慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	「債務関係」、あるいは債務という観念 (契約法研究) (2・完)
Sub Title	"Le lien d'obligation" ou la notion d'obligation (Etude de droit des contrats) (2)
Author	Mekki, Mustapha(Mekki, Mustapha) 山城, 一真(Yamashiro, Kazuma)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2011
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.21 (2011. 12) ,p.117- 144
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	講義 : 2010年度大陸法財団寄付講座「大陸法の基本概念」
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20111226-0117

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

講義
2010年度大陸法財団寄付講座「大陸法の基本概念」

「債務関係」、あるいは債務という観念
（契約法研究）（２・完）

ムスタファ・メキ
山　城　一　真／訳

〔序論〕（n° 1-8）
Ⅰ　債務関係の識別要素（n° 9-33）
　A　法的債務と道徳的債務との区別に関する誤解（n° 10-17）
　B　契約関係と債務関係との区別に関する看過（n° 18-32）（以上、前号）
Ⅱ　債務関係の構成要素（n° 33-53）
　A　分類の過剰性（n° 34-40）
　B　分類の過小性（n° 41-53）
〔結論〕（n° 54-55）（以上、本号）

Ⅱ　債務関係の構成要素

33　為す債務、為さない債務、与える債務の三位一体　　契約によって創り出される債務は、古典的には、その目的に応じて分類されてきた。債務の目的と給付の目的とは区別しなければならない。「債務は、与え、為し、または為さざることを内容とする給付を目的とする。そして、この給付自体は、物（財産）または役務を目的とする」[1)]。分類が明確かつ多様になるほど、債務は経済活動の実態に即したものとなる。伝統的には、為す債務、為さない債務および与える債務からなる三分類が認められてきた。フランス民法典1126条によれば、「契約はすべて、当事者が与える義務を負うもの、または当事者が為し、

もしくは為さない義務を負うものを目的とする」。為す債務と為さない債務は、ある者の行為に関するものであり、与える債務は、物の引渡しに向けられたものである。人と物との二分法が、契約による債務の目的に反映されているのである[2)]。これに反し、梅謙次郎の理論を紹介した金山直樹教授によれば、日本法においては、民法は、債務の目的として、「特定の者による一定の行為」のみを規定している。梅は、西欧の三分法を知ってはいたが、これを民法で採用することを是としなかったのである[3)]。

これらの債務の中でも最も論争が絶えないのは、与える債務である。与える債務は、一部の論者の考えではまったく邪魔なものであり、彼らは、時に、彼らによれば不明確なものと解されるこの概念を「避ける」ようにしている[4)]。一定のコンセンサスをもたらす定義から出発するならば、与える債務とは、「日常的な意味には反するが、必ずしも無償のものに限らず、ある物の所有権を移転しまたは物権を設定する」[5)] 債務を指称するということができる。「与える」という語は、所有権を移転することという意味をもつ *dare* に由来する[6)]。与える債務は、「所有権の譲渡または物権の設定」[7)] に還元されるのである。為す債務は、建物の建築、物の修繕、役務の提供のような積極的な給付の実現を前提とする。為さない債務は、以前に営業財産を譲渡した者の近傍に新たに営業

1）A.-S. Lucas-Puget, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, Préf. M. Fabre-Magnan, L.G.D.J., 2005, n° 157, p. 98.

2）G. Pignarre, *A la redécouverte de l'obligation de praestere. Pour une relecture de quelques articles du Code civil*, R.T.D. civ., 2001, p. 41, spéc. n° 1, p. 41.

3）N. Kanayama, *Donner et garantir – Un siècle après ou une autre histoire*, in Etudes J. Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 473 et s., spéc. p. 475.

4）同旨、A. Bénabent, *Les obligations*, 12ème éd., Montchrestien, 2010, n° 143, p. 109.

5）M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 2ème éd., PUF, Thémis, 2010, p. 184.

6）歴史的には、この点はあまり明確ではない。V. A.-S. Lucas-Puget, *th. préc.* [note 1], n° 68, p. 49.

7）P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8ème éd. Par F. Senn, Rousseau & Compagnie, 1929, spéc. p. 472.

財産を創設すること、かつての使用者と競業すること、他者に財産を売却すること等の行為を債務者に対して禁ずることを前提とする[8)]。

ところで、以上にみた債務の「三位一体（trinité）」構造は、フランス債務法から一切の一貫性を失わせるほどに不十分なものである。もはやこの三分法の中に列記されるべきではない債務もあろう。とりわけ、与える債務についてはそう考えられる。逆に、給付する債務（obligation de praestare）のように、債務の分類の中に取り込むことが正当だと考えられるものがほかにもあるだろう。いいかえれば、この分類は、余分なものを取り込んでいるとともに（A）、必要なものを取り込んでいない（B）ことによって批判されているのである。

A　分類の過剰性

34　現実的履行の強制と与える債務　与える債務の場合とは異なり、為す債務および為さない債務の存在そのものには争いがない。与える債務の正当性は問題になり得よう。それは虚構にすぎないのか、あるいは現実なのであろうか。

まず、与える債務は、歴史的には一定の現実性を有している。それは、ローマ法に存在し、形式的にはフランス民法典によっても踏襲されているのである（特に1101条および1126条）。与える債務は、起草者の考えでは、不履行との直接的な結びつきを有するものであった。与える債務について不履行があったときには、債権者は強制履行を求め、司法手続を通じて所有権の移転を命ずることができたのである。日本の民法414条も、為す債務、意思表示、不作為債務を区別して強制履行の可能性を認めているから、これと同旨といえよう。

これに対し、フランス民法典1142条は、その文言から理解すれば、為す債務および為さない債務の不履行については、一切の強制履行を妨げるものであった。損害賠償を与えることのみが考えられるのである。しかし、諸種の債務の間のこうしたきわめて明瞭な区分には、判例によって疑義が差し挟まれるよう

8）包括的な研究として、Chr. Boillot, *L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires*, R.T.D. com. 2010 p. 243 et s. を参照。

になった。判例は、次第に、人的または物的な不能が存しない場合には、為す債務についても現実的履行の強制を拡張したのである。

> その例証として、2007年１月16日の破毀院第一民事部判決は、1134条および1142条ならびに民事訴訟法典４条および12条に基づき、次のように判示した。「自らに対する契約上の義務の履行を受けなかった当事者は、相手方に対し、履行が可能である限り、合意の履行を強制する権限を有する。このような履行およびなされた約束の尊重を保障することを目的とする、アストラントを伴う禁止または除去のための措置を言い渡すことは、紛争に裁定を下すべく義務づけられている事実審裁判官の権限に属する」[9]。

破毀院が、ここで採用された解決に対してさらなる射程を与えるべく、債務の目的ではなく、合意の履行と表現するよう注意を払っていることに注目しよう。あらゆる合意が、債務の目的とは独立に、契約の拘束力の名において強制履行の対象とされ得るのである！

この間に、契約における価格の決定に関する紛争において、与える債務〔という観念〕は、新たに生まれ変わるために消滅している。

35　価格の決定と与える債務　破毀院が、契約における価格の決定に関する惨憺たる判例に限定を付するために諸契約の分類に手を加えたとき、与える債務は、不死鳥のように灰の中から蘇った。破毀院は、特に与える債務を目覚めさせ、与える債務においては、契約成立の時点で価格が確定されていなければならないのに反し、他の債務については、価格は有効性の要件ではなく、契約成立の時点で確定していることを要しないとしたのである[10]。こうした回帰は、いささか便宜的かつ擬制的なものではあるが、与える債務〔という観念〕が、

9）Cass. 1re civ., 16 janvier 2007, J.C.P.（G）, 2007, I, 161, obs. M. Mekki.

10）D. Tallon, *Le surprenant réveil de l'obligation de donner,* D. 1992, Chr., p. 68 et s.

時の流れと多数学説による批判とに抗していることを確認させるものである。

36　与える債務の将来？　与える債務は、今日においてもなお存在意義を有するだろうか。いくつかの理由で、この点については疑いを差し挟むことができる[11)]。まず、与える債務はもはや無内容である。というのは、フランス法においては、原則として、所有権の抽象的な移転が生じるためには、契約の要素に対する合意がありさえすれば十分だからである[12)]。フランス民法典1138条は、次のように規定する。「物を引き渡す債務は、契約当事者の合意のみによって完全となる。この債務は、引渡しが行われなかった場合でも、物を引き渡すべきであった時から直ちに債権者を所有者とし、その物を債権者の危険に置く。ただし、債務者がその物を引き渡すことについて遅滞にある場合には、その限りではない……」。与える債務、所有権の移転、そして危険の移転は、結びつけられているのである。同様の観点は、所有権の移転のみを独立に扱っている日本の民法176条によっても採用されている[13)]。すなわち、「物権の設定及び移転は、当事者の意思表示のみによって、その効力を生ずる」（民法534

11）Comp. N. Kanayama, *Donner…, op. cit.* [note 3], spéc. p. 479 et 480. 与える債務を擁護するために、きわめて正当な三つの議論を展開している。一方で、与える債務は、分類にとって、したがって契約の法性決定にとって有用な道具である。〔しかし、〕給付または債務の目的は、与える債務を介さなくても、同じように性質決定をすることができると思われる。他方で、金山教授は、財産の無体化（dématérialisation）は、与える債務の「有体化（matérialisation）」によってバランスをとることができると主張する。〔しかし、〕私見によれば、それは与える債務の正当化というよりは、その観察である。最後に、与える債務がなければ、およそ所有権移転型の契約の不履行は引渡義務違反とみられることとなり、その損害賠償は、所有権を得られなかったことではなく、占有の移転を得られなかったことによってしか基礎づけらないことになるとされる。しかし、契約の拘束力への違反によっても、同様の結論に至ることは可能であろう。もっとも、正当にも指摘されているとおり、すべては視点の定め方にかかっており、与える債務であれ、まったく異なる法的方法であれ、様々な途によって同じ結論に至り得るのである。

12）この関係につき、J.-P. Chazal et S. Vicente, *Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil*, R.T.D. civ., 2000, p. 477 et s. を参照。

13）この観察につき、N. Kanayama, *Donner…, op. cit.* [note 3], spéc. p. 477.

条をも参照）。フランス民法典1138条の文言はいささか曖昧であるが、契約の成立と所有権の移転は同時に生じるという解釈が支配的である[14)]。たしかに、こうした立場はフランス法の特殊性である。たとえば、ドイツは、ローマ法における「正当な原因を伴う引渡し（*traditio cum justa causa*）」（D. 41, 1, 31）に倣って、売却された物の引渡しに決定的な位置づけを与えるというまったく異なった構想を採用している。この準則によれば、所有権移転の正当な原因たる権原（*titulus*）と所有権を取得させる外的行為たる様式（*modus*）[15)] が区別される。何を差し置いてもローマ法との整合性をとろうというのであれば、民法典1138条は、純粋に法的な次元において、引渡しを無体化したものであるということもできるだろう[16)]。しかし、実際には、こうした擬制は説得力を欠く。フランス法においては、今日では、与える債務はまったくの机上の空論となっている。所有権の移転は、債務の履行から生じるのではなく、契約から当然に生じる効果なのである[17)]。これに対し、日本法においては、民法176条は、555条によって補完されなければならない。同条は、「売買は、当事者の一方がある財産権を相手方に移転することを約し、相手方がこれに対してその代金を

14）こうした解釈および合意のみによる所有権移転という原則に対する一つの批判として、J.-P. Chazal et S. Vicente, *op. cit.* [note 12], p. 477 et s. を参照。

15）R.-M. Rampelberg, *La vente est-elle translative de la propriété ? variations franco-germaniques sur un thème romain*, Rev. d'hist. des Fac. de droit et de la science juridique, 1998, n° 19, p. 49.

16）V. J.-P. Chazal et S. Vicente, *op. cit.* [note 12], spéc. n° 31.「法律上の引渡し（tradition civile）の観念は、民法典1138条にも見出される。ここにおいても、引渡しは観念的なものとなっているが、それでも削除されてはいない。その１項は、引渡義務が契約の両当事者の合意によって達せられることを意味しており、このことが法律上の引渡しとなるのである。しかし、法律上の引渡しは、完全なすべての所有権（*dominii pleni natura*）を移転する効果をもつものではなく、その本質的に抽象的な性質が、こうした効果の発生を不可能にしている。その効果は、純粋に法律的（*merum jus*）なものとして、また、純粋に観念的な性格（*qualitam mere moralem*）のものとして定義される所有権の移転にほかならない。したがって、法律上の引渡しは、引渡義務を実現する態様であり、それは、合意のみによって履行され得るのである」。

支払うことを約することによって、その効力を生ずる」と定める。ここにおいては、合意のみによって生じる所有権の移転とは区別された移転義務が認められている。譲渡は合意のみによって行われるが、このことは、少なくとも民法の条文においては、譲渡する債務、いいかえれば「与える」債務の存在を妨げないのである。

37　与える債務と所有権の移転の延期　　フランス法においても、少なくとも所有権の移転が延期されたとき――実際上は非常に頻繁に生じる場合である――には、与える債務を想定することができるのではないだろうか[18)]。種類物や将来の物といった、債務の目的たる物の性質に基づき、あるいは、所有権留保条項や期限といった約定に基づき、所有権移転は延期される。しかし、ファーブル・マニャン氏は、所有権の移転が延期された場合であっても、所有権の移転は与える債務の履行によってではなく、契約の法定効果によって生じるという。この主張は、賛同に値するものである。期限付売買、種類物売買、将来の物の売買、あるいは所有権留保条項の付せられた売買において問題になるのは、所有権の移転を基礎づける契約の効果である。要するに、「所有権の移転は、常に、一定の契約――正確には所有権移転型契約と呼ばれる――から生じる法定効果である。当事者は、この類型の契約を締結する時点において、所有権移転に合意しているのである。あるいは、次のようにいうこともできる。当事者は、一方から他方へと所有権を移転させることを主たる目的として、所

17）同旨、D. Tallon, *Le surprenant…, op. et loc. cit.*［note 10］; M. Fabre-Magnan, *Le mythe de l'obligation de donner*, R.T.D. civ., 1996, p. 85 et s. ; P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, R.T.D. civ., 1999, n° 19 ; C. Saint-Alary-Houin, *Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière, in* Mélanges P. Raynaud, 1985, p. 733 et s., spéc. n° 25 ; J. Ghestin, *Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété*, D. 1981, Chr., p. 1 et s. ; N. Prybys Gavalda, *La notion d'obligation de donner*, Thèse Montpellier I, 1997.

18）同旨、P. Bloch,［*L'obligation de transférer la propriété dans la vente*, R.T.D. civ., 1988］, spéc. n° 49 ; Fr. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 8ème éd., 2007, n° 200, p. 183.

有権移転型契約を締結する。そして、その後、法律または契約に規定された事実が生じることによって、所有権移転が当然に生じる、と」[19]。ファーブル・マニャン氏によれば、債務は一定の事実、つまり給付の実現を前提とするのであるが[20]、所有権移転は何らの事実の実現をも要せずに当然に生じるのだから、与える債務なるものは存しないのである[21]。

とりわけ、所有権移転義務は債務者に課せられた為す債務が履行された時に当然に生じる契約の効果である、と付け加えることができる[22]。あるいは種類物の特定、あるいは将来の物の完成、あるいはまた将来の確実な事象の成就、そして、全額の支払い、これらはいずれも為す債務を組成する。為す債務がひとたび実現すれば、契約の法定効果が「発動される」ことになるのである。さらに、これと同旨のものとして、日本法を引くことも許されると思われる。日本法においては、「与える」債務たる引渡しは、為す債務に還元されているのである。同様の考え方は、フランス法においては、売買の一方予約にも適用され得る。破毀院第三民事部によって1999年12月15日に下された判決以来、予約完結前、予約期間経過前に予約を撤回した諾約者は、単に為す債務に拘束されるにとどまるから、損害賠償の義務を負うにすぎないと考えられている。与える債務を墨守しようとするユエット（J. Huet）氏は、受益者が予約完結権という債権を有するならば、諾約者は受益者に対して与える債務を負うと主張している[23]。しかし、私見によれば、破毀院の解決を批判するためには、所有権移転という効力は一方予約によって規定されており、諾約者は確定的に

19）M. Fabre-Magnan, *Le mythe…, op. cit.* [note 17], n° 9.

20）V. J. Carbonnier, *Les obligations*, 22ème éd., P.U.F., n° 9.「債務の目的において本質的なものは、債務者による有体的かつ物理的な行為、役務、努力である」。

21）*Contra*, J. Huet, *Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée, in Etudes J. Ghestin*, L.G.D.J., 2001, n° 6, p. 431.

22）A.-S. Lucas-Puget, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, Préf. M. Fabre-Magnan, L.G.D.J., 2005, n° 553 et s., p. 317 et s.

23）J. Huet, *Des différentes…, op. cit.* [note 21], p. 425 et s., n° 7, p. 432.

義務を負わされているというほうが簡明である。ただ、この所有権移転という効力は、受益者が、契約の効果による所有権の自動的な移転をもたらす自らの権利を行使するときに初めて発動するものといえよう。したがって、この分析は、所有権の移転が延期された場合に類するのである。仕事の完成のために請負契約が締結された場合において、為す債務がひとたび履行されれば、完成・受領された物の所有権の移転が契約によって生じさせられるのも、これと同旨である。

38　単なる象徴として維持？　一部の論者によって支持されているように、与える債務は、存在はするけれども瞬時に消えると主張することによって、与える債務の存在を擁護することはなおも可能である。この趣旨を述べる論者として、ブロック（P. Bloch）氏、ユエット氏、あるいはコラール・デュティユール＝ドゥルベック（Fr. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque）の両氏を引くことができる[24)]。ただし、いずれにしても、こうした抵抗は知的欲望たるにすぎない。というのは、実際には、与える債務は、たいていは発生とともにその役割を終えるからである。これは、ユエット氏の認めるところでもある。「事実、売買や贈与のような所有権移転型契約を特徴づける与える債務は、生まれると同時に消えるのである」[25)]。

しかし、与える債務というカテゴリーを放棄するならば、所有権移転を生じさせる契約のもつ特殊性に疑義が差し挟まれるのではないか。これに対しては、躊躇なく否定の回答をすることができる[26)]。契約は、「契約によって当事者の一方から相手方に与えられる利益」、つまり給付を目的とする[27)]。この給付というものは、債務というカテゴリーには還元され得ない。そうであれば、与える債務という迂路を経ずとも、売買は財産の所有権の移転を目的とすると

24）最後の論者につき、Fr. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 8ème éd., 2007, n° 200, p. 183.

25）J. Huet, *Des différentes…, op. cit.* [note 21], p. 425 et s., spéc. p. 426.

説明することに困難はないのである[28]。純然たる教育的理由により、契約のメカニズムを理解するのにまったく無用な債務を維持することはできない。われわれのみるところでは、与える債務の擁護者にとって、この債務は、学問的には何ら実益のない、説明的ないし記述的な観念たるに尽きるものである。

39　改正草案における与える債務の維持　与える債務の消滅に与する論証こそが適切であるにもかかわらず、改正草案はなおも民法典の中に与える債務を存置している。この趣旨のものとして、司法省による契約法改正草案は、112条以下において、与える債務の規範内容を明確化しようとしている。同条によれば、与える債務は、「所有権またはその他の権利を移転することを目的とする。ただし、その履行は、当事者の意思、法律の規定または事物の本性によって延期することができる」と定められている。同旨として、カタラの準備草案は、1145条において、「与える債務は、売買、贈与、債権譲渡または役権の設定におけるように、所有権またはその他の権利を移転することを目的とする」と規定している。与える債務は、かくも頑ななのである[29]！　以上に対し、

26）所有権移転義務が、日本法においては各種契約の法性決定にとって有用であることにつき、N. Kanayama, *Donner…, op. cit.* [note 158], spéc. p. 479を参照。論者によれば、与える債務がなければ、売買契約と賃貸借契約を区別することはできないとされる。私としては、法性決定は債務の目的の問題ではなく、給付の目的（一方の契約当事者によって供給される物もしくは役務）、または、契約の目的、つまり、当事者によって企図された経済的作用の全体的な見通し（売買であれば、代金支払に対する所有権の移転）の問題ではないかと考える。各種契約を分類するための法技術としての契約の目的については、A.-S. Lucas-Puget, *th. préc.* [note 1], n° 585 et s., p. 339 et s. を参照。

27）M. Fabre-Magnan, *Les obligations…, op. cit.* [note 5], p. 202.

28）*Contra*, J. Huet, *Des différentes…, op. cit.* [note 21], spéc. n° 3, p. 427 et n° 5, p. 429.「与える債務がもつ利点の一つは、〔与える債務という〕用語のまずさにもかかわらず、所有権の移転という特殊な状況を作り出すことを第一の目的とする契約のもつオリジナリティを特徴づける点にある」。

29）審美的な意味において説得力をもつからである。Chr. Atias, *Théorie contre arbitraire*, PUF, Les voies du droit, 1987, spéc. p. 146 を参照。

適切にも、テレ草案は、これまでに述べてきたような理由に加えて、契約法のヨーロッパ法化傾向に反するという理由で[30]、民法典草案中に与える債務を採り上げない方向を目指している[31]。

40 〔以上のとおり、〕与える債務は、フランス民法典から消失すべきものである。〔とはいえ、〕実のところ、与える債務をめぐる議論は、言葉の論争だと思われる。というのは、裁判官は、与える債務の履行というかたちであれ、契約の法定効果というかたちであれ、結局のところ、主として強制履行と危険の移転をめぐって同じ規範を適用するからである。真の論点は、与える債務なるものが存在するかどうかではなく、為す債務または与える債務というカテゴリーの中に、まったく異なる性質の債務を取り込むか否かという点にある。〔たしかに、〕三分法は余計なものを含んでいるけれども、主要な問題は、それが必要なものを含んでいない点にこそ存するのである。

B　分類の過小性

41　為す債務、為さない債務、そして給付する債務　債務の分類は、契約実務の需要に応えるものとみなされている。目的の多様性は、経済活動の複雑さを映し出す鏡なのである。ところで、経済活動の多様性を考慮するならば、三分法は不十分なものである。その結果、為す債務または与える債務というカテゴリーの中に、これらの観念の一貫性を失わせるような種々の有形的行為が取り

30）D. Mazeaud, à propos de l'avant-projet de réforme du droit des obligations, in Colloque de la Revue des Contrats du 25 octobre 2005 : avant-projet de réforme du droit des obligations, disponible en ligne : http://www.henricapitant.org/article.php3?id_article=50.「まず、与える債務の存在は厳かに承認されているけれども、これが、（単なる偶然であろうか）準備草案の契約に充てられた小章（sous-titre）の冒頭の条文において維持されたことは、惜しまれてよい。与える債務という、フランス契約法における神話は、それに帰せられてきた過剰な名誉に値するものではない。とりわけ、契約法の国際化およびヨーロッパ化の中で、おそらくはこの債務を打ち捨てることに成功するだろう」。

31）第60条：「債務は、為しまたは為さないことからなる給付を目的とする」。

込まれてきた。その解決は、全体の一貫性を取り戻すことを可能にするような債務の目的を新たに承認することにあるといえよう[32)]。

42　給付する債務の正当性　債務の目的については、豊富な提案を見出すことができる。旅行代理店、運送取次業者、または不動産開発業者のような仲介と組織を旨とする契約を考察するために、かつて「為させる（faire faire）」債務の導入が論じられた[33)]。とりわけ、給付する債務（obligation de *praestare*）への回帰を擁護する者がみられることは正当である。これを承継した担保する債務（obligation de garantir）の検討に先立って、まずはこの債務をみていくことにしよう。

43　給付する債務の独自性　給付する債務とは、使用収益に供する債務（obligation de mise à disposition）を指称するものといえよう[34)]。「給付する債務は、財の法と契約法との境界に位置づけられるものであって、売却されまたは有償もしくは無償で貸与された物についての、債務者からの（現在または将来における）権利剝奪と、その結果たる債権者への占有の移転とからなる」[35)]。ここでの占有は、広い意味に解され、占有と容仮占有（détention précaire）とからなる。しかし、給付する債務は、本当に為す（*facere*）債務または与える（*dare*）債務から区別され得るのだろうか。この点を疑い、給付する債務を、むしろ為す債務というきわめて広いカテゴリーへと統合しようとする者も存する[36)]。さらにまた、サヴィニーのように、給付する債務を不法行為のカテゴリーに統

32）為す債務と与える債務との二元的な区別を濫用的に用いる判例の不整合性につき、G. Pignarre, *A la redécouverte…, op. cit.* [note 2], n° 2 et 3を参照。

33）D. Bazin-Beust, *L'obligation de faire faire*, Thèse dactyl. Caen, 2000.

34）この定義につき、G. Pignarre, *A la redécouverte…, op. cit.* [note 2], p. 41 et s.を参照。民法典中の数か条の再読につき、A.-S. Lucas-Puget, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, L.G.D.J., Préf. M. Fabre-Magnan, 2005をも参照。

35）G. Pignarre, *A la redécouverte…, op. cit.* [note 2], n° 7.

36）同旨、P. F. Girard, *op. cit.* [note 7], p. 472.

合するために、契約の領域から給付する債務を排斥するか、あるいは、給付する債務が契約法に干渉するとき――それはきわめて例外的なこととされるのであるが――には、それを為す債務に吸収する者もみられる[37)]。ただし、実をいえば、サヴィニーは、給付する債務と他の債務との相違には気づいていたのだが、そこから何らの結論も導き出さなかったのである[38)]。これに反し、ドゥモロンブは、給付する債務を与える債務のカテゴリーの中に導き入れている。与える債務は、物の所有権を移転する債務と、「利用または単なる占有のみを、引き渡しまたは給付する」債務とを含むのである[39)]。しかし、歴史的には、給付する債務は、独自に存在してきたのであり、また、われわれによれば、債務法のさらなる有用性のために、不死鳥のごとく蘇るべきものである[40)]。

44　給付する債務の起源　ローマ法において、給付する債務は、与える債務および為す債務からはっきりと区別されていた。たとえば、パウルスは、「債務の本質は、他者の物または役権をある者のものとすることにあるのではな

37）F. C. von Savigny, *Traité de droit romain*, Trad. M.-Ch. Guenoux, Paris, Firmin Didot, 1846, Tome 5, Appendice XIV, XXVIII, p. 584.

38）F. C. von Savigny, *Traité de droit romain*, *op. cit.* [note 37], p. 585. そこにおいては、給付する債務は、為す債務および与える債務とはまったく異なる給付として性格づけられている。

39）C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, Tome 24, A. Durand et L. Hachette & Compagnie, 1868, n° 303, p. 281.

40）同旨として、さらに、G. Pignarre, *A la redécouverte…*, *op. cit.* [note 2], spéc. n° 6; J.-P. Chazal et S. Vicente, *op. cit.* [note 12], n° 9.「ローマ法における*praestare*は、物を提供する（fournir）ことを意味」したのであり、したがって、「提供（fourniture）〔という語〕については、二重の語義」を考えることができる。というのは、それは、有体的な提供と解され得る（例えば、現実の引渡し、物の引取り）のみならず、種類物の特定のような法的な提供と解することもできるからである。M. Fabre-Magnan, *Les obligations, op. cit.* [note 5], p. 203 et 204 ; du même auteur, *Le mythe…*, *op. cit.* [note 17], p. 88. Rappr., N. Kanayama, *De l'obligation de couverture à l'obligation de « garantir » (donner, faire, ne pas faire... et garantir ?), Mélanges C. Mouly*, Litec, 1998, t. I, p. 375 s. ; du même auteur, *Donner et garantir – Un siècle après ou une autre histoire, in Etudes J. Ghestin*, L.G.D.J., 2001, p. 473 et s.

く、他者を強制してある者に与えさせ、あることを為させ、または、ある給付をさせることにある」と述べており[41]、この定式はディゲスタにおいても踏襲されている。このように、ローマ法においては、給付する債務とは、債権者に対し、所有権を移転することなく有体物を引き渡す債務である[42]。売買における引渡義務[43]、または賃貸借契約における平穏な用益を保障する義務は、こうして、給付する債務の一部をなしていたのである。

しかし、給付する債務は、民法典の中には存せず、その実質的な説明はみられない[44]。それでは、それは忘れられてしまったのだろうか。「物の単なる使用または単なる占有は、物自体と同様に、契約の目的とすることができる」と規定する1127条があるし、賃貸借契約、寄託契約、使用貸借契約に本条が適用されていることは明らかである。しかし、ここに給付する債務の体系化を認めることはできない。それは、与える債務の下位に属するものと説明されているのである。「与える債務は、物を引き渡し、引渡しまでその物を保存する債務を含む。この債務を怠ったときには、債権者に対して損害を賠償しなければならない」とする1136条は、まさにこの趣旨のものである。同旨として、民法典

41）D. 44, 7, 3.「債務の本質は、他者の物または役権をある者のものとすることにあるのではなく、他者を強制してある者に与えさせ、あることを為させ、または、ある給付をさせることにある」。同旨として、ガイウスは次のように述べる。「対人訴権とは、われわれがあるいは契約に基づいて、あるいは不法行為に基づいて、われわれに対して義務を負っている者を相手として行使する訴権、すなわち、与え、為し、給付することを要すると主張する場合である」。

42）V. J.-L. Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, Droit fondamental, 1992, n° 7, p. 19. *Adde*, S. Vicente, *L'activité en tant que bien. Réflexions sur les fondements de la distinction des obligations de faire et de donner*, th. Grenoble, dactyl., 1999, Tome I, spéc. n° 86 et s.

43）Ulpien, Digeste, 19, 1, 11, 2.「第一に、売主は、買主に対して物の引渡しをしなければならない」。

44）R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, Tome I, 6ème éd., Domat-Montchrestien, 1947, n° 162.「物の給付を義務づけられる債務者は、その物の占有を引き渡し、為すことを約する者は、約されたことを履行し、為さない債務に服する債務者は、その債務に反する一切のことを差し控えることになる」。

1604条は、「買主の支配および占有への」売却物の移転を定めている。支配とは、われわれのみるところでは、所有権の移転を意味し、占有とは、給付する債務を意味する。このように、民法典は、〔両者を区別すること自体は認めているのだから、〕そうした債務を承認することに全面的に反対しているわけではないのである。

45　給付する債務の有用性　　給付する債務は、〔債務の分類の〕一貫性の因子として、為す債務にそのあらゆる意義を取り戻させ、もし与える債務が維持されるべきだというならば、これに関する理解をも強固なものとする。売主に課せられる物の引渡債務（民法典1604条）、および買主の引取債務（1657条）は、与える債務または為す債務ではなく、占有または容仮占有を移転する債務である。寄託、使用貸借または消費貸借における、当事者間において物を現実に交付する債務は、交付がなされていない以上は契約がいまだ存在しないのだから、与える債務ではない。寄託または貸借の予約は、給付する債務を生じさせる。給付する債務は、返還型の契約だけでなく、移転型の契約にも関わる[45)]。以上のほかにも、ある種の担保の設定を付け加えることができる。たとえば、反対の約定のない限りは特定を前提とする――特定がなされれば、〔債権者への〕所有権移転は妨げられる――、代替可能な動産についての質権設定契約について考えてみよう（民法典2341条）。ここにおいては、所有権の移転を伴わない処分が、したがって、占有移転義務が存する。また、給付する債務は、代金支払債務がいかにして構成されているかをよりよく理解することをも可能にする。代金支払債務は為す債務ではないし、本当のところは与える債務でもない。実際、通貨媒体、信用通貨または預金通貨の占有者は、金銭的権能の所持者なのであり、したがって、その弁済は、給付する債務たる「国家によって発

45）同旨、G. Pignarre, *A la redécouverte…, op. cit.* [note 157], n° 8. Comp. A. Sériaux, *Droit civil, Contrats civils,* [PUF, 2001], spéc. n° 5. この債務を、返還債務を伴う一時的な契約に限定する。

行された徴表を提供する債務」の履行なのである[46)]。

さらに、給付する債務は、使用収益に供する債務を為す債務の中に取り込むことを避けることによっても、債務の分類の一貫性を強化する。このような混乱は、現に、民法典1142条の誤った適用と、強制履行の全面的な拒絶とをもたらしている[47)]。たとえば、売買の一方予約がそうである。諾約者は為す債務または為さない債務を負うにすぎないと考えることによって、裁判官は、完結権行使前になされた予約の撤回については一切の強制履行を拒絶している。これに反し、一方予約から生じるこの債務を給付する債務と法性決定することを受け容れるならば、この債務は、強制履行の対象となり得る使用収益に供する債務になる。そうすると、諾約者は、使用収益のために、〔予約完結権を〕維持する債務を負う[48)]。私見によれば、〔この場合において、〕諾約者は、契約の拘束力によって拘束されるのである。このことは、所有権の移転が予約完結権の行使のみによって生じることを説明する。ひとたび完結権が行使されれば、諾約者は給付する債務を履行しなければならないのである。給付する債務のもつ実益は、その他の例によっても確認される。すなわち、使用収益に供する債務を生じさせる、事業者によって締結された貸借の予約、売買における引渡債務等である。かくして、給付する債務は、為す債務――それは、現実的履行の強制が不可能な人の行動に還元されるべきである――の限定をもたらすのである[49)]。

46 「利用に供するために与える」債務！　カタラ草案における利用に供するために与える債務（obligation de donner à usage）については、どう考えるべきだろうか。同草案1146条は、「利用に供するために与える債務は、賃貸借または使用貸借におけるように、返還義務を負わせて物の利用を許可することを

46）同旨、G. Pignarre, *A la redécouverte…, op. cit.* [note 2], n° 14.
47）Cass. 3ème civ., 15 déc. 1993, préc.
48）同旨、G. Pignarre, *A la redécouverte…, op. cit.* [note 2], spéc. n° 23.
49）*Ibid*, n° 33.

目的とする。この債務は、質または寄託のように、利用権を伴わない容仮占有を与える合意においては存しない」と規定する。それは、利用権を与える返還型の契約から生じる債務である。物を受領する者は、一定期間についての使用〔権限〕のみを有するのであり、期間が終わればこれを返還しなければならない。ここでは何が問題とされているのだろうか。また、それは有益なのだろうか[50)]。まず、それ自体として学説において共有されている与える債務という語を用いて新たな債務を創造することには、疑念の余地があろう。次いで、ここにおいて、与える債務は、所有権の移転という意味を有せず、財産を利用に供することを意味している。さらに、「利用」は、使用収益（jouissance）という観念に統合されるべきなのか、それとも、これとは区別されるべきなのか。最後に、質権設定契約および寄託契約については、どのように考えるべきなのか。要するに、推論を一貫させて、真の給付する債務を承認するほうが妥当だったのではないだろうか[51)]。

47　給付する債務から担保する債務へ　日本の保証法においては、――日本法においても、一般に承認されているというわけではないようであるが――於保不二雄氏により、給付する債務〔担保する給付〕が一定の地位を確立するに至った。論者は、保証人に課される担保する債務（obligation de garantir）という観念を発見するために、ローマ法に見出され、「包括的な（omnibus）」保証とも呼ばれる将来債務についての保証契約から説き起こす[52)]。その結果、保証は、次の二つの債務からなるとされる。保証契約の存続中の「担保または保証する債務（obligation de garantir ou de couverture）」と、契約終了時における「支払う（obligation de règlement）債務」とである。於保説は、保証する債務

50）G. Pignarre, *L'obligation de donner à usage dans l'avant-projet Catala. Analyse critique*, D. 2007, Chr., p. 384 et s.

51）V. G. Pignarre, *L'obligation de donner à usage…, op. cit.* [note 50], spéc. n° 25.

52）於保説につき、N. Kanayama, *De l'obligation de « couverture » à la prestation de garantir..., op. cit.* [note 40], p. 376 et s.

と支払う債務という有名な区別をなすことによって保証の観念を刷新したムリー（Chr. Mouly）の業績[53]とのつながりで、フランス法にとっても魅力あるものである。ムリーによれば、保証人の債務の目的は、契約成立時においては保証する（couverture）債務――この語は、「担保（garantie）」という明瞭さに劣る語よりも好ましい――であるとされる[54]。この継続的な債務は、契約が存続する間、存在し続ける。次いで、契約終了時点においては、支払う債務がこれに取って代わる。支払う債務は、一定額の金銭債務について支払をなすことを目的とする[55]。この区別は、判例によっても承認されている[56]。

48　担保する債務と支払う債務との区別の正当性　以上の区別は適切であろうか[57]。保証する債務、あるいは担保する債務は、契約の拘束力の現れではないのだろうか。実際、アンセルによれば、「保証人に課される保証する債務と称されるものは、保証契約の拘束力の現れにほかならない。保証人は、いまだ〔債権者からの支払請求に服し得る、という意味での〕債務者となっていないときにも、契約を締結した時から、主たる債務者が〔債権者からの支払請求に服

53）Chr. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Préf. M. Cabrillac, th. Montpellier, Librairies techniques, 1979, n° 253, p. 321.

54）Chr. Mouly, *th. préc.*［note 53］, n° 255, p. 326, note 2.「『保証する』という語は、保険の領域における用法（特に「保険料領収書（note de couverture）」を参照）によって支えられるその一義性と喚起力ゆえに、『担保する』という語よりも好ましい」。

55）Chr. Mouly, note sous Com. 29 juin 1982, D. 1983.360, n° 5.「未確定の将来債務の保証については、二種類の債務を区別しなければならない。主たる債務者が約した負債（les dettes）とともに生じる即時の履行に関する支払う債務と、保証契約締結時に生じ、保証人によって提供されるべく保証を確定する継続的債務たる、保証する債務である」。

56）V. Cass. 1re civ., 5 nov. 2009, n° 08-15.433.「債権者を債務者に結びつける賃貸期間が終了した結果として生じる保証人の保証する債務の消滅は、この賃貸借が黙示に延長されたときであっても、事後の期間についての資格に基づいて保証人に対する請求をなす権利を、賃貸人から奪う」。

57）一つの批判として、Ph. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, PUF coll. Droit fondamental, 2e éd. 1998, n° 49, note 26 et n° 89を参照。

し得る、という意味での〕債務者となった場合には、保証人もまた債務者になると定める契約によって拘束されているのである」[58]。〔しかし、〕保証する債務を契約の拘束力に還元してしまっては、保証する債務という観念の巧妙さを完全に理解することはできない。ここでは、担保する債務を契約の拘束力から切り離したほうが、いっそう正確であるように思われる。

一部には、これを給付する債務というカテゴリーに取り込むことを提案する論者もみられる。この旨を説くものとして、ピニャール（G. Pignarre）氏は、保証する給付は、いわば保存ないし保護する債務（obligation de conservation ou de préservation）たる給付する債務の一つの現れだと主張している。保険者にとっては、「保険利益」を、つまり事故のリスクを担保、保護、あるいは保証することが問題になる。保証人にとっては、「保証利益」、つまり保証の「受益者〔＝債権者〕の債権の経済的価値」を保証、担保、あるいは保護することが問題になる。「担保の実現を一方的に許容すること、したがって、保険利益ないし保証利益に関する債権の経済的価値を保存（または保護）することによって、保険利益や保証利益を受益者の処分に委ねることが問題になるのである」[59]。しかし、ムリーの理論によれば、保証する債務は、支払う債務に結びつけられる。金山直樹教授は、他の論者とともに、支払う債務を保証する債務の「発展」としている[60]。ピニャールによれば、保証する債務のこうした特殊性によって、保証契約の解約または期限の到来が保証する債務を消滅させるのに反して支払う債務を消滅させないのはなぜか、また、保証人の死亡が保証する債務を消滅させ、支払う債務の移転のみをもたらすのはなぜか、といった点を理解することができるのである。

金山直樹氏は、担保する債務のために別の論証を提供しているが、それは、少なくとも有償契約に関しては正当であり、説得的である。金山教授は、コーズという発想で考えれば、保証する債務、つまり担保する債務は、被保険者に

58）P. Ancel, *Force obligatoire…, op. cit.* [note 17], n° 41.

59）G. Pignarre, *A la redécouverte…, op. cit.* [note 2], n° 17.

60）N. Kanayama, *De l'obligation de couverture…, op. cit.* [note 40], p. 387.

よって支払われる保険料の対価であると主張する。そうでなければ、事故が実現しなかったとき、被保険者は、不当利得に基づき、保険金の返還を求めることができることになろう。そして、同じ考え方は、報酬を受けてする保証にもあてはまる、というのである。この推論は、良識によって支持され得る。ただし、私は、不当利得を主張することが可能であるかについては確信をもてない。というのは、当事者によって遵守されるべき債務とは無関係に、契約が損失の原因になっているからである。いずれにせよ、保証人または保険者が何を義務づけられているのかといえば、それは、支払不能または損害のリスクを担保することである。つまり、両当事者が合意した契約のもつ射倖性こそが決定的なのである。

49　担保する債務の適用領域の拡大？　　金山直樹氏によれば、ただ担保する債務のみが存在するとされるのであるが、「その具体的な給付は、事案に応じて様々である」[61]。論者は、さらに一歩を進めて、「担保する給付」を人的担保（不完全指図、請合いの約束、支援状（経営指導念書）、独立担保）のみならず他の契約にも拡張することを提案する。基本契約のように一定の時間わたって存在し続ける契約、および、法定または約定の担保責任を生じさせる契約がそれである。日本の於保不二雄教授の業績と、フランスのグロス（B. Gross）の業績とに依拠して、金山教授は、これらすべての例において、消極面としては賠償義務が、積極面としては平穏な占有を享受させる債務やリスクから保護する義務が、それぞれ存在すると主張する。ピニャール氏は、この説明に賛同し、給付する債務の一つの現れをここに認めている。担保する債務を認めることは、最終的には、為す債務、為さない債務が属し、あるいは与える債務もそこに属し得るであろう有形的債務という目的と並んで、担保を供する義務のような無形的債務という目的を認めることになろう[62]。

61）N. Kanayama, *Donner…, op. cit.* [note 40], p. 483.

62）N. Kanayama, *Donner…, op. cit.* [note 40], p. 485.

50　債務と責任の区別からみた担保する債務と支払う債務　　われわれの見地においては、存在するのは担保する債務のみである[63]。われわれは、ここに、義務と強制力の区別、つまり、――ドイツ法とはいささか異なった含みをもつものではあるけれども――債務と責任の区別を持ち込むことができるだろう。契約の存続期間中においては、債権者に対する保証人の債務、または被保険者に対する保険者の債務が存在する。しかし、契約が終了する時点においては、支払う債務という、強制的な履行を求めることを債権者に認める完全な債務関係を生じさせるべく、債務に――フランス法的な理解における――責任が加わる[64]。支払う「債務」とは、担保する債務の数値化、会計への反映である。その時から、それは強制力を備えた債務となる。この区別は、担保する債務の起算点が契約の成立時点ではなく、債務関係が完全なものとなった時であることの説明を可能にする[65]。訴求する権利は、責任の存在を前提とするのである。また、強制力は、保険契約においては一切欠けているとしても、保証契約においては制限されているにすぎない。というのは、保証人は、弁済前訴権〔事前求償権〕とよばれるものを行使することができ、特に、「支払う債務の発生」に先立って（2309条）債務者に対する保全措置を講ずることができるからである。とはいえ、訴権について時効の起算が開始されるのは、支払う債務が発生した時である。

63）保証に関して同旨を述べるものとして、Ph. Théry, *Les sûretés, op. cit.* [note 57], n° 89, p. 124.

64）Comp. G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. Amiel-Donat, L.G.D.J., 1997, spéc. n° 130 et s., p. 125 et s. 債務関係（rapport d'obligation）と拘束関係（rapport obligatoire）とを区別する。同様に、債務と責任との区別をまったく異なる仕方で適用する論者のカテゴリーをも想起しなければならない。これらの論者によれば、いまだ実体関係は存しないのであって、保証人は、単に債務者に対する訴権を有するにすぎないとされる。〔しかし、〕この分析は、明確さを失っているように思われる。保証人と債権者との関係においては、責任を欠く――少なくとも限定された責任のみを伴う――実体関係（債務）が存在するのであり、その責任が、法律によって限定され、厳格に枠づけられているのである（弁済前訴権（action avant paiement））。

65）時効につき、N. Kanayama, *De l'obligation…, op. cit.* [note 40], p. 397を参照。

保険契約および保証契約は、定型性のない契約であって、一般のカテゴリーに収まり難いものであることを認めなければならない。これら二つの債務は、現在の債務の保証契約をも含めて、次のような共通点をもっている。それは、リスク、つまり、一方においては損害発生のリスク、他方においては債務者の支払不能のリスクである。このリスクが契約の形象および構造に必然的に反映され、契約に関する帰結を一般化するための帰納的推論を困難にしているように思われる。これらの契約、そして、同じくリスクの管理という考え方に基礎を置く契約については、担保する債務という単一の債務を観念することができる。それは、契約成立時点に発生するけれども、契約履行時点において価額評価され、強制力を取得するに至るものである[66)]。

私としては、為す債務および為さない債務に加えて、使用収益する債務および担保する債務を生じさせる契約という観念に魅力を感じるのは、正当なことだと考えている。担保する債務は、リスクの費用を負担させ[67)]（保険、約定担保、保証条項[68)]、契約におけるリスクの引受け[69)]、基本契約における支援債務[70)]）、そして、担保が欠けたことによって生じたあらゆる損害を負担させる（法定ま

66）J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, *Le régime des créances et des dettes, Traité de droit civil*, 1re éd., L.G.D.J., 2005, n° 4, p. 6.「富（richesse）の返還。あらゆる賠償債務が、これに関わる。自らのフォートによって他人に損害を生じさせた者は、その損害を賠償するように、つまり、現物または金銭により補償を提供するように義務づけられるのである」。もっとも、彼らは、不法行為の領域において、フォートに関してのみ推論を展開しているようである。

67）こうした広い意味における射倖性につき、N. Kanayama, *De l'obligation…, op. cit.* [note 40], p. 392 et s. を参照。

68）消極財産担保条項（clauses de garantie de passif）は、主として譲渡の時に生じるものであり、譲渡前に生じていたけれども、その存在が譲渡後に明らかになった債務について、譲渡人からの払戻しを行うことを可能にするものである。企業の支配権の獲得を伴う社員権の譲渡において、頻繁に用いられる条項である。

69）契約におけるリスクの負担につき、A.-C. Martin, *L'imputation des risques entre contractants*, Préf. D. Ferrier, L.G.D.J., 2009を参照。とりわけ、リスクという観念の多様性につき、n° 4 et s., p. 3 et s.を参照。

70）最後の例につき、N. Kanayama, *De l'obligation…, op. cit.* [note 40], p. 391 を参照。

たは約定の担保責任[71)]）ことを目的とする契約に帰せられるものといえよう。さらに、これらすべての担保する債務につき、イギリス法においては、次のような考えが唱えられている。すなわち、それは、「一方当事者の義務が将来の不確実な事象の到来を条件とする契約である。したがって、債務者は、当初から給付義務を負うのではなく、将来の不確実な事象が到来したときに給付を実現すべきリスクをカバーする義務を負うのである」[72)]。以上の分析は、コモン・ローにおける一定の契約に関するものであるが、きわめて有益なものである。

51　債務と債権との区別からみた担保する債務と支払う債務　　もう一つ別の分析を加える余地がある。それは、負債と債権とを区別するという見地からのものであり、私にはまったく適切だと思われる。債権は債務関係（obligation）の効力の一つであると考えると、担保する債務は、正真正銘の債務関係だと考えることができる。支払う債務と呼ばれるものは、実際には、債権にほかならない。たとえば、被保険者は、〔保険料を支払わなければならないという意味で〕保険者に対して保険金についての債務者であるが、保険者は、〔直ちに保険金を支払うよう義務づけられるわけではないという意味で〕債務者ではない。しかし、保険者はリスクに対する保障をしなければならないから、「義務づけられ（obligé）」てはいるのである（民法446条を参照）。同様の仕組みは、保証人についても適用することができる。保証人は、債務に拘束されるが、いまだ〔ただちに主たる債務者に代わる弁済を強いられるという意味での〕債務者ではない。債権は、死亡、契約解消または期限の到来によって保証契約が消滅した時に生じるのである。かくして、この観点から、契約、債務関係および負債は区別され

71）この例につき、N. Kanayama, *De l'obligation…, op. cit.*［note 40］, p. 391.

72）K. P. Mac Guinness,［*The law of guarantee ; A treatise on Guarantee, Indemnity and Standby Letter of Credit*,. 2e éd., Carswell, Ontario, 1996,］p. 689.「契約に従って履行されるべき一方当事者の債務が、偶然の事象によって条件づけられている合意。したがって、債務者は、確定的な履行義務を引き受けるのではなく、不確実な事象が生じた場合の仮定的な債務について履行請求を受けるリスクを引き受けるのである」。

るべきである[73)]。

以上のことからは、債務関係は契約の成立時に発生するが、債権はその発生原因である債務関係と必ずしも同時に発生するわけではない、と結論づけることができる。それゆえ、債務は、契約による定めがなくても、契約の目的に応じて様々な時点で発生し得る。賠償債務は、不履行の時点で生じる[74)]。不履行から生じる契約上の債権はすべて、不履行の時点で発生するのである。この区別は、保証する債務の正確な輪郭を捉えるには至っていないけれども、その特殊性に気づくための手がかりを与えてくれる[75)]。

52　なおも残る疑い　　解決されるべき主な問題として、二つのものが残されている。まず、この担保する債務が、寄せ集めのカテゴリーとなるおそれがないかが問題になり得る。その中には、契約の全過程における「不確実な」ものがすべて取り込まれる。リスクが、つまり損害が現実化するや否や、保証する債務の具体化たる支払う債務がそこに現れることになる。〔そうすると、〕債務の規範内容がその明瞭さを失うのではないかという懸念が生じ得よう。〔しかし、〕こうした危惧は、この推論をリスクの管理を実現する契約についてのみに限定するならば、緩和することができる。

次いで、担保することが債務であるとすれば、それについて不履行を観念することができ、その結果、同時履行の抗弁、不履行解除または強制履行といった古典的なサンクションの適用がもたらされ得ることになろうか。このようなことが考えられ得るのだろうか。ある保険会社が担保することを拒絶したとしよう。契約を遵守しないことと、担保を欲しないこととは、どのような差異を

73）同旨として、J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, *Le régime…, op. cit.*［note 66］, n° 30 et s., p. 45 et s. を参照。

74）E. Putman, *th. préc.*［=La formation des créances, thèse, Aix-Marseille III, 1987］, n° 248 et s., p. 269 et s. を参照。

75）より批判的な見方として、V. Mazeaud, *L'obligation de couverture*, Préf. P. Jourdain, IRJS, éditions, bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne, 2010, n° 117, p. 152.

有するのだろうか。将来の債務の保証契約において、保証人の保証する債務の不履行を構成するのは何か。ここで、自らが支払不能となり、債権者に与えられた保証の実効性を失わせるに至った保証人を考えることができる。この場合、債権者は、自らの権利を行使するために、債権者代位権（フランス民法典1166条）または詐害行為取消権（1167条）を行使することができる[76)]。しかし、担保する債務という迂路を経るのはなぜなのだろうか。これを契約の拘束力の効果とみることはできないのだろうか。そのうえ、金山直樹教授は、こうした場合につき、保証人の「行為」と「約束」を問題としている[77)]。ここで問題になっているのは、まさに契約の規範的効力であって、債務を生じさせる効力ではないのである！

おそらく、将来的な解決は、ヴァンサン・マゾー氏が見事に示しているように、保証の期間と保証する債務とを区別することに存するといえよう。実体法の次元においては、保証する債務は、「保証契約の成立時点において既に発生しているが、契約の目的をなし、債務者の支払不能を内容とする保証リスクが現実化するまで、その履行可能性が停止されている」債務である。したがって、保証する債務は、「病んだ契約」を治癒させることを目的とする「条件付き債務である……それは、リスクの存在を債務の発生要件とし、リスクの実現を履行要件とする」[78)]。〔他方、〕保証の期間は、「枠保証としての、つまり、債務関係を生じさせない合意」としての将来債務の保証に帰する。それは、時々刻々と発生する保証すべき債務を枠づける機能をもつ。この合意は、期間を定めるものであって、債務関係を定めるものではない」[79)]。つまり、いいかえれば、こうした考え方は、保証期間とは契約の「規範的効力」であり、契約の拘束力に関わるとするものではなかろうか。

76）同旨、N. Kanayama, *De l'obligation…, op. cit.* [note 40], p. 396.

77）*Ibid*, p. 397.

78）V. Mazeaud, *th. préc.* [note 75], n° 170 et s., p. 247 et s.

79）V. Mazeaud, *th. préc.* [note 75], spéc. p. 587.

53　政策的選択　　こうした債務の多様化は、実をいえば、政策的な次元における選択の問題である[80)]。一方、学理的なアプローチによると、柔軟な考え方を採用することを拒絶し、このカテゴリーは数の限定された典型的債務によって構成されるという観念から出発することになる。他方、実利的なアプローチによると、各種契約類型や典型的給付によりよく適合する、より広汎な債務のパレットを採用しなければならないと考えられる。各々の債務に対して、明確な定義と限定の効いた適用が与えられなければならないのである。いずれにしても、実利的なアプローチの選択がパンドラの箱かも知れず、将来的に、参照される債務の爆発の契機となりかねないものであることには注意しなければならない。

〔以上のとおり、〕担保する債務は、知的なレヴェルでは魅力的であるものの、なおも保留された数々の問題を残していることがわかる。

54　展　望　　たとえわれわれの結論がさしあたりのものであり、依然として不完全なものであるとしても、それは討議の追加的要素の一つであり、ハーバーマスの討議倫理によれば、他のより妥当な議論に屈することとなる暫定的な真理である。私の暫定的な結論は、次のようなものである。すなわち、債務関係は、フランス法的な意味における債務と責任によって構成される。責任を欠くのは、自然債務または担保する債務である。債務は、二者またはそれより多数の者の間の法律関係の所産である。この関係は、契約法の領域においては、契約および契約の拘束力と区別される。契約は、債務を創り出すけれども、規範的、準司法的、あるいは組織形成的性格をもち、債務発生とは異なる効果をももたらす。契約の圏域は、給付を修正し、当事者に権能を与え、あるいは意見対立の生じた場合の規律を先取りするものである契約条項によっても構成されている。契約とは、その拘束力、その債務内容および契約条項全体が積み重なったものである。さらに、契約、債務〔関係〕および負債（債権）を区別する

80）アンセルやブレモンのような一部の学者は、保証する債務に説明機能を認めている。

ことは、債権がいつ生じるかを理解し、「保証する」債務と「支払う債務」との間に行われてきた古典的な区別を浮き彫りにすることを可能にする。そして、最後に、債務関係は、為すこと、為さないこと、使用収益に供すること、担保することを目的とする債務の履行を、その経済的目的とするものである。

55　もう一つの議論：物的債務……　以上の結論は、後の議論に開かれたものであるが、将来的には、もう一つの議論によって補完されることになろう。それは、物的債務（obligation réelle）である[81)]。債務は、本当に単なる人的な関係なのだろうか。こうした見方は、物権と債権の古典的区別には適合する。この二分法は、歴史的な正当性を有してはいるけれども、今日においては相対化され得る。そうであれば、ある関係が人的であるとともに物的でもあり得る、ということも認められよう。直接的な人的関係と、間接的な物的関係とが存することになるのである。たとえば、第一のものの現れは、物として捉えられる債権の流通である。財産を物と権利の合わさったものとして定義するペリネ・マルケ準備草案は、こうした考え方を排斥していない。

このように、債務関係をめぐる議論の将来は、物権と債権の区別に対して疑義を提起することを前提とするものとなろう。しかし、それはまた別の議論である……。この点は、2011年９月に慶應義塾大学で開催されるであろう、物権と債権の区別に関するセミナーにおいて展開される。私は、その分析を担当することになっているのである。それでは、また来年……。

【付記】

①　前号掲載部分につき、次の不備がみられたので、記して訂正する。

255頁

黙示的に約された（*rebus sic standibus*）条項

→事情が存続する限りにおいてであることが黙示的に約された（*rebus sic stantibus*）条項

②　本稿の翻訳にあたっては、科学研究費補助金（基盤研究Ｂ）23330028（研究代表者：平野裕之）の助成を受けた。

81）J. Scapel, *La notion d'obligation réelle,* Préf. P. Jourdain, P.U.A.M., 2002.

なお、結びにて言及された「日仏物権法セミナー」は、2011年９月21日および22日の両日にわたり、北海道大学にて開催された。メキ教授は、ここで予告されたとおり、« La distinction entre droit réel et droit personnel » と題する報告を行われた。その成果は、別途、紹介ないし公表されるものと思われるため、併せてご参照いただければ幸いである。