

【研究ノート】

「出捐の中間者」について

—エルトマンの有償論を中心に— (二)

小島奈津子

第一章 問題提起

第二章 ツールの出捐論

第一節 出捐について

第二節 間接的出捐について (以上 19 卷 2 号)

第三章 エルトマンの有償論

第一節 有償性について

第二節 中間者と出捐受領者の間の出捐

第三節 中間者の為した契約の有償性

第四章 若干の考察 (以上本号)

第三章 エルトマンの有償論

第二章で紹介したツールの体系書のうち、出捐者の側に中間者が存し、中間者と出捐受領者に法律行為がある場合、つまり、A が X に B に対する給付をさせたが、その際 XB 間に法律行為があるという場面について、主にエルトマンの有償論を見ていきたい。ツールの間接的出捐論では、この場合でも B の利益になる限り、A から B に対する間接的出捐、そして X から A に対する間接的出捐を考えるから、X から B への給付は間接的出捐の一部でしかなく、ツールが出捐とは異なる意味で用いる

「給付」に過ぎないことになる¹。このように、XB 間で現実に給付がなされるだけでなく、法律行為があるときにも、間接的出捐論によるべきだろうか、また、この考え方に基づき、AB 間、XA 間に存する原因によりそれぞれの(間接的)出捐の有償・無償が決せられるべきであろうか。この点、エルトマンの有償性概念をまず概観し、その後、X と B の間に出捐は存するか、また X の B に対する給付によって AX 間の行為は有償であるといえるのかについて、見ていきたい。

第一節 有償性について

出捐は有償無償のいずれかであって、これら以外であることはない²。そして、行為が有償ならば、そこでは給付と反対給付が互いに結びつけられており、財産的取得はそれに対応する損失であがなわれている³。そこで、有償性が認められるためには、給付に反対給付が結びついていることが必要になるが、これらは法的関連性をもって結合していなければならない⁴。法的関連性が認められるための反対給付との結合には、双務的結合、条件的結合、有因的結合という態様がある⁵。まず、双務契約が存する場合は双務的結合がある。次に、相手方が給付することを条件に出捐をなす場合には、条件的結合がある。この場合は、相手方はその給付を請求されることはなく、それは出捐者自身の給付の条件となるにすぎない。これには、被用者が雇用関係を一定時点まで継続することに対して雇用者が金銭給付を約束する場合、父親が兄を相続人に指名することが熱望され、それを条件として、兄が妹に年金を約束する場合等がある⁶。さらに、有因的結合とは、条件的結合と非常によく似ているが、反対給付がなされることが、出捐者の給付の条件ではなく、単なる給付の目的、行為基礎に過ぎない場合である。例えば、家出した妻が婚姻生活に戻ってくるよう促すために、夫が妻に対してする出捐約束がこれに当たる。このうち条件的結合と有因的結合の境界線の画定は事実上しばしば困難であり、出捐の返還にあたり BGB812 条の適用について差異が生じるに過ぎない⁷。

このような有償性に関する基準は、エルトマン以降定着したものであ

る。反対給付に対する法的債権が取得されない場合に、どのような方法で双方の給付がお互いに関連していなければならないかが、エルトマンにより詳述されている。エルトマンは双務的結合のみ認めるドグマティックな立場を批判し、有償性は反対給付についての当事者の経済的利益に関連すると考えている⁸。双務的結合のみ認めるという立場は、BGB 成立前の普通法で広くみられた見解である⁹。例えば、コーバーは、「法律行為の内容が何らかの反対給付及びそれに対する請求権を得るためのものでない場合、出捐は無償である」とした¹⁰。また、ヘーニガーは、「有償性とは、最も広い意味においても、常に、少なくとも二つの債務の結びつきである」とする¹¹。ブルックハートは、「権利の基準」のみが給付の法的性格を決定し得るのであり、法的強制のない給付があっても無償とされなければならないとする¹²。これらに対して、有償性を経済的観点から捉えようとする見解もあった。エンネクセルスは、出捐が対価に対して利益を与えるものである場合には有償であり、対価とは、「当事者の意思によって、その出捐の補償を形成する（先行する、同時の、事後の）給付」であるという。これによれば、当事者意思により埋め合わせとされるものであればよいことになる¹³。また、ハイマンも「給付者がその給付をもって、反対給付と呼ばれる、給付受領者から彼に与えられるべき給付の要求と結びつけるか又は結びつけないかによって、給付は有償か又は無償である」とする¹⁴。シュライバーは、「有償性」とは法律的な概念ではなく経済的な概念であるとする。従って、出捐が何か受け取ったか将来受け取るべきものに対する相当額であれば、それで十分対価の概念に含まれる。なぜなら、対価が法的拘束の下に与えられるか、そうでないかは、その経済的性格にとって完全に無関係であるからである。任意に給付された相当額は、法的義務に基づき給付されたものと全く同様に対価といえるのである。その根拠としては、経済的意味で「対価」概念をとらえるのが一般の用語であり、説得的な論証に基づいて必要な場合にのみ、法律的な用語が一般の用語と異なりうるところ、この場合にはそのような必要性が不十分であることが挙げられている¹⁵。

これら諸説の中で通説となったエルトマンの立場を位置づけようとする

れば、有償性を経済的にのみ捉える見解とするのは妥当でなく、法的なものを強調する見解と経済的なものを強調する見解の間ということができる¹⁶。エルトマンは、双務契約のみを有償とする前者の見解では利息付消費貸借の場合にすら無償となることを指摘し、このような立場は形式的な視点だけで問題に迫る奇妙な形式主義であると批判する¹⁷。エルトマンによれば、有償性は法秩序が訴えうる請求権を認めるか否かに依存してはおらず、訴え得ない給付も訴えうるものの対価となりうる。有償性の問題は締結された行為からだけ評価されてはならないのであり、消費貸借では受領者のみが義務を負うが、それを基礎づけるためにはまず貸主の給付も必要であったのであって、行為の総合的特徴からすれば、両者は同程度に重要であり不可欠なのである¹⁸。他方で、エルトマンは、給付と反対給付の間に事実的、経済的関連性があれば有償行為であるとする見解にも反対する¹⁹。エルトマンによれば、有償とは、「ある給付が報いられること、反対給付によって償われることに他ならない」が、そのための手段は法的なものでなければならない。そして、「両給付の双務的結合 (synallagmatischen Verknüpfungen) のほか、条件的結合 (konditionalen-)、又は単なる有因的結合 (kausalen-) も、与え手にその対価を確保し獲得させるための法的手段である」とする²⁰。このうち、有因的結合について、エルトマンは、「ある行為で約された給付が、BGB812 条の意味でその給付の『法律上の原因 (rechtlicher Grund)』として現れるというふうに、反対給付と結合している、すべての事例のことであると解する」としている。その際、「原因 (causa)、前提 (Voraussetzung)、行為目的 (Geschäftszweck) の概念の本質について立場を明らかにすることはしない」ともしている²¹。この基準によれば、反対給付とは、債務となり得ないものでもよいこととなるが、出捐の動機とは概念的に区別されるものとなる²²。現在、判例・通説とも、エルトマンの見解に全面的に賛成しており²³、理論的にはこの見解の構想を無制限に認めている²⁴。

第二節 中間者と出捐受領者の間の出捐

間接的出捐論によれば、XB 間に出捐はない。出捐は AB 間、XA 間にあるのである。また、前述のように、ツールは、A が X をして B に贈与せしめた場合にも A の B に対する贈与があるのであり、X の贈与契約は外見上のものに過ぎないとする²⁵。ツールは A から補償を受ける X を贈与者とはしないのであるが、そもそも間接的出捐論では X の B に対する給付というのはどのように見られているのだろうか²⁶。間接的出捐論を採る見解から見ていき、同時に、間接的出捐論を批判して XB 間に出捐を認める見解まで紹介したい。なお、ここで挙げる見解には、条件成就のための出捐 (*condicionis implendae causa*) について述べたものが多い²⁷。

(一) ハイマンの見解

ハイマンは、A が X に、X が B に馬を譲渡するならば遺贈等をするとして約束した、という例を挙げ、次のように述べる。

A からの (生前の、死因の) 出捐と同額を贈与するという X に課された条件が、X に第三者 B に対する固有の給付をする気にならせ、第三者に対する出捐の間接的な給付の担い手としてではなく、贈与等を為そうと思う場合も当然に考えられる。しかし、これと異なり、X が、AX 間の条件付きの出捐行為との関連で、XB 間の関係における自己の給付という性質を全く与えられるべきでない場合には、X は自身に出捐が為されるための条件に評価されるに過ぎない。このような条件付きの出捐行為、つまり A の X に対する出捐行為は、条件成就のための出捐と呼ばれるが、X 固有の授受が、A に対する給付であろうと (A が生存している場合)、遺産からの取得について定められた条件であろうと (相続の場合)、条件付きの出捐者 A の第三者 B に対する間接的な出捐とされる²⁸。

ローマ法では遺言で設定された条件の履行のために第三者 B に対して給付されたものは、条件を課された受遺者 X の贈与とはされない。今日でも、第三者 A の死因の出捐により補償されることが明らかである授受 (XB 間) は、与え手 X の直接的な出捐ではなく、被相続人 A の第三者 B に対する間接的な出捐であるとされる。他方で、A が生存し X に対し生

前に給付する場合、あたかも与え手 (X) が彼の授受を、彼 X が第三者 A に給付しようとし、それに関連して、同時に第三者 A が間接的に受領者 B に出捐しようとする、手段としたかのように、それ (授受) は与え手 X の第三者 B に対する給付という性格を失う²⁹。

(二) シュタンペの見解

シュタンペは、条件成就のための出捐は財貨移転行為³⁰でなく、様々な財貨移転行為が行われるための当事者の動機であるとする。そして、A は X に、B に抽象的に何かを与える、約束するという条件を決して課することはできないとし、もしそうである場合には A の B に対する *condictio sine causa* が間断なく表示されているとする。これを避けるためには、B に対して贈与、消費貸借、売買等の財貨移転行為を行うということの中にある条件がなければならない³¹。

エルトマンによれば、ここでは、条件成就のための出捐において、給付が A の B に対する間接的な給付として現れるように、X が B に対して給付しなければならなくなるということは、その可能性だけが外見上認められているにすぎない。抽象的な条件成就のための出捐の有効性は否定されている。エルトマンは、このシュタンペの見解を正当と認めるが、条件成就のための出捐の正当化原因が給付者 X の受領者 B との有因関係、存在し又は築かれるべき有因関係の中にもありうると指摘する³²。

(三) ヘルヴィツヒの見解

ヘルヴィツヒは、第三者への給付を目的とする契約について³³、以下のように、間接的な出捐が存することを認めるが、代理説を採用するため、要約者 A が第三者 B の代理人でなければ契約は無効であるとする。その上で、要約者 A と諾約者 X の間の契約が双務契約である場合を論じ、さらに諾約者 X と第三者 B の間に契約が存する場合を区別して論じている。

まず、第三者への給付を目的とする契約が有効であるためには、要約

者 A が第三者 B の代理人として行為しなければならないとする。そして、その場合、諾約者 X を介して要約者 A から第三者 B に対して出捐があり、また、諾約者 X の第三者 B に対する給付が要約者 A に対する出捐となるものとする。それは、次の記述から明らかである。

要約者 A が諾約者 X に第三者 B に対して給付させる場合にも目的があり、それは諾約者に給付の義務を負わせる原因とは異なる。第三者 B は、例えば売買契約の代金を請求するが、売主ではない。この目的は、要約者 A と第三者 B の関係から決せられる。給付を第三者に為すことを契約することによって、要約者 A が、第三者 B に出捐を為すのである³⁴。また、第三者への給付を目的とする契約は、その契約による給付を、特別な方法によって、要約者 A の手に入らせることを目的とする。諾約者 X の給付は、要約者 A に約されたものであり、X が第三者 B に為すことによって、A に為したかのように働く。A の債権はこの給付によって弁済される³⁵。

そして、要約者 A が第三者 B の代理人でなければならないという要件について、以下のように述べる。火事の拡大を防いだ工場労働者が報酬を得られるよう助言することを、工場長が保険会社の代理人に勧め、代理人が工場主に労働者への報酬支払いを約束し、保険会社が承諾したという例、友人たちに自分の債権者に満足を与える約束をしてもらうという例を挙げ、これが単なる助言や拘束力のない約束ではない場合、追認された代理であり、要約者 A が第三者 B の名で行うときには有効であるとする。そうでない場合、約束は行為をした当事者間の関係に基礎を持たなければいけないことが、契約の本質から導かれるので、無効であるという³⁶。

そのような例と異なるものとして、運送業者 A が乗客 X に御者 B へのチップを与えさせるという場合を挙げる。ここでは、この給付 (チップ) は、その法的原因を締結された双務契約の中に有し、諾約者 (X) にとってはそれに反対給付の一部が存するとする。つまり、乗客 X は御者 B にチップを履行することによって使用賃貸借から生ずる義務を履行するのであって³⁷、これはチップがホテル経営者に支払われるのと同様であるという³⁸。ヘルヴィッヒはここでも X は B への給付によって A に対して

債務の履行の一部を行っている、出捐を行っていると見ており、後述するように、エルトマンはこれを間接的出捐論を採るものと考えている。

これらに対し、ヘルヴィッヒは、XB 間の合意が (AX 間の) 出捐の受領と保持のための条件であるという意味か、あるいは、(AX 間における) 双務契約の存在やその他の債務の発生がこの条件に依存するという意味をもつとされた場合は、第三者への給付を目的とする契約ではないとする³⁹。ヘルヴィッヒによれば、第三者への給付を目的とする契約では、要約者 A と第三者 B の両当事者の合意によりその法的原因を得なければならぬところの、第三者 B に対する要約者 A の間接的な給付があるが、条件成就のための出捐では、これと異なり、給付者 X が第三者 B に贈与し、第三者 B と法律行為を締結するのであって、その原因は専らこの両者 (XB) の関係の中に存する。給付者が、定められた条件によって行為を促されるという状況は、まさに単なる誘因 (Veranlassung)、動機であり、条件成就のための出捐の存続のために締結された行為にとって、意味のないものである。第三者への給付を目的とする契約のために存在する原則も、完全に、問題とならない⁴⁰。

(四) エルトマンの見解

エルトマンは、ヘルヴィッヒに対する詳細な批判を展開する。まず第三者への給付を目的とする契約という概念については、またそのとき受益者が権利取得するかについては、ヘルヴィッヒの立場を批判することはしないとしつつ、ある者が他の者に第三者への贈与を約束する合意の拘束力を強力に制限する点について、批判する。つまり、要約者 A が第三者 B の名において行為をしたときにのみ合意は効力を生じ、そうでなければ無効であるというのは、「公平な取引通念」に反するとする。御者 B へのチップの例を挙げて、運送業者 A が御者 B の名前で取引するわけではないというのである⁴¹。

また、この例で、ヘルヴィッヒの間接的出捐論を否定する。即ち、乗客 X は運送業者 A の名で御者 B にチップを与えるわけではない。そこで、

与えられたチップは A と B の間の有因関係にかかわりを持たない。その法的関係の程度は原則として全くどうでもよいのである。X は、わずかの金銭を B に A の名で与えるとは全く考えておらず、X はまさに自分の名前で報償的贈与を為したのである。それはむしろ、X が自身で A に対して約束したことの実行としての贈与である。従って、X は同時に贈与原因と弁済原因で給付したのである——前者は B との関係で、後者は A との関係で。しかし、X は、A に金銭を間接に給付したのではなく、X が B に給付したものは、B に向けての贈与の履行である⁴²。このような構成については、ローマ法、普通法が参照されている。そこでは、A は、自己に金銭的利益がなくても、諾約者 X に第三者 B への給付を請求し得るとされているから、そのような場合でも X の B に対する給付は債権者たる A に対する給付でもあるというのである⁴³。

ここでは、ヘルヴィッヒの代理説が批判されると同時に、XB 間の法律行為が独立に為されたもので、AB 間の法律関係とは無関係であることが強調されている。そこで、X を介して AB 間に間接的出捐があり、これが AB 間の有因関係、法的関係に支えられているという構成は、エルトマンによれば、間違っていることになる。また、B に対する給付について、X は A への約束の実行として弁済原因で給付している面があるが、A に出捐をしたというのではなく、B に向けての贈与とその履行があるだけだということである。

このように、エルトマンは、XB 間に契約がある場合について、「諾約者が第三者に対して為すべき給付は、要約者の第三者に対する間接的な給付という意味を決して常にはもっていない」とする⁴⁴。それでは、エルトマンは、どのような構成をとるのだろうか。それは、ヘルヴィッヒの見解を評価した部分から窺い知ることができる。ヘルヴィッヒが、出捐の受領者 X と第三者 B の間に契約がある場合について、このような行為はその原因を両者 (XB) の関係の中にだけ有するとするのに、エルトマンは賛成する⁴⁵。前述のように、ヘルヴィッヒは、AX 間の法律関係は、XB 間の契約の動機に過ぎないとするのであるが、エルトマンも基本的にはこれと同様に XB 間の契約を基軸として考えるのであろう。

第三節 中間者の為した契約の有償性

間接的出捐論によれば、X は B に給付することで A に出捐しているから、A の X に対する出捐はこれを反対給付としていると言えそうである。しかし、給付が実際には B に為されることを考えると、これによって AX 間の行為が有償となるとしてよいものだろうか⁴⁶。

さらに、前述のように、エルトマンは、XB 間に契約締結がある場合、XB 間の契約とその履行に出捐があると考え、間接的出捐論を否定する。このように、X を介して AB 間に出捐があり、B に対する給付により XA 間に出捐があるとはしない場合、それらの有償性についてそれぞれ BA 間、AX 間の反対給付を考えるということではなくなる。X の A に対する出捐を考えなければ、A の X に対する出捐は反対給付を失うことになるのである。この場合、AX 間の行為が贈与等であって有償契約でなかった場合、無償契約になるのだろうか。エルトマンは次のような問いを立てる。ある給付の債権者 (X) が、私が反対給付と言わないがその内容を形成する行為 (Tätigkeit) を、間接的にも直接的にも行為の相手方 (A) のために広げなければならないのではなく、第三者 (B) に対する自己 (X) の給付という意味である場合、有償の法律行為の概念と調和したままであるのか⁴⁷。これはつまり、X の B に対する給付を A に対する出捐と構成しなくても、無償の外形を持つ AX 間の契約は XB 間の出捐をもって有償となるのではないかという問題である。

いずれの構成を採っても、実際には B に為される給付によって、A の X に対する出捐は有償となるのだろうか。

(一) コザックの見解

コザックは、以下のように述べて、A との契約で X が B に対する反対給付を引き受ける場合は、たいてい有償ではないとする。

原則に従えば、対価とは、主たる給付を為す当事者が取得するところ

の反対給付のみを指す。そして、第三者に対して給付が為される場合、Xの負担に対するAの利益は観念的な性質であり、従って、Xの負担は實際上、Aの現実の給付に対する等価物として適当ではない。「ある行為によって出捐の受領者が第三者に対する反対給付を引き受けるにすぎないという、その行為はたいてい有償ではないし、むしろ負担付贈与」である。但し、対価とするのが当事者意思である場合もある⁴⁸。

エルトマンによれば、このコザックの対価概念は「主観的に理解」されたものである。つまり、給付に反対給付が客観的に対峙しているが故にある行為が有償なのではなく、その反対給付の結果が直ちに給付者Aの利益になるか、少なくとも間接に、第三受領者Bと給付者Aとの有因関係に対する影響により、法的な意味で利益になる場合に、有償だといっているのである。これに対して、エルトマンは、反対給付は、給付者Aに対して為されても第三者Bに対して為されてもよいとし、給付者Aに経済的対価や完全に等価の対価が与えられることは不要であって、Xの反対給付が公益に資するという場合でも構わないとする⁴⁹。このような立場は、コザックと同じくこの場合の反対給付が観念的な性質であることを認めつつも、反対給付の性質を有すると評価するにはそれで十分であるとするものである⁵⁰。

また、エルトマンは、Bに対する給付によって、Aからの出捐を完全に償わなければならないXは、受贈者と扱われるべきではないことも論拠とする。具体的には、A破産の場合の破産法上の無償否認は不当である。そのような厳しい否認の基礎はAの債権者の負担に基づく経済的に正当化されないXの取得にあるところ、XはBへの給付により受領した出捐を完全に償わなければならないのであり、受贈者という不利な立場に立つとすべきでないからである⁵¹。かといって、Aは贈与者だがXは受贈者ではないという半無償行為の承認は困難であるとする⁵²。

(二) ゼーラー

ゼーラーは、反対給付をすることを条件として相手方から給付されるに

すぎず、反対給付の債務を負わないという場合でも、有償契約であること、そこでは給付が必ずしも契約相手に対してもたらされなければならないわけではないことを前提に、次のように述べる。条件とされた給付が要約者に対してではなく、第三者に対して為されるということはあるし、それにより条件付きの約束が有償の性格を失うことはない。例として、二年間自分の娘の下で料理人として働くなら 100 マルク払う、といった約束がある。また、懸賞広告で、広告により誰かが犯人を捕まえることに対して報酬を与える場合、この報酬の支払いは贈与による給付とは解されない。とすれば、契約により、ある者が他の者に、その他の者が犯人を捕まえるという条件の下に、報酬を約束する場合にも、疑いなく同じことが言える⁵³。

条件付きの約束が有償とされうるのは、条件とされた給付が、条件を課された権利者 (X) が確かに彼自身の財産や社会的地位、生活状態にかかわりを持ったことを行うことにある場合である。例えば、ある者が給料の良い民間の職の申し出を受けたが、彼の叔父が必要な手当てを与える約束により、これを拒否させ、将校にならせるという場合、また、新郎に独立資金を与える約束をし、約束された独立資金の見込みが、約束者の意図通りに婚姻の締結に決定的又は半ば決定的に作用するという場合である⁵⁴。

ここでは、諾約者 X が条件の内容たる給付を実現することにより、出捐者 A が利益を受けなければいけないとはされていない。むしろ、そのような給付が出捐受領者 X の実質的な負担になっていればよいとするようである。

(三) エルトマンの見解

エルトマンは、反対給付の受け手が出捐者であっても第三者であっても有償でありうるとする見解である。これは、A と X の契約により X が第三者 B に給付を為す場合、反対給付が第三者 B にされたとしても、AX 間の行為を有償とするものである。

まず、第三者の利益が図られる場合として、公衆への庭園の開放に関する契約が挙げられている。負担付贈与が承認されており、受贈者が第三者の利益や公的な利益 (BGB525 条 2 項参照) になるような負担を課せられることから、例えば、ある者が大学に庭園を贈与し、一定期間公衆に開放しておくことを負担とする場合、これは負担付贈与である⁵⁵。これに対し、すでに大学のものである庭園について、公衆に開放する債務を負わせ、それに対して金員を支払うという場合には、有償契約である。前者では独立の反対給付の債務はなく贈与に制限を付加するにすぎないのに対し、後者には反対給付があるのであって、有償・無償の区別はこの点にのみあるにすぎない。また、エルトマンも、懸賞広告が承認され、そこでの報酬の支払が贈与であるとは解されないことを挙げる⁵⁶。

以上のことから、エルトマンは次のように言う。このように、契約から生じる給付が当事者 A に為されるか第三者 B (ないしは公衆) に為されるかが、契約の法的拘束力と性質にとって些細なものであるならば、このことは合意の有償性の問題にとっても決定的ではあり得ない。主たる給付と反対給付が対立している場合の行為は有償であり、反対給付がその中に存するところの出捐が、直接的にしろ間接的にしろ、まさしく A に対して為されなければならないかはどうでもよいことである。A が X の責任である出捐の上に、何らかの正当な利益を有することだけが、必要とされなければならない⁵⁷。これに続いて、エルトマンは、そうでなければ (A に正当な利益がなければ)、BGB226 条により、A は、彼の利益なき権利を義務者に対して、いずれにせよ追及することはできないとする⁵⁸。BGB226 条とは、権利の行使は、他人に損害を加える目的のみを有し得るものであるときは許されない、というものであるから⁵⁹、正当な利益がいかなるものかは明らかでないものの、BGB226 条のような場合を除外する趣旨であることがわかる。

エルトマンは、前述のように、ローマ法等も参照しており、ローマ法において反対給付が奴隷の解放である事例がよく扱われ⁶⁰、これと類似するものとして、反対給付が公的な利益に奉仕すべき場合が今日でも存することを挙げる。また、ローマ法でも、自己 (A) に金銭的利益がなくても、

またその給付が自己 (A) と第三者 (B) との有因関係に関係しなくても、A は第三者 (又は公益) のために給付を請求し得たのであり、A が (事情によっては第三者 B と並んで) このような給付を請求し得る債権者である場合には、X の給付は法的な意味では同時に A に対する給付でもあるとする。それが「彼 (A) に財産法的に有利になるようなものでなかったとしても、彼 (A) もそれをもって給付を受領している」(カッコ内は筆者) ののである⁶¹。さらに、エルトマンは普通法も参照し、デルンブルクの次のような立場を挙げる。もともとローマ法学は、債権者にはその給付について固有の財産的利益が必要であるとしていたが、それは克服されたし、今日、他人の幸せは債権者の正当な利益として扱われる。第三者のためにする契約でも、要約者に訴権を与えるについて、非金銭的な利益でも十分である⁶²。そこで、X の給付は A との関係では弁済原因で為されるのであり、それが B との関係では贈与原因等により為されたり、B の利益 (又は公共の利益) になるのもよい。

エルトマンは、その際、第三者 B に「反対給付」が為されうると述べることは、確かに正確ではないという。B が受領する出捐は、弁済原因によってでもなく、条件成就のためでもなく、第三者 B に対して行われるからである。第三者 B は、その際、明白に、買主、受贈者等である。しかし、第三者との行為締結に、同時に、A に対する A に当然与えられるべき反対給付が存するのである。確かに、その効果は第三者の手に入るが、この効果を作り上げるのは、その請求権をあがなう A に対する反対給付行為 (Gegenleistungsakt) である。A はここでは観念的な給付受領者に過ぎないが、一方で、通常の第三者のためにする契約の場合には、その給付は間接的に、さらに経済的に A の利益になる⁶³。

以上のことから、エルトマンによれば、AX 間の行為は、XB 間の契約締結という反対給付行為により、有償である。

第四章 若干の考察

本稿で論じるのは、AX 間でそれが条件又は債務とされているために、

XがBと契約を締結するという場面である。ツールは、出捐者の側に中間者が存する場合には、①出捐者Aが中間者Xを介して第三者Bに出捐をすると同時に、②XはBに給付することでAに出捐をするとする。そして、このことは、Bに有利な限りで、XB間に契約がある場合にも妥当するとしている。これに対し、エルトマンは、そのような間接の出捐が常にあるとは限らないとし、XB間に契約がある場合について詳述する。まず、XB間にAB間の法律関係とは独立した出捐・原因を認め、XB間の契約を軸に考える⁶⁴。さらに、間接の出捐論を否定し、Bへの給付によるXのAに対する出捐を否定した結果、AX間の出捐が有償でなくなってしまうかが問題となるところ、エルトマンは、XB間の契約締結に、XのAに対する反対給付行為を見る。つまり、XのBに対する給付によるAの利益が観念的なものに過ぎないことを重視して、これがAX間の行為の無償の性質に原則として影響を及ぼすことはないとするコザックの見解に対し、エルトマンは、Aに利益が与えられなくても、AX間の行為は有償であるとする。その背後には、Aの債権者との関係で、AX間の行為を無償と捉えて厳しい否認に服せしめ、Xを受贈者という不利な立場に置くことに対する疑問がある⁶⁵。この点、AX間の出捐の有償性につき、出捐者Aでなく、反対給付を為す出捐受領者Xの方に着目しているといえる。このような考えによれば、AX間の出捐とそこで条件となっているXB間の出捐(契約締結)の間には一定の関連性があることになる。しかし、それらが全体として、AB間の法律関係に帰し、これを基礎とする、というものではない。三者間の法律関係が問題となる場面には、このような分析が有用である場合があると思われる。

まず、保証契約は片務・無償の契約であるが⁶⁶、保証人が破産しその無償否認が問題となる場面では、債権者が主債務者に対して出捐(貸付)をするから有償であるとする伝統的な多数説と、破産者が対価を得ていないから無償とする判例とが対立しており、ここでは三者間の法律関係を分析することが有用であろう。ツールによれば、前述のとおり、債権者ではなく債務者により誘引される保証には間接の出捐論があてはまり、主債務者Aの債権者Bに対する出捐があるのであって、その有償・

無償は主債務者 A が債権者 B により反対給付を得ているか否かにより決まる。しかし、一方で、保証人 X の債権者 B に対する給付は、同時に主債務者 A に対する出捐でもある。これは、主債務者 A に対する求償権が保証人 X に与えられることをもって、主債務者 A との関係で有償となるが、求償権がない場合は無償の給付の約束であって贈与約束である。このような主債務者 A と保証人 X の関係は債権者 B に対しては問題とならず、保証人 X が破産した場合、保証自体ではなく、主債務者 A に対する無償の費用支出が否認される。これに対し、本稿で述べてきたところから推測すると、エルトマンの立場によれば、おそらく、保証委託契約によって主債務者 A が保証人 X に保証契約を締結させた場合、保証契約は債権者との間の出捐であるにすぎず、通常は原則として無償であり、単にこれが主債務者 A ・保証人 X 間の契約の影響を受けると考えるかが問題となるであろう。

ここで問題となっているのは、その締結が AX 間の契約で条件、債務とされている XB 間の契約の有償性である。これに対し、本稿に見たエルトマンの有償論が述べているのは、X の A に対する間接的出捐を否定することから問題となる、AX 間の行為の有償性である。XB 間の行為の有償性は論じられておらず、XB 間の行為が AX 間の出捐の影響を受けて有償になる場合を認めるのかは明らかでない。そこで、独立の出捐行為である XB 間の契約にとって、AX 間の法律関係がどのような意味を持つのかについて考えてみたい。本稿で見たエルトマンの見解によれば、XB 間の出捐の原因は XB 間にある（例えば贈与原因）。しかし、A との関係では X は弁済原因で行為しているとされ、AX 間の事情は XB 間の行為にとって重要な意義を有するものである。とはいえ、不当利得法上の法律上の原因とはされていないようである⁶⁷。

この点、エルトマンは行為基礎に関する著作で、AX 間の法律関係において契約締結の義務を負ったことは、XB 間の契約の行為基礎であるとしている。そこでは、予約や遺贈により売買等の契約締結が義務付けられる場合について、以下のように述べられている。この場合、二つの原因が存在する。つまり、売買において引き受けられた個々の給付の原因は

売買契約であるが、売買契約の原因はこれを締結する義務の弁済である。後者の原因が不存在であったり事後的に脱落する場合には、売買契約に基づく義務が法律上の原因を失うことはないが、目的を失った行為が存在するのはいかかが問題となる。この点、二当事者間における予約については、予約をした者は、契約締結の義務を超えて、主たる給付をする義務を負っているとするトゥールの見解が参照され⁶⁸、これによれば、予約自体が主たる給付をする義務の（おそらく条件付きの）引き受けを含んでいるから、予約が無効であれば原因を欠き不当利得の問題になると考えられるとする。しかし、主たる行為を第三者と締結することが義務付けられる場合には、トゥールも、将来の契約締結に向けられた真正な予約を承認するのであって⁶⁹、トゥールの見解によっても問題は解決されない。遺贈によって第三者との売買等の締結が義務付けられた場合には、受遺者が売買等を締結して遺贈上の債務を履行しなければならないのであって、そうするまでもなく第三者との関係で主たる給付を為す義務がすでに発生しているとは考えられないからである。そこで、この場合には、行為基礎の障害による解除を認めざるを得ない。エルトマンによれば、(AX間において) 契約を締結する義務を引き受けたことが、(XB間の) 契約締結の基礎である。これは、一方的な、心の中に留まっている動機に過ぎないのではなく、双方的取引行為全体で一致する、共通の基礎 (gemeinsame Grund- oder Unterlage)、ヴァイントシャイトのいう前提である⁷⁰。このように、AX間におけるXの義務の引き受けが、XB間の契約の前提、行為基礎となるならば⁷¹、エルトマンの有償論では「前提」まで含みうる厳密でない概念としての「法律上の原因」が反対給付とされているから、AX間の法律関係がXB間の契約に影響を与えると考え余地もあるかもしれない⁷²。

保証契約の無償否認に関する最判昭和62年7月3日（民集41巻5号1068頁）では、求償権が対価たりうるかが問題とされていることから、必ずしも明らかでないものの、債務者からの反対給付が保証契約の無償性を妨げうるということが前提とされていると思われる⁷³。保証契約の当事者でない主債務者からの反対給付を考え、保証契約の有償・無償と関わらせ

るのであれば、その前提として、以上のような三者の法律関係の分析が必要なのではないかと思われる⁷⁴。現実の問題の処理に当たっては、否認により無担保の出捐をしてしまったことになる債権者の利益をどう考えるか、無償否認の趣旨、求償権は対価たり得るか等、政策的なものも含めて、様々な考慮が必要となる⁷⁵。

また、受寄者のいる寄付の場合、寄付は信託的譲渡とされ、受寄者と受益者の間には贈与契約等が成立する。この点、寄付について詳細に論じる石坂説は、エルトマンの述べる三者間の法律関係と共通するところのある分析をしている。つまり、寄付者 A と受益者 B の関係について、受寄者 X は寄付者 A の代理人ではなく、自己の名で寄付財物を分配するが、受寄者 X は一面において寄付者 A と契約を締結し他面において受益者 B と契約を締結し、これらは二つの独立の契約であるから、寄付者 A と受益者 B の間には何ら法律関係はないとする。受寄者 X と受益者 B の関係については、恩恵的なもので、寄付は第三者のためにする契約でないから⁷⁶、受益者 B が受寄者 X に権利を取得するというものではないが、受寄者 X が実際に受益者 B に分配するに至って法律関係を生じ、無償の現実の贈与があるところ、これは他面から観察すれば、受寄者 X が寄付者 A に対して負う義務の履行に過ぎないが、そのために贈与たるを妨げないという⁷⁷。ここでは、寄付者 A と受寄者 X の間の出捐と、受寄者 X と受益者 B の間の出捐に、後者が前者を有償にするという関連性は認められていない。そこで、信託的譲渡とされる寄付の性質は無償行為と考えられるが⁷⁸、そこで条件や債務の内容とされた事業の遂行（贈与等）が寄付の反対給付になることは全く考えられないであろうか。石坂説によれば、寄付者と受寄者の間の契約を無名契約であるとする見解もあったが、寄付者は受寄者が反対給付としてある行為を為すが為に寄付をするものではなく、企図する目的を達せしめるため給付を為すものであって、同一目的のために契約を締結する以上、そこには双務契約に見られるような利益の対立（「反対セル利益」）がないため、寄付者の給付と受寄者の行為とが互いに反対給付を為すものでないから、採り得ないという⁷⁹。この記述からすると、この無名契約説とは、寄付を有償契約とするものであっ

たと考えられる。この点、エルトマンによれば、反対給付が相手方でなく第三者に利益を与えるものだからといって無償となるわけではない。出捐の受領者の給付が第三者に対して為されても、出捐と同等に対峙するものであれば有償であり、出捐を制限するに過ぎない場合にのみ無償（負担付贈与等）なのであって、この点で区別されるに過ぎない⁸⁰。

最後に、XB 間に独立の出捐と原因が存するとするときには、AX 間と XB 間にそれぞれ別個の契約があるという場面であると言える。このような場面について、エルトマンは、一方の契約の存在が、他方の契約において反対給付のようになり、有償性を獲得させるという関連性を認めているのである。これは、複数の契約の関連性を認めるもので、当事者が異なる場面も含め、一方の契約の無効・解除等により他方の契約も解消しうるとすべき場面で意味を持ちうるのではないと思われる⁸¹。具体的には、条件不成就、債務不履行、そして、行為基礎の障害、動機の錯誤という構成になろうが⁸²、ある契約が他の契約の失効により効力を否定されることを認めるべき場合がある。この場合には、そのような関連性の基礎として、二つの契約が対価という観点から結びついているといえるのではないかが検討されるべきである⁸³。

【註】

- 1 Andreas von Tuhr, *Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichenrechts*, Bd.2, Zweite Hälfte, 1918 (変更を加えない復刻版として 1957 年出版), S.57 N.55. リービッシュも、トゥールの見解を参照して、AB 間と XA 間に同時に出捐が起こる間接的出捐を考える。そして、「出捐は、それによってある者が他の者に利益を得させるところの、すべての許された行為 (Handlungen) である」とし、直接的な価値の移転が行われなくてもよいとする。そして、出捐と給付は類似の概念だが区別されねばならないものであるとする (Arnold Liebisch, *Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden im bürgerlichen Recht und*

im Reichssteuerrecht, 1927, S.19)。しかし、出捐と給付については次のように言う。すなわち、出捐でない給付もあり、それは芸術家の上演のようなものであり、なんら利益を得させるものではなく、享楽、娯楽に役立つにすぎないものである。雇用契約という基礎において芸術を行うとき、芸術家は雇用者に給付してはいるが、出捐は為していない (Liebisch, S.26)。これと異なり、両者は、給付が、財産的出捐とこれに関するカウサ (給付の目的) についての合意とからなるものという関係に立つとする見解もある (Wolf Schöninger, Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts, 1906, S.215)。トゥールはここでは特殊な使い方をしていると思われる。

- 2 Paul Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, 1912, S.1. 「今日の意味でのすべての原因は、二つの主なグループに還元されうる：有償性と無償性である。あらゆる有因行為は有償かそうでなければ無償であり、第三のものは存しない」 (Wilhelm von Seeler, Glossen zur Praxis des Reichsgerichts, 1908, S.50)。エルトマンは、有償性と無償性は、関連する連鎖の末端の環にすぎず、それらの間に多くの中間段階があるというヘーニガの主張を紹介しつつ、それは拒絶されるべきであるとする。確かに一つの行為が有償の構成要素と無償の構成要素から構成されることもありうるが、量的な部分部分をそれだけ見ると不可避免的に有償であったりあるいは無償であったりする (Oertmann, a.a.O.(Fn.2), S.1, N.5)。
- 3 Oertmann, a.a.O.(Fn.2), S.4.
- 4 Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.3, 1995 /Kollhossler §516 RdNr. 10a; Esser=Weyers, Schuldrecht, Bd.2, 7Auf., 1991, §12 I b S.121.
- 5 Münchener/Kollhossler §516 RdNr.14-16; Oetker=Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2002, S.247-250; Kohlhammer-Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch (以下 Soergel とする), 1997 /Mühl=Teichmann §516 RdNr.17; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen /Cremer §516 RdNr.27, 28; Erman BGB Handkommentar, Bd.1, 1993 /Seiler §516 RdNr.8; Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 58 Auflage, 1999 /Putzo §516 RdNr. 8.

- 6 Münchener/Kollhosser §516 RdNr. 15; Oetker=Maultzsch, a.a.O.(Fn.5), S.248; Soergel/Mühl=Teichmann §516 RdNr. 17; Staudinger/Cremer §516 RdNr. 27, 28; Erman/Seiler §516 RdNr.8; Palandt/Putzo §516 RdNr. 8.
- 7 Münchener/Kollhosser §516 RdNr. 16. 但し、ハム上級地方裁判所 1992 年 12 月 11 日判決は、病気の老母が終身同居するため娘夫婦の新居の建築資金を贈与したが、3 年後早くも病状悪化により老人ホームへ移らざるを得なくなったため、贈与契約に関する困窮の抗弁が主張された事案で、母娘双方とも娘が新居で母が死亡するまで看護することに出捐の目的があると見ていたのであり、これが看護契約なのか行為基礎の領域に留まるかはあえて決定する必要はなく、看護契約の履行あるいは行為基礎としての看護の意図という基盤の上で為された出捐は無償ではないとして、贈与契約ではないとしつつ、この事例の処理として、行為基礎の障害に関する原則の適用が可能かつ必要であり、適合が為されるべきであるとする（従って、8000 マルクの贈与のうち 3000 マルクは、3 年間の在宅介護の客観的価値を基に信義則に基づいて算定すれば、返還の必要はない）(NJW-RR 1993, 1412)。
- 8 Michael Fischer, Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht, 2002, S.43.
- 9 Fischer, a.a.O.(Fn.8),S.42.
- 10 Staudinger (10/11 Aufl. 1937)/Kober §516 Anm. I 2c.
- 11 Heinrich Hoeniger, Die gemischtern Verträge in ihren Grundformen, 1910, S.193.
- 12 Otto Schreiber, Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht, Jherings Jahrb.Bd. 60, 1912, S.177(Hugo Burckhard, Zum Begriff der Schenkung, S.152 (Erlangen 1899 in der Festgabe für Bekker) から引用)
- 13 Ludwig Enneccerus, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts (Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 1), Zweiter Halbband, 1995, S.620.
- 14 Franz Haymann, Zur Grenzziehung zwischen Schenkung und entgeltlichen Geschäft, Jherings Jahrb., Bd.56, 1910, S.93.
- 15 Schreiber, a.a.O.(Fn.12), S.179, 180. シュライパーによれば、当事者が主観的価値において互いに給付を為しているか否かだけが問題であって、給

付と対価の客観的な等価性も問題でない (S.177,179)。

- 16 Fischer, a.a.O.(Fn.8), S.42.
- 17 Oertmann, a.a.O.(Fn.2), S.15.
- 18 Oertmann, a.a.O.(Fn.2), S.15,16.
- 19 Oertmann, a.a.O.(Fn.2), S.28.
- 20 Oertmann, a.a.O.(Fn.2), S.16.
- 21 Oertmann, a.a.O.(Fn.2), S.16, N.42.
- 22 Münchener/Kollhosser §516 RdNr.16. また、ツールは出捐とは必ずしも財産的利益でなくてもよく、事実上の享益でもよいとしているが (Tuhr, a.a.O.(Fn.1), S.50)、現在の通説も、反対給付は財産権の性格を有する必要はなく、金銭的価値のない給付であってもよいとしている (Staudinger/Cremer §516 RdNr. 28)。
- 23 Fischer, a.a.O.(Fn.8), S.43.
- 24 Erwin Migsch, Die sogenannte Pflichtschenkung, Acp. 173 (1973), S.53.
- 25 Tuhr, a.a.O.(Fn.1), S.96. 実際に A の無償の出捐があるから、それは B の承諾により、又は § 516 の期間の経過により、A の B に対する贈与になりうるものであるとする。ヘルヴィツヒも、要約者が第三者に出捐を為す場合について、以下のように述べる。BGB では贈与契約成立には無償の合意が必要なので、贈与の意図が第三者に対して為されていなければならず、贈与の承諾も贈与者 (要約者) に達したときに初めて生じる。この意味での承諾は、諾約者に向けられる表示という意味での承諾とは、明確に区別されるものである。贈与者が発送するだけでは贈与の申し込みがあったとはいえず、第三者が発送人から送付の目的について通知を受けるとき贈与の申し込みがある。これがない場合、贈与の合意が成立しないので、condictio sine causa が発送人に当然与えられるべきである。出捐者の贈与の意図は原則として諾約者により給付の際に第三者に表示されるか、それともそれが状況から明らかにされており、明示的に表示されることを必要としないほどであるかである (Konrad Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte : nach deutschem Reichsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Handelsgesetzbuchs, 1968, S.346-349)。

- 26 XのBに対する出捐はないのだとすると、独立にXB間の行為が有償か無償かという問題は現れてこない。この点、フィッシャーは、出捐を基礎として無償性を論じたリービッシュの著書を参照して(リービッシュは、無償性は出捐の概念的メルクマールであるとする(Liebisch, a.a.O.(Fn.1), S.1))、「出捐に向かわない財産法的法律行為は、対価中立的(entgeltneutralen)行為に属する」とする(Fischer, a.a.O.(Fn.8), S.187)。「すべての有因の行為は有償かそれとも無償であり、第三のものはないという、ゼーラーやエルトマンに見出される記述は広すぎるものと理解される。有因の出捐行為だけが、これに関する整理を受け入れやすいように思われる」(Fischer, S.189) (前掲(注2)参照)。
- 27 *causa condicionis implendae*とは、例えば、彼XがBに1000マルク支払ったならばXは私(A)の相続人である、という場合である。この場合、Bは独立の権利をなんら持たないし、受遺者でもない(Heinrich Dernburg, *Pandekten Bd. 3*, 1901, S.188)。これは、被相続人がBに遺贈したり、Bへの給付をXの負担とすることを望まない場合に為されるものであった。この場合には、条件という方法によって実現される点で、遺贈や負担によるよりも、Bの立場は弱く、Xの立場は強い。Bは自分では条件の履行について何もしえず、Xの意向に依存する。Xは、利益がないと思った場合には条件を履行しないだろう。しかし、条件を履行すれば、相続や遺贈を求めうるのであるから、被相続人は、遺贈や負担による強制よりも、この間接的な強制により、Xにより強く影響を与えうるのである(Martin Besser, *Das condicionis implendae causa datum nach römischem, gemeinem und heutigem bürgerlichen Rechte*, 1907, S.19)。
- 28 Franz Haymann, *Zur Grenzziehung zwischen Schenkung und entgeltlichem Geschäft*, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, Zweite Folge, Zwanzigster Band, 1968, S.97, 98.
- 29 Haymann, a.a.O.(Fn.28), S.98.
- 30 財貨移転行為とは、財産圏における経済的な財物の移動(法的変更)のうち、先占等をいう財貨帰属行為と区別されるものであり、出捐行為、交換行為、合同行為といった類型に分かれる。財貨帰属行為と異なる

り、この領域では、意思的行為が大きな意味を有する。例えば、売買、消費貸借、贈与、委任等である (Ernst Stampe, Das Causa-Problem des Civilrechts: eine rechtspolitische studie, AM§365BGB, 1904, S.23)。

- 31 Stampe, a.a.O.(Fn.30), S.40, 41.
- 32 Oertmann, a.a.O.(Fn.2), S.69.
- 33 ヘルヴィッツは、第三者に対する給付を目的とする契約とは、契約による給付が第三者に対して為されることを、要約者が約束される場合であるとする。第三者が約束者に対して直接的に権利を取得するという意味で締結される場合も、そうではなくて、諾約者が要約者のみに第三者に対する給付に関する義務を引き受け、第三者も目的物を受領することを授權されるに過ぎないという意味で締結される場合もありうる。いずれであるかは当事者の意思による (Hellwig, a.a.O.(Fn.25), S.42,43)。
- 34 Hellwig, a.a.O.(Fn.25), S.44,45. ヘルヴィッツは第二草案の次のようなコメントを挙げる。「第三者のためにする約束はその法的根拠を要約者と第三者 (!) との関係の中に有する。第三者のためにする契約の一般的な経済的意味は次の事の中にある、それは、まず諾約者から要約者に対する、それから、これから第三者に対する、財産的客体の二重の移転の必要なしに、諾約者の財産から第三者に対する出捐を可能にする」。そこで、諾約者が給付を為すべき法的根拠は問題とされるべきでなく、要約者が、諾約者の代わりに第三者に対して給付が為されることを約束されることを甘受する根拠が問題とされるべきといえるという (Hellwig, a.a.O.(Fn.25), S.46, N.84)。
- 35 Hellwig, a.a.O.(Fn.25), S.44,45.
- 36 Hellwig, a.a.O.(Fn.25), S.50,51.
- 37 但し、乗客の債務額が通常明示されないという場合は習慣に従って決せられるのであり、それを超える限りで乗客は御者に贈与している (Hellwig, a.a.O.(Fn.25), S.52)。
- 38 Hellwig, a.a.O.(Fn.25), S.52. ほかに、以下のような例が挙げられている。教師が地方自治体の機関に昇給を願い出たため、その地方自治体の機関が、地方自治体の辺境の地域の地主一家にこの教師に毎年の現物援助を

給付することを約束してもらおうという場合、この約束は地方自治体の負担の軽減の約束、つまり、教師への給付により為される、地方自治体への財産的出捐を意味するのである。諾約者（地主）と要約者（自治体）との間に有因関係もある（Hellwig, a.a.O.(Fn.25), S.52, N.101）。

- 39 シュタムラーは、第三者に対する給付の約束について、「贈与は要約者と第三者の間でも存在し得るが、諾約者と第三者の間では決してない、なぜなら、我々の事例の特徴は、まさに、これらの者の間に契約が存在しないことにあるからである」とする（Rudolf Stammler, *Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren*, 1897（復刻版として1997年に出版）, S.173, N.2）。また、贈与者が第三者に出捐をするためには、受贈者が第三者に対して給付を為すという負担のついた贈与が為されることが考えられるが、これは受贈者が第三者と贈与契約を締結することに依存して存在する贈与とは区別され、全く異なるという（Hellwig, a.a.O.(Fn.25), S.52）。
- 40 Hellwig, a.a.O.(Fn.25), S.52, 53.
- 41 Oertmann, a.a.O.(Fn.2), S.74.
- 42 Oertmann, a.a.O.(Fn.2), S.74.
- 43 Oertmann, a.a.O.(Fn.2), S.71.
- 44 Oertmann, a.a.O.(Fn.2), S.68.
- 45 Oertmann, a.a.O.(Fn.2), S.68.
- 46 AX 間の法律関係については、トゥールは、X が A に、B と消費貸借契約や売買契約を締結すると約束する場合、貸付金ないし売買目的物を B に対して引き渡すという、X の義務や権限をもって、消費貸借や売買が A と X の間に成立しているわけではないのではないかが探求されなければならないと述べる（Tuhr, a.a.O.(Fn.1), S.494, N.229）。
- 47 Oertmann, a.a.O.(Fn.2), S.69.
- 48 Konrad Cosack, *Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und ausserhalb des konkurses nach deutschem Reichsrecht*, 1884, S.138, 139.
- 49 Oertmann, a.a.O.(Fn.2), S.70.

- 50 Fischer, a.a.O.(Fn.8), S.178.
- 51 ドイツ破産法 32 条は無償否認を規定している。また、同法 37 条 2 項は無償の受益者が善意であるときは、その給付によって利益を受けた限度において返還すれば足りるとするが (斎藤常三郎『独逸破産法』11-13 頁 (有斐閣、1912))、これについて、エルトマンは「何か問題のある慰めである」とする (Oertmann, a.a.O.(Fn.2),S.70)。
- 52 Oertmann, a.a.O.(Fn.2), S.70,71.
- 53 Seeler, a.a.O.(Fn.2), S.51.52.
- 54 Seeler, a.a.O.(Fn.2), S.52.
- 55 エルトマンは、負担、条件の履行は贈与者の名で為されるのではないし、公衆の構成員と贈与者の間の有因関係を基礎づけ、影響を与えることはできないとして、ヘルヴィツヒの見解を、つまり間接的出捐論を批判する (Oertmann,a.a.O.(Fn.2), S.75)。
- 56 Oertmann, a.a.O.(Fn.2), S.75.
- 57 Oertmann, a.a.O.(Fn.2), S.76.
- 58 Oertmann, a.a.O.(Fn.2), S.76.
- 59 柚木馨・高木多喜男『獨逸民法〔1〕』311 頁 (有斐閣、1955)。
- 60 A が奴隷解放について原則として法的な利益を持たず、道徳的利益を持っているという場合、無名契約、有償契約とされていたとする (Oertmann, a.a.O.(Fn.2), S.71)。
- 61 Oertmann, a.a.O.(Fn.2), S.71.
- 62 Heinrich Dernburg, Pandekten 2Bd., 1894, S.50. 例えば、工場長が労働者のために金銭的価値のある給付を条件として要求する場合である。
- 63 Oertmann, a.a.O.(Fn.2), S.76.
- 64 この点、条件成就のための出捐についてエルトマンが参照する、ユングの不当利得の論文を見ると、AX 間の条件というのが X の持つ貴重品を水に投げ込めというものだったら、放棄の効果以外にはこの行い (Akt) は条件履行のみを目的とするが、条件が貴重品を第三者に与えろというものである場合には、他人に向けて法的変更を行うことになるから、A に対する条件履行の効果と並んで、第三者との関係で X の給付の目

的を表す効果が必要であり、実際、第三者との有因関係について、贈与するとか支払いをするとかいう意識を持つだろうとする（Erich Jung, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des “rechtlichen Grundes”. Ein Beitrag zur Kenntnis des neuen Rechts, 1902, S.96,97）。

- 65 エルトマンは、A を贈与者とする一方で、X を受贈者として不利な扱いをしないことが望ましいと示唆している。ただ、「そのような半無償行為の承認は、理論的に不快だけでなく、なにより多くの点から実務的にも憂慮すべきものである」ため、やむなく前述のような構成をとる（Oertmann, a.a.O.(Fn.2), S.70,71）。
- 66 岡松参太郎、石坂音四郎『民法債権総論』296頁（京都法政大学、1902）は、債権者が保証人に報酬を与えるときは保証は有償双務契約になるが、債務者が保証人に報酬を与えても保証人債務者間の関係であって、保証契約には何の関係もないとする。しかし、通常は主債務者から保証料等が支払われるのであり、この場合保証契約は片務・無償契約である。但し、保証の特殊性としての「無償性」とは対価を何人からも受けないことを言うたとされる（西村信雄編『注釈民法（11）』151頁〔西村信雄〕（有斐閣、1965））。
- 67 ユングは、A の X に対する条件付き遺贈が無効となり、条件となっていた B への支払等がなされたにもかかわらず、条件を履行するという目的が達成されない場合にも、X は不当利得返還請求権を認められないとしている（Jung, a.a.O. (Fn.63), S.83）。条件の履行という目的が挫折した場合でも、XB 間の目的は必ずしも挫折せず、不当利得返還請求権は排除されるのである。XB 間で *Condictio* が起こるのは、X が条件を履行するために B に貸付金を与えたが B の行為無能力ゆえに返還債務がないような場合である。このときは、逆に、条件履行の目的の達成にもかかわらず、*Condictio* が起こるのである（Jung, S.97）。ここで、AX 間の無効の影響を XB 間の行為に及ぼすについて「前提」が用いられうることを念頭においてであろうが、ユングは、前提は、条件履行の目的の達成が法律行為上の意思の中に含まれることと、そのとき明示又は黙示で表現された意思の留保が *Rückgangigmachung* の根拠であることを決定

的にする視点に基づくもので、これは法律上の原因を失った財産的移転という範疇とは全く異なるとする (Jung, S.98, 99)。その上で、ユングは、AX 間の無効など条件履行が挫折した事例は、XB 間の給付目的が挫折した場合という本来的な事例と類似するのであり、場合によってはありうる類推適用の可能性を認めるが、直接適用はできないとする (Jung, S.100)。これを見ると、AX 間の行為は少なくとも XB 間の行為の法律上の原因ではないが、前提であるとされていたようである。これについては、Lorenz Brütt, Die abstrakte Forderung nach deutschem Reichsrecht, 1908, S.23,24 も、前提の理論を *condicionis implendae causa* に適用すると、条件を履行する意図は、法律上の原因ではなく、前提として働くという。受領者は給付を、贈与、消費貸借、又は履行として受け入れなければならないが、X への遺贈等が無効である場合、条件履行という明示又は黙示の前提のもとにこの債務的な行為を締結しているときは、これを撤回できる。

- 68 トゥールによれば、この場合には予約を認めることが適切であるか否かは疑わしいという。給付の約束の約束により、給付の義務はすでに生じており、再度の約束は余計な回り道のように見えるからである。売買や使用貸借借借をすることを約束する場合、この約束の中にすでに売買や使用貸借借借契約は含まれ、約束者は契約締結の義務ではなく、物の引渡等の義務を負う (Tuhr, a.a.O.(Fn.1), S.494)。
- 69 Tuhr, a.a.O.(Fn.1), S.494. 予約とは債務契約の締結の義務を課す契約であり、A が B に、X と契約を締結すると約するとき、契約を締結する義務は疑いなく存するとする (S.493,494)。
- 70 Paul Oertmann, Die Geschäftsgrundlage Ein neuer Rechtsbegriff, 1921, S.23,24.
- 71 ラーレンツの著書の中で、ヴィントシャイトの「前提」の説明として、次のような例が挙げられる。「推定遺言相続人として遺言の中で自分に課せられた負担に応じて或る目的物を譲渡する者は、その遺言が有効であるという前提においてそれを行うのである。」もしそうでないなら、譲渡者は悪意の抗弁により保護され、すでになした給付を不当利

得として返還請求することができる(勝本正晃校閲、神田博司・吉田豊訳、K. ラーレンツ、『行為基礎と契約の履行』12頁(中央大学出版部、1969))。周知のように、ヴァイントシャイトの理論の再登場はエルトマンによってなされ、前提は個々の表示の基礎ないし構成部分とされたが、行為基礎は個々の表示ではなく、全体としての取引に関するものとされた(13、14頁)。

- 72 XB 間の給付の有償性に言及するものとしては、債権者の取消権に関するコザックの次のような見解がある。対価とは出捐の受領者が与える反対給付のみを指すのであり、このことから、与え手 X の立場でなく受領者 B の立場が決定的であり、仮に實際上 A から対価が X の手に入るのであっても、受領者 B からは X の給付は無償と見られる。そこで、*condicionis implendae causa* の場合、遺贈が X の債権者のために有益でないならば、XB 間の行為を有償と評価することは取消を不当に困難にするものであるから、まさにただ利得させられた受領者 B に、債務者 X の害意を認識していたかが証明されるべきであるとする (Cosack, a.a.O.(Fn.48), S.138)。つまり、これは、X の債権者の取消について、A からの出捐が X の責任財産を増加させるのでない場合、B に利得のみがある以上、XB 間の行為の無償性を認めるものと思われる。
- 73 これは、無償否認に関して、保証料等を取得せずに保証人となった破産者の保証契約が無償行為かが争われ、破産者の保証等が債権者の主たる債務者に対する出捐(貸付)の直接的な原因をなす場合であっても、破産者がその対価として経済的利益を受けない限り、保証等は無償行為に当たり、求償権は対価としての経済的利益に当たるとは言えないとした判例である。これには、保証人自身債権者の出捐を目的として保証等しているのだから、保証人の行為と債権者の出捐は相互に密接に関連しており、一体として観察されるべきものであって、切り離して評価することは許されないと、保証人は実質的対価として求償権を取得することとなるという反対意見がある。保証人の債権者への出捐と債権者の主債務者への出捐を一体として考慮するというならば、保証人の主債務者への(間接的)出捐が無償か、つまり主債務者からの保証料、求償権等

の利益供与が対価たりうるかが問題となろう。但し、間接的出捐論によれば、それは主債務者との関係でのことである。なお、この事例では、保証人が主債務者である同族会社の代表者で実質的な経営者であったため、保証料等を取得しなかったとしても、直接間接に経済的利益を得ているのではないかと指摘する反対意見がある。

- 74 最判昭和 62 年 7 月 3 日では連帯保証、根抵当権といった担保供与の無償性が問題とされているが、そこに出捐があることは明白である。この点、保証契約や担保物権の設定も含めた「担保する給付」について、金山直樹『現代における契約と給付』203 頁以下 (有斐閣、2013 年)。
- 75 最判昭和 62 年 7 月 3 日の評釈によれば、以下の点について考慮することが必要である。保証等の否認により受益者たる債権者はその貸付について無担保・無保証の出捐をしたのと同様の結果を被るが、そのような受益者の事情を考慮することは純客観主義的な類型である無償否認の趣旨にそぐわない。また、求償権は保証債務の履行等があった場合に初めて発生する将来の権利であって、保証等の行為により直ちに発生するものではないことから、求償権が現実化する時点での経済的利益を行為の時点で評価することは事実上困難であるし、求償の実現可能性は絶無か名目的なものである場合がほとんどである。さらに、本判決は救済融資に関する実務のやり方への警鐘を鳴らすものであるとの評価もできる (篠原勝美・最高裁判所判例解説民事篇昭和 62 年度 385-389 頁)。この最後の点は、この問題が理論的にのみ解決されうるものではないことを示している。なお、この判決が引用しているリーディングケース大判昭和 11 年 8 月 10 日 (民集 15 卷 1680 頁) は、保証人が経済的利益を受けているといえる場合とは、主たる債務者の扶養義務者である破産者が保証等をするにより、債権者の出捐がされ、扶養義務の履行が緩和された場合等であるとする。
- 76 第三者のためにする契約では、来栖説に見たように、間接的出捐論が採られることになるようである (来栖三郎「第三者のためにする契約」民商法雑誌 39 卷 4・5・6 号 514、515 頁 (1959)、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」日本法学 77 卷 1 号

48 頁 (2011))。また、対価関係を欠く場合には、第三者の権利取得による利得は要約者に対して不当利得となるという (谷口知平・五十嵐清編『新版注釈民法 (13)』601 頁 [中馬義直] (有斐閣、1996))。本稿で扱う場面との関係については、第三者のためにする契約には、受益者の同意を要件に、受益者が権利取得するのみならず負担を負うほか、反対給付をする義務を負う場合も含まれるので、債権法改正の基本方針においては、特に後者で契約が成立することが明記されていた (民法 (債権法) 改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』NBL126 号 412、413 頁 (商事法務、2009))。これは、受益者が対価を支払い諾約者から不動産を取得することを、第三者のためにする契約として認める判例に基づくものである (滝沢昌彦「二者による三者間関係の構築」法学セミナー 679 号 25 頁 (2011))。この場合には、諾約者から受益者に対する給付はこれらの者の間の贈与契約、売買契約等を原因とするのであって、諾約者は第三者と契約締結する義務を要約者に対してだけ負うに過ぎないとする見解がある。つまり、第三者に対してその申し出に応ずる義務を負ったり、第三者に予約完結権を与えることがありうるという意味でのみ第三者のためにする契約を語りうるが、代理の形式をとらなかつたことに意味を認めて第三者の権利取得を認めない方が適当であるとする (来栖 519、520 頁)。少なくとも本稿は条件成就のための出捐や公衆のための寄付についても述べるエルトマンの著作を取り上げるもので、受益の意思表示前は形成権、受益権であるにせよ (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の意義」姫路法学 29・30 合併号 522 頁以下 (2000))、第三者の権利取得が前提である第三者のためにする契約 (新藤明子「第三者のためにする契約法理の現代的意義 (一) ——英米法との比較を中心として——」法協 115 巻 10 号 1482 頁以下 (1998)) を論じるものではない。

77 石坂音四郎『民法研究 第 1 巻』229-231 頁 (有斐閣、1911)。

78 公共的目的のために数名の発起人が多数人から寄付を求める場合には、発起人が利益を受けるのでないから、信託的譲渡であり、我妻説はこの信託的譲渡を無償とする。(我妻榮『債権各論中巻一』237、238 頁 (岩

波書店、1957))。寄付者と受寄者の間の信託的譲渡を無償とすると、寄付者破産の場合無償否認が成立することになり、受寄者が返還しなければなくなる。しかし、善意の受寄者が目的事業に目的物を消費してしまっている場合には、現存利益のみの返還で足りるという規定が適用されることになろう(破産法 167 条 2 項。善意の立証責任は受益者にある(伊藤真『破産法〔新版〕』324 頁(有斐閣、1991)))。消費されていない場合は無償否認を認めるべきであろう。寄付の性質については、「明示的に信託法の適用を認め、分別管理義務を課すべきであろう」とし、信託法上の他益信託が設定されたと考える見解がある(加藤雅信『契約法』172 頁(有斐閣、2007)。山本敬三『民法講義 IV—1 契約』331 頁(有斐閣、2005)も三宅正男『契約法(各論)上巻』4 頁(青林書院、1983)も、信託法 1 条を挙げ、信託又は信託に類似のものとする)。信託法によれば、信託が設定されると、信託財産が委託者の責任財産から離脱し、委託者個人の債権者は信託財産に対して直接かかっていくことができなくなる。このことは他益信託においては一般的である(新井誠『信託法 第三版』328、329 頁(有斐閣、2008))。また、受託者個人の債権者が信託財産に対しかかっていくことや、受託者の破産管財人が信託財産を破産財団に組み入れることも許されない(新井 332 頁)。

- 79 石坂・前掲(注 77) 204 頁以下。石坂説は、寄付を無償と考え、信託行為とし、寄付の約束を要物契約たる寄付の予約とする。それは、寄付者の事実上の目的と法律上の手段に齟齬があり、法律上の効果が当事者の目的を超過するからである。寄付財物は受寄者に完全に移転するが、受寄者は事業の実行のためにこれを使用する債務を負担するのみである。しかし、石坂説は、寄付者は寄付により受寄者に無償で財産を与える意思を有しないし、受寄者は寄付財産を確定的に自己の財産として取得する意思がないので、寄付は贈与契約でも負担付贈与でもないとする。この点については、寄付の実態によるとする見解がドイツにある。フィッシャーは、受託者の実質的な利得が欠けているとして信託行為を対価中立的な(entgeltneutralen)行為と考える。そして、身寄りのない X が困窮する B に 200 ユーロ贈与することを、A と X が合意するが、その方

法をAは命じていなかったという例を挙げ、このAX間の契約関係も対価中立的なものとして性質づける。しかし、XがBに対して贈与することを可能にするためにAがXに金員を出捐する場合には、二つの贈与があるとす (Fischer, a.a.O.(Fn.8), S.179-181)。

- 80 アメリカ法では、寄付の約束は、現在は約因ではなく、約束的禁反言により拘束力が認められている (E. Allan Farnsworth, *Contracts*, 91,92 (4th ed. 2004))。しかし、寄付者が、受寄者の事業を進める行為と交換取引したのだとして寄付の約束に約因を認める判例もある。例えば、寄付の約束は一方的契約の申込みであり、これを信頼して寄付を受けた者 (病院) が行為をすることにより、拘束力を生じるとするのは、*I. & I. Holding Corp. v. Gainsburg*, 12 N.E. 2d 532 (N.Y.1938)。病院が人道主義的な仕事をするに約因が認められるというのである (Farnsworth, 91)。また、大学への寄付で、基金に寄付者の名を付するという義務の引き受けが大学側にあるため、これを双方向的契約と見る判決もある。そこでは、寄付の用途に関する被約束者への制限が約因の性質を欠く場合もあり、その時は単なる条件と分類されるべきであるとされ、約因として要求されるものなのか、無償契約における単なる条件を示すものなのかは決しがたい場合もしばしばあるが、条件成就が約束者の利益になるかを探求することが、決定的ではないものの助けになるという Williston の見解が参照されている (*Allegheny College v. National Chautauqua County Bank*, 159 N.E. 173 (N.Y. 1927))。
- 81 最判平成8年11月12日は、リゾートマンション売買契約とスポーツクラブ会員権購入契約という二個以上の契約がある場合について、それらの目的とするところが相互に密接に関連付けられていて、社会通念上、そのいずれかが履行されるだけでは契約を締結した目的が全体として達成されないと認められる場合には、一方の債務不履行を理由に、法定解除権により双方の契約を解除することができるとした。原審は、会員権購入契約上の義務の履行が「目的」達成に必須であり、その表示があった時には売買契約の解除もなしうるとし、屋内プールの利用が売買契約の「重要な動機」であっても表示がないので解除できないとした (大

阪高判平成 8 年 1 月 31 日)。原審の判決は、動機の錯誤における判例の枠組み、要件を借用したものとされる(窪田充見・別冊ジュリ 192 号 63 頁 (2008)、大村敦志・ジュリ 1113 号 70 頁 (1997))。同種の事例として、東京高判平成 10 年 7 月 29 日を挙げる評釈もある(北村實・別冊ジュリ 160 号 101 頁 (2001) など)。これは、高齢者用ケア付きマンションの買主が、売買契約のほか、ライフケアサービス契約、ケアホテル会員契約を異なる当事者との間で締結し、債務不履行による解除が主張された事案で、債務不履行を否定したものであるが、マンション売買契約とライフケアサービス契約とは相互に密接な関連を有し、前者の解除が契約条項上当然に後者の契約の消滅事由とされているにとどまらず、後者について債務の履行がないと認められる場合には、前者を締結した目的が達成できなくなるとして、ライフケアサービス契約の不履行により売買契約を解除できるとした(ケアホテル会員契約についてはこのような関連性は見られないとする)。これについては、別法人ではあるものの、売主やサービス提供者側が実質的に同一であることが前提とされているとの指摘がある(中野妙子・ジュリ 1182 号 103 頁 (2000))。この点、支配不可能な他者による他契約上の不履行が同時に解除される契約の当事者のどのような義務違反であるのか、より明確にすべきとする見解がある(北村實・前掲 101 頁)。契約の当事者が実質的にも一致しない場合は、契約を促すような他の契約があったとしても、その効力について関連性を認めうるとは限らない。例えば、保証契約についても、保証の「委託が無効でも当然には保証契約の効力に影響はない」(我妻榮『新訂債権総論(民法講義Ⅳ)』455 頁(岩波書店、1964))とされている。

- 82 複合契約であるクレジット契約において、各契約関係の相互依存性を説明しようとする場合、売買と立替払契約には、「相互に他を条件とする・動機とするという関係」があり、認識もされているので、条件・動機とされている契約の瑕疵等が他方契約の効力を妨げる要素となるという分析が可能であるとするのは、大村敦志『消費者法 第 3 版』146、167 頁(有斐閣、1998)。その際、売買を条件として立替払が為されるとし、この売買契約締結(あるいはこれに関するクレジット会社の「正当な」

利益）がクレジット会社の出捐と見合っていると考えるならば、売買の解除等が立替払契約に影響すべき場合に、そのような関係が考慮されるのではないかと思われる。この場合も当事者の異なる複数契約ではあるが、それらを一体としてなすことについての合意が存し、経済的に一体のものとして行われうることが指摘されている（民法（債権関係）部会資料 16-2『民法（債権関係）部会資料集 第1集〈第4巻〉——第14回～第17回会議 議事録と部会資料』509頁（商事法務、2011））。なお、抗弁の接続問題を考える際には一対一の契約観を見直す必要があるとするのは、椿寿夫「《多角》関係ないし《三角》関係について—取引法での一視点—」椿寿夫・中舎寛樹編『多角的法律関係の研究』6,7頁（日本評論社、2012）。

- 83 平成8年判決の場合、会員権取得はリゾートマンション購入者に義務付けられており、会員権付リゾートマンションが目的物である、リゾート施設が建設されなかったとしたらリゾートマンションはあり得ないのだから、当然そのことが対価に反映したはずで、分譲価格はクラブ施設のある環境を反映したのではないかとの指摘がある（金山直樹「時の判例」法学教室 201号（1997））。また、ドイツ法で問題とされてきた行為基礎事例を基に、当初当事者が形成した等価性が損なわれた場合には期待可能性原理により契約の解消が命じられるとするドイツ学説の検討から、「動機錯誤の顧慮の基本的視角が契約に内在的な等価性の障害にあること」を指摘する見解もある（大中有信「動機錯誤と等価性（一）」法学論叢 139号5号 115, 123頁（1996））。但し、この見解は、双務契約の給付の等価性に関するものであり、値段計算の誤りの事例を取り上げるものである。

（こじま・なつこ 桐蔭横浜大学法学部准教授）