

## 抽象的債務負担行為小論

柴崎 暁

はじめに

1 日本私法における法律行為の原因

a 序説

b 現行意思表示規定における原因論の痕跡

2 三角型的取引の特殊な取扱と新たな原因理論

a 指図(delegation)に見る特殊な取扱

b 法律行為の「原因」機能」説

おわりに

### はじめに

抽象的法律行為の根拠と性質は古くから議論されてきた。本稿では、実体法的意味における抽象的債務負担行為の実定法的根拠を明らかにするとともに、三角型取引における特殊な取扱の根拠を探求することにした。

抽象行為を契約自由の原則に依拠して自由に当事者が作り出すことは可能であろうか。いいかえれば、法規が定

義する抽象行為（手形（・小切手）行為<sup>①②③</sup>）以外に、抽象的債務負担行為がありうるか。従来より、交互計算残高承認、債務約束などを抽象行為と見る見解があるが、近時、銀行振込に関する平成八年四月二六日の最高裁第二小法廷判決は、預金は振込依頼人と受取人との間の原因関係の存否にかかわらず成立するものという判断を示し、入金記帳を抽象的債務負担とする理論を示唆している<sup>④</sup>。

また、七〇年代以降、国際取引に見られる、主として銀行を担保義務者とする付従性なき人的担保「請求払補償」<sup>⑤</sup>の基本契約からの自律性(autonomie)を、「抽象性」(caractère abstrait)と呼ぶことの当否について、原因(cause)を法律行為の要素とする私法体系（フランス、ベルギーなど）で盛んに議論されている。

このような状況のもとで、あらためて抽象的法律行為の実定法的根拠を探ることはあながち無意味ではあるまい。

## 1 日本私法における法律行為の原因

### a 序説

抽象的法律行為は、合意の効力に原因(cause)<sup>⑥</sup>を要する法律行為体系における特異な例外である。この立法主義のグループには、フランス（ベルギー）民法典<sup>⑦</sup>、明治二三年公布日本民法財産編等<sup>⑧</sup>を挙げることができよう。現行日本私法は「合意の効力に原因を要する法律行為体系」に該当するのであろうか。

旧財産編三〇四条は、フランス法に倣って原因を合意の要件としている（ただし、フランス民法典のように有効性の要件ではなく、「成立」(existence)の要件となっている<sup>⑨</sup>）。ここでの原因とは、古典的なフランス原因理論の理解に準拠するものであることはいうまでもない。すなわち、①双務契約の場合には、自己の義務負担を手段として

獲得される、相手方の義務負担であり、②贈与・遺贈においては惠与意思(animus donandi)<sup>(9)</sup>である。なお、③要物契約の物の引渡はフランス民法では効力要件たる原因に該当するが、旧財産編では、他の要式行為における「方式の履踐」とともに、合意における格別の効力要件として原因概念と別に扱われている。

ローマ法における causa は、Gaius の Institutes (法学提要) における、契約の類型である言語契約・文書契約・要物契約・誠意契約に対応して、causa もまた verba, littera, res, consensus からなるものとされていたが、近世の諾成主義的契約観では、双務契約・要物契約・惠与契約の類型にもとづく原因の分類が支配的になる<sup>(11)</sup>。

しかし、民法典自体が規定する典型契約のすべてが、かかる類型に包摂されるわけではない。それぞれの契約類型に関して何が原因に該当するかは、民法典の成立以降の学説・判例の課題となる。例えば、和解契約については、BOYER が一九四七年に公表した論文以降、原因とは、「既存あるいは予想される紛争」を意味し、これを抑止するという和解の「機能」の中に原因が発見されることになる(論者によってはこれを「原因」と呼ばずに、「実在的支柱(support materiel)」と呼ぶ)。一九七〇年代以降、国際取引を中心に登場する、付従性なき人的担保である「請求払補償」(garantie a premiere demande) について、フランス法およびベルギー法においては、抽象行為説と要因行為説の論争があるが、要因行為説に立った場合に、何がその原因に該当するかは伝統的な原因理論だけでは十分把握できず(したがって古典的原因観に立てば抽象行為という名辞が適切であるとの理解が登場したのであるが)、「原因」法律行為の社会的機能型の把握が必要とされるようになる。<sup>(14)</sup>この立場では、「請求払補償」の原因は、「履行担保としての現金寄託に代替する債務の設定」(とこれに組み合わせられた与信取引)という社会的機能に存する、ということになる(ここでは三角取引における債務負担行為の独立性が問題になる)。この新たな原因理論については後に述べることにしよう。

#### b 現行意思表示規定における原因論の痕跡

現行民法では、法文上原因の語は廃止された。起草委員(梅謙次郎)によれば、法律行為の「原因」の語を削除した理由は、原因の概念は法律行為の要素をなす「目的および当事者」(「広義の目的」)に還元され、<sup>(16)</sup>修正前と同様

の帰結が個別の規定に反映されているからだという。現行民法成立後の文献のなかには、明快に現行法の要因主義を主張するものがある。<sup>17</sup>左の議論は、旧財産編と現行民法とのいずれもが、縁由（動機）を要素としない点を除き、フランス民法典を模倣したと見ている。

「我法典ハ法律行爲ニハ原因ヲ要セスト爲スモノニ非ルコトハ明ナル可シ」<sup>18</sup>、「我法典ノ主義トスル所ニ依レハ原因ナキノ契約ハ（一）或ハ契約ノ意思又ハ目的物ナキ契約ナリ（二）或ハ縁由ナキ契約ナリ。前者ノ場合ニハ法律行爲ハ無効ナラサル可ラス、後者ノ場合ニハ縁由ハ法律行爲ノ成立ニ關係ナキモノナルコト羅馬法以來ノ定説ナルカ故ニ法律行爲ハ縁由ナキニ拘ラス全然有効ナラサル可ラサル」<sup>19</sup>。  
（岡松参太郎）

原因の語を敢えて必要としない理由としては、次のような説明がなされる。すなわち、双務契約の場合には、双務契約の当事者一方にとつての原因は他方の義務の目的物であり、後者の義務の原因は前者の義務の目的物であり、結局は契約の内容自体を意味するものとかわりがないから、原因の語を用いるまでもない。

「例ヘハ賣買ニ於テハ：賣主ノ方ニ於テ買主カ金錢ヲ支拂フノ義務ハ買主ノ方ニ於テ契約ノ目的ニ過キサルコトハ佛法學者ノ皆認ムル所ナリ若シ然ラハ原因ト云ヒ目的ト云フモ唯其觀察者ヲ異ニスルノ名稱ニシテ彼我地ヲ易フレハ原因モ亦目的ト爲ルコト明カナリ」<sup>20</sup>。

次に、贈与契約・債務免除契約のような相手方が誰であるかが本質的である類型の「人的考慮 *intuitus personae*」にもとづく契約」における原因（＝当事者の同一性・属性への考慮）は、右の双務契約におけるような「狭義的目的」には含まれないが、これも契約の要素となる。要素＝目的十当事者、ということになる。<sup>21</sup>したがって、人につ

いての同一性・属性の錯誤は無効を招来することになるであろう。

要物契約には要物性を個別に規定した(例：現行五八七条)。それゆえ、現行法は原因を契約の要素と叫ばないものである。名辞としての「原因」は「効果意思」に置き換えられたともいえるが、客観的意味における原因は、「前提」「事情」と呼ばれることになるであろう。一見原因を持たぬかに見える行為にも、効果意思・前提・事情と呼ぶに値する何かを有しており、原因が表示行為から秘匿される法律行為には、訴訟法上の《抽象性》が与えられる(フランス民法典一一三二条・旧財産編三二五条)のである。<sup>22)</sup>

次に、効果の面から原因論の痕跡を辿ろう。フランス法学では、(a)原因は実在性(*réalité*) (原因の客観的側面)と(b)適法性(*licéité*) (原因の主観的側面)とを備えなければならず、さらに前者(a)の欠ける場合は誤想の原因(*cause erronée*)と仮装の原因(*cause simulée*)<sup>23)</sup>の場合に区分される。合意の時点での原因の実在性の欠如は、主張権者が限定された「取消」に該当する無効を招来し、適法性の欠如は、裁判官も含めた万人が主張しうる「公序的な無効」を招来する。実在性が要求されている場面での原因は「客観的原因」と呼ばれ、ひとつの類型の法律行為にはひとつの類型の「客観的原因」しかありえない。適法性が要求されている場面での原因は「主観的原因」と呼ばれ、法律行為の類型にかかわらず、ひとつひとつの法律行為に千差万別の「主観的原因」がありうる。したがって、客観的原因と主観的原因とは定義を異にし、もはや一つの概念ではないため、このような立場は「二元論」と呼ばれる。<sup>24)</sup>

なお、合意形成後の原因の影響(法律行為の「失効(*caducité*)」)は、日民起草時の学説では考慮されていない。<sup>25)</sup>

みぎのように原因の作用が合意形成段階に限定されるならば、後発的な原因消失における衡平な処理は別の原理を要請することになる(条件の法理、同時履行関係、解除と原状回復、不当利得、一般悪意の抗弁、狭義の「失効」*etc.*)。手形債務負担について付言すれば、

それが抽象的であるためではなくて実定的（非射的）・單純的（無条件的）出捐行為であるため、目的の後発的終了によつて生じる不正義を抑止すべく、かかる出捐を取り返す道具が債務者に与えられなければならないであろう。

これを現行法における法律行為の意思欠缺・公序良俗違反による無効と対照すれば、両者に相似を見て取れる。現行法にも、法律行為の有効性を左右する「原因の役割」（*role de la cause*）が残存する。即ち、民法九三（心裡留保）・九四條（虚偽表示）は右「仮装の原因」を、九五條（錯誤）は「誤想の原因」、九〇條は「不法の原因」を各規定する。

たとえば、九五條については、梅起草委員は次のように述べる。「法律行為ノ要素即チ廣義ヲ以テスル法律行為ノ目的ニ錯誤アルトキハ意思全ク欠缺セルモノニシテ所謂意思表示ハ眞ノ意思ノ表示ニ非ス故ニ意思表示ノ性質ヨリ論スルモ此意思表示ハ無効ナラサルコトヲ得ス」<sup>(26)</sup>

かくして、現行法も「合意の効力に原因を要する法律行為体系」に該当するといえそうである。<sup>(27)</sup> さしあたりこの仮説にしたがつておくことにしたい。現在もなお、民法総則の代表的な体系書をひもとくならば、「法律行為の内容確定性・実現可能性・適法性・社会的妥当」という効力要件が掲げられている。これらはみな、「原因の實在かつ適法なること」を包摂しうる要件なのではないだろうか。<sup>(28)</sup>

しからば、日本の私法体系における抽象的法律行為は契約当事者の私的自治の結果ではなく、法秩序自体が許可したものにかぎられるとされよう。特段の法規のない振込取引における入金記帳、前述の「請求払補償」のような債務負担行為は原因を有する法律行為というほかはない。<sup>(29)</sup>

## 2 三角型法的取引の特殊な取扱と新たな原因理論

### a 指図 (delegation) に見る特殊な取扱

法律行為に原因を要する私法体系でも、手形抗弁制限をその例として、ある種の「三角型法的取引」(Les opérations juridiques triangulaires)において、原因の作用が制約を受けることは、取引の安全と当事者の私的自治の帰結として許される。無論、この取扱は純粹な抽象行為自体の存在を認めずとも可能である<sup>(32)</sup>。

「抽象行為では原因は作用しない(したがってそれは衡平を欠く制度である)」という非難に対して、抽象行為の存在を肯定する論者 REEG は、「ありがちな確信とは逆に、抽象行為は、原因を欠くのではなく、単に原因から「切断」されているに過ぎない」と説く<sup>(33)</sup>。抽象行為と雖も部分的に原因が作用することが認められる<sup>(34)</sup>。他方、右の非難を支持して、SIMLER のように「法規所定の例外を除き抽象行為は存在し得ない」としても、三角型法的取引における抗弁制限の取扱が否定されるわけではない(両者の相違は用語法の相違の域を出ない)。

指図 (delegation) は、他人 (指図人) の指示に基づく第三者 (指図受取人) への (被指図人の) 債務負担行為であり、指図受取人 ↓ 指図人 ↓ 被指図人 という給付過程が一の出捐で実現される。被指図人は指図人への既存債務弁済のためまたは指図人への与信実現のため (資金関係)、債務負担する。かたや指図受取人は指図人との間で弁済受領または与信を受けるべく (対価関係) 出捐を受益する。民法典では、POTHIER<sup>(35)</sup> 経由の古法的指図観により、債務者の交替する更改の効果を伴う指図が、あくまでも更改の一種として規定されたが、一九世紀の研究により、ロー

マ法では、更改は指図の利用方法の一つに過ぎないことが解明され（GDE）<sup>(37)</sup>、民法典の解釈としても、起草者が故意に指図の規定を部分的なものに留めたことが指摘され、指図理論の発見は判例・学説に委ねられる。以降債務者の交替する更改の効果に伴う指図が完全指図（*délegation partaite*）・然らざるもの（＝指図人が負担する既存債務に加えて被指図人が付加的に債務負担をする）が不完全指図（*délegation impartaite*）と呼ばれ、フランス法を模範とした立法例には、新たな指図理解を前提にする規定がおかれるようになる<sup>(38)</sup>。

たとえば、日本旧民法（明治二三年公布）がそのような立法例の一つである。

財産編四九六条二項「囑託ニハ完全ノモノ有リ不完全ノモノ有リ」<sup>(40)</sup>

この規定の他に、無留保にて行われる債務者の交替する更改（完全囑託）の場合に、新債務者が旧債務者の無効の援用を禁ぜられることが定められた（四九五条一項）。現行民法でいえば差し詰め、一二七条における取消権の消滅事由に該当するものと思われるが、これ以上に、当時のフランス学説は、既に抗弁制限の法理を発見していた<sup>(41)</sup>。

さらに最近では、セネガル共和国の、一九六三年民事債務法典総則編改正法第二編第二章「債務の変動」第三章「指図」には、「不完全指図」（二五五条）と「完全指図」（二五六条）が規定され、資金関係に関する抗弁を被指図人が援用できないという意味における抗弁対抗不能原則のような、従来講学上の概念として用いられたタームを法文に導入している<sup>(42)</sup>。



二五五條 不完全指図 債権者は自己の債務者を、債権者自身が債務を負う相手方である者を指図受取人として指図することができる。  
／②指図は三当事者の同意を必要とする。／③指図は被指図人債務者と指図受取人との間に、新たな債務を設定する。被指図人は、指図人との関係での既得の諸抗弁を指図受取人に対抗することができない。

二五六條 完全指図 指図は、指図人が明白に自己の債務者を免責する意思を表示せざるかぎり、既存債務の消滅をもたらさない。／  
②本法は国家法として施行される。（・内容上「二五六条二項」とは思われぬが、原文の体裁上ここに含めた。）

指図のヴァリエーションのなかで、近時講用上用いられる表現として、確定指図(délégation certaine)がある。これは、被指図人から指図受取人への債務負担行為のみを参照して債務の対象を確定できる種の指図(ex:「Primusの指図に基づいてSecundusに対しTertiusは一〇〇リブラを支払う」)であり指図の中で最も抽象度の高い取引と考えられている。この概念は、一九世紀後半のGIDE論文<sup>(43)</sup>に現れ、近時MALAURIE et AYNESの体系書<sup>(44)</sup>に紹介されている。対価関係又は資金関係への言及によって債務の対象を特定するものを不確定指図(délégation incertaine)と呼び、これと区別する。

確定指図では、出捐者(被指図人)と受益者(指図受取人)との間で、「出捐→受益の目的」に関する合意が存在せず、互いに別の目的を、各々が指図人との間で有する取引関係において追及し、<sup>(45)</sup>そのばらばらの目的に基づく一個の出捐が、指図人の指示に基づき、かつ、指図人の計算に帰するという一点でのみ共通項を持つ。受領者である指図受取人は、指図人・被指図人との間で追及される目的には無縁であり、他方出捐者である被指図人は、指図人・指図受取人の間で追及される目的には無縁であり、彼等はそれぞれ自己に無縁な他人間の目的の障害によって、指図引受による債務負担出捐→権利取得・受益の効果破壊されぬこと<sup>(46)</sup>に利益を有し、確定指図特有の構造におけるこの利益の保護が債務負担の独立性の根拠になる。二方向の目的合意が双方共に失われた状況(誰の目的にも役立

たない給付)または三者のうち二者が利益の共同性により結合している場合(もはや実質的には三角型取引でない)、には何らかの履行拒絶権が認められるべきであろう。CAPTANTによれば、第三者の、無縁な他人間の目的についてのみ「不知の問題」、*connaissance*の有無が指図の抽象性を左右する<sup>(47)</sup>。単純な「認識」を指標とすべきかは争いがあるが、善意性は三角取引性の支柱である<sup>(48)</sup>。

確定指図の構造は、三角型法的取引のプロトタイプと考えられ、これを類似の取引行為に適用することが、思考経済の要請にもかなうであろう。例えば、前述の「請求払補償」(*les garanties a premiere demande*)にこの構造を類推できるか。被指図人は、指図人への既存債務を理由として指図を引受けるのがひんぱんであり、請求払補償債務者が補償委託者に既存債務を負っている事例はまれであるとしてこれを否定する論者もあるが、SMILERは、被指図人の既存債務は指図の要素でなく、与信意思による指図引受もありうると反論する。確定指図の原理は、請求払補償にも一定の範囲で妥当する。ベルギー法(法律行為に関しては、フランス民法典と同文の条文をそのまま採用している)は、「無名抽象行為」概念を認め、「請求払補償」をその適用例とし、フランス法と対照をなしている<sup>(49)</sup>。しかし、ベルギー法の論者の中にも無名抽象行為論を批判するYES POUILLERが現れ、「請求払補償」の特色である「自律性」(*autonomie*)は、「抽象性」(*abstraction*)を意味するのではないとしたうえ、請求払補償債務者が援用できる「詐欺または権利濫用の抗弁」は、債務負担行為とその原因との交渉関係を考慮に入れることによつて説明可能になるという理論を提唱している。

さて、このような三角型法的取引の特殊な構造は、「抽象行為」という呼び名にふさわしいのであろうか。「抽象的」三角取引とされてきた類型のうち、フランス法の判例に依れば、少なくとも指図も民法保証も、その抽象行為としての資格は否定されているという<sup>(54)</sup>(残された抽象行為は流通証券上の署名であるといわれる)。

フランス破産院は、一九六八年四月二日判決<sup>(55)</sup>において、対価関係上の脱税という不法目的を根拠にして不完全指図を無効とし、他方、一九七二年一月八日<sup>(56)</sup>は、自己が指揮者になっている会社のために保証人となった役員が業務執行権限を失った保証のケースで、①保証の抽象性を否定し、②保証人(会社役員)・主債務者(会社)間の関係は保証の原因ではないとし、③原因の消滅による保証債務失効の原理を否定した判決である。

このようにして三角型法的取引も、原因が作用する法律行為をなしており、むしろ論点は、その原因の内容が異なるものであるかの精密化に向かうことになる。

#### b 法律行為の「原因」機能」説

主観的原因論と客観的原因との二元的構成を止揚すべく、外国法の影響を受けつつ（イタリア学説である「原因」法律行為の社会的経済的機能 *funzione economica e sociale*」論、ドイツ・オーストリアの学説である「原因」意味と目的 *Sinn und Zweck*」論）、法律行為のさまざまな類型に適用可能な原因理論の試みは、一方においては人的担保について、他方においては和解契約などにおこなわれてきた。ここでは、近時議論の多い三角型法的取引の一つである「請求払補償」を含めた、人的担保における原因の問題を中心に、その概念の概略を述べておくことにする。なお、原因の役割の問題については、具体的な取引類型ごとに敷衍する必要があるであろう。詳細は別の研究に譲ることとする。

**原因」機能論の意義** ①フランス法における「原因」機能」論においては、原因とは、意思の主観的側面だけではなく、期待 *prevision* の実現に必要な「物的原因 *cause materielle*」をも含む<sup>(57)</sup>。法律行為を通じて、これに参加する者が到達しようとする心理的目的にして、一定の類型の行為に固有の物的な支柱が、ここでの原因に該当する。即ち、主観主義と客観主義の結合・融和こそがかかる新原因理論の第一の意義である。②第二に、この原因観は、法律行為の社会的機能を基準とすることで、法律行為の性質決定 (*qualification*) の道具たりうる（この面を捉えて *cause catégorique* (範疇的原因) の名がある<sup>(58)</sup>)。③第三に、従来理論的に曖昧であった和解や人的担保のような法律行為についても原因をアイデンティファイしよう。

フランス法における請求払補償の原因について最も敷衍していると思われる Andre PRUIM によれば、原因＝機能論は、おおよそ次のような理解に要約される。

すべての法律行為は既存の素材的状况 (une situation materielle) を前提する。例えば、和解契約にとって原因とは存在しまたは存在し得べき紛争である。どの和解契約にも存在する、現在または将来の紛争に該当するものといえ、一一〇八条の効力要件のなかでは原因しかない。紛争こそ和解にとって経済的基礎・範疇に固有の原因 (la cause catégorique) である。

客観主義者は、原因を「相手方に相当の利得を生じるべき、受益者が出捐者に負担する債務の客観的源泉にして数量的基礎たるべき、給付または行為に含まれる報償的必要物 (la nécessaire compensatoire) たる」(LOUIS-LUCAS) と定義した。ここで原因は狭義の意思とは区別される。現代の理論は、この客観主義を、「法律行為の主観的要素と客観的要素との連結器・意思の内部で諸々の（契約形成と訴権行使の基盤となり、法制度と並んで契約を具体的現実と則して特徴付ける場合毎に特有の素材的事実を包摂する）基礎を統合する手段」としての原因の役割を強調する主観主義と折り合わせようとしたのである (HAUSER)。<sup>(6)</sup>

適用例・・・「請求払補償」の原因 前述の「原因＝法律行為の社会的機能」的理解の代表的な適用例である、「請求払補償」における原因論争において、ベルギーの抽象行為説に反対して POULETT が要因説を採ることによって、「請求払補償」における自律性が民法典一一三四条（契約自由の原理）に基づいているという判例の理解と一致する、②抽象性説は、行為自体のみを参照することで当該債務負担行為の性質を決定できるとするが、これが可能なのは方式に準拠する手形行為だけであって、その他の債務負担行為にあっては、周囲の状況＝当該債務負担行為の機能が何であるかを先に決定しなければ、それが抽象的であるかどうかもし決し得ないという矛盾に陥る、③ベルギー通説によればこれもまた「抽象行為」である (POULETT によればいずれも要因行為であるが) はずの民法保証との相違を（ひいては請求払補償における抗弁制限の根拠をも）、その社会的機能の差異から説明できる、④請求払補償の社会的機能たる担保契約性に基づいて、詐欺的・濫用的請求からの補償債務者・補償委託者の保護が正当化できる、と

いうものであった。<sup>(65)</sup>

POULLET は、法律行為の社会的機能を「意味と目的」(le sens et le but; Sinn und Zweck)とよぶ。<sup>(66)</sup>その内容を、人的担保について敷衍すれば、①民法保証は債務者の責任財産の範囲を広げることによって、不履行の危険から債権者を保護することがその社会的機能である。②他方請求払補償は請負工事注文主等の補償受益者が要求してきた「履行を担保するための現金寄託」<sup>(67)</sup>に代替する債務負担をなさしめることがその社会的機能である。請求払補償の抗弁制限はこの社会的機能から説明されるだけでなく、右抗弁制限の限界(権利濫用の抗弁の對抗可能性等)もまた、右「意味と目的」「社会的機能」へのレファレンスを通じて正当化されるのである。<sup>(68)</sup>

また、PRÜM も、請求払補償の「客観的支柱」は、「当事者の意思が債務負担によって影響を及ぼしたいと意欲する本来の素材たる状況」または「状況に対する危惧」(l'apprehension de cette situation)たる「危険」(le risque)ないし「偶発事象」(alea)であるとする。

権利濫用・詐欺の抗弁の基礎としての「原因＝機能」このような原因観に立つて請求払補償を観察するとき、ここでの原因の役割の最も重要なものは、原因の欠缺・不法による法律行為の無効ではなく、後発的原因の消失による失効でもなく、原因に準拠した、詐欺的または濫用的請求に対する履行拒絶権の付与である。基本契約が履行済である場合に、受益者が請求払補償金を請求してきても、当事者が基本契約上の引渡等の事実による補償期間の終了を約定していない限りは、補償期間が残存している以上、かかる請求は認められるのが原則であるが、補償の社会的機能は既に終結していることが通例であろう。この場合には「失効」の原理が認められてもよいようにも思われるが、判例は少なくとも失効論を排除し(フランスの破産院についていえば、民法保証についても失効論を排除している。<sup>(69)</sup>主債務の履行は、あくまで付従性による債務の消滅を帰結するにとどまる)、当該補償の機能に準拠し

て詐欺または権利濫用の抗弁・支払差止の仮処分を認めている<sup>(69)</sup>。

失効の論理が排除されるのは、おそらく、請求払補償の三角型的取引としての特殊な構造に依拠するものと思われる。補償委託者の補償発行指示は撤回不能な指図であり、補償債務者である銀行は、約定の書式による請求あり次第、支払をなすことによつてこれを補償委託者の計算に帰せしめることができる。補償債務者のかかる利益は保護されなければならない。かれは自らが当事者でない他人間の取引関係の運命に左右されない利益を有する。これが三角型的取引の社会的機能である。しかし、補償受益者と通謀してかかる利益を濫用する場合には、この利益は保護に値しない。このことも、請求払補償の原因<sup>(70)</sup>機能理解から導き出されるものといえるであろう。

おわりに

以上のとおり、法律行為に原因を要する私法体系においては、法律行為は意思を媒介にした外界の「前提」によつて効力を左右されうる。しかし、この効力の不安定を、三角型的取引においては修正する必要がある。その修正もまた、原因理論自体の新たな概念によつて正当化されるべきであるとの理論を紹介した<sup>(71)</sup>。

(1) 手一条・小一条(単純な支払委託)、手二条・小一条(単純なる裏書)、手七五条(単純なる支払約束)。なお手二六条二項が不単純引受を認めている。しかしながら、一九三〇年手形法統一規約が、締約国の法律行為の実質的効力要件に修正をくだるものであるか否かは即断しがたい。本研究で扱う抽象行為は、実体的な抽象をいい、フランス民法典一一三二条(明治三三年公布日本民法財産編三二六条)所定の、訴訟的な意味での抽象を意味しない。

(2) 手形保証については、三二条二項が主たる債務の方式の瑕疵による無効の保証人による援用を許し、他の無効原因は援用しえず、それ以外の抗弁例えば主たる債務の時効・手続懈怠による消滅については三二条一項の規定に従い援用を許すものといえる(大橋光夫・

新統一手形法論上(一九三二年)三二一乃至三三二頁)。原因關係に基づく抗弁・悪意の抗弁のごときについては周知のとおり我が国においても判例學說で頻繁に議論される場所である(例えば河本一郎「手形保証と人的抗弁」神戸法学雜誌九卷一・二号一九八頁、八木弘「手形保証」鈴木Ⅱ大隅編手形法・小切手法講座4支払(一九六五年)三四頁、河野綾雄「手形保証債務の独立性と附從性」上智法學論集一卷二・三号一五頁、三号三八九頁、鴻常夫「手形保証」新商法演習3手形・小切手(一九七四年)二二三頁、上柳克郎「判批」(最判昭和四五年三月三一日)法學論叢六三卷四号一〇六頁、堀井智明「手形保証の人的抗弁について」法學政治學論究三五号四五頁など)。「請求払補償」の議論から得られる示唆をひとつだけ述べざるならば、手形保証においても論じられる權利濫用の抗弁とは、援用者自身が自己の利益のために履行を拒絶するのではなく、主たる債務者のために抗弁を援用しなければならぬという狀況に基礎付けられている。それは、抗弁制限制度の濫用への制裁というよりは、善意免責制度の濫用への制裁としての性格を持つていることが重要である。

(3)手形法一九条の質入裏書については質権の付從性により、被担保債務の消滅により裏書も効力を失うとする理解がありうるであらう。本稿の主題から少々離れるが、若干敷延しておこう。「質権の成立または存続そのものを否認する抗弁は、その理由が手形外の実質關係に由来する場合には、讓渡裏書の場合と同じように手形行為の無因性を理由に反対の見解も考えられるが、厳密には裏書人に対する人的關係に基づく抗弁とみるべきではなく、所持人自身の權利の存否に關するものであり、所持人は合法的に右手形を所持するとはいえ。実質的にはそれによつて權利を主張すべき独自の經濟的利益を有しないことからして、手形債務者はその事實を立証して債務を免れることができる」と解すべきである」(本間輝雄「手形の質入」鈴木Ⅱ大隅編手形法小切手法講座(一九六五年)二五七頁以下、二七三頁)。右の引用は、明白に所持人は無權利であるのではなく、「独自の經濟的利益の欠如」を問題にしている。そのことから、讓渡裏書もその原因の消滅に際しては同様の扱いをうけるべきとの理解が主張されている。しかし、次のような立法の沿革に照らし、右の論理は公然の質入裏書に適用されるべき原理であつて、これを讓渡裏書に及ぼさうべきものでない。即ち、旧商法七三一条(明治二六年施行)は「担保ノ為メニスル裏書讓渡(質入為替手形、寄託為替手形)ハ其目的ヲ記載シタルトキト雖モ真ノ裏書讓渡タリ然レトモ各為替債務者ハ為替手形ヲ以テ担保シタル債務ヲ支払ヒ又ハ其他ノ方法ヲ以テ之ヲ消却シタリトノ抗弁ヲ裏書讓受人ニ對シテ為スコトヲ得」と定めていた。「リョースレル」商法草案(司法省)下卷三二七丁、「第七百九十二條」がこれに該当する。起草者ロエスレルによれば、被担保債務の弁済その他による消滅については「各國法ハ別段明文ヲ掲ケスト雖モ之ヲ許スハ質入ノ性質上然ル可キトス」(三二九丁)と述べる(ROESLER (Carl Friedrich Hermann), Entwurf eines Handels-Gesetzbuches für Japan mit Commentar (復刻版一九九六年、新青出版, Bd. 2, 1884, S. 617)。新商法手形編には「四六三條一項に「所持人ハ裏書ニ依リテ為替手形ノ質入ヲ為シ又ハ其取立ノ委任ヲ為スコトヲ得此場合ニ於テハ裏書ニ其目的ヲ附記スルコトヲ要ス」と規定されていたが、明治四四(一九一一)年の商法改正により、

質入裏書は実際行われていないこと、各国の立法例もないことを理由として削除されるに至り（これに対して取立委任裏書は残存した）、民法三六六条の適用を回避しつつなされるべき手形の質入は、もっぱら信託的譲渡の方法によって実行されることになる（田中耕太郎、手形法小切手法概論訂正第四版（一九四〇年）、三八二頁）。他方、奇しくも日本商法から質入裏書が消えた翌年確定したハーグ手形法統一規則は、その一八条において、現行の統一手形法であるジュネーブ条約議定書一九条とほぼ同文の規定をもって質入裏書を規定した。次いで一九三〇年ジュネーブ会議でも執拗に主張された反対論は「敗北」し（大橋光夫・新統一手形法論上（一九三二年）二二九頁）たものの、被担保債務の消滅の援用の不可についてはなんら規定しないままに現状に至っている。

（４）なお右判決を奇貨として、銀行振込の法的構造の探求を試みることは別稿「振込取引の指図抽象性」（山形大学法政論叢掲載予定）にゆずる。

（５）請求払補償の概念については、柴崎暁「請求払補償またはスタンドバイクレジットの濫用と法律行為の社会的機能—フランス法・ベルギー法における抽象的債務負担行為論の現況—判例タイムズ九六九号掲載予定に詳しい。典型的には、AとBとの間にプラント建造請負契約その他の取引関係があり、注文主Bが請負人Aによる不履行を危惧して担保を要求する場合に、金銭を寄託させる代わりに、「委託者Aと受益者Bとの間にX年X月X日締結された請負契約（XXX番）の完全な履行がなき限り、Bの別紙書式による理由の記載された請求があり次第XXX万米ドルを上限としてB殿にお支払いいたします。この約束はX年X月X日まで有効です。X年X月X日、C銀行XXX支店」という種類の定額支払約束を差し入れる場合がこれにあたる。所定の方式による請求があり次第支払われるところから「請求払補償」の名があり、約束した担保義務者が基本関係上の抗弁の援用を禁じられるところから「自律的補償」「独立的補償」、多くは銀行が発行するところから「銀行保証状」とも呼ばれる。米国の銀行は保証業務を禁じられているため「スタンドバイ信用状」の名において私法上同様の性質の債務負担行為を行っている。一九九五年国連独立補償・スタンドバイ信用状条約においては、両者に共通する「債務負担行為を意味する“undertaking”の語が用いられる。

（６）稲葉彬「フランス契約法におけるCauseの理論」法学新報七九巻二号、岸上晴志「契約の目的についての覚書（一）（二）」中京法学一六巻一号、二号、森田宏樹「瑕疵担保責任に関する基礎的考察（二）」法学協会雑誌一〇七巻六号、小川浩三「普通法学におけるCausa論の一考察」法学協会雑誌九六巻六号七二二頁、小粥太郎「フランス契約法におけるコースの理論」早稲田法学七〇巻三号、大村敦志・典型契約と性質決定（有斐閣、一九九七年）。

（７）一一〇八条「次の四条件は合意の有効性に必須である。すなわち、／義務を負う当事者の同意、／その者の契約するための能力、／約束の内容を為す確定した目的物（objet）、／債務における適法の原因（cause）」。



「一三一条」原因なき、あるいは、虚偽の原因に基づく、あるいは、不法の原因に基づく債務は、いかなる効力も持たない。」

「一三三条」原因は、法律によって禁じられたものであるとき、善良の風俗または公の秩序に反するものであるときは、これを不法とする。」

(8) 三〇四条「凡ソ合意ノ成立スルヲ為メニハ左ノ三箇ノ条件ヲ具備スルヲ必要トスノ第一 当事者又ハ代人ノ承諾ノ第二 確定ニシテ各人カ処分権ヲ有スル目的ノ第三 真実且合法ノ原因」②右ノ外尚ホ要式ノ合意ハ必要ノ方式ヲ遵守シ要物ノ合意ハ返還セラル可キ物ノ引渡ヲ為シタルニ非サレハ成立セス」

三〇九条「当事者ノ錯誤ニテ合意ノ性質、目的又ハ原因ノ著眼ニ相違アリシトキハ其錯誤ハ承諾ヲ阻却スノ②合意ノ縁由ノ錯誤ハ其錯誤ノミニテハ無効ノ原因ヲ為サス但当事者ノ一方ノ詐欺ニ関シテ定ムルモノハ此限ニ在ラス」(③以下略)」

(9) 森山宏江「恵与における『目的』概念—コーズ理論を手掛かりに—」九大法学六四号一頁。

(10) 小川前掲注(9)・七二三頁。

(11) POTHER (Robert Joseph), *Traité des obligations*, 1761, *Ouvres complètes*, 1821 (Paris), tome 1, no 42. 「あらゆる債務は誠実なる原因を有さなければならぬ。有債(interessé)契約においては、当事者の一方が約束する債務の原因は、他方当事者が彼に与える何物か、または与える債務を負うところの何物かである。無債(Infaisance)の契約においては、当事者の一方が他方に対して履行を意欲する恵与(liberalité)が、この当事者の相手方に対して約束する債務の十分な原因である」。

(12) BUENOIR (Charles), *Propriété et contrat. Théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*, 1900, p. 532-533. は「原因に於て特殊な扱ひを要するものとして、保証契約・和解契約を挙げ、前者においては純然とした主観的な恵与意思にとどまらない、主たる債務の存在を前提にした、主たる債務者の信用を拡張する意思をもつて原因とし、後者においては民法典二〇五六条が確定判決で決着している紛争につき行われた和解(自然債務)についての和解と考えられるを、当事者のいずれかが決着につき不知であったときにだけ無効にしていることをとらえ、紛争の客観的な存在が主観的な認識という要素に媒介されて原因となつてゐることを明らかにする」。

(13) BOYER (Laurent), *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, th. Toulouse, 1947; 又 HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Paris, 1971; HEBRAUD (P.), *Règles respectifs de la volonté et des éléments objectifs des actes juridiques*, in *Mélanges Maury*, tome II, p. 445. 参照は備へず。

(14) PRUM (André), *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, 1994, Litec, Préface par Bernard TEYSSIE.

POULLET (Yes), La garantie à première demande : un acte unilatéral abstrait? *Mélanges Jean Pardon, Etudes en droit bancaire et financier*, 1996 (Bruxelles).

(15) CABRILLAC (Michel) et MOULY (Christien), *Droit des sûretés*, 3 éd., 1996, Litec

(16) 梅謙次郎・民法要義巻之一・訂正増補二三版(一九〇三—明治三十六年)一九九二—四頁。

(17) 岡松參太郎「法律行為ノ原因」法学志林三九号五頁 四〇号八頁、四一号三〇頁。

(18) 岡松・前注論説・三十九号九頁

(19) 岡松・前注論説・三十九号一一頁

(20) 梅・前掲書二〇三頁。

(21) 「例へば贈與ニ於テ：贈與者ノ方ニ於テハ受贈者ノ何人タルハ法律行為ノ要素ニシテ受贈者ノ方ニ於テハ贈與者ノ何人タルハ其要素ニ非ス。」(梅・前掲書二〇一頁)

(22) かかる「準証抽象性」について、柴崎暁「手形の無因性の民事法的基礎」早稲田法学会誌四二巻二二九頁以下。旧財産編三二二五條については高田晴仁「支払に代えてなす手形行為と更改—民法五一二条二項後段の意義—」慶応義塾大学法学研究七〇巻一号一三五頁以下。約束手形振出のような単純定額支払約束は「それ自体に原因を持たないと考えられているが、これもまた既存債務を弁済するため(*solvendi causa*)、相手に与信をするため(*credendi causa*)、惠与を施すため(*donandi causa*)の「目的」を有して行われる。実定的・單純の出捐は「これ以外に目的を持たない」といふこと(γ. aussi, GIDE (Paul), *Etudes sur la novation et le transport des créances en droit romain*, 1879.)。かかる要因主義的把握は我が國では支持を得られていない。時として約束手形振出の設権性をも否定する理論(THALLER (Edmond), *De la nature juridique du titre de crédit, Contribution à la théorie de droit des obligations, Annales de droit commercial et industriel, français, étranger et international*, 1906-1907)に回視されることがある(上)同志社法学九五号一頁・九六号四八頁・obligation préexistante du débiteur cambiaire, *Annales de droit com.*, 1932, p. 105 et s. 以降は「証券的行為が債務発生原因であることだけは否定していない。畑肇「フランス法における原因關係と手形關係の一考察(上)」同志社法学九五号一頁・九六号四八頁・就中九五号一一頁。

(23) この用語法を用いる文献として BOUVET (Georges), *De la cause*, th. Paris, 1897, pp. 135-155.

(24) 小粥・前掲論説(注⑥)七三頁。前掲 BOYER 論文(注⑭)は「二元論のうち客觀的原因を採用したうえ、これを主觀的側面を含

んだ一元的概念におきかえようと試みた。

(25) 「原因の機能が合意の形成段階に限定される」という思想は、*「ノマンス民法第171条」*、DOMAT、POTHIERから始まり、起草者を經由して現在の通説に継承される。v. SIMLER (Philippe), *Juris-Classesseur civil, Contrats et obligations*. 1131-1133, Fasc. 20 (1994), nos45-52. 例外としてCAPITANT (Henri), *De la cause des obligations*, 2 ed, 1924. 44. 「契約の存続と履行の段階にまで及ぶ広範囲の作用をもつ原因」観に立脚。近時の学説としては、LARROUMET (Christien) による「Crédit-bal」＝ファイナンスリースの給付目的の不適合による解除の効果の説明が知られる。破毀院は「契約結合論」(liaison de contrats)の法理を認めたとはいわれ、理論的な明瞭さを欠いたまま遡及効なき効力喪失を認めるが、LARROUMETは「これをCauseの事後的消失による失効とみる」。同教授の判例評釈として、notes sous Com. 4 fév. 1980, D. 1980. som. 565 et s.; sous Mixte 23 nov. 1990, D. 1991. jur. 121. また柴崎前掲注(5)でも付従性なき人的担保の失効に言及してゐるので参照されたい。他方、抽象行為論が自ずと要求する「不当利得の抗弁」は、右「失効」に相当する事例に関しては、信義則・権利濫用等別の原理に拠らざるを得ないとされている。これをあくまで不当利得の問題として扱おうとする試みは、渋谷光義「手形の無因性と原因契約未履行の抗弁」法学政治学論究三二号五四七以下に詳しい。

(26) 梅・前掲書二〇六頁。

(27) 「失効」については既に述べたとおり日本の私法学での議論は総論的に確認されているわけではないが、解除条件の法理が「失効」の論理にその構造を同じくするものと思われる。

(28) 四宮和夫・民法総則(第三版)(弘文堂、一九八二年)二〇二〜二一五頁、幾代通・民法総則(第二版)(青林書院・現代法律学全集5、一九八四年)一九六〜二二二頁、石田稷・民法総則(悠々社、一九九二年)二八〇〜三〇七頁。

(29) 吉川義春「無因債務契約をめぐる若干の研究」(判夕三四五号二二頁、三四六号二二頁、三四六号二三頁)が、契約自由原理の帰結として抽象的債務負担行為が可能であるとする学説(三四六号二四頁)として引照する石坂音四郎「法律行為ノ原因ト不當利得ニ於ケル法律上ノ原因」改纂民法論集(一九一九年)一九九頁以下は、民法に原因を要する旨の規定がない、という形式的な理由から、契約自由の原則により無因的債務約束は可能であるとの結論を導こうとするが(二二六頁)、法文の体裁の問題は、みぎ岡松論説の説くところから明らかのように、決定的な論拠にならない。

(30) FLUME (Weiner), *Das Rechtsgeschäft*, SS. 154, 157. cité par 上柳克郎「手形の無因性についての覚書」会社法・手形法論集(一九八〇年)有斐閣三九一頁。

(31) このことは、私人が契約の内容を自由に決定できるという近代諾成主義的契約観に立脚してもなお、契約の構成要素の種類を私人

が自由決定できるわけでないことを示す。民法典一一三四条「適法に形成された合意は当事者にとって法律に代替する」は「一一三一条」不法の原因または虚偽誤想の原因に基づいて合意は債務を生じないことを破りない。この点を捉えて「ヘルギーの DE PAGE の」*「cause 理論を発明した人々は、意思自治の原則に最初の障害を設けた、契約の分野における『指導経済論者 dirigiste』である」と述べた。DE PAGE, L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé, 1957, Bruxelles, p. 42.* しかつながら「VAN OMMESLAGHE (Pierre), note sous Cass. bel. 13 nov. 1969, Revue critique de jurisprudence belge, 1970, p. 326 et s. は「法律が当該行為がそれ自体で足りることを認めた場合以外には、法律行為の有効性に原因を要する旨を示したヘルギー破毀院一九六九年一月一三日判決について、『無名抽象行為』を禁じたものでなく、立法者の関与なく意思自治の原理に基づく抽象行為が存在しうることを排除しないと解してゐる (p.361)。

(32) 「三角型的取引」の名のもとで包括的に指図「第三者のためにする契約」流通証券などを論じた最初の文献は「一九六八年の、LARROUMET (Christien), *Les opérations triangulaires en droit français, th. Bordeaux, 1968, p. 269.*」である。近時の論文は「FRANÇOIS (Jérôme), *Les opérations juridiques triangulaires attributives (Stipulation pour autrui et délégation de créance), th. Paris II, 1994.* 個別の主題についての研究は膨大である。ここでは網羅すべき余地はないが、指図が重要な制度の一つであることについては GIDE, supra (note 22) ; HUBERT (Frédéric), *Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français, th. Poitiers, 1899.* 近時、指図を既存債務の存在を要件とする法的取引とみる異説（破毀院が否定した）として BILLIAU (Marc), *La délégation de créance, Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations, préface CHESTIN, 1989 (LGDJ).* がある。抽象性論そのものを扱ふなかで三角取引を論じたものとして CAPITANT, supra (note 25) ; DE PAGE supra (note 31) ; RIEG (Alfred), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit français et en droit allemand, th. Strasbourg, 1960.* が知られる。(日本語文献) 浜上則雄「法律行為における三面関係と無因論」*阪大法学*四四—四五号六五頁以下、赤木暁「無因債務の本質」*法学志林*四〇巻一一号一四二—五頁、赤木暁「抽象債務の比較法的研究」*法学志林*五〇周年記念論文集（一九五三年）八八頁、安井宏「リーダの原因理論」*法と政治*三二巻一—二号二〇—五頁、上柳克郎「フランス法における指図」*民商法雑誌*二八巻一—二号一頁、上柳克郎「フランス手形理論の一考察」*竹田省先生古希記念・商法の諸問題*（一九五二年）一—二頁、上柳克郎「会社法・手形法論集」（一九八〇年）三九六頁以下。なお柴崎暁「手形の裏書譲渡に関する一考察」*早稲田大学法研論集*六七号一—三九頁注5に掲げる文献も参照。

(33) RIEG, supra (note 32), no 277.

(34) 民法典一一三二条の無因約束は、証拠法上抽象的たるにとどまり、保証においては付従性の原理に支配される限りにおいて抽象

- 的ではなく、他方、指図・流通証券にあつても、対悪意者の問題など、三角取引性のない場面では再び原因が作用することになるのである。
- (35) SIMLER (Philippe), *Cautonnement et garanties autonomes*, 2 éd., 1991, *Litéc*, no 897. "Seule la loi peut autoriser de tels actes."
- (36) POTHIER (Robert Joseph), *Traité des obligations*, 1761, *Ouvres complètes*, 1821 (Paris), tome I (note 11), no 600 et s.
- (37) GIDE, *Novation précitée* (note 22), p. 379. なお、上掲「フランス法における指図」前掲注<sup>23</sup>。
- (38) HUBERT, *Délégation, précitée* (note 32), p.70. 柴崎暁「フランス法における指図 (la délégation) の概念」山形大学法政論叢三  
号六四一―六五頁。
- (39) 次に掲げる日本民法、セネガル民法の他、イタリヤ民法典は指図のウマリエーションを詳細に規定している。梶山純「イタリヤにおける指図とその理論の展開」(上・下)八幡大学論集二四卷一―二頁・同二号一七頁参照。
- (40) "La délégation est parfaite ou imparfaite", BOISSONNADE (Gustave), *Projet de code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire*, 2 éd., tome 2, Des droits personnels ou obligations, 1883, p. 615. における五一―八条三項。
- (41) 被指図人が受取人に対しておこなう新たな債務負担行為は、資金関係から対価関係からも独立的である。柴崎「フランス法における指図の概念」山形大学法政論叢三号七九―八五頁。
- (42) 法文「トシ」TOSI (Jean-Pierre), *Le droit des obligations au Sénégal*, 1981 (LGDJ, Bibliothèque africaine et malgache, tome 36. 2 規<sup>9</sup>。
- (43) GIDE, op. cit., p. 424.
- (44) MALAURIE (Philippe) et AYNES (Laurent), *Cours de droit civil, tome VI, Les obligations*, 5 éd., 1994, no 1251, p. 740, note 12.
- (45) GIDE, op. cit., p. 395.
- (46) 旧稿・柴崎「手形行為の無因性の民事法的基础」早稲田法学会誌四二号において、指図の抽象性をも法規によるものとした私見を改め<sup>9</sup>。
- (47) CAPTANT (Henri), *De la cause des obligations*, 2éd., 1924 (note 25), no 178, p. 396.
- (48) たとえば、典型的な三角取引による抽象性を手形裏書の効果として定めた手形法一七条但書の「悪意の抗弁」について、一九三〇

年手形法統一会議において単純認識説が排除された経緯を想起されたい。高田晴仁「原因債権の移転と人的抗弁—手形の無因性と「原因」問題の一断面—」慶応義塾大学大学院法学研究科論文集中成六年十一月号四五頁、五三ないし五六頁に注目。

(4) SIMIER, *Cautionnement*, précité (note 35), no 868, p. 693.

(5) VAN OMMESLAGHE (Pierre), *Observation sur la théorie de la cause*, note sous Cass. 13 nov. 1969. RCJB, 1970. 362. Précité note 31.

(12) VAN LIER (Hendrik), *Les garanties dites "à première demande" ou abstraites*, *Journal des tribunaux* (Bruxelles), 1980, p. 351 et s.

(2) トナンベド RIVES-LANGE (Jean-Louis), *Existe-t-il en droit français des engagements abstraits pris par le banquier? La revue Banque*, no 454, 902 et s. シヤビド 契約の自由の否の否ビ' シカヤビドを補償の原因を切り離すビドシヤビドを并置せしむるな' 多数説の批判ビドをシヤビドナク。PRÜM, *Les garanties à première demande*, précité (note 14), no 125.

(3) PUILLET, *L'abstraction dans la garantie bancaire automatique*, th. Louvain-La-Neuve, 1982..

(4) VIVANT (Michel), *Le fondement juridique de l'obligation abstraite*, D. 1978. p. 39 et s.

(5) *Bulletin Civil*, 1968, I, no 115, p. 91.

(6) D. 1973. p. 753., note par MALAURIE, VIVANT, précité, note 54.

(7) PUILLET, *L'abstraction de la garantie bancaire automatique*, th. Louvain, 1982, no 306.

(8) 大村敦志・典型契約と性質決定(契約法研究II)一九九七年有斐閣一七五頁以下。小粥前掲論説(注⑥)七七頁以下。

(9) HAUSER, *Objectivisme*, th. précité (note 13), no 149.

(10) PRÜM, th. précité, no 129.

(11) PRÜM, th. précité, no 130.

(12) PUILLET, *Mélanges Pardon*, précité, p. 426(note 14).

(13) KÜBLER (F.), *Feststellung und garantie*, th. Tübingen, 1967, p. 189, cité dans PUILLET, *Mélanges Pardon*, p. 422.

(64) 請求払補償発生の経緯が参考にならう。石油ショックを機に市場で優位に立つ産油国が、先進国企業にプラント建造を請け負わせる際に要求した入札補償金・履行補償金・瑕疵担保補償金などの名目による現金寄託(多くは米ドル)を回避するために始められた実務

ある(CABRILLAC et MOULY, op. cit., note 15, no 431)。補償委託者は、空しく金銭を寄託してその間の利息を失うことなく、他方受益者は、履行促進手段ないし損害賠償に代わる手段として、現金を即時に獲得せよ(Poullet, *Mélanges Pardon*, p. 430.)の双方の利益となる。

(65) なお、これに続けて、POULLETは、「抽象性説の誤謬」と題し、CAPTANT (note 25)の抽象行為論そのものを攻撃、抽象行為論は「原因を要素とせずに効力を生じる債務」を認めておきながら、「その原因は何に該るか」を考へるといふ矛盾した推論をくわだてていると述べる。この考え方は、抽象行為の効力要件たる原因と、その設定目的たる行為外の法律関係に与える当該行為の影響についての合意を意味する原因(ないし原因関係)とを区別しない前提をとり、必ずしも正当な批判でない。

(99) PRÜM, op. cit., no 141. の学説は、TEYSSIE (Bernard), *Le groupe de contrats*, 1979, の提唱する「約団」(Le groupe de contrats: 人の集合—社団、財産の集合—財団に準じて)の呼称を論を用いて請求払補償の構造を分析している。そして、請求払補償は、補償委託者・補償債務者・補償受益者の三者が共通して追求する目的を有する要因行為であるとし、それゆえ、請求払補償の分析においては、これらの契約集合体によってはじめて実現される機能を理解するためには次のような点に留意すべきことを示唆する。「経済的取引の目的論的統一性を無視しないように、法律的に独立した諸関係を一つの集合にまとめる、契約当事者が設定した契約的構造体を分解することは控えなければならぬ。」…他方では、契約的集合の『システムの』記述は、右集合を特徴づける、その形式的かつ意味的統一性、および、その完全性を明らに出すことを可能にする。そこで、取引をなす複数の関係は、補償委託者、補償債務者または補償受益者のいずれのものであれすべての債務負担を支配する、かつ、この取引の安全性を配慮するこれら当事者の集合的関与から生じる同意、または、共同の目的性をめぐって、一貫性をもって組織されたものとしてあらわされる。」

(67) 請求払補償と同様に自律性のある人的担保にして、主たる債務の存在を前提にするという一点のみが異なる「弁済約束」について、原因の後発的消滅—主たる債務の履行による消滅による「失効」を認め、JACOB (Francois), *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, th. Strasbourg III, 1995.

(68) 保証人の主債務者との関係の変動が保証債務に与える影響を原因消滅による失効と説明するのは誤りであって、他方、主債務者と債権者との関係における履行などの事由は保証の目的物自体を失わせることになる。なお、期限 *terme* の定めがない保証人が保証解約権行使を忘却し、被保証債務者たる会社における業務執行権を失ったからの請求に脅かされる事例が頻発したため、一九八四年三月一日の法律四八条により年次通知義務が金融機関に課せられた(SIMLER, *Le cautionnement*, précité, no 179, p. 154.)。

(69) プリュッセル商事裁判所判決一九八二年四月六日(Banque, 82, 683, cité par PRÜM, op. cit., no 267, note 174.)は専ら政治

的動機による補償金の請求を明白な濫用とした。イランの Markazi 銀行の指示で、在外イラン国籍の受益者が一斉にアメリカ合衆国国籍の銀行・金融機関に、支払を求めたケースである。補償受益者の後見的な国家権力が、補償委託者の法人人格を徴用し、同一名義の別法人を設立して仮装の催告を行い、この者が不履行であるとして、真の補償委託者を害して補償金の支払を求めている場合にも同様の履行拒絶が認められた(Cass. com. 11 dec. 1985, JCP. 1986. II. 20593, note STOUFFLET)。国連条約一九九二年b号も、同条一項「債務負担行為の類型と目的から判断して請求が考えられる基礎を持たないことが明白かつ自明である場合には、善意で行為した補償債務者が補償受益者との関係で支払を控える権利を有する」の適用される場合として、「補償委託者の基本債務が裁判所または仲裁裁判所によって無効が宣言されている場合、ただし債務負担行為がかかる偶発事象が、債務負担行為によって保護されるべき危険に含まれることを示している場合はこの限りでない」と規定する。

(70) 日本手形法四〇条三項の利益状況は、かかる三角型的取引の機能を想起させる。支払人が免責を受けるのは、悪意重過失のない場合にかぎられるが、ジュネーヴ統一条約の原文によれば、「悪意」は fraude(「詐欺」となっている)。

(71) 今回取り上げることのできなかった①「指図」における原因論、とりわけ一九世紀フランスにおけるローマ法研究における理論、②「請求払補償」の概念(特に信用保険との相違など)、③「請求払補償」における詐欺・権利濫用と原因理論の関係、④手形法における権利濫用論との関係、⑤「原因」機能」論の詳細、⑥訴訟法上の「抽象」行為等については今後の研究に譲りたい。

(なお、本研究は、全国銀行学術研究振興財団一九九六年度助成を受けておこなわれた)