

保証人，転借人，下請人の保護のための「サブ契約」理論の構築

Protection of sub-obligor (guarantor, sub-lessee, sub-contractor)
making use of “the contract for the benefit of third party”

目次

はじめに	2
1. 問題の所在	3
2. 債権譲渡の「第三者のためにする契約」に基づく再構成	5
3. 債務引受，契約上の地位の譲渡の「第三者のためにする契約」に基づく再構成	6
4. 保証契約の「第三者のためにする契約」に基づく再構成	8
5. 転貸借契約の「第三者のためにする契約」に基づく再構成	12
6. 下請負契約の「第三者のためにする契約」に基づく再構成	14
おわりに（結論）	15
参考文献（著者 50 音順・年代順）	16

はじめに

筆者は、これまで、「第三者のためにする契約」について、以下の順序で研究を進めてきた。

第1に、「第三者のためにする契約」の**位置づけ**について、この契約（民法537条～539条）が、契約各論（民法549条以下）ではなく、その前の契約総論（民法521条～548条）の中に置かれている理由を考察した。そして、当事者間でのみ効力を生じるのを原則とする13の典型契約とは異なり、「第三者のためにする契約」は、**二当事者である債務者（要約者、諾約者）のイニシアティブ**に基づいて、第三者である債権者（受益者）に効力を生じる契約であり、このため、契約各論の典型契約とは切り離して契約総論に置かれていることを明らかにした[加賀山・第三者のためにする契約の位置づけ（2012）]。

第2に、「第三者のためにする契約」の機能については、諾約者に対する直接の権利を受益者に与えるだけでなく、諾約者にも受益者に対する抗弁（民法539条）を与えることによって**公平なリスク配分を実現する機能**を有していることを明らかにした。そして、「第三者のためにする契約」に基づいて、債権譲渡、債務引受、保証の各契約を再構築するならば、三者間における公平なリスク配分を実現することができることを論証した[加賀山・第三者のためにする契約の機能（2013）]。

第3に、最高裁平成8年判決（最二判平8・4・26民集50巻5号1267頁）以来、理論的な混迷に陥っている**銀行振込み・誤振込み**の問題について、「第三者のためにする契約」の理論を**応用**することを試みた。そして、振込みとは、預金債権を平行移動させるもの（情報の運送（請負）契約）であり、「第三者のためにする契約」に基づく、債権譲渡と債務引受の活用によって、原因関係を活かしたまま、預金債権を平行移動させることができることを論証した。そのことを通じて、誤振込みの場合の組戻しについても、振込受取人の同意がある場合にのみ認められる「任意的な組戻し」ばかりでなく、振込受取人の同意を要しない「強制的な組戻し」についても、民法理論に基づく解決策を提示することができた[加賀山・振込みと組戻しの民法理論（2013）]。

本稿では、以上の研究成果を踏まえて、「第三者のためにする契約」の**適用範囲を拡大し、保証契約、転貸借契約、下請契約**について考察する。

これらの契約は、本契約に従属するいわゆる「複合契約」の一種であり（本稿では、「サブ契約」という）、これらの契約を「第三者のためにする契約」として再構成するならば、「抗弁の対抗（抗弁の接続）」を理論的に説明することができるにとどまらず、それを明文の規定（民法539条）の解釈として説明することが容易となる。したがって、「第三者のためにする契約」に基づく各契約の再構成は、「サブ契約」の諾約者（債権譲渡の債務者、連帯債務者、連帯保証人を含む保証人、債務引受人、転借人、下請人）の保護に資することになると思われる。

1. 問題の所在

ある契約（主たる契約）に付随して締結される契約，たとえば，金銭消費貸借契約における貸金債務を担保するために，債権者と保証人との間で締結される「保証契約」とか，賃貸借契約に付随して締結される「転貸借契約」とか，請負契約に付随して締結される「下請契約」においては，常に，以下の2つの問題が生じる。

第1に，主たる契約の債権者は，付随する契約（サブ契約）の債務者（第三債務者，諾約者等）に対して直接に給付を請求することができるか。

第2に，付随する契約の債務者（諾約者）は，付随する契約（サブ契約）の債権者に対する抗弁をもって主たる契約の債権者に対抗できるか，または，付随する契約（サブ契約）の債権者が有する抗弁を主たる契約の債権者に対して援用できるか。

これらの二つの問題について，明文の規定がある場合には，その答えは明瞭である。例えば，「保証契約」においては，第1に，債権者が保証人に対して直接に請求できることは民法446条1項によって明らかである。第2に，保証人の債権者に対する抗弁権については，民法448条（主たる債務の範囲の縮小・消滅を理由とするすべての抗弁：保証の付従性），民法457条2項（相殺の抗弁の対抗）によって明らかである。

しかし，上記の2つの問題について，明文の規定があるが，その解釈に争いがあるという場合には問題が残されている。例えば，「転貸借契約」においては，確かに，第1に，賃貸人が転借人に対して直接の請求ができることは，民法613条1項前段によって明らかである。しかし，第2に，転借人がどのような抗弁をもって賃貸人に対抗できるかについては，すべての「前払い」が対抗できなくなるのか，「詐害的な前払い」だけが賃貸人に対抗できなくなるだけであり，慣習に従った通常の前払いは賃貸人に対抗できるのかについては学説が分かれており，明瞭とはいえない（[加賀山・民法613条の直接訴権(2) (1977) 96頁]参照）。また，民法613条1項後段の反対解釈によってすべての「後払い」が賃貸人に対抗できるのか，それとも，「賃貸人の直接請求前の期日後払い」のみが賃貸人に対抗できるのかについても，学説が分かれており（[加賀山・民法613条の直接訴権(2) (1977) 96頁]参照），明瞭ではない。

上記の場合とは異なり，直接請求と抗弁の対抗問題という二つの問題について，明文の規定を欠いている場合には，さらに深刻な問題が生じる。たとえば，「下請契約」の場合には，旧民法には明文の規定（財産取得編285条〔下請負人の注文者に対する直接訴権〕）があったが，現行民法では，これを削除したために，第1に，下請人は，注文者に対して，転貸借の場合と同様に，直接に下請代金を請求できるのかどうか，第2に，注文者は，請負人との間の抗弁をもって注文者に対抗できるのかどうか，例えば，請負代金を注文者が請負人に前払いした場合は，注文者は下請人の請求に対して前払の抗弁を持って対抗できるのか，判例（最三判平5・10・19民集47巻8号5061頁）は，明文の規定がないことを理由に，第1点を否定し，第2点についても，注文者を勝訴させているが，学説には争いがあり（[伊室・

下請人の直接請求権（2012）12-16 頁]参照），この場合も，問題の答えは，必ずしも，明瞭とはいえない。

以上のような個々の契約において生じている困難な問題に対して，契約総論にある「第三者のためにする契約」を参照すると，問題解決のヒントを得ることができる。すなわち，「各論的な考察で行き詰ったときは，総論的考察に立ち返れ」というパンデクテン方式を採用する大陸法に共通の原則が重要な意味を有する。

それにもかかわらず，銀行振込みの前身であるものの現在では廃止されている「電信送金契約」について，判例（大判大 11・9・29 民集 1 巻 557 頁，最一判昭 43・12・5 民集 22 巻 13 号 2876 頁）が，この契約を「第三者のためにする契約」ではないとの判断を下したことが原因のひとつとなって，学説の発展が阻害されるという不幸な事態が続いている。

しかし，「第三者のためにする契約」は，債務者側の要約者と諾約者の二当事者契約によって，債権者側である第三者（受益者）に契約上の効力を及ぼす契約であり（民法 537 条 1 項），三者間の利害関係を調和的に解決するため，以下のような絶妙な工夫が採用されている。

第 1 に，この契約の効力として，受益者と諾約者との間に直接の権利・義務関係が発生するためには，受益者の権利が害されない場合を除いて，原則として，受益者の意思表示が必要とされており，「受益者の利益」が図られている（民法 537 条 2 項，538 条）。

第 2 に，最終的に義務を負う諾約者は，要約者に対する抗弁をもって受益者に対抗できることが明らかにされており（民法 539 条），「諾約者の利益」も図られている。

第 3 に，要約者も，第三者のためにする契約によって，保証責任が残る場合もあるものの（民法 613 条 2 項参照），受益者に対する本来の義務を免れることができるため，「要約者の利益」も実現されている。

このように，第三者のためにする契約は，二当事者間の契約によって，三者間の利害関係を公平に調整する機能を有している。したがって，サブ契約から生じる複雑な問題について，解決方法が見つからないときでも，それらの契約を「第三者のためにする契約」に還元して考察し直すと，解決の糸口が見つかることが多い。特に，民法 539 条が，諾約者のために，抗弁の対抗を明確に規定していることから，いわゆる「抗弁の接続」，または，「抗弁の切断」について困難が生じている問題については，「第三者のためにする契約」による再構成は，大きな意味を有することになる。

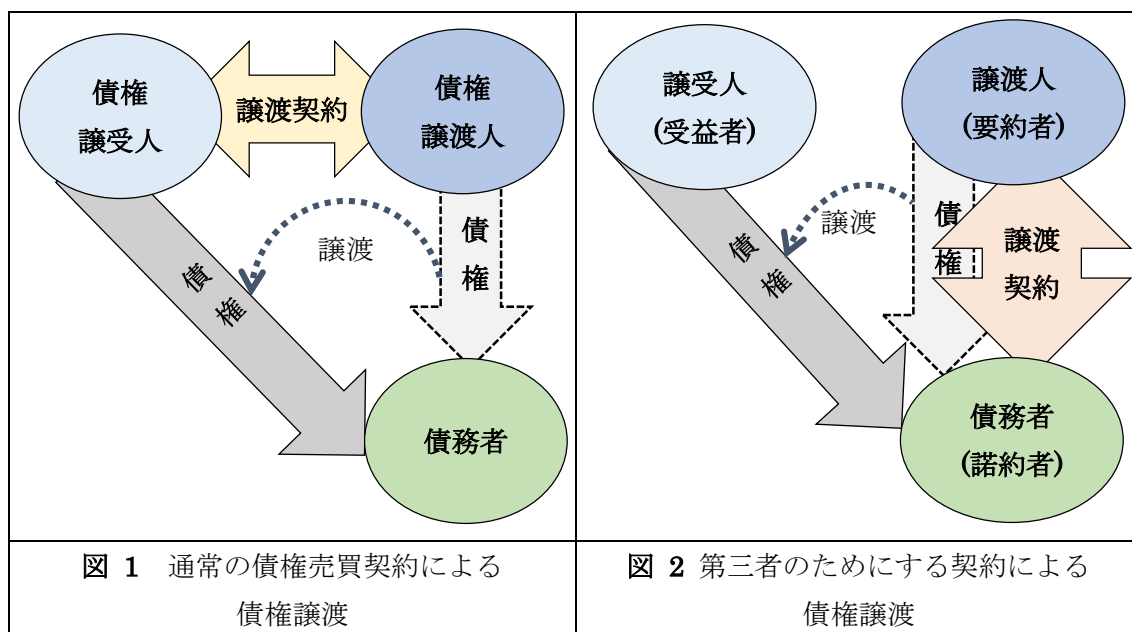
そこで，以下において，三者間の利害調整に関して困難な問題が生じている，債権譲渡，債務引受，保証，転貸借，下請について，それぞれの契約を第三者のためにする契約として再構成することを通じて，三者間の公平な利害調整が実現できることを示そうと思う。

2. 債権譲渡の「第三者のためにする契約」に基づく再構成

債権譲渡（民法 466 条以下）といえば、これまでは、債権の「譲渡人と譲受人」との間で、債権の売買契約、または、贈与契約によって行われると考えられてきた。

しかし、債権譲渡は、旧債権者と新債権者という「債権者同士」による契約（図 1 図 1 通常の債権売買契約による債権譲渡）ばかりでなく、「旧債権者と債務者」との間の「第三者のためにする契約」（民法 537 条以下）によっても可能である（図 2）。

債権譲渡の再構成



「第三者のためにする契約」を利用した債権譲渡の特色は、以下の二つである。

第 1 の特色は、債権譲渡の情報センターとしての役割を果たす債務者が契約当事者となるため、債務者対抗要件としての通知・承諾が不要な点にある（契約当事者間ですでに通知・承諾がなされていると解することもできる）。

将来において、この方式に基づく債権譲渡登記が可能となるならば、第三者のためにする契約による債権譲渡方式は、債権譲渡登記だけで、第三者対抗要件ばかりでなく、債務者対抗要件も完備されることになる。したがって、これまでのように、債権譲渡登記をした上で、さらに、債務者に債権譲渡登記証明書を送付するという手間が不要となる。

このため、「第三者のためにする契約」による債権譲渡の方式は、債権者間で行われてきた従来の債権譲渡方式に比較して、債権譲渡の迅速性と確実性をよりいっそう促進することになるとと思われる。

第 2 の特色は、債務者の抗弁が債権の譲受人に対抗できることが原則となる（民法 539 条）点にある。債権の譲渡人と譲受人との間で行われる従来の債権譲渡の場合には、民法

468条が、債務者の抗弁が対抗できない場合を第1項に規定し、債務者の抗弁が対抗できる場合を第2項に規定しているため、債務者の抗弁が対抗できないのが原則であるかのような外観を呈しており、外観どおりの誤解が生じている。しかし、民法468条1項に規定されている債務者が異議をとどめないで承諾をするというのは、まれな場合にしか生じない例外現象であり、民法468条2項が原則的な形態である。したがって、民法（債権関係）改正要綱仮案においては、例外的な事態を想定している民法468条1項を削除することが提案されている。

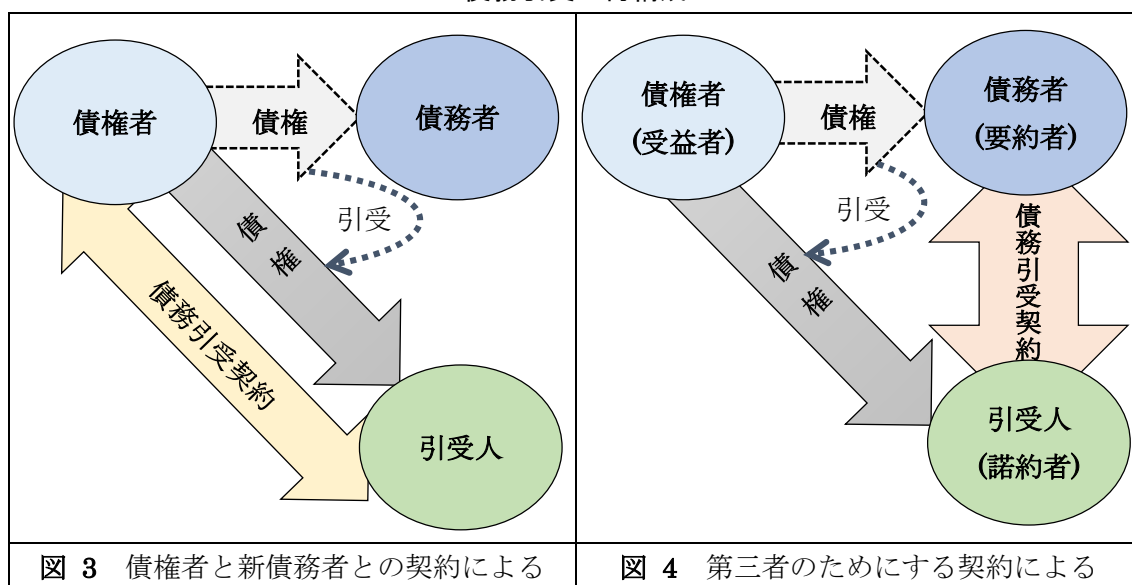
この点、債権の譲渡人と債務者との間で、債権の譲受人のために債権を譲渡するという「第三者のためにする契約」の場合には、民法539条によって、債務者の抗弁が債権譲受人に対抗できることが原則であることが明確となっており、債権者の「抗弁切断」が原則であるとの誤解を生じさせる余地はない。

これまで述べたことから、「第三者のためにする契約」による債権譲渡は、債権譲渡の情報センターである債務者が当事者となるために、債務者対抗要件としての通知と承諾を省略できる。このため、将来的には、債権譲渡登記だけで、債権譲渡の対抗要件をすべて備えることが可能となる点、および、債務者の債権譲渡人に対するすべての抗弁が債権譲受人に対して対抗可能であることが明確になる点で、従来の債権譲渡人と債権譲受人との間でなされてきた債権譲渡に比較して、優れた特色を有していることが理解されたと思われる。

3. 債務引受、契約上の地位の譲渡の「第三者のためにする契約」に基づく再構成

債務引受といえば、これまでは、三者間合意、または、「債権者と新債務者」との間で行われると考えられてきた（図3）。

債務引受の再構成



債務引受	債務引受
------	------

しかし、債務引受は、債務者間、すなわち、債務者と新債務者との間の「第三者のためにする契約」によっても可能である（図 4）。判例も第三者のためにする契約によって債務引受を行うことができることを認めている（大判大 6・11・1 民録 23 輯 1715 頁）。

先に論じた債権譲渡においても、また、債務引受においても、従来の債権者中心の考え方だけではなく、「第三者のためにする契約」に基づいて、債務者を中心とした法律構成が可能となると、債権譲渡と債務引受が混在する「契約上の地位の譲渡」という複雑な法律関係も、三当事者間の合意を要することなく、二当事者間の契約によって実現することが可能となる。

たとえば、土地の賃貸借契約において、土地が賃貸人から新所有者へと譲渡された場合に、賃借人を抜きにして、賃借人の利益のために、土地の旧所有者であった賃貸人と新所有者との間の契約のみで、賃貸借契約上の地位の譲渡をなしうるとした判例（最二判昭 46・4・23 民集 25 卷 3 号 388 頁）がある。

この判決は、以下のように、「賃貸人の地位の譲渡の場合、新所有者に義務の承継を認めることが賃借人にとって有利であるから、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ってこれをなすことができる」と述べている。

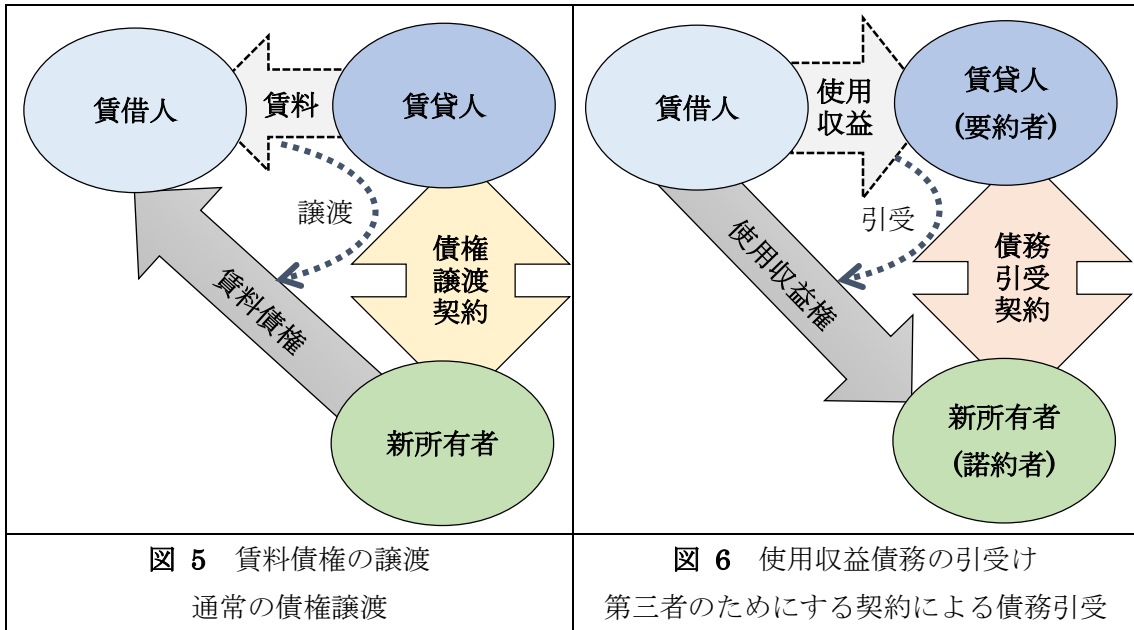
最二判昭 46・4・23 民集 25 卷 3 号 388 頁

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っ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ってこれをなすことができると解するのが相当である。

しかし、賃借人の承諾を必要としないとする理由付けは、従来の考え方では、簡単ではない。この場合においても、従来の債権譲渡と「第三者のためにする契約」に基づく債務引受の理論を利用すると、以下のように、その理由を理論的に説明することができる。

賃貸人と新所有者との間で、賃料債権を通常債権譲渡の方式で譲渡し（図 5）、同時に、使用収益権に関して、その債務者である賃貸人と新債務者となる新所有者との間で、「第三者のためにする契約」による債務引受を行っている（図 6）と考えれば、賃借人抜きで、賃貸借契約上の地位の譲渡を実現することが可能となる。

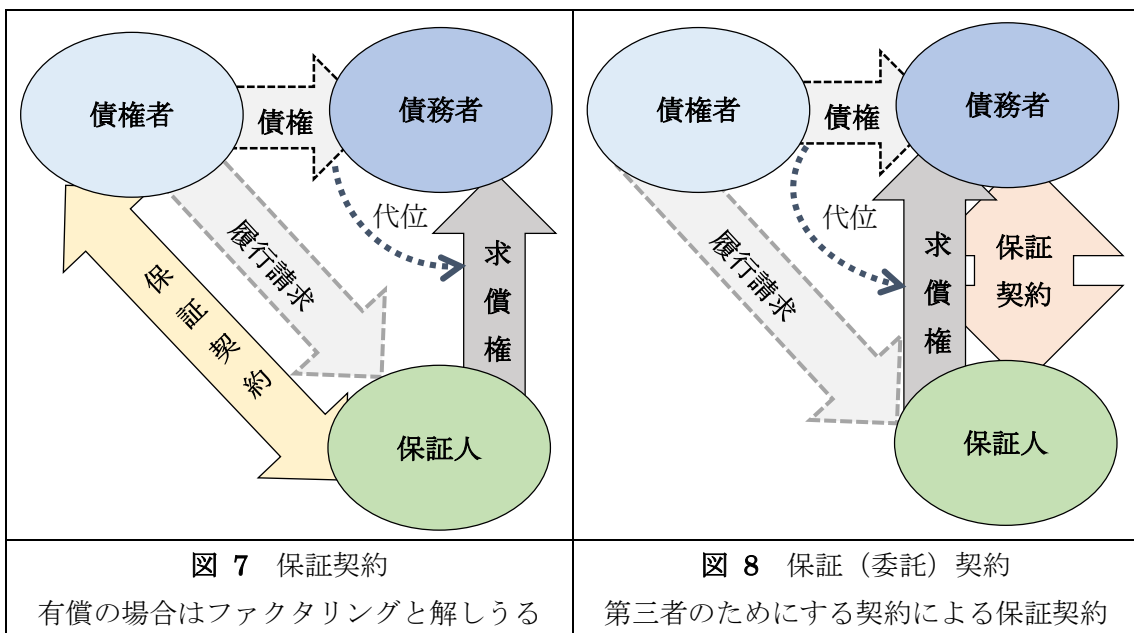
契約上の地位の譲渡の再構成



第三者のためにする契約の場合，原則として，受益者による受益の意思表示が必要であるが，受益者のために有利である場合には，受益の意思表示を省略できることは，たとえば，第三者のためにする損害保険契約（保険法 8 条），生命保険（保険法 42 条）の場合には，明文の規定がある。

4. 保証契約の「第三者のためにする契約」に基づく再構成

保証契約の再構成



保証契約（民法 446 条以下）といえ、これまでは、債権者と保証人との間でなされる契約であると解されてきた（図 7）。

しかし、これまでの考察によって、債権譲渡においても、また、債務引受においても、債権者中心ではなく、債務者中心でそれぞれの契約を締結することができたことに鑑みると、債務者と保証人との間における「第三者のためにする契約」によって、保証契約が締結できることがわかる（図 8）。

従来は、債務者と保証人との間でなされる保証に関する契約は、「保証委託契約」と呼ばれ、債務者と保証人との二当事者間でのみ効力を生じる契約と考えられており、保証契約とは、厳密に区別されてきた。

しかし、債権譲渡や債務引受の場合と同様に、保証委託契約は、実は、「第三者のためにする契約」であり、債務者と保証人との間の契約と債権者の受益の意思表示によって、債権者と保証人間で締結される保証契約と同様の効果が生じると考えることができる。しかも、そのように考えても、「債務者が主たる債務を弁済しないときは、保証人が債権者に弁済する」という保証契約の趣旨にも、民法 446 条以下の条文の趣旨にも反することはない。なぜなら、保証契約は、債権者と保証人との間の書面による契約によっても、また、債務者と保証人との間の書面による契約によっても成立し（民法 446 条）、債務者と保証人との間で保証契約を締結する場合には、債権者の受益の意思表示によってその効力を生じる（民法 538 条）と解釈することができるからである。

従来の債権者と保証人との間でなされる保証契約においても、債務者と保証人間での保証委託契約がある場合（459 条～461 条）と、債務者と保証人間での保証委託契約がない場合（民法 462 条）とでは、保証契約の効果の点で区別されてきたのであり、保証委託契約がある場合には、「第三者のためにする」保証契約が成立し、保証委託契約がない場合には、債権者と保証人との間の保証契約が締結されているにすぎないと解釈することに不都合は生じない。

むしろ、債権者と債務者との間でのみ締結される保証契約の場合、民法の規定上も保証人の保護は薄くなっており、保証人に事前求償権が認められない（民法 460 条）ばかりでなく、求償権の範囲も狭められている（民法 462 条）。

保証に関する最近の最高裁判例（最二判平 24・5・28 民集 66 卷 7 号 3123 頁）は、債務者と保証人（銀行）との間の委託保証契約がある場合と、それが無い場合とを区別し、保証委託契約がある場合には、破産開始後に保証人が主たる債務を弁済して得た求償権と預金債権との相殺をもって破産管財人に対抗できるが、保証委託契約がない場合には、相殺をもって対抗できないとの判断を下している。その際の判断に際して、以下のように、無委託保証の場合は、本来の保証というよりは、債権譲渡（ファクタリング）に近いと述べている点が重要である。

最二判平 24・5・28 民集 66 卷 7 号 3123 頁

〔委託を受けた保証について〕破産者に対して債務を負担する者が、破産手続開始前に債務者である破産者の委託を受けて保証契約を締結し、同手続開始後に弁済をして求償権を取得した場合には、この求償権を自働債権とする相殺は、破産債権についての債権者の公平・平等な扱いを基本原則とする破産手続の下においても、他の破産債権者が容認すべきものであり、同相殺に対する期待は、破産法 67 条によって保護される合理的なものである。

〔委託を受けないでする保証（無委託保証）について〕しかし、無委託保証人が上記の求償権を自働債権としてする相殺は、破産手続開始後に、破産者の意思に基づくことなく破産手続上破産債権を行使する者が入れ替わった結果相殺適状が生ずる点において、破産者に対して債務を負担する者が、破産手続開始後に他人の債権を譲り受けて相殺適状を作出した上同債権を自働債権としてする相殺に類似し、破産債権についての債権者の公平・平等な扱いを基本原則とする破産手続上許容し難い点において、破産法 72 条 1 項 1 号が禁ずる相殺と異なるところはない。

つまり、保証契約のうち、債権者と保証人との間で締結される保証契約は、債務者と保証人との間でなされる保証契約よりも、保証人の保護の程度が低い、その理由は、債務者と保証人との間に契約関係がない場合には、保証契約というよりは、主たる債務の買取り（ファクタリング）に近いからであり、名目上は、求償権を取得した保証人であるとしても、その実質は、債権を買取った債権者であり、保証人と同様の保護は必要がないという意味であろう。

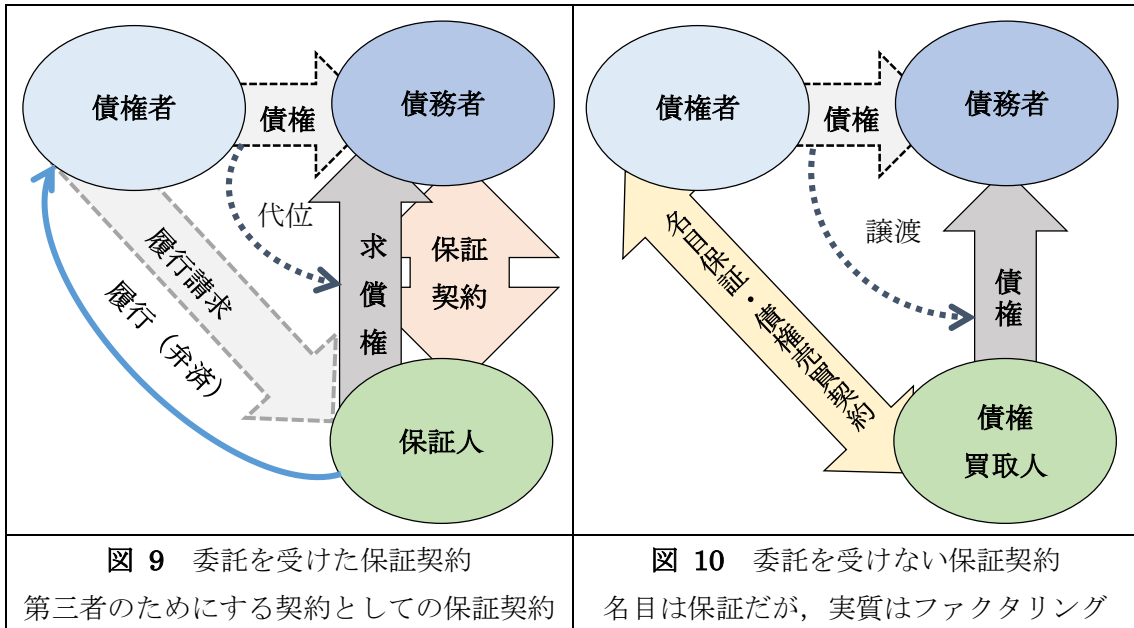
このように考えると、これまでのように、保証契約と保証委託契約とを厳密に区別し、保証契約とは、保証委託契約ではないとしてきた従来の考え方については、反省が迫られることになる。

つまり、本稿の立場によると、従来の保証委託契約（本稿では本来的な保証契約）の場合には、債権者と保証人との間で行われる従来の保証契約は、重複する契約として、実質的な意味を失う。なぜなら、保証委託契約と受益の意思表示によって、従来の保証契約の内容はすでに効力を生じているために、その上に、債権者と保証人との間で保証契約を締結する必要はないからである。

これに反して、保証委託契約がない場合には、債権者と保証人間で保証契約を締結する必要がある。しかし、このような委託を受けない、債権者と保証人間の裸の保証契約については、委託を受けた保証契約の場合とは異なり、保証人には、事前求償権もなく、求償権の範囲も制限されており、本来の保証とは異なり、保証人の保護が希薄となっている。

その理由は、上記の最高裁平成 24 年判決（最二判平 24・5・28 民集 66 卷 7 号 3123 頁）が指摘しているように、自称保証人が、実は「債権を譲り受けて」、求償権を取得している、すなわち、その実質が保証ではなく、自称保証人による債権買取り（ファクタリング）である場合が多いからであろう。

保証契約の再構成 その2



このように考えると、委託を受けない保証契約であって、しかも、それが有償の保証契約である場合には、それは、本稿でいう本来的な保証契約ではなく、債権者と自称保証人との間の債権買取契約（ファクタリング）であり、したがって、このような保証契約については、委託を受けない保証人に対して、民法が、本来的な保護（事前求償権と十分な求償の範囲）を与えていない理由を理解することができる。

保証契約に関する本稿の結論は、保証契約に関する従来の考え方に対して、以下の 2 つの点で根本的な変更を求めるものとなっている。

第 1 に、保証契約とは、債務者と保証人との間で締結される第三者のためにする契約である（図 9）。

第 2 に、保証契約の内容は、債務者（要約者）が債務を任意に履行しない場合には、債権者（受益者）のために、保証人（諾約者）が債務の履行を引き受ける（履行引受であって、厳密な意味での債務引受ではない。引き受けた履行を行った場合に、債務者に対して求償権を取得するのは、厳密な意味での債務引受ではないからである）というものである。そして、債権者が、それに対して受益の意思表示をすると、債権者は、保証人に対して、直接、履行を請求できる権利を取得することになる。

第 3 に、従来の保証契約、すなわち、債権者と債務者との間でなされる従来の保証契約は、まず、委託を受けた場合には、第三者のためにする本来の保証契約と重複する点で、無用な契約となる。次に、委託を受けない場合には、本来の保証契約ではなく、債権者と自称保証人との間で行われる債権譲渡契約と解釈される（図 10）。いずれにしても、従来の債権者・保証人間の保証契約は、厳密な意味での保証契約とはみなされないことになる。

5. 転貸借契約の「第三者のためにする契約」に基づく再構成

適法な転貸借契約（民法 613 条）について、これまでは、民法 613 条 2 項（前項の規定〔貸貸人の転借人に対する直接訴権〕は、貸貸人が賃借人に対してその権利を行使することを妨げない）等を根拠に、転貸借契約は、貸貸借契約とは別個・独立の契約といわれてきた。しかし、「親亀がこけたら小亀もこける」と表現されるように、親亀である貸貸借契約が債務不履行で解除された場合には、小亀である転貸借契約も履行不能によって当然に終了するとされており（最三判平 9・2・25 民集 51 卷 2 号 398 頁）、判例においては、貸貸借契約と転貸借契約とは、相互に独立の契約であるとの通説の見解とは矛盾した解決がなされていることがわかる（詳細については、[加賀山・判批（貸貸借契約の債務不履行解除と適法転貸借の帰趨）46-50 頁]参照）。

そこで、従来の発想を転換して、転貸借契約が、貸貸人と転借人との間の二当事者間契約ではあるが、その性質を、貸貸人のためにする契約であると考え、民法 613 条における貸貸人の転借人に対する直接の関係（民法 613 条 1 項前段）、および、転借人の抗弁の一部制限（民法 613 条 1 項後段）、並びに、貸貸人の転借人に対する直接の関係にもかかわらず、貸貸人の賃借人に対する権利の並存（民法 613 条 2 項）という複雑な関係を容易に理解することができるようになる。

適法な転貸借契約は、原則として、貸貸人の承諾を要するのであり（民法 612 条参照）、転貸借契約の締結に際して、転貸借を承諾してもらうかわりに、もしも、賃借人に賃料不払い等の債務不履行があり、かつ、転借人が賃借人（転貸人）に転借料を支払っていない場合には、その転借料の範囲内で、賃借人に代わって賃料を弁済するという意思が含まれていると解することは、意思解釈の範囲で可能であると思われる。

もっとも、筆者自身、民法 613 条の直接訴権を執筆した 1977 年当時においては、中間債務者（賃借人・転貸人）と第三債務者（転借人）の間には、直接訴権に関する合意は存在しないと考えていた[加賀山・民法 613 条の直接訴権(1) (1977) 97 頁]。しかし、今回、この説を一部修正し、そのような意思を想定することも可能であると考えに至った。

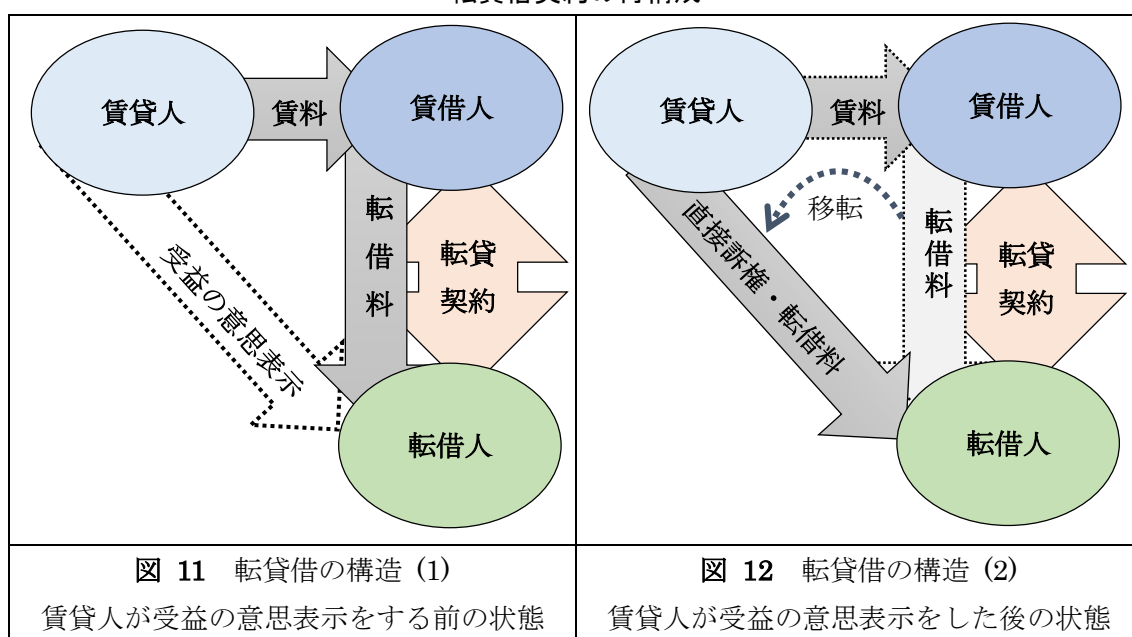
ただし、民法 613 条という明文の規定がある以上、たとえ、第三者のためにする意思がある場合でも、貸貸人の受益の意思表示は必要ではない点で、民法 537 条以下の純粋な第三者のためにする契約とは異なること、さらに、第三者のためにする意思がない場合でも、直接訴権は法律と貸貸人の意思表示のみによって成立するという主要な点では、筆者は、現在においても以前の説を維持している。このように、民法 613 条の直接訴権は、賃借人（転貸人）と転借人との合意によって生じる権利ではなく、法律によって生じる権利であるとす筆者の見解に支障が生じるわけではない。

しかし、民法 613 条の直接訴権について、賃借人（転貸人）と転借人との間の契約の中に、貸貸人に対する「第三者のためにする契約」を想定すること、すなわち、賃借人の債務

不履行について、転借人の責任の範囲内で肩代わりする合意が含まれていると考えることは、民法 613 条の直接訴権の法律上の原因を強めるものとして、その理解を容易にする。

このように考えると、民法 613 条 1 項前段の貸貸人の転借人に対する直接の関係（「転借人は、貸貸人に対して直接に義務を負う」）について、貸借人（転貸人）を要約者、転借人を諾約者、貸貸人を受益者と解釈するならば、民法 537 条によって、貸貸人が受益の意思表示をしたときに、「その第三者（貸貸人）は、債務者（転借人）に対して直接にその給付を請求できる」ことになるため、民法 613 条 1 項前段の意味を素直に理解することができるのではないだろうか（図 11, 図 12）。

転貸借契約の再構成



また、民法 613 条 1 項後段の「賃料の前払をもって貸貸人に対抗することができない」という条文の解釈については、民法 539 条の「債務者は、…抗弁をもって、その契約の利益を受ける第三者に対抗できる」という原則について、民法 613 条が、それを一部制限したものと解することができる。なぜなら、貸貸人の直接訴権の行使前の賃料の適法な支払（いわゆる後払）の抗弁は、原則として貸貸人に対抗できるのであり、例外的な（詐害的な）「前払」のみが、貸貸人に対抗できないからである（詳細は、[加賀山・民法 613 条の直接訴権 (2) (1977) 96-97 頁]参照）。

さらに、民法 613 条 2 項の「貸貸人が貸借人に対してその権利を行使することを妨げない」については、貸貸人が民法 537 条 2 項の受益の意思表示を行ったときに、貸貸人が転借人に対して直接にその給付（賃料、損害賠償等）を請求できる権利を有するとともに、その結果として要約者は免責されるのではなく、連帯債務者としてとどまる、すなわち、転借人と貸貸人とが、並存的な債務引受者となることを明らかにした条文であると解釈することができる（詳細については、[加賀山・民法 613 条の直接訴権(1) (1977) 104-105 頁]、

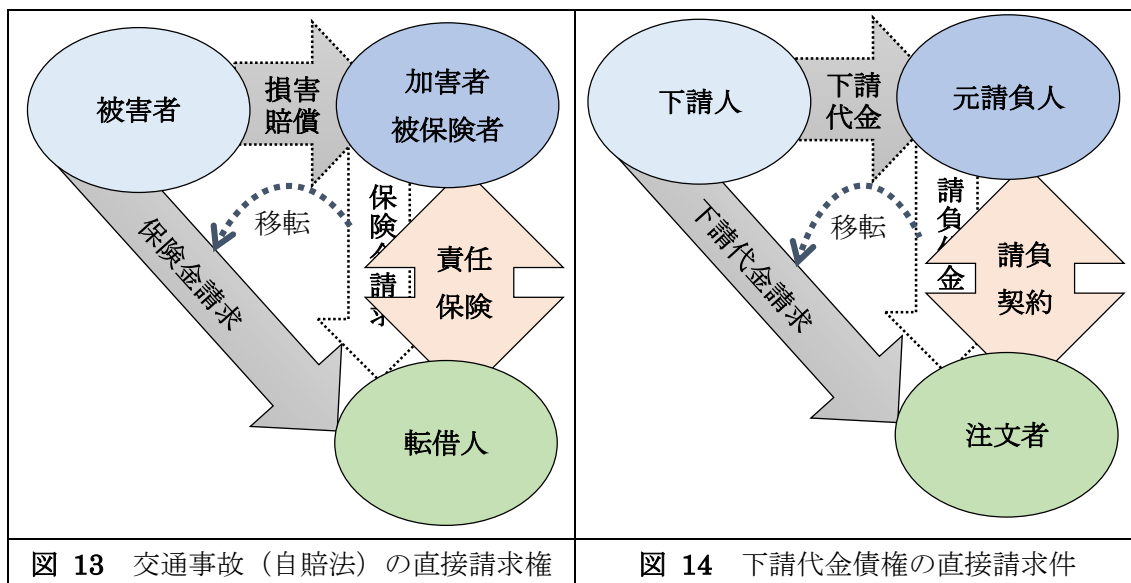
[加賀山・民法 613 条の直接訴権(2) (1977) 107-108 頁]参照。

6. 下請負契約の「第三者のためにする契約」に基づく再構成

下請人の注文者への直接訴権は、フランス民法典（1798 条）、および、旧民法（財産取得編 285 条）では規定されていたが、現行民法では、注文者にとって煩わしい等の理由で、旧民法のこの規定が削除され、現在に至っている。民法（債権関係）改正でも、この点について議論されたが、結局、立法化は断念されている。

しかし、下請人が仕事を完成し、注文者から請負人に請負代金が支払われたにもかかわらず、請負人が破産してしまい、下請人に下請負代金が支払われないという事件が生じている（最三判平 5・10・19 民集 47 卷 8 号 5061 頁参照）。したがって、下請負代金についても、交通事故の損害賠償における被害者の保険会社への直接請求権（自賠法 15 条、16 条）と同様、下請を利用することが合意されている請負契約においては、注文者は、下請負代金を元請人にではなく、下請人に直接支払うことを義務づける必要がある（図 13）。

下請代金債権の再構成



下請人の注文者への直接請求が貸貸人の転借人への直接請求（民法 613 条）と比較して困難な理由は、転借人の義務が転貸借契約によって決定できるのに対して、注文者の義務が下請契約ではなく、請負契約に基づいて生じると考えなければならない点にある（図 14）。

注文者が下請を承認した上で、請負代金債務のうち、下請代金債務相当額を、請負人ではなく、下請人に支払わなければならないということを、請負契約の内容とすることは、実際上は困難であり、確かに、立法的な解決によるのが適切である。

しかし、注文者が下請を承認した以上は、下請代金相当額は、請負人ではなく、下請人に支払うべきであることを、自賠法 15 条、16 条の類推によって導くことは、解釈論の範囲で

十分に可能であろう。

おわりに（結論）

問題提起で述べたように、主たる契約に付随して締結される「サブ契約」については、常に以下の2点が問題となる。

第1に、主たる契約の債権者は、サブ契約の債務者（第三債務者等）に対して直接に給付を請求することができるか。

第2に、サブ契約の債務者は、サブ契約の債権者に対する抗弁をもって主たる契約の債権者に対抗できるか、または、付随する契約の債権者が有する抗弁を主たる契約の債権者に対して援用できるか。

本稿は、これらの問題について、以下の順序で、問題解決を行った。

第1に、債権譲渡、債務引受について、「第三者のためにする契約」によって再構成することを通じて、債務引受のように、明文の規定がない場合においても、債務者の抗弁の接続が明確となることを明らかにした。

第2に、保証契約のように、上記の問題について、明文の規定によって解決がなされている場合においても、「第三者のためにする契約」による保証契約の再構成は、保証人の責任を明確にし、保証委託がある場合と保証委託がない場合の法律構成の違いを明確に説明できることを論証した。

第3に、転貸借契約のように、上記の問題について、明文の規定があるが、抗弁の対抗について、その範囲に争いがある場合においても、転貸借契約を「第三者のためにする契約」によって再構成することは、民法613条1項の前段ばかりでなく、後段の抗弁の意味と範囲について、原則は、転借人（諾約者）は、すべての抗弁をもって貸貸人（受益者）に対抗できるのが原則であるが、詐害的な前払に限って、その抗弁をもって貸貸人に対抗できなくなる（民法613条1項後段）の理解を容易とする。さらに、民法613条2項が、貸貸人（受益者）の受益の意思表示によって、貸貸人（受益者）は、転借人（諾約者）に直接に賃料等を請求できるが、その見返りとして、要約者の債務（賃料債務等）は、連帯債務に転化する（詳細については、[加賀山・民法613条の直接訴権(1) (1977) 104-105頁]参照）、これは、並存的債務引受に近似した制度であること（の理解を容易とする。

第4に、民法に規定がない下請人の注文者に対する直接請求権については、下請を想定した請負契約について、これを「第三者のためにする契約」によって再構成するならば、下請人の注文者に対する直接請求権を解釈によって導くことができること、また、注文者の請負代金の支払による抗弁も、それが、詐害的な前払でない限り、下請人に対抗できることを民法613条の類推によって明らかにすることができた。

このように、債権譲渡、債務引受、保証契約、転貸借契約、下請契約等のサブ契約を第三者のためにする契約として再構成することを通じて、民法539条という明文の規定が適用

できることになるため、諾約者である債務者、債務引受人、保証人、転借人、下請人の保護が従来と比較して、格段に容易になると思われる。

参考文献（著者 50 音順・年代順）

[伊室・下請人の直接請求権（2012）]

伊室亜希子「下請負人の直接請求権についての意見—民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理から—」明治学院大学法学研究 92 号（2012 年 1 月）1-18 頁

[加賀山・民法 613 条の直接訴権(1)（1977）]

加賀山茂「民法 613 条の直接訴権《action directe》について(1)」阪大法学 102 号(1977 年 3 月) 65-105 頁,

[加賀山・民法 613 条の直接訴権(2)（1977）]

加賀山茂「民法 613 条の直接訴権《action directe》について(2・完) 阪大法学 103 号（1977 年 10 月）87-136 頁

[加賀山・判批（賃貸借契約の債務不履行解除と適法転貸借の帰趨）]

加賀山茂「債務不履行による賃貸借契約の解除と適法転貸借の帰すう」私法判例リマーカー 16 号(1998 年 2 月)民法 11 事件 46-50 頁

[加賀山・担保法（2009）]

加賀山茂『現代民法 担保法』信山社（2009）

[加賀山・第三者のためにする契約の位置づけ（2012）]

「第三者のためにする契約の位置づけ—典型契約とは異なり、契約総論に規定されている理由は何か?—」明治学院大学法科大学院ローレビュー第 17 号（2012 年 12 月）1-14 頁

[加賀山・振込みと組戻しの民法理論（2013）]

加賀山茂「振込と組戻しの民法理論 — 『第三者のためにする契約』による振込の基礎理論の構築—」明治学院大学法科大学院ローレビュー』第 18 号（2013 年 3 月）1-19 頁

[加賀山・第三者のためにする契約の機能（2013）]

加賀山茂「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—」高森八四郎先生古稀記念論文集 『法律行為論の諸相と展開』法律文化社（2013 年 10 月）270-303 頁

[春田・第三者のためにする契約の法理（2002）]

春田一夫『第三者のためにする契約の法理—権利取得授權 *Erwerbsermächtigung* をてがかりに—』信山社（2002/12/30）