

Title	担保と保険
Sub Title	Les sûretés et les assurances
Author	Heuzé, Vincent(Osawa, Shintaro) 大澤, 慎太郎
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2014
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.30 (2014. 10) ,p.207- 242
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	講義 : 2013年度大陸法財団寄付講座「担保法の将来」
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20141006-0207

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.

担保と保険

ヴァンサン・ウゼ

大澤 慎太郎／訳

- I 信用保険と保証
- II 独立担保の法的性質

この場で講演することを私に提案してくださったことにつき、大変光栄に思ったということをはじめに申し上げなければなりません。加えて、私は嬉しくも日本に来るのが初めてですので、私にとってこの講演会は東京を知る好機となっています。

しかしながら、この講演のテーマを選んだのは私ではありません。大陸法財団の責任者が私にこの任がふさわしいと考えてくださったことを大変光栄であると思うとしても、私はこの講演の方法について長らく迷っておりました。

テーマは「保険と担保 (l'assurance et les sûretés)」です。本テーマは、言い表されているように、極めて広範なものと思われれます。フランスでは、修士課程の学生が受ける教育において、この2つの用語のそれぞれに相当する題目の研究に対して、1つの半期の講義が特別に充てられています。それゆえ、この講演の2つの用語のそれぞれを分けて検討するという事は考えられないのです。両者を接近させつつ、本テーマの意義について考えることから始めましょう。

保険とは、不確定な出来事や期日に係る金銭上の影響から特定の資産を保護

する一般的な役割を持った技術です。担保とは、債権者を債務者の支払不能のリスクから保護する、あるいはより広く、債務者の債務不履行のリスクから保護する役割を持った技術です。

それゆえ、この2つの技術を接近させるべき場合とは、これらの技術が想定しているリスクが同じものであるというときだけです。つまり、信用のリスク、すなわち、債権に悪影響を及ぼすリスクということです。

したがって、別のリスクを対象とするすべての保険は本テーマから除かれなければなりません。すなわち、信用保険〔l'assurance crédit〕のみが想起されるべきです。

さらに、この信用保険という表現の正確な意味についても理解する必要があります。実際、実務では、時おり、信用保険を派生的方法で用いる傾向があります。とりわけ、実務において、対外貿易取引を有利に運ぶために特に合意された一定の担保を言い表す際に、債権を圧迫するというわけではないのですが、金銭上のリスクについて信用保険という用語を用いることは稀ではないのです。

例えば、実務において、フランスの国内企業が外国市場の獲得に乗り出すのを促すために、一般的には国によって維持されている一定の機関（フランスにおけるコファス〔COFACE〕など）により提示されている、「市場調査保険（l'assurance prospection）」または「市場保険（l'assurance foire）」を、信用保険と性質決定する場合などがこれに当たります。ここでカバーされるリスクとは、企業の初期投資がこの投資を償却するのに十分な数の有効な契約の締結につながらないゆえに、海外市場の獲得という目的のために充てられた費用から最終的に利益が生じえないというようなことです。

予定された取引が、これらと同じ公的機関や公的支援を受けた団体によって、外国への投資に影響を与える国有化や収用のリスクからカバーされるという場合も、同様です。

これらすべての場合において、信用保険と性質決定することは正当化されません。ここでの性質決定は、問題となっている担保が、厳密な意味で私的な保

険が負担することを嫌うリスクのカバーを主な役割とする制度により与えられているという事実によってのみ説明がつかず。すなわち、政治上の出来事や決定の結果として生じた不払いのリスク、つまり、通商禁止〔embargo〕、民間資本の移転禁止、債務者の〔財産の〕収用、軍事衝突などです。換言すれば、信用保険の特徴には一致しない担保が信用保険というカテゴリーの中に含まれるのは、これらの特殊な信用保険機関のあらゆる活動が示されているに過ぎないからなのです。

それゆえ、以下の叙述では、債権の不払いに直接的かつ特徴的に結びつけられる喪失のリスクをカバーする役割を厳密に担っている保険取引に対して、信用保険という用語を充てることにしましょう。とはいえ、この定義は、本テーマの2つの用語のうちの1つについてしか関係しません。すなわち、「保険 (l'assurance)」です。

これら2つの用語のうち2つ目のものから引き出される意味についてなお検討することが残っています。すなわち、「担保 (les sûretés)」です。

既に述べたように、担保とは債務者の債務不履行のリスクから債権者を保護するためのあらゆる技術です。

しかし、担保の技術は極めて多様です。

この点に関して言えば、担保を2つの主要なカテゴリーに再編することにより、伝統的に1つの区別を確立しています。これら2つのカテゴリーは担保が設定される対象に基づいて構成されます。すなわち、担保がある物または物の総体を対象とする権利から生じる場合、この担保は「物的 (réelle)」と呼ばれます。なぜならば、この担保は対象となっている物または物の総体に対する物権の帰属から通常生じるからです。

反対に、担保が、債務者の資産〔un patrimoine〕とは異なる資産を対象とする権利から生じており、それゆえ、第三者に対して向けられるべき支払訴権〔une action en paiement〕によって実行される場合、この担保は「人的 (personnelle)」と呼ばれます。なぜならば、この担保が与える権利は債権〔un droit de créance〕であり、それゆえ、人的権利 (債権)〔un droit personnel〕だからです。

このような区別は時おり疑問視されるのも事実です。

ある者はその不十分さゆえにこの区別を批判します。確かに、この区別では、債権者を同じく保護する役割を持ってはいるものの、ある物に対する物権または第三者に対する債権を、債権者自身のために帰属させることによって生じるわけではない一定の技術について考慮に入れることができないでしょう。例えば、契約上の不履行の抗弁〔de l'exception d'inexécution en matière contractuelle〕、相殺〔de la compensation〕、債務者に対して負担を課すわけではない債務から主として生じる「消極的担保（sûretés négatives）」などがこれに当たります。これによれば、問題となるのは担保という概念自体であり、また、担保〔sûretés〕はより広いカテゴリー、つまり、「担保（garanties）」というカテゴリーと区別されるべきかどうかを知るということが問題となります。

またある者は、この区別において用いられる基準への批判に基づいて、その妥当性を疑問視します。すなわち、これらの基準は2つのカテゴリーの間の境界について、問題を生じさせうるのです。一般的に、「物上保証（cautionnement réel）」の場合が例とされます。これは、物権を生じさせるものではあるけれども、第三者に帰属している物に対するものです。同様に、債権質〔le nantissement de créances〕が物権の1つとして与えられたとしても、この物権は債権を対象とするものとなるのです。

より本質的には、この批判は、物権と債権の区別自体を問題とするということに、基づくことになりえます。とりわけ、所有権それ自体から生じる担保を物的担保と性質決定することを拒否するのであれば、その所有権が、所有権留保条項が可能とするように「留保（retenu）」される場合であっても、信託担保〔la fiducie-sûreté〕のように譲渡される場合であっても、事情は同じです。または、無体財産に対して設定された担保の性質を疑問視するという場合も同様です。

ここで、かかる議論に立ち入ることはもちろん有益ではありません。このような議論は確かに本テーマの用語の1つ（「担保（les sûretés）」）に関係することではありますが、しかし、テーマ自体とは関係がありません。すなわち、既

に示したように、本テーマ（「保険と担保（l'assurance et les sûretés）」）は2つの技術を近づけることを対象としており、これを検討すべきだからです。それゆえ、本テーマは担保〔sûretés〕という概念が対象としているカテゴリーに特有の議論を包含しえないのです。そういうわけですので、さしあたり、担保〔sûretés〕という広い定義に留めておきます。

反対に、本テーマが保険を担保へと接近させる限りにおいて、保険の仕組みとは明らかに異なっている仕組みに基づくあらゆる担保を除かなければならないのも確かです。

その役割を考慮して、信用のリスクとは別のリスクをカバーする保険が取り上げられるべきでないと同様に、その実行方法を考慮して、保険の手法とは根本的に異なる手法により、債権者を信用のリスクから保護する担保〔sûretés〕もまた本テーマから除外されなければなりません。

まず、物的担保がこの除外対象となります。すなわち、仮定によれば、物的担保は、担保物を構成する物の売却の成果によって自己の債権の支払いを受けるといふ、物的担保が債権者に対して付与する権能により実行されます。それゆえ、担保が対象とするのは物の価値であって、保険のように、被担保債務の弁済を義務付けられている債務者とは異なる債務者の支払能力ではありません。

しかし、人的担保のカテゴリーから引き出される、程度の差はあれ広い概念によれば、人的担保のうち一定のものも除外対象となりえます。実際、目的（*l'objet*）は債権の担保ではないけれども、担保の効果（*l'effet*）は持ちうるというような仕組みも人的担保に属していると考えられるときもあります。例えば、約定による連帯または不可分性〔*la solidarité ou l'indivisibilité conventionnelle*〕や、不完全指図〔*la délégation imparfaite*〕などです。原則として、これらの仕組みは担保〔*des garanties*〕としては理解されてきませんでした。すなわち、これらは、単に債務または支払いの「態様（*modalités*）」に過ぎないということです。

しかし、これらの仕組みは担保としての役割を果たしうるし、厳密な意味（*stricto sensu*）での人的担保に由来する担保に酷似した形で機能します。すなわち、これらの仕組みは、人的担保のように、もともと支払義務を負っていた者

とは別の者に対して債権の支払いを請求する権利を債権者に付与するのです。

簡単な例に留めますが、例えば、賃貸人が賃借人の両親からその賃料債務につき連帯して義務を負ってもらう場合、賃貸人はその賃借人、すなわち、賃貸借契約によって賃料の債務者となった者の資産〔un patrimoine〕とは異なる資産に対して実行される担保を有することになります。

制度の流用について触れる場合、その適法性についても検討されてよいのは確かです。例えば、先に挙げた例において、両親の債務にはコースがあるかどうかを検討する余地があります。この両親は賃料の債務者であることを認めているにもかかわらず、その代償である賃貸された場所の収益権が帰属するのはこの両親ではありません。

または、この同じコースに係る分析を基にして、取引の性質決定をし直すこともありえます。例えば、同じ例についてなお考えてみると、賃借人の両親は、実際には彼らの子どもの連帯保証人になっていたというように考えることを禁じられてはいないでしょう。

これらの疑問は根拠のないものではありません。別な話題との関係で、後に再び見ることにしましょう。

しかしながら、さしあたり、私はこれらの仕組みを本テーマに含めるべきかどうかを単に知ろうとただけですので、これらを本テーマから排除するのに足りるある注記をするに留めておきましょう。すなわち、信用保険とこれらの仕組みとの唯一の共通点は、これらの仕組みが、信用保険と同様に、債務者とは異なる者に対して実行される債務者の支払不能に対する担保を債権者に対して付与するという点に由来します。しかし、残りの点については、これらの仕組みと信用保険との混同を許す点はありません。とりわけ、これらの仕組みは、一般的に、契約条項〔une stipulation contractuelle〕の形態をとる場合、契約の固有の目的〔l'objet〕を構成しないのです。

それゆえ、信用保険へ接近させるのに値する人的担保を見分けるのに最終的に役立つことになるのは、信用保険の契約上の性質なのです。

もともと、民法典（1804年のナポレオン法典 « le Code Napoléon »）には、人的

担保を発生させる目的を有するものとしては1つの契約しかありませんでした。すなわち、保証契約です。今日、すなわち、2006年の改正後のことを指しますが、フランス民法典には、判例の展開を含めつつ、保証と同じ目的を持った他の2つの契約が設けられています。すなわち、独立担保〔la garantie autonome〕と信用保証状〔la lettre d'intention〕です。

しかしながら、信用保証状が除かれなければならないのは確かです。それというのも、信用保証状により生じる債務は非常に特別な性質を帯びているからです。すなわち、信用保証状は、実際のところ、債務者の不履行に対する救済を債権者に対して付与するものではありません。信用保証状は、かような不履行のリスクを単に制限するに過ぎないのです。

結局、ここで扱うべきテーマは、当初示したものよりも極めて制限的な表現となるように思われます。すなわち、「保険と担保 (l'assurance et les sûretés)」について語るべきよりはむしろ、「信用保険、保証および独立担保 (l'assurance crédit, le cautionnement et la garantie autonome)」こそが、ここで特に検討すべきものと考えます。

しかし、このように、より明確にテーマを限定したとしても、なお、このテーマに取り掛かる方法について選択しなければなりません。

そのためには、基本的に2つの方法が考えられます。

まず、もっぱら描写的なアプローチを採用するということがありえます。これは、実務 (pratiques) および特定の裁判法制における (dans un système juridique donné) (« 準拠裁判法制 (le système juridique de référence) ») 実務での受容 (l'accueil) を考慮するものです。それゆえ、ここでもっぱら述べられることは、解決策であり、場合によっては、解決策に固有のものとして残る不確実性です。また、経済の世界化という文脈においては、このように報告することは2つの願望しか持ちえませんが、

このような報告は、外国の取引相手、または、彼らに対して助言を行う者たちに単に情報を与えようとするだけのものです。彼らは、準拠裁判法制が適用されるすべての場合において、その解決策の検討を可能とするために、これ

らの解決策を知りたいと望んでいます。ところが、そのためには、この情報は可能なかぎり正確でなければなりません。私がここで説明をしているのはフランスの法律家としてであるのですから、私は、それゆえに、自分にとっては自然な準拠裁判法制を構成しうる、フランス実定法のすべての解決策の詳細に立ち入らなければなりません。しかし、目下、このような報告をするのに必要となる時間を私が使えないのは明らかです。

このようなもっぱら描写的なアプローチは、むしろ、準拠裁判法制において採られているこれらの解決策が移出されるに値するものであるということ、すなわち、外国の裁判法制により無条件に複製される価値があるということ、納得させるという目的を持ちえます。しかし、私にそのような願望はありませんし、関心もありません。

実際、かような願望は、単に、価値判断によって示されるに過ぎません。すなわち、これは、準拠裁判法制におけるこれらの解決策が申し分のないものであるということ、または、ともかく、他の裁判法制において採られている解決策よりも優れているのだということ、聴衆に納得させることなのです。ここでは、援用される議論の性質（道徳的、哲学的、社会的、経済学的）はあまり重要ではありません。とりわけ、法と経済学の理論は、その学術的な主張にもかかわらず、観念論的な選択以上のものを反映してはいないということ、われわれはよく知っています。すなわち、「合理性 (rationalité) 」や「効率性 (d'efficacité) 」といった概念からこの経済学的な理論が引き出す考え方は、変数 [variables] の自由選択や他の変数のすべての級数の拒絶に由来するところ、選択の正当性は常に議論の対象となりうるし、他の変数のすべての級数が無視可能であるという特性は、決して説明されることがないのみならず、時に、経験を通じて反論を受けるのです。

ところで、法律家は、基本的に政治的性格を帯びているこのような議論において、自身の立場を示すのに、僅かな正当性しか持ち合わせていないように思えます。これらの議論はそれぞれの信念の領域の問題であり、それゆえ、民主主義の原則によってしか、決着しえないのです。

換言すれば、私が本テーマの用語について、このような描写的なアプローチを採ることができないのは、私はここで、(フランスでの) 事業活動について授業をしに来るフランス法の代表者として論じているわけではないからです。すなわち、私が、私と同じ文化を共有する法律家との交流に参加したのは、民法の伝統または文化を持った法律家としてなのです。

われわれの、この文化を特徴付けているのは、この文化によって導かれる議論が、解決の時宜性 (l'opportunité) ではなく、その整合性 (cohérence) を対象としているということです。これは、信念を対決させるものではなく、理論的証明の長所を評価するというものです。つまり、われわれの実定法上の解決策を隔てる相違は、これが、時宜に叶った形で、論理的には可能であり、かつ、結果として、法律固有の観点からではなく、厳格に政治的観点から、自由になしうるといった場合にのみ、正当化されるというように考えることを、われわれはこの文化により義務付けられているのです。反対に、理論的には、いかなる選択も、われわれに共通の他の実定法上の解決策により認められていない場合には、この相違は問題となっている制度の相互における不整合性のみを導くことにしかなりえません。

換言すれば、われわれ民法学者の法へのアプローチに係る独自性は、この独自性が、カントが純粋理性と実践理性との間に打ち立てた差異を十分に尊重していることにあるのです。選択、すなわち、実定法の解決策について採られた決定は、実践理性に属し、それゆえ、最広義の政治的権力に属しており、われわれ法律家の領域ではありません。

われわれ法律家に課せられているのは、これらの選択、および、ここから生じる解決策を、純粋理性の要請といった観点から検証することです。すなわち、われわれの役割は、これらの選択および解決策が、その一方で、政治的権力がすでに採った他の解決策と相容れないものである場合に、これらの選択および解決策によって、どの範囲でこの他の解決策を見直すのかを検討し、必ずしも完全に廃止するという結論に至らないのであれば、どの程度その適用範囲を制限するのかを検討することにあるのです。

また、われわれの交流が常に有益であるというのもこのためです。すなわち、アルゼンチン法の解決策を基にして、イタリアやポーランドの法律家が、アルゼンチンの法律家と同様に、厳密に証明しえたことは、アルゼンチン法の解決策と同一のフランス法または日本法の解決策の正確な射程を理解しようと望むフランスまたは日本の法律家にとって、必ず有益なものとなります。

それゆえ、ここに、本テーマの取り組み方を決めるものがあります。すなわち、私が既に定義したように、本テーマは、まず信用保険、次に保証、最後に独立担保に関するものです。論理的な視点から本テーマを扱う唯一の方法は、本テーマの範囲を定めるために私が行った説明の厳密な延長部分において、この3つの概念を区別するものを検討することなのです。

ところで、この区別は、これらの個々の定義に由来するものではありません。すなわち、これらの様々な定義が必ず関係している制度の区別に由来するのです。

つまり、保険、保証、および独立担保の概念は異なるものではありません。なぜならば、これらの定義は様々だからです。すなわち、かかる概念は、これらが論理的に結び付けられている制度自体が異なっているという場合に、かつその範囲でのみ、異なることになるのです。

このことを検証するために、まずは、信用保険と保証とを分けるものについての検討から始め（Ⅰ）、次いで、これと、独立担保とがどの点で区別されるのかについて検討しましょう（Ⅱ）。

I 信用保険と保証

その定義だけを見るならば、信用保険と保証とは明らかに異なる2つの制度となります（A）。それゆえ、その混同は、これらの個々の領域の確定に資する基準の不充分さにしか由来しません（B）。

A 定義の対立

1) 信用保険

信用保険は、保険契約から生じる担保です。保険契約は、保険契約者〔le souscripteur〕が、一定の金額（「保険料 (la prime)」または「保険分担金 (la cotisation d'assurance)」）を支払う代償として、不確定な出来事（「リスク (le risque)」）が生じた場合に、最も多いのはお金（保険金「l'indemnité d'assurance」）という形で、一定の給付をする義務を保険者〔l'assureur〕に負担してもらうという合意として定義されます。この保険給付がなされる対象者の同一性〔l'identité〕はあまり重要ではありません。給付がなされるのは、保険契約者自身ということもありえるし、他者のための約定により指定された第三者（「受益者 (le bénéficiaire)」）という場合も充分にあり得ます。「被保険者 (l'assuré)」、すなわち、担保されているリスクが現実化したときに利益について影響を受ける者ですけれども、この被保険者の同一性についてもあまり重要ではありません。被保険者は最もよくあるのは保険契約者自身または受益者ですけれども、保険契約者が取引の正当な利益を証明することができるのであれば、第三者に影響を及ぼすリスクをカバーするということも禁じられてはいません。

この定義から、保険契約は双務契約の一種であるということになります。すなわち、保険契約は2名の当事者（一方は保険契約者、他方は保険者）のそれぞれに負担される債務を含んでいるのです。

しかし、この双務契約は、射倖契約〔un contrat aléatoire〕でもあるという特性を示しています。実際、保険者の債務は純粋に不確定なものです。保険者は、リスク、すなわち、契約が想定している不確定な出来事ですけれども、これが現実化した場合にしか、約束した保険金を支払いません。リスクが現実化しないときには、保険者は何らの義務を負いませんけれども、保険者が受け取った保険料はそのまま保持することができるのです。

それというのも、反対に、この保険料は保険契約者が常に支払う義務を負っているからです。つまり、保険契約は有償で締結されるという本質を有しているので、保険契約は必ず双務契約となっているのです。実際、保険はリスクの

分散という技術に基づいています。すなわち、保険者は、原則として、保険に掛けられている喪失の総体に対して補償することを可能とする資金を集めなければならない、これは、保険者と契約した保険契約者の総体から保険者が受け取る保険料の総体を通じてなされることとなります。それゆえ、リスクに一致した保険料を取得するということの帰結として、保険者が組織したこの相互扶助組織に含まれていないリスクは何らカバーされないのです。その結果、保険料は、保険者の義務のコースではないとしても、少なくともこのコースの存在の必要条件ということになります。つまり、これがなければ、契約が、「当事者のそれぞれ (chacune des parties) 」を「取得または喪失の機会 (chance de gain ou de perte) 」にさらすことにならない（フランス民法典 1104 条）、すなわち、射倖契約の特徴を構成し、かつ、一般的に、射倖契約から生じる債務の客観的なコースとみなされている射倖性に、さらすことにならないのです。

その他については、保険契約の制度は、当然、担保されているリスクの個性〔des particularismes〕に依拠します。信用保険契約の制度は、極めて広く、フランス法上の契約の自由に委ねられており、これは、信用保険契約の制度を、保険法典の領域から原則として排除することになります。このことは、相互扶助の組織ということが根底にあるという事実、および、リスク料率の設定が、リスクの均質性の欠如によって当然に独自のものとなるという事実から、とりわけ説明されます。

しかし、このような事情は本テーマの視点とは無関係です。重要なことは、単に、信用保険が、信用保険に係る契約の射倖性から生じるすべての結果と無関係には理解されることはないということだけです。

2) 保証

保証契約は、一般的に、保険契約とは^ア^プ^リ^オ^リ (*a priori*) に極めて異なるものであり、したがって、信用保険とも異なるものです。

実際、1804 年の民法典は保証契約を無償契約〔un contrat de bienfaisance〕として考えていました。これは、債務者に対するふとした寛大さから保証人が行う、

「友の助け (service d'ami)」ということであり、保証人は、債務者が信用を享受する、すなわち、極めて一般的には、契約当事者の1人からの信頼を得ることを可能とするために債務者に手を差し伸べるのです。

それゆえ、保証は、場合によっては、保証人が助けようと望む債務者に知られることもなく、保証人と債権者との間で締結される契約なのです。

この契約は、常に、かつ必ず、片務契約となります。実際、保証契約は保証人にしか義務を負わせません。すなわち、保証人は債務者の不履行の際に、債務者の債務の全部または一部を支払う義務を負います。それゆえ、この保証人の債務は不確定なものでしかありません。なぜならば、保証人の債務はある条件に付されるからです。すなわち、債務者が自ら履行できないという条件です。

反対に、保証契約が、債権者に対して、一定の注意義務、とりわけ、債務者の債務が弁済された場合に、債権者に対して支払われた金額の償還を債務者から受けることを可能とする注意義務を課しているにしても、この注意義務は、厳密な意味で、「債務 (obligations)」ではありません。なぜならば、この注意義務は強制履行 (une exécution forcée) に有効に服しえないからです。それゆえ、スイスおよびドイツの学説が一般的に採用している用語を用いるのであれば、この注意義務は単に「間接義務 (incombances)」というものであり、これが遵守されない場合には、債権者の権利の一部または全部の失効 [la déchéance] という、サンクションが生じます。

また、保証は片務契約であるので、保証人の義務のコースについては、常に、ある種のためらいが認められます。保証が友の助けであるというように考えられている限りでは、無償性に関してなされるのと同じく、コースの主観的なアプローチを重視しつつ、保証を受けた債務者と保証人とを結び付ける関係の中にこのコースを模索したくなります。フランスにおいて、判例は、保証を弱めることになりうる、このような分析を認めてはいません。すなわち、債権者は自身に対して与えられた担保を信用できて当然であり、それゆえ、担保が、債務者と保証人とを結び付ける関係の実態または正当性に関する批判または対立により、見直されるというようになりリスクにさらされてはならないのです。それ

というも、判例は、債務者が債権者から獲得しようと望んだ信用の供与または維持を保証人が認めた以上、保証人の債務のコースは存在すると考えているからです。

要するに、信用保険と保証のそれぞれの特徴に係るこのような叙述から、その機能だけが両者の接近を正当化するということがよく分かるのです。すなわち、これら2つの契約は、債務者の不履行のリスクに対し、債権者に担保を与えることに資するのです。反対に、この機能を実現するために採られている技術は、根本的に異なる2つの要件の中にあります。つまり、信用保険は射幸的
双務契約から生じるのに対して、保証は、常に、条件付債務を生じさせる片務契約であるということです。

それゆえ、両者を混同することは、保証人が債権者に対する自身の義務の代償として報酬を与えられることを認める場合にのみ、可能となるのです。

B 報酬付の保証〔cautionnement salarié〕の場合における技術の混同

実際には、保証はなお無償契約のままであることが多くあります。しかし、保証は無償であるにもかかわらず、友の助けとみなされない場合であってもなお広く使われています。なぜならば、保証人は債務者に対して供与される信用について個人的な利益を有しているからです。例えば、とりわけ、保証人が、信用を供与された会社の社員〔des associés〕の1人、または経営者の1人である場合がこれに当たります。

さらに、債権者が自身の義務をこのような担保〔une garantie〕の提供という条件に服させているにもかかわらず、債務者が、近親者（親、友人、社員など）に、保証人として債務者のために無償で義務を負ってもらうことができない場合には、債務者は保証のために金融機関に依頼しなければならず、金融機関はその代償として報酬の支払いを求め、この報酬は金融機関が締結した「条件付債務（l'obligation conditionnelle）」の金額に常に比例することになります。

このような状況の多様性は、フランスにおいて、常に、裁判所を深く悩ませる原因となっています。

もちろん、保証が無償契約として実際に現れる場合には、保証は、保証人が寛大さを持つ者として扱われることを正当化します。このようなことは、そもそも、民法典自体が保証人について比較的保護するような制度を有してきたことの説明となります。すなわち、保証人の義務は通常、債務者の義務に服しており、それゆえ、保証人は、債権者があらかじめ債務者の「財産について検索した (discuté les biens)」場合、つまり、債務者の財産の強制競売の成果に基づいて自己の債権の弁済を得ようとした場合にしか、債権者に対して支払う義務を負いません (1804年の民法典 2021条)。さらに、債務が複数の保証人によって担保されている場合には、これらの保証人は当然、各保証人に対する請求を分割するように債権者に対して求めることができ、この結果、いずれかの保証人に係る不確定な支払不能の結果を引き受けるのは債権者ということになります (1804年の民法典 2026条)。

しかし、このような解決策は不十分なものでした。なぜならば、保証人はこの「検索 (discussion)」の利益および「分別 (division)」の利益を放棄しようということを、ナポレオン法典自身が規定していたからであり、また、現実的にも、連帯の約定の効果により、債権者は保証人がかかる利益を実際に放棄することを求めるのを決して忘れなかったからです。

それゆえ、判例は、専断により保証人の利益をより保護する制度を徐々に実施する必要性を感じ始めました。この制度は、主として、民法典 1326条の規定に依拠するものです。同条は、「当事者の一方のみが他方に対してある金額を支払う……義務を負う法律行為は、この義務を負う者の署名ならびにすべての文字および数字に関して、この者自身によって書かれた、金額……の記載を含む証書において証明されなければならない」としています。この制度が最高点に達した時には、フランスの裁判所は、本条の要件を遵守しなければ保証を無効としていたので、この制度は保証を厳粛行為 [un acte solennel] とするに至ったのです。

強調すべきなのは、裁判所が、無償の保証、すなわち、実際に友の助けに相当する保証を保護する必要性を感じており、判例がこの必要性を政策的

(politique) に正当化したということです。

この判例が、利害関係のある保証〔les cautionnements intéressés〕、ましてや (a fortiori)、報酬付の保証に対して適用されることは、まったくと言っていいほど擁護できることではありませんでした。それゆえ、この判例は大いに批判されたのです。

これは、保証人についてただ1つの制度で満足することの難しさがよく理解されていたということです。すなわち、1804年の民法典が有していた制度は、寛大な保証人にとってはあまりに厳しいものでしたし、また、判例が作り上げた制度は、報酬付の保証人にとってあまりに都合のよすぎるものだったのです。

それゆえ、最終的に立法者が対処しました。しかしながら、立法者は、細分化された措置をもって対処し、これは保証制度の多様化となって現れたのでした。ここで、これらの措置の詳細について立ち入る必要はありません。本日は、フランス法において、保証の制度が、次のような要素に応じて、著しく多様化しているということを確認すれば充分です。すなわちこの要素とは、

- 被担保債務の発生原因
- 債務者または債権者の消費者または事業者としての性質
- 保証人の自然人または法人としての性質
- 保証の利害関係的性格の存否

ということです。

つまり、採られた選択は、状況に応じて、適用されうる解決策の時宜性 (l'opportunité) がほぼ常に担保されるように、保証の制度を細分化するというものなのです。

しかし、これらの解決策が対象とした一定の取引に係る性質決定 (la qualification) 自体を再検討することにより、この目的がより良く達成される可能性はなかったのでしょうか。

とりわけ、驚くべきなのは、われわれの実定法が、この性質を決定するために、「担保提供者 (garant)」、すなわち、債務者の不履行があった場合に債権者に対して支払う義務を個人的に負っている者ですが、この担保提供者が当該

義務の代償として報酬を受け取っているか否かを知るという点を考慮する必要はないという考えに固着しているということです。つまり、たとえ担保提供者が報酬を貰っていたとしても、この義務はなお片務契約から生じるものであり、それゆえ、保証となるのです。

しかし、この場合において、保証と信用保険の区別は、保証人が無償の義務を負う場合よりも、当然難しいこととなります。いずれにせよ、この区別のために一般的に提示される基準の妥当性について確信を持つことは極めて難しいように思います (1)。それは、恐らく、この区別自体が正当化されていないからなのです (2)。

1) 一般的に提示される区別の基準

フランスにおいて、学説は次の点を認めることで一致しているように思われます。すなわち、無償性は保証の本質ではなく、保証と性質決定することは保証人のための報酬の約定と相いれないものではないということです。しかし、学説は、信用保険の性質決定に比べれば、保証の性質決定に特有の基準については極めて例外的にしか気にかけておりません。

このことは、問題の主たる争点が今日では失われているという事実により説明されます。

この議論の主たる争点は、長年にわたり、債務者の不履行のリスクに対して担保を付与する権能を持った金融機関の同一性に関係していました。

実際、保険は厳格に規制された活動の1つです。公的機関 [l'autorité publique] により資格を与えられた企業だけがこの活動を行うことができるのであり、その上、公的機関は監督権限 [une autorité de contrôle] を通じてこれらの企業を監視の下に置いています。

ところで、銀行の活動はまさに同じ特徴を示しており、かつ、同じく監督権限に服しているところ、この監督権限は、ここ数年前まで、保険の担当部署により担われている監督権限とは異なるものでした。

それゆえ、保険者が、第三者に対して「被保険者 (assurés)」が負っている

義務の「保証人（caution）」となることの可能性について、保険者と銀行とを対立させる相違が早くからあったのです。すなわち、保険者は、これらの「保証（cautionnements）」は実際には保険という担保であり、これは、保険者の活動の範囲に属するものであると主張していました。反対に、銀行は、これは紛れもなく保証であると主張し、ここから、保証が職業的資格によりなされる場合には、保証は銀行の独占の下にあると結論付けました。したがって、この対立に決着をつける必要がありました。1950年代初頭に、フランスで最終的に採られた解決策を詳述することは確かに有益ではありません。実際、「保証（cautionnements）」の交付を保険会社に対して明確に認めた、1973年7月24日の欧州経済共同体指令〔une directive de la Communauté économique européenne du 24 juillet 1973〕の結果、今日では議論は終結しているのです。せいぜい〔触れるとしても〕、この指令により、それ以後、「信用保険（assurances crédits）」の内、EU法が「保証保険（d'assurance-caution）」と性質決定しているものと「支払不能保険（l'assurance-insolvabilité）」とが区別されることになるということくらいでしょうか。しかし、保険者はこれら2つの取引の一方を他方のものとして実現しうるので、今日では、一般的に、この区別の有用性はもっぱら理論的なものに留まっています。

それにもかかわらず、この点に関心を持っている論者が提示する基準は全部で2つです。

a) 第1のものは、問題となっている2つの取引のそれぞれに個別に適用される制度に基づいています。すなわち、あるアプローチによれば、保険者は、債権者に対して弁済をする際に、債務者の債務ではなく、保険契約から生じた自身の固有の債務を弁済することになるので、信用保険は不履行に陥った債務者に対する保険者のすべての求償権〔recours subrogatoire〕と両立しえなくなります。それゆえ、かかる事情は保証人の事情とは大きく異なります。それというのも、保証人が引き受けた債務は債務者の債務とは区別されないからです。結果として、保証人は、債権者に対して弁済をした後、共通の債務を消滅させるために保証人が弁済した金額の償還を常に求めることができる当然の権利が

あるのです。

このような分析は受け入れることができません。

まず、この分析は追求する目的に対して常に適合できておりません。すなわち、この分析は信用保険と保証との制度比較に関するものなので、その性質決定には役に立ちえないのです。実際、保証とは反対に、保険者が債務者に対する求償権を行使しえないことがたとえ確かであったとしても、このような状況を基本として、他人の債務の全部または一部を弁済することを約した者が、保証人ではなくむしろ保険者の資格で義務を負ったとする場合であるのかどうかをどのように確定しうるのかが分かりません。換言すれば、負っている義務の性質決定に係るこの問題は、適用される制度の問題に対して常に先行して存在しているのです。すなわち、法的に結びつけられた効果を引き出すことが可能となるのは、それが、保険者のためであれ、保証人のためであれ、いったん、この先行する問題を解決した場合のみなのです。

次に、提案されている区別の基準は根本的に妥当性を欠いています。実際、保険者は、自身の固有の債務を弁済したという事情から、異なる債務を負っている他の債務者に対するすべての求償権を奪われなければならないという結論にはまったくなりません。すなわち、物損保険 [l'assurance de chose] において、保険者が、被保険者に対して保険金を支払った後、つまり、被保険者に対して自身の固有の債務を弁済した後に、担保されていた物の損壊につき責任がある者に対して追及することは昔から認められております。この解決策にはまったく批判の余地はありません。なぜなら、この解決策は保険に固有の特徴といかなる論理的関係も有していないからです。すなわち、この解決策は、もっぱら金融との関係で、したがって、被保険者に対する担保のコストとの関係で、単に時宜性の考慮から述べられているに過ぎないのです。

実際、既に見たように、保険はリスクの分散という原則に基づいています。具体的に、これは、保険者が保険金を支払うべき喪失の総体について補償するために用いる金額が、原則として、保険者が被保険者の総体から受け取った金額であるということの意味します。これらの喪失につき責任ある者に対する求

償権が保険者に対して与えられることは、最終的に、保険者の負担に留まる保険金の総額を制限し、被保険者に対して要求される保険料を削減する目的を持っているに過ぎないのです。

問題となる関係は信用保険についても異なりません。すなわち、債務者に対するすべての求償権を保険者から奪うことは、反対に、保険者に対して求償権が与えられている場合に比べて、保険をとっても高くつくものにするという選択をするに過ぎません。それゆえ、フランスの立法者が、このような選択は当事者自身にしか委ねるべきではないと考えたことは容易に理解できます。すなわち、1971年7月11日のある法律は、信用保険において、保険者は原則として債権者の権利に代位するというを、明確に規定したのです。

b) そういうわけで、今日、フランスの学説が報酬付の保証と信用保険とを区別するために好んで使う第2の基準がここにあるのです。すなわち、「担保負担者 (garant)」に対して報酬を支払う義務を負う者の同一性です。実際、大部分の論者によれば、担保負担者に対して報酬を支払う者が債権者である場合、この「担保負担者 (garant)」は、原則として保険者であるとされます。反対に、担保負担者の報酬が被担保債権の債務者によって支払われるものである場合、「担保負担者 (garant)」は保証人としてしか義務を負担しえないとされます。この最後の結論を正当化するものとして、債務者は自身の不履行のリスクに対して保険に入ることはできないという主張がなされます。なぜならば、このようなリスクは随意性を帯びているからです。すなわち、債務者には債権者に対する自身の義務を履行する、またはしない自由があるので、債務者の不履行のリスクの現実化は債務者の意思のみに委ねられることになるからです。

このような分析は正当化できません。

この場合、恐らく、「被保険者 (assuré)」たる債務者の意思がリスクの現実化に影響を与えうるのは確かでしょう。しかし、これは保険についてほとんど常に生じうることなのです。例えば、賠償責任保険 [l'assurance de responsabilité] において、損害が被保険者の故意によるフォートの結果から生じるということとを排除することは決してできません。同様に、物損保険においても、損傷が被

保険者の意図的な行為の結果ではないかという懸念を抱くのは当然のことです。しかし、保険の有用性と、実定法において保険は確立されているということの妥当性を疑う者はいないのです。

結果として、リスクが被保険者の意思に委ねられうるということは重要ではないのです。重要なことは、単に、喪失自体が被保険者の故意によるフォートの結果から生じたものではないということです。換言すれば、リスクの随意性を考慮するということは、喪失が被保険者によって意図的に引き起こされた場合に、担保を排除するという保険法上の解釈を単に見出すことでしかないのです。

なぜ、信用保険については異なることになるべきであるのかが分かりません。信用保険の分野において、「被保険者 (assuré)」たる債務者の故意によるフォートの特徴付けが可能であるということ、苦心の末にしか想像することができないので、なおさらこのことは理解できません。実際、債務者による支払いの単なる拒絶は、通常、不履行とするには充分ではありません。すなわち、債務者の抵抗に勝る強制執行が認められることになるからです。ましてや、債務者の支払不能の企ては、被担保債権を根本的に回収不能なものとするには充分とはなりません。非常に多くの場合、この支払不能は、もっぱら見せかけのものであり、詐害行為取消権〔une action paulienne〕か、または虚偽表示確認訴権〔une action en déclaration de simulation〕により対抗されるのです。

しかし、とりわけ、かつとにかく、債務者の「故意によるフォート (faute intentionnelle)」が実際にまったく考えられないわけではないとしても、このフォートは「被保険者 (l'assuré)」の故意によるフォートとしては構成されえないということを指摘しておかなければなりません。なぜならば、被保険者の資格を有する者は債務者ではないからです。実際、担保されるリスクによって影響を受ける利益が帰属している者は債権者であり、債務者ではありません。ところが、唯一被保険者自身の故意によるフォートをカバーすることだけが保険と相容れないのです。

債務者の故意によるフォートは、保険者が債務者自身と契約した場合と同じ

く、保険の契約者が債権者である場合でも生じうるだけに、一層、この指摘はここで検討した分析を批判するには十分なものとなるのです。このような事情から、かかる指摘を考慮することは、信用保険が債権者に対して与える担保の有効性を毀損しないように、信用保険の制度が整備されているということを確かに証明しています。しかし、このことは、この担保が債務者によって契約された場合に必ず保証になるというように断言するには、説明として何らの役にも立ちません。

それゆえ、蛇足となりますけれども、この論証に対して3つの補足的な考察を加えることにしましょう。

第1の考察はこの基準が極めて作為的であるということです。すなわち、保険料が債権者により支払われる場合、そうであるからと言って、常に保険料が債権者によって負担されているわけではありません。実際、債権者は債務者に保険料を負担させることができるのであればその都度、その金額は債権自体の金額に明らかに転嫁されることになるのです。結局、保険料を支払っているのは、債務者なのではないでしょうか。

検討対象たるこの基準から提起される第2の考察は、何にせよ、この基準は不十分であるということです。それというのも、たとえ、債権者しか信用保険に加入することはできないということを認めるとしても、債権者が保証契約を締結することを妨げるものがあるとは思えません。換言すれば、自己の債権の担保として、債権者は保証人と並んで保険者による担保を取得することができるのです。結果として、「担保負担者 (garant)」の性質に関する難点を解決するために、「担保負担者 (garant)」の相手方当事者の同一性からなる基準で満足することはできないのです。

最後に、この基準から想起される3つ目の指摘は、この基準は実務に合致しないということです。実際、とりわけ、個人による不動産の取得のために、金融機関が、合意する一定の融資を従属させる担保に当たる「借主保険 (l'assurance emprunteur)」は、借主に組織的に負担させる保険料の徴収を生じさせます。しかしながら、この借主保険が保証ではなく、支払不能保険に属する

保険取引であるということを否定することはできません。

かかる状況において、ここで検討した基準は先に検討した基準よりも妥当性を欠くと結論付けざるをえません。信用保険と保証との区別は、保証が報酬付である場合にはまったく存在理由がないという事実の中に、説明が見出されるべきであるように思えます。すなわち、担保負担者が報酬を貰っている以上、担保負担者は保証人ではなく、保険者と性質決定すべきなのです。

2) « 報酬付の保証 (cautionnement salarié) » は信用保険の一形態である

既に指摘したように、学説は、一致して、保証は報酬付であったとしても、なお片務契約であると考えています。保証は、必ず債権者と保証人との間で契約が締結されるので、この保証人の負担となる債務しか生じさせません。しかし、この説明は既に極めて深いためらいの気持ちを抱かせるものなのです。

実際、この場合、「保証人 (caution) 」が担保を提供することに同意するのは、保証人に対する報酬が代償として約束されているからです。したがって、無償の保証の場合と同じく、保証人が片務的に負った義務のコースが、自身の債権者の下で債務者が信用を享受することを可能にしたいという願望の中にあるとは納得し難いのです。

さらに、この分析では、報酬に対する保証人の権利は保証自体から生じるものではないと考えざるをえなくなります。それゆえ、その発生源を見出すために、この分析は、報酬に関する権利は他の契約に由来し、この契約は保証人と保証人に担保を求めた者の間で締結されたものであるというように、主張せざるをえなくなります。しかし、この異なる契約というのは学説の注目をほとんど引いていません。この契約の性質決定そのものが極めて不可解なものです。それゆえ、せいぜい、当該契約について、「署名による信用 (crédit par signature) 」と性質決定されることを時おり思い起こすくらいですが、これは法的にはいかなる明確な意味をも有していないのです。この場合、「信用 (crédit) 」は法的には不確定の支払義務となります。それというものの、この信用は、主たる債務者の不履行、すなわち、将来または不確定な出来事の現実化

に服しているからです。

しかし、明らかに、国際私法上の学説が、問題となる契約の「特徴的給付 (la prestation caractéristique)」と呼ぶものに当たる、この支払義務には矛盾があります。すなわち、支払義務は保証自体の固有の目的ではないのでしょうか。換言すれば、このような支払義務が当該契約に基づき既に「保証人 (caution)」によって引き受けられている場合——どのようにしてこの支払義務が存在しないことになるのかわかりません。それというのも、これがなければ、この保証人の相手方当事者は保証人に対して報酬を与える義務を当然に引き受けないことになるからです——保証契約によるこの繰り返しは何の役に立つのでしょうか。また、より根本的に、別な仮説を立てるなら、何をもって、この義務とこの保証契約から生じうる義務とが区別されるのでしょうか。

したがって、報酬に対する「保証人 (caution)」の権利を根拠付ける契約を厳密な分析にかけることなくして、これらの疑問のそれぞれに答えることはできません。

報酬の根拠となるこの契約が締結されるのは、これがない場合には、この仮説そのものによって、「保証人 (caution)」が自身の担保を拒絶しうるからです。この単純な事情から、保証人による担保のコースは合意された報酬とは無関係なものとはなりえないという結論が引き出せます。すなわち、この報酬こそが、「担保負担者 (garant)」の義務を必然的に決定するものとなるのです。

相關的に、「保証人 (caution)」の相手方当事者の義務を決定付けるのはこの保証人の義務ということになります。すなわち、既に指摘したように、そうでなければ、この相手方当事者は保証人が要求する報酬を保証人に対して支払う義務はないのです。

ここから、この契約は双務的な性格を帯びているという結果になります。すなわち、この契約は相互の債務を生じさせているのです。

しかし、これらの相互的債務は均衡がとれておりません。すなわち、「保証人 (caution)」の債務はもっぱら不確定なものです。それというのも、この債務は、債務者の不履行により生じる、不確定な出来事に依拠しているからです。

しかしながら、他方で、この不確定な出来事が現実化した場合、定められた担保の名目で支払われることになる金額は、代償として確定的に合意された報酬よりも非常に高額なものとなるでしょう。

ここから、この契約は射倖的な性格を帯びているという結果になります。すなわち、この契約は、フランス民法典 1104 条に言うところの、「当事者のそれぞれ (chacune des parties) 」を「取得または喪失の機会 (chance de gain ou de perte) 」にさらしているのです。

さて、保険契約のすべての特徴について思い出してみましょう。学説が「署名による信用 (cdédit par signature) 」と性質決定するものは保険契約以外の何物でもありません。その結果、学説が報酬付の「保証人 (caution) 」の名で呼ぶことに固着する当事者は、実際には、「保険者 (d'assureur) 」と性質決定すべきほかないのです。

この契約が債権者によって締結された場合、受益者として指定されるのは債権者です。実際には、この契約の後にはいかなる法律行為もなされない結果、その後には生じる「保証 (cautionnement) 」をどのようにして確認できるのか分かりませんし、このような保証には何らの実益もないでしょう。

反対に、この契約が債務者によって締結される場合であっても、受益者として指定されるのは債権者です。しかし、債権者がこの取引に与える同意は、「保証の申込み (offre de cautionnement) 」に対する承諾に相当するものにはまったくなりませんし、このような申込みが仮に保険者から債権者に対してなされたとしても無意味でしょう。すなわち、この同意は第三者のための約定に対する承諾でしかなく、ここから、保険契約に基づくこの受益者の指定がまさしく生じることになるのです。

結局のところ、「報酬付の保証 (cautionnement salarié) 」の真の法的性質は保険契約であると結論付けなければなりません。換言すれば、保証は、常にかつ必ず、無償であるということであり、「保証人 (caution) 」が自らの義務の代償として報酬を受け取る場合には、この保証人は、実際には、保険者になるということなのです。

独立担保についての検討は、極めて類似した結論となります。

II 独立担保の法的性質

2006年3月23日のオルドナンスに由来する、フランス民法典2321条の1項によれば、「独立担保とは、第三者によって同意された義務を考慮して、担保負担者が、付従性なしに、合意された方法に従い、ある金額を支払うことを義務付けられる約定〔engagement〕である」とされます。また、同条3項および4項は「担保負担者は、担保された債務についての抗弁を一切対抗することはできない。反対の合意がない限り、独立担保は担保される債務に随伴しない」と付け加えています。

本条は、新しい「担保（sûreté）」として、独立担保の立法的な確立を行うものです。しかし、この新しさはその独自性を示すには充分ではありません。独立担保の性質に関する厳密な検討は、これに相当する取引が、実際には、保証や、信用保険となることを示しています。

A 新しいけれども、独自性のない担保

独立担保はフランス法において最近現れたものです。裁判所において援用された最初の独立担保は、1970年代にまで遡り、これらは国際商取引に関するものでした。しかし、判例は、独立担保の正確な性質の検討を余儀なくするものである、抵触準則〔la règle de conflit〕に従って適用されるべき法にこれらの制度を依拠させるよりも、むしろ独立担保が明らかに交付される旨が含まれている文言に依拠すれば充分であると考えたのです。

このようなアプローチは批判を免れることができませんでした。もっとも、かようなアプローチが少なくとも「国際担保（garanties internationales）」に対して充てられるということは、予想しえたことでした。しかしながら、状況は異なっていました。すなわち、すぐさま、裁判所はもっぱら国内的な関係において独立担保が交付されることを認めたのです。

そうとはいえども、このような解決策は自明のことではありません。独立担保の存在理由は、これに充てられる範囲と同様に不明確なものです。

1) 独立担保の存在理由

独立担保は、学説によって、保証の代替物であるというように常に言われています。このような説明は、独立担保の確立に係る問題がもともと実際にこれらの用語の中にあるという事実から理解されます。

債権者の視点からは、保証に対し、効力が不十分な担保を設定するものであるという批判がなされます。実際、保証の附従性から、保証人の債務は被担保債務の存在と範囲に依存することになります。結果として、被担保債務が無効となるか、または消滅した場合、保証人は義務を負わなくてよいのです。また、保証人は、不誠実〔*mauvaise foi*〕であったとしても、債務者に対する債権者の権利を争うことによって、常に自身の義務の履行を遅らせることができるのです。

ここに、独立担保が治癒すべき対象があります。すなわち、独立担保を契約する者は、被担保債務から引き出される何らの抗弁をも、債権者に対して対抗することができないのです。

これこそ、独立担保の確立のために援用された時宜性の考慮なのです。判例がかかる点に敏感であったということには驚かざるをえません。

実際、この判例は、保証人への配慮から、保証を厳格な契約へと変えることにより、保証人保護の強化を模索していた判例と同じ時代のものでした。すなわち、債権者が、担保負担者に対して、保証よりも遥かに厳しい人的担保の関係を強いるのを同時に認めるということは、矛盾ではないにしても、少なくとも逆説的ではなかったのでしょうか。

もっとも、さらに、このようにして採られた解決策は、これを法的に正当化するという難題をもたらしたのです。

それというのも、保証は民法典により認められている唯一の人的担保です。しかるに、民法により採られている規制がそれ自体厳格な強行法規性を有して

いないとしても、この規制は、当事者がこの人的担保の附従性から生じる結果のすべてからは逃れることはできないと考えざるをえなくするのです。

かかる状況下で、裁判所は、保証制度を破綻させることなく、どのようにしてこれらの結果の発生を防ぎえたのでしょうか。

この問題に答えるために、学説は、まず、独立担保は保証ではなく、担保寄託〔un dépôt de garantie〕に属するものであると主張しました。この指摘は、恐らく不正確なものではないにしても、まったく妥当性を欠いています。それというもの、すべての担保は、常に同じ役割を追求するものなので、その同族的関係によって1つに結び付けられているとみなすことができるからです。それゆえ、検討に値すべき唯一のものは、これらの担保に適用される制度であり、とりわけ、その有効性と第三者に対する対抗可能性について定められた要件なのです。

この場合、担保寄託は質権〔un gage〕の性質を有していることから、フランスにおける2006年改正まで、その成立は「寄託者（déposant）」の占有剥奪〔dépossession〕に服していました。ところが、独立担保は担保負担者のいかなる占有剥奪も前提としておらず、かつ、一般的に、この特徴こそが担保寄託よりも好ましく独立担保を説明することに繋がるのです。このような事情から、独立担保を担保寄託に関連付けることは、独立担保は保証の準則に服するものではないけれども、その制度を正当化することもできないというように説明することを許してしまうでしょう。すなわち、なぜ、独立担保は質権を規律する準則に服していなかったのかということの説明しなければならなくなるのです。

いずれにせよ、独立担保を認める根拠としてもっともよく援用されていたのが契約の自由です。しかし、この説明は先の説明に比べてより妥当性を欠いています。

実際、契約の自由は法律の1つの結果です。それゆえ、契約の自由は法律によって定められた限度でしか行使できません。ところが、判例は、契約の自由は常に保証の附従性に反することはできず、この附従性と法的に結び付けられたすべての結果にも反することはできないと考え続けていた——かつ、いまな

おそう考えている——ということが想起されるのです。強行法規的な制度の適用を逃れるために、新しい呼び名を当事者に対して与えることで充分であると認めることは、完全に整合性を失っています。

換言すれば、独立担保の確立を正当化するために、契約の自由を援用することは、解決すべき問題の論理的順序に反することになります。ある取引について性質決定するということはその法的制度について示すことになるので、契約当事者が、法的制度を修正するために、必要に応じて用いるこの契約の自由の範囲が依拠しているのは、この性質決定です。それゆえ、問題となっている取引に固有の特徴に基づき、常に最初に解決しなければならないことは、この性質決定の問題なのです。その上でしか、問題となっている取引に関係する法的制度について当事者の裁量に委ねられる部分を決めることはできません。

このような事情から、独立担保は、保証が対象とするものとは実際には異なる取引に当たる場合にしか、理論的には、保証の制度と異なる制度を付与されえませんが、反対に、取引が同一の性質であるとするならば、すなわち、保証の制度から逃れることを当事者に認めるといふことになれば、これは、保証からその強行法規性を奪うことにより、保証自体を作り変えることにしかならないのです。

それゆえ、独立担保の特性を探ることが重要となります。

2) 独立担保の特性

フランスの立法者が、2006年に独立担保を確立した際、完全に独自性を有する定義を提示するまでには至らなかったのは明白です。立法者は、独立担保を「第三者によって同意された義務を考慮して」金額を弁済する義務としつつ、独立担保を、保証だけでなく、他の取引とも区別することを可能にするいかなる記載もしていません。すなわち、ときには、貸借〔le prêt〕、または委任〔la commission〕、もっともよくあるのは、指図〔la délégation〕などです。

明らかに、立法者の唯一の関心の対象は、この制度について、保証の制度に抵触する解決策を留めつつ、これを明確化することでした。すなわち、保証に

反して、独立担保に相当する義務により、被担保債務に附随する何らかの抗弁を債権者に対抗することの由来となるものを妨げるということです。

実のところ、独立担保の法律上の定義が不十分であることは、まったく驚くべきことではありません。

実際、独立担保はある矛盾を隠し持っています。すなわち、担保する対象について述べることなく、同時に、担保を提供することはできません。換言すれば、担保は、観念的（*conceptuellement*）には、その対象と切り離すことは決してできないのです。

担保をその対象と結びつけるこの普遍的な関係は、独立担保と性質決定される義務を明らかにし、かつ、独立担保に割り当てられる制度を十分に尊重するために、判例が遭遇している困難への説明となります。

a) 義務の性質決定に関することについていえば、義務の範囲が明確に定まっていなかった場合、躊躇がほとんど許されないのは確かです。すなわち、仮定からすれば、「担保（*des garanties*）」を用いる以上、その金額を決定する唯一の方法は被担保債権の金額に依拠させることなのです。それゆえ、判例は、保証と性質決定することが体系的に必要不可欠であると考えており、ここから、たとえ当事者が明らかに反対の約定を締結していたとしても、「担保負担者（*garant*）」は、債務者自身が援用しうるあらゆる抗弁を、債権者に対して対抗することができる」と結論付けられるのです。

反対に、担保負担者の義務が明確な金額を数字により示したものを含む場合、この義務に対応する性質決定は、その義務が示されている文言から演繹されます。それゆえ、裁判所が依拠すべきと判断する対象はもっぱら形式的な基準となります。すなわち、当事者がその義務に付与した記述によれば、問題となっている担保の実行が被担保債務に影響を与える変化にまったく依存することがないという場合、保証の性質は排除されるべきです。反対に、担保が契約された際に「考慮された（*en considération*）」債務の条件との関係で、担保の実行に係る条件の独立性について僅かでもあいまいさが残っている場合に採られるべきなのは、保証と性質決定することなのです。

ところで、指摘すべき重要なことは、この形式的な基準は問題となっている担保の客観的な特徴には少しも基づいていないということです。この基準は、当事者が担保に対して適用されるのを望む制度に関する (*relatif au régime*) 彼らの選択 (*choix*) に結び付いています。より正確には、この選択の表現方法 (*le mode d'expression*) に関係しているのです。すなわち、この選択が、独立担保の制度に対して有効になされるためには、あいまいな点のない文言で示されなければなりません。しかし、これは、適用される制度の単なる選択である以上、この選択を実定法により与えられる取引の性質については常に一致していると結論付けなければなりません。すなわち、当事者がこの取引を服させたいと望む制度に従って、この取引は保証または独立担保というように性質決定されることになるのです。

b) この独立担保の制度の検討は、その独自性に極めて関係のある性格を明らかにします。

そうとはいえ、まず、この独自性は明らかです。保証人とは反対に、独立担保を締結した者は「担保された債務についての抗弁を一切対抗することはできません」。しかし、この準則は絶対的なものではありません。この準則には、必然的に甘受すべき例外があるからです。

実際、既に指摘したように、担保は、定義自体によれば、担保しているものから完全に分離されることは決してありません。この場合、担保負担者が負担したのは無条件で弁済する義務ではありません。すなわち、担保負担者は「第三者により同意された義務を考慮」することによってしか義務を負うことはないのです。それゆえ、この担保から、かような機能を切り離すことが、担保の受益者に対して認められるとは考えられません。そして、受益者が、担保が付与されている債務とはまったく無関係な動機からその実行を求める場合に、受益者は担保からその機能を奪うことになるのです。

このようなことは、受益者たる債権者に「詐害の意図 (*fraude*)」や「明白な濫用 (*d'abus manifeste*)」がある場合、裁判所が独立担保の実行の停止を決してためらうことなく認めてきたことの説明となり、かつ、議論の余地なくこのこ

とを正当化します¹⁾。

確かに、裁判所は、この詐欺の意図または明白な濫用の評価の際に比較的厳格な態度を示しており、これらについては、一般的に、制限的にしか立証されないと考えています。しかし、この点についての判例は、それでもなお、独立担保の制度が根本的には保証の制度と対立するものではないということを明示しています。すなわち、両者を隔てているのは、担保の実行についての適法性を考慮する方式だけということです。

ある論者が、独立担保の唯一の特徴である抗弁の対抗不可能性の原則について、保証の場合にはこれとは反対に受益者に対して課されることになる債務者の不履行の証明を、受益者に対して免除する「証明約定 (arrangement probatoire)」の単なる結果として説明しえた理由はここにあるのです²⁾。

いずれにせよ、確かなことは、独立担保の制度のこの特徴が、独立担保の性質に係る特徴的な基準にはまったくなりえないということです。

B 保証または保険取引の態様としての独立担保

先の議論において、独立担保は、その制度というよりもむしろ性質という観点から検討する場合、保証との関係において真の独自性を示すものではないということを明らかにしました。

指摘した通り、独立担保と保証とのこの比較は、これが、今日、フランスの学説により検討されるべき唯一のことであるという理由から示されたものでした。しかし、独立担保は信用保険とも同じく近付けられるべきなのです。実際、独立担保が有償で契約された場合には独立担保は信用保険の単なる一態様となること、および、独立担保が無償で契約された場合にしか保証と性質決定されるべきではないということを、実際に立証するのは難しいことではありません。

1) このような解決策は民法典 2321 条 2 項により明確に確立されています。

2) J. Stoufflet, « La lettre de garantie internationale », *RJ com*, 1982. 76, spéc. p. 79.

1) 独立担保と保証

担保〔la garantie〕が無償で契約された場合、この担保は必ず担保負担者と債権者との間で締結された契約から生じることになります。この担保は担保負担者に課される債務しか含んでいないので、この契約は保証のような片務契約の1つとなります。

この債務のコースは、独立担保が抽象的行為〔un acte abstrait〕であるということをお口実として、時に重要ではないとみなされます。この分析は、仮にこれが正しいとしても、担保負担者の債務にはコースがないということの意味を意味しません。この分析は、義務の有効性が依拠する条件として、コースは考慮されないということの意味するに過ぎません。それゆえ、この分析では、債務のコースの探求を妨げるには不十分なのです。いずれにせよ、判例には、この点について、いかなる躊躇もありません。すなわち、判例は、担保負担者の義務のコースは、担保負担者が担保を与えた取引の実現を促進するという利益、より明確には、債務者が債権者から得ることを望む信用の供与または維持という利益の中にあると考えているのです。

このように、独立担保のコースは保証のコースと一致するので、両者を接近させることの正当性について、何らの疑問も、もはや残されていません。すなわち、無償の独立担保は保証の性質を有するのです。より正確には、独立担保は、保証に関する実定法が、一定の条件の下で、当事者に対して選択を認めている特別の制度に対してもっぱらその名称の由来を持つ、保証の一態様以外の何物でもないのです。

しかしながら、この結論は、独立担保が有償であるという、もっともよくある場合には、当てはまりません。

2) 独立担保と信用保険

独立担保が有償で契約された場合には、独立担保は常に債務者と担保負担者との間で締結される契約から生じることになります。これは、独立担保が債権者によって締結されるということが論理的に考えられないということの意味し

ません。すなわち、独立担保の実務での極めて多様な使われ方、および、独立担保により債権者が被るのを防がれる損失の性質を考慮すれば、債権者自身で独立担保を契約するということは債権者の利益となりえます。しかし、この場合、債権者が契約した取引は保険契約であるということは間違いありません。また、このような契約によって調整された保険としての担保を、その利用の態様という点で、学説が独立担保と性質決定する担保から区別するものについて、検討しようとする者などおりません。

それゆえ、独立担保の真の性質に係る問題を解決すべきなのは、独立担保が債務者によって締結された場合のみなのです。この場合、独立担保の根拠となる契約は双務的なものとなります。すなわち、債務者は、合意された条件に従って一定金額の弁済をするという担保負担者の義務の代償として、担保負担者に対して報酬を支払う義務を負います。

しかし、この双務契約は同様に射倅契約でもあります。実際、債務者の債務は担保負担者の債務よりも極めて低い金額となります。なぜならば、債務者の債務は無条件なものであるのに対して、相手方当事者〔担保負担者〕の債務はもっぱら不確定なものであるからです。すなわち、担保負担者の債務は、不確定な出来事に依拠しており、結果として、担保の請求が明らかに服している諸条件の集積の中にあります。それゆえ、この契約は、「当事者のそれぞれ（chacune des parties）」を「取得または喪失の機会（chance de gain ou de perte）」にさらすものであることに議論の余地はありません。

この射倅契約は、他者のための約定が指定する第三者、すなわち、現実的または潜在的に、債務者の債権者を利する目的があります。それゆえ、「担保負担者（garant）」が債権者のために保証状〔une lettre de garantie〕を発行するのは、この約定の実現なのです。したがって、債権者は、この保証状に対して同意を与えることにより、自身に対して申込みがなされるわけではない、ある片務契約を締結するのではなく、債権者のために作成された約定を単に受け入れるだけなのだという結論が導き出されるのです。

それゆえ、報酬付の保証と示されるべき取引とあらゆる点で一致する取引は、

報酬付の保証と同様の性質決定をすることが求められます。すなわち、この取引は、本末、信用保険に属するものなのです。

【訳者注】

(1) 講演について

本稿は、2013年度大陸法財団寄付講座「大陸法特別講義『担保法の将来』」の一環として、2013年11月16日および同18日に慶應義塾大学で行われたヴァンサン・ウゼ（Vincent Heuzé）教授による講演「担保と保険」の原稿を訳出したものであり、当日は時間の都合から大幅に省略された箇所も含まれている。当日の講演の通訳および本稿の訳出にあたっては、金山直樹教授（慶應義塾大学）から多大な御高配と御助言を賜った。この場を借りて重ねて感謝申し上げたい。

(2) 凡例

原文における改行等の体裁は基本的に維持したほか、「 》」や（ ）で括られた箇所や太字で表示されている箇所については同様の表記をするとともに原文を必要に応じて（ ）にて示した。また、イタリックで表記されている箇所については、傍点を付した上で原文を（ ）にて示した。なお、〔 〕で括られた原文等は訳者による補足である。

(3) 参考文献

本稿におけるフランス民法典の条文訳については、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典—物権・債権関係—』（法曹会、1982年）、および、平野裕之＝片山直也訳「フランス担保法改正オルドナンス（担保に関する2006年3月23日のオルドナンス2006-346号）による民法典等の改正及びその報告書」慶應法学8号163頁（2007年）を参照した。

また、個々の訳語に関しては、フランス法全般につき、山口俊夫編『フランス法辞典』（東京大学出版会、2002年）、中村紘一ほか編『フランス法律用語辞典』（三省堂、第3版、2012年）を、保険法につき、P. J. リシャール（木村栄一＝大谷孝一訳）『フランス保険制度史』（明治生命100周年記念刊行会、1983年）、岩崎稜監訳＝財団

講義（ウゼ／大澤）

法人生命保険文化研究所訳『フランス保険法典 I 保険契約（法律・政令・省令）1983年段階』（財団法人生命保険文化研究所、1985年）、同『II 保険監督法ほか（法律・政令・省令）1985年5月段階』（財団法人生命保険文化研究所、1986年）、三好義之助『フランスの保険事業』（千倉書房、改訂増補版、2000年）を参照した。

なお、本講演を基にしたウゼ教授の御論稿、Vincent Heuzé, « Assurance-crédit et sûretés personnelles », *D.* 2014, n° 8, Chr., p.493 が公刊されており、併せて参照されたい。