

フランス債務法改正検討作業にみる 目的概念について

——与える、為す、為さざるといふ分類の考察を中心に——

上 井 長 十

はじめに

- 一 現行フランス民法典の規定
- 二 諸草案の規定
 - 1 カタラ草案
 - 2 テレ草案
 - 3 3分類をめぐるカタラ草案とテレ草案との比較
 - 4 2008年版司法省草案
 - 5 [資料] 2009年版司法省草案
- 三 諸草案の考察—まとめにかえて

はじめに

本稿の目的

本稿は、債務者が負担する債務内容についてその行為態様に注目した分類である、与える、為す、為さざるといふ3分類概念の法的意義について、近時のフランスにおける債務法改正にむけた諸々の検討作業の考え方を現行民法典と比較紹介するものである。

同分類は我が民法典には存在しない概念である。一方、現行フランス民法典1101条においては、「契約とは一人または複数人の者が一人または複数人の者に対して与える、為すまたは為さざることとを義務として負うことについての合意である」という契約の定義規定が存在する。これは契約から発生する債務として、与える、為す、為さざるといふ抽象的な内容を持ったものが発生することを宣言

する規定である。さらに、この与える、為す、為さざるといふ3分類概念は、現行フランス民法典1108条以下で定める合意の有効要件の一つである目的 (objet) の内容をなすものであり、現行フランス民法典1126条以下でその内容が定められている。くわえて、現行フランス民法典1134条以下で定める債務の効果に関する規定において、現行フランス民法典1136条以下で、この3分類概念にしたがった効果の詳細が定められている⁽¹⁾。なお、弁済をはじめとする債務の消滅場面では、現行フランス民法典1237条が定める第三者による弁済行為に関する規定を除き、3分類概念が条文の文言として用いられることはないことから、債務の発生から消滅に至るまでこの3分類概念を用いて一貫性のある枠組を構築しているとはいえない。しかし、この3分類が契約から発生する債務の仕組みの骨組を構成している一要素であることを現行法

典は示していると見ることができるであろう。

もっとも、フランスの学説動向に目を転じると、この3分類概念は、機能的な役割を果たしているとはいえないと評する見解が少なくない⁽²⁾。たとえば、前述 1101 条における契約の定義規定では、与える、なす、為さざるの用語が用いられているが、契約を定義づけるにあたって、3分類概念に言及する意義は小さいと評するものがある。あるいは、債務の効果規定では、後で紹介するように、なす債務の不履行は損害賠償請求に変わるとする規定が存在するも、いかなる債務も履行の強制を原則として認めるとする見解が現在の多数説であるとみてよいであろう。また、合意の有効要件である目的規定の具体的内容においては、与える債務とそれに関連する債務のルールしか定めていない。このような状況から、この3分類概念の存在意義について疑問符がついている。なお、与える、なす、為さざるという3分類概念の学説動向および目的概念自体の意義あるいは機能といったことの詳細は別稿にて考察する予定である。

その存在意義について疑問符がつけられている3分類概念であるが、近時提案されているいくつかの債務法改正案構想では、この3分類をどのように捉えているのであろうか。以下では、カタラ草案、テレ草案、2008年版司法省草案（2009年版は資料として紹介する）のそれぞれについて、3分類概念に関係する条文を紹介し、比較考察を試みたい。

我が法への示唆

このように本稿は、債権関係における債務

の目的概念をめぐる近時のフランスにおける動向を考察することを主眼とするが、我が法に対していかなる示唆をもたらすことができるであろうか。

我が民法典は、債務一般について定めた債権総則規定を見ても、この3分類概念を用いた条文を持たないが、講学上その存在意義が認められているといってもよいであろう⁽³⁾。もっとも、与える債務については、我が国では引渡債務と解するのが一般であり、フランス法とは異なる意味が同概念に対して付与されている。また、履行の強制方法の違いを論じる場面でその分類意義を認める我が国での考察内容と、契約の成立から履行に至るまで3分類に基づいた規定を持つフランス法とでは、同分類が担う役割も異なるように思われる。

しかし、俄に債権法に関してその改正に向けた議論が我が国でもフランス同様に展開されるところ、提案されている改正案の中には、現代社会でサービス契約の需要が経済生活の中で欠かせないものとなったことに対応するべく、その詳細なルール作りを試みるべきではないかという見解が示されているものがある。具体的には契約各則で新たな典型契約を創設することが提案されている。そこで、より抽象度の高い債権総則レベルにおいても、既存の物取引に関わる一般的抽象的規定の取引全般への適用可能性の有無を、あるいは、役務の提供に関わる新たな抽象化された規範を法条文の形式で有する必要性の有無を検討するべきではないだろうか。しばしば、役務提供も視野に入れた債権の目的規定の要否が問われることがある⁽⁴⁾⁽⁵⁾。すなわち、わが国の民法典債権編では、399条から411条にか

けて債権の目的に関する規定を持つが、それらは物の引渡行為あるいは金銭の支払いを念頭に規範が策定され、いわゆる役務の提供に関わることについては、この債権の目的規定レベルにおいては独自の抽象化された規範を法条文の形式では有していないのである。しかし、役務内容の多彩さゆえに債権総則レベルでのルール形成には否定的なあるいは消極的な立場を表明するものが多い印象である。

一 現行フランス民法典の規定

いくつかの債務法あるいは契約法改正構想を紹介する前に、現行フランス民法典の規定内容を確認しておくことにする。与える、なす、なさざるの3分類は、フランス法あるいは我が国においても、債務の目的（我が国では債権の目的）を示す概念であると一般的に捉えているものと思われる。しかし、日仏ともに学説では、「目的」という用語を用いず、債権の種類、債権の内容と表現していたり、あるいは、「債務（債権）の」ではなく、「契約の」、「給付の」目的と表現しているものも少なくない。用語のわかりやすさという点から、多義的な要素を含む「目的」という用語を避けて、そのほかの用語で言い表すという趣旨によるものと推測できる場合もある。わが日本民法典において「目的」という概念が用いられている規定は多数あるが、それぞれ同義であるとは考えにくく、多義的な内容を持つ概念であるがゆえにわかりづらいつなものとなっているが、目的概念の意義を分析するにあたっては、契約の目的、債務の目的、給付の目的といったカテゴリーに分けて契約構造を考察する試みがフランスの議論にみられ、

比較検討する意義があると考え（別稿で考察する予定である）。

(一) 契約の定義規定—債務の分類について—

契約または合意による債務の一般について定めた民法典第3編第3章の冒頭1101条において、以下のような、契約の定義規定⁽⁶⁾がある。

Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

「契約とは一方当事者が他方当事者に対して何らかの物（事柄）を与え、なし、なさざることを義務付けられる合意である」とさだめ、これは契約の定義規定ではあるものの、一般的に債務の目的に着眼してなされた債務の分類であると解されている⁽⁷⁾。

(二) 契約の有効要件としての目的概念について

与える、為す、為さざるの3分類概念は、1108条以下の「第2節 合意の有効性に関する本質的要件」における目的概念と関連して定められている。すなわち、1108条では合意の有効要件として、当事者の同意、契約締結能力、約束（engagement）の内容を形成する確定した目的⁽⁸⁾、債務における適法なコースの4つ⁽⁹⁾を掲げるが、その一つである目的（objet）に関する規定の冒頭1126条で、
Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire.（すべての契

約においては一方当事者が与えることを義務づけられる、あるいは、為すことまたは為さざること義務づけられるあるもの (chose) を目的として持つ。) と定める。

なお、続く 1127 条において、

Le simple usage ou la simple possession d'une chose peut être, comme la chose même, l'objet du contrat. (ある物の単なる利用または単なる所持は、物自身と同様に、契約の目的となりうる) と定める規定がある。

これに対し、1129 条及び 1130 条は、債務の目的に関することが定められている。

すなわち、1129 条 1 項では、

Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. (債務は最低でもその種類については決まっている物を目的として有していなければならぬ。)

と定め、

続く 1130 条 1 項では、

Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. (将来の物は債務の目的とすることができる) と定める。

これら規定群を定める第 3 款の表題では、契約の目的と内容と銘打つも、実際の条文の文言では、債務の目的あるいは合意の目的といったような表現が用いられ、相互の関連性が不鮮明である。上記目的に関する規定群については、契約の目的と債務の目的、給付の目的が明確な区別なく定められていると評する見解がある⁽¹⁰⁾。

(三) 債務の効果

与える、為す、為さざるの 3 分類は 1134 条

以下で定める「第 3 節 債務の効果」に関する規定においても用いられている。与える債務については、1136 条から 1141 条において、為すまたは為さざる債務は、1142 条から 1145 条において定める。なお、債務の効果について定める第 3 節の全体構成は、「第 1 款 一般規定」、「第 2 款 与える債務」、「第 3 款 為す、あるいは為さざる債務」、「第 4 款 債務不履行を原因とする損害賠償」、「第 5 款 合意の解釈」、「第 6 款 第三者に対する合意の効果」となっている⁽¹¹⁾。

イ) 与える債務

与える債務については、以下紹介するように、そこから派生する債務である物の引き渡しと保存に関する義務、物の保存義務の程度、物の権利の移転効について定める。給付の対象が物であるという特性から、債権者と債務者間における物の現実支配の移転に伴い要求される当事者の行為内容および物に対して付与される観念的な権利 (所有権など) の移転プロセスを定めている。

すなわち、1136 条で、与える債務は物を引き渡す (livrer) 債務と引き渡しまで保存する債務が伴い、これら債務の不履行により生じた損害の賠償義務が債務者には課せられることを定め、その物の保存のための必要な注意義務の程度、すなわち善管注意義務を定めた 1137 条がそれに続く。この 1137 条は手段債務の根拠条文として一般的に認知しされている条文である。続く 1138 条 1 項では、契約当事者の単なる同意により物の引渡債務 (obligation de livrer la chose) は完全なることを定め、それを受けて 2 項で、実際の物の引渡が未だなされていなくとも、当該物が

引き渡されるべき時から債権者がその物の所有者となり危険も債権者が負担することを定める。1139条では債務者の付遅滞要件を、1140条では不動産売買における与える債務の効果あるいは不動産の引渡の効果に関する規定、1141条では動産の対抗要件に関する規定が存在する。

ロ) 為す債務と為さざる債務

一方の為すまたは為さざる債務については、まず1142条で債務者による同債務の不履行は、損害賠償義務に変化することを定め、1143条で約束(engagement)に違反する債務者の行為(fait)の除去請求(債務者の費用による債権者自身による除去を含む)を、1144条では、債務者の不履行に対して債務者の費用により債権者自身が履行を行うことを認容する代替執行を定める。最後の1145条では違反という事実のみにより違反者には損害賠償義務が課せられるとする為さざる債務についての損害賠償の要件規定を設けている。

ハ) 損害賠償請求規定における与える、なす、なさざる債務

1146条以下の第3節、第4款では債務不履行を原因とする損害賠償について定める。その冒頭規定1146条では付遅滞について定めるが、「損害賠償は債務者が自身の債務を果たすことを遅滞している場合にのみ支払われる。ただし、債務者が与えるあるいは為すことを義務づけられていたことを債務者が怠った一定の期間後でなければ与えるあるいは為すことができなかつた場合は除く。付遅滞は十分な督促として認めることができるのであ

るならば信書により生じうる」というように与える、なすという概念を用いた規定を置く。結果債務についての規定として一般的に認知されている1147条を挟み、1148条では、不可抗力後に、債務者が義務づけられている与えることまたは為すことが妨げられた場合には、あるいは、禁止されていることを行った場合には、損害賠償の請求ができないことを定める。この規定に続く1155条までの損害賠償に関する規定において、3分類概念が用いられている規定はない。

二 諸草案の規定

現行法典において、与える、為す、為さざるの分類が関係する問題領域は上述したようなところである。これらの問題領域について、以下で各草案の内容を比較考察していくことにするが、それぞれの草案が何を目的として提案されているのかを把握しておく必要がある。それぞれの草案について、はじめに草案の提案趣旨を簡単に紹介した上で、具体的な規定内容を見ていくことにする。

1 カタラ草案

それではまず、カタラ草案における目的に關係する規定を紹介する。カタラ草案の提案目的は、民法典制定以来200年にわたる時の経過の中で蓄積されてきた規範を洗い出し、現代社会に適合する様式に条文の文言を整えることにある⁽¹²⁾。与える、為す、為さざるの3分類概念は、その存在意義が問われているが、カタラ草案においては、右概念の存続を図り、より充実した内容にしようとして工夫した跡を窺い知ることができる⁽¹³⁾。

(一) 契約の定義規定

草案 1102 条において、現行法 1101 条と同様に契約の定義規定が設けられている。しかし、現行法と異なり「契約とは一人または複数人が他の一人または複数人に対して、ある給付を行うことの合意である」とさだめ、与える、為す、為さざるといった概念は定義規定には存在しない。同草案 1102 条は、1103 条までに定める契約の定義規定の冒頭に定められているものであり、草案 1102-1 条以下では、双務・片務、有償・無償、交換・射倖等に着目した契約の種類に関する規定が並ぶ（現行法の 1102 条から 1107 条に対応する規定群である）。

(二) 契約の有効要件としての目的概念について

現行法と同様に目的概念が、合意の有効性に関する本質的条件を定める草案 1108 条に存在する⁽¹⁴⁾。そのうち、目的に関する詳細な規定は、草案 1121 条から草案 1122-3 条において定められている。すなわち草案 1121 条では、第 1 項において、「契約は一方当事者が所有権を移転する義務 (s'engage) を負うことまたはその利用権を与えること、あるいは一方当事者が為しまたは為さざる義務 (s'oblige) を負うことをその目的として持つ。とりわけ寄託あるいは担保としてその利用権を与えることなく、物の所持 (détention) も同様に移転することができる。」と定める。現行法との相違点として、まず、与える (donner) という用語自体が目的規定においては用いられていないことがわかる。しかし、「所有権を移転する義務」として、「与える」という概念をより鮮明にしたものといえ

るであろう。また「(物の) 利用権を与える」義務を、与える、為す、為さざるの 3 分類に新たに加えたことが注目すべき点である。物の利用権付与行為とは区別して *détention* も目的とすることができるという規定を設けたことについては、1121 条の脚注にコメントが付されているので、紹介する⁽¹⁵⁾。すなわち、「本項は、「ある物の単なる利用 (usage) または単なる所持 (possession) は、ある物自体 (*chose même*) と同様に契約の目的となりうる」という現行 1127 条の延長線上にある。しかし、より正確なものであるといえる。というのも、利用がかように契約の目的 (= その権利) となり得ても、所持 (*possession*) は *res facti* であり *res juris* ではないので、目的になり得ないのである。本文言は、実際は一時的所持 (*détention*) を描写するものである (そして、この用語は返還 (*restitution*) 義務を含むことでより適格性を有するものである)。この草案において、一時的所持 (*détention*) は、利用権とともに所持を認める契約 (賃貸借、使用貸借: cf 後述 1146 条、1155 条などの利用権を与える債務)、あるいは、利用権を伴わない一時的所持 (*détention*) を認める契約 (担保、寄託) に共通する要素である」というコメントが付されている。

なお、草案 1121 条の契約の目的に関する定義規定の後には、草案 1121-1 条で合意の目的に関する現行法 1128 条と同内容の規定、草案 1121-2 条 1 項で義務の内容の適法性規定 (新設)、同 2 項で義務の内容の可能性と契約成立時における存在性規定 (新設)、草案 1121-2 条 3 項で現行法 1130 条 1 項と同様の将来物も債務の目的とすることができるとする将来物の供給に関する規定、草案 1121-3

条, 1121-4 条, 1121-5 条で現行法 1129 条の内容を発展させた債務の確定性に関する規定が設けられており, 草案 1122 条で目的の違法あるいは目的の欠如に対して無効(絶対的・相対的)というサンクションが付け加えられた。新設規定を設けるなどしてこれまで蓄積されてきた判例準則を取り入れつつ詳細な目的に関する規定を企図しているが, 契約の目的, 合意の目的, 義務の内容, 債務の目的といったように, さまざまなレベルで目的概念が登場し, 煩雑な内容になっているように思われる⁽¹⁶⁾。

もう一つの特徴的な改正内容としては, 代金額決定の準則について, なす債務に関して特別なルールを提案している点である。目的の確定性に関する例外規定を設けているが, カタラ草案は破産院の示した準則と同じ志向にあると評価できるであろうか, その判断は難しい。草案 1121-4 条で, 「継続的契約もしくは継続定期供給契約は, 債権者により申し込まれる給付の価格はその者により, 独自の料金表に従い, 各供給時に決定しようという合意をすることができる。異議が生じた場合, 領収書とともに書面でなされた債務者による即時の申し出に対して, 金額の正当性を証明することは債権者の負担となる。」と定める。それに加えて, 為す債務については, 草案 1121-5 条において, 「契約締結時において為す債務の範囲が確定されていないあるいは契約当事者の意思以外の基準に基づき後日に確定可能ではない場合, 価格は履行後において債権者により確定することができる。異議が生じた場合, 領収書とともに書面でなされた即時の申し出に対して, その金額の正当性を証明することは債権者の負担となる。」

と定める。いづれも, 約束の範囲は, 一方当事者の任意で決定することができないとの原則を定める草案 1121-3 条の例外規定となる⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾。

(三) 合意の効果

前述, 合意の有効性に関する規定における新たな四分類に対応するかたちで, 合意の効果に関する規定においても, 草案 1144 条から 1151 条にかけて, それぞれの債務の内容に関する規定が, 続けて草案 1152 条から草案 1156-2 条にかけて, それぞれの債務の履行に関する規定が設けられている⁽¹⁹⁾。

i) 債務の種類規定について

債務の種類については, 前述四分類の他に, 結果債務・手段債務(草案 1149 条), 金銭債務(草案 1147 条), 価値債務(草案 1148 条), 安全債務(草案 1150 条), 自然債務(1151 条)に関する内容が定められている。ここでは, 本稿に関係する四分類の規定のみを紹介する⁽²⁰⁾。現行法では, 与える, 為す, 為さざる概念を明確に定義づける規定が存在していなかったが, カタラ草案では, その定義付けを試みている。

ア) 為す債務について, 1144 条で, 以下のよう規定する。

「為す債務は, 仕事の実現あるいは役務の給付のように, 請負または役務の賃貸といったある行為を目的とする。為さざる債務は競争禁止あるいは活動再開あるいは秘密保持あるいは建築禁止といった不行使を目的とする。」

イ) 与える債務については 1145 条で以下のよう規定する。

「与える債務は、売買あるいは贈与あるいは債権の譲渡あるいは用益権の設定といったような、所有権またはそのほかの権利の譲渡を目的とする。」

ウ) 利用権を与える債務については、1146条で以下のように定める。

「利用権を付与する債務は、賃貸借あるいは使用貸借といった、ある物の利用を、その返還を条件として委譲することを目的とする。担保や寄託のように利用権なく所持を任せる約束には同債務は存在しない。」

ii) 債務の履行規定について

次に、上記四分類に対応した債務の履行規定を紹介することとする。

ア) まず、与える債務についてであるが、現行法と同様に、原則として当事者の合意と同時に観念的な物権、債権（危険の移転⁽²¹⁾）もは移転することを、草案1152条1項で明確に定めている⁽²²⁾。観念的な権利の移転に対して、現物の実際の引渡については、草案1152-1条第1項において、「与える債務は、物の解放義務(délivrer)と、解放(délivrance)まであらゆる善良の父の注意を注いで保管する義務をともなう。」とする現行法1136条、1137条と同様の規定を設けている。

イ) 次に、為す債務、為さざる債務であるが、これらは与える債務と異なり、現行法を大きく修正するルールが構築された。すなわち、為す債務について現行法1142条が定める債務不履行時の損害賠償への変化規定を、草案1154条第1項では「為す債務は現物での履行が可能な場合、履行される」と定め、例外規定としたのである（同第4項「現物による履行の代わりに、為す債務は損害賠償に変わ

る。）。債務の履行についての強制手段として、同第2項で、「同債務の履行はアストラントまたはその他の強制手段⁽²³⁾により命ずることができる。」との規定を設けるも、同第2項但書で「ただし、もたらされる給付が極めて個人的性質を持っている場合は除く」、さらに、同第3項で「いかなる場合も債務者の自由あるいは尊厳を侵害する強制により同給付を取得することはできない。」という、履行強制の限界規定も同時に定めている。アストラントが認められることと現行法1142条は両立可能である、すなわちアストラントは間接的な履行の強制手段であるにすぎず、1142条は直接的な履行の強制を認めないとする規定である、と考えることもできようが、アストラントは債務者に債務の現物による履行を促すことには変わらず、現行法を維持することはもはや不可能であるとの考えが草案作成者にはあるようである⁽²⁴⁾。草案作成者は、賃貸借が終了し借りた場所を返還しなければならない賃借人を強制退去(expulsion)させる場合や、債務者が引渡あるいは返還しなければならない動産の差押(saisie-appréhension)については直接強制が可能である、というコメントをしている⁽²⁵⁾。したがって、為す債務であっても、現物による履行は、それが可能であれば強制でき、その方法として直接強制、アストラント、代替執行を用意する。もっとも、直接強制とアストラントの間においては、強度が異なり、直接強制は、それによって個人の自由を過度に侵害する場合は約束された役務の強制をすることはできないが、アストラントを用いることができる。しかし、アストラントはたとえば芸術家が仕事を完成させる給付のように極めて個人的な性質を有する

給付は認められないとする⁽²⁶⁾。

ウ) 為さざる債務については、現行法 1145 条と同様である。すなわち、1154-1 条で、「為さざる債務の不履行はその違反の事実のみで当然に損害賠償に変わる。」と定める。ただし、「債権者に将来に向けた現物履行の請求権がある場合は除く」という例外が設けられている。

エ) 最後に、利用権を付与する債務に関する規定を紹介する。草案 1155 条 1 項において、債務者（利用権付与者）は、「一定期間の間、給付する状態のままで、その物を解放し、維持しなければならない」とし、それに対して債権者（利用権者）は一定期間経過後、「それを返還しなければならない」と定める。同第 3 項で、「これらの債務は現物で履行される。」と定めている。

オ) なお、動産を与える債務と、物の利用権を付与する債務については、ともに対抗要件に関する規定が、この債務の履行規定において設けられている。動産を与える債務については、善意でその物の所持を取得した者が権利者として優先するのに対して（草案 1153 条）、物の利用権を付与する債務については、titres（名義）を先に取得した者が優先とする（草案 1155-1 条）。

2 テレ草案

次に、テレ草案⁽²⁷⁾における目的に関する規定を紹介する。テレ草案の草案作りに向けた基本姿勢はカタラ草案とその比重の置き方が異なる。契約法の現代化に應える改正が求められている要因は、EU における契約のヨーロッパ法構築の動きに対して、国内法はどのように対応して新たな法典を作っていく

べきかを考えなければならない、という点にあると捉えており、このことを強く意識した立法提案をしていることに注意しなければならない。

(一) 契約の定義規定

テレ草案においても、現行法、カタラ草案と同様に、契約の定義規定が設けられている。その内容は、テレ草案 7 条において、「契約とは、二人もしくは複数人が、お互いの間に権利関係 (rapport de droit) を構築し、変更し、消滅させる意思の合致である。」と定義づける。カタラ草案と同じく、与える、為す、為さざるという概念を契約の定義規定に用いない⁽²⁸⁾。

(二) 契約の成立要件

テレ草案第 13 条において、契約の成立要件が定められている。

すなわち、

「契約の成立には、以下の 3 つの要件が必要である。

— 契約当事者の同意 (consentement)

— 契約当事者の契約能力

— 内容が確かで適法なもの (certain et licite)」

というものである。注目すべきは、3 つ目の内容に関する要件規定である。現行法 1108 条と類似の規定であるが、現行法 1108 条で用いる「目的」あるいは「コース」という伝統的用語が要件の文言から消えて、その代わりに「契約の内容 (contenu)⁽²⁹⁾」という新たな概念が用いられている。この新たな概念である「契約の内容」は、契約の締結、同意、契約能力に関する規定のあとに、テレ草

案 57 条から 67 条にかけて定められている。ここでは、債務の目的に関する事、および、契約の有効性に関する事が定められている。後者については、57 条、58 条で当事者が約束したこと以外に契約当事者が負担する義務の内容（信義誠実 *bonne foi* あるいは協力 *collaboration*）⁽³⁰⁾、59 条で公序に関する規定が設けられている。なお契約の成立要件と有効要件との混同が払拭し切れていないところは、現行法、カタラ草案と同様である。一方、前者の本稿で検討の対象とする債務の目的概念については、60 条において、

「第 1 項 債務は、為すまた為さざる給付（*prestation*）⁽³¹⁾ を、その目的として持つ。

第 2 項 債務の目的は、現在のものあるいは将来のもので、確定しているかもしくは確定しうるものである。

第 3 項 債務の目的は、決定方法が契約により明確に定められていて、かつ、合理的な方法によりその権限が行使される場合、一方的に決定することができる。」

という規定が設けられている。これは債務の定義規定⁽³²⁾と捉えることができる規定であろう。注目すべきは、テレ草案においては、「与える」という概念が債務の目的から除外されているということである。契約による所有権移転効を債務者が負担する債務の履行による効果とは捉えずに、契約を締結した効果と捉える有力説に与した構成⁽³³⁾である。また、カタラ草案で提案されている「利用権を付与する債務」のように、新たな内容の債務を一つの確立した債務の目的としてカテゴリー化することも行っていない。

なお、現行法とは異なり契約の目的概念については、廃止することを明確にしている⁽³⁴⁾。

債務の目的という概念は、当事者が契約する対象としたもの（*ce sur quoi les parties ont contracté*）を指し、閉じられた概念であるのに対して、契約の目的という概念を一方で認めると、目的概念が曖昧になると評する。

つぎに、注目すべきは代金額の決定方法についてである。テレ草案 60 条 3 項では、債務の内容を一方当事者により自由に決定することを認めている。テレ草案のコメントでは、カタラ草案 1121-3 条では、原則として契約の目的の一方的な決定ルールが否定され、細々とした契約類型ごとの区別に従った規定を設けていると批判的な態度を示し、それに対して目的の一方的な決定原則を認めて、契約の性質がどのようなものであれ、統一されたルールを構築すべきであるとする。そうすることで EU 圏内の大部分の国々における立場と足並みをそろえることができるとする。もっとも、カタラ草案と異なりこのような一方当事者による一方的な内容の決定を「原則として」認める考え方に対しては、契約の成立と契約の履行との境界を混ぜるようなことになるがそれでよいのか、とか、判例の守備範囲は代金の決定についてであり、そのほかの要素についても認めることには消極的に解するべきではないかという反論もあるかもしれないが、限定なく規定することに問題はなく有用であり、たとえば消費者との取引については特別の例外規定を設けるなどの措置を講じるといったような対応でよいのではないかとする。草案作成メンバー内においても、この点について原則と例外をどのように考えるべきか議論がなされたようであるが、最終的には、草案のように原則として一方当事者による一方的な目的の決定を容認す

るルールを原則とした⁽³⁵⁾。

(三) 契約の効果

テレ草案では上述の通り「与える」という概念を放棄し、債務とは抽象的に人の行為であると定義づけており、実質的に目的にしたがった債務の分類を行っていない。このことが以下に紹介する効果に関する規定内容に如実に現れてくる。すなわち 91 条から始まる契約の効果に関する規定は、91 条、92 条の契約の拘束力 (force obligatoire) に関する内容にはじまり、93 条以下で移転効 (effet translatif)、97 条以下で不履行に関する内容を定めているが、現行法あるいはカタラ草案のように、債務の目的 (与える、為す、為さざる) に対応した構成は採用していないのである。敷衍すると、所有権等の権利移転型契約については、契約締結後に債務者が行うべき諸義務に関する規定を設けているのに対して、役務提供型の契約は、そこから生じる債務が一般的に為す債務 (為さざる債務) であり、その為す債務とは何かというと、抽象的な人の行為一般を意味し、その態様は千差万別であることから、抽象的な人の行為一般についての行為規範を提示することは無益的であると捉えているのである。テレ草案では、以下に示す 93 条、94 条において所有権移転効を生じさせる契約において、以下のような諸義務が発生することを定める。

テレ草案 93 条

「第 1 項 所有権もしくはそのほかの権利の譲渡を目的として有する契約において、移転は原則として契約締結時になされる。この移転は当事者の意思、法の規定、もしくは物の性質により変えることができる。

第 2 項 所有権の移転は原則として、引渡 (délivrance) がまだなされていないとしても、物の危険の移転を伴う。ただし、債務者がその物の引渡を遅れているときは除く。この場合、危険は債務者にとどまる。」

テレ草案第 94 条

「第 1 項 物の引渡債務は、合理的な契約当事者が払うあらゆる注意を伴って引渡までその物を保存する債務を伴う。

第 2 項 この債務は多かれ少なかれ一定の契約に相対的に広がる。その効果はそれぞれの視点から、それぞれが関係する各章において説明される。」

テレ草案 93 条 1 項で所有権の移転効は契約の効果によるものであると宣言し、同意の合致があった時に債務の履行があったものとする現行法あるいはカタラ草案とは異なる構成を採るも、引渡義務及び保存義務が生じることについては変わらない (保存義務の程度について、テレ草案では具体的な契約によって強弱もたらされるとする)。

次に、履行の強制に関しては、テレ草案もカタラ草案と同様に、いかなる債務であっても履行を強制できることを原則とし⁽³⁶⁾、現行法 1142 条を修正する。もっとも、カタラ草案は上述 4 分類ごとにそれぞれ強制の方法に関する規定を設けているが、テレ草案 105 条の規定でするように、一つの条文で対応可能な内容であるとする。

テレ草案 105 条では、

「強制が可能であり、かつ、その費用が債権者がそれにより取得する利益と比べてあきらかに不均衡であるわけではない場合は、債権者は債務者への付遅滞の後、債務の強制履行を求めることができる。」と定める。カタラ

草案における為す債務の履行についての限界事由は、「強制が可能であり」という文言に集約され、裁判官の解釈に委ねることですむとする⁽³⁷⁾。

なお、現行法あるいはカタラ草案において定める代替執行について、テレ草案 106 条では、債権者による独自の代替的履行を認めている⁽³⁸⁾。機能としては、契約解除後に代替取引を結ぶことと同じことになる。テレ草案では、契約の解除を、裁判所への訴えを経ずに債権者による債務者への通知 (notification) を要件として主張することができる (テレ草案 108 条) とする規定を提案しており、同規定に平仄を合わせるかたちで、債務者を付遅滞にすることを前提に、執行手続きを経ずに、独自に代替的手段を採ることができるとした。

3 3 分類をめぐるカタラ草案とテレ草案との比較

(1) 3 分類の存続と廃止

物権の移転を目的とする契約における権利移転効は、いずれの草案も原則として契約締結時に移転することを宣言するが、カタラ草案では債務の履行による効果として説明し、テレ草案では契約の法的効果として移転すると構成する。したがって、テレ草案 60 条で定めるとおり、債務の目的は為すことと為さざることとなる。カタラ草案では、現行法 1127 条の内容に新たな息吹を与えて利用を付与する債務という独立したカテゴリーを構築したのと対照的に、テレ草案では利用を付与する債務は為す債務に単純化できるのではないかと反論する。また、カタラ草案では債務の目的の 4 分類概念に意義を見いだすべく

債務の履行あるいは代金額の決定において債務の目的の違いから異なるルールを導出しているが、テレ草案では、各論点についてそのような相関関係はない。そうすると、テレ草案 60 条 1 項で定める債務の目的規定は単なる定義規定にすぎず、その内容からしてもこの規定を設けることにどれだけの意義があるのか疑問である。

(2) 履行の強制について

カタラ草案、テレ草案ともに、現行法規定と異なり債務の履行と不履行に対する санкションに関する規定とをそれぞれ独立させて規定しているところは共通している。もっとも、カタラ草案については債務の履行に関する規定群で為す債務については強制の内容についての条文 (カタラ草案 1154 条) を設けている一方、不履行に対する救済規定においても 1158 条で履行の強制に関する規定を設けている。さらに、新設の 4 分類すべてにおいて、債務の履行に関する規定群で履行は現物でなされることを明記している (与える債務は 1152 条 3 項、為す債務は 1154 条 1 項、利用を付与する債務は 1155 条 3 項)。また現行法 1142 条を修正し、現物での履行がなければ為す債務は損害賠償になるという規定は債務の履行に関する規定群である 1154 条で定める。これらの規定を総合的に考察したとき、現物による履行を認容する上記諸規定は、実体的な権利として債権者は現物による履行をもとめることができることを定めたにすぎない規定なのか、それとも現物による履行を強制することができることまで含めた内容なのか、はっきりしないところである。後者であるならば、不履行によるサンクションに関

する規定群を独立して設けた趣旨が減殺するのみならず、規定の相互関係を理解しにくいものにするのではないか。

(3) 債務の履行内容—為す債務規範の貧弱さ—

与える債務の内容あるいは物の権利移転を伴う契約から生じる債務についての規定については、現行法と同様に引渡義務、保存義務とその注意義務の程度、あるいは対抗要件といった事項についての規定を設けている。現行法と両草案との間で内容的に大きく異なるところはないが、現行法で観念的な引渡概念を表す *livrer* 概念（前述現行法 1136 条）を両草案とも放棄し、現実の引渡（解放）を意味する *livraison* については、両草案とも *délivrance* という用語を用いて表現する。

両草案ともに物の権利移転に伴う義務やカタラ草案についてはそれに加えて物の利用を付与するに際してそれに伴う義務の内容を定めているが、為す債務については、テレ草案ではその内容を具体化せず、カタラ草案においても、ある行為を為すに際してそれにどのような義務が伴うのか示していない⁽³⁹⁾。

また、債務内容の定義についてカタラ草案にあっては、前述の通り契約各則の典型契約を一般規定の定義に持ち込み、一般規定でありながらも特定の個別契約を意識した体裁になっており、普遍性に欠けた規定となっている。

(4) 代金額の決定ルール

代金額の決定ルールについてフランスにおける判例では紆余曲折を経て、現在のところ 1995 年の破毀院大法廷判決⁽⁴⁰⁾ が準則として

通用している状況にあると言ってよいであろう。すなわち、現行法 1129 条は債務の目的の確定（確定可能性）を求めているが、代金については、1129 条は適用しないと宣言したルールが通用している。もっとも契約の特徴をなす給付の目的については 1129 条の確定性に関する規定が適用される⁽⁴¹⁾。学説では、代金の確定性について特別の規定を設けている契約類型（たとえば現行法 1591 条の売買契約など）を除き（あるいは含めて）、この大法廷判決が適用されないとするのか、それともあらゆる契約に適用可能であるのか議論がある⁽⁴²⁾。また、同判決では、ある合意においてのちに契約を締結することを予定した場合、当初の合意における代金の不確定は、特別な規定がある場合を除いて、その合意の有効性に影響を及ぼすことはなく代金の確定について濫用があった場合は解約か填補を請求できるとも宣言している。

このような議論状況下で、カタラ草案は、原則として約束の内容は確定可能性がなければならず、一方当事者による一方的な決定を許さないことを原則として掲げる。コメントでは 1995 年の大法廷判決に示唆を受けたとする⁽⁴³⁾。右原則に対する例外として、為す債務については上述の通り為す債務の履行後に債権者により一方的に代金を決定することができるとする判例法理を明文化している（1121-5 条）。為す債務については契約当初に具体的な行為内容を特定することが困難な場合があるという特徴があり、そうしたことに配慮した規定である。為す債務の履行者から提示された代金が実際の履行内容と比べて均衡を失っているときは債権者は対価の減額を請求することができることを判例は認めて

おり、このことも併せて定めている⁽⁴⁴⁾。それに対してテレ草案は上述の通りいわばカタラ草案とは原則と例外が逆転した内容となっている。あらゆる契約類型で代金のみならず契約を性質付ける給付の内容についても契約の一方当事者が一方的に確定することができるとするが(テレ草案60条3項)、契約交渉力で劣っている者の保護が同規定でさだめる要件で十分はかれるかは疑わしい。

私的な研究グループによる近時の二つの草案において、その草案構想の重点を置くポイントの比重が異なることが、与える、為す、為さざるの3分類概念の存亡をめぐる大きく影響していることが分かる。カタラ草案はEU圏内における統一民法構想を意識しつつも、200年に渡るフランス国内での議論の蓄積を法典化することに主眼が置かれている。このことは、フランス法特有の3分類概念に意義を見だし、更に発展させようとする姿勢からも窺い知ることができる。それに対して、テレ草案は、ヨーロッパ法の構築の動きに連動したかたちで国内法を現代化させようという狙いが、3分類概念を解体しようとする姿勢からも伝わってくる。

このように3分類概念をめぐる全く異なる提案がなされているなかで、それでは政府においては、この3分類概念をどのように捉えているのか、続けて司法省案の内容とそれに対する学説からの評価を紹介していく。

4 2008年版司法省草案⁽⁴⁵⁾

(1) 規定内容の紹介

最後に、2008年版司法省草案の内容を紹介する。2008年版司法省草案の構想趣旨⁽⁴⁶⁾と

しては、民法典制定200年に際して、私法の抜本的改正に取り組むべき時が来たとし、民法典の競争力と魅力をより増進し、市民にわかりやすい法典作りを目指したものであるとする。右目標を実現するために採用した形式的構成として「時系列順 *chronologique*」で定めることを提案している。すなわち債務の発生源に関する規定から始まり、契約の定義、契約の指導原理と続き、契約の成立、契約の履行、契約の不履行の順番で定める。

一方、2009年司法省草案については、その構想趣旨を説明したような解説の存在については不明であり、手元に入手できていない状況であるが、時系列順に定めるという形式的構成の大枠は、2008年草案と同様である。

しかし、本稿の考察対象である目的 (*objet*) については、両草案で異なる態度を示している。以下、それぞれの草案内容を紹介する。

(一) 債務の発生源、契約の定義規定

第3編第3章「債務 (*les obligations*)」では、同章の冒頭に設けた序節で債務の発生源⁽⁴⁷⁾をさだめる。すなわち、その第1条で「債務は法的行為、法的事実あるいはさらに法の権限のみにより生じる」とさだめる。本草案は、現行法の民法第3編第3章の改正案であるが、現行法第三章のタイトルが「契約あるいは合意による債務の一般」であるのに対して、本草案のタイトルは「債務 (*les obligations*)」とし、現行法には明文がない債務の発生源という定義規定を第三章の冒頭に配置する。同規定を設ける意図についての解説はない。

債務の発生源に関する規定に続き、副章I「契約 (*le contrat*)」では、第4条1項で、

「あらゆる契約は、本副章の内容である一般規定に服する」とさだめ、契約の定義規定である第5条で、

契約は一人もしくは複数人が、一人もしくは複数人に対して義務を負う (s'oblige) 約定 (convention) である。

という規定を設けている。同規定は、与える、なす、なさざるという用語を用いていないところを除き、現行法 1101 条の契約の定義規定と同じ文言で契約を定義づけている。5 条から 14 条までの契約に関する定義規定の内容に関する解説では、それらは現行法 1101 条から 1106 条までの定義規定に対応する規定であるが、附合契約、枠契約、複合契約といったようなその特性が法的に認知されるに至っている諸契約の定義も加えた内容であると説明する。しかし、与える、なす、なさざるという用語を第5条で定める契約の一般的定義規定から削除した意図については何らコメントが付されていない。

(二) 契約の有効性

第6節において契約の有効性を定める。第6節の冒頭規定である 49 条では、契約の有効要件として4つの要件が不可欠であるとす。その4つの要件として、契約当事者の同意、当事者の契約締結能力、確定した内容 (un contenu certain)、契約の適法性 (la licéité du contrat)⁽⁴⁸⁾ を掲げる。現行法 1108 条と比較すると、目的とコースという用語を用いておらず、それに変わり、確定した内容、契約の適法性、という要件を求めている。

解説では、契約の内容 (contenu) という概

念は契約に関するヨーロッパ法や学説においては既知の概念であるとし、目的とコースに関する規定を受け入れるものとして位置づけているようである⁽⁴⁹⁾。それゆえ、目的とコースという概念は放棄する (abandonner)、と明言している。契約の内容に関する規定は 79 条から 87 条で定めている。その内容は、79 条、80 条では契約から生じる債務、81 条から 84 条では契約から生じる債務の目的、85 条から 87 条では契約に対する利益 (intérêt au contrat) を定める。コース概念を契約に対する利益概念に置き換える措置を講じているが、その趣旨は、解説によると比較法においてコース概念が正しく認識されていないこと、そして、ヨーロッパ法や国際的な法との調和を図る必要がある、ということのようである。コース概念の新概念への置き換え (substitution) は、契約の均衡 (équilibre) の尊重を保障するべくコース概念を根拠に判例により発展させてきた機能を維持しつつ、フランス法の長所を強化することに資することになるとコメントしている。

コース概念あるいは目的概念を放棄するというよりも、それらのわかりづらい概念をわかりやすい用語に置き換えて、そして、規定の内容としては、コースあるいは目的の内容を構成するものとして判例あるいは学説で構築してきた諸機能を具体的に明文化したものととらえるべきであろう。

以下では、有効性要件の一つであり、目的およびコースを包括する概念として新設された契約の内容規定について、その内容を紹介する。

まず第6節第3款「契約の内容」の「§ 1 契約における債務」では、

§ 1 の最初の規定である 79 条で、

契約における債務は明示的あるいは黙示的⁽⁵⁰⁾である。契約における債務は、与える、なす、なさざる、である。

という定義規定を設けている。契約の一般の定義規定では削除した、与える、なす、なさざる、という概念を契約における債務の定義規定では用いている。

続いて、「§ 2 契約における債務の目的 (objet)」では、

81 条で、

第 1 項 債務はその目的として現在または将来の給付 (prestation) を持つ。

第 2 項 この給付は可能であり、確定しているあるいは確定可能でなければならない。さもなければ契約は無効となる。

第 3 項 給付はその範囲が契約から推測できる場合、確定しているあるいは確定可能である。

との規定が設けられている^{(51) (52)}。

(三) 契約の履行

債務の定義規定において、与える、なす、なさざるの 3 分類概念を用いたことに対応させて、債務発生後の履行場面について定めるところにおいても、この 3 分類概念を用いた規定が設けられている。すなわち、第 7 節「履行」において、契約の履行に関する規定が 110 条から 134 条まで定められているのであるが、その冒頭規定 110 条で、

110 条 与える、なす、なさざる債務は、原則として現物で履行される。

との規定が存在する。なお、後述するとおり、不履行に対するサンクションとして履行の強制について定める規定があり、そこでふたたびこの 3 分類概念に基づく強制方法について言及している。

第 7 節「履行」で定める項目は、上記規定に続けて 111 条で給付の質に関する規定⁽⁵³⁾、第 1 款で与える債務、第 2 款で条件付き債務、第 3 款で期限付き債務、第 4 款で契約の期間、を定める⁽⁵⁴⁾。本稿との関係では、第 1 款の与える債務に関する規定内容に注目することになるが、以下で紹介する草案の内容としては、現行民法典において明確に定義付けしていなかった与える債務概念について、(草案の考え方を支持するかはひとまず置いておき) 積極的に定義付けをして草案の立場を明らかにしたことが特徴的であるといえる。

その他のなす債務、なさざる債務については、詳細な規定を設けていないが、その理由として解説では、それらに關係する特有の規定は、それら債務の不履行に関する箇所で見るとしている。

与える債務に関する規定は、112 条から 115 条までの 4 箇条で以下のような内容の規定を設けている。

112 条 1 項 与える債務は所有権あるいはその他の権利の譲渡 (aliénation) をその目的として有する。

2 項 与える債務は原則として同意の交換 (échange des consentements) のみにより履行される。

3項 しかし、その履行は契約当事者の意思により、法の規定により、あるいは、物の性質により延期することができる。

4項 反対の約束がある場合を除き、与える債務の履行は債権者に危険 (risques et périls) を移転する。

113条 1項 与える債務は、合理的な人のあらゆる注意を注いで物の引渡債務と引渡までの間の保存債務を伴う。

2項 物の喪失は債務者をその債務から解放する。それが自己のフォートによらずして生じたことを証明する負担が債務者に課せられる。ただし、債務者は債権者にその物に対する権利保有者としての権利あるいは訴権を譲渡しなければならない。

114条 1項 債務者が物の引き渡しについて付遅滞にある場合、危険は債務者の負担に残る、あるいは移る。

2項 物の喪失の場合、付遅滞にある債務者は金額を返還しなければならない。物が債権者に引き渡されていたならば債権者のもとで同様に物が消滅していた場合は除く。

115条 1項 債務者は催告または適当な督促と認めることのできる同等の行為により、あるいは、合意によりあらかじめ定めていた場合は単に期限を徒過しただけで、付遅滞となる。

与える債務の履行に関する規定内容としては、物の移転効は債務の履行により実現されることを明言したところが現行法規定と異なるところであり、物の移転効と明確に区別さ

れた現実の引渡債務の履行については、その注意義務の程度を定めるとともに、物の引渡債務に関する付遅滞の要件と効果を定めるものとなっており、その内容は基本的に現行法を踏襲したものとなっている。

四 契約の不履行

与える、なす、なさざるの3分類が次に登場する場面は、契約の不履行に関する規定である。不履行については第10節で、不履行に対する救済手段を列挙するスタイルを採用している。すなわち、同節の冒頭規定である159条で、

159条 約束 (engagement) が履行されていない、あるいは不完全になされた当事者は約束の強制履行を求めるか、契約の解除を求めるか、損害賠償を求めることができる。損害賠償は、必要であるならば、履行あるいは解除に付加することができる。

と定めた上で、第1款：履行の強制、第2款：解除、第3款：契約責任の順で、債権者への不履行に対する救済手段を列挙している。解説⁽⁵⁵⁾では、明確化の目的のもと、債権者に不履行に際して付与される様々な手段を一つの節(2008年版草案では第10節で)に再編成 (regrouper) することを提案するものとする。債権者は履行の強制、解除、損害賠償を選択でき、双務契約においては不履行の抗弁と契約の一時中断の二つの措置を用意する。

与える債務について特有の規定は設けていないが、なす債務となさざる債務については、以下のような規定を設けている。

なす債務については、履行の強制に関する規定群（162条から164条）の冒頭162条で、

162条 1項 なす債務の債権者はその現実履行を強制できる。ただし、その履行が不可能か、あるいは、その費用が著しく不適切である場合は除く。

2項 現実の強制履行ができなければ、なす債務は損害賠償に変わる。

という規定を提案する。現行法1142条の規定と異なり、なす債務について現実履行の強制を優先する立場を表明している⁽⁵⁶⁾。なお、前出の定義規定等における与える債務の定義からすると、なす債務には、物の現実の引き渡し債務も含まれてくることになる。

なさざる債務については、163条で以下のような現行法1145条を踏襲する規定を提案する。

163条 なさざる債務の不履行のみで、損害賠償義務が生じる。債権者は等しく将来に向かって同債務の現実の履行を請求することができる。

強制履行については、そのほかに164条で

164条 債権者は裁判官から、債権者自身により履行を行うこと、あるいは、債務者の費用により債務に違反してなされたことの除去を認めてもらうことができる。債務者に対して事前にその履行に必要な費用を請求できる。

との規定を提案し、現行法1143条及び1144条を踏襲する内容となっている。

なお、そのほかの不履行に対する救済手段と3分類概念との関連性であるが、契約の解除規定においては、3分類概念に基づく規定は存在しない。損害賠償に関する契約の責任規定⁽⁵⁷⁾は、現行法1146条から1155条を内容及び文言をそのまま踏襲することを提案している。したがって、現行法1146条および1148条を踏襲した172条と174条では、3分類概念を用いた規定を提案するものとなっている。

以上が与える、為す、為さざる債務に関する諸規定の内容である。契約の履行に関する規定の110条で現物履行原則を掲げているが、不履行に対する救済規定162条でも為す債務に関する強制履行原則を定めた規定が設けられている。両条の関係については110条は実体的な権利として、我が国における概念に対応させて考えると請求力をさだめ、162条は訴求力、強制力を定めた規定と解するか。それとも、110条も強制力を含めた内容を定めているのか明らかではない。しかし、後者だとするとレメディ・アプローチを採用する不履行規定にあって、両条を論理的に説明することに窮することになる。

与える債務に関する規定内容はカタラ草案あるいはテレ草案と同様に、同債務に伴う債務の内容を規定する。一方、為す債務については、これもカタラ草案あるいはテレ草案と同様、そのような履行内容に関する規定は設けていない。

代金額の決定方法については、82条で継続的契約等において一方当事者による一方的な代金決定を認める規定を設けているも、為す債務関係について同様の規定は設けていない。したがって、カタラ草案あるいはテレ草

案と異なり、為す債務については代金の確定可能性が必要になってくる。

(2) 2008年版司法省案に対する学説の反応

代金額の決定に関する規定内容については、代金額の一方的決定を原則として認めず、例外として継続的契約あるいは枠契約に認めるという内容であり、カタラ草案、テレ草案よりも更に限定的である⁽⁵⁸⁾。司法省草案は限定的に認めた代金額の一方的決定権限について、その濫用の危険性については価格の正当性は代金請求についての債権者が証明することで抑制しようとしているが、フヌイエ (Dominique FENOUILLET) はその効果は限定的であるとする。債権者が代金の修正を拒絶した場合は、債務者が訴えを提起しなければならず、訴えたとしても代金が明らかに不当である場合にだけ損害賠償か解除を請求できるとどまり、債務者にとってあまりメリットはなく、さらに裁判官の役割は「見物人であり創造者ではない」、古典的な裁判官像に立脚しているものであるとする。

そのような司法省案に対しては、以下のような対案が提案されている。2008年版司法省草案に対して、ジャック・ゲスタンが中心になり検討した Observations sur le projet de réforme du droit des contrats (Petites affiches 2009の特集号⁽⁵⁹⁾)、において、フランソワズ・ラバルト (Françoise LABARTHE) は、2008年版司法省草案の81条と82条について、司法省草案に加えて与える債務と為す債務との違いを意識した以下のような対案を提案する⁽⁶⁰⁾ (司法省案への追加)。

[対案1]

81-1条 契約の締結時に明確に給付の範囲 (étendu de la prestation) 決定することができない為す債務は有効である。一方当事者により一方的に定められた対価について後で同意がない場合、裁判官に対して対価の決定を申し立てることができる。

[対案2]

83条1項 範囲を契約締結時に明確に定めることができない為す債務においては、対価が一方当事者により後で決定されることを合意することも同様にできる。価格の正当性の証明はその当事者が負担する。

2項 異議がある場合、裁判官に対して決定することを目的に申し立てることができる。

ラバルトの追加案と2008年版司法省案との違いは、対案1、対案2において、為す債務について特別の規範を設けるか否かにある。ラバルトは契約各則との連携が政府案は熟慮されていないことに危惧し、為す債務で構成される請負や委任との関係では、政府案81条と82条は解釈上問題があると指摘する。政府案81条3項では、契約から契約の範囲が推論できるのであれば給付は確定されているあるいは確定可能であるとするが(確定性がないと無効原因とされる)、請負や委任では契約締結時に確定が不可能である場合があるとする。判例では請負等における給付の不確定性について柔軟に対応しているが、司法省案81条の給付の確定性ルールがこれに対応可能であるかは疑わしいという。現行法1108条の合意の有効要件との関係について

ても言及しており、1108条では確定した目的が要求されているが、これは確定した内容 (contenu certain) あるいは司法省案 81 条 3 項でいう契約から推論される給付の範囲と全く同義であるというわけではないという。加えて代金についても、給付内容が確定できないとなるとその対価も決定することはできないのであるから、代金の確定性についても例外を設けることが必要であるとする。ラバルトはこの二つの要請に応えるべく、上記の二つの条文の追加を提案する。

5 [資料] 2009 年版司法省草案⁽⁶¹⁾

2009 年草案の詳細について不明であり、以下で紹介する草案は、Dimitri HOUTCIEFF 氏のブログにおいて閲覧したものである (現在も閲覧可能⁽⁶²⁾)。以下において目的の 3 分類概念に関係する条文を試読したものを資料として示す。

(一) 債務の発生源、契約の定義規定

第 3 編第 3 章「債務 (les obligations)」

序節 債務の発生源

1 条 1 項 債務は法律行為、法的事実、または、法の権限のみで、発生する。

2 項 債務は他者に対する誠実義務 (devoir de conscience) の意思に基づく履行あるいは同義務の履行の約束から生じる。

副章 I 契約

第 4 条 契約は、権利関係を構築し、修正し、または消滅させる二人もしくは複数人の意思の合致である。

(二) 契約の有効性

第 4 節 有効性

43 条

1 項 その目的 (objet) またはその動機 (but) において公序に反する契約は違法である。

2 項 その他、契約が有効であるためには以下のことを要する

契約当事者の同意

契約する能力

確定した内容 (un contenu certain)

第 3 款 契約における確定した内容⁽⁶³⁾ (un contenu certain)

72 条

第 1 項 債務は現在または将来の給付 (prestation) を目的 (objet) として持つ。

第 2 項 給付は可能であり、かつ、確定しているかまたは確定可能でなければならない。

第 3 項 給付はその範囲が契約により推測できる場合、確定可能である。

73 条

第 1 項 しかし、枠組契約においては、当事者の一方が一方的に給付の金額を決定することができる場合、異議がある場合は、その額の正当性の証明はその当事者が負担する。

74 条 サービスの給付契約において、当事者による価格の決定が履行の前になされていない場合、価格は債権者により決定することができる。その者が金額の正当性を証明する。合意がない場合、債務者は裁判官に金額の確定を申し出

ることができる。

76 条 給付の質が契約において決定されてなく、または決定可能ではない場合、債務者は、債務の性質、慣習、職業、対価の額を考慮して、当事者の合理的期待に適合する質の給付を提供しなければならない。

(三) 契約の効果

第5節 効果

第1款 当事者間における契約の効果

100 条 あらゆる債務は原則として現物で履行される。

102 条 1 項 所有権またはその他の権利の譲渡をその目的としてもつ契約において、その移転は原則として契約の締結時に生じる。

2 項 しかし、この移転は当事者の意思、法規定または物の性質により移動することができる。

3 項 反対の合意がない限り、所有権の移転は利益を享受する者に危険を移転させることを含む。

103 条 1 項 物の引渡債務は、その物を引き渡しまで合理的な人間がするあらゆる注意をもって保管する債務を含む。

2 項 物の喪失は債務者をその債務から解放する。債務者によるフォートなくそれが生じたことを債務者は証明しなければならない。しかし、物に対する権利者として有しうる権利あるいは訴権を債権者に譲渡しなければならない。

104 条 1 項 債務者が物の引き渡しについて付遅滞にある場合、危険は債務者に残るか、あるいは、移転する。

2 項 物の喪失の場合、付遅滞にある債務者

は価格を返還しなければならない。債務者が債権者に引き渡していたならば債権者のもとで物が喪失していた場合は除く。

(四) 不履行

2009 年版司法省草案の第7節「不履行」の冒頭規定である 132 条では、不履行あるいは不十分な履行が行われた場合の救済方法として、不履行の抗弁（第1款）、現物履行（第2款）、代金減額（第3款）、契約の解除（第4款）、損害賠償（第5款）の5つを列挙する。与える、なす、為さざるの3分類への言及が為されている規定を中心にその内容を紹介する。

第2款 現物による強制履行

137 条（= 第2款の冒頭の規定） 1 項 なす債務の債権者は現物の履行を追求することができる。その履行が不可能か、またはその費用が明らかに不合理である場合は除く。

2 項 現物による履行がない場合、なす債務は損害賠償に変わる。

138 条 1 項 為さざる債務の不履行のみにより損害賠償義務が発生する。

2 項 債権者は、等しく将来に向かって現物の履行を請求することができる。

139 条 債権者は、債務を自ら履行すること、あるいは、債務者の費用で債務に反して行われたことを除去することが裁判官により認められる。債務者に対して事前にその履行に必要な費用を請求することができる。

第5款 損害賠償

148 条から 158 条に損害賠償に関する規定が設けられている。内容は、現行法 1146 条

から 1155 条までの内容および形式を踏襲するというものである。したがって、2008 年版の司法省草案と同じということになる。

三 諸草案の考察—まとめにかえて

最後に債務の目的に関する現行法及び改正草案の内容を踏まえ、本稿の検討対象である与える、為す、為さざるという債務内容の区別の意義について、若干のコメントをしてまとめにかえたい。

(1) 3分類の意義について

現行法、カタラ草案、2008 年司法省案はともに、契約はその目的として、与える、為す、為さざる、利用権の付与（カタラ草案）に関する義務を持つとする規定を掲げ、さらにカタラ草案では、債務の種類として、与える債務、為す債務、為さざる債務、利用権の付与債務といったものがあることを宣言している。それに対して、テレ草案、2009 年司法省案においては、与える債務概念を放棄する姿勢をとる。前述の通り、与えることについては、給付（prestation）に吸収できるのではないかとする。所有権等の権利移転効が生じる理論構成として債務概念を用いて説明することの意義については、学説の議論状況を踏まえた考察を要し、別稿での検討を予定している。3分類概念の立法論的な意義としては、カタラ草案が示した試みに発展的な要素を見いだすことができるのではないだろうか。物の利用を付与する債務を独立のカテゴリーとして位置づけたことのみならず、債務の分類を契約類型を意識してこころみたことで、権利移転型契約、物の利用付与契約、役務提供契約

という枠組の抽象的行為規範を構築した（構築しつつある）と評価することができるのではないだろうか。我が国の民法体系と照らし合わせて考えてみるならば、契約総則と契約各則の中間的な位置におけるルール作りということになるだろうか。もっとも、所有権移転型契約における規定内容は、引渡義務、保管義務の態様および第三者への対抗問題について、司法省草案も含めていずれの草案も同様の規定を設けているが、為す債務に関する規定内容については、どの草案も貧弱な内容である。たとえば、前述の代金決定の問題については、物の利用付与行為を独立のカテゴリーに放逐することによって、為す債務の特徴をより鮮明にすることができ、一般的な目的の確定可能性問題とは独立して、なす債務特有の問題として代金決定ルールを考えていくことができるのではないだろうか。

(2) 利用を付与する債務について

テレ草案の作成者は、カタラ草案における利用権を付与する債務の導入について否定的である。新たに分類概念として登場した利用権の付与や一時所持（detention）の明確なカテゴリー化については、それは時宜を得ないもので、概念を適確に捉えるというよりも、むしろ、鈍重にしており、過度に学理的で実用性に乏しいとまで批判する⁽⁶⁴⁾。また、これら二つの給付は為す債務に吸収可能であるとす。とりわけ detention については、寄託あるいは担保に特有の給付となるが、一般理論を構築する場面で、寄託あるいは担保の概念を想起する必要があるのかと疑問を投げかけている。

それに対して、むしろあらゆる mise à

disposition を含むより大きな規模での抽象的規範を構築すべきであると唱える見解がある⁽⁶⁵⁾。同見解を唱える論者は契約類型を眺みつつ、物の利用というよりも物や権利の一時的な引渡 (délivrer) 行為に焦点を当てた分類にするべきであると主張する。

注

- (1) 契約あるいは債務一般に関するフランス民法典の第3編、第3章「契約または合意による債務一般」の構成は、第1節で前置規定(本文で示した現行民法典1101条は冒頭規定である)、第2節で「合意の有効性の基本条件」、第3節で「債務の効果」、第4節で「債務のさまざまな種類」、第5節で「債務の消滅」、第6節で「債務の証明及び弁済の証明」、を定める。なお、現行フランス民法典の日本語訳は、法務資料第四四一号『フランス民法典—物権・債権関係—』(法務大臣官房司法法制調査部)を引用する。
- (2) par ex. P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFELMUNCK, *Les obligations*, DEFRENOIS, 2004, n° 3.
- (3) 与える、なす、なさざるの3分類についての意義は、各種債権総論に関する文献等で、「債権の目的」(あるいは債権の種類、債務の内容等)において言及されているものが多い。
- (4) たとえば、平井宜雄『債権総論 [第二版]』(弘文堂 1994年)は引渡債務と行為債務とにわけて債権全般を横断的に考察する。平野裕之『債権総論』(信山社 2005年)12頁では、「為す債務の内容については、契約自由の原則に任されるため多様な内容が考えられ、特に総論的には規定がされていない」と指摘する。なお、金山直樹『新版注釈民法(10)I 債権(1)』(有斐閣 平成15年)90頁以下を参照。同氏は、与える給付、為す給付に加えて典型給付として「担保する給付」を加えることを提唱する(同、96頁以下)。
- (5) 「目的」に関する日本民法典の内容について
我が日本民法典において、法概念として「目的」概念を用いている規定は、債権の目的規定をはじめ、90条さらには、契約各則規定に散在する。

これら「目的」に関係する規定は、形式的に文言のみをみると、債権(債務)の目的と契約(法律行為)の目的とに分けることができる。

債権(債務)の目的に関する規定は、399条から411条までの、第3編債権、第1章総則、第1節「債権の目的」に定められている。ここで定められている規定内容は、物の引渡に関する債権関係において、その引き渡すべき物あるいは価値の性質に着目し(特定物、種類物、金銭)、それぞれについての債務者が行うべき引渡態様を定めた規定と選択債権に関する規定である。前者については債務者が行うべきさまざまな行為のなかで、物の引渡行為について、当該物の性質にしたがってカテゴリー化したものである。しかし、冒頭言及したように、サービスについて、その行為態様に注目しカテゴリー化を試みた規定は設けられていない。債権の目的に着目した規定は、債権の効力規定にも存在する。414条の履行の強制に関する規定である。ここでは、債務者の行為態様を作為、不作為に区別して強制方法を定める。

一方、契約の目的については、その中に含まれる内容が多様であり、統一的に把握できないのではないであろうか。民法90条における目的には、いわゆる動機が含まれうるし、民法566条1項における「契約をした目的」も多様な意味を付与できる曖昧な概念である。さらには、たとえば、使用貸借において借主の返還時期を定めた民法597条2項、3項における使用・収益の目的概念についても契約内容を性質付けること以外の意義、機能を目的という概念に与えているといえる。

- (6) 同条と1102条から1107条は、「第1節 前置規定」を構成する。ここでは、双務契約、片務契約、有償契約、無償契約等、当事者が負担する債務の相互関係に着目した契約の分類に関する規定が設けられている。現行日本民法典にはこのような定義規定は存在しない。
- (7) par ex. Muriel FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, PUF, 2004, p. 165, なお同氏は、1101条の契約の定義規定の文言を逐一解説するかた

- ちで、与える、為す、為さざる概念を説明するが、その一方で本規定の意義については沈黙し、1126条以下の規定を考察対象として、債務の目的について論及するものとして、F. TERRE=P. SIMLER = Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 7^e, Dalloz, 1999, n° 257がある。
- (8) 1126条から1130条までの目的規定の表題は、「第3款 契約の目的および内容」と定める。なお、本文で紹介しなかった1128条は、「合意 (conventions)の目的となり得るものは、取引対象となるものだけである」と定める。1128条は給付 (prestation)の目的に関する規定であると解する見解として、Gilles J. MARTIN = Pascale STEICHEN, *Contrats et obligations, Objet du contrat*, J-Cl, 1996, n° 5, がある。
- (9) Art 1108 Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :
- Le consentement de la partie qui s'oblige ;
Sa capacité de contracter ;
Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;
Une cause licite dans l'obligation.
- (10) op. cit., Gilles J. MARTIN = Pascale STEICHEN, n° 1は、1129条と1130条は債務の目的という表現をしており、1126条と1128条は契約の目的という表現を用いているが、不明瞭であると評する。続けて同氏らは、1126条、1127条は債務の目的について、1129条は給付の目的について定めた規定であると解していることから、不明瞭ということを超えて、表現として不適切であると暗示しているように思われる。
- (11) 後に紹介する諸草案では、契約不履行に対する救済手段を列挙するいわゆるレメディーアプローチを採用することを提案している。しかし、その構成は各草案で異なり、契約の効果あるいは合意の効果として扱うものもあれば、救済手段を効果とは切り離して配置する提案もある。
- ①カタラ草案：カタラ草案は「合意の効果」という節において、「第1款 一般規定」、「第2款 解釈と性質決定」、「第3款 債務の種類」、「第4款 債務の履行」、「第5款 債務の不履行と契約の解除」、「第6款 契約解消後の返還」、「第7款 第三者に対する合意の効果」を定める。第5款において諸救済手段の内容と相互関係を定める。
- ②テレ草案：テレ草案は「契約の効果」という節において、「第1款 当事者間における効果」で、「§ 1 契約の拘束力」、「§ 2 移転効」、「§ 3 不履行」を定め、第2款では第三者に対する効果を定める。不履行に対する救済手段の内容とそれらの相互関係については第1款、§ 3の不履行で定めている。
- ③2008年政府草案は第10節で、2009年政府草案は第7節で、いずれも「不履行」というタイトルのもとで様々な救済手段の内容とそれらの相互関係を定めている。①②草案との構成における顕著な違いは政府草案は、契約から生じる効果の問題と不履行から生じる問題とを独立した別個のテーマとして捉えて、別々の節で扱うことを提案しているところにある。
- なお、各種救済手段の内容と相互関係については、後日、代金減額に関する著者の別稿において詳しく紹介する予定である。
- (12) 拙稿『[資料] フランス債務法及び事項法改正草案構想 (avant-projet) —カタラ草案—試訳(1)』三重大学法経論叢 26巻 2号, 145頁。
- (13) なお、この3分類のうち与える債務を存続させたことについて、ドゥニ・マゾは「契約法の国際化、ヨーロッパ化をするヴィジョンからすると、この債務は我々の法の地下牢に投げ捨てることで得をすることになる」と強烈に批判している。Denis MAZEAUD, *Observations conclusives*, RDC, 2006, p. 187.
- (14) 現行法 1108条と同様の4つの要件が合意の有効性要件として掲げられている。
- (15) *Aavant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Pierre CATALA, *La document française*, 2006, p. 91.
- (16) Bertrand FAGES, *Autour de l'objet et de la cause*, RDC 2006, p. 41.
- (17) Pierre CATALA, op. cit. *Aavant-projet*, p. 36.
- (18) その他、レジオンに関する規定が草案 1122-1

- 条および 1122-2 条に存在する。現行法では合意の款 (1118 条) に定められていたものであるが、当事者の合意と関係なく、給付 (prestation) 間において客観的に不均衡があるかの問題であることから、目的に関する規定に移動させたものである。Pierre CATALA, *op. cit.* Aavant-projet, p. 36; cf. Muriel FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, PUF, 2004, p. 366.
- (19) 条文構成の体裁としては、債務の内容規定が第 3 節合意の効果、第 3 款債務の種類に、債務の履行規定が第 4 款債務の履行に、それぞれの規定が配置されている。
- (20) 草案 1149 条で定める結果債務・手段債務については、以下のような規定である。「第 1 項 債務者が、不可抗力の場合は除き、債権者に約束した満足をもたらす義務を負う場合、その債務は結果債務である。それゆえ、例外の場合を除き、定められた目的に到達しなかったという事実だけで債務者の責任は生じる。第 2 項 債務者もっぱら一定の目的を達成するために通常必要とされる注意と専心を尽くす義務を負う場合、その債務は手段債務である。それゆえ、債務者が注意と専心を怠ったことを証明することで債務者の責任は生じる。」
- (21) 危険の移転については、債務者が付遅滞の場合、危険は債務者に残るか、もしくは債務者に移るとする旨の規定が草案 1152-2 条で定められている (なお、付遅滞の要件については 1152-3 条で定める)。
- (22) 1152 条「第 1 項 与える債務は、原則として同意 (consentement) の交換のみにより、履行される。
第 2 項 しかし、その履行は契約当事者の意思で、あるいは法の規定で、あるいは物の性質により延期することができる。
第 3 項 その目的が有体物であれ、無体物であれ同債務は現物で履行される。
第 4 項 その債務の履行は債権者を移転された権利の享受者にする。そして引渡 (tradition) がまだなされていなくとも、同権利の目的である物の全責任を債権者は負担する。」
- (23) 代替執行についての規定が、草案 1154-2 条で定められている。
- (24) Laurent LEVENEUR, Hervé LECUYER, in Pierre CATALA, *op. cit.* Aavant-projet, p. 51.
- (25) Laurent LEVENEUR, Hervé LECUYER, in Pierre CATALA, *op. cit.* Aavant-projet, p. 51.
- (26) Laurent LEVENEUR, Hervé LECUYER, in Pierre CATALA, *op. cit.* Aavant-projet, p. 52.
- (27) Sous la direction de François TERRE, *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009.
- (28) テレ草案 7 条は第 3 編債務第 1 章契約第 1 節一般規定の冒頭規定である。一般規定は 12 条までであり、有償・無償、双務・片務、射倂・交換といった契約の種類に関する規定が設けられている。形式的な構成としてはカタラ草案と同じである。
- (29) この契約内容に関する規定は、現行法の目的規定及びコース規定に関する規定を反映したものである。コースに関係する内容としては、双務契約において、そのうちの一方の債務に目的がない場合、他方債務は相対的無効であるとする 61 条、射倂契約において射倂性が契約締結時に欠けている場合、契約は相対的無効であると定める 62 条など、従来からコース、レジオンの問題として論じられてきたこと (たとえば、恵与 (63 条) 債務間の不均衡 (65 条) など) についての規定が設けられている。
- (30) Dimitri HOUTCIEFF, *Le contenu du contrat*, in *op. cit.*, TERRE, *Pour une réforme du droit des contrats*, p. 205.
- (31) prestation と chose という用語について
テレ草案においては、現行法 1126 条 (カタラ草案では 1121 条) で用いる chose という用語を prestation (給付) という用語に置き換えることを提案する。というのも、現行法 1126 条と 1127 条あるいは 1128 条においては、chose という用語を用いているが、両者は明らかに異なる概念として用いられており、混同を避けなければならないとする。すなわち、1127 条及び 1128 条で用いる chose は「物」という意味であるのに対して 1126 条でいう chose は物 (chose) と行為 (fait)

- のいずれをも指す抽象的概念である。したがって、与えることを債務の目的とは捉えないテレ草案では、chose という用語は誤解を招く用語であり、それに変わる prestation という用語を用い、テレ草案 60 条のように、債務は、為すこと、または、為さざることという「給付」をその目的として持つ、とすることを提案する。Dimitri HOUTCIEFF, *Le contenu du contrat*, in op. cit., TERRE, *Pour une réforme du droit des contrats*, p. 188.
- ③② これに対して、債務の発生原因について第 1 条で、以下のような規定が定められている。「第 1 項 債務は、契約、不法行為、他者による利益の不正な受領、あるいは事務管理により発生する。これら債務は本編 (livre III) の対象をなすものである。第 2 項 その他の債務は、公的負担による債務のように法に基づく権限のみにより発生する。」
- ③③ Philippe REMY, *L'effet translatif*, in op. cit., TERRE, *Pour une réforme du droit des contrats*, p. 250.
- ③④ Dimitri HOUTCIEFF, *Le contenu du contrat*, in op. cit., TERRE, *Pour une réforme du droit des contrats*, p. 186. 債務の目的概念はフランス法特有の概念であるが、残すことに合理性があるとす。もっとも、たとえば、後で紹介するテレ草案 93 条の移転効に関する規定では、契約の目的という表現を使っている。
- ③⑤ Dimitri HOUTCIEFF, op. cit., TERRE, *Pour une réforme du droit des contrats*, p. 193.
メンバーの議論の中で、原則容認論者は、
「n° 1 現在の判例を固定化するために、目的の一方的な決定可能性を明確に認める。この場合には契約の両当事者に準拠枠の詳細、あるいはさらに義務として課す確定についての最低限の方法を要求する。n° 2 条文は一般理論の領域のものとして一般原則としてさだめる。契約によって区別することは不適切である。～」
「n° 3 無効を排除するべく、濫用的な一方的決定に対するサンクションを明確にする。サンクションの方法はおそらくはそのほかの方法によるべきであろう。サンクションとしては契約の削減 (réfaction) によるか、ランドー (Lando) 原則のように合意の「適合 (adaptation)」によるかになる」というルールを構築することが望ましいと考えているようである。それに対し反対論者からは、契約各則による一般理論概念に対する冒涇であるとか、専門的でない者が交わした契約で一方当事者だけで目的を確定することを認めるのは難しいのではないかと、といったような批判がでたようである。
- ③⑥ cf. Pauline REMY-CORLAY, *L'exécution en nature*, in op. cit., TERRE, *Pour une réforme du droit des contrats*, p. 262.
- ③⑦ Pauline REMY-CORLAY, op. cit., *L'exécution en nature*, p. 262.
- ③⑧ テレ草案 106 条「第 1 項 付遅滞の後、債権者は合理的な期間内かつ費用で、同様に、債権者自身が債務の履行または債務に違反した行為の除去をなすことができる。債権者は債務者にそれについての償還を請求できる。必要があれば損害賠償の請求を妨げない。
第 2 項 同様に、その履行のために必要な金額について債務者に前払いさせることを裁判官に提起することができる。」
- ③⑨ 為す債務の履行に伴い生じる義務群を、与える債務あるいは利用を付与する債務から生じる諸義務群に対応させるかたちで構築することはできないだろうか。たとえば、DCFR のサービスに関する規定群 (part C. Services) が参考になると思われる。
- ④⑩ Cass., ass. plén., 1^{er} déc 1995, Bull. civ. n° 9. 同破毀院大法廷判決については、野沢正充『民法学と消費者法学の軌跡』(信山社, 第 1 版, 2009 年) 175 頁を参照。
- ④⑪ op. cit., *Les obligations*, DEFRENOIS, 2004, n° 599.
- ④⑫ op. cit., TERRE = SIMLER = LEQUETTE, *Les obligations*, n° 291.
- ④⑬ Jérôme HUET; Rémy CABRILLAC, *Validité-Objet* (art. 1121à1123), in Pierre CATALA, op. cit. *Aavant-projet*, p. 36.

- (44) op. cit., TERRE=SIMLER=LEQUETTE, Les obligations, n° 287. 契約締結時における対価の確定の不要性については、理論的に以下の用に説明される。すなわち、サービスの場合は、対価がなくても契約類型はサービスであるが、売買、賃貸借といった契約類型では贈与や使用貸借に性質が変わってしまうという問題があるとする。
- (45) 2008年草案、2009年草案ともに、ディメトリ・ウシエフ (Dimitri HOUTCIEFF) のブログ (Le Blog de Dimitri Houtcieff (<http://www.dimitri-houtcieff.fr/>)) における本人の改正草案に対するコメントの書き込みにおける原文のリンク先の資料をもとにしている (なお、2009年草案については、Ministère de la justice, PROJET DE REFORME DU DROIT DES CONTRATS (mai 2009) というタイトルの表紙がはじめに付いている)。
- (46) 私法の大改正の内容としては、家族法、担保法に引き続き債務法と時効法の改正作業を着手すべきであるとして、その第一ステップとして時効法を掲げ、同領域については2008年の法律 (2008年6月17日の法律2008-561号) で結実し、第2ステップとして契約法、第3ステップとして責任法と予定しているようである。なお、責任法と契約法に共通する債務一般に関する規定は、契約法改正を完全なものにするべく改正の対象にするという。
- (47) 第2条から第3条において、債務の発生源である法的行為および事実の内容に関する規定を設ける。なお、第3編の構成は以下になっている。第3章「債務」、序節「債務の発生源」、副章I「契約」、第1節「定義」、第2節「指導的原則」、第3節「成立」、第4節「代理」、第5節「形式」、第6節「有効性」、第7節「履行」、第8節「効果」、第9節「解釈と性質決定」、第10節「不履行」、第11節「電子契約」。
- (48) 契約の適法性については第4節、88条、89条で具体的内容を定めている。
- 88条 法により禁止されている、あるいは、公序または良俗に反する契約は違法である。
- 89条 1項 違法性は絶対的無効の訴権を付与する。
- 2項 故意に公序または良俗に違反した者はあらゆる返還を拒絶される。
- (49) 2008年版 Rapport de présentation, p. 4.
- (50) 80条で、黙示の債務に関する定義をしている。すなわち、「黙示の債務は契約当事者の意図と契約当事者の日常的関係からのみならず、同様に法、慣習、衡平により明らかにされる契約の性質を考慮して決定される」ものであるとする。
- (51) 契約における債務の目的に関するその他の規定としては、以下のようになっている。
- 82条 第1項 しかし、継続的履行契約や枠契約においては、給付の価格 (prix) を一方当事者により一方的に定めることができることを合意することができる。異議が申し立てられた時は、価格の正当性をその者が証明する負担を負う。
- 第2項 価格が明らかに不当である場合、債務者は裁判官に損害賠償請求のために、あるいは必要な場合は契約の解除の訴えを提起することができる。
- 83条 価格あるいはそのほかのあらゆる契約の要素が指標を基準に決定されなければならない場合で、その指標が存在せずあるいは不存在または入手不能になった時は、右指標はもっとも近くにある指標に置き換わる。
- 84条 債務間の均衡の欠如は、契約の無効原因ではない。ただし、法が異なる扱いをしている場合は除く。
- (52) コーズ概念の置き換えである、契約に対する利益については、以下のような規定を設けている。
- 85条 契約当事者はその約定 (engagement) を正当化する契約に対する利益を有していなければならない。
- 86条 当初から義務を負う者のために合意した反対給付が見せかけ (illusoire) かあるいは著しく安価である (dérisoire) 場合、当該有償契約は利益がないので無効である。
- 87条 契約から契約の利益を排除する条項は書かれていないものとみなされる。
- (53) 111条 給付の質が契約において定められて

- おらず、あるいは、契約において決定可能である場合、債務者は債務の性質、慣習、職業、対価の額を考慮して期待される中等のものに少なくとも比肩する質の給付を提供しなければならない。
- 54) 解説において、条件付き債務、期限付き債務、契約の期間といった項目は債務に関する履行態様限定条項 (modalité : 訳は山口俊夫編『フランス法辞典』東京大学出版会、2002年より) において扱われているものであるが、契約に密接に関係する項目であり、契約法改正草案である本草案で扱うほうが、債務一般規定において扱うより適しているという判断をしている。
- 55) 2008年版 Rapport de présentation, p. 6.
- 56) 2008年版 Rapport de présentation, p. 6.
- 57) 解説においては (2008年版 Rapport de présentation, p. 7.), 責任法というかたちで統一した構成をもつ立法モデルを指向するようである。
- 58) Dominique FENOUILLET, Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres: présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat, RDC, 2009, pp 301 n° 44.
- 59) Observations sur le projet de réforme du droit des contrats, Petites affiches 2009, N° 31.
- 60) Observations de Françoise Labarthe, in Observations sur le projet de réforme du droit des contrats, Petites affiches 2009, N° 31, p. 63.
- 61) PROJET DE REFORME DU DROIT DES CONTRATS (mai 2009), 2009年版の内容については、2008年版との相違点を一瞥したジャック・ゲスタンの解説がある。Jacques GHESTIN, JCP éd. G., I 138.
- 62) <http://www.dimitri-houtcieff.fr/>
- 63) 確定した内容に関する条文は、さらに 79 条まで存在する。これらは現行法のもとで、目的あるいはコースにおける議論として論じられている内容の法文化と解することができよう。
- 77 条 当初から義務を負う者のために合意された対価が見せかけあるいは著しく安価である場合、有償契約は無効である。
- 78 条 債務者の本質的債務の重要部分を排除し、それ故に同人の義務の範囲と矛盾するあらゆる条項は、書かれていないものとみなす。
- 79 条 1 項 契約における当事者の権利と債務との間に重大な不均衡をもたらす不交渉条項は、条項で定められた内容の如何を問わず当事者の申し立てに基づき、裁判官により排除することができる。
- 2 項 重大な不均衡の評価は、契約の目的 (objet du contrat) の内容 (définition) あるいは給付に対する価格の適合性を対象としない。
- 80 条 債務の均衡の欠如は契約の無効の原因ではない。ただし法が異なる定めをしている場合は除く。
- 64) Dimitri HOUTCIEFF, Le contenu du contrat, in op. cit., TERRE, Pour une réforme du droit des contrats, p. 187; Bertrand FAGES, Autour de l'objet et de la cause, RDC 2006/1, p. 41.
- 65) Geneviève PIGNARRE, L'obligation de sonner à usage dans l'avant-projet Catala, Analyse critique, Recueil Dalloz, 2007, p. 384.