

| | |
|------------------|---|
| Title | フランス契約法における「与える給付」概念 |
| Sub Title | La notion d'obligation de donner dans le droit français |
| Author | 山城, 一真(Yamashiro, Kazuma) |
| Publisher | 慶應義塾大学大学院法務研究科 |
| Publication year | 2020 |
| Jtitle | 慶應法学 (Keio law journal). No.44 (2020. 3) ,p.175- 211 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | 金山直樹教授退職記念号 |
| Genre | Departmental Bulletin Paper |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20200321-0175 |

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.

フランス契約法における「与える給付」概念

山城 一 真

はじめに

- I 与える給付の形成史
 - A 所有権を移転する意思
 - B 所有権を移転する給付
- II 与える給付の論争史
 - A 所有権移転の基礎づけ
 - B 契約の構造の基礎づけ
 - C 2016年債権法改正

結びに代えて

はじめに

1 本稿の目的

本稿は、売買契約における財産権移転給付の考察を目的とする。

財産権移転給付は、物権法と契約法とを架橋する役割を果たす。両者の交錯領域に属する日本法上の議論の展開は、まず不動産物権変動における所有権の移転時期、対抗要件の法的構成等が注目され、次いで契約の成立が関心を集めたと言言することができるであろう。

けれども、それらの前提にある「契約の成立によって所有権が移転する」という法的作用の仕組みが正面から問題とされることはあまり多くはなく¹⁾、その結果、「財産権移転」という給付の特性は、なお明確にされていない²⁾。それは、対抗要件具備義務（改正560条）等、売主が負う種々の債務を導出する前提とされる³⁾。しかし、前提そのものである「財産権移転」という効果がどのようにして生じるか——555条に基づく効果なのか、それとも176条に基づ

く効果なのか——という問題については、物権行為の独自性を認めるか否かが論じられる一方で⁴⁾、それがいかなる「給付」であり得るのかという角度からの考察は十分に行われてはいないように思われる。

以上の状況は、「権利移転義務は、日本における既存の『与える給付、為す給付、為さない給付』の分類のどれにも当てはまらない⁵⁾」との疑問が、なお解決されていないことを示すものといえよう。この疑問は、「財産権移転型契約」という概念規定の根底を揺るがしかねない。少なくとも伝統的な議論による限り、契約は、それによって根拠づけられる「給付」を基軸として規律されてきたからである。そのような意味において、以上の疑問は、物権変動の仕組みの説明にとどまらず、契約それ自体の理解についても重要な疑義を投げかける。

2 本稿の対象

本稿においては、この疑問への一つの応答を提示する法概念として、フラン

- 1) 三宅正男「売買における所有権移転の考え方(1)~(14)」判時996号3頁、999号3頁、1002号8頁、1009号6頁、1012号8頁、1015号7頁、1019号9頁（以上、1981年）、1022号3頁、1026号10頁、1029号9頁、1032号9頁、1036号7頁、1039号9頁、1042号3頁（以上、1982年）（加藤雅信編集代表『民法学説百年史』（三省堂、1999年）168頁（金山直樹）は、本論文の学説史的意義を高く評価する）、金山直樹『現代における契約と給付』（有斐閣、2013年）185頁以下が、この問題を自覚的に扱う。
- 2) この関係では、近年、「処分」の構造が考察されていることが注目される（森田宏樹「処分権の法的構造について」星野英一先生追悼『日本民法学の新たな時代』（有斐閣、2015年）463頁）。本稿の考察は、処分権そのものではなく、処分権を発動させる法的仕組みに向けられる。
- 3) 債権法改正論議においても、中間試案第35、3は、「売主の義務」として、「財産権を買主に移転する義務」を基本として定め、契約内容に応じて「買主に売買の目的物を引き渡す義務」「買主に、登記、登録その他の売買の内容である権利の移転を第三者に対抗するための要件を具備させる義務」を負うとしていた（商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（商事法務、2013年）397頁）。
- 4) この問題に関する近年の研究として、大場浩之『物権変動の法的構造』（成文堂、2019年）。
- 5) 金山・前掲書（注1）203頁。

ス法における「与える給付」を考察する⁶⁾。

フランス法における「与える債務 (obligation de donner)」は、日本法のもとで論じられる「与える債務」とは内容を異にする。フランス法における与える債務は、債務者の資産 (patrimoine) から債権者の資産へと物の所有権を移転することを目的とする債務などと定義される。このように、資産の増減という形式を伴う財貨移転に寄与するところに、与える債務、さらにいえば、その目的 (objet) である「与える給付」の特徴がある。

ところで、与える給付を主題として採り上げるにあたっては、フランス法が日本法の母法とされることは、微妙な意味をもつ。もとより、母法であることは、比較法研究の対象の選択を直ちに正当化するわけではない。そもそも、176条と555条の関係を考察するという問題設定は、パンデクテン方式の採用と無関係ではあり得ないのであって、フランス法を母法と断じる短絡を許さないであろう。とはいえ、通説的見解を基礎として、物権行為の独自性を否定することを一応の出発点とするならば、176条・555条の解釈として、同じく「意思主義」を戴くフランス法における議論を採り上げて考察することには、それ自体として意味があると考えられる。

3 本稿の構成

本稿では、フランス法における「与える給付」概念の形成史と論争史を整理することを当面の課題とする。まず、「与える給付」概念がいかにして形成されたかを明らかにするために、民法典の関連規定の形成過程とその解釈とを追尋する (I)。ただし、与える給付を定める旧1138条は、2016年の債務法改正

6) 民法典の起草者は、給付 (prestation) 概念を自覚的に用いてはいない。フランス法における給付概念の使用は、オプリー＝ローが「*Leistung*」の訳語として「*prestation*」を用いたことに始まると指摘される。V. M.-É. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, *Economica*, 2002, préf. L. AYNÈS, n° 105 et s., p. 76 et s. また、所有権移転義務も、少なくとも用語法上は、「給付」ではなく「債務」の問題として扱われている。しかし、本稿においては、これを「給付」という側面から考察する。結語において述べるとおり、給付概念に着目した考察を行うことには、なお重要性があると考えられるからである。

によって削除され、それによって基礎づけられてきた法律効果は、「契約の効果」の一環としての「移転の効果」に再編された（現 1196 条）。この転換に影響を与えたのが、1990 年代以降に展開された与える給付概念の要否をめぐる学説上の論争であったことは疑いない。そこで、その経緯を中心にフランス法の議論状況を考察することを通じて、与える給付がもつ（とされてきた）機能を考察する（Ⅱ）。

I 与える給付の形成史

与える給付に関するフランス民法典原始規定は、その形成史を参照せずしては理解不能であると評される⁷⁾。とはいえ、普通法（ancien droit）、ローマ法に遡るフランス法の形成過程は、先行研究によって既に詳細に考究されているから⁸⁾、以下では、当面の検討に必要な事項を略述しつつ、「与える債務の履行によって所有権が移転する」という論理構成を支持するために避けられない論争点を一瞥するにとどめる。

A 所有権を移転する意思

所有権の移転と引渡しとの関係をどのように整序するかが、民法典の規定を理解するための出発点となる。以下では、日本における先行研究に依拠しつつ、普通法（1）と民法典（2）とに即して、要点の概略を示す。

1 普通法

先行研究において一致して認められている知見において、ここで改めて確認すべきことは、所有権の移転が生じるために目的物の引渡しが求められたこと、

7) A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des obligations*, 3^e éd. mise à jour, PUF, 2018, n° 58, p. 143.

8) 特に、鎌田薫「フランス不動産譲渡法の史的考察(1)~(4)」民商 66 卷 3 号 55 頁、4 号 64 頁、5 号 117 頁、6 号 75 頁（1972 年）、滝沢津代『物権変動の理論』（有斐閣、1987 年）64 頁以下、金山直樹『現代における契約と給付』（有斐閣、2014 年）232 頁以下を参照。

しかし、そのうえで、「引渡済条項 (clause de dessaisine-saisine)」の慣行の定着によって、引渡しの観念化がもたらされたことである⁹⁾。

法実務によって確立されたこの慣行は、所有権を移転するために格別の方式を要しないという結論だけをみれば、意思主義に沿う。しかし、この構成のもとでは、「契約の締結と同時に所有権が移転する」という準則は、「契約の締結と同時に引渡し完了する」ことを意味するにすぎない。いいかえれば、それを意思主義とよぶとしても、そこにいう意思とは、契約を成立させる意思ではなく、物を引き渡す意思であり、意思のみによる (*solo consensu*) 所有権移転とは、契約を成立させる意思のみによる (*solo contractu*) 所有権移転ではなく、契約を履行する意思のみによる所有権移転にほかならない¹⁰⁾。

以上の確認によると、意思主義をめぐる問題は、二つの異なる論点に整理されることとなる。第一は、所有権移転に一定の方式を要するか否かという問題であり、第二は、意思が何に向けられるか、より正確には、契約を成立させる意思と所有権を移転する意思とを区別するか否かという問題である。前者の問題について、引渡しの観念化が意思主義の成立に寄与したことは疑いない。これに対して、後者の問題についてみれば、意思のみによる所有権移転は、契約の成立ではなく、引渡しの履行という論理によっても媒介され得ることがわかる¹¹⁾。この点を踏まえることが、民法典原始規定を理解するために不可欠である。

2 民法典

(1) 民法典の規定

与える給付概念に関する民法典の規定は、合意のみによる所有権移転の論理を

9) 鎌田・前掲論文「(3)」(注8)132頁以下を参照。

10) 普通法学説において、所有権の移転が占有移転の観念と結びつけられていたことにつき、鎌田・前掲論文「(4)」(注8)75頁以下、特に、ポティエの所説に関する85頁以下を参照。

11) この点につき、鎌田・前掲論文「(4)」(注8)93頁以下の考察をも参照。

必ずしも明瞭に示してはいない。

まず、与える債務の存在は、二つの規定において示されている。一つは、債務の分類を明らかにする 1126 条である¹²⁾。これによって、契約から生じる債務には、「なす債務」「なさない債務」と並んで、「与える債務」があることが明らかにされる。いま一つは、財産権を取得する方法の一つとして「債務の効果」を挙示する 711 条である¹³⁾。この規定は、契約による所有権移転の前提として、債務の存在を観念しなければならないことを明らかにする。

与える債務の存在が確認されるとして、次の問題は、それがどのような内容をもつかである。その中核となるのは所有権移転であるが、これを売買契約による所有権移転についてみれば、与える債務を定義する 1138 条¹⁴⁾、売買契約を定義する 1583 条が¹⁵⁾、ともに意思主義の証左として援用される。

これらのうち、1138 条は、与える債務の定義を定める 1136 条を承けた規定である¹⁶⁾。後者の規定によると、与える債務は、物を「引き渡す (livrer)」債務と「保存する」債務とによって構成される¹⁷⁾。これを、引渡義務の作用に

12) 【1126 条】 契約はすべて、一方の当事者が与えることを義務づけられるもの、又は、なし、若しくはなさないことを義務づけられるものを目的とする。

13) 【711 条】 物の所有権は、相続によって、生存者間の又は遺言による贈与によって、及び債務の効果によって取得され、移転される。

14) 【1138 条】 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 (tradition) がされなかった場合であっても、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、物を引き渡すことについて遅滞にある場合は、この限りではない。この場合には、物は、債務者の危険にとどまる。

15) 【1583 条】 売買は、物がいまだ引き渡されて (livrée) おらず、代金がいまだ支払われていない場合であっても、物及び代金について合意した時から当事者間において完全であり、買主は、売主に対する関係で当然に所有権を取得する。

16) ここでは、与える債務が、目的物の引渡義務と保管義務とを包括する基本的な債務であるとの理解を前提とする。民法典の規定からは自明ではないが、そのように理解することが、関連諸規定の理解としては最も整合的であろう（この点につき、鎌田薫「フランスにおける不動産取引と公証人の役割(1)」早法 56 卷 1 号（1980 年）55 頁以下を参照）。

17) 【1136 条】 与える債務は、物を引き渡し、引渡し (livraison) までその物を保存する債務を含み、これに反するときは、債権者に対して損害賠償を支払わなければならない。

よって所有権が移転すると定める 1138 条 2 項と対照すれば、1136 条にいう物を「引き渡す」債務とは、所有権を移転する債務であるとみるのが自然であろう¹⁸⁾¹⁹⁾。つまり、与える債務は、まず所有権の移転を内容とし、これに加えて、その時点まで物を保存する義務を内包するとみることができる。

以上を踏まえて、起草過程の検討において確認されるべきは、これらが「契約を成立させる意思のみによる所有権移転」を定めたものであるか否かである。しかし、起草過程の検討からは、そのような構想が示されてはいなかったこと、むしろ、所有権移転が引渡しによって行われるという旧来の理解が踏襲されたことが窺われる。

(2) 起草過程に現れる構想

民法典の起草過程における意思主義は、「売買は、目的物と代金につき合意があった時に完成する」としたカンバセレス第三草案 834 条に胚胎する。その趣旨は、次のように説かれる。「所有権は、合意のみによって移転される。この意思が証書によって確認される時、他の方式を要求する理由があるだろうか。……引渡しは所有権を移転する証書によって行われるといえ、すべては簡明になろう²⁰⁾」(傍点引用者)。

カンバセレスの草案は、上記規定の文言だけをみれば、目的物と代金につい

18) 以上の点につき、v. V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, tome 4, 7^e éd., Paris, 1873, n° 477 et s., p. 408 et s.

19) なお、売買契約につき、「引渡し (délivrance)」を定義する 1604 条が用いる « puissance » が、所有権 (potestas) を意味すると説く見解があることにも (J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, *Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil*, RTD civ. 2000, p. 477, not. n° 13, p. 484. V. aussi Fr. ZENATI et Th. REVET, *Cours de droit civil, Contrats, Vente (Droits communs français et européen) - Échange*, PUF, 2016, n° 55, p. 144)、併せて注意されてよい。

【1604 条】 引渡し (délivrance) とは、買主の支配 (puissance) および占有への売買目的物の移転をいう。

20) P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, réimpr. O. ZELLER, 1968, tome 1, p. 165.

ての合意に所有権移転の効果が結びつけられており、意思主義の宣言をここに読み取ることができるものである²¹⁾。しかし、その理由説明においては、無方式の引渡し、つまり引渡済条項の慣行を認めたかのような叙述がされる。この点を捉えれば、契約の成立によって所有権移転がもたらされるとしても、それが合意の効果であるとされたわけではなく、むしろ、旧慣に従って観念化された引渡しに認められたにすぎないとみるべきであろう²²⁾。

民法典の構想が旧慣を踏襲する点にあったことは、売買契約に関する1583条の起草過程におけるポルタリスの説明においても明確に示されている。ポルタリスは、意思のみによる所有権の移転を基礎づけるにあたり、「ある種の法律上の引渡しだが、契約によって行われる」と説くのであるが²³⁾、その際、「契約それ自体は、当事者の意思によって成立する。履行は、契約を前提とするが、契約そのものではない」として、契約の成立と履行との区別を強調する。そのうえで、「売買契約においては、売買目的物の引渡しと代金の支払は、契約の履行に属する行為である」と述べる²⁴⁾。つまり、所有権移転（1136条、1138

21) 金山・前掲書（注1）237頁は、カンパセレスの上記説明を引用して、「ここに高らかに意思主義が宣言されている」と述べ、「不動産については引渡しに代わって意思が所有権を移転することが認められた」（傍点引用者）とする。

22) さらに、カンパセレス第三草案506条が、所有権の取得原因として「引渡し（tradition）」を挙示することも（FENET, *préc.* [note 20], p. 255）、「引渡主義の伝統からの完全な脱却」（金山・前掲書（注1）235頁）が困難であったことの証左といえるであろう。なお、カンパセレスは、後述する民法典711条に関して、なぜ「引渡し」を所有権の取得原因として規定しないのかという質問を国務院において提出している。これに対しては、トロンシェが、引渡しは義務（engagement）の履行態様にすぎないからだと応じている（J. G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, tome 10, Paris, 1827, p. 113）。711条が、「引渡し」ではなく、「債務の効果」を所有権の取得原因として挙示するのは、以上の理由によるものであろう。

23) 金山・前掲書（注1）191頁は、この説明を引いて、「ローマ法以来の伝統たる引渡主義は、擬制を伴いつつも、フランス民法典に受け継がれている」と指摘する。この理解が前掲注21に述べられた同教授の理解と整合するかは明らかではないが、筆者には、本注引用の部分に示された認識が正鵠を射ているように思われる。

24) LOCRÉ, *préc.* [note 22], tome 14, 1828, p. 145-146. この説明は、引渡しを「義務の履行態様」だと説いたトロンシェの説明（前掲注22）とも符合しよう。

条)は、契約成立の効果ではなく、引渡しの履行によって生じると考えられていたといえる。

そのほか、起草過程においては、引渡しの履行という論理を介在させない、意思主義により接近するかにみえる説明も、たしかに散見される²⁵⁾。けれども、起草過程を全体としてみる限り、そこに現れた「意思主義」は、むしろ引渡しの履行と結びつけられていたとみるべきであると考えられる²⁶⁾。

3 小 括

以上の確認によれば、日本における先行研究がしばしば強調してきたとおり、民法典そのものは、普通法以来の実務を承けて、引渡しの観念化を認めたにすぎないとみることが素直であると思われる²⁷⁾。このように理解される限り、民法典が念頭に置いていた意思主義とは、契約の成立による所有権移転ではなく、意思のみによって実現される引渡しを介する所有権移転を意味するといえるであろう。

B 所有権を移転する給付

引渡義務の履行による所有権移転という構成は、民法典制定後の解釈論において、二つの大きな議論を経験する。一つは、給付の分類に関わる議論であり(1)、いま一つは、所有権移転の法的構成に関する議論である(2)。

25) たとえば、ファヴァールは、「債権者は、同意によって契約が成立させられる時から所有者である」と説く。しかし、ファヴァールもまた、これは、「あらゆる時代において認められていた原則を踏襲したもの」と述べており、普通法からの隔絶を企図してはいない(LOCÉ, *préc.* [note 22], tome 12, 1828, p. 431)。

26) その旨を指摘する先行研究として、鎌田・前掲論文(注16)55頁以下の分析が秀逸である。さらに、三宅「(1)」(前掲注1)4頁、森田修『強制履行の法学的構造』(東京大学出版会、1995年)87頁(v. aussi O. MORITA, *L'origine doctrinale de l'article 1142 du Code civil*, *Revue historique du droit*, 1995, p. 217)をも参照。

27) この点を強調する比較的近年の論稿として、v. aussi CHAZAL et VICENTE, *art. préc.* [note 19], n° 9, p. 482。

1 給付の分類

ローマ法においては²⁸⁾、債務の目的は、与える (*dare*)、なす (*facere*)、使用に供する (*praestare*) に区分されたといわれる²⁹⁾。民法典第二編第三章の規定は、ピゴ・プレミアムヌーによれば、「ほとんど全面的にローマ法を汲むもの」とされるけれども³⁰⁾、既述のとおり、使用に供する債務を独立のカテゴリーとしては認めず、その代わりに、なす債務からなさない (*non facere*) 債務を分化させている。起草過程を参照する限りでは、この転換の理由を窺うことはできない。それどころか、与える・なす・なさないの三分類は既に「永遠の真理³¹⁾」と評されており、その当否は疑問視されていない。

このような自明性を反映してか、債務の三分類それ自体に関心を払う論者は、いわゆる註釈学派においても多くはない。しかし、与える債務が何を目的とするかについては、様々な見解が主張された。その内容は、大きく二つに分けられる。

第一は、与える債務を、所有権移転義務に限定する通説的見解である。この見解は、三点の論拠を掲げる。まず、民法典がローマ法に由来する三分類を採用した以上、それぞれの債務の内容もまたローマ法におけるそれに対応するはずであるから、ローマ法に倣い、与える債務は所有権移転を内容とするのみべきである。次に、民法典の用語法との整合性を指摘する。すなわち、前掲の1136条によれば、与える債務は、物の引渡しと保存を内容とするのだから、これを占有移転それ自体と同視することはできない。この規定を意味あるもの

28) V. P. Fr. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1929, réimpr. Dalloz, 2003, p. 472.

29) なお、金山教授は、於保不二雄博士が提唱する「担保する給付」を意味するものとして「*praestare*」の語を用いる。これに対して、フランス法においては、「*praestare*」は、「使用に供する (*mise à disposition*)」ことを意味する語として用いられてきた。究極的には用語法の問題であるが、本稿では、概念の混同を避けるために、フランス法における用語法に従う（この点について、ムスタファ・メキ（山城一真訳）『債務関係』、あるいは債務という観念（契約法研究）(1)、(2)』本誌20号229頁、21号117頁（2011年）における翻訳は、全面的に改めなければ意味をなさないものになっている）。

30) LOCRÉ, *préc.* [note 22], tome 12, p. 131-132.

31) LOCRÉ, *préc.* [note 22], tome 12, p. 427.

とするためには、「与える」とは所有権移転を意味し、そこから占有移転が派生すると解すべきである。最後に、1138条によれば、与える債務から派生する引渡義務は、これを履行すべき時から「直ちに債権者を所有者とする」。これは、与える債務が所有権移転をもたらすことを述べたものとみるべきである³²⁾。

これに対して、第二は、与える債務の内容を、ある者に物の使用または占有を与えることを広く意味するとみる見解であり、後期の註釈学派においては多数の論者がこれを支持する³³⁾。この見解においては、「与える」とはきわめて広い概念であり、所有権移転給付が含まれることはもちろん、物を目的物とするあらゆる債務がそこに含まれるとされる。いいかえれば、賃貸借、使用貸借等から生じる使用に供する (*praestare*) 給付もまた、そこに含まれることとなる³⁴⁾。また、1136条の解釈については、所有権移転が問題となる場合にとどまらず、等しく引渡しと保存を内容とする賃貸借等にも同条が適用されると解することが、法が一般的な文言を用いることに整合する等と主張する。

上記第二の見解の実践的な意図は、使用に供する給付について履行強制を許

32) この見解の延長にある理解として、与える債務の内容を、所有権移転に加えて、金銭支払、動産引渡し、物権設定にまで拡大するものがある。オブリー＝ローは、この趣旨を次のように述べる。「与える債務は、金銭、もしくは、合意によって代替性を有するとされるその他の物による弁済、または、目的物について物権を与え、もしくは、所有権を与える旨の証書に基づき、債権者が占有の移転を求めることを許諾した物の引渡しを目的とする」(Ch. AUBRY et Che. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4^e éd., Paris, 1871, n° 299, p. 38)。この見解は、権利の移転に着目する限りにおいて、本文第一の見解の延長にあるといえよう (v. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome 6, Paris, 1931, n° 59, p. 76)。

33) この趣旨を説くものとして、網羅的ではないが、v. Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome 24, Paris, 1868, n° 396, p. 373 ; Fr. LAURENT, *Principes de droit civil*, tome 16, 3^e éd., Bruxelles et Paris, 1878, n° 187, p. 250 ; L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, tome 1, nouv. éd., 1885, art. 1136, p. 386 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations*, tome 1, Paris, 1906, n° 344, p. 391。

34) 使用に供する給付の概念につき、v. G. PIGNARRE, *À la redécouverte de l'obligation de praestare*, RTD civ. 2001, p. 41。

容する点にあったとみられる³⁵⁾。すなわち、なす債務については履行強制が禁じられ、その不履行は、直ちに損害賠償債務を発生させる（旧 1142 条）。これに対して、上記第二の見解が説く意味での与える債務については、物の引渡しを実現すれば足り、常に損害賠償義務へと転化すると解すべき理由はない³⁶⁾。

同じ理由で「使用に供する債務」を与える債務の一類型と捉える議論は、20 世紀初頭の学説においても見受けられる³⁷⁾。しかし、その後、判例の展開によってなす債務についても履行強制が認められるようになると、この解釈がもつ意義は減じられる。そのためであろうか、この理解が、上記第一の理解に代わることはなかったようである³⁸⁾。

2 与える給付

このように、「与える給付」は所有権移転を内容とするとの理解そのものは、民法典制定後の学説においても一応は維持されたのであるが、その一方で、与える債務の履行による所有権移転という論理に対しては、19 世紀の学説において既に疑問が提起されていた。

たとえば、マルカデは、「与える債務（すなわち、所有権を移転する旨の合意）」と題する項目において、「特定物に関する所有権移転義務は、民法典のもとではもはや不可能である」と説いた。その理由は、こうである。彼はまず、与える債務の目的物は特定物に限られるとする。1136 条は、与える債務の内容として保存義務を定めるが、保存義務は、特定物についてしか問題となり得ないからである³⁹⁾。そのうえで、1138 条が定めるように、契約の成立によっ

35) V. PIGNARRE, *art. préc.* [note 34], n° 3, p. 44-46.

36) LAROMBIÈRE, *préc.* [note 33], n° 4, p. 387-388.

37) V. Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2^e éd. publiée par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. VIII, *Les contrats et les obligations*, avec collaboration de G. LAGARDE, Paris, 1936, n° 166, p. 114-115.

38) なお、使用に供する給付の位置づけは、それ自体としてはなお一個の主題ではあるが、この問題にここで立ち入ることはしない。

て所有権が即時に移転するとすれば、所有権移転は、与える債務の効果ではなく、与える合意 (convention de donner) の効果だと解さざるを得ない⁴⁰⁾。つまり、起草者は、仮装の引渡し (tradition fictive) による債務の履行という論理を介して所有権移転を基礎づけたけれども、今日においては、いかなる形態の引渡しをも要せず、契約を成立させる合意のみによって所有権が移転すると解されていることは明らかであり、売主の義務は、目的物を現実に取り渡して買主の支配に移転すること (délivrance) に尽きるとみるべきだといふ⁴¹⁾。

ここに現れるように、19世紀の学説においては、契約の成立によって即時に引渡しが行われ、これによって所有権が移転するという民法典の構成は、実のところ⁴²⁾、合意のみによって所有権が移転することを明らかにしたものだといふ読解が加えられた⁴³⁾。合意のみによる所有権移転という法的構成が「フランス法主義」とされるに至ったのは、こうした読替えが解釈論に浸透した結果であったとみることができるであろう⁴⁴⁾。

3 小 括

以上に確認したとおり、与える債務の履行による所有権移転という構成が、実のところは合意のみによる所有権移転を意味するという説明は、民法典その

39) MARCADÉ, *préc.* [note 18], n° 477, p. 408-409.

40) MARCADÉ, *préc.* [note 18], n° 478, p. 409.

41) MARCADÉ, *préc.* [note 18], n° 485-486, p. 415-416.

42) 鎌田・前掲論文(注16)56-57頁は、この時期の学説において「立法者意思」なるものが多様に示されたことを承けて、民法典起草者の構想を断定的に示すことには誤解の危険が伴うと強調する。

43) その旨を最初に述べたのは、D. DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. 33, nouv. éd., Paris, 1860, v° Obligations, n° 694, p. 191-192であろうと思われる。そこでは、民法典起草者が旧慣の踏襲を意図していたことを認めつつも、「起草者も認めていたわれわれの立法の進歩の結果なのか、あるいは、その改革の結果なのかはともかくとして、今日においては……、所有権は、引渡し (tradition) を要せず、同意 (consentement) または合意 (conventions) の効果のみによって移転する」とみるべきだと述べられている。

44) V. aussi Fr. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 178, p. 283.

ものの構想を離れて、19世紀の学説において確立されたとみられる。

この説明は、その後の学説においても反復されている。たとえば、20世紀半ばに公刊されたプラニオル＝リペールの体系書において、ピカルルは次のように説いている。「売るとは、譲渡することである。これら二つのことは、古来、まったく異なるものとされてきたが、いまや一つのものとして混同されるに至った。所有権の変動は、債務の発生とともに直接かつ即時に生じる契約の効果となった。買主、交換者、受贈者は、譲渡人に対する債権者になるのとともに、目的物の所有者となる。これらの者に対して相手方が約する所有権移転義務は、成立すると同時に履行される。所有権は同意のみによって移転すると説かれるのは、以上の趣旨である⁴⁵⁾」（傍点引用者）。

この叙述には、所有権の移転を「契約の効果」とみる一方で、それが債務の履行によって実現されるという論理が共在する。与える給付概念をめぐる20世紀後半の論争は、これら二つの論理の間に不協和を見出し、与える給付を否認することによってこれを克服しようとするなかで生じたものであった。

II 与える給付の論争史

与える給付概念をめぐる論争の特徴は、概念の要否自体が論争の的とされたことにある。論争の端緒となったのは、合意のみによる所有権移転という原則を貫徹すれば、所有権移転について「給付」を觀念する余地はなくなるのではないかという疑義であった。そこで、学説においては、所有権移転を給付の結果とみず、契約それ自体によって直接にもたらされる一種の法定効果であるとする主張が生じることとなる。以下では、このような主張によって支えられる分析（以下、「不要説」という）と、与える給付概念の必要性を説く見解（以下、「必要説」という）からの反論をまず検討する（A）。

ところで、与える給付概念をめぐるのは、所有権移転という問題とは別に、

45) M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique du droit civil français*, LGDJ, tome III, Les biens, par M. PICARD, 2^e éd., 1952, n° 618, p. 625.

伏流ともいふべき論点が存在する。たとえば、売買契約における価格の一方的決定の可否を論じるにあたり、破毀院商事部 1991 年 1 月 22 日判決は、目的の確定性を要求する旧 1129 条の適用は与える給付を発生させる契約に限定される旨を判示し、なす給付を目的とする契約においては、報酬の正確な総額について事前に合意が成立することを要せず、一方当事者が契約締結後に価格を決定することができるとした⁴⁶⁾。

この文脈において与える債務概念が援用されたことは、「与える債務の驚くべき復活⁴⁷⁾」とも揶揄されるように、学説において必ずしも支持されていない。破毀院もまた、後にはこれとは異なる解決を採用するに至っている。しかし、上記判決は、与える給付が、その反対給付に関わる規律をも決定づけるとみる点において、なお注目に値する。そこには、与える給付概念が、契約の構造を支持する要素であることが示唆されているからである（B）。

以上の各点について検討を加えたうえで、最後に、2016 年に実現した債権法改正における与える債務概念の位置づけを一瞥する（C）。

A 所有権移転の基礎づけ

20 世紀後半に至り、所有権移転の基礎づけとして与える給付を観念することに疑義が示されるなかにあっても、その必要性を擁護する論者は依然として存在していた⁴⁸⁾。そのような状況にあって、与える給付不要説の台頭を基礎づけ、「趨勢は不要説に傾く⁴⁹⁾」との評価を確立させたのは、1996 年に公刊されたファーブル・マニヤンの議論であるとみられる⁵⁰⁾。そこでまず、彼女の議論を中心として、不要説の論理と帰結を考察する（1）。次に、ファーブル

46) Cass. com. 22 janvier 1991, D. 1991.175, concl. M. JEOL.

47) D. TALLON, *Le surprenant réveil de l'obligation de donner*, D. 1992, Chron. p. 67.

48) V. not. Y. LOUSSOUARN, *Le transfert de propriété par l'effet du contrat*, Les Cours de droit, 1969/70 ; P. BLOCH, *L'obligation de transférer la propriété dans la vente*, RTD civ., 1988, p. 673.

49) J. DUBARRY, *Le transfert conventionnel de propriété. Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, LGDJ, 2014, préf. B. DAUNER-LIEB et R. LIBCHABER, n° 21, p. 25.

－マニャン以後の議論を中心として、与える給付概念の存在を擁護する議論を考察する（2）。

1 不要説の通説化

与える給付概念の実益に疑問を述べる見解は、当初は、その必要性を部分的に否定するにとどまっていた。しかし、今日では、これを全面的に否定する見解が通説的地位を占めているといえる。以下では、二つの不要説の内容（(1)）と、議論の対立点（(2)）とを分析する。

(1) 二つの不要説

先に述べたとおり、与える給付概念の有用性を否定する見解が提唱される契機となったのは、契約の成立によって直ちに所有権が移転すると解する以上、所有権を移転する給付を観念する余地はないのではないかという、それ自体としては単純な疑問である。不要説においては、所有権を移転する債務を観念することが有用である場合があるかという問題が検討の出発点とされた。

この問題について、与える給付概念の有用性に疑義を示す議論の多くは、当初は、与える債務は、「所有権は、契約成立とともに移転する」という原則（以下、「即時移転原則」という）が適用され得ない場面においては、なお意義をもち得ると考えていた。具体的には、種類物売買の場合や、特約（所有権留保特約、公署証書作成時まで所有権移転を遅らせる特約等）によって所有権移転が延期された場合には、与える債務の履行を観念する余地があるとみた⁵¹⁾。最も

50) M. FABRE-MAGNAN, *Le mythe de l'obligation de donner*, RTD civ., 1996, p. 85. これに先立つ議論として、J. GHESTIN, *Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété*, D. 1981, Chron. p. 1 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière*, in : *Mélanges P. RAYNAUD*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 733.

51) V. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, les obligations*, PUF, 2004, n° 925, p. 1927 ; H., L. et J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, 9° éd., Montchrestien, 1998, n° 19, p. 12-13 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations, l. acte juridique*, 16° éd., Sirey, 2014, n° 41, p. 30.

単純な例である種類物売買をみると、この場合には、目的物が特定されなければ所有権移転は生じない。したがって、目的物を特定することで所有権を移転することが、売主が負う所有権移転義務の内容となる。つまり、この見解においては、売買契約による所有権移転は、合意それ自体から当然に生じるものと、与える債務の履行によって生じるものとに二分され、与える給付概念が意味をもつのは、後者の場合に限定される。与える給付概念の有用性を部分的に否定するにとどまる点に着目し、以下では、この見解を部分的不要説とよぶこととする。

しかし、その後の議論は、所有権移転が延期された場合にも与える債務を觀念する余地はないと説くに至った。その旨を説いたのは、ファーブル＝マニャンである。彼女によれば、所有権の即時移転に障害がある場合であっても、所有権は、売主による給付行為ではなく、障害の消滅という事実の発生によって生じる。たしかに、種類物の特定は売主の行為によって行われるから、その限りでは、売主による給付行為を觀念する余地がある。けれども、特定は所有権移転を目的とする行為ではないから、これを与える債務の履行とみることはできない。目的物を特定すべき売主の義務は、なす債務にすぎないのであり、それが履行されると、売買契約の法定効果 (effet légal) によって当然に所有権が移転する⁵²⁾。与える給付概念の実益をあらゆる場面において否定する点において、この見解は、全面的不要説とよぶことができるであろう⁵³⁾。

(2) 各説の分析

以上が不要説の理路の梗概であるが、ここで、不要説と必要説の分岐点と、二つの不要説の分岐点とを確認しておくこととする⁵⁴⁾。

52) FABRE-MAGNAN, *art. préc.* [note 50], n° 8, p. 90-91.

53) あるいは、所有権移転が売買契約成立の法定効果であると主張する点を捉えて、これを法定効果説とよぶこともできるであろう。

54) 以下に述べる点を整理する議論として、A.-S. COURDIER-CUISINIER, *Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner*, RTD civ., 2005, p. 521 が有益である。

まず、必要説と（全面的）不要説とを分かちるのは、債務・給付概念をめぐる理解であるとみられる。必要説は、所有権移転を目的とする契約においては、合意は次の二つの機能をもつとみる⁵⁵⁾。すなわち、第一は、与える給付を含め、契約の法律効果を発生させるという機能であり、第二は、与える給付を履行するという機能である。つまり、この見解によれば、与える給付は、合意によって発生し、その合意によって履行されることとなる⁵⁶⁾。これに対して、全面的不要説は、債務の履行は、債務者の意思に基づく給付行為によって実現されるとの理解を出発点とする⁵⁷⁾。そのため、与える債務が、債務者による行為を要せず、契約の成立のみによって実現される「純粹に法的な抽象的概念⁵⁸⁾」であると認めながら、それが債務であると主張することは、背理であるとみる。不要説においては、債務は、端的に作為債務（faire）と不作為債務（ne pas faire）とに区別されれば足りると説かれる⁵⁹⁾。

さらに、クルディエーキューイジニエは、以上の対立の背景に、契約を成立させる同意（consentement）と、契約を履行する意思（volonté）との関係をめぐる理解の相違を見出す。彼女は、次のように説く。必要説が、契約の成立と履行とが同時に行われると認めるのは、同意と意思を同じものとみるからである。これによると、債務の履行は、債務者の給付意思と債権者の受領意思との合致によって行われると解されることとなる。これに対して、不要説は、両者を区別し、契約の成立は意思表示の合致によってもたらされるのに対して、債務の履行は債務者の意思のみによって行われるとみている⁶⁰⁾。

次に、部分的不要説と全面的不要説との対立は、意思主義の射程をめぐる理

55) LOUSSOUARN, *préc.* [note 48], p. 101 を嚆矢とし、BLOCH, *art. préc.* [note 48], n° 55, p. 696 がこれを展開する。

56) BLOCH, *art. préc.* [note 48], n° 55, p. 696.

57) V. J. HUET, *Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner; la mal nommée, la mal aimée*, in : *Mélanges J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, n° 6, p. 431.

58) FABRE-MAGNAN, *art. préc.* [note 50], n° 5, p. 89.

59) FABRE-MAGNAN, *art. préc.* [note 50], n° 21, p. 103.

60) COURDIER-CUISINIER, *art. préc.* [note 54], n° 13-14, p. 525-526.

解の相違に起因する。

意思主義という観念によって示される原則は、今日、二つの側面をもつ。一つは、所有権移転の方法に関する諾成主義であり、もう一つは、所有権移転の時期に関する即時移転原則である。この点につき、全面的不要説は、諾成主義が妥当する限り、意思主義はなお維持されているとみる。いいかえれば、即時移転原則を否定することは、意思主義とは必ずしも矛盾しない。したがって、所有権移転を遅らせる合意がされたからといって、意思主義の例外を認めるための概念操作は求められない。これに対して、部分的不要説は、即時移転原則が否定される場合においては、意思主義との矛盾が生じると考える。そのため、この場面においては、所有権は、合意ではなく、引渡し (tradition) によって移転するとみて、これを与える債務の履行の効果と構成することとなる⁶¹⁾。

2 必要説の擁護

これらの批判に対して、必要説はどのように反論するのか。以下では、合意による所有権移転を論じ、与える債務概念の有用性を確認する立場へと行き着いたショヴィレとデュバリーの議論に即して⁶²⁾、必要説を支持する主要な論拠を挙示する⁶³⁾。

61) COURDIER-CUISINIER, *art. préc.* [note 54], n° 20-22, p. 527-528.

62) Ph. CHAUVIRÉ, *L'acquisition dérivée de la propriété. Le transfert volontaire des biens*, LGDJ, 2013, préf. Th. REVET ; DUBARRY, *th. préc.* [note 49]. 両者の議論の背景を簡単に述べておくと、ショヴィレの議論は、ゼナティ=ルヴェによって展開される所有権論をその基礎とする。ゼナティの所有権論については、横山美夏「フランス法における所有 (propriété) 概念——財産と所有に関する序論的考察」新世代法政策学研究 12号 (2011年) 279頁以下を、また、所有権移転をめぐる理解については、森田・前掲論文 (注2) 479頁以下を、それぞれ参照。もっとも、与える給付の仕組みに考察対象を限定する限り、彼らの所有権理論を細説する必要はないと考えられるから、ここではこの問題には立ち入らない。これに対して、デュバリーの議論は、所有権移転の法的構成に関する仏独比較法研究を基礎とする。後述のとおり、彼は、与える債務概念を承認することを通じて、フランス法においても物権行為の独自性を観念する余地があると論じる。

(1) 給付行為の存在

与える債務については給付行為を観念する余地がないとする不要説からの批判に対して、必要説は、債務者の行為によらずに給付が実現される場合があることを、いわば反証として指摘する。

ショヴィレは、この問題につき、法律行為を行うことのみを目的とする契約があり得るかという観点からの考察を加える。彼は、そのようなかたちで履行が完了する契約として、委任と前契約（avant-contrat）を指摘する。委任契約においては、受任者が負う給付義務は、委任者を代理して一定の法律行為をすることに尽きる。また、一方予約の諾約者が負う義務は、完結権者のために法律行為の締結に応じることに尽きる。このように、法律行為の実現のみを目的とする給付を観念することは、不可能ではない⁶⁴⁾。

これに対して、デュバリーは、なさない債務の履行が、履行の意思も外形的行為も伴わずに行われ得ることをもって反証とする。たとえば、競業禁止条項に定められる不作為義務は、債務者が当該条項に定められたことを履行する意思をもって一定の行為をしなくとも履行される⁶⁵⁾。

さらに、ショヴィレは、債務の発生と履行が同時に生じる場合があるとして、2016年改正以前の相殺の取扱いに言及する。改正前の規定は、当然相殺主義を採用し、相殺適状が生じたときは、相対する二つの債権は自動的に消滅とした（旧1289条）。これによると、後に発生する債務は、発生とともに消滅することとなる。このように、債務の発生と消滅が一体として生じるという事態もまた、決して例外的なものではない⁶⁶⁾。

63) 網羅的ではないが、本稿において言及するほかに肯定説を支持する近時の見解として、v. Fr. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, *Economica*, 2007, préf. L. AYNÈS, n° 375 et s., p. 415 et s. ; M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, *Economica*, 2012, préf. L. AYNÈS, n° 610 et s., p. 421 et s. がみられる。

64) CHAUVIRÉ, *th. préc.* [note 62], n° 267-269, p. 172-175.

65) DUBARRY, *th. préc.* [note 49], n° 99-100, p. 62-63.

66) CHAUVIRÉ, *th. préc.* [note 62], n° 264-266, p. 170-172.

(2) 債務不履行の可能性

不要説が説くように、与える債務の存在を観念することができないとすると、むしろ、所有権移転が行われなかった場合に債務不履行責任を問う余地はないのかという疑問が生じることとなる。必要説は、この点を批判する。

債務不履行責任の基礎づけとして与える債務を観念すべき場面として、デュバリーは、他人物売買を指摘する。フランス法においては、他人物売買は無効とされるけれども、買主が善意である場合には、売主は損害賠償義務を負う(1599条)。このことは、与える債務の存在を前提としなければ説明することができない。この場合の無効は、原状回復義務を生じさせる一方で、法律行為の効力それ自体を失わせることなく、与える債務の不履行に基づく損害賠償債務を存続させるという⁶⁷⁾。

ショヴィレは、「契約から生じる効果は、債権関係の発生に尽きない」という不要説の前提を承認しつつ、所有権移転は、債務の効果に属すると主張した。その論拠として、彼は、契約から生じる諸効果から債権関係の発生という効果を識別する基準は、債権関係が資産 (*patrimoine*) の変動に関わるか否かにあると説く。契約の諸効果のうち、債務内容に属しないものに反した場合には、債務不履行責任は生じない。たとえば、管轄条項に違反して訴えを提起したときは、訴訟の不受理という効果が与えられるにすぎない。これは、管轄条項が、それ自体としては当事者の資産に変動を生じさせないことによって正当化される⁶⁸⁾。これに対して、所有権移転は資産の変動に関わるから、これが行われなかったときは、債務不履行責任が発生する。

67) DUBARRY, *th. préc.* [note 49], n° 85, p. 54-56 texte et note 123.

68) CHAUVIRÉ, *th. préc.* [note 62], n° 259-261, p. 166-169. これに加えて、ショヴィレは、資産の変動に関わるというその特性のゆえに、与える債務は、それ自体を譲渡行為の客体とすることができると論じる。これに対して、管轄条項は、それを定める契約上の地位が譲渡されたときに、それに従として移転するにすぎないという。V. CHAUVIRÉ, *th. préc.* [note 62], n° 262, p. 169.

（3）なす給付との区別

与える給付という観念の存在を認めるとき、これとなす債務とはどのように区別されるか。この点については、給付の分類は、債務者がすべき給付行為ではなく、給付によって実現されるべき結果、つまり債務の目的（objet de l'obligation）に従って行われるべきであると説かれる。

給付行為に着目する限り、あらゆる行為は「なす」というカテゴリーに含まれざるを得ない。これに対して、給付結果に着目するならば、両者は、所有権移転をもたらす債務であるかどうかによって区別することができる⁶⁹⁾。いいかえれば、与える債務は、債務者が有していた物に対する支配権能をすべて放棄し、これを債権者に移転することを内容とする点で、なす債務に対する独自性をもつ⁷⁰⁾。この観点からみると、種類物売買における特定は、所有権移転を条件づける行為ではあるものの、与える債務の履行ではあり得ないこととなる。特定によっては、資産の減少は生じないからである。

これに加えて、デユバリーは、請求権能の内容によって債務の同一性を論定することができる⁷¹⁾と説く。なす債務について不履行が生じた場合には、間接強制または代替執行の可能性が認められる。これに対して、与える債務については、間接強制が可能であるほか、判決が売買に代わるため、これに基づく登記によって所有権移転を公示することができる⁷¹⁾。

3 小 括

与える給付概念の要否をめぐる近年の論争の焦点は、まずもって所有権移転が延期された場合の取扱いにあった。もっとも、この場合の帰結については、必要説はもとより、不要説の立場からも一応の説明が与えられていた。結局、この点の対立をめぐっては、論理的にはいずれも成立可能な二つの見解のうち、いずれを選択するかが問われていたといえる。

69) CHAUVIRÉ, *th. préc.* [note 62], n° 274, p. 178.

70) DUBARRY, *th. préc.* [note 49], n° 105-108, p. 64-66.

71) DUBARRY, *th. préc.* [note 49], n° 102-104, p. 63-64.

必要説からの対応としては、不要説が述べるように「法定効果」というだけでは何の説明にもなっておらず、与える給付概念をあえて否定する理由はないとすることも考えられないではない⁷²⁾。しかし、不要説が、与える給付を觀念せずとも、所有権移転を法定効果とみることによって実定法が採る帰結が正当化されることを示した以上、与える給付が何らの機能も果たさないという認識を斥け、自説の正当性を弁明することが必要説の側の課題とされるに至ったのは、当然の成行きであったといえよう。

この課題に関する検討として、次項においては、所有権移転の法的構成という問題の文脈を離れて、与える給付概念がどのような役割を担い得るかを考察する。

B 契約の構造の基礎づけ

契約法の古典的な構想においては、契約 (contrat) は、債権の発生原因であるところにその特徴を有する⁷³⁾。債権関係によって表象される契約の目的 (objet) は、一定の「経済的作用 (opération économique)」の実現に奉仕するものであり⁷⁴⁾、各種契約の整序は、コーズ概念とともに、目的概念によって担われてきた。

72) V. Fr. PÉROCHON, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, Litec, 1988, avant-propos J.-M. MOUSSERON, préf. F. DERRIDA, n° 8, p. 8.

73) この点については、二つのことに注意を要する。第一に、以上の定義は、債権関係の発生原因である契約 (contrat) と、既発生 of 債権関係の変更・消滅をもたらす合意 (convention) とを用語として区別する民法典旧規定において採用された (旧 1101 条) ものであるのに反して、2016 年改正においては、両者を区別せず、すべての合意を契約に包括する定義が採用された (1101 条)。しかし、この点の変更は、債権の発生原因としての側面に着目して契約を考察することの意義を直ちに否定しない (v. not. Fr. CHÉNÉDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats ; consolidations - innovations - perspectives*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 121.11, p. 21)。第二に、以上のことは、契約から発生する法律効果が債権関係の発生に尽きることを意味しない。契約の効果が債権関係の発生に還元され得ないことは、今日、多くの論者が強調するところである。V. not. P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999, p. 771 ; R. LIBCHABER, *Réflexions sur les effets du contrat*, in : *Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 211.

この観点からみれば、与える給付概念がもつ役割は、所有権移転の仕組みを説明するにとどまらず、「財産権移転型」契約の独自性を特徴づけるところにあるとみることができるであろう。実際にも、与える給付概念の有用性を説く見解のなかには、それがもつ契約の構造化原理としての役割に着目するものが見られる。以下では、各種の契約の特徴を識別するために契約のもつ経済的作用に着目することの意義を論じたうえで（1）、与える給付が、それに固有の経済的作用を表象するものであるか否かを検討する（2）。

1 給付概念による契約の構造化

契約の構造を考察するという関心からみたときには、与える給付概念は、財産権移転型契約を他の契約から識別する役割を担う。したがって、与える給付概念の正統性を考察するにあたっては、各種契約の一般理論に関する研究を一つの出发点とすることが許されるであろう⁷⁵⁾。以下では、伝統的な見解が前提としていたとみられる視点を確認するために、各種契約の分類に関する古典的研究であるオヴェルスタク⁷⁶⁾の分析を採り上げる。

オヴェルスタクによれば、契約は、根本においては、何らかの経済的作用を

74) 森田修『契約規範の法学的構造』（商事法務、2016年）354頁は、これを「経済／構造的取引」と訳す。これは、S. PIMONT, *L'économie du contrat*, PUAM, 2004, préf. J. BEAUCHARD の構想に即して、「opération」を「取引」、「économie」を「経済／構造」と訳したうえで、それらを結合させたものである。本稿でこれと異なる訳語を採用するのは、「opération économique」の語が、ピモンの独創にかかるものではなく、様々な論者によって多様な文脈で用いていることを考慮したためである。そこで、さしあたり最大公約数的な訳語として、「opération」を「はたらき」、「économie」を「経済」の意味において捉え、これを「経済的作用」と訳した。

75) 各種契約の一般理論の展開につき、森田宏樹「契約」北村一郎編『フランス民法典の200年』（有斐閣、2006年）317頁以下、都筑満雄「フランス契約法における各種契約の一般理論の形成と展開(1)～(3)」南山36巻1号（2012年）77頁、2号135頁、3・4号293頁（2013年）、同「各種契約の一般理論と日仏の契約法改正」近江幸治先生古稀記念『社会の発展と民法学〔下巻〕』（成文堂、2019年）431頁を参照。

76) オヴェルスタクの議論につき、大村敦志『典型契約と性質決定』（有斐閣、1998年）140頁以下を参照。

法的に構成したものであり、契約を法的に規律するということは、経済的な問題を法の方程式に置き換えることを意味する。これら二つの側面は、契約を分析する際に、その目的である経済的作用と、その手段である法技術とに着目することを要請する⁷⁷⁾。契約類型の設計方法に関して論じられるところをいま少しみれば、こうである。

オヴェルスタクは、契約類型の設計にあたっては、契約の目的である経済的作用が出発点とされるべきであり、そうして創られた類型は、契約がもつ有用性を反映したものとなるという。この観点からは、契約の類型化方法としては、まず、社会において行われるあらゆる経済的作用を析出し、それに従った契約類型を設計することが考えられる。しかし、これは、経済的な観点に偏ったものであり、契約がなお法的性格を有するものであることを看過している。求められるのは、契約によって実現される経済的作用に着目しながらも、法概念としての契約類型を設計することである⁷⁸⁾。そして、そのような類型の設計を可能にする法概念として、彼は、目的とコースとに着目する。いいかえれば、各種の契約は、給付（目的）と反対給付（コース）の組合せによって類型化されるとするのが、彼の主張である。

それでは、契約の目的となるべき「給付」は、どのように定義されるのか。オヴェルスタクは、リペール＝ブランジェの次の議論をその検討の出発点とする⁷⁹⁾。

「契約の目的とは、それについて合意が交わされ、それに即して契約のエコノミーが整序される給付をいう。契約が締結されると、それは債務の目的となる。

77) J.-Fr. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969, préf. J. BRËTHE DE LA GRESSAYE, p. 17-18.

78) OVERSTAKE, *th. préc.* [note 77], p. 18.

79) G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, LGDJ, 1957, n° 241, p. 99. リペール＝ブランジェの議論を対象とするとみられる考察として、森田・前掲書（注 74）363 頁以下をも参照（著者名の表記が異なるが、ここに採り上げるものと同じ論著を対象とする考察であるとみられる）。

だから、この給付とは、常に債務の目的にほかならない。けれども、この給付は、それがなければ当事者が契約を締結することを意図しなかったであろうと考えられる要素でもある。その給付に対してもう一方の債務がもたらされるのであり、そうすることで、契約が成立する。この給付が、いわば、契約のもつ経済的な有用性を吸収するのである。その意味で、この給付は、契約の目的ということもできる。たとえば、不動産売買において、1108条の定式にいう約定の対象（*matière*）となるのは、不動産所有権の移転である」。

リパール＝ブランジェによれば、契約の目的は、まず、主たる給付を獲得することに見出される。民法典旧規定に即していえば、主たる給付は、与える債務、なす債務、なさない債務のいずれかに類別されることとなる。もっとも、そうすると、双務契約においては、主たる給付は二つ存在することとなるが、彼らによれば、契約の目的となり得るのは、売買に即していえば売主の給付だけであると説かれる⁸⁰⁾。

ここにいう「目的」概念そのものに関する考察は他日の課題とせざるを得ないが、以上の確認の限りでも、リパール＝ブランジェにおいて、売主のなすべき給付が、売買契約を他の契約から識別する要素とされていることが窺われる。この点からみれば、彼らにおいては、与える給付こそが、売買契約の構造を決定する概念であると考えられていたといえるであろう。そこで、項を改めて、与える給付が、いかなる意味において契約の構造化に寄与し得るかを考察する。

2 与える給付とその帰結

与える給付概念の有用性を支持しつつ、その論拠として、所有権移転の基礎づけとしての有用性を説くにとどまらず、契約の構造を整序する役割に着目し

80) 以上の議論は、特徴的給付（*prestation caractéristique*）に依拠して契約の類型化を図るものである。オヴェルスタクの議論に即してその旨を指摘する評言として、v. B. BERGMANS, *Essai de systématisation nouvelle des contrats de droit privé*, RRJ 1990, n° 72, p. 430. 特徴的給付理論それ自体の検討は、他日の課題とする。この理論がもつ実法体系的意義を考察する研究として、v. ANCEL, *th. préc.* [note 6].

た議論としては、ユエットの所説が注目される。ここでの関心に即して目を惹くのは、与える給付がもつとされる次の二つの特徴である。

第一に、与える給付は、物権変動を生じさせる⁸¹⁾。いいかえれば、与える債務の特徴は、それがひとたび履行されると、契約の期間に左右されることなく、法律状態の恒久的な変更をもたらす点に見出される。このように、「ある種の錬金術」によって債権関係を物権関係へと転換することは、与える債務に固有の作用である。

第二に、与える給付は、種々の付随的債務 (obligations satellites) を伴う⁸²⁾。そのような債務としては、目的物の引渡義務・保管義務 (1136条を参照) のほか、追奪担保責任のように所有権を強固にする義務が考察される。これらのうち、引渡義務と保管義務は、賃貸借契約等についても等しく認められるから、財産移転型の契約を特徴づけるものではない。これに対して、追奪担保責任は、財産権移転型契約に固有の付随的債務である。それは、第三者による追奪を防がなければならない点において、なす債務としての要素を含むとともに、売主自らも財産権移転と矛盾する主張を禁じられる (1628条) 点において、なさない債務としての要素を含むものであるが、これらは、いずれも与える給付の実現という目的から導かれる帰結である⁸³⁾。そして、与える債務とこれらの付随的債務は、その履行について不確実性を伴わないのが一般的であることから、いずれも結果債務としての性質を有する⁸⁴⁾。

以上の議論からは、次の理解を導くことができるであろう⁸⁵⁾。まず、与え

81) HUET, *art. préc.* [note 57], n° 5, p. 429-430. もっとも、ユエットは、このことを述べるに先立ち、あらゆる契約は、債権関係を発生させるにとどまらず、一定の法律状態 (situation juridique) を生じさせると説き、所有権移転はその典型例であると述べている。所有権移転という問題について、彼がいう法律状態の変更と債権関係の効果との関係がどのように理解されているのかは、あまり明瞭ではないように感じられる。

82) HUET, *art. préc.* [note 57], n° 8-9, p. 433-434.

83) 追奪担保責任を免除する特約がされた場合であっても、売主が代金返還の責めを免れないこともまた (1629条)、追奪担保責任が売買の本質的債務である与える債務から派生する義務であることによって説明され得るであろう。

84) HUET, *art. préc.* [note 57], n° 11, p. 436-437.

る給付は、なす給付とともに、価値の移転を実現する。しかし、与える給付によって実現される価値の移転は、債務者の資産に既に帰属している価値が債権者の資産へと移転する点において、なす給付によって実現されるそれとは区別される。なす給付は、債務者の行為によって新たに作り出される価値を債権者に移転するものだからである⁸⁶⁾。そのうえで、与える債務は、売買契約における本質的債務（obligation fondamentale）と位置づけられ⁸⁷⁾、売主が負うべき各種の義務が、これに即して整序されることとなる。

3 小 括

売買契約が、買主による財産権取得と売主による代金取得という二つの異なる利益を目的（but）とする契約であることは、疑いない。そして、少なくとも伝統的な見方に従う限り、これらの利益は、まずもって、契約の目的（objet）である財産権移転によって表象される。必要説は、このような文脈において、与える給付概念の有用性を支持する。それは、裏を返せば、不要説による限り、財産権移転を反対給付としない売買契約を観念せざるを得ないこととなる——ひいては、財産権移転型契約というカテゴリーの独自性が失われることとなる——が、そのような見方が、契約を規律するために十分であるのかという問題を提起したものであるといえるであろう。債務不履行責任の基礎づけを欠くという不要説の難点も、究極的には、以上にみたところと同根の問題であるように思われる。

C 2016年債権法改正

最後に、2016年に行われた債権法改正において、与える給付をめぐる規律

85) V. Fr. CHÉNÉDÉ, *Les commutations en droit privé*, Economica, 2008, préf. A. GHOZI, n° 25, p. 32-33.

86) V. P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, Editions Panthéon-Assas, 2002, préf. B. TEYSSIÉ, n° 359, p. 570.

87) V. aussi BLOCH, *art. préc.* [note 48], n° 5, p. 675.

がどのように変容したかを確認する⁸⁸⁾。改正は、不要説の理路に沿う規定を設けたとみられるが(1)、必要説の側からは、依然として批判が加えられている(2)。

1 契約の移転的效果

改正法においては、与える給付の位置づけは、二つの意味において後退したといえる。第一に、「与える」「なす」「なさない」の三分類が、法典からは姿を消した。改正法のもとでは、債務の目的は、契約の「内容」および「給付」という観念によって規律される(1163条)。第二に、所有権の移転は、債務の目的ではなく、契約の効果として規定される。すなわち、1196条1項は、「移転的效果(effet translatif)」という標題のもとに、「所有権の譲渡又はその他の権利の譲渡を目的とする契約において、移転は、契約締結時に生じる」と定め、即時移転原則を確認する。

契約による所有権移転を「移転的效果」として再編するという以上の方向性は、当初、テレ草案において提案されたものである。テレ草案は、所有権移転を「与える債務の履行」と構成したカタラ草案との角逐を通じて⁸⁹⁾、与える給付概念を放棄する立場を鮮明に示した。

【テレ草案93条】

所有権その他の権利の譲渡を目的とする契約においては、移転は、原則として契約締結の時に生じる。この移転は、当事者の意思、法律の規定または事物

88) 改正法の規定につき、荻野奈緒＝馬場圭太＝齋藤由起＝山城一真「フランス債務法改正オールドナンス(2016年2月10日のオールドナンス第131号)による民法典の改正」同志社法学69巻1号(2017年)279頁、同「2016年債務法改正オールドナンスの追認——契約法、債務に関する一般的制度及び証拠[法]を改正する2016年2月10日のオールドナンスを追認する2018年4月20日の法律第287号」日仏30号(2019年)142頁を参照。

89) カタラ草案1145条は、「与える債務は、売買、贈与、債権譲渡又は用益権の設定のように、所有権その他の権利の譲渡を目的とする」と定める。V. P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, 2006, p. 102.

の性質によって遅らせることができる。

所有権の移転は、引渡しが行われていなくても、原則として物に関する危険の移転を伴う。ただし、債務者が引渡しについて遅滞にあるときは、この限りでない。この場合には、物は債務者の危険にとどまる。

改正法と同じく、この規定は、「契約の効果」と題する節のうち、「移転的效果」と題する款に配置される⁹⁰⁾。この配列に示されるとおり、テレ草案による提案は、所有権移転という効果を、与える債務の履行を媒介せず、契約の法定効果として位置づけることを企図したものであった。これに伴い、テレ草案は、与える・なす・なさないという債務の三分類をも放棄している⁹¹⁾。

以上にみるところからは、改正 1196 条 1 項が、その基本思想においてはテレ草案を承継したものであることがわかる⁹²⁾。したがって、改正法の解釈としても、債務の履行を介することなく、契約の効果として所有権の移転が生じることがこの規定によって明らかにされたとみるのが、素直な理解だといえるであろう⁹³⁾。

2 与える給付概念の有用性

もっとも、改正法のもとでも、与える給付を觀念する意義が失われたわけではないとする評価もみられる⁹⁴⁾。

第一に、「与える、なす、なさない」という債務の区別が放棄されたことに

90) Fr. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009, p. 23.

91) Ph. RÉMY, *L'effet translatif*, in : Fr. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009, n° 1-4, p. 250.

92) G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 532, p. 484.

93) CHANTEPIE et LATINA, *préc.* [note 92], n° 533, p. 484-485.

94) 以下にのべるほか、v. aussi Ph. CHAUVIRÉ, *Article 1197 : le transfert conventionnel de propriété*, RDC 2015, p. 773 ; *id.*, *Les dispositions relatives aux effets du contrat*, in : *id.* (dir.), *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 4-9 et s. その基本的な論旨は、シヨヴィレの所説について既に述べたところと同様である。

対しては、「契約の内容」「給付」を規制の基軸とするとしても、どのような債務が発生するかを類型的に把握する視点がなければ、それぞれの効果を明らかにすることは難しいとの指摘がみられる。この観点から、論者は、改正規定には、「与える、なす、なさない」という三分類を否定するに足りるほどの明確さが備わっていないとの評価を示している⁹⁵⁾。

第二に、改正規定のもとでも、与える給付概念が放棄されたわけではないとする議論もある。たとえば、デエは、1196条の解釈について次のように論じる。一方で、「移転的效果」に関する規定は、これに先立つ小款に定められる「契約の拘束力」の内容を、ある種の契約について特に明らかにしたものとみられる。そうすると、契約の拘束力の内容として与える債務を観念することはできるから、移転的效果もまた、与える債務を根拠とするとみる余地があることとなる。また、他方で、改正法は、「契約の拘束力」と「移転的效果」とを並置し、これを「契約の効果」として一括するけれども、このような構造のもとでは、移転的效果が何を根拠として発生するのかという問題に対する答えは得られない。契約の拘束力は、契約の内容ではなく、その効力の強度の問題だから、それを「契約の効果」とよぶ以上、移転的效果についても、その根拠は明らかにされていないとみられるからである。以上の分析を手がかりとして読む限り、改正規定も、与える債務という概念の成立可能性を全面的に否定したものではないとみる余地があるというのが、彼の主張である⁹⁶⁾。

デエが示す1196条の解釈は、やや技巧的な憾みがあり、一般に受け容れられている解釈を覆すほどの説得力をもっているとは思われない。しかし、それにもかかわらず、こうして与える給付概念を支持する見解が存在することは、それがなお「一定の法的仕組みを説明し、適用するために⁹⁷⁾」有用であると

95) O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 430-431.

96) O. DESHAYES, *Les effets du contrat entre parties*, JCP 2015, suppl., p. 43, not. n^o 4, p. 44.

97) CHÉNEDÉ, *préc.* [note 73], n^o 125.111, p. 121.

の理解が根強いことを示すものといえよう。

3 小 括

以上の状況にかんがみる限り、改正規定のもとでは、結局、与える給付概念は破棄されたといってよい。以後、所有権移転の法的構成は、不要説が説くところに従って論じられることになるであろう。

もっとも、改正の射程に由来する技術的な問題でもあるが、2016年改正後は、民法典全体としての調和が保たれておらず、改正の対象外とされた規定のなかに与える給付の残滓がとどめられていることには注意を要する。たとえば、先に注記した1604条のほか⁹⁸⁾、テレ草案において改正の必要が指摘されていた711条は⁹⁹⁾、依然として、所有権移転が債務の効果として生じることを前提とする。このように、民法典の構想を全体として捉えようとする限りは、与える給付に依拠する説明がなお意味をもつ場面も——たとえそれがマージナルであるにもせよ——残されている。改正法は、財産権移転型契約の構造を把握するために、与える給付になお一定の役割を託す試みを排除してはならないように思われる。

結びに代えて

以上をもって、与える給付概念が形成された経緯と、これをめぐる論争の経緯とに関する概観を終える。それによって得られた知見をもとに、最後に、日本法の文脈との対応を図りつつ、物権変動の構成（1）と給付概念の役割（2）につき、若干の考察を補うこととする。

1 物権変動の構成

物権変動の構成に関しては、日本法の「母法」としてのフランス法をどのよ

98) 前掲注19を参照。

99) RÉMY, *art. préc.* [note 91], p. 249.

うに捉えるか ((1))、債権の効力と物権変動との関係をどのように把握するか ((2))、という二つの問題を提起することができるであろう。

(1) 立法モデルとしての「フランス法主義」

日本における先行研究においても明らかにされていたことであるが、フランス民法典の構想に即して考察する限り、「契約を成立させる意思のみによる (*solo contractu*) 所有権移転」という構成をもって「フランス法主義」と形容する理解は、無条件には受け容れられないと考えられる。あくまで民法典についていえば、所有権を移転させる「意思」とは、物の引渡し (*tradition*) に向けられた意思であり、与える給付とは、契約の履行としてこの引渡しを行うことであったとみられる。

もともと、以上のことは、日本法において「契約を成立させる意思のみによる所有権移転」という構成が採用されたという理解に対して疑義を向ける理由となるわけではない。旧民法・明治民法の制定に着手した時期においては、フランス法においても、民法典起草者の構想の読替えを通じて、「契約を成立させる意思のみによる所有権移転」原則の定着を図る試みがみられた。そのような時代に構想された日本法が、フランス民法典よりも純化された意思主義を採用したとするのは、一つの見方であろう。しかし、旧民法財産編 331 条が「特定物ヲ授与スル合意ハ引渡ヲ要セスシテ直チニ其所有権ヲ移転ス」と定め、民法 176 条の起草理由が「本條ノ採リマシタ主義ハ既成法典ノ採ツテ居リマスル所ノ主義ト其根本ヲ異ニ致シテハ居リマセス」と説かれるように¹⁰⁰⁾、日本法における意思主義の採用もまた、引渡しの要否という論点と完全に切り離されたものではなかったことには、改めて注意する必要がある。

(2) 債権発生と物権変動との観念的分離

以上にみたフランス民法典の構想に立ち帰って、与える給付の存在を措定し

100) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会 民法議事速記録』（商事法務研究会、1983 年）579-580 頁。

たうえて、観念化された引渡しによってそれが履行されると捉えると、契約による所有権移転義務の発生と、その履行による所有権移転とは、少なくとも論理のうえでは段階的に区別されることとなる。このような理解は、とりまおさず、義務負担と所有権移転との間に「観念的分離¹⁰¹⁾」を認めることを意味するが、これは、日本法において、物権行為の独自性として論じられてきた問題に連なる¹⁰²⁾。

この点について、デュバリーは、フランス法において物権行為の独自性を認める可能性を論じる。彼は、所有権移転のためには債務の発生とは異なる合意が必要であると説き、これを所有権移転の合意モデル化 (modélisation conventionnelle) と称する。所有権の取得は負担を伴うから、これを意思に反して強制することはできない。だから、与える債務の履行は、売主が所有権を放棄し、買主が所有権を取得するという意思が合致することによって生じると解すべきであるというのが、その主張の骨子である¹⁰³⁾。

以上にみたところを、物権行為の独自性をめぐる日本法の議論状況に照らし

101) 観念的分離という視点につき、於保不二雄『物権法 上巻』(有斐閣、1966年) 52頁を参照。

102) もっとも、「物権行為の独自性」という概念の定義は、必ずしも一定ではない。一方では、物権行為の独自性とは、「物権の変動を生ずるためには常に物権の変動だけを目的とする法律行為がなければならないという意味である」(傍点原著者)と説くものがある(我妻榮=有泉亨『新訂物権法』(岩波書店、1983年) 58頁)。「日本法は、物権行為の独自性を認めない」というときには、この理解が念頭に置かれてきたといえよう。しかし、他方では、義務負担行為と処分行為との(観念的な)区別を認めることをもって、物権行為の独自性とよぶこともできる。後者の例として、網羅的ではないが、石田喜久夫『口述物権法』(成文堂、1982年) 37頁以下、田山輝明『物権法』(成文堂、2012年) 47頁(「観念的物権契約説」という)、近江幸治『物権法』(成文堂、第三版、2011年) 51頁、秋山靖浩ほか『物権法』(日本評論社、第二版、2019年) 38頁(水津太郎)(「意思主義型分離主義」という)を参照。後者の概念整理に従うと、以下に述べるところは、物権行為の独自性を認める主張と紙一重だということになる。

103) DUBARRY, *th. préc.* [note 49], n° 256-258, p. 141-144. なお、この点に関連して、七戸克彦「不動産物権変動における意思主義の本質——売買契約を中心として」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集 24号(1986年) 124-125頁の指摘をも参照。

合わせて考察すると、次のようにみることができであろう。まず、以上の議論は、所有権移転のために二つの異なる法律行為を求めるという解決を必然的に導くわけではない。というのは、第一に、以上の経緯を踏まえても、通説が一貫して説くように、(方式主義に対する意味での)意思主義を採用する日本法のもとでは、債権行為と物権行為とを外形的に区別する指標が存在しない以上、売買契約と区別される法律行為を求める意義は乏しいと考えられるからである¹⁰⁴⁾。また、第二に、所有権移転に限っても、債務の履行を法律行為と構成する理解は、受容されているとはいえないように思われるからである。

これに対して、二つの異なる法律行為を求めるのではなく、売買契約の効果として、財産権移転義務の発生と所有権の移転とを区別するという視点を導入することは、日本法の考察としても意味をもち得るように思われる。176条によって所有権が移転される結果、555条によって発生する財産権移転義務が履行されると解することは、ともに売買契約の効果を定める両条の関係につき、成立可能な理解の一つであろう。さらに進んで、日本法において「与える給付」を観念することの当否を見定めるためには、以上の区別を設けることの意義を、具体的な問題解決に即して検証する必要がある¹⁰⁵⁾。

2 給付の構成

これに加えて、物権変動を「与える給付」の実現とみることは、債権 ((1)) ないし契約 ((2)) の効力を考察し、これを構造的に把握することにも資すると考えられる。

(1) 債権の構造

債権という概念をどのように理解するかをめぐっては、給付保持権能と請求

104) V. aussi Cl. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, A. Rousseau, 1900, réimpr. LGDJ, 2005, p. 36-37.

105) たとえば、復帰的物権変動という概念構成は、売買契約について債権の効果と物権的效果とを分離しなければ説明がつかないのではないかと感じるが、この点については、別に論じる機会をもちたい。

権能のいずれにその本体的な効力を認めるかという観点からの議論がされてきた¹⁰⁶⁾。しかし、いずれの見解においても、給付保持力が債権の効力の一つであるとする説明自体は受け容れられてきたといえよう。

そうすると、契約によって行われる所有権移転に「法律上の原因」を与えるためには、これを一定の債権関係に基づく給付の効果とみることが、論理的に要請されると考えられる。既にこの点において、日本法においては、所有権移転義務の存在が認められてきたとみることができるであろう¹⁰⁷⁾。この文脈においては、「与える給付」概念の否定が、「債権の効力」として位置づけられてきた給付保持権能を別異の構成によって——たとえば「契約の効力」として——再編する必要を生じさせることにも留意しなければならない¹⁰⁸⁾。

(2) 契約の構造

最後に、契約の構造化原理に関心を向けると、日本法においては、物の所有権を移転する契約を「財産権移転契約」として一括するという契約の類型化方法が、一般に受容されてきたとあってよいであろう。これを前提とすると、与える給付の要否をめぐる議論からは、ある契約類型を他から識別するための基準を「給付」に見出す必要があるかという問題が提起されることとなる。

106) 網羅的ではないが、請求力に重点を置く定義の例としては平井宜雄『債権総論』（弘文堂、第二版、1994年）1頁、淡路剛久『債権総論』（有斐閣、2002年）1頁等が、給付保持力に重点を置く定義の例としては、奥田昌道『債権総論』（悠々社、増補版、1992年）3頁、林良平（安永正昭補訂）・石田喜久夫・高木多喜男『債権総論〔第三版〕』（青林書院、1996年）3頁等がある。なお、この問題に関する古典的研究として、末川博「目的の到達に因る債権消滅」『債権〔末川博法律論文集Ⅲ〕』（岩波書店、1970年）1頁以下をも参照。

107) もっとも、日本法のもとでも、所有権の移転それ自体は、特段の給付行為を要せずに生じることとなると考えられる。その意味において、所有権移転給付は、「無形給付」（奥田昌道編『新版注釈民法(10)-1 債権(1)』（有斐閣、2003年）90頁以下、特に93頁（金山直樹））であると考えられるであろう。

108) これに対して、フランス法においては、給付保持力という観念を介して所有権移転を基礎づけるという着想は見受けられない。ただ、与える給付概念の有用性を否定する見解には、「法定効果」という基礎づけにより、所有権移転の効果を法によって支持するという理解が含意されていることに注意が必要である。

典型契約概念をめぐる近年の議論において明らかにされてきたように、契約が成立するためにはその「要素」についての合意が必要であるとされるとき、要素としては、当該契約に基づいて義務づけられる主たる給付が想定されてきたといえる。これは、契約を構造的に把握する際の視点を、その契約によって表象される「経済的作用」に着目して設定する見解と軌を一にするものとみることができる。

この点からみれば、与える給付概念は、主たる給付に基づく契約の構造化という伝統的な思考形式を支持する役割をも果たしてきたといえるであろう。もちろん、給付概念を中心とする構造化もまた、疑問の余地のないものではない¹⁰⁹⁾。しかし、伝統的理解の当否を検証するための前提としても、「給付」概念の役割それ自体に焦点を当てた考察が要請されると考える¹¹⁰⁾。

【後記】

脱稿後、Fr. DANOS, *Obligation de donner, de livrer et de délivrer*, in : *Mélanges L. AYNÈS*, LGDJ, 2019 が公刊されたが、参照することはかなわなかった。

109) 一方では、森田・前掲書(注74)332頁が、「契約のエコノミー」概念の考察を通じて、給付に依拠する契約の構造化方法に対する鋭い批判を加える。他方では、中原太郎「フランスにおける『組織型契約』論の動向」廣瀬久和先生古稀記念『人間の尊厳と法の役割』(信山社、2018年)73頁が論じる「組織型契約」においては、契約によってもたらされる利益が、しばしば給付の実現に還元することができないものであることが強調される。そのような視点に立つ注目すべき研究として、v. not. S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, 2012, préf. Cl. BRENNER. フランス法の文脈に即していえば、これらの疑問は、LIBCHABER, *art. préc.* [note 73] によって先駆的に示されている。

110) 日本法のもとでは、契約の「目的 (objet)」概念について正面から考察されることは少なかつたといえるであろう。その考察の重要性を指摘するものとして、中原・前掲論文(注109)107頁を参照。