

契約と第三者

—比較法的試論と展望—

長谷川 光 一

- 一 はじめに
- 二 第三者のためにする契約の略史
- 三 第三者のためにする契約の法的性質
- 四 要約者と諸約者との関係
- 五 第三者の権利
- 六 小結

一 はじめに

科学、技術の発展とともに、人間の相互的諸関係が多様化しあるいは拡張された今日、我々の法律体系の祖とも言われるローマ法の時代とは遙かに距った世界に我々は生活しているのだが、その法的概念は依然としてローマ法的概

念を引摺っているように見える。例えば、「契約」、「過失」、「債権」など、基本的概念になればなるほどローマ法の残滓は多いのではないだろうか。もちろん、ローマに生きた人間も、現代の我々も等しく人間と呼ばれる以上、一面では当然なことではあろうが、それと同時に人間が歴史的な存在であることにも注意を向けたい。時を経るにつれて人の生活が変化すれば、法的概念も法も変化し消滅しあるいは新しく創造されることもあるはずだが、法的概念、法は一度定立させられると一人歩きし、変革に抵抗し、その性質上塑性に乏しいから、どうしても現実の生活との矛盾、乖離は避けられない。そのような現実と法原則の矛盾から生まれた例外が原則に対立し、やがては法体系そのものを破壊する要因にもなるが、その一つとして、「第三者のためにする契約」が挙げられよう。この点において、第三者のためにする契約が「第三者のためにする契約」であるのは、この制度のもつ性格を暗示しているように思われるのだが。

このような観点からすれば、次のような疑問が生まれるであろう。すなわち、第三者のためにする契約が、従来の一九世紀的体系の中で一つの契約類型として捉えられるのか、あるいはその体系の中では捉えられない特殊の契約として把握されるべきなのか。

これまで、第三者のためにする契約については、契約の私的自治と第三者の権利の独立との関係をどのように理解すべきか問題となってきたが、本稿ではその点につき一つの提案をしたいと思う。もちろん、この問題に完全に答えることは非常に困難である。それにもかかわらず、ここでは、この問題を、一つの視点から展望してみたいと思ひ表題をあえて、契約と第三者としたのはこの理由に基くものである。したがってこの論稿では、契約の一般的な対第三

者効力を扱うのではない。我々は、最初に簡単な史的素描を試み、ついで、第三者のためにする契約における理論的問題のなかのいくつかを、各法体系の中でどのように扱われているかを、概観し、若干の結論を引き出そうと思う。ただ、問題の大きさを考えると、この小論では捉え切れない論点があろうが、それは後の機会に補うつもりである。

二 第三者のためにする契約の略史

第三者のためにする契約が一般的に認められるようになったのは、歴史的には比較的新しい時代になってからであるが、その理由は言うまでもないだろうが、取引上の実際の必要によるのである。また、それが阻まれてきた根拠となっていたのは、ローマ法においては、特に法の鎖 *vinculum iuris* ⁽¹⁾ であった。それは、結局、ローマ法を含めた古代法の宗教的性格と⁽²⁾、そこから派生した要式性にあると考えられる。それが時代を経て、ヨーロッパ大陸法では、対価関係、契約の相対的効果 (*effet relatif*) と姿を変え、あるいはコモン・ローでは契約関係、約因の法理として、第三者のためにする契約の一般的承認の障害となったのである。⁽³⁾

古典ローマ法は、ウルピアヌスの格率⁽⁴⁾によってよく知られているように、若干の例外を除けば、第三者のためにする契約は、第三者に対する関係ではもちろんのこと、当事者間でも認められていなかった。しかし、ユスティニアヌスの時代には、その原則に対する例外の挑戦が激しいものとなり、法典の編纂者は、例外の場合を拡張することになった。⁽⁶⁾ この中の一つが条件付贈与 (*donatio sub modo*) であり、また、信託遺贈 (*fidei commissum*) ⁽⁷⁾ の観念もそこに含まれていた。⁽⁸⁾ 註釈学派はローマ法の原則に固持していたが、註解学派は、この例外をさらに多くすることに功

續があつたとされて^{四〇}いる。しかし、第三者のためにする契約が一般的に認められ、かつ第三者の権利が承認されるまでには至らなかつた。

注目すべき最初の問題提起をしたのは、グロテウスの理論であつた。^{四一}グロテウスの理論を簡単に言うと、第三者が承諾した約束(*stipulatio*)は取消し得ない^{四二}というのである。しかしこの理論も第三者が独立の訴権を有するか否かという重要な問題については、確とした解答を見出し得なかつたように思われる。一般に、この問題に関して、法律家は決して多くの関心を払つたとは言えない^{四三}と考えられている。換言すれば、第三者のためにする契約が有効であるか否かについての理論的検討に注目したのではなく、^{四四}どれだけの例外があるかということに関心が向けられたのである。しかし、最初の法典編纂期のころには、普通法はそれぞれの民法典において若干の差異はあるが、第三者のためにする契約を一般的に承認する方向に傾いて^{四五}いった。一七、八世紀の大陸法は、この点に関しようやく、ローマ法による頸枷を断ち切りつゝあつたのである。さて、フランス民法典、ドイツ民法典、^{四六}それぞれの規定の相違にしたがつて、法理論上、その態度にヴァリエーションがあるが、これから個々の問題点について、検討していきたいと思う。

(1) *Inst. 3. 13. pr. Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura. すなわち「債務とは、われわれの国の法にしたがいある物を弁済する必要に拘束される法の鎖である。」*

(2) 例えばソロモン王の言葉とされているグロテウスの引用による、「我が子よ、汝もし他人のために約束し、見知らぬ者と汝の手を拍たば、汝その言葉によりて踵にかかりその口の言葉によりて捉えらるるなり……」を見よ。Grotius, *De iure belli ac pacis*, II. 11. 4.

さらに、沢木敬郎「第三者のためにする契約の法系別比較研究」比較法研究第一三号、一九五六年、五十六頁、谷口知平

「契約総論序説」、『注釈民法⑥』四頁、五頁参照。特に契約の拘束力などの問題について古代法と宗教との関係を調査すれば興味ある結果が得られるかもしれない。

(3) Zweigert, Kötz は、法鏡、契約関係 (Privty of contract) などのエッセイは「認識する人間が彼を取り巻く現象の多様性を、それによって整理しようとする一般的手段」の表現である、具象的思考方法から生みださるべきものである。Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts. t. 2. Institutionen. 1969. § 11. p. 147.

(4) D. 45. 1. 38. 17. Nemo alteri stipulari potest. 45. 1. 19. 19. 44. 7. 11. Neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possunt.

註つべし、Cornil; Explication historique de la règle Alteri stipulari nemo potest. Études Riccobono. 1934. t. 4. p. 243.

(5) コルニウツは「石坂晋四郎『日本民法第三編債権各論下巻』第八版(大正八年)二一七〇頁」が詳し。

(6) Zweigert, Kötz; op. cit. p. 147. Kaser; Das römische Privatrecht. 1 Sbschnitt 2 éd. 1971. § 115. pp. 491 s.

(7) cf. Kaser; op. cit. § 189. Barry Nicholas; An Introduction to Roman Law. 1962. pp. 267 s.

フロンストは、théorie des substitutions fideicommissaire は民法典で廃止された。Maurice Picard; La stipulation pour autrui et ses principales applications, Travaux de l' Association Henri Capitant pour la culture juridique française, 3 ème séance d' étude. p. 204.

(8) Milner; Jus Quaestium Tertio; Comparison and Synthesis. The International and Comparative Law Quarterly. vol. 16. 1967. p. 448.

(9) 石坂晋四郎、前掲書二一七〇頁。

Cujacius, Donellus などがそれたことを貢献があったであろう。

(10) 共に一六世紀の学者であるが、イタリヤのバルトルス、スペインの Covarrurias は条件付贈与の適用される範囲を拡大した。

cf. Ripert, Boulanger; *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. 2, 1957, n.° 634.

- (1) 同上「今日の大陸法の第三者のためにする契約の一般的承認のための理論的基礎が置かれたとする指摘がある。Millner; *op. cit.*, p. 449.

(12) 石坂晋四郎、前掲書、二一七〇頁。

(13) Grotius; *De Jure Belli ac Pacis. Liber II.*

cap. II, num. 18. 「約束は他人が代わって承諾した後に、「これを取り消し得るか」の第一で述べている。「……もし約束が…
…私に対してなされた場合…他人もまた承諾するならば、その権利を他人に移転させるべき権利は、承諾する私に自然的に
与えられ…約束は、約束をなした者によっては取り消すことはできず…」。なお、邦訳は、「一又正雄『戦争と平和の法』
第二巻四九五頁以下を参照。

(14) Millner; *op. cit. loc. cit.*

(15) 条件付贈与と弁済の附加 *adiectio solutionis gratia* が一方では発展した。

Gaudemet; *Théorie générales des obligations*, 1937, p. 239.

(16) 例えば、プロイセン一般ラント法第七四条から第七七条まで。第七四条第一項第五号「……第三者の利益もまた契約の目的
的になり得る……」。さらに第七十五条は「第三者は……主たる当事者の承諾によって自己が参加するならば、その締結に直
接にも間接にも加わらなかつたそのような契約から、かくして権利を取得する」と規定する。

(17) もちろん、これは大体においてそうであるのであり、全てそうであるのではない。保険は第三者のためにする契約を
認めさせる一つの契機となつたのであるが、生命保険について、ポルタリスは「……生命保険は健全な道徳に反するもの…」
と述べている。木村健助「フランス民法典と判例」比較法研究第九・一〇号、フランス民法典一五〇年記念特集（一九五五年）
一三頁。

cf. Fenet; *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil* t. 14, p. 544. なおイギリスでもその傾向があつ
たらしいである。例²⁴ Dutton v. Poole (1678), *Martyr v. Hind* (1779). cf. Millner; *op. cit. loc. cit.*

(18) ドイツでは、ゲルマン法はこのような契約を多様な形で認めていたから、普通法はここから多くの息吹を得たとされている。
(Enneccerus, Kipp, Wolff; Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, t. 2 Recht der Schuldverhältnisse, ein Lehrbuch von Enneccerus, 15. éd. par Heinrich Lehmann 1958, p. 146.)

三 第三者のためにする契約の法的性質

第三者の権利の根拠に関しては、当事者による契約に基いて直接生ずるのであると、通常理解される。つまり、第三者の権利は、要約者と諾約者間の契約に基くものである。(1) これに反し、第三者の権利は、諾約者の一方的行為にその根拠があると見る見解がある。(2) すなわち、第三者のためにする「契約」は、その意思表示をする者を拘束する一方的意思表示であって、この意思表示によって、第三者による承諾とは別箇に、義務を負うのである。その結果第三者は諾約者の直接の承継人(3)として、即時に権利を取得する。さて、このアプローチの方法は、歴史的に見れば、ローマ法において認められていた「片約」*pollicitatio*に由来していると思われるのだが、これはカン法によって認められるところであった。(5) しかし、グロティウスに依って、そのような片約は、承諾されないうちはいかなる権利も生じさせ得ない、(6)と喝破されることによって、前面に登場することはなかったのである。これによって、グロティウスの承諾説は理論上、看過し得ないものとなっていた。フランスにおいては、この学説は、承諾がなくとも第三者の権利は完全であるとする説、および、たとえ承諾の意思表示があったとしても、第三者はいかなる権利も有しないという説(7)のうちかつこととなった。かくして、フランス民法典は契約当事者の一方的行為によっては権利は生ぜず、一応、

承諾を要すると解し得るような規定をしているのである(第一二二条)⁽⁸⁾。第一二二条をこのように解釈する立場(承諾説)からは、第三者と諾約者の関係は、一種の契約であるとみなされ得るが、受諾する以前の第三者の法的位置は、当然に当事者間の契約において変更し得るのである。しかしながら他方、第三者は、一方の当事者が(たとえば諾約者)一方的に消滅させることのできない権利を取得するとする立場がある。この場合、第三者の権利は、諾約者との契約に基くものではなく、法律上(ex lege)他人同志の契約から生ずることになる。すなわち、第三者の権利は、第三者の承諾によって始めて生ずるものではなく、契約当事者の契約に基ずいて諾約者に履行させることができるのであるとするのである。これはドイツ法、アメリカ法では自明のことであるし、承諾を基礎とする体系とみなされるようなフランス法、日本法などでも当事者間の契約が同時に、第三者に対して権利を付与することは疑問の余地はないであろう。ここからして、要約者、諾約者、受益者の関係は一つの三角形として表わされるとする者もある。⁽⁹⁾

このような三角関係は、第三者のためにする契約が、固有の特質を有する法制度であって、専ら契約の問題として扱われないのではないかという疑問を起させないように思われる。⁽¹⁰⁾

- (1) 契約説と言われているものである。フランスでは Lambert; Du Contrat en faveur de tiers, son fonctionnement, ses applications actuelles, 1893. 以後多数説となつてゐる。日本においても多数の論者が採用してゐる。ドイツも然り。
- (2) 例へば、古へは Favre; De erroribus pragmaticorum, cité par Lambert; op. cit. pp. 52, 53. 近へは Worms; De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligation, 1891. 又やうに Monnier; Schuldenbeweis. cf. Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud; Leçons de Droit Civil, t. 2, 4 éd. par Michel de Juglart, 1 vol. n° 800.

ユートン博士¹⁾ Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren 1897. p. 172. 石田芳穂訳
昭和五年、二二五頁以下。

(3) じつから、譲渡説 Zessionsstheorie と呼ばれるものがある。

(4) この訳語は、船田幸二『ローマ法入門』(昭和四二年)一五七頁以下があるが、同著『ローマ法』第三卷(昭和四五年)では、「案件の申込」となっている(三七二頁以下)。原田慶吉『ローマ法』(昭和三〇年)〔二四三〕二二五頁参照。なお詳しくは、Koschaker: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. vol. 58. Romanische Abteilung. 1938 の文献紹介を参照 (p. 431. nota 1)。

(5) Millner; op. cit. p. 450.

(6) Grotius; op. cit. II. 11. 14.

(7) Pothier; Traité des obligations, Partie 1, Chap. 1, Sect. 1. Art. 1. § 2. Art 5 § 1.

(8) しかし、直接的に規定してゐるのではなく、「第三者がその利益を欲する意思表示をなしたときは……」としてゐるのだが。

(9) Josseland; Cours de Droit civil positif français, 3 éd. t. 2. n. 297. 以下、triangulaire dans ses effets bien que bilatérale dans sa formation」と呼ばれる。

(10) 三角関係あるものは三面的结构を、体系的に考察しようとする一つの試みとして、Karl Spielbüchler: Der Dritte im Schuldverhältnis, 1973. があるが、一つの問題提起として検討する必要があるであろう。しかし、それをいかた考えるべきか、またいかた評価すべきかについては慎重な態度でこれから研究すべきを課題であると考える。

四 要約者と諾約者との関係

前述のように、ローマ法においては、若干の例外を除けば、第三者のためにする契約は認められていず無効とされ
たが、その理由の一つは、要約者には、契約を履行するにつき利益がないということであった。⁽¹⁾⁽²⁾ 多かれ少かれ、ロー

マ法の原則に基いている近代の法体系は、これだけの理由では、契約を直ちに無効にすると規定してはいないが、要約者の利益が、契約を有効なものとするかあるいは無効とするかの決定的要素であるとする政策を貫徹するためには、諾約者の債務不履行を理由として、要約者が諾約者を訴えるときに、要約者自身のための金銭的利益を、損害賠償として請求できるはずではないかと考えられる。我が民法典には明文の規定はないが、学説上、肯定説、否定説がある。なおドイツ民法典は、要約者が利益を有するか、否かに関わりなく、フランス民法典のように特定の場合に分けて、認める規定はない。これに対し、フランス民法典では、第三者のためにする契約を二つの場合に限定している。すなわち、自己のためにする契約の場合と、他人に対してする贈与の場合である（第一二二条）。これはローマ法上の、要約者が契約を締結するにつき利益がある場合、および条件付贈与の場合と似ている。⁽⁴⁾例によって、この規定はポティエから採られたものであるが、彼はローマ法の原則に固執して、第三者のためにする契約を広範に認めることはなかった。⁽⁶⁾しかし、要約者は、以上の二つの例のように金銭的利益を有する場合だけでなく、たとえ金銭的利益でないにせよ、何らかの自己の利益がないとしたら、⁽⁷⁾そもその始めから契約を結ぶようなことはないであろう。ここにいわゆる精神的利益 *profit moral* の登場の背景があるだろう。ここにおいて、フランスの判例は、第一二二条を実質的に空文化することになった。⁽⁹⁾したがって大陸法では少くともドイツ、フランス法では要約者における利益の不存在は必ずしも第三者のためにする契約の有効性に根拠を与えるものではないこと、さらに諾約者の債務不履行の場合、要約者に損害賠償請求権を否定するものではないと言えるであろう。⁽¹⁰⁾

さらに、諾約者による契約の違反があった場合に、要約者には、損害賠償の請求権のほかにかなる救済方法があ

るだろうか。ドイツ民法典では、この点につき、明文で要約者の第三者のための請求権を認めている。フランスでも判例によってこれを認容している。⁴²⁾なお日本法でも大方の学説が一致して認めているところである。⁴³⁾さらにスイス債務法の解釈としても認められている。⁴⁴⁾

これで、要約者が第三者のために給付を請求することが可能であることが一応了解された。それでは、要約者は、自己自身のために、換言すれば、自己に対し債務を履行するようにし得るかということである。原則として、このような方法は認められないと考えられよう。なぜならば、諾約者は要約者に対して給付すべく債務を負ったわけではなく、第三者に対して負ったのである。さらに、要約者は代理人でもなく、(もし両当事者が契約を信託として締結したのであれば) 受託者でもないからである。つまり、要約者は自己の固有の(第三者に給付するように請求する)権利を行使し、諾約者が契約の趣旨にしたがって実行するよう強行し得るが、第三者に給付すべきものを自己に給付せよと要求することはできない。しかし、「第三者が契約に基いて取得し得る権利の受諾後諾約者に対して拒絶した」⁴⁵⁾ときはどうであろうか。⁴⁶⁾ドイツ民法典は続けて、「その権利は取得されなかったとみなす」と規定している。しかし、そのような場合の要約者の権利問題は、一応契約当事者間の意思に依るということになろう。このとき当事者の意思が明示されていれば、それに従うから問題はないだろうと思う。しかしそうでなく、当事者の黙示的な意思の推定も不可能なときはどうであるか。一定の原則なり仮定なりが必要となろう。ドイツ民法典においては、第三者は受益の意思表示なくとも、権利を取得し得ると解釈される(第三二八条⁴⁷⁾)。したがって、第三者は拒絶によってこのようにして取得した権利を遡及的に消滅させることとなる。⁴⁸⁾しかしそうなるとすれば、諾約者は、債務から免れ得るのか否

か、要約者に対する契約上の責任はどうなるのか、あるいは要約者に対し給付すべきなのか、という困難な問題が生ずる。この場合にも、契約それ自体の効力が失われるとは言えないのであるから、契約の趣旨によっては、別の新しい第三者を指定するなど、当事者の意思によって決められるべきであろう。

フランスではいかなる解決策をとっているか。民法典はこの点については黙して語らないが、学説によれば、要約者は自己のために履行を請求し得るとされる。その理由とするところは、第三者が利益の給付を受けるであろうという要約者の期待が裏切られるのであるから、要約者が、権利の処分に関し、自己の支配力を保持しつつ自己のために履行させるとするのは、必ずしも理にかなわないとは考えられないからである。イタリア民法典では、このことを第一一四一条で、確認しているのである。

- (1) D. 45. 1. 38. 17.
- (2) イタリア民法典ではこれを受けついでいる。第一〇四一条第一項「第三者のためにする約束 *Stipulazione* は、要約者がそれに利益を有する場合に有効である。」
- (3) 肯定説としては、我妻栄『債権各論上』民法講義Ⅵ(昭和二九年)一二六頁などがある。否定説としては、末川博『契約総論』(昭和七年)一八六頁、鳩山秀夫『増日本債権法各論(上巻)』(大正一三年)一九〇頁、なお、石坂音四郎・前掲書は事情によって異なるとしている(二二二三頁以下)。
- (4) 石坂音四郎・前掲書二二六九、七〇頁参照。
- (5) Pothier; *op. cit.* n° 71, 72.
- (6) Planiol, Ripert; *Traité pratique de Droit civil français*, 2 éd. t. 6 par Esmein, n° 352.
- (7) H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud; *o. p. cit.* n° 789. *見よ* *「一般に損害賠償を認めること」*。Gabriel Marty, Pierre Reynaud; *Droit civil*, t. 2. 1 vol. 1962. *参* *同書* (n° 262)。

- (8) Civ. 16. 1. 1888, D. P. 1888. 1. 77.
 H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud; *op. cit.* pp. 748, 754.
 イタリヤでは、第三者のためにする契約は、要約者が利益を有するときは有効であるとしているが、この利益は精神的 (morale) なご情緒的 (affettivo) な差ごひかえなごとされる (Giuseppe Mirabelli; *Dei Contratti in generale*, *Commentario del Codice Civile*, libro IV, t. 2. 1958, p. 344)。
- (9) H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, *op. cit.* pp. 748, 754.
 cf. Esser; *Schuldrecht*, vol. 1. *Allgemeiner Teil*, 1968, p. 394.
- (10) 第三三五条は「要約者は、契約を締結する者の別段の意思が認められる場合を除き、第三者が給付請求権を有するときでも、第三者に対する給付を請求することができ」と規定する。
- (11) Civ. 1 cv. 12, 7. 1956, D. 1956. 749 et note Radouant.
- (12) 中馬義直・前掲三四五頁、我妻栄・前掲書一二五頁、末弘厳太郎『債権各論』(大正八年)一九八頁など。なおイギリスに關ごつて、Beswick v. Beswick [1968] A. C. 58, 4-40, Treitel; *Note of Cases, Specific performance and third parties*, *Modern Law Review* vol. 30, 1967, pp. 687—697. 参照。
- (13) 我妻栄・前掲箇所を参照。
- (14) ドイツ民法典第三三三条。
- (15) あるいは第三者が明示、黙示の受益の意思表示をしない場合。
- (16) 日本法においては、第三者の受益の意思表示をまたずに、要約者と諸約者との契約によって、当然に第三者に権利を発生させ得るかごどうか、つまり、第五三七条を強行規定と解し得るか否かについては学説上、争いとなごっている。肯定説は、末弘・前掲書二〇七、八頁、石坂音四郎・前掲書二二二—二四頁、松坂佐一『民法提要(債権各論)』(昭和四九年)二七頁。否定説としては、我妻栄・前掲書一二二頁、柚木肇『債権各論』(昭和三一年)。
- (17) ドイツ民法典第三三三条。

- (19) 我妻栄・前掲書一二六頁、中馬義直・前掲三四五頁。ドイツにおいても、契約の内容によって決まるとするから、要約者自身に給付をせよことも可能である。cf. Heinrich Rosenthal; Bürgerliches Gesetzbuch, neubearbeitet von Bernhard Kamnitzer, Heinrich Bohnenberg, 15 éd, 1965, p. 365.
- (20) たとえば Planol, Ripert Esmein; o. p. cit n° 359, cf. Rieg; Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, 1961, n° 477.
- (21) 「第三者がそれ〔約束〕から利益を得ることを拒絶した場合には、給付は要約者の利益のために残留する。ただし、当事者の意思または契約の性質からこれと異なることが結果するときはこの限りではない。」

五 第三者の権利

第三者が諾約者に対して独立の権利を有するという法理は、大陸法の各法体系に共通であると言ふことができる。しかし、権利が直ちに完全なものとなるのか、あるいは何らかの条件が付随する不確定なものかについては何らかの相違はないであろうか。この点につき、若干の検討を加えてみたい。

ドイツ民法典においては、要約者と諾約者との契約により、直接 *unmittelbar* に、第三者に給付する権利が与えられる、ただし、第三者の権利が即時に発生するか、一定の条件の下で発生するか等々に関しては、当事者間に特別の合意条項が存在しないならば、契約の目的、事情などを勘案して決定されることになる（同条第二項）。

他方、フランス民法典を見ると、第一一二一条は、グロティウスに始まる承諾説を採用していると見られるが、これによれば、第三者が受益の意思表示をした以上は、それを撤回し得ないのである。つまり、第三者の受益の意思表示

示は、要約者の取消しの権利を消滅させるという一つの効果をもつことになる。⁽¹⁾これは、スイス債務法、⁽²⁾日本民法典などと共通した原則であるが、イタリアでは、多分、生命保険の場合を念頭に置いてしているのであるが、「給付が要約者の死亡後、第三者になされる場合には、（要約者は遺言処分をもって）、たとえ第三者が受益の意思表示をしたとしても、その利益を撤回できる。ただし、要約者が書面によって撤回の権限を放棄したときはこの限りではない」（第一四二条第一項）と規定する。またドイツ民法典は、「約束を受けた者の死亡後に、第三者に給付をすべき場合に、疑わしいときには、第三者は要約者の死亡と同時に給付請求権を取得する」（第三三一条第一項）、と規定する。これは、イタリアと同じように、通常は生命保険ないし終身定期金契約の場合を想定していると思われる。⁽³⁾これによって、要約者は自己の死に至るまでの間、第三者の権利を変更、撤回することが可能である場合が存することが反対解釈によって明らかとなる。⁽⁴⁾わが国の商法典も、「保険契約者カ保険金額ヲ受取ルヘキ者ヲ指定又ハ変更スル権利ヲ有スル場合ニ於テ其権利ヲ行ハスシテ死亡シタルトキハ保険金額ヲ受取ルヘキ者ノ権利ハ之ニ因リテ確定ス」（第六七五条第二項）とし、同条第一項において、「金額ヲ受取ルヘキ者カ第三者ナルトキハ其第三者ハ……利益ヲ享受ス但保険契約者カ別段ノ意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ従フ⁽⁴⁾」としている。以上のごとく見てくると、第三者の権利は、きわめて薄弱な土台の上に立っている、いつ自己の取得すべき利益が奪われるかわからないということになる。したがって、それは第三者による、明示、黙示の受益の意思表示によって、利益を撤回し得ないものとする規定を効力なきものとしてしまうおそれがある。つまり、第三者の受益の意思表示は通常その権利を独立なものとするとして解されているわけであるが、⁽⁵⁾ここで注意すべきは、第三者の権利は、当事者の意思の自治によって締結された契約に

基くものであつて、第三者の承諾は確定 consolidation⁽⁶⁾のごときものであり、一般の権利の性格を持つものではないし、第三者の承諾のみが権利を付与するのではないということである。第三者は利益の享受を拒絶できるのであるから、利益の撤回が可能であるというのは、要約者は第三者が受益の意思表示をするまで、この約束を変更・消滅し得るのであるという論理の上に立っているように思われる。しかし、第三者が受領することを拒絶したときには、要約者はそのほかの処分をすることは可能であるから、その理屈は成り立ち難いと思われる。

権利を完全に取得するためには、第三者の受益の意思表示が必要であるとすする制度を有する諸国においても、その受益の意思表示ないし承諾の意味については、必ずしも一致していると言えないと思われる。そもそも、承諾という用語は、諾約者が第三者に申込をなし、第三者がこれを承諾することによってこれを拘束力あるものとするような、諾約者と第三者との契約的關係を暗示しているように感じられる。いわゆるフランスにおける申込説と称せられる学説である。これに対するもう一つの理論は、受益の意思表示は、要約者の一方的行為から発した不完全な、撤回可能 (revocable) な権利を撤回し得ないものとする学説である。同様に、要約者の死亡(ただしドイツ民法三三二条では要約者は死因処分によつても撤回権の留保が可能) ないしは破産によつて、第三者の権利は完全なものとなり、第三者の権利を消滅変更させる取消権は、要約者の相続人、債権者に移転することはない。⁽⁹⁾

以上、実定法上の規定に若干の差異はあるものの、原則的には、第三者の権利の変更取消に関しては、当事者間の契約における合意事項に従うべきことについては、各法体系上疑問はない。したがつて、要約者による第三者の権利の留保が、明示されれば問題はないと言えるだろう。ドイツ民法典では、前述のように特別の定めがないとき、第三

者は、承諾やその他の通知を必要とせず、権利を取得し得るか、第三者が権利を取得したとみなされるときは、それを取消すことが可能か、等々は、事情、特に契約の目的によって決定される（第三二八条）とし周到な配慮をこらうじている。

さて、次に第三者の救済方法としては、まず諾約者に対するものとして、履行強制と債務不履行による損害賠償請求が問題となる。これに対して諾約者の第三者に対する抗弁としては、諾約者と要約者間との合意による、取消変更がある。第三者は単に諾約者と要約者との契約の履行を要求するだけでなく、第三者自身の独立した固有な権利に基づいて請求するものである。⁽⁴⁾ もっとも、その権利は当事者の契約によって条件づけられているのではあるが。第三者の取得すべき利益が条件づけられあるいは一部負担付としてある場合、第三者が一定の反対給付義務を履行しなければならぬとすれば、その反対給付がなされるような条件が満足されるまで、第三者は履行の請求はできないであろう。第三者は利益だけを享受して、負担だけを拒絶することはできないのである。利益の承諾は付随義務を含むものである。つまり、第三者による反対給付義務の不履行は、諾約者による第三者に対する債務を消滅させ、あるいはその責任を軽減することになるが、これは要約者に対しても主張し得ることである。かくして、第三者は、諾約者との間に契約類似の一つの法的関係を結び、両者は相互的に権利と義務をもつことになる。要約者、諾約者、第三者と一方的直線ではなく、以上の事情と、要約者と諾約者との関係（補償関係）、要約者と第三者との関係（対価関係）を考慮するならば一つの相互的な三角構造が見えるように思われる。⁽⁴⁾ 諾約者の第三者に対する債務が、要約者の反対給付を条件としている場合とか、または要約者の責めに帰すべき事由によって、たとえば履行不能を招来した場合、そ

れは諾約者の抗弁となる。⁴⁴ 同様に、要約者と諾約者の契約を無効にする事由は当然、第三者の権利の消滅にもなる。⁴⁵ 要約者と諾約者との契約に基因する抗弁は、第三者にも対抗し得るのであるが、諾約者は要約者にだけ対抗し得る抗弁（相殺請求など）は第三者に対して対抗し得ない。第三者は要約者とは別箇の独立した権利を行使するからである。⁴⁶

- (1) Planiol, Ripert, Esmein; op. cit. p. 462. nota. 1.
 第三者が受益の意思表示をするまでは、要約者は約束を撤回できるのであるが、「この撤回権は、第三者の権利の直接取得説とは一致してない……それは直接取得説が実務の必要を充足するために想像された *imaginée* という証拠である。」⁴⁷ とする。⁴⁸
- (2) 第二一二条第三項は、「第三者が債務者に自らその権利を行使する旨、意思表示したときは、債権者は債務者の義務を免除することができる。」とする。なお日本民法典第五三八条参照。
- (3) Larenz; Lehrbuch des Schuldrechts, vol. 1. 10. éd. p. 165. など、ドイツの保険法 Gesetz über den Versicherungsvertrag 第一六六条一項は、「疑わしき場合には、保険者の同意がなくとも、第三者を受益者として指定し、……第三者に代えて他の者を受益者とする権限は保険契約者に留保されたものと認められる。」と規定する。
- (4) この点については、大森忠夫 Ⅱ三宅一夫『生命保険契約法の諸問題』（昭和三十三年）所収の大森忠夫「保険金受取人指定・変更・撤回行為の法的性質」が詳しい。同論文によれば、保険契約者は後に指定を変更、撤回することもある旨留保して指定をなすのが通例であり、明示的になされていなくても、そのような留保が常になされているものと推定される（八三頁）。
- (5) Colin, Capitant; Traité de Droit civil, révisé par Julliot de la Morandière t. 2. 1959. n° 982.
- (6) Colin, Capitant, Julliot de la Morandière op. cit. n° 988.
- (7) 上の説を採る者として Laurent; Principe de droit civil, t. 15. 3. éd. 1878. n° 559, 571, 578 がある。そのほかには、Gaudemet; Théorie générale des obligations, 1939. pp. 245—6 に依れば、Thaller がある。

ドイツについては、石坂音四郎・前掲書二一八六頁註(1)を見よ。日本では、横田秀雄『債権各論全』(昭和二年第一四版一四九、一五〇頁、梅謙次郎『民法要義』第三卷(明治三十年)四二五頁がある。

(8) コラン、キャピタンはこの説を採っていたが、ジュリオ・ド・ラ・モランディエールはこの見解を捨てた。Colin, Capitain, Julliot de la Morandière; op. cit. n.º 986.

(9) しかし(フランスに例をとると)債権者を保護するため、第三者のためにする贈与が、詐欺によって行われた場合、契約を債権者取消権 *actio Pauliana* によって認めている。フランスの一九三〇年七月一三日の法律第六九条参照。H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud; op. cit. n.º 793. 相続人の保護については、贈与額の減額を認めている。ibid. n.º 794.

(10) スコットランド法は、履行強制を認め損害賠償を認めない、唯一の法である (Millner; op. cit. p. 459)° Robertson v. Fleming (1861) 4 Mac Q. 167 cf. Gloag, Henderson; Introduction to the Law of Scotland, 6 éd. 1956. p. 91.

(11) Colin, Capitain, Julliot de la Morandière; op. cit. n.º 982.

(12) Jossierand; Cours de Droit civil positif français, 3 éd, t. 2. n.º 297 に依れば、第三者のためにする契約は、その形成において両面的 *bilatéral* であり、その効果をもちつ三角的 (*triangulaire*) である (cité par Rieg; op. cit. n.º 468, p. 471)°

(13) 中馬義直・前掲書三四九頁参照。

(14) ドイツ民法典第三三四条、日本民法典第五三九条、等。

(15) イタリア民法典第一四一三条参照。

六 小 結

以上の簡単な考察からどのような結果が導かれたか、さらにどのような問題が残されているかを検討してみよう。第一に、第三者の権利の性質については、どの法体系においても、これを直接の独立した権利であるとする。すな

わち、契約当事者間において、諾約者が第三者に対し直接権利を取得させるべき明示もしくは黙示の意思から、法律上発生する。しかしこの権利は、第三者の受益の意思表示があるまでは、契約当事者はそれを変更あるいは撤回をなし得るのみならず、第三者の承諾後も、予め変更・消滅の権限を留保し得るのであり、特に生命保険契約などにおいては、この留保する権限が明示されなくとも、推定によって、認められている。これは、契約当事者の意思の自治論がなお強く作用していることを示していると共に、保険契約者の側には精神的対価しかなくとも関係あるであろう。

第二に、明らかとなったのは、要約者がその契約の締結、履行に何らかの金銭的利益あるいはその他の利益を有するか否かは、契約の有効性に影響を及ぼさない。イタリア民法のように、法律で利益を要すると規定している場合においてさえそうなのである。

第三に、第三者の取得する権利が直接であり独立であるということの意味については、要約者と諾約者との原契約による変更・消滅の留保を除いて考えれば、一つには、第三者の権利はそれを満足させるためには第三者の行為を必要としないということである。受益の意思表示はそれを確定するにすぎない。さらに第三者は自己がその権利を有しているかを知っている必要はない場合もある（たとえば将来誕生すべき者、フランス一九三〇年の法律第六三条第二項参照、第三者が不定 (Indeterminate) の場合も同条）。そのときも権利は生ずる。最後に第三者は自己の名義で訴訟を提起することができ、必ずしも要約者を訴訟に参加させる必要はないであろう。

第三者の承諾が未だなく、契約当事者の意思によって権利の内容を変更しまたはそれを消滅させ得べきとき、次の

ような推定がなされるであろう。一つには要約者は諾約者の同意なくして第三者の権利を一方的に変更・消滅し得る。しかし要約者のこの取消権は、(i)第三者の承諾(第三者の行動によってその承諾の意思が認められるような場合も含む)、(ii)要約者の死亡または破産、(iii)第三者の権利の撤回(諾約者の債務の免除)が第三者あるいは要約者の債権者に対して詐欺となるように作用する状況の存在、等によって消滅する。

第四に、第三者に対する抗弁には、第三者の権利の撤回(ただし、上述の条件に合致し適法であることを要す)、要約者と諾約者の契約を無効または履行不能とするようなすべての事情、諾約者の債務の履行に先立つ条件の不成就、要約者と諾約者の契約の条項において第三者に対する諾約者の義務の条件である反対給付あるいは負担等を、要約者または諾約者が行わなかったこと、などが挙げられよう。

要約者の諾約者に対する権利については、(それは契約に基くものである)、諾約者が第三者に履行することを怠ったときは次の結果が生じよう。要約者は諾約者に対しその債務を第三者に履行するよう請求できる。さらに要約者も自己に対して損害賠償をなすべきことを請求することも可能であろう。また、要約者は、第三者が提供された権利を拒絶した場合、要約者は自己のために約束を実行せしめる、と推定される例もあろう。

以上に述べた結果は第三者の権利の源である要約者と諾約者との契約において、変更し得るのである。

この問題の比較法的研究から得られた一つの印象は、折角、第三者のためにする契約を認め、かつ第三者の権利を固有なものとしながらも、契約当事者の意思の自治という原則は堅持されているから、この制度は一種のヤーヌスの

相貌を持つているかの如くである。その顕著な事実は、当事者による第三者の権利の変更、撤回に表現されているだろう。すなわち、第三者の権利と当事者特に要約者の取消権の相剋である。このような矛盾はいかにして解消され得ようか。この論稿の視点からは多少はずれるが、柚木馨「第三者契約」(民商法雑誌第四卷)は、第三者に直接請求権を取得させるか否かの、判断の基準として、レオンハルトの *Verdringung des vertraggegners* (契約の相手方の排除) に依りつつ、一つの理論を提示した。それは、「契約の目的より見て第三者が自ら権利を行使することが、要約者のみ権利を實行することに比して、より合目的なりと見得る場合に限り、第三者は直接に権利を取得する」というものである。また来栖三郎「第三者のためにする契約」(民商法雑誌第三九卷)は「一応の基準として、第三者への給付が要約者の出捐に基き——その対価としてなり、条件としてなり、負担としてなり、またそのもの自体の返還・引渡としてなり——諾約者により約束されたときは、真正な第三者のためにする契約と推定し、直接諾約者に対し第三者に権利を取得させてもよいと思われる」としている。二論文とも大いに示唆に富むと思われる。

ここで我々は、以下のごとく、一つの試みを提示してみたい。生命保険の場合、第三者の権利の留保が推定されていた。この場合要約者の、第三者(保険金受取人)利益の意思は通常愛情にあると考えられ、いわばこの利益は第三者に対する恩恵であると考えられる。この場合の対価関係は、財産的ないし金銭的な取引の対価ではないであろう。つまり第三者の何らかの法律の出捐はないのである。それは、事実上、第三者との関係では要約者の一方的出捐であり、受益者との財産的等価交換は行われないのである。したがって、要約者による第三者の権利の撤回の留保も納得し得るのである。他方、第三者と要約者の対価関係がまさに、取引上の等価交換に基くものである場合は、取消の留

保は推定されるべきではなからうと思う。つまり、取消権の強弱は、対価関係における財産上の等価交換の程度と対応させる可能性も考えられるべきであろう。もし、「真正な第三者のためにする契約」と、「不真正な第三者のためにする契約」が区別されるならば、この対価関係が等価交換に基くか否かによってあるいはその程度によって決定されてもいいのではないか。従来、対価関係は、特にフランスにおいて重視されなかつたきらいがあると評されることがある以上、この点は考慮されてもよいのではないだろうか。ドイツ民法がその行く手を暗示していると思われるが、各法体系における判例の展開も注目される。

「第三者のためにする契約」の有効性に関して、いくつかの理論が提出されたが、契約説が出現するに及んで、その他の学説は無効となった。その事情については、「第三者のためにする契約の有効性についての特別の構成や説明はもはや必要ない。ローマ法の観念 *Anschauung* は、(古代の契約法一般に) 直接代理によっても示されるように、債権契約の効果を契約当事者に限つたのだが、それは放棄された。第三者は、それが当事者の意思であるという唯一の理由から、契約当事者間で結ばれた契約の基礎の上に権利を取得する。第三者のための直接的効果は、契約あるいは法律行為の本質と矛盾する故、特別の根拠や説明が必要であるという様には理解され得ない。したがって、第三者に対する諾約者の責任とか、第三者の側の債権の取得とか、債務者(諾約者)の第三者への支払による免責とかを正當化しようとする全ての試みは、それ故拒否されねばならない」とされているのである。我々の任務は「第三者のためにする契約」の事実と現象を認識し、法体系の中にそれをいかに位置づけかつ、いかに整序すべきかということであるように思われる。

- (1) 詳細は同論文二六三頁以下参照。
- (2) Rieg; op. cit. n. 472.
- (3) 民法典第三二八条から第三三五条まで。
- (4) Enneccerus, Lehmann; op. cit. 34—II.