

「民法における契約自由と内容の自由・ 類型強制・類型固定」——*Ann-Marie KAULBACH* 氏の所説を中心に

田 中 康 博

序

本稿は、契約自由を中心に、民法における当事者の合意が法律規定によってどのような拘束を受けるかについて、*Ann-Marie KAULBACH* 氏*の“*Typenzwang im BGB?*”（*JuS* 2011, 397）の所説の紹介を通じて簡単な検討を試みるものである。

KAULBACH 氏は、右論説において「民法における一般原則としての類型強制 *Typenzwang* を分析」している。少し詳しくいえば日本民法では、一般的には、契約自由・強行規定と任意規定、とのテーマで語られる問題について、契約自由と物権法における *numerus clausus* との対比を出発点として民法の各分野——債務法・物権法・親族法・相続法——における *Typenlimitierung*・*Typenzwang*・*Typenfixierung* について検討するものである。財産法の領域についてはややもすれば、契約自由と物権法定主義との対比として簡単に触れられてしまう問題について、類型制限 *Typenlimitierung* との概念を立てることにより、より細かな視点から各法領域における規律の意味を検討しており、日本民法についても参

* *JuS* での紹介に依れば *Ann-Marie KAULBACH* 氏は、Bonn 大学 *Eberhard Schilken* 教授のもとでの博士課程の学生である。

考となるべき指摘も見られる。本稿で、KAULBACH氏の所説を紹介を通じて簡単な検討を試みる——民法の全領域に亘る問題である故に詳しい検討は後日の課題として——所以である。

I. KAULBACH氏の類型強制論

1. 概念定義とKAULBACH氏の問題提起

KAULBACH氏は議論の出発にあたり、本稿で問題となる種々の概念についての整序を行っている。氏による概念整序を確認しておきたい；

1-1. 契約自由 Vertragsfreiheit

契約自由はしばしば「しばしば私的自治の同義語的に使用されている。実際、私的自治は、契約自由の原理の上位におかれる」。また「契約自由の概念は締結及び内容の自由の上位概念として使用される。」つまり、日本でも広く承認されているように、契約自由は具体的には、契約締結の自由と契約内容の自由を含むことを意味する。

1-2. 「numerus claususの原則」と類型強制 Typenzwang

これに対して、「numerus claususの原則」⁽¹⁾は、物権法を支配する。KAULBACH氏によれば、numerus claususと類型強制 Typenzwangは同義語的に用いられる。⁽²⁾

(1) numerus claususというラテン語は「閉ざされた数 geschlossene Anzahl」を意味する。日本民法と異なり、物権法における「numerus claususの原則」を定める明文の規定はドイツ民法には存しない。しかし、例えば、ドイツにおける物権法の代表的概説書のひとつである *Wolf/Wellenhofer, Sachenrecht, 24. Aufl., 2008, §2 S. 14* は「他の法領域におけると同様に、物権法においても、法律に明示的に言及されていないが、法律に基礎を置き、法律の適用・解釈に影響を与える一定の原理によって支配されている」として次の5つを「物権法の基本原理」として挙げている。その5つとは、①物権法の numerus claususの原則 ②公示の原則 ③確定性の原則 ④特定性の原則 ⑤無因性の原則、である。

(2) この用語法はドイツでは極めて一般的であるといつてよいだろう；例えば、*Wolf/Wellenhofer, a a O (oben N. 1) Rdnr. 2*, では、「新たな物権は当

1-3. 類型固定 Typenfixierung と類型制限 Typenlimitierung: KAULBACH 氏の問題提起

KAULBACH 氏は、これまでの支配的な理解を基礎にしつつも、類型強制を更に類型固定 Typenfixierung と類型制限 Typenlimitierung に細分する⁽³⁾という視点を打ち出す。類型固定 Typenfixierung は「一定の法律行為のタイプの内容的な固定した表記法と理解されていて、それ故、内容の自由に対する対立物と理解されている。」これに対して、「類型制限 Typenlimitierung は新たな法律行為の類型 Type を考案することの禁止を請合う」のである。

KAULBACH 氏はかかる類型固定 Typenfixierung と類型制限 Typenlimitierung とに細分することが功を奏することを示すことが本論文の目的あるとする。

2. 物権法における「numerus clausus の原則」

2-1. 物権法における類型強制 Typenzwang

KAULBACH 氏は「類型強制 Typenzwang は一般的に承認されている物権法の原則に属する。だれも新たな物権を考案することはできない。同様に、例えば譲渡の法律効果は法律によって確定されていて当事者の合意によって規定されない。図式的には、物権法は債務法の対立物とされ、類型強制 Typenzwang は契約自由の対立物と説明される。」という

事者によって創設されえない(類型強制 Typenzwang また物権法の numerus clausus)」と説明されている。

(3) これまでは次のような説明が一般的であった; *Baur/Stürner*, *Sachenrecht*, 17. Aufl., 1999, § 1 2 S. 3 は, 「a) 物権法において可能な物的権利は法律において書き表されなければならない〔固定〕; 物権の *numerus clausus* (類型強制 Typenzwang)。b) それにより可能な権利の内容は, 少なくともその概略において, 強制的に法律によって確定されなければならない(類型固定 Typenfixierung)。」また *Wolf/Wellenhofer*, a a O (oben N. 1) Rdnr. 4 では, 「numerus clausus は, 可能な物権の類型 *Sachenrechtstypen* の法律による固定 *Fixierung* によって補充される」。

理解を示す。⁽⁴⁾

契約自由の原則には、上で確認したように、締結及び内容の自由を含むものである。類型強制 Typenzwang は「内容の自由」に関するものである。「しかしながら、物権法においても誰も法律行為を締結することを強制されるものではない。物権法を締結自由が支配する。⁽⁵⁾」。

契約自由の原則が物権法には妥当しないとされ場合には、これには「契約内容の自由」については妥当しないことを意味する過ぎず、これに対して「契約締結の自由」に関しては、「物権法と債務法とのとの間の対比は見た目ほどには大きくないのである」。

2-2. 物権法における類型制限 Typenlimitierung

KAULBACH 氏は、更に続けて次のように論じる；「物権法は、法律で規定されている権利のみを認めている。その結果、物権法上の法律行為の数も限定されている。類型制限 Typenlimitierung も存在しているが、しかし、それはひび Risse がある」とする。「ひび」の顕著な例は〔物権的〕期待権 Anwartschaftsrecht であり、⁽⁶⁾更に保全所有権 Sicherungsei-

(4) いうまでもなくかかる理解は日本におけるのみならずドイツにおいてもきわめて一般的な理解である。例えば、Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2., 3. Aufl., 1979 S. 13 「一方では債務法と他方では、物権法・親族法・相続法が互いに対立し、物権法・親族法・相続法では、私的自治的に形成された権利関係については法律の numerus clausus が適用され、他方、債務法では契約自由の原則が存する。債務法上の契約について給付を内容的に確定するという自由が存する限りで、このことは正しい。」

(5) すでに例えば、Flume, a a O (oben N. 4) S. 12, Baur/Stürmer, a a O (oben. N. 3), § 1 2 S. 3, Wolf/Wellenhofer, a a O (oben N. 1) Rdnr. 2

(6) 物権的期待権 Anwartschaftsrecht は、動産の所有権留保売買、すなわち「所有権取得の前段階」(KAULBACH 氏)における買主の地位に関して、物権法の保護を受けうる権利である。Baur/Stürmer, a a O (oben N. 3) § 59 Rdnr. 3 は「買主は、Anwartschaftsberechtigter として、823条〔不法行為による損害賠償請求権〕——985条以下〔所有権に基づく返還請求権〕——1004条〔所有権に基づく妨害排除請求権〕により保護される」と説明

(7)
genium もこれに中る、という。

この二つの例を KAULBACH 氏は「これは民法への新たな、明示的ではなく規範化された物権法の進入の少しばかりの例である。」とする。

KAULBACH 氏に依れば、そのような新たな物権法上の行為についても類型固定 Typenfixierung が認められるという：つまり、例えば、「物権的期待権は、同様に、物権法上の行為のあり方 Ausgestaltung の支配を受けるのであり、当事者の合意の下に置かれるのではない。」のである。

2-3. 物権法における類型固定 Typenfixierung と「内容の自由」

しかしながら「物権法における類型固定 Typenfixierung は、相当数の法律行為が両当事者に一定の内容上の具体化の自由 Gestaltungsfreiheit を許すということを含む。役権はその一例である (BGB § 1018)。役権という法律行為によって、権利者に物についての個々の利用と利益が与えられる。どのように利用し利益を受けるかは両当事者に委ねられている；その限りで内容の自由 Inhaltsfreiheit が存するのである。」⁽⁸⁾

する)。

(7) 保全所有権 Sicherungseigentum は、「慣習法上、動産質権に代わって普及したものである。質権設定の代わりに、債務者は、債権者に自己に属する動産債務者に向けられた債権者の請求権の担保のために譲渡する。譲渡は、通常は、物権的合意 Einigung と占有改定の合意によって行われる。このことは、債務者に〔目的物の〕直接占有と利用可能性が留められ、他方、債権者には完全な所有権 das volle Eigentum が移転するという結果になる。」(Baur/Stürner, a a o (oben N. 3) § 57 Rdnr. 1)。ここでは「所有権移転」の形式がとられているが、「通常の所有権移転」と異なり、「当事者の見方によれば、譲渡は一時的に過ぎない nur vorläufig (Baur/Stürner, a a o (oben N. 3), § 57 Rdnr. 2)。「保全所有権者は、〔目的物の〕直接占有も利用可能性を有していないが、保全所有権が手に入れたところのものは、所有権の内容である、すべての者に対する優先的地位と債務者の遅滞に際しての履行可能である」(Baur/Stürner, a a O, § 57 Rdnr. 3; 「すべての者に対する優先的地位」は例えば、強制執行法の第三者異議の訴えとして具現化する。

2-4. 物権法における *numerus clausus* に関する結論

KAULBACH 氏は以上の考察からと物権法の *numerus clausus* と類型制限・類型固定について次のような結論を得ている：「物権法の *numerus clausus* は、それゆえ、しばしば主張される程には厳格ではない。従って、殆ど契約自由の対立物ではない。債務法におけると同様に物権法でも締結の自由が存する。内容上も、両当事者は一定の自由を有していて、それどころか新たな物権も可能である——しかしながら、単なる当事者の合意によってではなくて、一般的な法的確信 *Rechtsüberzeugung* によって担われている判例によって——。類型制限 *Typenlimitierung* と類型固定 *Typenfixierung* とはしかしながらひろく平行して存在し、その結果両概念のあいだの違いは物権法にとってはいかなる見出されない。」

3. 親族法・相続法における類型強制 *Typenzwang*

KAULBACH 氏は続けて親族法・相続法における類型強制 *Typenzwang* について考察を進める。

3-1. 親族法

親族法の領域でもまず、契約締結の自由は認められる。親族法においては、「許与される法律行為は法律において確定的に挙げられている。」親族法規定には広く強行的な性格が認めらるが、*KAULBACH* 氏によれば、「親族法において、広範な、しかしながら完全ではない類型固定 *Typenfixierung* が存し、それ故、親族法にとっては、類型固定 *Typen-*

(8) 物権法においても限られた範囲で「内容自由」が認められることはこれまでも指摘されたきた、例えば *Flume, a a O (oben N. 4) S. 13*; なお、1018条は次のように規定する；土地は、他人の土地を個々の関係において利用し、または、土地上で一定の行為を行ってはならない、または承役地の所有権から他の土地に対して生じる権利を行使しない、という方法で、他人の土地のその都度の土地所有者のために、負担を負わされうる（地役権）。

fixierung と類型制限 Typenlimitierung との区別づけは意味がない」と結論する。その根拠は：

KAULBACH 氏よれば親族法規定には広く強行的な性格が認めらるが「法律で規定されている類型 Type が内容上少なくとも一部が確定されていること以外の何も意味しない」。つまり、「法律上の夫婦の法律効果は強行的に規定されているが、夫婦の財産のあり方は夫婦財産法（1363条以下）に基づく。」「夫婦財産関係においては、予め与えられた財産法の雛形 Güterrechtsmodelle への拘束があるものの、雛形の間での自由が認められている。」しかし、ここでの類型は、財産現状は法律行為ではなくて、法律行為の形付けに過ぎない故に、物権法における意味での類型が問題なのではない。それ故、両配偶者が財産現状の選択に関して法律の雛形に結び付けられる場合には、このことは法律行為の内容上の固定 Fixierung を意味し、その余においても、親族法上の法律行為は、強く固定されている」からである。

3-2. 相続法

相続法においては、「契約の自由によって遺言の自由が存する。」KAULBACH 氏は「何人も遺言を作成することを強制されない」から、相続法は「その限りで物権法や親族法との違いない」。KAULBACH 氏は、死因処分⁽⁹⁾については遺言 das Testament と相続契約 der Erbvertag⁽¹⁰⁾という二種類だけが認められている故に、「相続法においては類型制限 Typenlimitierung が認められるべきである」という⁽¹¹⁾。

相続法においては物権の効果がある遺贈 Vindicationslegat は認められ

(9) 1937条は「被相続人は自己の死亡を原因とする一方的な処分によって相続人を確定できる」と規定する。それに依れば遺言とは「一方的な死亡するまでは自由に撤回できる最終意思といえる」。

(10) 1941条1項に依れば「被相続人は、契約によって相続人を任命し、遺贈及び履行義務を指図でき」これを「相続契約」という。

(11) 日本法と同じくドイツ法でも死因贈与が認められるが、KAULBACH 氏はこれは相続法上の性質を有しないという。

(12) ないが、これは「相続法に類型固定に因るのではなくて、包括承継という上位におかれた原理に因るのである」。「被相続人が法律に規定されていない指図を行いうるかどうかは、包括承継の原理と調和するかどうかには掛かっている」。そうすると「一定の指図は排斥される」結果「一定の指図に際しては遺言の自由は限界にぶつかる」。しかし、これは「一定の指図」が「包括承継という上位に位置づけられる法原則に矛盾する」からである。

以上の考察から KAULBACH 氏は、「相続法では設定の自由と並んで内容の自由も存し、類型固定は否定されるべきである。ここでは類型固定と類型制限の類似性は直ちには存しない故に、この二つの概念の区別づけは意味がない」と結論づける。

4. 債務法における契約自由の限界

日本でもしばしば指摘されるように、契約法においては「契約自由の原則」が支配し、また「内容の自由」が認められる。内容の自由が認められるから、「両当事者は原則としてあらゆる任意の合意を為しうるのである」。「法律においては、確かに、一定のタイプの債務関係が挙げられてる。しかし、このことは、最終的でもなれば強行的でもない。両当事者は、様々のタイプを混合でき、あるいは、完全に新たなタイプを行いうる。」かかる内容の自由の捉え方については彼此れでの違いはない。しかし、KAULBACH 氏は「債務法においては類型制限 Typenlimitierung 存すると」する。これは次ような理由による；「債務法上の権利関係は物権法の意味における類型 Typen ではない。それは „債務

(12) 例えば、Hk-BGB/*Hoeren*, 2. Aufl., 2002. Vor §§ 2147-2191 Rn 3 は「相続人とは反対に受遺者は、分配された目的物に関して被相続人の直接の承継人ではない（物権的効果のある遺贈ではない）」とし、かかる立場とられた根拠について Rn 12 で「相続財産に対する債権者 Nachlassgläubiger の利益をより保護するために、BGB の起草者は〔債務法上の請求権である〕 Damnationlegat に賛成した。」としている。

契約」という一般的な契約類型の外形 Erscheinungsform“なのである。⁽¹³⁾つまり、債務法は、包括的な類型の自由 Typenfreiheit を認めていないからである。しかも「債務法においては、両当事者には、唯一の法律行為の類型のみが開かれている故に、債務法における類型制限は寧ろ親族法・相続法・物権法上の Typenlimitierung よりも広く及んでいる。」従って、「債務法においては類型固定 Typenfixierung は原則として存しない。⁽¹⁴⁾」のである。

以上の考察から KAULBACH 氏は債務法について次のような結論を得ている；「債務法においては以下のような像 Bild t が明らかとなる：締結の自由・内容の自由という二つの相を伴う契約自由が保障される。原則として、類型固定 Typenfixierung は存在しない。」「しかしながら、唯一の法律行為類型への類型制限が存する；[すなわち] 債務関係 [がそれである]。従って、債務法の領域においても、類型固定 Typenfixierung と類型制限 Typenlimitierung との間の違いは意味がある、否それどころ

(13) KAULBACH 氏自身その註34で指示するようにかかる見解はすでに *Flume, a a O oben N. 4) S. 13* において主張されていたものである。なお、*Flume* 教授は債務法上の契約に際しては、給付は多くの場合には、財貨の法的帰属の変更において存する（例えば、売主は、買主に売買目的物の所有権を与える義務を負う）。財貨帰属の法的あり方 Rechtsfiguren の numerus clausus はそれ故同時に債務法上の契約自由も制限する。例えば、自己の契約相手方に相続可能な用益権を設定する義務を負うという債務法上の合意は、相続可能な用益権の設定の義務づけが根拠づけられる限りで、無効である（1061条）。

(14) 但し、KAULBACH 氏の教えるところに依れば、債務法における類型固定を認める見解もある：債権譲渡・債務引受に関する *Flume* 教授の見解がそれであり、*Flume* 教授はこれについて次のように述べている；「義務は債務引受（414条以下）によって、請求権は債権譲渡（398条以下）によって移転せられる。……権利または義務の法的帰属は、法秩序がそれを内容的に規定したような方法でしか行われえない。法秩序が規定する以外の法的帰属は、債務法の領域においても存在しない。」(*Flume, a a O (oben N. 4) S. 13*)

か、債務法上の契約類型の性質に関するひろく行き渡った誤解を排除するために、不可欠である。」

5. 契約自由と類型強制 Typenzwang の機能分析

以上の民法全領域に亘る分析から、KAULBACH氏は、①民法のすべての領域において「締結の自由」が支配していること ②類型制限もいたるところで存在するか法領域により処分できる類型 Type の数は異なること ③物権法と相続法では類型固定 Typenfixierung は存在するが、相続法では存在しないこと ④債務法上の類型 Type は、債権譲渡を除き、同様に固定されないこと、との結論を得た。KAULBACH氏は「かかる結論は如何に明らかにされるのか」という問題を設定し、これについては「一方では契約自由の機能分析が、他方では類型強制 Typenzwang の機能分析が必要である」として、各法領域における類型固定の機能の考察を進める。

KAULBACH氏によれば、契約自由は基本法2条1項（「何人も、他人の権利を侵害せず、かつ、合憲的秩序または人倫法則に反しない限りにおいて、自己の人格を自由に発展させる権利を有する⁽¹⁵⁾」）に支えられていて、「法律行為の許与の規準は自由の制限である」とする。更に続けて次のようにいう；

① 債務法上の法律行為は両当事者間 inter partes のみで効果があり、「法律行為は意思表示によって成立するから、その法律効果は、その基礎を両当事者の意思に置いていて、これによって正統化される。」「それ故、第三者が害される・法律が侵害される・権利者のひとりにその決定 Entscheidung において自由が実現されていない、場合には、契約自由は頼られないのである」。

② 物権行為は、すべての人に関して erga omnes 効果がある。物権行

(15) 翻訳は、高橋和之編・新版世界憲法集〔2007年、岩波書店〕「ドイツ連邦共和国基本法〔ボン基本法〕167頁（石川健治）による」

「民法における契約自由と内容の自由・類型強制・類型固定」

為の締結によって、両当事者は不特定多数の第三者の自由領域に干渉できるところ、かかる干渉は制定法規定に基づいてのみ、且つ、その枠内で行いうる。それゆえに、物権法においては広い類型固定が必要であり、類型の厳格さは法的安定性——物権行為に関与しない第三者が〔法律〕行為の法律効果を個々には知らずとも信頼して判断できる——を実現し、かかる法的安定性と債務法上の契約自由は自由な物品取引にとっての、つまり、ドイツの経済秩序にとっての大前提 Grundvoraussetzung である。

物権法にとつても一定の範囲で「内容の自由」が認められているが、これは結局、債務法における内容の自由と同じ原則：すべての他人の自由の境界にあける個人の自由：の現れである。

また、債権譲渡は物権法におけるようにある者に対する法的地位の秩序づけの問題であるので、債権譲渡については類型固定 Typenfixierung に関する物権法についてと同じ規準が妥当する。

③ 親族法の法律行為は、当事者の法的地位に及ぶ：その結果、物権法が物の地位に関するのと同様に個々では人の地位が問題となる。従って、ここでは「一般拘束的であらねばなら」ず、「強制的・排他的な規律」が要求される。夫婦財産契約も配偶者間、従って契約当事者間にみに関するのみならず、「第三者の自由権に影響する」。それ故、「類型固定 Typenfixierung は第三者の保護に必要な限りで親族法に及び、その余においてはあり方の自由をそのままにしておく」

④ 相続法では、相続放棄が問題であるところ、相続放棄しなかった相続人は自己の意思に根拠づけられることにより正統化されるから、法律により遺言による可能な指図の制限的列挙は必要ではないのである。注意すべきは、ここでは「包括承継の原則は、法取引の重要な保護の必要性を根拠づける」ところ、相続人において被相続人の権利・義務が継続する故に、相続人の地位は親族法におけるそれに比肩され、その結果、一定の指図〔物権的效果がある遺贈〕が法律上排斥されるのである。⁽¹⁶⁾

6. 類型制限の機能と結論

KAULBACH氏は類型制限について、「民法典は、すべての領域における徹底した類型制限によって作り出されて」いて「類型制限は、契約自由の対立物ではなく、あらゆる種類の契約自由にとっての不可欠の前提である」とする。つまり；

類型制限は、基本法2条1項において起草された原理によっていて、様々の法領域において明らかにされている。法律行為は法律秩序を規定する法律効果を結びつける構成要件 Tatbestand であるから、法秩序が法律行為を許す場合には、法律行為は同時にそのことによって類型化され typieren ている。法秩序は、類型化されていない法律行為を許さないからである。⁽¹⁷⁾

KAULBACH氏によれば、しかし、類型固定の射程は民法の各領域で異なっている。類型制限は、すべての民法上の権利を横断し、特定の法領域には限定されない方策 Mittel なのである。⁽¹⁸⁾

(16) ドイツにおいてもこれまでに内容自由が認められる否かの基準を奈辺に求めかかについては議論があったところである；KAULBACH氏もしはしば引用する Flume 教授は「一方では債務法の、他方では物権法・親族法・相続法の原則的な違いは、主として、法取引が、財貨の法的に帰属または人権の関係が問題である限りで、帰属及び人権の関係の地位の斉一性を指図していることに依っている。それ故、債務法にとっても、上で詳論したように、存在している権利・義務の法的な帰属が問題である限りで、内容的な具体化の自由の意味における契約自由の原則は妥当しないのである。」と簡単に説明していた (Flume, a a O (oben N. 4) S. 15)。

(17) なお、KAULBACH氏は例えば物権法における期待権については、本文で示した考えにはこれは対立しないとす。それは、「一般的な法確信 Rechtsüberzeugung によって引き受けられた判例は、規範化された法と同様に法源であり、法律行為の承認のためには当事者の意思で十分なのでなく、慣習法上の安定性が必要である」からである（もちろん、これは裁判官による法の継続形成を否定するものではない）

(18) 最後に KAULBACH氏は *Füller, Eigenständiges Sachenrechts?*, 2006 について批判的な見方を示しているが、これについては検討は今後の課題としたい。

Ⅱ．日本法についての簡単な検討

1．総論的検討

KAULBACH 氏の説明の多くは日本法についてもすでに言及され、且つ、広く承認されてきていると思われる。それでもなお、参考にされるべき提起も多いようではないだろうか；

全体に亘るものとしてはなによりも類型強制を類型固定と類型制限とに細分することに関してである。KAULBACH 氏は類型固定と類型制限との違いが必ずしも民法の全領域に亘って十分に区別されるものではないが、特に、債務法——より正確には「契約法」というべきか——では類型制限が特に有効に機能しているといえんとする。契約法では、「契約」という一つの類型のみが民法により認められていて、契約が成立する要件が法定されているのである。日本でも契約の成立をどのように捉えるかは一つの重要な問題であり、類型制限との概念に基づく分析が日本法でも有用であるかどうかについては詳しい検討に値するように思われる。

2．物権法について

KAULBACH 氏のテーマからは何よりも、物権法定主義との関係が想起される。KAULBACH 氏が例示する物権的期待権・所有権留保との関係では、日本における不動産譲渡担保と物権法定主義に関する議論が想起される。近時では不動産譲渡担保権と物権法定主義との関係についてはほとんど議論がないものの、不動産譲渡担保についてはこれを物権として認めることに疑問を呈するものもあつた。⁽¹⁹⁾ KAULBACH 氏は物権的期待権を認めても物権法における類型強制には反しないとする。

(19) 例えば石田喜久夫・口述物権法（1982年，成文堂）513頁

なお、道垣内弘人・担保物権法（3版，2008年，三省堂）301頁***の指摘も参照

KAULBACH氏は物権法における新たな物権の承認を、契約内容の自由の問題ではなくて、「法律行為の承認」の問題ととらえる。問題なのは、かかる「承認」の主体であり、KAULBACH氏は不動産譲渡担保をめぐる法典と判例との関係はドイツと日本とで基本的に異なるものではないところ、やはり不動産譲渡担保権の正統化根拠の検討に際しては参考になるものと思われる。

3. 債権法について

債権法の領域では、債権譲渡に関する類型強制に関する議論が特に目を引く。ここでは当事者による譲渡禁止特約の第三者に対する効力と対抗要件の効力に関する議論（最判1977年3月17日民集31巻2号308頁、最判1997年6月5日民集51巻5号2053頁）の検討にあたってはここでの議論は参考になるように思われる。

周知のように、債権譲渡禁止特約の効力についてはいわゆる「物権的効果説」と「債権的効果説」との対立があるところ、判例・通説は前者⁽²⁰⁾によっているとされている。最高裁は、譲渡禁止特約つき債権の譲渡については債務者の事後承諾について「譲受人が右〔譲渡禁止〕特約の存在を知って譲り受けた場合であっても、その後、債務者が右債権の譲渡について承諾を与えたときは、右債権譲渡は譲渡のときにさかのぼって有効とな」（1977年判決）るが、「116条の法意に照らし、第三者の権利を害することはできない」（1997年判決）とする。1997年判決は、「116条の但書の法意」とはせず「116条の法意に照らし」と根拠を示すことによって1977年判決で示されなかった理由を明らかにしたとの理解も示されている⁽²¹⁾。最高裁で示された具体的な結論については異議はないが、この「116条の法意に照らし」との意味については債権譲渡禁止特約の効果をどのように理解するか、その際如何なる観点から考えるべきかと

(20) 簡単に、三村量一・最高裁判所判例解説平成9年〔28〕事件、665頁

(21) 三村〔前掲註20〕669頁

の問題についても KAULBACH 氏の所説は参考になるものと思われる。

4. 家族法について

KAULBACH 氏は親族法上の契約、特に夫婦財産契約について類型固定が強固であるというが、ここでの「類型固定」は物権法におけるそれとは異なるとする。日本では夫婦財産契約それじたいが極々少数（ほとんど皆無というべきか）であり、実務・学説においてもほとんど議論されていない。他方しばしば、親族法上の法律行為は、相続法上のそれと並んで「強行的法的性格」を有していて、その点では物権法と同じであるし、類型固定が認められるとしている。尤も、KAULBACH 氏は物権法における類型と親族法における類型の意味とは同じではないとしているので、ここでは改めて「類型」の意味自体を問う作業も必要かとも思われる。

相続法の分野においては後継遺贈に関する議論が思い起こされる。後継遺贈とは、「遺言の効力が発生した後に受遺者Bが死亡しても、その受遺者の相続人に遺贈の目的物を相続させるのではなく、被相続人Aの⁽²²⁾⁽²³⁾指定する者Cに遺贈の目的物を与えるというタイプの遺贈である」。か

(22) 潮見佳男・相続法〔4版、2011年、弘文堂〕248頁以下、伊藤昌司・相続法〔2002年、有斐閣〕92頁、132頁参照

(23) 遺贈には、条件や負担を付することもできるから、単に第二次遺贈と目されるべき遺贈について遺言がなされたとの一事をもってそれを「後継遺贈」と解することができるかは一つの問題であり「後継遺贈」の効力を問題とする前提として、「遺言の解釈」により、当該遺言が「後継遺贈」に中るかを確定する必要がある。

最判1983年3月18日（家月36卷3号153頁判時1075号115頁）はでは次のような遺言の効力が問題となった；

「(1) 第一次遺贈の条項の前に、与作が経営してきた合資会社○○○○店の与作なきあとの経営に関する条項、被上告人に対する生活保障に関する条項及び馬越太郎及び被上告人に対する本件不動産以外の財産の遺贈に関する条項などが記載されていること、

(2) ついで、本件不動産は右会社の経営中は置場として必要であるか

かる後継遺贈が認められべきか否かは相続法における現下の重要問題のひとつである。これが認められるという立場とこれを否定する見解が対立している。⁽²⁴⁾この問題を考えるにあつたても日本でも「包括承継の原則」が採られているが故に、KAULBACH氏によつと示された視点——ここでは「包括承継」というより上位の原則の適用が問題である——は参考になるのではないかとも思われる。

結びにかえて

以上のように、KAULBACH氏の設定は日本法の解釈においても参考になるものと思われる。

ここで気をつけてなければならないのは、特に物権の領域においては彼

ら一応そのままにして、と記載されたうえ、第二次遺贈の条項が記載されていること、

(3) 続いて、本件不動産は換金でき難いため、右会社に賃貸しその収入を第二次遺贈の条項記載の割合で上告人らその他が取得するものとする旨記載されていること、

(4) 更に、形見分けのことが記載されたあとに、被上告人が一括して遺贈を受けたことにした方が租税の負担が著しく軽くなるときは、被上告人が全部(又は一部)を相続したことにし、その後前記の割合で分割するというにしても差し支えない旨記載されている」

原審が、「本件遺言書の中から第一次遺贈及び第二次遺贈の各条項のみを抽出して、「後継ぎ遺贈」という類型にあてはめて」遺言者の意思を解釈したのに対して、最高裁は「原審としては、本件遺言書の全記載、本件遺言書作成当時の事情などをも考慮して、本件遺贈の趣旨を明らかにすべきであつたといわなければならない。」とする。

(24) この問題は、後継遺贈を認められるとする米倉明「後継ぎ遺贈の効力」*tâtonnement* 3号(1999年)を嚆矢として議論が見られるようになったといつてよいであろう。その後大村敦志「『後継ぎ遺贈』論の可能性」道垣内=大村=滝沢編・信託取引と民法法理(2003年、有斐閣)217頁以下は、後継遺贈が認められるとする米倉教授の論考に「触発されて」後継遺贈の可能性を検討し「直ちに可能なのであるといえませんが、全く不可能はわけではない」と結論付けている。前掲(註22)の潮見教授、伊藤教授も後継遺贈を認めることには否定的である。

「民法における契約自由と内容の自由・類型強制・類型固定」

此れで採られている基本的なシステムが違うことである。もちろん、例えば、契約の成立のように〔細かな違いはこれを度外視して〕「申込と承諾のという二つの意思表示の合致」と説明されるように共通項も多い。KAULBACH氏の所説、また氏の所説の前提となるドイツのこれまでの議論をそのまま日本に導入するものではなく、考察の参考とするのである。

KAULBACH氏の指摘は民法全般に亘っている。それ故、本稿では簡単に問題の指摘にとどまらざるを得なかった。KAULBACH氏の問題設定とその帰結の妥当性の検証、右に挙げた諸問題以外の問題も含めて詳しい検討は今後の課題としたい。⁽²⁵⁾

(25) 椿寿夫他「強行法と任意法」(法セ684号2012年1月号)1頁以下は、債権法分野の「26個の条文ないし場面」について「原則とされる場合〔任意法〕か例外に属する場合(強行法)かに関する問題点を指摘しようとする」(椿)ものである。この問題については椿博士が指摘されるように「研究や教科書における言及の蓄積が十分にあるテーマではなく、ほとんど未開拓の部分すら絶無ではない」。このような理論状況下ではKAULBACH氏の指摘は研究の一つの手掛として有用と思われる。(校正時に追記)