以下 (丹宗暁信 || 岸井大太郎編) (有斐閣、二〇〇二)、および、そこに挙げられている文献を参照。
- (22) このように契約が事実的状况として不法行為法による評価を受けることは、評価の視点が異なるものの (その存在が加害者側の事情か、被害者側の事情か)、債権侵害の場合と同様と言える。第一章第二節二、(3) (名法二〇三号一九一頁以下) 参照。
- (23) 最判昭和五九年五月二九日民集三八卷七号八八五頁。
- (24) 「本判決匿名解説」判時一一一七号三頁 (一九八四) 参照。
- (25) 伊藤進「東京地判昭和五二年八月三〇日・東京地判昭和五二年二月二七日判批」判評二三五号二四頁 (一九七八)、上野隆

『契約は他人を害さない』ことの今日的意義 (四) (岡本)

司「信用保証協会保証の特色」加藤一郎・林良平編『担保法大系第五卷』四七五頁（金融財政事情研究会、一九八四）、辻正美「本判決判批」判評三一―一〇二頁（一九八五）。

塚原朋一「本判決判解」曹時四―一卷二二〇頁は、「保証人が債務者との間で求償権の内容についていかなる特約をしても、これによって物上保証人及び担保不動産の後順位の根抵当権者等の担保権者その他の利害関係人に対しその権利や法的な利益を侵害するなどの不当な影響を及ぼすことはならぬ」と述べる。

ただし、判例の見解に対しては、民法五〇一条で画的に処理すべきであるとする立場も存在する。潮見佳男『債権総論（第二版）Ⅱ―債権保全・回収・保証・帰属変更』二七七頁（信山社、二〇〇二）、内田貴『民法Ⅲ』八六頁（東京大学出版会、第二版、二〇〇四）。

(26) 石田喜久夫「東京高判昭和五四年一〇月三十一日判批」法時五二卷九号一二九頁（一九八〇）。

(27) 久保宏之「特約の第三者効」林良平・甲斐道太郎編代「谷口知平先生追悼論文集『契約法』」三六九頁（信山社、一九九三）

(28) Habersack, Vertragsfreiheit und Dritinteressen, 1992, S.28.

(29) 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。

(30) 前章第二節二、（名法二〇四号一七八頁以下）参照。

(31) 大判大正八年二月一日民録二五輯二四六頁、我妻栄「債権各論上巻」一一〇頁（岩波書店、一九六四）、中馬義直『新版注釈民法（一三）』六〇六頁以下、六三二頁（谷口知平・五十嵐清編）（有斐閣、一九九六）。

- (32) ただし、民法五三七条二項を任意規定と解して、受益者の意思表示を要しない権利発生についての要約者・諾約者間の取決
めを有効と認めれば、状況は異なることになる。中馬・前掲注(31)六三二頁以下参照。
- (33) 前章第二節二、三、(名法二〇四号一八〇頁以下) 参照。
- (34) 甲斐道太郎『注釈民法(一一)』三四五頁(西村信雄編)(有斐閣、一九六五)、中馬・前掲注(31)六三四頁以下。
- (35) 第一章第二節一、(4)(名法二〇三号一八二頁以下) 参照。
- (36) 差押債権者に対する相殺予約の効力に関し、債権に相殺予約が附着していると評価するものとして、好美清光「銀行預金の差
押と相殺(上)」判タ二五五号一四頁(一九七二)。
- (37) 大判大正一〇年五月三〇日民録二七輯一〇一三頁、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
中巻一』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)、幾代通『新版注釈民法
(一五)』一八八頁以下(幾代通・広中俊雄編)(有斐閣、一九八八)、野澤正充『債務引受・契約上の地位の移転』一七〇頁
(一粒社、二〇〇一)。
- (38) 我妻・前掲注(37)四五二頁、星野・前掲注(37)四二五頁以下。
- (39) これらの問題を同列に取り扱うものとして、久保・前掲注(27)三七八頁参照。
- (40) 現行民法典修正原案四七一条
- 債権者カ留保ヲ爲サシテ前條ノ承諾ヲ爲シタルトキハ讓渡人ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシ事由アルモ之ヲ以テ讓受人ニ對
抗スルコトヲ得ス但債務者カ讓渡人ニ拂渡シタルモノアルトキハ之ヲ取返シ、負擔シタル債務アルトキハ之ヲ成立セサルモノ
ト看做シ又債務ト相殺スルコトヲ得ヘカリシ債権アルトキハ讓渡人ニ對シテ之ヲ行使スルコトヲ妨ケス
- 讓渡人カ讓渡ノ通知ヲ爲シタルニ止マルトキハ債務者ハ其通知ヲ受ケルマテニ讓渡人ニ對シテ生シタル事由ヲ以テ讓受人ニ
對抗スルコトヲ得

(41) 旧民法典財産編三四七条

① 記名証券ノ譲受人ハ債務者ニ其譲受ヲ合式ニ告知シ又ハ債務者カ公正証券若クハ私署証券ヲ以テ之ヲ受諾シタル後ニ非サレハ自己ノ権利ヲ以テ譲渡人ノ承継人及ヒ債務者ニ対抗スルコトヲ得ス

② 債務者ハ譲渡ヲ受諾シタルトキハ譲渡人ニ対スル抗弁ヲ以テ新債権者ニ対抗スルコトヲ得ス又譲渡ニ付テノ告知ノミニテハ債務者ヲシテ其告知後ニ生スル抗弁ノミヲ失ハシム

③ 右ノ行為ノ一ヲ為スマテハ債務者ノ弁済、免責ノ合意、譲渡人ノ債権者ヨリナシタル払渡差押又ハ合式ニ告知シ若クハ受諾ヲ得タル新譲渡ハ総テ善意ニテ之ヲ為シタルモノトノ推定ヲ受ケ且之ヲ以テ懈怠ナル譲受人ニ対抗スルコトヲ得

④⑤略。

(42) 旧民法典財産編五二七条

① 債権ノ譲受人カ其譲受ヲ債務者ニ告知シタルノミニテハ債務者ハ譲渡人ニ対シテ従来有セル法律上ノ相殺ヲ以テ譲受人ニ対抗スルノ権利ヲ失ハス

② 債務者カ譲渡人ニ対シテ既ニ得タル法律上ノ相殺ノ権利ヲ留保セスシテ譲渡ヲ受諾シタルトキハ債務者ハ譲受人ニ対シテ其権利ヲ申立ツルコトヲ得ス

③ 右二箇ノ場合ニ於テ債務者カ相殺ヲ申立ツルコトヲ得サリシ金額又ハ有価物ヲ譲渡人ヲシテ自己ニ償還セシムルノ権利ヲ妨ケス

(43) 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』五三八頁（梅発言）（商事法務研究会、一九八四）（以下、「法典調査会民法議事速記録三」という）。

(44) ボワソナード草案財産編人權之部三六七条

① 指名債権ノ譲受人ハ、譲渡が、債務者に正式に送達されたかまたは債務者によって公正証券もしくは確定日付ある証券で

承諾されたとき以後でなければ、自己の権利を債権者の承継人もしくは債務者に対して對抗することができない。

②債務者の承諾は、彼が譲渡人に対抗しえたすべての抗弁もしくは訴訟不受理事由を譲受人に対抗することを妨げる。送達のみでは、債務者をして、その送達後に生じた抗弁を失わせるにすぎない。

③右の行為のうちの一つがあるまでは、債務者の弁済、債務免除の合意、譲渡人の債権者のなした支払差止や異議、または正式に送達されもしくは承諾された債権の新規の獲得はすべて善意にてなされたものと推定され、かつ懈怠ある譲受人に対抗することができる。

④⑤略。

(なお、本節におけるボワソナード草案の条文、および、後掲「プロジェ〔第二版〕」の訳については、池田真朗『債権譲渡の研究』三六六頁以下（弘文堂、増補版、一九九七）に準拠した。）

(45) ボワソナード草案財産編人權之部五四九条

①被讓債務者は、債権譲渡の単なる送達を受けただけでは、その譲渡人に対抗することができた従前の法律上の相殺の原因を譲受人に対抗する権利を失わない。

②被讓債務者は、既に譲渡人に対して得た法律上の相殺についての自己の権利を留保しないで譲渡を承諾したときは、譲受人に対してその相殺を援用することを得ない。

③但し右二箇の場合において、被讓債務者はその相殺を對抗できなかった金額を譲渡人から償還せしめる権利を妨げられない。

(46) BOISSONADE (G.), *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, t. II, 2e, Tokyo, Kokubunsha, 1891, n° 178, p. 189, 池田・前掲注(44)三七一頁。

(47) これに対して、債務者が債権譲渡の承諾により防御方法を失うのは、その債務者の行為が諸権利の放棄あるいは債務の確認

とみなされるためであるとされる。BOISSONADE, *loc. cit.*, p. 189; 池田・前掲注(44)三七一頁。

ボワソナード草案財産編人權之部五四九条についても、同様の説明がなされている。BOISSONADE, *op. cit.*, n° 168, p. 209.

(48) 林良平(安永正昭補訂)ほか『債権総論』五〇三頁(高木多喜男)(青林書院、第三版、一九九六)は、「債務者の関与なくして、債権譲渡をなしうるのであり、これによって債務者を、不利な地位に置くことがあってはならないのであり、したがって、民法は、通知を受けるまでに、譲渡人に対して生じた事由をもって譲受人に対抗しうるとした」と述べる。

(49) 我妻栄『新訂債権総論』五三五頁(岩波書店、一九六四)、甲斐道太郎『注釈民法(一一)』三三三六頁、三四四頁以下、(西村信雄編)(有斐閣、一九六五)、明石三郎・同三八六頁、於保不二雄『債権総論』三二二頁(有斐閣、新版、一九七二)、奥田昌道『債権総論』四四〇頁(悠々社、増補版、一九九二)。

(50) 奥田・前掲注(49)四四〇頁、林ほか・前掲注(48)四八二頁〔高木〕。

(51) 現行民法典修正原案五三六条

前二條ニ掲ケタル契約ニ基因スル抗辯ハ債務者之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得

(52) 法典調査会民法議事速記録三・七九八頁。

(53) 我妻・前掲注(31)一三三頁、中馬・前掲注(31)六四〇頁。

(54) このように主体の変更に関わらず債権関係の同一性が失われないことは、ドイツ法において「広義の債務関係」概念が認められる意義の一つであったことはすでに述べた(名法二〇〇号一五五頁注(29)参照)。

さらに、債権・債務あるいは債権関係の本質をどのように理解するべきか、という体系的問題から離れ、債権関係に含まれる債権・債務やその他の権能・義務相互の関係を考えたとき、これらが単に並存しているのではなく、緊密に結び付き合っていることは、債権関係を「有機的な関係」ないしは「有機的結合」とする我妻栄博士の理解の中に、如実に現れている(我妻・前掲注(49)六頁以下)。このような我妻博士の見解に影響を与えたと思われるドイツ法においても、ラーレンツによれば、債務関係

が「有機体」として表現される際には、「法規範に従った債務関係の発生要件に基づいて、一部は直ちに、一部は別の構成要件と結びついて時間的に連続して発生し、存続し、消滅する個々の法律効果は、無関係に並存しているのではなく、債務関係の全体の目的（あるいは多くのその目的）によって体的に相互に結び付けられ、全体的意味を示している」ことが表されているとされており、債務関係を構成する要素相互の結び付きが顧慮されている（Larenz, JZ 1962, S.105, 108, Fn.17）。

(55) 我妻・前掲注⁽³⁷⁾四六一頁、野澤・前掲注⁽³⁷⁾一七一頁。

(56) 具体的には、①借家契約において建物の賃借人が家賃を建物賃貸人（敷地賃借人）ではなく、建物の敷地の賃貸人に地代として直接支払う旨の特約が締結された場合、この特約は建物賃貸人の地位を承継した者に対して効力を生じない（大判昭和一五年八月五日民集一九卷一三三〇頁）。②賃借人が旧賃貸人に対して有する債権と賃料とを相殺して賃料支払い義務を負わない旨の相殺契約は、賃借人の不動産使用収益権を生ぜしめる基本となる契約関係ではないため、その効力は新所有者に対して及ばない（東京地判昭和三五年四月六日判時二二五号二二頁）。③賃貸借家屋に対する強制競売開始決定が債務者（旧賃貸人）に送達された後、債務者が賃借人と合理的理由なしに賃料を半額に減額する旨の合意をしても、これをもって競落人に対抗することはできない（最判昭和三五年一〇月一四日民集一四卷二二五号二五五頁）。④賃貸借家屋の新築の際にその建築資金の大半を賃借人が提供したことにより、相場よりも著しく低い賃料が定められていた場合、賃貸借家屋の取得者が承継するのは賃貸借契約の内容をなす事項のみであり、契約内容たる事項の定められるに至る事情までも承継するものではないため、新賃貸人による家賃増額請求が認められる（新潟地新発田支判昭和三七年七月一八日下民集二三卷七号一四六一頁）。⑤賃料増額禁止特約の承継に関して争われた事案において、旧賃貸人と賃借人との間の極めて特殊な事情（旧賃貸人と賃借人らが創価学会会員で親しい間柄であったこと、本件建物は旧賃貸人が賃借人の一人の旧居住家屋を買い取って建替えたものであったこと、本件建物の建替えの際に別の賃借人が権利金として建築資金を出捐していたこと）に基づき、賃貸人に一方的に不利益な特約で、しかも新所有者においてその存在を予期することが困難なものについては、その効力は新所有者と賃借人の間には及ばないもの

とされた（東京地判昭和五二年八月一七日判時八五〇号五二頁）。その他、最近の事例として、賃貸不動産の差押え後になされた敷金の増額（二〇万円から二五〇万円（賃料の二七倍強）へ）は、合理的理由のない限り、競売の買受人に対して承継されない、と判断したものもある（東京高判平成一四年九月一九日金判一一五六号一六頁）。以上の裁判例は、星野・前掲上（裁判）四二八頁以下、久保・前掲注⁽²⁷⁾三七二頁以下を参照した。

(57) 久保・前掲注⁽²⁷⁾三七二頁。

(58) 京都地判平成三年一月二五日判時一四一八号一一九頁（最判平成七年六月二三日民集四九卷六号一七三七頁の第一審）、小林亘「京都地判平成三年一月二五日の判批」金法一三五三号二頁（一九九三）、潮見・前掲注⁽²⁵⁾二九三頁以下。椿久美子「免責の効果が生じた物上保証人提供物件の第三取得者の地位」銀行法務二別冊二号二〇頁（一九九五）、石田喜久夫「最判平成七年六月二三日の判評」判評四四四号三八頁（一九九六）も参照。

(59) 我妻・前掲注⁽³⁷⁾四二〇頁。

(60) 野澤正充「契約譲渡の研究」三一八頁以下（弘文堂、二〇〇二）〔初出、「契約当事者の地位の移転」の再構成〕立教四一号五一頁以下（一九九五）。

(61) 石井眞司ほか「物上保証人提供の担保物件の第三取得者に対する担保保存義務免除特約の効力」銀法五一〇号三五頁（伊藤発言）（一九九五）に見られる発想。

(62) 徳本鎮「新版注釈民法（六）」二〇八頁以下（舟橋諄一・徳本鎮編）（有斐閣、一九九七）。

(63) なお、保証人と物上保証人との間の負担割合に関する特約に関する判例を援用して、担保保存義務免除特約の第三取得者に対する効力を肯定しようとする見解（鈴木正和「銀行の融資取引と担保保存義務の制度」判タ七七五号六五頁（一九九二））もあるが、両特約を巡っては、それぞれの問題状況が異なることがすでに指摘されている。高橋眞「債権者の担保保存義務に関する一考察」龍法二八卷三号二二頁以下（一九九五）。

また、高橋・前掲四五頁以下注(六五)は、相殺予約の対外効に関する判例を考慮する角紀代恵教授の見解(大阪高判平成六年五月二〇日の判批「金法一四二八号三八頁(一九九五)」)に対しても、問題状況の違いを指摘しているが、この点については、次節で相殺予約の効力を検討する際に言及することとする。

(64) 奥田・前掲注(49)四五八頁。

なお、取立てを目的とした債権譲渡の場合、対外的には債権は譲受人に帰属するため(我妻・前掲注(49)五五二頁、奥田・前掲注(49)四五八頁)、譲受人に契約の効力が及ぶか否かの問題については、通常の債権譲渡と同様に考えられる。

(65) 大判大正一五年七月二〇日民集五卷六三六頁。

(66) 最判昭和四五年六月二四日民集二四卷六号五八七頁。

(67) 最近では、潮見・前掲注(25)三三一頁以下など。

(68) 奥田・前掲注(49)五七七頁以下、潮見・前掲注(25)三三二頁以下(特に三三四頁)。

(69) 米倉明「相殺と差押」ジュリスト四六〇号九六頁(一九七〇)(九七頁の注(二七)も)、藤原弘道「差押・相殺と破産」鈴木忠一・三ヶ月章監「実務民事訴訟講座二〇」一五七頁(日本評論社、一九七〇)、塩崎勤「相殺予約の対外的効力について」金法一〇〇号一三頁(一九八二)、林ほか・前掲注(48)三四七頁(石田喜久夫)、潮見・前掲注(25)三三三九頁。

また、差押債権者に対する相殺予約の効力の承認が、私人間の特約による差押禁止財産の創出を意味することになるという観点からも、契約自由の原則のみを論拠とすることについて異論が呈されている。前田庸「銀行預金に対する差押と銀行のなす相殺との関係について」立教八号一三四頁(一九六六)、大原栄一「期限利益喪失約款の差押・相殺」金法五〇四号七頁以下(一九六八)、鈴木祿彌編「新版注釈民法(二七)」三五〇頁(中馬義直)(有斐閣、一九九三)。

(70) ここで触れる特約については、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)、久保・前掲注(27)も参照。

(71) 我妻・前掲注(49)七四頁、於保・前掲注(49)七七頁。

大河純夫「『債務と責任』・『自然債務』論の意義について述べよ」『民法学四』一二頁(有斐閣、一九七六)は、不執行特約が当事者間の契約であることや譲渡禁止特約の場合を鑑みて、善意の第三者に対して對抗し得ないことを主張しているが、不執行特約が第三者に対して効力を有すること自体は否定していない。

(72) 民集三九卷四号九四〇頁。

(73) 物上保証人所有不動産の後順位抵当権者に対する代位権不行使特約の効力が、一般的に否定されたわけではない、と解するものとして、山田二郎「判研」金法一一二五号二七頁(一九八六)、門口正人「判解」曹時三八卷一一号二五五頁注(一〇)(一九八六)、安永正昭「判批」金法一一四二号二二頁(一九八六)、伊藤進「判批」椿寿夫編代「担保法の判例I」一一五頁(一九九四)。

また、Dが後順位抵当権者としてYの取得した抵当権を代位行使しうる法的地位を有する、というY・D間の必然的・物権的關係は、特約によってなんらの影響を受けうるものではない、と主張する見解もある。齊藤和夫「判批」判評三七〇号四三頁(一九八九)。

(74) 米倉明「債権譲渡—禁止特約の第三者効—」六〇頁以下(学陽書房、一九七六)、池田真朗「債権譲渡禁止特約再考」法研七二卷一二号二三四頁、二四一頁以下(一九九九)、潮見・前掲注(25)五三三頁以下。

(75) ただし、ここで問題となるのは、債権を譲り受ける第三者利益を減殺することの承認ではなく、債権譲渡自由の原則に対する例外である。

(76) この他、連帯債務者間の負担部分に関する約定の債権者に対する効力について、私見はこれを、契約の相対性原則に対する法定の例外と評価する。序章注(19)(名法二〇〇号一一九頁)参照。

(77) 我妻・前掲注(49)五七〇頁、五七二頁以下、椿寿夫「注釈民法(一一)四五八頁、四七一頁(西村信雄編)(有斐閣、一九六

五)、奥田・前掲注⁽⁴⁹⁾四七三頁以下、四七八頁以下、林ほか・前掲注⁽⁴⁸⁾五三六頁、五四二頁(高木)、潮見・前掲注⁽²⁵⁾五九四頁、五九七頁。

(78) 我妻・前掲注⁽⁴⁹⁾五七〇頁以下、五七七頁以下、椿・前掲注⁽⁷⁷⁾四五八頁以下、四七一頁、奥田・前掲注⁽⁴⁹⁾四七三頁以下、四七九頁、林ほか・前掲注⁽⁴⁸⁾五四〇頁以下、五四四頁(高木)、潮見・前掲注⁽²⁵⁾五九四頁、五九八頁。

(79) 我妻・前掲注⁽⁴⁹⁾五七八頁以下、椿・前掲注⁽⁷⁷⁾四四一頁以下、奥田・前掲注⁽⁴⁹⁾四七九頁以下、林ほか・前掲注⁽⁴⁸⁾五四五頁以下(高木)、潮見・前掲注⁽²⁵⁾五九八頁。

(80) 民集四七卷八号五〇六一頁。

(81) この事案の詳細について書き添えておくと、YとDとの間の一括下請負契約には完成建物や出来形部分の所有権帰属についての明示の約定はなかった。XはYの倒産によって契約を解除するまでに、請負代金三五〇〇万円のうち合計一九五〇万円を支払っていたが、DはYから下請代金の支払いを全く受けていなかった。Dは自ら材料を提供して工事を行い、基礎工事のほか鉄骨構造は完成させていたものの、陸屋根や外壁は完成させていなかった。その後Xは別の建設業者Aとの間で、この建前を基に建物を完成させる旨の請負契約を締結し、Aがこの工事を完成させた。Xはこれに対して代金を支払い、建物の引渡しを受け、所有権保存登記をした。そこでDは完成した建物の所有権取得を主張し、所有権に基づいて建物の明渡しおよび賃料相当の損害金の支払いを求め、これが否定された場合については、建前の所有権に基づいて、民法二四八条、七〇四条により償金の支払いを請求した。

(82) 第一審(京都地判昭和六二年一〇月三〇日)は、Dのような「下請負人はなお請負人の補助者的性格が強いと言える」とだけ述べて、Dに対する所有権帰属条項の効力を認めた(大阪高判昭和五二年七月六日ジュリ六五二号六頁も同旨)。これに対して原審(大阪高判昭和六三年一月二九日)は、元請契約と下請契約が別個の契約であることを重視し、元請契約の約定は下請負人を拘束しないとして、民法二四六条、二四八条に基づき償金に関して訴えを一部認めた。

(83) 最高裁はこの他に、この事案における下請負人に対する元請負契約の約定の効力を否定する特段の事情の有無について、本件一括下請負にはXの承諾がないばかりでなく、Yが倒産するまでXは下請負契約の存在さえ知らなかったこと、ならびに、Xは契約解除前に元請代金のうち出来形部分である本件建前価格の二倍以上に相当する金員をYに支払っていることから、Xへの所有権帰属を肯定すべき事情こそあれ、これを否定する特段の事情を窺う余地はない、と述べている。

また、可部恒雄裁判官による補足意見では、次のような説明がなされている。「注文者甲に対する関係において、下請負人丙はいわば元請負人乙の履行補助者の立場にあるものすぎず、下請契約が元請契約の存在と内容を前提として初めて成立し得るものである以上、特段の事情のない限り、丙は、契約が中途解除された場合の出来形部分の所有権帰属に関する甲乙間の約定の効力をそのまま承認するほかはない。甲に対する関係において丙は独立平等の第三者ではなく、基本となる甲乙間の約定の効力は、原則として下請負人丙にも及ぶものとされなければならない」。

(84) 松尾知子「判研」産法二八巻二五三頁(一九九四)、滝沢聿代「判批」判評四二六号(判時一四九四号)一九六頁(一九九四)、後藤勇「建築請負建物の所有権は原始的に注文者に帰属させる旨の元請負契約の特約とその下請人に対する効力」判タ八四七号八頁(一九九四)、奥田昌道「判批」リマ一〇号四三頁(一九九五)、丸山絵美子「判批」法学五九巻三号三六八頁(一九九五)。

請負契約の目的物所有権に関する注文者帰属説の立場からは、判例が注文者帰属説へと展開する端緒と評価する見解もある。湯浅道男「判批」ジュリ一〇四六号八九頁(一九九四)、坂本武憲「判研」法協一一二巻四号五六七頁(一九九五)。

(85) 森田宏樹「判批」判例セレクト九四(法学教室一七四号付録)二七頁(一九九五)。

(86) 内田勝一「判例解説」判タ八四六号八六頁(一九九四)も参照。

(87) 具体的には、これまでも言及したところの「第三者のための効力を伴う免責(Haftungsausschluss mit Wirkung zugunsten Dritter)」の問題である。

(88) 例えば、民法の規定と内容を異にする保証人と債務者との間の求償権に関する特約や、保証人と物上保証人との間の代位割合に関する特約について、前掲最判昭和五九年五月二十九日・前掲注(83)は、第三者に対する効力を論じる前に、民法の規定との関係における特約の有効性を肯定している。また、最判平成二年四月一二日金判八八三号一四頁が担保保存義務免除特約の信義則違反もしくは権利濫用の可能性を認めている。

この他、基本的な判断枠組みが私見とは異なるものの、米津・前掲注(70)「債権特約の対第三者効(下)」八頁以下に示されているところの、任意放棄に反する特約の対外効に関する問題意識を、非常に重要な視点として指摘しておく。さらにより広い視野から見ると、いわゆる典型契約論に連なる問題と言えよう。

ただし、特約の合理性は、契約当事者間内部におけるのと、第三者との関係におけるのと、別異に判断されなければならない。それぞれの場合において合理的かどうかは必ずしも一致しないため、当事者間において特約が有効であったとしても、第三者に対してその効力が認められるとは限らない。私見の判断枠組みに従えば、当事者間における特約の有効性が肯定された上で、第三者に対する関係における合理性が、契約当事者の利益の要保護性の中で検討されることになる。

(89) 例えば、担保保存義務特約の第三取得者に対する効力を巡り、民法五〇四条の要件や、同条によって保護される人的範囲の解釈が議論されている(石井真司「担保の差換えと債権者の担保保存義務免除特約・雑感」金法一二五八号五頁(一九九〇)、高橋真「担保保存義務免除特約の効力」銀法五一三号一頁(一九九五)、小野秀誠「最判平成七年六月二三日の判批」金判九八二号四六頁以下、鎌野邦樹「担保保存義務免除特約の効力」法セミ四九五号五九頁、道垣内弘人「最判平成七年六月二三日の判批」ジュリ一〇九一五九頁、松岡久和「同判批」リマ一三号四八頁、中田裕康「同判批」法協一一三卷一一号一一二頁以下(以上、一九九六)。その結果、第三取得者が同条によって保護されないと解されるならば、第三者に対する特約の効力という問題そのものが生じなくなる。