

# 第三者のためにする契約の機能

— 債務者のイニシアティブによる公平な三面関係の創設機能 —

2012年10月4日

明治学院大学法科大学院教授 加賀山茂

## 目次

I 問題の所在と本稿の視点 —公平なリスク配分—	2
II 「第三者のためにする契約」における当事者と抗弁の特色	3
1. 契約各論に規定されている典型契約との関係	3
2. 債権総論に規定されている契約との関係	5
3. 「第三者のためにする契約」における抗弁の特色	6
A. 「第三者のためにする契約」と原因関係	6
B. 対価関係に基づく抗弁の対抗問題	7
C. 補償関係に基づく抗弁の対抗問題	11
III 債権総論の契約類型の「第三者のためにする契約」による再構成	13
1. 保証契約	13
2. 債権譲渡契約	15
3. 債務引受契約	17
IV 結論と今後の課題	20
1. 結論 —公平な三面関係を創設するための基本単位—	20
2. 今後の課題	22
A. 契約上の地位の譲渡への応用	22
B. 銀行振込契約への応用	24
参考文献（年月日順）	25
[追記]	29

## I 問題の所在と本稿の視点 ー公平なリスク配分ー

民法第3編（債権）第2章（契約）第1節（総則）第2款（契約の効力）に規定されている「第三者のためにする契約」は、「二当事者契約によって三者間の法律関係を規律する」という機能を有する重要な契約類型である。

社会が複雑化するにつれて、民法第3編（債権）第2章（契約）第2節～第14節に規定されている13の典型契約だけではなく、「二当事者契約によって三者間の法律関係を規律する契約」、例えば、保証契約、債権譲渡契約、債務引受契約、銀行振込契約等の役割がますます重要性を増してきている。

ところが、これらの「二当事者契約によって三者間の法律関係を規律する」契約に関しては、これまで、資本主義の形成過程において重要な役割を果たしてきた「債権者の保護」という観点のみが重視され、資本主義が成熟した段階において重視されるべき「債務者が負担する過酷な負担を最小限にする」という観点は、ほとんど無視されてきた。

しかし、現代の複雑な債権債務関係から生じる問題を公平に解決するには、債権者であれ、債務者であれ、一方当事者の保護だけを重視するのではなく、「利害関係者が負担するリスクを公平に配分する」というリスク管理の観点が重視されるべきである。

このような「公平なリスク配分」という観点から見た場合、「第三者のためにする契約」は、わずか3箇条からなる単純な構造を有する契約類型であるにもかかわらず、理想的なリスク配分が実現されている契約類型として再評価されるべきである。その理由は、以下の通りである。

第1に、第三者である受益者が取得するのは、権利であり、その権利に負担が含まれている場合であっても、契約の効力は、債権者の「受益の意思表示」を必要としている（民法537条）。このため、債権者が被るリスクが最小限に抑えられている。

第2に、債務者側である要約者と諾約者は、債権者である第三者が受益の意思表示をするまでは、契約内容を自由に変更できる（民法538条）。しかも、最終的な債務者となる諾約者は、要約者または諾約者自身が有している抗弁をもって受益者に対抗できる（民法539条）。このため、諾約者が被るリスクも最小限に抑えられている。

したがって、「第三者のためにする契約」に基づいて制度を設計すると、三者間の法律関係における利害対立を「公平なリスク配分」という観点から調整できることが分かる。

そこで、本稿では、保証契約、債権譲渡契約、債務引受契約という「二当事者契約によって三者間の法律関係を規律する契約」を例にとり、これらの契約は、従来の学説・判例が想定してきた方法だけでなく、「第三者のためにする契約」によっても再構成できること、および、そうすることによって、それらの契約において生じている混乱した状況に対して、「公平なリスク配分」が実現できることを論証する。そして、最後に、新たな解決方法についての今後の課題と展望を示すことにする。

## Ⅱ 「第三者のためにする契約」における当事者と抗弁の特色

### 1. 契約各論に規定されている典型契約との関係

わが国においては、「第三者のためにする契約」は、契約総論（民法 債権編 第 2 章 契約 第 1 節 総則）に規定されており、契約各論（民法 債権編 第 2 章 契約 第 2 節～第 14 節）に規定されている 13 の典型契約とは、別の種類の契約として位置づけられている。

しかし、「第三者のためにする契約」の典型例を見ると、第三者との関係が生じる点で異なるものの、契約の内容としては、典型契約の一つである売買契約が挙げられていることが多い。例えば、「第三者のためにする契約」を総合的に検討している新注釈民法は、「第三者のためにする契約」の民法上の典型例として、以下の 2 つの類型を挙げている[中馬=新堂・注釈民法（13）（2006）694 頁]。

①「債務決済のための売買契約」…甲が丙に対して債務を負っているときに、甲が乙にその所有家屋を売り、その代金は甲自ら受け取らずに、乙より丙に支払うべきことを甲乙間で約束し、甲としてはこれによって自己の丙に対する債務を決済しようと図る場合（[我妻・債権各論上（1954）128 頁]，[半田・契約法（2004）114 頁]も、この例を挙げている）。

②「贈与のための不動産売買契約」…C に無償で不動産を与えようと欲する A が B からそれを買ひ、その不動産の所有権は直接に B から C に移転するように AB 間で約束する場合（[我妻・債権各論上（1954）114 頁]，[加藤・契約法（2007）45 頁]も、この例を挙げている）。

表 1 第三者のためにする契約の典型例

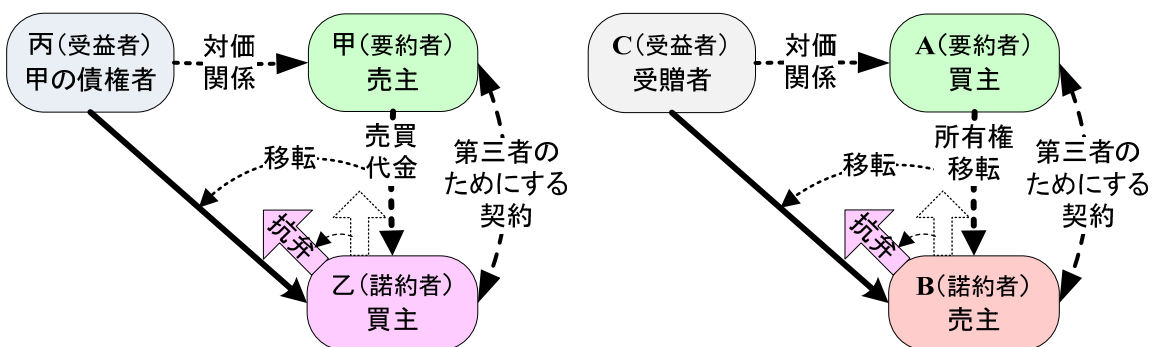
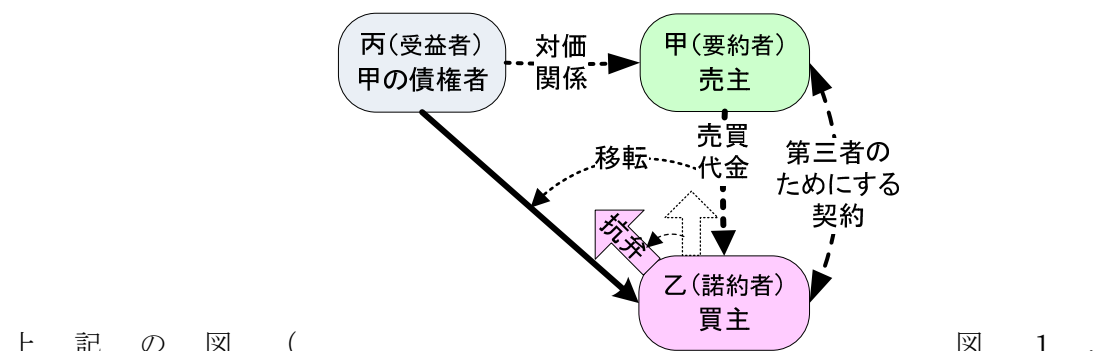


図 1

①債務決済のための売買契約  
 (第三者が代金債権を取得する)

図 2

②贈与のための不動産売買契約  
 (第三者が所有権に基づく権利を取得する)



上記の図（

図 1 ,

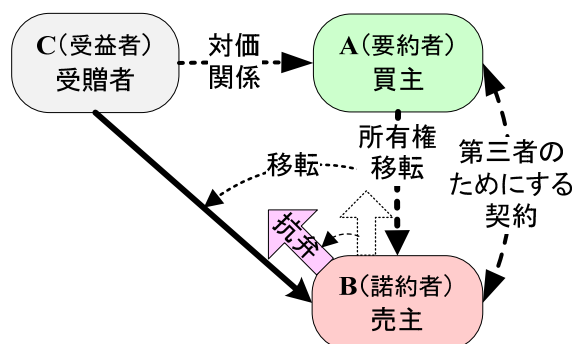


図 2) では、「第三者のためにする契約」に

よる効力として生じる受益者の直接の権利について、要約者の権利から移転するものとして表現している。その理由は、以下の通りである。

以前においては、受益の意思表示を必要としないドイツ民法 328 条の影響の下で、受益者の諾約者に対する直接の権利は、要約者から承継的に取得するのでなくて、契約の瞬間に第三者の人格に発生し、諾約者から直接的に取得するとの学説（石坂音二郎説、鳩山秀夫説など）も存在した（詳細については、[春田・第三者のためにする契約（2002）3 頁以下]参照）。

しかし、わが国における「第三者のためにする契約」の典型例についていえば、「第三者のためにする契約」の補償関係としての売買契約は、受益の意思表示の前に成立しており、したがって、売買契約上の代金請求権とか、所有権に基づく引渡請求権、登記請求権とかも、契約当事者である要約者と諾約者との間では、すでに存在している。そして、受益の意思表示を待って、はじめて、第三者である受益者に直接の権利が帰属するという、権利移転説の方が、民法 537 条の解釈としてわかりやすいと思われる。

そこで、本稿では、「第三者のためにする契約」に基づく受益者の権利は、いったんは、要約者の権利、または、義務として成立し、典型例の場合には契約の成立の後に、他人のための生命保険の場合などのように受益の意思表示を必要としない場合には契約の成立と同時に、それらの権利または義務が諾約者に移転するという考え方に基づいて考察を行うことにする。

ところで、「第三者のためにする契約」の契約内容は、以下に述べるように、典型契約に過ぎないものが多いにもかかわらず、なぜ、「第三者のためにする契約」として、契約総論

に規定されているのかということ、その理由は、「第三者のためにする契約」の効力が、契約の相対効の例外として、契約当事者以外の第三者に及んでいるからである。

「第三者のためにする契約」の典型例についていえば、①「債務決済のための売買契約」の場合には、甲乙間の売買契約に基づく代金請求権について、契約外の第三者である丙が乙に対して直接に売買代金の支払いを請求できる権利を取得している。②「贈与のための不動産売買」の場合には、AB間の売買契約に基づく所有権移転請求権について、契約外の第三者であるCがBに対して、所有権の移転（不動産の引渡し、登記の移転等）を請求できる権利を取得している。

13の典型契約においては、その契約によって、契約当事者間の法律関係が規定されるに過ぎず、多数当事者が関与することが予定されている組合契約においても、その効力は、原則として、契約当事者に限定されている。これに対して、「第三者のためにする契約」の契約内容は、確かに、その内容は、典型契約に見られるような通常の契約と同じであるが、結果としての契約の効力の範囲は、契約当事者以外の第三者である受益者に及ぶ。この点に注目して、「第三者のためにする契約」は、13の典型契約とは異なる独自の契約として扱われていることがわかる。

つまり、本稿で扱う「第三者のためにする契約」は、第1の特色として、「二当事者契約によって三者間の法律関係を規律する」という機能を有していることになる。

## 2. 債権総論に規定されている契約との関係

それでは、「二当事者契約によって、三者間の法律関係を規律する」契約は、すべて、「第三者のためにする契約」と呼ぶことができるのであろうか。例えば、債権総論（民法 第2編 債権 第1章 総則）に規定されている「保証契約」（民法 446条以下）、「債権譲渡」契約（民法 466条以下）、「債務者の交代による更改（広い意味での債務引受）」契約（民法 514条）は、いずれも、「二当事者契約によって、三者間の法律関係を規律する契約」である。そうすると、これらの契約は、「第三者のためにする契約」とどのような関係を有するものであろうか。

この問題を「誰のイニシアティブによって契約が締結されるか」という観点からみると、「二当事者契約によって三者間の法律関係を規律する」という同じ類型に属する契約であっても、債権総論で論じられる契約類型（保証、債権譲渡、債務引受）と、「第三者のためにする契約」との違いが以下のように明らかとなる。

第1に、保証契約（民法 446条以下）に関しては、それが、「債権者」と保証人との間で締結される契約であり、債権者のイニシアティブで契約が締結される点で、「債務者」と保証人という、債務者側のイニシアティブで契約が締結される「第三者のためにする契約」とは異なる。

第2に、債権譲渡に関しては、それが、「旧債権者」と「新債権者」との間で締結される契約であり、債権者のイニシアティブで契約が締結される点で、旧債権者と「債務者」という、債務者側のイニシアティブで契約が締結される「第三者のためにする契約」とは異なる。

第3に、債務引受に関しては、従来は、「債権者」と「新債務者」との間で締結される契約であり、債権者のイニシアティブで契約が締結されるものと考えられてきた。この点で、旧「債務者」と新「債務者」という、債務者側のイニシアティブで契約が締結される「第三者のためにする契約」とは異なる。

以上の検討を通じて、「第三者のためにする契約」の第2の特色は、「債務者同士のイニシアティブによって締結される二者間契約を通じて、三者間の法律関係を規律する」点にあることが明らかとなった。

「二当事者契約によって三者間の法律関係を規律する」契約のうち、債権総論で論じられている①保証、②債権譲渡、③債務引受について、それらを「第三者のためにする契約」の観点から再構成するとどのようになるかについては、後に（Ⅲ債権総論の契約類型の「第三者のためにする契約」による再構成）詳しく論じる。その前に、以下では、「第三者のためにする契約」の特色である「第三者のためにする契約」の原因関係（対価関係・補償関係）にまつわる「抗弁の対抗問題」について論じておくことにする。

### 3. 「第三者のためにする契約」における抗弁の特色

#### A. 「第三者のためにする契約」と原因関係

先に挙げた「第三者のためにする契約」の典型例のうち、①「債務決済のための売買契約」においては、「第三者のためにする契約」の締結に先行して、甲（要約者）が丙（受益者）に債務を負っていることが前提となっている。②「贈与のための不動産売買契約」においても、A（要約者）は、C（受益者）に不動産を贈与することを前提にしている。このように、「第三者のためにする契約」は、契約に先行する原因関係（*causa*）が存在しており、それを学説上は「対価関係」（*Valutaverhältnis*）と呼ばれている。

「第三者のためにする契約」の結果を「受益者が諾約者に対して権利を取得すること」すなわち、「債権の発生」であると考えれば、その原因は、「第三者のためにする契約」に先行する「対価関係」と第三者のためにする契約そのものとしての「補償関係」（*Deckungsverhältnis*）の2つと考えることができる。

従来の学説は、第1の「対価関係」は、「第三者のためにする契約」の外に存在する事由であるから、「第三者のためにする契約」の効力に影響を及ぼさないと考え、これに対して、第2の「補償関係」は、「第三者のためにする契約」に内在する事由であるから、「第三者

のためにする契約」の効力に影響を及ぼすと考えてきた（〔我妻・債権各論上（1954）116, 118, 128 頁〕, 〔半田・契約法（2005）115-116 頁〕, 〔中馬=新堂・注釈民法（13）（2006）697 頁〕, 〔加藤・契約法（2007）47-48 頁〕）。しかし、筆者は、これらの学説とは異なり、対価関係と補償関係という 2 つの原因は、結果に占める重要性の観点からも、また、リスク配分の公平さという観点からも、等しく考慮されるべきであると考えます。

確かに、従来の学説は、対価関係の不存在または瑕疵は、契約の効力に影響を与えないが、諾約者から受益者に対する不当利得返還請求の問題として扱えば済むと考えてきた（〔我妻・債権各論上（1954）128 頁〕, 〔半田・契約法（2005）116 頁〕, 〔中馬=新堂・注釈民法（13）（2006）697 頁〕, 〔加藤・契約法（2007）48 頁〕）。

しかし、対価関係を「第三者のためにする契約」の問題から除外し、これによって生じる不都合は、別訴による不当利得返還請求としてしか認めないということになると、いったん利得させた受益者が無資力となった場合、そのリスクを諾約者に押しつけることになり、公平とはいえない。

対価関係が不存在、または、対価関係に瑕疵がある場合に、受益者が「第三者のためにする契約」に基づいて諾約者から利益を受けるならば、その利得は、法律上の原因を欠くために不当利得の問題が生じるということについては、異論を見ない。そうであるならば、受益者の不当利得を実際に生じさせた後に、初めて諾約者に不当利得の返還請求を認めるという方法は、受益者の無資力のリスクを諾成者に負担させることになって、公平のリスク配分という観点からは許容されるべきではない。

このことは、不法行為によって確実に回復困難な損害が発生することが予見できる場合に、現実に損害が発生させるにまかせ、損害が発生した後に、初めて損害賠償請求を認めるのが不合理であるのと同様である。

回復困難な損害が確実に予見できる場合に差止請求が認められるのと同様に、受益者に権利を認めると確実に不当利得が発生するという場合には、受益者の請求に対して、諾約者に対価関係に関する抗弁を認め（民法 539 条）、不当利得が発生するのを未然に防止すべきなのである。

## B. 対価関係に基づく抗弁の対抗問題

民法 537 条以下の「第三者のためにする契約」の起草に当たって参照された旧民法財産編第 323 条は、以下のように規定して、対価関係、補償関係の両者は、「第三者のためにする契約」の結果として生じる受益者の諾約者に対する債権の「原因」(cause) であり、それを欠く場合には、「第三者のためにする契約」自体を無効とするとしていた（カタカナをひらがなに改め、句読点を補うとともに、〔Boissonade, Projet (1883)〕を参考にフランスの用語を補った）。

旧民法 財産編 第 323 条〔第三者のためにする契約〕

①〔対価関係〕要約者が合意に付き金銭に見積ることを得べき正当の利益〔*l'intérêt légitime*〕を有せざるときは、其合意は原因〔*cause*〕なきため無効なり。

②〔補償関係〕第三者の利益の爲めに要約を爲し、且、之に過怠約款を加へざるときは其要約は、之を要約者に於て金銭に見積ることを得べき利益を有せざるものと看做す。

③〔第三者のためにする契約の有効性〕然れども、第三者の利益に於ける要約〔*La stipulation faite dans l'intérêt d'autrui*〕は、要約者が自己の爲め爲したる要約の従たり又は諾約者に爲したる贈与の従たる条件なるときは有効なり。

④〔契約上の救済〕右二箇の場合に於て、従たる条件の履行を得ざるときは、要約者は単に合意の解除訴権又は過怠約款の履行訴権を行ふことを得。

現行民法の立法者は、「本案に於ては、原因を以て契約の要素と爲さず、又、債権の目的は金銭に見積ることを得可きものに限らざるの主義を採りたるを以て、此契約〔第三者のためにする契約〕を無効とするの理由なし」として、「対価関係」を「第三者のためにする契約」の有効要件とはしなかつた〔*広中・民法理由書*（1987）516 頁〕。

以下に民法理由の原文を掲げるが、読みやすくするために、筆者がカタカナをひらがなにし、句読点を補い、必要に応じて〔 〕内に注釈を挿入している。

〔**民法 537 条の立法理由**〕本条〔現行民法 536 条〕乃至第 536 条〔現行民法 539 条〕は、他人の利益の爲めにする契約〔*La stipulation faite dans l'intérêt d'autrui*〕に関する規定なり。

〔**旧民法の考え方との相違点**〕此種の契約の有効なるは、近時学者の疑はざる処にして、立法例も亦漸次に其効力を認むる傾向あり〔例えば、フランス民法典 1121 条、その後のドイツ民法 328 条～334 条〕。之に反して、既成法典は此種の契約を無効とせり〔ただし、この点は、現行民法の起草者の曲解である。前記のように、旧民法は、フランス民法典と同様、第三者のための契約を条件つきで有効としている。むしろ、旧民法は、対価関係、補償関係の 2 つの原因が有効の場合にのみ、第三者のためにする契約の有効性を認めていたと解すべきである〕。其理由とする処は、此契約に在りては、金銭に見積ることを得可き利益なきを以て原因の存せざる契約と爲すに在るなり（財 323）〔旧民法財産編 323 条〕。然れども、本案に於ては、原因を以て契約の要素と爲さず又債権の目的は金銭に見積ることを得可きものに限らざるの主義を採りたるを以て、此契約を無効とするの理由なし。

〔**立法の必要性**〕今当事者間に於て、此契約の有効なるは言を俟たざるを以て、明文を掲ぐるの必要なしと雖も、第三者が此契約に依りて権利を取得す可きものなるや否やに在りては、学説及び立法例未だ一致せざるを以て、特に之に関する規定を設くるの必要あり。

〔**従来立法例との対比**〕従来立法例に依れば、此場合に於て第三者は契約に干渉せざるを以て、其利益を受くることを得ざるものとしたるも、近時 独逸民法草案〔ドイツ民法 328



条以下] 及び瑞西債務法〔112条〕の如きは、正反対に、第三者をして直ちに権利を取得せしめ、特に拒絶を為したる場合に於て其権利を失ふものとせり。

〔本条の特色〕 本案に於ては、右の両主義を折衷し、原則として当事者の意思を以て第三者をして権利を取得することを得せしめ、唯第三者の自ら知らざる間に権利を取得したるものと為すは其当を得ざるを以て、第二項の規定を置きたり。

確かに、旧民法は、原因 (cause) を契約の有効要件とするフランス民法 1108 条、原因を欠く契約を無効とするフランス民法 1131 条の影響を受けて、「合法の原因 (cause licite)」を欠く契約を無効としていた (旧民法財産編 304 条)。これに対して、現行民法は、原因 (cause) を契約の有効要件とする立場をとらないこととし、「第三者のためにする契約」においても、この主義を貫こうとしていた。

しかし、現行民法が「合法の原因」を欠く契約であっても有効とすることを貫いているかという点、そうではない。例えば、現行民法 513 条 (更改) は、一方で、旧民法財産編 304 条 (更改の要件) が債務の「原因の変更」を債務の消滅理由としていたことを否定し、債務の「要素の変更」がなければ、債務は更改によって消滅しないとされた。それにもかかわらず、他方で、現行民法 517 条 (更改前の債務が消滅しない場合) は、更改によって生ずべき新債務が、「不法の原因」によって成立しない場合には、旧債務の消滅をもたらさない、すなわち、更改は効力を生じないとしており、「合法の原因」の欠如が契約の効力に影響を及ぼすことを認めている。

現行民法 517 条の立法に際して行われた法典調査会の議論では、更改は債務の「要素の変更」によって生じるのであって、旧民法とは異なり、債務の「原因の変更」によって更改が生じることはないという原則論を主張する起草委員 (梅謙次郎) に対して、磯部四郎委員から、民法 517 条で債務の「不法の原因」が更改の効力に影響を及ぼすとするのは、「原因」は更改に影響を及ぼさないとする起草委員の掲げる立法の原則に矛盾するとの指摘がなされ、議論が緊迫する模様が議事速記録に記録されている [民法議事速記録三 (1984) 614-619 頁]。

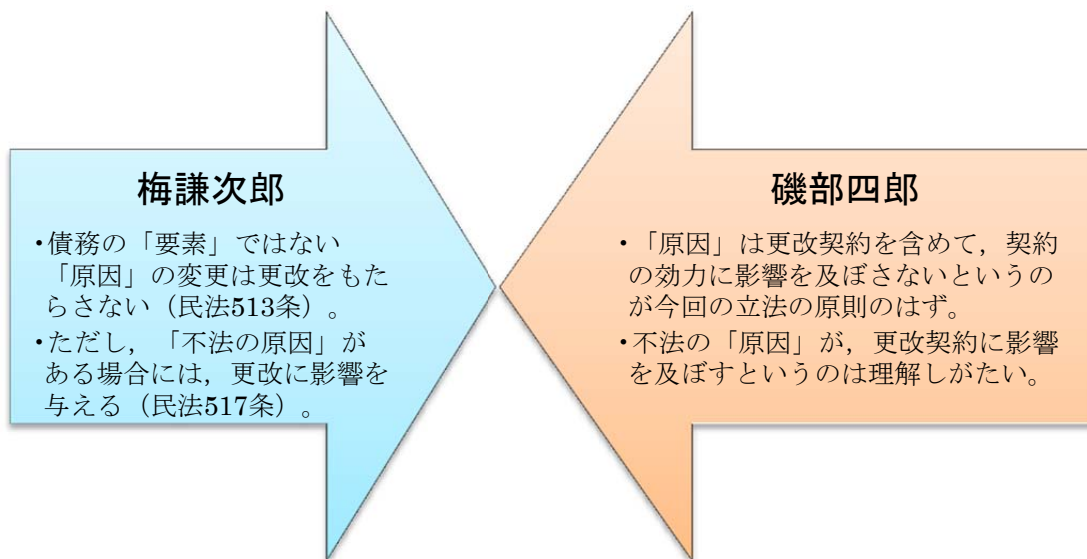


図3 「原因は契約の効力に影響を及ぼすかどうか」に関する法典調査会での議論

翻って、「第三者のためにする契約」の原因関係については、「第三者のためにする契約」が、通常の契約とは異なり、契約外の第三者に対して効力を及ぼすものであることを考慮するならば、契約外の第三者である受益者の権利を擁護するだけでは不十分であり、契約外の第三者である受益者に対して直接に義務を負うことになる諾約者についても、過酷なリスクを負担することにならないように配慮することが必要であろう。

したがって、民法 537 条～539 条の規定は、このような配慮、すなわち、「公平なリスク配分」の観点から解釈されるべきである。そうだとすると、民法 537 条 1 項に基づく受益者の諾約者に対する直接の権利は、原因関係に基づくものであることが必要なのであるから[半田・契約法（2005）115 頁]、たとえ、原因関係を欠いたとしても、契約としては有効であり、不都合は、不当利得の問題として、契約外で解決すればよいとするのは、先に述べたように、諾約者を受益者の無資力のリスクを押しつけるものであり、公平ではない。

確かに、原因関係を欠く「第三者のためにする契約」は無効とするという立場を現行民法が否定している以上、原因関係の一つである対価関係を欠く場合に「第三者のためにする契約」を無効とすることは、明文の規定に反する。しかし、「公平なリスク配分」という観点からは、以下のような解釈をすべきであるとの結論を導くことができる。

すなわち、対価関係という原因関係が不存在であったり、瑕疵があったりする場合について、民法 537 条によって受益者の諾約者に対する直接の権利を認めるとしても、その権利は、諾約者の抗弁に服するのであり、民法 539 条の諾約者の抗弁には、「第三者のためにする契約」に関する原因関係のうちの「補償関係」を含むのは当然のこととして、受益

者の不当利得を未然に防止するための措置として、「対価関係」の抗弁も含まれると解釈すべきである。

つまり、「第 537 条第 1 項の契約に基づく抗弁」には、「第三者のためにする契約」そのものとしての補償関係の抗弁のほか、「第三者のためにする契約」の前提としての「対価関係」から生じる抗弁も、不当利得の問題に逃避する前に、「第三者のためにする契約」に基づく抗弁（「第三者のためにする契約」から派生する不当利得を未然防止するための抗弁）として、受益者に対抗できると解釈すべきであるということになる。

### C. 補償関係に基づく抗弁の対抗問題

「第三者のためにする契約」において、対価関係は、契約の効力に影響を与えないというのが通説であり、本稿では、「第三者のためにする契約」における公平なリスク配分という観点から、「第三者のためにする契約」の結果として生じる受益者の諾約者に対する直接の権利は、2つの原因関係を前提として成立するのであるから、それらの原因関係は、受益者の不当利得を未然に防止するとともに、諾約者の過度のリスク負担を回避するために、契約自体は有効だが、諾約者は、対価関係、および、補償関係から生じる抗弁をもって、受益者に対抗できると考えるべきであることを明らかにした。

これに対して、通説は、対価関係と補償関係を区別し、対価関係は、「第三者のためにする契約」の外部関係であって、契約の効力に影響を与えないが、補償関係は、まさに、「第三者のためにする契約」から生じるものであるとしている。

この考え方を貫徹すると、補償関係に基づく抗弁は、たとえ、要約者と受益者との間の通謀虚偽表示のように、善意の第三者に対抗できない場合であっても（民法 94 条 2 項、93 条、96 条 3 項の場合も同じ）、常に受益者に対抗できると考えることになる。その理由は、「第三者の権利は、その契約から直接に生じたものである、いいかえれば、第三者は、無効または取り消された行為の外形を信じて新たな利害関係を取得した者ではないからである」（[我妻・債権各論上（1954）123 頁]，[半田・契約法（2005）122 頁]，[加藤・契約法（2007）49 頁]）ということになろう。

しかし、これは、行き過ぎた考え方である。対価関係に基づく抗弁も、補償関係に基づく抗弁も、「第三者のためにする契約」に基づく抗弁であり、受益者に対抗できるのが原則であるが、抗弁の性質によって、その対抗力にも限界が生じるというのが本稿の考え方である。

わが国の判例も、補償関係における抗弁であっても、通謀虚偽表示の抗弁は善意の第三者に対抗できないとしている（大判昭 9・5・25 民集 13 卷 829 頁）。

大判昭9・5・25民集13巻829頁  
銀行が甲と通謀し、甲より乙に支払ふべき金額を乙の預金中に受入れたる旨乙に対し虚偽の通知を為したる場合に於ては、乙の善意なる限り、銀行は該金額を乙に払戻すべき義務あるものとす。

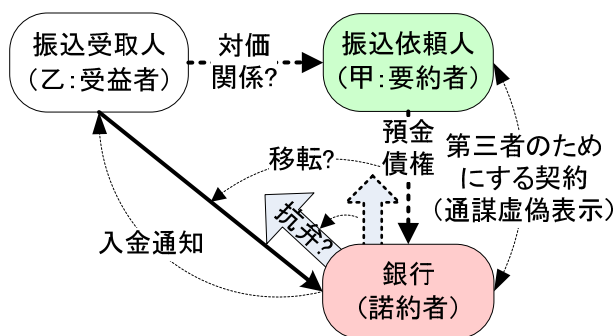


図4 通謀虚偽表示の抗弁の対抗

振込人の過失によって誤った振込依頼がなされ、それに従って、諾約者が受取人に預金の払い戻しを行った場合のように、要約者の過失によって誤振込が行われた場合に、誤振込であることを知らされた諾約者が民法539条の抗弁をもって受益者に対抗できることは当然である。しかし、諾約者自身が通謀虚偽表示にかかわっている場合には、民法94条2項が適用され、善意で振込通知を受けて預金の払い戻しを請求する受益者に対しては、補償関係に基づく抗弁をもって受益者に対抗できないと解すべきであろう。このことは、通謀虚偽表示ばかりでなく、抗弁の対抗を制限している民法93条、民法96条3項等の抗弁についても妥当する。

このように考えると、民法539条によって、諾約者が受益者に対して対抗できる抗弁については、その抗弁自体について、対抗力が制限されている場合には、その制限に服さざるを得ないと解することになる。

もっとも、先に述べたように、本稿の立場は、「諾約者は、補償関係に基づく抗弁だけでなく、対価関係に基づく抗弁をもって受益者に対抗できる」とするものである。したがって、本件の事案においては、甲（要約者）・乙（受益者）の間に対価関係が存在するのかが問題になる。もしも、甲・乙間に対価関係がない場合には、たとえ乙が銀行に対して直接の権利を取得したとしても不当利得となって返還請求を受けるのであるから、そのような不当利得を未然に防止するためにも、諾約者である銀行は、対価関係不存在の抗弁をもって受益者乙に対抗できることになる。

さらに理論的な追究をするならば、「第三者のためにする契約」で受益者に生じる直接の権利が何に由来するかを明らかにし、諾約者は、その権利に付着した抗弁のみを対抗できるとする考え方も可能であろう。本稿はそのような考え方を採用していないが、もしも、そのような立場をとるとすれば、本件の事案においては、受益者の直接の権利は、補償関係から生じているため、諾約者は、補償関係に基づく抗弁のみを対抗できることになる。したがって、この理論によれば、大審院の判決が無条件で是認されることになろう。

### Ⅲ 債権総論の契約類型の「第三者のためにする契約」による再構成

#### 1. 保証契約

「保証契約」は、債権者と保証人との間で締結され、「二当事者契約によって三者間の法律関係（付従性、求償関係）」が規律される。この点において、「保証契約」は、まさに、本稿で分析の対象としている「第三者のためにする契約」と同じである。

しかし、「保証契約」と「第三者のためにする契約」とは、契約の効力（第三者効力）という同一の結果を導くための「当事者が誰か」という点で異なっている。「保証契約」においては、「債権者と保証人」との間の契約で、契約外の第三者である債務者に対する効力（第三者である債務者が保証人に対して、事前・事後の求償権を取得する等の効力）を生じさせる。これに対して、「第三者のためにする契約」においては、「債務者と保証人」との間の契約（いわゆる保証委託契約）と、債権者の「受益の意思表示」を通じて、受益者である債権者から諾約者である保証人に対して、直接の履行請求権を生じさせる。

現状の保証の実務においては、まず、「債務者と保証人」との間にいわゆる「保証委託契約」が締結され、その後、「債権者と保証人」との間に「保証契約」が締結され、全体としての「委託を受けた保証契約」（民法 459 条～461 条）が締結されるのが通例となっている。

少なくとも、保証契約が要式行為（書面によらない保証契約は無効）とされるまでは、債務者と保証人間で締結されるいわゆる「保証委託契約」をもって、多数当事者間の債権債務関係を規律するための「第三者のためにする契約」と解し、債権者の受益の意思表示をもって、「保証契約」と同一の結果をもたらすものと解釈することが可能であった。

むしろ、債務者と保証人との間の「第三者のためにする契約」と、債権者の受益の意思表示とによって、債権者の保証人に対する直接請求権が発生すると解する方が、実務の実情に即していたといえる。保証契約書は、「第三者のためにする契約」としての「第三者のためにする契約」の効力を確認するための形式的儀式に過ぎなかったからである。

ところが、民法の現代語化（2004 年）に伴って保証契約が要式行為とされたために、「保証委託契約」をもって、保証を実現するための「第三者のためにする契約」であると解し、債権者の受益の意思表示によって「保証契約」に代えるということが事実上困難となった。なぜなら、もしも、保証に書面が必要とされたため、受益の意思表示にも書面が要求されるということになると、債務者同士の契約だけで目的を達成できるという「第三者のためにする契約」の簡便性のメリットはなくなってしまう、債権者と保証人との間で「保証契約」を締結する方が、むしろ、簡便だからである。

表 2 保証を実現する 2 つの契約類型

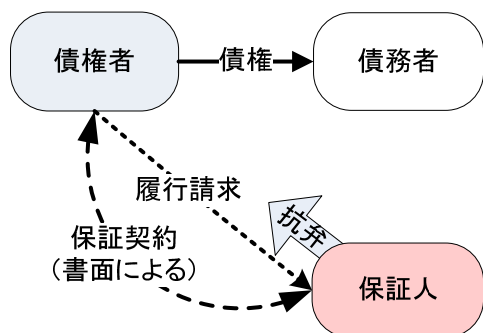


図5 保証契約（書面による）

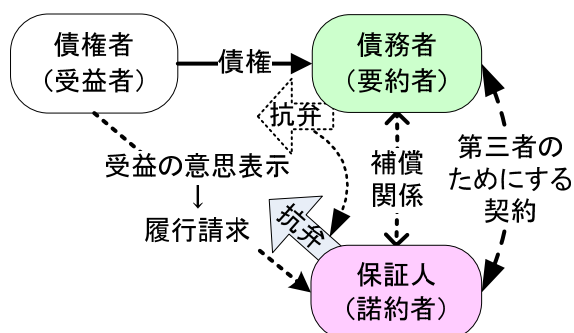


図6 第三者のためにする保証委託契約

もつとも、「保証委託契約」を書面にすることによって、「第三者のためにする契約」によって有効な保証を実現できると解釈できるかどうかについては、検討の余地が残されている（本稿は、この立場を採用する）。もしも、「保証契約」に関して書面性を要求している民法442条2項が、第三者のためにする「保証委託契約」にも準用されるということが解釈として可能であり、「書面による」「第三者のための契約」（補償委託契約）と受益に意思表示だけで、保証関係を規律することが可能であるとの本稿の立場が認められるならば、保証についての錯綜した問題点は、「第三者のためにする契約」における法律関係のみで、すべて、以下のように、明確に再構成されることになる（図6 第三者のためにする保証委託契約）。

第1に、債権者の保証人に対する履行請求権（民法446条1項）は、契約上の請求権ではなく、債権者による債務者以外の第三者に対する履行請求ということになる。このことによって、保証人による主債務の弁済は、債務者による債務の弁済ではなく、民法474条の「第三者による弁済」の一種であることが明確となり、求償権の法的性質も明確となる。

第2に、求償関係は、契約の外にある問題ではなく、「第三者のためにする契約」における補償関係として、契約の固有の内部関係としての位置づけられることになる。例えば、委託を受けた保証に関する事前求償の問題は、「第三者のためにする契約」における補償関係として位置づけられるため、要約者（債務者）と諾約者（保証人）の専権事項となる。したがって、事前求償権の規定を削除しようとしている近時の債権法改正案（[債権法改正の基本方針Ⅲ（2009）452-456頁]）が、暴挙であることも、明確となる。

第3に、付従性の問題は、対価関係の問題となる。したがって、保証の付従性の問題は、対価関係という「原因関係」に過ぎないにもかかわらず、保証の有効性を左右する重要事項であることを認めざるを得なくなる点で、「第三者のためにする契約」に関する重要な論点となる。つまり、保証を「第三者のためにする契約」によって再構成する場合には、本稿の主張通りに、付従性という対価関係が保証という「第三者のためにする契約」の有効性に影響を与えることが明確となる。たとえそうでないとしても、少なくとも、保証とい

う「第三者のためにする契約」における対価関係は、諾約者である保証人の抗弁として、受益者である債権者に対抗できることになる。

第4に、委託を受けた保証と委託を受けない保証についての民法の規定上の大きな区別（民法459～462条）についても、債務者と保証人との間で行われる「第三者のためにする契約」による保証と、従来の債権者と保証人との間で締結される「保証契約」との差を浮き彫りにするものであるとして、正当化されることになる。

## 2. 債権譲渡契約

「債権譲渡契約」は、債権譲渡人と債権譲受人との間で締結される契約であり、契約外の第三者である債務者に契約の効力を生じさせる。債務者は、契約当事者とはならず、債権譲渡人からの通知または債務者の承諾が債権譲渡の対抗要件とされているに過ぎない。

「債権譲渡契約」は、債権総論において規定されているが、厳密には、無償の場合は、債権の贈与契約であり、有償の場合には、債権の売買契約（民法569条）、または、債権の交換契約であって、それぞれの契約の総称である。

贈与契約、売買契約、または、交換契約であるはずの債権譲渡契約が、債権総論において規定されているのは、13の典型契約のうちの3つの契約に共通のものであること、そして、その効力が契約当事者間に限定されないことが主な原因であると思われる。

いずれにせよ、債権譲渡人と債権譲受人との間の二当事者契約によって、債権譲渡人、債権譲受人、債務者の三当事者の関係が規律されるのであるから、「債権譲渡契約」が、本稿の対象とすべき「二当事者契約によって三者間の法律関係を規律する」契約であることは疑いがない。

しかも、保証契約の場合とは異なり、債権譲渡の場合には、すでに、「第三者のためにする契約」の典型例で示したように、債権譲渡契約と同じ効果を「第三者のためにする契約」によって実現することについての理論上の障害は存在しない。なぜなら、債権譲渡の対抗要件の一つとして、債務者の承諾が要件となっているが、「第三者のためにする契約」による場合には、債権譲渡人と債務者とが契約当事者となるので、債務者の承諾の要件は満たされており、「第三者のためにする契約」と同時に対抗要件が備わるからである。

表3 債権譲渡を実現するための2つの契約類型

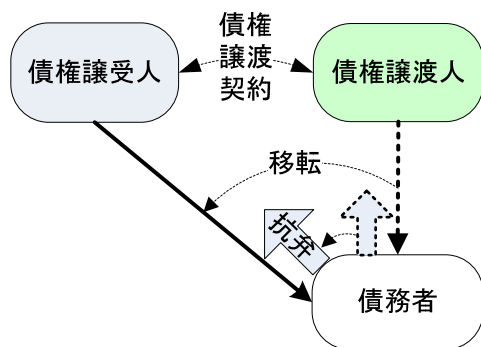


図 7 債権譲渡契約

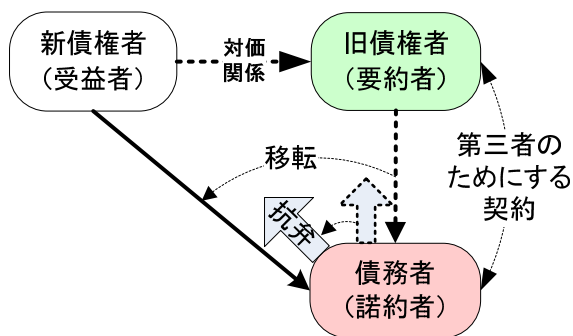


図 8 第三者のための債権譲渡契約

確かに、債権譲渡は、債権譲渡契約のみによって実現可能であり、債権譲渡人と債務者との間の「第三者のためにする契約」によって債権譲渡を実現することは、脱法行為の疑いがあるとの考えも生じうる。しかし、そのような考え方は、次第に克服されるようになっている。次に述べる債務引受については、民法の入門書においてさえ、以下のような解説がなされている。

「第三者のためにする契約」とは、第三者 A〔受益者〕に全く新しい債権を取得させるものであって、併存的債務引受けのように、A が従前からもっていたと同じ債権を取得させる場合には、第三者のためにする契約と考えるべきではない、という説があった。大審院もかつてはそう考えていた〔大判大 4・7・16 民録 21 輯 1227 頁など〕。だが、そう限定的に考える必要は少しもない。とにかく A に債権を取得させるのだから、第三者のためにする契約だといってよい。〔我妻・案内 9（2008）118 頁〕

〔免責的債務引受の場合には、〕債務者の資産が変わって担保力が減少するかもしれないが、それについて A〔債権者・受益者〕の是認を要件とすれば足りる。具体的にいえば、B〔債務者〕と C〔新債務者〕との間の契約で移転させることができる、ただし、A〔受益者〕がそれを承認することを条件として効力を生ずる、というふうに考えることができる。わが国では、従来はそうした考えは容易に認められなかったけれども、近ごろは学者の通説であり、判例〔大判大 6・11・1 民録 23 輯 1715 頁〕も是認しているといつてよさそうである。〔我妻・案内 9（2008）122 頁〕

債権譲渡についても、A〔受益者〕が取得する権利が、新しい権利ではなく、B〔要約者〕が C〔諾約者〕に対してすでに有している債権であっても、とにかく、民法 537 条の条文通りに、A〔受益者〕に債権を取得させるのであって、A の利益になる。

また、C〔諾約者〕にとっても、すでに負担している債務の債権者 B から A に変更するだけで、C が B〔要約者〕に対して有していた抗弁も民法 539 条によって対抗できる。つまり、債権者にとっても、債務者にとっても、何の不都合も生じない。



さらに、対抗要件についても、債務者の承諾があるのだから、債権譲渡としての債務者対抗要件も備えられている。第三者対抗要件を備えたければ、承諾を確定日付にすればよいだけのことである（民法 467 条 2 項）。

### 3. 債務引受契約

債務引受は、民法には明文の規定がない。しかし、現行民法 514 条の起草に際して参照された旧民法財産編第 496 条は、更改とは異なる結果を導くことのできる、「嘱託」（*délégation*（指図））、または、「第三者〔新債務者〕の随意的干渉」（*l'intervention spontanée d'un tiers*）とによって、第 1 に、「免責的債務引受」（完全嘱託（*délégation parfaite*））、または、徐約（*novation par expromission*））、第 2 に、「併存的債務引受」（不完全嘱託（*délégation imparfaite*））、または、補約（*simple adpromission*））を実現できることが、以下のように、明確に規定されていた（旧民法の用語に対応するフランス語は、[Boissonade, *Projet* (1883) Art. 518, p.615]に基づいて、筆者が補った）。

表 4 債務引受を実現する 2 つの方式

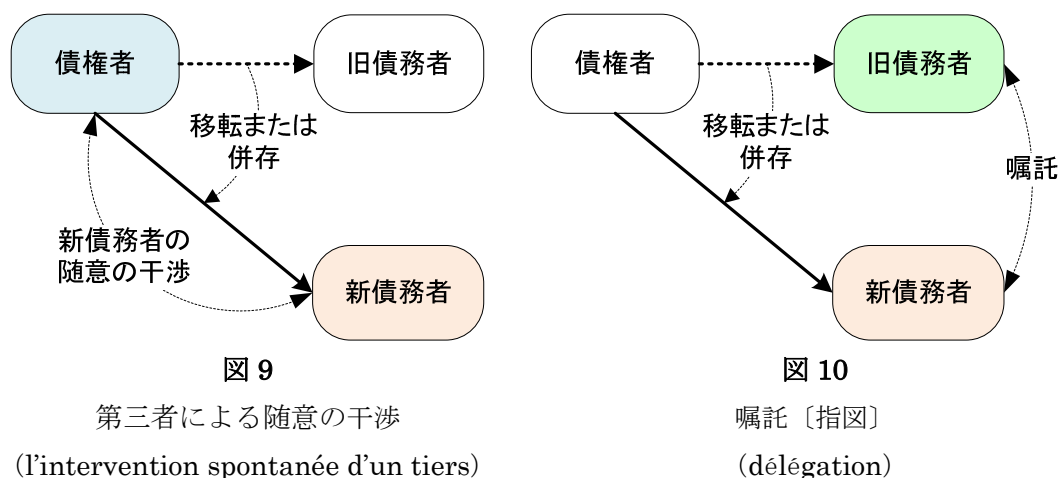


図 9  
第三者による随意的干渉  
(*l'intervention spontanée d'un tiers*)

図 10  
嘱託〔指図〕  
(*délégation*)

#### 旧民法財産編 第 496 条

①債務者の交替に因る更改は、或は、旧債務者より新債務者に為せる嘱託〔*délégation*〕に因り、或は、旧債務者の承諾なくして新債務者の随意的干渉〔*l'intervention spontanée d'un tiers (nouveau debiteur)*〕に因りて行はる。

②嘱託には完全のもの〔*délégation parfaite*〕有り不完全のもの〔*délégation imparfaite*〕有り。

③第三者の随意的干渉〔*l'intervention spontanée d'un tiers*〕は下に記載する如く除約〔*novation par expromission*〕又は補約〔*simple adpromission*〕を成す。

旧民法財産編 第 497 条

①債権者が明かに第一の債務者を免するの意思を表したるときに非ざれば、嘱託は完全ならずして、更改は行はれず。此意思の無きときは嘱託は不完全にして、債権者は第一第二の債務者を連帯にて訴追することを得〔併存的債務引受〕。

②第三者の随意干渉の場合に於て債権者が旧債務者を免したるときは除約に因る更改〔novation par expromission〕行はる〔免責的債務引受〕。之に反せる場合に於ては単一の補約〔simple adpromission〕成りて債権者は債務の全部に付き第二の債務者を得〔併存的債務引受〕。

③然れども此債務者は連帯の義務に任ぜず。

旧民法財産編 第 498 条

①完全嘱託〔délégation parfaite〕及び除約〔novation par expromission〕の場合に於て、新債務者が債務を弁済することを得ざるときは、債権者は嘱託又は除約の当時に於て新債務者の既に無資力たりしことを知らざるに非ざれば、旧債務者に対して担保の求償権を有せず。但、特別の合意を以て此担保を伸縮することを得。

ところが、現行民法の立法者は、上記の「嘱託」および「干渉」（徐約・補約）の意味を十分に理解せず、債務者の交代による更改（novation par expromission）だけを残して、他を削除してしまった（[民法議事速記録三（1984）598-599頁，610頁]，[広中・民法理由書（1987）492-493頁]）。このため、現行民法においては、債務引受の全体像が失われることになったのであるが、債務引受が認められている現状から振り返ってみると、これは、立法の過誤というべき現象といえることができる。

このような立法の過誤により、旧民法（財産編 496 条～498 条）においては、更改とはならない併存的債務引受を含めて、完全な債務引受の規定があつたにもかかわらず、現行民法においては、債務引受の一形態に過ぎない「債務者の交代による更改」（民法 514 条）のみが規定されるにとどまることとなったのである。

しかし、債務者の交代による更改（民法 514 条）だけでなく、社会生活においては、債務引受が必要である。このことは、債権者の交代による更改（民法 515，516 条）だけではなく、社会生活において、債権譲渡（民法 466 条以下）が有用であるのと同じである。

旧民法の規定が完全であり、現行民法に不備があつたのであるから、不備のない旧民法の規定に立ち返ることも可能であつた。しかし、不思議なことに、その後の学説・判例は、債務引受について、完全な規定を有していた旧民法に立ち返ることはなかつた。

判例・学説は、債務引受について、旧民法と同様の規定を有するドイツ民法（ドイツ民法 414 条以下）を参考にして、債務引受の法理を形成していったのである。

大審院の判例は、初期には、履行の引受との関係で、債務引受について、「第三者のため

にする契約」であることを否定するものもあったが（大判明 42・2・17 民録 15 輯 111 頁，大判大 4・7・16 民録 21 輯 1227 頁），その後，以下のように，「第三者のためにする契約」は，受益者に新たな権利を付与する場合にのみ成立するのではなく，要約者の既存の債務を諾約者が引き受ける場合においても，成立するとして，「第三者のためにする契約」によって債務引受を成立させることが認められるに至っている。

大判大 6・11・1 民録 23 輯 1715 頁

第三者給付の契約は，契約当事者が契約の目的たる給付の上に，第三者をして一定の権利を取得せしむる目的を以て，当事者の一方が相手方に対し第三者に給付すべきことを約するに因りて成立するものなれば，要約者と第三者との間に新たな独立の給付を約したる場合のみならず，既存債務の履行を引受け支払を為すことを約する場合に於ても，当事者の意思が第三者をして権利を取得せしむるに在るときは，第三者の為にする契約は成立するものとす。

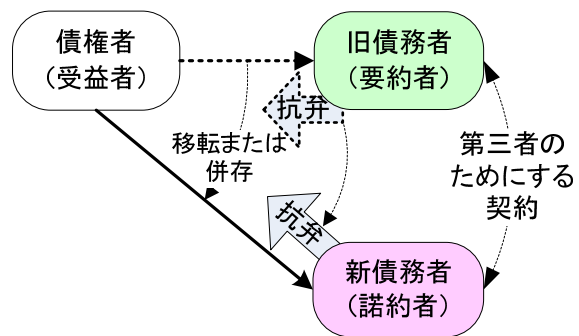


図 11 第三者のためにする契約による債務引受の実現

債務引受を第三者のためにする契約によって構成することのメリットは，「債権者と新債務者」との間で債務引受を実現できるばかりでなく（民法 514 条の類推），「債務者と新債務者」との間，すなわち，債務者同士でも債務引受を実現することができる点にある。

この点については，先に述べたように，旧民法財産編 496 条においては，債務者の第三債務者に対する囑託（指図：délégation）によって，免責的債務引受，および，併存的債務引受を実現することが可能となっていた。

ドイツにおいても，同様にして，債務者と新債務者との契約によって債務引受を実現することができることがドイツ民法 415 条（Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer; Genehmigung des Gläubigers）において，明文で規定されている。

わが国の現状においては，先に述べたように，現行民法の立法者が，民法 496 条の重要な規定のほとんどを削除してしまい，現在では，わずかに，民法 514 条にその片鱗が残っているに過ぎない。

しかも，ドイツ民法 415 条をわが国の法律とみなして適用することはできないことから，債務者と第三債務者との間の契約で債務引受を実現できる手段として，「第三者のためにする契約（民法 537～539 条）」が大いに活用されるべきである。

確かに、旧民法の起草に際して影響を与えたフランス民法の現状においては、「債務引受」と「第三者のためにする契約」とは、異なる制度であるとされている（[Larroumet et Mondoloni, “Stipulation pour autrui” (2008) n° 3, p. 2] , [Maurie, Les obligations (2009) n° 1442, p. 783], [Jeuland, Cession de contrat (2010) n° 17 et 19, p. 4]）。しかし、フランスでは両者が厳密に区別されているから、わが国でも両者を厳密に区別しなければならないということには、必ずしもならないと思われる。

なぜなら、旧民法財産編 496 条から削除された嘱託(指図 : *délégation*)の制度や、債務引受 (*reprise de dette, ou cession de dette*) の制度をフルに活用しているフランスの現状と、そのような制度を持たないわが国とを比較して、フランスの学説が「債務引受」と「第三者のためにする契約」とは異なる制度であるとしているから、わが国でも、「債務引受」を「第三者のためにする契約」として構成することは誤りであると主張することは、比較法の考え方としては、単純に過ぎるからである。これは、フランスでは、直接訴権 (*action directe*) と間接訴権 (*action oblique* : 債権者代位権) とは、厳密に区別されているのだから、日本でも、直接訴権の代わりに、「債権者代位権の転用」を認めてはならないということと同じことである。わが国に道具概念が揃っていない場合には、わが国の条文に存在する類似の道具概念の「転用」が広く認められるべきなのである。

#### IV 結論と今後の課題

##### 1. 結論 — 公平な三面関係を創設するための基本単位 —

これまでの考察を通じて、「第三者のためにする契約」の規定について、民法理論を発展させるための以下の3つの知見が得られた。

(1) 「債務者のイニシアティブ」による三者間法律関係の創設 「第三者のためにする契約」は、債権各論に規定されている典型契約とは異なり、二当事者契約によって、三者間の法律関係を規律することができる。しかも、債権総論に規定されている債権者のイニシアティブで三者間の法律関係を規律する契約とも異なり、「債務者側に立つ要約者と諾約者との二当事者契約によって、三者間の法律関係を創設するという機能」を有する。

(2) 三者間における「公平なリスク配分」の実現 「第三者のためにする契約」は、債権者（受益者）の利益について、受益者にとって第三者である諾約者に対する直接の権利を創設することにより、また、受益者の受益の意思表示を必要とすることによって、債権者のリスクを最小限に抑えることができる。

そればかりでなく、受益者に対して直接義務を負担することになる諾約者に対しても、「第三者のためにする契約」の原因関係に基づく抗弁、すなわち、対価関係に基づく抗弁権、および、保証関係に基づく抗弁権をもって受益者に対抗することを認めていると解釈

することができるため、債務者のリスクを最小限に抑えることもできる。

したがって、「第三者のためにする契約」を使って従来の制度を再構成したり、新しい制度を設計したりするならば、利害関係者のリスクを公平に配分する制度を実現できる。

(3) **公平な制度創設のための基本単位** 本稿の最大の特色は、債権総論で論じられている保証、債権譲渡、債務引受のすべてを「第三者のためにする契約」によって再構成することができたことである。

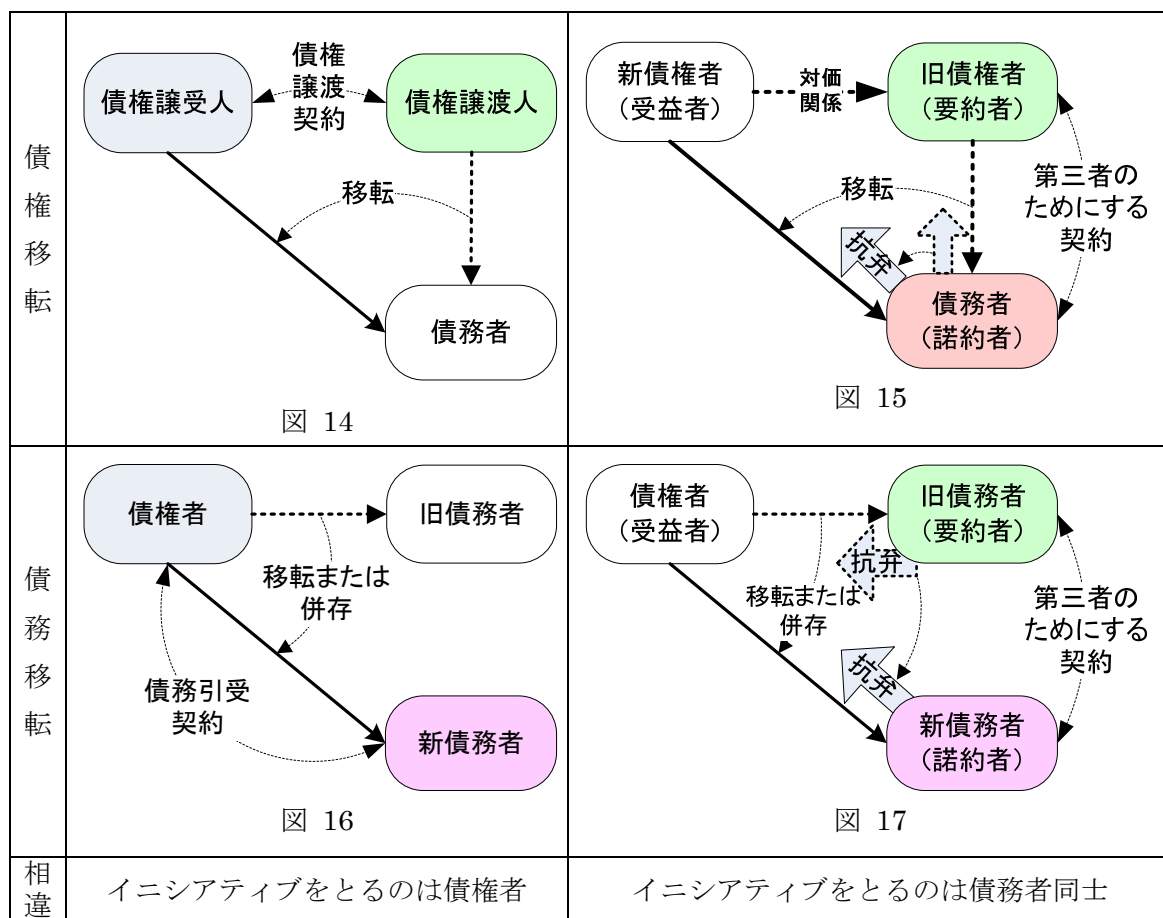
すべての法制度は、担保制度の基本としての保証と権利義務の移転を基本として設計されている。したがって、本稿によって、保証、債権譲渡、債務引受のすべてが、債務者側のイニシアティブによって再構成できることが示されたことは、従来の「債権者の保護」に偏った民法理論から、「債権者と債務者のリスクを公平に配分する」ことのできる民法理論への転換の道が開かれたことになる。

なぜなら、保証、債権譲渡、債務引受をすべて、「第三者のためにする契約」によって再構築できれば、それらの制度を組み合わせで作られる制度は、すべて、債権者と債務者の公平なリスク配分を実現できる制度とすることが可能となるからである。

本稿によって得られた「第三者のためにする契約」を使った制度設計の基本単位を図示すると以下のようなになる。

表 5 「第三者のためにする契約」によって実現できる制度設計の基本単位

機能	通常の方法による 保証・債権譲渡・債務引受	「第三者のためにする契約」による 保証・債権譲渡・債務引受
保証	<p style="text-align: center;">図 12</p>	<p style="text-align: center;">図 13</p>



三者間において、公平なリスク配分を実現するための基礎理論を明らかにすることが本稿の目的であった。したがって、この基礎理論を応用して、公平な制度を設計するための具体的な方法は今後の課題であるが、今後の課題の概略を述べておくことにする。

## 2. 今後の課題

### A. 契約上の地位の譲渡への応用

賃貸借契約において、新しい賃貸人に賃貸借上の権利と義務とを同時に移転するという「契約上の地位の譲渡」を「第三者のためにする契約」によって行う場合を考えてみよう。

もしも、契約上の債権を債権譲渡で、契約上の債務を債務引受によって実現しようとする、債権譲渡に関しては、旧賃貸人と新賃貸人との間で契約をする必要があり、債務引受に関しては、新賃貸人と賃借人との間で契約をしなければならない。結局のところ、新賃貸人、賃貸人、賃借人の三者間で契約を締結せざるを得ない。しかし、「第三者のためにする契約」によって同様のことを実現する場合には、賃貸人と賃借人の契約だけで全てを終了することができる。

表6 新旧賃貸人のみによって権利・義務関係を完全に移転できる方法

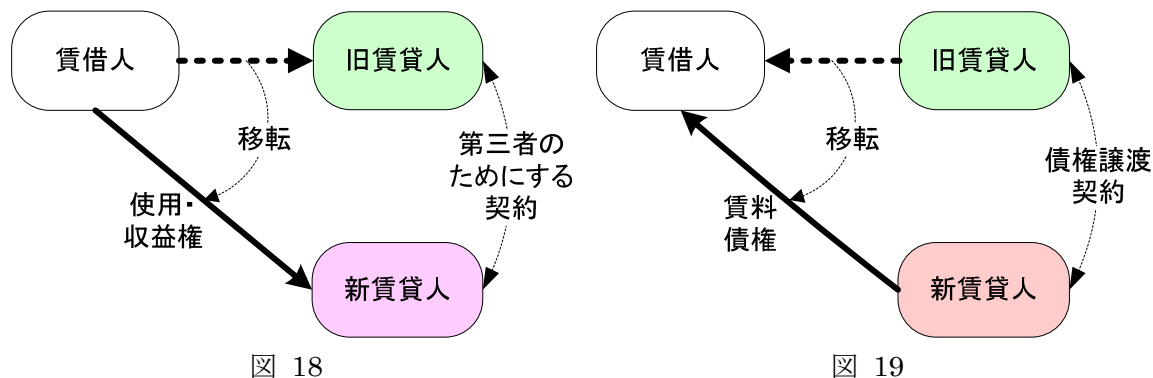


図 18 使用収益権の移転 (債務引受)

図 19 賃料債権等の移転 (債権譲渡)

なぜなら、賃借人の新賃貸人に対する「使用・収益権」については、賃貸人と賃借人との間の「第三者のためにする契約」によって、その「使用・収益をさせる債務」の引受けを実現することができるし、賃貸人の賃借人に対する賃料債権等の債権については、同じく、賃貸人と賃借人との間の「債権譲渡」によって、移転させることができるからである。通常の場合には、後者の「第三者のためにする契約」の場合には、新賃貸人の受益の意思表示が必要となるはずであるが、判例によれば、この場合には、新賃貸人の同意は不要とされている（最二判昭46・4・23民集25巻3号388頁）。

**最二判昭46・4・23民集25巻3号388頁**

土地の賃貸借契約における賃貸人の地位の譲渡は、賃貸人の義務の移転を伴うものではあるけれども、賃貸人の義務は賃貸人が何びとであるかによって履行方法が特に異なるわけのものではなく、また、土地所有権の移転があつたときに新所有者にその義務の承継を認めることがむしろ賃借人にとって有利であるというのを妨げないから、一般の債務の引受の場合と異なり、特段の事情のある場合を除き、新所有者が旧所有者の賃貸人としての権利義務を承継するには、賃借人の承諾を必要とせず、旧所有者と新所有者間の契約をもつてこれをなすことができると解するのが相当である。

もっとも、最高裁の上記判例は、「第三者のためにする契約」に基づく理論構成はしていないが、上記判例は、まさに、「第三者のためにする契約」によって、契約上の地位の譲渡を実現できることを明らかにした判決であると解釈することができる。

## B. 銀行振込契約への応用

誤振込問題に端を発して、議論が白熱している振込契約の法的性質の問題についても、また、仕向銀行と被仕向銀行との二当事者契約によって、預金者から依頼された預金債権を振込受取人に移転させるという資金移動の動的メカニズムの問題についても、公正なりスク配分という観点から、問題解決のアプローチが可能となるように思われる。特に、「第三者のためにする契約」による場合には、原則として抗弁が切断されないため、誤振込の場合の不正請求に対しても、被仕向銀行は、原因関係の抗弁をもって対抗できることになり、振り込め詐欺問題についても、有効な問題解決策を提示することができると思われる。

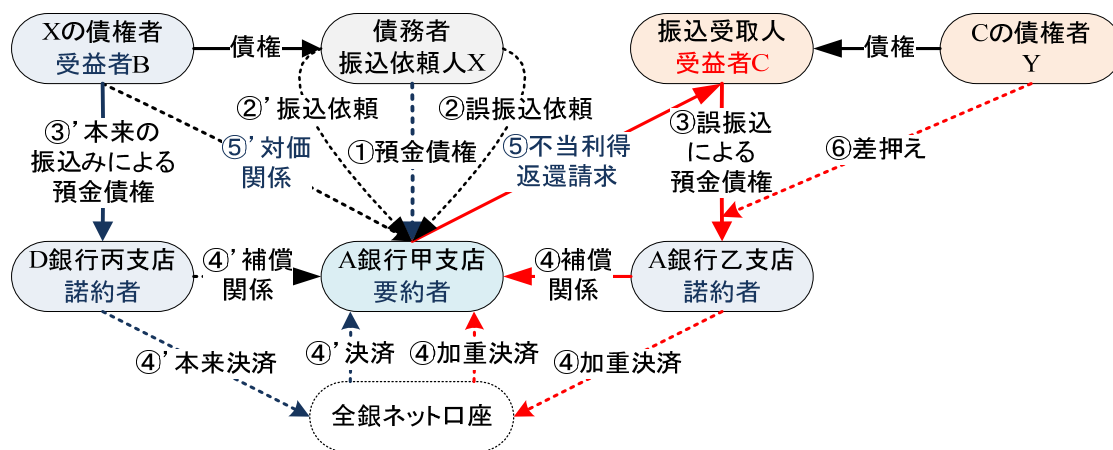


図 20

最二判平 8・4・26 民集 50 卷 5 号 1267 頁

普通預金口座に振込みがあった場合には、たとえ、両者の間に振込みの原因となる法律関係が存在しない場合であっても、受取人と銀行との間に、振込金額相当の普通預金契約が成立する。

少なくとも、「原因となる法律関係が存在しない場合」にまで、普通預金が成立するとする最高裁の考え方は、銀行を保護するようにも見えるが、実体のない振込を許すものであって、銀行の資金運用が堅実な実体に裏づけられているとの顧客の信頼を裏切るものとなっている。その結果として、実体のない振り込め詐欺をも正当化するという深刻な副作用が生じている。この最高裁判決が変更を免れないことは明らかであり、誤振込問題を総合的に解決するための基礎理論が必要とされているといえよう。

本稿は、そのような問題を解決するための基礎理論を提示してはいるが、誤振込問題を視野に入れた振込契約の本質を明らかにするには、さらなる理論の展開が必要である。しかし、そのためには、詳細な研究が必要であるため、振込契約の問題については、稿を改めて論じることとする。



参考文献（年月日順）

[Boissonade, Projet (1883)]

G<sup>ve</sup> Boissonade, “*Projet de code civil pour l’empire du Japon, accompagné d’un commentaire*”,  
Tome 2<sup>me</sup>, Des droits obligations, 1883.

[民法議事速記録三（1984）]

法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会 民法議事速記録三』商事法務研究会  
（1984）

[広中・民法理由書（1987）]

広中俊雄『民法修正案（前三編）の理由書』有斐閣（1987）

[我妻・債権各論上（1954）]

我妻栄『債権各論上巻（民法講義VI）』岩波書店（1954）113-114頁

[来栖・第三者のためにする契約（1959）]

来栖三郎「第三者のためにする契約」民商39巻4=5号（1959）513-532頁。『来栖三郎  
著作集II』信山社（2004）141-165頁所収（本稿では、安達三季生の優れた解説がある  
『来栖三郎著作集II』の頁数によって引用する）

[竹屋・第三者のためにする契約（1962）]

竹屋芳昭「第三者のためにする契約」松坂佐一・西村信雄・舟橋諄一・柚木馨・石本  
雅男先生還暦記念『契約法大系I 契約総論』270-285頁

[船越・保護効（1968）]

船越隆司「契約の第三者に対する保護効—ドイツ民法における『第三者のためにする  
契約』の発展—」法学新報71巻6号（1968）1-38頁

[木村・再論（1970）]

木村常信「『第三者のためにする契約』再論」産大法学4巻2号（1970）59頁

[中馬・第三者のためにする契約（1965）]

中馬義直「第三者のためにする契約」『総合判例研究叢書 民法(27)』有斐閣（1965）  
1-97頁

[前田・振込（1976）]

前田達明「振込」『銀行取引講座上巻』（1976）318頁

[三宅・契約法総論（1978）]

三宅正男『契約法総論』青林書院（1978）113-135頁

[古軸・第三者のためにする契約（1978）]

古軸隆介「第三者のためにする契約」遠藤浩ほか監修・淡路剛久ほか編『現代契約法  
体系〔第1巻〕現代契約の法理』有斐閣（1978）125-156頁

[新堂・現代的意義（1998）]

新堂明子「第三者のためにする契約法理の現代的意義（1），（2・完）」法協115巻10号（1998/10/01）1480-1576頁，11号（1998/11/01）1712-1778頁

[秦・振込取引（1994）]

秦光昭「振込取引の法的性質について—第三者のためにする契約説の立場からの覚え書き」白鷗法學2号（1994-09）113-142頁

[ケッツ・ヨーロッパ契約法 I（1999）]

ハイン・ケッツ（潮見佳男ほか訳）『ヨーロッパ契約法 I』法律文化社（1999）

[兒玉・判断基準（2000）]

兒玉寛「第三者のためにする契約の判断基準」西村重雄＝兒玉寛編『日本民法と西欧法伝統』九州大学出版会（2000）

[佐々木・受益の意思表示（2000）]

佐々木典子「第三者のためにする契約における受益の意思表示—ドイツ民法典制定当時の議論をてがかりとして—」姫路法学29=30合併号（2000）519-607頁

[春田・第三者のためにする契約（2002）]

春田一夫『第三者のためにする契約』信山社（2002）

[Billiau, délégation (2004)]

Marc Billiau, “délégation”, *Rép. civ. Dalloz* (2004).

[半田・契約法（2005）]

半田吉信『契約法講義』信山社（2005）

[ランド＝ビール・契約法原則（2006）]

オーレ・ランド＝ヒュー・ビール編（潮見佳男ほか監訳）『ヨーロッパ契約法原則 I・II』法律文化社（2006）

[中馬＝新堂・注釈民法（13）（2006）]

中馬義直＝新堂明子「第三者のためにする契約」『新版 注釈民法（13）債権（4）』〔補訂版〕有斐閣（2006）

[Aubert, Cession de dette (2006)]

Jean-Luc Aubert, “Cession de dette”, *Rép. civ. Dalloz* (2006).

[菅原・振込理論の混迷（1）（2007）]

菅原胞治「特別論考 振込理論はなぜ混迷に陥ったか(1)決済システムの本質論からみた誤振込，振り込め詐欺等をめぐる議論の問題点」銀行法務21 670号（2007）18-30頁

[菅原・振込理論の混迷（2）（2007）]

菅原胞治「特別論考 振込理論はなぜ混迷に陥ったか(1)決済システムの本質論からみた誤振込，振り込め詐欺等をめぐる議論の問題点」銀行法務21 671号（2007）16-33頁

[菅原・振込理論の混迷（3）（2007）]

菅原胞治「特別論考 振込理論はなぜ混迷に陥ったか(1)決済システムの本質論からみた誤振込，振り込め詐欺等をめぐる議論の問題点」銀行法務21 671号（2007）38-42頁

[加藤・契約法 (2007) ]

加藤雅信『契約法 (新民法体系Ⅳ)』有斐閣 (2007) 45-46 頁

[加賀山・契約法講義 (2007) ]

加賀山茂『契約法』日本評論社 (2007) 398-406 頁, 408-414 頁

[松本・振込取引の体系 (1) (2007) ]

松本貞夫「振込取引に関する法律問題の体系的整理(1)」明治大学法科大学院論集 (3) (2007), 1-51 頁

[松本・振込取引の体系 (2) (2008) ]

松本貞夫「振込取引に関する法律問題の体系的整理(2)」明治大学法科大学院論集 (4) (2008), 1-53 頁

[Larroumet et Mondoloni, “Stipulation pour autrui” (2008)]

Christian Larroumet et Dominique Mondoloni, “Stipulation pour autrui”, *Rép. civ. Dalloz*, 2008.

[Ophèle, Cession de créance (2008)]

Claude Ophèle, “Cession de créance”, *Rép. civ. Dalloz* (2008).

[我妻・案内 9 (2008) ]

我妻栄 (水元浩・川井健補訂) 『民法案内9 債権総論下』勁草書房 (2008)

[椿・多角関係 (2008) ]

椿寿夫「《多角》関係ないし《三角》関係について」法時 80 卷 8 号 (2008) 96 頁

[中舎・複合取引 (2008) ]

中舎寛樹「多角的法律関係の法的構造に関する研究序説—複合取引に関する従来の見解の限界と今後の課題」法時 80 卷 9 号 (2008) 100 頁

[伊藤・法律行為と多角的法律関係 (2009) ]

伊藤進「法律行為と多角的法律関係」法時 81 卷 4 号 (2009) 105 頁

[長谷川・信託と多角的法律関係 (2009) ]

長谷川貞之「信託の特質・その多様性と多角的法律関係」法時 81 卷 1 号 (2009) 88 頁

[債権法改正の基本方針Ⅲ (2009) ]

民法 (債権法) 改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針Ⅲ—契約及び債権の一般(2)』商事法務 (2009)

[Maurie, Les obligations (2009)]

Philippe Mauraie, Laurent Aynés, Philippe Stoffel-Munck, “*Les obligations*”, 4<sup>e</sup> edition, 2009, pp.422-432.

[Jeuland, Cession de contrat (2010)]

Emmanuel Jeuland, “Cession de contrat”, *Rép. civ. Dalloz* (2010)

[債権法改正の基本方針Ⅴ (2010) ]

民法 (債権法) 改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針Ⅴ—各種の債権 (2)』

商事法務（2010）

[長谷川・適用範囲と類型化（2011）]

長谷川貞之「第三者のためにする契約と適用範囲の類型化をめぐる問題」日本法學 77  
巻1号（2011-07-25）23-62頁

## [追記]

高森八四郎先生には、保証の研究を進める上で、的確なアドバイスをいただいた。特によく覚えているのは、数年前の私法学会のワークショップでの先生の発言である。

私が、現在の保証制度について、「債務者が破産した場合に、本来責任を負うべき債務者の方は、破産免責を得て自由な身になるのに比較して、保証人の方は、債務者の肩代わりを貫徹するまで免責を受けることができず、しかも、本来できるはずの債務者への求償権も失うというのでは不合理極まりない」と声を大にして批判しても、出席したメンバーからは、「そういう場合に責任を負うのが保証人制度の根幹なのだから、それも仕方がない」との答えしか返ってこず、むなしい思いをしていたことがある。

そのとき、高森先生が、「加賀山さんの考え方を別の言葉で述べると、『破産によって、保証人の責任は、付従性のない独立担保契約を結んだ場合と同じ結果になる。しかし、保証契約を締結する際に、保証人が、そのような意思を有していたと考えることができるだろうか』ということであって、検討に値する意見だと思います。」と援護射撃をして下さった。

普段から、学生たちに「自分の思っていることを、法律の考え方に即して表現することが大切。」と述べてきた者としては、高森先生の援護射撃を有り難く思うとともに、自分の不明を深く恥じ、保証に関するいっそうの研究の必要性を強く感じた次第である。

それ以来、高森先生とは、研究会でもよく議論するようになり、異説ばかり唱えているはずの私の見解と、オーソドックスな見解を主張される高森先生の間で、不思議と意見が一致することが多く、観点が異なっても、突き詰めた思考の結果は、一致することが多いことに気づかされた。

最近、高森先生のご健康上の理由で、末川民事法研究会でもお会いできる機会が少なくなり、激論を交わす機会が少なくなったのはとても残念である。

今回、ささやかな論考ではあるが、「三者間の法律関係を規律する二当事者契約」について、「利害関係者のリスクを公平に配分する」という観点から、保証を含めて、債権譲渡、債務引受という債権総論で論じられてきた重要な契約を「第三者のためにする契約」によって再構成を試みるという「革命的な」本稿を捧げることができた。この研究成果を応用するならば、過酷な責任を負わされている保証人の保護、混乱を極めている振込理論と誤振込の問題の解決にも資することが予想されるのであり、このことで、高森先生のご恩返に多少は報いることができたのではないかと考えている。

高森先生がご健康を回復され、三者間の法律関係について、さらに突っ込んだ議論ができることを心待ちにしている今日この頃である。