

第三者の為の保護効果を伴う 契約についての一考察

円 谷 峻

目 次

I はじめに

II 判 例

- 1 第三者の為の真正な契約
- 2 第三者の為の保護効果を伴う契約

III 学 説

- 1 Gernhuber の見解
- 2 Canaris の見解

IV 問題の検討

- 1 効果：共同過失
- 2 問題の検討

I はじめに

ドイツでは、第三者の為の保護効果を伴う契約が、積極的契約侵害や契約締結上の過失 (*culpa in contrahendo*) と同様に、判例により形成されてきている。債権関係が、単に当事者ばかりでなくて一定の第三者にも及ぶことは、伝統的な法原則からは外れるものである。「第三者に対して、給付請求権を与えるのではないが、保護請求権を与える」というこの法形成物は、不法行為法に比較して被害者により有利な契約法による救済を認めるために発展してきた、ということができよう。不法行為法上の補助者責任は、契約法上の補助者責任に比較して被害者にとり要件が厳格である。さらに、消滅時効の点でもそれは言える。このような事情のもとに判例は、第三者効果を認めるために、

まず技術的擬制的方法を用いた。本稿では、この法形成物の発展とそれに対する Gernhuber と Canaris の見解を考察し、多岐にわたる諸論議の一端を眺めることをその目的とする。またその過程で、信義則の債務者に対する「規準的機能」の一類型についても何らかの指針が得られるなら、と思う。

II 判例

「第三者の為の保護効果を伴う契約」は、その原型を「第三者の為の契約」に見出す。「第三者の為の契約」は、ローマ法のもとでは原則として存在しなかったが、BGBは328条以下に規定する⁽¹⁾。これは、第三者へ給付をする契約 (der Vertrag auf Leistung an einem Dritten) の意味であり、第三者が契約当事者間の協定によって第一次的給付を受ける権能を取得する契約である。

だが、判例は、とりわけ賃貸借契約、請負契約および供給諸契約において人損が問題となるとき、この328条を本来の文言の意味からはなれた意味で使用するようになった。

1 第三者の為の真正な契約

契約締結に関係しない第三者は、原則としてその給付を請求することはできない。しかし例外的に、第三者が、給付を請求することのできる資格を取得すると認められることがある。かように第三者が契約締結者ではなくても、契約上の給付を受ける債権者なる契約を、Larenzは「第三者の為の真正な、または資格を有する契約」(ein echten oder berechtigenden Vertrag)⁽²⁾とする。ここでは、第三者は権利者となるのであるから、第三者が債務者の責により損害を受ける場合、契約法上の賠償請求権が認められる。このような契約は、通常は、「保護されるべき者が、利益の主要な担い手だが代表としての効果 (Vertretungswirkung) が欠けていて当事者になれない場合」⁽³⁾に認められる。例えば、家主は契約締結をした借家人だけでなく、その家族、家事使用人⁽⁴⁾⁽⁵⁾

(1) わが国では、537条以下。

(2) Larenz, *Schuldrecht Allg. Teil*, 1964, S. 122 ff. 本書を L.(1)とする。

(3) Esser, *Schuldrecht Allg. Teil*, 4. Aufl., 1970, S. 397f.

に対しても家屋修繕のために雇った請負人の過失につき 278 条（履行補助者責任）により責を負う。タクシー会社は注文した客のほかにもそのときの同乗者にも契約上の義務を負う。このように、第三者を契約当事者関係に組み入れることは、BGHの判例にもみられる。⁽⁶⁾ 改築事件がそれである。この事件では、契約締結者が請負人と借家人であり、第三者は家主であった。

[Nr. 1 改築事件]⁽⁷⁾

借家人が、家主の同意を受けた建築請負人に家屋の一部改築をたのんだ。ところが旧家屋が崩壊して通行人が負傷した。家主は彼に対して賠償義務を負わされた。ここでは借家人とともに、家主が契約当事者となるのかどうかということが問題となった。

BGHは、たとえ明示的に協定されていなくとも、「借家人と被告（請負人）の間で締結された改築契約が同時に家主の為にも——とくに 328 条により——なされたということは諸般の事情で明らかである」とした。なぜならば、当事者は、新建築物の家主の所有に帰することを暗黙にせよ知っていたのであるので、この建築物が「賃借人の利害とともに、また家主のためにもなされた」とすることが取引目的にかなうからである。そして「たとえ契約締結が、この事情の射程範囲を意識しなかったとしても、補充的な解釈で、契約当事者が、契約目的から認められる義務について考えたのであれば、明示的になされたであろうすべての協定を、合意したものと」みなさなければならない、とした。

この判例では、(i) 暗黙の意思表示、(ii) 328条（とくに 2 項）、(iii) 契約の

(4) 家屋賃貸借の場合には、子供がまず前景に出る。この場合、RGは「家屋共同体」に所属する者に対しては認めたが、それ以外には厳格だった。判例の詳細な動向に関しても、Gernhuber, *Drittwirkungen in Schuldverhältnis Kraft Leistungsnähe*, *Festschr. f. Nikisch*, 1958, S. 249f. (S. 256ff.)。なお、Gernhuberによると、居住する掃除婦、一時的な召使は認められなかった。aaO., S. 255ff.

(5) 判例が、家事使用人に対しても認めたのは、RGZ 127, 218.

(6) なお、この他には、BGHZ 24, 325.(本件は、両親が自己名義で子供のために契約を締結したケース)。

(7) BGH, NJW, 1954, S. 874ff.

補充的解釈(157条)という方法によって、家主が契約当事者とされた。しかし、判例のとるこのような方法には、学説からの厳しい批判があった。すなわち、黙示の合意という手段は余りにも擬制的であり、また、判例は328条2項によったが、この規定は「特別の定めのない場合、事情とくに契約の目的に従い第三者が権利を取得すべきか否かにつき」推定すべきことを規定する。もし判例が、契約目的の客観的意味をひき合いに出すなら、それは、当事者のすべての協定が契約上の意思によるものとして有効であることを前提としている。それは実際上は、客観的に正当と感ずるものを擬制的に当事者意思に帰せしめるということになる。また、157条による契約の補充的解釈は、当事者が考慮しなかったことにまで本来かかわることのできないものである⁽⁸⁾と。このような学説の批判は、説得性のあるものである。

2 第三者の為の保護効果を伴う契約

このような批判を受けつつ、判例はさらに一層の発展を遂げた。その先例となったのが監視人事件である。

[Nr. 2 監視人事件]⁽⁹⁾

ある工場が、刑務所と、囚人をその工場で労務につかせるという契約を締結した。囚人の監督をまかされた監視人が、不注意に武器を使って上記工場でその工場従業員を死亡させてしまった。工場と刑務所間で締結された契約により、刑務所が工場に負う附随給付義務(工場従業員の安全保証のために監視人による囚人の監視)は、同時に工場が自ら他の契約の枠内で自己の従業員に対して負う附随義務でもあった。

BGHは、618条3項(従業員の保護)によって遺族に刑務所に対する契約上の請求権を認めた。BGHは、刑務所が自らは契約に関与しない者にも保護

(8) 若干の補充をするならば、328条は、その法文上は、„den Vertrag auf Leistung an einem Dritten“を規定するので、本来は、ここでのような解釈とはならない。さらに、契約当事者が契約締結時に第三者の立場を考慮していたかは大変疑わしい。Larenz, NJW 1954, S. 874ff. (これを L. (2)とする)。詳細には、Gernhuber, aaO. S. 260ff.

(9) BB, 1955, 1193=VersR. 1955, 740.

の必要のゆえに負っている契約上の注意義務に違反したという構成をとったのである。そして、このような場合には、「当事者の意思はそれほど重要ではなく、一般的観点 (allgemeine Gesichtspunkt) が問題である」とし、この事件で第三者に資格を与えることは、「契約締結のときに囚人の監視人の過失によって工場従業員を侵害する可能性が考慮されうる場合、被害者に契約上の損害賠償請求権を与える契約の作成を目ざすべきであったこと」が認められるので、正当化されるとし、その根拠として、「このような規制は信義則によれば刑務所の利害と一致」しうる、というのである。

こうして、本件では工場従業員と刑務所の間には契約関係がないにもかかわらず、遺族に契約上の賠償請求権が、認められたのである。BGHは、工場従業員の家族に、単に制限的な第三者権利賦与という形で死亡事故の場合に請求権が生ずるとしたのであり、発達の著しいものではないが信義則による保護という面を出し、前の苦しいそして制限的な解決を脱したのである。

[Nr. 3 脱穀機事件]⁽¹⁰⁾

被告は、脱穀機のためのモーターを契約上の債権者である農業者Cに供給した。ところがCのもとで脱穀作業に従事していた（と控訴審が認定した）原告が、事故に会い負傷した。その脱穀機にモーターをとりつける備品が不完全だったのである。

控訴審は次のように判断した。すなわち、「被告は、Cに機械を不完全な状態で渡した技師の過失を理由に、供給契約に基づき278条によりCに対して責任を負うばかりではなく、原告に対しても責任を負わなければならない。ただし、被告とC間に関係する契約は、328条によって、事情によっては、その機械の使用のためにCによって依頼された者にも損害を与えないという意味を持っていたのである。原告に対して農業者Cは、618条によって『可能な限り危険から保護する』ようにその機械を整備し維持しなければならなかった。それで、機械の運転上安全な状態を維持、整備する合意は、第三者に対しても成立するものでなければならない」と。

(10) NJW, 1956, 1193.

これに対してBGHは、この控訴審の理由を、Cと被告の間で締結された契約の一般的解釈として誤りがないとした。すなわち、Cが、契約の締結の際にその使用する者の利害もできるだけ注意するという意図をもっており、これが被告にも認識されていたときには、被告はCに使用された原告に対しても責を負う、とした。しかし、BGHは、控訴審の事実認定が次の点で誤っていたとする。原告は、実際はCでなく他の農業者Jに脱穀作業を頼まれ、それに従事していたのである。事故のときは脱穀機もCからJに貸されてJのもとにあって、そこで原告は負傷したのである。このような場合には、原告は、被告とC間の契約から直接的な損害賠償請求権を取得しえない、とその人的範囲を制限したのである。

本件は、Larenzが本件判例評釈で⁽¹¹⁾いうように、第三者の為の保護効果を明らかに認めたものと言える。そして、第三者の保護効果を認めるため、保護効果を給付義務から区別することにより328条から離れ、黙示の意思表示という擬制的方法をも捨て、契約の意味に従った意思表示の補充、さらにはそれをも越えて内在的な契約の正当性（信義則）に従った補充が重要であるとの態度をとるのである。しかし、判例の人的範囲に対する厳格さを無視することはできない。Larenzは、この態度こそ正当化をもたらすとして、判例の理由づけと結果をとともに支持する。

[Nr. 4 錆止剤事件]⁽¹²⁾

被告はある錆止剤をある工場に供給していた。その錆止剤は可燃性のあるもので、それが燃えたため原告たる婦人労働者が負傷した。

BGHは、「契約上の注意義務と保護義務は信義則と契約の目的に従ってたんに契約の相手方だけでなく、それ以上の一定の者にも向けられる」とし、その一定の者とは「父親が家族に、企業がその労働者に対してのように、債権者が自らの保護と配慮をすることを義務づけられる同人に接触する」者とする。なぜならば、債権者は「これらの者の幸不幸 (Wohl und Wehe) に債務者と

(11) L.(2), S. 874ff.

(12) NJW, 1959, 1676.

共同の責任を持ち、その保護に服する者が自己の契約相手方の注意義務違反によって加害されないということは利害を持つ⁽¹³⁾からである。こうして本件で、BGHは、企業が保護と配慮義務を負う人的範囲に属する者に直接の契約上の賠償請求権を拡大したのである。

このように、発展してきた法形成物を、Larenzは、「第三者の為の保護効果を伴う契約」と命名した⁽¹³⁾。債務者が給付義務を負わないが一定の行為義務を負う、このような「第一次の給付義務なき債権関係」を基礎づける契約を、彼は「もはや328条から離れた法形成であり」、契約の補充的解釈により契約の目的または信義則に従って認められるものであり、判例と同じく「第三者に対する契約上の保護義務を余りにも広く拡大することを防がねばならない」とする⁽¹⁴⁾。

判例は、60年代になっても引続いてこの方向を認めている。[Nr. 5] 1960年11月7日の民事7部の判決は、請負人により改築された工場の屋根からコンクリート板が落下して労働者2名に死亡、重傷を与えたケースであった⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾。[Nr. 6] 1968年1月22日の民事8部の判決では、「第三者を契約の保護効果へ組み入れるのは、債務者の給付に第三者が関連し、債権関係を持つ〔契約〕債権者が自ら第三者に配慮および監督義務を負うとき」であり、かかる「第三者に、債権者に対してと同様の方法で契約の保護が認められることは、契約の意味と目的と信義則に即応する」という⁽¹⁷⁾。さらに、製造者責任に対し、不法行為の举证責任転換を認めたものと注目された判決もある。[Nr. 7] 1968年11月26日の民事6部の判決である。ここでBGHは、拡大化に対する厳格な態度を確認している。すなわち、「第三者の為の保護効果を伴う契約は、信義則を理由とするが、その信義則は、債権者がいわば第三者の幸不幸に対して責任を持っているときにだけ認められるにすぎない、けだし、債権者が第三者に対し保護と配慮を義務づけられているからであり……、この債権者と第三者の内的関係が人身権的

(13) L.(1), S. 126. L. 2.

(14) L.(2), S. 875f.

(15) BGHZ 33, 247.

(16) その後の判例として、NJW, 1964, 33: 1965, 1757: 1965, 1955等がある。

(17) BGH 49, 350.

な結合 (personenrechtlichen Einschlag) によることで、第三者のための保護効果がなされるのである……」⁽¹⁸⁾と。

III 学説

1 Gernhuber の見解⁽¹⁹⁾

Gernhuber (G. と略す) は、今日の法感情が BGB の二分責任体系とは必ずしも調和しないことを指摘する。第三者に対する法関係もその一つであるとして、本来的には立法者の任務であったこの不調和の是正を、判例が表面的な理由づけで果してきたと述べる。まずG.は、多数の判例の検討に取り組む。⁽²⁰⁾

(1) 判例は従来3つの方法で第三者を保護しようとしてきた。だがそれは多くの難点を持ち、批判を受けていた。監視人事件で判例が新側面を出したことについては、前述した。だがG.は、この判決を大変評価するが、方法論的には決して従来と本質的に異なるものではないとする。手段とする契約の補充的解釈

(157条)は契約の欠陥を前提とする。だがG.は「第三者の法的立場に関しては何ら語らない契約は、決して欠陥があるのではない」と指摘する。⁽²¹⁾さらにG.は、第三者に保護を与えようとするとき必然的に起るであろう予防手段(免責条項等)に対しては、たとえ法感情がそれを許客しなくても認めざるを得ないと指摘する。⁽²²⁾

しからば、第三者のために独立した債権関係を構築することが認められるべきであろうか。G.は否定する。すなわち、「人損の場合に一定の第三者が、瑕疵ある債権者の給付または債権者領域の不十分な安全のために、債権者または債務者と同じ権利を有すべきことが要求される」のだから、そのような試みは「目的を越える」とする。⁽²³⁾そして債権者または債務者の法的立場に第三者の権

(18) BGHZ 51, 91. この判決に対しては、わが国でも五十嵐 清・「西ドイツにおける製造者責任法の現状」, ジュリスト, 446号, 78頁。

(19) Gernhuber, aaO.

(20) Gernhuber, aaO. S. 253ff.

(21) Gernhuber, aaO. S. 264ff. (S. 265f).

(22) Gernhuber, aaO. S. 265f.

(23) Gernhuber, aaO. S. 267ff. (S. 268f).

利は従わなければならないのだから、責任制限も仕方がないとする。⁽²⁴⁾G.によると、第三者はけっして当事者になるのではなく、債権者と同じ制限的範囲の立場を有するにすぎない。その意味で第三者は、債権関係における附属物であるとする。そしてこのことは、決して立法論的な (*de lege ferenda*) 結論ではなく、長い判例の発展の中に見出される解釈論 (*de lege lata*) であるとする。⁽²⁵⁾

このようにして、G. は言う。すなわち、「運送契約、広義の医療契約、家屋賃貸借契約等の保護効果は……その理由づけがもはや法規からは決して成功しないと認められても、否定され得ない、…… [これらの諸判例は] 慣習法として、我々の法秩序の構成部分となっている、そしてまさに慣習法は、立法者の関与なしにたんに新しく変った慣習法によって除かれるものなのである」と。⁽²⁶⁾G. はこうして慣習法をそこに見出す。

(2) G. は、この慣習法として法秩序の一部となっている、他人の債権関係への制限的関与を、次の場合に生ずべきだとする。「給付と結合した危険が債権関係の設定後に少なくとも債権者と同じ強さで第三者にも及ぶ [Nr. 2 の監視人事件のごとき] 場合、または、第三者が債権関係の枠内で [債務者の補助者として債権者のもとで] 債権者に給付をする以上、債権者領域の安全性の不完全さと結合した危険が債務者へと同様に [第三者にも] およぶ場合」である。そして、「履行時における [第三者に対する] 債権関係の社会的効果がこの強度に達しない限り、債権者または債務者と第三者間の取扱いが異なることは正当化される」とする。⁽²⁷⁾

それでは具体的にはどうなるか。

(a) 賃貸事務所の場合。企業従業員は債権関係の設定後は、債権者と同じ強度で瑕疵ある給付の危険にさらされるので、契約諸原則により第三者は救済されるべきである。⁽²⁸⁾

(24) Gernhuber, aaO. S. 268f.

(25) Gernhuber, aaO. S. 269f.

(26) Gernhuber, aaO. S. 269ff.

(27) Gernhuber, aaO. S. 270ff.

(28) Gernhuber, aaO. S. 271f.

(b) 賃貸借用ホールの場合も同様である。ただし、賃貸借用ホールは、その全体的な設備において第三者にも開かれた用途 (**Bereitenwirkung**) のものとして編成されているからである。そしてこの場合、もし催しに参加する者が [ホール側から出された] 飲食物を受けるなら、より強い関係が [ホール側に対して] 生ずるとする。⁽²⁹⁾

(c) 工場労働者の場合も問題はない。⁽³⁰⁾

(d) 問題となるのは、注文主の住居に対する建築業者の請負給付に関する場合である。賃貸人ないし、注文主の家屋共同体に属する者への保護効果は、やはり問題ない。住居との接触が一時的な訪問者、客、御用ききに対する場合はどうか。G. はこれをも認める。ただし、「住居人と同じ強さで瑕疵ある給付による危険を、〔彼らは〕受ける」のだから、とする。賃借人の共同体に属さない家政補助者に対してはどうか。判例が分裂した態度を取ったことに対し、G. は、そのような狭い立場をとるべきではないとする。だがこれ以上、第三者と債権者の関係が一時的な場合には保護効果の発生を、G. は、否定する。⁽³¹⁾

(e) 債権者のもとに派遣された補助者はどうか。問題はない。だが、その補助者が契約債務者と直接関係のない者 (**entsandten Dritthelfen**) であるときはどうか。G. は同様に取扱うべきとする。ただし、「〔補助者の事情にかかわらずに存在する〕危険状態を前にして、〔契約債務者と補助者間の〕直接的な結合が存在するか否かという偶然的事情は、決して異なった決定を理由づけ」ない、と。⁽³²⁾ この意味で上記のケースと異なるが、監視人事件で、BGHが直接被害者(死亡した工場従業員)と間接被害者(遺族)の区別をしなかったことには、賛成すべきである、とする。⁽³³⁾

(29) Gernhuber, aaO. S. 271f. なお、Gernhuber によると、ホール賃貸借の場合に、ホールでの催しに参加する者の第三者権利を認めたものとして、OLG, Hamburg Recht, 1920, Nr. 373. と RG 160, 153. が紹介されている。Gernhuber, aaO. S. 256 Anm. 21.

(30) Gernhuber, aaO. S. 271f.

(31) Gernhuber, aaO. S. 271ff.

(32) Gernhuber, aaO. S. 272f.

(33) Gernhuber, aaO. S. 273f.

(3) このようにして、G. は、「判例は最初から人損と第三者資格という標語により認識される制限的な半径を持っていたのだから、解釈論としては (de lege lata) ……広範な第三者効力は認められない」のだが、「他人の債権関係への第三者の制限的関与の思想は……広く我々の法秩序の中にとり入れられ、そのすべての外観性に従ってなお強く拡張される⁽³⁴⁾」とする。このようにしてG. は、第三者の保護を契約法に制限しないで、全体的な債権関係に拡張することを望むのである。⁽³⁵⁾

2 Canaris の見解⁽³⁶⁾

Canaris (C, と略す) の見解を理解するために、必要な限りで、culpa in contrahendo (c. i. c. と略す) と積極的契約侵害 (p V V と略す) に触れることとする。

(1) 第三者のための保護効果を伴う契約を判例通説は、契約の補充的解釈の方法で正当化する。C. は、契約が無効であった場合と侵害が契約締結前であった場合とをとり上げ、問題とする。C. はこのために、c. i. c. と p V V に触れる。

(a) わが国でも、c. i. c. について該細な研究がなされている。とりわけ北川教授が c. i. c. の三類型を紹介される⁽³⁷⁾。教授は (i) 有効な契約締結のさいの過失、(ii) 無効な契約締結のさいの過失、(iii) 準備行為における過失について、それぞれ、RG, BGH の判例を紹介される。

C. が出发点とするのは、(iii) ケースである。その先例として有名なのは、RG

(34) Gernhuber; aaO. S. 274 f.

(35) 契約に限らず拡大するという彼の見解に、判例は Nr. 4 の錆止剤事件で触れるが、判断を避けた。この Gernhuber の見解に対しては、後述 Canaris のように、責任法体系とどのように結合するのか不明である、との批判が強い。Canaris, *Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzwirkungen für Dritte bei nichtigen Verträgen*, JZ 1965, 475. (S. 478f.). 同旨, Weimar, *Untersuchgen zum Problem der Produkthaftung*, 1967, S. 50ff. これに対して L.(1), S. 128. Anm. 2. は比較的好意を示す。

(36) Canaris; aaO.

(37) 北川 善太郎・契約責任の研究。194頁以下。とくに 231頁以下。また「契約締結上の過失」契約法大系 I。221頁以下。

の絨氈事件であった。⁽³⁸⁾この方向の判例は続き、BGHにも受けつがれている。
[Nr. 8 バナナ皮事件]⁽³⁹⁾

百貨店に行った原告が、床に落ちていたバナナの皮にすべって転倒した。そのために原告は、足を負傷した。原告は、店主に治療費と収入損失ならびに慰謝料の賠償等を求めた。

BGHは、顧客はすでに百貨店の中に立ち入る瞬間に自己の人的保護に対する契約上の保護を求める請求権を有するとし、さらに事故のときにたとえ売買の交渉がなくとも、百貨店の所有者は、その店の組織内にある客観的な取引に反した状態を避けるために、自己とその従業員によってすべての注意が払われたことを申し立てなければならない、とした。

このような判例の理由づけに学説は苦慮してきた。例えば Esser は、このバナナ皮事件のように、一定の場所に結合した、そしてその性質上は「契約外」の事故危険が現実のものとなる場合、これを契約締結で取り扱うならば、それは「不法行為的な偶然災害を越える Dölle のいわゆる社会的接触が起るからであり、他人の領域に関与する者の法益に対する影響性の高いことが、例外的に契約法の道具で、不法行為法で保護をする意図に代ること (die Wahrnehmung deliktischer Schutzzwecke) を正当化する」ということによってだけ理由づけられるにすぎない、とする。⁽⁴¹⁾また Blomeyer は、かかる場合と一般的不法行為上の安全義務の限界を次の点に求めている。「法益接触 (Rechtsgüterkontakt) の惹起が重要であり、この惹起が適当な目的 (法律行為の開始、契約の締結) を起すならば、その接触により相手に対する法律上の監督義務が存在す

(38) RG 78, 239. 北川・契約責任の研究。241頁。

(39) NJW 1962, 31.

(40) Dölle, *Außergesetzliche Schuldpflichten*. Z. f. St. W. Bd. 103. は「締約上の過失」において決定的なのは準備行為の開始でなしに、関与者が意識的に、社会的接触とともに追求される目的到達のために、自己の法的財貨を他方への影響におき、他方の保護、注意にゆだねることによって、相互が少なくとも一方が特別の信頼を捧げたという事実であると指摘する。北川・契約責任の研究。268頁による。

(41) Esser, aaO. S. 372 ff. (S. 377f).

⁽⁴²⁾る」という。この Blomeyer の説も Dölle の社会的接触と同質のものと言えよう。

C. は、ここで保護義務の法的性質について言及する。C. は、この保護義務は、当事者の意思から離れて成立し、契約締結の交渉という特別な法関係から生ずる、とする。そしてその正当化は「主張された信頼の承認」に見出され、成文法上は 242 条に基づくとする。この保護義務は、(i) 給付義務の存在から離れて、(ii) 契約前の時点においても、その法的基礎を、——当事者の意思や契約の補充的解釈や拡大でなく——信頼責任に見出し、(iii) 契約の成立とかわらないもの、⁽⁴³⁾とする。

(b) 保護義務違反と pVV の関係はどうなるか？ C. は、この場合も c. i. c. の場合と均衡を保たねばならないとする。締結された契約が方式上無効や取消されたり、306 条（契約の客観的不能）により無効だったという理由で、c. i. c. に基づく請求権が生じないということが不当であると同様に、[損害の発生が重要ではなくて、義務違反が重要なだから] 義務違反が契約締結後である場合に、契約が無効だからとし、被害者を不法行為上の請求権に制限する理由は全くないとする。しかし、この場合に、無効な契約は締結されていないものと同じだという理由から c. i. c. の導入を計ることは、結果は妥当でも解釈論としては採用されない。けだし、締結時の過失が問題ではないし、義務違反まで契

(42) Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl. S. 72ff.

(43) Canaris, aaO. S. 476 f.

(44) Thiele, Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung JZ. 1967, S 649 ff. は、保護義務が独立したものであるべきだとの証明のために設例を提出する。「売主が瑕疵ある自動機械を供給する。電気回路の瑕疵のために、その機械は、欠陥製品ばかり製造する。そして、ショートが起って、機械が壊れるだけでなく、買主の工場内の回路網をも役に立たなくする。そのうえ、ショートは火災まで起す」という例である。Thiele は、まず契約が有効だった場合を考える。この場合、解除または代金減額をすることができる。459 条（瑕疵担保責任）、462 条（解除または代金減額）。だが、この規定は給付損害を問題にするにすぎない。また、不履行損害賠償（463 条）は一定の要件のもとで（保証性質を欠くか、悪意の黙秘）しか、認められない。無効の場合はどうか。被害者は 459 条、462 条の効済さえ受けぬ、として Thiele は保護義務の独立を必要だとする。aaO. S. 651f.

約は存在していたのであり、認められるべき賠償請求権は契約の交渉時の債権関係によって維持されるのではないからである。むしろ次のように考えるべきだとする。すで契約締結前に当事者に特別な信頼関係が存在するならば、その関係は契約締結後にはますます強いものとなる。そしてこの関係は、契約当事者の他方への特別な影響可能性から起るのであり、この信頼関係は契約の遡及的取消にかかわるものではない、と。この意味で pVV の場合にも、保護義務は信頼関係の中に正当化理由を見出し、242 条に成文法上の根拠を有するのである、とする。すなわち、「第一次的給付義務なき債権関係」が妥当する。⁽⁴⁵⁾そして、この場合は消極的損害が賠償されねばならないとする。⁽⁴⁶⁾

(2) C. は、このように c. i. c. と pVV の場合に信頼関係による保護義務関係を見出す。C. にとっては、もはや第三者の為の保護効果を伴う契約にも、それを認めることは決して困難なことではない。

C. は、G. の見解を適切なものではあるが、不十分であるとする。上述してきたように G. は、判例は *contra legem* (法規に反して) に形成された慣習法であると言い、「第三者は給付と結合した危険を債権者と同程度に債権関係後は受ける」と定式化したのであるが、C. は、この定式を正当な „Topos“ (問題的思考) だとは評価するが、現行法体系への関連を欠くとする。⁽⁴⁷⁾

C. は、「第三者の為の保護効果を伴う契約」の場合にも、その保護義務の基礎は、意思表示にはなく、それから離れた信頼関係にあるとし、第一次的給付義務なき「法律上の」債権関係により、——主要当事者間に存在する債権関係に関連して——その正当化を信頼の要求と保証の中に見出し、成文法には 242 条に見出すとする。⁽⁴⁸⁾

このようにして求められた定式に従えば、次のことが言える。(i) 従来判例は賠償を人損の場合に制限した。だがこれは正当ではない。また、(ii) 判例は

(45) Canaris, aaO. S. 476ff.

(46) Canaris, aaO. S. 477. Canaris が提案する構造は、もちろん保護義務についてのみ妥当する。

(47) Canaris, aaO. S. 477 ff. (S. 478 f.)

(48) Canaris, aaO. S. 478 f.

賃貸借契約と運送契約以外への拡大にはためらいを示すが、すべての契約は信頼関係を持っており、それが保護義務の基礎なのだから、一定の契約型への制限は維持され得ない。(iii) 第三者の範囲にしても、第三者が主要当事者間の債権関係を顧みて「信頼関係」の中に入れられたのかが重要である。この場合、具体的にはG.の定式が適切な限界基準となりうるであろうが、その正当性はこの信頼思想による、とする。⁽⁴⁹⁾このように考えるならば、賃貸家屋の下見を夫婦でする際に、家主の過失で妻が負傷を負わされたときにも、契約当事者でない被害者の保護は客易に認められるとする。⁽⁵⁰⁾

(3) C.は保護義務の統一的関係を認める。すなわち、従来、債権関係を有機体、枠関係、構造、起源的關係などとする考えがあったが⁽⁵¹⁾、C.は、これらの説には、保護義務が相互全体的には同種で、かつ給付義務とは異種であるという認識が不十分で、解釈もその結果不統一であると批判する。すなわち、c.i.c.の場合は締結前の保護義務が、法律上の債権関係から生じるとし、その正当性を信頼思想に求めているのに、他方、締結後には、保護義務が、拡大補的にせよ法律行為の性質を持つとし、その存在理由を当事者意思に求めていることを非難する。⁽⁵²⁾C.は契約締結前の義務に特別性を認めず、交渉の開始をもってすでに債権関係だと把握する。こうして、「すべての保護義務は、法律行為上の法律行為上の接触着手に生じ、多くの段階——契約交渉開始、契約締結、履行期開始——を経て段々と密度の濃いものとされる統一的関係に見出され、その統一的保護関係は当事者意思にかかわらず発生し、それゆえ法律上の性質を持ち、その法的正当性を信頼思想に、成文法上は242条に、見出す」とする。⁽⁵³⁾

(4) 統一的保護関係からの効果⁽⁵⁴⁾

(49) Canaris, aaO. S. 478 f.

(50) Canaris, aaO. S. 480 f.

(51) 有機体 (Siber, Stoll, Blomeyer), 枠関係 (Herholz), 構造 (Larenz), これらについては、北川・契約責任の研究。42頁以下。194頁以下。

(52) これに対し、保護義務の契約締結前後による性質の相異を唱えるのは、Blomeyer, 「契約が成立すれば、保護義務は契約上の附随義務になる」と。aaO. S. 73f.

(53) Canaris, aaO. S. 478 f.

(a) 第三者に対する保護効果　これについては前述した（夫婦の下見の場合など）。この効果は契約締結前後を問わない。このことから、保護関係の当事者は給付関係の当事者と同一である必要のないことが明らかとなる。つまり意思ドグマは給付関係にだけ妥当する。

(b) 举证責任　判例通説により pVV の場合に認められる举证責任転換および「領域説」⁽⁵⁵⁾は、c. i. c. と第三者のための保護効果にも認められるべきである。Nr. 8 の判決は適切である、と。

(c) 責任制限特約　C. の立場からは責任制限特約も本来の契約の契約前についても問題になりうるので、区別する必要がある。(i) 責任制限特約の時点で認識されず、または発生していない損害に関しては、これを認めざるを得ない。(ii) 特約前に認識されかつ主張された損害の場合には、制限は否定されるべきである。

(d) 無効理由の意味　C. によれば、たとえ無効でも法律上の債権関係は認められるのだから、無効という効果は保護関係には直接適用される筈である。しかし、無効の狙いは法秩序の基本的評価を具体化することにあるから、その効果が例外なく適用されないと言いきることは出来ないとしてC. は、やはり分類⁽⁵⁶⁾をしている。以上がC. の主張の主旨である。

(54) Canaris, aaO. S. 478 ff.

(55) 積極的契約侵害の場合、債務者の責任の証明を誰がするかという問題には、争いがある。通説は、（不能が、債務者によって責を負うべき事情かどうかにかかわらず争いがあれば、債務者に証明負担をさせる）282条を準用すべしとする。Blomeyer, aaO. S. 163 f. 「けだし、債務者の果すべき義務の違反が、重要であるから」、と。また領域説とは、契約当事者は、自分の領域内にある通常の危険をひき受けなければならない、という考えである。Blomeyer, aaO. S. 215 f. また L.(1), S. 293 f. この説は、受領遅滞（債権者遅滞）でも問題となるが、証明負担の問題ともなりうる。Esser, aaO. S. 380 f. は、「領域説は、債務者の危険領域から起り、典型的に組織上の違反となるような状態について、債務者に」証明の負担をさせるという形で、問題になるという。

(56) Canaris の議論を、ごく簡単にまとめれば、次のようになる。(i) 無効が給付関係にだけ着目するとき、保護関係は残る。(ii) 信頼関係が存在するときも、保護関係は成立する。（例えば、虚偽表示の場合でも内部的合意があったり、双方向的公序良俗違反のときなど）。Canaris, aaO. S. 481 ff.

IV 問題の検討

この契約の効果については、今まで述べてきた。残されたもののみを記す。⁽⁵⁷⁾

1 効果：共同過失

[Nr. 5 コンクリート板事件]

BGHは、死亡した労働者の遺族と負傷した労働者の請負人に対する損害賠償請求を、保護効果として認めた。だが、工場主にも過失があった。かかる場合に請求者に過失相殺的な影響が及ぶか？ BGHは、工場主より強い権利を第三者は持つべきではないとし、254条（過失相殺）を適用して過失相殺を認め、従来の態度を変更した。⁽⁵⁸⁾

Larenz は、保護義務違反により第三者は固有の賠償請求権を持つことを理由として、これに反対する。⁽⁵⁹⁾ Esser も、「債権法」4版で改説して、判例の立場に反対する。すなわち、前述 Canaris の「無効な場合」の指摘に賛成し、契約の補充的解釈ではなく、242条の規範力に正当化を求め、第三者の債務者に対する請求権を固有なものとし、工場主の双方過共の場合には第三者には影響はないとする。⁽⁶⁰⁾

2 問題の検討

本稿は、第三者効力を判例が認めてきた過程を考察した。それは、判例が公平という観点をまず法律行為的な理由づけにより保ち、つぎに、「意思ドグマ」への執着から離れて卒直に信義則に着眼した、という過程であった。ドイツで

(57) Gernhuber は、前掲書（註4参照）で、監視人事件をもって判例の分析を終えた。しかし、その後の論文で、「第三者の為の効果を伴う責任除外」（Haftungsausschluß mit Wirkung für Dritte）も、法形成されていると述べる。Gernhuber, Gläubiger, Schuldner und Dritte, JZ 1962, S. 554 ff. 例えば、警備会社が締結した免責条項は、警備員にも及ぶとして、責任除外の拡大をはかるものである。BGH, NJW 1962, 388. は、これを認めた。

(58) 従来の判例は、過失相殺が第三者に及ぶ場合として、契約当事者が被害者（第三者）の法定代理人であるか、履行補助者である場合に限っていた。BGHZ 9, 316; 24, 325.

(59) L.(1), S. 129f.

(60) Esser, aaO. S. 339f.

は、戦後の一時期無原則にも近く、判例が信義則機能を拡大してしまった、と言われる。⁽⁶¹⁾しかし、この第三者効力についての判例を、瑕疵ある方式による結果につき無効とするのが「堪えがたい」の一語で、信義則上有効とした判例⁽⁶²⁾と同一に評価することはできないであろう。また Thiele は、「culpa in contrahendo, 積極的契約侵害, 第三者の為の保護効果を伴う契約は、それぞれ個々に発展してきている。これらは、方法論的に全く正当な問題的思考の結果である」と述べる。また Thiele は、Canaris の見解に対しても次のように評価する。すなわち、「Canaris の問題提起は、とくに成功したものとみなされる。けだし、その問題提起は、保護義務が独立したものであるという認識を明瞭にさせてくれるから」、⁽⁶³⁾と。

わが国でも、我妻教授により、「ナチス法理」の発想との関連を指摘されつつも、⁽⁶⁴⁾⁽⁶⁵⁾保護義務の検討の有意義なことは主張されてきた。

しかし、「Canarisの公式」をすぐに認めることに対しては、慎重な考察を必要としよう。以後、研究をすすめていきたいと思う。また、新しい法形成のために、わが法状況をも考慮しつつ、問題思考的な発想のもとに、なお研究をすすめていきたいとも考える。⁽⁶⁶⁾

(筆者の住所：国分寺市並木町1の22の46 谷口方)

(61) 好美 清光・「信義則の機能について」一橋論叢 47巻2号73頁以下。

(62) BGHZ 16, 334; 20, 172; 23, 249. また, Larenz は, 安易に裁判官による法形成を認めるべきではないとする。Larenz, *Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 64* (1965).

(63) Thiele, aaO. S. 650 f. しかし, Thiele は, 信託思想を不必要として, 保護義務の根拠を当事者に好意関係が存在すればよい, とする。aaO. S. 657 f.

(64) 我妻 栄・債権各論, 上巻42頁。

(65) 米栖教授, 北川教授が, 第三者の組み入れの問題に触れられる。ともに, 事実に契約関係に好意を示される。北川・契約責任の研究 290頁。米栖三郎・「第三者のためにする契約」民商39巻, 4, 5, 6, 合併号, 532頁, とくに註26。

(66) ドイツでは, 一般にこの法形成物を, 製造者責任に応用することに否定的である。Weimar, aaO. S. 49ff. Diederichsen, *Die Haftung des Warenherstellers*. 1967, S. 97 ff.